

# Transformation durch Rezeption?

Herausgegeben von  
EUGENIA KURZYNSKY-SINGER

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

102

---

**Mohr Siebeck**

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

102

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





# Transformation durch Rezeption?

Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers  
am Beispiel der Zivilrechtsreformen  
im Kaukasus und in Zentralasien

Herausgegeben von  
Eugenia Kurzynsky-Singer

Mohr Siebeck

*Eugenia Kurzynsky-Singer* ist wissenschaftliche Referentin und Leiterin des Länderreferats „Russland und andere GUS-Staaten“ am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Gedruckt mit Förderung der VolkswagenStiftung.

e-ISBN PDF 978-3-16-153320-4

ISBN 978-3-16-153319-8

ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2014. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

© Eugenia Kurzynsky-Singer.

Dieses Werk ist seit 11/2024 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Der Zusammenbruch der Sowjetunion vor etwa zwei Jahrzehnten markierte in allen Nachfolgestaaten den Beginn einer Periode, die mit dem Schlagwort der Transformation bezeichnet wird. Damit wird gemeinhin die Entwicklung der rechtlichen und gesellschaftlichen Sphäre eines Landes weg von staatsorientierten Prinzipien hin zum Zugewinn an marktwirtschaftlichen und privatrechtlichen Strukturen im öffentlichen Leben beschrieben. Eine wesentliche Rolle bei der Transformation der postsowjetischen Rechtsordnungen spielen die Reformen des Zivilrechts, die neben dem Erlass neuer Zivilgesetzbücher eine umfassende Neugestaltung des rechtlichen Rahmens für die nunmehr marktwirtschaftlich orientierte Wirtschaft einschließen.

Im vorliegenden Band, der einem durch die VolkswagenStiftung finanzierten Projekt entstammt, werden die Reformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens aus dem Blickwinkel der Entlehnungen aus den westlichen Rechtsordnungen betrachtet. Die Transformationsprozesse im postsowjetischen Rechtsraum bieten insofern eine gute Gelegenheit, die Wirkungsweise der Rechtstransplantate zu studieren, als die durchgeführten Reformen durch eine deutliche Orientierung am westlichen Rechtsdenken geprägt sind.<sup>1</sup>

Es ist allerdings zu beachten, dass die Rechtskultur der untersuchten Länder nach wie vor stark durch das sowjetische Rechtsverständnis geprägt ist.<sup>2</sup> Unabhängig davon, wie stark sich das betreffende Land bei der Entwicklung seiner Zivilrechtsordnung an dem westlichen Recht orientiert, kann daher angenommen werden, dass das jeweilige Zivilrecht aus einem Nebeneinander von transplantierten und vorher vorhandenen Normen und Instituten besteht, wobei deren Verhältnis von Land zu Land stark divergieren kann.<sup>3</sup> Bei der Erfassung von *legal transplants* als Phänomen der Transformation ist daher die Wechselwirkung zwischen den Entlehnungen und der rezipierenden Rechtsordnung zu beachten. Die Überwindung der spezifischen sowjetisch geprägten Rechtskultur ist die Vorbedingung der Transformation der betroffenen Rechtsordnungen. Viel wichtiger als die

---

<sup>1</sup> Siehe hierzu ausführlich *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff., und *Pankevich*, S. 39 ff.

<sup>2</sup> Hierzu insbesondere *Chanturia*, S. 465 ff.

<sup>3</sup> Siehe *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff.

Übernahme einzelner Regelungen und Rechtsinstitute erscheint in diesem Zusammenhang daher der Grenzübertritt der Rechtsideen und Grundsätze, die einer Rechtsordnung eine marktwirtschaftlich orientierte Prägung verleihen.

Um die Dynamik der Entlehnungen in den Transformationsrechtsordnungen zu erfassen, erscheint es daher notwendig, die einzelnen Regelungen im Kontext der gesamten Rechtsordnung zu betrachten, mithin über die Stufe der bloßen Beschreibung der aus den westlichen Rechtsordnungen übernommenen Gesetzesvorschriften hinauszugehen und das Wirken dieser Regelungen innerhalb des Rechtssystems zu überprüfen und im Kontext der Rechtskultur des jeweiligen Landes zu bewerten. Die Verbindung der Beobachterperspektive und der Teilnehmerperspektive in Bezug auf die untersuchte Rechtsordnung erscheint dabei außerordentlich hilfreich. Bei dem im vorliegenden Band dokumentierten Projekt wurde dieser Ansatz in einem hohen Maße verwirklicht.

Das durch die VolkswagenStiftung finanzierte Projekt wurde unter dem Titel „Postgraduierten-Stipendienprogramm: Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht“ in den Jahren 2010–2012 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg durchgeführt. Die Leitung hatten *Professor Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.)*, Direktor des Instituts, und *Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer*, wissenschaftliche Referentin für das Recht Russlands und weiterer GUS-Staaten. Das Stipendienprogramm richtete sich an junge Rechtswissenschaftler aus den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens. Die Teilnehmer des Programms erhielten die Möglichkeit, während eines neunmonatigen Aufenthalts am Institut zu einem selbst gewählten Thema im Bereich des Zivil- oder Wirtschaftsrechts ihres Heimatlandes in rechtsvergleichender Perspektive zu forschen, wobei sie intensiv durch die Mitarbeiter des Referats Russland und weitere GUS-Staaten betreut wurden.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Anzumerken ist, dass darüber hinaus den Stipendiaten ein Seminarprogramm zum deutschen Recht in russischer Sprache angeboten wurde mit Vorträgen von *Eugenia Kurzynsky-Singer, Alexander Shmagin* und *Vladimir Primaczenko*. Siehe im Einzelnen auch die Zwischenberichte über das Projekt auf der Homepage des Instituts unter [www.mpipriv.de/de/pub/forschung/auslaendisches\\_recht/russland\\_und\\_weitere\\_gus/postgraduierten-stipendienprog.cfm#i49025](http://www.mpipriv.de/de/pub/forschung/auslaendisches_recht/russland_und_weitere_gus/postgraduierten-stipendienprog.cfm#i49025) (27.11.2013). Inhaltlicher Schwerpunkt war neben den Grundlagen des deutschen Rechts die Vermittlung der deutschen Rechtsmethodik. Diese Förderung sollte den Teilnehmern des Programms als zukünftigen Mittelern zwischen Deutschland und ihrem jeweiligen Heimatland zugute kommen. Durch den Einblick in das rechtliche Denken des Westens wurde es den Stipendiaten ermöglicht, das „westliche“ Rechtsverständnis zu verinnerlichen, um neue Impulse für die Entwicklung der Rechtswissenschaft in ihren jeweiligen Heimatländern in Richtung einer stärker marktwirtschaftlichen und individualrechtlichen Konzeption zu setzen.

Die Abhandlungen der Teilnehmer, die in Teil II des vorliegenden Bandes abgedruckt werden, liefern Einblicke in die Transformationsvorgänge in den jeweiligen Heimatrechtsordnungen. Die intensive Zusammenarbeit zwischen der deutschen Projektseite<sup>5</sup> und den Teilnehmern des Programms ermöglichte die Berücksichtigung verschiedener Perspektiven bei der Anfertigung der Untersuchungen und sorgte dafür, dass die Fragen der Rechtsvergleichung, insbesondere der Aspekt der Entlehnungen aus den europäischen Rechtsordnungen, in den Vordergrund rückten.

Die durch Stipendiaten vorgenommenen Untersuchungen wurden anschließend einer übergreifenden Analyse unterzogen (siehe Teil I dieses Bandes). *Kurzynsky-Singer* widmet sich in ihrem Beitrag der Wirkungsweise von *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts, wobei ein Modell zur Beschreibung und Antizipierung dieser Wirkung vorgestellt wird. Diese Untersuchung wird durch drei weitere Arbeiten ergänzt. *Dr. Natalia Pankevich* (Institut für Philosophie und Recht der Russischen Akademie der Wissenschaften, Jekaterinburg) stellt das Phänomen der *legal transplants* in den soziologischen Kontext, indem sie das Gesellschaftsmodell der Länder der Region untersucht. *Walter Grenz* beschreibt in seinem Beitrag die Zivilrechtsentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien, um die rechtskulturelle Determinierung der untersuchten Rechtsordnungen zu verdeutlichen. Schließlich zeigt *Kurzynsky-Singer* am Beispiel der Gesetzesumgehung im deutschen Recht, wie ein potentielles *legal transplant* durch das Gesamtgefüge seiner ursprünglichen Rechtsordnung vorgeprägt sein kann und wie dies im Falle der Rezeption zu beachten ist.

Um die Ergebnisse des Programms zu diskutieren, veranstaltete das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gemeinsam mit der Staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität Tiflis (Georgien) im Rahmen des Projekts am 18./19. Oktober 2012 in Tiflis eine internationale Konferenz mit dem Titel „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels *legal transplants*?“. Die Beiträge der Projektteilnehmer, die ihre Forschungsergebnisse präsentierten, wurden eingerahmt durch Vorträge von prominenten Rechtswissenschaftlern aus Deutschland, dem Kaukasus und Zentralasien, die Einblicke in den Vorgang der Rechtstransformation im postsowjetischen Raum boten. In Teil III dieses Buchs werden drei dieser Vorträge vollständig abgedruckt, weitere Vorträge sind im Rahmen eines ausführlichen Konferenzberichts zusammengefasst.

*Eugenia Kurzynsky-Singer*

---

<sup>5</sup> Die inhaltliche Betreuung der Untersuchungen gewährleisteten neben *Eugenia Kurzynsky-Singer* auch die Projektassistenten *Alexander Shmagin* und *Walter Grenz*. Eine besonders intensive Unterstützung erhielt bei ihrer Arbeit *Zhannat Dosmanova*.



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XI

### Teil I: Das Phänomen der *legal transplants*

*Eugenia Kurzynsky-Singer*

Wirkungsweise der <i>legal transplants</i> bei den Reformen des Zivilrechts .....	3
--	---

*Natalia Pankevich*

Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries .....	39
--	----

*Walter Grenz*

Zivilrechtsentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien .....	65
--	----

*Eugenia Kurzynsky-Singer*

Das Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht als ein potentielles <i>legal transplant</i> .....	89
--	----

### Teil II: *Legal transplants* als *law in action*.

Untersuchungen zu einzelnen Fragen des Zivil- und Wirtschaftsrechts  
in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens

*Eugenia Kurzynsky-Singer* und *Tamar Zarandia*

Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien .....	107
--	-----

*Giorgi Tsertsvadze*

The New Georgian Arbitration Law in Practice .....	139
--	-----

<i>Ketevan Giorgishvili</i>	
Das georgische Verbraucherrecht .....	219
<i>Giorgi Vashakidze</i>	
Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien .....	289
<i>Irina Pak</i>	
The “Point of Confusion” in the Uzbek Trade Marks Act 1994 .....	331
<i>Iroda Djuraeva</i>	
Personal Non-property Rights of Minors in Uzbekistan .....	361
<i>Zhannat Dosmanova</i>	
Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan .....	395
<p>Teil III : Materialien der Konferenz          „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien.          Transformation mittels <i>legal transplants</i>?“</p>	
<i>Jürgen Basedow</i>	
Georgien und die Europäisierung des Privatrechts .....	457
<i>Lado Chanturia</i>	
Die Entwicklungstendenzen im Zivilrecht der Länder des Kaukasus und Zentralasiens .....	465
<i>Elchin Usub</i>	
Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidschans .....	477
<i>Walter Grenz und Alexander Shmagin</i>	
Konferenzbericht „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels <i>legal transplants</i> ?“ am 18. und 19. Oktober 2012 in Tiflis, Georgien .....	487
Autorenverzeichnis .....	507

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Am. J. Comp.L.	American Journal of Comparative Law
APK	Administrativnyj processual'nyj kodeks [Verwaltungsprozessgesetzbuch]
Art.	Artikel
ASA	Association Suisse de l'Arbitrage
ASSR	Autonome Sozialistische Sowjetrepublik
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BSK	Basler Kommentar
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
CCP RUz	Code of Civil Procedure of the Republic of Uzbekistan
CIS	Commonwealth of Independent States
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf
CJEC	Court of Justice of the European Communities
CJEU	Court of Justice of the European Union
CMR	Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
CUECIC	United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts
DAI	direkte ausländische Investitionen
DIS	Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit
E.T.M.R.	European Trade Mark Reports
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice
ECR	European Court Reports
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche

## XII

*Abkürzungsverzeichnis*

EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVÜ	Europäisches Schuldvertragsübereinkommen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
F.S.R.	Fleet Street Reports
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht, Öffentlichem Recht
FAS	Federal'nyi Arbitražnyj Sud [Föderales Wirtschaftsgericht]
FC RUz	Family Code of the Republic of Uzbekistan
FHWG	Gesetz über den freien Handel und den Wettbewerb
Foro It.	Il foro italiano
GEL	Georgischer Lari (Währung)
GG	Grundgesetz
GIZ	Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit
GLR	Georgian Law Review (K'art'uli samart'lis mimoxilva)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GS	Gesetzessammlung
GTZ	Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit
GUS	Gemeinschaft Unabhängiger Staaten
GVerf	Verfassung von Georgien
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HWBEuP	Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
ICC	International Chamber of Commerce
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IDEA	Intellectual Property Law Review
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Int'l. & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Gesetz zum Internationalen Privatrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. Intell. Prop. L.	Journal of Intellectual Property Law
J.L.& Econ.	Journal of Law and Economics
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jurist (Kas.)	Jurist (Rechtszeitschrift, Republik Kasachstan)
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung

kas. SteuerGB	Steuergesetzbuch der Republik Kasachstan
kas. UGB	Umweltgesetzbuch der Republik Kasachstan
KPA	Kooperations- und Partnerschaftsabkommen
KPdSU	Kommunistische Partei der Sowjetunion
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MGIMO	Moskovskij Gosudarstvennyj Institut Meždunarodnych otnošenij [Moskauer Institut für Internationale Beziehungen]
MinKo	Minsker Konvention
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
ML	UNCITRAL Model Law
MLR	Modern Law Review
n.F.	neue Fassung
NAG	georgisches Gesetz über die Normativakte
NEP	Neue Ökonomische Politik
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report
NYC	New York Convention
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGG	Oberstes Gericht Georgiens
OJ	Official Journal
OLG	Oberlandesgericht
OON	Organizacija Ob’edinënych Nacij [Organisation der Vereinten Nationen]
Pat.&T.M. Rev.	Patent and Trademark Review
PSA	Production Sharing Agreements
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums
RA	Republik Aserbaidshan
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBÜ	Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst
Rec. d. Cours	Recueil des Cours
RF	Russische Föderation
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RK	Republik Kasachstan
ROW	Recht in Ost und West
RPC	Reports of patent, design and trade mark cases
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
RUz	Republic of Uzbekistan
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung

## XIV

*Abkürzungsverzeichnis*

SAPP	Sobranie aktov Prezidenta Respubliki Kazachstan i Pravitel'stva Respubliki Kazachstan [Sammlung der Rechtsakte des Präsidenten der Republik Kasachstan und der Regierung der Republik Kasachstan]
SCC	Stockholm Chamber of Commerce
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
Slg.	Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SSR	Sozialistische Sowjetrepublik
StGB	Strafgesetzbuch
TM Rep	Trademark Reporter
TMA	Trade Marks Act
TPP	Torgovo-Promyšlennaja Palata [Industrie- und Handelskammer]
TSFSR	Transkaukasische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
USD	US-Dollar
UzCMF	Uzbek Code on Marriage and Family
UzSSR	Uzbek Soviet Socialist Republic
UzTMA	Uzbek Trade Marks Act
VAS	Vysšij Arbitražnyi Sud [Oberstes Wirtschaftsgericht]
Verf.	Verfassung
Vestnik VAS	Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda RF [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts der RF]
VG	Versicherungsgesetz
VS	Verchovnyj Sovet [Oberster Rat]
WGO-MfOR	WGO-Monatshefte für Osteuropäisches Recht
WIPO	World Intellectual Property Organization
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WPO	Wirtschaftsprozessordnung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das Gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRK	Zakon Respubliki Kazachstan [Gesetz der Republik Kasachstan]
ZRU	Zakon Respubliki Uzbekistan [Gesetz der Republik Usbekistan]
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Teil I

### Das Phänomen der *legal transplants*



# Wirkungsweise der *legal transplants* bei den Reformen des Zivilrechts

EUGENIA KURZYNSKY-SINGER

I.	Einleitung .....	4
1.	Phänomen der <i>legal transplants</i> .....	4
2.	Ansatz zur theoretischen Erfassung der Rezeptionsvorgänge .....	5
II.	Transplantate in dem Gesamtgefüge der Rechtsordnungen im Kaukasus und in Zentralasien .....	7
1.	Überblick über die Entwicklung des Zivilrechts im Kaukasus und in Zentralasien.....	7
2.	Orientierung am ausländischen Recht .....	8
3.	Beibehaltung eines gemeinsamen zivilrechtlichen Referenzrahmens in der GUS.....	9
4.	Wiederbesinnung auf die vorrevolutionären Traditionen?.....	10
5.	Konkurrenz und Zusammenspiel der Reformmodelle .....	11
III.	Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und der transplantierten Norm .....	13
1.	Problemaufriss .....	13
2.	Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht .....	15
a)	Grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht.....	15
b)	Inhaltliche Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht .....	16
aa)	Die Konzeption des deutschen Rechts .....	16
bb)	Konzeption der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse im postsowjetischen Raum .....	17
cc)	Funktion des Privatrechts und Ausgestaltung des Rechtsschutzes .....	20
c)	Folgen der konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht.....	22
aa)	Bedeutung der Abgrenzung: Legitimität einzelner Regelungen .....	22
bb)	Möglichkeiten der Übernahme deutscher Konzepte .....	23
3.	Intensität des Konflikts zwischen dem <i>legal transplant</i> und der rezipierenden Rechtsordnung .....	24
a)	Rechtsordnung als ein Spiegelbild des gesellschaftlichen Wertesystems .....	24
b)	Konflikt der Wertentscheidungen im Einzelfall .....	25
aa)	Vorüberlegung .....	25
bb)	Beispiel aus dem usbekischen Familienrecht .....	26
cc)	Beispiel aus dem usbekischen Markenrecht .....	27
c)	Wertneutrale Normen und <i>tabula rasa</i> -Effekt.....	28
aa)	Vorüberlegung .....	28
bb)	Beispiel des georgischen Schiedsverfahrens .....	29
cc)	Beispiel des georgischen Verbraucherrechts .....	30
dd)	Beispiel des georgischen IPR .....	31
d)	Umfassende Entlehnungen .....	31

IV. Abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs .....	33
1. <i>Legal transplants</i> als Mittel der Rechtsangleichung und Vereinheitlichung des Rechts .....	33
2. <i>Legal transplants</i> als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung .....	34
3. <i>Ex ante</i> -Analyse der Wirkungen eines <i>legal transplant</i> .....	36

## I. Einleitung

### 1. *Phänomen der legal transplants*

Es scheint außer Frage zu stehen, dass die meisten Rechtsordnungen im Laufe ihrer Geschichte auf eine vielfältige Art und Weise Ideen, Rechtsinstitute, Regelungskomplexe oder auch einzelne Normen aus anderen Rechtsordnungen entlehnt haben.<sup>1</sup> Die Gründe für eine transnationale Zirkulation der Ideen können sehr unterschiedlich sein. Der Export eigenen Rechts in andere Länder kann der Kolonialpolitik geschuldet gewesen sein<sup>2</sup> oder einen bewussten wie unbewussten Bestandteil der Rechtshilfe und internationaler Zusammenarbeit bilden.<sup>3</sup> Die Übernahme fremder Regelungen kann von dem Wunsch des Gesetzgebers getragen sein, hierdurch in gewissem Sinne auch die fremde Rechtswirklichkeit zu importieren oder schlicht die für die Entwicklung eigener Regelungen notwendigen Ressourcen einzusparen.<sup>4</sup> Auch wenn die Erfolgsgeschichte einzelner Entlehnungen an dieser Stelle dahingestellt bleiben kann, so ist jedenfalls festzustellen, dass eine generelle Frage, ob Rechtstransplantate überhaupt möglich sind,<sup>5</sup> für sich genommen nicht weiterführt. Interessant ist in diesem

---

<sup>1</sup> Vgl. ausführlich verschiedene Länderberichte in: Sánchez Cordero (Hrsg.), *Legal culture and legal transplants* (Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law, electronic Edition), Washington, D.C. 2010; *Rehm*, *Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation*, *RabelsZ* 72 (2008), S. 1, 5 ff.; *Knieper*, *Rechtsimperialismus?*, in: *Rechtsreformen entlang der Seidenstraße*, Berlin 2006 (im Weiteren: *Seidenstraße*), S. 57, 62 f.; *Watson*, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2. Aufl., Athen und London 1993, S. 31 ff.; *Fleischer*, *Legal Transplants im deutschen Aktienrecht*, *NZG* 2004, S. 1129 ff.; *Graziadei*, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2007, S. 444 ff.

<sup>2</sup> *Allott*, *The Limits of Law*, London 1980, S. 161 ff.

<sup>3</sup> *Knieper*, *Rechtsimperialismus?*, in: *Seidenstraße*, oben Fn. 1, S. 62.

<sup>4</sup> Hierzu ausführlich der Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff., 56. Interessant in diesem Zusammenhang ist auch das Beispiel von der Übernahme des schweizerischen ZGB in der Türkei; siehe ausführlich zu Ursachen und Gründen: *Hirsch*, *Rezeption als sozialer Prozess*, Berlin 1981, S. 29.

<sup>5</sup> Dies wird angezweifelt von *Legrand*, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, *MJECCL* 4 (1997), S. 111, 116.

Zusammenhang viel mehr, wie ein Rezeptionsvorgang im Einzelnen abläuft, insbesondere wie weit die Übernahme eines fremden Rechtsinstituts durch eine Rechtsordnung gehen kann. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass durchaus ein gewaltiger Unterschied bestehen kann zwischen dem, was laut gesetzgeberischem Akt rezipiert werden soll, und demjenigen, was im Laufe eines über Jahre und Jahrzehnte sich erstreckenden sozialen Prozesses durch Normverwirklichung faktisch übernommen und in die Rechtsanwendung inkorporiert wird.<sup>6</sup> Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Rechtsphänomen der *legal transplants* speziell in Bezug auf die Transformationsländer stellt, ist, inwiefern Rechtsentlehnungen als Reformmittel erfolversprechend eingesetzt werden können.

Bei dieser Fragestellung erscheint es sinnvoll den Begriff des Rechts-transplantats weit zu fassen. Umfasst werden sollen zum einen nicht nur einzelne Rechtsnormen, sondern auch komplexe Regelungswerke. Zum anderen sollen auch Rechtsgrundsätze und Rechtsgedanken unter den Begriff *legal transplants* fallen können. Das Vorliegen eines Rechtstransplantats ist damit aus der Perspektive des rezipierenden Landes anhand der Frage zu bestimmen, ob das jeweilige Rechtsinstitut bzw. die ihm zugrunde liegende Rechtsidee einer anderen Rechtsordnung entstammt.

## 2. Ansatz zur theoretischen Erfassung der Rezeptionsvorgänge

Zu dem Phänomen *legal transplants* gibt es sehr vielfältige Literatur.<sup>7</sup> Der überwiegend vertretene Ansatz, dem auch vorliegend im Wesentlichen gefolgt werden soll, besteht darin, die Entlehnungen in dem Gesamtgefüge der ursprünglichen wie der rezipierenden Rechtsordnung zu betrachten. Hervorgehoben wird dabei, dass das Recht als eine kognitive Institution aufzufassen ist, in der einzelne Regeln keinesfalls frei und unabhängig voneinander stehen, sondern in ein Gesamtsystem eingebettet sind, das von den lokalen Rechtsanwendern verstanden und akzeptiert werden muss, um Wirkungen zu entfalten.<sup>8</sup> Damit führt eine rezipierte rechtliche Regelung ohne Verständnis für die Kultur, aus der sie stammt, nicht unbedingt zu den gleichen Interpretationsergebnissen, die sie in ihrer ursprünglichen

---

<sup>6</sup> Hirsch, oben Fn. 4, S. 15.

<sup>7</sup> Ein Überblick bei Graziadei, oben Fn. 1, S. 723, 726 ff., sowie weitere Nachweise bei Rehm, oben Fn. 1, S. 1 ff.

<sup>8</sup> Pistor, The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies, Am.J. Comp.L 50 (2002), S. 97; Berkowitz/Pistor/Richard, The Transplant Effect, Am.J.Comp. L 51 (2003), S. 163; Knieper, Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht, RabelsZ 72 (2008), S. 88. Zur älteren Auffassung, wonach die ganze Geschichte des Rechts größtenteils eine Geschichte der Entlehnungen der Rechtsgedanken aus anderen Rechtssystemen und deren Assimilierung sei, vgl. Watson, oben Fn. 1, m.w.N.

Rechtsordnung indizierte.<sup>9</sup> Bei der Implementierung eines entlehnten Rechtsinstituts in einer Rechtsordnung erhält die entlehnte Norm nicht selten einen neuen Inhalt, auf den nicht nur die Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, sondern auch der gesellschaftliche Diskurs Einfluss nehmen kann.<sup>10</sup>

Die Grundannahme des vorliegenden Beitrags bildet die Vorstellung, dass jeder transplantierten Vorschrift, jedem transplantierten Rechtsinstitut, jeder transplantierten Rechtsidee eine durch die ursprüngliche Rechtsordnung bedingte Prägung anhaftet. Diese Prägung kann in Widerspruch zu der rezipierenden Rechtsordnung treten, so dass das Rechtstransplantat in diesem Fall in einen Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung gerät. Dieses Phänomen wurde bereits von *Teubner* am Beispiel der Einführung des Instituts von Treu und Glauben in das englische Recht beschrieben.<sup>11</sup> Zu berücksichtigen ist aber, dass bei den Transformationsrechtsordnungen, zu denen die vorliegend untersuchten Staaten des Kaukasus und Zentralasiens gehören, der Konflikt zwischen den rezipierten Rechtsinstituten und der rezipierenden Rechtsordnung insofern auf einer viel tieferen Ebene stattfindet, als er die Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung betrifft.<sup>12</sup> Es wird die These vertreten, dass eine differenzierte Betrachtung des Konflikts zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung den Schlüssel zum Verständnis des Rezeptionsvorgangs im Einzelfall darstellt.

Diese Annahme zwingt dazu, bei der Betrachtung der Rezeptionsvorgänge zunächst ein besonderes Augenmerk auf die rezipierenden Rechtsordnungen zu richten. Eine ausführliche Darstellung der Zivilrechtsentwicklung in den Staaten Zentralasiens und des Kaukasus ist anderen Beiträgen dieses Bandes vorbehalten.<sup>13</sup> Im folgenden Abschnitt II dieser Untersuchung sollen lediglich einige Eckpunkte zusammengefasst werden. Im Abschnitt III werden verschiedene Konstellationen eines Konfliktes zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und einem *legal transplant* eingehend untersucht. Abschnitt IV enthält abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs.

---

<sup>9</sup> *Legrand*, oben Fn. 5, S. 111 ff.

<sup>10</sup> *Teubner*, *Legal Irritants, Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *MLR* 61 (1998), S. 11, 17 f.

<sup>11</sup> *Teubner*, ebd., S. 11–32.

<sup>12</sup> *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, *Freiheitliche Dispositionsmaxime und sowjetischer Paternalismus im russischen Zivilprozessrecht: Wechselwirkung verschiedener Bestandteile einer Transformationsrechtsordnung*, *ZEuP* 2012, S. 7 ff.

<sup>13</sup> Siehe vor allem die Beiträge von *Grenz* (S. 65 ff.), *Chanturia* (S. 465 ff.) und *Usub* (S. 477 ff.); zum gesellschaftlichen Modell der ehemaligen Sowjetrepubliken siehe den Beitrag von *Pankevich* (S. 39 ff., 47 ff.).

## II. Transplantate in dem Gesamtgefüge der Rechtsordnungen im Kaukasus und in Zentralasien

### 1. Überblick über die Entwicklung des Zivilrechts im Kaukasus und in Zentralasien

Festzuhalten ist zunächst, dass die ursprünglich überwiegend gewohnheitsrechtlich geprägten Rechtsordnungen des Kaukasus und Zentralasiens<sup>14</sup> spätestens seit dem 19. Jahrhundert einer erzwungenen Russifizierung unterlagen,<sup>15</sup> die ihren Höhepunkt in der Sowjetzeit gefunden hat.<sup>16</sup> Dies führte zu einer nachhaltigen Zerstörung der vorhandenen Rechtskultur und ihrer weitestgehenden Ersetzung durch das russisch-sowjetisch geprägte Recht, wenn auch einige gewohnheitsrechtliche Elemente in der Verborgenheit der Illegalität zum Teil erhalten blieben.<sup>17</sup>

Die Ende 1991 aufgelöste Sowjetunion hinterließ damit ihren Nachfolgestaaten ein widersprüchliches Erbe. Die erlangte staatliche Unabhängigkeit löste in den postsowjetischen Staaten eine Suche nach einer neuen nationalen Identität aus, die oftmals zu der Distanzierung gegenüber der gemeinsamen Vergangenheit im Rahmen der Sowjetunion und der daraus folgenden Befürchtung einer erneuten Hegemonie Russlands führte.<sup>18</sup> Andererseits machten die vielfältigen Bindungen wirtschaftlicher, persönlicher und kultureller Natur, die nach dem Untergang der Sowjetunion über die neu gezogenen Landesgrenzen hinaus fortbestanden, einen kompletten Bruch zwischen den neu gegründeten Staaten weder möglich noch wünschenswert. Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Desintegration, Reintegration und Neuintegration prägte und prägt den postsowjetischen

---

<sup>14</sup> Geiß, Rechtskultur und politische Reformen in Zentralasien, in: Boulanger (Hrsg.), *Recht in der Transformation*, Berlin 2002, S. 152 (im Weiteren: *Rechtskultur, Recht*); Babič, *Gewohnheitsrecht im nordwestlichen und zentralen Kaukasus*, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), *Rechtsppluralismus in der islamischen Welt*, Berlin und New York 2005, S. 255 ff., 257; Kenžaliev, *Das kasachische Gewohnheitsrecht in sowjetischer und post-sowjetischer Zeit*, in: ebd., S. 331 ff. Siehe ausführlich den Beitrag von Grenz in diesem Band S. 65 ff.

<sup>15</sup> Anzumerken ist allerdings, dass die zaristischen Kolonialbehörden um eine begrenzte Integration von lokalen Rechtstraditionen durchaus bemüht waren, Geiß, *Rechtskultur, Recht*, vorige Fn., S. 159; ausführlich hierzu Auch, *Adat – Šarī'a – Zakon. Zur Implementierung russischen Rechts in Kaukasien*, *Rechtstheorie* 35 (2004), S. 289–321.

<sup>16</sup> Geiß, *Andere Wege in die Moderne – Recht und Verwaltung in Zentralasien, Osteuropa* 2007, Heft 8–9, S. 157 ff. Siehe ausführlich den Beitrag von Grenz in diesem Band S. 65 ff., 71 ff.

<sup>17</sup> Geiß, *Rechtskultur, Recht*, oben Fn. 14, S. 160 ff.; Kenžaliev, oben Fn. 14, S. 339.

<sup>18</sup> Siehe ausführlich in diesem Band Pankevich, die diese Entwicklung in die globalen Entkolonialisierungsprozesse einordnet (S. 39 ff., 50 f.).

Raum in einem hohen Maße.<sup>19</sup> Dementsprechend verlaufen auch die Reformen des Zivilrechts keinesfalls geradlinig und sind von den konkurrierenden Entwicklungstendenzen geprägt.

## 2. Orientierung am ausländischen Recht

Die Bekenntnis zur Marktwirtschaft in den Verfassungen der meisten Länder Zentralasiens und des Kaukasus<sup>20</sup> legte es nahe, sich bei den Reformen des Zivilrechts an den bestehenden Kodifikationen der westlichen Länder zu orientieren, was zusätzlich durch die zahlreichen ausländischen Beratungsprojekte unterstützt wurde.<sup>21</sup> Besonders deutlich kam diese Vorgehensweise in Georgien und Turkmenistan zum Vorschein, wo die Zivilgesetzbücher sich deutlich am deutschen BGB orientieren.<sup>22</sup> In Georgien gilt die Angleichung an das Recht der Europäischen Union sogar als Rechtsentwicklungsprogramm.<sup>23</sup> Aber auch in anderen Staaten des postsowjetischen Rechtsraums sind die Bestrebungen, die Zivilrechtsordnungen zu europäisieren, sichtbar. Zum einen sind sie durch die Partnerschaftsabkommen mit der EU zu einer Annäherung ihrer Rechtsordnungen an das europäische Recht in einzelnen Bereichen verpflichtet.<sup>24</sup> Zum anderen erfolgt die Übernahme einzelner rechtlicher Standards aus dem euro-

---

<sup>19</sup> Kurzynsky-Singer, Gemeinschaft Unabhängiger Staaten, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1, Tübingen 2009, S. 669 (im Weiteren: HWBEuP).

<sup>20</sup> Art. 1 Abs. 2 Verf. Kasachstan; Art. 12 Verf. Tadschikistan; Art. 53 Abs. 1 Verf. Usbekistan; Art. 15 Abs. 1, 2 Verf. Aserbaidschan; Art. 8 Abs. 1, 2 Verf. Armenien.

<sup>21</sup> Siehe z.B. zu der Rechtsberatung durch die GTZ (jetzt GIZ): Dieke, Die Tätigkeit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), in: Boguslavskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998 (im Weiteren: Wege zu neuem Recht), S. 256; sowie weitere Beiträge zur westlichen Rechtsberatung in der GUS im selben Band, S. 259–311. Zur Konkurrenz zwischen verschiedenen Beratungsansätzen siehe *Chanturia*, Recht und Transformation, *RabelsZ* 72 (2008), S. 114, 116 ff.

<sup>22</sup> *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa, Tübingen 2001, S. 896; *ders.*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung? *RabelsZ* 74 (2010), S. 155; *Knieper*, Das neue turkmenische Zivilgesetzbuch im Überblick, *WiRO* 2000, S. 53.

<sup>23</sup> Siehe z.B. zum Verbraucherrecht den Beitrag von *Giorgishvili* in diesem Band S. 219 ff.

<sup>24</sup> Siehe z.B. Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Kazakhstan, OJ 28.7.1999 L 196/3; Art. 42 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Uzbekistan, OJ 31.8.1999 L 229/3; Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Armenia, OJ 9.9.1999 L 239/3; Art. 43 Partnership and Cooperation Agreement between the European Communities and their Member States and the Republic of Azerbaijan, OJ 17.9.1999 L 246/3.

päischen Recht durch Implementierung von internationalen Verträgen in das Heimatrecht, wie es z.B. in dem Beitrag von *Djuraeva* geschildert wird.<sup>25</sup>

### 3. Beibehaltung eines gemeinsamen zivilrechtlichen Referenzrahmens in der GUS

Ein weiteres Modell für die Reformen des Zivilrechts in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens basiert auf dem Wunsch, einen gemeinsamen Rechtsraum im Rahmen der GUS zu erhalten, was zu deren ursprünglichen Zielen gehörte und insbesondere durch die Gründung der Interparlamentarischen Versammlung bekräftigt war.<sup>26</sup> Das bedeutendste Modellgesetz, das von der Interparlamentarischen Versammlung erlassen wurde, ist das Modellzivilgesetzbuch. Es beeinflusste stark die Zivilgesetzbücher von Armenien, Aserbaidschan, Kasachstan, Kirgisistan, Russland, Tadschikistan und Usbekistan<sup>27</sup> und stellte damit eine Art gemeinsamen Referenzrahmen für das Zivilrecht dieser Staaten dar.

Dieses Modell der Weiterentwicklung implizierte, dass an das in der Sowjetzeit vorhandene Zivilrecht angeknüpft und dieses an die Bedürfnisse der modernen Marktwirtschaft angepasst werden sollte. Solche Rechtsnormen, die als nicht ideologisch beeinflusst angesehen wurden, fanden dabei Eingang in das Modellzivilgesetzbuch. Eine solche Weiterentwicklung des vorhandenen Zivilrechts war insofern möglich, als die privatrechtliche Tradition während der Sowjetzeit nicht völlig abgebrochen war. 1922 wurde im Zuge der neuen ökonomischen Politik (NEP) das Zivilgesetzbuch der Russischen Sowjetischen Föderativen Republik (RSFSR), das zu einem nicht unerheblichen Teil auf einem vorrevolutionären Entwurf beruhte, ausgearbeitet und in Kraft gesetzt. Auch das nachfolgende Zivilgesetzbuch der RSFSR (ZGB RSFSR) von 1964 setzte diese Kontinuität fort, indem es wiederum viele Vorschriften seines Vorläufers aus dem Jahr 1922 übernahm. Damit enthielten beide Zivilgesetzbücher der RSFSR trotz

---

<sup>25</sup> In diesem Band S. 361 ff.

<sup>26</sup> Die Interparlamentarische Versammlung hat im Wesentlichen beratende Tätigkeit, die die Harmonisierung der Gesetzgebung in den GUS-Staaten fördern soll. Insbesondere ist sie befugt, gem. Art. 4 Punkt g der „Konvention über die Interparlamentarische Versammlung der GUS-Teilnehmerstaaten“ vom 26.5.1995 Modellgesetze und Modellgesetzbücher zu verabschieden, die an die Parlamente der teilnehmenden Staaten weitergeleitet werden.

<sup>27</sup> Siehe den Beitrag von *Chanturia* in diesem Band S. 465 ff.; *Medvedev*, *Graždanskij kodeks Rossii – ego rol' v razvitii rynočnoj ekonomiki i sozdanii pravovogo gosudarstva* [Das Zivilgesetzbuch Russlands – seine Rolle bei der Entwicklung der Marktwirtschaft und der Erschaffung eines Rechtsstaates], *Vestnik Vyššego Arbitražnogo Suda RF* [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts der RF] (im Weiteren: *Vestnik VAS*) 2007, Nr. 7, S. 5, 14.

einer überdeutlichen ideologischen Ausrichtung einen Kern bürgerlich-rechtlicher Vorschriften.<sup>28</sup>

Die erzwungene Russifizierung des Zivilrechts der ehemaligen Sowjetrepubliken hatte damit zur Folge, dass indirekt auch an die Tradition des europäischen Zivilrechts angeknüpft wurde. Auf diese Weise bestehen historische Verbindungslinien der Rechtsordnungen Zentralasiens und des Kaukasus mit dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis.<sup>29</sup>

Allerdings ist es wichtig zu beachten, dass diese europäischen Zivilrechtsgrundlagen nicht in ihrer ursprünglichen Form erhalten geblieben sind, da sie vielfach durch ideologische Konstruktionen des sowjetischen Rechtsdenkens belastet wurden. Der Oktoberrevolution folgte eine Instrumentalisierung des Zivilrechts für die Zwecke der kommunistischen Ideologie. In dieser Zeit war das Zivilrecht seiner Funktion als Mittel der Konfliktlösung zwischen privatrechtlichen Subjekten beraubt und diente vor allem als Kontroll- und Regulierungsmechanismus.<sup>30</sup> Die Rechtsordnungen der GUS-Länder waren über Jahrhunderte durch eine autoritäre Herrschaft und ein kollektivistisches Gesellschaftsmodell geprägt, was eine entsprechende rechtskulturelle Determinierung<sup>31</sup> hinterließ und worauf unten noch einzugehen sein wird.

#### 4. Wiederbesinnung auf die vorrevolutionären Traditionen?

Das Erlangen der Eigenstaatlichkeit infolge des Zusammenbruchs der Sowjetunion machte auch das Wiederbeleben früherer gewohnheitsrechtlicher Institute möglich. In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass – im Unterschied zur zaristischen Kolonialpolitik, die noch versuchte, lokale Rechtssysteme ins Justizsystem des Zarenreichs zu integrieren – die Sowjetisierung Zentralasiens mit dem Niedergang lokaler Rechtskultur einherging.<sup>32</sup> Das (Wieder)Einführen einzelner gewohnheitsrechtlich oder islamisch geprägter Rechtsinstitute im Recht Zentralasiens scheint von keiner systemrelevanten Bedeutung zu sein. So wurden in die

---

<sup>28</sup> *Makovskij*, Einige Einschätzungen der Hilfe bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung und des Standes der internationalen Zusammenarbeit, in: *Wege zu neuem Recht*, oben Fn. 21, S. 339 ff.

<sup>29</sup> *Knieper*, Anmerkungen zu den Kodifikationen des Zivilrechts in den Übergangsgesellschaften, in: *Seidenstraße*, oben Fn. 1, S. 100.

<sup>30</sup> Siehe ausführlicher *Kurzynsky-Singer*, *Russisches Zivilgesetzbuch*, HWBEuP, oben Fn. 19, Bd. 2, S. 1326.

<sup>31</sup> Zu der Kontinuität der Rechtskultur siehe *Nussberger*, Die Frage nach dem tertium comparationis. Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, ROW 1998, S. 81, 83; *Heller*, Dominante Prägung der Rechtskultur in Russland: der Blick eines Historikers, in: *Luchterhandt* (Hrsg.), *Rechtskultur in Russland: Tradition und Wandel*, Berlin 2011, S. 37 ff.

<sup>32</sup> *Geiß*, *Rechtskultur, Recht*, oben Fn. 14, S. 161.

Kompetenz der neu eingeführten *Biy-* und *Aksakal-*Gerichte in dörflichen Gegenden Kasachstans,<sup>33</sup> bzw. der *Mahalla*-Büros in Usbekistan<sup>34</sup> und der *Aksakal*-Gerichte in Kirgisistan,<sup>35</sup> lediglich Rechtsstreitigkeiten von geringer gesellschaftlicher Relevanz übertragen.<sup>36</sup> Das in Kasachstan ermöglichte islamische Bankwesen<sup>37</sup> diene dem Anlocken von Investoren sowie der Diversifizierung der Dienstleistungen im Finanzsektor<sup>38</sup> und scheint mehr die Erschließung neuer Märkte zu fördern als dem in der kasachischen Gesellschaft verankerten Wertesystem zu entspringen. Bezeichnend ist etwa, dass *Djuraeva* im Bereich des Eltern-Kind-Verhältnisses nur ein einziges dem Gewohnheitsrecht entstammendes Element festgestellt hat, nämlich die Möglichkeit, für das Kind in Abweichung von der allgemeinen Regel einen Nachnamen festzulegen, der auf der Grundlage der Tradition bestimmt wird.<sup>39</sup>

### 5. Konkurrenz und Zusammenspiel der Reformmodelle

Damit kann festgehalten werden, dass die Zivilrechtsreformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens im Grunde durch zwei konkurrierende Reformmodelle dominiert werden. Das erste Modell sieht eine Rezeption der westlichen Regelungen vor, das zweite bevorzugt eine Entwicklung des Zivilrechts im Rahmen der vorhandenen Traditionen. Dabei ist anzunehmen, dass weder das eine noch das andere dieser beiden Modelle in einer „reinen Form“ existieren kann.<sup>40</sup> Die Staaten, die dem zweiten Modell folgen, entnehmen unausweichlich einzelne Institute aus anderen Rechtssystemen, wenn auch nur insoweit, als eine derartige Anlehnung notwendig ist, um den Rechtsverkehr unter den Bedingungen der Marktwirtschaft zu ermöglichen. So kann man als Beispiele aus dem russischen Recht solche Vertragstypen wie Leasing (Art. 665–670 ZGB RF) oder Franchising (Art. 1027–1040 ZGB RF) nennen. Andererseits ist in den Staaten, die sich für die Rezeption des ausländischen Rechts entschieden haben, die Wahrung bestimmter Rechtstraditionen unvermeidbar. So wurden selbst im

---

<sup>33</sup> Vgl. *Kenžaliev*, oben Fn. 14, S. 340.

<sup>34</sup> *Geiß*, oben Fn. 16, S. 169 f.

<sup>35</sup> *Geiß*, ebd., S. 170.

<sup>36</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Grenz* in diesem Band S. 65 ff., 84.

<sup>37</sup> *Maggs*, *Islamic Banking in Kazakhstan Law, Review of Central and East European Law* 36 (2011), S. 1 ff.

<sup>38</sup> Stellungnahme des Komitees zur Entwicklung des regionalen Finanzzentrums der Stadt Almaty der Kasachischen Nationalbank unter <[http://www.rfca.gov.kz/?furl=show\\_doc&rfca\\_id=6099&CFID=4253038&CFTOKEN=84712514](http://www.rfca.gov.kz/?furl=show_doc&rfca_id=6099&CFID=4253038&CFTOKEN=84712514)> (18.12.2012).

<sup>39</sup> Siehe ausführlich den Beitrag in diesem Band S. 361 ff.

<sup>40</sup> Siehe bereits *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, *Receptija nemeckogo veščnogo prava v Gruzii* [Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien], *Vestnik graždanskogo prava* [Mitteilungsblatt zum Zivilrecht] 2012, Heft Nr. 1, S. 221.

georgischen Zivilgesetzbuch, das sich wie oben ausgeführt stark am deutschen BGB orientierte, einige herkömmliche Regelungen beibehalten. So wurde beispielsweise im Familienrecht das während der Sowjetzeit als gesetzlicher Güterstand vorgesehene gemeinsame Eigentum der Ehegatten<sup>41</sup> einer Zugewinnsgemeinschaft nach deutschem Muster vorgezogen. Ferner wurde auf die Rezeption des Abstraktionsprinzips verzichtet.<sup>42</sup> Des Weiteren wurden auch im Erbrecht einige Besonderheiten beibehalten.<sup>43</sup> Weiterhin können im georgischen ZGB einzelne Normen angetroffen werden, die in derselben Form auch im russischen ZGB enthalten sind. Als Beispiele seien hier die Definition des Eigentums mittels der „Triade der Befugnisse“ (Art. 170 Abs. 1 georg. ZGB, welcher eine ähnliche Regelung wie Art. 209 Abs. 1 russ. ZGB enthält) sowie die Unzulässigkeit der Vereinbarung über die Verjährung (vgl. Art. 146 georg. ZGB, welcher Art. 198 russ. ZGB entspricht) genannt. Die Aufzählung könnte fortgesetzt werden.

Insbesondere die Länder, die ihr Zivilrecht durch die Anpassung und Weiterentwicklung der bestehenden Regeln reformieren, versuchen zum Teil bewusst einen Spagat zwischen den beiden Reformmodellen. So gehört zu den erklärten Zielen der kürzlich angelaufenen<sup>44</sup> umfassenden Reform des russischen Zivilgesetzbuchs neben der Anpassung der Zivilgesetzgebung an die wirtschaftliche Entwicklung gleichzeitig die Annäherung an das Recht der Europäischen Union und auch die Aufrechterhaltung der Einheitlichkeit in den zivilrechtlichen Regulierungen der GUS-Staaten.<sup>45</sup>

Das Ergebnis der Zivilrechtsreformen in den Staaten des postsowjetischen Rechtsraums wird zum Teil als „eine widersprüchliche Gemengelage von Zivilrecht und dem Recht der Zentralverwaltungswirtschaft“ bezeich-

---

<sup>41</sup> Art. 1158 georg. ZGB.

<sup>42</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 119 ff.

<sup>43</sup> Hierzu gehören die Aufteilung der Erbschaft unter den Erben gleicher Ordnung nach gleichen Teilen statt einer Aufteilung nach Quoten gemäß dem deutschen Vorbild, die Zugehörigkeit der Eltern zu den Erben erster Ordnung (Art. 1336 georg. ZGB) sowie die Berechtigung eines nicht arbeitsfähigen Unterhaltsempfängers des Erblassers, unabhängig von seiner Unterhaltsberechtigung Ansprüche geltend zu machen (Art. 1338), wobei zu berücksichtigen ist, dass anders als im sowjetischen Recht (vgl. Art. 532 ZGB RSFSR (1964, Stand 1988)) der Unterhaltsempfänger nach dem geltenden georgischen Recht kein Erbe wird, sondern nur einen Unterhaltsanspruch gegen die Erben bekommt.

<sup>44</sup> Mit dem Föderalen Gesetz vom 30.12.2012 (Nr. 302-FZ) wurden die ersten Änderungen, und zwar in Kapiteln 1, 2, 3 und 4 des ersten Teils des russischen ZGB vorgenommen (Rossijskaja Gazeta vom 11.1.2013, Nr. 5979).

<sup>45</sup> Ukaz Prezidenta RF vom 18.7.2008 Nr. 1108 „O soveršenstvovanii Graždanskogo kodeksa RF“ [Über die Vervollkommnung des Zivilgesetzbuchs der RF], Text abrufbar unter <<http://privlaw.ru/files/u1108.html>> (18.9.2012).

net.<sup>46</sup> Insbesondere zeichnen sich die auf der Grundlage des Modellzivilgesetzbuchs erlassenen Gesetze durch eine oft als unzureichend empfundene Überwindung von Relikten aus,<sup>47</sup> wie z.B. die nach der Person des Rechtsträgers differenzierten Eigentumsformen.<sup>48</sup> Als ein weiteres Beispiel für die Nachwirkung der sozialistischen Zivilrechtsprägung kann die Diskussion um das Wirtschaftszivilgesetzbuch angeführt werden, die zurzeit insbesondere in Kasachstan wieder geführt wird.<sup>49</sup> Dies führt einen bereits in der Sowjetunion geführten Streit über das Verhältnis von Zivil- und Wirtschaftsrecht fort. Bei diesem Streit standen sich die sog. Einheitslehre, die ein einheitliches Zivilgesetzbuch für alle privatrechtlichen Rechtsbeziehungen forderte, und die wirtschaftsrechtliche Konzeption, wonach die Wirtschaft und deren Rechtsverhältnisse so besonders geartet seien, dass sie einer eigenen Kodifikation bedürften, gegenüber. Der Ansatz der wirtschaftsrechtlichen Konzeption zielte dabei keinesfalls auf die Schaffung eines Sonderprivatrechts für Unternehmer, sondern auf die Errichtung eines Regelungskomplexes, der die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Institute miteinander verschmelzen sollte.<sup>50</sup>

### III. Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und der transplantierten Norm

#### 1. Problemaufriss

Die Konkurrenz zwischen den hergebrachten und den transplantierten Rechtsinstituten erschöpft sich nicht in der Frage, welchem Entwicklungsmodell der Gesetzgeber Vorrang gibt, sondern setzt sich auch nach der Implementierung eines entlehnten Rechtsinstituts in der rezipierenden Rechtsordnung fort. Zu beachten ist nämlich, dass bei den Zivilrechtsreformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens die aus den westlichen

---

<sup>46</sup> *Knieper*, Anmerkungen zu den Kodifikationen des Zivilrechts in den Übergangsgesellschaften, in: Seidenstraße, oben Fn. 1, S. 101.

<sup>47</sup> *Knieper*, Rechtsimperialismus?, in: Seidenstraße, oben Fn. 1, S. 63 f.

<sup>48</sup> Zur Überwindung dieses Relikts im georgischen Recht siehe den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 109 f.

<sup>49</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Chanturia* in diesem Band S. 465 ff., 468 f.

<sup>50</sup> *Suchanov*, Graždanskoe pravo [Zivilrecht], Bd. I, 3. Aufl. Moskau 2006, S. 24; vgl. für die Ukraine *Mamutov*, Die Konzeption des Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine, WGO-MfOR 1994, S. 373 ff.; für Kasachstan siehe als prominentesten Gegner des Wirtschaftsgesetzbuchs *Sulejmenov*, Chozjajstvennyj (predprinimatel'skij) Kodeks: ulučshenie zakonodatel'noj sistemy ili ee razval? [Wirtschafts-(Unternehmens-)Gesetzbuch: Verbesserung der gesetzlichen Systematik oder ihre Zerstörung?], Jurist (Kas.) 2011, Nr. 7, S. 22 ff.

Rechtsordnungen stammenden *legal transplants* auf eine rechtliche Umgebung treffen, die durch die sozialistische Rechtskultur entscheidend geprägt ist.

Dabei ist zu beachten, dass die rezipierende Rechtsordnung keinesfalls nur aus geschriebenen Rechtssätzen besteht. Eine lebendige Rechtsordnung enthält viele verschiedene Elemente, darunter neben gesetzlichen Regelungen auch gerichtliche Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur. Alle diese Bestandteile sieht *Sacco* als Rechtsquellen eines Rechtssystems, sog. *legal formants*.<sup>51</sup> Zu beachten ist dabei, dass diese Rechtsquellen innerhalb eines einzigen Rechtssystems sich nie in einer perfekten Harmonie befinden können<sup>52</sup>. Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt ist ferner, dass nicht alle *legal formants* eine explizite Regel formulieren. Einige Regeln, von *Sacco* als *cryptotypes* bezeichnet,<sup>53</sup> bleiben unausgesprochen und bilden eine „stille Rechtsdimension“.<sup>54</sup> Speziell für die Transformationsländer ist zu berücksichtigen, dass die aus den westlichen Rechtssystemen stammenden Transplantate auf den Ideen der sozialen Marktwirtschaft, der Rechtsstaatlichkeit und Privatautonomie beruhen<sup>55</sup>, während die vorhandenen Normen, *legal formants* und insbesondere die *cryptotypes* zu einem großen Teil dem sowjetischen Rechtssystem entstammen,<sup>56</sup> das die rechtskulturelle Determinierung eines totalitären Staates aufwies.<sup>57</sup> Damit entsteht eine Konkurrenz der eingebrachten gesetzlichen Normen und Prinzipien mit den bestehenden rechtlichen Traditionen,<sup>58</sup> was im folgenden Abschnitt anhand des Beispiels der Abgrenzung des öffentlichen und des Privatrechts dargestellt wird. Anzumerken ist weiterhin, dass diese Konkurrenz nicht nur auf der Ebene der Rechtsanwendung besteht. Wie *Pankevich* in ihrem Beitrag zeigt, ist bereits das Gesellschaftsmodell der unter-

---

<sup>51</sup> *Sacco*, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law, Am.J.Comp.L 39 (1991), S. 1 ff. (Teil I) und 343 ff. (Teil II), S. 22.

<sup>52</sup> *Sacco*, ebd., S. 343.

<sup>53</sup> *Sacco*, ebd., S. 384.

<sup>54</sup> *Graziadei*, oben Fn. 1, S. 723, 735.

<sup>55</sup> Siehe z.B. zu den Zielen der Rechtsberatung durch die GTZ: *Meyer*, Social Market Economy Values in Legal Reform Projects in South East Europe, in: *Jessel-Holst/Kulms/Trunk* (Hrsg.), Private Law in Eastern Europe, Tübingen 2010, S. 41 ff.; *Dieke*, Die Tätigkeit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), in: Wege zu neuem Recht, oben Fn. 21, S. 256; siehe ferner im selben Band: *Hobe*, Politik und Institutionen der deutschen Zusammenarbeit, S. 259 ff., sowie weitere Beiträge zur westlichen Rechtsberatung in der GUS, S. 262–311.

<sup>56</sup> Zur Kontinuität der Rechtsentwicklung siehe ausführlich den Beitrag von *Grenz* in diesem Band S. 65 ff., sowie *Kurzynsky-Singer*, Russisches Zivilgesetzbuch, HWBEuP, oben Fn. 30, S. 1324–1329, *Makovskij*, oben Fn. 28, S. 339 f.

<sup>57</sup> Zur Fortsetzung der sowjetischen Rechtstradition im modernen Recht der Nachfolgestaaten siehe z.B. *Luchterhandt*, Künftige Aufgaben der Ostrechtforschung, WGO 1996, S. 159, 170.

<sup>58</sup> Siehe hierzu bereits *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, oben Fn. 12, S. 7 ff.

suchten Staaten in sich widersprüchlich: Einerseits scheint in den ehemaligen Sowjetrepubliken das Souveränitätskonzept<sup>59</sup> eines Nationalstaates als Legitimitätsgrundlage des Gesellschaftsmodells zu dominieren, was die Vorstellung von der nationalen Autonomie und folglich auch der Einmaligkeit der Rechtsordnung voraussetzt. Andererseits wird die Entlehnung einzelner Normen, Grundsätze und ganzer Gesetzbücher durch die praktische Notwendigkeit diktiert.<sup>60</sup> Die sich aus diesem Widerspruch ergebende Frage lautet damit, wie sich die Wirkung einer solchen Entlehnung nach ihrer Implementierung in einer Transformationsrechtsordnung entfalten kann.

## 2. Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

### a) Grundsätzliche Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht

Die für das deutsche wie auch das gesamte kontinentale Recht grundlegende Unterscheidung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches Recht und Privatrecht<sup>61</sup> bildet ein gutes Beispiel für die grundlegenden Probleme, die mit der Rezeption der Institute einer liberalen Rechtsordnung durch eine Transformationsrechtsordnung zusammenhängen. Die Folgen dieser Probleme können anhand des Aufsatzes von *Dosmanova*<sup>62</sup> am Beispiel der Bestimmung der Rechtsnatur des Investitionsvertrags über die Nutznießung von Bodenschätzen nach kasachischem Recht nachvollzogen werden.

Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht war dem vorsozialistischen russischen Recht im Grundsatz bekannt,<sup>63</sup> doch wurde sie durch das sowjetische Recht aufgehoben. Der früher in der Sowjetunion geübte Verzicht auf die Trennung zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Recht führte dazu, dass das Zivilrecht in gewissem Sinne neben den anderen selbständigen Rechtsgebieten wie z.B. dem Familien- und dem Arbeitsrecht und unter dem Primat des öffentlichen Rechts stand.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> Hierzu sogleich.

<sup>60</sup> *Pankevich*, in diesem Band S. 39 ff., 52 f.

<sup>61</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 1 (im Weiteren: BGB AT); *Martens*, 27 Rechtsordnungen oder mehr?, RW 2012, S. 432, 435.

<sup>62</sup> In diesem Band S. 395 ff.

<sup>63</sup> Siehe in der vorrevolutionären Literatur *Pokrovskij*, *Osnovnye problemy graždanskogo prava* [Grundlegende Probleme des Zivilrechts] (1917), Nachdruck Moskau 1998, S. 37 ff.

<sup>64</sup> Kritisch aus der Perspektive damaliger Zeit *Čerepachin*, *K voprosu o častnom i publičnom prave* [Zur Frage hinsichtlich des Privat- und des öffentlichen Rechts] (1926), zitiert nach der Ausgabe *Izbrannye trudy* [Ausgewählte Werke], Moskau 2001, S. 114. Aus heutiger Perspektive siehe *Suchanov*, oben Fn. 50, S. 17, 28 ff.

Eine große Bedeutung in der Beschreibung einzelner Rechtsgebiete gewannen dabei die Begriffe „Gegenstand“ und „Methode“, womit die Regelungsgrundsätze des jeweiligen Rechtsgebiets gemeint waren.<sup>65</sup> Der Verzicht auf die grundsätzliche Trennung zwischen dem Privat- und dem öffentlichen Recht war ideologisch bedingt und, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, dem Primat des Staates über die Gesellschaft und das Individuum geschuldet.

Im Zuge der durch den Zusammenbruch der Sowjetunion ausgelösten Reformen des Zivilrechts wurde eine Rückkehr zu den kontinentaleuropäischen Wurzeln der Rechtsordnungen der GUS-Staaten initiiert,<sup>66</sup> wodurch auch die grundlegende Unterscheidung des gesamten Rechtsstoffes in öffentliches und Privatrecht (wieder) Einzug in das Rechtsdenken im postsowjetischen Raum nahm.<sup>67</sup>

Allerdings wird in dem postsowjetischen Rechtsraum die Unterscheidung von ganz anderen Grundsätzen geprägt und führt folglich zu anderen Ergebnissen als etwa im deutschen Recht. Diese Unterschiede sind auf die Divergenz der Charakteristika des öffentlichen Rechts in Deutschland und im postsowjetischen Rechtsraum zurückzuführen.

### *b) Inhaltliche Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht*

#### *aa) Die Konzeption des deutschen Rechts*

Trotz der zahlreichen wechselseitigen Verzahnungen zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht<sup>68</sup> ist die Unterscheidung dieser beiden Rechtsmaterien entgegen einzelnen Stellungnahmen in der deutschen Literatur<sup>69</sup> keinesfalls obsolet,<sup>70</sup> denn die Abgrenzung zwischen dem öffent-

<sup>65</sup> Zur Bestimmung des Gegenstands und der Methode des sowjetischen Zivilrechts siehe z.B. *Ioffe*, *Sovetskoe graždanskoe pravo* [Sowjetisches Zivilrecht], zitiert nach *Izbrannye trudy* [Ausgewählte Werke], Bd. 2, St. Petersburg 2004, S. 20 ff.

<sup>66</sup> *Makovskij*, oben Fn. 28, S. 340; *Sulejmenov*, *Stanovlenie i razvitie graždanskogo zakonodatel'stva Respubliki Kazachstan* [Etablierung und Entwicklung der Zivilgesetzgebung der Republik Kasachstan], Almaty 2006, S. 295 ff.

<sup>67</sup> *Suchanov*, oben Fn. 50, S. 29; *Sulejmenov*, *Sub'ekty graždanskogo prava* [Subjekte des Zivilrechts], in: *Izbrannye trudy po graždanskomu pravu* [Ausgewählte Werke zum Zivilrecht], Moskau 2006, S. 16, 30 ff.

<sup>68</sup> Siehe hierzu Beiträge in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden 1996, insbesondere von *Schmidt-Aßmann* (S. 8 ff.) und von *Trute* (S. 171 ff.).

<sup>69</sup> *Stolleis*, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozess der Entstehung des modernen Staates*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *vorige Fn.*, S. 59; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 66. Ergänzungslieferung 2012, Art. 19 Abs. 4 Rn. 60.

<sup>70</sup> Siehe ausführlich *Bydlinski*, *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, AcP 194 (1994), S. 319 ff.

lichen und dem Privatrecht hat im deutschen Recht eine wichtige inhaltliche Komponente, was durch den Vergleich mit den Transformationsrechtsordnungen besonders deutlich wird.

Der sachliche Unterschied zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht im deutschen Recht kann wie folgt formuliert werden: Im Privatrecht dominiert regelmäßig die freie, keinem Begründungszwang unterliegende Entscheidung, im öffentlichen Recht dagegen die gebundene Entscheidung.<sup>71</sup> Der Privatautonomie im Privatrecht steht also die Begrenzung der Staatsmacht im öffentlichen Recht gegenüber. Diese Begrenzung kann auf verschiedene Weise ausgeprägt sein und von einer gebundenen Entscheidung bis zur Ermessensbegrenzung durch Diskriminierungsverbote reichen.<sup>72</sup> Damit ist der Sinn und Zweck des öffentlichen Rechts darin zu sehen, dem Handeln des Staates Beschränkungen aufzuerlegen, die für Private grundsätzlich nicht gelten.<sup>73</sup>

Die Folgen dieser konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sieht man im deutschen Recht zum Beispiel in der Zwei-Stufen-Theorie des öffentlichen Rechts oder in den Grundsätzen des Verwaltungsprivatrechts. Dem Staat wird die Flucht in eine privatrechtliche Ausgestaltung der Beziehung zum Bürger in gewissen Bereichen dann verwehrt, wenn dadurch die Bindung des Staates umgangen wird.<sup>74</sup>

#### *bb) Konzeption der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse im postsowjetischen Raum*

Ein ganz anderes Verständnis von der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse findet sich in den Staaten des postsowjetischen Rechtsraums.

In dem sowjetischen Rechtsverständnis waren die Machtbefugnisse des Staates prinzipiell unbegrenzt. In der marxistischen Vorstellung verkörperte jeder Staat eine Diktatur, sei es der herrschenden Klasse oder des Proletariats. Dementsprechend konnte das Recht, das durch den Staat erschaffen wurde, für diesen nicht bindend sein.<sup>75</sup> Die Idee eines Rechtsstaats wurde als eine Fiktion der bürgerlichen Rechtstheorie diffamiert.<sup>76</sup>

Nach der Wende haben sämtliche Staaten des Kaukasus und Zentralasiens neue Verfassungen verabschiedet, die ein Bekenntnis zur Rechts-

<sup>71</sup> *Medicus*, BGB AT, oben Fn. 61, Rn. 4.

<sup>72</sup> *Medicus*, ebd., Rn. 5.

<sup>73</sup> Knieper/Chanturia/Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien. Bestandsaufnahme und Entwicklung, Berlin 2010, S. 43.

<sup>74</sup> Siehe z.B. *Zeuschewitz*, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, S. 1873 ff.

<sup>75</sup> *Ioffe*, Soviet Law and Soviet Reality, Dordrecht u.a. 1985, S. 6.

<sup>76</sup> *Tumanov*, Bürgerliche Rechtsideologie, Berlin (Ost) 1975, S. 35; *Ioffe*, vorige Fn., S. 6.

staatlichkeit enthalten.<sup>77</sup> Dies stellt einen Versuch der Übernahme westlicher Verfassungsmodelle dar, der allerdings nicht als erfolgreich bewertet werden kann.<sup>78</sup> Unter anderem war eine umfassende Rezeption verfassungsrechtlicher Konzepte dadurch erschwert, dass das auf den Ideen der Aufklärung beruhende Verfassungsrecht der westeuropäischen Staaten eine besonders deutliche kulturelle Prägung enthält.<sup>79</sup>

Bezeichnend ist z.B., dass in der russischsprachigen Literatur zu den Investitionsverträgen der Staat wiederholt als Träger der staatlichen Souveränität bezeichnet wird,<sup>80</sup> obwohl alle Verfassungen als Träger der Staatsgewalt und damit der Souveränität das Volk des jeweiligen Staates bestimmen.<sup>81</sup> Was auf den ersten Blick wie eine terminologische Ungenauig-

---

<sup>77</sup> Vgl. im Einzelnen: Art. 1, 4 Verf. Kasachstan; Art. 1 Abs. 1 Verf. Tadschikistan; Art. 7 Verf. Usbekistan; Art. 1 Verf. Aserbajdschan; Art. 3 Verf. Armenien.

<sup>78</sup> Siehe ausführlich *Nussberger*, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa 2010, S. 81–96.

<sup>79</sup> *Nussberger*, ebd., S. 87.

<sup>80</sup> *Krupko*, Investicionnyye spory meždu gosudarstvom i inostrannym investorem: Učebno-praktičeskoe posobie [Investitionsstreitigkeiten zwischen dem Staat und dem ausländischen Investor: Lehr- und Praxishandbuch], Moskau 2002, S. 8, 10, 11, 20: „In der besagten Kategorie von Streitigkeiten tritt der Staat in erster Linie als Souverän auf und es dominiert somit der öffentlich-rechtliche Aspekt in dem Rechtsverhältnis[...]“; *Dmitrieva* (Hrsg.), *Meždunarodnoe častnoe pravo, učebnik* [Internationales Privatrecht, Lehrbuch], Moskau 2009, S. 248: „Die auf der Über- und Unterordnung basierende Natur und die Souveränität des Staates müssen sich auf seine rechtliche Stellung auswirken“; S. 265: „Weder die Doktrin noch [...] haben Kriterien aufgestellt, anhand derer das Handeln des Staates als Souverän von dem Handeln als Privatperson abgegrenzt werden kann“; *Sergeeva/Tolstoj*, *Graždanskoe pravo, učebnik* [Zivilrecht, Lehrbuch], Bd. 1, Moskau 2005, S. 217: „Der Staat als Souverän verfügt über Eigenschaften, die ihn zum besonderen Subjekt des Zivilrechts machen“; *Didenko/Nesterova*, *Gosudarstvennye garantii stabilnosti investicionnyh dogovorov* [Staatliche Garantien der Stabilität von Investitionsverträgen], *Jurist (Kas.)* 2008, Nr. 3, S. 29: „Einerseits ist der Staat ein gleichberechtigter Partner, andererseits ist er ein Souverän“; *Sulejmenov*, *Immunitet gosudarstva: absoljutnyj ili ograničennyj?* [Immunität des Staates: absolut oder beschränkt?], *Jurist (Kas.)* 2010, Nr. 3, S. 12: „Wir haben uns daran gewöhnt, den Staat als den Träger von Herrschaftsfunktionen zu sehen, als einen unabhängigen und selbständigen Souverän“; *Didenko* (Hrsg.), *Graždanskoe pravo, obščaja čast', kurs lekcij* [Zivilrecht, Allgemeiner Teil, Vorlesungen], Almaty 2006, S. 228: „Der Staat ist der Träger von politischer Macht und Souveränität“; *Zimanov*, *Gosudarstvo i kontrakty v sfere neftjanyh operacij: Naučno-praktičeskoe posobie* [Der Staat und Verträge im Bereich des Ölgeschäfts: Wissenschaftlich-praktisches Handbuch], Almaty 2007; *Čencova*, *Gosudarstvo i kontrakty na nedropol'zovanie, gosudarstvo i graždanskoe pravo: Materialy konferenzii* [Der Staat und Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen; der Staat und das Zivilrecht. Konferenzmaterialien] Almaty, 29-30 maja 2008, Almaty 2008, S. 176: „Im Ganzen wird anerkannt, dass der Staat entweder als Souverän (d.h. als herrschendes Subjekt) oder als [...] in Rechtsbeziehungen treten kann“. Zusammenstellung der Nachweise durch *Dosmanova*.

<sup>81</sup> Art. 3 Abs. 1, 2, 3 Verf. Kasachstan; Art. 6 Abs. 1 Verf. Tadschikistan; Art. 7 Verf. Usbekistan; Art. 3 Abs. 1 Verf. Turkmenistan; Art. 2 Abs. 1 Verf. Aserbajdschan; Art. 5 Abs. 1 Verf. Georgien; Art. 2 Abs. 1 Verf. Armenien; Art. 3 Abs. 1 Verf. Russland.

keit wirkt, erweist sich bei einer genauen Analyse als ein Zeichen der Kontinuität des Rechtsdenkens, denn es deutet vieles darauf hin, dass die staatlichen Machtbefugnisse im modernen postsowjetischen Recht aus dem sowjetischen Konzept der Souveränität abgeleitet werden.

Im sowjetischen Rechtssystem wurde die Staatssouveränität als eine höchste und unbeschränkte Macht des Staates über die Gesellschaft verstanden.<sup>82</sup> Dieses Konzept basierte auf der marxistisch-leninistischen Vorstellung von der Einheit von Volk und Staat und der Souveränität als der „Selbstherrschaft des Volkes“. Die Legitimation dieser Herrschaft entstammte einem einheitlichen Willen des Volkes, der allerdings nicht als die Summe der Meinungen der im Staat versammelten Individuen sondern nach objektiven Kriterien, d.h. der historischen Notwendigkeit, zu bestimmen war.<sup>83</sup> Die sowjetische Volkssouveränität schließt dabei jegliche Machtbeschränkung aus. Der „real existierende Sozialismus“ nahm für sich in Anspruch, bereits in diesem Stadium „die gesellschaftlichen Gegensätze aufgehoben und die persönlichen und gesellschaftlichen Interessen zu einem harmonischen Ausgleich gebracht zu haben“.<sup>84</sup> Einzelinteressen wurden nur insoweit rechtlich geschützt, als sie dem Gesamtinteresse des Staates nicht zuwiderliefen. Insbesondere konnten die Grundrechte nicht gegen den Staat durchgesetzt werden, denn dies hätte gegen die geltende Ideologie verstoßen.<sup>85</sup>

Beachtenswert in diesem Zusammenhang ist auch, dass das sowjetische Recht diesbezüglich die absolutistischen Traditionen der Zarenzeit fortsetzte.<sup>86</sup> Gerade im vorrevolutionären Russland griff die Rhetorik der absolutistischen Herrschaft auf die Beschwörung der Einheit des Volkes und des Zaren als Voraussetzung für den inneren Frieden und äußere Sicherheit zurück. Diese Einheit stand allerdings für eine Übereinstimmung der Ziele, die auf der Loyalität des Volkes und Subordination seiner Ziele unter die Ziele des Herrschers beruhte.<sup>87</sup> Mit dieser Rhetorik wurde ähnlich wie in der Sowjetzeit durch die Proklamation der Einheit des Volkes und des Staates ein kollektivistisches Gesellschaftsmodell untermauert, das die Interessen des Einzelnen den Interessen des Staates unterordnete.

---

<sup>82</sup> Antonov, *Theoretical Issues of Sovereignty in Russia and Russian Law*, *Review of Central and East European Law* 37 (2012), S. 95, 96, 100 m.w.N. Zur Bedeutung des Souveränitätsgedankens in dem Staatsmodell der ehemaligen Sowjetrepubliken siehe ausführlich Pankevich in diesem Band, S. 39 ff., 47 ff.

<sup>83</sup> v. Gall, *Die Konzepte „staatliche Einheit“ und „einheitliche Macht“ in der russischen Theorie von Staat und Recht*, Berlin 2010, S. 170.

<sup>84</sup> Ioffe, oben Fn. 65, S. 39.

<sup>85</sup> v. Gall, oben Fn. 83, S. 168.

<sup>86</sup> Antonov, oben Fn. 82, S. 101 m.w.N.

<sup>87</sup> v. Gall, oben Fn. 83, S. 132.

Die unvollkommene Rezeption der Vorschriften des westlichen Verfassungsrechts in Zentralasien und im Kaukasus beinhaltet keinesfalls die Übernahme der Vorstellung, dass den Machtbefugnissen des Staates gewisse Einschränkungen immanent sein müssen.<sup>88</sup> Ein Zeichen für die Beibehaltung des Konzepts eines omnipotenten Staates ist in den von *Dosmanova* geschilderten Regelungen im Bereich des Schutzes öffentlicher Belange im Recht der Nutznießung von Bodenschätzen zu sehen.<sup>89</sup> Die in letzten Jahren eingeführten Gesetzesänderungen führten dazu, dass dem Staat extrem weitreichende Befugnisse eingeräumt wurden. Die Eingriffsvoraussetzungen sind zum Teil sehr allgemein formuliert, so dass diese Gesetzesgrundlagen praktisch ein willkürliches Handeln ermöglichen. Die damit verbundene starke Verschlechterung der Position der Investoren rechtfertigt *Dosmanova* mit der Überlegung, dass der Staat wahrscheinlich auf die geschilderten Mechanismen in der Regel nicht zurückgreifen wird, um die Attraktivität des Landes für die Investoren nicht zu gefährden. Diese Befugnisse würden vielmehr als ultima ratio angesehen, die einen wirksamen Schutz öffentlicher Belange ermöglicht, und sie würden in erster Linie nur die staatliche Verhandlungsposition in einem Konfliktfall verbessern. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die geschilderten Regelungen dem Staat einen so weiten Handlungsspielraum eröffnen, dass dieser im Prinzip aufgrund reiner Zweckmäßigeitsüberlegungen im Sinne des von ihm definierten Allgemeinwohls handeln kann.

### *cc) Funktion des Privatrechts und Ausgestaltung des Rechtsschutzes*

Der Gedanke der Begrenzung staatlicher Machtbefugnisse, der Bindung und Lenkung des staatlichen Handelns durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, war damit der sowjetischen Rechtstheorie fremd. Doch genauso fremd war ihr auch der Gedanke, das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Zivilrechts im Fehlen einer solchen Bindung zu sehen. Das Zivilrecht wurde in dem sowjetischen Rechtsverständnis nicht durch die Privatautonomie, sondern durch die rechtliche Gleichheit der Rechtsverkehrsteilnehmer charakterisiert.<sup>90</sup>

Diese Konzeption setzt sich auch bei der Bestimmung der Abgrenzungskriterien fort, die aus dem sowjetischen Recht in das postsozialistische Recht übernommen wurden. Demnach wird das öffentliche Recht als ein Regelungssystem für das Verhältnis von „Macht und Unterordnung“ angesehen, das Zivilrecht dagegen durch die Gleichrangigkeit der Teilnehmer

<sup>88</sup> Siehe ausführlich: *Geiß*, Rechtskultur, Recht, oben Fn. 14, S. 149 ff.

<sup>89</sup> In diesem Band S. 395 ff.

<sup>90</sup> *Ioffe*, oben Fn. 65, S. 26; *Smirnov/Tolstoj/Jurčenko*, Sovetskoe graždanskoe pravo [Sowjetisches Zivilrecht], Bd. 1, Leningrad 1982, S. 12; *Krasavčikov*, Sovetskoe graždanskoe pravo [Sowjetisches Zivilrecht], Bd. 1, Moskau 1968, S. 15.

charakterisiert.<sup>91</sup> Das öffentliche Recht wird dabei als ein System der zentralisierten und das Privatrecht als ein System der dezentralisierten Regulierung verstanden.<sup>92</sup>

Bereits in der vorrevolutionären Literatur wurde dem Privatrecht eine Funktion beigemessen, die über eine bloße Regelung der privatrechtlichen Beziehungen hinausging. Im Zuge der konstitutionellen Reformen fanden in die russische Rechtsdogmatik auch die Ideen des Individualrechtsschutzes Einzug. Allerdings sollte dieser Schutz nicht über eine allgemeine Einschränkung staatlicher, d.h. damals selbstherrschaftlicher, Machtbefugnisse vermittelt werden, sondern über die Etablierung eines separaten Bereichs des privaten Wirkens, der dem Zugriff des Staates in einem gewissen Maße, wenn auch nicht vollständig, entzogen sein sollte. Damit wird im vorrevolutionären russischen Recht das Privatrecht als ein abgesonderter Bereich angesehen, in dem die Einflussnahme des Staates beschränkt ist und eine Freiheitssphäre des Einzelnen garantiert wird.<sup>93</sup>

Die Vorstellung von den Schutzfunktionen des Privatrechts gegenüber der Willkür des Staates wurde in der postsowjetischen Literatur wieder aufgegriffen. So schreibt *Suchanov*: „Die Bedeutung des Zivilrechts in Russland besteht vor allem darin, dem Staat Grenzen bezüglich einer unbegründeten, willkürlichen Einmischung in die Wirtschaft zu setzen. [...] Gerade das Privatrecht mit seinen grundlegenden Prinzipien der Unantastbarkeit des Eigentums, der Privatautonomie, des Verbotes der Einmischung in die Privatangelegenheiten, einer unbehinderten Gewährleistung und des gerichtlichen Rechtsschutzes der bürgerlichen Rechte stellt ein reales und effektives Schutzmittel gegen die Willkür der öffentlichen Gewalt dar.“<sup>94</sup> Demgegenüber wird das öffentliche Recht als ein Rechtsgebiet wahrgenommen, in dem „der Staat seine Regeln diktiert“.<sup>95</sup> Auch in der durch *Dosmanova* dargestellten Diskussion über die Qualifikation des Vertrages über die Nutznießung der Bodenschätze<sup>96</sup> kommt in der Argumentation der Anhänger der zivilrechtlichen Qualifikation dieses Vertrages sehr deutlich

---

<sup>91</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16 ff., 36; aus dem sowjetischen Recht siehe *Čerepachin*, oben Fn. 64, S. 105.

<sup>92</sup> *Pokrovskij*, oben Fn. 63, S. 309; aus der Sowjetzeit: *Čerepachin*, oben Fn. 64, S. 107; aus der postsowjetischen Zeit: *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16, 36.

<sup>93</sup> *Pokrovskij*, oben Fn. 63, S. 309; siehe auch *Suchanov/Kofanov*, *Vlijanie rimskogo prava na novyj graždanskij kodeks RF* [Einfluss des römischen Rechts auf das neue Zivilgesetzbuch der RF], *Drevnee pravo* [Altes Recht] 1999, S. 7.

<sup>94</sup> *Suchanov*, *Sovremennoe razvitie častnogo prava v Rossii* [Zeitgenössische Entwicklung des Privatrechts in Russland] (2001), zitiert nach Abdruck in: *Suchanov*, *Graždanskoe pravo Rossii – častnoe pravo* [Bürgerliches Recht Russlands – ein Zivilrecht], Moskau 2008, S. 41–43.

<sup>95</sup> Als prominentesten Vertreter siehe *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 16, 33; im Übrigen vgl. die Nachweise im Beitrag von *Dosmanova* in diesem Band S. 395 ff.

<sup>96</sup> In diesem Band S. 395 ff., 422 ff.

die Funktion des Zivilrechts als Schutzmechanismus gegen staatliche Willkür zum Ausdruck.<sup>97</sup>

*c) Folgen der konzeptionellen Unterscheidung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht*

*aa) Bedeutung der Abgrenzung: Legitimität einzelner Regelungen*

In der Lehre der GUS-Länder wird der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen dem Zivilrecht und dem öffentlichen Recht oft eine rein theoretische Bedeutung beigemessen.<sup>98</sup> Demgegenüber zeigt *Dosmanova* in ihrer Untersuchung, dass die Zuordnung der Verträge über die Nutznießung der Bodenschätze zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht über den Rechtsweg bezüglich der sich aus diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten entscheidet. Auch für die Lückenfüllung und Auslegung könnte die Zuordnung der Materie von Bedeutung sein. Aus der Sicht der ausländischen Beobachter wird die Bedeutung der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht zum Teil weiterhin darin gesehen, dass erst diese die Etablierung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ermöglichen werde.<sup>99</sup>

Meines Erachtens betrifft die Abgrenzungsfrage allerdings noch einen weiteren wichtigen Aspekt, der mit dem Verständnis der Funktion des Privatrechts zusammenhängt: Die Zuordnung der Materie zum Privatrecht oder zum öffentlichen Recht kann über die Legitimität einzelner Regelungen entscheiden.

Zu beachten ist, dass wegen des grundsätzlichen Vorrangs des ZGB bzw. seines systembildenden Charakters in den Rechtsordnungen, die dem Modellzivilgesetzbuch folgten<sup>100</sup>, die Regelungen weiterer Rechtsakte auf dem Gebiet des Zivilrechts dem Zivilgesetzbuch nicht widersprechen dürfen. Folglich müssen die Prinzipien des Zivilrechts auch für weitere Regelungen gelten. Für die gesetzliche Regelung der Verträge über die Nutznießung der Bodenschätze bedeutet die Zuordnung zum Zivilrecht, dass z.B. das dem Staat eingeräumte Recht, den Vertrag einseitig aufzulösen, am Prinzip *pacta sunt servanda* und nicht am (im postsowjetischen Rechtsraum wenig ausgeprägten) verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz gemessen werden muss.<sup>101</sup> Zwar wird dies in der von *Dosmanova* gesichteten

---

<sup>97</sup> Vgl. *Sulejmenov*, Gosudarstvo i graždanskoe pravo: problemy teorii i praktiki [Staat und Zivilrecht: Probleme der Theorie und der Praxis] in: ders./Basin (Hrsg.), Gosudarstvo i graždanskoe pravo [Staat und Zivilrecht], Almaty 2008, S. 8 ff.

<sup>98</sup> Knieper/Chanturia/Schramm, oben Fn. 73, S. 42.

<sup>99</sup> Knieper/Chanturia/Schramm, ebd.

<sup>100</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Grenz* in diesem Band S. 65 ff., 79 ff.

<sup>101</sup> In diese Richtung geht die Aussage von *Sulejmenov*, Pravo kak sistema [Recht als System], in: ders. (Hrsg.), Graždanskoe pravo v sisteme prava [Bürgerliches Recht im System des Rechts], Almaty 2007, S. 8, 27.

kasachischen Literatur nicht in aller Deutlichkeit gesagt, allerdings scheint allein der Umstand, wie kontrovers die Debatte über die Zuordnung geführt wird, darauf hinzudeuten, dass diese Folge der Zuordnung einer Rechtsmaterie durchaus wahrgenommen wird.

*bb) Möglichkeiten der Übernahme deutscher Konzepte*

Auf lange Sicht erscheint die Konzeption des Rechtsschutzes gegen die Willkür des Staates mittels der Zuordnung der fraglichen Materien zum Zivilrecht als wenig tragfähig, denn das Zivilrecht ist nicht dazu konzipiert, öffentliche und private Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Gerade ein Blick auf das von *Dosmanova* untersuchte Recht der Nutznießung von Bodenschätzen macht deutlich, dass die privaten Interessen der Investoren mit berechtigten öffentlichen Interessen zum Beispiel im Bereich des Naturschutzes kollidieren können. Die Anwendung des sachlich näheren öffentlichen Rechts auf die einschlägigen Aspekte der Rechtsbeziehung zwischen dem Investor und dem Staat würde es erlauben, öffentliche Interessen in dem Rechtsverhältnis zu berücksichtigen. Naheliegender wäre es, eine an der deutschen Zwei-Stufen-Theorie angelehnte Lösung zu suchen, die eine Differenzierung zwischen verschiedenen Aspekten erlauben würde.

Allerdings scheint eine unreflektierte Übernahme der deutschen Konzepte kaum geeignet, das grundsätzliche Problem einer angemessenen Ausbalancierung der öffentlichen und privaten Interessen bei der Beteiligung des Staates am wirtschaftlichen Verkehr zu lösen. Zu beachten sind nämlich die beschriebenen Unterschiede zwischen der deutschen und der postsowjetischen Konzeption. Zu bedenken ist, dass die Zwei-Stufen-Theorie in Deutschland dazu entwickelt wurde, die Handlungsmöglichkeiten des Staates, die er durch die Flucht ins Privatrecht erweitern könnte, wieder einzugrenzen und an die im Grundgesetz verankerten negativen Kompetenzen zu binden.<sup>102</sup>

In Kasachstan würde eine entsprechende Herauslösung des öffentlich-rechtlichen Aspekts des staatlichen Handelns aus einem grundsätzlich als privatrechtlich qualifizierten Verhältnis nicht zur Eingrenzung, sondern im Gegenteil zur Erweiterung der staatlichen Befugnisse führen. Der *legal transplant* würde zu einem gegenteiligen Effekt führen als derjenige, der durch diesen Mechanismus in der Rechtsordnung ausgelöst wird, der er entstammt. Aus diesem Grund erscheint in diesem Bereich die Übernahme deutscher Lösungen, zumindest im Moment, kaum sinnvoll.

---

<sup>102</sup> *Zezschewitz*, oben Fn. 74, S. 1878 ff.

### 3. Intensität des Konflikts zwischen dem legal transplant und der rezipierenden Rechtsordnung

#### a) Rechtsordnung als ein Spiegelbild des gesellschaftlichen Wertesystems

Das Konfliktpotential der Rechtstransplantate, die aus den westlichen Rechtsordnungen in das Recht der Staaten des Kaukasus und Zentralasiens übernommen werden, ist, wie an dem oben angeführten Beispiel deutlich wird, a priori hoch. Diese *legal transplants* entstammen einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, treffen aber auf eine kollektivistisch geprägte Rechtsordnung, die über Jahrhunderte eine autoritäre Herrschaft zu stützen bestimmt war.<sup>103</sup>

Dieser Konflikt wird durch den Umstand verschärft, dass, wie oben bereits ausgeführt, eine Rechtsordnung keinesfalls nur aus den geschriebenen Rechtsnormen besteht. Sowohl die rezipierende Rechtsordnung, als auch die Rechtsordnung, der die *legal transplants* entstammen, enthalten eine „stille Dimension“,<sup>104</sup> die auf die einzelnen Rechtsnormen einen prägenden Einfluss ausübt.

Betrachtet man die deutsche Rechtsordnung als Veranschaulichungsbeispiel, so stellt man zunächst fest, dass die darin enthaltenen Rechtssätze eine hierarchische Struktur haben. Die Verfassung gibt ein Wertesystem vor, das die gesamte Rechtsordnung prägt. Die einfachgesetzlichen Regelungen fügen sich in dieses Wertesystem ein, konkretisieren zum Teil die verfassungsrechtlichen Vorgaben und dürfen diesen jedenfalls nicht widersprechen. Insbesondere auch bei der Anwendung und Fortbildung des Privatrechts kommt den verfassungsrechtlichen Grundlagen ein erheblicher Einfluss zu.<sup>105</sup> Auf diese Weise verkörpert die Verfassung die für die deutsche Rechtsordnung grundlegenden Werte.

Es ist anzunehmen, dass jedes Rechtssystem über einen ähnlichen Wertungsrahmen verfügt. Dieser Wertungsrahmen kann durch eine Verfassung verkörpert werden, er kann aber auch ungeschrieben sein.<sup>106</sup> In jedem Fall ist anzunehmen, dass ein solcher Wertungsrahmen über die allgemeinen Rechtsprinzipien die für die jeweilige Gesellschaft grundlegenden Werte in das Rechtssystem transportiert und so eine Schnittstelle zwischen dem

---

<sup>103</sup> Aus der rechtshistorischen Perspektive behauptet *Heller*, Dominante Prägung der Rechtskultur in Russland: der Blick eines Historikers, in: Luchterhandt (Hrsg.), Rechtskultur in Russland: Tradition und Wandel, Berlin 2011, S. 62: „Insoweit gab es im Grunde gar keinen Kontinuitätsbruch gegenüber der Zeit vor 1917“.

<sup>104</sup> *Graziadei*, oben Fn. 1, S. 723, 735.

<sup>105</sup> *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 4 Rn. 59.

<sup>106</sup> Nach Auffassung von *Sacco*, oben Fn. 51, S. 384 ff. können „cryptotypes“ in einem Extremfall einen konzeptionellen Rahmen einer Rechtsordnung bilden (S. 386).

Recht und dem gesellschaftlichen Grundkonsens bildet.<sup>107</sup> Der Begriff „gesellschaftlicher Grundkonsens“ enthält in diesem Zusammenhang keine ethischen Wertungen<sup>108</sup> und beschreibt zunächst auf eine prozedurale Weise eine Gesamtheit der grundlegenden Werte, Handlungsmaximen und Werturteile, über die in einer Gesellschaft ein hinreichendes Maß an Übereinstimmung herrscht, um das Funktionieren einer gemeinschaftlichen sozialen Ordnung zu ermöglichen. Dabei fungiert es im konkreten Verfassungsrecht nicht als eine Ganzheit, sondern mittels einzelner Aspekte.<sup>109</sup> So gehört zum deutschen gesellschaftlichen Grundkonsens, der durch Werte des Individualrechtsschutzes geprägt ist, z.B. die Vorstellung, „dass der vom Grundgesetz verfasste Staat dem Einzelnen im Gegensatz zu totalitär verfassten Staaten einen weiten Freiheitsraum zur Entfaltung im privaten wie im öffentlichen Bereich offenhält und gewährleistet“.<sup>110</sup> Zu dem Grundkonsens einer kollektivistisch geprägten sozialistischen Rechtsordnung gehörte z.B. die oben geschilderte Vorstellung von einer grundsätzlich unbeschränkten staatlichen Macht als Ausprägung des Kollektivwillens.

### b) Konflikt der Wertentscheidungen im Einzelfall

#### aa) Vorüberlegung

Trotz des oben Gesagten soll das Ausmaß des Konflikts zwischen dem *legal transplant*, das einer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung entstammt, und der rezipierenden Transformationsrechtsordnung nicht anhand dieses Konfliktpotentials pauschalisiert werden. Zu beachten ist zunächst, dass jede liberale Rechtsordnung neben einem ausgeprägten Individualrechtsschutz auch den Schutz kollektiver Rechtsgüter vorsieht.<sup>111</sup> Andererseits kennt auch eine autoritär-kollektivistisch geprägte Rechtsordnung

---

<sup>107</sup> Siehe zum deutschen Recht *Tschentscher*, Der Grundkonsens als rechtsphilosophischer und verfassungstheoretischer Argumentationstopos, in: Die Öffnung des Verfassungsrechts. Symposium zum 65. Geburtstag von Prof. Jörg Paul Müller, recht Sonderheft, Bern 2005, S. 31–35; zitiert nach: <<http://www.servat.unibe.ch/jurisprudentialit/grundkonsensfs.pdf>> (3.1.2013); *Bumke*, Der gesellschaftliche Grundkonsens im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Schuppert/Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden 2000, S. 197–223; sowie weitere Beiträge im selben Buch.

<sup>108</sup> Für den Einschluss moralischer Elemente in den Rechtsbegriff: *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, München 2005, S. 43 f.

<sup>109</sup> Vgl. in Bezug auf das deutsche Recht ausführlich *Tschentscher*, oben Fn. 107, S. 31–35; zitiert nach: <<http://www.servat.unibe.ch/jurisprudentialit/grundkonsensfs.pdf>>.

<sup>110</sup> BVerfGE 44, S. 125, 147.

<sup>111</sup> Z.B. Umweltschutz, vgl. Art. 20a GG.

einen, wenn auch eingeschränkten, Individualrechtsschutz.<sup>112</sup> Bei der Analyse eines Rezeptionsvorgangs ist daher in Bezug auf den konkreten Fall zu prüfen, in welchem Maß die transplantierten Rechtsnormen und die rezipierende Rechtsordnung in einen Konflikt der Wertentscheidungen geraten.

*bb) Beispiel aus dem usbekischen Familienrecht*

Ein gutes Veranschaulichungsbeispiel bietet die Untersuchung von *Djuraeva* zur Implementierung der United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) im Familienrecht Usbekistans. Auch wenn einzelne Regelungen hinter den Vorgaben der Konvention bleiben, so zeigt die Untersuchung insgesamt doch das Bild eines relativ modernen und liberalen Familienrechts, das einem Kind vergleichsweise viele Möglichkeiten bietet, sich an der Entscheidung von Fragen zu beteiligen, die es unmittelbar betreffen. Interessant ist in diesem Zusammenhang z.B. das Recht des Kindes, nach dem Erreichen eines Alters von 16 Jahren seinen Vornamen zu ändern. Soweit das usbekische Recht hinter den internationalen Standards bleibt, liegt dies zum Teil an einer abweichenden Bewertung der Interessen eines Kindes, wie z.B. bei der Frage des Rechts auf die Kenntnis eigener Abstammung im Falle einer Adoption.<sup>113</sup>

Dieses Ergebnis ist auf den ersten Blick überraschend. Die sich vollziehende Aufwertung der rechtlichen Stellung eines Kindes von dem Objekt der elterlichen Sorge zu einem Subjekt der Rechtsbeziehungen scheint weder mit der islamischen Tradition Usbekistans noch mit dem sowjetisch geprägten kollektivistischen Gesellschaftsmodell, in dem der totalitäre Staat seinen Bürgern generell eine Subjektqualität abspricht, übereinzustimmen. Bei näherer Betrachtung erscheint der Befund aber folgerichtig.

Zu berücksichtigen ist nämlich, dass das Familienrecht der Sowjetzeit trotz der ideologischen Komponente gerade nicht vom marxistischen Gedankengut übermäßig dominiert war. Während in den ersten Jahren nach der Oktoberrevolution in der Sowjetunion eine radikale Liberalisierung der familienrechtlichen Beziehungen auf der Grundlage der marxistischen Theorien versucht wurde,<sup>114</sup> so hat man in den späteren Jahren von diesen Experimenten wieder Abstand genommen.<sup>115</sup> Von den westlichen Beob-

---

<sup>112</sup> Siehe z.B. zum Schutz des persönlichen Eigentums im sozialistischen Recht: *Chalfina*, Pravo ličnoj sobstvennosti [Recht des persönlichen Eigentums], Moskau 1955, S. 155 ff.; *Pronina/Romanovič*, Ličnaja sobstvenost' graždan i ee zaščita [Das persönliche Eigentum der Bürger und sein Schutz], Minsk 1984.

<sup>113</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Djuraeva* in diesem Band S. 361 ff., 374.

<sup>114</sup> Siehe ausführlich *Geiger*, *The Family in Soviet Russia*, Cambridge 1970, S. 43 ff.

<sup>115</sup> Siehe z.B. die Beschreibung der Prinzipien des sowjetischen Familienrechts bei *Tarcho*, *Ehe und Familie in der sozialistischen Gesellschaft*, Leipzig/Jena 1955, S. 19 ff.

achtern wurde das sowjetische Familienrecht wie folgt beschrieben: „Was an bestimmenden Einflüssen der Ideologie in diesem [dem sowjetischen] Familienrecht wirksam geblieben ist, sind Grundsätze, die heute zum Allgemeingut eines modernen Familienrechtsdenkens geworden sind“. <sup>116</sup> Im Prinzip haben die ideologischen Einflüsse in der Sowjetunion letztlich zu der Ausbildung eines Familienrechtsverständnisses beigetragen, das im Kontext damaliger Zeit als modern und fortschrittlich gelten konnte. In Abgrenzung zu bürgerlichen Rechtsordnungen hob die sowjetische Ideologie die Gleichberechtigung der Frau und den Schutz der Mutterschaft und Kindschaft als besondere Errungenschaften des Sozialismus hervor. <sup>117</sup> Zu den typischen Merkmalen eines sozialistischen Familienrechts wurden seitens der westlichen Beobachter u.a. die Gleichberechtigung der Geschlechter, das Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht und die Gleichberechtigung der unehelichen gegenüber den ehelichen Kindern gezählt. <sup>118</sup>

Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Implementierung der UN-Konvention keine sichtbaren Widersprüche zwischen den Implementierungsnormen und dem usbekischen Recht als der rezipierenden Rechtsordnung hervorrief. Im Prinzip wird durch dieses *legal transplant* nur die bereits vorhandene Entwicklung weitergeführt.

#### *cc) Beispiel aus dem usbekischen Markenrecht*

Dagegen ist im usbekischen Markenrecht, das in der Untersuchung von *Pak* dargestellt wird, ein Konflikt zwischen den Prinzipien des usbekischen Markenrechts und den Prinzipien, die den neu eingeführten Regelungen ursprünglich immanent waren, zu beobachten. Die in der Untersuchung skizzierten Regelungen des usbekischen Markenrechts deuten auf den ersten Blick auf einen dem europäischen Recht weitgehend angeglichenen Regelungskomplex hin. Insbesondere schützt das usbekische Markenrecht, ebenso wie das europäische, eine Marke nicht nur vor einer direkten Nachahmung sondern auch vor einer Verwechslungsgefahr. <sup>119</sup> Beim näheren Hinsehen wird allerdings deutlich, dass die Ausgestaltung dieses Schutzes im usbekischen Recht die Registrierung neuer Marken stark erschwert. Das usbekische Patentamt darf die Registrierung einer neuen Marke wegen einer Verwechslungsgefahr mit einer bereits eingetragenen Marke verweigern. Zu beachten ist dabei, dass der Begriff Verwechslungsgefahr im usbekischen Recht deutlich weiter ausgelegt wird als im europäischen.

---

<sup>116</sup> *Westen*, Zur Neuordnung des Familienrechts in der UdSSR, Berichte des Bundesinstituts für ostwissenschaftliche und internationale Studien 10/1969, Köln, S. 69.

<sup>117</sup> Siehe z.B. *Koroljew*, Sowjetische Familie und Gesetz, Moskau 1977, S. 4 ff.; weitere Nachweise bei *Geiger*, oben Fn. 114, S. 103 ff.

<sup>118</sup> *Westen*, oben Fn. 116, S. 70.

<sup>119</sup> Vgl. z.B. § 14 MarkenG für das deutsche Recht.

*Pak* versucht diese Handhabung mit besonderen Anforderungen, die eine wirtschaftliche Transformation des Landes an die rechtlichen Regelungen stellt, insbesondere mit der Notwendigkeit eines höheren Verbraucherschutzes, zu rechtfertigen.<sup>120</sup> M.E. sind in diesem Zusammenhang aber die Unterschiede zwischen dem Markenschutzsystem in der sowjetischen und in den westlichen Rechtsordnungen zu beachten. Während das westliche Markenrecht ursprünglich als ein Wettbewerbsinstrument konzipiert wurde, bestand die Zielrichtung des sowjetischen Markenrechts im Verbraucherschutz.<sup>121</sup> Diese Konzeption scheint sich im postsowjetischen Recht Usbekistans fortzusetzen. Zu beachten ist nämlich, dass die hohen Hürden für die Markeneintragung den Markteintritt für neue Wettbewerber erschweren, was sich wiederum negativ auf den Wettbewerb auswirkt.

### c) Wertneutrale Normen und *tabula rasa*-Effekt

#### aa) Vorüberlegung

Weiterhin ist zu beachten, dass es in jeder Rechtsordnung neben wertebasierten Normen auch solche Rechtssätze und Normenkomplexe gibt, die relativ neutral sind. Ein klassisches Beispiel dafür sind die Straßenverkehrsregeln.<sup>122</sup> Aus der Sicht einer Transformationsrechtsordnung können m.E. zu solchen wertneutralen Normen z.B. auch Regelungskomplexe wie Registervorschriften, internationale Schiedsgerichtsbarkeit und IPR-Regeln gezählt werden. Selbstverständlich haben auch diese Regelungen einen Gerechtigkeitsgehalt,<sup>123</sup> doch verliert dieser sich in einem sehr hohen Abstraktionsgrad der betreffenden Normen.

Zusätzlich wird der Konflikt mit der rezipierenden Transformationsrechtsordnung dadurch gemindert, dass diese Vorschriften im postsowjetischen Rechtsraum auf eine Art *tabula rasa* treffen, da die entsprechenden Regelungen im sowjetischen Recht entweder nicht vorhanden oder nicht ausgebildet genug waren. Für das theoretische Modell kann angenommen werden, dass ein *legal transplant*, das eine Regelungslücke in der rezipierenden Rechtsordnung ausfüllen soll, mit dieser Rechtsordnung nicht in einen Konflikt geraten würde.<sup>124</sup> In der Praxis muss diese Aussage allerdings durch Berücksichtigung weiterer Faktoren ergänzt werden, wie im Folgenden an Beispielen der *legal transplants* im georgischen Recht zu zeigen sein wird.

---

<sup>120</sup> Siehe den Beitrag von *Pak* in diesem Band S. 331 ff., 358 f.

<sup>121</sup> Siehe den Beitrag von *Pak* in diesem Band S. 331 ff., 338 ff.

<sup>122</sup> *Sacco*, oben Fn. 51, S. 393.

<sup>123</sup> Siehe z.B. für das IPR *Flessner*, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen 1990.

<sup>124</sup> Siehe den Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff., 54 f.

*bb) Beispiel des georgischen Schiedsverfahrens*

Ein gutes Beispiel für einen kaum vorhandenen Konflikt zwischen den rezipierten Regeln und der rezipierenden Rechtsordnung in einem *tabula rasa*-Bereich bietet die Untersuchung von *Tsertsvadze* zum neuen georgischen Schiedsverfahrensgesetz. Die Untersuchung zeigt, dass die Regeln des UNCITRAL Model Law vom georgischen Recht weitgehend rezipiert wurden. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass die Rechtsprechung georgischer Gerichte in diesem Bereich im Großen und Ganzen mit den weltweiten Trends übereinstimmt. *Tsertsvadze* stellt nur vereinzelt fest, dass die Wirkung des Schiedsverfahrensgesetzes durch einen Widerspruch zwischen den neuen Regeln und anderen prozessrechtlichen Bestimmungen aufgehoben werden. In den festgestellten Fällen wird das nicht auf Wertungswidersprüche, sondern vielmehr auf Abstimmungsprobleme zwischen verschiedenen Regelungskomplexen zurückgeführt.<sup>125</sup>

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Abstimmung zwischen einem *legal transplant* und benachbarten Regelungskomplexen im Einzelfall durchaus zum Problem werden kann. Dies zeigt ein Blick auf das russische Schiedsverfahrensrecht. Dort führen die Besonderheiten des Zivilprozessrechts dazu, dass ein Schiedsspruch von Dritten angefochten werden kann, wenn sie geltend machen, durch den Schiedsspruch in eigenen Rechten verletzt worden zu sein.<sup>126</sup> Dies ist auf den für zivilrechtliche Urteile staatlicher Gerichte gem. Art. 13 ZPO RF bzw. Art. 16 WPO<sup>127</sup> RF geltenden Grundsatz der Allgemeingültigkeit der zivilgerichtlichen Entscheidungen zurückzuführen.<sup>128</sup> Dieser Grundsatz wird nämlich durch die russische höchstrichterliche Rechtsprechung auch auf die Schiedssprüche erstreckt, was die Möglichkeit einer Drittanfechtung eröffnet.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Siehe den Beitrag in diesem Band S. 139 ff., 189 ff.

<sup>126</sup> Siehe ausführlich *Asoskov/Kurzynsky-Singer*, *Predely dejstvija sudebnych i tretejskich rešenij po krugu lic* [Persönliche Reichweite von gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Entscheidungen], *Vestnik VAS* 2012, Nr. 2, S. 6 ff.

<sup>127</sup> Wirtschaftsprozessordnung, die für die staatlichen Wirtschaftsgerichte gilt.

<sup>128</sup> *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, oben Fn. 12, S. 7 ff.

<sup>129</sup> Informationsbrief des Präsidiums des Höchsten Wirtschaftsgerichts der RF vom 22.12.2005, Punkt 11; Verfassungsgericht der RF, Entscheidung vom 4.6.2007, Az. 377-O-O; weiterhin gibt es folgende Entscheidungen, in denen Anfechtung einer Schiedsgerichtsentscheidung durch Dritte, die nicht an dem Verfahren vor dem Schiedsgericht beteiligt waren, für zulässig erklärt wurde: Entscheidung des Föderalen Wirtschaftsgerichts (im Weiteren: FAS) des Moskauer Bezirks vom 29.10.2008, Az. KG-A40/8986-08; FAS des Moskauer Bezirks vom 20.10.2009, Az. KG-A40/10854-09-P; FAS des Ostsibirischen Bezirks vom 26.1.2009, Az. A33-5104/08-F02-6106/08; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 31.3.2010, Az. A32-52089/2009; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 26.2.2010, Az. A63-14448/2009; FAS des Nordkaukasischen Bezirks vom 23.1.2007, Az. F08-7093/2006.

Es ist wohl den Reformen des georgischen Zivilprozessrechts zu verdanken, dass ein ähnlicher Effekt im georgischen Recht ausgeblieben ist. Genaue Feststellungen müssen allerdings wohl weiteren Untersuchungen vorbehalten bleiben.

*cc) Beispiel des georgischen Verbraucherrechts*

Zu beachten ist weiterhin, dass nicht jedes neue Rechtsgebiet automatisch auf eine *tabula rasa* trifft, wie am Beispiel des Verbraucherrechts zu sehen ist. Zwar hatte das Verbrauchergesetz im sowjetischen Recht keine Entsprechung, doch war die Konzeption des Verbraucherschutzes dem sowjetischen Recht durchaus nicht fremd, wie z.B. Ausführungen zum Markenrecht von *Pak* zeigen.<sup>130</sup> Allerdings wurde sie mithilfe der öffentlich-rechtlichen Instrumente und nicht der dem Verbraucher unmittelbar einzuräumenden Rechte, wie z.B. dem Widerrufsrecht, umgesetzt. Weiterhin ist zu beachten, dass das Verbraucherrecht eine Sonderregelung für einen bestimmten Vertragstyp darstellt und insofern bereits bestehende Regelungen des Zivilrechts ergänzt. Damit greift die Konzeption des Gesetzes in bereits geregelte Verhältnisse ein. Es ist daher zweifelhaft, ob das Verbrauchergesetz eine Regelungslücke ausfüllt.

Die Untersuchung von *Giorgishvili* zum georgischen Verbraucherrecht<sup>131</sup> zeigt einerseits, dass der georgische Gesetzgeber bemüht war, die europäischen Richtlinien zum Schutz der Verbraucher umzusetzen. Zwar hat er sich jeweils an den Mindestanforderungen orientiert, auch ist die Umsetzung zum Teil unvollständig und wird von *Giorgishvili* teilweise kritisiert. Dennoch mutet das georgische Verbraucherrecht zumindest auf den ersten Blick durchaus europäisch an. Ein anderes Problem, das m.E. viel mehr als die einzelnen Umsetzungsmängel wiegt, liegt aber darin, dass die Verbraucherschutznormen in der georgischen Realität relativ wenig Beachtung finden. Die Untersuchung von *Giorgishvili* macht deutlich, dass es nur vereinzelte Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur zu diesen Normen gibt. Eine mögliche Erklärung hierzu wäre, dass aus der Sicht des Rechtsanwenders die bestehenden Regelungen des Zivilrechts bereits die betroffenen Fälle abschließend regeln, so dass das *legal transplant* in diesem Fall in der Wahrnehmungskonkurrenz gegenüber bereits vorhandenen Regeln unterliegt. Möglicherweise würde die Inkorporierung der Verbraucherschutzvorschriften in das Zivilgesetzbuch dieses Problem etwas entschärfen.

---

<sup>130</sup> In diesem Band S. 331 ff.

<sup>131</sup> Siehe den Beitrag in diesem Band S. 219 ff.

*dd) Beispiel des georgischen IPR*

Schließlich ist zu beachten, dass die Rezeption von Regeln, die grundsätzlich in keinen ausgeprägten Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung treten, dadurch erschwert werden kann, dass die rezipierende Rechtsordnung schlicht nicht in der Lage ist, diese Regeln in ihrer Komplexität wiederzugeben, bzw. diese Komplexität in der rechtlichen Realität nicht nachgefragt wird. Eine gute Illustration hierzu ist im Beitrag von *Vashakidze* enthalten. Er zeigt, dass die Regelungen des internationalen Privatrechts, die zu einem beachtlichen Teil eine Rezeption des deutschen IPR darstellen, in der Praxis kaum zur Anwendung kommen. Er führt das darauf zurück, dass die Parteien des Rechtsstreits die Anwendung von Kollisionsregeln kaum verlangen. Die Parteien seien an einer schnellen Beilegung des Rechtsstreites mehr interessiert als an kollisionsrechtlicher Gerechtigkeit.<sup>132</sup>

*d) Umfassende Entlehnungen*

Eine gesonderte Betrachtung verdient schließlich die Frage der umfassenden Entlehnungen. Es wird teilweise angenommen, dass Entlehnungen zwischen zwei gänzlich verschiedenen Systemen in Form umfassender Entlehnungen leichter seien, als wenn lediglich einzelne Regelungen übernommen werden.<sup>133</sup> Im Kontext des vorliegend vorgeschlagenen Modells erscheint diese Aussage im Wesentlichen richtig, wenn auch nicht differenziert genug, wie am Beispiel des georgischen Rechts zu beobachten ist.

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Rezeption des europäischen, insbesondere des deutschen Rechts in Georgien viel umfassender ausgefallen, als in den anderen GUS-Ländern. Vor allem im Zivilrecht wurde der Versuch unternommen, die Grundstrukturen des deutschen BGB ins georgische Recht zu übertragen. Die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien soll allerdings nicht dahin gehend missverstanden werden, dass dadurch das georgische Recht weitestgehend dem deutschen angeglichen wurde. Wie oben bereits ausgeführt, wurde in vielen Fällen, wie z.B. im Familien- und Erbrecht, auf die Rezeption der einzelnen Regeln bewusst verzichtet.<sup>134</sup> Im Sinne des hier vertretenen Modells ist dieses Vorgehen unbedingt zu begrüßen, weil dadurch Konflikte zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung vermieden wurden, die für die Zwecke der Reformgesetzgebung nicht notwendig sind.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Siehe den Beitrag in diesem Band S. 289.

<sup>133</sup> *Sacco*, oben Fn. 51, S. 400.

<sup>134</sup> Siehe bereits oben, Abschnitt II 5, S. 11 ff.

<sup>135</sup> Hierzu ausführlich unten, Abschnitt IV 2, S. 34 ff.

Zu beachten ist weiterhin, dass einige auf den ersten Blick eher kleine Abweichungen des georgischen ZGB von dem deutschen Modell zum Teil zu großen Unterschieden führen können. So führt z.B. der Verzicht auf die Rezeption des Abstraktionsprinzips im Mobiliarsachenrecht dazu, dass auch die Rückabwicklung von unwirksamen Übereignungsverträgen im georgischen Recht nach anderen Regeln erfolgen muss als im deutschen.<sup>136</sup> Auch wenn man die Entwicklung des georgischen Zivilrechts seit der Verabschiedung des ZGB betrachtet, lassen sich Wendepunkte finden, an denen das georgische Recht sich von dem ursprünglichen, rezipierten Modell entfernt. Zum Teil erfolgt das in Anpassung des Gesetzes an die spezifischen Erfordernisse des georgischen Wirtschaftsverkehrs, was etwa am Beispiel der Reform des Pfandrechts sichtbar wird.<sup>137</sup> Dies ist ein natürlicher und unvermeidbarer Prozess.<sup>138</sup> Eine solche Weiterentwicklung und Veränderung erfolgt nicht nur durch die gesetzgeberische Tätigkeit, sondern auch durch die Rechtsanwendung, wie am Beispiel des gutgläubigen Erwerbs zu sehen ist.<sup>139</sup> Durch eine weite Auslegung des Begriffs „Abhandenkommen“ schränkte das georgische Oberste Gericht die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs beträchtlich ein. Diese Entwicklung kann möglicherweise auf einen Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und dem *legal transplant* zurückgeführt werden. Zu beachten ist nämlich, dass die deutschen Regelungen zum gutgläubigen Erwerb eine sehr weitgehende Selbstverantwortung des Eigentümers voraussetzen. Dieses Niveau der Selbstverantwortung kann für eine postsozialistische, paternalistische Gesellschaft zu weitgehend erscheinen.<sup>140</sup>

Damit kann vermutet werden, dass eine umfassende Rezeption zunächst nach demselben Muster abläuft wie die Rezeption einzelner Regelungen. Gleichzeitig ist aber zu beachten, dass nach dem jetzigen Kenntnisstand die Rezeptionsvorgänge in Georgien im Großen und Ganzen zu einer wesentlich besseren Integration der rezipierenden Regelungen führen, als es in anderen Ländern des postsowjetischen Raums der Fall ist, was be-

---

<sup>136</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 122 ff.

<sup>137</sup> Ebd. S. 136 ff.

<sup>138</sup> Ein lehrreiches Beispiel für die notwendige Anpassung der rezipierten Regelungen an die sozioökonomische Bedingungen der rezipierenden Rechtsordnung bei der Rezeption des römischen Rechts findet man bei *Bucher*, Römisches Recht: Dessen gewundene Wege bei seiner Rezeption, in: *Pichonnaz/Vogt/Wolf* (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts*. Festschrift für B. Huwiler, Bern 2007, S. 137 ff., 139–145.

<sup>139</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* in diesem Band S. 107 ff., 125 ff.

<sup>140</sup> Siehe zu Einschränkungen des gutgläubigen Erwerbs im russischen Recht *Kurzynsky-Singer*, Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen nach russischem Recht, in: *Private Law Reform in South East Europe – Liber Amicorum Christa Jessel-Holst*, Faculty of Law University of Belgrade, Belgrad 2010, S. 306–316.

sonders deutlich am oben geschilderten Beispiel des Schiedsverfahrensrechts ersichtlich ist. Eine mögliche Ursache dieser Entwicklung ist darin zu sehen, dass die umfassende Rezeption des europäischen Rechts in gewissem Sinne den Boden für weitere Entlehnungen vorbereitete, indem sie durch die eingeleitete Veränderung des georgischen Rechts den potentiellen Konflikt zwischen den rezipierten Regelungen und der rezipierenden Rechtsordnung verringerte.

#### IV. Abschließende Überlegungen zu den Erfolgsaussichten eines Rezeptionsvorgangs

##### *1. Legal transplants als Mittel der Rechtsangleichung und Vereinheitlichung des Rechts*

Wird ein *legal transplant* als Mittel der Rechtsangleichung oder der Vereinheitlichung des Rechts eingesetzt, so ist sein Erfolg daran zu messen, in welchem Maß die transplantierte Regelung in der neuen Rechtsordnung ihren ursprünglichen Inhalt behält.

Die vorstehende Untersuchung machte deutlich, dass dieser Erfolg bei weitem nicht alleine daran gemessen werden kann, ob die entsprechende Regelung gesetzlich umgesetzt wurde. Das Beispiel der Auslegung des Begriffs „Abhandenkommen“ im georgischen Sachenrecht oder des Begriffs „Verwechslungsgefahr“ im usbekischen Markenrecht zeigt deutlich, dass selbst der gleiche Wortlaut zu verschiedenen Auslegungsergebnissen führen kann.<sup>141</sup> Auch sagt die gesetzliche Umsetzung noch nichts darüber aus, ob die Regelung auch zur Anwendung kommt, wie am Beispiel des georgischen IPR und des Verbraucherrechts zu sehen ist.<sup>142</sup> Zu überlegen ist insofern, anhand welcher Kriterien ein Transplantationserfolg antizipiert werden könnte.

Aufgrund der oben vorgenommenen Analyse kann die These formuliert werden, dass die *legal transplants* umso bessere Chancen haben, von der rezipierenden Rechtsordnung angenommen zu werden und die gewünschte Wirkung zu entfalten, je weniger intensiv der Konflikt zwischen den Wertungen, die der transplantierten Regelung zugrunde liegen, und den Wertungen der rezipierenden Rechtsordnung ausfällt. Die Intensität des Konfliktes wird im Wesentlichen davon abhängen, wie grundlegend die durch

---

<sup>141</sup> Siehe die Beiträge von *Kurzynsky-Singer/Zarandia* und *Pak* in diesem Band, S. 107 ff. bzw. S. 331 ff.

<sup>142</sup> Siehe die Beiträge von *Giorgishvili* und *Vashakidze* in diesem Band, S. 219 ff. bzw. S. 289 ff.

das *legal transplant* herausgeforderte Wertvorstellung für die Bildung des gesellschaftlichen Grundkonsenses ist.

Die Minimierung dieses Konflikts kann auf verschiedene Weise erfolgen. Zum einen kann es sich um ein Rechtsgebiet handeln, in dem die Wertungen der Rechtsordnung, der das *legal transplant* entstammt, und die Wertungen der rezipierenden Rechtsordnung übereinstimmen. Zum anderen kann es sich um „technische“ Regeln mit einem geringen Konfliktpotential handeln. In diesem zweiten Fall garantiert die niedrige Intensität des Konflikts aber noch keinesfalls eine gelungene Rezeption. In einem zweiten Schritt wäre nämlich zu überlegen, ob die zu rezipierenden Regelungen mit den Möglichkeiten und Bedürfnissen der Rechtswirklichkeit der rezipierenden Rechtsordnung übereinstimmen.

Dagegen ist das Konfliktpotential von Normen, die eine Wertentscheidung verkörpern oder eine solche zumindest reflektieren, sowie von Generalklauseln, die bei der Anwendung mit einem Werturteil ausgefüllt werden, enorm hoch. Für diese Normen gilt, dass bei ihrer Implementierung in eine Rechtsordnung mit einem anderen Wertesystem als demjenigen, der sie entstammen, die entlehnte Norm einen neuen Inhalt erhält, der sich an der Rechtskultur, in der sie rezipiert wird, ausrichtet. Damit würde die Übernahme einer solchen Norm in eine Transformationsrechtsordnung notwendigerweise zu deren inhaltlichen Veränderung führen. Festzuhalten ist, dass eine umfassende Rechtsangleichung nur zwischen den Rechtsordnungen möglich ist, denen ein übereinstimmendes Wertesystem zugrunde liegt.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Soweit der Zweck der Rezeption eine Rechtsangleichung darstellt, sind Konflikte zwischen dem *legal transplant* und der rezipierenden Rechtsordnung zu vermeiden und eine technische Lösung zu bevorzugen, bei der auf Generalklauseln, wertebasierte Normen u.ä. weitestgehend verzichtet wird.

## 2. *Legal transplants als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung*

Ein weiterer Maßstab für die Erfolgsbewertung eines *legal transplant* wäre, inwiefern die transplantierte Regelung zu der Transformation der Rechtsordnung des rezipierenden Landes beitragen konnte. In diesem Kontext wäre z.B. die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien als ein Erfolg zu bewerten. Nach der Implementierung findet dort eine Weiterentwicklung der rezipierten Regelungen statt, die zwar zu einem Auseinanderdriften des ursprünglich rezipierten Modells und des modernen georgischen Rechts führt, aber auch eine Anpassung der rezipierten Regelungen an die Bedürfnisse des georgischen Rechtsverkehrs sicherstellt. In diesem

Fall bildet ein *legal transplant* einen Ausgangspunkt weiterer nationaler Rechtsbildung.

Bei der Erfolgsbewertung der Transplantationsvorgänge in den Transformationsstaaten ist weiterhin zu beachten, dass – obwohl die Rezeption wertneutraler Normen, die nicht in einen Konflikt mit der rezipierenden Rechtsordnung geraten, relativ leicht möglich ist – der Nutzen einer solchen Rezeption für die Transformation der Rechtsordnung begrenzt ist. Zwar bedarf eine funktionierende Marktwirtschaft zweifellos eines Gerüsts von technischen Regeln, die ihr Funktionieren ermöglichen. Doch deuten die in dieser Untersuchung vorgestellten Beobachtungen darauf hin, dass dieses Gerüst alleine nicht ausreicht. Ohne eine veränderte Einstellung zu Privatautonomie, Individualrechtsschutz und weiteren Grundpfeilern der Marktwirtschaft wird es wenig bewirken oder sogar leerlaufen können.

Soweit die Rezeption fremden Rechts Impulse für die Transformation der Rechtsordnung geben soll, ist es keinesfalls ausreichend, einzelne Regeln zu rezipieren. Viel mehr müssen die Grundprinzipien in den Mittelpunkt des Rezeptionsvorgangs gerückt werden. Wie das Beispiel von Georgien zeigt, kann eine umfassende Übernahme von ganzen Gesetzbüchern dabei wesentlich vorteilhafter sein, als die Rezeption einzelner Elemente. Das Wichtigste ist aber nach wie vor nicht der Gesetzestext, sondern das dahinter stehende Wertesystem. Insofern ist die erfolgreiche Rezeption ohne einen engen rechtswissenschaftlichen Austausch und den kulturellen Dialog kaum möglich.

Im Kontext der Rechtstransformation erfahren die Konflikte zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und den *legal transplants* eine andere Bedeutung als in dem Fall, wenn die Rezeption eine Rechtsangleichung bzw. -vereinheitlichung zum Ziel hat. Bei einer positiven Entwicklung kann ein solcher Konflikt den Diskurs über das Wertesystem in der rezipierenden Rechtsordnung bereichern und auf diese Weise zu einer Weiterentwicklung der Rechtsordnung beitragen. Ein solcher Effekt ist z.B. in der oben bereits zitierten Untersuchung über die Dispositionsmaxime im russischen Zivilprozessrecht festgestellt worden.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, oben Fn. 12, S. 22: „Fazit: Das Nebeneinander der Dispositionsmaxime und der Allgemeingültigkeit der gerichtlichen Entscheidungen im russischen Zivilprozessrecht stellt insofern einen konzeptionellen Widerspruch dar, als sich einerseits die prozessrechtlichen Dispositionsbefugnisse der Prozessparteien naturgemäß nicht auf die Rechte Dritter beziehen können, das Ergebnis des Gerichtsverfahrens andererseits aber eine Allgemeingültigkeit beansprucht. Das Festhalten am Grundsatz der Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen behindert somit die Verankerung der Dispositionsmaxime im russischen Prozessrecht. Doch handelt es sich hierbei nicht um einen reinen Widerspruch zweier Konzepte, sondern um einen wechselseitigen Einfluss dieser konträren Prinzipien des Prozessrechts.“

Die vom Gesetzgeber eingeführte Dispositionsmaxime war für das aus der sowjetischen Zeit geerbte rechtliche System ein Fremdkörper. Unter den bestehenden Bedin-

Bei dem Einsatz eines *legal transplant* mit einem hohen Konfliktpotential in Bezug auf die rezipierende Rechtsordnung als Reforminstrument ist jedoch Vorsicht geboten. Wie oben am Beispiel der Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht gezeigt wurde, kann die Wirkung einer rezipierten Norm in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Auch erscheint es ratsam, bei der Rezeption von umfassenden Regelungskomplexen solche Konflikte zu vermeiden, die für das Erreichen des Reformziels nicht relevant sind. Als ein gelungenes Beispiel ist in diesem Zusammenhang wiederum das georgische Zivilgesetzbuch zu werten, das z.B. auf wesentliche Eingriffe in das Familien- und Erbrecht verzichtete.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass ein *legal transplant* als Reforminstrument in einer Transformationsrechtsordnung durchaus erfolgversprechend eingesetzt werden kann, auch wenn dies eine eingehende antizipierende Analyse der möglichen Auswirkungen im konkreten Fall erfordert.

### 3. Ex ante-Analyse der Wirkungen eines legal transplant

Wie oben bereits ausgeführt, wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass den Schlüssel zum Verständnis eines jeden Rezeptionsvorgangs die Analyse des Konflikts zwischen dem *legal transplant* und der rezipierenden Rechtsordnung bietet.

Zunächst ist daher das *legal transplant* im Kontext seiner ursprünglichen Rechtsordnung zu betrachten. Festzustellen ist dabei, welche Determinierung die zu transplantierende Norm in ihrem ursprünglichen Kontext erfährt, insbesondere, welche teleologische Ausrichtung sie hat, welche Anwendungsgrenzen sie prägen und welche Wirkungen sie entfaltet. Fer-

---

gungen kann die Dispositionsmaxime die ihr zugeteilte Funktion nicht im vollen Umfang erfüllen. Sie gibt jedoch der Rechtsordnung einen notwendigen Entwicklungsanstoß, der durch die Konkurrenz beider Konzepte, die den erwähnten Prinzipien zugrunde liegen, bedingt wird.

Die längerfristig zu erwartende Durchsetzung der Dispositionsmaxime wird durch das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens, das in der Verfassung der RF verankert ist (Art. 123 Abs. 3), unterstützt. So liegt heute die Pflicht zur Beibringung der Beweise ausschließlich bei den Prozessparteien. Das Gericht fällt sein Urteil ausschließlich anhand des Klagegegenstands und der Forderungen der Parteien und übt seine Mitwirkung bei der Aufnahme von Beweisen nur auf Ersuchen der Parteien aus. Die Beschränkung der Untersuchungsbefugnisse des Gerichts hat zur Konsequenz, dass eine umfassende Überprüfung der Rechtssache hinsichtlich des Vorhandenseins von Rechten und Interessen Dritter unmöglich wird. Im konzeptionellen Bereich kehrt dadurch die private Streitigkeit zwischen Bürgern in die eigentlich private Sphäre zurück. Die Überprüfung des Vergleichs, des Anerkenntnisses und des Klageverzichts werden daher höchstwahrscheinlich in der Praxis bereits jetzt auf die Fälle beschränkt, in denen ein offensichtlicher Verstoß gegen Rechte Dritter vorhanden ist“.

ner ist zu überlegen, welche Mechanismen in der ursprünglichen Rechtsordnung diese Determinierung gewährleisten. Ein solcher Mechanismus kann z.B. durch verfassungskonforme Auslegung oder prozessrechtliche Besonderheiten zur Durchsetzung einzelner Normen vermittelt werden.<sup>144</sup>

Weiterhin ist die rezipierende Rechtsordnung zu untersuchen. Zu prüfen ist, welche Faktoren auf die rezipierte Norm einwirken würden, welche der bereits vorhandenen Normen dazu geeignet sind, die gewünschte Wirkung zu blockieren, welche der in der ursprünglichen Rechtsordnung vorhandenen Mechanismen entfallen, und so weiter. Als Beispiel für das Blockieren der neu eingeführten Normen und Institute kann – neben der bereits erwähnten Wechselwirkung zwischen der Dispositionsmaxime und dem Prinzip der Allgemeingültigkeit gerichtlicher Entscheidungen im russischen Prozessrecht – der gutgläubige Erwerb im russischen Recht angeführt werden. Art. 302 Abs. 1 ZGB RF schützt zwar einen gutgläubigen Erwerber gegen die Vindikationsansprüche des ursprünglichen Eigentümers. Problematisch ist dabei allerdings die Ausgestaltung des Art. 167 Abs. 2 ZGB RF, der jedem interessierten Dritten das Recht einräumt, die Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags zu verlangen. Der Verkauf einer fremden Sache wird als gesetzeswidrig und damit nichtig angesehen. Es ist aus dem Gesetz nicht unmittelbar ersichtlich, dass dieser Anspruch entfallen soll, wenn in Bezug auf den Vertragsgegenstand eine Vindikationslage behauptet wird. Damit besteht für den Eigentümer theoretisch die Möglichkeit, die Rückabwicklung des Vertrags zwischen dem Verkäufer und dem gutgläubigen Erwerber zu verlangen und anschließend die Sache von dem Verkäufer herauszuverlangen. Diese Konstruktion wurde durch die russischen Gerichte auch tatsächlich praktiziert, was den gutgläubigen Erwerb im russischen Recht de facto ausschloss.<sup>145</sup> Erst eine Entscheidung des russischen Verfassungsgerichts vom 21.4.2003<sup>146</sup> erklärte sie für verfassungswidrig.<sup>147</sup>

Die Gegenüberstellung der Wirkung der zu rezipierenden Rechtsnorm in der ursprünglichen rechtlichen Umgebung und der Determinierung der

---

<sup>144</sup> Ein Beispiel für eine solche Analyse enthält der Beitrag von *Kurzynsky-Singer* in diesem Band S. 89 ff.

<sup>145</sup> Vgl. ausführlich *Ostrovskaja*, Gibt es den gutgläubigen Erwerb nach russischem Recht?, *WiRO* 2005, S. 293 ff., 295 mit Rechtsprechungsnachweisen in Fn. 43.

<sup>146</sup> Postanovlenie Konstitucionnogo suda RF ot 21.4.2003 N 6-P „Po delu o proverka konstitucionnosti položenij punktov 1 i 2 stat’i 167 Graždanskogo kodeksa RF v svjazi s žalobami graždan O.M. Marinčevoj, A.V. Nemirovskoj, Z.A. Skljanovoj, R.M. Skljanovoj i V.M. Širjaeva“ [Entscheidung des Verfassungsgerichts der RF vom 21.4.2003 N 6-P „Im Verfahren zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmungen in Teil 1 und 2 des Artikels 167 des Zivilgesetzbuches der RF im Zusammenhang mit der Beschwerde der Bürger O.M. Marinčeva, A.V. Nemirovskaja, Z.A. Skljanova, R.M. Skljanova und V.M. Širjaev“, zitiert nach GARANT.

<sup>147</sup> Siehe ausführlich und mit Nachweisen *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 140, S. 306 ff.

rezipierenden Rechtsordnung liefert Ansatzpunkte für den voraussichtlichen Konflikt. Dieser ist in einem weiteren Schritt zu analysieren. Zu achten ist vor allem auf die Frage, wie tief der prognostizierte Konflikt verankert ist, wie sehr die ihm zugrunde liegenden Wertungen den jeweiligen gesellschaftlichen Grundkonsens prägen. So wäre im oben angeführten Beispiel des gutgläubigen Erwerbs im russischen Recht zu beachten, dass die besondere Form der Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags, die im russischen Sprachgebrauch als „Restitution“ bezeichnet wird, ihre Wurzeln im sowjetischen Rechtsdenken hat. Damals wurde die Restitution weniger als ein im Interesse der Parteien bestehendes gegenseitiges Rückgewährschuldverhältnis, sondern als eine „Maßnahme zum Schutz der Rechtsordnung“ angesehen.<sup>148</sup> Dieses Rechtsverständnis wirkt immer noch dadurch nach, dass die Geltendmachung der Rückgewähransprüche nicht den Vertragsparteien vorbehalten ist, sondern dass die Rückabwicklung auch durch am Vertrag unbeteiligte Dritte verlangt bzw. durch das Gericht von Amts wegen angeordnet werden kann. Insbesondere ist zu beachten, dass die durch Art. 167 Abs. 2 ZGB RF angeordnete Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags nicht zur Disposition der Parteien steht. Die Parteien sind viel mehr verpflichtet, den Vertrag rückabzuwickeln.<sup>149 150</sup>

Schließlich ist der Konflikt zu bewerten. Hier muss die Frage gestellt werden, ob zu erwarten ist, dass der Konflikt den Diskurs in der rezipierenden Rechtsordnung diversifizieren und damit Veränderungen anstoßen könnte.<sup>151</sup> Insbesondere in dem Fall einer zu erwartenden Veränderung der rezipierten Norm und deren Anpassung an die rezipierende Rechtsordnung ist zu beachten, dass *legal transplants*, die aus einer besser entwickelten Rechtsordnung in eine Transformationsrechtsordnung übernommen werden, in der Regel eine höhere Legitimation genießen.<sup>152</sup> Nun würde sich diese Legitimation auf die veränderte Regelung erstrecken, was den *status quo* eher verfestigen als den Transformationsprozess anstoßen dürfte.

---

<sup>148</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. ausführlich *Tuzov*, *Restitucija pri nedejstvitel'nosti sdelok* [Die Restitution bei der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften], Moskau 2007, S. 89 ff.

<sup>149</sup> *Koncepcija soveršenstvovanija obščich položenij Graždanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii* [Konzeption zur Vervollkommnung der Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], Abschnitt V § 1 1.9, *Vestnik VAS* 2009, Nr. 4, S. 54.

<sup>150</sup> *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 140, S. 306 ff.

<sup>151</sup> Zu einem positiven Beispiel siehe bereits oben Fn. 143.

<sup>152</sup> Siehe ausführlich den Beitrag von *Pankevich* in diesem Band S. 39 ff.

# Phenomena of Legal Transplants Related to the Social Model of the Post-Soviet Countries

NATALIA PANKEVICH

I. Introduction .....	39
II. Post-Soviet states following the Westphalia model .....	41
1. Westphalia model and modes of legal change .....	41
a) General .....	41
b) Legal order as a function of nation .....	42
c) Legal order as a function of state .....	44
d) Legal order as a function of individuation .....	45
2. Post-Soviet experience at the initial stage of nation suffrage .....	47
a) Legal refinement of national spaces .....	47
b) Legal orders as dependent on local conditions .....	50
III. Transplanted law in post-Soviet societies .....	52
1. Doctrinal contradiction within the implemented model: an outline .....	52
2. Practice-derived explication .....	54
a) The need for legal reform and path-dependence in post-Soviet states .....	54
b) Transplanted law as filling the gaps .....	55
c) Social engineering argument .....	57
3. The law in changing social and institutional contexts .....	58
IV. Conclusion and possible implications .....	62

## I. Introduction

The legal transformation and evolution in the post-Soviet landscapes which was, and to a great extent still is, accompanied by massive legal borrowing from the more developed legal systems can be interpreted in quite a number of ways and is in itself contradictory. This paper proposes that the dissolution of the Soviet state (or as it is often referenced, the Soviet empire<sup>1</sup>) was an ultimate manifestation of the desirability of a sovereign nation state form of organization for the newly founded states.

---

<sup>1</sup> Though the term “empire” was coined generally for the purposes of Cold War debates in the ideological arena and has never been congruent to Soviet state self-reflection

This mode of structuring of the socio-political space is often called the “Westphalia model”. Its foundation is attributed to the end of the Thirty Years War, when the power to prescribe religion was for the first time attached to the sole competence of territorial sovereigns immune from outside influences.<sup>2</sup> It was later discovered that territorial sovereignty was an effective mechanism that could be expanded not only for regulating religion, but also for discovering and enforcing laws and more generally for independently influencing social and political order within the boundaries of sovereign territory. Within this model the law being produced by the nation and for its benefit is situated at the apex of the social control mechanisms hierarchy and serves as a key tool for overseeing and protecting the society’s uniqueness, values and strategies. This tradition treats the law as being discovered and created endogenously by the separate peoples governed by respective state apparatuses. In turn, the law-making institutions are strictly bounded within the territorial boundaries of their jurisdictions.

In the common sense of post-Soviet reformers it was presumed that this type of social, political and legal organization encourages the self-esteem of the people and provides them with the necessary institutions for self-government.<sup>3</sup> On the other hand, legal change by means of unilateral transplanting of the borrowed norms by particular states or by unifying the legal orders within the treaties and conventions (often multilateral), which can be observed in any part of the world including the former USSR, presents a major obstacle to the deeply-rooted theoretical tradition of reasoning of the law. Using the evidence from legal developments in the former Soviet post-collapse terrain, this article is oriented to contribute to the discussion on the limits of Westphalia model in legal sciences, fueled by the notions of the legal order as a function of the sovereign state and culturally and

---

(quite to the contrary as its self-pronounced anti-imperialistic leadership is well-known) and constitutional definition, it is also deeply integrated into scientific debate and achieved much empirical evidence before and after the peak of the Soviet might within the bipolar system. See e.g. *Sarkissian*, Soviet Transcaucasia, *Foreign Affairs* 14 (1936), pp. 526–529; *Bacon*, Soviet Policy in Turkestan, *Middle East Journal* 1 (1947), pp. 386–400; *Caroe*, Soviet Colonialism in Central Asia, *Foreign Affairs* 32 (1953), pp. 135–144; *Wolf*, The Costs of the Soviet Empire, *Science*, New Series, 4729/1985, pp. 997–1002; *Tsygankov*, Defining State Interests after Empire: National Identity, Domestic Structures and Foreign Trade Policies of Latvia and Belarus, *Review of International Political Economy* 7 (2000), pp. 101–113.

<sup>2</sup> Treaty of Westphalia, Munster 1648, in: *Bankas*, State Immunity Controversy in International Law, Berlin et al. 2005, pp. 369–397.

<sup>3</sup> The declaration on the state sovereignty of the RSFSR and subsequent declarations of the post-Soviet republics are inspired by the notion of state sovereignty as a prerequisite of progressive development. See RSFSR, Deklaracija o gosudarstvennom suverenitete RSFSR [Declaration on the State Sovereignty of the RSFSR], 12 June 1990, No. 22-I.

historically shaped uniqueness of the nation. It is posited that this type of sophistication can be attributed to a particular social condition institutionally dominated by rising nation states. But in the changing world order, attempts to follow it have unavoidably failed, since it contradicts the major transformations occurring in macro-institutional and social contexts.

## II. Post-Soviet states following the Westphalia model

### 1. *Westphalia model and modes of legal change*

#### a) *General*

In general, the Westphalia model was theoretically elaborated and practically tested through the 16th to 20th centuries as a founding principle in the distribution of a macro-scale socio-political space.<sup>4</sup> In the contemporary world this model is implemented institutionally as a basis of an international system, with the territorial states as its constitutive units. Its core principles are widely used in international legal practice.<sup>5</sup> As regards legal discourse this model is an ideal-type concept defined as an “arrangement for organizing political life that is based on territoriality and autonomy. States exist in specific territories. Within these territories, domestic political authorities are the only arbiters of legitimate behavior.”<sup>6</sup> Thus, the existence of legal orders, discovering and enforcing the legal norms, being simultaneously the function of the particular nations and respective states,

---

<sup>4</sup> *Gross*, The Peace of Westphalia, 1648–1948, *The American Journal of International Law* 42 (1948), pp. 20–41; *Hershey*, History of International Law Since the Peace of Westphalia, *The American Journal of International Law* 6 (1912), pp. 30–69; *Denemark*, World System History: From Traditional International Politics to the Study of Global Relations, *International Studies Review* 1 (1999) Issue 2, pp. 43–75.

<sup>5</sup> Thus, the definition of the indicative features of a nation state to be individuated and recognized includes particular qualifications: (1) a permanent population; (2) a defined territory; (3) a government; and (4) the capacity to enter into relations with other states, see *Montevideo Convention on the Rights and Duties of States* 1933, Art. 1.

However, the recent dispute on the Westphalia model limits and its applicability in the contemporary world in politics, international relations and legal studies has sparked a number of publications. See e.g. *Beaulac*, Westphalian Model in Defining International Law: Challenging the Myth, *Australian Journal of Legal History* 8 (2004), pp. 181–214; *Falk*, Revisiting Westphalia, Discovering Post-Westphalia, *The Journal of Ethics* 6 (2002), pp. 311–352; *Kayaoglu*, The Extension of Westphalian Sovereignty: State Building and the Abolition of Extraterritoriality, *International Studies Quarterly* 51 (2007), pp. 649–675; *Strange*, The Westfailure System, *Review of International Studies* 25 (1999), pp. 345–354.

<sup>6</sup> *Krasner*, Compromising Westphalia, *International Security* 20 (1995–96) Issue 3, p. 119.

becomes immune from foreign influence. Therefore, the possibilities of borrowing gradually shrink within this system.

*b) Legal order as a function of nation*

The tradition of reasoning of a law as a primarily national product and cherished value that embraces and circumvents customary provisions, traditions, and legal regimes of localities has deep roots. The reflections on such practices in turn create a strong and persistent narrative of social and legal reasoning that establishes itself on the thesis of the intimate connection of law and society, where the former is a product and consequence of the later historical development and, thus, contains in itself the essence of the values that lead the polity, ultimately its *raison d'être*. This enabled various emancipating polities across the world to involve themselves into a long-timed process of shaping home-created norms.

The first theoretically elaborated conception of this modus of interplay between law and society is attributed to *Montesquieu* who in the 18th century posited that the political and civil laws are particular for each nation and essentially unable to suit another state.<sup>7</sup> This idea appeared in different geographical areas and survived through various authors and interpretations, including the *Volksgeist* by *Savigny*, the mirror of society where nothing autonomous can be found by *Friedman*, superstructure as a reflection of the class dominance and production system by *Marx*, particular constellations of values shaping different legal families by *Zweigert* and *Kötz*, or the more recent reasoning by *Legrand* employing the mirror theory to show the impossibility of effective mobility of norms and conceptions from one legal system to another.<sup>8</sup> Historically, this trend was also extremely influential in the Russian Empire within the ideologies of Slavophiles (in sharp opposition to Westernizers) who derived their philosophies from the notion of Russia's unique trajectory and cherished its predestination and role in the world.<sup>9</sup> This vision ideologically dominated Russian

---

<sup>7</sup> *Montesquieu*, *De l'esprit des lois*, Paris 1680, book 1, ch. 3.

<sup>8</sup> See respectively *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1848, p. 309; *Friedman*, *A History of American Law*, New York 1985, p. 781; *Marx*, *Kritik der politischen ökonomii* [A Contribution to the Critique of Political Economy] (1859), in: *Marx/Engels*, *Sočinenija* [Selected texts], volume 13, Moscow 1959, pp. 6–7; *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen 1996, p. 729; *Legrand*, *Against a European Civil Code*, *Modern Law Review* 60 (1997), pp. 44–63.

<sup>9</sup> See e.g., *Kireevskij*, *O haraktere prosvěščenija Evropy i ego otnošenija k prosvěščeniju v Rossii* [On the character of European Enlightenment and its attitude towards the Enlightenment in Russia], in: *Kireevskij*, *Polnoje sobranije sočinenij* [Complete collection of texts], volume 2, Moscow 1911, pp. 174–222; *Samarin*, *Izbrannyje proizvedenija* [Selected texts], Moscow 2010, p. 608.

legal thought through the 19th century and has not lost its significance now.

The general implication of all these variations of a “law as a mirror” theory is the notion of the impossibility of social engineering by introducing and transplanting borrowed norms and conceptions into the sovereign legal orders, unless they provide a high degree of congruency with the existing ones. Otherwise it will generate malfunction, produce unwanted effects or irritate the system, thus giving rise to some hybrid norms.<sup>10</sup> This generally derives from the assumption that law that was introduced by some outside entrepreneur agent of transformation and does not stem from a change in a social life and people’s behaviour will not automatically create a social norm, but merely an obligation.<sup>11</sup> In turn the obligation will exist as long as the agent enforces it, but will not become self-applying if it does not meet social necessity. In fact, some obligations can covert into norms, but this pattern is not common and compulsory.

The impossibility of using the borrowed norms for reforming society within the mirror theory generally rests on the presumption of an inimitable character of cultural and historical experience of each nation. However, a more culture and history-independent sophistication of legal order that is tailored for a particular society is also possible. *Luhmann’s* theory of autopoiesis attaches each element of the social system, including legal order, to the others so that they recursively co-develop and co-transform. Accordingly, this theory admits some possibility of social engineering by the means of legal change, but it leaves the legal system immune from foreign interventions. Since a particular society is less likely to exactly follow the path of the other, its elements and constellations will be particular for each social system.<sup>12</sup>

In fact, this theoretical closure of a social system seems to be inspired by the observance of a nation state recursive and tautological model where the possibility of establishing a hierarchy of the constitutive elements is impossible. As the state creates the nation’s self and totality, so the nation gives legitimacy to its own power-holding apparatus.<sup>13</sup> Thus, though social

---

<sup>10</sup> *Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences, *Modern Law Review* 61 (1998), p. 11.

<sup>11</sup> *Levine*, Legal Justice and Social Change, Jerusalem 1990, p. 196.

<sup>12</sup> The legal system in *Luhmann’s* view is normatively closed, but cognitively open for possible influences. Thus, the system becomes more dynamic. It loses the rigidity caused by the assumption that changing the law is practically impossible, due to the legal transformation “involves too many other changes to remain practicable”. *Luhmann*, The Unity of the Legal System, in: *Teubner* (ed.), *Autopoietic Law: a New Approach to Law and Society*, Berlin and New York 1987, pp. 13, 21.

<sup>13</sup> On the cyclical and tautological model of a nation state, see also *Bauman*, *Globalization: The Human Consequences*, New York 1998, ch. 3, pp. 55–76.

engineering via legal instruments is possible, it has to be produced endogenously by the system and within the system. Hence, outside influence is also limited.

*c) Legal order as a function of state*

The other interconnected yet separate line of conceptualizing the legal order is attaching it to the principle of state sovereignty. Along with a nation as a prerequisite of organizing society's inside totality, state sovereignty serves as a means of consolidating the society and separating it from the other similar collectivities in the international arena and of executing power within the borders of its jurisdiction (conceptualized by this model essentially as territorial borders). This line of argument is again deeply embedded in general discourse of legal reasoning and is reinforced for being institutionally performed in practice: In the contemporary world the right to define, prescribe and enforce the law is primarily within the domain and competence of the states, notwithstanding the fact that the state monopoly is now being contested by the recent changes of global scale, which enable non-state actors to intervene in the sphere of law-making.

Historically, this notion can be traced back to *Bodin's* sophistication of the republic conceiving the idea of the law being territorially secured by the state borders and, thus, immune from foreign attacks and interventions.<sup>14</sup> Sovereignty as closure from outside influence in politics and legal order evolution is frequently seen as a guarantee of preserving democracy, public security and common (national) interest.<sup>15</sup> Moreover, the unity of law is, thus, seen as achievable only due to the unity and uniformity of a state and a nation.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> *Bodin*, *Les six livres de la République*, Lyon 1579. The history of the idea in progress can be found at *Beale*, *A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law*, Cambridge 1916, p. 189, who also supports the thesis of a legal order as a function of sovereignty. See also *Story* who also posits the sovereign territory embedding of a legal order and impossibility for other foreign actors to interfere into its evolution and execution, *Story*, *Commentaries on the Conflict of Laws*, Boston 1884, §§ 18.1., 19, pp. 19–20.

<sup>15</sup> *Grachev*, *Gosudarstvennyj suverenitet i formy territorial'noj organizacii sovremenogo gosudarstva* [State sovereignty and the forms of territorial organization of the contemporary state], Moscow 2009, p. 468; *Porphir'ev*, *Nacional'nyi suverenitet v pravovoi prirode rossiiskogo federalizma* [National sovereignty in the legal nature of the Russian federalism], Moscow 2009, p. 296.

<sup>16</sup> Luhmann addressing the analyses of a number of prominent authors demonstrates the omnipresence of such a notion in social, legal and political discourses, *Luhmann*, supra note 12, p. 14.

*d) Legal order as a function of individuation*

The very concept of a self-governed nation state presumes that each particular state presents not only an institutionally complex exercise of power for the benefit of society, as recognized by its majority, but also that the state is tightly bound by common identity, shared values and aggregate social interests. Thus, the state can be regarded in its totality and be individuated as a rationally acting person<sup>17</sup> that preserves its identity by elaborating certain legal provisions.

Thinking of the society as totality may seem an inappropriate concept, since one of the main contributions of social science is to define various cleavages within the society that lead to social conflict. State-issued law mediates the social tensions and establishes a particular hierarchy of values or a system of social domination. Thus each society is differentiated and structured by competing interests and cannot achieve total integrity. Yet, the line that insists on a society's immanent unity<sup>18</sup> presents a strong and deeply sophisticated method of theoretical reasoning. It is posited that the majority of conflict-producing cleavages embedded in class, religious, language, race and ethnic, cultural, gender, age and place contexts, leading to sharp inequalities among the social groups *within* the society, are of less importance in comparison with cleavages that form the collective entities in the form of nations. As a result peoples that succeeded in creating their territorial states start to present the very concept of "society". They embrace all the other possible identities and convert them into a single strategic alliance in the form of a nation state.<sup>19</sup>

Even though it has been noted that the epoch of nations institutionally occupies a period of nearly two centuries in the history of mankind, the absolute dominance of nations in the world of the 19th and 20th centuries helps to discount the other entities from the macro-scale analyses. The prevalence of this form of societal organization prevents other possibilities of social solidarity. One can count a number of unsuccessful projects aimed at creating an alternative to the nation state, including the famous experience of the 20th century Internationals. The idea of international solidarity of working class against national capital failed in the competition with a concept of the national solidarity of working class and capital united by the state. Today state-embraced nations are seen as systemic units of the world political space, with a cyclical system of correspondence where a nation

---

<sup>17</sup> See e.g. *Wendt*, *Social Theory of International Politics*, Cambridge 1999, p. 450.

<sup>18</sup> See especially for Russian state philosophy v. *Gall*, *Die Konzepte "staatliche Einheit" und "einheitliche Macht" in der russischen Theorie von Staat und Recht*, Berlin 2010.

<sup>19</sup> See e.g. *Levine*, *supra* note 11, p. 143.

creates a state apparatus by some kind of social contract, while the general purpose of the state is to convert all possible conflicts and produce a strong, virile and integrated social body.<sup>20</sup>

Thus, in this deeply elaborated theoretical tradition that fuels everyday practice, nations are seen as syncretic units. This conceptualization contributes greatly to and underlies the idea of state sovereignty, and has massive and profound implications for legal and political realities, especially for emancipating new nation states. Within this model of reasoning the production of the legal order becomes nation-specific (with state-specific or country-specific as synonyms – as this model presents a tautologous unity of polity, state and its territory bounded together in a single undifferentiated aggregate) with minimal or no foreign interventions.

Being based on the three founding principles as described, which together produce a hermetic type of legal order, the implementing of the model leads to certain observable ends in shaping the people's identity, boundaries and producing the state's competences.<sup>21</sup> Here the most important is its immediate implication in the legal context. This model conditions that the conflicts of domestic legal norms and necessary harmonization will be more probably be settled via the mechanisms of comity, but not by means of creating common overarching legal regimes or unification through borrowing and transplanting. The legal regimes of particular societies will tend to enhance and promote their inner-unity while diverging from each other, if not by substance of the norms, then by the process or institutionally. Therefore, societies claiming independence will tend to avoid borrowing, at least initially until they produce a congruency of their society, state and legal system.

---

<sup>20</sup> *Barron*, *Colonization of Self in the Modern State*, in: Carty (ed.), *Post-Modern Law*, Edinburgh 1990, p. 117. The same cyclic model is proposed by Foucault: the polity becomes united by on-going process of cultivating it by the state. And the state treats the society in its totality. *Foucault*, *Governmentality, Ideology and Consciousness* 6 (1979), pp. 5–21.

This notion of the cyclic link between a state and a nation which helps to individuate it as a unity successfully integrated into common sense of the present day. Thus, the cluster of failed states is defined as those polities where the state apparatus was unsuccessful in reaching the unity with the population, the integrity of the social groups and territorial cohesion, cf. *Fund for Peace 2012, Failed States Index Scores 2012*, available at <<http://www.fundforpeace.org>>.

<sup>21</sup> *Wagner*, *The political form of Europe – Europe as a Political form*, Thesis Eleven 80 (2005), pp. 47–73; *Oestreich*, *The structure of the absolute state*, in: *Oestreich* (ed.), *Neostoicism and the early modern state*, Cambridge 1982, pp. 258–273.

## 2. Post-Soviet experience at the initial stage of nation suffrage

### a) Legal refinement of national spaces

The early period of post-Soviet development contributes to the institutional order marked as the Westphalia system that is founded on the territorially and legally separate, socially congruent and internationally recognized equal units. To acquire such a differentiation from the other similar political communities, the nation state has to make a great effort to secure its autonomy by establishing various borders. Whether they are territorial or institutional, language-connected or cultural, their function is to preserve nationally bounded space intact from foreign influence as it only can be.

Not surprisingly newly sovereign former Soviet republics undertook notorious programmes to eliminate alien elements from their jurisdictions through various legal provisions aiming to shape the political class. In some extreme versions this was made by legislation of citizenship<sup>22</sup> that excluded groups of resident populations defined as non-national from voting, deprived them from holding state and public offices, reduced their social and cultural rights including language and education rights, and finally reduced their property rights (especially in land and real estate tenure) and prevented participation in privatization.<sup>23</sup> Such kinds of refine-

---

<sup>22</sup> Thus, the citizenship regulation in post-Soviet Latvia and Estonia established special status for non-national residents who were subjected to reduced civil rights. Though the other post-Soviet republics did not follow this extreme path, the practices of preventing non-title populations from full-scale civil and property rights was quite common in any part of the post-Soviet periphery. See on Estonia: *Estonija, Zakon ob inostrancach* [Law on Foreigners], 18 July 1993; *Poleščuk, Negráždane v Estonii* [Non-citizens in Estonia], Moscow 2005, p. 96. On Latvia: *Latvija, Zakon o graždanstve* [Law on Citizenship], 22 July 1994, Art. 2.

<sup>23</sup> The provisions in this area helped the property concentration within the groups of individuals directly attached to the particular state and prevented migration of property rights beyond the national borders.

For instance, Ukrainian legislation on land property established that an agricultural land lot inherited by a foreigner (mostly probably residing in the border area of the other post-Soviet republic and former compatriot) is to be alienated during a year. See *Ukraina, Zemel'nyi kodeks* [Code on Land], 25 October 2001, No. 2768-III, Art. 81.4.

In Belarus, the land property right was attached not only to citizenship but at once to permanent residence. So the land-owning citizen of the republic moving to another country loses his land property rights. See *Belarus', Zakon o porjadke vyezda iz Respubliki Belarus' i v'vezda v Respubliku Belarus' graždan Respubliki Belarus'* [Law on entry and leaving the Republic Belarus by citizens of the Republic Belarus], 2 June 1993, No. 2335-XII, Art. 2.

Similar provisions were adopted by Georgian authorities and retained their significance until recent reforms. See *Gruzija, Zakon o sobstvennosti zemel' sel'skohozjaistvennogo naznačenija* [Law on agricultural land property], 22 March 1996, No. 165, Art. 4.

ment politics confuse two sides of citizenship – political and legal<sup>24</sup> – and produce two categories of resident population. On the one hand, there is a privileged group entitled to full civil rights and, on the other hand, a population with reduced rights, with a law unevenly applied to and protecting these two categories.<sup>25</sup> Such social division is a common feature of a sovereign nation state at the initial stages of consolidation. The start of a national sovereignty regime is usually centered on defining “own” and “aliens” and approximating social conditions by physical and legal refinement of the polity and adjusting it to the state. Thus the core privileged groups deliver a greater extent of legitimacy to the new state authorities. At the same time the other groups can be discounted.<sup>26</sup> Defining significant contingents of populations as not entitled to civil rights in post-Soviet countries produced a mass exclusion from the possibility of influencing the defining of the autochthonous development path. This was only one of the

---

In Russia certain aspects of land regulation concerning foreigners are directly attributed to the supremacy of presidential power, thus giving this issue principal significance. See *Rossija*, *Zemel'nyi kodeks* [Code on Land], 25 October 2001, N 136-FZ, Arts. 15.3, 28.5, 35.5.

Azerbaijan, while recognizing private property rights for citizens, restricted foreigners' rights to rent. See *Azerbaijan*, *Zemel'nyi kodeks* [Code on Land], 25 June 1999, No. 695-IQ, Art. 48.3. It was sometimes even preferred to retain state property on land, thus preserving a greater degree of connection between the state and the polity. *Tadžikistan*, *Zemel'nyi kodeks* [Code on Land], 12 December 1997, N 498, Art. 1.2.

<sup>24</sup> For a theoretical elaboration of this distinction and discussion, see *Knop*, *Citizenship, Public and Private, Law and Contemporary Problems* 71 (2008), pp. 309–342; *Enright*, *The Limits of Legal Citizenship: Reading Aleem v. Aleem*, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 104 (2010), pp. 52–55.

<sup>25</sup> The Latvian committee for Human Rights accounts for more than 70 differences between citizens and non-citizens (former Soviet citizens) residents including restricted voting, occupancy, private property, mobility, education rights, rights connected with retirement and more. For the detailed list with the references to the corresponding legal provisions, see *Latvian Committee for Human Rights*, available at <[http://www.lhrc.lv/arxiv/p1\\_2010\\_rus.pdf](http://www.lhrc.lv/arxiv/p1_2010_rus.pdf)>.

<sup>26</sup> Cf. the provisions of the period of French revolution which introduced the Decree on Establishing of Revolutionary Committees and on Foreigners and the Law of Suspects extraditing significant contingents of people out of French communes, defining and executing the “aliens” among the first steps to the nation definition. Thus, the core of the future nation will present a greater extent of unity. See *Sirich*, *The revolutionary committees in the departments of France, 1793–1794*, Harvard 1943, p. 238; Decree on Establishing of Revolutionary Committees and on Foreigners, 21 March 1793; Law of Suspects, 17 September 1793, in: *Duvergier*, *Collection complète des lois, décrets, arrêtés, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'état*, vol. 6, Paris 1834, pp. 172–173.

The later evolutionary stages of a nation state formation, however, deal with the problems of normalizing the differentiated groups within the polity, achieving social peace and solidarity and solving pre-existing conflicts so as to covert the varicosity of groups and clusters into an integrated social body. See also *supra* note 20.

most important reasons that motivated a significant number of people to desert their homes and to settle in other countries more tolerant to foreign elements than the newly self-governed nations or to return back to the republics of their origin.<sup>27</sup>

The massive exodus of Russian and other non-title<sup>28</sup> individuals from the new states contributed to the process of physical refinement of national spaces. But still more important was the goal of securing self-determination practically reduced to sovereignty via the means of nation-building on institutional and normative levels. The legal process of the initial period of acquiring sovereignty by the post-Soviet countries was part and parcel of this ideology driven movement. The legal orders of the newly independent republics after the fall of the “Empire” faced the politically programmed agenda of the necessity to also be refined from the unwanted remains of (*coercively*) imposed Soviet legislation. Being the law of the “Empire” designed to extract resources from its colonies and oppressing the people, it was supposed to prevent economic growth, democracy and progress substantively or by process. So the principal projections of legal development were designed to find genuine solutions<sup>29</sup> for regulating the social reality that had been oversimplified, repressed or even non-existent (at least legally) under the Soviet regime.

---

<sup>27</sup> Though such statistics are hard to achieve, some estimates are available. In 1992 nearly 32% of the total population found themselves with a status of undetermined citizenship. From 1990 to 1998, 113,000 people left Estonia, the majority of whom were born abroad and, thus, were not entitled to citizenship. See Official gateway to Estonia, Citizenship, 12 September 2012, available at <<http://estonia.eu/about-estonia/society/citizenship.html>>. From 1990 to 1997 about 1.2 million Russians (about 14% of the total residing population of the republic) left Kazakhstan. See *Ešment*, Problemy russkich v Kazachstane [Problems of Russians in Kazakhstan], Diaspory [Diaspora], 2-3/1999, pp. 169–187, also available at Russkij Archipelag, available at <[http://www.archipelag.ru/ru\\_mir/rm-diaspor/russ/russkie-kazahstana/](http://www.archipelag.ru/ru_mir/rm-diaspor/russ/russkie-kazahstana/)>.

Due to the high sensitivity of the problem, a special programme on repatriating compatriots was launched in Russia by a special decree by the President. See President of Russian Federation, Ukaz o merach po okazaniju sodeistvija dobrovol'nomu pereseleniju v RF sootečestvennikov proživajuščih za rubežom [Decree on the ways of support of the compatriots wishing to repatriate to Russia], 22 June 2006 N 637.

<sup>28</sup> In Russia the term “title population” refers to the national group that defines a name of a particular territory and is supposed to be the majority, or to the group with the strongest claim to the particular territory, for example, Tatars in Tatarstan. The other nations are defined as “non-title”. The same situation exists in post-Soviet states, where “title” groups claimed dominance in politics, social and legal spheres, while the rest population was not always accorded full citizenship rights.

<sup>29</sup> *Putinaitė*, The Good vs. “The Own”: Moral Identity of the (Post-)Soviet Lithuania, *Studies in East European Thought* 60 (2008), pp. 261–278.

*b) Legal orders as dependent on local conditions*

At the same time being an extremely diverse polity defined as a union of already self-governed republics,<sup>30</sup> the USSR embraced groups and regions with different cultural, religious and historical heritage. The deficit of economic and legal efficiency of the Soviet state, especially during the period of decline, caused in the shadow of pre-modern systems the revival of regulation of the social and economic activities by customary and remains of canonic law, kinship and feudal patterns of labour relations, especially in agriculture in the Asian republics.<sup>31</sup> The western and core parts of the declining country could boast shy experiments to use legally introduced possibilities to adopt private initiative in small-scale production and trade<sup>32</sup> and also modest advances in the use of market economy elements in the activities of the state-owned industrial giants.<sup>33</sup> This all provided secessionists with and contributed to a helpful legitimizing formula of the necessity to transform the polity and its legal system in order to secure and preserve the national idea, spirit and identity.

Therefore, the traces of particular republics and regions before independence have already possessed a certain degree of uniqueness that further promoted culturally coloured aberrations of the post-independence process. Interestingly, the same notion inspired not only Soviet republics, but also the interior regions. In the Russian Federation the producing of local legal regimes in opposition to the national centre in the 1990s was a key political practice. So until the beginning of 2000 at least 50 of 89 regional constitutions and charters and nearly one-third of regional legal acts contained norms contradicting federal laws.<sup>34</sup> For regional authorities

---

<sup>30</sup> The USSR, Constitution 1977, Arts. 70, 72, 76-8. Though the definition of the republics as being sovereign was just nominal throughout the history of the USSR, it became an important element in the secessionist movement at the decline of the Soviet Union, facilitating legal withdrawal from the Soviet state.

<sup>31</sup> For instance, the practices of forced and child labour in certain sectors of agriculture, which are now the subject of particular interest of ILO, Oxfam and Human Right Watch, survived and were widely spread during the Soviet period. In fact, it acquired yet another dimension since it started to be state-controlled in the USSR. See generally: International Labor Rights Forum, Stop Child Labor, available at <<http://www.laborrights.org/stop-child-labor/cotton-campaign/uzbekistan>>. The same refers to different customary forms of family and property regulation, practices of contracting and so forth.

<sup>32</sup> The USSR, Zakon o kooperacii v SSSR [Law on cooperation in the USSR], 26 May 1988, N 8998-XI.

<sup>33</sup> The USSR, Zakon o gosudarstvennom predprijatii (ob''edinenii) [Law on state enterprise], 30 June 1987, N 2015-1, Arts. 1.1, 2-4.

<sup>34</sup> Caliev, Zakon i vlast': process sovershenstvovaniija prodolzhaetsja [The Law and Authority: the process of improvement goes on], Rossiiskaja gazeta, 25 October 2011, also available at <<http://www.rg.ru/2011/10/25/zakon.html>>.

it was important to use this pattern of law-making in order to better match the local realities and obtain stronger bargaining power in their relations to the federal centre.

Thus, state-building in the post-Soviet states was an attempt to implement a classical model of nation state consolidation and sovereign suffrage congruent with a global anti-colonial discourse. At that stage of legitimacy-seeking, post-Soviet republics demonstrated almost no deviation from the common pattern of any newly independent nation state. The legal order in its unity from local norms to general principles and doctrines and from legislation to judgment and enforcement within this model is always seen as an endogenous product. Each of the post-Soviet states enjoined the idea of the legal order mirroring the social condition of the particular polity and that it has to be rediscovered from the later aggressive impositions produced during the Soviet period. Even though resulting in a reformed legal order, the elements of traditional law and pre-Soviet legal provisions may remain insignificant and of minor importance.<sup>35</sup> The legal reform in the post-Soviet Caucasian region and in the Central Asian states is following this path. Still the legitimacy of the need to reform stems from the idea of the law congruent with society and of society benefiting only from its own law.

In the case of post-Soviet law this leads to the idea that a refreshed law refined from the incongruent impositions would contain the code of the independent society's collective existence, its common sense, values and desired form of regulation of social relations. Thus, it must contribute to the fulfillment of its historical or social destiny. At the same time, being secured by state sovereignty the society will be able to preserve this self-defined trajectory regardless of the time. In fact this path remains common almost with any society that has acquired independence and is willing to construct a self-governed national project.<sup>36</sup> Not surprisingly, almost any secession or revolution starts disabling to various degrees or in full of the existing legislation<sup>37</sup> or a legal order of a failed regime,<sup>38</sup> although they rarely achieves complete success.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup> See *Grenz, Zivilrechtentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien*, in this book, pp. 65 ff., 83 ff.

<sup>36</sup> One of the striking examples is an initial stage of an independent state formation in the Netherlands (1555–72), which was at once a national and state centered project. The legal regime constructed here in opposition to Spanish domination and feudal *ancien régime* was often labeled later as “legal chauvinism”. See *Weinberg, Conflict of Jurisdictions vs. Conflict of Laws*, in: *Einhorn/Siehr/Nygh* (eds.), *Intercontinental Cooperation through Private International Law*, The Hague et al. 2004, p. 404.

<sup>37</sup> An example here are anti-British statutory provisions that enabled the legislatures of emancipating American colonies to prohibit the use of English court decisions pro-

### III. Transplanted law in post-Soviet societies

#### 1. *Doctrinal contradiction within the implemented model: an outline*

The model described above rests on the presumption of a law that is deeply embedded in the social reality being developed and transformed together with the polity and, being national, it detaches from any localities (such as customary law or traditions). Due to its orientation to regulate all types of relations and subjects included in its jurisdiction, being only national it can be effective. In fact, this way of thinking of the law and legal change is highly conservative. The vision of legal order as mirroring the society (and its economic relations, dominance structure and historical background) alone leaves the law as a dependent element unable to cause society transformation because it is tied into society and co-evolves together with it.

However, the same mirror theory of the law combined with the idea of sovereignty and national suffrage creates a powerful agenda that posits that law is to be an effective means of social engineering by discovering the in-depth layers of the nation's existence, damaged by exogenous force intervention. What is of crucial importance for this model of suffrage is the fact that all the transformations should be derived from the society and should be executed by the representative and accountable power apparatus created by the society, and any agent of transformation or social engineer has to be included into the totality of society.<sup>40</sup> Inward-looking recursivity and

---

duced after the Declaration of Independence 1776. *Stein*, *The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America*, *Virginia Law Review* 52 (1966), pp. 403, 410. And nearly the same foreign exclusion politics was used two centuries later during suffrage of East Africa colonies from the British Empire, *Mubirumusoke*, *Application of the Received Law of Torts in East Africa and the problem of transplanting Legal Norms*, in: Bechtler (ed.), *Law in a social Context*, Deventer 1978, pp. 127–188.

<sup>38</sup> In 1917 the Russian revolutionary government disabled the legal order of the Russian empire by total abrogation of its laws and court system and replacing them with popular revolutionary justice. See RSFSR, Dekret o sude no. 1, 22 nov. (5 dec.) 1917 [Decree on Court no. 1, 22 Nov. (5 Dec.) 1917], in: *Dekrety Sovetskoj vlasti* [Decrees of the Soviet power], vol. 1, Moscow 1957, pp. 124–126.

<sup>39</sup> *Novickaja*, *Ispol'zovanie dooktjabr'skich norm prava v pervyj god Sovetskoj vlasti* [The use of pre-october legal norms during the first year of the Soviet power], *Pravo-vedenie* 1983 No. 3, pp. 48–54; *Dzidoev*, *Stanovlenie Sovetskoj sudebnoj sistemy* [The evolution of the Soviet judiciary system], *Vestnik Vladikavkazskogo Naučnogo Centra* [The Herald of Vladikavkaz Scientific Center] 2008 No. 4, pp. 42–46.

<sup>40</sup> This remains true even to the polities undergoing crucial macro-social transformations driven by revolutionary forces. It may seem that in this case the agent leading the transformation is allocated beyond the society and only being in this external position can he impose the new model. But even then the legitimacy is extracted through the metaphor of unity. Like Kemal Ata-turk taking Ottomans and converting them into Turks, a society congruent with its father-leader; Bolsheviks transforming imperial Rus-

trying to construct the unique trajectory of further evolution by means of legal nationalism and sovereignty starts to be a general narrative in the wording of post-Soviet legal change.<sup>41</sup>

This leads us to the major doctrinal contradiction of post-Soviet legal development. If we take the thesis of the law being a product of an independent society not merely as an ideologically autochthonous elite-legitimizing construct with limited applicability in time (for an initial period of suffrage when the need for being divided from the collapsing whole is the most important problem) and space (for a territorially and socially distinct unit), it remains inherently unclear why the new states find themselves in a massive process of legal borrowing and transplanting: Why this borrowing uses the concepts from the systems which are definitely different in terms of culture, political structure, modes of economic activity and so forth. The borrowing of foreign norms on the post-Soviet terrain was discouraging since it concerned not only local norms, but the most important principles and doctrines.<sup>42</sup> Even entire codes were nearly unilaterally transplanted.<sup>43</sup> It is still more surprising since the Soviet social science<sup>44</sup> (and more recent western scholarly analyses<sup>45</sup>) broadly discussed the failure of the imposed and borrowed legal institutions in the colonies insisting on the self-rule to be preferable.

---

sians into the Soviet nation; or contemporary Eastern leaders emphasizing their in-depth unity with their constituency.

<sup>41</sup> *Poljakov*, Pro suverenstvu demokratiju [On sovereign democracy], Moscow 2007, p. 632; *Surkov*, Nacionalizacija budućčego: paragrafy pro suverenstvu demokratiju [Nationalization of the future: paragraphs on sovereign democracy], Expert 43 (2006), pp. 112–116, et. al.

<sup>42</sup> See generally *Jessel-Holst/Kulms (eds.)*, Private law in Eastern Europe: autonomous developments or legal transplants?, Tübingen 2010, p. 503.

<sup>43</sup> See e.g. *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, in this book regarding the Georgian Civil Code, pp. 107 ff.

<sup>44</sup> *Vildanov*, Suščnost' buržuaznykh konstitucij [The essence of bourgeois constitutions], Moscow 1969, p. 32; *Stah*, Opeka ili kolonializm? [Care or colonialism], Moscow 1960, p. 116; *Popov (ed.)*, Kolonializm: istorija i sovremennost' [Colonialism: History and Contemporary Condition], Moscow 1968, p. 239; *Tarle*, Očerki istorii kolonial'noj politiki zapadnoevropejskikh gosudarstv (konec XV – načalo XIX v.) [Articles on the history of colonial politics of the Western European States (end XVth – beginning XIXth cent.)], Moscow-Leningrad 1965, p. 427.

<sup>45</sup> *Carrington*, Writing Other Peoples Constitutions, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 33 (2007), pp. 168–217; *Berkowitz/Pistor/Richard*, The Transplant Effect, The American Journal of Comparative Law 51 (2003), pp. 163–204; *Twining*, Social Science and Diffusion of Law, Journal of Law and Society 32 (2005), pp. 203–240; *Owen*, The Foreign Imposition of Domestic Institutions, International Organization 56 (2002), pp. 375–409.

## 2. *Practice-derived explication*

### a) *The need for legal reform and path-dependence in post-Soviet states*

This wholesale purchase of foreign legal systems by post-Soviet states discredits the belief in the endogenous paths followed by the countries in the post-Soviet geopolitical space and needs further analysis. The general explication of this contradiction can be basically derived from the practical needs for regulation of the minor social processes that do not involve the questions of major political importance concerned with power distribution but, nevertheless, contribute greatly to the creation of the new type society. The political necessities of sovereignty and nation building in the post-Soviet states were accompanied by a fierce deficit of legal provisions that would enable and facilitate the consolidation of the desired model, and based on liberal values conceptualized primarily as individual freedom and autonomy and a market economy, which were listed among the principles legitimating the rise of the independency movement.<sup>46</sup> Nevertheless, the political projections faced a more rigid social reality where the post-Soviet countries inherited the reduced – and to a certain extent primitive – system based on state-owned property, with populations that never practiced market relations in their place of work, consumer behaviour or private-ownership transactions, as the people were not entitled to full-scale property rights,<sup>47</sup> suffered from various forms of imposed collectivity,<sup>48</sup> and were also dependent on the all-inclusive state-organized distribution of resources.<sup>49</sup> At the level of economic organization, the post-Soviet landscape was dominated by enterprises that never faced competition and legal dispute due to a planned economy and an administrative system that mediated conflicts between enterprises in the domestic arena and broadly used the

---

<sup>46</sup> RSFSR, Deklaracija o gosudarstvennom suverenitete RSFSR [Declaration on the State Sovereignty] 12 June 1990, No. 22-I; Constitution of the Russian Federation 1993, Arts. 2, 7, 8, ch. II.

<sup>47</sup> The USSR, Constitution 1977, Arts. 11–13 propose state property as a dominant form while the population retains the right to privately own personal belongings and savings and living commodities (but the latter is restricted mainly to houses in rural areas, while the housing in the cities was provided by the state with the people staying there as tenants).

<sup>48</sup> This included a wide spectrum of daily practices aimed at including a person in state-controlled forms of social organization that started in early childhood and lasted throughout life. The people were motivated to settle in communal flats, participate in professional unions, quasi-voluntary associations. This also could enroll the people in state-organized economic initiatives like purchasing state bonds and obligations, self-help consumer cooperatives, etc.

<sup>49</sup> *Bessonova*, Razdatočnaja ekonomika kak rossiiskaja tradicija [Distributing economics as Russian tradition], *Obščestvennye nauki i sovremennost'* [Contemporary social sciences] 3 (1994), pp. 37–49.

doctrine of absolute state immunities that frequently exempted Soviet firms from legal disputes abroad. Under this doctrine the foreign counter-agents of Soviet enterprises dealt primarily with a state, and only secondly with a particular economic structure with private interest. Such an interest was simply not recognized as a fact or possible doctrine within the Soviet system until 1980–90, when the USSR started to cease applying state immunity to each fact of a distant trade.<sup>50</sup>

Thus, what we observe here is to a great extent an attempt to construct the borrowed model of society that thirsts to be fueled with necessary institutions by means of nationalism and sovereignty closure, which is inherently in opposition with the very notion of transplanting the legal provisions from outside but does not contain the needed instruments in itself. Under this stance, preserving the autochthonous mode of development these states would fail to achieve either a virile democratic society or economic progress. The interplay of contradicting logics provides a major conceptual challenge for ruling elites. The very need for better-life technologies leads to borrowing, but borrowing from another nation state undermines sovereignty, which in this cyclical reasoning is a foundation for national prosperity.

#### *b) Transplanted law as filling the gaps*

However, the simultaneous absence of the social environment and legal provisions for implementing the new model of society presented the new states with the necessity of constructing both under time-deficit conditions. This is the obvious reason which facilitates the political choice and makes it easier for the new states to come into the persistent process of law selecting, borrowing and adopting in national systems even while preserving the commitment to the idea of the law as a dependent variable of the society. In a lighter version, this would be re-formulated as the borrowing which meets the necessity of an introduced norm to match the already existent legal structures<sup>51</sup> and a notion that home-produced novelties do not necessarily fit the legal order, while deliberately selected rules are not *per se* hostile to national uniqueness.<sup>52</sup> Moreover, it is obvious that these

---

<sup>50</sup> *Bykhovskaya*, *State Immunity in Russian Perspective*, London 2008, p. 234.

<sup>51</sup> *Faundez*, *Legal Reform in Developing and Transition Countries*, in: Puymbroeck (ed.), *Comprehensive Legal and Judicial Development*, Washington, D.C. 2001, pp. 369–397; *Nichols*, *The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code*, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 18 (1997), pp. 1235–1279.

<sup>52</sup> *Miller*, *A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process*, *The American Journal of Comparative Law* 51 (2003), p. 844; *Nelken*, *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*, *Windsor Yearbook of Access to Justice* 19 (2001), p. 349.

*tabula rasa* transplants are unlikely to meet resistance because they are inferior to or not contradicting established legal views and traditions and mature patterns of social behaviour and still more likely to create such patterns by implying certain obligations and providing the approved models of acting. Thus, their implementing will not create a conflict and more likely will achieve success.<sup>53</sup>

At least two practical motivations of the *tabula rasa* transplanting of the borrowed norms can be observed.<sup>54</sup> The first is using the legal transplant as a cost-cutting instrument that saves time and effort on acquiring the information and a search for genuine nationally branded solutions. Secondly, it can function as a tool for increasing legitimacy. Implementing the more prestigious legal model helps the authorities cope with a twofold challenge: enjoining the club of civilized states and receiving the approval for state policy from the population. For it is reasonable to suppose that more successful states have developed better institutions<sup>55</sup> (or can afford better institutions;<sup>56</sup> thus, the problematic and dialectics of whether the normative and institutional order is a product of social construction or a powerful tool of the social engineering is being raised again) to achieve the goals of principle importance for the newly sovereign post-Soviet states trapped by the indigenous evolutionary path. It is still more reasonable to suppose that the models used by the majority will more likely lead to observable and accountable ends, thus proving the possibility of a free-rider strategy to cut the costs of elaborating own solutions.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> The examples of such borrowing seen as successful are implementing norms on affiliated persons, interested-party transactions, agreements of members of joint-stock companies and limited liability companies as well as introducing the corporate forms of organization of the economic activities in general. See *Khabrieva*, Legal culture and legal transplants: National report of the Russian Federation, in: Cordero (ed.), *Legal Culture And Legal Transplants Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, Washington, D.C. 2010, p. 967; *Makovsky*, O kodifikacii graždanskogo prava [About Codification of Civil Law], Moscow 2010, pp. 270–294, 367–370, 703–735.

<sup>54</sup> Here, the terminology is borrowed from *Miller*, supra note 52, pp. 839–885. A four-cluster typology of motivation that drives the borrowing is proposed, adding two more types to the above mentioned cost-saving and legitimacy rising transplants. These are enforced transplanting of certain norms as a part of an institutional reform as the response to the claims of the foreign development promoters, such as the IMF, and entrepreneurial transplant as in an initiative undertaken by the inside agent interested in borrowing. Yet, these two refer rather not to motivation of a legislature, but to the structural context of the transplanting process that will be discussed later.

<sup>55</sup> *La Porta/Lopez-de-Silanes/Shleifer/Vishny*, The Quality of Government, *Journal of Law, Economics & Organization* 15 (1999), pp. 222–279.

<sup>56</sup> *Acemoglu/Johnson/Robinson*, The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation, *The American Economic Review* 91 (2001), pp. 1369–1401.

<sup>57</sup> *Garoupa/Ogus*, A Strategic Interpretation of Legal Transplants, *The Journal of Legal Studies* 34 (2006), pp. 339–363.

Interestingly, a critique of the motivation approach can be derived from the combination of the state sovereignty theory and the ideology of national uniqueness. Under this logic the elites of a state which relies primarily on its sovereignty do not need to be either effective in terms of social responsibility or legitimate in terms of their constituency approval. According to this model, a particular unique nation will suffer more from potentially damaging borrowing than from waiting until the “own” solution will be elaborated. We can easily find examples of employing this combination as a part of a state policy throughout the world, starting with African dictatorships and finishing with North Korea. This situation today leads to sharp moral disapproval for the institutions ensuring state sovereignty as the monopolistic machinery exploiting the territorially specific objects (be those people, resources, industries or otherwise) beyond international control.<sup>58</sup>

Hence, the motivation of the state to transform the legal regime for the benefit of the constituency does not necessarily originate from endogenous stimuli. Such motivation exists in a particular social situation where mature civil society counterparts and addresses its demands to the accountable state. But in weak societies (and they are usually and predictably weak after decades of authoritarianism) the need to borrow generally stems from the necessity to meet the demands of the outer world, to enroll the structures and organizations of international scale. And, thus, it is more likely to be a context problem than a problem of political motivation.

### c) *Social engineering argument*

The described approach to the transplants usage at the *tabula rasa* condition can be satisfactory only for a limited number of rare situations, since the social system unavoidably produces regulatory mechanisms even beyond those reinforced by the state legal regime. Thus, a complete situation of *tabula rasa* is hardly achievable and a transplanted law will still face? the pre-introduction environment, even though the resistance can be attributed to customs, traditions or everyday practices. Another type of argument can be applied to the situations where borrowed concepts and doctrines are imposed upon pre-existing legislation, thus replacing or competing with

---

Deriving the argument of the Condorset “Jury Theorem”, Posner and Sunstein also proceed to a similar conclusion towards the practice of referring to the laws of the outer states by courts: when the legal provision is widely spread and used by independent actors, it is likely to be optimal, *Posner/Sunstein*, *The Law of Other States*, *Stanford Law Review* 59 (2006), pp. 131–179.

<sup>58</sup> See e.g. *Krasner*, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, Princeton 1999, p. 248; *Engle*, *Beyond Sovereignty? The State after the Failure of Sovereignty*, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 15 (2008), pp. 33–48.

it.<sup>59</sup> In the case of post-Soviet polities, this would generally mean introducing the more individualistic approach towards social transactions, tempering collectiveness and, thus, establishing a better distinction between the private and public spheres. But to a certain extent this can be any kind of ideologically driven model, including the more holistic view of the optimal modus of a society operating based on state-centered collectivity (as in the trajectory of Belarus) or the revival of tempered authoritarianism (that is widely spread in post-Soviet Asia). Here, the notion of the possibility of using the “alien” doctrines is strongly rejected. Nevertheless, in less conservative regimes not oriented on the existent status-quo the imposed conflict within the legal regime is supposed to produce certain transformative effects necessary to shift the society towards a desired model.

### 3. *The law in changing social and institutional contexts*

The situation of social engineering provides a greater extent of complexity, since it adds at least two other lines of conflict to the sovereignty dilemma, reflecting two dimensions of legal change. Firstly, it is a problem of intra-evolution that takes place within a legal system itself. Introducing transformative transplants contributes to the absence of harmony within the parts of law that is theoretically supposed to be a logically congruent system. However, in contradicting reality that absence is seen primarily as a natural state for the law to evolve. It is of crucial importance here that transplanted models are not always derived from similar societies, but quite oppositely from those demonstrating radical differences. At the same time it is not obvious that a law will likely migrate from the more to a less-developed society and, thus, cannot be *per se* affiliated to the values of progressive development.<sup>60</sup> It can also be admitted that while selecting and introducing the borrowed provisions, there is a substantial element of chance.<sup>61</sup> Thus, law migration as a tool of social engineering endorses a discussion launched by *Watson* with regard to transplants as a most usual

---

<sup>59</sup> An example of such a conflict is the interaction of the principles of party disposition (which is a newly introduced legal principle) and the legal effect of court decisions (which was inherited from the Soviet law) in Russian civil court procedure law, see *Kurzynsky-Singer/Pankevich*, Dispositionsmaxime im russischen Zivilprozessrecht, ZEuP 2012, pp. 7–22.

<sup>60</sup> Allot posits that a certain number of novelties introduced to the British family law were inspired by African colonial customary regulation experience. *Allot*, *The Limits of Law*, London 1980, p. 119.

<sup>61</sup> An iconic example is the Turkish borrowing of the civil and criminal legislation from Switzerland at the beginning of the 20th century, *Allot*, supra note 60, p. 218.

instrument of law development throughout the history of mankind<sup>62</sup> and followed by the *Sacco* concept on legal formants interaction that often suggests tension between different parts of the legal system,<sup>63</sup> be it in substance or procedure, as a necessary dynamic element of evolution.

The second visible line of a doctrinal conflict is that the vision of a legal order dependent on foreign borrowing contradicts the very core doctrine of law embedded in and mirroring the *socium*, since it starts to be used proactively by the agent willing to launch the transformative program within a society. This agent is not necessarily entitled to be representing the interests of the borrowing society. The transformative programme may be launched by external subjects including other sovereign states, an alliance of states,<sup>64</sup> intermediaries as non-governmental quasi-public institutions<sup>65</sup> or complete-

---

<sup>62</sup> Watson dedicated a number of studies to the problem of legal transplants to demonstrate their social ease. He proposes that, generally, transplants are recognized by hosts and the introductions are almost likely to succeed, since the occasions when a transplant disturbs sensitive and in-depth levels of social reality are very rare. So survivals are more frequent than failures. But what is missing in his concept of a borrowing in a *longue durée* scale is that it generally occurred in the socio-political contexts other than nation state. Imperias, kingdoms, and leagues are more tolerant to borrowing since their founding principles do not contain the necessities of preserving intact inner spaces and tight bounds of the society, its land and its power apparatus. So law migration is facilitated within these alternative forms, but in the epoch of the nation states it is reduced radically to minor transplants of a less importance. *Watson, Legal Transplants*, Edinburgh 1974, p. 106; *id.*, *Society and Legal Change*, Edinburgh 1977, p. 148; *id.*, *The Evolution of Law*, Baltimore, Md. 1985, p. 156.

<sup>63</sup> *Sacco, Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installments I, II)*, *The American Journal of Comparative Law* 39 (1991), pp. 1–34, 343–401.

<sup>64</sup> Though it is obviously possible to presuppose that this is typically a practice of colonial dominance, the situation still provides a wider spectrum of possibilities. Thus voluntary integrating of borrowed norms signals the willingness of certain states to enjoin some supra-national integrative structures. An example of Eastern Europe and some parts of former Soviet republics is the introduction of the *acquis communautaire* norms into the national codes as a way to meet the pre-conditions to become a EU member.

<sup>65</sup> This may include two sub-clusters. First, this would count for supra-national state-derived organizations like the IMF, which promotes development with its famous formula “loans for reforms” or supra-national bodies like the WTO which forces significant changes in taxation regimes, intellectual property regulation (as in the *TRIPs* case) and competition law. And, secondly, voluntary organizations of the emerging global civil society like Transparency int., which initiates many anti-corruption measures, while NGOs engaged in human rights issues contribute to reforms in labour codes, certification of goods or introducing novelties in regulating the chains of sub-contractors and affiliated firms.

ly private bodies.<sup>66</sup> The presence of these three types of actors within the national legislation provides a major systemic transformation, since the right to detect the norm and to establish a law is detached from the exclusive domain of the state or its representative legislating bodies accountable to citizens via voting institutions. The immediate example here is the proliferation of the *lex mercatoria* in different national spaces, itself an extra-state legal regime.<sup>67</sup>

No less important is a recent exemption of the judiciary power from the states monopoly and its wider dispersal between the states and between the state courts and other institutions. Robust segments of transnational society have come into existence and evolved to self-legislating communities and now present a powerful counterpart to the state. According to the estimates of PriceWaterhouseCoopers Int., in 2008 86% of multinational corporations preferred non-state procedures of dispute-settling (in 2006 they numbered 73%)<sup>68</sup> due to the effectiveness of this type of forum, since the decisions are more likely to be recognized by the parties and the court decision will be implemented with a greater degree of probability. The rise of international arbitration, more and more commonly used by economic actors in the post-Soviet states, is also a sign of the declining possibility for the states to evolve as purely sovereign. Though the state remains the dominant institution in enforcement of foreign and international arbitral decisions, the substance and procedure of litigation escapes from its control.

---

<sup>66</sup> Introduction of the legal norms via private channels is of great importance now, since it transfers migration of the legal norms completely beyond the private-public interface and allocates it to a totally private sphere. The bargaining power and impact of the big multi-national corporations help to alter the regulations in workplaces, environment protection, consumer relations, and introduces the modes of quality control, accounting standards and other spheres.

*Li-Wen*, Legal Transplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as an Example, *The American Journal of Comparative Law* 57 (2009), pp. 711–744; *Danielsen*, How Corporations Govern: Taking Corporate Power Seriously in Transnational Regulation and Governance, *Harvard International Law Journal* 46 (2005), pp. 413–416.

Being widely recognized privately, such norms penetrate national jurisdictions and become part of national legal provisions. In turn the states are forced to enact much of them since in today's context of international competition one of the most important governmental duties is to create a legal environment to lure economic activities to national spaces. For different aspects of law as an economic good, see *Meessen* (ed.), *Economic Law as an Economic Good*, Munich 2009, p. 423.

<sup>67</sup> *Mertens*, *Lex mercatoria: a Self-applying System Beyond National Law?*, in: Teubner (ed.), *Global Law without a state*, Dartmouth 1997, pp. 31–44.

<sup>68</sup> *PWC*, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2008*, available at <[http://www.pwc.co.uk/eng/publications/international\\_arbitration\\_2008.html](http://www.pwc.co.uk/eng/publications/international_arbitration_2008.html)>.

A notion of an inconsistent domestic legal order dependent on borrowing also challenges the concept of the totality of the society, since it also presumes the possibility of social cleavages with transplants addressing the heterogeneity of functional sectors and populations composed of differing groups that may engage with particular sets of legal provisions, being those national or of external origin. However, this problem may seem of minor importance for the post-Soviet republics, where much of the cleavages were approximated by the Soviet totalizing practices.

Nevertheless, this problem will definitely attract more attention due to the increasing importance of migration that provokes the problematic of recognition of foreign legal procedures and court decisions in regulating marital relations, property inheritance and so forth. Currently, most of the post-Soviet republics committed to the migration process are either donors or recipients of labour force. Contemporary Russia accumulated significant foreign social contingents within the resident population.<sup>69</sup> The greater the degree of population heterogeneity, the more interfaces and contact points it creates for law migration. It is the particular case of the Russian Federation, which embraces diverse social segments and geographical areas. Its distant regions are oriented to communication and trade with absolutely different countries of the “West” and “East” and its population demonstrates various religious preferences. The situation produces much inconsistent demand for the use of borrowed legal provisions in absolutely different contexts. The recent examples come from the Vladivostok region, where the presence of Japanese right-hand-drive vehicles has led to an adjustment in traffic rules; from the regions with a bigger share of Muslims wishing to give recognition to the decisions derived from canonic law or custom; from orthodox activists proposing initiatives to change federal school curricula to give a floor to religious components. Since a particular transplant can be recognized by a particular region or community and rejected by the others, and taking into account that the Russian federative system, though being highly centralized, still gives the regions some space to legislate independently, we can expect a more pluralistic legal system to evolve here in time.

---

<sup>69</sup> According to Eurostat estimates this indicator can be compared with that of the developed countries. Foreigners comprise up to 8.2% of the total Russian population (comparable to Germany – 8.8%, Austria – 8.2%, Greece – 8.4%, UK – 7.2%), *Eurostat*, see <[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/data/main\\_tables](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/data/main_tables)>.

#### IV. Conclusion and possible implications

Thus, a general doctrinal conflict within a post-Soviet development as regards borrowing and transplanting originates from the fact of inbuilt contradiction in the deliberating of the development path. The projects of post-Soviet states were conceived as based on ideals of national sovereignty secured by the state with intact legal orders and as such were generally hostile to borrowing. Though generally these concepts were shaped in the 16th to 19th centuries, they continue to determine development in the region and provide important social and political effects up to the present day. The fact of staying true to the initial ideologies helps some researchers to attribute borrowing only to the high levels of political institutions (democracy, market economy, competition, accountability and the like). Such a technique enables the elites of the post-Soviet states to mimic an institutional order of their counterparts abroad in order to be regarded as legitimate members of the international community, but leaves the deep layers of social reality untouched. Thus, elites construct a buffer zone which ensures contact with the international environment via limited interface while preserving internally a traditional model of sociality.<sup>70</sup>

But even if we enjoin this opinion it will still point to the sharp inability of the post-Soviet republics to implement the model of a nation state, since the gap between the elite strata involved into international or global-scale processes and the population staying local and these two being governed with separate sets of normative provisions presents a major aberration of the ideal-type model. Moreover, when the legal order no longer originates from social totality but from elite dominance, and thus is not national, and by implementing foreign models is not territorially closed and secured by the states' jurisdiction,<sup>71</sup> we cannot speak of successful implementation of the basic concept of the nation state in the post-Soviet states at all. For it sacrifices the two founding principles of the model, i.e. nation-derived character of the legal order and its immunity from external influence. The theoretical situation is claiming a novel type of explication. This can be acquired from the changes in a macro-scale context.

The complexity faced by the post-Soviet states can be interpreted by the fact that the post-Soviet countries were and still are implementing the projects of intact territorially bounded nation states in the environment that

---

<sup>70</sup> *Bljacher*, Arhaičeskie mehanizmy legitimacii vlasti v Rossii [Archaic mechanisms of power legitimation in Russia], *Politeia* 2008, No. 3, pp. 7–29; *Bljacher/Kizima*, Central'naja Azija meždu Tamerlanom i Ataturkom [Central Asia between Tamerlan and Ataturk], *Politeia* 2009 No. 1, pp. 92–110.

<sup>71</sup> See above, section II 1, pp. 41 ff.

favors other types of assemblage<sup>72</sup> of territory, power-holding apparatus and society. Two processes dominating the global environment are of major importance here: denationalization<sup>73</sup> and deterritorialization (sometimes defined as rescaling)<sup>74</sup> of legal orders, which together threaten the dominance of the nation state as a constitutive unit of contemporary global socio-political structure. The former process involves a shift in allocation of the authority to formulate and prescribe the law, withdrawing it from public and transferring it to private or quasi-public institutions. The latter challenges the status-quo model with states dominating the political space.<sup>75</sup> Since its core thesis rests on the fact that the legal regimes can be produced beyond the states' institutions and are not confined to particular territorially exclusive jurisdictions, it can be applied elsewhere due to the parties' recognition. Together these processes shape a novel type of legal order which is characterized by a proliferation of provisions that aim to regulate particular spheres or segments of the society that depart from the state and start to operate globally beyond the territorial borders.<sup>76</sup>

In this environment the transplanting process acquires a new dimension. Only few decades before it was a primarily state-driven process, which reflected the interstate relations of domination (in case of colonial regime) or interstate attempts to make their legal regimes closer in order to promote cooperation (in case of friendly regional integration).<sup>77</sup> Now transplanting is a more supranational and more privately driven process beyond respective state institutions, with the states not shaping and selecting norms individually but rather adopting and applying them. A traditional method of migration of law between the states is gradually supplanted by migration between the institutions of different scales. Within this type of trans-

---

<sup>72</sup> Sassen introduces the term "assemblage" to make it possible to individuate particular forms of aggregation of the constitutive elements of social order: human collective, territory and authority where the nation state composes only one possible solution, which reached its tipping point by the late 20th century. Yet, under certain conditions the organizing principles can "jump the track" and, thus, give rise to the novel assemblages. See *Sassen, Territory. Authority. Rights*, Princeton 2006, pp. 1–11.

<sup>73</sup> See *Breen/O'Neill (eds.), After The Nation? Critical Reflections on Nationalism and Postnationalism*, Basingstoke 2010, p. 278; *Sassen, Globalization or Denationalization?*, *Review of International Political Economy* 10 (2003), pp. 1–22.

<sup>74</sup> *Benda-Beckmann et al., Space and Legal Pluralism*, in: *Benda-Beckmann/Benda-Beckmann/Griffiths (eds.), Spatializing Law: an anthropological geography of law in society*, Ashgate 2009, p. 225; *Brenner, Beyond State-Centrism? Space, Territoriality, and Geographical Scale in Globalization, Theory and Society* 28 (1999), pp. 39–78; *Chalmers, Post-Nationalism and the Quest for Constitutional Substitutes*, *Journal of Law and Society* 27 (2000), pp. 178–217.

<sup>75</sup> See above, section II 1, pp. 41 ff.

<sup>76</sup> *Sassen*, supra note 73, pp. 222–271.

<sup>77</sup> See generally, *Einhorn/Siehr/Nygh (eds.), Intercontinental cooperation through private international law*, The Hague et al. 2004, p. 509.

planting particular segments of sociality – such as transnational economy and civil society – are emancipated from the national background and evolve into transnational self-legislating communities, which uniformly impose their legal orders on the territories of their presence. Thus, they also contribute to the emergence of a global system of legal pluralism.

The closest implication here is the reshaping of legal authority structure within the state. The allocation of legal power to define the law will unavoidably desert national parliaments for the judiciary that is producing legal decisions by interpretation.<sup>78</sup> While legislatures to an extent become comparatively less important in law-discovering, this also leads to a significant shift in the structure of communication and bargaining of the law. Traditionally, this was a system of lobbying in the national parliamentary committees and commissions by private interests or activist organizations. Now a new channel for a society communicating on law is increasing: lobbying for norms detecting and introducing in private transnational structures, corporations and enterprises.

Thus, in a novel environment that favors transnationalization and privatization of the legal orders, transplants change their point of reference. In the world order of sovereign nation states it contributed to consolidation of hierarchical distribution of the states according their economic, political and military force. Today it is a response to the demise of nation states as the only (or at least dominant) institution globally distributing power, societies, territories and shaping their legal orders. The rupture of the spaces where state power is executed (this space is restricted and confined to a particular jurisdiction) and where the real social, economic and political processes take place leads to a greater uniformity of supranational legal provisions and this facilitates law migration in the form of a transplant or a treaty.

The post-Soviet republics are merely few of the actors involved in this global-scale trend. Today they face the competition of two mutually exclusive narratives: being part of the global world or being endogenous and secured by state sovereignty. The particular answer to this dilemma distributes the post-Soviet republics according to their attitudes toward transplanting, so the presence of the borrowed norms within the national legal codes, doctrines or local norms witnesses of the degree of their commitment to a global system.

---

<sup>78</sup> See already *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, Munich 2011, p. 150.

# Zivilrechtsentwicklung im Kaukasus und in Zentralasien

WALTER GRENZ

I. Zivilrechtliche Tradition im Kaukasus und in Zentralasien in der Zarenzeit.....	65
1. Lokale Rechtstraditionen und Kolonialisierung durch Russland .....	65
2. Besonderheiten der Entwicklung des russischen Rechts im Kontext seiner Exportfähigkeit .....	67
3. Entwicklung zu Beginn des 20. Jahrhunderts .....	69
II. Entwicklung des Zivilrechts in der Sowjetzeit .....	71
1. Vorbemerkung zur Sowjetisierung der Rechtsordnungen in Zentralasien und im Kaukasus .....	71
2. Einheitlichkeit des Zivilrechts in den Sowjetrepubliken .....	73
III. Zerfall der Sowjetunion .....	75
1. „Parade der Souveränitäten“ .....	75
2. Gründung der GUS .....	77
IV. Reformen der Zivilgesetzgebung .....	79
1. Entwicklung auf der Grundlage der Modellgesetzgebung der GUS .....	79
2. Blick nach Westen .....	82
3. Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht? .....	83
V. Zusammenfassung .....	86

## I. Zivilrechtliche Tradition im Kaukasus und in Zentralasien in der Zarenzeit

### *1. Lokale Rechtstraditionen und Kolonialisierung durch Russland*

Unter der im Inneren des asiatischen Kontinents gelegenen Großregion Zentralasien versteht man gemeinhin das Gebiet der heutigen unabhängigen Republiken Kasachstan, Kirgisistan, Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan. In der vorzaristischen Zeit war die in diesem Raum lebende Bevölkerung in ihrer Rechtskultur zum einen durch stammesspezifisches Gewohnheitsrecht und zum anderen durch islamische Traditionen beein-

flusst.<sup>1</sup> Die Geltung islamischen Rechts in Form der Scharia war für viele Jahrhunderte ein prägender Faktor in der Rechtsentwicklung.<sup>2</sup>

Der andere hier im Fokus stehende geographische Raum ist der Kaukasus, dessen Hochgebirgsname vorliegend als Sammelbezeichnung für die Staaten Aserbaidschan, Armenien und Georgien dienen soll. Dabei war insbesondere Georgien in der Periode vor der russischen Einwirkung durch seine geopolitische Lage europäischen, asiatischen und arabischen Einflüssen ausgesetzt.<sup>3</sup> Die Rechtsentwicklung wurde aber auch maßgeblich durch die Übersetzung des Kirchengesetzbuches der orthodoxen christlichen Kirche ins Georgische gegen Ende des 11. Jahrhunderts geprägt.<sup>4</sup> Es bildete die verfassungsrechtliche Grundlage des Kirchenrechts und ist ein Beleg dafür, dass der griechisch-römische Einfluss ein integraler Bestandteil des georgischen Rechts war.<sup>5</sup> Vielen Stimmen in der Literatur gilt die Gesetzessammlung Wachtangs, die am 15. Februar 1723 veröffentlicht wurde, als Höhepunkt gesetzessystematisierender Tätigkeit.<sup>6</sup> Die dort versammelten Vorschriften beruhten auf den herrschenden Sitten und Bräuchen, spiegelten aber auch griechisch-römisches, jüdisches, iranisches und armenisches Recht wider.<sup>7</sup>

Eine Beschreibung der zivilrechtlichen Traditionen im Kaukasus und im Gebiet Zentralasiens wäre jedoch lückenhaft und ungenau, wenn sie nicht auch den Einfluss des russischen Rechts auf die Regionen untersuchte. Jene fielen unter russische Herrschaft, im Zuge der großen Gebietserweiterungen des russischen Reiches ab dem 18. Jahrhundert. Russland fühlte

---

<sup>1</sup> Geiß, Rechtskultur und politische Reform in Zentralasien, in: Boulanger (Hrsg.), Recht in der Transformation, Berlin 2002, S. 152 f.; Astashova, Die Praxis der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche und des Rechtsverkehrs mit Usbekistan, Bremen 2008, S. 10; Schaumburg, Auslandsinvestitionsrecht Usbekistans und Kazachstans, Münster 2005, S. 12; vgl. zur Entwicklung Zentralasiens aus kulturgeschichtlicher Perspektive Fragner, Hochkulturen und Steppenreiche – Der Kulturraum Zentralasien, Osteuropa 2007, Heft Nr. 8–9, S. 27 ff.

<sup>2</sup> Vgl. für Usbekistan Saidov, The legal system of Uzbekistan, Taschkent 1998, S. 7 ff. Siehe ausführlich zur Bedeutung des Islams in Zentralasien Krämer, Islam in Zentralasien – Blüte, Unterdrückung, Instrumentalisierung, Osteuropa 2007, Heft Nr. 8–9, S. 53 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Zoidze, Georgian Law as Part of European Law – Historical Perspective, Working Papers on European Law 02/2009, Jean Monnet Chair of European Law at the Iv. Javakhishvili Tbilisi State University, S. 6 ff.

<sup>4</sup> Muth, Neues Recht zwischen Tradition und Systemwechsel, Baden-Baden 2004, S. 59.

<sup>5</sup> Muth, vorige Fn., S. 59; so auch Zoidze, oben Fn. 3, S. 7 ff.

<sup>6</sup> Siehe nur Pellegrino, Postkommunismus und Zivilrecht, Frankfurt am Main u.a. 1997, S. 24 und Kereselidze, Der Allgemeine Teil des Georgischen Zivilgesetzbuches von 1997, Frankfurt am Main u.a. 2005, S. 28 f.

<sup>7</sup> Pellegrino, vorige Fn., S. 25 f.

sich als Weltmacht und expandierte vor dem Hintergrund des Kräfte-messens mit dem britischen Empire im Rahmen des sog. *Great Game* nach Westen, Süden und Südosten.<sup>8</sup> Unter den Zaren Alexander I., Nikolaus I., Alexander II. und Alexander III. wurden die Kaukasusländer und die Region in Zentralasien vom Kaspischen Meer bis zur Wüste Gobi an das russische Reich angegliedert.<sup>9</sup> Die Eroberungen in Zentralasien führten zur Bildung des russischen Generalgouvernements Turkestan, das seinen Regierungssitz in Taschkent hatte.<sup>10</sup> Doch trotz der vermeintlichen Einverleibung in das russische Staatswesen hatte die zaristische Herrschaft damit zu kämpfen, ihre Rechtsvorstellungen in den hinzugewonnenen Gebieten gegenüber den lokalen Rechtstraditionen durchzusetzen.<sup>11</sup>

## 2. Besonderheiten der Entwicklung des russischen Rechts im Kontext seiner Exportfähigkeit

Die mangelnde Fähigkeit des russischen Rechts, sich in den dem russischen Reich neu hinzugefügten Territorien durchzusetzen, hatte historische Gründe: Das zaristische Russland war Heimat für eine äußerst heterogene Bevölkerung mit mehr als 200 verschiedenen ethnischen Gruppen. Es bestand kein einheitliches Rechtssystem, das überall gleichmäßig hätte Geltung und Anwendung finden können. Die Beziehungen zwischen den Menschen wurden in großem Maße weiterhin durch lokales Gewohnheitsrecht und regionale Bräuche geregelt.<sup>12</sup> Gleichzeitig bildete die russische Gesetzgebung im 17. Jahrhundert ein unübersichtliches Dickicht an veröffentlichten Normen und Verordnungen.<sup>13</sup>

Erst 1649 sollte der Erlass des ersten gedruckten Gesetzbuches in der russischen Geschichte unter der Herrschaft des Zaren *Alexei Michailowitsch* eine erste Systematisierung des russischen Rechts leisten. Diese Gesetzes-sammlung mit dem Titel *Sobornoe Uloženie* bestand aus 25 Kapiteln, die 967 Artikel umfassten und neben prozessrechtlichen Vorschriften und archaischen Strafnormen auch das Sachenrecht, fragmentarische Regelungen zum Schuldrecht und erbrechtliche Normen enthielten.<sup>14</sup> Als Rechtsquellen für das Gesetzbuch sind in erster Linie das russische Gewohnheitsrecht

---

<sup>8</sup> Vgl. *Fragner*, oben Fn. 1, S. 50 ff.

<sup>9</sup> *Schultz*, *Russische Rechtsgeschichte*, Lahr 1951, S. 155 f; vgl. ausführlich zu den verschiedenen Phasen der Expansion des russischen Zarenreiches nach Zentralasien *Mark*, *Mit Schwert und Feder – Russland und die Eroberung Mittelasiens seit Peter*, Osteuropa 2012, Heft Nr. 3, S. 79–88.

<sup>10</sup> *Stökl*, *Russische Geschichte*, Stuttgart 1990, S. 530; *Fragner*, oben Fn. 1, S. 51 f.

<sup>11</sup> Vgl. *Butler*, *Russian Law*, Oxford 2003, S. 10; *Schaumburg*, oben Fn. 1, S. 13.

<sup>12</sup> Vgl. *Butler*, vorige Fn., S. 32.

<sup>13</sup> *Schultz*, oben Fn. 9, S. 144.

<sup>14</sup> *Schultz*, ebd., S. 152 ff.

und – als vorsichtige Rezeption europäischen Rechts – das Litauische Statut zu nennen.<sup>15</sup>

Die Rechtsentwicklung im 18. und 19. Jahrhundert war durch die Reformansätze der Zaren Peter I., Katharina II. und Alexander II. geprägt und ist im Kontext der autokratischen Regierungsform dieser Zeit zu sehen. Es war insbesondere Peter I., der die absolutistische Monarchie in Russland begründete und in Art. 18 des Militärgesetzes von 1716 seine Rolle als Herrscher so beschrieb: „Denn seine Majestät ist ein alleinmächtiger (*samovlastnyj*) Monarch, der niemandem auf der Welt Rechenschaft für seine Taten abzulegen braucht, der aber Kraft und Macht besitzt, seine Staaten und Länder als christlicher Herrscher nach seinem Willen und bestem Dafürhalten zu regieren.“<sup>16</sup> Die russische Gesellschaft ist in die Stände des Adels, der Geistlichkeit, der Bürger und der Bauern zergliedert und durch die Ungleichheit zwischen den Bevölkerungsgruppen gekennzeichnet. In diesem Umfeld versuchten Peter I. und die ihm folgenden reformgeneigten Zaren aufklärerisches, westeuropäisches Recht in Russland einzuführen und das heimische Rechtssystem zu modernisieren.<sup>17</sup> Zu diesem Zweck wurden im Laufe der Jahre bis zu zehn Kodifikationskommissionen gegründet. Beispielhaft waren die Kodifikationsbemühungen unter Zar Alexander I., die maßgeblich von *Speranskij* beeinflusst wurden.<sup>18</sup> Letztlich blieben aber die meisten Reformbemühungen erfolglos.<sup>19</sup> Es kam 1833 unter Zar Nikolaus I. lediglich zur Verabschiedung des *Svod Zakonov*,<sup>20</sup> einer umfangreichen Gesetzessammlung in 15 Bänden, die jedoch keinen systematischen Aufbau oder prägende Leitideen präsentierte und nicht in der Lage war als Fundament des Zivilrechts zu dienen. Der *Svod* stand nicht in der Tradition der Kodifikationsbewegungen, konnte aber seine Geltung bis zur Oktoberrevolution von 1917 bewahren.<sup>21</sup> Trotz der beschriebenen Reformansätze war das zaristische Rechtssystem also weiterhin durch die Geltung verschiedener Vorschriften für verschiedene Territorien beeinflusst. Beispielhaft dafür sind die bereits angesprochenen Regeln

---

<sup>15</sup> Vgl. *Butler*, oben Fn. 11, S. 25; *Borisova*, Russian National Legal Tradition: *Svod versus Ulozhenie* in Nineteenth-century Russia, Review of Central and East European Law 33 (2008), S. 297, Fn. 3; *Feldbrugge*, Russian Law: The End of the Soviet System and the Role of Law, Dordrecht u.a. 1993, S. 80.

<sup>16</sup> Aus *Schultz*, oben Fn. 9, S. 160.

<sup>17</sup> Vgl. *Borisova*, oben Fn. 15, S. 296 f.

<sup>18</sup> Ausführlich zu dieser Kodifikationsbewegung im Russland des beginnenden 19. Jahrhunderts *Reich*, Kodifikation und Reform des Russischen Zivilrechtes im neunzehnten Jahrhundert bis zum Erlaß des *Svod Zakonov* (1833), Ius Commune 3 (1970), S. 152 ff.

<sup>19</sup> Siehe *Schultz*, oben Fn. 9, S. 199 ff.

<sup>20</sup> Vgl. eingehend zu „*Svod*“ oder „*Ulozhenie*“ als zwei Ansätze zur Systematisierung in der russischen Kodifikationsgeschichte der Zarenzeit *Borisova*, oben Fn. 15, S. 295 ff.

<sup>21</sup> Vgl. *Reich*, oben Fn. 18, S. 181 ff.

des Gesetzbuches von Wachtang. Selbst nachdem Georgien durch Russland annektiert wurde, blieben sie bis in die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts in Kraft. Als Sondervorschriften fanden sie sogar den Weg in den *Svod Zakonov* und waren bis 1917 gültig.<sup>22</sup>

Es lässt sich feststellen, dass der Regierungsstil eines absolutistischen Zarenreiches in Verbindung mit einer wirtschaftlich rückständigen und heterogenen Bevölkerung einen erheblichen Standortnachteil für die Entfaltung des russischen Zivilrechts in der vorrevolutionären Zeit bedeutete.<sup>23</sup> Die zivilrechtliche Entwicklung im russischen Reich stellte dadurch keine in sich schlüssige Linie dar. Phasen reformerischen Tatendrangs wurden abgelöst von reaktionären und bewahrenden Zeitabschnitten, ohne dass beispielsweise Kodifikationsarbeiten zu einem erfolgreichen Abschluss gebracht werden konnten. Dieses Zusammenspiel aufeinanderfolgender diametral entgegengesetzter Tendenzen war nicht nur für das Zivilrecht, sondern auch für die generelle Entwicklung eines u. a. wegen seiner Größe schwer regierbaren Landes prägend.<sup>24</sup>

### 3. Entwicklung zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts begleiteten soziale Veränderungen und innenpolitische Krisen die rechtliche Entwicklung in dem russischen Reich, das sich auf den Kaukasus und Zentralasien erstreckte. Im Jahr 1906 wurde die erste russische Verfassung verabschiedet und die kurze Zeit der konstitutionellen Monarchie eingeläutet. Es kam zur Ausarbeitung wichtiger Gesetze und die juristische Tätigkeit erlebte einen produktiven Höhepunkt. Zum Beispiel zeigte sich das 1903 verabschiedete neue Strafgesetzbuch gegenüber seinem Vorgänger fortschrittlich und war in qualitativer Hinsicht mit den westeuropäischen Strafgesetzen durchaus vergleichbar. Dabei lässt sich ein deutlicher Einfluss des deutschen Strafgesetzbuches von 1871 feststellen.<sup>25</sup>

Auch das russische Zivilrecht entwickelte noch vor der Revolution eine Dogmatik, die von einem regen wissenschaftlichen Austausch mit deutschen Universitätsprofessoren und einer Kooperation zur Förderung des

---

<sup>22</sup> *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, S. 894; *Kereselidze*, oben Fn. 6, S. 30.

<sup>23</sup> *Kurzynsky-Singer*, Russisches Zivilgesetzbuch, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), *HWBEuP*, Bd. 2, Tübingen 2009, S. 1326.

<sup>24</sup> Vgl. zu diesem „Wechselspiel von Reform und Reaktion“ ausführlich *Brunner*, *Rechtskultur in Osteuropa: Das Problem der Kulturgrenzen*, in: ders. (Hrsg.), *Politische und ökonomische Transformation in Osteuropa*, Berlin 1996, S. 108 ff.

<sup>25</sup> *Schultz*, oben Fn. 9, S. 255.

rechtswissenschaftlichen Nachwuchses und der Lehre profitierte.<sup>26</sup> Bedeutende Zivilisten wie *Petražickij*, *Krivcov* und *Pokrovskij* sind aus dieser bilateralen Ausbildungstätigkeit hervorgegangen.<sup>27</sup> Diese kontinental-europäischen Einflüsse wurden auch durch die Verbreitung von deutschen Lehrbüchern des Pandektenrechts in Russland bestätigt.<sup>28</sup>

Durch die Einrichtung einer Gesetzgebungskommission zur Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches und durch die Veröffentlichung des Entwurfs eines Zivilgesetzbuches des Russischen Reiches in 1905 erlebte die vor-sowjetische Zivilrechtswissenschaft den Höhepunkt ihrer Entwicklung. Die Verfasser des Entwurfs orientierten sich bei ihrer Arbeit stark an den westeuropäischen Kodifikationen wie dem deutschen BGB und dem Schweizer ZGB sowie an westlichen Zivilrechtslehren. Die Mehrheit der Regeln wurde ausländischen Rechtsordnungen entnommen. Nichtsdestotrotz waren die Verfasser unabhängig genug, um ausländische Bestimmungen nicht bloß zu kopieren, sondern als Rechtsquellen zu nutzen und an eigene Grundideen des russischen Zivilrechts anzupassen.<sup>29</sup> Allerdings führten die politischen und sozialen Umwälzungen vor und während des Ersten Weltkrieges dazu, dass der Entwurf nicht in Kraft trat. Auch wenn er nie verabschiedet wurde, beeinflusste er doch stark die späteren sowjetischen Kodifikationen des Zivilrechts<sup>30</sup> und wirkt dadurch bis in die heutigen Tage in den Zivilgesetzbüchern der Staaten des Kaukasus und Zentralasiens nach.

---

<sup>26</sup> *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 23, S. 1326. Vgl. in diesem Zusammenhang zur Ausbildungstätigkeit des russischen Seminars für römisches Recht in Berlin *Avenarius*, Das russische Seminar für römisches Recht in Berlin (1887–1896), ZEuP 1998, S. 893.

<sup>27</sup> Vgl. Reprints der Werke dieser Autoren bei dem Verlagshaus „Statut“, frei zugänglich über <<http://civil.consultant.ru/elib/>> (10.12.2012).

<sup>28</sup> *Arnold*, Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation im Entstehen, RIW 1995, S. 900, der den Einfluss deutscher Juristen auf Russland im 19. Jahrhundert als „erheblich“ bezeichnet.

<sup>29</sup> Siehe *Slytschenkow*, Der Entwurf eines russischen Zivilgesetzbuchs von 1905, ZNR 27 (2005), S. 196 ff., 201.

<sup>30</sup> Vgl. *Feldbrugge*, Die Bedeutung des Rechts ausländischer Staaten, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 165, der davon spricht, dass es mehr Gemeinsamkeiten zwischen dem vorrevolutionären Recht Russlands und dem Sowjetrecht gab, als es in der Öffentlichkeit zu Zeiten der Sowjetherrschaft bekannt war.

## II. Entwicklung des Zivilrechts in der Sowjetzeit

### 1. Vorbemerkung zur Sowjetisierung der Rechtsordnungen in Zentralasien und im Kaukasus

Infolge der Oktoberrevolution erfuhr die staatsrechtliche Entwicklung des ehemaligen russischen Reiches einen erheblichen Bruch. An den Randgebieten des russischen Territoriums entstanden nationale Unabhängigkeitsbewegungen. Impulsgebend für das Unabhängigkeitsstreben der verschiedenen Völker war der Erlass der „Deklaration über die Rechte der Völker Russlands“ vom 15. November 1917<sup>31</sup> durch den Allrussischen Sowjetkongress, die ausgehend von der Gleichberechtigung und Souveränität der Völker Russlands deren Recht auf freie Selbstbestimmung einschließlich des Rechts der Loslösung vom bisherigen Staat und der Bildung eines selbständigen Staates postulierte.<sup>32</sup>

Im Kaukasus führte diese Zeit zur kurzen Episode der transkaukasischen föderativen Republik, die sehr schnell den unabhängigen Staaten Georgiens, Armeniens und Aserbaidschans weichen musste. Die Lebensdauer dieser Staaten war jedoch nur kurz und die bolschewistischen Kräfte konnten unter Ausnutzung der unübersichtlichen Gemengelage der kaukasischen Völker die Macht in der Region ergreifen. Mit dem Einmarsch der Roten Armee in Georgien im Februar 1921 waren die Erschütterungen durch die Oktoberrevolution im territorialen Gefüge wieder beseitigt.<sup>33</sup>

Die Region in Zentralasien entzog sich nur vorübergehend dem Einfluss der nach der Revolution gegründeten Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjetrepublik (RSFSR). In dem postrevolutionären Machtvakuum gelang es den verschiedenen einzelnen nationalen Widerstandsbewegungen nicht, dauerhaft souveräne Einzelstaaten zu etablieren. Ab 1920 eroberten die sowjetischen Truppen die Region zurück und gliederten die zentralasiatischen Staaten zunächst als autonome Republiken in die RSFSR wieder ein.<sup>34</sup>

Während in den Jahren bis 1937 die Sowjetregierung zunächst ihre Macht in den einverlebten Gebieten festigen wollte und dementsprechend

---

<sup>31</sup> GS 1917, Nr. 2, Art. 18, zitiert nach *Meder*, Das Sowjetrecht, Frankfurt am Main u.a. 1971, S. 40.

<sup>32</sup> *Meder*, vorige Fn., S. 40 f.

<sup>33</sup> *Stökl*, oben Fn. 10, S. 665 ff.; vgl. zur georgischen Rechtsentwicklung in diesen Jahren *Pellegrino*, oben Fn. 6, S. 58 f. m.w.N.; siehe zum deutschen Einfluss während der Unabhängigkeit Georgiens *Muth*, oben Fn. 4, S. 80 ff.

<sup>34</sup> *Vogt*, Die Wirtschaftsrechtsordnung der Republik Kasachstan, Berlin 1994, S. 1 f.; differenzierend zwischen den Unabhängigkeitsbewegungen Kasachstans und Usbekistans *Schaumburg*, oben Fn. 1, S. 7 ff.; vgl. *Geilke*, Einführung in das Sowjetrecht, Darmstadt 1983, S. 60 ff.

machtpolitisch tolerant gegenüber den herrschenden lokalen Bräuchen und Traditionen auftrat, versuchte sie in den darauffolgenden Jahren ihre ordnungspolitischen Vorstellungen schnell und offensiv umzusetzen.<sup>35</sup> Um eigene Regierungsstrukturen in der Region zu implementieren, verteilte sie Grundstücke von Stammesführern zu ärmeren Familien um, verjagte oder verbannte lokale Eliten und ersetzte das Schariatsrecht durch die sowjetischen Gesetze, damit lokale Traditionen entfernt wurden.<sup>36</sup> Die Überstülpung des sozialistischen Herrschaftssystems führte auch zur Zwangsansiedlung der nomadischen Teile der Bevölkerung und ebnete damit den Weg für sowjetische Institutionen wie Kolchosen, Sowchosen und Industrie- und Bergbaubetriebe.<sup>37</sup> Insgesamt wurden gewohnheitsrechtliche Bräuche und Traditionen überwiegend verboten und als Relikte patriarchalischer Stammesgesellschaften gezeißelt.<sup>38</sup> Trotz dieser Sowjetisierungsbemühungen blieben manche traditionellen Gesellschaftselemente unterhalb der öffentlichen bzw. politischen Wahrnehmung bestehen.<sup>39</sup> Diese Ausnahmeerscheinungen können jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass einer generellen Tendenz entsprechend die Vereinheitlichung des Rechts in dem gesamten Gebiet der Sowjetunion auf der Grundlage der kommunistischen Ideologie erfolgte.

Die Sowjetunion wurde Anfang der 20er Jahre des letzten Jahrhunderts gegründet.<sup>40</sup> Die korrekt bezeichnete Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken (UdSSR) war bereits nach der Verfassung von 1924 de jure ein föderaler Staat, mit entsprechender Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen. Die Kaukasusstaaten Aserbaidschan, Armenien und Georgien waren unter dem Zusammenschluss als Transkaukasische Sozialistische Föderative Sowjetrepublik (TSFSR) Unterzeichner des Gründungsabkommens der UdSSR am 30. Dezember 1922.<sup>41</sup> In den darauffolgenden Jahren ent-

<sup>35</sup> Für Kasachstan siehe *Kenžaliev*, Das kasachische Gewohnheitsrecht in sowjetischer und postsowjetischer Zeit, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Berlin u.a. 2005, S. 333 ff.; vgl. zur russischen Dominanz innerhalb der Sowjetunion *Feldbrugge*, oben Fn. 15, S. 36.

<sup>36</sup> *Geiß*, oben Fn. 1, S. 160 ff.

<sup>37</sup> *Geiß*, Andere Wege in die Moderne – Recht und Verwaltung in Zentralasien, Osteuropa 2007, Heft Nr. 8–9, S. 157.

<sup>38</sup> Vgl. *Kenžaliev*, oben Fn. 35, S. 339.

<sup>39</sup> *Geiß* nennt in diesem Zusammenhang die weiterhin bestehende faktische Macht von Dorfältesten (*aksakal*) und das Stattfinden gemeinschaftlichen Lebens in *mahallas*, siehe *Geiß*, oben Fn. 1, S. 161; Beyer stellt fest, dass sich die kirgisischen Aksakal-Gerichte in der Sowjetzeit den Veränderungen anpassten und bis in das heutige unabhängige Kirgisistan überdauern konnten, *Beyer*, Die Aksakal-Gerichte in Kirgisistan: Entwicklung und aktuelle Situation einer traditionellen Rechtsinstitution, in: Kemper/Reinkowski (Hrsg.), Rechtspluralismus in der Islamischen Welt, Berlin u.a. 2005, S. 349.

<sup>40</sup> Zu den Entwicklungsstufen der Unionsgründung ab dem 30.12.1922 siehe *Meder*, oben Fn. 31, S. 98 f.

<sup>41</sup> *Feldbrugge*, oben Fn. 15, S. 93.

standen aus den bisherigen autonomen Gebietsteilen die Usbekische SSR am 17. Februar 1925, die Turkmenische SSR am 20. Februar 1925 und die Tadschikische SSR am 5. Dezember 1929.<sup>42</sup> Die Kasachische und Kirgisische Sowjetrepublik entstanden 1936 aus der bis dahin zur RSFSR gehörenden Kirgisischen Autonomen Sozialistischen Sowjetrepublik (ASSR) und wurden unter der geänderten Verfassung Teil der UdSSR.<sup>43</sup> Jede Unionsrepublik durfte ihre eigene Verfassung haben, die jedoch nicht im Widerspruch zu derjenigen der Union stehen durfte. Im Ergebnis glichen sich die verschiedenen Verfassungstexte in Aufbau und Inhalt augenfällig an.<sup>44</sup> Unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene oblag es der UdSSR in Gestalt ihrer obersten Organe, die Grundlagen in verschiedenen Rechtsgebieten festzulegen.<sup>45</sup> Aus diesem Grund wurden für die Harmonisierung der Rechtsvorschriften sogenannte „Grundlagen der Gesetzgebung“ erlassen, die als Rahmengesetzgebung eine Einheitlichkeit der Gesetzgebung der Republiken gewährleisten sollten, gleichzeitig aber zumindest nominell auch einen Raum für nationale Besonderheiten ließen. De facto unterschieden sich die durch die Republiken erlassenen Gesetze jedoch kaum. Insgesamt lässt sich also trotz der rechtlichen Ausgestaltung als Bundesstaat eine starke zentralistische Tendenz der Union nicht leugnen. Der Begriff des „sozialistischen Föderalismus“ verkleidete lediglich einen faktisch bestehenden Einheitsstaat.<sup>46</sup>

## 2. Einheitlichkeit des Zivilrechts in den Sowjetrepubliken

In den Sowjetrepubliken spielte demnach die Harmonisierung der Rechtsvorschriften auch im Zivilrecht eine alles überragende Bedeutung. Im Mittelpunkt standen die „Grundlagen der Zivilgesetzgebung“<sup>47</sup>, die von der Union erlassen wurden.<sup>48</sup> Sie waren die Zivilrechtsquelle mit dem höchsten Rang. Zwar verfügten die einzelnen Republiken über eigenständige Zivilgesetzbücher, doch mussten diese aus den Grundlagen der Gesetzgebung gemäß der vorgeschriebenen Kompetenzverteilung abgeleitet werden.<sup>49</sup>

---

<sup>42</sup> Geilke, oben Fn. 34, S. 62 f.

<sup>43</sup> Geilke, ebd., S. 81.

<sup>44</sup> Geilke, ebd., S. 65.

<sup>45</sup> Siehe z.B. Art. 1 lit. p), q) Verfassung von 1924, Art. 14 lit. t), u) Verfassung von 1936 und Art. 73 Spiegelstrich 4 der Verfassung von 1977.

<sup>46</sup> So auch Schweisfurth, Vom Einheitsstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS), ZaöRV 52 (1992), S. 549 f.

<sup>47</sup> Vedomosti verchovnogo soveta SSSR [Mitteilungsblatt des Obersten Rates der UdSSR], 1961, Nr. 50, S. 525.

<sup>48</sup> Siehe Ioffe, Soviet Civil Law, Dordrecht u.a. 1988, S. 8 f.

<sup>49</sup> Smirnov/Tolstoj/Jurčenko (Hrsg.), Sovetskoe Graždanskoe Pravo [Sowjetisches Zivilrecht], Bd. 1, Leningrad 1982, S. 23 f.

Das bedeutete praktisch, dass sich die einzelnen Zivilgesetzbücher, die zwar umfangreichere Regelungswerke im Vergleich zu den Grundlagen waren, nur in unbedeutenden Detailfragen voneinander unterschieden.

Die Gesetzbücher der einzelnen Unionsrepubliken wurden zuletzt in den 60er Jahren des letzten Jahrhunderts verabschiedet. Als Beispiel kann das Zivilgesetzbuch der georgischen Sowjetrepublik dienen, das am 26.12.1964 erlassen wurde. Die Gliederung der einzelnen Abschnitte entspricht dem Vorbild der „Grundlagen“.<sup>50</sup> Außerdem stimmt es bis auf die Reihenfolge der Vorschriften und ein paar zusätzlichen Normen im Obligationenrecht in weiten Teilen mit dem Zivilgesetzbuch der RSFSR überein.<sup>51</sup> Auffallend sind die vorgegebene sowjetische Regelungstechnik, das Zurückdrängen zivilrechtlicher zugunsten bindender öffentlichrechtlicher Konstruktionen und die Existenz eines speziellen Wirtschaftsrechts, das auf die sozialistische Planwirtschaft zugeschnitten war.<sup>52</sup> Trotz alledem kommt auch *Pellegrino* in seiner Analyse für das georgische Recht zu dem Ergebnis, dass insbesondere mit Blick auf Gliederung und Systematik kein Abbruch der kontinental-europäischen Rechtstradition stattgefunden hat.<sup>53</sup> Die „Grundlagen der Zivilgesetzgebung“ standen als Weiterentwicklung des sowjetischen Zivilrechts selbst in der Tradition des russischen Zivilgesetzbuches von 1922, das ohne den vorrevolutionären Entwurf nicht denkbar ist. Durch die gleichmäßige unionsweite Harmonisierung wurden die historischen Verbindungslinien mit dem kontinental-europäischen Rechtskreis auch in den anderen Rechtsordnungen Zentralasiens und des Kaukasus gezogen.<sup>54</sup> Gleichwohl darf die Belastung der „Grundlagen“ mit ideologischen Konstruktionen des sowjetischen Rechtsdenkens nicht außer Acht gelassen werden.

Die zivilrechtliche Wirklichkeit in der Sowjetzeit war demgemäß durch die bestehende Einheitlichkeit charakterisiert. Eigene nationale Ansätze im Zivilrecht wie in anderen Rechtsbereichen wurden kaum entwickelt. Das zeigte sich auch in der einheitlichen Ausgestaltung der Rechtsprechung und Lehre in den verschiedenen Republiken.<sup>55</sup> Die gesamten einzelstaatlichen Rechtsordnungen zeichneten sich während der sozialistischen Parteiherrschaft durch fehlende grundlegende Autonomie gegenüber der Union aus.<sup>56</sup> Es ist dementsprechend bezeichnend, dass in den wissenschaftlichen Untersuchungen zu den Zivilgesetzbüchern der einzelnen Republiken auf

---

<sup>50</sup> *Pellegrino*, oben Fn. 6, S. 77.

<sup>51</sup> *Pellegrino*, ebd., S. 77 ff.

<sup>52</sup> Siehe detailliert dazu *Pellegrino*, ebd., S. 73 ff.

<sup>53</sup> *Pellegrino*, ebd., S. 113.

<sup>54</sup> Vgl. *Kereselidze*, oben Fn. 6, S. 32 ff., der für Georgien eine mittelbare Rezeption des römischen Rechts als positiven Aspekt der sozialistischen Erbschaft feststellt.

<sup>55</sup> *Pellegrino*, oben Fn. 6, S. 77.

<sup>56</sup> Für die kasachische Rechtswirklichkeit *Vogt*, oben Fn. 34, S. 2.

die Rechtsliteratur zum russischen Zivilgesetzbuch zurückgegriffen wird, da sich die Werke im Wesentlichen nicht voneinander unterscheiden würden.<sup>57</sup> Auch die in Teil II dieses Buches abgedruckten Untersuchungen zeigen, dass diese Tendenz, auf russische Rechtslektüre zu verweisen statt nationale Sekundärliteratur zu suchen und auszuwerten, bis heute anhält.<sup>58</sup> Es ist festzuhalten, dass durch die Einführung des Primats der „Grundlagen der Zivilgesetzgebung“ in der Sowjetunion ein einheitlicher Rahmen für das Zivilrecht entstand, der durch die Union und zugleich durch das Zivilrecht der RSFSR vorgegeben wurde.<sup>59</sup>

### III. Zerfall der Sowjetunion

#### 1. „Parade der Souveränitäten“

Während des Übergangs der 80er zu den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts zerfiel die Sowjetunion, die ein prägender Faktor im weltpolitischen Geschehen der Nachkriegszeit war. Die von *Gorbatschow* eingeleitete Politik der Perestroika war der erfolglose Versuch die Union durch Reformen überlebensfähig zu machen und ihren Zusammenbruch zu verhindern. Die sowjetische Fassade einer multinationalen Föderation aus freien und souveränen Einzelrepubliken zeigte jedoch immer größer werdende Risse.<sup>60</sup> Zum ersten Mal in der sowjetischen Geschichte erlangte das auch in der sozialistischen Rhetorik immer wieder proklamierte Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Völker<sup>61</sup> besondere Sprengkraft. Die einzelnen Nationen und Völker erkannten ihre Chance nach jahrelanger Fremdherrschaft unter verschiedenen Herrschaftsformen eine autonome Existenz zu gründen. Diese „Renaissance des Selbstbestimmungsrechts“<sup>62</sup> fand ihren Ausdruck in Souveränitätserklärungen und plebiszitären Akten. Doch zunächst standen lokal begrenzte nationale Konflikte und politische Forderungen der Republiken nach Unabhängigkeit auf der Tagesordnung.

---

<sup>57</sup> Vgl. im Rahmen der Untersuchung des Obligationenrechts Georgiens etwa *Pellegrino*, oben Fn. 6, S. 77; allgemein für alle Unionsrepubliken *Meder*, oben Fn. 31, S. 444 f.

<sup>58</sup> Siehe beispielhaft in diesem Band die Aufsätze von *Djuraeva*, S. 361 ff., und *Dosmanova*, S. 395 ff., die bei den Ausführungen zu ihren Heimatrechtsordnungen wiederholt auf russische Rechtsliteratur verweisen.

<sup>59</sup> Vgl. dazu in diesem Band auch *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff., 9 ff.

<sup>60</sup> Vgl. zur Multinationalität der Sowjetunion *Feldbrugge*, oben Fn. 15, S. 36 ff.

<sup>61</sup> Siehe für diese auf Lenin zurückgehende Rhetorik schon die „Deklaration über die Rechte der Völker Russlands“ vom 15.11.1917, GS 1917, Nr. 2, Art. 18, zitiert nach *Meder*, oben Fn. 31, S. 40, aus der Anfangszeit der Sowjetherrschaft.

<sup>62</sup> *Seiffert*, Von der Sowjetunion (UdSSR) zur Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS), Osteuropa Recht 1992, S. 84 f., m.w.N. in Fn. 25.

So erwachsen bereits im Dezember 1986 in Alma-Ata Unruhen, nachdem im Zuge einer kaderpolitischen Maßnahme der kasachische Parteisekretär Kunaev durch den Russen Kolbin ersetzt wurde,<sup>63</sup> was als ein Zeichen für das Wachsen nationaler Befindlichkeiten zu deuten war. Erstmals gelangten auch Informationen über das Geschehen an die Öffentlichkeit.<sup>64</sup> Ein weiterer ethnischer Konfliktherd in Zentralasien war das Fergana-Tal<sup>65</sup>, in dem es 1989 bis 1990 und auch nach dem Ende der Sowjetunion zu Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen kam.<sup>66</sup> Bekannt sind insbesondere die Zusammenstöße von Kirgisen und Usbeken in der kirgisischen Provinz Osch am Rande des Tals. In Tadschikistan führte die Unabhängigkeitsbewegung in einen blutigen Bürgerkrieg.<sup>67</sup>

Im Kaukasus konnte man ebenfalls diese oftmals gewaltsamen emanzipatorischen Bewegungen beobachten. Konflikte zwischen Armeniern und Aseri in Nagornyj-Karabach, zwischen Aseri und anderen Bevölkerungsgruppen in Baku und zwischen Georgiern und Osseten im Südossetischen Autonomen Gebiet gehörten zum Alltag.<sup>68</sup>

In diesem Zusammenhang macht *Feldbrugge* auch auf die ökonomische Seite dieser Destabilisierungsentwicklung aufmerksam. Aufgrund der in den verschiedenen Regionen konzentrierten Produktion von Gütern für die ganze Union konnten lokal begrenzte Konflikte sehr schnell unionsweite negative Wirkungen auf die sowjetische Wirtschaft entfalten.<sup>69</sup>

Während die ersten Forderungen aus den Republiken zunächst auf eine Reform der staatsvertraglichen Grundlage zielten, gewann dieser Prozess im Laufe der Zeit eine immer größer werdende und nicht zu kontrollierende Dynamik. Diese wurde auch dadurch begünstigt, dass die Kommunistische Partei der Sowjetunion (KPdSU) nicht in der Lage war, die Brisanz der nationalen Unzufriedenheit frühzeitig zu erkennen und in ihrer Bedeutung richtig einzuschätzen. Eigene Reformvorschläge aus dem Zentrum der Union, die moderierend und besänftigend auf die Lage hätten einwirken können, wurden zu spät vorgestellt oder nur oberflächlich verfolgt.<sup>70</sup> Schließlich verlor die Partei ihren überragenden Stellenwert im Macht-

---

<sup>63</sup> *Feldbrugge*, oben Fn. 15, S. 62; *Halbach*, Das Erbe der Sowjetunion – Kontinuitäten und Brüche in Zentralasien, Osteuropa 2007, Heft Nr. 8–9, S. 88.

<sup>64</sup> Siehe *Halbach*, vorige Fn., S. 88.

<sup>65</sup> Ein dicht besiedelter Gebirgseinschnitt, der Teil der Staatsgebiete von Usbekistan, Tadschikistan und Kirgisistan ist.

<sup>66</sup> *Halbach*, oben Fn. 63, S. 89.

<sup>67</sup> *Halbach*, ebd., S. 91 f.

<sup>68</sup> *Feldbrugge*, oben Fn. 15, S. 62.

<sup>69</sup> *Feldbrugge*, ebd., S. 62 f.

<sup>70</sup> Vgl. zur „Verschleppung der Lösung der nationalen Fragen in der Politik der KPdSU“ *Schweisfurth*, oben Fn. 46, S. 556 ff.

gefüge durch die Reform des Art. 6 der Verfassung im März 1990, die ihre verfassungsrechtliche Verankerung löste und einen entstehenden politischen Pluralismus zur Folge hatte.<sup>71</sup>

Die Häufung der Souveränitätserklärungen im Laufe des Jahres 1990 bedeutete zwar noch nicht den Zerfall der Union. Sie deutete jedoch bereits die Verschiebung der Machtverhältnisse weg vom Zentrum hin zu den Republiken an.<sup>72</sup> Erst der erfolglose Putsch vom August 1991 leitete die Auflösung der Sowjetunion ein. Der vom sowjetischen Präsidenten forcierte Nowo-Ogarjewo-Prozess<sup>73</sup>, die beabsichtigte Reform der staatsvertraglichen Grundlage der Union, schlug fehl, mehrere Unionsrepubliken erklärten noch vor Ende Dezember 1991 ihre Unabhängigkeit und am 8. Dezember 1991 gründeten die Unionsrepubliken Russland, Ukraine und Weißrussland in Minsk die „Gemeinschaft Unabhängiger Staaten“ (GUS)<sup>74</sup>.<sup>75</sup> Es wird mit guten Argumenten bestritten, dass die Sowjetunion bereits in diesem Moment untergegangen ist.<sup>76</sup> Das besiegelnde Ereignis ist vielmehr die Unterzeichnung der Erklärung und des Protokolls von Alma-Ata am 21. Dezember 1991<sup>77</sup> durch elf ehemalige Unionsrepubliken. Sie vereinbarten, dass mit der Bildung der GUS die UdSSR ihre Existenz beendet. Die fast ein Jahrhundert währende sowjetische (Fremd-)Herrschaft in der Geschichte der Staaten des Kaukasus und Zentralasiens hat damit aufgehört.

## 2. Gründung der GUS

Die UdSSR zerfiel infolge Dismembration. Ihre ehemaligen Unionsrepubliken erlangten den Status völkerrechtsunmittelbarer Staaten.<sup>78</sup> Die zentrifugalen Kräfte führten jedoch nicht zum vollständigen Abreißen der Bezie-

<sup>71</sup> Feldbrugge, oben Fn. 15, S. 63.

<sup>72</sup> Vgl. Schweisfurth, oben Fn. 46, S. 586.

<sup>73</sup> Ausführlich zu dem Versuch die Sowjetunion auf ein neues Fundament zu stellen siehe Schweisfurth, ebd., S. 607 ff.

<sup>74</sup> Abkommen über die Schaffung der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten vom 8.12.1991, Rossijskaja Gazeta vom 10.12.1991, deutsche Übersetzung Frenzke, Osteuropa Recht 1992, S. 25 ff.

<sup>75</sup> Seiffert, oben Fn. 62, S. 86 f.

<sup>76</sup> Siehe ausführlich dazu Schweisfurth, oben Fn. 46, S. 636 ff. und Kurzynsky-Singer, Gemeinschaft Unabhängiger Staaten, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), HWBEuP, Bd. 1, Tübingen 2009, S. 669.

<sup>77</sup> Erklärung von Alma-Ata vom 21.12.1991, Rossijskaja Gazeta vom 24.12.1991, deutsche Übersetzung von Frenzke, Osteuropa Recht 1992, S. 128 f.; Protokoll zum Abkommen über die Schaffung der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten, das am 8.12.1991 in Minsk von der Republik Weißrussland, der Russischen Föderation (RSFSR) und der Ukraine unterzeichnet worden ist, vom 21.12.1991, Izvestija vom 24.12.1991, deutsche Übersetzung von Frenzke, Osteuropa Recht 1992, S. 129.

<sup>78</sup> Schweisfurth, oben Fn. 46, S. 639.

hungen zwischen diesen Staaten. Die mangelnde Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Unternehmen auf dem Weltmarkt und die damit einhergehende Abhängigkeit der verschiedenen Volkswirtschaften voneinander ließen die Schaffung eines postsowjetischen Kooperationsystems fast alternativlos erscheinen. Der einheitliche zivilrechtliche Rahmen aus der Sowjetzeit, der de facto einen einheitlichen Rechtsraum geschaffen hat, begünstigte diesen Prozess. Dies sind zwei wichtige Motive, die hinter der Gründung der neuen Gemeinschaft in Minsk und Alma-Ata im Dezember 1991 standen. Gleichwohl wurde der GUS in ihrer Anfangszeit kein langes Leben vorausgesagt.<sup>79</sup> In der Tat dauerte es fast zwei Jahre bis die zu Beginn vorherrschenden Desintegrationstendenzen soweit abgeschwächt wurden, dass mit der Verabschiedung der Satzung der GUS am 22.1.1993<sup>80</sup> eine Phase der Stabilisierung eingeleitet werden konnte.<sup>81</sup>

Die GUS ist nach dem Wortlaut der Erklärung von Alma-Ata „weder ein Staat noch ein überstaatliches Gebilde“.<sup>82</sup> Sie basiert auf völkerrechtlichen Verträgen und die interstaatliche Zusammenarbeit kann gem. Art. 5 der Satzung bi- oder multilateral ausgestaltet sein.<sup>83</sup> Dadurch entsteht eine Vielzahl von Rechtsbeziehungen zwischen allen oder vereinzelt souveränen Mitgliedstaaten, die zu einem unterschiedlichen Maß an Integration geführt hat.

Von besonderer Bedeutung ist die interstaatliche Zusammenarbeit im Rahmen der GUS auf dem Gebiet des Privatrechts. Die Interparlamentarische Versammlung, ein zwischenstaatliches Organ der GUS, fördert die Harmonisierung der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten durch den Erlass von Modellgesetzen und Modellgesetzbüchern. Es wurden bereits über 200 dieser Modellakte erlassen, darunter einige auf dem Gebiet des Privatrechts.<sup>84</sup>

---

<sup>79</sup> Siehe dazu die Zitate und weiteren Nachweise in den Fn. 1–3 bei *Balayan*, Institutionelle Struktur der Wirtschaftsintegration in der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS), Berlin 1999, S. 37.

<sup>80</sup> Satzung der GUS vom 22.1.1993, in russischer Sprache siehe *Bjulleten' meždunarodnych dogovorov* [Bulletin der völkerrechtlichen Verträge] 1994, Nr. 1, S. 4 ff.

<sup>81</sup> *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 76, S. 669 f., die die GUS von einem „Spannungsverhältnis zwischen Desintegration, Reintegration und Neuintegration“ geprägt sieht; *Balayan*, oben Fn. 79, S. 44 ff.

<sup>82</sup> Siehe Fn. 77 mit dem Hinweis auf die deutsche Übersetzung.

<sup>83</sup> *Butler*, oben Fn. 11, S. 656; *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 76, S. 670; ausführlich zur Rechtsnatur der GUS *Schweisfurth*, oben Fn. 46, S. 660 ff.; *Balayan*, oben Fn. 79, S. 169 ff.

<sup>84</sup> Siehe auch in diesem Band *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff.

#### IV. Reformen der Zivilgesetzgebung

Die neu gewonnene Unabhängigkeit der Staaten des Kaukasus und Zentralasiens ermöglichte es ihnen, autonom Reformen in allen Bereichen des Rechts einzuleiten. Der schnelle Umbruch der Wirtschaftsordnung mahnte indes zur Eile. Als Folge konnte man in allen Ländern der Region eine rege gesetzgeberische Tätigkeit mit dem Ziel der Ausrichtung hin zu Marktwirtschaften beobachten.<sup>85</sup> Insgesamt ist daher bei der Analyse und Bewertung der Zivilrechtsreformen nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion zu beachten, in welchem engen Zeitfenster die Gesetzgebung tätig werden musste. Während beispielsweise die Kodifikationen in Kontinentaleuropa reifen konnten, mussten in der Übergangsperiode von Staat- zu Marktwirtschaft schnelle gesetzliche Grundlagen für das Funktionieren des neuen Wirtschaftssystems geschaffen werden. Dieser limitierende zeitliche Faktor bestimmte die Qualität der Rechtsakte, die mitunter etappenweise Verabschiedung der Gesetzbücher und das Verhältnis der Gesetze zueinander.<sup>86</sup>

##### 1. Entwicklung auf der Grundlage der Modellgesetzgebung der GUS

In dieser gesetzgeberischen Schaffensphase zeigte sich das große Potential der Interparlamentarischen Versammlung der GUS. Die Gemeinschaft war daran interessiert den noch bestehenden einheitlichen Rechtsraum zu bewahren.<sup>87</sup> Ein Mittel dafür war der Erlass von Modellrechtsakten, die den nationalen Parlamenten als Gesetzesvorschlag unterbreitet werden und von diesen auf fakultativer Basis verabschiedet werden können.<sup>88</sup> Die Berücksichtigung

---

<sup>85</sup> Vgl. als *pars pro toto* die Entwicklung des Zivilrechts in Aserbaidschan nach der Unabhängigkeit in diesem Band bei *Usub*, S. 477 ff.

<sup>86</sup> Vgl. *Makovsky*, Die neuen Zivilgesetzbücher der GUS-Staaten: Stabilität und Übergangscharakter der Regelungen, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), *Wege zu neuem Recht*, Berlin 1998, S. 128, 132, der mehrmals auf die „notwendige Eile“ und die schwierigen Arbeitsbedingungen in dieser Übergangsperiode verweist, ähnlich auch *Sulejmenov/Bassin*, Das Zivilgesetzbuch der Republik Kasachstan – Erfahrungen seiner Anwendung, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), diese Fn., S. 53. Siehe auch *Knieper*, Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext, Wiesbaden 2004, S. 28.

<sup>87</sup> *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 76, S. 672; vgl. aus usbekischer Sicht den Willen, „obwohl sich in der Rechtspolitik eines jeden Staates mehr oder weniger deutlich auch einander ausschließende Tendenzen zeigen, [...] die Annäherung des Inhalts der Gesetzgebungsnormen im Rahmen der GUS zu erreichen und damit in dieser Sache ein gutes Beispiel zu geben“, *Rakhmankulov/Asyanov/Ubaidullayev*, Das Zivilgesetzbuch der Republik Usbekistan – ein wichtiger Schritt zur Annäherung der Gesetzgebung der GUS-Länder, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), *Wege zu neuem Recht*, Berlin 1998, S. 94.

<sup>88</sup> *Balayan*, oben Fn. 79, S. 160 ff., mit Erläuterung der weiteren Kompetenzen und Aufgaben der Interparlamentarischen Versammlung; *Lippott*, Die Gemeinschaft Unabhängiger Staaten als einheitlicher Rechtsraum, *ZVglRWiss* 97 (1998), S. 493 f.

sichtigung dieser Modellgesetzgebung der GUS ist eine wichtige Entwicklungstendenz in den meisten der ehemaligen Sowjetrepubliken bei der Anpassung des existierenden Zivilrechts an die Bedürfnisse der Marktwirtschaft. Eine zentrale Rolle spielt hierbei das Modellzivilgesetzbuch<sup>89</sup>, das für viele Staaten als Grundlage für den Erlass eines neuen Zivilgesetzbuches gedient hat. Das Modellzivilgesetzbuch der GUS ist keine isolierte neuzeitliche Rechtsschöpfung, sondern steht in der Tradition des vorrevolutionären russischen Gesetzentwurfs, der Gesetzbücher aus der Sowjetzeit (basierend auf den Grundlagen der Zivilgesetzgebung der Union)<sup>90</sup> und des mitunter gleichzeitig erarbeiteten postsowjetischen russischen Zivilgesetzbuches<sup>91</sup>. Das bedeutet, dass viele Normen des sowjetischen Zivilrechts bewahrt wurden, die keine ideologische Last mit sich brachten. Gleichzeitig enthielten die Zivilgesetzbücher der ehemaligen Sowjetrepubliken, die durch das Modellzivilgesetzbuch geprägt wurden, einen bedeutenden Teil an Normen, die noch in der Zeit der Sowjetunion galten.<sup>92</sup> Interessant erscheinen hierbei auch z.B. die Parallelen in der Regelungstechnik. Das Modellzivilgesetzbuch ist bei Normenkollisionen mit anderen Zivilgesetzen als *primus inter pares* ausgestaltet, indem es in den übernehmenden Staaten Vorrang vor anderen Zivilgesetzen haben soll, obwohl es im Rang immer noch unterhalb der Verfassung stehen würde.<sup>93</sup> Das ist ein Widerspruch zur westlichen Systematik und ruft Erinnerungen an die Grundlagengesetzgebung und die daraus zu entwickelnden Rechtsakte hervor. Über weitere aktuelle Probleme, die aus der Übernahme von Sowjetnormen resultieren, schreibt *Chanturia* in seinem Beitrag in diesem Buch.<sup>94</sup>

Zu den kaukasischen Staaten, die sich beim Erlass des Zivilgesetzbuches am Modellzivilgesetzbuch orientierten, zählt die Republik Arme-

---

<sup>89</sup> Siehe weitere Beispiele der Modellgesetzgebung bei *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 76, S. 672.

<sup>90</sup> Exemplarisch an den Vorschriften über Rechtsgeschäfte zu sehen, *Knieper/Chanturia/Schramm*, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Berlin 2010, S. 431 ff.

<sup>91</sup> Der Sitz der Interparlamentarischen Versammlung in St. Petersburg und die personellen Überschneidungen bei der Besetzung ihrer Kommissionen mit der Besetzung der Arbeitsgruppe zur Erarbeitung des russischen Gesetzbuches sind zwei wichtige Gründe für die große Bedeutung des russischen Gesetzbuches für das Modellzivilgesetzbuch, vgl. *Knieper/Chanturia/Schramm*, vorige Fn., S. 39 und *Makovsky* als Beispiel für die beratende Doppeltätigkeit, *Makovsky*, Einige Einschätzungen der Hilfe bei der Ausarbeitung der Gesetzgebung und des Standes der internationalen Zusammenarbeit, in: *Boguslawskij/Knieper* (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 337.

<sup>92</sup> *Makovsky*, vorige Fn., S. 339 ff.

<sup>93</sup> So auch im russischen Zivilgesetzbuch geregelt, siehe *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 23, S. 1328 m.w.N. zur identischen Regelung in anderen Zivilgesetzbüchern weiterer GUS-Staaten.

<sup>94</sup> *Chanturia*, in diesem Band S. 465 ff.

nien.<sup>95</sup> Auch die Republik Aserbaidschan kann hier genannt werden.<sup>96</sup> In Zentralasien berücksichtigten mit Ausnahme Turkmenistans alle neuen Staaten das Modellzivilgesetzbuch. Die Republik Kasachstan bemühte sich um eine enge Anlehnung und zollte der Modellgesetzgebung großen Respekt.<sup>97</sup> Das Zivilgesetzbuch der Republik Kirgisistan weist ebenfalls eine große inhaltliche Nähe zum Modellakt auf.<sup>98</sup> Auch in der Republik Tadschikistan weiß man um die Bedeutung der GUS-Vorlage, nicht zuletzt aufgrund personeller Überschneidungen der Arbeitsgruppen in St. Petersburg und Duschanbe.<sup>99</sup> Der erste Zivilgesetzbuchentwurf der Republik Usbekistan nach der Unabhängigkeit basierte noch auf den Grundlagen der Zivilgesetzgebung der UdSSR, konnte sich aber nicht durchsetzen.<sup>100</sup> Erst mit Beginn der Ausarbeitung des Modellzivilgesetzbuches der GUS wurde parallel in Usbekistan ein darauf und auf dem russischen Zivilgesetzbuch beruhendes erfolgreiches Zivilgesetzbuch erarbeitet, wobei ähnliche gremienübergreifende Personenbesetzungen wie in Tadschikistan zu beobachten waren.<sup>101</sup>

Diese Entwicklung auf der Grundlage der Modellgesetzgebung in den genannten Staaten des Kaukasus und Zentralasiens bedeutete nach Ansicht *Kurzynsky-Singers* die „Beibehaltung eines gemeinsamen zivilrechtlichen Referenzrahmens in der GUS“.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> Knieper/Chanturia/Schramm, oben Fn. 90, S. 40. Beispiele für Unterschiede zwischen den beiden Regelwerken bei *Nazarian*, Der Stand der Kodifizierung der Zivilgesetzgebung der Republik Armenien, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 23 ff.

<sup>96</sup> Ausführlich *Usub*, in diesem Band S. 477 ff; ein Vergleich des aserbaidschanischen ZGB mit dem deutschen Recht bei *Dück*, Aserbaidschanisches Zivilrecht aus deutscher Perspektive, WiRO 2012, S. 205 ff. Für einen Blick auf das Verwaltungsrecht siehe *Melzer*, Entwicklung des Verwaltungsrechts in den postsozialistischen Staaten am Beispiel Aserbaidschans, WiRO 2012, S. 33 ff.

<sup>97</sup> *Sulejmenov/Bassin*, oben Fn. 86, S. 54, 56.

<sup>98</sup> Siehe dazu aus der Perspektive eines Länderdeputierten bei der Interparlamentarischen Versammlung *Soirov*, Die Tätigkeit der Interparlamentarischen Versammlung der Länder der Gemeinschaft Unabhängiger Staaten, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 336.

<sup>99</sup> *Khamidov*, Die Rechtsreform in der Republik Tadschikistan, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 87 f.; *Soirov*, vorige Fn., S. 336.

<sup>100</sup> *Rakhmankulov/Asyanov/Ubaidullayev*, oben Fn. 87, S. 93.

<sup>101</sup> Vgl. *Rakhmankulov/Asyanov/Ubaidullayev*, ebd., S. 93 f. Siehe auch *Knieper*, Einige Anmerkungen zum Zivilrecht Usbekistans, WiRO 2002, S. 268. Zum Einfluss der GUS-Modellgesetzgebung im usbekischen Gesellschaftsrecht siehe *Tiede/Kopczyński*, Grundlagen des Kapitalgesellschaftsrechts der Republik Usbekistan, WiRO 2011, S. 225, m.w.N.

<sup>102</sup> Näher dazu *Kurzynsky-Singer*, in diesem Band S. 3 ff., 9 f.

## 2. Blick nach Westen

Die Republiken Georgien und Turkmenistan schlugen bei der Entwicklung ihrer Zivilgesetzbücher einen anderen Weg ein. Sie versuchten abseits der Modellgesetzgebung eigenständige Lösungen zu finden und verstärkt westliche Erfahrungen und Vorschläge zu berücksichtigen.<sup>103</sup>

Das georgische Zivilgesetzbuch orientiert sich am deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und beachtete aktuelle Entwicklungen in jungen Kodifikationen, wie beispielsweise im niederländischen Burgerlijk Wetboek.<sup>104</sup> Bemerkenswert war die enge Zusammenarbeit mit den vielen westlichen Beratungsinitiativen, worunter der georgisch-deutsche wissenschaftliche Austausch eine herausgehobene Stellung inne hatte und immer noch hat.<sup>105</sup> Dennoch dürfen trotz der vielfach beschriebenen und gepriesenen Vorbildwirkung u. a. des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches die Eigenheiten und unterschiedlichen (Weiter-)Entwicklungen entlehnter Rechtsinstitute im georgischen Zivilgesetzbuch nicht übersehen werden.<sup>106</sup>

Das Zivilgesetzbuch der Republik Turkmenistan konnte wie das georgische Zivilgesetzbuch von der engen Zusammenarbeit mit europäischen Rechtswissenschaftlern, insbesondere mit deutschen Juristen im Rahmen der Beratungstätigkeit der damaligen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ)<sup>107</sup>, profitieren.<sup>108</sup> Es weist viele Gemeinsamkeiten mit

---

<sup>103</sup> Der Schwerpunkt des europäischen Rechtseinflusses kann zwar in Georgien und Turkmenistan lokalisiert werden, gleichwohl knüpfen ungeachtet der Einteilung in die hier beschriebenen Entwicklungstendenzen die Staaten mit Schwerpunkt auf der Modellgesetzgebung auch Verbindungen nach Europa, siehe *Kurzynsky-Singer*, in diesem Band S. 3 ff., 8 f.

<sup>104</sup> *Chanturia*, oben Fn. 22, S. 896, 898; *ders.*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, *RabelsZ* 74 (2010), S. 155, 164, der vom „Modellcharakter der deutschen Rechtsordnung“ spricht; *Lang/Lomidze/Scheffler*, Georgisches Zivilgesetzbuch und das deutsche BGB, *WiRO* 2003, S. 371, 373; siehe auch *Kereselidze*, oben Fn. 6, S. 24 ff., der den wichtigen Einfluss weiterer Gesetzbücher und Rechtsordnungen beschreibt. Was bei der Orientierung an der deutschen Rechtsordnung in Zukunft beachtet werden muss beschreibt *Basedow*, in diesem Band S. 457 ff.

<sup>105</sup> *Chanturia*, vorige Fn., S. 156, 160, 164; *Lang/Lomidze/Scheffler*, vorige Fn., S. 371; *Chanturia*, Perspektiven der Privatrechtsreform in Georgien, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), *Wege zu neuem Recht*, Berlin 1998, S. 35 f. deutet die Notwendigkeit an, unter dem Einfluss der vielen Beratungsunternehmen den eigenen Standpunkt auch energisch vertreten können zu müssen. Siehe auch die Darstellung der Beratungskonzepte verschiedener Organisationen im Rahmen der Entstehung des georgischen Arbeitsgesetzes bei *Muth*, oben Fn. 4, S. 105 ff. Vgl. *Kereselidze*, oben Fn. 6, S. 35. Eingehend zu den wissenschaftlichen Beziehungen zwischen Georgien und Deutschland *Zoidze*, oben Fn. 3, S. 13 ff.

<sup>106</sup> Ausführlich dazu am Beispiel des georgischen Sachenrechts *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, in diesem Band S. 107 ff.

<sup>107</sup> Inzwischen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), siehe <[www.giz.de](http://www.giz.de)>.

dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und dem georgischen Zivilgesetzbuch auf und distanziert sich von der im restlichen Zentralasien einflussreichen GUS-Modellgesetzgebung.<sup>109</sup> Insgesamt ist aber auch das turkmenische Zivilgesetzbuch keine Kopie der Vorbilder, sondern ein eigenständiges Rechtsschöpfungsprodukt, das bedeutende Unterschiede zur deutschen Kodifikation erkennen lässt.<sup>110</sup>

### 3. Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht?

Die Reformen der Zivilgesetzgebung nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion in den ehemaligen Unionsrepubliken zeichneten sich nach allgemeiner Ansicht einerseits durch den Einfluss der GUS-Modellgesetzgebung und andererseits durch eine Rechtsschöpfung in enger Zusammenarbeit mit westlichen Beratungsprojekten aus. Verlässt man jedoch die gemeinschaftsweite oder nationale Perspektive und nimmt einen subnationalen oder lokalen Blickwinkel ein, dann sieht man zunächst, dass nationale traditionelle Gewohnheitsrechte in vielen Staaten der untersuchten Region wieder vermehrt in Erscheinung treten. *Geiß* spricht im Rahmen seiner Analyse der Rechts- und Verwaltungsreformen im postsowjetischen Zentralasien von einer „Rezeption von indigenen Rechtstraditionen“.<sup>111</sup> Es stellt sich deshalb die Frage, ob man tatsächlich eine Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht feststellen kann, die von Bedeutung für die Entwicklung der Zivilgesetzgebung im Kaukasus und in Zentralasien ist.

Nachdem die noch aus voraristischer Zeit stammenden gewohnheitsrechtlichen Bräuche und Traditionen unter der sowjetischen Herrschaft unterdrückt, verboten und aus den gesellschaftlichen Strukturen verdrängt wurden, treten sie im Zuge der nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion stattfindenden nationalen Identitätssuche wieder zu Tage. In der Republik Kasachstan wird das Gewohnheitsrecht wieder Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchungen zur Historie des eigenen Volkes.<sup>112</sup> Neben dieser historischen Komponente sehen Stimmen in der Literatur die Beschäftigung mit traditionellem Gewohnheitsrecht auch als Ausdruck eines auf-

---

<sup>108</sup> *Knieper*, Das neue turkmenische Zivilgesetzbuch im Überblick, WiRO 2000, S. 53; *Kadyrov*, Die Rechtsreform in Turkmenistan, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 90.

<sup>109</sup> *Tiede/Boroda*, Einführung in das Zivilgesetzbuch Turkmenistans – Teil 1, WiRO 2010, S. 226. Unterschiede zur Modellgesetzgebung ergeben sich beispielsweise aus der gewählten Kodifikationstechnik, siehe *Knieper*, oben Fn. 108, S. 54.

<sup>110</sup> Eingehend zu den Unterschieden *Tiede/Boroda*, vorige Fn., S. 228 f., Teil 2, WiRO 2010, S. 260, 262, 264.

<sup>111</sup> *Geiß*, oben Fn. 37, S. 169.

<sup>112</sup> *Kenžaliev*, oben Fn. 35, S. 340.

keimenden nationalen (Rechts-)Bewusstseins, das sich auf diese traditionelle Rechtskultur besinnt.<sup>113</sup> Es entstehen insbesondere in dörflichen Gebieten Biy- und Aksakal-Gerichte, d.h. Ältestengerichte, die alltägliche Konflikte von geringer Größe regeln.<sup>114</sup> In der Republik Kirgisistan wurden die ehrenamtlichen Laiengerichte in Form der Aksakal-Gerichte schon früh nach der Unabhängigkeit verfassungsrechtlich anerkannt. Sie wurden in der ersten Verfassung vom 5. Mai 1993 erstmals namentlich erwähnt und sollten gem. Art. 85 Abs. 2 über zivilrechtliche Delikte, Familienstreitigkeiten und andere Angelegenheiten entscheiden.<sup>115</sup> In der neuen Verfassung der Kirgisischen Republik vom 27. Juni 2010 sind gem. Art. 59 die Bürger berechtigt, Aksakal-Gerichte zu gründen. Die gesetzlich geregelten Zuständigkeiten dieser Gerichte erstrecken sich auf Eigentumsstreitigkeiten, Streitigkeiten zwischen Familienangehörigen wegen der Vernachlässigung der Fürsorge oder Streitigkeiten zwischen Landeigentümern, die Bewässerungs- und landwirtschaftliche Nutzungsrechte zum Gegenstand haben.<sup>116</sup> *Beyer* sieht sie immer mehr in das Blickfeld der Öffentlichkeit rücken und positioniert sie an der Schnittstelle zwischen ländlichem Raum und staatlichem Machtbereich.<sup>117</sup>

In der Republik Usbekistan tritt in Dörfern und Gemeinden die Mahalla als Ausdruck lokaler Selbstverwaltung in Erscheinung. Es werden in den Mahalla-Verwaltungseinheiten Büros eröffnet, die sich um die Belange der lokalen Bevölkerung kümmern, wie z.B. Ausgabe von Sozialleistungen an Bedürftige, Regelung von Hochzeiten als wichtige Ereignisse des Gemeinschaftslebens oder Durchführung von Streitschlichtungen.<sup>118</sup> In der Literatur gibt es Stimmen, die vorschlagen, dass beim Aufbau des Rechtsstaats die Traditionen und Bräuche der Scharia zu berücksichtigen sind.<sup>119</sup>

Trotz dieser Beispiele scheint es indes verfrüht, von einer flächendeckenden Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht zu sprechen. In Turkmenistan wurden zwar auch Ältestenräte auf verschiedenen Verwaltungsebenen eingerichtet, doch weigerte man sich ihnen eigene rechtliche Kompetenzen zu verleihen oder sie in den Staatsapparat einzubinden.<sup>120</sup> Diese kulturellen Gemeinschaftseinrichtungen haben dadurch nur Symbolkraft und entfalten keine rechtliche Wirkung. Ebenfalls nur

---

<sup>113</sup> Ebd.

<sup>114</sup> Ebd.

<sup>115</sup> *Beyer*, oben Fn. 39, S. 350 f., die eingehend die weitere Entwicklung ihrer verfassungsrechtlichen Verankerung beschreibt.

<sup>116</sup> *Beyer*, ebd., S. 352 m.w.N.; *Geiß*, oben Fn. 37, S. 170.

<sup>117</sup> *Beyer*, oben Fn. 39, S. 352 ff., 357.

<sup>118</sup> *Geiß*, oben Fn. 37, S. 169 f., der von einer „Mahallisierung Usbekistans“ spricht; *ders.*, oben Fn. 1, S. 168 f.

<sup>119</sup> *Saidov*, oben Fn. 2, S. 20 f.

<sup>120</sup> *Geiß*, oben Fn. 1, S. 167; *ders.*, oben Fn. 37, S. 169.

symbolische Aussagekraft hatten Bezugnahmen auf lokale Traditionen in den ersten Verfassungen der Republiken Kasachstan und Turkmenistan oder fehlten gänzlich wie in der Verfassung der Republik Tadschikistan.<sup>121</sup> In Kasachstan spielten bei der Reform des Rechtssystems gewohnheitsrechtliche Normen keine Rolle.<sup>122</sup> Das dort eingerichtete islamische Bankwesen entstand nicht aus dem Verlangen der islamischen Bevölkerung nach Befolgung traditioneller Gebote, was auch daran deutlich wird, dass lokale Sachkundige für diese Art von Banktätigkeit fehlen, sondern wurde von internationalen profitorientierten Unternehmen erbeten.<sup>123</sup> Selbst die bereits angesprochene Einführung der Aksakal-Gerichte in der Republik Kirgisistan darf nicht zu einer Überschätzung ihrer rechtlichen Bedeutung führen. So unterliegt der rechtliche Status dieser Institution ständiger Veränderung, während gleichzeitig über die Tätigkeit der Gerichte nur wenige Informationen vorliegen.<sup>124</sup> In der Bevölkerung werden sie weniger als rechtliche, sondern mehr als moralische ländliche Organe wahrgenommen.<sup>125</sup>

Es gilt darüber hinaus einen weiteren Umstand zu beachten, der für eine Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht hinderlich ist. Gewohnheitsrechtliche Traditionen als Teil der Rechtskultur berühren in besonderer Weise das Selbstverständnis eines Staatswesens.<sup>126</sup> Das zentralasiatische Gewohnheitsrecht hat durch seine islamische Prägung eine religiöse Komponente. Diese spiegelt sich allerdings in den entstandenen Staatsstrukturen nicht wider. Der unerwartete Zusammenbruch der Sowjetunion und die plötzlich gewonnene Unabhängigkeit verlangten nach der Herausbildung einer authentischen postsowjetischen nationalen Identität.<sup>127</sup> Stattdessen wurden in vielen Fällen von den Regierenden künstliche nationale Geschichtsdeutungen von oben oktroyiert und die Einbeziehung von mitunter islamisch geprägten gewohnheitsrechtlichen Strukturen verhindert. In der Republik Tadschikistan richtete sich die staatliche Geschichtsinterpretation explizit gegen eine islamische Identität und damit gegen islamische Traditionen.<sup>128</sup> Dort und in der Republik Usbekistan lehnen die säkular orientierten Eliten eine zunehmende Islamisierung des Rechtssystems ab und zeigen sich unwillig, islamische Traditionen in die Staats-

---

<sup>121</sup> Geiß, oben Fn. 1, S. 166.

<sup>122</sup> Geiß, oben Fn. 1, S. 171.

<sup>123</sup> Maggs, *Islamic Banking in Kazakhstan Law, Review of Central and East European Law* 36 (2011), S. 1 ff., 22, 31 f.

<sup>124</sup> Beyer, oben Fn. 39, S. 355, 357.

<sup>125</sup> Vgl. Beyer, ebd., S. 352 ff.

<sup>126</sup> Vgl. Mankowski, *Rechtskultur*, JZ 2009, S. 322 ff.

<sup>127</sup> Ausführlich dazu Pankevich, in diesem Band S. 39 ff., 47 ff.

<sup>128</sup> Siehe dazu Epkenhans, *Zwischen Mythos und Minenfeld – Historiographie in Tadschikistan, Osteuropa* 2012, Heft Nr. 3, S. 141 ff., 146.

ordnung zu integrieren, zumal die Staatsideologien möglichst unislamisch definiert werden.<sup>129</sup> Als Folge dieser islamneutralen bis islamfeindlichen politischen Grundhaltung ist eine steigende Bedeutung von traditionellem Gewohnheitsrecht nicht zu erwarten.

Abschließend kann auf die eingangs aufgeworfene Frage geantwortet werden, dass vereinzelte gewohnheitsrechtliche Elemente durchaus feststellbar sind, ihre Existenz aber von untergeordneter Bedeutung für die Entwicklung der Zivilgesetzgebung im Kaukasus und in Zentralasien ist. In diesem Zusammenhang darf auch die weiter oben beschriebene während der Sowjetherrschaft stattgefundene Zerstörung der lokalen Rechtstraditionen<sup>130</sup> nicht ausgeklammert werden, die neben den hier angeführten Gründen mitursächlich für die geringe Bedeutung des Gewohnheitsrechts ist. Auch wenn das traditionelle Recht von dem heutigen Maßstab der Rechtsstaatlichkeit weit entfernt ist, so war das Verlieren eines lange Zeit bestehenden Wertesystems ein einschneidendes und zurückwerfendes Erlebnis, das auf dem heutigen Weg zur Ausbildung eines neuen Rechtsbewusstseins nicht wieder rückgängig gemacht werden kann.<sup>131</sup>

## V. Zusammenfassung

Die zentralasiatische Bevölkerung war in der vorzaristischen Zeit durch stammesspezifisches Gewohnheitsrecht und islamische Traditionen beeinflusst, während die Menschen im Kaukasus einer Vielzahl von verschiedenen Einflüssen ausgesetzt waren. Auch nach der Kolonialisierung durch Russland in der Zarenzeit wichen die lokalen Rechtstraditionen zunächst nur langsam den russischen Rechtsvorstellungen. Das russische Zivilrecht hatte selbst mit der heterogenen Bevölkerungsstruktur und dem absolutistischen Regierungsstil seines Reiches zu kämpfen. Erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts erlebte die rechtswissenschaftliche Dogmatik mit dem Erlass eines Zivilgesetzbuchentwurfs einen qualitativen Höhepunkt. Die Sowjetisierung der Rechtsordnungen in Zentralasien und im Kaukasus führte schließlich zur Vereinheitlichung des Rechts auf der Grundlage der kommunistischen Ideologie in einem de facto bestehenden Einheitsstaat. Nach dem Zerfall der Sowjetunion und der Gründung der GUS prägten marktwirtschaftliche Reformen die zivilrechtliche Entwicklung. Während

---

<sup>129</sup> *Geiß*, oben Fn. 37, S. 171; *ders.*, oben Fn. 1, S. 166, der sogar von einer „Furcht der säkular orientierten Eliten vor der Wiederbelebung islamischer Rechtstraditionen durch islamisch orientierte Gruppierungen“ spricht.

<sup>130</sup> Siehe *Geiß*, oben Fn. 37, S. 157.

<sup>131</sup> Vgl. *Kenžaliev*, oben Fn. 35, S. 339.

ein Großteil der ehemaligen Sowjetrepubliken eine neue Wirtschaftsverfassung auf der Grundlage der Modellgesetzgebung der GUS erbaute, suchten andere in Zusammenarbeit mit internationalen Beratungsprojekten Rechtsrat im Westen. Daneben existiert zwar eine oberflächliche Wiederbelebung von traditionellem Gewohnheitsrecht, die allerdings nur von untergeordneter Bedeutung für die Entwicklung der Zivilgesetzgebung im Kaukasus und in Zentralasien ist.



# Das Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht als ein potentielles *legal transplant*

EUGENIA KURZYNSKY-SINGER

I. Einleitung .....	89
II. Konzeption der Gesetzesumgehung im deutschen Recht .....	90
1. Begriff der Gesetzesumgehung .....	90
2. Abgrenzung zu anderen Instituten.....	91
3. Gesetzliche Regelung.....	93
4. Das Umgehungsverbot als ein ungeschriebener Grundsatz .....	93
a) Vorrang der Gesetzesauslegung .....	94
b) Eigenständige Bedeutung eines allgemeinen Umgehungsverbots?.....	95
c) Folgen für die Handhabung des Umgehungsverbots.....	97
III. Verfassungsrechtliche Grenzen der teleologischen Auslegung im deutschen Zivilrecht .....	98
IV. Mögliche Folgen der Einführung des Verbots der Gesetzesumgehung in das russische Recht.....	101

## I. Einleitung

Diesem Aufsatz liegt ein Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zugrunde, das von mir auf Anfrage des Lehrstuhls für Internationales Privat- und Zivilrecht des Staatlichen Moskauer Instituts für Internationale Beziehungen (MGIMO) erarbeitet wurde und einen Beitrag zur aktuellen Reformdebatte über das russische Zivilgesetzbuch (im Weiteren: ZGB RF) leistete. Im Hinblick auf die Frage, ob das Rechtsinstitut des Verbots der Gesetzesumgehung in Art. 10 ZGB RF ausdrücklich aufgenommen werden soll, wurde eine Stellungnahme zum Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht erarbeitet, wobei auch die möglichen Folgen der Implementierung dieses Instituts in das ZGB RF kurz erörtert wurden. Die Stellungnahme wurde durch das MGIMO an verschiedene mit der Reform des ZGB RF befasste Institu-

tionen weitergeleitet und ist in der russischen Übersetzung in der Fachzeitschrift „Vestnik graždanskogo prava“ veröffentlicht worden.<sup>1</sup>

Das Verbot der Gesetzesumgehung, das im deutschen Recht lediglich als ein ungeschriebener Grundsatz der Gesetzesauslegung besteht, wird in dem Gesamtkontext des deutschen Rechts analysiert, denn entsprechend der vorliegend vertretenen Auffassung ist das Recht als eine kognitive Institution aufzufassen, in der einzelne Regeln keinesfalls frei und unabhängig voneinander bestehen, sondern in ein Gesamtsystem eingebettet sind. Um antizipieren zu können, welche Wirkungen die rezipierte Regelung nach dem Rechtstransfer entfalten könnte, erscheint es notwendig, diese zunächst im Kontext ihrer ursprünglichen Rechtsordnung einzuordnen und festzustellen, welche Mechanismen ihr den spezifischen Inhalt verleihen. Erst anschließend kann analysiert werden, welche Mechanismen der rezipierenden Rechtsordnung stattdessen eingreifen und inwiefern dies zu einer Veränderung der rezipierten Regelung führen würde.<sup>2</sup>

Im Folgenden soll zunächst auf die dogmatischen Grundlagen des Rechtsinstituts der materiellrechtlichen Gesetzesumgehung im deutschen Recht eingegangen werden, wobei insbesondere untersucht wird, welchen Einfluss das Verfassungsrecht auf die Ausprägung dieses Rechtsinstituts ausübt. Anschließend werden einige Überlegungen zu möglichen Konsequenzen der Einführung des ausdrücklichen Umgehungsverbots in das ZGB RF vorgestellt, die allerdings keine eingehende Analyse darstellen, sondern nur einige mögliche Ansätze skizzieren.

## II. Konzeption der Gesetzesumgehung im deutschen Recht

### 1. Begriff der Gesetzesumgehung

Der Begriff der Gesetzesumgehung beschreibt einen Sachverhalt, in dem die Handlungen des Normadressaten zwar von den durch das Gesetz ausdrücklich verbotenen Handlungen abweichen, dennoch aber einen Erfolg herbeiführen, den die Norm zu verhindern beabsichtigt.<sup>3</sup> Als ein typisches Beispiel für Umgehungsgeschäfte werden die Fälle der Umgehung einer

---

<sup>1</sup> Vestnik graždanskogo prava [Mitteilungsblatt zum Zivilrecht] 2011, Nr. 2, S. 271–285.

<sup>2</sup> Siehe hierzu näher in diesem Band Kurzynsky-Singer, S. 3 ff.

<sup>3</sup> Staudinger-Sack, Kommentar zum BGB, Neubearb., Berlin 2011, § 134 Rn. 145 m.w.N.; Teichmann, Die Gesetzesumgehung im Spiegel der Rechtsprechung, JZ 2003, S. 761, 762; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 40 Rn. 29.

Konzessionspflicht angesehen.<sup>4</sup> In dem zitierten Fall sollte der Inhaber einer Gaststätte lediglich nach außen hin als solcher auftreten, wobei die Gaststätte in Wirklichkeit von einer anderen Person geführt wurde, die eine erforderliche Konzession nicht vorweisen konnte. Nach Auffassung des Gerichts war in diesem Fall auch der Maklervertrag, der das Geschäft vermittelte und damit auf die Umgehung der Konzessionspflicht abzielte, nichtig. Ebenfalls als ein Umgehungsgeschäft wird in der Regel die Anstellung eines Handwerksmeisters als Betriebsleiter angesehen, wenn dieser nicht tätig werden soll, sondern die Anstellung lediglich erfolgt, damit der Betrieb die Anforderungen an die Handwerksbetriebe formell erfüllt.<sup>5</sup> In einem weiteren Umgehungsfall haben zwei durch eine Muttergesellschaft miteinander verbundene Unternehmen sich wechselseitig Forderungen gegen ein insolventes Unternehmen abgetreten. Das Gericht stellte fest, dass es für diese Abtretungen keinen wirtschaftlich vernünftigen Grund gab und die Abtretungen lediglich den Zeitpunkt der Entstehung einer Aufrechnungslage zum Nachteil anderer Gläubiger des insolventen Unternehmens vorverlegen sollten, und mithin eine verbotene Gesetzesumgehung darstellen.<sup>6</sup>

Eine Gesetzesumgehung liegt folglich vor, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird.

## 2. Abgrenzung zu anderen Instituten

Während in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Begriffe der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs zum Teil vermischt werden,<sup>7</sup> differenziert die deutsche Rechtsdogmatik zwischen den beiden Instituten. Die Gesetzesumgehung unterscheidet sich vom Rechtsmissbrauch dadurch, dass beim Rechtsmissbrauch ein durchaus vollgültig bestehendes Recht über seinen normalen Inhalt und Zweck hinaus funktionswidrig ausgeübt wird, bei der Gesetzesumgehung dagegen ein vollwirksames Recht gerade begründet werden soll, indem die rechtsbegründenden Tatsachen durch eine entsprechende private Gestaltung geschaffen werden.<sup>8</sup> Allerdings betrachtet die Rechtsordnung diese Gestaltung als eine künstliche Konstruktion und versagt diesen Tatsachen die Wirkung, die

---

<sup>4</sup> Siehe z.B. OLG Hamm, NJW 1986, S. 2440.

<sup>5</sup> Palandt-*Ellenberger*, Kommentar zum BGB, 72. Aufl., München 2013, § 134 Rn. 29.

<sup>6</sup> BGH NJW 1991, S. 1060, 1061.

<sup>7</sup> Vgl. *Fleischer*, Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht, JZ 2003, S. 866, 870; *Basedow*, Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im europäischen Privatrecht, in: *Festschrift für Stathopoulos*, Bd. 1, Athen 2010, S. 161.

<sup>8</sup> *Siehr*, Gesetzesumgehung, in: *Basedow/Hopt/Zimmermann* (Hrsg.), *HWBEuP*, Bd. 1, Tübingen 2009, S. 742.

ihnen eigentlich nach dem geschriebenen Recht zukommen müsste. Die Rechtsordnung nimmt somit nicht Anstoß an der Ausübung des subjektiven Rechts, sondern an der Art und Weise seines Entstehens.<sup>9</sup>

Der Unterschied zwischen der Gesetzesumgehung und einem Scheingeschäft besteht darin, dass bei der Gesetzesumgehung ein wirksames Handeln gewollt wird, während ein Scheingeschäft (§ 117 BGB) dagegen nur ein wirksames Geschäft vortäuschen soll.<sup>10</sup> Beim Scheingeschäft fehlt den Parteien der Wille eine Rechtswirkung herbeizuführen, es soll lediglich der äußere Schein eines Rechtsgeschäfts hervorgerufen werden. Entgegen der Wortfassung von § 117 Abs. 1 BGB liegt bei einem Scheingeschäft aus diesen Gründen schon tatbestandlich keine Willenserklärung vor. Ein Scheingeschäft liegt damit nicht vor, wenn der von den Parteien erstrebte Erfolg gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraussetzt. Insbesondere ist auch das Umgehungsgeschäft kein Scheingeschäft, da die vereinbarten Rechtsfolgen gewollt sind.<sup>11</sup>

Wird beim Vertragsschluss eine Person als Vertragspartner vorgeschoben (so genannter Strohhmann), so sind die Voraussetzungen eines Scheingeschäfts in der Regel nicht erfüllt, denn die erklärte Rechtsfolge ist von den Beteiligten normalerweise ernsthaft gewollt, weil andernfalls der erstrebte wirtschaftliche Zweck nicht oder nicht in rechtsbeständiger Weise erreicht werden würde. Das gilt selbst dann, wenn der Vertragspartner die Strohhmanneigenschaft kannte; auch hier ist ausschlaggebend, ob die Parteien die Rechtsfolgen der Vereinbarung, insbesondere die damit für sie selbst verbundenen Pflichten, wirklich herbeiführen wollen.<sup>12</sup>

Festzuhalten ist damit, dass die Gesetzesumgehung und der Rechtsmissbrauch voneinander abzugrenzen sind. Auch das Scheingeschäft bildet im deutschen Recht eine von der Gesetzesumgehung zu unterscheidende Kategorie, obwohl die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein kann.

---

<sup>9</sup> Basedow, oben Fn. 7, S. 161.

<sup>10</sup> Siehr, HWBEuP, oben Fn. 8, S. 742.

<sup>11</sup> Palandt-Ellenberger, oben Fn. 5, § 117 Rn. 5.

<sup>12</sup> BGH NJW-RR 2007, S. 1209. In diesem Fall ging es um den Abschluss eines Jagdpachtvertrags durch einen Strohhmann, der auf Rechnung und im wirtschaftlichen Interesse einer Aktiengesellschaft (AG) tätig war. Der Strohhmann hat allerdings nur formell die Pächterrolle übernommen, da die AG mangels Jagdpachtfähigkeit nach außen keinen Jagdpachtvertrag hätte schließen können, was dem Vertragspartner bekannt war und von ihm gebilligt wurde. Entgegen der Vorinstanz ist der BGH nicht von einem Umgehungs-, sondern von einem Scheingeschäft ausgegangen. Denn tatsächlich berechtigt und verpflichtet aus dem Jagdpachtvertrag sollte nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien nicht der Strohhmann, sondern die hinter diesem stehende AG werden. Die Verpflichtung des Strohhmanns sei aber unter keinem Blickwinkel gewollt gewesen.

### 3. Gesetzliche Regelung

Der historische Gesetzgeber hat die Regelung eines allgemeinen Umgehungsverbots im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ausdrücklich abgelehnt. Eine solche Regelung würde zu stark in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifen und die Gefahr heraufbeschwören, dass eine Reihe erlaubter Geschäfte für nichtig erklärt werden würde.<sup>13</sup>

Anzumerken ist, dass auch im gesamteuropäischen Vergleich nur die wenigsten europäischen Rechtsordnungen ein allgemeines geschriebenes Verbot der Gesetzesumgehung enthalten.<sup>14</sup> Ein Beispiel für ein solches ausdrückliches Verbot enthält der spanische Código Civil in Art. 6 Nr. 4. Dort heißt es in deutscher Übersetzung: „Handlungen, die gestützt auf den Wortlaut einer Norm vorgenommen worden sind und die ein Ergebnis verfolgen, das von der Rechtsordnung verboten ist oder ihr zuwiderläuft, gelten als in Gesetzesumgehung begangen und hindern nicht die gebotene Anwendung der Norm, die man zu umgehen versucht hat“.<sup>15</sup>

Häufig kommen Normen vor, die in der Sache gegen Gesetzesumgehungen gerichtet sind, die aber in ihrem Wortlaut oft gar nicht auf Umgehungsabsichten der Parteien oder den Umgehungs zweck von Handlungen abstellen. So wird z.B. der Pflichtteil eines gesetzlichen Erben zum Teil auch gegen Verfügungen des Erblassers zu Lebzeiten geschützt (siehe für das deutsche Recht § 2325 BGB). Ein anderes Beispiel ist der Schutz der Insolvenzmasse, der durch Anfechtungsrechte vermittelt wird (siehe für das deutsche Recht §§ 1 ff. Anfechtungsgesetz).<sup>16</sup>

Ein ausdrückliches Verbot der Gesetzesumgehung im deutschen Recht findet sich lediglich in einer Reihe von spezialgesetzlichen Normen, wie z.B. §§ 306a, 312g S. 2, 475 Abs. 1 S. 2, 487 S. 2, 511 S. 2 (früher § 506 Abs. 1 S. 2), 655e Abs. 1 S. 2 BGB.

### 4. Das Umgehungsverbot als ein ungeschriebener Grundsatz

Zu untersuchen ist weiterhin, wie weit ein ungeschriebenes Umgehungsverbot reicht und vor allem welchen Geltungsgrund und welche Struktur es aufweist.

---

<sup>13</sup> Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1897, S. 123; siehe auch Staudinger-Sack, oben Fn. 3, § 134 Rn. 151.

<sup>14</sup> Siehr, HWBEuP, oben Fn. 8, S. 748; Basedow, oben Fn. 7, S. 167.

<sup>15</sup> Zitiert nach Siehr, HWBEuP, oben Fn. 8, S. 742.

<sup>16</sup> Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens, vom 5.10.1994, BGBl. I. S. 2911. Hierzu ausführlich Basedow, oben Fn. 7, S. 168.

### a) Vorrang der Gesetzesauslegung

Nach der herrschenden Meinung in deutscher Literatur und Rechtsprechung ist ein allgemeines Verbot der Gesetzesumgehung nicht erforderlich, da eine sachgerechte Gesetzesauslegung, die sich am Zweck der umgangenen Rechtsvorschrift orientiert, es im Allgemeinen gestattet, diese auf die Umgehungstatbestände anzuwenden. Soweit dies möglich ist, bedarf es keiner eigenständigen Lehre der Gesetzesumgehung.<sup>17</sup>

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die Auslegung zivilrechtlicher Normen im deutschen Recht anderen Regeln unterliegt als z.B. im russischen. Während im russischen Recht der Wortlautauslegung eine relativ hohe Bedeutung zukommt,<sup>18</sup> wird im deutschen Recht die Bedeutung der Wortlautauslegung zugunsten anderer Auslegungsmethoden, insbesondere der sog. teleologischen, d.h. einer sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientierenden Auslegung, zum Teil erheblich eingeschränkt. Weil der Erlass einer Vorschrift immer Ausdruck einer Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist, darf der Normzweck als das zentrale Kriterium auf der Suche nach dem richtigen Normverständnis gelten. Dabei kann ein vom Wortlaut erfasster Fall aus dem Anwendungsbereich der Norm herausgenommen werden, wenn er kein entsprechendes Regelungsbedürfnis auslöst (teleologische Reduktion). Auf der anderen Seite kann mit Hilfe einer teleologischen Extension das Regelungsziel auch für einen vom Wortlaut der Vorschrift nicht erfassten Fall verwirklicht werden.<sup>19</sup>

Die Auslegung einer zivilrechtlichen Norm kann und darf somit auch zu einem Ergebnis führen, das von dem Wortlaut der Norm nicht umfasst ist. Lediglich für das Strafrecht und nur zu Lasten des Angeklagten ist dieses Vorgehen bei der Auslegung nicht gestattet (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (im Weiteren: GG)). Bei der Auslegung anderer Vorschriften bildet nicht der Wortlaut, sondern der mögliche Wortsinn die Grenze der Auslegung.

So finden sich beispielsweise für das ausdrücklich formulierte Umgehungsverbot in § 306a BGB, das sich auf die Vorschriften der §§ 305–310 BGB bezieht, kaum Anwendungsfälle, was vermutlich durch die Struktur

---

<sup>17</sup> Basedow, oben Fn. 7, S. 168; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1979, § 17, 5., S. 351 f.; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Heidelberg u.a. 2010, Rn. 660; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Tübingen 2011, Rn. 1121; Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, 6. Aufl., München 2012, § 134 Rn. 12.

<sup>18</sup> Siehe z.B. Suchanov, Graždanskoe pravo [Zivilrecht], Bd. 1, S. 116, der eine teleologische Auslegung einer zivilrechtlichen Norm, die von dem Gesetzestext abweicht, für nicht zulässig hält.

<sup>19</sup> Vgl. zur teleologischen Reduktion und Extension: Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995, S. 210 ff., 216 ff.; Bitter, Grundzüge zivilrechtlicher Methodik, JuS 2009, S. 289, 294 ff.

dieser Normen bedingt ist. Die §§ 305 bis 306 BGB verwenden unbestimmte Rechtsbegriffe, mit denen sich bei sachgerechter Interpretation alle Sachverhalte erfassen lassen, auf die sich das Gesetz nach seinem Schutzzweck angewendet wissen will. Weiterhin können §§ 308 und 309 BGB regelmäßig mit Hilfe des Auffangtatbestandes in § 307 BGB, dessen Umgehung ebenfalls nur ausnahmsweise denkbar wäre, erfasst werden.<sup>20</sup>

Schließlich ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen die teleologische Auslegung an ihre Grenzen stößt, die planwidrige Gesetzeslücke mit Hilfe einer Analogiebildung geschlossen werden kann.<sup>21</sup>

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass es nach dem gegenwärtigen Entwicklungsstand der deutschen rechtswissenschaftlichen Methodik weitgehend möglich ist, auch ohne das Zurückgreifen auf ein allgemeines Verbot der Gesetzesumgehung zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen.

#### *b) Eigenständige Bedeutung eines allgemeinen Umgehungsverbots?*

In der deutschen Literatur gibt es nur vereinzelte Stimmen, die für die Anerkennung eines selbständigen Umgehungsverbots plädieren.<sup>22</sup> Die herrschende Meinung in der deutschen Literatur und Rechtsprechung spricht dem Umgehungsverbot eine selbständige Bedeutung ab.

Das Problem der Gesetzesumgehung stellt sich demnach als ein Problem bzw. ein Argumentationsansatz bei der Auslegung der Rechtsnormen. Die Gesetzesumgehung ist damit kein besonderer Nichtigkeitsgrund und kein selbständiges Rechtsinstitut, sondern ein Anwendungsfall der teleologischen Auslegung und mithin eine Frage der Rechtsanwendung, die an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsgehalts der Norm selbst anknüpft.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Münchener Kommentar zum BGB-*Basedow*, 6. Aufl., München 2012, § 306a Rn. 3.

<sup>21</sup> Münchener Kommentar zum BGB-*Armbrüster*, oben Fn. 17, § 134 Rn. 15.

<sup>22</sup> Münchener Kommentar zum BGB-*Mayer-Maly/Armbrüster*, 4. Aufl., München 2001, § 134 Rn. 16. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass in der darauffolgenden 5. Auflage diese Ansicht aufgegeben wurde. Siehe *Staudinger-Sack*, oben Fn. 3, § 134 Rn. 151 f., wonach das Umgehungsverbot als ein Unterfall des sittenwidrigen Verhaltens gem. § 138 BGB anzusehen ist.

<sup>23</sup> *Palandt-Ellenberger*, oben Fn. 5, § 134 Rn. 28; Münchener Kommentar zum BGB-*Armbrüster*, oben Fn. 17, § 134 Rn. 12; *Teichmann*, oben Fn. 3, S. 767; *Soergel-Hefermehl*, Kommentar zum BGB, 13. Aufl., Stuttgart 1999, § 134 Rn. 37 ff.; *Wolf/Neuner*, oben Fn. 3, § 45 Rn. 27; *Siehr*, HWBEuP, oben Fn. 8, S. 742; *Basedow*, oben Fn. 7, S. 186. Ausdrücklich weiterhin: BGHZ 110, S. 47, 64. In diesem Fall ging es um die Frage, ob die Einlage zur Kapitalerhöhung einer Kapitalgesellschaft wirksam geleistet wurde. Dies war insofern zweifelhaft, als der zur Leistung der Einlage verpflichtete Gesellschafter der Kapitalgesellschaft einen Lieferantenkredit gewährte. Dieser Kredit wurde nur wenige Tage nach der Einzahlung der Einlage von der Gesellschaft getilgt. Der BGH interpretierte diesen Vorgang als eine verdeckte Sacheinlage und damit eine

Insbesondere wird vorgebracht, dass auch die spezialgesetzliche Regelung in den oben vorgestellten Normen nicht für eine eigenständige Bedeutung des Umgehungsverbots im deutschen Recht sprechen könne. Sofern diese Regeln umgesetztes europäisches Verbraucherschutzrecht darstellen, wollte der Gesetzgeber mit ihnen nämlich den strengen Anforderungen Rechnung tragen, die der Europäische Gerichtshof an die Umsetzung der entsprechenden Richtlinienvorgaben stellt. Demnach müssen dem Rechtsadressaten seine europarechtlich gewährleisteten Rechte – wozu auch der in den Richtlinien verankerte Umgehungsschutz gehört – aus dem Gesetz selbst hinreichend klar erkennbar werden.<sup>24</sup>

So führte der Bundesgerichtshof im Hinblick auf das Umgehungsverbot des § 5 Haustürwiderrufsgesetz<sup>25</sup> aus: „Das Umgehungsverbot mag eine Aufforderung des Gesetzgebers sein, bei der Anwendung des Gesetzes nicht zurückhaltend zu verfahren, sondern sich am Gesetzeszweck zu orientieren“.<sup>26</sup>

Der Sichtweise, wonach das Umgehungsverbot im deutschen Recht keine selbständige Bedeutung aufweist und lediglich aus dem Geltungsanspruch der verletzten Norm abzuleiten ist, ist zuzustimmen. Einer allgemeinen Lehre der Gesetzesumgehung im Privatrecht darf auch deshalb nur ein begrenzter Stellenwert beigelegt werden, weil das Privatrecht der Idee nach gerade Instrumente für die private Gestaltung zur Verfügung stellt. Daraus folgt, dass das Verbot der Gesetzesumgehung a priori nur dort eingreifen kann, wo zwingende Normen umgangen werden. Da der zwingende Charakter von Rechtsnormen in einer freiheitlichen Gesellschaft prinzipiell die Ausnahme bildet und besonderer Anordnung bedarf, stellt auch die

---

Umgehung der Vorschriften, in denen die Einbringung von Sacheinlagen geregelt ist und die als Ausfluss des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung anzusehen sind.

<sup>24</sup> Münchener Kommentar zum BGB-*Armbrüster*, oben Fn. 17, § 134 Rn. 15.

<sup>25</sup> Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, vom 16. Januar 1986 (BGBl. I S. 122).

<sup>26</sup> BGHZ 113, S. 287, 289. In diesem Fall unterzeichnete die Beklagte eine Bürgschaft anlässlich eines vom Schuldner veranlassten Besuchs des Vertreters des Gläubigers im Haus der Beklagten. Die Beklagte berief sich auf das Haustürwiderrufsgesetz, dessen § 1 lautete: „Einem Verbraucher steht ein Widerrufsrecht [...] bei Verträgen mit einem Unternehmer zu, die eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand haben und zu denen er durch mündliche Verhandlung an seinem Arbeitsplatz oder im Bereich einer Privatwohnung [...] bestimmt worden ist.“ Der BGH wies den Einwand der Beklagten mit der Begründung zurück, dass eine wirtschaftliche Vergleichbarkeit einer als Kreditsicherungsmittel gegebenen Bürgschaft mit einem Vertrag über entgeltliche Leistungen nicht vorliege, mithin eine Umgehung der Vorschriften des Haustürwiderrufsgesetzes ausscheide. (Anzumerken ist allerdings, dass diese Sichtweise mittlerweile durch die Rechtsprechung des EuGH überholt ist, Palandt-*Grüneberg*, 71. Aufl., München 2012, § 312 Rn. 8.)

Umgehung des Gesetzes nicht ein allgemeines, sondern ein Spezialproblem im Hinblick auf die einzelnen umgangenen Rechtsvorschriften dar.<sup>27</sup>

Anzumerken ist schließlich, dass das Verbot der Gesetzesumgehung ebenfalls in den Rechtsordnungen der meisten Länder der Europäischen Union mehr als ein topos der Gesetzesauslegung denn als ein selbständiger Rechtsgrundsatz anzusehen ist. So ist zum Beispiel zu beachten, dass die oben zitierte Vorschrift des spanischen Código Civil die Geltung des Umgehungsverbots ausdrücklich an „die gebotene Anwendung der (verletzten) Norm“ anknüpft. Auch im Recht der Europäischen Union ist die Konkretisierung des Umgehungsverbots stets einzelfallbezogen.<sup>28</sup>

Festzuhalten ist somit, dass das Problem der Gesetzesumgehung im deutschen Recht als ein Problem der Auslegung von Rechtsnormen anzusehen ist und nach der herrschenden Meinung keine eigenständige Bedeutung aufweist.

### c) Folgen für die Handhabung des Umgehungsverbots

Folgt man zusammen mit der herrschenden Meinung der Ansicht, dass ein Umgehungsverbot aus dem Geltungsanspruch der umgangenen Norm folgt und nicht auf einem zusätzlichen Rechtsgedanken beruht, erscheint es zwingend, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte, mit denen ein gesetzliches Verbot umgangen wird, nach den Voraussetzungen des § 134 BGB zu beurteilen.<sup>29</sup> Das das Umgehungsverbot aus dem Geltungsanspruch der verletzten Norm folgt, bedeutet für die Rechtsgeschäfte, mit denen ein gesetzliches Verbot umgangen wird, dass sie nur dann nichtig sind, wenn das Geschäft bei einem direkten Verstoß nichtig gem. § 134 BGB wäre.<sup>30</sup> Zu berücksichtigen ist, dass als gesetzliche Verbote nur solche zwingende Vorschriften angesehen werden, die den Inhalt oder die Vornahme eines Rechtsgeschäfts untersagen, d.h. das Rechtsgeschäft als solches missbilligen.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Basedow, oben Fn. 7, S. 168 m.w.N.

<sup>28</sup> Ebd., S. 186; Siehr, HWBEuP, oben Fn. 8, S. 742.

<sup>29</sup> So die herrschende Meinung, vgl. Münchener Kommentar zum BGB-Armbrüster, oben Fn. 17, § 134 Rn. 17; Staudinger-Looschelders/Olzen, Kommentar zum BGB, Neubearb., Berlin 2009, § 242 Rn. 400; Palandt-Ellenberger, oben Fn. 5, § 134 Rn. 28, jeweils mit weiteren Nachweisen. Insbesondere ist anzumerken, dass, auch wenn es nahe liegend erscheinen mag, das Umgehen einer Norm als einen Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben zu werten, doch zu berücksichtigen ist, dass im deutschen Recht bislang mit Blick auf die Gesetzesumgehung keine spezifischen Ausprägungen von § 242 BGB entwickelt worden sind. Staudinger-Looschelders/Olzen, diese Fn., § 242 Rn. 400. Auch der Vorschlag, Umgehungsgeschäfte als eine Untergruppe des sittenwidrigen Geschäfts zu betrachten, hat sich nicht durchgesetzt. Staudinger-Sack, oben Fn. 3, § 134 Rn. 152 f. m.w.N.

<sup>30</sup> Staudinger-Sack, ebd., § 134 Rn. 145.

<sup>31</sup> Ebd., Rn. 30.

Von der Frage, ob ein Verbotsgesetz vorliegt, ist weiterhin die Frage zu unterscheiden, ob die Nichtigkeitsfolge dem Sinn und Zweck des verletzten Verbotsgesetzes entspricht.<sup>32</sup> Die Antwort auf diese Fragen ist durch die Auslegung des verletzten Gesetzes zu ermitteln. Damit führt im deutschen Recht nicht jeder direkte Verstoß gegen ein Gesetz bereits zu der Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts.<sup>33</sup>

Aufgrund der Anknüpfung des Umgehungsverbots an die Geltung des umgangenen Gesetzes lässt die herrschende Meinung einen objektiven Verstoß genügen und fordert keine Umgehungsabsicht.<sup>34</sup>

Damit kann festgehalten werden, dass die Wirksamkeit eines Geschäfts, mit dem ein gesetzliches Verbot umgangen werden soll, sich nach den Voraussetzungen des § 134 BGB richtet. Das Umgehungsverbot knüpft mithin an die Rechtsgeltung und die Durchsetzbarkeit des Regelungsgehalts der umgangenen Norm an.

### III. Verfassungsrechtliche Grenzen der teleologischen Auslegung im deutschen Zivilrecht

Da das Umgehungsverbot des deutschen Rechts einen Anwendungsfall der teleologischen Auslegung darstellt, bestimmt die Auslegungsmethodik auch die Grenzen des Umgehungsverbots. Damit ist eine nähere Auseinandersetzung mit der teleologischen Auslegung notwendig.

Ziel der teleologischen Auslegung ist es, den Regelungszweck einer Vorschrift zu ermitteln und das Normverständnis zur Geltung zu bringen, das diesen Zweck bestmöglich verwirklicht.<sup>35</sup> Dabei steht zunächst die Absicht des Gesetzgebers im Vordergrund, insbesondere wenn es sich um neue Gesetze handelt. Bleibt die Absicht des Gesetzgebers zweifelhaft oder kann sie wegen eines inzwischen eingetretenen grundlegenden Wandels der Verhältnisse oder auch im Gesamtgefüge der Rechtsordnung nicht mehr als maßgeblich angesehen werden, so ist auf die objektiv-teleologischen Kriterien zurückzugreifen. Zu ihnen gehören die Strukturen des

---

<sup>32</sup> Ebd., Rn. 34; *Wolf/Neuner*, oben Fn. 3, § 45 Rn. 7 ff.

<sup>33</sup> Zur Konkretisierung des § 134 BGB durch deutsche Rechtsprechung vgl. *Palandt-Ellenberger*, oben Fn. 5, § 134 Rn. 14 ff. So führt beispielsweise der sonntägliche Verkauf einer Sache in einem Einzelhandelsladen, der gegen das Ladenschlussgesetz verstößt, nicht zur Nichtigkeit des Kaufvertrags, da das Verkaufsverbot sich nicht gegen das Geschäft als solches, sondern lediglich gegen seine Modalitäten richtet, *Wolf/Neuner*, oben Fn. 3, § 45 Rn. 17.

<sup>34</sup> BGHZ 110, S. 47, 64 (zu dem Fall bereits oben Fn. 23); *Staudinger-Sack*, oben Fn. 3, § 134 Rn. 145 m.w.N.

<sup>35</sup> *Bitter*, oben Fn. 19, S. 294.

jeweiligen Sachbereichs sowie die allgemeinen Prinzipien der Rechtsordnung.<sup>36</sup> Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass wegen des Vorrangs der Verfassung vor dem einfachen Gesetz den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Privatrechts ein erheblicher Einfluss bei der Anwendung und Fortbildung des Privatrechts zukommt.<sup>37</sup> Die teleologische Auslegung einer Rechtsnorm ist damit durch das Wertungssystem der gesamten Rechtsordnung, insbesondere des Verfassungsrechts, sowie – aufgrund des Gebots der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung – durch das europäische Recht vorgeprägt.

Bei der teleologischen Auslegung der Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB (Anwendung des Umgehungsverbots) sind daher die Wertungen der Verfassung zu berücksichtigen. Neben den speziellen Grundrechten, die durch eine zu weite Auslegung der Verbotsnorm verletzt werden könnten, sind insbesondere die Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 GG maßgeblich. Diese Vorschrift wird im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit verstanden, wonach jedermann grundsätzlich jede Handlung und jedes Unterlassen vorzunehmen berechtigt ist.<sup>38</sup> Die Bedeutung der allgemeinen Handlungsfreiheit liegt somit in der Gewährleistung des Schutzes vor unzumutbaren Freiheitsbeschränkungen.<sup>39</sup> Diese Vorschrift wird auch als Grundlage der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie verstanden.<sup>40</sup>

Damit muss jedes Verbotsgesetz und erst recht jedes aus diesem Verbotsgesetz abgeleitete Umgehungsverbot an den verfassungsrechtlichen Vorgaben zumindest der allgemeinen Handlungsfreiheit, in einzelnen Fällen auch weiterer Grundrechte,<sup>41</sup> gemessen werden. Insbesondere muss ein Gesetz, das in die allgemeine Handlungsfreiheit eingreift, also auch jedes Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB, verhältnismäßig sein. Es ist wichtig zu betonen, dass diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und Grenzen der Auslegung der zivilrechtlichen Gesetze bei jeder Auslegung von zivilrechtlichen Normen als Grundlage und Wertungsrahmen der Rechtsordnung berücksichtigt werden, auch wenn die entsprechenden Überlegungen in aller Regel außerhalb des eigentlichen Begründungsrahmens der gerichtlichen Entscheidungen bleiben.

---

<sup>36</sup> *Wolf/Neuner*, oben Fn. 3, § 4 Rn. 40.

<sup>37</sup> *Ebd.*, Rn. 53.

<sup>38</sup> Ganz herrschende Meinung, vgl. statt aller: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf-Hofmann, Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Köln 2011, Art. 2 Rn. 3 m.w.N.

<sup>39</sup> Maunz/Dürig-Di Fabio, Grundgesetz, Stand 63. Ergänzungslieferung, München 2013, Art. 2 Rn. 46.

<sup>40</sup> *Wolf/Neuner*, oben Fn. 3, § 10 Rn. 29.

<sup>41</sup> Siehe z.B. für die Eigentumsgarantie: BGH NJW 2009, S. 2738–2739; OLG Oldenburg, NJW-RR 1998, S. 1239–1240; für die Testierfreiheit: OLG Karlsruhe, FamRZ 1993, S. 482–484; OLG Frankfurt, NJW 2001, S. 1504–1505.

Grundsätzlich führt die Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Freiheitsgarantien bei der Auslegung von Verbotsgesetzen im Sinne des § 134 BGB zu einer Restriktion der Verbote bzw. zu einer Erweiterung der Freiheitsräume und damit der Spielräume für privatautonome Gestaltung. Die Ausnutzung dieser Spielräume ist dann legitim und kann nur ausnahmsweise als Gesetzesumgehung kritisiert und verboten werden.

Als Beispiel soll eine Fallkonstellation dienen, in der die Gesetzesumgehung an der Eigentumsgarantie, bzw. an ihrer Ausprägung, der Testierfreiheit zu messen ist. In dieser Fallkonstellation wird die Erbfolge auf die Weise gestaltet, dass ein schwer behindertes Kind lediglich seinen Pflichtteil erhalten soll. Der diesem Kind im Übrigen zustehende Erbanteil wird an einen Behindertenverein oder auch an Geschwister vererbt, verbunden mit der Auflage, dieses Vermögen im Sinne des behinderten Kindes einzusetzen. Dadurch wird dem behinderten Kind der Zugriff auf das Erbe weitgehend entzogen, gleichzeitig wird aber dafür gesorgt, dass ihm aus den Erträgen Leistungen zugute kommen, die von der Sozialhilfe nicht abgedeckt werden. Damit wird das Nachrangprinzip der Sozialhilfe umgangen, wonach das Erbe einzusetzen gewesen wäre. Betrachtet man diese Umgehung aber aus dem Blickwinkel des Erblassers, wird deutlich, dass die Frage, ob eine solche Gestaltung zulässig sein soll, in erster Linie auf die Entscheidung hinaus läuft, in welchem Maße die Testierfreiheit begrenzt werden darf. Die grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers lautet: Nur bis zu der Grenze des Pflichtteilsanspruchs. Die Vorschriften des Sozialrechts treffen diesbezüglich keine anderweitige Regelung und so sind folgerichtig sowohl eine Gesetzesumgehung als auch Sittenwidrigkeit zu verneinen.<sup>42</sup>

Festzuhalten ist damit, dass die praktische Anwendung des Umgehungsverbots im deutschen Recht Einschränkungen unterworfen ist, die aus dem Wertungssystem der deutschen Rechtsordnung, insbesondere des Verfassungsrechts resultieren.

Dies entspricht dem liberalen Verständnis der Privatautonomie, die der deutschen Zivilrechtsordnung zugrunde liegt. Privatautonomie bedeutet, dass sich der Einzelne der Instrumente zur privaten Gestaltung im Grundsatz nach Belieben bedienen kann, um damit seine Zwecke zu erreichen. Die Ausnutzung dieser Spielräume ist grundsätzlich legitim. Sie kann nur ausnahmsweise als Gesetzesumgehung kritisiert und verboten werden. Ein solches Verbot bedarf stets einer gesonderten Rechtfertigung.

---

<sup>42</sup> Siehe z.B. HansOLG, NJW-RR 1989, S. 1093; OLG Karlsruhe, FamRZ 1993, S. 482–484.

#### IV. Mögliche Folgen der Einführung des Verbots der Gesetzesumgehung in das russische Recht

Fraglich ist, welche Wirkungen das Umgehungsverbot nach der Implementierung in das russische ZGB im russischen Zivilrecht entfalten würde.

Den Ausgang der Überlegungen bei der Verfassung des Gutachtens bildete der Vorschlag zur Änderung des Art. 10 des russischen Zivilgesetzbuchs (ZGB RF). Demnach sollte die Gesetzesumgehung als Unterfall des Rechtsmissbrauchs aufgefasst und ausdrücklich verboten werden. Inzwischen ist dieser Vorschlag implementiert worden. Die seit 1.3.2013 geltende Fassung des ZGB RF legt in Art. 10 Abs. 1 fest: „Unzulässig sind die Ausübung bürgerlicher Rechte ausschließlich mit dem Zweck einer anderen Person zu schaden, Handlungen zur Umgehung eines Gesetzes mit einem widerrechtlichen Zweck sowie eine andere deutlich treuwidrige Ausübung bürgerlicher Rechte (Rechtsmissbrauch)“.<sup>43</sup>

Wie in dem einleitenden Beitrag des vorliegenden Bandes bereits eingehend begründet wurde, führt die Übernahme eines Rechtsinstituts oder auch einer einzelnen Regelung aus einer fremden Rechtsordnung im Allgemeinen nicht automatisch dazu, dass das rezipierte Rechtsinstitut oder die Regelung dieselben Wirkungen in der rezipierenden Rechtsordnung entfaltet, die sie in der Rechtsordnung entfaltet, der sie entstammt.<sup>44</sup> Soweit der russische Gesetzgeber sich daran orientiert haben sollte, dass die Figur der Gesetzesumgehung europäischen Rechtsordnungen, wie z.B. auch der deutschen, grundsätzlich bekannt ist, so ist zu beachten, dass diese Überlegung nur dann stichhaltig sein kann, wenn das russische Recht dieselben Korrekturen und Begrenzungen zur Verfügung stellt wie die europäischen Rechtsordnungen, z.B. wie das deutsche Recht dies tut.

Um eine Prognose darüber aufzustellen, wie ein ausdrückliches Umgehungsverbot sich im russischen Recht entwickeln würde, wäre zunächst zu berücksichtigen, dass es sich innerhalb des Wertungsrahmens des russischen Rechts entfalten müsste. Es ist daher notwendig, das Institut in den Wertungsrahmen des russischen Rechts hineinzudenken.

Hierbei ist zu allererst zu berücksichtigen, dass die Reformen des russischen Rechts zwar einen Wandel des Rechtssystems initiiert und zu einem großen Teil bereits vollzogen haben, dass der Wertungsrahmen der russischen Rechtsordnung aber immer noch auf eine vielfältige Art und Weise durch das sowjetische Recht geprägt ist.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Übersetzung der Verf.

<sup>44</sup> Siehe hierzu in diesem Band *Kurzynsky-Singer*, S. 3 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *Nussberger*, Die Frage nach dem tertium comparationis. Zu den Schwierigkeiten einer rechtsvergleichenden Analyse des russischen Rechts, ROW 1998, S. 81 ff.; *dies.*, Zur Entwicklung der Rechtskultur in Russland, Russlandanalysen, Nr. 32, 25.6.2004,

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass das russische Zivilrecht nicht über die oben beschriebenen Korrektive des Verfassungsrechts verfügt. Die Dogmatik des Grundrechtsschutzes ist im Vergleich zum deutschen Recht sehr wenig entwickelt. Es ist auch zu bezweifeln, dass das russische Verfassungsrecht bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt einen Wertungsrahmen der russischen Rechtsordnung zu bilden geeignet ist. Hierzu fehlt meines Erachtens bereits eine entsprechende Gewichtung des Verfassungsrechts bei der Ausbildung russischer Juristen. Aber auch die bis jetzt recht geringe Geltungszeit spricht gegen die bereits erfolgte Verankerung der in der russischen Verfassung festgeschriebenen Grundwerte im Rechtsbewusstsein.<sup>46</sup>

Eine Korrektur des Umgehungsverbots durch die Grundwerte der Verfassung wird im russischen Recht auch durch eine recht formalistische Gesetzesanwendung weiter erschwert. Während der deutsche Richter mit Hilfe der teleologischen Auslegung ein offensichtlich ungerechtes Ergebnis korrigieren kann, wird im russischen Recht der Wortlautauslegung eine weit höhere Bedeutung zugemessen. In einem der führenden Lehrbücher zum russischen Zivilrecht wird sogar behauptet, der mögliche Wortlaut bilde die Grenze jeglicher Auslegung<sup>47</sup> – eine Situation wie sie in Deutschland im Strafrecht besteht.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der in diesem Zusammenhang wichtig erscheint, ist der generelle Umgang des russischen Rechts mit den gesetzlichen Verboten.

Die Nichtigkeit eines gesetzeswidrigen Vertrags wird im russischen Recht durch Art. 168 ZGB RF angeordnet. Bereits der Wortlaut dieser Vorschrift ist etwas weiter als § 134 BGB. Während § 134 BGB auf einen gesetzlichen Verstoß abstellt, spricht Art. 168 von einem Vertrag, der den Anforderungen der Gesetze oder anderer Rechtsakte nicht entspricht. Ein solcher Vertrag ist nichtig, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die Norm wird weit ausgelegt.<sup>48</sup> Die Autoren der Konzeption zur Entwicklung

---

S. 2 ff.; *Knieper*, Interpretation, Analogie und Rechtsfortbildung: Delikate Abgrenzung zwischen Judikative und Legislative, WiRO 2003, S. 65 ff.; *Kühn*, Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement, *American Journal of Comparative Law* 52 (2004), S. 531 ff.

<sup>46</sup> Vgl. *Nussberger*, Verfassungsrechtstransfer von West nach Ost, Osteuropa 60 (2010), S. 81–96.

<sup>47</sup> Siehe z.B. *Suchanov*, oben Fn. 18, S. 116, der eine teleologische Auslegung einer zivilrechtlichen Norm, die von dem Gesetzestext abweicht, für nicht zulässig hält.

<sup>48</sup> *Halfina* und *Koršunov*, in: Abova/Kabalkina (Hrsg.), *Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj* [Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Teil 1], 3. Aufl., Moskau 2006, Art. 168, S. 499 f.; *Sergeev*, in: Egorova/Sergeev (Hrsg.), *Kommentarij k Graždanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii, časti pervoj* [Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Teil 1], 3. Aufl., Moskau 2006, Art. 168, S. 377.

der Zivilgesetzgebung der Russischen Föderation<sup>49</sup> stellen sogar fest, dass so gut wie jeder Vertrag treuwidrig angefochten werden könne.<sup>50</sup>

Zu beachten ist weiterhin, dass gem. Art. 166 Abs. 2 ZGB RF die Anwendung der Unwirksamkeitsfolgen eines nichtigen Rechtsgeschäfts jeder beantragen kann, der Interesse daran hat. Auch das Gericht ist berechtigt, die Rückabwicklung von Amts wegen anzuordnen. Die durch Art. 167 Abs. 2 ZGB RF angeordnete Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags steht damit nicht zur Disposition der Parteien. Die Parteien sind viel mehr verpflichtet den Vertrag rückabzuwickeln.<sup>51</sup> Diese besondere Form der Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags, die im russischen Sprachgebrauch als „Restitution“ bezeichnet wird, hat ihre Wurzeln im sowjetischen Rechtsdenken. Damals wurde die Restitution weniger als ein im Interesse der Parteien bestehendes gegenseitiges Rückgewährschuldverhältnis, sondern als eine „Maßnahme zum Schutz der Rechtsordnung“ angesehen.<sup>52</sup>

Es ist zu befürchten, dass ein ausdrückliches Verbot der Gesetzesumgehung die Wirkung dieser Vorschriften stark vergrößern würde, was mangels wertungsgebundener Korrekturmöglichkeiten die Schranken der Verbotsgesetze übermäßig ausdehnen und zu einer Rückkehr zum Prinzip „Verboten ist alles, was nicht ausdrücklich erlaubt ist“ führen könnte.

Unter diesen Gesichtspunkten erscheint die Implementierung eines ausdrücklichen Umgehungsverbots in das russische Zivilgesetzbuch riskant, da zu befürchten ist, dass es den russischen Rechtsanwendern, insbesondere der Rechtsprechung außerordentlich schwer fallen würde, für ein allgemein formuliertes und aus eigener Kraft geltendes Umgehungsverbot notwendige Grenzen und Korrekture zu entwickeln.

---

<sup>49</sup> Mit dem Beschluss des Präsidenten vom 18. Juli 2008 Nr. 1108 „Über die Weiterentwicklung des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation“ wurden der Rat für die Kodifizierung und Weiterentwicklung der Zivilgesetzgebung beim Präsidenten der RF und das Forschungszentrum für Privatrecht beim Präsidenten der RF beauftragt, bis zum 1. Juni 2009 eine Konzeption für die Weiterentwicklung des Zivilrechts der Russischen Föderation vorzubereiten und der Öffentlichkeit zur Diskussion vorzulegen. Entwurfstexte der einzelnen Abschnitte der Konzeption, die von den Arbeitsgruppen vorbereitet wurden, sind in Vestnik Vysšego Arbitražnogo Suda [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts] (im Weiteren: Vestnik VAS) 2009 Heft 4 veröffentlicht. Alle Abschnitte finden sich unter <[http://privlaw.ru/index.php?section\\_id=24](http://privlaw.ru/index.php?section_id=24)>. Die Endfassung der Konzeption ist in Vestnik VAS 2009 Heft 11, S. 6–99 veröffentlicht.

<sup>50</sup> Koncepčija soveršenstvovanija obščich položenij Graždanskogo Kodeksa Rossijskoj Federacii [Konzeption zur Vervollkommnung der allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs der Russischen Föderation], Abschnitt V § 1 1.1, Vestnik VAS 2009 Heft 4, S. 49.

<sup>51</sup> Ebd., Abschnitt V § 1 1.9, S. 54.

<sup>52</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. ausführlich Tuzov, Restitucija pri nedejstvitel'nosti sdelok [Die Restitution bei der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften], Moskau 2007, S. 89 ff.



## Teil II

*Legal transplants als law in action.*  
Untersuchungen zu einzelnen Fragen  
des Zivil- und Wirtschaftsrechts  
in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens



# Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien

EUGENIA KURZYNSKY-SINGER  
und TAMAR ZARANDIA

I. Einleitung .....	108
II. Rezeption des Eigentumsbegriffs im georgischen Recht.....	109
1. Ablehnung der Institute des sowjetischen Rechts .....	109
2. Der Inhalt des Eigentums .....	111
a) Befugnisse des Eigentümers.....	111
b) Sachenrechtlicher Eigentumsschutz .....	112
c) Das System der dinglichen Rechte .....	113
3. Sachenrecht vs. Vermögensrecht .....	114
4. Rezeption der sachenrechtlichen Prinzipien.....	116
a) Die Bedeutung der Prinzipien im georgischen Recht .....	116
b) Verdinglichung obligatorischer Rechte .....	117
III. Der Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen .....	119
1. Abstraktionsprinzip vs. Kausalprinzip .....	119
a) Deutsches Recht .....	119
b) Die Diskussion bei der Verabschiedung des georgischen ZGB .....	120
c) Die gesetzliche Regelung im georgischen Recht.....	121
d) Rückabwicklung unwirksamer Übereignungsverträge.....	122
2. Trennungsprinzip vs. Einheitsprinzip .....	123
3. Die Übergabe der Sache beim Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen .....	125
4. Gutgläubiger Erwerb.....	125
a) Gutgläubiger Erwerb einer beweglichen Sache im georgischen Recht .....	125
b) Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei abhanden gekommenen Sachen..	127
aa) Definition des Abhandenkommens .....	127
bb) Würdigung .....	129
IV. Der Übergang des Eigentums an unbeweglichen Sachen .....	130
1. Der Begriff der unbeweglichen Sachen .....	130
2. Das Prinzip „superficies solo cedit“ .....	131
3. Die Voraussetzungen des Übergangs des Eigentums an unbeweglichen Sachen im georgischen Recht .....	133
a) Die Form des Rechtsgeschäfts.....	133
b) Die Bedeutung des öffentlichen Registers.....	134
V. Eigentum als Kreditsicherungsmittel im georgischen Recht .....	136
VI. Fazit .....	137

## I. Einleitung

Bei der Ausarbeitung des neuen georgischen Zivilgesetzbuchs<sup>1</sup> (im Folgenden: georg. ZGB) diente das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch als Vorlage, an der sich die Reformgesetzgebung stark orientierte. Dies war unter anderem einer engen Zusammenarbeit mit den deutschen Wissenschaftlern geschuldet.<sup>2</sup> Folglich wird das gesamte georgische Zivilrecht und insbesondere auch das Sachenrecht als Ergebnis der Rezeption des deutschen Zivilrechts angesehen.<sup>3</sup>

Doch wie bereits die Analyse des Gesetzestextes zeigt, blieben im georgischen Sachenrecht trotz der offensichtlichen Orientierung an deutschen Regelungen einige Besonderheiten aus dem Vorgängergesetz erhalten, dem in der Sowjetzeit geltenden Zivilgesetzbuch der Georgischen SSR. So hat Georgien z.B. auf die Rezeption des Abstraktionsprinzips verzichtet und stattdessen das kausale Traditio-System beibehalten.

Weitere Unterschiede zwischen dem deutschen und dem georgischen Recht ergeben sich aus der Tatsache, dass das georgische Recht zum großen Teil lediglich die Grundstrukturen des deutschen Modells übernommen hat und auf die Nachbildung einiger Details der deutschen Regelung verzichtete. Teilweise wurde dies dadurch bedingt, dass das BGB in Georgien als übermäßig kompliziert und detailliert angesehen wurde, wobei insbesondere die Vielzahl der Verweisungen als ungünstig wahrgenommen wurde.<sup>4</sup> Indem der georgische Gesetzgeber „den Weg der rationalen Entlehnungen“ wählte, zielte er in erster Linie auf die Rezeption der Systematik und der Prinzipien des deutschen Zivilrechts ab, und nicht auf die detailgetreue Übernahme jeder einzelnen Norm.<sup>5</sup> Ebenfalls anzumerken ist, dass im Zeitpunkt der Ausarbeitung des georgischen ZGB noch die „alte“ Fassung des BGB galt, die in der nachfolgenden Zeit eine bedeutende

---

<sup>1</sup> Gesetz Nr. 786-IIÓ, in Kraft getreten am 26.6.1997, *Parlamentis mac'ne* [Mitteilungsblatt des Parlaments] vom 24.7.1997, S. 1; deutsche Übersetzung in elektronischer Form: GIZ, <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1334.pdf>>; russische Übersetzung: *Graždanskij kodeks Gruzii*, Tiflis 2009. Das Zitieren der Vorschriften erfolgt überwiegend nach der deutschen Übersetzung.

<sup>2</sup> Siehe *Zoidze*, *Evropuli kerjo samart'lis rec'epc'ia sak'art'veloši* [Rezeption des europäischen Privatrechts in Georgien], Tiflis 2005, S. 1; *Knieper*, in: *Jorbènadze/Knieper/Chanturia* (Hrsg.), *Metody kodifikacii i koncepcii v obščestvach s perechodnoi èconomicoj (s učetom sostojanija Gruzii)* [Kodifikationsmethoden und Konzeptionen in den Gesellschaften mit einer Übergangswirtschaft (unter Berücksichtigung der Lage in Georgien)]; *Reforma prava v Gruzii. Materialy meždunarodnoj konferencii 23–25 Maja 1994* [Rechtsreformen in Georgien. Materialien der internationalen Konferenz am 23.–25. Mai 1994], Tiflis 1994, S. 176–191.

<sup>3</sup> Siehe *Zoidze*, oben Fn. 2, S. 242 f.

<sup>4</sup> *Zoidze*, ebd., S. 158.

<sup>5</sup> *Zoidze*, ebd.

Reform auf dem Gebiet des Schuldrechts erfahren hat.<sup>6</sup> Dementsprechend wurden einige Normen des BGB von der georgischen Gesetzgebungskommission als veraltet empfunden.<sup>7</sup> Diese eingeschränkte Rezeption führte allerdings dazu, dass, wie weiter unten insbesondere am Beispiel des gutgläubigen Erwerbs gezeigt wird, die Regelungen des georgischen Sachenrechts trotz einer äußerlichen Ähnlichkeit mit den deutschen Normen im Ergebnis zum Teil einen anderen Ausgleich der kollidierenden Interessen vorsehen, als es im deutschen Recht der Fall ist.

## II. Rezeption des Eigentumsbegriffs im georgischen Recht

### *1. Ablehnung der Institute des sowjetischen Rechts*

Infolge der Rezeption des deutschen Rechts haben viele Institute, die aus der sowjetischen Vergangenheit in das Recht der meisten postsowjetischen Staaten übergegangen sind, keine entsprechende Regelung im georgischen Recht erfahren. In erster Linie betrifft dies das Recht der Bewirtschaftung und das Recht der operativen Verwaltung. Ebenso hat der georgische Gesetzgeber auf die Einführung unterschiedlicher Eigentumsformen verzichtet, was insofern eine eingehende Betrachtung verdient, als dies auch zur Abschaffung einiger Privilegien des Staates im Rechtsverkehr führte.

Das sowjetische Recht unterteilte das Eigentum nach der Person des Berechtigten in das sozialistische und das persönliche Eigentum. Das sozialistische Eigentum, das in drei Grundformen existierte – als staatliches Eigentum (Volkseigentum), als Eigentum der Kolchosen und als genossenschaftliches Eigentum der Gewerkschaften und anderer öffentlicher Organisationen<sup>8</sup> – genoss im Vergleich zum persönlichen Eigentum eine bevorzugte Stellung. Das letztere galt als eine abgeleitete Form des sozialistischen Eigentums und hätte ohnehin lediglich bis zum Eintritt der Hochphase des Kommunismus Bestand haben können.<sup>9</sup> So wurde das sozialistische Eigentum zum Beispiel strafrechtlich strenger geschützt als das persönliche Eigentum.<sup>10</sup> Ebenso gab es Unterschiede bei der Vindikation.

---

<sup>6</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBI. I S. 3138.

<sup>7</sup> Zoidze, oben Fn. 2, S. 119.

<sup>8</sup> Art. 10 Verfassung der UdSSR (vom 7.10.1977).

<sup>9</sup> Vasilenkov/Dudikov, *Sovetskoe pravo* [Sowjetisches Recht], Moskau 1964, S. 237.

<sup>10</sup> So wurde der Diebstahl der im sozialistischen Eigentum stehenden Sachen mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (Art. 89 StGB RSFSR; Art. 91 Abs. 1 StGB der Georgischen SSR) bestraft, der Diebstahl von Sachen, die im persönlichen Eigentum standen, dagegen mit einer Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (Art. 144 StGB RSFSR; Art. 150 Abs. 1 StGB der Georgischen SSR).

Während auf die Vindikationsansprüche der Bürger die Verjährungsvorschriften angewendet wurden, erstreckte sich die Verjährungsfrist nicht auf Vindikationsansprüche von staatlichen Organen gegen die Bürger und Kolchosen sowie gegen kooperative und öffentliche Organisationen.<sup>11</sup>

Infolge der Rezeption des deutschen Rechts, hat Georgien im Gegensatz zu vielen Staaten des postsowjetischen Raums<sup>12</sup> auf die Aufteilung des Eigentums in unterschiedliche Eigentumsformen verzichtet. Die Ablehnung des sozialistischen Modells wird insbesondere durch Art. 24 Abs. 4 georg. ZGB bekräftigt, wonach die Teilnahme des Staates und der Gemeinden an bürgerlich-rechtlichen Verhältnissen nach den für die juristischen Personen des Privatrechts geltenden Regeln erfolgt. Der Staat und die Gemeinden werden in solchen Fällen von ihren Organen (Dienststellen, Behörden usw.) vertreten, die selbst keine juristischen Personen sind.

In der Praxis des georgischen Verfassungsgerichts stellte sich die Frage, wie weit die Gleichstellung des Staates als Beteiligter in den privatrechtlichen Verhältnissen mit den juristischen Personen des Privatrechts geht. Den Streitgegenstand stellte Art. 2<sup>1</sup> des georgischen Gesetzes „Über die Zwangsvollstreckung“ dar, wonach „die Objekte der Strom- und regionalen Gasnetze, die sich im staatlichen Eigentum befinden oder im Eigentum solcher Unternehmen, an denen der Staat nicht weniger als 50 % der Aktien oder des Stammkapitals hält“, der Zwangsvollstreckung, der Zwangsversteigerung und der Verhängung des dinglichen Arrests nicht unterliegen. Von den Klägern wurden Verträge mit Unternehmen geschlossen, an denen der Staat über 50 % der Aktien hielt und die ihre Verbindlichkeiten nicht beglichen. Die Kläger strengten erfolgreich eine Klage an, konnten das Urteil jedoch aufgrund der besagten Norm nicht vollstrecken, woraufhin das Verfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift urteilte. In seiner Entscheidung vom 28.7.2005 stellte das georgische Verfassungsgericht fest, dass sie gegen Art. 21 Abs. 1 S. 1<sup>13</sup> und Art. 30 Abs. 2 S. 1<sup>14</sup> der georgischen Verfassung verstößt. Das Verfassungsgericht führte insbesondere aus: „Unter dem von der Verfassung anerkannten und gesicherten Eigentumsbegriff versteht man die Bestätigung eines einheitlichen und für alle gleich ausgestalteten Eigentums. Unter den postsowjetischen

<sup>11</sup> Siehe z.B. Art. 90 ZGB RSFSR; Art. 87 ZGB der Georgischen SSR.

<sup>12</sup> Art. 8 Abs. 2 Verf. RF; Art. 53 Verf. Usbekistan; Art. 13 Verf. Weißrussland.

<sup>13</sup> Verfassung von Georgien vom 24.8.1995, Mitteilungsblatt des Parlaments 1995, NN31-33, Pos. 668; deutsche Übersetzung: GIZ, <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1336.pdf>>. Art. 21 Abs. 1: „Das Eigentum und das Erbrecht sind anerkannt und gewährleistet. Die Aufhebung des allgemein anerkannten Rechts auf Eigentum, dessen Erwerb, Veräußerung oder Vererbung ist unzulässig.“

<sup>14</sup> Art. 30 Abs. 2 S. 1 Verf. Georgien: „Der Staat ist verpflichtet, die Entwicklung der freien gewerblichen Tätigkeit und des Wettbewerbs zu fördern.“

Staaten ist Georgien einer der ersten, die die Eigentumsformen und dementsprechend auch das Institut des privilegierten Eigentümers abgeschafft haben. Ein solcher Eigentümer war in der sowjetischen Wirklichkeit der Staat. Die in Art. 21 der georgischen Verfassung festgelegte Idee des Eigentums stellt den Staat als Eigentümer den anderen Eigentümern gleich. Auf diesem Grundsatz baut auch die georgische Zivilgesetzgebung auf, insbesondere gilt Art. 24 Abs. 4 georg. ZGB, wonach „der Staat an den bürgerlich-rechtlichen Verhältnissen in derselben Weise wie eine juristische Person des Privatrechts teilnimmt“.<sup>15</sup>

## 2. Der Inhalt des Eigentums

### a) Befugnisse des Eigentümers

Eine Mischung aus den rezipierten und den hergebrachten Elementen im georgischen Sachenrecht tritt bei der Inhaltsbestimmung des Eigentums auf. Das georgische ZGB stellt ebenso wie das BGB für das Eigentum keine Legaldefinition auf und beschränkt sich auf die Bestimmung des Inhalts dieses Rechts, das sich allerdings etwas von dem deutschen Modell unterscheidet.

Gemäß § 903 BGB kann der Eigentümer einer Sache grundsätzlich mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Dieser Bestimmung liegt die Vorstellung vom Eigentum als einem umfassenden Herrschaftsrecht in Bezug auf eine Sache zugrunde, das kraft dieser Eigenschaften nicht im Wege einer Aufzählung seiner Komponenten beschrieben werden könne.<sup>16</sup> Die Eigentumsfreiheit enthalte vielmehr ein Verbot, den Rechtsinhalt im Wege einer positiven Aufzählung der Eigentümerbefugnisse zu bestimmen. Kein Dritter sei dazu berechtigt festzulegen, welche konkreten Handlungen der Eigentümer in Bezug auf sein Eigentum vornehmen dürfe.<sup>17</sup>

In der georgischen Lehre wird das Eigentum ebenfalls als ein umfassendes absolutes Herrschaftsrecht über die Sache verstanden.<sup>18</sup> Das Gesetz hingegen bestimmt das Eigentum zunächst durch die Aufzählung der Befugnisse des Eigentümers: Gemäß Art. 170 Abs. 1 georg. ZGB kann der Eigentümer „im Rahmen der gesetzlichen sowie sonstigen und zwar ver-

---

<sup>15</sup> Entscheidung Nr. 1/4/184, 228 vom 28.5.2005, Konstitucionnyj Sud Gruzii, Rešenija [Verfassungsgericht Georgiens, Entscheidungen] 2005, Tiflis 2006, S. 314.

<sup>16</sup> *Wiegand*, Die Entwicklung des Sachenrechts, AcP 190 (1990), S. 117; *Hattenhauer*, Über vereintes und entzweites Eigentum, in: Baur (Hrsg.), Das Eigentum, Göttingen 1989, S. 85.

<sup>17</sup> *Hattenhauer*, vorige Fn., S. 85.

<sup>18</sup> Siehe *Chanturia*, Ujravi nivt'ebis sakut'reba [Eigentum an unbeweglichen Sachen], Tiflis 2001, S. 53; *Zoidze*, K'art'uli sanivt'o samart'ali [Georgisches Sachenrecht], Tiflis 2003, S. 57; ebenso: *Čečelašvili*, Sanivt'o samart'ali [Sachenrecht], Tiflis 2009, S. 99.

traglichen Grenzen das Vermögen (die Sache) frei besitzen, nutzen, andere von der Nutzung ausschließen und darüber verfügen, soweit dadurch nicht Rechte der Nachbarn oder anderer Dritter verletzt werden oder dieses Verhalten nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen ist“.

Das Auffällige an dieser Formulierung besteht darin, dass sie fast wörtlich die entsprechende Formulierung aus dem sowjetischen Recht wiederholt, welches das Eigentum über die Befugnisse der Nutzung, des Besitzes und der Verfügung definierte.<sup>19</sup> Die Gleichsetzung dieser Befugnis-, „Triade“ mit dem Eigentum stellte sich in der Zeit der Übergangsperiode als problematisch dar, führte zu terminologischen Schwierigkeiten, die insbesondere bei der Einräumung von Rechten Unsicherheiten in Bezug auf den Umfang des übertragenen Rechts zur Folge hatten. In der russischen juristischen Literatur wurde in diesem Zusammenhang beklagt, dass der Eigentumsbegriff durch die erwähnte Triade ausgewechselt werde.<sup>20</sup> Des Weiteren wird die Triade deswegen kritisiert, weil sie das Eigentum in seine Bestandteile aufspaltet und die Befugnisse des Eigentümers durch deren Aufzählung begrenzt.<sup>21</sup> Auch wenn in der russischsprachigen Literatur immer wieder betont wird, dass diese Art und Weise, den Inhalt des Eigentums zu bestimmen, ihre ursprünglichen Quellen im römischen Recht hat,<sup>22</sup> so erscheint die Formulierung des georgischen ZGB als eine Regelung, die in der Tradition des sowjetischen Rechts steht.

#### b) Sachenrechtlicher Eigentumsschutz

Obwohl das georgische Recht die Konzeption der „Triade“ beibehalten hat, verleiht es dem Eigentümer die gleichen Rechte wie das BGB, vor allem das Recht, die Herausgabe der Sache von dem nichtberechtigten Besitzer zu verlangen (§ 985 BGB und Art. 172 Abs. 1 georg. ZGB), sowie einen Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen, die keine Beeinträchtigungen des Besitzes darstellen (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB und Art. 172 Abs. 2 georg. ZGB). Allerdings ist anzumerken, dass der Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung von Störungen im georgischen Recht dem Eigentümer einen geringeren Schutz bietet als im deutschen.

---

<sup>19</sup> Art. 19 Grundlagen der Zivilgesetzgebung der UdSSR (Stand 1964); Art. 92 ZGB RSFSR; Art. 89 ZGB georg. SSR; siehe ausführlich: *Ioffe*, *Sovetskoe graždanskoe pravo* [Sowjetisches Zivilrecht], zitiert nach der Ausgabe: *Ioffe*, *Izbrannye trudy v 4čeh tomach* [Ausgewählte Werke in vier Bänden], Bd. 2, St. Petersburg 2004, S. 377.

<sup>20</sup> *Suchanov*, *Lekcii o prave sobstvennosti* [Vorlesungen zum Eigentumsrecht], Moskau 1991, S. 22.

<sup>21</sup> Siehe ausführlich: *Sklovskij*, *Sobstvennost' v graždanskom prave* [Das Eigentum im Zivilrecht], Moskau 2008, S. 178 f.

<sup>22</sup> Siehe *Novickij/Pereterskij* (Hrsg.), *Rimskoe častnoe pravo* [Römisches Privatrecht], Moskau 2000, S. 145.

Gemäß § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB begründet allein schon die Gefahr der Beeinträchtigungen einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch.<sup>23</sup> Im georgischen Recht dagegen hat der Eigentümer bei der Gefahr der Beeinträchtigungen nur in bestimmten Ausnahmefällen einen Anspruch auf präventive Maßnahmen gegen unzulässige Eingriffe in sein Eigentum.<sup>24</sup> So kann der Grundstückseigentümer gem. Art. 177 georg. ZGB bei Gefahr des Einsturzes der Bauten vom benachbarten Grundstück von seinem Nachbarn die Vornahme notwendiger Maßnahmen zur Beseitigung der Gefahr verlangen. Hinzuzufügen ist ferner, dass in der georgischen Lehre für den vorliegenden Fall ebenfalls die Anwendung der Normen über die Selbsthilfe (Artt. 118 und 120 georg. ZGB) und über die Geschäftsführung ohne Auftrag (Artt. 969–975 georg. ZGB analog) diskutiert wurde, mit dem Ziel, dem Eigentümer einen zusätzlichen Schutz zu gewähren.<sup>25</sup> Außerdem kann der Eigentümer eines Grundstücks gem. Art. 176 georg. ZGB ein Bauverbot oder ein Nutzungsverbot solcher Einrichtungen des Nachbargrundstücks verlangen, die unerlaubterweise sein Nutzungsrecht im Hinblick auf das Grundstück beeinträchtigen; nach dem Wortlaut des Gesetzes gilt dies aber nur dann, wenn eine solche Beeinträchtigung „von Anfang an ersichtlich ist“.

Dadurch ist das Recht, die Beseitigung solcher Beeinträchtigungen zu verlangen, die den Besitz nicht verletzen, im georgischen Recht weniger ausgeprägt als im deutschen. Dennoch erlaubt die Struktur sachenrechtlicher Ansprüche die Schlussfolgerung, dass trotz der Beibehaltung der Triade als Mittel zur Bestimmung des Eigentumsinhalts das georgische Recht im Wesentlichen der Eigentumskonzeption des deutschen Rechts folgt, im Sinne einer grundsätzlich umfassenden Herrschaft über die Sache.

### c) Das System der dinglichen Rechte

Das System der dinglichen Rechte im georgischen ZGB wurde zum größten Teil aus dem deutschen Recht übernommen, obwohl der Katalog der beschränkten dinglichen Rechte nicht vollständig, sondern in einer vereinfachten Form übernommen wurde. Dingliche Rechte werden in Eigentum und begrenzte Rechte am fremden Vermögen (Sachen) unterteilt, die letzteren ihrerseits in beschränkte Nutzungsrechte (Artt. 233 ff. georg. ZGB) und „Eigentum als Sicherungsmittel einer Forderung“<sup>26</sup> (Artt. 254 ff. georg. ZGB).

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 17.9.2004 – V ZR 230/03, NJW 2004, S. 3701.

<sup>24</sup> Siehe ausführlich *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 117.

<sup>25</sup> Siehe ausführlich *Zoidze/Zarandia*, *Šeamocme šeni c’odna, kazusebi sanivt’o samart’alši* (kit’xvebi da pasuxebi) [Überprüfe dein Wissen – Fälle im Sachenrecht (Fragen und Antworten)], in: *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 513–514.

<sup>26</sup> Amtliche Überschrift des Abschnitts 6; siehe ausführlich unten Abschnitt V.

Zu den beschränkten Nutzungsrechten am fremden Eigentum gehören das Recht der Bebauung (Art. 233 georg. ZGB), der Nießbrauch (Art. 242 georg. ZGB) und die Grunddienstbarkeit (Art. 247 georg. ZGB). Als Kreditsicherungsmittel sind das Pfand (Art. 254 georg. ZGB) und die Hypothek (Art. 286 georg. ZGB) vorgesehen. Das georgische Recht folgt dem Prinzip des *numerus clausus*.<sup>27</sup> So wie auch im deutschen Recht,<sup>28</sup> ist für die Entstehung der beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken deren Eintragung in einem öffentlichen Register erforderlich.<sup>29</sup>

### 3. Sachenrecht vs. Vermögensrecht

Im Hinblick auf die Bestimmung der Objekte des Eigentums scheint das georgische Recht auf den ersten Blick vom deutschen Recht abzuweichen. Während das deutsche Recht unter dem Eigentum ein umfassendes Recht an einer Sache, d.h. einem körperlichen Gegenstand (§ 90 BGB) versteht,<sup>30</sup> bestimmt Art. 170 georg. ZGB, dass unter dem Objekt des Eigentums das Vermögen zu verstehen ist. Zum Vermögen werden gem. Art. 147 georg. ZGB „alle Sachen und immaterielle Vermögensgüter gezählt, deren Besitz, Nutzung und Verfügung allen natürlichen oder juristischen Personen zusteht [...]“. Damit werden im georgischen Recht neben Sachen auch subjektive Vermögensrechte, wie z.B. das Recht auf Förderung von Bodenschätzen,<sup>31</sup> zum Vermögen und damit zu den Objekten des Eigentums gezählt.<sup>32</sup> Das georgische ZGB verwendet ferner den Begriff des „geistigen Eigentums“,<sup>33</sup> das in der georgischen Lehre als eine spezifische Eigentumsform neben dem traditionellen Verständnis vom Sacheigentum aufgenommen wurde.<sup>34</sup>

Die Beschränkung der Objekte des Eigentums auf Sachen, d.h. auf körperliche Gegenstände, ist im deutschen Recht kein Zufall. Der weite Begriff des Eigentums als das Recht der uneingeschränkten Sachherrschaft

---

<sup>27</sup> Knieper/*Chanturia*/Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Berlin 2010, S. 250.

<sup>28</sup> § 873 BGB.

<sup>29</sup> Art. 11 Abs. 5 georg. Gesetz „Über das öffentliche Register“ vom 19.12.2008.

<sup>30</sup> *Wilhelm*, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 2007, S. 1.

<sup>31</sup> Siehe ausführlich: Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens Nr. AS-379-352-2010 vom 19.10.2010, abrufbar unter <<http://prg.supremecourt.ge>>.

<sup>32</sup> *Kereselidze*, Kerjo samart'lis uzogadesi sistemuri c'nebebi [Allgemeine Begriffe des Privatrechts], Tiflis 2009, S. 186.

<sup>33</sup> Teil 4 des georgischen ZGB hat als amtliche Überschrift „Das Recht des intellektuellen Eigentums“. Bei seiner Einführung (am 25.11.1997) hat das georgische ZGB die Fragen des intellektuellen Eigentums detaillierter geregelt, jedoch wurden im Jahre 1999 Änderungen vorgenommen, infolge derer diese Rechtsmaterie aus dem georgischen ZGB entfernt wurde und heute in einem speziellen Gesetz geregelt wird.

<sup>34</sup> *Zoidze*, oben Fn. 2, S. 173.

wird durch den engen Begriff der Sache kompensiert.<sup>35</sup> In der historischen Perspektive folgt der Begriff des Eigentumsobjekts als ausschließlich körperlicher Gegenstand logisch aus dem von *Savigny* vorgeschlagenen Eigentumsmodell, das dem deutschen Sachenrecht zu Grunde liegt, welches das Modell des Feudaleigentums ersetzte.<sup>36</sup> Als ein Gegenmodell gilt die Fortbildung des Sachenrechts zugunsten eines umfassenden Güterrechts, das in den neuen Kodifikationen des Zivilrechts zunehmend zum Zuge kommt.<sup>37</sup>

Im Augenblick ist es schwierig einzuschätzen, ob Georgien tatsächlich dem zweiten Modell folgt, was zu einer zunehmenden Annäherung der Schutzregelungen bezüglich Sachen und immaterieller Güter führen könnte. Es ist nämlich auch denkbar, dass die Einbeziehung der Vermögensgegenstände in den Anwendungsbereich des Sachenrechts sich als ein terminologischer Fehler des georgischen Gesetzgebers herausstellen wird, der keine weiteren Folgen nach sich zieht. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist festzustellen, dass das georgische Recht unterschiedliche Regelungen bezüglich Sachen und immaterieller Güter vorsieht. So erstreckt sich die Wirkung des Art. 172 des georg. ZGB, der dem Eigentümer einen Herausgabeanspruch gegen den unredlichen Besitzer und einen Beseitigungsanspruch hinsichtlich solcher Störungen gewährt, die nicht mit einem Entzug der Sache verbunden sind, entsprechend dem Wortlaut lediglich auf Sachen, d.h. körperliche Gegenstände. Die Fragen der Verletzung von Urheberrechten und Nebenrechten sind dagegen in einem speziellen Gesetz geregelt.<sup>38</sup> Auf diese Weise umfasst die Eigentumsbestimmung über die sog. negativen Befugnisse des Eigentümers nicht die Vermögensrechte. Auf der anderen Seite gibt es zwischen dem deutschen und dem georgischen Recht bedeutende Unterschiede im Deliktsrecht. Während § 823 BGB grundsätzlich nur dem Schutz absoluter Rechte dient, was mit dem oben beschriebenen engen Eigentumsbegriff korrespondiert, enthält das georgische Deliktsrecht ein Generaldelikt. Gemäß Art. 992 georg. ZGB ist eine Person, welche vorsätzlich oder fahrlässig einem anderen gegenüber eine widerrechtliche Handlung begeht, diesem zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Eine Differenzierung der Rechtsfolgen je nach Art der verletzten Rechtsgüter wird nicht vorgenommen, was zu einem pauschalen Vermögensschutz führt.

In der georgischen Lehre hat sich bezüglich des Eigentumsobjekts noch keine eindeutige Position herausgebildet. Zum Teil wird darauf hingewie-

---

<sup>35</sup> Zum Erfordernis einer solchen Kompensation siehe ausführlich *Knieper*, Gesetz und Geschichte, Baden-Baden 1996, S. 210.

<sup>36</sup> Siehe ausführlicher *Wiegand*, oben Fn. 16, S. 112 ff.

<sup>37</sup> *Knieper*, Von Sachen und Gütern – in neuen und alten Kodifikationen, in: Lorenz/Trunk/Eidenmüller u.a. (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 759 ff.

<sup>38</sup> Georgisches Gesetz „Über die Urheberrechte und Nebenrechte“ vom 22.6.1999.

sen, dass das Sachenrecht die Herrschaftsbeziehung der Person über eine Sache regelt.<sup>39</sup> Es wird insbesondere ausgeführt, dass das Vermögen als solches kein einheitliches Objekt darstellt, und eine eindeutige Definition, die in Bezug auf Sachen vorgenommen wird, unmöglich erscheint.<sup>40</sup> Auf der anderen Seite existieren auch Definitionen, welche als Gegenstand des Sachenrechts auch Vermögenspositionen mitumfassen.<sup>41</sup>

#### 4. Rezeption der sachenrechtlichen Prinzipien

##### a) Die Bedeutung der Prinzipien im georgischen Recht

Anzumerken ist zunächst, dass der Einfluss der Prinzipien im Recht der Länder des Kaukasus und Zentralasiens generell nicht groß ist.<sup>42</sup> Dort orientiert sich die Gerichtspraxis bei der Gesetzesauslegung in erster Linie am Gesetzestext und bevorzugt die formale Vorgehensweise statt der Auslegung, die auf den Prinzipien oder einem Interessenausgleich beruht.<sup>43</sup> Die Situation in Georgien ist keine Ausnahme, auch wenn sich dort eine positive Tendenz im Hinblick auf die Entwicklung der Rechtsmethodik bemerkbar macht.<sup>44</sup> Diese Entwicklung ist in erster Linie auf die personelle Erneuerung der Gerichte und eine Verbesserung der Qualifikation der Richter zurückzuführen.<sup>45</sup> In Bezug auf die Prinzipien des Sachenrechts wäre weiterhin zu erwähnen, dass die georgische Lehre in vielerlei Hinsicht die deutsche Rechtsliteratur rezipiert,<sup>46</sup> was den Stellenwert der Prinzipien erhöht.

Die Rezeption der deutschen sachenrechtlichen Prinzipien durch das georgische Zivilrecht wird allerdings durch die unterschiedliche Einstellung beider Rechtsordnungen zur richterlichen Rechtsfortbildung erschwert.

<sup>39</sup> Siehe *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 1.

<sup>40</sup> Siehe *Chanturia*, *Samok'alak'o samart'lis zogadi nacili* [Allgemeiner Teil des Zivilrechts], Tiflis 2011, S. 159.

<sup>41</sup> Zum Beispiel: „Das Sachenrecht stellt eine Gesamtheit der Normen dar, die die Bedingungen der Herrschaft von natürlichen und juristischen Personen über die Vermögensgüter (Sachen) aufstellen“; *Chanturia*, *Sanivt'o samart'lis jirit'adi princ'ipebi sak'art' velos momaval samok'alak'o kodek'sši* [Allgemeine Prinzipien des Sachenrechts in dem zukünftigen georgischen Zivilgesetzbuch], 1994 clis 23–25 maisis komp'erenc'iis masalebi „samart'lis rep'orma sak'art'velošī“ [Materialien der Konferenz 23.–25. Mai 1994 „Rechtsreform in Georgien“], Tiflis 1994, S. 226.

<sup>42</sup> *Chanturia*, oben Fn. 27, S. 232.

<sup>43</sup> *Knieper/Chanturia/Schramm*, *Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien*, Berlin 2010, S. 78 ff.

<sup>44</sup> Hervorzuheben ist z.B. die Übersetzung des Lehrbuchs von *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, München 2006, ins Georgische.

<sup>45</sup> Zur Reform in der Richterausbildung siehe ausführlich *Chanturia*, oben Fn. 27, S. 577 ff.

<sup>46</sup> Vgl. insbesondere folgende Beiträge und Monographien: *Chanturia*, oben Fn. 41; *Zoidze*, oben Fn. 18; *Chanturia*, oben Fn. 18; *Čečelašvili*, oben Fn. 18.

Während im deutschen Recht die Prinzipien logische, systematische oder teleologische Gesichtspunkte bei der Auslegung der anzuwendenden Normen liefern<sup>47</sup> und dadurch die Entwicklung des Rechts im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung ermöglichen, sind in Georgien die Gerichte wesentlich vorsichtiger bei der Weiterentwicklung des Zivilrechts. Zum Teil lässt sich dieser Umstand dadurch erklären, dass der Gesetzgeber in der Regel schnell auf die sich verändernden Bedürfnisse des Rechtsverkehrs reagiert und bei Bedarf die Herangehensweise an die Lösung eines bestimmten Problems grundlegend ändert.

Nichtsdestotrotz sind die Prinzipien des deutschen Sachenrechts, mit Ausnahme des Abstraktionsprinzips, das in Georgien nur eingeschränkt rezipiert wurde und nur bei der Abtretung der Forderungen,<sup>48</sup> nicht jedoch bei der Übereignung beweglicher Sachen gilt,<sup>49</sup> Bestandteil des georgischen Sachenrechts geworden. Numerus clausus, Publizitätsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz sind nach der Ansicht der georgischen Lehre auch dem georgischen Recht immanent.<sup>50</sup> So äußert sich zum Beispiel die Rezeption des Spezialitätsgrundsatzes im georgischen Recht dadurch, dass dort anders als in den meisten GUS-Staaten<sup>51</sup> ein Unternehmen nicht als ein eigenständiges Objekt des Sachenrechts, sondern – ähnlich wie im deutschen Recht<sup>52</sup> – als eine Gesamtheit von unbeweglichen und beweglichen Sachen, Forderungen und Rechten wahrgenommen wird.<sup>53</sup> In der georgischen Lehre wird unterstrichen, dass ein Unternehmen als eine „organisatorische Einheit“ von Sachen und Vermögenspositionen<sup>54</sup> ein Objekt des Schuldrechts, aber nicht des Sachenrechts sein kann.<sup>55</sup>

### b) Verdinglichung obligatorischer Rechte

In dem heutigen deutschen Recht existieren zahlreiche Fälle von Einschränkungen der sachenrechtlichen Prinzipien und einer zunehmenden Annäherung des Sachen- und des Schuldrechts.<sup>56</sup> Ein Beispiel dafür ist die sog.

---

<sup>47</sup> *Wilhelm*, oben Fn. 30, S. 6.

<sup>48</sup> *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 193; *Čečelašvili*, oben Fn. 18, S. 238.

<sup>49</sup> Siehe ausführlich unten Abschnitt III.

<sup>50</sup> *Chanturia*, oben Fn. 41, S. 228 ff.; *Chanturia*, oben Fn. 18, S. 154; *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 5 ff.

<sup>51</sup> *Chanturia*, oben Fn. 27, S. 240.

<sup>52</sup> *Wilhelm*, oben Fn. 30, S. 11.

<sup>53</sup> Siehe *Chanturia*, oben Fn. 41, S. 228 ff.; *Chanturia*, oben Fn. 18, S. 154; *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 5–9.

<sup>54</sup> Siehe *Chanturia/Ninidze*, *Mecarmet'a Šesaxeb kanonis komentari* [Kommentar zum Gesetz über gewerbliche Unternehmen], 2. Aufl., Tiflis 1998, S. 10.

<sup>55</sup> Siehe *Kereselidze*, oben Fn. 32, S. 208.

<sup>56</sup> Sehr ausführlich dazu *Fühler*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Tübingen 2006.

Verdinglichung obligatorischer Rechte.<sup>57</sup> Ein klassisches Beispiel dafür ist das Recht des Mieters aus dem Mietvertrag über Wohnräume. Gemäß § 566 Abs. 1 BGB tritt nach der Veräußerung des Wohnraumes durch den Vermieter an einen Dritten der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Auf diese Weise bekommt das Recht des Mieters aus dem Mietvertrag über Wohnräume partiell einen absoluten Charakter, was an sich ein Merkmal des Sachenrechts ist. Dem Publizitätsprinzip des deutschen Rechts, das für die Entstehung von dinglichen Rechten an Immobilien eine Eintragung in das Grundbuch verlangt, wird dabei insofern nur in einer abgeschwächten Form Genüge getan, als immerhin die Übergabe der Wohnung an den Mieter erforderlich ist.

Auch das georgische Recht entschied sich für eine gewisse Verdinglichung der Position des Mieters. Gemäß Art. 572 georg. ZGB tritt der Erwerber einer vermieteten Sache an die Stelle des Vermieters, falls der Vermieter diese nach ihrer Übergabe an den Mieter veräußert. Auch beim Erlöschen des Erbbaurechts tritt der Grundeigentümer gemäß Art. 241 georg. ZGB in die durch den Erbbauberechtigten geschlossenen Miet- und Pachtverträge ein.

Allerdings hat der georgische Gesetzgeber das Publizitätsprinzip stärker als der deutsche berücksichtigt und führte einige Zeit nach der Verabschiedung des ZGB eine Pflicht zur Registrierung der Mietverträge ein. Diese ist nicht im ZGB verankert, sondern ergibt sich aus dem Gesetz „Über das öffentliche Register“, das in Art. 11 Abs. 1 eine Registrierung von Miete, Untermiete, Pacht und Unterpacht im Register der unbeweglichen Sachen verlangt, ohne allerdings die Rechtsfolgen der unterlassenen Registereintragung festzulegen.

---

<sup>57</sup> *Dulkeit*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, S. 11 ff.; *Weitnauer*, Verdinglichte Schuldverhältnisse, in: Canaris/Diederichsen (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983, S. 705–721; *Canaris*, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, in: Jakobs u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 371 ff.

### III. Der Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen

#### 1. Abstraktionsprinzip vs. Kausalprinzip

##### a) Deutsches Recht

Das Abstraktionsprinzip ist eine Besonderheit des deutschen Sachenrechts, die keine große Verbreitung in Europa erfahren hat.<sup>58</sup> Für das Kausalprinzip werden eine etwas leichtere Handhabung sowie der Umstand vorgebracht, dass der Schutz des Rechtsverkehrs durch den gutgläubigen Erwerb hinreichend gewährleistet sei und daher kein Bedarf für das Abstraktionsprinzip bestehe.<sup>59</sup> Zum Teil wird auch vertreten, dass gerade das Kausalitätsprinzip in den Fällen, in denen die Unterschiede zwischen dem Abstraktions- und dem Kausalmodell in der Praxis auftreten, zu gerechten Ergebnissen führe.<sup>60</sup> Außerdem sollte man beachten, dass in der Praxis der Unterschied zwischen dem Kausal- und Abstraktionsprinzip eine umso geringere Rolle spielt, je stärker sich der Schutz des gutgläubigen Erwerbs im Kausalsystem äußert.

Das Abstraktionsprinzip wurde ursprünglich als ein Mittel des Verkehrsschutzes konzipiert, mit dem Ziel, den redlichen Erwerber von dem Risiko zu entlasten, dass sein Vormann nicht Eigentümer des Veräußerungsgegenstandes geworden ist. Anscheinend ist im Gesetzgebungsverfahren übersehen worden, dass auch das Institut des gutgläubigen Erwerbs dieselbe Funktion erfüllt.<sup>61</sup> In der heutigen Zeit wird das Abstraktionsprinzip jedenfalls nicht länger als das zentrale Element des Verkehrsschutzes betrachtet.<sup>62</sup>

Auf der anderen Seite spricht für das Abstraktionsprinzip zunächst das systematische Argument der klaren Trennung von Sachenrecht und Schuldrecht, welche dem Gedanken des Verkehrsschutzes und der Rechtsklarheit besser gerecht wird.<sup>63</sup> Die aus dem Abstraktionsprinzip folgende Irrelevanz rein schuldvertraglicher Wirksamkeitsmängel für nachfolgende Erwerbs-

---

<sup>58</sup> Siehe ausführlich: *Ferrari*, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip, ZEuP 1993, S. 52, 62.

<sup>59</sup> *Wacke*, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe? Unterschiede im Rezeptionsprozess und ihre mögliche Überwindung, ZEuP 2000, S. 254, 262; *Tuktarov*, Abstraktnaja model' peredači prava sobstvennosti na dvižimye vešči [Abstraktes Modell der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen], Vestnik VAS 2006, Nr. 8, S. 31.

<sup>60</sup> *Wacke*, vorige Fn., S. 262.

<sup>61</sup> *Wiegand*, oben Fn. 16, S. 120.

<sup>62</sup> *Wiegand*, oben Fn. 16, S. 125.

<sup>63</sup> *Honsell*, Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?, in: *Bucher/Canaris/Honsell u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern/München 2005, S. 355.

vorgänge bewirkt eine Verstärkung des Verkehrsschutzes und eine Erleichterung des Warenumsatzes.<sup>64</sup> Schließlich wird vorgebracht, dass das Abstraktionsprinzip eine leichtere Konstruierbarkeit der Sicherungsformen gewährleiste und auch seine Durchbrechung relativ leicht zu konstruieren sei und dass es im Ergebnis den Verhältnissen der modernen Wirtschaft besser gerecht werde als die Einheitskonstruktion.<sup>65</sup>

### b) Die Diskussion bei der Verabschiedung des georgischen ZGB

Während der Ausarbeitung des georgischen Zivilgesetzbuches wurde das Abstraktionsprinzip als eines der maßgeblichen Sachenrechtsprinzipien diskutiert.<sup>66</sup> Nichtsdestotrotz hat die Rezeption dieses Prinzips im Hinblick auf die Übertragung des Eigentums<sup>67</sup> an beweglichen Sachen nicht stattgefunden.<sup>68</sup> Die Ablehnung des Abstraktionsprinzips wurde damit begründet, dass es einen einheitlichen Vorgang der Eigentumsübertragung aufspalte und eine Zierde der Dogmatik zu sein scheine, die in den Rechtsverkehr nichts als Verwirrung bringe.<sup>69</sup>

Als eine Alternative zum Trennungs- und Abstraktionsprinzip wird in der georgischen Rechtslehre das „Einheitsprinzip“ angesehen, das keine Aufteilung in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte vorsieht. In diesem Fall geht das Eigentum durch den Abschluss eines Schuldvertrags über, wobei in einigen Varianten dieses Modells in einer Reihe von Fällen keine weiteren Voraussetzungen für die Übertragung des Eigentums verlangt werden als die Existenz eines solchen schuldrechtlichen Vertrags (Konsensualsystem des Eigentumsübergangs). In einem solchen Modell geht das Eigentum an den Erwerber unmittelbar nach dem Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags über.<sup>70</sup>

Allerdings wurde auch das reine Konsensualmodell nicht in das georgische Sachenrecht aufgenommen. Während aus der Sicht der Kommission das Abstraktionsprinzip den Vorgang der Eigentumsübertragung zu sehr verkompliziere, werde er durch das reine Konsensualmodell zu sehr ver-

<sup>64</sup> *Grigoleit*, Abstraktion und Willensmängel, AcP 199 (1999), S. 384.

<sup>65</sup> *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009, S. 57.

<sup>66</sup> Siehe *Chanturia*, oben Fn. 41, S. 241.

<sup>67</sup> Es ist anzumerken, dass die Abtretung im georgischen Recht als ein abstraktes Rechtsgeschäft ausgestaltet ist, *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 193; *Čečelašvili*, oben Fn. 18, S. 238.

<sup>68</sup> *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 10; *Dzlierišvili*, K'onebis sakut'rebaši gadac'emis xelšekrulebat'a smart'lebrivi buneba [Rechtsnatur der Verträge zur Eigentumsübertragung], Tiflis 2010, S. 34.

<sup>69</sup> *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 147 ff.; *Zoidze*, oben Fn. 2, S. 222.

<sup>70</sup> *Chanturia*, oben Fn. 18, S. 155, 192: Dieses Modell des Eigentumsübergangs existiert in Frankreich und in den skandinavischen Ländern.

einfacht. Zudem werde der Erwerber insofern mit unangemessenen Risiken belastet, als er ab dem Moment der Einigung Eigentümer der Sache wird.<sup>71</sup>

Stattdessen hat der georgische Gesetzgeber das kausale Traditionssystem beibehalten, das bereits in der Sowjetzeit galt.<sup>72</sup> In diesem Modell vollzieht sich der Übergang des Eigentums auf der Grundlage des Verpflichtungsgeschäfts, aber nur in Verbindung mit seiner tatsächlichen Erfüllung.

### c) Die gesetzliche Regelung im georgischen Recht

Gemäß Art. 186 georg. ZGB ist für den Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache notwendig, dass der Eigentümer dem Erwerber die Sache „aufgrund eines wirksamen Rechts“ übergibt.

Im Hinblick auf die Auslegung des Begriffs „wirksames Recht“ gibt es in der georgischen Rechtsliteratur unterschiedliche Auffassungen. Nach einer Ansicht birgt die Formulierung insofern einen terminologischen Fehler des Gesetzgebers, als in Art. 186 stattdessen „wirksames Rechtsgeschäft“ gemeint war.<sup>73</sup> Es existiert auch eine Gegenansicht, die den verwendeten Terminus „wirksames Recht“ als „Forderungsrecht“ bzw. als „Anspruch“ versteht, da die Grundlage für die Übereignung einer Sache neben einem schuldrechtlichen Vertrag auch ein gesetzliches Schuldverhältnis sein könne. In einem solchen Fall sei das Abstellen auf ein Rechtsgeschäft ungenau.<sup>74</sup>

Die letztgenannte Ansicht ist vorzugswürdig. Auch wenn eine Übereignungsverpflichtung in der Regel einem Schuldvertrag entstammt, können die Fälle, in denen eine solche Verpflichtung auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis – zum Beispiel einem Delikt oder der Geschäftsführung ohne Auftrag – basiert, nicht ausgeschlossen werden. Damit weist die Voraussetzung der Übereignung „aufgrund eines wirksamen Rechts“ in Art. 186 des georg. ZGB lediglich auf das kausale System der Eigentumsübertragung bei den beweglichen Sachen hin.

---

<sup>71</sup> Zoidze, oben Fn. 18, S. 148.

<sup>72</sup> Ioffe, oben Fn. 19, S. 409.

<sup>73</sup> Siehe Čečelašvili, Some defects in the civil code of Georgia, <[http://www.tarasei.narod.ru/read/st16.htm#\\_ftn1](http://www.tarasei.narod.ru/read/st16.htm#_ftn1)>.

<sup>74</sup> Siehe Danelia, Gamiĵvnis princ'ipi Čuk'ebis xelšekrulebis magalit'ze, k'art'uli samart'lis mimoxilva, spec'ialuri gamoc'ema [Trennungsprinzip am Beispiel des Schenkungsvertrags], K'art'uli samart'lis mimoxilva/The Georgian Law Review (im Weiteren: GLR) 2008, Sonderausgabe, S. 43–44. Dieser Auffassung folgt auch die deutsche Übersetzung des georgischen ZGB (oben Fn. 1), in der in Artikel 186 der Terminus „Anspruch“ verwendet wird.

#### d) Rückabwicklung unwirksamer Übereignungsverträge

Wie oben ausgeführt, liegt dem georgischen Mobiliarsachenrecht das kausale Modell zugrunde, was dazu führt, dass im Falle der Unwirksamkeit des der Übereignung zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts die Eigentumsübertragung anders als im deutschen Recht nicht stattfinden kann. Damit müsste auch die Rückabwicklung unwirksamer Verträge, die eine Übereignung beweglicher Sachen zum Gegenstand haben, nach anderen Regeln als im deutschen Recht erfolgen. Zu der Rückabwicklung unwirksamer Verträge ist zunächst anzumerken, dass das frühere sowjetische Recht insofern eine Spezialregelung enthielt, die z.B. im modernen russischen Recht erhalten geblieben ist.<sup>75</sup> Durch die Rezeption des BGB ist diese Regelung aus dem georgischen Recht verschwunden. Ebenso wie das BGB enthält auch das georgische ZGB keine speziellen Regelungen über die Rückabwicklung von unwirksamen Rechtsgeschäften.

In der georgischen juristischen Literatur wurde die Meinung vertreten, dass auf die Rückabwicklung von nichtigen Rechtsgeschäften die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung finden sollten.<sup>76</sup> Es ist allerdings anzunehmen, dass diese Auffassung von deutschem Recht beeinflusst wurde und aus der Sicht des georgischen Rechts nicht korrekt ist. Wie oben dargestellt, hindert die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, das der Eigentumsübertragung zugrunde liegt, den Eigentumsübergang. Damit bleibt der Veräußerer Eigentümer und kann die Sache von dem Erwerber vindizieren. Die Rückerstattung des bereits gezahlten Kaufpreises erfolgt dagegen nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung.<sup>77</sup>

Das georgische Recht enthält Normen, die das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem unrechtmäßigen Besitzer regeln (Artt. 163, 164 georg. ZGB) und dementsprechend wohl auch beim Vorliegen von Vindikationsansprüchen anzuwenden sind, die sich bei der Rückabwicklung eines nichtigen Vertrags ergeben. Die georgischen Normen differenzieren ähnlich den Vorschriften der §§ 987–1007 BGB zwischen dem gutgläubigen und dem bösgläubigen Besitzer, insbesondere wenn es um Schadensersatz und Rechte auf Früchte geht. Zu beachten ist allerdings, dass die im georgischen Recht rezipierten Vorschriften der §§ 987–1007 BGB nicht als Regeln für die Rückabwicklung nichtiger Verträge geplant waren und

<sup>75</sup> Zur Problematik dieser Regelung siehe ausführlich z.B.: *Tuzov*, Restitucija pri nedejstvitel'nosti sdelok i zaščita dobrosovestnogo priobretatelja v rossijskom graždanskom prave [Restitution bei der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte und Schutz eines gutgläubigen Erwerbers im russischen Zivilrecht], Moskau 2007, S. 89 ff.

<sup>76</sup> *Chanturia*, Šesavali sak'art'velos samok'alak'o samart'lis zogad nacilši [Einführung in den allgemeinen Teil des Zivilrechts], Tiflis 2000, S. 392; *Chanturia*, oben Fn. 40, S. 399.

<sup>77</sup> Zur Rückabwicklung unwirksamer Verträge im kausalen System, *Honsell*, oben Fn. 63, S. 356 ff.

dementsprechend keinen Mechanismus enthalten, der in dieser Situation für einen angemessenen Interessensausgleich sorgen könnte. Insbesondere müssen die Instrumente, welche die Berücksichtigung des vertraglichen Synallagmas gewährleisten, wie z.B. die Saldotheorie im deutschen Recht, sich im georgischen Recht erst entwickeln. Es ist vorstellbar, dass die georgische Anwendungspraxis sich dabei eher am österreichischen oder schweizerischen Recht orientieren könnte, das allerdings von einer etwas anderen Bewertung der Interessen der beteiligten Parteien ausgeht als das deutsche.<sup>78</sup> Jedenfalls ist festzuhalten, dass die Unterschiede zwischen dem deutschen und dem georgischen Recht sich nicht auf die Voraussetzungen der Übereignung beschränken, sondern sich auch bei der Rückabwicklung von nichtigen Übereignungsverträgen fortsetzen werden.

## 2. Trennungsprinzip vs. Einheitsprinzip

Die Vorbedingung für das Abstraktionsprinzip im deutschen Recht ist das Trennungsprinzip, das die Rechtsgeschäfte in Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte unterteilt. Da das georgische Recht das Abstraktionsprinzip im Hinblick auf die Übereignung von beweglichen Sachen nicht übernommen hat, stellt sich die Frage, ob auch das Trennungsprinzip dem georgischen Recht nicht immanent ist. Während in der deutschen Literatur die Meinung vertreten wird, dass eine derartige Trennung denknotwendig ist,<sup>79</sup> wird in der georgischen Literatur ausgeführt, dass dem Trennungsprinzip nur im Zusammenhang mit dem Abstraktionsprinzip eine praktische Bedeutung beizumessen ist und dass es für eine strenge konzeptionelle Aufteilung in Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte dann keine praktische Rechtfertigung gibt, wenn beide nicht unabhängig voneinander wirksam sein können.<sup>80</sup>

Bei der Analyse der Normen, welche die Schuldverträge im georgischen Recht regeln, entsteht der Eindruck, dass der georgische Gesetzgeber nicht immer ein und demselben Modell gefolgt ist und in einigen Fällen zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften unterscheidet, in anderen dagegen nicht.

So folgt zum Beispiel die Regelung des Kaufvertrags, die offensichtlich dem deutschen Recht entlehnt wurde, dem Trennungsgedanken. Gemäß Art. 477 Abs. 1 georg. ZGB ist der Verkäufer verpflichtet dem Käufer das Eigentum an der verkauften Sache zu übertragen und die Sache zu übergeben. Damit unterscheidet der Gesetzgeber zwischen dem Verpflichtungsgeschäft, das lediglich ein Recht, die Übertragung des Eigentums zu for-

---

<sup>78</sup> Siehe ausführlich *Stadler*, Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch die Abstraktion, Tübingen 1996, S. 329 ff.

<sup>79</sup> *Weitnauer*, oben Fn. 57, S. 705, 709.

<sup>80</sup> *Danelia*, oben Fn. 74, S. 43 f.

dern, begründet, von der Eigentumsübertragung. Es ist anzunehmen, dass die Eigentumsübertragung notwendigerweise ein Verfügungsgeschäft sein muss. Betrachtet man die vorliegende Norm in Verbindung mit der Vorschrift des Art. 186 georg. ZGB, wonach der Eigentumsübergang aufgrund eines „wirksamen Rechts“ erfolgt, liegt es nahe anzunehmen, dass das georgische Recht zwischen Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäften unterscheidet und dass Art. 186 georg. ZGB gerade das Verfügungsgeschäft regelt, das man notwendigerweise von dem Verpflichtungsgeschäft unterscheiden muss.

Gleichzeitig existieren im georgischen Recht die sog. Realverträge, zu denen die Schenkung, das Darlehen und die Leihe zählen.<sup>81</sup> Die Besonderheit dieses dem römischen Recht entstammenden Vertragstypus besteht darin, dass ein solcher Vertrag erst mit der Übergabe der Sache an die kontrahierende Partei wirksam wird.<sup>82</sup> So bestimmt im Hinblick auf den Schenkungsvertrag<sup>83</sup> einer beweglichen Sache Art. 525 Abs. 1 georg. ZGB, dass dieser erst ab dem Moment der Übergabe der Sache als abgeschlossen gilt. Der Schenkungsvertrag über eine unbewegliche Sache gilt als geschlossen ab dem Moment der Eintragung des Eigentums ins Register (Art. 525 Abs. 2 georg. ZGB). Es ist anzunehmen, dass bei der Konzeption dieser Vorschriften der georgische Gesetzgeber gerade nicht zwischen den Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften unterschieden hat. Zu beachten ist ferner, dass die Regelung des Art. 525 georg. ZGB in einen gewissen Widerspruch zu Art. 186 georg. ZGB tritt. Nach dieser Vorschrift erfordert der Übergang des Eigentums eine Übergabe der Sache *aufgrund* eines „wirksamen Rechts“, während bei den Realverträgen die Übereignungsverpflichtung erst mit der Übergabe der Sache entsteht.

Allerdings ist anzumerken, dass die Parteien einen Schenkungsvertrag im georgischen Recht auch als ein kausales Rechtsgeschäft abschließen können. Gemäß Art. 525 Abs. 3 georg. ZGB erzeugt ein Schenkungsversprechen im Falle der Beachtung der Schriftform eine Verpflichtung. Obwohl die Konzeption der Schenkung im georgischen Recht sich von dem deutschen Recht, das keine Realverträge kennt, unterscheidet, kommen beide Rechtsordnungen bei der praktischen Anwendung zu gleichen Ergebnissen. Der Schenkungsvertrag erfordert im deutschen Recht gem.

---

<sup>81</sup> Zur Unterteilung der Verträge in reale und konsensuale: *Axvlediani, Valdebulebit'i samart'ali* [Schuldrecht], Tiflis 1999, S. 29; *Čečelašvili, Saxelšekrulebo samart'ali* [Vertragsrecht], Tiflis 2008, S. 26–27.

<sup>82</sup> *Fögen*, Vom „Typenzwang“ des römischen Rechts am Beispiel des Realvertrags, in: Pichonnaz u.a. (Hrsg.), *Spuren des römischen Rechts*, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Berlin 2007, S. 252; *Novickij/Pereterskij*, oben Fn. 22, S. 313–385.

<sup>83</sup> Art. 524 georg. ZGB: „Durch den Schenkungsvertrag überträgt der Schenker dem Beschenkten mit dessen Einverständnis die Vermögensgegenstände unentgeltlich in dessen Eigentum.“

§ 518 BGB in jedem Fall eine notarielle Beurkundung, jedoch ist ein Formmangel unbeachtlich, wenn der Vertrag später erfüllt wurde, so dass der Vertrag von Anfang an wirksam ist.

### *3. Die Übergabe der Sache bei dem Übergang des Eigentums an beweglichen Sachen*

Im deutschen Recht stellt das grundsätzliche Erfordernis der Sachübergabe für den Eigentumsübergang an beweglichen Sachen (§ 929 BGB) eine Ausprägung des Publizitätsprinzips dar.<sup>84</sup> Auf diese Weise wird es den Teilnehmern des Rechtsverkehrs ermöglicht, das Vorhandensein eines dinglichen Rechts festzustellen. Diese Vorstellung hat auch in das georgische Recht Einzug gefunden. Für den Erwerb einer beweglichen Sache ist es notwendig, dass der Besitz (die faktische Herrschaft über die Sache) auf den neuen Eigentümer übergeht (Art. 186 georg. ZGB). Es ist allerdings zu beachten, dass im deutschen Recht das Publizitätsprinzip hinsichtlich beweglicher Sachen einer gewissen Einschränkung unterliegt.<sup>85</sup> Beim Übergang des Eigentums kann die Übergabe einer Sache auch durch das sog. „Besitzkonstitut“ gem. § 930 BGB oder Abtretung eines Herausgabeanspruchs gem. § 931 BGB ersetzt werden. Dieses Modell wurde im georgischen Recht ohne nennenswerte Änderungen rezipiert. Gemäß Art. 186 Abs. 2 georg. ZGB erfolgt die Übergabe dadurch, dass dem Erwerber entweder der unmittelbare Besitz oder aufgrund eines Vertrages der mittelbare Besitz<sup>86</sup> einer Sache eingeräumt wird, wobei im letzteren Fall der ursprüngliche Eigentümer als unmittelbarer Besitzer gilt. Die Übergabe der Sache kann auch dadurch erfolgen, dass der Eigentümer seinen Besitzanspruch gegenüber einem Dritten auf den Erwerber überträgt.

### *4. Gutgläubiger Erwerb*

#### *a) Gutgläubiger Erwerb einer beweglichen Sache im georgischen Recht*

Die Normen des georgischen Rechts zum gutgläubigen Erwerb orientieren sich offensichtlich an den entsprechenden Normen des BGB, auch wenn sie diese nicht vollkommen nachbilden. Gemäß Art. 187 georg. ZGB wird der Erwerber auch dann Eigentümer einer Sache, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der Sache war, der Erwerber aber bezüglich dieser Tat-

---

<sup>84</sup> Wilhelm, oben Fn. 30, Rn. 34.

<sup>85</sup> Siehe ausführlicher Fühler, oben Fn. 56, S. 13, 550–557.

<sup>86</sup> Dieser ist in Art. 155 Abs. 3 georg. ZGB geregelt: „Besitzt eine Person eine Sache auf der Grundlage eines Rechtsverhältnisses, das sie auf bestimmte Zeit zum Besitz der Sache berechtigt oder verpflichtet, so wird diese als unmittelbare und diejenige, die das Recht oder die Verpflichtung gewährt bzw. auferlegt hat, als mittelbarer Besitzer angesehen.“

sache im guten Glauben war. So sieht das georgische Recht keine Differenzierung der Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs in Abhängigkeit von der Erwerbsweise vor, was einen bedeutenden Unterschied zum deutschen Recht darstellt.

Ist der Veräußerer nicht Eigentümer und wird die Übergabe der Sache durch ein Besitzkonstitut ersetzt, so wird im deutschen Recht gem. § 933 BGB der Erwerber Eigentümer, wenn ihm die Sache vom Veräußerer übergeben wird. Auch in den Fällen des Ersatzes der Übergabe einer Sache durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen einen Dritten (§ 931 BGB) wird der gutgläubige Erwerber Eigentümer, und zwar mit der Abtretung des Anspruchs und unter der Bedingung, dass der Veräußerer ein mittelbarer Besitzer der Sache war, andernfalls wird er Eigentümer mit Erlangung des Besitzes der Sache von der dritten Person (§ 934 BGB). Diese Differenzierung im deutschen Recht ist der Publizitätswirkung des Besitzes geschuldet und sie vermittelt auch einen gewissen Schutz gegen das unredliche Verhalten des Veräußerers. So ist z.B. der gutgläubige Erwerb des Sicherungseigentums ohne die Übergabe der Sache ausgeschlossen, was den Veräußerer daran hindert, mehrere solche Verfügungen in Bezug auf dieselbe Sache vorzunehmen. Das Fehlen einer entsprechenden Differenzierung im georgischen Recht führt dazu, dass die theoretische Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs im georgischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht wesentlich erweitert wird, aber auch dazu, dass die Schutzmechanismen gegen das unredliche Verhalten, die in der Regelung des deutschen Rechts impliziert sind, in diesem Bereich außer Kraft gesetzt werden.

Nach dem georgischen Recht muss das Tatbestandsmerkmal der Gutgläubigkeit bis zur Übergabe der Sache vorliegen, allerdings ist unter der Übergabe der Sache auch die Begründung des indirekten Besitzes zu verstehen (Art. 186 Abs. 2 georg. ZGB). Das deutsche Recht hingegen fordert das Vorhandensein der Gutgläubigkeit bis zur Vollendung des Erwerbs. Dementsprechend wird im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs gemäß §§ 933, 934 BGB das Vorhandensein der Gutgläubigkeit bis zur physischen Übergabe der Sache gefordert. Diese Abweichung erweitert erneut die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs im georgischen Recht im Vergleich zum deutschen.

Sowohl in Georgien als auch in Deutschland gilt der Erwerber nicht als gutgläubig, wenn ihm bekannt bzw. infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist,<sup>87</sup> dass der Veräußerer nicht der Eigentümer ist (§ 932 Abs. 2 BGB / Art. 187 Abs. 1 georg. ZGB). Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass im deutschen Recht die Beweislast bezüglich der Umstände, die zu

---

<sup>87</sup> Für das deutsche Recht: Palandt-Bassenge, Kommentar zum BGB, 69. Aufl., München 2010, § 932 Rn. 10; für das georgische Recht: *Čečelašvili*, oben Fn. 18, S. 201.

Bösgläubigkeit führen, der (ehemalige) Eigentümer der Sache trägt, d.h. das Fehlen der Gutgläubigkeit wird als eine negative Voraussetzung formuliert,<sup>88</sup> während das georgische Recht das Vorhandensein der Gutgläubigkeit als eine positive Voraussetzung formuliert, was dazu führt, dass der Erwerber die Beweislast tragen soll<sup>89</sup> und faktisch die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs reduziert werden.

Außerdem ist im georgischen Recht der gutgläubige Erwerb im Falle des unentgeltlichen Erwerbs (Art. 187 Abs. 2 georg. ZGB) ausgeschlossen, was nach der georgischen Rechtslehre durch die anfechtbare Rechtsnatur des unentgeltlichen Erwerbs bedingt ist.<sup>90</sup> Das deutsche Recht misst dem Interesse des Erwerbers beim unentgeltlichen Erwerb ebenfalls eine geringere Bedeutung bei als beim entgeltlichen. Gemäß § 816 Abs. 1 BGB erwirbt der bisherige Eigentümer beim Verlust des Eigentums an einer Sache das Recht, von dem Veräußerer infolge der ungerechtfertigten Bereicherung die Herausgabe des Erlöses zu verlangen, den er durch die Veräußerung der Sache erhalten hat; und wenn der Erwerb unentgeltlich erfolgt ist, das Recht, die Rückgabe der Sache wegen des rechtsgrundlosen Erwerbs von dem Erwerber zu verlangen. Auf diese Weise wird der unentgeltliche gutgläubige Erwerber im deutschen Recht zunächst Eigentümer, auch wenn er dazu verpflichtet wird, die Sache dem vorherigen Eigentümer zurückzugeben. Dies verleiht den nachfolgenden Rechtsgeschäften eine gewisse Stabilität und entspricht den im Abstraktionsprinzip enthaltenen Wertungen.

### *b) Unmöglichkeit des gutgläubigen Erwerbs bei abhanden gekommenen Sachen*

#### *aa) Definition des Abhandenkommens*

Im georgischen Recht wird, genauso wie im deutschen, der gutgläubige Erwerb dadurch ausgeschlossen, dass die Sache dem Eigentümer gestohlen wurde, verloren ging oder sonst aus seinem Besitz gegen seinen Willen abhanden gekommen ist. Allerdings ist der gutgläubige Erwerb selbst in dem Fall möglich, wenn es sich bei den erworbenen Gegenständen um Geld, Inhaberpapiere sowie Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung erworben wurden, handelt (§ 935 Abs. 2 BGB / Art. 187 Abs. 2 georg. ZGB).

<sup>88</sup> Palandt-Bassenge, vorige Fn., § 932 Rn. 15.

<sup>89</sup> *Biolingi/Lutringhausi*, Sak'art'velos samok'alak'o kodek'sis c'alkeuli mot'xovnis sap'ujvlebis sistemuri analizi [Systematische Analyse der Forderungsgründe gemäß dem georgischen Zivilgesetzbuch], Bremen/Tiflis 2004–2009, S. 68.

<sup>90</sup> Zu unentgeltlichen Verträgen im georgischen Recht siehe *P'utkaradze*, Usasqido xel'sekrulebebi k'artul samart'alši [Unentgeltliche Verträge im georgischen Recht], GLR 2001, Nr. 2, S. 17–25.

Es ist anzumerken, dass im deutschen Recht die Tatsache des Verlustes einer Sache gegen den Willen des Eigentümers die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs ausschließt. Im georgischen Recht hingegen schließt der Verlust der Sache gegen den Willen des Eigentümers laut der Gesetzesformulierung die Gutgläubigkeit des Erwerbers aus. Weiterhin ist zu beachten, dass das deutsche Recht den gutgläubigen Erwerb auch dann ausdrücklich ausschließt, wenn der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist und die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist. Eine solche Vorschrift fehlt im georgischen Recht.

Wichtig ist allerdings zu berücksichtigen, dass trotz einer äußerlichen Ähnlichkeit der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb ihre praktische Anwendung in Deutschland und Georgien sehr unterschiedlich sein kann. Zu beachten ist insbesondere die Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens vom 9. September 2002, welche durch die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Abhandenkommen“ die Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs im georgischen Recht stark einschränkt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, der den Verkauf eines Automobils beabsichtigte, führte Vertragsverhandlungen mit seinem Vertragspartner, dem er am 8. Oktober 2000 das Automobil und die Registrierungsurkunde unter der Bedingung übergab, dass die Umschreibung des Automobils auf den Namen des Letzteren nach der Bezahlung des Kaufpreises erfolgen sollte. Der Vertragspartner erstellte unter der Vorlage der ihm übergebenen Registrierungsurkunde und mit Hilfe eines Notars eine gefälschte Vollmacht, welche ihm ein umfassendes Verfügungsrecht über die Sache einräumte. Am selben Tag verpfändete der Vertragspartner das Automobil der Bank, um eine Verbindlichkeit in Höhe von USD 8.000 abzusichern. Der Kredit wurde notleidend, daraufhin veräußerte die Bank, die zu einer freihändigen Verwertung der verpfändeten Sache berechtigt war, das Automobil an den Beklagten. Der Kläger, der das Automobil im Jahre 2010 auf dem Automobilmarkt fand, erhob gem. Art. 172 georg. ZGB eine Vindikationsklage.

Das Gericht hat entschieden, dass der gutgläubige Eigentumserwerb des Beklagten durch das Abhandenkommen der Sache ausgeschlossen war.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup> Das Gericht wendete auf die Vindikation offensichtlich die allgemeine Verjährungsfrist an, die gem. Art. 128 Abs. 3 georg. ZGB 10 Jahre beträgt. Unklar blieb nach dem Sachverhalt auch, ob der Beklagte das Automobil direkt von der Bank erworben hat, oder ob dem noch ein weiterer Verkauf vorherging. Im ersten Fall wäre nämlich zu überlegen, ob der gute Glaube des Käufers sich auf das Eigentum der Bank oder lediglich auf ihre Verfügungsbefugnis im Rahmen der Pfandverwertung bezog. Zu beachten ist allerdings, dass das georgische Recht eine Pfandverwertung durch die Eigentumsbegründung des Pfandgläubigers zulässt (siehe hierzu ausführlich unten).

Nach der Auffassung des Gerichts schied die Sache aus dem Besitz des Eigentümers ohne seinen Willen aus, da das Ziel der Übergabe des Automobils an den Vertragspartner nicht die darauffolgende Verpfändung der Sache an die Bank war. Infolgedessen wurde auch die Übergabe des Automobils an den Käufer als ein Ausscheiden der Sache aus dem Besitz des Eigentümers gegen seinen Willen gewertet.

### *bb) Würdigung*

Aus der Sicht eines deutschen Juristen stellt sich die Entscheidung als überraschend heraus, da sie den Wertungen der deutschen Regelungen über den gutgläubigen Erwerb zuwiderläuft. In den Regeln des BGB hinsichtlich des gutgläubigen Erwerbs spiegelt sich der vom Gesetzgeber gefundene Ausgleich zwischen dem Erhaltungs- und Verkehrsinteresse, der sich in das allgemeine Prinzip der Rechtsscheinhaftung einordnen lässt.<sup>92</sup> Der vom deutschen Gesetzgeber gefundene Interessensausgleich verneint im Ergebnis die Schutzwürdigkeit des Eigentümers dann, wenn er die Sache selbst aus der Hand gab. Da der Eigentümer selbst die Person ausgewählt hat, der er diese Sache übergeben hat, fällt das unredliche Verhalten dieser Person in seine Risikosphäre. Im Falle des Abhandenkommens der Sache trägt das Risiko der Unerstetzbarkeit der Schäden der Erwerber, der den Verkäufer als seinen Vertragspartner auserwählt hat und auf den dementsprechend das Risiko des unredlichen Verhaltens abgewälzt werden kann. Auf diese Weise spielt der Zweck der Übergabe der Sache durch den Eigentümer für den gutgläubigen Erwerb grundsätzlich keine Rolle. Maßgeblich ist der tatsächliche Wille des Veräußerers, den unmittelbaren Besitz aufzugeben.<sup>93</sup>

Der Gesetzestext des georgischen Zivilgesetzbuchs legt die Vermutung nahe, dass der georgische Gesetzgeber einen vergleichbaren Interessensausgleich zwischen dem Eigentümer und dem gutgläubigen Erwerber anstrebte, indem er die Normen des deutschen BGB über den gutgläubigen Erwerb rezipierte. So wird in Art. 187 Abs. 2 georg. ZGB der gutgläubige Erwerb in den Fällen ausgeschlossen, in denen die Sache verloren gegangen, gestohlen worden oder dem Eigentümer gegen seinen Willen abhanden gekommen ist. Der Gesetzestext erlaubt die Annahme, dass unter dem „Willen“ nicht die aus der juristischen Sicht bedeutsame „Willenserklärung“ zu verstehen ist, die unter einer Bedingung geäußert werden kann, sondern ein faktisches Einverständnis in Bezug auf den Verlust des un-

---

<sup>92</sup> *Wilhelm*, oben Fn. 30, Rn. 927.

<sup>93</sup> Münchener Kommentar zum BGB-*Oechsler*, 5. Aufl., München 2009, § 935 Rn. 6; Palandt-*Bassenge*, oben Fn. 87, § 935 Rn. 6.

mittelbaren Besitzes. Der Übergabezweck erscheint in solchen Fällen dementsprechend irrelevant. Im vorliegenden Fall hat der Kläger selbst freiwillig die Sache dem Vertragspartner übergeben. Er hat den unmittelbaren Besitz nicht gegen seinen Willen verloren, die Sache wurde ihm weder gestohlen noch ist diese abhanden gekommen. Es würde sich allenfalls eine analoge Anwendung wegen der gefälschten notariellen Vollmacht anbieten. Dementsprechend wurde die oben genannte Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens in der georgischen Literatur kritisiert.<sup>94</sup>

Gleichzeitig sollte aber bei der Analyse der Entscheidung des Obersten Gerichts nicht außer Acht gelassen werden, dass die Grundlage der Entscheidung nicht das deutsche, sondern das georgische Recht bildete. Ungeachtet vieler Ähnlichkeiten weichen die Regeln zum gutgläubigen Erwerb im georgischen Recht von denen des deutschen Rechts ab. Wie oben ausgeführt, wird im georgischen Recht einerseits der gutgläubige Erwerb dadurch erschwert, dass die Beweislast hinsichtlich der Gutgläubigkeit dem Erwerber auferlegt wird. Andererseits führen die Besonderheiten der georgischen Regelung in einigen Fallkonstellationen zu einer Erweiterung der Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs im Vergleich zum deutschen Recht. Die Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens stellt einen weiteren Wendepunkt dar, an dem das georgische Recht sich von dem deutschen Vorbild löst.

## IV. Der Übergang des Eigentums an unbeweglichen Sachen

### 1. Der Begriff der unbeweglichen Sachen

In Anlehnung an das deutsche und anders als das sowjetische Recht<sup>95</sup> unterteilt das georgische Zivilgesetzbuch die Sachen in bewegliche und unbewegliche (Art. 148 des georg. ZGB). Als bewegliche Sachen werden sowohl im deutschen als auch im georgischen Recht allgemein Sachen angesehen, die nicht unbeweglich sind und keinen wesentlichen Bestandteil einer anderen Sache darstellen.<sup>96</sup> Das deutsche Recht umfasst mit dem Begriff der unbeweglichen Sachen Grundstücke und betrachtet das Gebäude grundsätzlich als einen Bestandteil des Grundstücks.<sup>97</sup> Eine Ausnahme

<sup>94</sup> *Čačava*, Nivt'is ukanono mp'lobelobidan gamot'xova [Herausgabe der Sache aus dem unrechtmäßigen Besitz], GLR 2004-4, Nr. 7, S. 760–782.

<sup>95</sup> *Chanturia*, oben Fn. 27, S. 235.

<sup>96</sup> *Chanturia*, oben Fn. 18, S. 164; Palandt-*Ellenberger*, Kommentar zum BGB, 69. Aufl., München 2010, Überblick vor § 90 Rn. 3; RGZ 55, S. 281, 284; RGZ 87, S. 43, 51.

<sup>97</sup> Palandt-*Ellenberger*, vorige Fn., Überblick vor § 90.

bilden die in § 95 BGB geregelten Gebäude, die als bewegliche Sachen angesehen werden. Das georgische ZGB hingegen zählt als unbewegliche Sachen das Grundstück, die darauf befindlichen Bodenschätze, die in seinem Boden wachsenden Pflanzen, sowie Gebäude und Anlagen, die fest mit dem Boden verbunden sind, auf (Art. 149 georg. ZGB). Auf diese Weise entsteht auf den ersten Blick der Eindruck, dass das Gebäude im georgischen Recht eine eigenständige unbewegliche Sache ist. Gleichzeitig sieht Art. 150 georg. ZGB das Gebäude als einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks an, wenn es fest mit dem Boden verbunden ist und nicht nur zur vorübergehenden Nutzung vorgesehen ist.

Der Begriff des wesentlichen Bestandteils der Sache wurde aus dem deutschen Recht übernommen. Dementsprechend definiert das georgische ZGB den wesentlichen Bestandteil einer Sache als denjenigen Teil der Sache, welcher von ihr nicht getrennt werden kann, ohne dass der Teil oder die Sache selbst zerstört oder deren Zweck vereitelt wird (Art. 150 Abs. 1 georg. ZGB). Während allerdings ein Bestandteil der Sache gem. § 93 BGB ihrer Definition nach nicht Objekt eines einzelnen Rechts sein kann, ist dies im georgischen Recht in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen durchaus möglich.<sup>98</sup> Als eine solche Ausnahme wird etwa eine Wohnung aus einem Mehrfamilienhaus angesehen.<sup>99</sup>

## 2. Das Prinzip „*superficies solo cedit*“

Das Prinzip „*superficies solo cedit*“, wonach das rechtliche Schicksal der Gebäude, die sich auf dem Grundstück befinden, mit dem rechtlichen Schicksal des Grundstücks verbunden ist, stellt eine rechtliche Einheit des Grundstücks und des Gebäudes her.<sup>100</sup> Dieses Prinzip hat seine Wurzeln im römischen Recht<sup>101</sup> und wurde aus Gründen der ökonomischen Effektivität ins BGB eingeführt.<sup>102</sup> Gemäß § 946 BGB erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf eine bewegliche Sache, wenn die Sache mit dem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird. Gemäß § 94 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Das Prinzip „*superficies solo cedit*“ schafft Rechtsklarheit, weil es einem potentiellen Erwerber ermöglicht, auf einfache Weise

---

<sup>98</sup> Art. 150 Abs. 1 georg. ZGB: „Bestandteil einer Sache, welcher von der Sache nicht getrennt werden kann, ohne dass die ganze Sache selbst oder dieser Teil zerstört oder deren Zweck vereitelt wird (wesentlicher Bestandteil einer Sache), kann Gegenstand besonderer Rechte nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen sein.“

<sup>99</sup> Art. 208 georg. ZGB, siehe auch *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 207.

<sup>100</sup> Staudinger-*Jickli/Stieper*, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 94 Rn. 2.

<sup>101</sup> Staudinger-*Jickli/Stieper*, vorige Fn., § 94 Rn. 1.

<sup>102</sup> BGH Urteil vom 9.1.1958 – II ZR 275/56 NJW 1958, S. 457.

festzustellen, auf welche Gegenstände sich das Verfügungsgeschäft erstreckt. Außerdem beugt es ökonomischen Einbußen vor, die infolge der Zugehörigkeit des Grundstücks und des Gebäudes zu verschiedenen Personen auftreten können.<sup>103</sup>

Der georgische Gesetzgeber hat insgesamt das Prinzip „*superficies solo cedit*“ rezipiert, indem er die Definition des wesentlichen Bestandteils einer Sache übernommen hat. Allerdings ist die Rezeption dieses Prinzips im postsowjetischen Raum mit einigen Schwierigkeiten verbunden, die durch die Tatsache bedingt sind, dass das sowjetische Recht kein Eigentum an Grundstücken zuließ, aber das Eigentum an Gebäuden vorsah.<sup>104</sup>

Das frühere georgische Gesetz „Über die Privatisierung des staatlichen Eigentums“ hat die Privatisierung der Grundstücke nicht geregelt,<sup>105</sup> mit Ausnahme der Grundstücke zur landwirtschaftlichen Nutzung.<sup>106</sup> Damit konnte ein einheitliches Eigentum am Grundstück und am Gebäude durch die Privatisierung nicht entstehen. Auch das georgische Gesetz „Über die Registrierung der Rechte an unbeweglichen Sachen“<sup>107</sup> ermöglichte eine separate Registrierung des Eigentums an Bauwerken (Gebäude, Anlagen), ohne dass der Inhaber zugleich Eigentümer des Grundstücks war. Unter den Begriff der unbeweglichen Sachen fielen demnach das Grundstück, „das Objekt des individuellen Eigentums“ (z.B. eine Wohnung im Mehrfamilienhaus) und „das Objekt des separaten Rechts“, unter dem die georgische Gesetzgebung sog. lineare Befestigung, d.h. Kommunikationsbefestigungen, Straßen für Automobile, Eisenbahnstrecken usw., oder andere Bauwerke verstand, die wesentliche Bestandteile des Grundstücks waren, aber dabei selbständig eigentumsfähig waren.

Im Juli 2010 wurde ein neues Gesetz „Über das staatliche Vermögen“<sup>108</sup> erlassen, das eine Regelung für die Privatisierung unbeweglichen Vermögens (einschließlich des nicht landwirtschaftlich genutzten Bodens) enthielt. Damit hat dieses neue Gesetz die Vorbedingungen für die separate Registrierung eines Gebäudes zwar beseitigt, allerdings wurden die ent-

---

<sup>103</sup> Staudinger-*Jickli/Stieper*, oben Fn. 100, § 94 Rn. 3; Palandt-*Heinrichs*, Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2010, § 94 Rn. 1.

<sup>104</sup> *Gerasin*, Separation of Real Property on Land Plots and Structures Located thereon and its Impact on Transactions Costs, in: Trunk (Hrsg.), Die Transformation dinglicher Rechte an Immobilien in Russland und anderen Staaten Mittel- und Osteuropas, Köln 2010, S. 49.

<sup>105</sup> Art. 2 Abs. 1 Gesetz „Über die Privatisierung des Staatsvermögens“ vom 30.5.1997 (N 743 – II).

<sup>106</sup> Gesetz „Über das Eigentum am Land mit Landwirtschaftlichen Zweckbindung“ vom 22.3.1996 (N 165 – II).

<sup>107</sup> Gesetz „Über die Registrierung der Rechte an unbeweglichen Sachen“ vom 18.12.2007 (N 5647 – II).

<sup>108</sup> Das georgische Gesetz „Über das staatliche Vermögen“ vom 21.7.2010 (N 3512 – RS).

sprechenden Änderungen nicht in die Registrierungsregelungen aufgenommen. Das heute geltende Gesetz „Über das öffentliche Register“<sup>109</sup> wiederholt in vielen Punkten die Regelungen des Gesetzes „Über die Registrierung des Rechts an Immobilien“, so dass im Ergebnis Gebäude und Anlagen zumindest theoretisch einer gesonderten Registrierung unterliegen können.

In anderen, nicht mit der Privatisierung verbundenen, Fällen betrachtet die Gerichtspraxis das Gebäude als einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks. So wurde zum Beispiel in der Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens vom 11.12.2007<sup>110</sup> der Berufungsbeschwerde (Kassationsklage) deswegen stattgegeben, weil das Berufungsgericht eine Entscheidung über das Eigentum an einem Teil des Wohnhauses fällte, ohne sich mit den Eigentumsverhältnissen am Grundstück auseinanderzusetzen, auf dem sich das Gebäude befand. Auf diese Weise hat das Berufungsgericht nach der Meinung des Obersten Gerichts die Vorschrift des Art. 150 georg. ZGB verletzt.

### *3. Die Voraussetzungen des Übergangs des Eigentums an unbeweglichen Sachen im georgischen Recht*

#### *a) Die Form des Rechtsgeschäfts*

Die heute geltenden Regeln über den Erwerb des Eigentums an unbeweglichen Sachen wurden durch das Gesetz vom 29.12.2006 in das georgische ZGB übernommen. Gemäß Art. 183 georg. ZGB in der geltenden Fassung reicht es für den Erwerb der Immobilien aus, ein Rechtsgeschäft in schriftlicher Form abzuschließen und „das durch das Rechtsgeschäft bestimmte Eigentum des Erwerbers“ im öffentlichen Register einzutragen.

In der Praxis wird die Unterzeichnung des Rechtsgeschäfts unmittelbar bei der Registrierungsbehörde durchgeführt, in der der Beamte die Identität der Parteien feststellt und die Parteien das Rechtsgeschäft in der vorgeschriebenen Form in seiner Anwesenheit vornehmen. Die Funktion des Beamten der Registrierungsbehörde beschränkt sich nur auf die Kontrolle, dass über eine Immobilie verfügt wird, und auf die Bestätigung, dass das Rechtsgeschäft unterzeichnet wurde. Die Verantwortung für den Inhalt und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts übernehmen vollständig die Parteien. Bis zu dieser Gesetzesänderung waren eine notarielle Beglaubigung des

---

<sup>109</sup> Das georgische Gesetz „Über das öffentliche Register“ vom 19.12.2008 (N 820 – RS).

<sup>110</sup> Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens vom 11.12.2007 Nr. AS-274-604-07, Entscheidungssammlung 2007 Nr. 1, S. 54, abrufbar unter <<http://www.supremecourt.ge/court-decisions/civil-cases/>> .

Rechtsgeschäfts und die Registrierung des Erwerbers im öffentlichen Register erforderlich,<sup>111</sup> was im Wesentlichen der Regelung des § 311b BGB entsprach.

Es ist zweifelhaft, ob die Vereinfachung der Form dem Rechtsverkehr tatsächlich zugute kommt. Das Erfordernis der notariellen Form erfüllte nicht nur eine mit dem Übereilungsschutz verbundene Warnfunktion, sondern gewährleistete auch eine gewisse Beratung für die am Rechtsgeschäft Beteiligten. Gerade der letzte Aspekt spielte in Georgien, wo die juristischen Kenntnisse der Bevölkerung im Allgemeinen relativ niedrig sind, eine wichtige Rolle. Gerade angesichts der Tatsache, dass es sich bei Immobiliengeschäften um Verträge handelt, die für die Beteiligten in der Regel von hoher Bedeutung sind, scheint das Absenken des Schutzniveaus, das die Form des Rechtsgeschäfts vermittelt, ungerechtfertigt.<sup>112</sup>

### *b) Die Bedeutung des öffentlichen Registers*

Die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs, die im deutschen Recht gem. §§ 891, 892 BGB besteht, ist im georgischen Recht rezipiert worden. Gemäß Art. 312 Abs. 1 georg. ZGB sowie Art. 5 des Gesetzes „Über das öffentliche Register“ gelten die Eintragungen im Register als richtig, bis ihre Unrichtigkeit bewiesen wird. Die Richtigkeitsvermutung des öffentlichen Registers in Georgien gibt dem Erwerber „die Garantie, dass ihm bei Ungenauigkeit der Aufzeichnungen und redlichem Vertrauen auf das öffentliche Register im Falle eines Streites Vorzug gewährt wird.“<sup>113</sup>

Wie oben dargestellt, erfordert eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an einer Immobilie im georgischen Recht eine Eintragung in das öffentliche Register, was mit dem deutschen Recht, das eine Grundbucheintragung fordert, übereinstimmt. Etwas unklar ist allerdings, ob im georgischen Recht die Eintragung im öffentlichen Register ein rechtsbegründendes Element für jede Entstehung oder jeden Übergang eines Rechts an einer Immobilie darstellt.

Einerseits gibt es eine Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens, in der ausgeführt wird, dass in bestimmten Fällen ein Grundstück unbestritten im Eigentum einer im Register nicht eingetragenen Person stehen kann und in einem solchen Fall einer Vindikationsklage stattzugeben sei.

<sup>111</sup> Art. 183 georg. ZGB in der früheren Redaktion.

<sup>112</sup> Zarandia, Das Problem der Vertragsform im georgischen Recht, in: Knieper (Hrsg.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis, Materialien einer Konferenz an der Universität Bremen vom 29. und 30. März 2007, Berlin 2009, S. 142–146.

<sup>113</sup> Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens, Nr. AS-203-622-06 vom 24.1.2006.

Als Beispiel führt das Oberste Gericht eine gesetzliche Erbfolge an, die durch einen Erbschein bestätigt wird.<sup>114</sup>

Andererseits kann man auf der Grundlage einer anderen Entscheidung des Obersten Gerichts Georgiens, die das gemeinsame Eigentum der Eheleute betraf, annehmen, dass das georgische Recht der Eintragung im öffentlichen Register eine konstitutive Wirkung auch in Bezug auf den nicht rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang beimisst. Gemäß Art. 1158 georg. ZGB werden Gegenstände, die im Laufe einer Ehe von einem Ehegatten erworben wurden, zum gemeinsamen Eigentum der Eheleute, wenn im Ehevertrag nichts anderes vorgesehen ist.<sup>115</sup> Das Oberste Gericht hat ausgeführt, dass, ausgehend von den Interessen des Erwerbers einer Immobilie, gemeinsames Eigentum der Eheleute an einer Immobilie erst nach der Eintragung in das öffentliche Register entstehe. Unterbleibe die Eintragung, würden die Aufzeichnungen des Registers für Dritte als richtig gelten.<sup>116</sup> Die Formulierung des Gerichts „gemeinsames Eigentum entsteht“ erlaubt den Schluss, dass das Gericht die Eintragung im Register als ein konstitutives Element für die Entstehung des Eigentums zugunsten des zweiten Ehegatten ansieht, auch wenn im gegebenen Fall das Eigentum nicht infolge einer Verfügung übergeht.<sup>117</sup> Man kann aber auch annehmen, dass die Formulierung ungenau war und das Oberste Gericht sich lediglich auf die Position des gutgläubigen Erwerbers bezog, zu dessen Gunsten die Aufzeichnung als richtig gilt. Ob die Eintragung des zweiten Ehegatten ins Register eine Voraussetzung für die Entstehung des Eigentums darstellt oder nicht, ist keine rein theoretische Frage, denn in jenem Fall, in dem die Eintragung ins Register eine Voraussetzung für die Entstehung des Eigentums ist, wird die Gutgläubigkeit des Erwerbers keine Rolle spielen, da der Erwerb vom Eigentümer erfolgt, sodass der Erwerber zum Eigentümer der Immobilie werden kann, auch wenn er weiß, dass die Sache güterrechtlich gesehen in das gemeinsame Eigentum der Ehegatten fällt.

---

<sup>114</sup> Empfehlungen des Obersten Gerichts Georgiens zu den problematischen Fragen der Rechtsanwendung im Zivilrecht vom 25.7.2007, S. 57, 59–60; <<http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/rekomend.pdf>>.

<sup>115</sup> Art. 1172 georg. ZGB.

<sup>116</sup> Entscheidungen der großen Kammer des Obersten Gerichts Georgiens: Didi palatis gadacqvetilebebši gamoyenebul normat'a ganmartebani, saqart'velos uzenaesi sasamart'lo [Normative Auslegungen, die in den Entscheidungen der großen Kammer des Obersten Gerichts Georgiens verwendet wurden], 2008, S. 12.

<sup>117</sup> Hierzu auch *Zarnadze*, K'orcinebis ganmavlobaši šejenili ujravi k'onebis mart'visa da gankargvis sakit'xebze sasamart'lo davebis gadacqvetis zogiert'i [Gemeinsames Eigentum der Ehegatten], GLR 2007-1, Nr. 10, S. 120–138.

## V. Eigentum als Kreditsicherungsmittel im georgischen Recht

Das Sicherungseigentum ist in Georgien gesetzlich nicht vorgesehen, wurde allerdings in Anlehnung an das deutsche Recht intensiv diskutiert.<sup>118</sup> Nichtsdestotrotz hat dieses Institut keinen Eingang in die georgische Rechtspraxis gefunden.

Im Unterschied zum deutschen Recht sieht das georgische Recht ein besitzloses Pfandrecht vor, d.h. eine wirksame Verpfändung einer beweglichen Sache kann auch ohne eine notwendige Übergabe erfolgen (Art. 258 Abs. 1 georg. ZGB).

Weiterhin erlaubt das georgische Recht den Parteien, eine Eigentumsübertragung mit Rückkaufsrecht zu vereinbaren, was ein in der Praxis verbreitetes Kreditsicherungsmittel darstellt. Gemäß Art. 509 georg. ZGB können die Parteien in einem Kaufvertrag dem Verkäufer das Recht zum Rückkauf der verkauften Sache innerhalb einer bestimmten Zeit einräumen.<sup>119</sup> Eine Rückkaufspflicht des Verkäufers besteht dabei nicht, es handelt sich lediglich um eine Option.<sup>120</sup> Das Rückkaufsrecht wird dadurch abgesichert, dass gem. Art. 513 georg. ZGB eine vor der Ausübung des Rückkaufsrechts vorgenommene Veräußerung nichtig ist. Im Übrigen wird der Käufer zum vollwertigen Eigentümer und erhält nicht lediglich ein Verwertungsrecht.

Bis zur Reform der gesetzlichen Regelungen über das Pfandrecht in den Jahren 2005–2008 war die Eigentumsübertragung mit Rückkaufsrecht von Immobilien als ein Kreditsicherungsmittel sehr weit verbreitet und drängte die Hypothek stark zurück. Dies war dadurch bedingt, dass die Verwertung der Hypothek als zu kompliziert und zu schuldnerfreundlich empfunden wurde.<sup>121</sup> Insbesondere enthielt die frühere Fassung des georgischen Zivilgesetzbuchs ein ausdrückliches Verbot, den Übergang der verpfändeten Sache in das Eigentum des Pfandgläubigers oder des Hypothekars als eine Möglichkeit der Pfandverwertung zu vereinbaren. Das Rechtsgeschäft, das

---

<sup>118</sup> Siehe *Chanturia*, Eigentum als Mittel der Forderungssicherung, Tiflis 1999, S. 95 ff.; *Biolingi*, Ujravi k'onebit' sakut'rebis uzrunvelqop'a sak'art'velos samok'alak'o kodek'sis magalit'ze [Forderungssicherung mithilfe von unbeweglichen Sachen am Beispiel des georgischen Zivilgesetzbuchs], Tengiz lilašvili 75 – saubileo krebuli [Festschrift für Tengiz Lilašvili zum 75. Geburtstag], o.O., o.J., S. 70–100; *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 357–360. Das Sicherungseigentum wurde als „Hilfsinstitut für die Hypothek“ angesehen, mit dem die für die Hypothek charakteristischen Mängel korrigiert werden.

<sup>119</sup> Der Gesetzgeber hat eine Höchstfrist (5 Jahre) für die Ausübung des Rückkaufsrechts eingeräumt (Art. 514 georg. ZGB).

<sup>120</sup> *Kakhadze*, Sak'art'velos samok'alak'o kodek'sis komentari [Kommentar zum Zivilgesetzbuch Georgiens], Buch 4 Teil 1, Tiflis 2001, S. 52; *Chanturia*, Sak'art'velos samok'alak'o kodek'sis komentari [Kommentar zum Zivilgesetzbuch Georgiens], Teil 3, Tiflis 2001, S. 99.

<sup>121</sup> *Biolingi*, oben Fn. 118, S. 70–100.

gegen dieses Verbot verstieß, war gem. Artt. 273, 302 Abs. 2 georg. ZGB (a.F.) nichtig.<sup>122</sup> In der georgischen Lehre wurde dieses Verbot mit dem Argument gerechtfertigt, dass ein unmittelbarer Übergang der verpfändeten Sache in das Eigentum des Pfandgläubigers gegen das Äquivalenzgebot verstoßen würde.<sup>123</sup>

Infolge der in den Jahren 2005–2008 durchgeführten Reform hat sich die Position des Gesetzgebers hinsichtlich der aufgeworfenen Frage allerdings grundlegend verändert. Heute ist die Verwertung des Pfands oder einer Hypothek durch den Übergang des Eigentums an der verpfändeten bzw. durch eine Hypothek belasteten Sache an den Pfandgläubiger möglich,<sup>124</sup> was die Verwendung des Rückkaufs als ein Sicherungsmittel zugunsten der Hypothek zurückdrängen dürfte.

Damit weicht die Entwicklung im georgischen Recht stark von den Grundsätzen ab, die dem deutschen Kreditsicherungsrecht zugrunde liegen. Anzumerken ist insbesondere, dass im deutschen Recht selbst das Sicherungseigentum, das nominell ein vollwertiges Eigentum verschafft, bei der Insolvenz kein Aussonderungsrecht, sondern lediglich ein Absonderungsrecht begründet (§§ 50, 51 Nr. 1 Insolvenzordnung) und damit ein Verwertungsrecht, nicht jedoch ein Recht auf die Sache selbst vermittelt.

## VI. Fazit

Zusammenfassend ist anzumerken, dass die Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien in erster Linie die Grundstrukturen der gesetzlichen Regelung erfasst hat. Die Ausgangsnormen wurden dabei zum Teil deutlich vereinfacht, was dazu führte, dass einige Details von der Rezeption nicht umfasst wurden, die auf den ersten Blick zweitrangig scheinen,

---

<sup>122</sup> Ursprüngliche Fassung des Art. 273 georg. ZGB: „Unwirksam ist eine solche Vereinbarung, der zufolge das Eigentum an der verpfändeten Sache direkt auf den Pfandgläubiger übergeht, wenn seine Forderung nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird.“ Die ursprüngliche Fassung des Art. 302 Abs. 2 georg. ZGB bestimmte in Bezug auf die Verwertung einer Hypothek: „Unwirksam ist eine solche Vereinbarung, der zufolge das Eigentum an der unbeweglichen Sache direkt auf den Gläubiger übergeht, wenn seine Forderung nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird.“

<sup>123</sup> *Chanturia*, Sak'art'velos samok'alak'o kodek'sis komentari [Kommentar zum Zivilgesetzbuch Georgiens], Buch 2, Tiflis 1999, S. 233; siehe weiterhin: *Zoidze*, oben Fn. 18, S. 305–306.

<sup>124</sup> Art. 260<sup>1</sup> georg. ZGB: „Der Pfandgegenstand kann aus den in diesem Gesetz vorgesehenen Gründen ins Eigentum des Gläubigers (Pfandgläubigers) nur im Falle des eingetragenen Pfandrechts übergehen. Darauf ist ausdrücklich im Vertrag hinzuweisen“; Art. 300 Abs. 1 georg. ZGB: „Eine mit Hypothek belastete unbewegliche Sache kann aus den in diesem Gesetz vorgesehenen Gründen ins Eigentum des Gläubigers (Hypothekengläubigers) übergehen, soweit dies ausdrücklich im Hypothekenvertrag vorgesehen ist.“

die aber, wie eine eingehende Analyse zeigt, im Ergebnis zu einer deutlichen Veränderung der rezipierten Regelung führten. Als ein auffälliges Beispiel für eine solche Veränderung können die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb dienen. Es kann angenommen werden, dass im Prozess der Weiterentwicklung das georgische Recht sich in der gegebenen Frage vom deutschen noch weiter entfernen wird.

In einigen Aspekten der Regulierung kann weiterhin eine gewisse Vermischung der rezipierten Institute und der noch zur Sowjetzeit geltenden Normen beobachtet werden. Schließlich wird auch deutlich, dass die Weiterentwicklung des georgischen Rechts zumindest teilweise zu einer Vergrößerung der Unterschiede führt. Dessen ungeachtet hat die Rezeption des deutschen Sachenrechts dazu geführt, dass im georgischen Sachenrecht deutlich weniger Relikte des sowjetischen Rechts verblieben sind als in vielen anderen Staaten der GUS.

# The New Georgian Arbitration Law in Practice

GIORGI TSERTSVADZE

I. Introduction .....	141
II. A period of hostility – Georgian version .....	143
1. Historical overview .....	143
2. Unsuccessful reform .....	144
3. Shortcomings of the Private Arbitration Law of 1997 .....	146
a) Domestic level .....	146
b) International level .....	148
III. Drafting and enforcing the new Georgian Arbitration Law of 2010.....	149
1. Drafting the new Georgian Arbitration Law .....	149
2. Conceptual points.....	150
a) Double vs. uniform regulation.....	150
b) Supportive powers of courts .....	152
aa) Theoretical overview .....	152
bb) Diversification of the supportive power .....	153
cc) Exclusion of the supportive power .....	155
c) Transition problems.....	156
aa) Contradictions in case law .....	156
bb) Influence of the old approach in case law.....	158
cc) Practical suggestions.....	159
IV. Arbitration agreement .....	161
1. Interrelation with other preconditions of valid arbitration procedure .....	161
2. Form.....	162
a) Exclusion of oral agreements .....	162
b) Arbitration agreement involving state, state bodies and individuals .....	164
3. Pathological arbitration agreements .....	165
a) Definition and the role of interpretation .....	165
b) Georgian approach .....	166
4. Alternatively formulated agreements .....	167
a) “Bifurcation” of the arbitration agreement .....	168
b) Arbitration vs. Litigation .....	168
aa) Global trends .....	168
bb) Georgian approach.....	169
5. Scope of arbitration agreement .....	172
a) Jurisdictional effects .....	172
b) Assignment of the arbitration agreement.....	172
aa) Global trends .....	172
bb) Georgian approach.....	175

c)	Influence of bankruptcy on the arbitration agreement .....	177
aa)	Global trends .....	177
bb)	Georgian approach.....	180
V.	Arbitrators.....	180
1.	Appointment of arbitrators.....	180
a)	Party-appointed arbitrators .....	180
b)	Interviews with prospective arbitrators .....	181
c)	Appointment by court or third party.....	182
aa)	Georgian approach.....	183
bb)	Global trends .....	184
d)	Legal entities as arbitrators.....	184
e)	Judges as arbitrators .....	185
f)	Professors as arbitrators.....	185
g)	Indication of arbitrator's name in the arbitration agreement .....	186
2.	Dissenting opinions.....	187
a)	Global trends .....	187
b)	Georgian approach .....	187
VI.	Interim measures.....	188
1.	Statutory regulation in Georgia.....	188
2.	Enforceability of interim measures .....	189
VII.	Law applicable to the subject matter of the dispute.....	191
VIII.	Arbitration award.....	192
1.	<i>Res judicata</i> effect of award.....	192
a)	Global trends .....	192
b)	Georgian approach .....	194
2.	Setting aside an award.....	195
a)	General overview .....	195
b)	Conflict of the setting aside and the recognition and enforcement procedure for domestic awards.....	195
3.	Remand .....	197
4.	Recognition and enforcement of award .....	198
a)	The role of the New York Convention in recognition and enforcement in Georgia .....	198
b)	Partial recognition and enforcement of award.....	199
aa)	Global trends .....	199
bb)	Georgian approach.....	201
c)	Prohibition of "double enforcement" .....	201
d)	Limitation of recognition and enforcement .....	204
e)	Grounds for denial of recognition and enforcement .....	205
aa)	Incapacity .....	205
bb)	Inability to present the case .....	206
cc)	Public policy.....	208
IX.	Concluding remarks.....	215

## I. Introduction

The doctrine intensively argues that the role of dispute resolution through arbitration has increasingly strengthened over recent decades.<sup>1</sup> However, Georgia and Georgian legal society have not participated in this development. The economic stagnation during the 1990s and other “non-economic” reasons have served as an impediment for the formation of an effective private law system.

The encouragement of the market-based economy, reducing the dominant role of the state in the private sector, was considered to be the only way for future development. The aggressive policy of liberalisation pursued by the current Georgian government over the last seven years has covered several spheres of Georgian legislation including tax law and corporate law issues.<sup>2</sup> The reduction of myriad bureaucratic barriers has to some extent led to the improvement of the business environment.<sup>3</sup>

The enactment of the new Georgian Arbitration Law in 2010<sup>4</sup> was declared to be the start of fundamental reforms in the field of private law and private dispute resolution. However, despite some successful reforms conducted in different spheres of business activities, some other topics including private dispute resolution remained beyond the interests of the legislature. Especially time-consuming court procedures in civil and commercial law disputes still remain as one of the main problems in the Georgian legal system. Accordingly, the legislature should apply its efforts in order to improve the efficiency of dispute resolution bodies in Georgia.

The enactment of the new Arbitration Law has shown the readiness of Georgian legal society to adopt and evolve private dispute resolution in the everyday practice of entrepreneurs, their lawyers and judges dealing with recognition and enforcement cases.

Regardless of the fact that the enactment of the new Law should be considered an important step for further development, the Law is not a panacea for all problems and it is not able to provide exhaustive answers for all of the questions that might be revealed in practice. Therefore, problems of interpretation have apparently occurred due to lack of appropriate experience. One may argue that the main impediment for further development is the non-existence of an arbitration doctrine and information regarding the

---

<sup>1</sup> *Redfern/Hunter/Blackaby/Partasides*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 5th ed., Oxford 2009, p. 42. *Agostinelli/Almoguera/Bouffard/Cherette/Giaretta/Malm/Meckes/Ushijima/Wach*, Tactics in M&A Arbitration, Frankfurt am Main 2008, p. 15.

<sup>2</sup> Although the new Tax Code was enacted in 2005, it is being a subject of amendments. The Law on Entrepreneurs was fundamentally reformed in 2008.

<sup>3</sup> See <[http://www.investinggeorgia.org/?42/business\\_rankings](http://www.investinggeorgia.org/?42/business_rankings)> (24 September 2012).

<sup>4</sup> Saqartvelos kanoni Arbitrajis shesakheb.

current development of arbitration in other arbitration-friendly jurisdictions. Furthermore, almost all of the cases concerning arbitration, except the decisions of the Georgian Supreme Court, are unreported and discussions about the problematic issues are possible only within the restricted circle of practitioners.<sup>5</sup> Georgian lawyers remain reluctant to contribute to the development of the arbitration doctrine by writing articles or commentaries expressing new ideas. Accordingly, the threshold point for this analysis should be the arguments and interpretations disclosed in Georgian courtrooms. As a rule, a decision of a Georgian court is strongly influenced by particularities characteristic to the Georgian legal system.

Another reason for these problems might be considered the poor quality of Georgia's integration in the international arbitration movement, which is reflected in a small number of awards submitted to the Georgian Supreme Court. For example, in 2010 there were only two cases of recognition and enforcement.<sup>6</sup> On the other hand, arbitrators and lawyers report an increase of cases on the domestic level.<sup>7</sup>

Finally, and importantly, this article might not be considered as an exhaustive overview of the arbitration practice in Georgia. Some of the traditional issues of arbitration have not yet become pressing in Georgian courtrooms. Two years is not enough for the formation of a unified approach. However, one may argue Georgia is in the midst of implementing a private means of dispute resolution within its legal system.

---

<sup>5</sup> For example, the recommendations of the Court of Appeal in the field of recognition and enforcement are not published, but they are available for interested scholars. I would like to thank Mrs. Ilona Gagaa, the assistant judge at the Tbilisi Court of Appeal. She has very kindly provided me with the recommendations of the Court of Appeal and with dozens of court decisions concerning arbitration. Similarly, I consider it to be my obligation to thank the Chair of the Tbilisi Arbitration Institute (<[www.taiarbitration.org](http://www.taiarbitration.org)>) Ass. Professor Mr. Levan Janashia and the Chair of the Batumi Permanent Arbitration Mr. Paata Kopaleshvili. Both of them have very kindly disclosed the unreported cases and materials for my research. It should be considered noteworthy that the rules of the Tbilisi Arbitration Institute regulate the disclosure of the cases for the interested scholars. The only prerequisite is the anonymity of the parties and other information concerning the arbitration procedure (Article 7.3. of the Arbitration Rules, available in Georgian language at <[www.taiarbitration.org](http://www.taiarbitration.org)>). Finally, I would like to express my gratitude towards Ms. Tamar Bochorishvili. She has kindly provided several unreported cases from the practice of the Georgian National Agency of Public Register.

<sup>6</sup> See below section VIII.4.a) "The role of the New York Convention in recognition and enforcement in Georgia".

<sup>7</sup> At least the Tbilisi Arbitration Institute and the Batumi Permanent Arbitration have observed the steady rise of the number of the cases.

## II. A period of hostility<sup>8</sup> – Georgian version

### 1. Historical overview

Looking at the legal history of Georgia, alternative dispute resolution was much more familiar and acceptable in society during the Middle Ages than official authorities (for example, courts).<sup>9</sup> This trend continued to evolve intensively after the abrogation of the Georgian Kingdom by the Russian Empire in 1801. New law and order accompanied by Russian language was unfamiliar for Georgians. This fact served as a coherent argument for Georgian society in the nineteenth century to choose alternative means of dispute resolution as a good old tradition rather than to go to court, which had been exercising unfamiliar rules of law for almost twelve decades since 1801.<sup>10</sup>

After three years of independence,<sup>11</sup> Soviet Russia once again occupied Georgia in 1921 and Georgia became a member of the USSR. Then there was no need for commercial dispute resolution. Even the words “private”, “commerce” and “commercial” had been applied only with a negative context.<sup>12</sup>

Six years after the Declaration of Independence (1991), in 1997 Georgia has enacted a new “Private Arbitration Law”.<sup>13</sup> The year 1997 also marked the end of specialized *Arbitraž* courts in Georgia.<sup>14</sup> These courts served as analogues to the Russian *Arbitraž* courts having jurisdiction especially in the field of commercial disputes.<sup>15</sup> Being ordinary state courts and having

<sup>8</sup> Although “period of hostility” derives from US experience, some authors argue that with different extent it was also widespread in France. See *Delvolve/Pointon/Rouche*, French arbitration law and practice, a dynamic civil law approach to international arbitration, 2nd ed., Alphen aan den Rijn 2009, pp. 4 f.

<sup>9</sup> *Davitashvili*, Sasamartlo organizatsia da p’rotsesi kartul chveulebit samartalshi [Court system and civil procedure rules in Georgian customary law], Tbilisi 2004, p. 13.

<sup>10</sup> *Tsertsvadze*, Mediatsia – davis gadats’qvet’is alt’ernat’iuli porma (zogadi mimoxilva) [Mediation – a form of Alternative Dispute Resolution (General Overview)], Tbilisi 2010, pp. 77–81. More about history and tradition of private law in Georgia see *Pellegrino*, Postkommunismus und Zivilrecht – Das Obligationenrecht Georgiens, Frankfurt am Main 1997, pp. 17–123.

<sup>11</sup> 1918–1921.

<sup>12</sup> *Chanturia*, Shesavali sakartvelos samokalako samartlis zogad nats’ilshi [Introduction to the general part of the Georgian civil law], Tbilisi 1997, pp. 38 f.

<sup>13</sup> Saqartvelos kanoni kerdzo arbitrajis shesakheb. Will be referred to as “Private Arbitration Law of 1997”.

<sup>14</sup> *Brandt*, Saertashoriso savach’ro p’alat’is akhali saarbirt’zho ts’sebi [New arbitration rules of the International Chamber of Commerce], Kartuli samartlis mimokhilva 1998, ts’is meore da mesame k’art’li [Georgian Law Review 1998, second and third quarter], p. 108.

<sup>15</sup> Stat’a 1 Arbitražnogo processual’nogo kodeksa Rossijskoj Federacii [Article 1 of the Arbitrage Procedure Code of the Russian Federation].

nothing in common with private dispute resolution, the *Arbitraž* courts might only cause misunderstandings detracting from further development of the dispute resolution system in Georgia. The best illustration of this are the *Arbitraž* courts in Russia. These courts remain part of the Russian jurisdictional system,<sup>16</sup> inspiring justified questions from lawyers from different countries. Some of the lawyers attempting to avoid the misunderstandings tend to rename the *Arbitraž* courts and describe them as “Commercial courts” in order to explain their real jurisdictional role in the Russian system.<sup>17</sup> Accordingly, the abrogation of the *Arbitraž* courts and the enactment of the Private Arbitration Law have been qualified as a progressive step for the Georgian Judicial System.<sup>18</sup> Although it seems to be true concerning the abrogation of the *Arbitraž* courts, the following twelve years of practice have shown that the qualification regarding the Private Arbitration Law was in a sense exaggerated.

## 2. Unsuccessful reform

The idea of the Georgian legislature to promote private dispute resolution should be considered compatible with the main goal of the political elite to avoid the further influence of the Soviet style of thinking in the field of private law. However, it has transpired that the political decision alone was not sufficient for successful reform.

A conceptual mistake by the Georgian legislature was its refusal to enact the UNCITRAL Model Law (ML) that was already established and successful across the whole world.<sup>19</sup> The issue has never been discussed in Georgian doctrine. Post-soviet Georgian society, including Georgian lawyers with Soviet education and background, were not aware of any means of private dispute resolution. One may additionally argue there was not a great volume of private and commercial disputes in practice. For this time, Georgia was in the midst of creating its private law system. The process began with the Law of Entrepreneurs of 1994.<sup>20</sup> The Civil Code deriv-

---

<sup>16</sup> *Nikiforov*, Russia, in: Rowley (ed.), *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*, 3rd ed., London 2010, p. 463.

<sup>17</sup> *Benson/Spiegelberger*, Russia, in: Rowley (ed.), *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*, 2nd ed., London 2006, p. 293.

<sup>18</sup> *Brandt*, supra note 14, p. 108.

<sup>19</sup> However, the success of the ML does not concern one of the important arbitration friendly jurisdictions, namely France. “France has not adopted, nor is there any likelihood of it adopting and incorporating into its legislation the provisions of ML, even though many other countries have done so. Nevertheless, the provisions of the ML might well have a certain influence on French courts.” See *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, pp. 10 f.

<sup>20</sup> *Saqartvelos kanoni mecarmeta shesaxe*, migebulia 28 October 1994 [Georgian Law on Entrepreneurs, passed on 28.10.1994].

ing from the German Civil Code (BGB) was enacted in the late autumn 1997.<sup>21</sup> The approach applied by the Georgian legislature regarding the Private Arbitration Law of 1997 was not free from old stereotypes and involved some mistakes. There are several reasons for the unsuccessful reform: Firstly, the end of the 1990s was a period of rising tide of arbitration reforms in Europe. Some European countries<sup>22</sup> completed principal and conceptual reforms of their legislation in order to boost the role of alternative dispute resolution and especially the role of arbitration. German, English and Swedish Arbitration acts date from that time. Georgia had a good opportunity to take into consideration reports and other materials from these countries and discuss all advantages and disadvantages of arbitration developments. Nevertheless, Georgia failed to take advantage of the above-mentioned experience. The second factor was lack of interest of high-qualified arbitration practitioners and experts<sup>23</sup> with regard to the Georgian reform. Georgian lawyers had no (and obviously, due to their Soviet past, could not have had) any experience in private dispute resolution. Judges have never resolved disputes having links to arbitration and lawyers have never served as arbitrators or counsels in arbitration proceedings. Thirdly, access to international experience and other suitable sources was eliminated. The integration of Georgia in UN organisations, such as UNCITRAL, was and remains poor. These factors strongly influenced the role of arbitration in the Georgian legal system for the next decade.

---

<sup>21</sup> *Chanturia*, The Development of Civil Law in Georgia, in: King/Khubua (eds.), Georgia in Transition, Frankfurt am Main 2009, p. 1. Some authors argue the Georgian Civil Code itself has influenced the development of private law in Azerbaijan and Turkmenistan. See *Schramm*, Vergleichende Bemerkungen zum Recht der Leistungsstörungen in Deutschland und den Staaten der GUS, in: Knieper/Chanturia/Schramm (eds.), Probleme des Vertragsrechts und der Vertragssicherung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, Berlin 2009, pp. 159–160.

<sup>22</sup> Some authors argue there are several countries (Switzerland, France, England and the United States) that are noticeably more often chosen as places of arbitration than others. These countries are named the “Big Four”, see *Wilske/Fox*, Competition for the “Best” Place for Arbitration, in: Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler (eds.), Austrian Arbitration Yearbook, Vienna 2009, p. 390.

<sup>23</sup> Interest in the countries of the Caucasus and especially in Georgia has to some extent increased after the “Rose Revolution” in 2003. However, Georgia has not yet attracted due interest of scholars and experienced practitioners. As some German and Georgian scholars have already put it: “Whereas new developments in Russia are being observed very intensively, countries of the Caucasus and Middle Asia are not subject of proper discussion.” See *Knieper/Chanturia/Schramm* (eds.), Grundlagen der Zivilrechtsordnung in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens in Theorie und Praxis, Berlin 2008, p. 5.

### 3. Shortcomings of the Private Arbitration Law of 1997

#### a) Domestic level

The wording of the Private Arbitration Law of 1997 throws up some questions that have never been (and maybe will never be) answered. There are several provisions in the law obviously deriving from the ML (for example, Article 28 of the Private Arbitration Law of 1997 is almost equivalent to Article 4 of the ML). However, the law included other regulations that manifestly disregard the principles of the UNCITRAL document. For example, recognition and enforcement provisions were in apparent contradiction with the New York Convention and the ML. Courts were deprived of the power to confirm or enforce arbitration awards. Awards were subject of execution without any judicial review. The right to enforce an arbitral award was entrusted to the chair of arbitration according to Article 42(1). The chair was obliged to issue the execution paper within five days after a party's request pursuant to Article 42(2). Hence, the Georgian legislature has manifestly disregarded the main principle of arbitration law. Arbitration is a private mean of dispute resolution and parties grant jurisdiction to the arbitral tribunal to bind them by the award. However, arbitrators are not able to constrain parties to enforce the award, this power falls within the exclusive competence of the state courts acting on behalf of the state without any preconditions (for example agreement between parties).<sup>24</sup> One cannot argue that the drafters were not aware of the UNCITRAL work in this field, but they have obviously failed to implement the results of this work in Georgian legislation. The reason behind this is unclear.

Furthermore, the terminology established by the Private Arbitration Law of 1997 was also contradictory to international practice and experience. For example, instead of a setting aside procedure, the law has granted courts power to "change" arbitral awards according to Article 43. The scope and results of such "changing" was also unclear. Judges used to set aside an award without revising its content. Moreover, there is a rare decision of the Tbilisi City Court in which the judge refers not merely to the provisions of the Private Arbitration Law of 1997 but to those of the ML rules. Citing the ML, the judge attempted to draft her decision more precisely.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 189.

<sup>25</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters, Decision #2/8139-09, 12 April 2010. For the same approach in "old regime decisions" see Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/2539-08, 2 April 2009. Nota bene: If an arbitration award is rendered later than 1 January 2010, the Court of Appeal has jurisdiction with regard to setting aside procedure. For other cases, the court of first instance is responsible to rule on the issue. Nevertheless, these recommendations are not always binding for the Court of Appeal, see Tbilisi Court of Appeal Decision #2 B/3661, 25 October 2010.

However, the legitimacy of citing the ML in a court decision without the enactment of the ML remains open. The Tbilisi Court of Appeal has never addressed the issue. Although serving in civil law jurisdiction judges are not able to act as legislators, and the reference made by the Tbilisi City Court should be qualified as progressive. Judges are entitled, and one may argue even obliged, to contribute to the development of the legal system and to make courageous decisions in order to bridge gaps in legislation.

The lack of supervisory power of courts has negatively influenced arbitration development. Some arbitration institutions are prepared to do almost anything in order to attract customers. For instance, one did not hesitate to render an award on the dispute already resolved by another permanent arbitration body.<sup>26</sup> The practice of Tbilisi City Court shows that such “double arbitration” was not a rare case.<sup>27</sup>

The circumstances described above have resulted in arbitration deadlock. It was very simple to create arbitration institutions with very doubtful intentions. Arbitration has become subject to fraud and bribery. Credibility and confidence in arbitration between entrepreneurs and other persons and legal entities having no link with business has been undermined. The only tool to avoid the negative results of doubtful awards was the above-mentioned “changing” (i.e. setting aside) procedure. Generally, a setting aside procedure was too cumbersome and time consuming and did not have any real and effective tools to fill the gap left by legislation. Just to put into a few words, it was a “period of hostility” for Georgian arbitration.

In all fairness it should be said that not all of the arbitration institutions or arbitrators were involved in the doubtful process of rendering voidable awards. To the contrary, one such institution adopted new arbitration rules in 2009. According to these rules,<sup>28</sup> the institution or arbitrator had discretion to deny parties’ request to conduct arbitration proceedings if the circumstances of their transaction may be of a criminal nature, or if criminal law proceedings had already commenced regarding the transaction covered by the arbitration agreement. The rules enshrined the arbitrator’s right to terminate arbitration proceedings if the above-mentioned circumstances were discovered in pending arbitration. It is noteworthy that the arbitration

---

<sup>26</sup> To the end of the three years saga, the court set aside the second award, Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/7628-09, 5 March 2010. However, the argument that “arbitrators make unprincipled decisions to attract business” is well known in doctrine and shall not be considered a “pure Georgian problem”. See *Park, Truth and Efficiency: The Arbitrator’s Predicament*, in: Arsanjani/Cogan/Sloane/Wiessner (eds.), *Looking To The Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden et al. 2011, p. 760.

<sup>27</sup> See for example Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/2741-11, 3 June 2010.

<sup>28</sup> The rules in Georgian language are available at <[www.taiarbitration.org](http://www.taiarbitration.org)>.

institution was obliged to pay back all of the fees already paid by any party involved in such process. With this regulation, the institution had attempted to avoid the results and influence of doubtful reputation of other “colleagues”.<sup>29</sup>

*b) International level*

One of the most apparent shortcomings of the Private Arbitration Law of 1997 is the absolute lack of regulation regarding the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. Therefore, the fate of such awards in Georgia was also unclear. Notwithstanding the ratification of the New York Convention by the Georgian Parliament in 1994, the Georgian Supreme Court, dealing with recognition and enforcement issues, tended to apply the International Private Law of 1998<sup>30</sup> and the Minsk Convention.<sup>31</sup>

Although the Article VII of the New York Convention permits recognition and enforcement based on other bilateral agreements,<sup>32</sup> the Minsk Convention does not fall into this category. A very clear drafting of the latter international agreement (Article 51) shows that it regulates only recognition and enforcement of court decisions, not those of arbitral awards. The Georgian International Private Law does not provide for recognition and enforcement of arbitral awards. Articles 68, 69, 70 and 71 regulate recognition and enforcement of foreign court decisions. As to arbitral

---

<sup>29</sup> Arbitration Rules of Tbilisi Arbitration Institute, <[www.taiarbitration.org](http://www.taiarbitration.org)>.

<sup>30</sup> Saqartvelos kanoni saertashoriso kerzo samartlis shesaxeb No. 1362-II, migebulia 29.4.1998, dzalashia 1.10.1998 clidan [Georgian Law on International Private Law No. 1362-II, passed on 29 April 1998, came into effect on 1 October 1998], published in Saqartvelos parlamentis uckebani 1998, No. 19–20. Cf. in this book *Vashakidze*, *Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien*, pp. 289 ff.

<sup>31</sup> The Minsk Convention of 1993 “On Civil, Family and Criminal Law Issues, Legal Assistance and Legal Relationships” is a treaty between the CIS-Countries which regulates not only mutual judicial assistance in a narrower sense, but also matters of international jurisdiction, the applicable law and the reciprocal recognition and enforcement of judicial and, in parts, administrative decisions. For more details see *Kurzynsky-Singer*, *Gemeinschaft Unabhängiger Staaten*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann (eds.), *HWBEuP*, Tübingen 2009, pp. 668, 673; *Kurzynsky-Singer*, *Minsker Konvention und Kiewer Übereinkommen als Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Russland – Teil 1*, *WiRO* 2010, pp. 265–270; *idem*, *Teil 2*, *WiRO* 2010, pp. 300–304.

<sup>32</sup> Immediate neighbours of Georgia hold an interesting practice with this regard. Despite the fact that Turkey and Azerbaijan are both members of the New York Convention, the recognition procedure of one of the awards rendered in Azerbaijan was governed not by the abovementioned convention, but by a bilateral treaty involving these states. See *Eksi*, *Evaluation of the precedents of the Turkish Court of Cassation concerning certain problems for the enforcement of foreign arbitral award under the New York Convention*, in: *Eksi/Kalpsüz/Yilmaz* (eds.), *Istanbul Conference on International Dispute Resolution, A Global Perspective*, Istanbul 2008, p. 120.

awards, applicability of these provisions are explicitly excluded. Accordingly, due to the lack of regulation judges would have good reason to apply the New York Convention directly. However, the Supreme Court failed to refer to Article 6 of the Georgian International Convention Law, granting courts the power to enforce international conventions directly, without any implementation in domestic legislation, if the provisions of the convention at hand are lawfully sufficient to apply.<sup>33</sup> This scenario has never been exercised in Georgian practice.

### III. Drafting and enforcing the new Georgian Arbitration Law of 2010

#### 1. Drafting the new Georgian Arbitration Law<sup>34</sup>

“Human beings tend to complicate things. However, when they complicate them, they understand them better and when they understand them better they finally simplify them.”<sup>35</sup> – In the years after 1997, Georgian lawyers found the situation in private dispute resolution to be complicated and far from ideal. Hence, they began to study arbitration more intensively. The first draft version of the Georgian Arbitration Law, which was based on the ML, additionally reflecting some provisions from German legislation (for instance, Article 1031 of the German Code of Civil Procedure (ZPO) about the form of an arbitration agreement), was annexed to a Private International Law textbook for students, published in 2001.<sup>36</sup> However, the draft was not converted into law.

After the Rose Revolution in 2003,<sup>37</sup> the new government declared the urgency of reforming the Georgian legal system. However, tax law was

---

<sup>33</sup> *Tsertsvadze*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia, in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum <[http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009\\_11\\_19\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_11_19_013.pdf)>.

<sup>34</sup> Saqartvelos kanoni arbitrajis shesaxeb #1280-Is, migebulia 19.6.2009, dzalashia 1.1.2010 clidan [Georgian Law on Arbitration #1280-Is, passed on 19 June 2009, came into effect on 1 January 2010].

<sup>35</sup> *Kessedjian*, Transnational Public Policy, in: Van den Berg (ed.), International Arbitration 2006, Back to Basics? International Council for Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2007, p. 870.

<sup>36</sup> *Liluashvili*, Saertashoriso k'erdzo samartali [International Private Law], Tbilisi 2001.

<sup>37</sup> More details about the Rose Revolution see *Bregadze*, Die Staatsorganisation in Georgien seit der Rosenrevolution, Mitteilungsblatt der Berliner Georgischen Gesellschaft e.V., vol. 16 July/August 2007, no. 112, pp. 2–20; *Lammich*, Georgien ein Jahr nach der „Rosenrevolution“. Korruptionsbekämpfung, Privatisierung sowie Steuer- und Vermögensamnestie, Osteuropa Recht 2005, pp. 236–244.

considered the threshold point of these reforms.<sup>38</sup> Accordingly, private dispute resolution mechanisms did not attract the attention of legislators and practitioners. Although the Georgian Law Review already published an article in 2007 commenting on one of the drafts of the new arbitration law, it took three more years for the arbitration law to be finally enacted by the legislature.<sup>39</sup>

Since the general amendment of the Law of Entrepreneurs in 2008, private law reforms had become urgent. There is no commentary about the drafting history of the new arbitration law of Georgia, which was confirmed by Parliament on 19 June 2009 and came into force on 1 January 2010. In the explanatory note accompanying the draft, it was explained that some experts from the International Chamber of Commerce (ICC) and the Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) were involved in the drafting process.<sup>40</sup> Their contribution to the draft might be seen in some provisions deviating from those of ML norms.<sup>41</sup>

## 2. Conceptual points

### a) Double vs. uniform regulation

When drafting the new arbitration law, the Georgian legislature faced some conceptual questions in order to determine and declare the general principles of the new Georgian Arbitration Law. First, it had to define whether separate or unified regulation of international and domestic arbitration would be the right approach for Georgia. Opinion on this issue expressed in Georgian doctrine was not in favour of either approach. The problem was considered technical rather than substantial.<sup>42</sup> The legislature decided on uniform regulation. With this choice, Georgia has considered the latest trends in arbitration developments. For example, the Swedish Arbitration Act applies to arbitral proceedings which take place in Sweden notwith-

---

<sup>38</sup> In the last decade, the Georgian Tax Code was conceptually changed at least two times. More information about tax reform is available in English under <[www.mof.ge](http://www.mof.ge)> – the Ministry of Finance of Georgia.

<sup>39</sup> *Binder*, Comments on the Draft Georgian arbitration law, *Georgian Law Review* 10:2/3 (2007), pp. 183–203. Electronic version available under <[http://geplac.ge/newfiles/glr/2007/Binder\(eng\).pdf](http://geplac.ge/newfiles/glr/2007/Binder(eng).pdf)>.

<sup>40</sup> Although the electronic version of the explanatory note is public and may be delivered by request of an interested person, it is not available on the website of the Georgian Parliament.

<sup>41</sup> These norms and practice according to them will be discussed below.

<sup>42</sup> *Tsertsvadze*, Saertashoriso arbitraji (Sedarebiti analizi) [International Arbitration (Comparative Research)], Tbilisi 2008, pp. 120–122.

standing the fact that the dispute has an international connection.<sup>43</sup> The same principle remains in force in England<sup>44</sup> and Germany.<sup>45</sup> As to the Swiss approach, the new Civil Procedure Code has replaced the Concordat of 1969 and has unified regulation of domestic arbitration in Switzerland at the federal level.<sup>46</sup> Furthermore, it was intensively argued that the provisions of Swiss Private International Law are also outdated and there is an urgent need of the reform in order to reflect current trends of the best practice in international arbitration.<sup>47</sup> Additionally, some authors argue the Swiss Chambers should reconsider their take on the application of the Swiss Rules to domestic cases. If the parties have chosen the Swiss Rules, the Swiss Chambers should agree to administer these arbitrations even if they are “domestic” and fall within the scope of the Concordat.<sup>48</sup> If taking into consideration that Switzerland has been deemed a successful example of separate regulation for international and domestic arbitration, one may consider the trend of unification has been increasingly strengthened.<sup>49</sup>

Separate regulation immanently includes the problem of interconnection of international and domestic arbitration. The applicability issue of two different laws might lead to differences in interpretation. Therefore, the choice in favour of unified regulation should be considered acceptable. The Georgian choice in this regard is in contrast to regulations in other post-Soviet countries. Separate regulation of domestic and international arbitration remains in force in Russia<sup>50</sup> and Ukraine.<sup>51</sup>

---

<sup>43</sup> *Madsen*, Commercial Arbitration in Sweden, a commentary on the Arbitration Act and the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 3rd ed., New York 2007, p. 343.

<sup>44</sup> Part One and Part Three of English Arbitration Act 1996.

<sup>45</sup> Article 1025 of the German Code of Civil Procedure.

<sup>46</sup> *Voser*, New Rules on Domestic Arbitration in Switzerland, Overview of Most Important Changes to the Concordat and Comparison with Chapter 12 PILA, ASA Bulletin 4/2010, p. 753.

<sup>47</sup> *Voser*, previous note, pp. 764 f.

<sup>48</sup> *Schöll*, Swiss Rules and Domestic Arbitration – Why the Swiss Chambers Should agree to Administer Domestic Cases under the Swiss Rules, ASA Bulletin 1/2007, p. 727.

<sup>49</sup> However, the above-mentioned trend is not the only option. For instance, Russia remains faithful to the “double regulation”. More about the Russian arbitration system: *Nikiforov*, supra note 16.

<sup>50</sup> See *Steinbach*, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile und Schiedssprüche in der Russischen Föderation, Berlin 2003.

<sup>51</sup> See *Slipachuk*, The view of international commercial arbitration in Ukraine, Swedish and international arbitration, Yearbook of the arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce 1997.

b) *Supportive powers of courts*

aa) *Theoretical overview*

By concluding an arbitration agreement, parties exercise the principle of party autonomy; however, their choice made in favour of private dispute resolution always implies the danger of the misapplication of the law. As *Schwab* stated in his 1965 lecture at Georgetown University in Washington D.C.: “Ungezügelter Freiheit führe zu Ungerechtigkeit, was tatsächlich nötig ist, sei Freiheit innerhalb der Grenzen des Rechts” (Ungovernable freedom leads to injustice. What is indispensable – it is freedom within ambit of law).<sup>52</sup> “No one should be surprised that arbitration implicates goals other than accuracy.”<sup>53</sup> However, parties concluding an arbitration agreement do not feel themselves above law and order.<sup>54</sup>

Only courts, as authorities responsible for justice, can serve as a tool in order to support arbitration proceedings. The main goal for the courts ought to be to maintain rather than to control arbitration. Therefore, the next question for the Georgian legislature was how courts could impact on the future development of private dispute resolution and what kind of powers (if any) would be suitable to achieve this goal.

Cases in which the tribunal (or the parties) have submitted motions seeking support of state courts are very rare.<sup>55</sup> It is no secret that experienced arbitrators are often reluctant to ask for help and support from state courts. The stereotype that judicial proceedings are generally time consuming, influences arbitrators to avoid such constellations if there is no impediment that can only be avoided with court intervention. Additionally, courts are sometimes controversial in their decisions. For example, in a French case where the parties had made a specific choice of French procedural law to govern the arbitration, the President held that he was not obliged to assist the parties in the constitution of the tribunal. In another case, where another procedural law had been chosen and the arbitration was to be held in France, the President held that the issue as to whether the arbitration clause was “manifestly null and void” was to be left for decision.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> See *Schäfer*, Die Verträge zur Durchführung des Schiedsverfahrens, Analyse und Vergleich zweier Lösungsmodelle am Beispiel des deutschen und US-amerikanischen Rechtsraums, Teil II, Frankfurt am Main 2010, p. 876.

<sup>53</sup> *Park*, supra note 26, p. 761.

<sup>54</sup> *Stipanowich*, Arbitration: The New Litigation, University of Illinois Law Review 2010, p. 49.

<sup>55</sup> *Schneider*, Funktionen des staatlichen Richters am Sitz des internationalen Schiedsgerichts gemäß 12. Kapitel des IPRG, Zürich et al. 2009, p. 175.

<sup>56</sup> Both cases reported by *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 85.

*bb) Diversification of the supportive power*

Similar to France<sup>57</sup> and Germany,<sup>58</sup> the Georgian legislature<sup>58</sup> has voted in favour of diversification of power between courts of first instance, courts of appeal and the Supreme Court. As in Switzerland,<sup>59</sup> Sweden,<sup>60</sup> France,<sup>61</sup> England<sup>62</sup> and the USA,<sup>63</sup> the courts of first instance have authority to deal with cases concerning appointment of arbitrators. Georgia did not share the original regulation enshrined in Russian and Ukrainian legislation, according to which the above-mentioned power is granted to the President of the national Chamber of Commerce and Industry.<sup>64</sup> Additionally, reflecting German regulation,<sup>65</sup> the task of the courts in Georgia includes support and help in evidence-gathering and ensuring procedure (Article 34 of the Georgian Arbitration Law)<sup>66</sup> and the competence-competence principle (Article 16 of the Georgian Arbitration Law).

---

<sup>57</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, *ibid.*, pp. 9 f.

<sup>58</sup> Article 1062 German Code of Civil Procedure.

<sup>59</sup> Article 179 Swiss Private International Law. This provision grants authority to appoint arbitrators to the competent court of the place of arbitration. Due to Switzerland's federal structure the name and competence of the court may vary in different cantons. Besides, parties are empowered to agree that the Swiss court shall appoint arbitrators. If so, courts are obliged to act according to the parties' agreement. See *Mistelis* (ed.), *Concise commercial arbitration*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 923.

<sup>60</sup> Section 12 Swedish Arbitration Act.

<sup>61</sup> Article 1453 French Code of Civil Procedure.

<sup>62</sup> Section 105 Arbitration Act 1996.

<sup>63</sup> Section 203 US Federal Arbitration Act.

<sup>64</sup> Sections 6 and 11 Russian International Commercial Arbitration Law. For the same regulation in Ukrainian Law see *Slipachuk*, *supra* note 51. However, due to the bifurcated regulation of arbitration in Russia, there are some controversies regarding the competent courts having jurisdiction to set aside foreign arbitration awards. See *Komarov/Lebedev/Musin* (eds.), *Meždunarodnyj Kommerčeskij arbitraž* [International Commercial Arbitration], St. Petersburg 2007, p. 147.

<sup>65</sup> Sections 1050 and 1062(4) German Code of Civil Procedure.

<sup>66</sup> For instance, in the United States, the Federal Arbitration Act gives arbitrators the ability to issue a summons requiring any person to appear as a witness and bring with them any documents deemed material as evidence in the case. The summons is to be served in same manner as a subpoena to appear and testify in court and a party can be compelled or punished for contempt in the same manner as provided in federal court (see *Moses*, *The Principles and Practice of International Arbitration*, New York 2008, p. 109). In *Re Roz Trading Ltd*, the United States District Court, N.D. Georgia, held that the defendant had to produce all of the documents mentioned in the petitioner's paper "Documents to be produced", see *Varady/Barcelo/von Mehren*, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, St. Paul 2009, p. 535. US Courts may resolve certain disputes regarding evidence gathering, see *Rivkin/Donovan*, *United States*, in: Rowley (ed.), *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*, 3rd ed., London 2010, p. 620. The English court may exercise supportive powers under Section 2(3) of the 1996 Act (e.g. to preserve evidence or assets in cases of urgency) even where the seat is outside England. The court may, however, refuse to grant such relief if the case has

There are only two Courts of Appeal in two cities of Georgia, namely in Tbilisi (East Georgia) and Qutaisi (West Georgia). These courts are obliged to deal with interim measures issued by the arbitration tribunal or by Courts of Appeal themselves. The Courts of Appeal have jurisdiction on recognition and enforcement of domestic arbitral awards. These courts are also responsible for the setting aside procedure. After the enactment of the new Arbitration Law in 2010, parties have applied to courts of first instance seeking to set aside the arbitral awards in several cases. They were referred to the Court of Appeal.<sup>67</sup>

As a rule, Georgian court decisions concerning arbitration are not subject to appeal (Article 356<sup>21</sup>(6) of the Georgian Civil Procedure Code). The Supreme Court's only authority provided by arbitration law is recognition and enforcement of foreign arbitral awards. There is no appeal available. By excluding the right to appeal, the legislature has attempted to avoid time-consuming hearings of arbitration cases. However, the problem of misapplication of the arbitration law may raise the question whether the Supreme Court must have power to give leave to appeal in exceptional cases, where the interpretation of the concrete provision is of great importance for the future developments of private dispute resolution.<sup>68</sup> Such leave to appeal serves as an effective tool in some jurisdictions.<sup>69</sup> Unification of the arbitration practice and judges' specialisation in arbitration issues remain urgent problems of the Georgian private dispute resolution system. For example, the Paris First Instance Court, the Paris Court of Appeal and the French Supreme Court have specialised judges with extensive experience in providing judicial support to the arbitral process and hearing challenges to awards, which results in greater speed, efficiency and quality of arbitration related to court proceedings and arbitral proceedings.<sup>70</sup> The lack of such a background cannot exclude the responsibility of

---

insufficient connection with England or where the exercise of such powers would result in a conflict with the powers of another jurisdiction, see *Bamforth/Maidment*, Reasonable Opportunity to present one's Case – Recent English Case Law, ASA Bulletin 3/2010, p. 496. Despite several attempts, the search of Georgian courts' practice in the field of evidence gathering and ensuring procedures was unsuccessful. It is to assume that arbitrators' reluctance to use this opportunity will remain in force for the near future.

<sup>67</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1931-11, 2 March 2011. Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/11305-2010, 8 November 2010. Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/10723-2010, 19 October 2010.

<sup>68</sup> For example, such case would be the already mentioned controversial practice of Tbilisi City Court and Tbilisi Court of Appeal regarding the setting aside procedure of "old regime" awards.

<sup>69</sup> *Madsen*, supra note 43, p. 333.

<sup>70</sup> *Kaplan/Michou/Cabrol*, France, in: Rowley (ed.), *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*, 3rd ed., London 2010, p. 298.

judges and lawyers to share international experience and to apply themselves in order to maintain and develop the private dispute resolution system in Georgia.

*cc) Exclusion of the supportive power*

The Georgian Arbitration Law of 2010 gives no clear answer whether parties in arbitration conducted in Georgia are able to exclude the supportive power of courts. However, some jurisdictions have developed a special approach to such cases. For example, in an English case the arbitration agreement read as follows: “any disputes deriving from or in connection with this agreement will be submitted to the exclusive jurisdiction of arbitration in London”. One of the parties argued exclusive jurisdiction of arbitrators meant deprivation of court’s right to rule on freezing injunctions. Rix J rejected this argument. There was no evidence that the parties expressly excluded support provided by state courts.<sup>71</sup> Generally, judges are reluctant to exclude their power with regard to arbitration cases. Georgian judges are not supposed to be an exception. Courts are principally obliged to be a last instance if arbitration is not able to fulfil its function – resolve disputes between parties and produce valid and enforceable awards. Therefore, the exclusion of supportive powers granted to the courts is unlikely to be a case in Georgia.

Despite restricted limitations provided by the arbitration law and the civil procedure code, time-consuming court procedures are to be considered one of the urgent problems of the Georgian legal system.<sup>72</sup> However, Georgia is not an exception in this regard. For example, in Russia, it might take from 6 to 20 months from submission of the request for enforcement to the time the claimant actually receives money, depending on the number of court instances the claimant passes through and the condition of the debtor’s assets.<sup>73</sup> Due to reforms conducted in the last two years in Georgia, the quality of execution service has been substantially increased;<sup>74</sup> however, the same cannot be said regarding time-consuming court proceedings.

---

<sup>71</sup> *Ambrose/Maxwell*, London Maritime Arbitration, London 2009, p. 264.

<sup>72</sup> One extraordinary court case took 13 years to be decided by the judges. *Tsertsvadze*, supra note 10, p. 30.

<sup>73</sup> *Kulkov*, Russian Federation: Enforcement of International Arbitration Awards in Russia, <<http://www.mondaq.com/Article.asp?Articleid=48601>> (21 July 2007).

<sup>74</sup> See <<http://nbe.gov.ge/>>; the page is also available in English.

*c) Transition problems**aa) Contradictions in case law*

The influence of “the period of hostility” cannot be eliminated with only an amendment of the law. One may argue without any exaggeration that the law is not the only feature for effective regulation. Law can be, but need not be, state-originated and it can be, but need not be, privately created or result from a complex interaction between official and unofficial norm-creation.<sup>75</sup> Accordingly, the mere abrogation of the law cannot entirely eliminate the influence of the old regime. The interrelation between the new and the old law seems to be always problematic if the former is intended to radically change the results of the latter. Therefore, transition problems were not avoidable and they have apparently occurred.

As already mentioned, the Georgian Arbitration Law has been in force since 1 January 2010, it was approved by parliament on 19 June 2009. For this period,<sup>76</sup> the judges ought to be aware of prior provisions regarding recognition and enforcement. In spite of such deliberations, by referring to the provisions of international private law and excluding the New York Convention, in recent cases the Supreme Court has stayed faithful to its previous practice.<sup>77</sup>

One of the urgent problems after the enactment of the Georgian Arbitration Law of 2010 should be whether or not the new provisions were applicable if the arbitration procedure was started before 1 January 2010. However, sometimes the Georgian courts merely ignore this problem. For example, in a *Bank v. Clients* case the defendants argued arbitration proceedings has been initiated before enactment of the Georgian Arbitration Law, i.e. before 1 January 2010, and the award was rendered on 20 January. Although there was no agreement between the parties to deal with the case according to the new law, the arbitrator has rendered the award ignoring the old regulation provided by the Private Arbitration Law of 1997. Recognition and enforcement was denied, relying on other grounds. The court did not address the “transition” issue.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> *Macaulay*, Foreword, in: Calliess/Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code – A Theory of Transnational Private Law*, Oxford et al. 2010.

<sup>76</sup> Taking into consideration the practice following the enactment of the new law, one may argue the transition period has not completely expired. In particular, the problems may occur in the future regarding the recognition and enforcement or the setting aside procedure of arbitral awards.

<sup>77</sup> Supreme Court Decision #309-S-17-09 Chumashki Shliakh, 6 April 2009.

<sup>78</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/xxxx-10, xx July 2010 (the file number was blacked out by the court prior to publication due to privacy protection; the text of the decision is available to the author).

Another transition problem affects the application of the limitation period for setting aside the award. According to Article 42(2) of the Georgian Arbitration Law of 2010, an application for setting aside may not be made after 90 days have elapsed from the date on which the party making that application has received the award. This provision corresponds to Article 34(3) of the ML, which provides for a period of three months (the Private Arbitration Law of 1997 did not provide for any limitation with regard to changing (i.e. setting aside) the award).

There was an arbitration award dated 25 December 2008. One of the parties submitted a motion to set aside the award on 13 October 2010. The Tbilisi Court of Appeal held that despite the fact that the award was rendered prior to enactment of the new law, the limitation provision should apply. The court holds the opinion that Article 42(2) of the law, providing for 90 days limitation, is a procedural matter. Civil Procedural Rules enshrine the obligation on courts to apply procedural provisions currently in force. The court held that the limitation period for this case began on 1 January 2010 (date of enactment of the new law) and expired on 31 March 2010. Due to the expiration of limitation, the motion was barred.<sup>79</sup> Accordingly, the Tbilisi Court of Appeal holds the opinion that the setting aside procedure for the “old regime” awards (i.e. for the awards rendered prior to 1 January 2010) shall be conducted according to the new Georgian Arbitration Law of 2010.

In opposition to the above-mentioned decision, the Tbilisi City Court and Tbilisi Court of Appeal are unanimous that the recognition and enforcement of the “old regime awards” should be conducted according to the Private Arbitration Law of 1997. If the award is rendered prior to 1 January 2010 and the party has applied to the court for recognition and enforcement,<sup>80</sup> or for some changes in the execution paper,<sup>81</sup> the governing law should be the previous law. Due to the lack of provisions governing the recognition and enforcement procedure in the Private Arbitration Law of 1997, neither the City Court nor the Courts of Appeal have any jurisdiction regarding such cases. Therefore, the parties merely have the option to apply to arbitrators or to permanent arbitration institutions (if possible).<sup>82</sup> The conclusion pursuant this practice is that the setting aside procedure should be governed by the Georgian Arbitration Law of 2010, whereas

---

<sup>79</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/3661-10, 25 October 2010.

<sup>80</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/xxxx (the file number was blacked out by the court prior to publication due to privacy protection; the text of the decision is available to the author).

<sup>81</sup> Tbilisi City Court Decision #2/1671-11, 24 February 2011.

<sup>82</sup> Tbilisi City Court approach regarding the “old regime awards”, see also Tbilisi City Court Decision #2/8139-09, 12 April 2010.

recognition and enforcement of domestic “old regime” awards still remain subject to the old legislation. This contradictory approach might not be considered an advantage of the Georgian Arbitration Law.

Nevertheless there are some exceptions.

In another case, an arbitrator (according to the award: “Director of the Permanent Arbitration”) ruled on a dispute between two brothers about real estate. Despite the fact that the property belonged to a construction partnership and it was registered in the public register as owned by the third party (i.e. the partnership), the arbitrator ruled in favour of the plaintiff (i.e. one of the brothers). Neither plaintiff nor defendant had any rights to the subject matter of the dispute. The fictitious character of “the arbitration proceedings” and the bad faith of the arbitrator were obvious. It was a common practice in Georgia to initiate a fictitious procedure on the property of the third party, as due to some peculiarity of Georgian procedural law the successful party in such cases was able to acquire the rights on the property which apparently belonged to the third party despite the latter never having been summoned as a party to arbitration. The award was rendered in 2009, but the successful party did not submit to the Public Register until January 2011. The Public Register Agency refused to satisfy the application considering that the rule of law was manifestly disregarded.<sup>83</sup> Pursuant to the above-mentioned practice of the Tbilisi City Court and the Tbilisi Court of Appeal, the conclusion here would be that despite a manifest disregard of law, the award should be governed by the Private Arbitration Law of 1997 and therefore is to be executed directly, without any review by court. If the arbitrator refers to the evidence and declares he is aware of its content but his judgment is contrary to such clear evidence, his behaviour might be qualified as a violation of public policy. For want of a public policy provision, the previous law seems not to be an effective tool against such awards. Hence, the courts would have had an obligation to take responsibility in such cases and preserve both private and public interests.

*bb) Influence of the old approach in case law*

Despite the lack of direct regulation, before 2010 Georgian legislation was able to govern recognition and enforcement of foreign arbitral awards.<sup>84</sup> Nevertheless, the Supreme Court did not seize this opportunity. For instance, the new Georgian Arbitration Law of 2010 has been in force since 1 January 2010. It was approved by Parliament on 19 June 2009. Therefore, the judges ought to be aware of its provisions regarding recognition

---

<sup>83</sup> Materials of Public Register.

<sup>84</sup> See above section II.3.b) “International level”.

and enforcement. In spite of such deliberations, by referring to those provisions of international private law and excluding the New York Convention from the reasoning of decisions, the Tbilisi Supreme Court has kept to its previous practice in recent cases.<sup>85</sup> The case of 14 January 2010 needs special attention: One may argue that for previous cases, the regulation was unclear, but after 1 January 2010 even the Private International Law Act stipulates that an arbitral award ought not to be enforced pursuant to international private law provisions, but according to those of the new Georgian Arbitration Law of 2010. Despite this fact the Supreme Court's "old inertia" still prevails. Nevertheless, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards is not a frequent occurrence for the Supreme Court. The number of motions seeking such recognition and enforcement are not high.<sup>86</sup> Therefore, it needs some time to diminish the technical gaps of interpretation and to apply the proper law when ruling on the recognition and enforcement issue.

*cc) Practical suggestions*

Despite the influence of case law on the further development of private dispute resolution in Georgia, the role of the legislature is of paramount importance. The adequate reaction of the statutory law may change the contradictory practice regarding the application of the new law in the transition period. The best resolution here will be an amendment ensuring the setting aside and the recognition and enforcement of the "old regime awards" according to the new law. Such a scenario is compatible with the Georgian Legislative Acts Law (Article 24.1), which permits the extension of the new law on previous relations if the new law directly provides for such regulation. However, despite the lack of such amendment, judges should be sufficiently courageous to apply the new law when dealing with recognition and enforcement or the setting aside issue, referring to the fact that it was absolutely unregulated by the Private Arbitration Law of 1997. The interpretation of the new provisions will lead to improved results for private and public interests. Judges should go beyond the formal restrictions and develop the appropriate case law. Exaggerated formalism may be the enemy of commerce,<sup>87</sup> and especially of arbitration. Dealing with such

---

<sup>85</sup> Supreme Court Decision #A 2182-S-72-09 Kahraman, 19 November 2009; Supreme Court Decision #A 2584-S-86-09 Kahraman, 14 January 2010.

<sup>86</sup> For instance, as I am aware there were only two cases of recognition and enforcement of foreign arbitral awards in 2010.

<sup>87</sup> *Kronke*, *The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment*, in: *Kronke/Nacimiento/Otto/Port, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 17.

transition problems courts ought to handle their cases rationally rather than formalistically. Judges ought to feel obliged to fulfil supervisory functions in order to ensure preservation of public and private interests. Direct enforcement of arbitral awards is contradictory to general principles of arbitration and every civilised legal system as well.

As to the practice of the Georgian Supreme Court, the mere suggestion of applying the new law seems to be sufficient. There is no urgency for further amendments.

Finally, yet importantly, it is questionable what will be done in the future in order to maintain the development of the private dispute resolution system in Georgia. The sole enactment of new legislation might not be considered sufficient to promote private dispute resolution. In this regard, the US “arbitration friendly” experience may be noteworthy to increase credibility and confidence in arbitration. Both state and federal courts tend to support and develop arbitration programmes. Courts offer arbitration to parties and if they are ready to conduct such proceedings an arbitration award will be rendered. However, parties are entitled to request a *trial de novo* procedure if they are not satisfied with the award. If none of the parties request *trial de novo*, the award becomes a decision of the court. Such a decision is not subject to appeal.<sup>88</sup>

Of course, above-mentioned should not be deemed a classical arbitration procedure. Although the (latter) US model is not welcomed in civil law jurisdictions,<sup>89</sup> it would be a good experiment to insert such arbitration programmes in the activities of Georgian courts. It would not only help the court system, but could be useful for the further development of arbitration. Such programmes could make arbitration more familiar and acceptable for Georgian entrepreneurs, who are reluctant to entrust their disputes to independent and experienced practitioners and apply procedure more tailored to their demands.

---

<sup>88</sup> *Hardiman/Rhodes*, United States of America, in: Warne (ed.), *International Commercial Dispute Resolution*, Haywards Heath 2009, p. 762.

<sup>89</sup> For example, “[c]ompulsory arbitration does not exist as such under French law, although cases may be remitted to conciliation or mediation. Court annexed or court ordered arbitration of the sort, which is being tested in the USA [...] with regard to disputes involving relatively small amounts, has no equivalent in France.” See *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 19.

## IV. Arbitration agreement

### *1. Interrelation with other preconditions of valid arbitration procedure*

The arbitration agreement is linked to the topic of arbitrability. The latter is one of the most frequently discussed issues in the international doctrine of arbitration.<sup>90</sup> There is no direct translation of arbitrability in the Georgian language. However, preconditions of a valid arbitration procedure are considered to be an enforceable arbitration agreement and the subject matter of the dispute, which must be appropriate to be resolved by arbitration.<sup>91</sup> As to the subject matter of the dispute, according to Article 1 of the Georgian Arbitration Law, “arbitrators are entitled to resolve economic disputes based on the equality of rights in respect of which the parties may reach a settlement.” Despite the abstract wording of the Georgian provision, its interpretation has never been a problem in practice.<sup>92</sup> For example, the Court of Appeal has accepted arbitrability of the dispute concerning the right of redemption on real estate, arguing that it falls within the ambit of the Georgian Arbitration Law because of the parties’ right to agree on the subject matter of the dispute.<sup>93</sup> In this regard, Georgian practice deviates from the situation in Russia. For example, the recent decision of the Russian Constitutional Court<sup>94</sup> has completed the hardball debates on the subject matter of the dispute in the arbitration procedure. The question was whether arbitration is entitled to resolve disputes concerning real estate in Russia. The Constitutional Court has rejected the arguments of the Russian

---

<sup>90</sup> “In its objective sense, the notion of arbitrability includes all disputes, which can be resolved by arbitral proceedings (arbitrability *ratione materiae* contrary to arbitrability *ratione personae*, i.e. the capacity of the parties to enter into an arbitration agreement). [...] The arbitrability of a dispute does not depend on the substantive existence of the disputed claim. Therefore, arbitrability cannot be denied for the only reason that mandatory provisions or a certain substantive public policy imply the nullity of the claims or make it possible to claim their enforcement. Arbitrability could only be denied for claims, which have exclusively been reserved for the State courts by provisions, which have to be taken into account under public policy aspects.” See Müller, *Swiss Case Law in International Arbitration*, 2nd ed., Geneva et al. 2010, p. 27; *Varady/Barcelo von Mehren*, supra note 66, p. 99.

<sup>91</sup> *Tsertsvadze*, supra note 42, p. 124.

<sup>92</sup> At least, I am not aware and there are no reported cases where the admissibility of the subject matter of the dispute has inspired controversial interpretations.

<sup>93</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/xxxx-11, 2011 (the file number was blacked out by the court prior to publication due to privacy protection; the text of the decision is available to the author).

<sup>94</sup> See “Postanovlenie” of the Russian Constitutional Court of 26 May 2011 No. 10-P. The Russian text is available at <<http://www.consultant.ru/law/review/1062847.html>> (5 February 2011).

Supreme *Arbitraž* Court by holding that the resolution of real estate disputes through arbitration is principally admissible in Russia.

As opposed to the subject matter of the dispute, the form and substance of an arbitration agreement has already become the subject of discussions in practice in Georgia, whereas the interest in doctrine is not adequate for practical needs. There is little likelihood of finding even an article that theoretically analyses the problems of an arbitration agreement since the enactment of the new Georgian Arbitration Law.

## 2. *Form*

### a) *Exclusion of oral agreements*

The form of an arbitration agreement is one of the most important issues influencing the entire fate of the arbitration procedure and its outcome. By concluding an arbitration agreement, parties decline to apply to the courts. To put it briefly, the arbitration agreement is a legitimate restriction of the parties' access to the courts and therefore is of paramount importance for the parties.

The part of the Georgian Arbitration Law governing the form of the arbitration agreement is strongly influenced by the amendment of the ML in 2006. However, some differences should be mentioned. These differences allow argument that Article 8 of the Georgian Arbitration Law is not a copy of Article 7 of the ML. A comparison of these two versions makes clear that the Georgian legislature has adapted the text of ML to the Georgian situation. Changes to statements and defence as a form of concluding the agreement, or the possibility of using electronic means of communication were not subject to revision. Nevertheless, the Georgian legislature prefers more abstract drafting according to which an "arbitration agreement is in writing if its content is fixed in any form, regardless of the form of the agreement or the contract in which the agreement is inserted" (Article 8(4) of the Georgian Arbitration Law). The main difference to the ML concerns oral agreements. The Georgian legislature appeared to be reluctant to adopt the following wording of the ML: "[...] whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct or by other means" (Article 7(3) of the ML). The conclusion here might be that the legislature has attempted to eliminate oral arbitration agreements and their legal effect. The same might be said regarding the agreements concluded by conduct or by "other means". The reasons of such exclusion would be alleged uncertainty and difficulty in determining whether the oral agreement has really come into existence. However, in some arbitration-

friendly jurisdictions – for example in France<sup>95</sup> or in England<sup>96</sup> – a written form of an arbitration agreement is not considered decisive for qualification goals. The broad scope of interpretation is generally vested in judges. Therefore, courts are sufficiently courageous to render impressive decisions.<sup>97</sup> Such interpretation is unlikely to be found in Georgia. However, Georgian judges are sometimes also ready to enforce the parties' tacit will to arbitrate. The Tbilisi City Court Division for Civil Matters has set aside the "old regime" arbitration award rendered after the former award, which has already resolved the dispute at hand. The court held that the wording "dispute shall be resolved through arbitration" was not sufficient to create the tribunal's competence, but by applying the "first arbitration" parties have concluded an implicit agreement to arbitrate. Hence, the "second" one could not have any power to rule on the same dispute.<sup>98</sup> The arbitration agreement enforced by court might be clearly qualified as agreement by conduct. When parties applied the "first" arbitration their conduct would have included their will to arbitrate. The Tbilisi Court of Appeal considers parties' right to conclude arbitration agreement tacitly, or by conduct if none of the parties objects, to be contrary to the competence of arbitrators.<sup>99</sup> Moreover, the Tbilisi Court of Appeal tends to enforce arbitration

---

<sup>95</sup> There are no requirements in France as to the form of an arbitration agreement. The arbitration agreement need not be in writing or signed by the parties. When a party challenges the existence, validity or scope of an arbitration agreement, when deciding if there is an arbitration agreement the French courts will look at the common intention of the parties to refer their disputes to arbitration. Such a common intention can be found, for instance, in written communication between the parties, invoices, general terms and conditions, standard form contracts, prior dealings between the parties, etc. See *Kaplan/Michou/Cabrol*, supra note 70, p. 289.

<sup>96</sup> According to English law, the arbitration agreement must be in writing or at least evidenced in writing. An arbitration agreement, which is not in writing, falls outside the Act but remains enforceable at common law. There is an express saving for the common law in this regard in Section 81. See *Merkin/Flannery*, Arbitration Act 1996, 4th ed., London 2008, p. 28. Furthermore, the Arbitration Act of England (Article 5(5)) makes clear that an agreement constituted by the exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of the agreement is asserted by one party and not denied by the other is also an agreement "in writing". This concept, which derives from the Article 7 of the ML, represents a notable widening of the category of "agreements in writing", see *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 49.

<sup>97</sup> For example, in *Heifer International Inc. v. Christiansen* the claimant's representative showed the fifth defendant a copy of a contract which the claimant had concluded with the fourth defendant and which incorporated an arbitration clause. The claimant informed the fifth defendant that the same conditions would apply to its own contract and the contract was then concluded. The court held that an agreement was concluded otherwise than in writing, but by reference to terms, which are in writing, within the meaning of Section 5(3) of English Arbitration Act. See *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 49.

<sup>98</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/7628-09, 5 March 2010.

<sup>99</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1139-10, 14 April 2010.

agreements when in spite of the unclear agreement both parties have appeared before arbitration and there was no objection regarding the validity of the arbitration agreement or arbitrator's jurisdiction to rule on the subject matter of the dispute.<sup>100</sup>

*b) Arbitration agreement involving state, state bodies and individuals*

The form of the arbitration agreement involving state, state bodies, and individuals has attracted the special attention of the Georgian legislature. Accordingly, the next deviation from the norms of the ML concerns the special regulation of form of arbitration agreements involving the state, state bodies and individuals. Pursuant to Article 8 of the Georgian Arbitration Law, "if an official authority or an individual is party to an arbitration agreement, change of claim and defence might not constitute a valid arbitration agreement." According to the same Article, means of electronic communications cannot serve as an evidence of such agreement. With this exception, the legislature has attempted to avoid the negative influence of different interpretations regarding the existence and validity of an arbitration agreement if one of the parties is an individual or official authority. One may mention that such an exception regarding the official authorities is quite rare.<sup>101</sup> If taking into consideration that in 2008 Georgia enacted the Law of Electronic Signatures and Electronic Documents without any restrictions concerning state bodies, the above mentioned exception seems to be out of date.<sup>102</sup> Additionally, the exception contradicts with the main concept of Georgian state bodies' attempts to provide electronic services. For instance, the activities and functioning of public and trade registers,<sup>103</sup> civil registers<sup>104</sup> and execution offices<sup>105</sup> are generally only managed and

---

<sup>100</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>101</sup> None of the jurisdictions having any success in private dispute resolution holds such regulation.

<sup>102</sup> Regarding the use of *electronic communication* several authorities consider that the exchange of email messages constitutes an agreement in writing as required by Article II(2) New York Convention (NYC). This is not undisputed. At least one court held in 1999 that the exchange of E-mail messages did not, under the circumstances of the case, satisfy the form requirement of Article II(2), even though such exchange provided record of the agreement under Article 7(2) of the ML 1985. See *Schramm/Geisinger/Pinsolle*, Article II (NYC), in: Kronke/Nacimiento/Otto/Port (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 83. These provisions of ML 1985 were revised in 2006 due to their ineffectiveness. Hence, the legislature would have to take into consideration the last trends of developments.

<sup>103</sup> See <<http://www.reestri.gov.ge>>.

<sup>104</sup> See <<http://www.cra.gov.ge>>.

<sup>105</sup> See <<http://nbe.gov.ge>>.

conducted electronically. Therefore, deprivation of state bodies' rights to conclude arbitration agreements by means of electronic communication belongs to the history of Georgian legislation. Changing this approach would be additional evidence of support for private dispute resolution. The urgency of such an amendment might be proven with the work of UNCITRAL trying to use the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts (CUECIC) to update other, less modern, conventions. Article 20 of CUECIC specifically indicates other conventions, including the New York Convention. It further states that the CUECIC provisions apply to the use of electronic communications in connection with the formation or performance of a contract covered by the other conventions (unless the contracting state opts out of this obligation).<sup>106</sup>

### 3. Pathological arbitration agreements

#### a) Definition and the role of interpretation

The wording “pathological arbitration agreements” has become popular amongst practitioners. Commentators use different expressions, though the main content of the wording is not subject of the discussion. Generally, “an arbitration clause is said to be pathological where it gives rise to doubt as to the real intentions of the parties to submit all or some of their disputes to arbitration. In particular, as to their choice of arbitral institution, the place of arbitration, the method of appointment of the arbitrators and the scope of the disputes submitted to arbitration.”<sup>107</sup> Therefore, arbitration agreements might be, and even should be, subject to interpretation.<sup>108</sup>

The circumstances leading to the uncertainty of an arbitration agreement might be different; however, a common problem for such agreements is the lack of sufficient evidence as to the parties' will to arbitrate. Gaps in the wording of the agreement should be bridged with methods of interpretation. The methods might vary between liberal or restrictive but they must encourage an answer to the most important question of whether the parties have agreed to arbitrate.<sup>109</sup> Taking into consideration that parties do not address dispute resolution clauses with proper care, the examples of arbitration clauses (at least referring to ICC rules) that need to be subject to interpretation are legion.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> *Moses*, supra note 66, p. 27.

<sup>107</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 66.

<sup>108</sup> *Münch*, in: Rauscher/Wax/Wenzel (eds.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3rd ed., Munich 2008, vol. 3: §§ 946–1086, § 1029 para. 105.

<sup>109</sup> *Schramm/Geisinger/Pinsolle*, supra note 102, p. 56.

<sup>110</sup> *Bühler/Webster*, *Handbook of ICC Arbitration, Commentary, Precedents, Materials*, London 2008, p. 89.

Concerning the Georgian Law, it is important to take into consideration, that the Tbilisi City Court and the Tbilisi Court of Appeal have recognised the contractual nature of the arbitration agreement, holding that it is an ordinary legal transaction and the rules of Civil Code concerning the contracts should govern the substance and interpretation of such an agreement.<sup>111</sup> Therefore, interpretation of an arbitration agreement follows the principles generally applicable to the interpretation of private declarations of will.<sup>112</sup> Taking into consideration that there is no controversy in practice of other courts regarding this issue,<sup>113</sup> one may argue that in Georgian law arbitration agreements should be deemed to be an agreement falling within the scope of the Civil Code of Georgia, regulating legal transactions and their binding effect for the parties.<sup>114</sup> Hence, in contrast to their Russian colleagues,<sup>115</sup> Georgian courts have declined the practice of verbatim interpretation of arbitration agreements, where every word must have clear and strict meaning for the goals of definition of parties' will to arbitrate.

#### *b) Georgian approach*

Before the enactment of the Georgian Arbitration Law in 2010, the practice of courts regarding pathological agreements was controversial. In one of the "old regime" cases the Tbilisi City Court has held that the wording "any dispute that arises out of the contract should be resolved by private arbitration" might not be interpreted as a valid arbitration agreement. Despite parties' intent to conduct arbitration proceedings, the agreement did not include even a minimum of information necessary for enforcement of their will. Additionally, the court has stated that the arbitrators did not give proper notice to one of the parties about arbitration hearings. These circumstances caused the arbitration agreement to be invalid.<sup>116</sup> However, in another case in 2008 the Tbilisi City Court held that the clause "all disputes

---

<sup>111</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1263-11, 28 February 2011. Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/778-10, 14 April 2010. It is noteworthy that the above-mentioned approach was already widespread before the enactment of the Georgian Arbitration Law. See also Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/8139-09, 12 April 2010 and Decision #2/308-10, 9 February 2010.

<sup>112</sup> Müller, *supra* note 90, p. 52.

<sup>113</sup> Girsberger/Voser, *International Arbitration in Switzerland*, Zurich 2008, p. 78.

<sup>114</sup> Regarding the legal nature of the arbitration agreement, see Georgian Supreme Court Decision #as-176-503-09, 30 June 2009. The decision is strongly influenced by Georgian doctrine about arbitration agreements, see Tsertsvadze, *supra* note 42, p. 174.

<sup>115</sup> Compare with Rozenberg (ed.), *Praktika meždunarodnogo kommerčeskogo arbitražnogo suda pri TPP RF za 2007–2008g* [Practice of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation in 2007–2008], Moscow 2010, p. 14.

<sup>116</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/8139-09, 12 April 2010.

arising out of the contract shall be resolved by arbitration,” was a binding arbitration agreement under the Private Arbitration Law of 1997.<sup>117</sup>

After the enactment of the new law, judges are reluctant to enforce agreements without clear evidence of the parties’ will to arbitrate. For example, the Tbilisi City Court has found an arbitration agreement to be ineffective due to uncertainty. The agreement reads as follows: “Permanent Arbitration chosen by the plaintiff should resolve any dispute, arisen out or in connection with (the contract between the parties) including the dispute about the invalidity of the contract.” The court held that this wording does not satisfy the clearness and equality criteria of an arbitration agreement.<sup>118</sup> In another case, the parties went further and declared one of them was entitled to choose the permanent arbitration institution. The institution already chosen would nominate one arbitrator to resolve the dispute. The Tbilisi Court of Appeal refused to enforce the agreement.<sup>119</sup> Further, an arbitration clause with following wording: “the dispute shall be resolved by permanent and private arbitration” was considered invalid for want of definite content to be enforced.<sup>120</sup>

Taking into consideration the above-mentioned case law, one may argue that Georgian judges dealing with pathological arbitration clauses are not as courageous as their European colleagues. This approach has a reason. Georgian judges have their particular goals that are different from those of the other arbitration-friendly jurisdictions. In particular, judges must avoid compelling a party to participate in arbitration without clear evidence of its will to arbitrate, and must give support and ensure that tribunals render enforceable awards. The prehistory of arbitration does not allow courts to let practitioners of doubtful reputation undermine the development of private dispute resolution. Broad interpretation of unclear arbitration agreements would be another attack on arbitration and would not likely be qualified as an arbitration-friendly approach taking into consideration the current stage of development.

#### *4. Alternatively formulated agreements*

Sometimes parties are reluctant to entrust their disputes to just one forum. Complicated agreements with different forum alternatives raise questions regarding their effect and imply some risks as to the future legal fate of the dispute resolution clause. The contrast of variations in practice is impressive.

---

<sup>117</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/7628-09, 5 March 2010.

<sup>118</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1263-11, 28 February 2011.

<sup>119</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1456-10, 26 April 2010.

<sup>120</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters, Decision #2/1622-10, 24 March 2010.

a) “Bifurcation” of the arbitration agreement

There are quite rare cases where parties “bifurcate” arbitration agreements, declaring the different aspects of the dispute should be resolved by different arbitration institutions. The constellations of the case become more complicated if the rules of the arbitration institutions indicated in the arbitration agreement(s) are apparently contradictory. However, such a contradiction is not always considered a prerequisite of the invalid arbitration procedure. For example, the French Supreme Court does not find such agreements manifestly null and void, arguing the parties will to arbitrate is express and clear. As to the problems regarding the incongruity of arbitration rules, the parties may apply the competent court (*judge d'appui*) to avoid any misunderstandings in this regard.<sup>121</sup>

In Georgian practice, arbitrators are reluctant to rule on the cases if the agreements' wording or other circumstances seem to be complicated. There was a very rare case in a creditor versus debtors' dispute. The arbitrator found that the creditor had two different arbitration agreements with two debtors having the same obligation, i.e. agreements referring to two different permanent arbitration institutions. A sole arbitrator refused to rule on the other debtor's case due to his lack of competence.<sup>122</sup> The award did not go to the Court of Appeal for recognition and enforcement; therefore, the court had no opportunity to set a precedent on this case. However, Court of Appeal practice tends to argue that the position will favour of the validity of such an arbitration agreement.<sup>123</sup>

b) Arbitration vs. Litigation

aa) Global trends

Some businesspersons in Georgia feel more secure if the dispute resolution clause provides for an alternative: arbitration or litigation.<sup>124</sup> However, such wording causes questions whether parties have agreed to arbitrate or to litigate. International experience in this field is controversial.

According to Swiss courts, the fact that an arbitration agreement gives one or even both parties the possibility to choose between arbitration and ordinary court proceedings does not prevent the arbitration agreement from

---

<sup>121</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 68.

<sup>122</sup> Unreported case of the Tbilisi Arbitration Institute.

<sup>123</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>124</sup> For example, it was the position of one of the largest commercial banks in Georgia; however, such wording of the arbitration agreement has been changed due to the intensive criticism. Accordingly, the name of the bank is not indicated.

being valid.<sup>125</sup> In a case before the Geneva Court, a dispute resolution clause provided for Geneva as forum without indicating whether arbitrators or judges were competent to resolve the dispute. The Geneva Court of Appeal refused to set a precedent by abstractly holding that the judge should define the parties' intention taking into consideration appropriate circumstances accompanying the case.<sup>126</sup>

According to a German commentary, alternatively formulated arbitration agreements are permissible.<sup>127</sup>

In France, courts are not reluctant to refer parties to arbitration if the alternatively formulated agreement gives sufficient evidence regarding the intention to arbitrate.<sup>128</sup>

The view of the English courts is that the arbitration clause takes priority, and the jurisdiction provisions relate purely to curial issues.<sup>129</sup>

To put it briefly, the courts in arbitration-friendly jurisdictions tend to pay special attention to the different aspects of the alternatively formulated agreements depending on the constellations accompanying the case.

#### *bb) Georgian approach*

The alternatively formulated agreement is one of the urgent problems of Georgian practice. Parties are still reluctant to entrust their disputes to arbitrators and try to formulate arbitration agreements in a manner that would help them in case of inability of arbitrators to deal with the case. However, contrary to Russian practice, according to which alternatively formulated arbitration agreements are permissible in principal,<sup>130</sup> Georgian courts have decided in favour of precisely defined agreements that seem to be more suitable for arbitration. Courts are designated by a state as an authority focused on resolving disputes. Therefore, speaking about the

---

<sup>125</sup> Müller, supra note 90, p. 46.

<sup>126</sup> Scherer, Introduction to the Case Law Section, ASA Bulletin 1/2009, pp. 92 f.

<sup>127</sup> Münch, supra note 108, § 1029 para. 96.

<sup>128</sup> Delvolvé/Pointon/Rouche, supra note 8, p. 68.

<sup>129</sup> Merkin/Flannery, supra note 96, p. 31. Accordingly, "English law recognizes and will enforce an agreement whereby arbitration is made conditional on the prior completion of some other form of procedure. *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd* involved a dispute under a building contract which provided for the initial reference of disputes to the panel of experts, and which provided for final settlement by arbitration. The House of Lords stated that, even if the agreement was not technically an arbitration agreement within the meaning of 1975 Arbitration Act, the court had an inherent jurisdiction to stay proceedings brought in breach of it. Lord Mustill indicated that in any event the agreement did constitute an arbitration agreement within the meaning of English arbitration legislation. Similarly, the court will enforce a hybrid agreement under which some disputes are referred to arbitration and others to a different form of dispute resolution." See *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 46.

<sup>130</sup> Rozenberg, supra note 115, p. 14.

clause according to which a party has an option to choose arbitration or litigation means, that there is no choice because the court is a general dispute resolution body. Hence, there is no need to “choose” it additionally.<sup>131</sup> One may assert that there was a choice if the parties have opted out of the common opportunity to litigate. The Tbilisi City Court addressed this problem and held that the wording “the dispute shall be resolved by court or through arbitration” is equal to the general rule widespread in Georgian practice (“the disputes shall be resolved according to Georgian legislation”). Given that, Georgian law provides an option: arbitration or litigation, the parties’ will to refer to both of them should not be qualified as an agreement at all.<sup>132</sup> Consequently such agreement would not be accepted as a proposition for a valid arbitration award.

The Tbilisi Court of Appeal denied recognition and enforcement of interim measures issued by arbitrators for want of a clearly defined arbitration agreement. Any controversy between the parties (a bank and a client) would have been resolved by arbitration (the name and address of the Institutional Arbitration was indicated) or by the Tbilisi City Court. The plaintiff had discretion to apply either of them. The court held the agreement could not be interpreted as the parties’ will to exclude the court’s jurisdiction in favour of arbitration. The court paid special attention to the fact that it was absolutely impossible to speak about the implied consent of the party. The respondent did not appear in arbitration or in court to disclose his position regarding the arbitration agreement.<sup>133</sup> It is noteworthy that in other bank versus client cases<sup>134</sup> with the same arbitration agreement the awards were enforced. The court has not indicated the reasons for its decision, just simply stating that there were no grounds to deny recognition and enforcement. However, it should be mentioned that the respondents have appeared in arbitration and did not object to the jurisdiction of the arbitrators.<sup>135</sup>

---

<sup>131</sup> Here is meant the choice “litigation or arbitration”, not the forum selection agreements providing parties to choose one court for resolving their dispute.

<sup>132</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/308-10, 9 February 2010.

<sup>133</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1139-10, 14 April 2010. These arguments were verbatim repeated by Court of Appeal in Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1388-10, 9 June 2010.

<sup>134</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/687-10, 11 March 2010. Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1389-10, 19 May 2010. Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1465-10, 1 July 2010. Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1526-10, 12 July 2010.

<sup>135</sup> One may argue that in any case the court has an obligation to give reasons, notwithstanding the fact that the respondents do not object the competence of arbitration. The court might have an obligation at least to refer to the above-mentioned fact. For example, in a Bank versus Client case the client has appeared in court and accepted the jurisdiction of arbitration. The court indicated that merely party’s acceptance would not

The argument opposing the court's position is that an alternatively formulated arbitration agreement does not violate the equality principle. In the presence of one of the parties' intention to litigate, the other would have an option to object to the court's jurisdiction and refer to the dispute resolution agreement.<sup>136</sup> Nevertheless the position taken by the courts seems to be more justified. Every provision of the contract provides rights and obligations for both of the parties, but an arbitration clause inserted in the contract ought not to be interpreted as a right or obligation of one of them.<sup>137</sup> It should be a "neutral clause" and must create the parties' obligation to arbitrate. If one of the parties has an exclusive privilege to choose the forum appropriate for them, courts might deny enforcement of such dispute resolution clauses.

In recent cases, Georgian arbitrators have become much more aware of the practice of courts in the field of recognition and enforcement. Accordingly, they tend to tailor arbitration agreements to recognition and enforcement procedure. For instance, in one of the cases the arbitrator gave advice to the parties to form the content of the implied agreement more precisely, thus resolving several procedural issues including the choice of the concrete arbitration institution and the number of the arbitrators. His attempts were successful; the award was enforced.<sup>138</sup> Some permanent arbitrations deal with the validity and wording of arbitration agreement with proper care.<sup>139</sup>

The case law of Georgian courts concerns only domestic arbitration. There are no cases reported regarding foreign arbitral awards based on alternatively formulated arbitration agreements. Accordingly, for want of any decision of the Georgian Supreme Court in this regard, it would be difficult to speak about the fate of the internationally linked and alternatively formulated agreements in Georgia.

---

be a good reason for recognition and enforcement. The court stated additionally that the dispute was arbitrable and the award was not contrary to public policy. Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1464-10, 13 July 2010. See also the same wording in Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1886-10, 22 July 2010.

<sup>136</sup> Practice of Batumi Permanent Arbitration. Unreported Cases.

<sup>137</sup> As one of the English courts has put it: "The purposes of the contract have failed, but the arbitration clause is not one of the purposes of the contract." See *Cato*, Arbitration Practice and procedure, interlocutory and hearing problems, 3rd ed., London 2002, p. 111.

<sup>138</sup> Qutaisi Court of Appeal Decision #xxxx, 21 January 2011 (the file number was blacked out by the court prior to publication due to privacy protection; the text of the decision is available to the author). Batumi Permanent Court of Arbitration offered parties to formulate arbitration clause more precisely in about 17% cases. All of them were enforced by courts.

<sup>139</sup> In this regard the following ruling of Batumi Permanent Arbitration about the competence issue may be cited: Ruling #01-10/432, 7 July 2010.

## 5. Scope of arbitration agreement

### a) Jurisdictional effects

“An arbitration agreement has both positive and negative jurisdictional effects. First, an arbitration agreement grants jurisdiction to the arbitral tribunal (positive effect). Second, arbitration normally excludes the jurisdiction of ordinary courts (negative effect).”<sup>140</sup>

As to Georgian legislation, the Civil Procedure Code (Article 186 and 272) provides for courts’ obligations to terminate proceedings and refer parties to arbitration if there is a valid arbitration agreement. There is no ambivalence in this regard. The enactment of the Georgian Arbitration Law has only supported the approach.

The legal effect of the arbitration agreement may not be confused with factual impediments to arbitrate. So a party cannot refuse to participate in arbitration proceedings just by saying arbitration is too expensive. Generally, a party should not too easily free itself from the procedural agreements already made.<sup>141</sup>

### b) Assignment of the arbitration agreement

#### aa) Global trends

##### (1) Admissibility of the assignment

It is argued in the doctrine that an arbitration agreement is as assignable as any other contract.<sup>142</sup> According to the general view, the assignor ceases to be a party to the arbitration clause after the latter has been transferred to the assignee, not least because the assignor will normally also cease to be a party to the underlying contract. Therefore, a debtor may not bring any arbitration claim against the assignor thereafter.<sup>143</sup> However, according to some authors, partial assignment of the main contract serves as a ground for extension of the arbitration agreement as to the initial parties (assignor and obligor) and as between one of the initial parties and the new holder(s) of the substantive right (obligor and assignee(s)). In such cases, the arbitra-

<sup>140</sup> *Kurkela*, *Due Process in International Commercial Arbitration*, Oxford 2010, p. 43.

<sup>141</sup> *Kurkela*, previous note, p. 64.

<sup>142</sup> *Brekoulakis*, *Third Parties in International Commercial Arbitration*, Oxford 2010, p. 29.

<sup>143</sup> In the *Jordan Nicolov* case before the English court, Hobhouse J noted: “The legal assignment extinguishes the legal cause of action of the assignor against the party liable so that the assignor cannot thereafter himself ask for an award against the party liable. Joint award could not be right since on any view there was no joint right of the plaintiffs (i.e. the transferor and the transferee); only one or the other could be entitled to an award.” Equally, an arbitration claim brought by an assignor after the completion of the assignment will not be admissible. See *Brekoulakis*, previous note, p. 41.

tion agreement applies as to disputes on the substantive right(s) assigned between the obligor and the assignee(s). Similarly, the agreement continues to apply as between the assignor and the obligor for other disputes arising out of the main contract, but unrelated to (the parts of) the substantive right(s) assigned.<sup>144</sup>

It is important to note that the assignee of a claim will not become a party to a pending arbitration simply by virtue of the assignment. He must perfect the assignment by giving notice to the other side and must intervene in the arbitration by giving notice to the arbitrator. Accordingly, it is important that express notice of the assignment be given promptly to the other party and arbitrator.<sup>145</sup> Furthermore, the assignee does not have the right to reconsider the power of the arbitrator, who is already appointed by the assignor. It would cause additional costs and other inconvenience for the parties and arbitration proceedings. Finally, the assignee must undertake the costs that derive from the arbitration since he has intervened in the proceedings.<sup>146</sup>

As to the case law in arbitration-friendly jurisdictions, one may argue that judges principally tend to rule in favour of the admissibility of the assignment.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> Landrove, *Assignment and Arbitration, a comparative Study*, Zurich et al. 2009, p. 175.

<sup>145</sup> *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 231.

<sup>146</sup> *Brekoulakis*, supra note 142, p. 45.

<sup>147</sup> For example, assignment of arbitration agreement is principally permissible in England. In *The Jay Bola*, which has been cited with approval in more recent cases, a voyage charter contained a London Arbitration Clause. Bills of lading were issued in Brazil evidencing shipment of steel bars. The cargo was damaged in a fire. The charterers' insurers paid the charterers and, through subrogation, became assignees of the charterer's rights in respect of the damaged cargo against the owners. The insurers commenced proceedings against the disponent owners in Brazil. The Court of Appeal held that the rights being asserted by the insurers in the Brazilian proceedings were subject to the arbitration clause in the voyage charter. The insurers were not entitled to assert those rights inconsistently with the arbitration agreement and the disponent owners were entitled to an injunction restraining the insurers from pursuing the Brazilian proceeding. See *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 230. Similarly, US courts also tend to accept assignment of arbitration agreement. For instance, in *Fyrnetics (HK) Ltd v. Quantum Group Inc.* Fyrnetics entered into a licence agreement with Quantum, in relation to a biometric sensor that quantum had developed and patented. Fyrnetics was merged with Kidde and subsequently dissolved as a separate corporate entity. When a dispute arose the license contract contained an arbitration clause. Kidde argued that it was not bound by the arbitration clause in the license agreement, which had been signed and agreed by Fyrnetics, rather than Kidde. The Seventh Circuit rejected Kidde's argument upholding the ruling of the district court by arguing that "when Kidde causes Fyrnetics to be merged into Kidde and then dissolved, Kidde voluntarily assumed the obligation of Fyrnetics license agreement. Kidde, which is making claims that are partly those of Fyrnetics, cannot escape application of the license agreement's arbitration requirement

(2) *Interconnection – assignment of the main contract and arbitration agreement*

The lack of statutory regulation of the assignment issue inspires the discussion concerning the circulation of arbitration agreement with the main contract. Some scholars argue it might be a good test to evaluate the level of its autonomy.<sup>148</sup> However, in all fairness it should be stated that the principle of separability creates no theoretical impediment to the automatic transfer of arbitration clauses.<sup>149</sup> *Landrove*, citing numerous authors from France and Spain, suggests that “the overwhelming majority of scholars agree with the automatic assignment rule adopted in several jurisdictions. Only a few, while accepting the solution, are still looking for some kind of theoretical justification for it.”<sup>150</sup>

The case law in this regard is available in almost all arbitration-friendly jurisdictions. Some courts have held that an arbitration clause is automatically transferred with the assignment of the principle claim, unless the parties giving rise to the assigned claim agreed that the claim was non-assignable. At least one court has declared that this rule is an internationally recognized general principle of arbitration law.<sup>151</sup> In contrast, some Russian courts consider that the assignment of the arbitration agreement is only permissible subject to an express agreement between the parties involved.<sup>152</sup> Similarly, the Italian Supreme Court has limited automatic circulation of arbitration agreements by holding that the arbitration agree-

---

by effectively legislating Fymetics out of existence”. See *Brekoulakis*, supra note 142, p. 44.

<sup>148</sup> *Leboulanger*, *The Arbitration Agreement: Still Autonomous?*, in: Van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006, Back to Basics?* International Council for Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2007, pp. 29 f.

<sup>149</sup> *Brekoulakis*, supra note 142, p. 33.

<sup>150</sup> *Landrove*, supra note 144, p. 67.

<sup>151</sup> *Schramm/Geisinger/Pinsolle*, supra note 102, p. 63.

<sup>152</sup> The Moscow district court treated an arbitration clause as distinct from the rest of the contract, finding it to be a specific procedural agreement and holding that the assignment of contractual rights does not necessarily include an arbitration clause unless all parties to an arbitration clause expressly so agree. Without the consent of the other party to the original agreement, the assignment of contractual rights to an assignee would not transfer the arbitration clause. The arbitration clause constituted a separate procedural agreement, which could not be transferred unilaterally. However, a subsequent decision by the Russian Supreme Commercial Court affirmed that a consensual assignment of a contract would also result in the new party becoming bound by the arbitration clause, so that the new party can rely on the arbitration clause and enforce an award made under it. See *Otto*, Article IV NYC, in: *Kronke/Nacimient/Otto/Port* (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 198.

ment could not be transferred automatically without the assignee's express agreement.<sup>153</sup>

According to the French Supreme Court, an arbitration agreement does create specific rights and obligations which are transferable. Transfer of the arbitration clause is valid irrespective of the validity of the contract assigned. The question also arises in the case of specific assignments of contracts, or in the context of stipulations made for the benefit of third parties.<sup>154</sup> For example, by assuming the debt of the transferor the transferee will also be bound by the arbitration clause inserted in the contract. The French Supreme Court handed down this decision in 2001.<sup>155</sup> Furthermore, the main principle of the French case law regarding the assignment issue was highlighted in 2002 by holding that "an international arbitration agreement legally independent of the main contract circulates with it regardless the validity of the assignment of rights under the main contract."<sup>156</sup>

In common law jurisdictions, the issue of circulation of the arbitration agreement is not sufficiently clear. Some courts have permitted the automatic circulation of the arbitration agreement with the contract covered by the agreement.<sup>157</sup> However, lack of statutory or abstract regulation does not undermine the courts' ability to rule on the assignment issue taking into consideration the specific circumstances of the case.

#### *bb) Georgian approach*

Given that assignment is admissible, Georgian courts have faced different problems from the above-mentioned cases. In a bank versus client arbitration, the arbitration proceedings were completed and the award was handed down. In a pending execution procedure, one of the respondents (the client) died. According to the Article 24 of the Georgian Execution Law, in such circumstances, the court whose decision is to be executed must designate a legal successor in order to continue the execution procedure. The bank applied to Tbilisi City Court and requested designation of the legal successor. The Court, referring to Article 5 (assignment of arbitration agree-

---

<sup>153</sup> *Leboulanger*, supra note 148, p. 29.

<sup>154</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 73.

<sup>155</sup> *Brekoulakis*, supra note 142, p. 44.

<sup>156</sup> *Leboulanger*, supra note 148, p. 31. Despite the generally recognised autonomy of the arbitration agreement from the main contract, French courts have consistently held that the acceptance of the assignment of the main contract gives rise to the presumption of acceptance of the assignment of the arbitration agreement. The assignee of a contract who takes benefit of the rights assigned there under cannot avoid the application of the arbitration agreement, unless the parties expressly agree to this avoidance. See *Gaillard/Edelstein*, France, in: Weigand (ed.), Practitioner's handbook on international arbitration, Munich 2002, p. 646.

<sup>157</sup> *Leboulanger*, supra note 148, p. 30.

ment) of the new Georgian Arbitration Law, held that the arbitration proceedings had competence to designate the legal successor. Therefore, the court terminated proceedings regarding the case.<sup>158</sup> According to Article 1(2) of the new Georgian Arbitration Law, arbitrators are entitled to resolve economic disputes based on the equality of rights in respect of which the parties may reach a settlement. The designation of the legal successor is not an economic dispute at all. It is merely a procedural tool to protect the right of the party that has succeeded in court. Besides, the designation of the legal successor may influence other legal relations involving the dead person (e.g. contractual relationships, court proceedings etc.) as opposed to an arbitration award, which may solely cover the matter concerning the rights of the parties of the arbitration agreement (Article 39(2) of the Georgian Arbitration Law). Hence, the designation of the legal successor through an arbitration award would be contrary to general principles of Georgian Civil Procedural Law. If the legal succession is not clear according to the evidence at hand, the court should have an obligation and exclusive jurisdiction to assign the legal successor.

The Tbilisi Court of Appeal holds the opinion that arbitration has the power to assign the legal successor. The court has enforced the arbitration award assigning the legal successor.<sup>159</sup> To the contrary, in “recommendations” provided by the Court of Appeal the competence of designation of the legal successor is entrusted exclusively to courts if the succession is not clear and undisputable.<sup>160</sup> It is noteworthy that in this case the arbitral tribunal has defined the legal successor for concrete contractual relations, but such an approach may cause more problems. On the one hand, giving the power to arbitration proceedings may mean that proceedings are faster, but on the other hand the arbitrator must study all of the proper evidence to rule on the issues. A tribunal or a sole arbitrator may rule that the legal successor will be A, but what happens when non-signatory B challenges this decision and argues that the award was wrong? Besides, the case might be more complicated with several parties and interests. As these parties might have no obligation to arbitrate, they will have a good reason to object to the arbitrator’s jurisdiction to rule on the legal succession issue. Hence, it will take much more time and cost to answer the question: who is the successor? Only the court can grant the parties the status of a legal successor and the final and binding decision of the court will serve as clear evidence for arbitration to go on with the proceedings.

---

<sup>158</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1930-10, 28 June 2010.

<sup>159</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/149-10, 15 November 2010.

<sup>160</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

As to the form of the assignment, it has never been a subject of Georgian court decisions.<sup>161</sup> However, one may suppose the Georgian courts will be liberal when dealing with the form requirement issue.

To summarise briefly, doctrine and practice of international arbitration is in favour of the automatic circulation of the arbitration agreement with the main contract; however, some courts tend to restrict this principle with the express consent of the parties involved. Similarly, Tbilisi City Court held that in the presence of mortgage debt the legal succession automatically causes the succession of the arbitration clause inserted in the mortgage contract.<sup>162</sup> Therefore, the practice of Georgian courts in this regard seems to be principally compatible with the general trend of internationally recognised experience.

### *c) Influence of bankruptcy on the arbitration agreement*

#### *aa) Global trends*

Taking into consideration the global trends regarding the influence of bankruptcy on arbitration agreements in case law, several remarks can be made. First, the commencement of the insolvency procedure is not considered an impediment to the recognition and enforcement procedure given that the relevant provisions of the law governing the insolvency procedure are not violated. Second, insolvency of the party to arbitration does not imply the termination of the arbitration agreement, whereas due to the public nature of the procedure arbitrators may not conduct the insolvency themselves.

In Sweden, it is disputable whether the arbitration agreement is binding after the insolvency procedure has commenced. According to the case law, it depends on the disposition of the rights that are subject of the dispute. In contrast to property law disputes, arbitration concerning the law of obligations might be binding even if the insolvency procedure has already begun. As an exception, the arbitration agreement in the field of property law may bind the bankrupt party if the dispute does not involve the rights of third parties.<sup>163</sup>

German courts hold the opinion that the insolvency cannot serve as an impediment to the recognition and enforcement procedure conducted under the New York Convention. However, the plaintiff cannot seek direct exe-

---

<sup>161</sup> At least such decisions are not reported or publicly available.

<sup>162</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/6546-10, 2 August 2010. For the same argumentation, see Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1413-10, 15 March 2010.

<sup>163</sup> *Edler*, Die Aufhebung von Schiedssprüchen und der Erlass einstweiliger Maßnahmen in Deutschland und Schweden, Frankfurt am Main 2009 et al., p. 119.

cution of the award; he or she will receive the portion according to insolvency law.<sup>164</sup>

The interrelation of bankruptcy and arbitration has been the subject of intense debates in Switzerland. The problem apparently arose in the *Elektrim* case. The Swiss Supreme Court held that the Polish defendant Elektrim was deprived of legal personality due to pending insolvency procedures in Poland and, accordingly, the award against him was not enforceable. Although the Swiss Supreme Court refused to make the decision public by declaring the court did not intend to set a precedent with Elektrim,<sup>165</sup> this decision has been heavily criticised,<sup>166</sup> and one can agree: The

---

<sup>164</sup> “In an illustrative case from Germany, a seller of goods commenced arbitration against a buyer, which then entered bankruptcy proceedings. When the seller applied for enforcement of the award against the bankrupt entity (administered by a court-appointed bankruptcy receiver), the Brandenburg Court of Appeal rejected arguments by the receiver that enforcement against a bankrupt entity would violate public policy. It stressed that granting enforcement under the New York Convention has no impact on bankruptcy proceedings because satisfaction of the award would be subject to local insolvency laws governing distribution of assets. In fact, the effect of declaring the award enforceable would be that the bankruptcy receiver could no longer question the claim of the applicant. As local law governs the actual act of enforcing the award (e.g. a possible attachment of assets), the applicant would enjoy only the position of a confirmed creditor under German insolvency law and would receive a share of whatever assets were available to satisfy creditors. In another case, Germany’s Supreme Court held that the receiver of an insolvent company is bound by an arbitration agreement concluded by the company prior to bankruptcy; the receiver could restrict or prevent only the actual attachment of assets, not the declaration of enforceability, to ensure that assets are distributed in accordance with bankruptcy proceedings.” See *Otto/Elwan*, Article V(2) NYC, in: Kronke/Nacimientto/Otto/Port (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 379.

<sup>165</sup> Article 142 of the Polish Insolvency and Reorganization Law provides that “any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued.” The Polish company was declared bankrupt by the order of Warsaw court and argued before the ICC tribunal that it was a good reason for the termination of the arbitration agreement. Both the arbitral tribunal and the Swiss Supreme Court were of opinion that Elektrim was deprived of legal personality due to the proceedings that led to the bankruptcy of the company. See *Scherer*, *Case Law*, Introduction to the Case Law Section, *ASA Bulletin* 1/2010, pp. 101 f.

<sup>166</sup> As *Karrer* has put it: “The Swiss Federal Supreme Court got it wrong, wrong, wrong and wrong a fourth time: 1. Once made, a contract to arbitrate remains valid. A party cannot claim that it lost in the meantime its capacity to arbitrate. The same applies to choice of jurisdiction contracts. 2. There is the principle of *perpetuatio fori*. If an arbitral tribunal has jurisdiction when the claim is made pending, it keeps jurisdiction. This also applies in the area of state court jurisdiction. 3. Switzerland has the principle of territoriality of bankruptcy. If a party falls into bankruptcy at its registered seat (we have in Switzerland the principle of *lex incorporationis*) this applies only there and not worldwide, in any event, not in Switzerland. In such a case according to Chapter 10 of the Swiss Federal Private International Law Statute, the foreign bankruptcy may be par-

determination of a company's capacity according to its personal law seems to be justified; however, this principle must not serve as a tool for parties to arbitration proceedings avoiding responsibility by declaring themselves bankrupt in the country of their origin. The principle of good faith and circumstances accompanying the case should be taken into consideration.<sup>167</sup>

According to the French Supreme Court, interruption of pending arbitration proceedings is an ordinary legal result of the insolvency. This principle is generally enforceable under French law. However, the relevant provisions of the foreign law are to be taken into consideration if foreign law governs the insolvency procedure.<sup>168</sup>

In *Fotochrome*, the US Court of Appeals for the Second Circuit expressed the opinion that the foreign award against the bankrupt defendant was enforceable and should have been registered in the bankruptcy proceedings. For want of the registration of the claim in such proceedings, the same court has refused recognition and enforcement of an English arbitral award rendered against a Swedish defendant. Other US Courts have decided that a receiver is bound by an arbitration clause in a pre-insolvency agreement, so that a subsequent dispute can and must be arbitrated and awards must be enforced.<sup>169</sup> A completely separate issue is what a successful applicant can do with such an award.<sup>170</sup>

---

tially recognized (mini-Bankruptcy). This principle should also apply in Swiss arbitration law. 4. The jurisdiction of an international arbitral tribunal having its seat in Switzerland is subject to the Swiss *lex arbitri* exclusively. A foreign Statute cannot take away the jurisdiction of an arbitral tribunal having its seat in Switzerland. This principle was confirmed in Article 186 subsection 1 bis of the Swiss Federal Private International Law Statute." See *Karrer*, Views on the decision by the Swiss Supreme Court of 31 March 2009 in *re Vivendi et al. v. Deutsche Telekom et al.*, ASA Bulletin 1/2010, p. 111.

<sup>167</sup> *Aebi/Frey*, Impact of Bankruptcy on International Arbitration Proceedings, A Special Case Does not Make a General Rule, ASA Bulletin 1/2010, p. 123.

<sup>168</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 109.

<sup>169</sup> *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 380.

<sup>170</sup> "Bankruptcy laws in most countries provide for receiver to administer assets and settle debts by distributing whatever assets are available to various creditors according to their priority ranking. In most cases, creditors will get only a fraction of their claims. [...] The holder of a Convention award cannot bypass the scheme of debt settlement under applicable bankruptcy law. If a claimant has successfully obtained an arbitration award ordering a bankrupt defendant to pay, say USD 100,000, but the bankruptcy receiver has only USD 80,000 in assets and there are three other creditors with aggregate claims of, say, USD 300,000, the award holder cannot, on the basis of the award alone, collect the entire USD 80,000 and leave the other creditors with nothing. That is not a purpose of the Convention. Rather once an award is declared enforceable, the actual collection of monies, including questions how one may collect, how much may be collected, and the award holder can obtain relief, is governed by the local laws of the enforcing states as per Article III of the Convention. Accordingly, the award holder must stand in the same queue as other creditors of equal ranking. The bankruptcy receiver will pay out whatever monies he or she has left in accordance with applicable bankruptcy laws. The Convention

*bb) Georgian approach*

The Georgian practice in this regard seems to be similar to the global trends described above. In a Georgian case, a party applied to the Tbilisi City Court and objected to the jurisdiction of permanent arbitration by submitting that the arbitration agreement became invalid because of the insolvency proceedings on his property.<sup>171</sup> The Tbilisi City Court has developed an “arbitration friendly” approach and stated that arbitration is a procedure permitted by the law and there is no impediment for arbitrators to resolve the dispute after commencement of insolvency proceedings.<sup>172</sup> Although merely one decision is not sufficient to generalise the trends of Georgian case law, one may argue it is a good beginning for following decisions to resolve more complicated disputes that might evolve in Georgian practice.

## V. Arbitrators

### *1. Appointment of arbitrators*

#### *a) Party-appointed arbitrators*

In compliance with international practice and the ML provisions (Article 10(2) of the ML), parties or authorities empowered by the parties in Georgian arbitration appoint one or three arbitrators. However, similar to English law,<sup>173</sup> Article 11 of the Georgian Arbitration Law principally permits the nomination of two arbitrators. Nevertheless, if courts will grant parties discretion to conduct proceedings with two arbitrators, it would be a good opportunity to discredit the idea of arbitration in Georgia. Although the latter provision is subject to any agreement between parties, the appointment of two arbitrators would be a deadlock for Georgian arbitration. It is no secret in the arbitration world that sometimes party appointed arbitrators consider themselves as “party’s arbitrators”. Some jurisdictions, for

---

award does not enable the award holder to obtain preference over other creditors; the recognized awards simply establishes that a holder has a valid claim.” *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 381.

<sup>171</sup> According to the Georgian Insolvency Law (Section 5) after the insolvency procedure has opened, then all pending disputes in other courts (except Court of Appeal and Supreme Court) should be transferred to the Tbilisi City Court. The latter has an exclusive jurisdiction to conduct insolvency proceedings.

<sup>172</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/6546-10, 2 August 2010. For the same argumentation, see Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/1413-10, 15 March 2010.

<sup>173</sup> *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 142.

example the USA, allow parties to appoint non-neutral arbitrators.<sup>174</sup> Generally, such arbitrators are not subject to disqualification.<sup>175</sup>

To put it briefly, one may conclude that the question of whether the impartiality of party-appointed arbitrators does not have to be examined with the same severity as the arbitrator appointed by a third party or a judge remains open.<sup>176</sup> It would be too difficult to imagine which criteria (if any) could distinguish the party-appointed arbitrators from those of other colleagues nominated by court or by a third party; how could courts examine whether they were “more” or “less” partial etc? Hence, the only way to answer this circle of questions would be that every arbitrator should be treated equally. Every person accepting authority as an arbitrator should be impartial and independent. However, it does not mean that the arbitrators are not allowed to become more acquainted with the specifics of parties’ business and their activities. More information about the parties might only help arbitrators to deal with the case.<sup>177</sup>

Independence, impartiality and neutrality are interrelated categories and arbitrators should bear in mind that a lack of these features must lead to only one decision: a good arbitrator must refuse to serve. Otherwise, his behaviour will be considered serious misconduct and might lead to negative results personally for the arbitrator.<sup>178</sup>

#### *b) Interviews with prospective arbitrators*

In the USA,<sup>179</sup> and to some extent in Europe,<sup>180</sup> it is common practice to conduct interviews with prospective arbitrators prior to making an appointment. Such interviews can serve a useful purpose. For example, pre-arbi-

---

<sup>174</sup> *Chernick/Gaitis*, Non-neutral arbitrators, in: *Gaitis/von Kann/Wachsmuth* (eds.), *Guide to best practices in commercial arbitration*, Huntington (NY) 2010, p. 23.

<sup>175</sup> *Chernick/Gaitis*, previous note, p. 25.

<sup>176</sup> *Müller*, supra note 90, p. 115.

<sup>177</sup> *Gusy/Hosking/Schwarz*, *A guide to the ICDR international arbitration rules*, Oxford et al. 2011, p. 83.

<sup>178</sup> As *Bernini*, Honorary President of International Council for Commercial Arbitration (ICCA) has put it: “Independence is the correct behavioral consequence of the requirements of neutrality and impartiality. These requirements must be deemed the prerequisites of the arbitrator’s state of mind and propensity for action. Lacking such prerequisites, the arbitrator should decline the appointment as sole arbitrators, president of the arbitral panel or co-arbitrator. The ethical rule is the same, whatever the function of the arbitrator, unless the parties have agreed to the appointment of non-neutral arbitrators.” See *Varady/Barcelo/von Mehren*, supra note 66, p. 292.

<sup>179</sup> See *Lowenfeld*, *Lowenfeld on International Arbitration*, *Collected Essays Over Three Decades*, Huntington (NY) 2005, pp. 82–87.

<sup>180</sup> *Wegen*, *Choosing Arbitrators – The International Practice of Law in Action*, in: *Vogt* (ed.), *Reflections on the International Practice of Law, Liber Amicorum for the 35th Anniversary of Bär & Karrer*, Basel et al. 2004, p. 227.

tration interviews can enable a party to ask a prospective arbitrator directly about his or her qualifications, relevant experience and availability prior to making any nomination. Such interviews should be conducted with care. Parties and their counsel must avoid whatever constellations that could lead to challenge of the arbitrator.<sup>181</sup> However, the real content of “should be conducted with care” is not explained; the questions that might be admissible are not defined. The issue depends on personalities: Who asks and who answers, rather than what is asked and what is answered. For example, the Higher Regional Court (OLG) in Munich decided that an arbitrator is not allowed to discuss the case in private with only one party.<sup>182</sup> According to another decision, a potential arbitrator might be disqualified from accepting the mandate by discussing the merits or the procedural aspects of the case with a party to the dispute or its counsel.<sup>183</sup>

Interviews with arbitrators do not happen in Georgia due to the particularity of Georgian arbitration: As a rule, arbitration institutions appoint arbitrators. Parties entrust their right to exercise this power by virtue of arbitration agreement or arbitration rules. Therefore, arbitrator interviews might not be deemed an urgent problem of Georgian arbitration. However, one may argue that such interviews would not be acceptable. The arbitrator, who is required to act in good faith in exercising his/her power, would be reluctant to accept an interview taking into consideration the traditional doubts with regard to arbitration in Georgia. With such a refusal, the arbitrator might acquire confidence and credibility. The additional reason for the above-mentioned motivation would be the arbitrator’s interest in having close connections with the arbitration institution, as the latter is empowered to appoint arbitrators.

### *c) Appointment by court or third party*

It is important to ensure that an arbitrator is properly appointed, as failure to make a valid appointment may have far-reaching consequences. An award made by an incorrectly appointed tribunal may be set aside as invalid, or if the appointment was not made properly, the party might be deprived of his right to appoint the arbitrator due to the expiration of the time limit.<sup>184</sup> Help and support provided by court in this regard might be of paramount importance for the party to influence the nomination procedure.

---

<sup>181</sup> *Finizio/Speller*, A practical Guide to International Commercial Arbitration: Assessment, Planning and Strategy, London 2010, p. 124.

<sup>182</sup> *Kühn/Gantenberg*, Germany, in: Rowley (ed.), *Arbitration World, Jurisdictional Comparisons*, 3rd ed., London 2010, p. 305.

<sup>183</sup> *Madsen*, supra note 43, p. 117.

<sup>184</sup> *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 133.

One may argue supportive power of courts should be considered the last opportunity of the party if the ordinary time limit has already expired.<sup>185</sup>

*aa) Georgian approach*

Article 2(1)(a) of the Georgian Arbitration Law empowers courts of first instance to help and support parties in order to constitute the arbitral tribunal. After the enactment of the Georgian Arbitration Law, the courts of first instance faced problems regarding the nomination of arbitrators.

Due to the lack of such experience, judges had no idea who would be nominated as arbitrator and what (if any) criteria should apply in order to choose a suitable candidate. Moreover, there were several cases when the arbitrators nominated by courts refused to accept their position or resigned.<sup>186</sup> One permanent arbitration offered judges to choose from the list of arbitrators provided by the institution. For the beginning, courts were reluctant to accept this scenario. The cause of such reluctance was lack of confidence with regard to arbitration institutions. After some hesitation, judges realised that only such institutions were able to guarantee that the person from the list of arbitrators would accept his nomination and if the court would demand so, the permanent arbitration could bring the candidate before the court in order to answer some questions about experience or other issues. In one case, the party was opposed to the person from the list of arbitrators. The court asked the party to name his own candidate and the candidate's consent to act as an arbitrator. The party was unable to nominate any candidate and the court ruled to appoint the arbitrator from the list at hand.<sup>187</sup> Generally, the arbitrators appointed by Georgian courts serve as a chair of the panel. With such practice, arbitration institutions try to avoid further procedural difficulties with regard to definition of the chair and his powers.<sup>188</sup> Nevertheless, it should be noted that the appointment of arbitrators by courts is rare in Georgian practice. Frequently, arbitration rules in Georgia provide support and help in order to compose the tribunal if one of the parties or both of them failed to nominate an arbitrator.<sup>189</sup>

---

<sup>185</sup> *Ehle*, Belated Nomination of Arbitrator Before the Swiss *juge d'appui*: Three Recent Decisions, ASA Bulletin 2/2008, p. 399.

<sup>186</sup> Batumi Permanent Court of Arbitration materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>187</sup> Batumi Permanent Court of Arbitration materials (the text of the decision is available to the author).

<sup>188</sup> Batumi Permanent Court of Arbitration materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>189</sup> See <<http://www.taiarbitration.org>>.

*bb) Global trends*

The Georgian practice outlined above is compatible with the best practice of international arbitration. Generally, there is no violation of public policy if the permanent arbitration institution or a chamber of commerce appoints one of the arbitrators when the party, which should have appointed this arbitrator, has not done so.<sup>190</sup> Parties often agree to use appointing authorities to design the arbitral tribunal's composition. In order to determine whether there has been a defect in the composition of the arbitral tribunal, courts generally examine the extent to which the agreed rules provide for an appointing authority's discretion. If such authority enjoys unfettered discretion in appointing an arbitrator or substitute arbitrator, a party may not invoke protection provided by the New York Convention Article V(1)d arguing that the appointed arbitrator does not meet certain qualifications.<sup>191</sup>

In a case concerning international arbitration, where the agreement specified that the appointing authority and the tribunal was appointed by a different authority, a court rejected the argument that the composition was considered out of line with the agreement because the arbitrator was appointed by the institutional appointing committee once the parties could not reach an agreement on an arbitrator. Similarly, if the agreement – or failing that the local law – requires the nominated arbitrator to have certain qualifications and the arbitrator is missing those qualifications, the tribunal would be improper. The same principle applies to the number of arbitrators.<sup>192</sup>

*d) Legal entities as arbitrators*

According to general practice, arbitrators should be individuals.<sup>193</sup> There is no practice in Georgia regarding the nomination of a legal entity as an arbitrator. If taking into consideration that in whatever constellations an individual shall act on behalf of the legal entity, one may argue that – like in Swiss courts – judges in Georgia will accept the opinion that only individuals can be arbitrators and not corporate bodies or communities. In particular, a chamber of commerce (or other similar entities) cannot be designated as an arbitrator.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> Müller, *supra* note 90, p. 88.

<sup>191</sup> Article V(1)(d). See also *Nacimiento*, Article V(1)(d) NYC, in: Kronke/Nacimiento/Otto/Port (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 290.

<sup>192</sup> *Nacimiento*, previous note, p. 289.

<sup>193</sup> See for example Georgian Arbitration Law Article 11(7).

<sup>194</sup> Müller, *supra* note 90, p. 89.

*e) Judges as arbitrators*

Generally, legislators are reluctant to grant judges authority to serve as an arbitrator. A judge as an arbitrator implicates a danger of conflict of interests. Public servants in Georgia are not entitled to serve as arbitrators.<sup>195</sup> However, as opposed to Georgia, in England a judge of the Commercial Court or an official referee may, “if in all the circumstances he thinks fit, accept appointment as a sole arbitrator or as umpire by or by virtue of an arbitration agreement.”<sup>196</sup> This approach is not widespread and might be considered an exception from general rule. Private dispute resolution might be devoid of its sense if judges or other public servants would act as main players in this business. However, in the USA it is quite common for former judges to serve as arbitrators, taking into consideration their experience in the adjudication of disputes. In fact, some former judges have formed dispute resolution firms providing arbitration services.<sup>197</sup> Such trends in dispute resolution are unfamiliar in Georgian reality. Retired judges in Georgia have no experience in the field of arbitration.

*f) Professors as arbitrators*

Some authors have expressed doubts regarding the nomination of professors as arbitrators. One argues that the biggest concern is that professors are too focused on doctrine and do not have sufficient practical experience to make wise decisions.<sup>198</sup> However, the Swiss Supreme Court seems to be flexible enough to accept the special role of law professors in the arbitration world. The court has developed a special kind of presumption of impartiality for professors by arguing that scholars are able to separate their practical and scientific activities and remain impartial.<sup>199</sup> This position of Swiss judges seems to be acceptable for their colleagues from other countries as well. In one case, no relevant defect was found where one arbitrator had helped draft a country’s civil code in the 1950s and, some twenty years later, was appointed as a chair of a tribunal between that country and a private party. The enforcing court rejected the argument that the tribunal

---

<sup>195</sup> Georgian Arbitration Law Article 11(7).

<sup>196</sup> Arbitration Act 1996 of England, Sections 93(1), 93(2).

<sup>197</sup> *Carbonneau*, United States, in: Weigand (ed.), *Practitioner’s handbook on international arbitration*, Munich 2002, p. 1103.

<sup>198</sup> A Polish arbitrator and counsel told of a tribunal where all three arbitrators were professors: “The dispute concerned an agreement to distribute vodka in the U.S. None of the professors had experience either in arbitration or in the vodka business. They grossly misapplied the law and rendered a very bad award.” See *Moses*, supra note 66, p. 119.

<sup>199</sup> *Spoorenberg/Bürgenmeier*, Switzerland: Party-appointed Arbitrators and Chairman Must Meet the Same Requirement of Independence and Impartiality, see <<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=121938>> (5 February 2011).

was improperly constituted despite the fact that the arbitration agreement explicitly provided that the chair should have “no connection either directly or indirectly with either party.”<sup>200</sup> However, sometimes the scholar’s ordinary activities might cause a successful challenge of the arbitrator. According to a judgment handed down by the Swiss Supreme Court, the arbitrator has previously published a scholarly article on the first award rendered by the arbitral tribunal and had qualified the award as being totally wrong (“grob falsch”). This was a sufficient ground, given the particular circumstances, to disqualify the arbitrator.<sup>201</sup>

Some ten years ago, Georgian scholars engaged to work in the field of private law were not practitioners. The situation has radically changed in the last five years. The majority of scholars delivering lectures at law faculties are experienced judges and young lawyers. However, not all of them are ready to deal with arbitration cases. One may argue without exaggeration that in Georgian practice scholars are welcomed as arbitrators.

*g) Indication of arbitrator’s name in the arbitration agreement*

Usually, the indication of arbitrators’ names in an arbitration agreement is not common to the parties in arbitration-friendly jurisdictions. The only considered exception may be submission agreements, as they are tailored to the immediate commencement of proceedings.<sup>202</sup> Moreover, the parties may entrust the function of appointment of the arbitral tribunal to a permanent arbitral institution and limit its role to that function alone.<sup>203</sup>

The nomination of the fixed arbitrator in an arbitration clause is a rare practice in Georgia. However, there was a case in which a distinguished law professor specialised in civil procedure law and contract law has served as sole arbitrator. The Tbilisi Court of Appeal has welcomed the arbitration clause.<sup>204</sup> All of the motions of the defendant regarding the arbitrator’s conduct were dismissed by the court. Similarly, according to Swiss case law the designation of the arbitrator in an arbitration clause is permissible. However, some commentators express doubts regarding the effectiveness of such a designation. Nobody knows what kind of relation will arise between the parties and the nominated arbitrator. If grounds for a challenge arise, there will be some questions too difficult to answer.<sup>205</sup> On the other hand, parties might avoid problems concerning the nomination of

---

<sup>200</sup> *Nacimiento*, supra note 191, p. 292.

<sup>201</sup> *Scherer*, Introduction to the Case Law Section, ASA Bulletin 1/2007, p. 82.

<sup>202</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 66.

<sup>203</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, *ibid.*, p. 66.

<sup>204</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/3947-10, 15 December 2010.

<sup>205</sup> *Müller*, supra note 90, p. 86.

arbitrators with such an approach. The process of the composition of the tribunal will not be time consuming.

## 2. Dissenting opinions

### a) Global trends

The dissenting opinion dates from the common law system, from House of Lords practice where judges were allowed to make independent speeches regarding the details of the case. According to one opinion, countries with civil law systems disallow this institution.<sup>206</sup> Nevertheless despite doubts expressed against dissenting opinions, the silence of the statutory law is often interpreted in favour of the dissenters' right to deliver their specific opinion to the parties.<sup>207</sup> For example, the Swiss Supreme Court permits delivery of a dissenting opinion to the parties if there is an appropriate agreement or the majority of arbitrators are not against such a submission. However, parties' agreement regarding dissenting opinions is quite rare. Accordingly, the presiding arbitrator's position seems to be of paramount importance.<sup>208</sup> Additionally, arbitrators should bear in mind that independent initiatives are not welcomed in international practice. If the dissenter spontaneously submits a statement in support of the setting aside application, in the challenge proceedings the Swiss Supreme Court will not consider such a statement. Usually courts do not take into consideration the private initiatives of the arbitrators with this regard.<sup>209</sup>

### b) Georgian approach

Although the Georgian civil procedure law has its origin in the civil law framework,<sup>210</sup> the judges are free to write dissenting opinions.<sup>211</sup> The new arbitration law of Georgia deviates from those of the ML provisions regarding dissenting opinions. Whereas Article 36 of the ML is silent on regulating dissenting opinions, Article 39(2) of the Georgian Arbitration Law permits arbitrators to render dissenting opinions and requires them "to make the appropriate notice in the decision". This means it should be mentioned in the decision that one of the arbitrators has dissented and written

---

<sup>206</sup> *Van den Berg*, Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration, in: Arsanjani/Cogan/Sloane/Wiessner (eds.), *Looking to the Future, Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden et al. 2011, p. 822.

<sup>207</sup> *Arroyo*, Dealing with Dissenting Opinions in the Award: Some Options for the Tribunal, *ASA Bulletin* 3/2008, p. 455.

<sup>208</sup> *Arroyo*, previous note, p. 451.

<sup>209</sup> *Arroyo*, supra note 207, p. 454.

<sup>210</sup> *Zoidze*, *Evropuli kerjo samart'lis rec'ep'e'ia sak'art'veloši* [The Reception of the European Private Law in Georgia], Tbilisi 2005, p. 1.

<sup>211</sup> Civil Procedure Code of Georgia, Articles 27, 243 and 247.

his special opinion regarding the subject matter of the case. In a domestic arbitration case, which was accompanied with doubtful circumstances due to the party-arbitration relations, one of the arbitrators considered that even a dissenting opinion was not enough. He sent his opinion to both of the parties, to the permanent arbitration and other arbitrators.<sup>212</sup>

Generally, arbitration rules are also silent about dissenting opinions. For instance, there is no provision in the SCC Rules concerning this issue. Nevertheless, it will generally be allowed and dissenting opinions in writing will be attached to the award.<sup>213</sup> Similarly, arbitration rules of domestic arbitration institutions in Georgia do not address the issue; however, it must not be interpreted as a prohibition of such opinions.

The choice of the Georgian legislature seems to be acceptable. A prohibition would be contradictory to the accepted practice of international arbitration. However, on the other hand dissenters with special opinions might undermine the confidence to arbitrate. It is also true that the issue should be regulated with practice, not with prohibitions by the legislature.

## VI. Interim measures

During the course of arbitration proceedings it may become necessary for the involved parties to secure the assets in dispute or to protect potential evidence before the final award is rendered. Therefore, the parties may turn to the arbitral tribunal or the state court asking for orders that would protect the interests of the claimant or respondent. These interim measures play an important role to safeguard the arbitration process but can face problems when it comes to the enforcement of measures issued by the arbitral tribunal.

### *1. Statutory regulation in Georgia*

The Georgian Arbitration Law has adopted amendments of Article 17 of the ML, but has not copied the new provisions directly. For example, the new wording of the ML distinguishes between interim measures and preliminary orders, whereas the Georgian Arbitration Law has unified the terminology and regulates merely interim measures (Articles 18–22 of the Georgian Arbitration Law). Therefore, the Georgian regulation is an adapted version of the ML provisions, although, main principles and goals of the

---

<sup>212</sup> For want of the recognition and enforcement procedure in Private Arbitration Law of 1997, the unreported award was executed directly without any review by the ordinary courts.

<sup>213</sup> *Madsen*, supra note 43, p. 261.

ML remain in force. Similar to the ML, Georgian Arbitration Law permits interim measures issued by arbitral tribunals (Article 18) and state courts (Article 23).

## 2. *Enforceability of interim measures*

Some authors argue the absence of available or published case law makes research on interim measures issued by judges or arbitrators problematic.<sup>214</sup> However, some cases of Georgian courts are available. According to this practice and general opinion accepted by judges, the court should rule on the recognition and enforcement issue within 24 hours.<sup>215</sup> The Tbilisi Court of Appeal considered it suitable to indicate that the court has no jurisdiction to review the substantive part of the arbitration award by which arbitration has granted the interim measures.<sup>216</sup> Although the implementation of the ML in the Georgian legislation is declared to be a positive event, legal transplants from the ML face some problems to integrate with other parts of the legal system. For example, in a Georgian domestic arbitration case three arbitrators issued interim measures in favour of the plaintiff. The award obliged the respondent to maintain the status quo on his property (namely vehicles) (Article 17(2)(a) of the new Georgian Arbitration Law which is equivalent to the Article of the ML with the same number). The Tbilisi Court of Appeal enforced the award.<sup>217</sup> The plaintiff requested the registration of the decision in the public register of vehicles in order to ensure the execution of the decision. The public register authority denied the request, arguing that the wording “to maintain status quo” is too uncertain for registration goals. The authority has noted in its explanation letter, that if “a sequestration of vehicles” was demanded, it would be permissible to register. The legal results of a sequestration are stipulated in Georgian legislation as opposed to the term “maintain status quo”, which is too uncertain and might cause problems in practice. This approach should be qualified as formalistic and is to be taken into consideration when dealing with enforcement of interim measures. The argument that the wording of the judgment and award was too uncertain also seems to be incompatible with the Georgian Civil Procedure Code. The Code provides that the party in civil proceedings may request the other party to be obliged to do something, or to refrain from acting (Article 198(2)(b) of the Georgian

---

<sup>214</sup> *Abascal*, *The Art of Interim Measures*, in: Van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006, Back to Basics?* International Council for Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn 2007, p. 753.

<sup>215</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>216</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/149-10, 22 January 2010.

<sup>217</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/687-10, 11 March 2010.

Civil Procedure Code). Hence, the interim measures issued by arbitration are deemed ineffective from the practical point of view.<sup>218</sup> As the case has shown, the public bodies remain reluctant to execute interim measures issued by arbitrators, whereas there are no similar problems regarding the same measures rendered by courts. Accordingly, one may argue that interim measures issued by arbitral tribunals are not able to play the decisive role preserving parties' rights in pending arbitration.

As shown above, interim measures issued by state courts may be considered as flexible tools to preserve parties' rights in pending arbitration. Courts do not depend on the constitution of a tribunal to grant interim measures. Courts of Appeal in Georgia are entitled to arrest property or order the party to refrain from such actions that may cause the decrease of his assets and impede the execution of the arbitration award.<sup>219</sup> However, in granting interim measures the discretion of courts might be restricted by the practice of foreign state courts. For example, judges from Courts of Appeal shall not enforce interim measures arresting a property of the respondent if the property is the subject of a mortgage or hypothec. This interpretation derives from the Supreme Court's practice, according to which if there is a registered mortgage or hypothec in favour of the creditor, the latter is not entitled to demand additional protections like arrest or freezing of assets.<sup>220</sup> In this regard the interim measures afforded by arbitration have some advantages.

The wording of the amended Article 17 H(1) ML and the new Georgian Arbitration Law permits the recognition and enforcement of interim measures "irrespective of the country in which it was issued." Moreover, the finality of the award does not serve as an impediment for Georgian courts. The Supreme Court of Georgia is not reluctant to enforce interim measures issued by an arbitral tribunal having its seat abroad. In a recent decision, the Supreme Court granted recognition and enforcement of an award rendered on behalf of a Permanent Arbitration in Turkey.<sup>221</sup> The only question is whether the Supreme Court was competent to make such enforcement. At that time (14 January 2010), the Georgian Arbitration Law was already enacted. Therefore, the competent court would have been determined ac-

---

<sup>218</sup> The chairs of Tbilisi Arbitration Institute and Batumi Permanent Arbitration report that the parties used to apply for interim measures to arbitration rather often, but at recently the applications have declined strongly due to the ineffectiveness of this tool.

<sup>219</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/204-10, 29 January 2010. Tbilisi Court of Appeal Decision #xxxx-10, 7 May 2010 and Decision #2B/xxxx, 10 March 2010 (the file numbers were blacked out by the court prior to publication due to privacy protection; the texts of the decisions are available to the author).

<sup>220</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

<sup>221</sup> Supreme Court Decision #A 2584-S-86-09 Kahraman, 14 January 2010.

ording to this law. The latter considers Courts of Appeal are appropriate to deal with recognition and enforcement of interim measures irrespective of the country in which they were issued (Article 21(1) of the Georgian Arbitration Law).

## VII. Law applicable to the subject matter of the dispute

The law applicable to the subject matter of the dispute is one of the most complicated issues of arbitration. However, the Georgian legislature has attempted to resolve the issue by simplifying the ML approach. Namely, the Georgian Arbitration Law has accepted the parties' right to choose the law applicable to the merits of the dispute, but refused to implement conflict of law methods in defining the applicable rule. Besides, the Georgian legislature has not provided for the tribunal's right to rule *ex aequo et bono* or *amiable compositeur*. If parties have failed to choose the applicable law, only the arbitral tribunal is entitled to determine and apply the law.<sup>222</sup> Principally, one may argue that in regulating the applicable law issue the Georgian Arbitration Law follows the French Civil Procedure Code.<sup>223</sup> As the majority of arbitration cases held in Georgia are domestic and the number of requests of recognition and enforcement of foreign arbitral awards are (too) low, cases where Georgian courts or tribunals address the question of the applicable law are unlikely to be observed. Therefore, there is nothing to analyse yet.

In international arbitration, choice-of-law questions are not equal to classic conflict of laws doctrines; there is a greater flexibility. In particular, arbitral tribunals may leave the choice of law level aside and apply the law directly. There are several variations to this approach of direct application of law.<sup>224</sup> For example, many jurisdictions reject *renvoi*<sup>225</sup> in an international setting, where parties have chosen a specific national law.<sup>226</sup> Similarly, the Georgian legislature has opted out of applying the whole legislation of the country and decided in favour of the substantive rules. Accordingly, the parties are able to choose the substantive rules of the law and it will not include conflict of law rules as well (Article 36(3) of the

---

<sup>222</sup> Compare Article 28 of the ML with Article 36 of the Georgian Arbitration Law.

<sup>223</sup> Article 1496. More precisely about this Article see *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 131.

<sup>224</sup> *Fountoulakis*, Set-Off Defenses in International Commercial Arbitration, A Comparative Analysis, Oxford et al. 2011, p. 215.

<sup>225</sup> The problem is generally referred to as *renvoi*. It occurs when the forum applies the conflict of laws rules of the law chosen by the parties, to select a law different from the designated parties, *Moses*, supra note 66, p. 73.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 73.

Georgian Arbitration Law). *Voie indirecte* has become less acceptable. Arbitrators unlike judges are not obliged to consider the strictly defined rules of law of the concrete state.<sup>227</sup>

However, it remains questionable whether parties in domestic arbitration are also permitted to choose the law applicable to the merits of the dispute. For example, in a Russian case arbitrators have applied substantive law chosen by the parties where both of them were residents of the Russian Federation. In Russian doctrine, the award was qualified as doubtful.<sup>228</sup> This question might also be relevant for Georgian arbitration. Nevertheless, there is unlikely to be a direct answer in legislation. The lack of the appropriate case law makes it difficult to predetermine the fate of the award in such constellations. If the place of the arbitration is within the borders of Georgia, the subject matter of the dispute has a close connection with Georgia and both parties are Georgians, their choice in favour of the foreign law might be qualified as an intention to avoid the legal results predetermined in Georgian law. If the parties have acted in bad faith by choosing the foreign law in order to avoid the application of the Georgian law, it might be a serious impediment for the recognition and enforcement of such an award.

## VIII. Arbitration award

### 1. *Res judicata effect of award*

#### a) *Global trends*

An arbitral tribunal is not entitled to hear a case already resolved by a court or by another arbitral tribunal. A further aspect of the doctrine of *res judicata* is that a party cannot raise matters in subsequent proceedings, which could, and therefore should, have been litigated in earlier proceedings.

Some authors argue the *res judicata* effect also applies to interim arbitral awards. In further proceedings, partial awards bind the arbitral tribunal who has rendered them, as well as the parties to the extent that they have not challenged the partial awards.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> Ibid., p. 77.

<sup>228</sup> Rozenberg, supra note 115, p. 22.

<sup>229</sup> The Swiss Supreme Court in its decision 4A\_458/2009 of 10 June 2010 recalled this issue. See Scherer, Case Law, Introduction to the Case Law Section, ASA Bulletin 3/2010, p. 498.

So far, no universal rules exist on *res judicata* in international arbitration.<sup>230</sup> However, some principles might be outlined. According to one opinion, an arbitration agreement may be inoperable as to a particular dispute if it is barred by *res judicata*.<sup>231</sup> Generally, “the authorities in the country where the arbitral award is relied upon determine according to their *lex fori* whether and to what extent *res judicata* (and therefore award recognition) extends to a person who is, or appears to be, different from the award creditor or the award debtor.”<sup>232</sup>

For example, in French law even an agreed settlement has the status of *res judicata* between the parties. This means that the claims which were in dispute can no longer be litigated or arbitrated, leaving the parties with the new rights and obligations under the settlement.<sup>233</sup>

This principle of *res judicata* was set out in the English case of *Henderson v. Henderson*. Generally, the court does not accept admission of additional pleas regarding an issue which has already been resolved by another decision. The mere fact that the parties failed to claim does not serve as a good reason to admit such pleas once more. If the parties have had a good opportunity to bring the particular subject matter of the case before the appropriate forum, by failing to do so they will lose the chance to bring the matter before the forum entitled to deal with the case.<sup>234</sup>

Despite the lack of clearly defined principles, some courts have accepted the *res judicata* effect of arbitral awards. In order to determine whether to rely on a previous arbitral award the second forum – especially national courts in USA – tends to review the award in terms of procedure at first. Usually, courts try to check whether the due process standard applied by arbitrators in a particular case was similar or adequate to those of the standards worked out by ordinary courts.<sup>235</sup> In a decision rendered in 2010, the Swiss Federal Supreme Court has held that the *res judicata* effect of the award is part and parcel of procedural public policy.<sup>236</sup>

---

<sup>230</sup> *Girsberger/Voser*, supra note 113, p. 33.

<sup>231</sup> *Moses*, supra note 66, p. 33.

<sup>232</sup> *Börner*, Article III NYC, in: Kronke/Nacimient/Otto/Port (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, pp. 130 f.

<sup>233</sup> *Delvolvé/Pointon/Rouche*, supra note 8, p. 165.

<sup>234</sup> *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 294.

<sup>235</sup> For example, in *Greenblat v. Dixel Burnham Lambert* the Eleventh Circuit noted that for national courts to be able to rely on determinations of a previous award, the court should first examine, *inter alia*, whether the arbitration proceedings were procedurally adequate. See *Brekoulakis*, supra note 142, p. 261.

<sup>236</sup> The Court found that “the arbitral tribunal had wrongly disregarded a binding decision (*res judicata*) of a Swiss Commercial Court in the same issue [...]. The court found that it did not matter that a court rather than an arbitral tribunal had issued the decision.

*b) Georgian approach*

Georgian courts have also ruled in favour of the *res judicata* effect of arbitral awards. For example, the Tbilisi City Court has set aside the “old regime” arbitration award rendered after the former award that has already resolved the dispute. The court held that the wording “dispute shall be resolved through arbitration” was not sufficient to create competence of arbitrators, but by applying the “first arbitration” the parties have concluded an implicit agreement to arbitrate. Hence, the “second” tribunal could not have any power to rule on the same dispute.<sup>237</sup> That means the Tbilisi City Court has accepted the *res judicata* effect of the arbitral award. However, it remains questionable whether the *res judicata* effect might be extended to the whole content of the award. Some authors argue it applies only to the operative part of the judgment or award. It does not apply to the reasons. However, sometimes the reasons have to be taken into account in order to know the exact meaning, nature and scope of the operative part.<sup>238</sup> As any other aspects of *res judicata*, this issue will also be influenced by the appropriate provisions of the Civil Procedure rules. For example, according to Article 106 of the Georgian Civil Procedure Code the principle of the *res judicata* shall apply to the reasons of the previous judgment if the following decision concerns the same parties. Taking into consideration that Georgian arbitrators tend to meet the requirements of due process accepted in Georgian litigation, one may argue that the reasons of the award will also have effect for resolving the following dispute among the same parties. Presumably, Georgian judges will have nothing against such an approach.

The Tbilisi Court of Appeal has held that the *res judicata* effect of court decisions, which is enshrined in Article 266 of the Georgian Civil Procedure Code, also remains in force for arbitral awards. Article 266 provides for the prohibition of remedies against the court decision, which has already become final and binding. In the first sports arbitration case in Georgia in July 2011, the court held that the decision of the Georgian National Football Federation (more precisely the Executive Committee of the Federation) has a *res judicata* effect as it resolves the dispute between football teams and players. Furthermore, the Tbilisi Court of Appeal has considered that the violation of the *res judicata* principle in Georgian domestic arbitration constitutes a violation of public policy and serves as a ground for

---

Res Judicata applies in both instances and is part of procedural public policy.” See *Scherer*, supra note 229, p. 498.

<sup>237</sup> Tbilisi City Court Division for Civil Matters Decision #2/7628-09, 5 March 2010.

<sup>238</sup> *Müller*, supra note 90, p. 222.

setting aside or for refusal of the recognition and enforcement of an arbitral award.<sup>239</sup>

The important point, which remained beyond the court's reasons, is the legal nature of the decision rendered by the Executive Committee of the Georgian National Football Federation. However, by admitting the *res judicata* effect of the Committee decision the court has considered the Executive Committee a "quasi-arbitration" body. Accordingly, one may argue the Tbilisi Court of Appeal has ruled in favour of the broad interpretation of the *res judicata* principle in domestic arbitration.

## 2. *Setting aside an award*

### a) *General overview*

Setting aside is one of the widespread and important remedies against arbitral awards. Courts exercising their supervisory power may prevent arbitrators' misconduct and set aside the award if the prerequisites stipulated by the law are met. Addressing the setting aside issue, Article 34 of the ML and Article 42 of the Georgian Arbitration Law tend to operate with the same provisions and terminology. As to the terminology, the ML prefers "recourse" and "setting aside." However, other words with the same meaning are also acceptable in doctrine. For example, "revision" means the process through which a state court or a tribunal is asked to reconsider – for very specific and narrow reasons – a decision that it has previously rendered. Revision is generally provided for in most national laws regarding judgments. However, it is more rarely provided for regarding arbitral awards.<sup>240</sup>

The wording of the Georgian Arbitration Law is compatible with the appropriate provisions of the ML; however, the case law regarding the setting aside procedure is of no great importance in Georgia. One may argue the practice in this regard is still under formation.

### b) *Conflict of the setting aside and the recognition and enforcement procedure for domestic awards*

The new Georgian Arbitration Law, while derived from the ML, regulates international and domestic arbitration simultaneously. For international arbitral awards, the set aside and recognition and enforcement procedure cannot take place in the same state and the problem does not arise. As the domestic award may be set aside by Georgian courts and the same courts are competent to enforce domestic awards, these two procedures are in ap-

---

<sup>239</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1637-11, 26 July 2011.

<sup>240</sup> *Girsberger/Voser*, supra note 113, p. 329.

parent conflict. Accordingly, the conflict of the setting aside and the recognition and enforcement procedure on the domestic level is apparently revealed.

For example, in a case before the Tbilisi Court of Appeal the arbitral award against three defendants was enforced without any delay. The court has highlighted that there were no grounds to deny recognition and enforcement and the award did not violate public policy.<sup>241</sup> Since two defendants then filed a motion to the same court seeking the setting aside of the award by arguing that the arbitrator was too young and therefore deprived of the ability to deal with the case. The next argument was that penalties rendered were incompatible with public policy. The Defendant opposed the motion referring to the following arguments: First, the plaintiff was given a proper notice of the recognition and enforcement procedure, but failed to attack the award seeking the refusal of its recognition and enforcement. Secondly, the court enforcing the award has resolved the issue finally. Therefore, additional remedies against the award should not be available taking into consideration that the decision enforcing the award is not appealable. The Tbilisi Court of Appeal satisfied the motion only partly and reduced the penalties. The court stressed that the defendants' failure to attack the award in a pending recognition and enforcement procedure cannot serve as an impediment for setting aside of the same award.<sup>242</sup>

This position might lead to several misunderstandings. The grounds for setting aside and for refusal of recognition and enforcement are the same. Therefore, if the court enforces the award the successful party might presume that all the requirements stipulated by law were met. Setting aside the already enforced award is incompatible with the successful parties "legitimate expectations." One may argue, by admitting of the initiation of the setting aside procedure the court has attacked its own decision.

It is noteworthy to state that other ML jurisdictions, for example Germany and England, have also unified the regulation of arbitration at domestic and international levels. However, as opposed to their Georgian colleagues, at least in Germany judges have never been faced with the same problems. According to Article 1059(3) of the German Code of Civil Procedure, the motion seeking the setting aside of the award is not admissible if the award is already enforced by the German court.<sup>243</sup> Lack of similar regulation in the Georgian Arbitration Law has led to the interpretation that is in apparent conflict with the real goals of the setting aside and recognition and enforcement procedure. Therefore, the urgency of the appropriate amendment of the Georgian law might not be disputable.

---

<sup>241</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1262-11, 4 May 2011.

<sup>242</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1638-11, 12 July 2011.

<sup>243</sup> *Münch*, supra note 108, § 1059 para. 81.

Accordingly, Georgian courts must avoid such conflicts and refuse to set aside already enforced awards unless there are no additional circumstances which were not disclosed in a pending recognition and enforcement procedure. According to the practice currently in force, the stability and efficiency of the recognition and enforcement procedure is doubtful because of the unsuccessful party's right to attack the enforced award even if he or she failed to appear before the court in a pending enforcement procedure.

### 3. Remand

Probably because it happens so rarely, the rules of most arbitral institutions and statutes fail to provide meaningful guidance for arbitrators whose awards are remanded by a court. Due to this lack of guidance or for other reasons, arbitrators are occasionally confronted with difficult and potentially awkward situations when a court remands an arbitration award to the arbitrators for correction or clarification.<sup>244</sup> If their award is set aside or if so ordered by a court in setting aside proceedings, arbitrators may have to resume their activity and render a new award. In other constellations, arbitrators may be requested to remain constituted as a tribunal to resolve possible follow up disputes arising out of the same contractual relationship; or they may be called upon when difficulties arise during the implementation or enforcement of an award granting non-monetary relief.<sup>245</sup> Remission to the original tribunal will be appropriate in cases of serious irregularity where the tribunal has admitted its mistake or there has been some technical irregularity that can be corrected.<sup>246</sup>

Article 43 of the Georgian Arbitration Law has also shared the principle already enshrined in Article 34(4) of the ML. However, there are no cases reported in which courts have applied the above-mentioned provision.

---

<sup>244</sup> *Dubow/Gaitis/Madison/Underwood/Wagoner*, Post-award matters, in: Gaitis/von Kann/Wachsmuth (eds.), *Guide to best practices in commercial arbitration*, Huntington (NY) 2010, p. 194.

<sup>245</sup> *Schneider*, President's Message, There is life after *functus officio*, *ASA Bulletin* 1/2010, p. 507.

<sup>246</sup> *Ambrose/Maxwell*, *supra* note 71, p. 369.

#### 4. Recognition and enforcement of award

##### a) The role of the New York Convention in recognition and enforcement in Georgia

Counsel and arbitrators should be aware that the standards applied by the courts may be different even in New York Convention countries.<sup>247</sup> Therefore, an award that may be enforceable in one country may not be enforceable in another due to the particularities of national case law.<sup>248</sup> This universal principle, already checked and proven by the experienced arbitrators and counsels is of major importance when taking into consideration the Georgian Arbitration Law and the practice of Georgian courts being in the process of formation. Although the New York Convention serves as an important tool in order to unify the enforcement procedure, differences in interpretation remain in force.

For example, according to one opinion Article 35 of the Russian International Commercial Arbitration Law (equivalent to Article 35 of the ML) in combination with the appropriate provision of the New York Convention provides for recognition and enforcement of arbitral awards (*arbitražnye rešenija*) but not for arbitral decisions (*opredelenie arbitražna*). Therefore, the author argues that an award on agreed terms is not an “award” within the meaning of the New York Convention and is beyond its ambit of regulation.<sup>249</sup>

---

<sup>247</sup> For instance, according to Swiss case law within its scope of application the NYC replaces national law and it therefore guarantees a uniform application by the member states. See *Müller*, supra note 90, p. 397. French law is more favourable to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards than the provisions set out in the NYC. In particular, French courts may enforce foreign awards even if they were set aside at the place where they were rendered. This gives support to the view that France has adopted a very liberal approach regarding enforcement of arbitral awards. See *Kaplan/Michou/Cabrol*, supra note 70, p. 297. Nevertheless, each of the official translations of the convention is equally binding; however, the different translation in the official language of Article V itself raises this question, because it reads “may be refused” and not “shall be refused”. By adopting this language the drafters may have sought to provide courts with discretion to nevertheless enforce or recognize once a ground for denial has been established. For the most part Anglo-American courts have held that they have such discretion. However, the equally binding French text reads as “*ne seront refusé que si*”, “will only be refused if,” and, thus, could be understood to exclude any discretionary power. See *Nacimiento*, supra note 191, p. 208. Furthermore, the New York Convention does not define what is required for “authentication” or certification. This has led to some uncertainty and conflicting court decisions. The term “authentication” essentially means a confirmation that the award is genuine and was made by the arbitrators. See *Otto*, supra note 152, p. 177.

<sup>248</sup> Introduction in *Bühler/Webster*, supra note 110, p. li.

<sup>249</sup> *Komarov/Lebedev/Musin*, supra note 64, p. 164.

The type of proceedings that may be used for the recognition of arbitral awards is not fixed by the convention. Accordingly, the proceedings in different countries vary greatly, ranging from ordinary adversarial proceedings, including appeals, to summary proceedings, simple oral proceedings, or *ex parte* proceedings.<sup>250</sup>

The remedies against the court judgment recognising or enforcing the award are also varied, and the convention does not impose any special restrictions, for example with regard to the type of remedy to be used. Similarly, the *lex fori* determines whether all or only one of the award debtors may challenge the court decision.<sup>251</sup>

Despite the ratification of the New York Convention in 1994, courts in Georgia were reluctant to apply the New York Convention before the enactment of the new Georgian Arbitration Law.<sup>252</sup> For example, between 2000 and 2007 there was only one case where the Supreme Court directly referred to the provisions of the Convention.<sup>253</sup> Although after the enactment of the Georgian Arbitration Law the problem was automatically diminished, only a few decisions in the field of recognition and enforcement of foreign awards exist. Nevertheless, the regime of enforcement is unified for both foreign and domestic awards (Article 44 and 45 of the Georgian Arbitration Law).

Although the current regulation is clearer, to speak about trends of new approaches is impossible due to the lack of appropriate case law. In 2010 only two cases of recognition and enforcement of foreign arbitral awards were reported.<sup>254</sup> However, one of them addresses the recognition and enforcement of interim measures,<sup>255</sup> which is unlikely within the competence of this court.<sup>256</sup>

## *b) Partial recognition and enforcement of award*

### *aa) Global trends*

A topic that may affect defences alleged under Article V(2) of the New York Convention and Article 45 (1)(a)(d) of the Georgian Arbitration Law is whether a party may seek partial enforcement or recognition even if a ground exists under Article V(2) of the NYC to refuse recognition or enforcement of other parts of the award. Generally, where enforcement of

---

<sup>250</sup> Börner, supra note 232, p. 121.

<sup>251</sup> Börner, supra note 232, p. 129.

<sup>252</sup> See section II. "A period of hostility – Georgian version".

<sup>253</sup> Tsertsvadze, supra note 33.

<sup>254</sup> See Supreme Court Decision #A 2584-S-86-09 Kahraman, 14 January 2010 and Supreme Court Decision #A 1985-S-68-09 Polestar, 26 March 2010.

<sup>255</sup> Namely: Supreme Court Decision #A 2584-S-86-09 Kahraman, 14 January 2010.

<sup>256</sup> See above section VI. "Interim measures".

only certain elements of a foreign award would violate the enforcing state's public policy, then the remaining part of the award may be enforced, provided that separating the award into "harmful" and "harmless" elements is possible.<sup>257</sup> Therefore, if the two portions of the award are reasonably separable, the portion of the award treating matters within the scope of the arbitration agreement is deserving of – and is entitled to – recognition and enforcement. Thus, an award would be granted recognition and enforcement as to those claims that were legally capable of arbitration under the relevant law, even though recognition and enforcement is denied as to claims that are not arbitrable under the relevant law.<sup>258</sup>

The grounds for refusal of enforcement in Article V of the NYC are considered exhaustive, and none mention awards *infra petita*. Indeed, the fact that partial enforcement of awards is permissible under Article V(1)(c) of the NYC lends credence to the enforceability of *infra petita* awards.<sup>259</sup> Accordingly, the precise wording of an enforceable title is an essential precondition for the enforcement authorisation by the judge. Thus, the operative part of an arbitral award has to clearly express that the debtor is ordered to perform or refrain from a certain act. With this regard, and the arbitrators need to give specific directions but should discuss the problem with the parties. In all other cases, it is the obligation of the parties to detect and avoid problematic prayers for relief.<sup>260</sup>

A typical example of where partial enforcement would be sensible is when the interest awarded violates the public policy of the enforcing country.<sup>261</sup> The court considering that the interest violates the public policy might not refuse the recognition and enforcement of the entire award. The

---

<sup>257</sup> *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 413.

<sup>258</sup> *The American Law Institute*, Restatement of the Law – The U.S. Law of International Commercial Arbitration, Preliminary Draft No. 2 (29 April 2009), Subject Covered: Chapter 5 Recognition and Enforcement of Awards, St. Paul 2009, p. 23.

<sup>259</sup> *Port/Bowers/Noll*, Article V(1)(c) NYC, in: Kronke/Nacimiento/Otto/Port (eds.), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, Alphen aan den Rijn 2010, pp. 277.

<sup>260</sup> *Schumacher*, Zu Inhalt und Bestimmtheit von Schiedssprüchen und Vollstreckungsanträgen, ASA Bulletin 3/2007, p. 506 f.

<sup>261</sup> Egypt's Supreme Court reversed a decision of the Cairo Court of Appeal that refused to enforce an ICC award on the ground that the amount of interest awarded was excessive and in violation of Egypt's public policy. The matter was referred back to the appellate court and the Supreme Court stressed that when only the interest violated the public policy, but not the main part of the award, then the main part without the interest should be declared enforceable. A British court also ruled in favour of permitting a partial enforcement, in a case where defendant raised defences under Article V of the NYC and also initiated setting-aside proceedings in the country of origin. The court stressed that if only a part of the award was challenged, the other parts of the award could be enforced. See *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 414.

problem may be solved with partial enforcement, which seems much more justified in such constellations.

*bb) Georgian approach*

Georgian courts have already addressed the issue and admitted the partial enforcement of arbitral awards. After some deliberations, the Tbilisi Court of Appeal held that the recognition and enforcement of a part of an arbitral award is permissible. In the case at hand, the party demanded the recognition and enforcement of a part of the award. It was declared that in a pending recognition and enforcement procedure one of the respondents has fulfilled his stake of the obligation and therefore there was no need to enforce the award against him. The court made a special indication that it would be at the parties' discretion to seek recognition and enforcement of the award wholly or partly and accordingly it shall not violate public policy of Georgia.<sup>262</sup>

On the other hand, the Tbilisi Court of Appeal is not reluctant to refuse enforcement of the award entirely if it considers the rights and obligations of the parties inseparable. In a bank versus clients' case, the defendants were two close corporations and two individuals. One of the individuals has not signed the arbitration agreement. However, the sole arbitrator considered the agreement with the other joint debtors sufficient to extend the agreement to the non-signatory. In a pending recognition and enforcement procedure before the Tbilisi Court of Appeal the court accepted the arbitrator's argument that the defendants were joint debtors and held that it was not a good reason to extent binding effect of the arbitration agreement to the non-signatory individual. In addition the court held that the obligation of joint debtors was not sufficiently separable to enforce the award in part against the signatories. By holding that the cases with joint debtors should have to be considered only entirely, the court refused to confirm the award in part and denied the recognition and enforcement of the entire award.<sup>263</sup>

*c) Prohibition of "double enforcement"*

Sometimes parties request the confirmation of an arbitral award by the court of the place of arbitration rather than to seek the direct recognition and enforcement in other country. Accordingly, the issue of "double enforcement" arises when courts are asked to recognize court decisions from other countries recognizing arbitral awards. One may only suspect that with such "double enforcement" parties are intended to ensure the legal results favourable exclusively to them. *Polestar* is one of the remarkable

---

<sup>262</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/2472-10, 22 November 2010.

<sup>263</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1087-10, 9 July 2010.

cases in recent practice of the Georgian Supreme Court. In this case, the Court has interpreted not only the Georgian law but also the English Arbitration Act 1996 and refused recognition and enforcement. The Panamanian company Polestar initiated arbitration in London against the government of Georgia and succeeded in these proceedings in 1999. In 2008, the plaintiff applied the Queen's Bench in London for recognition and enforcement of the arbitration award. The court has granted the requested enforcement. In September 2009 Polestar submitted a motion to the Supreme Court of Georgia seeking recognition and enforcement of the English court's decision. After some deliberations, the court offered the Polestar representative the opportunity to determine his motion more precisely. The representative was asked whether his motion was to enforce the arbitration award, or the decision of the English court regarding the award concerned. Polestar repeatedly stated that he was seeking to enforce the 2008 judgment of the Court. The Supreme Court analysed Section 66 of the English Arbitration Act and took a position that the judgment was not enforceable in Georgia. The Supreme Court held that there was nothing to enforce in this judgment because it served itself as a confirmation of the arbitration award and has only one goal: to maintain the execution proceedings in England. By stating that the decision was not enforceable due to its legal nature according to English arbitration law, the Supreme Court refused the recognition and enforcement. In addition, the court declared that its decision should not be interpreted as a refusal of recognition and enforcement of the 1999 arbitration award, because it was not subject to the deliberations in this case. The party has expressly excluded the award from his motion and demanded only recognition and enforcement of the court decision.<sup>264</sup>

However, *Polestar* is not the only case where the foreign plaintiff has requested the previous confirmation of the award before the state court of the place of arbitration. In an ICSID case *Jinvali Development Limited v. the State of Georgia* the Centre has held that the dispute was beyond the competence of the ICSID arbitration tribunal and simultaneously ordered that the arbitration expenses should have been paid by the defendant (i.e. by Georgia). The representative of Jinvali Development Limited applied to the South District Court of New York, which recognised this decision as its final decision and granted it appropriate legal force. Documentation connected to the enforcement of the decision through the US Embassy was delivered to the Ministry of Foreign Affairs of Georgia and to the Ministry of Justice. The Ministry of Justice sent the materials to the Supreme Court. The recognition of enforcement of the New York judgment was denied due

---

<sup>264</sup> Supreme Court Decision #A 1985-S-68-09 Polestar, 26 March 2010.

to the failure of submission of the legalised documents to the court.<sup>265</sup> It is not clear from the case materials, why the representative of Jinvali Development Limited applied to the New York Court, when he could directly request the enforcement of the ICSID arbitral award and why he decided to submit the documents through the US Embassy, which has made the procedure much more complicated. The party could simply apply to the Supreme Court, submit documentation prescribed by the ICSID convention and seek the enforcement of the award.

As the cases concerning the recognition and enforcement of foreign arbitral awards are few in number in Georgia, one may state that before the enactment of the new Georgian Arbitration Law foreign parties, at least in *Polestar* and *Jinvali* tended to convert the arbitral award into a judgment due to the unclear procedure of the recognition and enforcement. For want of the appropriate case law since 2010, one may only expect that the trends of recognition and enforcement will change in the future.

Similarly, the Spanish Supreme Court addressed an application for enforcement of a Swiss decision upholding an arbitral award and an order directing the unsuccessful party to pay. The lower Spanish courts applied the European Lugano Convention, which governs recognition of foreign judgments, to enforce the Swiss court decision and thus the arbitral award. The Supreme Court, however, held that the European Lugano Convention did not apply to arbitral awards and that the award sought to be enforced fell under the New York Convention. Because the real aim of the prevailing arbitral party was enforcement, it should have followed Spanish enforcement procedures. The court then held that the Spanish procedures for enforcement of awards under the convention had not been followed by the prevailing arbitral party and refused to enforce the award pursuant to Article III of the NYC.<sup>266</sup>

Hence, Georgian and Spanish courts have given due attention to the fact that the New York Convention is limited for foreign arbitral awards.<sup>267</sup> Similarly, a party to an American arbitration, which seeks to enforce the award abroad, need not seek any order from an American court. Therefore, confirmation proceedings in federal courts are usually filed today only where the prevailing party seeks to enforce the award in this country, when the Convention procedures would be of no assistance. US courts have defined in detail the difference between confirmation and recognition and enforcement.<sup>268</sup>

---

<sup>265</sup> Supreme Court Decision #A-175-SH-19-04, 17 May 2004.

<sup>266</sup> *Börner*, supra note 232, p. 135.

<sup>267</sup> *Girsberger/Voser*, supra note 113, p. 347.

<sup>268</sup> *Varady/Barcelo/von Mehren*, supra note 66, p. 717.

The “double enforcement” procedure has been abrogated by the New York Convention and there is no need to resume the outdated and complicated procedures undermining the efficiency of the private dispute resolution.<sup>269</sup>

*d) Limitation of recognition and enforcement*

If the party in *Polestar* would have acted differently, the next question to be answered could be whether the award was enforceable after ten years since it was rendered.

The New York Convention does not address the limitation issue. Article III of the NYC leaves the issue of how long a successful party has to apply for enforcement of a foreign award to the domestic law of the enforcing court.<sup>270</sup> For example, the request for enforcement of an award in Russia should be submitted within three years of the date when such a final award was rendered.<sup>271</sup> As opposed to Russian practice, in *Good Challenger Navegante SA v. Metalexportimport SA* the English Court of Appeal allowed the enforcement of an award made in 1983 where the award creditor had obtained an order to enforce the award in 1993 but had not applied for execution until 2001.<sup>272</sup>

In general, Western courts respect notice provisions found in the contracts relating to the dispute, in one case even nine years had passed between notice and arbitration.<sup>273</sup> However, the Georgian law provisions concerning the limitation issue are likely to be of a mandatory nature. According to Article 146 of the Georgian Civil Code the limitation period provided by the law cannot be changed by an agreement between the parties. Furthermore, Article 142 of the same Code provides for a ten year

---

<sup>269</sup> *Karabel'nikov*, Priznanie i privedenie v ispolnenie inostrannykh arbitražnykh rešenij [Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards], Moscow 2001, p. 8.

<sup>270</sup> *Börner*, supra note 232, p. 127.

<sup>271</sup> The Russian Supreme “Arbitraž” Court has confirmed three-year limitation in a recent decision (see “Postanovlenie” VAS 13211/09, 9 March 2011); see also *Kulkov*, supra note 73.

<sup>272</sup> The party seeking to enforce the award was involved in protracted litigation in Romania and did not seek to enforce the award until three years after the conclusion of the Romanian proceedings. However, during the same period, the opposing party had made two payments in respect of the award and had acknowledged the debt by telex. The Court of Appeal considered that the enforcement action occurred on the date on which the telex was sent and, therefore, the proceedings to enforce the award were made within the statutory limitation period. The circumstances of the case were considered sufficiently unusual as to justify permission to allow execution outside the normal limit under court rules. See *Ambrose/Maxwell*, supra note 71, p. 388.

<sup>273</sup> *Jana/Armer/Kranenberg*, Article V(1)(b) NYC, in: *Kronke/Nacimiento/Otto/Port* (eds.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Alphen aan den Rijn 2010, p. 242.

limitation for the enforcement of the final court decisions. The latter provision might be valid for final arbitration awards as well, taking into consideration that the awards impose the same legal results if comparing with court decisions. Accordingly, the conclusion here shall be that recognition and enforcement of the *Polestar* award (not court decision) would be successful.

*e) Grounds for denial of recognition and enforcement*

*aa) Incapacity*

Frequently, the issue of incapacity is raised with regard to company representatives arguing whether they have had appropriate authority to sign the arbitration agreement or to appear before arbitration on behalf of the legal entity involved. Although there is some debate as to whether the incapacity referred to is physical or legal, the preferable view is that it ought to be referred to as legal incapacity. There is also some doubt as to whether the incapacity must relate to the time of entering into the agreement or the time of commencement of the proceedings.<sup>274</sup>

In a Georgian case *Argo International*, a Ukrainian company was seeking recognition and enforcement against the director of the Georgian company. Despite the fact that the arbitration award rendered by the International Arbitration of the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry was directed against *Argo International*, in the motion the plaintiff was seeking to enforce the award against the director of the Georgian Company personally. The Georgian Supreme Court has explained that Mr. K.J. was not a party to the agreement personally and his name was neither indicated in the contract nor in the award. The plaintiff did not correct his motion that caused the refusal of the recognition and enforcement.<sup>275</sup>

Similarly, in *Lerner v. Amalgamated Clothing and Textile Workers Union* the Second Circuit in the USA held that there was not sufficient evidence that the President of a corporation who had signed a document containing an arbitration clause was individually bound to the terms of the agreement. The court found that, although the agreement employed the pronoun “he” regarding the signatory, which might connote personal liability, the President printed his name on the agreement as “the President (of the corporation).” According to the court, this signified that the President intended to sign the document in his corporate rather than his individual capacity. The court noted that “an agent who signs an agreement on behalf of a disclosed

---

<sup>274</sup> *Merkin/Flannery*, supra note 96, p. 201.

<sup>275</sup> Supreme Court Decision #A 2182-S-72-09 Kahraman, 19 November 2009. Supreme Court Decision #A 2584-S-86-09 Kahraman, 14 January 2010.

principal will not be individually bound to the terms of the agreement unless there is clear and explicit evidence of the agent's intention to substitute or supplement his personal liability for or to that of his principal".<sup>276</sup>

Comparing *Argo* with *Lerner*, one may argue the Georgian case law is developing in line with international experience. Besides, a remarkable trend is to be mentioned: As *Argo* and *Polestar* have shown, the Georgian Supreme Court feels itself obliged to maintain a precise formulation of the plaintiffs' motion. The court rules on the case only after it is satisfied that the parties are aware of their rights and obligations. Such a trend might be considered strange to some extent compared with other arbitration-friendly jurisdictions; however, this approach is justified with the lack of sufficient experience among parties and their lawyers in Georgia.

For want of the appropriate case law since 2010, one may only expect that the trends of recognition and enforcement will change in the future. The enactment of the new law with detailed regulation of the recognition and enforcement issue gives way for such expectations.

#### *bb) Inability to present the case*

##### *(1) Global trends*

Inability to present the case is concerned only with the situation in which the defendant has not been afforded a reasonable opportunity to present his case. If the defendant could have made submissions to the arbitrators but failed to do so, there is no basis for refusing enforcement.<sup>277</sup> In general, for a party seeking to assert the New York Convention Article V(1) a defence has the burden of pleading and proving the grounds for refusal. Courts have been strict and have not hesitated to reject defences where the respondent failed to substantiate his arguments. For instance, a party must clearly explain how the alleged incorrect procedure affected the award, which requires that the infringement of procedure is not of minor importance but substantial.<sup>278</sup> A procedural defect is substantial when, according to the procedural law, the defect itself is a ground for setting aside the award. It is difficult to identify real differences in the outcome between the varying theoretical approaches, since courts often refer to the approaches synonymously. The prevailing view, however, holds that recognition of an award may only be denied if the award is based on a procedural defect that can realistically be understood to have altered the resulting award. This approach is persuasive as it prevents the setting aside of awards and the com-

---

<sup>276</sup> *Brekoulakis*, supra note 142, p. 50.

<sup>277</sup> *Merkin/Flannery*, supra note 96, p. 202.

<sup>278</sup> *Nacimiento*, supra note 191, p. 210.

mencement of additional proceedings that ultimately achieve the same results.<sup>279</sup>

Therefore, the parties' reference to the above-mentioned ground is not enough for denying recognition and enforcement. Dealing with the party's motion regarding inability to present his case, courts have to act substantially rather than formally. The inability to present a case must deprive a party of its substantial right to be heard and this deprivation must lead to substantial injustice.

## *(2) Georgian approach*

This basic principle already worked out by courts of several jurisdictions has set a threshold for the new Georgian Arbitration Law. It is true both for domestic and international arbitration proceedings having links with Georgia.

For example, in one of the "old regime cases" according to the Private Arbitration Law of 1997, the defendant, a Georgian Company, referring to the alleged violations declared that "the arbitration did not correspond with the agreement of the parties, because under the agreement the dispute should be considered in London by an arbitral tribunal consisting out of three arbitrators, but the dispute was judged by one arbitrator. Furthermore, the date of the hearing of the claim was practically not known to them." The Georgian Supreme Court held that in accordance with paragraph 13.2 of the "Standard Terms of Procurement", (any / the) dispute under the contract or any related dispute shall be resolved at the London Court of Arbitration according to the English law on arbitration of 1996. According to Article 17 of this Arbitration Act of 1996, if one party does not nominate its own arbitrator within seven days of receiving notification, the other party shall be entitled to appoint its arbitrator as individual arbitrator, whose decision will be compulsory for both parties, as he was appointed so under the agreement. It is established by the case materials, that the notification of appointment of the arbitrator was sent to the respondent, including the claim and enclosed materials. The respondent was notified that if he would not appoint its own arbitrator and submit the counterclaim, the arbitrator appointed by the claimant would be considered as sole arbitrator and the case would be considered on the ground of the materials presented by the claimant. The arbitrator appointed by the claimant sent a letter by fax four times to the respondent, in the last letter categorically requesting to submit any counterclaim, i.e. he took all necessary measures in order to ensure the participation of the respondent in the hearings. The respondent neither appointed its arbitrator nor protected himself from the

---

<sup>279</sup> *Nacimiento*, supra note 191, p. 298.

claim. The arbitrator appointed by the claimant judged the case individually and upheld the claim.<sup>280</sup> The Georgian Supreme Court has studied the applicable relevant provisions of the procedural law (the arbitration legislation of England), established their content, gave an essentially correct interpretation and came to the conclusion that there are no grounds to deny recognition of the foreign award provided for in Article V of the NYC. This holding of the Supreme Court is also compatible with those international treaties to which Georgia is a party and with best practice of international arbitration.<sup>281</sup>

*cc) Public policy*

The public policy provision and its interpretation is a subject of intensive discussions in the doctrine. Due to its abstract nature evolved practice in different jurisdictions are not and cannot be unified. Georgian courts have also worked out some principles of interpretation. There are several constellations which might be referred to as a violation of public policy.

*(1) Penalties and compound interests as a violation of public policy*

One of the most considerable issues regarding the public policy is the reasonable amount of penalties charged by the arbitral tribunal. According to the Russian Supreme Commercial (*Arbitraž*) Court, charging penalties is principally permissible; the question is whether the amount of the penalties charged by the tribunal is compatible with the main principles of Russian civil law. Hence, according to Russian courts, the violation of public policy depends on the commensurateness of the penalties charged (to the party).<sup>282</sup> However, there are several court decisions in Russia, according to which the court has refused to rule on the commensurateness issue arguing that it would mean a substantive reconsideration of the award.<sup>283</sup>

---

<sup>280</sup> Supreme Court Decision #A204-SH-43-03, 2 April 2004.

<sup>281</sup> *Tsertsvadze*, supra note 33.

<sup>282</sup> *Kurzynsky-Singer/Davydenko*, *Materiellrechtlicher ordre public bei der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von schiedsgerichtlichen Urteilen in der Russischen Föderation. Eine Rechtsprechungsanalyse*, *SchiedsVZ* 2010, pp. 203, 211; *Kurzynsky-Singer/Davydenko*, *Material'no-pravovoj ordre public v rossijskoj sudebnoj praktike po delam o priznanii i privedenii v ispolnenie ili otmene rešenij mezhdunarodnogo kommerčeskogo arbitraža* [Substantive Ordre Public in Russian Case Law on the Recognition, Enforcement and Setting Aside of International Arbitral Awards], *Zakon* [Law] 2009, p. 207.

<sup>283</sup> *Kurzynsky-Singer/Davydenko*, *Materiellrechtlicher ordre public*, previous note, pp. 211 f.; *Kurzynsky-Singer/Davydenko*, *Material'no-pravovoj ordre public*, previous note, p. 208.

Austrian courts have considered effective annual interest rates of 107.35% as violating public policy.<sup>284</sup> Some English commentators argue the parties may agree that the interest is not awardable. If the claimant does not make any claim for interest, the arbitrators are not empowered to award interest, as it does not form a part of the reference, although if a claim for interest is subsequently added and the respondent does not object then the arbitrators' jurisdiction may be regarded as having been extended accordingly. Interest is not a matter of substance governed by the law applicable to the main contract, but is rather a matter of procedure governed by the law applicable to the arbitral procedure. The default rules are applicable irrespective of the law applicable to the main contract and not merely where English law governs the main contract, unless there is an agreement in writing between the parties that the statutory default powers are inapplicable.<sup>285</sup>

According to the decision of a German court, there is no violation of public policy if the law governing the contract prohibits paying compound interest and the arbitration tribunal has awarded such interest.<sup>286</sup>

The Tbilisi Court of Appeal holds the opinion that the yearly rate of penalties shall be approximately 5–6%. Penalties that exceed this amount should be considered as a violation of public policy.<sup>287</sup> In a bank versus client case, a sole arbitrator awarded penalties that were to be paid by the respondent (client). The amount was approximately GEL 18,000 (about USD 10,000). The Tbilisi Court of Appeal held that the penalties were “unreasonably high” and stated that it should be considered incompatible with public policy of Georgia. Besides, the court stressed that its position should not be interpreted in a manner that the penalties are not permissible in principle. According to Article 417 of the Georgian Civil Code, parties may agree on penalties for the case when one of them breaches the contract and causes damage for the other. Taking into consideration all the above mentioned, the court found that it had power to reduce the penalties from GEL 18,000 to 10,000. The court did not go further in giving reasons of its decision. The courts' discretion to recognise and enforce only a part of the award derives from Section 45(1)(a)(d) of the Georgian Arbitration Law

---

<sup>284</sup> *Schifferl*, Recent Decision of the Austrian Supreme Court on Arbitration, in: Klaus-egger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler (eds.), *Austrian Arbitration Yearbook*, Vienna 2009, p. 433.

<sup>285</sup> *Merkin/Flannery*, supra note 96, p. 123.

<sup>286</sup> Higher Regional Court Hamburg of 26 January 1989, RIW 1991, pp. 152, 154, as cited by *Alvarez de Pfeifle*, *Der Ordre-Public-Vorbehalt als Versagungsgrund der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung internationaler Schiedssprüche*, Frankfurt am Main 2009, p. 290.

<sup>287</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author). See also Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1452-11, 22 June 2011.

(Section 35(1)(a)(iii) of the ML). Judges have power to deny enforcement of the part of the award if they find that the issues decided by arbitrators are not covered by the arbitration agreement. Principally, parties may grant arbitrators the right to decide an issue of penalties, but it does not mean that the penalties might be incompatible with the goals of the contract and parties' obligations.<sup>288</sup>

In another Georgian bank versus client case, the court misapplied the public policy rule and practically reviewed the substantive part of the award. Holding that the penalties were unreasonably high and contrary to public policy, the court stated that the amount was wrongly separated between three respondents and practically changed the content of the arbitration award.<sup>289</sup> Unreasonably high penalties may be considered contrary to public policy, but it does not mean that the amount charged to the respondent violates the general principles of law and order. The criteria to define and interpret the public policy provision must be objective rather than subjective. The court may rule that penalties are unreasonably high and reduce them, but has no right to change the decision with regard to the respondent declaring that the amount charged by the arbitration award is too high for the particular defendant.

Hence, despite several differences, the approach to the penalties and compound interest should be deemed unified in the majority of jurisdictions. Nevertheless, as compared to England, where interest is a matter of the English arbitration law (Section 49), the Georgian Arbitration Law does not regulate the issue. Georgian courts are in the middle of forming a clear and definite approach to the issue and, therefore, there are several doubtful interpretations. However, the threshold of considering high penalties incompatible with public policy is in accordance with the best practice of international arbitration.

## *(2) Coexistence with other grounds of refusal of recognition and enforcement*

### *Global trends*

Public policy "is never argued at all but when other points fail." This famous phrase by Borrough J is still valid.<sup>290</sup> Hence, the coexistence of other grounds of non-enforcement with public policy provision remains one of the urgent issues of arbitration. There is rather a large number of cases

---

<sup>288</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/3048-10, 3 November 2010. There are other decisions with the same wording and argumentation: Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/3146-10, 13 December 2010.

<sup>289</sup> Decision #2B/2828-10, 26 November 2010.

<sup>290</sup> *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 365.

where parties refer not only to one ground of non-enforcement attacking the award. In several cases, they are trying to increase the effect of their motion with additional reference to the public policy provision.

For example, in a Russian arbitration the plaintiff, whose claim in the arbitration proceedings had been dismissed, filed an application to have the award set aside on the grounds that in the course of the arbitration proceedings Article 18 of the Russian Federation Act on international commercial arbitration (corresponding to Art. 18 ML) had been violated. Parties had not been treated with equality and the award was in conflict with public policy. The plaintiff argued that the decision to dismiss the claim had been made despite the fact that the defendant partially acknowledged the claim brought against it. In that regard the court held that such acknowledgment did not constitute a ground for setting aside the award since, in making the award, the arbitrators were not bound by an acknowledgment of the claim. Since the plaintiff failed to establish that the award was in conflict with public policy, his claim in this respect was found to be unjustified. At the same time the court noted that a procedural infringement in the arbitral proceedings had no relevance to the notion of “public policy.” Based on the facts presented, the court dismissed the plaintiff’s application to set aside the arbitral award.<sup>291</sup>

The Higher Regional Court (OLG) in Dresden in Germany held that an arbitration agreement between a domestic sandwich seller and a foreign franchisor providing for arbitration in New York was invalid according to Article V(1)(a) of the NYC and that enforcement of an award based on the agreement violated public policy. One commentator has argued that the court missed the point. If the enforcing court concludes that the arbitration agreement was invalid, that alone is a sufficient reason to refuse enforcement. Invoking public policy is unnecessary.<sup>292</sup> In contrast to the latter opinion, another German court, namely the Higher Regional Court (OLG) in Rostock, denied the recognition and enforcement of an arbitration award that was rendered in England for want of the arbitration agreement. The court stated that there is no valid arbitration proceeding and award without the parties’ consent, and if any, such award should be deemed as a violation of German public policy.<sup>293</sup>

The controversies in case law show that the issue of coexistence of public policy with other grounds of non-enforcement remains unresolved. However, most of the grounds listed in Article V(1) of the NYC can in principle also constitute procedural violations of public policy. For example, a party cannot be deprived of its right (in most countries a constitu-

---

<sup>291</sup> *Varady/Barcelo/von Mehren*, supra note 66, p. 781.

<sup>292</sup> *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 405.

<sup>293</sup> *Alvarez de Pfeifle*, supra note 286, p. 286.

tionally protected right<sup>294</sup>) to judicial determination unless the party has consented to waive access to the courts through a valid arbitration agreement. Such deprivation would be a violation of public policy. Thus, the defence that the agreement was not valid may also constitute a violation of public policy that an enforcing court must consider *ex officio* (under Article V(2)(b) NYC).

Additionally, Article V(1)(b) of the NYC provides for a defence for lack of “proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceeding” or if the party “was otherwise unable to present his case”. A court may consider this defence *ex officio* as a violation of public policy. The same applies to procedural defects under the New York Convention.<sup>295</sup> Most cases where due process violations are alleged fall under Article V(1)(b) of the NYC, especially the provision relating to the ability to present one’s case. Just as courts require a nexus for Article V(1)(b) violations, some courts require a causal nexus under Article V(2)(b) in that the violation must have affected the outcome of the proceedings to the detriment of the losing party.<sup>296</sup> Hence, one may consider there is an important overlap between the due process exception of Article V(1)(b) of the NYC and the public policy exception of Article V(2)(b). Whereas parties may choose to bring claims alleging a lack of procedural due process under either of these exceptions, they often invoke both in the hope of increasing their chances for a favourable outcome. Procedurally, the two exceptions function slightly differently. The due process exception of Article V(1)(b) must be raised by “the party against whom the award is invoked”. Accordingly, the exception should be examined by the courts based on evidence provided by that party, and courts need not engage in independent fact-finding. Violations of the public policy exception under Article V(2)(b), on the other hand, may be examined *ex officio* by the court asked to recognise or enforce the award, even if not explicitly alleged by one of the parties.<sup>297</sup> However, this distinction remains theoretical and therefore should not be considered as a clear guide for courts applying the New York Convention. Not every violation of a procedural rule amounts to a violation of the procedural public policy, but only the violation of a rule, which is essential to assure the fairness of the proceedings.<sup>298</sup>

---

<sup>294</sup> See Article 6 of the ECHR, Article 42 of the Georgian Constitution, Article 92 of the German Constitution, Article 30 of the Swiss Constitution etc.

<sup>295</sup> Article V(1)(d). More about the issue in *Nacimiento*, supra note 191, p. 207.

<sup>296</sup> *Otto/Elwan*, supra note 164, p. 388.

<sup>297</sup> *Jana/Armer/Kranenberg*, supra note 273, p. 235.

<sup>298</sup> *Müller*, supra note 90, p. 304.

*Georgian approach*

Despite the holding that raises questions regarding the due applicability of the law, one may conclude that referring to the public policy violation with other grounds of refusal seems to be admissible in Georgia.

The Tbilisi Court of Appeal has also dealt with the discussed issue. There was an arbitration agreement between a bank and two of its clients (a Turkish borrower and his Georgian guarantor). Due to the borrower's failure to pay the money back the bank initiated an arbitration procedure. In spite of several attempts, permanent arbitration could not serve the subpoena on the Turkish borrower. After some problems in his business, the Turkish party left Georgia for Turkey and his address was unknown. His Georgian guarantor argued that she could not contact the borrower and she did not have any information about his activities in Turkey. The sole arbitrator decided to act according to Section 6.13 of the arbitration rules. This section provides for publishing the subpoena in the newspaper. After doing so, the sole arbitrator ruled in favour of the bank. The bank applied to the Tbilisi Court of Appeal for recognition and enforcement of the award. The court's attempts to deliver the documents and subpoena to the Turkish borrower were also unsuccessful. After long deliberation, the court rendered a decision. The Court referred to Article 45 of the Georgian Arbitration Law<sup>299</sup> and held that the decision violated public policy: The party against whom the award was invoked was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings and therefore was unable to present his case. Additionally, the court held that the arbitral tribunal was obliged to apply the bilateral treaty between Georgia and Turkey about the legal assistance in civil, criminal and family law cases dated 13 April 1998. According to the Court's decision, the Turkish borrower should be summoned before the arbitration, taking into consideration the provisions of the treaty. The court referred to Sections 4 and 5 of the above-mentioned treaty, according to which the state bodies of the parties (i.e. Turkey and Georgia) must support each other in order to enforce the procedural decisions of the courts, including delivering the submitted documents and subpoena. The court noted that Article 27 of the Georgian Arbitration Law<sup>300</sup> regulates this issue otherwise, but the treaty between Turkey and Georgia prevails.<sup>301</sup> However, in contravention of this holding, according to "recommendations of Tbilisi Court of Appeal", if the arbitration agreement meets the criterion of determinacy and the court has made two attempts to deliver subpoena and other materials to the party, arbitrators

---

<sup>299</sup> Equal to Section 36 of the ML and Section V of the NYC.

<sup>300</sup> Equal to Article 3(1)(a) of the revised ML.

<sup>301</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/2573-10, 11 March 2011.

shall be entitled to continue the proceedings and render the award despite the party's default to appear before arbitration.<sup>302</sup>

This decision attracted interest for several aspects. First, the court has decided *ex officio* to refer to the coexistence of public policy and other grounds of non-enforcement. This approach ought to be considered contradictory to general trends in this field. However, it is not the only question. As already mentioned, the treaty between Turkey and Georgia provides a legal regime for assistance exclusively for state bodies, not private institutions like permanent arbitration. The exclusion of the Georgian Arbitration Law by court also means the exclusion of appropriate provisions of the New York Convention, as the latter provisions are implemented in the law. It would not be qualified as a progressive approach even taking into consideration that the court has referred to the bilateral international agreement. The only obligation arbitration is able to undertake with this regard is to act in good faith in order to ensure equal treatment of parties to present their cases. Permanent arbitration, even when registered as legal entity in Georgia, is not a state body of the latter state and therefore has no power to act like state authorities.

The following case of the Tbilisi Court of Appeal was the first in Georgian sports (football) arbitration. The case attracted interest from the several points of view. The facts were as follows: A goalkeeper and a Georgian football team concluded a contract in January 2007. According to the contract, the goalkeeper was obliged to play for this team for the next three years. The contract included the following dispute resolution clause: "The Georgian National Football Federation shall finally resolve any controversies between the parties." In May 2007 the new version of the Federation Charter was adopted, according to which every member of the Federation was obliged to resolve any disputes with players, other entities and individuals by applying to the Permanent Sport Arbitration Tribunal of the Georgian National Football Federation. However, the latter institution was not established until December 2010. The dispute arose in 2008–2009 and was finally resolved by the executive committee of the Federation. None of the parties appealed the committee award. However, after the creation of the Permanent Sport Arbitration Tribunal in December 2010, the goalkeeper initiated arbitration against the team, seeking relief for damages. Despite the defendant's objection, the arbitrators considered they were competent and rendered the award. The defendant commenced a setting aside procedure before the Tbilisi Court of Appeal asserting that there was no arbitration agreement and the arbitral tribunal was not competent to deal with the case. The motion was successful. The Tbilisi Court of Appeal

---

<sup>302</sup> Tbilisi Court of Appeal materials (the texts of the decisions are available to the author).

found that there was no valid arbitration agreement and therefore the award was against Georgian public policy. The court considered that Article 8 of the Georgian Arbitration Law, providing for the arbitration agreement as a prerequisite for a valid arbitration procedure, is a part and parcel of Georgian public policy.<sup>303</sup>

Although the outcome of the court decision seems to be acceptable in principle, there is a question that should have to be answered at least in the following cases. The court came to the justifiable conclusion that there was not a valid arbitration agreement, as the arbitration institution was established after the dispute had already arisen. The lack of a valid arbitration agreement is a particular ground for setting aside an arbitral award and is directly enshrined in Article 42(1)(a)(b) of the Georgian Arbitration Law.<sup>304</sup> However, the court did not consider the particular ground of setting aside and preferred to refer to the public policy violation. Although the court has made an important conclusion declaring the valid arbitration agreement as a matter of the public policy for Georgian domestic arbitration, the co-existence of other grounds with public policy remains unclear.

## IX. Concluding remarks

The study of the Georgian arbitration system compared to the appropriate case law in other arbitration-friendly jurisdictions has led to the following outcomes that can be summarised in several points.

To begin with, it seems to be noteworthy to state that the wording of the new Georgian Arbitration Law is principally compatible with general principles of international arbitration. However, the urgency of some amendments is to be observed. At least, it would be a new step for Georgian arbitration if the legislature would abrogate the special regulation of the arbitration agreement involving state and state bodies.<sup>305</sup> Furthermore, the law should prohibit setting aside an award that has already been enforced by a Georgian court.<sup>306</sup> Finally, yet importantly, the law shall provide for a new regime concerning the recognition and enforcement of arbitral awards rendered before the enactment of the new Arbitration Law.<sup>307</sup>

Moreover, the courts should be courageous enough to take responsibility for so-called “transition” problems and work out the principles of inter-

---

<sup>303</sup> Tbilisi Court of Appeal Decision #2B/1637-11, 26 July 2011.

<sup>304</sup> The mentioned Article is a verbatim translation of Article 34(2)(a)(i) of the ML.

<sup>305</sup> See above section IV.2. “Form”.

<sup>306</sup> See above section VIII.2.b) “Conflict of the setting aside and the recognition and enforcement procedure for domestic awards”.

<sup>307</sup> See above section III.2.c)cc) “Practical suggestions”.

pretation that might lead to uniformity in the Georgian practice. One may argue such principles are already in the midst of being formed, at least regarding the appointment of arbitrators by the court,<sup>308</sup> or concerning the interim measures issued by the court.<sup>309</sup> On the other hand, the identical interim measures issued by the arbitral tribunal remain ineffective in Georgian legal reality.<sup>310</sup> The practice has shown that the regulation enshrined in the ML and adopted by the Georgian legislature lacks efficiency. One may expect that the main reason for such a constellation might be the wording of the ML provisions concerning interim measures issued by the arbitral tribunal. Notwithstanding the fact that the Georgian legislature did not copy the ML provisions, Georgian lawyers and public authorities consider the norms to be “unfamiliar” and ineffective for practical purposes. However, regardless of this exception the adoption of the ML should be considered successful in Georgia.

As to the interpretation of the parties’ will to arbitrate and the alternatively formulated agreements, the position taken by Georgian courts in favour of clearly defined agreements seems to be justifiable for the current stage of development. Such clearness should help to diminish the negative influence of the “period of hostility” and inspire parties to draft their agreements to arbitrate in a more precise manner.<sup>311</sup>

The broad interpretation of the *res judicata* effect of the arbitration award supported by the Tbilisi Court of Appeal proves the arbitration-friendly approach of the Georgian courts.<sup>312</sup>

The recognition and enforcement procedure is principally compatible with best practice of international arbitration. However, there are some problems of misapplication of the law regarding the interrelation of the domestic arbitration and the international obligations of the state. The judges should bear in mind that arbitration, being a “quasi-court” institution focused to resolve disputes between parties, remains a privately organized body and is not able to act as official authority of the country.<sup>313</sup>

As to the actual legal content of the public policy provision, determinations in Georgian courtrooms seem to be principally compatible with internationally acknowledged trends.<sup>314</sup>

---

<sup>308</sup> See above section V.1.c) “Appointment by court or third party”.

<sup>309</sup> See above section VI.2. “Enforceability of interim measures”.

<sup>310</sup> See above section VI.2. “Enforceability of interim measures”.

<sup>311</sup> See above section IV.4. “Alternatively formulated agreements”.

<sup>312</sup> See above section VIII.1. “*Res judicata* effect of award”.

<sup>313</sup> See above section VIII.4.e)cc)(2) “Coexistence with other grounds of refusal of recognition and enforcement”.

<sup>314</sup> See above section VIII.4.e)cc)(1) “Penalties and compound interests as a violation of public policy”.

The practice of the Georgian Supreme Court has shown that foreign parties frequently tend to convert arbitral awards into courts' decisions seeking the recognition and enforcement of such "converted" ruling of the court.<sup>315</sup> However, the practice seems to be an "old inertia" and must change after the clear regulation of the recognition and enforcement issue by the new Georgian Arbitration Law.

---

<sup>315</sup> See above section VIII.4.c) "Prohibition of 'double enforcement'".



# Das georgische Verbraucherrecht

KETEVAN GIORGISHVILI

I. Einleitung .....	221
1. Die georgische Verfassung und der Verbraucherschutz .....	222
2. Die Entscheidung des georgischen Gesetzgebers für die Doppelspurigkeit des Verbraucherschutzes .....	223
3. Das georgische VerbraucherschutzG und das georgische ZGB als Instrumente des Verbraucherschutzes .....	224
II. Die Privatautonomie und der Verbraucherschutz .....	224
1. Die Unterlegenheit der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer .....	225
2. Die Beschränkung der Privatautonomie durch den Verbraucherschutz .....	225
3. Die Verbraucherschutzkonzeptionen .....	226
III. Das georgische VerbraucherschutzG .....	227
1. Die Ausgangslage des georgischen VerbraucherschutzG .....	227
2. Das Verhältnis des VerbraucherschutzG zu den anderen Rechtsakten .....	228
3. Das Verhältnis des georgischen VerbraucherschutzG zu dem georgischen ZGB .....	228
IV. Der Verbraucher .....	230
1. Das Verbraucherleitbild .....	230
2. Der Verbraucherbegriff .....	231
a) Der Verbraucherbegriff auf EU-Ebene .....	232
b) Die Begriffsbestimmung im georgischen VerbraucherschutzG .....	232
c) Private Nutzung .....	234
V. Die Informationspflichten des Unternehmers .....	235
1. Die Funktion der Informationspflichten .....	236
2. Die Aufklärungspflichten im georgischen VerbraucherschutzG .....	236
3. Die Haftung des Unternehmers (Verkäufer, Hersteller, Anbieter) wegen Verletzung der Informationspflichten .....	237
VI. Das Mängelgewährleistungsrecht .....	238
1. Mängelgewährleistung im georgischen ZGB .....	238
2. Der Mängelbegriff nach dem georgischen VerbraucherschutzG .....	239
3. Die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer Ware von nicht angemessener Qualität (Ansprüche aus der Mängelgewährleistung) .....	241
4. Der Schuldner des Gewährleistungsrechts im georgischen VerbraucherschutzG .....	243
5. Der Verbraucherschutz durch die Fristenregelung .....	244
a) Die Verjährungsfristen .....	244
b) Die Gewährleistungsfristen .....	244
6. Die vertragliche Garantie .....	245
7. Die Haltbarkeitsfristen .....	246

VII. Die Haftung des Herstellers für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden .....	246
1. Die Haftungsgrundlage der Produzentenhaftung im georgischen VerbraucherschutzG .....	248
2. Die Haftung des Herstellers für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden im georgischen Deliktsrecht .....	249
a) Der Haftungstatbestand .....	249
b) Der Schädiger und der Geschädigte .....	249
c) Der Begriff des fehlerhaften Produkts .....	250
3. Der Verbraucherschutz aufgrund des deliktischen Haftungstatbestands und der im VerbraucherschutzG vorgesehenen Aufklärungspflichten (Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 25.9.2007).....	251
a) Der Sachverhalt .....	251
b) Die Entscheidungsgründe der Revisionsinstanz .....	252
c) Die Abgrenzung der deliktischen Haftung von der Haftung aus der vertragsrechtlichen Mängelgewährleistung.....	253
VIII. Der Kontrahierungszwang.....	255
1. Die Rechtsnatur des Kontrahierungszwanges .....	255
2. Der Kontrahierungszwang im georgischen ZGB und Verbraucherschutz .....	256
3. Fallbeispiel aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 12.7.2005 .....	256
4. Pro und Kontra des Abschlusszwanges.....	258
IX. Das Widerrufsrecht am Beispiel des Haustürgeschäfts .....	259
1. Der Schutzzweck des Widerrufsrechts.....	259
2. Das Haustürgeschäft im georgischen ZGB .....	260
3. Die Vereinbarkeit mit den europäischen Standards .....	261
4. Kritische Würdigung der georgischen Rechtslage .....	261
5. Die Frage der Rückabwicklung nach Ausübung des Widerrufsrechts.....	262
6. Die vertragliche Vereinbarung über das Widerrufsrecht.....	263
X. Die Herausforderung des elektronischen Geschäftsverkehrs und die georgische Rechtslage.....	263
1. Das Gesetz „Über elektronische Kommunikation“ – Zweck des Gesetzes und die Reflexwirkung auf den Verbraucherschutz.....	264
2. Der Schutz der Verbraucher im Gesetz „Über elektronische Kommunikation“ .....	264
3. Die vorvertraglichen Informationspflichten des Anbieters .....	265
4. Die außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen.....	265
5. Das Problem der Regelung des Fernabsatzvertrages .....	266
a) Das Fehlen der Regelung des Fernabsatzvertrages als Lücke der Gesetzgebung .....	266
b) Der Fernabsatzvertrag als „besondere Vertriebsform“ .....	266
c) Die Möglichkeit der Lückenschließung nach bestehender Rechtslage.....	267
XI. Die verbraucherrechtliche Schutzwirkung der AGB-Klauselkontrolle .....	268
1. Der Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle .....	269
2. Die Anwendung des AGB-Rechts auf verbraucherrechtliche Fallkonstellationen .....	270
3. Ein Fallbeispiel aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vom 5.2.2007 .....	271
XII. Der außergerichtliche und gerichtliche Interessenschutz der Verbraucher .....	272
1. Die Rolle der Verbraucherorganisationen.....	272
2. Die Frage der Zuordnung der Verbandsklage .....	273
3. Die weiteren verbraucherrechtlichen Klageformen.....	274
4. Die außergerichtliche Rechtsdurchsetzung .....	274
5. Der Verbraucherombudsmann .....	275
XIII. Schlussfolgerung .....	276
XIV. Anhang .....	281

## I. Einleitung

Nach der Wiedererlangung der Unabhängigkeit stand Georgien vor der Aufgabe, die rechtliche Grundlage für die Etablierung und Weiterentwicklung der Marktwirtschaft zu schaffen. Eine der Entwicklungsstufen auf diesem Wege stellte die Einführung der Verbraucherschutzregelungen dar. Die Ausgestaltung und Entwicklung des georgischen Verbraucherrechts begann mit dem Jahr 1996. Jenseits der allgemeinen Schutzregelungen des georgischen Zivilgesetzbuches (im Weiteren: das georgische ZGB), das im Jahre 1997 erlassen wurde,<sup>1</sup> hat der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Notwendigkeit von speziellen Schutzregelungen zum Verbraucherschutz gesehen. Das spezielle Gesetz über den Schutz der Verbraucherrechte (im Weiteren: das georgische VerbraucherschutzG) wurde vom Parlament am 20.3.1996 erlassen und hat bis heute verschiedene Änderungen erfahren.<sup>2</sup>

Nicht nur bei der Gestaltung des Verbraucherrechts, sondern auch im Allgemeinen versucht Georgien, die Fortschritte auf der internationalen Ebene zu berücksichtigen. Der rechtliche Wille und die politische Bereitschaft des Gesetzgebers, den EU-Standards und Regelungen gerecht zu werden, wurde schon seit langer Zeit zum Ausdruck gebracht.<sup>3</sup> Am 2.9.1997 hat das Parlament die Anordnung Nr. 828-Is erlassen, wonach alle Gesetze und anderen normativen Bestimmungen, die ab dem 1.9.1998 vom Parlament Georgiens erlassen werden, den Regelungen und Standards der EU entsprechen müssen.<sup>4</sup>

In Georgien handelt es hinsichtlich des Verbraucherrechts um ein neues Rechtsgebiet, das an der rechtswissenschaftlichen Fakultät als ein eigenständiges Fach gelehrt wird.

Das georgische Zivilrecht wurde stark durch das deutsche Recht beeinflusst.<sup>5</sup> Die Bezugnahme auf die deutsche Dogmatik bei der Bewertung der

---

<sup>1</sup> Sak'art'velos samok'alak'o kodek'si [Das georgische ZGB] vom 26.6.1997, Sak'art'velos Parlamentis Ucqebebi (die offizielle Zeitschrift des Parlaments von Georgien), Sakanonmdeblo damateba [Sonderheft Gesetzgebung] 1997, Nr. 31; deutsche Übersetzung unter <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1334.pdf>>; Zoidze, The System of the Civil Code of Georgia, GLR 1998, First Quarter, S. 3.

<sup>2</sup> Sak'art'velos Parlamentis dadgenileba [Anordnung des georgischen Parlaments] Nr. 828-Is, Sak'art'velos Parlamentis Ucqebebi 1996, Nr. 7.

<sup>3</sup> Zaalishvili, Systematic Features of the Regulation of Private Law Consumer Relations in Georgian Legislation, Journal of Law, Nr. 1–2, 2010, S. 61.

<sup>4</sup> Kereselidze, The National Programme of the Harmonisation of the Georgian Legislation with that of the European Union, GLR, Nr. 1, 2002, S. 8.

<sup>5</sup> Kereselidze, Influence of European Codifications and International Instruments of Unification of legislation on the Development of Georgian Legislation, GLR, Special Edition 2007, S. 4; Zoidze, From the History of the Creation of the Civil Code of Georgia, GLR, Nr. 1, 2003, S. 86 f.; Chanturia, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/

verbraucherrechtlichen Regelungen ist durch diesen Einfluss bedingt und der Tatsache geschuldet, dass jenseits der Gesetzgebung keine hinreichenden Materialien vorhanden sind, die sich mit den verbraucherrechtlichen Fragestellungen auseinandersetzen würden. Die deutsche Literatur dient hier dazu, kritische Überlegungen zur Weiterentwicklung des georgischen Verbraucherrechts anzustellen, das sich noch in einer embryonalen Phase befindet.

### *1. Die georgische Verfassung und der Verbraucherschutz*

Vor allem der verfassungsgebende Gesetzgeber hat die Bedeutung der Verbraucherrechte klar unterstrichen. Die Verbraucherrechte sind in der Verfassung verankert. Gemäß Art. 30 Abs. 2 Satz 4 sind die Verbraucherrechte durch Gesetz zu schützen.

Das Verfassungsgericht von Georgien hat in einem Urteil vom 9.2.2007 (N 1/1/374, 379) zu diesem Grundrecht darauf hingewiesen, dass das Verbraucherschutzrecht eine komplexe Materie darstellt, die sowohl durch zivilrechtliche als auch öffentlichrechtliche Schutzmechanismen gekennzeichnet ist, die wiederum verschiedene Arten von Normen aufstellen.<sup>6</sup> Den Inhalt und den Umfang dieses Schutzes hat der einfache Gesetzgeber weiter zu konkretisieren (ähnlich wie etwa das Eigentumsrecht). Das Gericht hat die Auffassung vertreten, dass die Substanz des speziellen Gesetzes (das georgische VerbraucherschutzG) darin besteht, zu gewährleisten, dass der Verbraucher mit sicheren, mangelfreien Waren und zuverlässigen Werk- und Dienstleistungen versorgt wird. Das Gericht nennt die wichtigsten Rechte der Verbraucher, die durch das Gesetz gewährleistet werden oder zu gewährleisten sind: die Rechte auf Sicherheit, auf Entscheidungsfreiheit (die nur bei funktionierendem Wettbewerb möglich ist) sowie auf Aufklärung der Verbraucher über ihre Rechte und über die Rechtsdurchsetzung.

Das Gericht hat die Verbraucherrechte in seinen Entscheidungen bei der Abwägung der Rechtsgüter stets miteinbezogen. In der Entscheidung vom 13.6.2003<sup>7</sup> musste das Gericht z.B. die Frage beantworten, ob die Verord-

---

Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa*, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 900.

<sup>6</sup> Die Entscheidung des Verfassungsgerichts von Georgien vom 9.2.2007, N 1/1/374, 379.

Die Entscheidungen können unter [http://www.constcourt.ge/index.php?lang\\_id=ENG&sec\\_id=74](http://www.constcourt.ge/index.php?lang_id=ENG&sec_id=74) heruntergeladen werden.

<sup>7</sup> Die Entscheidung des Verfassungsgerichts von Georgien vom 13.6.2003, N 1/4/154, 200.

nung des Staatspräsidenten, die die strengere Etikettierungspflicht für Tabakprodukte festlegte,<sup>8</sup> mit der Freiheit der gewerblichen Tätigkeit<sup>9</sup> und des Eigentums<sup>10</sup> vereinbar war. Das Verfassungsgericht sah die Rechtfertigung der Verordnung in dem Zweck des Schutzes der Verbraucherrechte (hier vor allem des Rechts auf Information).<sup>11</sup>

## 2. Die Entscheidung des georgischen Gesetzgebers für die Doppelspurigkeit des Verbraucherschutzes

Das georgische Verbraucherrecht enthält neben den zivilrechtlichen Vorschriften auch viele öffentlichrechtliche sowie prozessuale Bestimmungen.<sup>12</sup> Der georgische Gesetzgeber hat die zivilrechtlichen Bestimmungen (Verbraucherkauf-, Dienst- und Werkverträge sowie die speziellen Informationspflichten) nicht im georgischen Zivilgesetzbuch integriert sondern hat sich für den Weg des speziellen Verbraucherschutzgesetzes entschieden.<sup>13</sup> Auch wenn diese Entscheidung in der Literatur zum Teil kritisiert wird,<sup>14</sup> ist es Sache des Gesetzgebers, die Art und Weise der Gesetzgebungstechnik zu bestimmen.<sup>15</sup> Das georgische VerbraucherschutzG und das georgische ZGB sind als die wichtigsten Instrumente des Verbraucherschutzes zu behandeln.

---

<sup>8</sup> Die Verordnung des Staatspräsidenten N 391 Punkt 4, vom 18.6.1998.

<sup>9</sup> Art. 30 Abs. 2 Satz 1 der georgischen Verfassung.

<sup>10</sup> Art. 21 der georgischen Verfassung.

<sup>11</sup> Siehe andere Entscheidungen des Verfassungsgerichts von Georgien: N 1/3/136 vom 30.12.2002; 2/2/245 vom 22.6.2004; 2/2/275, 291, 296, 299 vom 10.3.2005; 1/1/374, 379 vom 9.2.2007; 2/2/277 vom 12.3.2004.

<sup>12</sup> Wie unten veranschaulicht wird, befasst sich das dritte Kapitel des VerbraucherschutzG mit dem Verbraucherschutz durch staatliche und gesellschaftliche Organisationen (Art. 30–34). Art. 12 bestimmt den Rechtsweg zum Schutze der Verbraucherrechte.

<sup>13</sup> *Kardava*, Comparative Law Analysis of the European Standards on Consumer Protection on the Example of Contracts Negotiated away from Business Premises, GLR, Special Edition 2007, S. 132.

<sup>14</sup> Vgl. *Pellegrino*, Übergang zur Marktwirtschaft und allgemeines Vertragsrecht im neuen russischen Zivilgesetzbuch, RIW 1998, S. 501 f.; *Steininger*, Das russische Kaufrecht, Berlin 2001, S. 365; *Roth*, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, S. 475 f.

<sup>15</sup> Die europäischen Länder haben hinsichtlich der Kodifikation der Verbraucherrechtsmaterie unterschiedliche Wege eingeschlagen: siehe *Kardava*, oben Fn. 13, S. 132; *Roth*, vorige Fn., S. 475 f.; *Witz/Wolter*, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, S. 35, 40; *Rohlfing-Dijoux*, Umsetzungsüberlegungen zur Kaufgewährleistungs-Richtlinie in Frankreich, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Köln et al. 2000, S. 145 ff.

### 3. Das georgische VerbraucherschutzG und das georgische ZGB als Instrumente des Verbraucherschutzes

Das georgische Zivilgesetzbuch enthält keine besonderen Vorschriften speziell für Verbraucherverträge. Das Gesetz über den Schutz der Verbraucherrechte steht deswegen im Mittelpunkt des materiellen Verbraucherrechts und stellt sich als wichtigstes Instrumentarium zur Verfolgung der Verbraucherinteressen dar. Wie unten verdeutlicht wird, enthält das VerbraucherschutzG Lücken, deren Schließung aber nur durch die Heranziehung der Bestimmungen des georgischen ZGB möglich ist.

Wenn der Gesetzgeber im Zivilgesetzbuch versucht, den schwächeren Vertragspartner durch zwingende Normen in vertraglichen (oder vorvertraglichen) Rechtsverhältnissen zu schützen, ist er in der Regel durch die gleiche Zielsetzung motiviert, wie bei der Aufstellung der verbraucher-schützenden Rechtsvorschriften. In beiden Fällen handelt es sich um einen Eingriff in die Vertragsfreiheit (Inhaltsbestimmungsfreiheit). Der vom Zivilgesetzbuch angebotene Schutz bleibt jedoch hinter dem speziellen verbraucherrechtlichen Schutz zurück, da in diesen allgemeinen Schutznormen nicht unbedingt an die speziellen Merkmale des Verbraucherrechtsverhältnisses angeknüpft wird.<sup>16</sup> Wenn aber einige Tatbestände des georgischen ZGB u.a. auch verbraucherrechtliche Konstellationen zum Gegenstand haben, dann werden ihre Zielsetzungen und tatbestandlichen Merkmale hier unter der Lupe des verbraucherrechtlichen Konzepts betrachtet (Kontrahierungspflicht, Haustürgeschäfte, AGB-Klauseln, deliktische Herstellerhaftung).

## II. Die Privatautonomie und der Verbraucherschutz

Das Ziel jeder Rechtsordnung ist der Schutz des Schwächeren gegenüber dem Stärkeren.<sup>17</sup> Bei der Verfolgung dieses Zieles ist beim Verbraucherschutz zu berücksichtigen, dass sowohl die Stärkeren als auch die Schwächeren auf der horizontalen Ebene der Privatautonomie agieren (im Unterschied zu öffentlichrechtlichen Verhältnissen, in denen die Personen auf der vertikalen Ebene positioniert sind). Aus dieser rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheit folgt, dass jede Schutzmaßnahme einen Eingriff in die Privatautonomie darstellt. Die bewährte Lehre (Systemgerechtigkeit auf der zivilrechtlichen Ebene und das Prinzip der Verhältnismäßigkeit des

---

<sup>16</sup> Zaalishvili, oben Fn. 3, S. 58 f. m.w.N.

<sup>17</sup> Medicus, Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, JuS 1996, S. 761.

Eingriffs) fordert hier, dass dieser Schutz auf das Notwendige begrenzt wird.<sup>18</sup>

### 1. Die Unterlegenheit der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer

Der Verbraucherschutz beruht auf der Unterlegenheit einer Vertragspartei (des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer).<sup>19</sup> Der Verbraucherschutz macht zu seinem konzeptuellen Ausgangspunkt die Tatsache, dass diese Ungleichheit (hervorgerufen durch die Unterlegenheit des Verbrauchers) typischerweise den Vertragsinhalt zu beeinflussen vermag.<sup>20</sup> Diese Asymmetrie zwischen den Vertragspartnern ist vorrangig mit den folgenden drei Ursachen verbunden: Informationsdefizite; Rationalitätsdefizite (emotional und impulsiv beeinflusste Entscheidungen); Unkenntnis der wirtschaftlichen Strukturen und rechtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten.<sup>21</sup> Durch die besonderen verbraucherrechtlichen Vorschriften wird dieser „gestörten Vertragsparität“<sup>22</sup> abgeholfen und das Ungleichgewicht zwischen den Parteien ausgeglichen.

### 2. Die Beschränkung der Privatautonomie durch den Verbraucherschutz

Die Privatautonomie setzt die Selbstbestimmung der Parteien voraus und garantiert die Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse nach dem Willen des Einzelnen.<sup>23</sup> Diese Freiheit des Willens soll aber in den Vertragsverhältnissen beiden Parteien im gleichen Maße zustehen.<sup>24</sup> In den Verbraucherrechtsverhältnissen, in denen auf der einen Seite der sog. strukturell unterlegene Verbraucher auftritt, kollidieren aber die Freiheiten der Vertrags-

---

<sup>18</sup> BVerfGE 89, S. 214, 232, 234; BVerfGE 7, S. 198, 205; Wackerbarth, Rechtfertigung der Inhaltskontrolle, AcP 200 (2000), S. 49 f.

<sup>19</sup> Zaalishvili, Conflict of Laws Aspects of Consumer and Labour Contracts, GLR, Nr. 4, 2004, S. 677.

<sup>20</sup> Wackerbarth, oben Fn. 18, S. 55.

<sup>21</sup> Wiedenmann, Verbraucherleitbilder und Verbraucherbegriff im deutschen und europäischen Privatrecht, Frankfurt am Main u.a. 2004, S. 116–121; vgl. Fuchs, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 196 (1996), S. 313, 335 m.w.N.; Tonner, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, JZ 1996, S. 533, 534; Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), S. 35, 58.

<sup>22</sup> Rittner, Die gestörte Vertragsparität und das Bundesverfassungsgericht, NJW 1994, S. 3330.

<sup>23</sup> Palandt-Ellenberger, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., München 2012, Überbl v § 104, Rn. 1; BVerfGE 70, S. 123; 72, S. 170; Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (1990), S. 277 m.w.N.

<sup>24</sup> Suhr, Gleiche Freiheit – Allgemeine Grundlagen und Reziprozitätsdefizite in der Geldwirtschaft, Augsburg 1988, S. 6; Schapp, Gleiche Freiheit für alle. Bemerkungen zum kantischen Denken bei Rawls, in: Smid/Fehl (Hrsg.), Recht und Pluralismus. Hans-Martin Pawlowski zum 65. Geburtstag, Berlin 1997, S. 159 ff.

parteien. Die Privatautonomie soll beiden Parteien gleichermaßen (interessengerecht) zugutekommen.<sup>25</sup> Deswegen wird in die formale Privatautonomie (rechtliche Seite: gerichtet auf die Setzung der Rechtsfolgen) des Gläubigers – also des Unternehmers – eingegriffen, um die materiale Privatautonomie (tatsächliche Entscheidungsfreiheit) des anderen Vertragspartners – also des Verbrauchers – zu gewährleisten.<sup>26</sup>

Die Privatautonomie kann in ihrer Erscheinungsform als Vertragsfreiheit in folgenden Fallgruppen eingeschränkt werden: (1) durch die Generalklausel, die dem vertraglich Vereinbarten die Grenzen der guten Sitten setzt; (2) durch die Normen, die zugunsten des wirtschaftlichen Allgemeininteresses in die Privatautonomie eingreifen und schließlich (3) durch die Regelungen mit verbraucher-schützendem Charakter.<sup>27</sup> Je nachdem, in welchem Maße eine Beschränkung der Privatautonomie als gestattet angesehen wird, kommen unterschiedliche verbraucherrechtliche Schutzkonzeptionen in Betracht.

### 3. Die Verbraucherschutzkonzeptionen

Hinsichtlich der verbraucherrechtlichen Schutzkonzeptionen werden verschiedene Ansichten vertreten. Insgesamt gesehen gibt es zwei Strömungen: die „sozialen“ Verbraucherschutztheorien, welche die Ungleichgewichtslage durch eine aktive Rolle des Staates auszugleichen versuchen,<sup>28</sup> und die „liberalen“ Theorien, die auf das „marktkomplementäre“ Informationsmodell abstellen<sup>29</sup> und besagen, dass der Verbraucher als privatautonom handelnder Akteur keiner paternalistischer Fürsorge bedürfe, wohl aber einer Sicherung seiner privatautONOMEN Entscheidungsfreiheit.<sup>30</sup> Die georgische Rechtspolitik scheint den Ansätzen beider Theorien zu folgen. Einerseits können die Verbraucher aufgrund der Festlegung der streng zu beachtenden Informationspflichten vernünftige Entscheidungen treffen, andererseits fordert der heutige Zustand des georgischen Marktes die aktive Rolle des Staates bei der Ausübung der Kontrollbefugnisse und der Durchführung der entsprechenden Verbrauchererziehungsmaßnahmen.

<sup>25</sup> Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), S. 1, 16 f.

<sup>26</sup> Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Berlin u.a. 1999, S. 38, Fn. 91.

<sup>27</sup> Kötz, Europäisches Vertragsrecht, Bd. 1: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages – die Beteiligung Dritter am Vertrag, Tübingen 1996, S. 189–209; Grundmann, Privatautonomie im Binnenmarkt, JZ 2000, S. 1134.

<sup>28</sup> Wiedenmann, oben Fn. 21, m.w.N. in Fn. 136–160.

<sup>29</sup> Z.B. vertreten von Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Berlin 1983.

<sup>30</sup> Heiss, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art.124a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, ZEuP 1996, S. 629.

### III. Das georgische VerbraucherschutzG

#### 1. Die Ausgangslage des georgischen VerbraucherschutzG

Das georgische VerbraucherschutzG hatte keine Vorgänger aus der sowjetischen Zeit des Landes, da die Versuche in der ehemaligen Sowjetunion, ein Verbraucherschutzgesetz zu erarbeiten, scheiterten.<sup>31</sup> Der Übergang vom planwirtschaftlichen System zum marktwirtschaftlichen Gefüge hat auch für Georgien bedeutet, dass Waren von verschiedener Herkunft, Art und Qualität auf den Markt gelangen.<sup>32</sup> Diese Tatsache erforderte spezifische Schutzmechanismen, die meist zwingenden Charakter haben und mit der staatlichen Kontrolle verbunden sind.

Der erste Satz der einleitenden Vorschriften des georgischen VerbraucherschutzG bestimmt die territoriale Wirkung und den Zweck des Gesetzes. Danach bildet das Gesetz auf dem Gebiet von Georgien die rechtliche, soziale und ökonomische Grundlage für den Verbraucherschutz.

Im Gesetz laufen die zivilrechtlichen Verbraucherschutzmechanismen mit den öffentlichrechtlichen Regelungen zur Produktsicherheit (Regelung der Befugnisse der Behörden) zusammen (sog. „hybride Lösung“<sup>33</sup>). Es enthält folglich sowohl Handlungsbefugnisse zur Abwehr konkreter Gefahren (Mechanismen präventiver Natur, die geeignet sind, künftige Probleme zu verhindern: Befugnisse der staatlichen Organe) als auch *ex post*-Mechanismen, die schon eingetretene Schäden zu beseitigen haben (Gewährleistungsrecht beim Verbraucherkaufvertrag).<sup>34</sup> Das VerbraucherschutzG ist aber kein Produktsicherheitsgesetz.

Das georgische VerbraucherschutzG umfasst drei Kapitel und 36 Artikel. In den einleitenden Begriffsbestimmungen findet man die Legaldefinitionen, die für die Zwecke dieses Gesetzes anwendbar sind. Das erste Kapitel (Art. 1–13) legt die allgemeinen Bestimmungen dar, die sich mit Rechten des Verbrauchers und entsprechenden Pflichten des Unternehmers beschäftigen. Hervorzuheben ist die detaillierte Darlegung der Informationspflichten des Unternehmers. Das zweite Kapitel regelt die Verbraucherkauf-, Werk- und Dienstleistungsverträge und bildet die Rechtsgrundlage für die entsprechenden Ansprüche des Verbrauchers (Art. 13–29). Das

---

<sup>31</sup> Wölk, Das Deliktsrecht Russlands, Frankfurt am Main u.a. 2003, S. 490; Poelzig, Die Haftung des Herstellers und des Vertriebsunternehmers im deutsch-russischen Wirtschafts- und Handelsverkehr, Baden-Baden 2005, S. 139; Schulz, Das Verbraucherschutzrecht in Russland, Hamburg 2006, S. 38.

<sup>32</sup> Vgl. für Russland: Korshunova, Haftungsausschluss nach russischen standardisierten Vertragsbedingungen, WiRO 2006, S. 300 ff.

<sup>33</sup> Cafaggi (Hrsg.), New Frontiers of Consumer Protection, Antwerpen u.a. 2009, S. 76 ff.

<sup>34</sup> Kemper, Verbraucherschutzinstrumente, Baden-Baden 1994, S. 439.

dritte Kapitel befasst sich mit dem Verbraucherschutz durch staatliche und gesellschaftliche Organisationen (Art. 30–34).

## 2. Das Verhältnis des VerbraucherschutzG zu den anderen Rechtsakten

Schon der erste Artikel des georgischen VerbraucherschutzG bestimmt, dass die Gesetzgebung bezüglich des Schutzes der Verbraucherrechte aus diesem Gesetz und den im Einklang mit diesem Gesetz erlassenen Rechtsakten besteht. Daraus folgt die Kollisionsregel, dass andere Gesetze im Regelungsbereich des Verbraucherrechts dem Gesetz über den Schutz der Verbraucherrechte entsprechen müssen und im Falle der Kollision diesem Gesetz grundsätzlich Vorrang gebührt. Als Ausnahme von dieser Regel sieht das Gesetz an einigen Stellen den Anwendungsvorrang der Gesetze vor, die ein höheres Schutzniveau vorsehen (z.B. Art. 6 Abs. 7 hinsichtlich der Informationspflichten des Unternehmers). D.h., dass das Verbraucherrecht in diesen Fällen als *lex generalis* in Betracht kommt. Daraus, dass dieser Fall im Verbraucherschutzrecht selbst vorgesehen ist, könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die anderen Gesetze nur dann als speziellere Gesetze zur Anwendung kommen, wenn dies in dem Verbraucherschutzgesetz ausdrücklich bestimmt ist oder wenn die anderen Regelwerke ein höheres Schutzniveau vorsehen.

Ein Beispiel dafür, dass das Gesetz selbst auf eine andere Bestimmung hinweist, ist die Herstellerhaftung. Gemäß Art. 10 des Gesetzes ist der Schaden, der auf den Konstruktions-, Fabrikations- oder Instruktionsfehler zurückzuführen ist, dem Verbraucher in vollem Umfang zu ersetzen, es sei denn, ein anderes Gesetz sieht einen höheren Haftungsgrad vor. Das Gesetz soll somit den optimalen Schutz der Verbraucher gewährleisten und kann im Wege der Gesetzeskonkurrenz nur von solchen Regelungen verdrängt werden, die von diesem Gesetz zugunsten des Verbrauchers abweichen.

## 3. Das Verhältnis des georgischen VerbraucherschutzG zu dem georgischen ZGB

Anders als die Rechtsordnungen der meisten GUS-Staaten sieht die georgische Zivilrechtslehre keinen hierarchischen Vorrang des ZGB vor.<sup>35</sup> Das georgische VerbraucherschutzG und das georgische ZGB sind somit zwei gleichrangige Rechtswerke. Das georgische ZGB regelt nicht speziell den

---

<sup>35</sup> Kereselidze, Introductory Provisions of the Civil Code, GLR, Nr. 1, 2004, S. 12; vgl. Poelzig, oben Fn. 31, S. 147 f.; Suchanov, Ausgewählte Probleme der Entwicklung des Privatrechts und der Kodifizierung des Zivilrechts im heutigen Russland, ZEuP 2001, S. 560.

Verbrauchervertrag oder andere verbraucherrechtliche Aspekte.<sup>36</sup> Bei den allgemeinen Fragen gilt laut der oben genannten Kollisionsregel (Art. 1 des georgischen VerbraucherschutzG), dass auch das ZGB dem VerbraucherschutzG entsprechen muss, um auf dem Bereich des Verbraucherrechts als ergänzender Rechtsakt angewendet werden zu können (soweit es keinen höheren Schutz anbietet, was aber wegen seines allgemeinen Charakters<sup>37</sup> kaum zutrifft).

Die Tatsache, dass das georgische VerbraucherschutzG im Jahr 1996 und das georgische ZGB im Jahr 1997 verabschiedet wurden, fordert eine systematische Betrachtung der Kollisionsregeln. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 des georgischen ZGB bestimmt, dass bei einer Kollision von gleichrangigen Rechtsnormen die spezielleren und neueren Gesetze anwendbar sind. In dieser Regel werden für den Anwendungsvorrang des Gesetzes zwei kumulative Bedingungen vorausgesetzt: Das vorrangige Gesetz muss ein neueres und zugleich spezielleres Gesetz sein. Diese Regel kann aber nur in Zusammenhang mit anderen Kollisionsnormen ausgelegt und angewendet werden. Nach Art. 3 Abs. 4 des ZGB setzt ein Gesetz allgemeinen Charakters ein spezielles Gesetz nicht außer Kraft, soweit dies keine direkte Absicht des Gesetzgebers darstellt. Zu beachten ist, dass diese Bestimmung in keiner anderen Kodifikation der europäischen oder postsowjetischen Staaten vorhanden ist und als Besonderheit des georgischen ZGB betrachtet werden kann.<sup>38</sup> Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 3 tritt ein Gesetz auch dann außer Kraft, wenn ein neues Gesetz ein von dem alten Gesetz geregeltes Verhältnis umfasst. Eine Absicht des Gesetzgebers, durch die Verabschiedung des ZGB die Geltung des VerbraucherschutzG auszuschließen, wird weder in Übergangs- und Schlussbestimmungen noch in anderen Normen des ZGB explizit zum Ausdruck gebracht. Für die Annahme eines impliziten Ausschlusses des speziellen Gesetzes fehlt es aber an entsprechenden Anknüpfungspunkten. Diese Annahme wäre mit dem

---

<sup>36</sup> Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem Gesetz über den Schutz der Verbraucherrechte und dem Zivilgesetzbuch unterscheidet sich die Lage in Georgien folglich von derjenigen in Russland. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 russisches ZGB sieht vor, dass die Vorschriften des Verbraucherschutzgesetzes nur insoweit Anwendung finden, als das ZGB die Anwendbarkeit des Verbraucherschutzgesetzes ausdrücklich vorsieht, das Verbraucherschutzgesetz die ZGB-Vorschriften ergänzt oder konkretisiert, das ZGB die betroffene Materie nicht regelt oder bestimmt, dass ein anderes Gesetz eine vom ZGB abweichende Regelung treffen kann; siehe *Schiller-Hartmann*, Der Verbraucherbegriff im russischen Verbraucherschutzrecht und die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer Ware von nicht angemessener Qualität, Hamburg 2011, S. 21 m.w.N.

<sup>37</sup> *Djorbenadze*, Sak'art'velos respublikis momavali samok'alak'o kodek'sis jirit'adi problemebi, samart'lis rep'orma sak'art'veloši [Grundprobleme des zukünftigen Zivilgesetzbuches von Georgien], Tiflis 1994, S. 148.

<sup>38</sup> *Kereselidze*, oben Fn. 35, S. 19.

Prinzip der Normenklarheit nicht vereinbar.<sup>39</sup> Das ZGB selbst regelt die Kauf-, Werk- und Dienstleistungsverträge. Bei diesen Regelungen wird aber nicht an die Merkmale des besonderen Verbraucherrechtsverhältnisses angeknüpft, wie es dagegen in den durch das georgische VerbraucherschutzG geregelten Verbraucherkauf-, Werk- und Dienstleistungsverträgen der Fall ist (Art. 13–29).<sup>40</sup> Das ZGB kann als allgemeines Gesetz<sup>41</sup> (obwohl neuere Rechtsquelle), das keine spezifischen Schutzmechanismen hinsichtlich des Verbraucherschutzes vorsieht, das spezielle VerbraucherschutzG nicht derogieren und wird nur ergänzend angewendet.<sup>42</sup>

#### IV. Der Verbraucher

Ausgangspunkt des Verbraucherrechts ist der Verbraucher. Deswegen ist die Begriffsbestimmung des Verbrauchers von besonderer Bedeutung. Dabei darf der „Verbraucherbegriff“ nicht mit dem „Verbraucherleitbild“ verwechselt werden.

##### 1. Das Verbraucherleitbild

Zu veranschaulichen wäre zunächst das Verbraucherleitbild, damit das Konzept des georgischen VerbraucherschutzG erschlossen werden kann.

Das Verbraucherleitbild ist ein vom Gesetzgeber bestimmter konzeptioneller Ausgangspunkt. Damit kommen rechtspolitische Wertungen im Bereich des Verbraucherschutzes zum Tragen und wird die Auslegungsmethode für die Rechtsanwendung geschaffen.<sup>43</sup>

Bei der Bestimmung des Verbraucherleitbildes kommen zwei Vorstellungen zum Ausdruck, die in einem gewissen Widerspruch zueinander stehen (dieser Konflikt ist für Georgien genauso aktuell, wie für die europäischen Rechtsordnungen): einerseits die Vorstellung von der Marktwirtschaft als einer Ordnung, in der den Menschen Eigenverantwortung zuge-

<sup>39</sup> *Kereselidze*, ebd., S. 18 f.

<sup>40</sup> So auch *Zaalishvili*, oben Fn. 3, S. 68.

<sup>41</sup> *Djorbenadze*, oben Fn. 37, S. 148.

<sup>42</sup> So auch *Zaalishvili*, oben Fn. 3, S. 67 f.

<sup>43</sup> *Schulz*, oben Fn. 31, in Fn. 152; *Wagner*, Sind Kapitalanleger Verbraucher? – Zum Verhältnis von Kapitalanlagerecht zum Verbraucherschutzrecht –, BKR 2003, S. 649, 651. Der Europäische Gerichtshof hat schon im Jahre 1990 darauf hingewiesen, dass „das Gemeinschaftsrecht eines der grundlegenden Erfordernisse des Verbraucherschutzes in der Unterrichtung des Verbrauchers sieht“: EuGH, 7.3.1990 – Rs. C-362/88 GB-INNO, Slg. 1990, I-667, 686 Rz. 18.

mutet wird;<sup>44</sup> andererseits die Vorstellung vom sozialen Gepräge des Staates und der Gesellschaft, die eine soziale Ausrichtung der Verbraucherpolitik zur Folge hat. Der erste Ansatz bedingt das Konzept vom verständigen Verbraucher, der sich informiert und die Informationspflicht des Vertrags- oder sonstigen Geschäftspartners in Anspruch nimmt.<sup>45</sup> Der zweite Ansatz richtet sich an den Staat, der für soziale Gerechtigkeit zu sorgen hat und bei der Formulierung der Regelungen von der Schutzbedürftigkeit des unterlegenen Verbrauchers ausgeht. Dabei setzt das erste Konzept dem zweiten insoweit Grenzen, als die staatlichen Schutzmechanismen nur in notwendigen Fällen in die Privatautonomie der eigenverantwortlichen Marktteilnehmer eingreifen dürfen.<sup>46</sup>

In Georgien, wo die Ausgangslage der Marktwirtschaft nicht mit der europäischen vergleichbar ist, kann das Leitbild des aktiven und verständigen Verbrauchers nur bedingt gelten. Den staatlichen Aufklärungsmaßnahmen sowie den Informationspflichten des Unternehmers kommt deswegen bei der Bildung des Verbraucherbewusstseins eine besondere Rolle zu.

## 2. Der Verbraucherbegriff

Der rechtliche Verbraucherbegriff ist nicht durch soziologische Konzepte geprägt und bezieht sich weder auf einen besonderen Status noch auf einen besonderen Personenkreis. Von dem Begriff „Status“ wird dann ausgegangen, wenn jemand dauerhaft einer Gruppe angehört, woraus ihm entsprechende Rechte und Pflichten erwachsen.<sup>47</sup> Dies sei bei der Eigenschaft als Verbraucher nicht zu bejahen. Die Verbrauchereigenschaft sei vielmehr mit den Umständen als mit der Identität der Person (Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe) verbunden.<sup>48</sup> Der besondere „rechtsgeschäftliche Kon-

---

<sup>44</sup> *Fikentscher*, Wettbewerbsrechtlicher Freiheits- und Lauterkeitsschutz in der sozialen Marktwirtschaft, in: *Beier/Bastian/Kur* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht und Verbraucherschutz in Mittel- und Osteuropa, Köln u.a. 1992, S. 5.

<sup>45</sup> Die Entwicklung des Verbraucherbewusstseins kann man auch am Beispiel der deutschen Judikatur verfolgen. Anfangs ging der BGH vom Durchschnittsverbraucher als „flüchtigem Informationskonsument“ aus (BGH GRUR 1957, S. 128, 130; BGH GRUR 1993, S. 127, 128). Der BGH hat aber später aufgrund der geänderten Gegebenheiten von dieser Judikatur abgesehen und wurde von der Rechtsprechung des EuGH beeinflusst, die schon vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ ausgeht (EuGH, Urteil vom 13.1.2000 – Rs. C-220/98, GRUR Int. 2000, S. 354; BGH GRUR 2000, S. 506, 508). Kritisch *Hommelhoff*, Verbraucherschutz im System des deutschen und europäischen Privatrechts, Heidelberg 1996, S. 4 f.

<sup>46</sup> In diesem Sinne EuGH, Urteil vom 13.1.2000 – Rs. C-220/98, GRUR Int. 2000, S. 354.

<sup>47</sup> *Heeschen*, Italienisches Verbrauchervertragsrecht, Aachen 2007, S. 43 m.w.N.

<sup>48</sup> *Pfeiffer*, Die Integration von Nebengesetzen in das BGB, in: *Ernst/Zimmermann* (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, S. 497; *Pfeiffer/Schinkels*, Schuldrechtsmodernisierung und AGB-Gesetz, in: *Micklitz/Pfeiffer/Tonner*

text“ ist nicht durch den Vertragsinhalt, sondern durch den Verwendungszweck gekennzeichnet.<sup>49</sup>

#### a) Der Verbraucherbegriff auf EU-Ebene

Im EU-Recht fehlt es an einer einheitlichen Begriffsbestimmung des Verbrauchers. Jede Richtlinie definiert einen autonomen Verbraucherbegriff. Nichtsdestotrotz gehen diese einzelnen Definitionen von einem ähnlichen Verbraucherbegriff aus. So bestimmt z.B. Art. 2 lit. b der Richtlinie 93/13/EWG<sup>50</sup> den Verbraucher als „eine natürliche Person, die bei Verträgen, die unter diese Richtlinie fallen, zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.“

Auch wenn sich in der europäischen Literatur einige Auffassungen für die extensive Auslegung des Verbraucherbegriffs hinsichtlich der juristischen Personen oder rechtsfähiger Personenvereinigungen aussprechen, hat der EuGH unter Hinweis auf den Wortlaut der Richtlinie 93/13/EWG entschieden, dass nur natürliche Personen von der Definition des Verbrauchers erfasst sind.<sup>51</sup>

Geschützt sind damit natürliche Personen, sofern sie nicht zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handeln. Juristische Personen, Landwirte und Freiberufler sind aus dem Schutzbereich der Verbraucher ausgeschlossen.<sup>52</sup>

#### b) Die Begriffsbestimmung im georgischen VerbraucherschutzG

Die georgische Begriffsbestimmung des Verbrauchers steht grundsätzlich im Einklang mit dem europäischen Ansatz. Im Zivilgesetzbuch ist keine Legaldefinition vorhanden. In der Einleitung des georgischen VerbraucherschutzG werden die Begriffserklärungen vorangestellt, die für die Zwecke dieses Gesetzes relevant sind.

Entsprechend der Legaldefinition ist der Verbraucher „ein Bürger, der die Waren/Werk- oder Dienstleistungen zum Zwecke der privaten Nutzung

---

Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, Baden-Baden 2001, S. 142 f.; zu Recht geht Drexl von einer „Verbraucherrolle“ statt eines „Verbraucherstatus“ aus: Drexl, Verbraucherrecht – Allgemeines Privatrecht – Handelsrecht, in: Schlechtriem (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden 2002, S. 112.

<sup>49</sup> Meller-Henrich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht, Bespr. von Nils Jansen, AcP 207 (2007), S. 428.

<sup>50</sup> Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95/29.

<sup>51</sup> Idealservice MN RE Sas ./. OMAI Srl., Slg. 2001, I-9040.

<sup>52</sup> Dreher, Der Verbraucher – Das Phantom in den opera des europäischen und deutschen Rechts?, JZ 1997, S. 168.

kauft, bestellt, verbraucht oder bezweckt zu kaufen, zu bestellen oder zu verbrauchen“. Die Merkmale des Individuums und der Zweck des Vertragsabschlusses (private Nutzung) indizieren somit das Vorliegen des Verbraucherrechtsverhältnisses. Die juristischen Personen sind aus dem Schutzbereich dieses Gesetzes somit ausgenommen. Der Wortlaut der Legaldefinition ist positiv gefasst, im Unterschied zu Begriffsbestimmungen der meisten europäischen Staaten.<sup>53</sup>

Der Wortlaut der Verbraucherdefinition des georgischen VerbraucherschutzG setzt den „Verbraucher“ mit dem „Bürger“ gleich,<sup>54</sup> womit aber nicht nur die Staatsangehörigen von Georgien erfasst werden, sondern auch Bürger anderer Staaten sowie Staatenlose. Unter den Verbraucherbegriff fallen damit alle natürlichen Personen, sowohl inländische als auch ausländische oder staatenlose.<sup>55</sup>

Die „Schutzbedürftigkeit“ dieser Personen stellt auch in der georgischen Regelung kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal dar.<sup>56</sup> Als Tatbestandsvoraussetzungen hat der Rechtsanwender das Vorliegen des „privaten Zwecks“ des Individuums bei der Benutzung der gekauften Ware festzustellen.

Die vorvertragliche Phase wird im georgischen VerbraucherschutzG von dem Verbraucherbegriff ausdrücklich erfasst. Danach ist Verbraucher

---

<sup>53</sup> Auch die deutsche Legaldefinition ist in § 13 BGB negativ formuliert: Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen Tätigkeit zugerechnet werden kann; British Institute of International and Comparative Law – *Cees van Dam/Erika Budaitė* (Koord.), *Unfair Commercial Practices General Report* (Estonian Consumer Protection Act, Czech Commercial Code and the Act on Consumer Protection, Hungarian Act on Prohibition of Unfair and Restrictive Market Practices, Lithuanian Law on Consumer Protection, Polish Act on Combating Unfair Competition), London 2005, S. 16–32.

<sup>54</sup> Anmerkung der Redaktion: Dieser Terminus hat wohl historische Gründe – vgl. die Verwendung des Begriffes im Zivilgesetzbuch der RSFSR, dessen Kapitel 2 über „Personen“ zwischen „Bürger“ (Art. 9 ff.) und „Juristische Personen“ (Art. 23 ff.) unterscheidet, *Frenzke* (Hrsg.), *Das Zivilgesetzbuch und das Ehe- und Familiengesetzbuch der Russischen Sowjetrepublik (RSFSR)*, Berlin 1988, S. 32 ff. Das georgische Zivilgesetzbuch verwendet diesen Begriff zwar nicht mehr (siehe Art. 11 ff.), aber anscheinend griff der georgische Zivilgesetzgeber in diesem Spezialgesetz auf die alte Terminologie zurück. Vgl. auch die nächste Fn.

<sup>55</sup> So auch *Kardava*, oben Fn. 13, S. 158. Danach soll der georgische Gesetzgeber von der russischen Regelung beeinflusst worden sein: das föderale Gesetz „Über den Schutz der Verbraucherrechte“ vom 7.2.1992, 2300-I, Einleitung; die Legaldefinition spricht vom Verbraucher als Bürger.

<sup>56</sup> Vgl. *Engelhardt*, *Europäisches Verbrauchervertragsrecht im BGB*, Frankfurt am Main u.a. 2001, S. 55; *Medicus*, oben Fn. 17, S. 767; *Pfeiffer*, in: *Soergel (Begr.)*, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1, 13. Aufl., Stuttgart 2000, § 13 Rn. 22.

auch derjenige, der den Vertragsabschluss erst bezweckt.<sup>57</sup> Dies bringt die besondere Funktion der vorvertraglichen Verbraucherrechtsverhältnisse zum Tragen, die durch Informationspflichten des Unternehmers ausgefüllt werden sollen.

### c) *Private Nutzung*

Das Merkmal der „privaten Nutzung“ ist kennzeichnend für den Verbrauchervertrag. Unter den Zweck der privaten Nutzung fasst die europäische Lehre persönliche, familiäre oder häusliche Bedürfnisse.<sup>58</sup> Diese Zwecke sollen zu dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegen.<sup>59</sup> § 13 BGB zum Beispiel nennt weitere Voraussetzungen: Bei Vorliegen der gewerblichen und selbständigen beruflichen Tätigkeit wird der private Nutzungszweck ausgeschlossen.<sup>60</sup> Dagegen sagt der georgische Gesetzestext nichts dazu, unter welchen Umständen das Vorliegen des privaten Zwecks der Nutzung der gekauften Sache indiziert werden kann.

Weder in dem georgischen Gesetz selbst noch in der Rechtsprechung und Literatur findet man eine Antwort auf die Frage, wie die Lage zu beurteilen ist, wenn eine natürliche Person zum Zweck der eigenen noch nicht aufgenommenen Geschäftstätigkeit, d.h. zur Vorbereitung der Existenzgründung, Verträge abschließt.<sup>61</sup>

Die Kriterien, anhand derer das Vorliegen des Zwecks der privaten Nutzung bei Vertragsschluss festzustellen ist, sind in der Rechtsprechung noch nicht erschlossen. Im Allgemeinen wird in der georgischen Literatur und Praxis für die Auslegung der Verträge die sog. objektive Theorie herangezogen, die durch die deutsche Dogmatik beeinflusst ist.<sup>62</sup> Abgestellt wird aus objektiven und logischen Gründen weder auf die subjektive Sicht des Verbrauchers noch auf die des Kontrahenten. Entscheidend ist wie im deutschen Recht die Perspektive des sog. objektiven Empfängers.<sup>63</sup> Die

---

<sup>57</sup> Entsprechend der Legaldefinition ist der Verbraucher „ein Bürger, der die Waren/ Werk- oder Dienstleistungen zum Zwecke der privaten Nutzung kauft, bestellt, verbraucht oder bezweckt zu kaufen, zu bestellen oder zu verbrauchen“.

<sup>58</sup> Wiedenmann, oben Fn. 21, S. 141 m.w.N.

<sup>59</sup> Faber, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, S. 854, 881.

<sup>60</sup> Palandt-Ellenberger, oben Fn. 23, § 13 Rn. 3.

<sup>61</sup> Siehe die deutsche Lage: BGH NJW 2005, S. 1273; BGH NJW 2008, S. 435; Palandt-Ellenberger, oben Fn. 23, § 13 Rn. 3.

<sup>62</sup> Vgl. Müller, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchergüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, S. 1975 ff.

<sup>63</sup> Zoidze/Chanturia/Ninidze, Sak'art'velos samok'alako kodek'sis komentari, cigni III [Kommentar des georgischen ZGB, Buch III, Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse], Tiflis 2001, S. 158 zu Art. 337.

Abgrenzungskriterien, die der BGH in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, sind somit zu vergegenwärtigen und wären hier kurz zu nennen:<sup>64</sup> Das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person ist grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen; nur wenn Umstände vorliegen, nach denen das Handeln einer natürlichen Person aus der Sicht des anderen Teils eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist, liegt kein Verbraucherhandeln vor; verbleibende Zweifel, welcher Sphäre das konkrete Handeln zuzuordnen ist, sind zugunsten der Eigenschaft als Verbraucher zu entscheiden; die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt, trägt der Verbraucher.<sup>65</sup>

Während die ersten zwei unter diesen Kriterien auf den materiellrechtlichen Vorschriften basieren, bestimmen die letzten zwei die prozessuale Seite der Rechtsanwendung und könnten auch für die Entwicklung der Theorie und Praxis des georgischen Verbraucherrechts nachvollziehbar sein.

Bei der Frage der Zweckbestimmung der Verbraucherverträge ist die georgische Rechtsprechung bis heute noch nicht so weit gekommen. Die georgische Literatur und Rechtsprechung kann leider auch die Frage nicht beantworten, wie die Lage zu beurteilen ist, wenn es sich um sog. dual-use-Waren handelt.<sup>66</sup>

## V. Die Informationspflichten des Unternehmers

Unter den Verbraucherschutzinstrumenten kommt den Informationspflichten eine besondere Bedeutung zu. Damit soll eine optimale Entscheidung der Verbraucher gewährleistet werden.<sup>67</sup> In Betracht kommt die Tatsache, dass sich die Fülle der Informationen auch negativ auswirken kann. Forschungen zum Verbraucherverhalten zeigen diese Folgen auf.<sup>68</sup> Als all-

---

<sup>64</sup> BGH, Urteil vom 30.9.2009 (Aktenzeichen VIII ZR 7/09).

<sup>65</sup> Palandt-*Ellenberger*, oben Fn. 23, § 13 Rn. 4.

<sup>66</sup> Für das deutsche Verständnis des Problems siehe Palandt-*Ellenberger*, oben Fn. 23, § 14 Rn. 2 mit Verweis auf § 13 Rn. 4: Wenn der Vertragsgegenstand (z.B. der Pkw) sowohl im privaten als auch im beruflichen Bereich eingesetzt wird, ist entscheidend, welche Benutzung überwiegt.

<sup>67</sup> *Kemper*, oben Fn. 34, S. 186 ff.

<sup>68</sup> *Martinek*, Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2000, S. 511, 518; *Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtsgesetz, Berlin 1998, S. 501 ff.

gemeine Anforderung an die Art der Information kann gelten, dass die Information tatsächlich tauglich sein soll, um damit eine optimale Entscheidung der Verbraucher zu ermöglichen.<sup>69</sup>

### 1. Die Funktion der Informationspflichten

Die Informationspflichten haben einen doppelfunktionalen Charakter: Einerseits sorgen sie dafür, dass dem Verbraucher eine Entscheidung möglich wird, andererseits wird damit Wettbewerb auf dem Markt gefördert.<sup>70</sup> Die Aufklärung soll sich sowohl auf vorvertragliche als auch vertragliche Informationen beziehen.<sup>71</sup> Die Informationspflichten sorgen für die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>72</sup> So hat der EuGH in seiner Rechtsprechung die Mitgliedsstaaten aufgefordert, die warenverkehrshemmenden Maßnahmen soweit wie möglich durch Kennzeichnungsregeln zu ersetzen.<sup>73</sup>

Die Informationsregeln, die die Vertragsgestaltungsfreiheit erhalten sollen, sind als zwingend anzusehen. Sie unterscheiden sich aber von Normen, die inhaltlich zwingende Regeln enthalten und damit die Gestaltungsfreiheit beschränken.<sup>74</sup> Durch zwingende Informationsregeln wird die Privatautonomie für den eventuell schutzwürdigen Vertragspartner erst ermöglicht.

### 2. Die Aufklärungspflichten im georgischen VerbraucherschutzG

Das georgische VerbraucherschutzG gibt weite Informationspflichten vor und versucht eine möglichst detaillierte Liste der pflichtgemäß zu erteilenden Informationen aufzustellen. Dadurch trägt die georgische Regelung dem europäischen Ansatz der informierten Privatautonomie im Bereich des

<sup>69</sup> Dick, Das Verbraucherleitbild der Rechtsprechung – der Einfluß von Verbraucherschutzkonzeptionen auf die Gerichtsbarkeit am Beispiel der Rechtsprechung zur Verbraucherverschuldung und zur Verbraucherinformation, München 1995, S. 19 ff.; Wiedenmann, oben Fn. 21, S. 220.

<sup>70</sup> Schäfer, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Tübingen 2000, S. 559, 560.

<sup>71</sup> Z.B. Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986, ABl. EG 1990 L 61/14 und 1998 L 101/17; Richtlinie 97/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.1.1997, ABl. EG 1997 L 43/25.

<sup>72</sup> Drexel, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 450.

<sup>73</sup> EuGH, 23.2.1978 – Rs. 120/78 Cassis de Dijon Slg. 1979, 649; EuGH, 7.3.1990 – Rs. C-362/88 GB-INNO, Slg. 1990, I-667, 686 Rz. 18; EuGH, 6.7.1995 – Rs. C-470/93 Mars, Slg. 1995, I-1923, 1944 Rz. 24; Dreher, oben Fn. 52, S. 167, 171 f.; Niemöller, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, München 1999, S. 109 ff.

<sup>74</sup> Grundmann, oben Fn. 27, S. 1136 f.

Verbraucherschutzes Rechnung und schafft somit die konzeptuelle Grundlage für das Leitbild des informierten und vernünftigen Verbrauchers.

Art. 4 des Gesetzes konkretisiert die Informationspflicht des Verkäufers oder Anbieters als Pflicht, dem Verbraucher Auskunft über die entsprechenden Waren oder Dienstleistungen zu erteilen. Die nachfolgenden Vorschriften (Art. 6 und 7 des georgischen VerbraucherschutzG) sehen detaillierte Angaben über den Produzenten und das Produkt selbst vor.

Im Falle der falschen Information droht die gesetzlich vorgesehene Haftung (Art. 4 VerbraucherschutzG). Diese Vorschrift ist mit „Recht des Verbrauchers auf Information“ betitelt, ihr Wortlaut handelt aber von der Pflicht und Verantwortlichkeit des Verkäufers/Anbieters. Das Recht des Verbrauchers auf Information hat nicht deklaratorischen Charakter, sondern löst bestimmte rechtliche Folgen der Unternehmerhaftung aus (Art. 7 des georgischen VerbraucherschutzG). Weitere Vorschriften sehen konkrete Angaben vor, die pflichtgemäß mitzuteilen sind, ohne Rücksicht darauf, ob diese vom Verbraucher explizit verlangt werden. Solche Angaben umfassen folgende Informationen:

Nach Art. 5 des Gesetzes sind dem Verbraucher vollständige Informationen über den Produzenten, Anbieter oder Verkäufer zu erteilen. Art. 6 bezieht sich auf die Information über die Produkte selbst. Danach ist der Hersteller (Verkäufer) verpflichtet, dem Verbraucher die notwendige, verlässliche und vollständige Auskunft über die Produkte zu erteilen, die es diesem ermöglicht, eine richtige Wahl zu treffen (siehe den im Anhang unter XIV. abgedruckten Auszug aus dem georgischen VerbraucherschutzG).

### *3. Die Haftung des Unternehmers (Verkäufer, Hersteller, Anbieter) wegen Verletzung der Informationspflichten*

Nach Art. 7 des georgischen VerbraucherschutzG löst die Weitergabe falscher oder unvollständiger Informationen die entsprechende Haftung des Unternehmers aus. Wenn die Wiedergabe falscher oder unvollständiger Informationen dazu geführt hat, dass die gekaufte Ware den Anforderungen der Verbraucherinteressen nicht entspricht und die übliche Verwendung der gekauften Ware unmöglich ist, kann der Verbraucher die unverzügliche Nachholung der Information verlangen. Wenn die Information zu dieser Zeit nicht nachgeholt wird, steht dem Verbraucher das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten und Schadensersatz zu verlangen, einschließlich des in seinem Besitz stehenden Objekten zugefügten Schadens (Art. 7 des georgischen VerbraucherschutzG). Da die Verletzung der Informationspflichten seitens des Herstellers indiziert, dass der Kauf unter diesen Umständen den Interessen des Verbrauchers nicht entspricht, scheint die ins Einzelne gehende Aufzählung dieser Fälle in der Norm eher überflüssig. Die bisherige Praxis hat leider nicht gezeigt, wie die Gerichte diese Vorschrift anwenden

werden. Bei der wortlautpräzisen Anwendung dieser Bestimmung sollen die Gerichte bei der Behandlung von Verstößen gegen die Informationspflicht extra nachprüfen, ob dadurch die gekaufte Ware den Verbraucherinteressen nicht entspricht oder deren übliche Verwendung unmöglich ist. Dieses Rechtsanwendungsmodell läuft aber Gefahr, dass die Informationshaftung von der Haftung aus dem Gewährleistungsrecht schwer abgrenzbar wird. Es handelt sich jedoch um zwei verschiedene Haftungsgrundlagen, und die darauf gestützten Ansprüche können nebeneinander erhoben werden.

Im Unterschied zur Folgenregelung der Mängelgewährleistung aus dem georgischen VerbraucherschutzG (darauf wird unter VI.3. Die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer Ware von nicht angemessener Qualität (Ansprüche aus der Mängelgewährleistung) eingegangen) geht hier das Gesetz vom Vorrang der Nachholung aus, bevor der Verbraucher sein Rücktrittsrecht beansprucht. Dadurch soll dem Prinzip *pacta sunt servanda* zur Geltung verholfen werden.

## VI. Das Mängelgewährleistungsrecht

Der Schwerpunkt der Regelung des Verbraucherkaufvertrages liegt auf dem Mängelgewährleistungsrecht. Als klassisches Instrument für den Schutz der Verbraucherinteressen wird hier der Verbraucherkaufvertrag des georgischen VerbraucherschutzG dargestellt. Dort sind die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer Ware von nicht angemessener Qualität dargelegt. Jenseits der speziellen Bestimmungen über den Verbraucherkaufvertrag ist das VerbraucherschutzG auf die Ergänzung durch die allgemeinen Vorschriften des georgischen ZGB angewiesen.

### 1. Mängelgewährleistung im georgischen ZGB

Zur Verdeutlichung ist hier das kaufrechtliche Haftungs- und Gewährleistungssystem der georgischen Zivilrechtslehre kurz in Erinnerung zu rufen. Nach dem georgischen Zivilgesetzbuch hat der Verkäufer zwei Hauptpflichten: die Liefer- und die Gewährleistungspflicht (Art. 362, Art. 380 des georgischen ZGB). Die Lieferpflicht umfasst die Lieferung einer vertragsmäßigen Sache (Art. 487 des georgischen ZGB), die Gewährleistungspflicht legt dem Verkäufer die Verpflichtung auf, dem Käufer zu garantieren, dass die Sache keinen Mangel aufweist (Art. 490 des georgischen ZGB). Die Nebenpflichten sind vor allem Aufklärungs- und Informations-

pflichten (Pflicht zur Auskunftserteilung, Art. 318 des georgischen ZGB<sup>75</sup>). Als Pflichtverletzungen aus dem Kaufvertrag werden in der georgischen Zivilrechtslehre die Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der geschuldeten Leistung angesehen.<sup>76</sup> Schlechterfüllung der Vertragspflichten bedeutet, dass die Leistung einen „Mangel“ aufweist. Die gekaufte Sache muss mangelfrei sei. Die „Mangelfreiheit“ wird im georgischen ZGB bestimmt. Hiernach gilt die Sache als frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so gilt die Sache als frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorgesehene oder für die gewöhnliche Verwendung eignet. Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer nur einen Teil der Sache, eine völlig andere Sache oder eine zu geringe Menge liefert, oder wenn ein Teil der Sache mangelhaft ist – es sei denn, dass der Mangel keinen wesentlichen Einfluss auf die Leistung haben wird (Art. 488 ZGB). Die Sache muss weiter frei von Rechtsmängeln sein. Ein Dritter darf keine Rechte gegen den Käufer geltend machen können. Einem Rechtsmangel steht es gleich, wenn im öffentlichen Register ein Recht eingetragen ist, das nicht besteht (Art. 489 ZGB).

## 2. Der Mängelbegriff nach dem georgischen VerbraucherschutzG

Für das Eingreifen des Gewährleistungsrechts muss ein Sachmangel der Kaufsache vorliegen. Das georgische VerbraucherschutzG bestimmt die Übergabe der Sache als den maßgeblichen Zeitpunkt für den Gefahrübergang (Art. 14 Abs. 1) und die Bewertung der Mangelhaftigkeit der Sache. Art. 482 des georgischen ZGB sieht gleiches vor: Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs oder der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Das georgische VerbraucherschutzG definiert den Begriff „Mangel“ in seiner Einleitung (im Sinne dieses speziellen Gesetzes) und besagt, dass die Anforderungen für die Mangelfreiheit über das vertraglich Vereinbarte hinausreichen. Danach liegt ein „Mangel“ vor, wenn die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes nicht dem vertraglich Vereinbarten, den Anforderungen des Standards oder der vom Anbieter (Produzenten, Verkäufer)

---

<sup>75</sup> Diese Pflicht hat natürlich eine allgemeine Bedeutung und ist nicht mit der spezifischen Informationspflicht aus dem georgischen VerbraucherschutzG vergleichbar. Nach Art. 318 des georgischen ZGB kann aus dem Schuldverhältnis ein Anspruch auf eine bestimmte Auskunftserteilung entstehen. Eine Auskunft ist dann zu gewähren, wenn sie für die Bestimmung des Inhalts des Schuldverhältnisses von Bedeutung ist und der Anspruchsgegner sie ohne Verletzung seiner eigenen Rechte erteilen kann. Der Auskunftsempfänger hat dem Verpflichteten die Aufwendungen der Auskunftserteilung zu ersetzen.

<sup>76</sup> *Zoidze/Chanturia/Ninidze*, oben Fn. 63, S. 363 f. zu Art. 394.

vorgelegten Information entspricht. Im Unterschied zum georgischen ZGB ist im Gewährleistungsrecht des VerbraucherschutzG nicht nur die vertraglich vereinbarte, im Vertrag vorgesehene, oder die für die gewöhnliche Verwendung taugliche Beschaffenheit der Sache von Bedeutung (so Art. 488 des georgischen ZGB), sondern darüber hinaus auch die zwingenden gesetzlichen Vorschriften, die die staatlichen Standards für die Produkte festlegen.<sup>77</sup> Einerseits ist dieser Hinweis überflüssig, da die „für die gewöhnliche Verwendung taugliche Beschaffenheit der Sache“ schon besagt, dass die Sache für das Leben und die Gesundheit des Vertragspartners unschädlich sein muss. Andererseits wollte der Gesetzgeber hier die Einhaltung des staatlichen Standards besonders unterstreichen.

Die schon dargestellte Definition des „Mangels“ übersieht aber die weiteren Fälle, die einen Mangel der Sache begründen können. Das georgische VerbraucherschutzG zählt die Falsch- oder Zuweniglieferung sowie die Teilleistung nicht zu den Mängeln. Da aufgrund der oben schon behandelten Beziehung zwischen dem georgischen ZGB und VerbraucherschutzG das ZGB zur Lückenschließung herangezogen wird, kann man auch hier auf Art. 488 Abs. 2 des georgischen ZGB zurückgreifen, wonach die Falsch- oder Zuweniglieferung sowie die Teilleistung dem Sachmangel gleichstehen. Das bedeutet, dass Falsch- oder Zuweniglieferung als Sachmangel und nicht als ein selbständiger Tatbestand der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung betrachtet wird. Weder das VerbraucherschutzG noch das ZGB enthält eine Bestimmung hinsichtlich der Einordnung der fehlerhaften Montage als Sachmangel. In beiden Regelwerken fehlt ferner eine Bestimmung für den Fall, wenn die Ware von dem Muster und der Beschreibung abweicht (beim Kauf nach dem Muster). Dieser Fall könnte aber unter die bei der Definition des Mangels im VerbraucherschutzG erwähnte Unvereinbarkeit mit der vom Verkäufer vorgelegten Information subsumiert werden.

Im Unterschied zum georgischen ZGB (Art. 489) ist im VerbraucherschutzG die Haftung für „Rechtsmängel“ gar nicht erwähnt.

Das VerbraucherschutzG regelt die gesetzliche Vermutung der Mangelhaftigkeit der Ware innerhalb eines sechsmonatigen Zeitraums, wenn im Kaufvertrag keine Garantiefristen vorgesehen sind (Art. 14 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG), und trägt damit den Anforderungen des

---

<sup>77</sup> In der Einleitung des VerbraucherschutzG ist der „staatliche Standard“ definiert: „Standard“ – die gesetzlichen Normen, Gesundheits- oder Bauregeln, die die Qualitätsanforderungen an die Produkte festlegen. Nach Art. 3 Abs. 3 des georgischen VerbraucherschutzG bestimmen die Standards die verbindlichen Anforderungen, die den Schutz des Lebens und der Gesundheit des Verbrauchers sowie der Umwelt sichern und dazu tauglich sind, Schäden an im Eigentum des Verbrauchers stehenden Sachen zu vermeiden.

Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 99/44<sup>78</sup> Rechnung. Nach dieser Regel wird vermutet, dass die Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe aufgedeckt werden, schon zu dem Zeitpunkt der Übergabe vorhanden waren.<sup>79</sup>

### 3. Die Rechte des Verbrauchers beim Kauf einer Ware von nicht angemessener Qualität (Ansprüche aus der Mängelgewährleistung)

Die in Art. 13–20 des georgischen VerbraucherschutzG aufgestellten Vorschriften für die Regelung des Verbraucherkaufvertrags bilden die spezielle Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung der Verbraucherrechte. Das Gesetz enthält aber schon in seinen allgemeinen Bestimmungen die Grundlage des Gewährleistungsrechts: Nach Art. 3 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG ist der Verkäufer/Hersteller verpflichtet, dem Verbraucher eine Ware solcher Qualität zu verkaufen, dass sie den Anforderungen des Standards, den Bedingungen des Vertrags und der vom Verkäufer über die Ware vorgelegten Information entspricht. Art. 13 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG zählt die einzelnen Ansprüche des Verbrauchers auf. Der Verbraucher hat das Recht, im Falle des Kaufs einer mangelhaften Sache gemäß seinem Willen zu verlangen: die Beseitigung des Mangels, den Ersatz der für die Mangelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen, die Minderung des Kaufpreises, den Umtausch durch eine Ware gleicher Marke oder durch eine Ware einer anderen Marke unter entsprechender Verrechnung des Kaufpreises, den Rücktritt und Schadensersatz.

Zu beachten ist, dass die Regelung der Gewährleistungsrechte beim Verbraucherkaufvertrag im georgischen VerbraucherschutzG nicht von dem Vorrang der Nacherfüllung ausgeht. Nach dem VerbraucherschutzG kann der Verbraucher gemäß seinem Willen statt der Nacherfüllung vom Vertrag zurücktreten und Schadensersatz verlangen (Art. 13 Abs. 1 lit. c). Zugunsten der Verbraucherinteressen wird hier das Prinzip *pacta sunt servanda* relativiert.<sup>80</sup> Dagegen gehen das georgische ZGB<sup>81</sup> sowie das deutsche Zivilrecht<sup>82</sup> und die europäische Richtlinie 1999/44/EG über den

---

<sup>78</sup> Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG L 171/12.

<sup>79</sup> Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates, Art. 5 Abs. 3.

<sup>80</sup> Vgl. *Roppo*, Il contratto del duemila, Turin 2002, S. 34.

<sup>81</sup> Kommentar des georgischen ZGB, Buch III, Tiflis 2001, S. 267–359.

<sup>82</sup> Zur Frage der Nacherfüllung im Allgemeinen: *Lorenz*, in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, Vor § 474 Rn. 16–19a; *Büdenbender*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB, Schuldrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, § 439 Rn. 6; *Westermann*, Das neue Kaufrecht, NJW 2002, S. 241, 248.

Verbrauchsgüterkauf<sup>83</sup> vom Vorrang der Nacherfüllung aus. Art. 405 Abs. 1 des georgischen ZGB sieht vor, dass vor Ausübung des Rücktrittsrechts eine zusätzliche Fristbestimmung für die Nacherfüllung oder die Abmahnung des Schuldners nötig ist.<sup>84</sup> Art. 394 Abs. 2 des georgischen ZGB regelt den Fall des Schuldnerverzuges und bestimmt, dass der Gläubiger dem Schuldner eine für die Pflichterfüllung erforderliche zusätzliche Frist setzt. Wenn der Schuldner auch innerhalb dieser Frist nicht leistet, dann kann der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangen. Diese Möglichkeit trägt den Interessen beider Kontrahenten Rechnung und fördert die Stabilität des Geschäftsverkehrs beim Gütertausch.<sup>85</sup> Im VerbraucherschutzG wird von dieser Regel zugunsten der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers abgewichen.

Das VerbraucherschutzG regelt nicht den Fall, wenn der Verbraucher von der Mangelhaftigkeit der Sache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis hatte. Zurückzugreifen ist auf die Regelung des georgischen ZGB. Nach dessen Art. 494 entstehen die Rechte des Käufers auf Schadensersatz wegen eines Sachmangels nicht, wenn er davon im Moment des Vertragsschlusses Kenntnis hatte.

Das Gesetz legt eine spezielle Regel für den Fall fest, wenn über die Mangelhaftigkeit der Ware ein Streit entsteht. In diesen Fällen soll eine Warenexpertise stattfinden, wobei der Verbraucher anwesend sein kann (Art. 13 Abs. 5 des georgischen VerbraucherschutzG). Im Gesetz fehlt aber eine Regelung darüber, ob der Verbraucher die Ergebnisse dieser Expertise anfechten kann. Eine solche Regelung ist z.B. im russischen Gesetz über den Schutz der Verbraucherrechte detailliert vorgesehen.<sup>86</sup>

Die speziellen verbraucherrechtlichen Bestimmungen des Gewährleistungsrechts haben zwingenden Charakter, deswegen soll eine vertragliche Vereinbarung zum Ausschluss der Haftung des Herstellers/Verkäufers nicht in Betracht kommen. Im Gesetz fehlt aber eine Vorschrift, die an eine solche Klausel die Nichtigkeitsfolge anknüpfen würde.<sup>87</sup>

---

<sup>83</sup> Vom Vorrang der Nachbesserung spricht Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des europäischen Parlaments und des Rates.

<sup>84</sup> Ausführlicher *Zarandia*, *Saxelšekrulebo valdebulebis šesrulebis adgili da vadebi* [Ort und Zeit für die Erfüllung der Vertragspflichten], Tiflis 2002, S. 3.

<sup>85</sup> *Zoidze*, *Evropuli kerjo samart'lis rec'epc'ia sak'art'veloši* [Rezeption des europäischen Privatrechts in Georgien], Tiflis 2005, S. 302.

<sup>86</sup> *Tret'jakova*, *Kommentarij k federal'nomu zakonu „O zaščite prav potrebitelej“* [Kommentar zum föderalen Gesetz „Über den Schutz der Verbraucherrechte“], Moskau 2004, Art. 18 Verbraucherschutzgesetz, Anm. 5.

<sup>87</sup> Nach Art. 497 des georgischen ZGB (der nur auf die Verkäuferhaftung beschränkt ist und keine speziellen verbraucherrechtlichen Zwecke verfolgt) kann die Haftung des Verkäufers beim Verkauf einer mangelhaften Sache vertraglich nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, jedoch ist eine solche Vereinbarung dann nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

#### *4. Der Schuldner des Gewährleistungsrechts im georgischen VerbraucherschutzG*

Das georgische VerbraucherschutzG nennt bei der Regelung der Haftung den Hersteller und den Verkäufer als Schuldner des Gewährleistungsverhältnisses. Der Verkäufer/Hersteller ist verpflichtet, dem Verbraucher die Ware in solcher Qualität zur Verfügung zu stellen, dass sie den Anforderungen des Standards, den Bedingungen des Vertrags oder der vom Verkäufer über die Ware vorgelegten Information entspricht (Art. 3 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG).

Neben den Hersteller/Verkäufer treten auch die von ihnen bevollmächtigten Organisationen oder bevollmächtigten Einzelunternehmer, die bei der Beseitigung der Mängel oder beim Umtausch der Sache im Auftrag des Verkäufers handeln (Art. 16, 17 des georgischen VerbraucherschutzG). Das Gesetz bestimmt aber nichts Weiteres hinsichtlich des Umfangs der Haftung der bevollmächtigten Unternehmer. Diese Haftung soll im Rahmen der Bevollmächtigung greifen, wobei der Verbraucher zur Erfüllung seiner Ansprüche subsidiär auch auf die Hersteller rekurrieren kann. Diese Frage der eventuellen subsidiären Haftung erfordert aber eine gesetzliche Verankerung. In der georgischen Regelung sowie Literatur und Praxis findet man bislang keine explizite Antwort auf die Frage, gegen wen der Anspruch des Verbrauchers aus dem Gewährleistungsrecht gerichtet ist, wenn zwischen dem Verkäufer und dem Hersteller noch Zwischenhändler stehen, und auf die Frage, ob der Käufer verpflichtet sein soll, seine Ansprüche zunächst gegenüber dem Verkäufer geltend zu machen (mit Rücksicht auf das Innenverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Hersteller – Regressmöglichkeit des Verkäufers). Art. 13 Abs. 2 georgisches VerbraucherschutzG sieht vor, dass der Anspruch (gemäß dem Willen des Verbrauchers) entweder am Verkaufsort der Ware erfolgt oder am Wohnort des Verbrauchers, falls dort eine Filiale vorhanden ist, die mit gleichen Waren handelt. Der Hersteller und der Verkäufer sind verpflichtet, dem Verbraucher die Information mitzuteilen, welche Unternehmer am Wohnort des Verbrauchers die Ansprüche des Verbrauchers (aus dem Gewährleistungsrecht) entgegennehmen. Die Verletzung dieser Pflicht löst die gleiche Haftung aus, die im Falle der Verletzung von sonstigen Informationspflichten droht (Art. 7 des georgischen VerbraucherschutzG).

Die Haftung wegen der Mangelhaftigkeit der Sache wird im Gesetz für Verkäufer und Hersteller einheitlich bestimmt: Nach Art. 13 Abs. 5 des georgischen VerbraucherschutzG ist der Verkäufer/Hersteller verpflichtet, die mangelhafte Ware entgegenzunehmen und die Ansprüche des Verbrauchers zu erfüllen, es sei denn, er beweist, dass der Mangel durch die Verletzung der Aufbewahrungs- oder Nutzungshinweise seitens des Verbrauchers, durch Einwirkung Dritter oder durch höhere Gewalt entstanden ist.

### 5. Der Verbraucherschutz durch die Fristenregelung

Ein wichtiger Schutzmechanismus für die Verbraucherinteressen ist die Fristenregelung. Die Fristenregelung beruht auf zwingenden Vorschriften. Bei der Regelung des Mängelgewährleistungsrechts ist zwischen Gewährleistungs- und Verjährungsfristen zu unterscheiden.

#### a) Die Verjährungsfristen

Verjährungsfrist ist der Zeitraum, in dem nach Entdeckung eines Mangels Gewährleistungsansprüche durch den Käufer gegenüber einem Gewährleistungsschuldner geltend gemacht werden könnten.<sup>88</sup>

Im georgischen VerbraucherschutzG werden die Fristen für die Geltendmachung der Ansprüche des Verbrauchers folgendermaßen bestimmt: Die Ansprüche des Verbrauchers sind innerhalb der Garantiefrieten zu erheben; falls eine Garantie nicht vorgesehen ist, dann kann der Verbraucher die Ansprüche innerhalb von sechs Monaten erheben, wenn der Mangel innerhalb dieses Zeitraums entdeckt wird. Im Falle des Immobilienkaufs sind die Ansprüche innerhalb von einem Jahr nach der Übergabe geltend zu machen, es sei denn, im Vertrag oder durch andere Gesetze sind längere Fristen vorgesehen (Art. 14 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG). Bezüglich der Waren, für die Haltbarkeitsfristen bestehen, sind die Ansprüche innerhalb dieser Fristen zu erheben. Wenn für die Ware keine Haltbarkeitsfristen vorgesehen sind, kann der Anspruch binnen zehn Jahren seit der Herstellung dieser Waren geltend gemacht werden.

Die in Art. 14 des georgischen VerbraucherschutzG vorgesehene Fristenregelung hat zwingenden Charakter. Die vertragliche Vereinbarung oder gesetzliche Bestimmung hinsichtlich dieser Fristen gilt nur, wenn diese ein Mehr im Vergleich zu den im georgischen VerbraucherschutzG vorgesehenen Fristen darstellen (Art. 14 Abs. 1 des georgischen VerbraucherschutzG).

#### b) Die Gewährleistungsfristen

Die Gewährleistungsfrist ist der Zeitraum, in dem bei Vorliegen eines Mangels die gesetzlich festgelegte Gewährleistung durch den Gewährleistungsschuldner erbracht werden muss.

Art. 15 des VerbraucherschutzG bestimmt die Fristen für die Beseitigung der Mängel. Diese soll der Hersteller binnen 10 Tagen, der Verkäufer binnen 20 Tagen ab dem Datum der Anspruchserhebung beseitigen. In diesen Fällen wird die Gewährleistungsfrist vom Tag der Lieferung der Waren

---

<sup>88</sup> *Schnyder/Straub*, Einheitliches EG-Kaufrecht: Das EG-Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst – Erster Schritt zu einem einheitlichen EG-Kaufrecht?, ZEuP 1996, S. 51.

an den Verbraucher und wenn eine Installation oder die Montage des Vertragsgegenstandes nötig ist, dann vom Tage der Installation oder der Montage berechnet. Wenn dieser Zeitpunkt nicht bestimmt werden kann, dann ist für die Berechnung der Fristen der Tag des Vertragsschlusses maßgeblich.

Dagegen soll der Hersteller/Verkäufer die mangelhafte Ware unverzüglich umtauschen. Wenn die Prüfung der Mangelhaftigkeit der Ware aber Zeit erfordert, dann hat der Umtausch binnen 20 Tagen ab dem Datum der Anspruchserhebung zu erfolgen. Wenn der Anspruchsschuldner die entsprechende Ware aber nicht besitzt, dann ist der Umtausch innerhalb von einem Monat nach der Anspruchserhebung vorzunehmen.

### 6. Die vertragliche Garantie

Die Garantieregelung ist ein wichtiger Teil des Gesetzes.

Die vertragliche Garantiefrist des Herstellers oder Verkäufers bedeutet, dass der Hersteller und/oder der Verkäufer für alle während der Garantiefrist auftretenden Mängel der Ware einzustehen haben. Der Garantiegeber kann von dieser Pflicht befreit werden, wenn er beweist, dass der Mangel durch die Verletzung der Aufbewahrungs- oder Nutzungshinweise seitens des Verbrauchers, durch Einwirkung Dritter oder durch höhere Gewalt entstanden ist (Art. 13 Abs. 5 des georgischen VerbraucherschutzG).

Bei der Regelung der Frage der Berechnung der Garantiefristen enthält das Gesetz eine spezielle Bestimmung für den Verkauf von Waren nach Muster oder per Post und für die Fälle, in denen der Abschluss des Kaufvertrages und die Übergabe nicht zusammenfallen (Art. 14 Abs. 3). In diesen Fällen wird die Garantiefrist vom Tag der Lieferung der Waren an den Verbraucher und wenn eine Installation oder die Montage des Vertragsgegenstandes nötig ist, dann vom Tag der Installation oder der Montage berechnet. Wenn dieser Zeitpunkt nicht bestimmt werden kann, dann ist für die Berechnung der Fristen der Tag des Vertragsschlusses maßgeblich.

Zu veranschaulichen ist zunächst der Unterschied zwischen der gesetzlichen Gewährleistung und der vertraglichen Garantie. Die erste zielt auf das Recht des Verbrauchers bei Mangelhaftigkeit der Sache ab; sie kommt dem Käufer kraft Gesetzes zu. Die vertragliche Garantie (die Garantie im eigentlichen Sinne) wird dem Käufer entweder durch den Verkäufer selbst oder den Hersteller des Verbrauchsgutes freiwillig aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung eingeräumt.<sup>89</sup>

Wenn der Verkäufer eine Garantieerklärung abgibt, dann ist er verpflichtet, im Falle der Garantie die entsprechende Rechnung, den technischen Pass oder das Ersatzdokument auszustellen (Art. 13 Abs. 5 geor-

---

<sup>89</sup> Siehe die Begriffsbestimmung bei *Schnyder/Straub*, vorige Fn., S. 10.

gisches VerbraucherschutzG). Aus diesen Garantieunterlagen soll der Haftungsumfang und die Garantiefrist festgestellt werden können. Das Gesetz trifft aber keine Regelung bezüglich des Falles, wenn die Angaben zum Haftungsumfang fehlen.

Beim Umtausch werden die Garantiefristen nach der erneuten Übergabe neu berechnet (Art. 16 georgisches VerbraucherschutzG).

### 7. Die Haltbarkeitsfristen

Von den Garantiefristen zu unterscheiden sind die Haltbarkeitsfristen.

Die Haltbarkeitsfristen sind nur für eine bestimmte Art von Waren vorgesehen (Art. 6 Abs. 2 lit. c des georgischen VerbraucherschutzG). Bestimmt wird entweder der Endzeitpunkt der Anwendung oder das Datum der Herstellung mit entsprechender Aufbewahrungsfrist. Die Eigenschaften solcher Waren werden mit der Zeit schlechter und sind deswegen für das Leben und die Gesundheit der Verbraucher risikobehaftet (Lebensmittel, Kosmetik- und pharmazeutische Produkte sowie Haushaltschemikalien). Innerhalb der Haltbarkeitsdauer garantiert der Hersteller/Verkäufer, dass eine gewisse Sache ihre Beschaffenheit behält und keine Mängel aufweisen wird.<sup>90</sup>

## VII. Die Haftung des Herstellers für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden

Kapitel III des georgischen VerbraucherschutzG enthält Bestimmungen über die staatlichen und gesellschaftlichen Mechanismen als öffentlich-rechtliche Komponente zum Schutze der Verbraucherinteressen. Schon Art. 3 Abs. 3 des georgischen VerbraucherschutzG legt den staatlichen Organen die Pflicht auf, die Standards für solche Waren festzulegen, die Umwelt, Leben und Gesundheit der Verbraucher oder auch deren Vermögen gefährden können. Für Waren dieser Eigenschaft ist die obligatorische Zertifizierung zur Vermeidung der oben genannten Schäden vorgesehen.

Die staatlichen Departments für die Standardisierung und das Sanitätswesen, das Ministerium für den Umweltschutz und die Selbstverwaltungsorgane haben die Befugnis, die Sicherheit der Produkte zu kontrollieren.

---

<sup>90</sup> Westermann, in: Münchener Kommentar BGB, 5. Aufl. 2008, § 443 Rn. 9.

Diese Organe bestimmen die Anforderungen gemäß dem Standard und prüfen die Einhaltung dieser Anforderungen (Art. 31 des georgischen VerbraucherschutzG). Sie haben die Verbraucher über die Verletzung dieser Anforderungen und deren Folgen zu informieren (Art. 31 Satz 3, Art. 3 Abs. 4 und 6 des georgischen VerbraucherschutzG).

Aber auch die staatliche Kontrolle kann nicht ausschließen, dass die Produkte Fehler aufweisen, wodurch ein Schaden entsteht. Die Regelung der aus diesem Schaden entstandenen Ansprüche erfolgt in Georgien nicht in einem speziellen Gesetz, sondern durch die Normen des Deliktsrechts, die in Art. 1009–1016 des georgischen ZGB enthalten sind. Die Normen beziehen sich auf die Schadensverursachung durch das Produkt und daher auf die Produkthaftung, nicht dagegen auf ein menschliches Fehlverhalten, was z.B. in Deutschland bei der Produzentenhaftung der Fall ist.<sup>91</sup> Art. 1009–1016, die die Haftung für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden konzipieren, stellen eine fast wortgleiche Rezeption der europäischen Richtlinie dar.<sup>92</sup> Leider ist die Umsetzung dieser Regelung in der Praxis eher problematisch geworden, wegen der misslungenen Abgrenzung zwischen deliktischen und vertraglichen Anspruchsgrundlagen.

In Georgien kommt es insoweit nicht auf die Frage der Abgrenzung zwischen Produzentenhaftung und Produkthaftung an (wie es im deutschen Recht der Fall ist), da in Georgien das Produkthaftungsrecht in das georgische ZGB aufgenommen wurde und die Rechtsprechung insoweit keine vergleichbaren Prinzipien der Produzentenhaftung geschaffen hat.<sup>93</sup> Die Anspruchsgrundlage für die im deutschen Recht unter dem Begriff der Produzentenhaftung bekannte Rechtsmaterie,<sup>94</sup> die im Unterschied zur Produkthaftung an ein menschliches Fehlverhalten anknüpft, könnte aus einer ansatzweisen Regelung im georgischen VerbraucherschutzG hergeleitet werden.

---

<sup>91</sup> Vgl. *Dietborn*, Produzentenhaftung – Güterschäden – Vermögensschaden, Frankfurt am Main u.a. 2000, S. 1 m.w.N.; *Staudinger-Oechsler*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, §§ 826–829, ProdHaftG, Berlin 2009, § 4 ProdHaftG Rn. 5.

<sup>92</sup> Richtlinie 85/374/EWG vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG 1995 L 210/29.

<sup>93</sup> *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, Tübingen 2011, S. 774 f.

<sup>94</sup> Vgl. *Nietsch*, in: *Tamm/Tonner* (Hrsg.), Verbraucherrecht, Baden-Baden 2012, § 27 Produzentenhaftung Rn. 14 f.

### 1. Die Haftungsgrundlage der Produzentenhaftung im georgischen VerbraucherschutzG

Nach Art. 2 Abs. 2 des georgischen VerbraucherschutzG<sup>95</sup> hat der Verbraucher ein Recht auf sichere Produkte. Nach Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes hat er ein Recht darauf, dass die Produkte unter üblichen Bedingungen der Lagerung, des Transports und des gewöhnlichen Gebrauchs für Leben, Gesundheit und Umwelt unschädlich sind und keinen Schaden an den in seinem Eigentum stehenden Sachen hervorrufen. Nach Art. 3 Abs. 5 des georgischen VerbraucherschutzG hat der Hersteller die Pflicht, die Sicherheit der Produkte innerhalb von Haltbarkeitsfristen zu gewährleisten. Die Pflichtverletzung löst die Schadensersatzpflicht aus. Für die Anknüpfung dieser Rechtsfolge (Schadensersatzpflicht) verweist Art. 3 Abs. 5 auf Art. 10 des georgischen VerbraucherschutzG. Dessen Art. 10 Abs. 1 sieht vor, dass Schäden aus Konstruktions-, Fabrikations- und Instruktionsfehlern in vollem Umfang zu ersetzen sind. Zu ersetzen sind die durch diese Fehler dem Leben und der Gesundheit sowie dem Vermögen des Verbrauchers zugefügten Schäden (Art. 10 Abs. 2 des georgischen VerbraucherschutzG). Dabei fehlt einerseits eine Begriffsbestimmung für diese Fehler<sup>96</sup> und andererseits die entsprechende Anknüpfung an die Produzentenhaftung. Der Hersteller kann von dieser Haftung befreit werden, wenn er beweist, dass der Schaden durch höhere Gewalt oder seitens des Verbrauchers durch die Verletzung der Bewahrungs- oder Nutzungshinweise entstanden ist (Art. 10 Abs. 4 des georgischen VerbraucherschutzG). Die Entlastungsgründe sind aber entsprechend denen des Gewährleistungsrechts formuliert (Art. 13 Abs. 5 des georgischen VerbraucherschutzG) und können nicht zugleich bei der deliktischen Haftung in Betracht kommen. Das VerbraucherschutzG bestimmt in seinen nachfolgenden Artikeln nichts Weiteres hinsichtlich der Produzentenhaftung. Wegen dieses nur ansatzweisen Charakters ist die Existenz dieser Vorschriften im georgischen VerbraucherschutzG nicht praxisrelevant.

---

<sup>95</sup> Art. 2 des georgischen VerbraucherschutzG zählt die klassischen Rechte des Verbrauchers: das Recht auf die Qualität der Waren, Werk- und Dienstleistungen; das Recht auf die Sicherheit der Produkte; das Recht auf Information; das Recht auf Schadensersatz von durch das Produkt von nichtangemessener Qualität verursachten Schäden; das Recht auf den Rechtsschutz; das Recht der Verbraucher sich zusammenzuschließen oder in Verbraucherorganisationen zu vereinen (Art. 2).

<sup>96</sup> Vgl. zur Begrifflichkeit dieser Fehler *Tamm*, oben Fn. 93, S. 787 m.w.N.

## 2. Die Haftung des Herstellers für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden im georgischen Deliktsrecht

### a) Der Haftungstatbestand

Art. 1009 Abs. 1 des georgischen ZGB enthält den deliktischen Haftungstatbestand für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden. Danach haftet der Hersteller eines fehlerhaften Produktes für den durch solch ein Produkt verursachten Schaden ungeachtet dessen, ob er in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Geschädigten steht. Somit hat die Haftung folgende Konstruktion: Es handelt sich um eine Herstellerhaftung. Die Haftung ist verschuldensunabhängig. Für den entstandenen Schaden muss das fehlerhafte Produkt ursächlich sein. Dabei existiert diese Haftung unabhängig von den vertraglichen Verhältnissen und kann neben den vertraglichen Ansprüchen geltend gemacht werden.<sup>97</sup>

Die in Art. 1009–1016 des georgischen ZGB dargestellte Regelung (siehe unten XIV. Anhang) entspricht in wesentlichen Zügen der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 über die Haftung für fehlerhafte Produkte.<sup>98</sup>

Gemäß Art. 1016 ZGB darf die Haftung des Herstellers für fehlerhafte Produkte im Voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Die Haftung ist somit durch den absoluten Charakter gekennzeichnet und entspricht der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Damit ein wirksamer Verbraucherschutz gewährleistet ist, darf es nicht möglich sein, die Haftung des Herstellers gegenüber dem Geschädigten durch eine Vertragsklausel zu begrenzen oder auszuschließen (Art. 12 der Richtlinie).

Nach Art. 1015 Abs. 2 ZGB verjähren die Ansprüche aus Art. 1009 in zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Hersteller das schädigende Produkt in den Verkehr gebracht hat.

### b) Der Schädiger und der Geschädigte

Als Haftungsschuldner kommt der Hersteller in Betracht. Entsprechend Art. 1011 Abs. 2–4 gilt im Sinne dieses Gesetzes eine Person als Hersteller, welche das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt her-

---

<sup>97</sup> *Axvlediani*, Valdebulebit'i samart'ali [Schuldrecht], 2. Aufl., Tiflis 1999, S. 276 f. Demnach haftet der Hersteller auch dann, wenn das Produkt nicht bei dem Hersteller gekauft wurde (wenn also kein Vertrag vorliegt).

<sup>98</sup> Vgl. *Rescigno*, Die Umsetzung der Richtlinie 85/374/EWG über die Haftung für fehlerhafte Produkte in Deutschland und Italien, in: *Canaris/Zaccaria* (Hrsg.), Die Umsetzung von zivilrechtlichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft in Italien und Deutschland, Berlin 2002, S. 19.

gestellt hat. Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seines Warenzeichens oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt. Als Hersteller gilt ferner eine Person, welche ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Leasings oder einer anderen Form des Vertriebs mit wirtschaftlichen Zwecken im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit unter Beachtung der in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Bedingungen in den Verkehr bringt. Falls die Feststellung des Herstellers unmöglich ist, so gilt jeder Lieferant als dessen Hersteller, es sei denn, dass er dem Geschädigten innerhalb eines Monats nach der Aufforderung den Hersteller oder diejenige Person benennt, die ihm das Produkt geliefert hat. Dies gilt auch für ein eingeführtes Produkt, wenn die Feststellung der Person, die als erste das Produkt in den Verkehr gebracht hat, unmöglich ist, selbst wenn der Name des Herstellers bekannt ist. Daher bietet der Kreis der Haftungsadressaten die optimale Schutzmöglichkeit für die anspruchsberechtigten Personen, u.a. auch für Verbraucher. Geschädigter kann jede Person sein, die durch ein Produkt eines Herstellers geschädigt wird, und muss nicht notwendigerweise die Verbrauchereigenschaft im Sinne des VerbraucherschutzG besitzen.<sup>99</sup>

Bei der Haftung für den durch ein fehlerhaftes Produkt zugefügten Schaden trägt der Geschädigte die Beweislast für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen (Art. 1012 des georgischen ZGB). Nach Art. 1009 Abs. 1 entfällt die Verantwortlichkeit des Herstellers, wenn das Produkt, welches einen Fehler hat, in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, den geltenden Rechtsnormen entsprochen hat (lit. d), oder der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte (lit. e) oder wenn die Entstehung des Schadens durch das Verschulden des Geschädigten oder einer Person, die statt des Geschädigten verantwortlich ist, verursacht worden ist (Abs. 3).<sup>100</sup>

### *c) Der Begriff des fehlerhaften Produkts*

Bei der Regelung der deliktischen Haftung definiert das georgische ZGB in Art. 1010 Abs. 1 den Begriff des fehlerhaften Produkts. Danach gilt ein Produkt als fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände von ihm zu erwarten war. Die erwartete Sicherheit des Produkts als Maßstab für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit des Produkts ist folglich nicht mit der Mangelhaftigkeit der Sache zu

<sup>99</sup> Vgl. *Tamm*, oben Fn. 93, S. 783 f.

<sup>100</sup> Ähnliches bestimmt Art. 7 der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

verwechseln. Gemäß dem Wortlaut des Artikels wird die Sicherheit des Produkts (damit die Fehlerfreiheit) von den Verbrauchern dann erwartet, wenn alle Umstände darauf hindeuten. Der georgische Ansatz entspricht auch der Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25.7.1985 über die Haftung für fehlerhafte Produkte. Danach wird bezüglich der Fehlerhaftigkeit eines Produkts auf einen Mangel an Sicherheit abgestellt, die von der Allgemeinheit berechtigterweise erwartet werden darf (Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie).

Während in der georgischen Regelung zusätzliche Auslegungsdirektiven hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit fehlen, geht die Richtlinie einen Schritt weiter und bestimmt, welche Umstände bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit von Bedeutung sind: Diese Umstände sollen insbesondere mit der Darbietung des Produkts, dem Gebrauch des Produkts, mit dem billigerweise gerechnet werden kann, und dem Zeitpunkt, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht wurde, verbunden sein (Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie).

### *3. Der Verbraucherschutz aufgrund des deliktischen Haftungstatbestands und der im VerbraucherschutzG vorgesehenen Aufklärungspflichten (Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 25.9.2007)*

Der Oberste Gerichtshof Georgiens war mit den Fragen der Produkthaftung konfrontiert. Bei diesem Rechtsstreit<sup>101</sup> ging es um den Schadensersatz aufgrund des deliktischen Haftungstatbestands sowie um die Verletzung der spezifischen Aufklärungspflichten des Unternehmers. Zu beachten ist, dass das Gericht die Entscheidung nicht nur aufgrund der zivilrechtlichen Normen (Art. 1009 ff. des georgischen ZGB) getroffen hat, sondern entgegen den Entscheidungen der unteren Instanzen auch die deliktische Haftungsgrundlage des georgischen VerbraucherschutzG mit einbezogen hat (Art. 3 Abs. 2 des georgischen VerbraucherschutzG). Die Entscheidungsgründe beziehen sich auf die Informationspflichten des Verbrauchers, die im georgischen VerbraucherschutzG dargelegt sind.

#### *a) Der Sachverhalt*

Nach der Entbindung eines Kindes benötigte die Klägerin wegen eines Blutverlustes eine Bluttransfusion. Ihre Verwandte hatte 600 Gramm Erythrozyten und Karyoplasma von einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gekauft.

---

<sup>101</sup> Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-296-624-07, 25.9.2007. Entscheidungen können auf der Homepage des Gerichtshofes heruntergeladen werden <<http://prg.supremecourt.ge/>>.

Kurz danach wurde sowohl bei dem Säugling als auch bei der Mutter eine HIV-Infektion festgestellt.

Die Klägerin verlangte Schadensersatz materieller und immaterieller Art aufgrund der zivilrechtlichen Normen (Art. 408, 412–413, 992, 1009, 1014 des georgischen ZGB).

Gemäß den Klagegründen hat die Verwandte der Klägerin beim Erwerb von Blut angenommen, dass sie ein zweifellos zuverlässiges Produkt kaufte, und niemand hat sie vor dem möglichen Fehler des Produkts gewarnt.

Da der Kaufvertrag nicht zwischen der Klägerin und dem schädigenden Unternehmer, sondern zwischen der Verwandten und dem Unternehmer geschlossen wurde, kommt die Klägerin nicht als Verbraucher und Vertragspartner des Verbraucherkaufvertrages in Betracht. Der Sachverhalt erfüllt den deliktischen Haftungstatbestand aus Art. 1009 des georgischen ZGB. Verletzt wurde das absolute Recht des Verbrauchers auf seine Gesundheit.

#### *b) Die Entscheidungsgründe der Revisionsinstanz*

Das Gericht hat insbesondere zwei Punkte hervorgehoben: Einerseits die Anforderung der Zuverlässigkeit des Produkts und andererseits die Vertrauensbildung der Verbraucher in bestimmten Situationen, woraus neben der deliktischen Haftung die besondere Rücksichtnahmepflicht des Herstellers entstehe. Dies ist als verbraucherfreundliche Interpretation des deliktischen Haftungstatbestandes zu begrüßen.

Das georgische ZGB, und zwar dessen Art. 1010, nennt die Zuverlässigkeit als Kriterium der Qualität des Produkts. Besonders für die Teilnehmer des zivilrechtlichen Verkehrs, die nicht unternehmerisch tätig sind, fällt es schwer, die Zuverlässigkeit des Produkts zu bestimmen. Von derjenigen Vertragspartei, die die Sachen zum Verkauf anbietet, soll die entsprechende Sorgfalt hinsichtlich dieser Zuverlässigkeit gefordert werden, besonders wenn die Sache mit einem bestimmten Risiko verbunden ist. Gemäß den Entscheidungsgründen bestimme die Qualität des Produkts den Preis und das entsprechende Interesse des Kontrahenten. Deswegen schließe die Tatsache, dass die Qualität des Produkts vertraglich nicht besonders vereinbart wurde, die Verantwortlichkeit des Vertragsgegenübers nicht aus. Wenn bei diesem Fall die Gesellschaft aufgrund der speziellen staatlichen Erlaubnis die besondere Sache, Blutprodukte, verkauft, entsteht auf der Seite des Verbrauchers ein besonderes Vertrauen ihr gegenüber. Das Vertrauen des Verbrauchers umfasst, dass die Bereitschaft dieser Gesellschaft, auf diesem speziellen Tätigkeitsfeld zu agieren, mit der entsprechenden personellen und technischen Ausstattung gewährleistet wird. Das fehlerhafte Produkt hat das absolute Recht der Klägerin auf Leben und Gesund-

heit verletzt. Der Unternehmer war verpflichtet, dem Verbraucher die Information über die Sicherheit des Produkts und die möglichen Nebenwirkungen mitzuteilen.

Auch wenn die Klageschrift keinen Bezug auf das VerbraucherschutzG genommen hat, wies das Revisionsgericht auf die Vorschriften des Gesetzes „Über den Schutz der Verbraucherrechte“ hin und zwar auf die oben schon behandelten deliktischen Anspruchsgrundlagen. Nach Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes hat der Verbraucher ein Recht darauf, dass die Produkte unter üblichen Bedingungen der Lagerung, des Transports und des gewöhnlichen Gebrauchs für Leben, Gesundheit und Umwelt unschädlich sind und keinen Schaden an den in seinem Eigentum stehenden Sachen hervorrufen. Hervorgehoben wurde die Rolle der Aufklärungspflichten des Unternehmers, den Verbraucher über die Risiken zu informieren, die trotz höchster Sorgfalt bestehen. Nach Art. 6 desselben Gesetzes muss der Hersteller dem Verbraucher die notwendige, zuverlässige und vollständige Information über die Produkte weitergeben, wodurch der Verbraucher eine freie und bewusste Entscheidung treffen kann.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Umstände und rechtlichen Gründe ist das Gericht zum Schluss gekommen, dass dem Unternehmer neben der deliktischen Verantwortlichkeit die Verletzung der Informationspflichten zugerechnet werden sollte.

### *c) Die Abgrenzung der deliktischen Haftung von der Haftung aus der vertragsrechtlichen Mängelgewährleistung*

In einer anderen Entscheidung ist die Revisionsinstanz nicht auf die Abgrenzung zwischen deliktischen und vertraglichen Ansprüchen eingegangen, auch wenn der Geschädigte (Anspruchsinhaber aus dem Deliktsrecht) zugleich Vertragspartner im Rahmen des Verbraucherkaufvertrages war.<sup>102</sup> Der Kläger hat eine bestimmte Art von Brot gekauft, das letztendlich zu seiner Gesundheitsschädigung geführt hat. Auf der einen Seite handelte es sich um ein Individuum, das den Vertrag zu privaten Zwecken abgeschlossen hat, und auf der anderen um einen Unternehmer, der im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit handelte. Entstanden ist das verbraucherrechtliche Verhältnis infolge des Kaufvertrages. Der Sachverhalt erfüllt andererseits den deliktischen Haftungstatbestand aus Art. 1009 des georgischen ZGB. Verletzt wurde ein absolutes Recht des Verbrauchers. Der Kläger konnte beide Ansprüche geltend machen: vertragliche Ansprüche aus dem georgischen VerbraucherschutzG (Art. 13) und deliktische Ansprüche aus dem georgischen ZGB (Art. 1009). Er zog aber nur die deliktische Anspruchsgrundlage heran.

---

<sup>102</sup> Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-751-1118-06, 13.3.2007.

Die Gerichte aller Instanzen haben sich nicht mit der Abgrenzungsfrage zwischen deliktischer und vertraglicher Anspruchsgrundlage befasst, sondern die Lage nur anhand der deliktischen Anspruchsgrundlage beurteilt.

Um eine Abgrenzung zwischen deliktischer und vertraglicher Anspruchsgrundlage in der georgischen Praxis zu ermöglichen, ist auf die wichtigsten Unterscheidungsmerkmale beider Haftungsarten einzugehen. Nicht zu folgen ist der Meinung, dass die deliktischen Haftungsvorschriften unanwendbar sind, wenn zwischen den Parteien ein Vertrag (ein Kaufvertrag) vorliegt.<sup>103</sup> Die Vertragshaftung besteht grundsätzlich nur gegenüber dem Vertragspartner. Die außervertragliche oder deliktische Haftung besteht hingegen gegenüber jedermann, besonders gegenüber dem Endbenutzer des Produkts, aber auch gegenüber dem Vertragspartner<sup>104</sup> (davon spricht der Wortlaut des Art. 1009 Abs. 1 des georgischen ZGB eindeutig).<sup>105</sup> Die vertragliche Haftung verfolgt den Schutz des Äquivalenzinteresses und zielt auf die Gleichwertigkeit der Leistungen der Vertragspartner. Die deliktische Haftung dagegen bezieht sich auf das Integritätsinteresse an der Unverletzlichkeit von außerhalb der vertraglichen Beziehung liegenden Rechtsgütern.<sup>106</sup>

Die deliktische Haftung betrifft nicht den Mangel des Produkts selbst und entsprechend nicht die Abwicklung über die oben im Text behandelten Mängelgewährleistungsansprüche (wie Herabsetzung des Kaufpreises, Rücktritt oder Lieferung einer neuen Sache). Vielmehr geht es um sog. Mangelfolgeschäden, die durch einen solchen Sachmangel an anderen Rechtsgütern hervorgerufen wurden oder aus ihm folgen.<sup>107</sup> Beim Zusammentreffen von vertraglicher und deliktischer Haftung kann der Betroffene seine Ansprüche auf beide Grundlagen stützen. Von Bedeutung ist dabei insbesondere, dass der vertragliche Anspruch kürzeren Verjährungsfristen unterliegt<sup>108</sup> und es differenzierte Regelungen betreffend Haftungsausschlussgründe gibt.

---

<sup>103</sup> So aber *Zaalishvili*, oben Fn. 3, S. 79 bei der Behandlung des ähnlichen Falles: die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-751-1118-06, 13.3.2007; dagegen wie hier *Axvlediani*, oben Fn. 97, S. 276 f.

<sup>104</sup> Vgl. *Tamm*, oben Fn. 93, S. 783 f.; *Dietborn*, oben Fn. 91, S. 2.

<sup>105</sup> Der Hersteller eines fehlerhaften Produktes haftet für den durch solch ein Produkt verursachten Schaden ungeachtet dessen, ob er in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Geschädigten steht.

<sup>106</sup> *Heßeler/Kleinhenz*, Der kaufrechtliche Anspruch auf Schadensersatz für Weiterfresserschäden, JuS 2007, S. 706.

<sup>107</sup> Zum Verhältnis der Mängelgewährleistung zum Deliktsrecht und zur Unterscheidung von Äquivalenzinteresse und Integritätsinteresse siehe *Katzenmeier*, Produkthaftung und Gewährleistung des Herstellers teilmangelhafter Sachen, NJW 1997, S. 486 f.; *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl., München 2011, Rn. 10 ff.

<sup>108</sup> Gemäß Art. 129 Abs. 1 ZGB beträgt die Verjährungsfrist bei vertraglichen Ansprüchen drei Jahre und bei vertraglichen Ansprüchen über unbewegliche Sachen sechs

## VIII. Der Kontrahierungszwang

### 1. Die Rechtsnatur des Kontrahierungszwanges

Eine Besonderheit des georgischen Privatrechts stellt die Verankerung der Klausel über den Kontrahierungszwang im georgischen Zivilgesetzbuch dar. Im georgischen VerbraucherschutzG ist kein Kontrahierungszwang speziell für den Verbrauchervertrag vorgesehen. Deswegen ist diese Pflicht nur an die Voraussetzungen des georgischen ZGB gebunden.

Auch wenn der Kontrahierungszwang mit Gerechtigkeitsgedanken verbunden wird,<sup>109</sup> wird z.B. in Deutschland angenommen, dass es sich beim Kontrahierungszwang um einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatautonomie handelt.<sup>110</sup> Deswegen gilt im deutschen Recht der Abschlusszwang als ein „Fremdkörper“ des Wirtschafts- und Vertragsrechtssystems.<sup>111</sup>

Als Modell des Kontrahierungszwanges für Verbraucherverträge stellen sich die russischen und französischen Verbraucherschutzgesetze dar. Im französischen Verbrauchergesetzbuch existiert z.B. das generelle Verbot der Verkaufsverweigerung (*refus de vente*) gegenüber einem Verbraucher (Art. L. 122-1 Code de la consommation), was in Frankreich auf die längere Tradition zurückzuführen ist.<sup>112</sup>

---

Jahre, wobei der Verjährungsbeginn gem. Art. 130 mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem der Anspruchsinhaber von der Verletzung seines Rechts erfahren hat oder erfahren musste. Das impliziert, dass der Schadensersatzberechtigte von dem Schaden, dem Fehler oder der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Die deliktischen Ansprüche verjähren in zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Hersteller das schädigende Produkt in den Verkehr gebracht hat. Nach Art. 497 ZGB kann die Haftung des Verkäufers beim Verkauf einer mangelhaften Sache vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, jedoch ist eine solche Vereinbarung dann nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat. Nach Art. 1016 ZGB darf die Haftung des Herstellers für fehlerhafte Produkte im Voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.

<sup>109</sup> *Höfling*, Vertragsfreiheit: eine grundrecht dogmatische Studie, Heidelberg 1991, S. 41; *Klingenfuß*, Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht, Frankfurt am Main u.a. 2004, S. 29; *Grupp*, Kontrahierungszwang nach dem Kartellgesetz, Köln 1965, S. 3.

<sup>110</sup> *Picker*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, S. 880, 881; *Thüsing/v. Hoff*, Vertragsschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, S. 25; *Geschwandter/Bornemann*, Girokonto für jedermann?, NJW 2007, S. 1255.

<sup>111</sup> *Vykydal*, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang, Baden-Baden 1996, S. 25, 38.

<sup>112</sup> *Klingenfuß*, oben Fn. 109, S. 75 f.

## 2. Der Kontrahierungszwang im georgischen ZGB und Verbraucherschutz

Das georgische ZGB kennt einen allgemeinen zivilrechtlichen Kontrahierungszwang, der in zwei Tatbeständen geregelt ist (Art. 319 Abs. 2 und 3). Der erste Tatbestand stellt auf die „marktbeherrschende Stellung“ des Unternehmers ab und schützt den Vertragspartner gegen die Marktmacht: Hat eine Vertragspartei eine marktbeherrschende Stellung, so ist sie in diesem Tätigkeitsbereich zum Abschluss des Vertrages verpflichtet (Art. 319 Abs. 2 des georgischen ZGB). Der zweite Tatbestand wird an den Zweck des Vertragsschlusses geknüpft: Personen gegenüber, die sich Güter oder Dienstleistungen zu nichtgewerblichen Zwecken oder zur Befriedigung der existenziellen Bedürfnisse verschaffen bzw. in Anspruch nehmen, kann nicht ohne Begründung der Abschluss eines Vertrages verweigert werden, sofern die andere Vertragspartei im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt (Art. 319 Abs. 3 des georgischen ZGB). Sowohl im ersten Tatbestand, der an die marktbeherrschende Stellung des Unternehmers abstellt (Art. 319 Abs. 2 ZGB), als auch im zweiten Tatbestand (der von der Voraussetzung „Monopolstellung des Unternehmers“ abgekoppelt wird) ist nur die grundlose Verweigerung des Vertragsschlusses verboten. Nach der georgischen Rechtsprechung ist die Begründetheit der Ablehnung des Vertragsschlusses im Einzelfall zu bewerten (z.B. die Nichtverfügbarkeit des Produkts oder der Dienstleistung auf dem Markt).<sup>113</sup>

Die Rechtsfolge (Abschlusszwang) des Art. 319 Abs. 3 geht folglich nicht mehr von der Monopolstellung des Unternehmers als Tatbestandsvoraussetzung aus. Hervorgehoben wird nur die Art (Zweck) des Vertrages, womit das klassische Verhältnis des Verbraucherrechts entsteht: Der Vertrag wird zur Deckung der nichtgewerblichen existenziellen Bedürfnisse abgeschlossen, ungeachtet dessen, ob die Partei auf der anderen Seite des Vertrages eine marktbeherrschende Stellung inne hat.

## 3. Fallbeispiel aus der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 12.7.2005

Der Oberste Gerichtshof befasste sich im folgenden Fall<sup>114</sup> mit den Fragen des Abschlusszwanges. Der Kläger wurde im Unterschied zu seinen Nachbarn nicht mit Strom versorgt. Folglich war er monatelang ohne Stromversorgung geblieben. Wegen Einsatz des eigenen elektrischen Generators musste er erhebliche Aufwendungen aufbringen.

Das Gericht der ersten Instanz sowie das Kassationsgericht haben dem beklagten Unternehmer Schadensersatz und die Pflicht zum Vertragsschluss zwecks Versorgung mit Strom gemäß Art. 319 ZGB auferlegt.

<sup>113</sup> Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-181-500-05, 12.7.2005.

<sup>114</sup> Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-181-500-05, 12.7.2005.

Danach darf der Unternehmer, der eine marktbeherrschende Stellung hat, der anderen Vertragspartei den Vertragsschluss nicht ohne Begründung verweigern (Abs. 2).

Das Gericht hat zunächst die Frage behandelt, ob der Beklagte eine Monopolstellung auf dem Markt hatte, erst in einem zweiten Schritt hat es festzustellen versucht, mit welchem Inhalt und zu welchen Bedingungen der Beklagte den Vertrag zu schließen hatte.

Unter welchen Umständen die begründete Ablehnung des Vertragsschlusses anzunehmen ist, sei eine Frage der Bewertung im Einzelfall. Entscheidend sei, ob auf der Seite des Beklagten Gründe vorhanden waren, aus denen er den Vertragsabschluss abgelehnt hat.

Das Revisionsgericht stellte weiter fest, dass das Kassationsgericht den Umfang der Klage überschritten hat, als es dem Beklagten nicht nur die Pflicht zum Vertragsschluss auferlegt, sondern zugleich die Form, die Bedingungen des Vertrages und die Pflichten der Parteien zueinander selbst bestimmt hat. Dies habe dem Sinn und Zweck der Verbrauchervertragsverhältnisse und im Allgemeinen den Prinzipien der zivilrechtlichen Beziehungen nicht entsprochen. Das Revisionsgericht verwies auf die Vorschrift des VerbraucherschutzG, wonach der Verbrauchervertrag sowohl schriftlich als auch mündlich geschlossen werden kann und die Bedingungen des Vertrages (Preis, Qualität, Fristen etc.) grundsätzlich nach der Vereinbarung der Vertragsparteien bestimmt werden.

Die Interpretation der Vorschrift gemäß einem Kommentar des georgischen ZGB besagt, dass die Kontrahierungspflicht sich nicht nur auf den Vertragsschluss an sich, sondern auch auf einen angemessenen Vertragsinhalt bezieht.<sup>115</sup> Der Inhaber der Monopolstellung sei nicht berechtigt, dem Vertragspartner unangemessene Vertragsbedingungen anzubieten. Diese Auffassung geht aber insoweit fehl, als die Gewährleistung des sachgerechten Vertragsinhalts sich am Maßstab der zivilrechtlichen Kontrollnormen der AGB-Klauseln zu orientieren hat. Aus der Kontrahierungspflicht wird keine Anspruchsgrundlage für die inhaltliche Kontrolle der Verträge hergeleitet.<sup>116</sup>

Der Oberste Gerichtshof hat zurecht darauf hingewiesen, dass das angerufene Gericht bei der Entscheidung über den Anspruch aus der Kontrahierungspflicht nur die Pflicht zum Vertragsschluss festzustellen hat, nicht dagegen die Form und die Bedingungen des Vertrages. Dies würde die Vertragsfreiheit der Parteien übermäßig beschränken.

---

<sup>115</sup> Zoidze/Chanturia/Ninidze, oben Fn. 63, S. 64.

<sup>116</sup> Siehe die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes N as-181-500-05, 12.7.2005.

#### 4. Pro und Kontra des Abschlusszwanges

Die Argumente, die für den Kontrahierungszwang sprechen, beziehen sich sowohl auf Individual- als auch auf Allgemeininteressen.<sup>117</sup> Zum Beispiel trage der Kontrahierungszwang den Allgemeininteressen Rechnung, weil dadurch die Allgemeinheit mit wichtigen Gütern versorgt und insgesamt die soziale Marktwirtschaft gefördert werde. Die Begrenzung der Privatautonomie des einen Vertragspartners durch die Privatautonomie der anderen Vertragspartei sei systemimmanent,<sup>118</sup> einem Vertragspartner würde die eigene Privatautonomie nichts nützen, wenn es keinen gebe, der bereit wäre mit ihm einen Vertrag zu schließen. Dieser Auffassung wird aber als Hauptargument die Entwicklung des modernen Markts entgegengehalten. Die Massengeschäfte oder die Möglichkeit des Internethandels sorgten ausreichend dafür, dass eine vergleichbare Ware oder Dienstleistung beschafft werden könnte.<sup>119</sup> Wenn das im Einzelfall nicht mehr zutrefte, dann seien die Spezialtatbestände der Daseinsvorsorge anwendbar. Dieses Argument wird aber nur bedingt tragfähig sein, je nach der Realität des betreffenden Staates. Die Praxis der georgischen Gerichte zeigt, dass der Anspruch aus dem Kontrahierungszwang fast immer an die Daseinsvorsorge anknüpft, wenn ein bestimmter Unternehmer auf seinem Tätigkeitsfeld die Monopolstellung besitzt. Angestrebt wird deswegen der Schutz von Marktteilnehmern, die auf eine bestimmte, existenzielle Grundbedürfnisse befriedigende Leistung besonders angewiesen sind. Mit Rücksicht darauf, dass sich in der georgischen Wirtschaftsrealität ein effektiv funktionierender Wettbewerb noch nicht etabliert hat,<sup>120</sup> verfolgt der gesetzliche Kontrahierungszwang einen legitimen Zweck.<sup>121</sup> Die Anknüpfung an die Tatbestandsvoraussetzung „Monopolstellung“ des Unternehmers umfasst, dass für den Verbraucher keine zumutbare Möglichkeit besteht, seine Bedürfnisse anderweitig zu befriedigen.<sup>122</sup> Wenn aber der zweite Tatbestand des Art. 319 des georgischen ZGB (Abs. 3) nicht mehr an der Tatbestandsvoraussetzung „Monopolstellung“ des Unternehmers anknüpft, dann fehlen die triftigen Rechtfertigungsgründe für den Abschlusszwang. Als Lösung des Problems könnte die Konstruktion des mittelbaren Kontrahierungszwanges angesehen werden, wenn der Kontrahierungszwang nur unter be-

<sup>117</sup> *Zoidze*, Sakonstituc'io kontrolida librebat'a cesrigi sak'art' veloši [Verfassungskontrolle und Werteordnung in Georgien], Tiflis 2007, S. 19.

<sup>118</sup> *Paulus/Zenker*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 2.

<sup>119</sup> *Armbrüster*, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, NJW 2007, S. 1496 m.w.N.

<sup>120</sup> Das war der tragende Grund, an dem die Kommission für die Erarbeitung des georgischen BGB festgehalten hat: siehe *Zoidze*, oben Fn. 85, S. 288.

<sup>121</sup> Vgl. *Paulus/Zenker*, oben Fn. 118, S. 5 m.w.N.

<sup>122</sup> *Bydlinski*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), S. 1, 37, 41.

stimmten Voraussetzungen zur Anwendung kommt. Zum Beispiel darf ein Unternehmer, der Güter zur Deckung des Lebensbedarfs öffentlich anbietet, einen Vertragsschluss nur aus sachlichen Gründen ablehnen, vorausgesetzt, dass für den Verbraucher keine zumutbare Möglichkeit besteht, seine Bedürfnisse anderweitig zu befriedigen.<sup>123</sup> Da die sachlichen Gründe gegen den allgemeinen Abschlusszwang sprechen und auch die wandelnde Situation auf dem Markt es nötig erscheinen lässt, soll auch in der georgischen Regelung diese zusätzliche Bedingung vorgesehen werden: Dem Vertragspartner soll die Möglichkeit fehlen, die alltäglichen Bedürfnisse anderweitig zu decken. Diese Voraussetzung besagt logischerweise nur, dass es sich um eine Monopolstellung handelt, sonst würde die anderweitige Deckungsmöglichkeit wohl gegeben sein. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass ein allgemeiner Kontrahierungszwang, der nicht an das Vorliegen einer Monopolstellung des Anbieters anknüpft, als unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie und Vertragsfreiheit des Anbieters zu bewerten ist.<sup>124</sup>

## IX. Das Widerrufsrecht am Beispiel des Haustürgeschäfts

### 1. Der Schutzzweck des Widerrufsrechts

Unter den Verbraucherschutzinstrumenten, die den Verbraucher vor „Überrumpelung“ schützen und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher sichern,<sup>125</sup> kommt die Verlängerung der Überlegungsfristen in der Form des Widerrufsrechts in Betracht. Die Möglichkeit des Widerrufs schränkt die formale Vertragsfreiheit ein<sup>126</sup> und relativiert die Geltung des Prinzips *pacta sunt servanda*.<sup>127</sup> Diesem aufgrund der Verbraucherinteressen vorgesehenen Eingriff werden aber durch die Widerrufsfristen Grenzen gezogen. Diesen Schutzzweck erfüllt die Regelung des Widerrufsrechts von Verbrauchern bei Haustürgeschäften. Die Rechtfertigung des Widerrufsrechts ist hier mit dem „Überraschungseffekt“ des Vertragsangebotes an bestimmten Orten verbunden, wodurch dem Verbraucher letztendlich die vertragliche Bindung auferlegt wird.<sup>128</sup>

---

<sup>123</sup> Bydlinski, ebd.

<sup>124</sup> Picker, oben Fn. 110, S. 881; Thüsing/v. Hoff, oben Fn. 110, S. 25.

<sup>125</sup> Kemper, oben Fn. 34, S. 226 ff.; Riehm, Aktuelle Fälle zum Bürgschaftsrecht, JuS 2000, S. 138, 143.

<sup>126</sup> Canaris, oben Fn. 23, S. 272, 344.

<sup>127</sup> Wiedenmann, oben Fn. 21, S. 227.

<sup>128</sup> Gabrielli, Die Umsetzung der Richtlinie 85/577/EWG über Haustürgeschäfte in Deutschland und Italien, in: Canaris/Zaccaria (Hrsg.), Die Umsetzung von zivilrecht-

## 2. Das Haustürgeschäft im georgischen ZGB

Nach Art. 336 des georgischen ZGB wird das Haustürgeschäft als ein Vertrag angesehen, der zwischen einem Verbraucher und einer im Rahmen ihres Gewerbes handelnden Person auf der Straße, vor dem Haus und auf ähnlichen Plätzen abgeschlossen wird. Dieser Vertrag ist nur dann wirksam, wenn der Verbraucher nicht innerhalb einer Woche den Vertrag schriftlich widerruft, es sei denn, der Vertrag wurde gleichzeitig mit dessen Abschluss erfüllt. Im georgischen Zivilgesetzbuch existieren keine speziellen Bestimmungen zum Verbrauchervertrag, und der Gesetzgeber verweist nicht auf eine spezielle Norm, die das Widerrufsrecht für Verbraucherverträge vorsieht. Dem Zivilgesetzbuch selbst ist keine Legaldefinition der „Verbraucher“ zu entnehmen, deswegen ist hier durch Auslegung ermittelbar, dass das Ziel des Gesetzgebers der Schutz des Individuums ist, das das Rechtsgeschäft für private Zwecke tätigt. Das Schutzbedürfnis des Verbrauchers ist bei dieser Vertragsart mit der Tatsache der mangelnden Vorbereitung auf die Situation verbunden,<sup>129</sup> die durch das Überraschungsmoment der Vertragsanbahnung gekennzeichnet ist.<sup>130</sup> Somit hat das georgische Widerrufsrecht folgende Konstruktion: Das Recht ist situationsbezogen (das Vertragsangebot wird auf der Straße, vor dem Haus oder auf ähnlichen Plätzen unterbreitet; als ähnliche Plätze kommen öffentliche Verkehrsmittel, Stadien, Parks, Flughäfen, Bahnhöfe, Theater und alle anderen Lokale, in denen dem Verbraucher überraschenderweise ein Vertragsschluss angeboten wird, in Betracht);<sup>131</sup> die persönliche Tatbestandsvoraussetzung knüpft auf der einen Seite an den Verbraucher und auf der anderen Seite an die im Rahmen ihres Gewerbes handelnde Person, die die Entscheidung des Verbrauchers zu „bestimmen“ versucht, an;<sup>132</sup> als formale Anforderungen in Bezug auf die Rechtsausübung kommen die Schriftform des Widerrufs und die einwöchige Frist in Betracht. Eine Pflicht des Unternehmers, den Verbraucher über das Widerrufsrecht zu belehren, ist nicht vorgesehen.

---

lichen Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft in Italien und Deutschland, Berlin 2002, S. 43 m.w.N.

<sup>129</sup> Zoidze/Chanturia/Ninidze, oben Fn. 63, S. 150.

<sup>130</sup> Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2003, Rn. 145; Stadler, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar, 12. Aufl., München 2007, § 312 Rn. 1; A. Maier, Beschränkung des Haustürwiderrufs in der aktuellen Rechtsprechung, VuR 2008–09, S. 401; BGH ZIP 2009, S. 1054, 1055; BGH ZGS 2009, S. 328, 330.

<sup>131</sup> Zoidze/Chanturia/Ninidze, oben Fn. 63, S. 153.

<sup>132</sup> Vgl. im Allgemeinen Gabrielli, oben Fn. 128, S. 43.

### 3. Die Vereinbarkeit mit den europäischen Standards

Dargestellt werden hier die Vorgaben der europäischen Richtlinien, die gemäß der Rechtspolitik des georgischen Gesetzgebers zu berücksichtigen sind.<sup>133</sup>

Die Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 über Haustürgeschäfte (Haustürwiderrufs-Richtlinie) stellt nur drei Vorgaben für die Mitgliedstaaten auf: Die Widerrufsfrist darf sieben Tage nicht unterschreiten, sie darf erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, in dem der Verbraucher von dem Vertragspartner die entsprechende Belehrung bezüglich des Widerrufsrechts erhalten hat. Die Frist gilt als eingehalten, wenn die Widerrufserklärung vor Fristablauf abgesandt wurde, unabhängig von dem Erhalt seitens des anderen Vertragspartners (Art. 5). Schließlich müssen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen vorsehen, die den Schutz der Verbraucher gewährleisten, wenn die Belehrung nicht erteilt wird (Art. 4 letzter Absatz der Richtlinie).<sup>134</sup>

### 4. Kritische Würdigung der georgischen Rechtslage

Die georgische Vorschrift ist nicht so detailliert geregelt, wie es im deutschen Zivilrecht der Fall ist (Art. 312 BGB). Bei dem Ausschluss des Widerrufsrechts im Falle der sofortigen Erbringung der Leistung ist keine zusätzliche Voraussetzung vorgesehen, die an die Höhe des Entgelts anknüpfen würde. Damit besteht nach dem georgischen Recht selbst dann, wenn die Leistung des Verbrauchers erheblich ist, kein Widerrufsrecht. Zum Schutz der Verbraucher wäre hier die Kumulation der Voraussetzungen für das Entfallen des Widerrufsrechts, nämlich sofortige Leistung und Erheblichkeit der vom Verbraucher bezahlten Geldsumme, angebracht.

Kritisch zu bewerten bei der Regelung des Haustürgeschäfts ist das Fehlen einer Belehrungspflicht des Vertragspartners, was eine einwandfreie Umsetzung ausschließt. Denn die Belehrung erfüllt eine doppelte Funktion: Durch sie nimmt eine Vertragspartei die Möglichkeit wahr, die vorliegende Vertragslage besser einzuschätzen, und andererseits wird der Beginn des Fristablaufs festgelegt.<sup>135</sup> Die Unternehmer, die Verbraucher in die Übereilungssituation treiben, bleiben von dieser Pflicht verschont. Zu beachten sind die nationalen Gesetze der EU-Länder. In Griechenland z.B. fallen die Händler, die keine reguläre Geschäftsadresse haben, nicht unter den Geltungsbereich der Richtlinie. In Spanien ist der Vertragsschluss durch Postbestellungen aus dem Anwendungsbereich der Regelung ausge-

---

<sup>133</sup> Über die Perspektiven *Kardava*, oben Fn. 13, S. 158 ff.

<sup>134</sup> *Gabrielli*, oben Fn. 128, S. 65.

<sup>135</sup> *Canaris*, oben Fn. 23, S. 347, m.w.N. in Fn. 261, 262.

nommen. In Österreich, Belgien und Dänemark fallen die auf Auktionen geschlossenen Verträge aus dem Regelungsbereich heraus. Solche Verträge seien nicht „unerwartet“. In Ungarn sind Besuche bei den Verbrauchern in der Zeit von 19 bis 9 Uhr zum Zwecke des Vertragsangebotes und Vertragsschlusses verboten. Durch eine gesetzgeberische Ergänzung oder die Rechtsprechung sollte auch in Georgien die Frage geklärt werden, welche Arten von Verträgen oder Vertragsangebote welcher Anbieter unter die Regelung der Haustürgeschäfte fallen.<sup>136</sup> Damit diese Lücken sachgerecht geschlossen werden können, ist erstens die Wirklichkeit des Marktes im Land zu erforschen.<sup>137</sup> Statistisch zu untersuchen ist, durch welche praktischen Facetten der Abschluss dieser Vertragsart gekennzeichnet wird und wie der Verbraucher diese Vertragsart als Haustürgeschäft identifiziert. Die georgische Regelung soll eine adäquate Antwort auf die Marktrealität und die Vertragsabschlusspraxis sein und darf nicht nur eine abstrakte Rezeption der europäischen Regelungen darstellen.

##### 5. Die Frage der Rückabwicklung nach Ausübung des Widerrufsrechts

Im georgischen ZGB fehlen weitere Regelungen hinsichtlich der Rückabwicklung der Vertragsverhältnisse. Nach Art. 336 ZGB kann der Verbraucher das Widerrufsrecht nur dann in Anspruch nehmen, wenn der Vertrag nicht gleichzeitig mit dessen Abschluss erfüllt wurde. Der Wortlaut des Gesetzes deutet darauf hin, dass nach der Ausübung des Widerrufsrechts die Erfüllungsansprüche nicht in Rückgewähransprüche und das Vertragsverhältnis nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt werden. Das Widerrufsrecht entsteht erst gar nicht, wenn die gegenseitigen Leistungen schon erbracht sind. Das heißt, dass die georgische Regelung das Widerrufsrecht als rechtsverhindernd ausgestaltet und den Vertrag vor der Ausübung des Widerrufs als schwebend unwirksam ansieht.<sup>138</sup> Der Ausschluss des Widerrufsrechts bei schon erbrachten Leis-

---

<sup>136</sup> Die Beispiele bei *Kardava*, oben Fn. 13, S. 142 m.w.N. auf *Micklitz/Monazzahian/Röbler*, A Study Commissioned by the European Commission, Door to Door Selling – Pyramid Selling – Multilevel Marketing Contract, Final Report, Volume II – Analysis, November 1999, S. 31.

<sup>137</sup> In diese Richtung *Kardava*, oben Fn. 13, S. 162.

<sup>138</sup> Siehe allgemein zum Meinungsstreit über den rechtsverhindernden oder rechtsvernichtenden Charakter des Widerrufsrechts im deutschen Zivilrecht: *Fuchs*, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, S. 1273, 1282; *Heinrichs*, Das Widerrufsrecht nach der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz, in: *Beuthien* (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus, Köln u.a. 1999, S. 177, 186 ff.; *BGHZ* 131, S. 81, 85; *Boemke*, Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung, *AcP* 197 (1997), S. 161, 166 m.w.N.

tungen ist aber nicht verbraucherfreundlich und steht nicht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinie. Außerdem wäre es geboten, dass das Gesetz zusätzlich eine Regelung für den Fall trifft, dass die erbrachten Leistungen nicht in natura zurückgewährt werden können (die Regelung dieser Frage hat die EU-Richtlinie den Mitgliedstaaten überlassen, Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG).

#### 6. Die vertragliche Vereinbarung über das Widerrufsrecht

Als weitere Lücke ist das Fehlen der Regelung für die Fälle zu bezeichnen, wenn das Widerrufsrecht durch vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen wird. Wegen der Zweckverfehlung der Einräumung des gesetzlichen Widerrufsrechts sollte die Nichtigkeitsfolge vorgesehen werden, wenn es sich um eine vom Vertragspartner vorbereitete einseitige Verzichtserklärung handelt.<sup>139</sup> Etwas anderes sollte aber gelten, wenn der Verbraucher auf sein vom Gesetz eingeräumtes Widerrufsrecht freiwillig und bewusst verzichtet. Der zwingende Charakter der Nichtigkeitsfolge sollte also nur im Falle des vom Anbieter einseitig festgelegten Widerrufs Ausschlusses angenommen werden.

## X. Die Herausforderung des elektronischen Geschäftsverkehrs und die georgische Rechtslage

Die Entwicklung der modernen Technologien und des elektronischen Markts erforderte, dass die auf diesem Gebiet entstehenden Vertragsverhältnisse entsprechend geregelt werden. Europa ist dieser Herausforderung schon in den 1970er und 1980er Jahren durch erste Reformen begegnet.<sup>140</sup>

Der Schutz des Verbrauchers bei elektronischer Kommunikation sowie die Berücksichtigung der spezifischen Rechte in den entsprechenden Verträgen ist auch in Georgien angezeigt.<sup>141</sup> Die aktuelle Lage erweist sich aber eher als lückenhaft. Der Wille des Gesetzgebers ist wohl als verbraucherfreundlich anzusehen, da bereits im Jahr 2005 einige Schritte hinsichtlich der Regelung des Problembereichs eingeschlagen wurden.

---

<sup>139</sup> *Fuchs*, oben Fn. 21, S. 313, 354, 357; LG Fulda NJW-RR 1987, S. 1460, 1461.

<sup>140</sup> *Reuter*, Der Fernabsatz und seine rechtliche Ausgestaltung in der Europäischen Union, Frankfurt am Main u.a. 2003, S. 32 ff.

<sup>141</sup> So auch *Zambakhidze*, Basic Principles of Legal Regulation of Electronic Commerce (Problems and Perspectives), GLR, Nr. 1–2, 2005, S. 109–139.

1. Das Gesetz „Über elektronische Kommunikation“ –  
Zweck des Gesetzes und die Reflexwirkung auf den Verbraucherschutz

Das Gesetz „Über elektronische Kommunikation“<sup>142</sup> bezweckt, die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs auf dem Markt der elektronischen Dienstleistungen zu fördern und dafür die entsprechenden rechtlichen und wirtschaftlichen Grundlagen zu schaffen. Das Gesetz regelt die Tätigkeit der Selbstregulierungsorganisationen<sup>143</sup> (hier die Kommission der nationalen Kommunikation) als Kontrollorgan dieses Bereichs sowie die Rechte und Pflichten der auf diesem Tätigkeitsfeld agierenden Anbieter (Art. 1 des Gesetzes). Bei der Festlegung der Pflichten des Anbieters schützt das Gesetz zugleich die Rechte des Verbrauchers. Kapitel XI ist mit „Schutz der Verbraucherrechte“ betitelt. Dieser Schutz hat aber eher Reflexwirkung, da das Gesetz *prima facie* auf die Regelung der Wettbewerbsproblematik zielt: die Unterstützung der Entwicklung einer Informationsgesellschaft; die Unzulässigkeit der Monopolstellungen bei der Liberalisierung des Marktes; die Entwicklung der unternehmerischen Tätigkeit und des Wettbewerbs; die Einführung und Förderung der Erfahrungen mit der modernen Technologie. Das Gesetz bezweckt auch, dass im Anbieter-Kunden-Verhältnis die Rechte des Verbrauchers geschützt werden (Art. 1 des Gesetzes).

2. Der Schutz der Verbraucher im Gesetz  
„Über elektronische Kommunikation“

Das Gesetz stellt eine eigene Definition des Verbraucherbegriffs auf (Art. 2 lit. h<sup>9</sup>). Danach ist Verbraucher diejenige Person, die elektronische Kommunikationsmittel nutzt oder bezweckt sie zu nutzen. Außerdem existiert eine Definition des „Endverbrauchers“ (Art. 2 lit. o). Nach dieser Definition nimmt der Endverbraucher die Kommunikationsmittel für den Zweck der privaten Nutzung in Anspruch und verfolgt nicht das Ziel, gewerblich tätig zu werden. Diese Definitionen knüpfen nicht mehr an das Individuum als Merkmal des Verbraucherbegriffs an. In Betracht kommen sowohl natürliche als auch juristische Personen. Die Begriffsbestimmung des Verbrauchers, der durch dieses Gesetz geschützt wird, reicht also weiter, als die im georgischen VerbraucherschutzG vorgesehene Definition.

Das kurze Kapitel XI (es umfasst nur drei Artikel) des Gesetzes betrifft die Qualität der Dienstleistung und den Verbraucherschutz. Art. 62 Abs. 4 fasst die Rechte des Verbrauchers zusammen, die an die vorvertraglichen

---

<sup>142</sup> Kanoni „elektronuli komunikaciiš esaxeb“ [Gesetz „Über elektronische Kommunikation“] vom 2.6.2005, Gesetz Nr. 1514Is.

<sup>143</sup> Vgl. zum Begriff und zur Konzeption in Russland und in der Ukraine *Kachan*, Selbstregulierungsorganisationen in Russland und in der Ukraine, WiRO 2013, S. 295 ff.

Verhältnisse anknüpfen. Das Gesetz sieht die Kommission der nationalen Kommunikation als Kontrollorgan vor. Die Kommission legt die Anforderungen an die Service-Qualität fest und überwacht deren Gewährleistung seitens des Anbieters (Art 62 Abs. 5). Das Gesetz räumt auch die Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung ein, was als Teil der gesamten Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik positiv zu bewerten ist.

### *3. Die vorvertraglichen Informationspflichten des Anbieters*

Der Anbieter elektronischer Kommunikationsmittel erbringt die Dienstleistungen für seine Kunden in Übereinstimmung mit gesetzlich festgelegten Standards und aufgrund eines Vertrages, der folgende Anforderungen erfüllen soll:

Die Angabe von Name und Anschrift des Anbieters der elektronischen Kommunikationsdienstleistung; die Angaben hinsichtlich der Art und Qualität der angebotenen Dienstleistung sowie des Tages des ersten Anschlusses; die Voraussetzungen der Beschränkung oder Kündigung der angebotenen Dienstleistung; die Angaben für die Beseitigung von Schäden; detaillierte Information hinsichtlich der Gebühren sowie der Möglichkeit zur Kenntnisnahme eventueller Preisänderungen; die Angaben über die Gültigkeitsdauer des Vertrages, sowie die Voraussetzungen für die Kündigung und die Verlängerung der Gültigkeitsdauer; die Angaben hinsichtlich der Gewährleistung der Service-Qualität und der Ausgleichsmechanismen für die Fälle, wenn die zugesicherte Qualität nicht gewährt werden kann; die Belehrung über die Beschwerdemöglichkeit sowie über das Streitbeilegungsverfahren; außerdem hat der Anbieter seinen Kunden kostenlose Informationen einschließlich der Rechnungsdaten und Kontoinformationen zur Verfügung zu stellen sowie über die Notfall Service-Rufnummer kostenlos zu informieren (Art. 62 Abs. 5, 6).

Diese Informationspflichten aus dem Verbraucher-Anbieter-Verhältnis betreffen aber nur den konkreten Fall, wenn dem Verbraucher der Internetanschluss (Zugang zum Internet) von einem Provider erstmals eingerichtet wird. Diese vorvertraglichen Pflichten sind daher nur auf dieses bestimmte Vertragsverhältnis anwendbar. Das Gesetz schweigt hinsichtlich anderer auf dem Markt der elektronischen Kommunikationsmittel geschlossener Verträge.

### *4. Die außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen*

Art. 63 des Gesetzes regelt die Streitbeilegungsmechanismen und besagt, dass erst der Anbieter selbst eine interne Möglichkeit der Behandlung der Beschwerden der Verbraucher zu gewähren hat (Abs. 2). Über Beschwerden der Verbraucher hat der Anbieter innerhalb von 15 Tagen zu ent-

scheiden (Abs. 3). Daneben steht dem Verbraucher der Gerichtsweg oder das Verfahren vor den Selbstregulierungsorganisationen (Kommission der nationalen Kommunikation) offen (Abs. 2).

Neben der positiven Tatsache, dass das Verfahren außergerichtlichen Charakter hat, sieht das Gesetz weitere Mechanismen vor, wodurch die Interessen der Parteien besser ausgeglichen werden könnten. Die Kommission behandelt den Streitfall im mündlichen Verfahren (Abs. 5). Dadurch wird bezweckt, das Verfahren mit dem Prozessvergleich der Parteien abzuschließen (Abs. 10). Ansonsten kann die Kommission dem Anbieter Sanktionen erteilen, damit den Interessen des betroffenen Verbrauchers genüge getan wird (Art. 12).

### *5. Das Problem der Regelung des Fernabsatzvertrages*

#### *a) Das Fehlen der Regelung des Fernabsatzvertrages als Lücke der Gesetzgebung*

Wie schon gezeigt wurde, regelt das Gesetz „Über elektronische Kommunikation“ überwiegend die Voraussetzungen des Funktionierens des Marktes der elektronischen Kommunikationsmittel. Dieses Gesetz verfolgt eigene Zielsetzungen, die vor allem wettbewerbsrechtlichen Charakter haben. Die Regelung spezieller Vertragsarten ist deswegen nicht Regelungsgegenstand des Gesetzes und somit nicht als Lücke dieses Gesetzes anzusehen. Auch wenn dem Wettbewerbsrecht und dem funktionierenden Wettbewerb für die Umsetzung der Verbraucherrechte (und ggf. auch für die Verwirklichung der materiellen Vertragsfreiheit) auf dem realen Markt entscheidende Bedeutung zukommt, kann mit diesem Gesetz die wegen des Fehlens einer Regelung betreffend die Problematik der Fernabsatzverträge bestehende Lücke also nicht geschlossen werden. Wenn der Gesetzgeber die Entwicklung des elektronischen Marktes bezweckt und dafür den wettbewerbsrechtlichen Rahmen schafft, dann ist auch eine Regelung der auf diesem spezifischen Markt des elektronischen Geschäftsverkehrs entstandenen Vertragsverhältnisse dringend angezeigt. Deren Fehlen ist folglich eine Lücke der georgischen Gesetzgebung.

#### *b) Der Fernabsatzvertrag als „besondere Vertriebsform“*

Wie gerade ausgeführt, ist in der georgischen Gesetzgebung der Fernabsatzvertrag als eine der „besonderen Vertriebsformen“<sup>144</sup> noch nicht geregelt. Dennoch soll hier das Bedürfnis einer speziellen Regelung kurz nachvollzogen werden. Bei diesen Verträgen handelt es sich um den Ab-

---

<sup>144</sup> Artz, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Integration der Nebengesetze ins BGB, JuS 2002, S. 528, 534.

satz von Produkten durch den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln.<sup>145</sup> Vertragsgegenstand kann sowohl die Lieferung von Waren als auch die Erbringung einer Dienstleistung sein.<sup>146</sup>

Die Schutzbedürftigkeit der Verbraucher und die Besonderheit des Vertragsverhältnisses im Allgemeinen sind mit der Tatsache verbunden, dass die Vertragsparteien das zu erwerbende Produkt vor dem Vertragsschluss nicht prüfen können. Nach der Bestellung mittels Fernkommunikation wird die Ware dem Besteller z.B. per Post zugeschickt.<sup>147</sup> Die Tatsache, dass der Vertragspartner keine Möglichkeit hat, die Ware zu prüfen,<sup>148</sup> und unter Umständen auch die Gefahr einer übereilten Entscheidung und der Überrumpelungseffekt von Werbung und Angeboten<sup>149</sup> bedingen die Notwendigkeit einer speziellen Regelung.

### *c) Die Möglichkeit der Lückenschließung nach bestehender Rechtslage*

Auch wenn im georgischen ZGB keine Regelung der Fernabsatzverträge vorhanden ist, wird die Möglichkeit des Vertragsschlusses mittels elektronischer Kommunikationsmittel in Art. 328 des georgischen ZGB vorausgesetzt. Art. 328 des georgischen ZGB regelt die Frage der Form des Vertrages. Wenn durch das Gesetz keine bestimmte Form für die Wirksamkeit des Vertrages vorgesehen ist, können die Parteien die Vertragsform selbst vereinbaren (Art. 328 Abs. 1). Wenn die Parteien Schriftform vereinbart haben, dann kommt der Vertrag durch Erstellung einer durch beide Parteien unterzeichneten Urkunde zustande; zur Wahrung der Form genügt auch eine telegrafische Mitteilung, eine Teleabschrift oder ein Briefaustausch (Art. 328 Abs. 2). Unter Briefaustausch könnte man auch den Austausch von Nachrichten mittels der elektronischen Post verstehen. Hinzu kommt noch die Bestimmung des georgischen VerbraucherschutzG über die Fristen für das Gewährleistungsrecht (Art. 14 Abs. 3 des georgischen VerbraucherschutzG). Vorgesehen sind die Fälle, bei denen die Zeit des Vertragsschlusses und der Erfüllung des Vertrages nicht zusammenfallen (Kauf nach dem Muster, Kauf auf Probe u.ä.). Unter diese Fälle kann man auch die Fernabsatzverträge subsumieren, vorausgesetzt, die Gerichte haben die Lücke in der Gesetzgebung selbst zu schließen. Dies ist aber nicht ausreichend. Besonders wenn es nicht nur die Offline-Verträge gibt, die

---

<sup>145</sup> Palandt-Grüneberg, Kommentar zum BGB, 71. Aufl., München 2012, § 312b Rn. 7.

<sup>146</sup> Tamm, oben Fn. 93, S. 486.

<sup>147</sup> Schirmbacher, Verbrauchervertriebsrecht: Die Vereinheitlichung der Vorschriften über Haustürgeschäfte, Fernabsatzverträge und Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, Baden-Baden 2005, S. 56.

<sup>148</sup> Sog. „Anonymität“ der Vertragsparteien: Bülow/Artz, oben Fn. 130, S. 63 f.

<sup>149</sup> Bülow/Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, S. 2049, 2053.

trotz ihres Internet-Abschlusses z.B. durch Postsendung erfüllt werden, sondern auch Online-Verträge, die nach dem Vertragsschluss sofort durch heruntergeladene bestimmter Daten erfüllt werden.<sup>150</sup>

Ohne die Regelung der speziellen Widerrufsfristen sowie der anderen Schutzmechanismen vor aggressiver Werbung sowie vor anderen „Überumpelungs“-Situationen, stehen die Interessen der Verbraucher ohne hinreichenden Schutz da. Die Normen im ZGB über das Rücktrittsrecht beim Kaufvertrag (Art. 352, 405, 491 des georgischen ZGB) allein können dem spezifischen Charakter des Fernabsatzvertrages und der Erforderlichkeit der weiteren Schutzmechanismen nicht genügen.<sup>151</sup>

Um diese Lücke zu schließen, hat der georgische Gesetzgeber eine rechtliche Regelung über Fernabsatzverträge und über die Rechte des Verbrauchers einzuführen, die im Einklang mit der europäischen Richtlinie steht.<sup>152</sup> Die Widerrufsrechte der Verbraucher, die vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten des Anbieters sowie die Mechanismen zum Schutz vor aggressiver Werbung sollten im Regelungswerk entsprechend dargestellt werden.

## XI. Die verbraucherrechtliche Schutzwirkung der AGB-Klauselkontrolle

In der heutigen Marktrealität von Massengeschäften und Internethandel sind Verträge ohne AGB-Klauseln unvorstellbar.<sup>153</sup>

Es stellt sich die Frage, ob die AGB-Bestimmungen im Zivilgesetzbuch eigentlich adäquat vor einer Störung der „Vertragsparität“ schützen und ob sie gleichermaßen zur Verfolgung der Verbraucherinteressen geeignet sind. Diese Frage lässt sich ohne die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Realität in dem jeweiligen Staat kaum beantworten.

---

<sup>150</sup> *Erkvania*, Die europäischen Standards des Schutzes der Verbraucherrechte im elektronischen Geschäftsverkehr und die georgische Rechtslage, Justice and Law, Nr. 3 (30), 2011, S. 49.

<sup>151</sup> So auch *Zambakhidze*, oben Fn. 141, S. 116 f.

<sup>152</sup> Die Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144/19.

<sup>153</sup> *Canaris*, Gesamtnunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Baur/Hopt/Mailänder (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1990, S. 519, 548; *ders.*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 994 m.w.N.

### 1. Der Sinn und Zweck der AGB-Kontrolle

Die Notwendigkeit der Kontrolle der AGB-Bestimmungen ist mit der Tatsache verbunden, dass diese vorformuliert sind.<sup>154</sup> Der Vertragspartner ist von dem Aushandeln der Vertragsbestimmungen ausgeschlossen, und daraus folgt seine Schutzbedürftigkeit.<sup>155</sup> Der Prävention der Gefahr einer Fremdbestimmung trägt nach der georgischen Literatur das Prinzip von Treu und Glauben Rechnung.<sup>156</sup>

Die ökonomische Analyse dieser Lage hat gezeigt, dass die Angemessenheit von Vertragskonditionen nicht unbedingt von der Möglichkeit des Aushandelns abhängig ist.<sup>157</sup> Maßgeblich sei die Frage der Kausalität zwischen der Vorformulierung und der Unterlegenheit der Parteien einerseits und der Unangemessenheit der Vertragsbedingungen andererseits.<sup>158</sup> Zum Beispiel könne der Verbraucher auch dann, wenn der Vertrag vorformuliert sei, unangemessene Vertragsbedingungen des Vertragspartners ablehnen und so auf den Abschluss des Vertrages verzichten.<sup>159</sup> Fehlende Gestaltungsfreiheit wird dann problematisch, wenn der Wettbewerb nicht oder nicht effektiv funktioniert, zumal wenn es sich um eine Monopolstellung des Unternehmers auf einem bestimmten Tätigkeitsfeld handelt.

In Georgien, wo die Ausgangslage der wirtschaftlichen Entwicklung und der heutige Stand der Wettbewerbssituation noch nicht in vergleichbarem Maße fortgeschritten sind, wie es in europäischen Staaten der Fall ist, könnten die AGB-Bestimmungen ihre Funktion in vollem Maße erfüllen. Dagegen trifft diese Aussage nicht mehr zu, wenn im jeweiligen Staat keine Monopolfahren mehr existieren. Aber auch auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb hat der Verbraucher keine hinreichende Wahlmöglichkeit zwischen Anbietern: Häufig seien die AGB-Bestimmungen von Unternehmern der gleichen Branche fast identisch, so dass der

---

<sup>154</sup> Unter den Parteien besteht sog. „Informationsasymmetrie“: *Kötz*, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – eine rechtsökonomische Skizze, *JuS* 2003, S. 209.

<sup>155</sup> *Kuntz*, Angemessenheit weiter formulärmäßiger Zweckerklärungen bei Globalbürgschaften, Grundschulden und anderen Sicherungsrechten, *AcP* 209 (2009), S. 258 f. m.w.N.

<sup>156</sup> *Ioseliani*, The Principle of Good Faith in Contractual Law, *GLR*, Special Edition 2007, S. 60; *Vashakidze*, Good Faith According to the Civil Code of Georgia Abstraction or Effective Law, *GLR*, Nr. 1, 2007, S. 14–56.

<sup>157</sup> *Koller*, Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, Berlin u.a. 1990, S. 668 m.w.N.; *Wackerbarth*, oben Fn. 18, S. 65 m.w.N.

<sup>158</sup> *Hellner*, Quo vadis AGB-Recht?, in: *Baur/Hopt/Mailänder* (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, Berlin u.a. 1990, S. 573; *Canaris*, oben Fn. 23, S. 273, 323.

<sup>159</sup> *Medicus*, oben Fn. 17, S. 764; *Hellner*, vorige Fn., S. 573.

Kunde keine reale Entscheidungsfreiheit mehr habe.<sup>160</sup> Deswegen kommt der Kontrolle der AGB-Bestimmungen anhand der zivilrechtlichen Vorschriften weiterhin eine wichtige Rolle zu und sie entfaltet eine verbraucherrechtliche Schutzwirkung.<sup>161</sup>

## 2. Die Anwendung des AGB-Rechts auf verbraucherrechtliche Fallkonstellationen

Eine Kontrolle für die AGB-Klauseln ist im georgischen VerbraucherschutzG nicht vorgesehen. Allerdings sind auf die Verbraucherverträge die AGB-Bestimmungen des ZGB anzuwenden, da wie oben ausgeführt das ZGB im Verhältnis zum VerbraucherschutzG eine allgemeine Regelung darstellt.

Nach dem Regelungsgegenstand von Art. 342–348 des georgischen ZGB (siehe die unter XIV. im Anhang wiedergegebenen Bestimmungen) ist die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen in folgenden Konstellationen möglich: bei reinen Unternehmerverträgen, wenn beide Vertragsparteien eine gewerbliche Tätigkeit ausüben, und bei Verträgen zwischen einem Anbieter als Gewerbetreibendem und einer natürlichen Person als Kunden.<sup>162</sup> Die Art. 347–348 des georgischen ZGB haben speziellen Charakter und regeln die zuletzt beschriebene Situation. Die Auslegung dieser Vorschriften zeigt, dass diese spezielle Regelung auch das verbraucherrechtliche Verhältnis zum Gegenstand haben könnte, wenn die natürliche Person als Vertragspartner den Vertrag zu privaten Zwecken abschließt. Diese „natürliche Person“ wird bei der Kommentierung des georgischen ZGB als „Verbraucher“ bezeichnet,<sup>163</sup> wobei das im Sinne des VerbraucherschutzG nur der Fall sein kann, wenn die natürliche Person private Zwecke verfolgt. Durch die Verwendung der AGB-Klauseln könnte somit ein klassisches verbraucherrechtliches Verhältnis entstehen, wenn gegenüber dem Verwender (Unternehmer), der „für den mehrmaligen Gebrauch“ vorformulierte Klauseln (Art. 342 Abs. 1 ZGB) benutzt, eine strukturell unterlegene Partei auftritt. Für solche Fälle gibt es im ZGB spezielle Nichtigkeitsgründe bezüglich der AGB-Bestimmungen (Art. 347–348 des georgischen ZGB). Wie im deutschen AGB-Recht folgt auch der georgische Gesetzgeber bei der Regelung der speziellen Nichtigkeitsgründe dem Präventionsgedanken.<sup>164</sup> Diese Kontrollmechanismen sorgen für die Trans-

---

<sup>160</sup> *Dernauer*, Verbraucherschutz und Vertragsfreiheit im japanischen Recht, Tübingen 2006, S. 7.

<sup>161</sup> *Kötz*, oben Fn. 154, S. 209, 213: Schutz der Kunden vor sog. „race to the bottom“.

<sup>162</sup> So auch im deutschen Recht: *Hellner*, oben Fn. 158, S. 573 m.w.N.

<sup>163</sup> *Zoidze/Chanturia/Ninidze*, oben Fn. 63, S. 196.

<sup>164</sup> *Canaris*, oben Fn. 153, S. 547.

parenz der Verträge, damit der Verbraucher die eigene Rechtsposition begreifen und eine bewusste Entscheidung treffen kann.<sup>165</sup>

Die in Art. 342–346 ZGB aufgestellten AGB-Bestimmungen gelten allgemein, also auch in reinen Unternehmerverträgen. Die Art. 347–348 enthalten dagegen Sonderregeln für AGB in den Fällen, wenn diese gegenüber natürlichen Personen verwendet werden und daher die Vertragsgerechtigkeit unter nicht gleichstarken Vertragspartnern abzusichern ist. Diese Bestimmungen knüpfen an solche Merkmale des Vertragspartners an, die für die Verbraucherrechtsverhältnisse relevant sind. Diese Nichtigkeitsgründe kommen zur Anwendung, wenn der Vertragspartner die Eigenschaft als natürliche Person besitzt, die keine gewerbliche Tätigkeit betreibt und wegen der Vorformulierung auf den Inhalt des Vertrages keinen Einfluss genommen hat.

Gemäß den Art. 347–348 ist eine AGB-Bestimmung nichtig, wenn sie unangemessen lange oder offensichtlich kurze Fristen für die Annahme oder die Leistung vorsieht; wenn sie dem Anbieter das Recht einräumt, für die eigene Leistungserfüllung vom Gesetz abweichende unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen zu setzen; sich vom Vertrag ohne im Vertrag vorgesehenen Grund zu lösen; den Vertrag einseitig zu ändern oder vom anderen Vertragspartner unangemessen hohen Aufwendungsersatz zu verlangen (Art. 347); wenn sie eine kurzfristige Preiserhöhung vorsieht; das gesetzliche Leistungsverweigerungsrecht einschränkt oder ausschließt; ein Aufrechnungsverbot vorsieht; den Anbieter von der gesetzlichen Obliegenheit der Mahnung des Vertragspartners zur Leistung oder Fristsetzung befreit; eine überhöhte Schadensersatzforderung vorsieht; die Haftung für grobe Fahrlässigkeit begrenzt oder ausschließt; das Rücktrittsrecht des anderen Vertragspartners einschränkt oder ausschließt (bei Verletzung der Hauptleistungspflichten); das Recht des anderen Vertragspartners auf Schadensersatz einschränkt oder ausschließt (bei Verletzung der Hauptleistungspflichten).

### *3. Ein Fallbeispiel aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes vom 5.2.2007*

Vor dem Obersten Gerichtshof wurde eine Entscheidung des Kassationsgerichts angegriffen, in der das Gericht eine Vertragsklausel aufgrund der inhaltlichen Kontrolle der AGB-Bestimmungen für nichtig erklärt hatte.<sup>166</sup>

Bei diesem Rechtsstreit zwischen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einem Versicherungsunternehmer ging es um eine vertragliche Klausel. Danach war für den Fall des Autodiebstahls die Zulassungs-

---

<sup>165</sup> Koller, oben Fn. 157, S. 668 m.w.N.

<sup>166</sup> Die Entscheidung N as-701-1075-06, 5.2.2007.

bescheinigung dem Versicherungsunternehmer zu übermitteln, damit der Versicherungsfall als eingetreten gelten konnte.

Nach der Meinung des Versicherungsunternehmers als Beschwerdeführer handelte es sich hierbei nicht um eine AGB-Bestimmung. Vielmehr sei diese vertragliche Bedingung eine individuell ausgehandelte Klausel. Über diese Bedingung war der Vertragsgegner bei den vorvertraglichen Verhältnissen gut informiert, und ihm wurde die Möglichkeit eingeräumt, die vertraglichen Bedingungen mitzugestalten, gegebenenfalls die für ihn ungünstigen Vertragsbedingungen abzulehnen.

Das Revisionsgericht wies die Argumente des Beschwerdeführers zurück und stimmte den Gründen der Entscheidung des Kassationsgerichts zu. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass die Vertragsklausel dem Transparenzgebot der AGB-Bestimmungen der Verträge nicht entsprach, und erklärte die angegriffene Klausel aufgrund des Art. 346 ZGB für nichtig. Die allgemeine Geschäftsbedingung sei mit dieser Norm nicht vereinbar.

Art. 346 ZGB sieht die Nichtigkeit der Bedingungen bei Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben vor. Danach sind allgemeine Geschäftsbedingungen trotz Einbeziehung in den Vertrag nichtig, wenn sie die andere Vertragspartei entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben benachteiligen. Bei der Bewertung des Einzelfalls seien unter anderem die Umstände, unter denen die Bedingungen in den Vertrag einbezogen wurden, und die gegenseitigen Interessen der Parteien zu berücksichtigen.

In dieser Entscheidung ist das Gericht nicht darauf eingegangen, welche Umstände das Vorliegen der Vorformulierung oder individuellen Aushandlung indizieren. Nach dem europäischen Ansatz ist die Möglichkeit der Einflussnahme für die Beurteilung maßgeblich.<sup>167</sup> Nur die Unmöglichkeit der Vertragsverhandlungen indiziert die Gefahr der Fremdbestimmung und daher die schutzbedürftige Lage des Verbrauchers.

## XII. Der außergerichtliche und gerichtliche Interessenschutz der Verbraucher

### 1. Die Rolle der Verbraucherorganisationen

Das georgische VerbraucherschutzG festigt die Rolle der Verbraucherorganisationen sowohl auf der außergerichtlichen als auch der gerichtlichen Ebene. Art. 33 des Gesetzes verleiht den Verbraucherorganisationen das Recht, an dem Erarbeitungsprozess des staatlichen Standards teilzunehmen; die Verbraucherorganisationen sind befugt, die unabhängige Sach-

---

<sup>167</sup> *Pardolesi*, Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?, Foro It. 1994, S. 137 ff.; BGHZ 104, S. 236; BGH NJW 1992, S. 1107.

verständigenkommission einzuberufen, um die Sicherheit und Qualität des Produkts zu prüfen. Dabei ist hier nicht geregelt, ob und gegebenenfalls welche Wirkungen eine solche Prüfung auf die Entscheidung des staatlichen Organs entfalten kann.

## 2. Die Frage der Zuordnung der Verbandsklage

Die Verbraucherorganisationen sind nach dem VerbraucherschutzG zur Erhebung einer besonderen Klage, der sogenannten *actio popularis*, befugt, damit die Unrechtmäßigkeit des Verhaltens von Hersteller/Verkäufer oder Anbieter festgestellt wird.

Die Frage ist, ob das Gesetz den georgischen Verbraucherorganisationen die Verbandsklagebefugnis verleiht. Um diese Frage zu beantworten, ist hier kurz das Phänomen der Verbandsklage zu behandeln.

Nach einer Ansicht geht es bei der Verbandsklage nicht um eine eigenständige Klageart, die das kollektive Recht einer begrenzten Gruppe (Verbraucher) verfolgt, sondern um eine Popularklage.<sup>168</sup> Als Argument wird herangezogen, dass auch bei der Popularklage nicht immer der Schutz der Allgemeinheit bezweckt sei, sondern meist die Interessen des vom eingeklagten Recht betroffenen Kreises vertreten werden.<sup>169</sup>

Von der Verbandsklage (wenn der Verband ein ihm selbst zustehendes Recht geltend macht) zu unterscheiden ist die Stellvertretung durch den Verband für Verbraucherangelegenheiten (wenn der Verband einen fremden (Verbraucher-)Anspruch geltend macht).<sup>170</sup> Die Vertretung von Verbrauchern sei die Fortsetzung der Beratungstätigkeit der Verbraucherverbände. Im georgischen Gesetz mache die Verbraucherorganisation ein ihr zustehendes gesetzliches Recht geltend, weswegen es sich um eine Verbandsklage und nicht nur um die bloße Vertretung handle. Diese Folgerung scheint aber mit Rücksicht auf die Formulierung des Art. 34 VerbraucherschutzG fraglich. Wenn der Klage der Verbraucherorganisation stattgegeben wird, ist der Hersteller/Verkäufer/Anbieter hiernach verpflichtet, dem Verbraucher (oder den Verbrauchern) selbst die gerichtliche Entscheidung mitzuteilen. Der Gesetzeswortlaut ist unklar, und auch die Anwendung in der Praxis hat noch nicht gezeigt, welche Wirkungen diese Mitteilung entfaltet und welche Folgen die Verletzung dieser Pflicht auslöst.

---

<sup>168</sup> Gilles, Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht, ZZP 98 (1985), S. 1, 9 f.

<sup>169</sup> Lakkis, Der kollektive Rechtsschutz der Verbraucher in der Europäischen Union, Bielefeld 1997, S. 119 m.w.N.

<sup>170</sup> Tamm, oben Fn. 93, S. 844 m.w.N.

### 3. Die weiteren verbraucherrechtlichen Klageformen

Bei den verbraucherrechtlichen Klageformen können drei Fälle unterschieden werden: Neben der schon genannten Klagebefugnis von Verbänden ist die Zusammenfassung mehrerer Einzelsprüche als kollektive Klageform<sup>171</sup> von der Musterklage als Individualklage zu unterscheiden. Das georgische Zivilprozessgesetzbuch sieht die prozessuale Möglichkeit der Klageverbindung vor. Dies ist aber nur prozesstechnisch zu verstehen, womit eine gleichzeitige Verhandlung, Beweisaufnahme und Entscheidung ermöglicht wird (Art. 182 Abs. 4 des Zivilprozessgesetzbuches). Deswegen liegt kein echter Fall der Kollektivierung von Verbraucheransprüchen in der Form der Sammelklage zur Verfolgung überindividueller Verbraucherinteressen vor. Das Musterverfahren ist dagegen im georgischen Recht unbekannt. In einem Musterverfahren wird eine Streitfrage, die viele betrifft, anhand eines exemplarischen Falles geklärt.<sup>172</sup> In diesem Sinne ist auch das Musterverfahren eine kollektive Klageform. Ohne eine solche Ausstrahlungswirkung handelte es sich aber auch bei dem Musterprozess um einen reinen Individualrechtsstreit.<sup>173</sup>

Auch wenn Musterprozesse in Georgien gesetzlich nicht vorgesehen sind, können einige Prozesse die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen und so das Verbraucherbewusstsein positiv beeinflussen. Die Verbraucherorganisationen und die Massenmedien haben bei der Verbreitung der diesbezüglichen Informationen eine aktive Rolle zu spielen.

### 4. Die außergerichtliche Rechtsdurchsetzung

Eine weitere Möglichkeit, womit den Verbrauchern die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtert wird, stellt die außergerichtliche Schlichtung dar. Im Allgemeinen besteht der Vorteil der außergerichtlichen Rechtskontrolle darin, dass diese die kostengünstigere, schnellere und einfachere Beilegung des Streites darstellt.<sup>174</sup>

In Georgien schafft das Gesetz „Über die selbstregulierenden Organisationen“<sup>175</sup> durch die außergerichtliche Streitbeilegung eine weitere Möglichkeit des Verbraucherschutzes. Die alternative Schlichtungsmöglichkeit ist aber nur sektorspezifisch entwickelt (Energie, Telekommunikation und

---

<sup>171</sup> Schwarz, Funktionsäquivalente der amerikanischen Class-Action im deutschen Verwaltungsprozessrecht, in: Umbach/Dettling (Hrsg.), Vom individuellen zum kollektiven Verbraucherschutz, Frankfurt am Main u.a. 2005, S. 1.

<sup>172</sup> Vgl. Lindacher, Konfliktregulierung durch Musterprozess, JA 1984, S. 404 ff.; Koch, Prozessführung im öffentlichen Interesse, Frankfurt am Main 1983, S. 141 ff.

<sup>173</sup> Vgl. Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, Tübingen 2007, S. 326.

<sup>174</sup> Vgl. Tamm, oben Fn. 93, S. 818.

<sup>175</sup> Das Gesetz vom 13.9.2002, Nr. 1666-Is.

Wasservorsorge), und deshalb kommen nicht alle Angelegenheiten der Verbraucher in Betracht.

Selbstregulierungsorganisationen werden in bestimmten Bereichen des Wirtschaftslebens u.a. zum Schutze der Verbraucherinteressen tätig (Energie, Telekommunikation und Wasservorsorge). Diese juristischen Personen des öffentlichen Rechts sorgen für die angemessene Preisbildung und Lieferung und gleichzeitig für die Interessen der Unternehmer. Sie werden nicht von höherrangigen Organen kontrolliert und treffen ihre Entscheidungen unabhängig von anderen Staatsorganen. Die selbstregulierenden Organe gewährleisten, dass die Verbraucher mit Informationen versorgt werden.

Die Selbstregulierungsorganisationen sind befugt, über Streitigkeiten zwischen Unternehmern und Verbrauchern zu entscheiden, und können als alternative Schlichtungsstellen bezeichnet werden. Die Entscheidungsfindung erfolgt im Wege des Verwaltungsverfahrens. Die Entscheidung kann vor Gericht (Verwaltungsgerichtsbarkeit) angefochten werden. Wenn z.B. der Verbraucher behauptet, dass eine bestimmte Entscheidung sein verfassungsrechtlich garantiertes Recht verletzt, dann kann er darüber hinaus das Verfassungsgericht von Georgien anrufen (sofern die Klage die entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt). Im Zusammenhang mit der staatlichen Politik der Deregulierung des Wirtschaftssektors und der staatlichen Preisbildung hat das Verfassungsgericht einige durch Verfassungsbeschwerden gerügte Maßnahmen als eventuelle Eingriffe in die Eigentumsfreiheit (Art. 21 der Verfassung) und in das verfassungsrechtlich garantierte Verbraucherrecht (Art. 30 Abs. 2 der Verfassung) angesehen.<sup>176</sup>

##### *5. Der Verbraucherombudsmann*

Zurzeit sind in Georgien zwei Selbstregulierungsorganisationen tätig. In beiden Organisationen wird ein öffentlicher Beauftragter für Verbraucherinteressen, der sogenannte Ombudsmann, bestimmt, der über bestimmte Kompetenzen verfügt. Die Wahlkommission wird durch den nationalen Beauftragten für Menschenrechte bestimmt. Der Beauftragte ist befugt, als Vertreter der Verbraucherinteressen gegenüber Unternehmern vor Gericht aufzutreten. Dabei kann er alle Dokumente und Arbeitsergebnisse der Selbstregulierungsorganisationen einsehen und deren Wirkung auf Verbraucherinteressen bewerten. Darüber hinaus arbeitet er an verschiedenen vom Parlament oder der Regierung initiierten Gesetzentwürfen mit, die die Rechtslage bezüglich der Verbraucher beeinflussen können.

---

<sup>176</sup> Entscheidungen N 1/1/374, 379; 1/3/136; 2/2/245.

### XIII. Schlussfolgerung

Der vorliegende Aufsatz verfolgt das Ziel, die Verbraucherschutzmechanismen in der georgischen Gesetzgebung darzustellen, sie zu analysieren und die Lücken festzustellen. Hierfür wurden die deutsche Dogmatik und auch die europäischen Standards miteinbezogen, damit der optimale Weg für eine Lückenschließung und Weiterentwicklung der georgischen Gesetzesmaterie gefunden werden kann. Im Folgenden werden die wichtigsten Aussagen zu den Problembereichen zusammengefasst, die in diesem Aufsatz detailliert behandelt worden sind.

Wie veranschaulicht wurde, sind sowohl im georgischen ZGB als auch im georgischen VerbraucherschutzG fast alle Arten der Schutzmechanismen vorhanden, die auch im europäischen Recht die Verbraucherinteressen schützen. Es handelt sich dabei um die folgenden Verbraucherschutzinstrumente, die nach der Klassifikation von Drexel zur rechtlichen Bewältigung der Ungleichgewichtslage dienen:<sup>177</sup> die Informationspflichten, die eine optimale Entscheidung gewährleisten sollen; die Verlängerung der Überlegungsfristen, die den Verbraucher vor „Überrumpelung“ schützen und die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher sichern; die Inhaltskontrolle, die die Beziehung zwischen Anbieter und Verbraucher unmittelbar regelt und schließlich die prozessualen Instrumente zur Durchsetzung der Rechte.<sup>178</sup> Bei der Behandlung dieser einzelnen Themenbereiche des georgischen Verbraucherrechts haben sich Lücken gezeigt, auf deren Schließung der Gesetzgeber dringend hinwirken sollte. Zu beanstanden ist weiter die eher passive Rolle der Rechtsprechung bei der Entwicklung des georgischen Verbraucherrechts.

Die gesetzgeberische Entscheidung, die Verbraucherinteressen in einem speziellen Verbraucherschutzgesetz zu verfolgen, ist nicht unproblematisch umgesetzt. Die Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung kommt besonders bei der Behandlung des Verhältnisses des georgischen VerbraucherschutzG als spezielles Gesetz zu dem georgischen ZGB als allgemeinem Gesetz zum Vorschein. Dieses Verhältnis ist auch in der Rechtsprechung nicht adäquat widerspiegelt. Wie aufgezeigt wurde, werden die Vorschriften des georgischen VerbraucherschutzG nur als Hilfsinstrumentarium bei der Begründung der Entscheidungen herangezogen. Auch wenn die Verbraucherkauf-, Werk- und Dienstleistungsverträge speziell im VerbraucherschutzG geregelt sind, wird dieses Gesetz kaum als unmittelbare Grundlage für die entsprechenden Ansprüche angewendet. Die Tatsache, dass die Regelungen des georgischen VerbraucherschutzG im Bereich des Mängelgewährleistungsrechts Lücken aufweisen, erfordert die Heranzie-

---

<sup>177</sup> Drexl, oben Fn. 72, S. 445 m.w.N.

<sup>178</sup> Kemper, oben Fn. 34, S. 186 ff., 226 ff., 257 ff., 374 ff.

hung der Vorschriften des ZGB. In der Praxis hat dies zu dem Schatten-dasein des VerbraucherschutzG geführt. Dies sollte den Gesetzgeber dazu veranlassen, das Gesetz zu novellieren, damit es vollständiger wird und seine Spezialitätswirkung in vollem Maße entfalten kann. Es könnte auch darüber nachgedacht werden, die verbraucherfreundlichen Vorschriften des Mängelgewährleistungsrechts aus dem VerbraucherschutzG in das Zivilgesetzbuch zu integrieren, womit das Problem der Lückenschließung und die Doppelspurigkeit der Regelung des Mängelgewährleistungsrechts abgeschafft würde. In diesem Fall würde das Zivilgesetzbuch die Grundlage für die Informationspflichten des Unternehmers sowie die Pflichten der staatlichen Organe für die Sicherheit und Qualität der Produkte schaffen. Das Zivilgesetzbuch als Rahmenprogramm für die Erhaltung des hohen Standards des Verbraucherschutzes wird dem Gesetzgeber auch weiter die Richtlinie geben, den Rest der Gesetzgebung verbraucherfreundlicher zu gestalten.

Positiv zu bewerten ist die detaillierte Darstellung der Informationspflichten des Unternehmers und die Festlegung der entsprechenden Verantwortlichkeit bei Verletzung dieser Pflichten im georgischen VerbraucherschutzG. Zwar hat das Verbraucherbewusstsein in Georgien noch nicht das Niveau erreicht, das die Annahme des mündigen und verständigen Verbrauchers zulassen würde. Nichtsdestotrotz sorgen die Informationspflichten dafür, dass die Entwicklung des Marktes die Wandlung des Verbraucherleitbildes zur Folge haben wird.

Neben dem vorvertraglichen (Informationspflichten) und vertraglichen Schutz der Verbraucherinteressen (Mängelgewährleistungsrecht) kommt auch dem georgischen Deliktsrecht Bedeutung zu. Auch wenn die Richtlinie des Rates über die Haftung für fehlerhafte Produkte (85/374/EWG) in den Vorschriften des georgischen ZGB (Art. 1009–1016) erfolgreich umgesetzt wurde, bleibt die Abgrenzung der deliktischen Haftung von der Haftung aus der vertragsrechtlichen Mängelgewährleistung in der Rechtsprechung eher misslungen. Wie oben dargestellt, scheint die Auffassung, dass der Verbraucher im Sinne des VerbraucherschutzG nicht als Geschädigter des Deliktsrechts in Betracht kommt,<sup>179</sup> nicht vertretbar. Den Hersteller können neben der Haftung für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden auch Vertragspflichten treffen, wenn zwischen ihm und dem Geschädigten eine vertragliche Beziehung besteht.<sup>180</sup> Die vertragliche Haftung verfolgt die Äquivalenzinteressen und zielt auf die Gleichwertigkeit der Leistungen der Vertragspartner. Die deliktische Haftung dagegen bezieht sich auf das Integritätsinteresse an der Unverletzlichkeit von außer-

---

<sup>179</sup> *Zaalishvili*, oben Fn. 3, S. 77.

<sup>180</sup> *Geigel*, oben Fn. 107, Rn. 11.

halb der vertraglichen Beziehung liegenden Rechtsgütern.<sup>181</sup> Vertragliche und deliktische Haftung schützen somit unterschiedliche Interessen, und der Geschädigte kann somit seine Ansprüche auf beide Grundlagen stützen.

Als problematisch zu bezeichnen ist das Institut des Abschlusszwanges im georgischen Zivilrecht. Zu beanstanden ist der allgemeine Charakter des Art. 319 Abs. 3 des georgischen ZGB. Abs. 2 desselben Artikels bestimmt, dass eine Vertragspartei mit marktbeherrschender Stellung in diesem Tätigkeitsbereich zum Abschluss des Vertrages verpflichtet ist und der anderen Vertragspartei nicht grundlos unverhältnismäßige Vertragsbedingungen anbieten darf. Im Unterschied dazu erlegt Abs. 3 des Artikels allen Unternehmern den Kontrahierungszwang auf, ungeachtet dessen, ob diese die Monopolstellung auf dem Markt haben.<sup>182</sup> Angestrebt wird der Schutz der Verbraucher, die sich Güter zur Befriedigung existenzieller Bedürfnisse verschaffen. Wenn aber der Tatbestand von der Voraussetzung der Monopolgefahr abgekoppelt wird, fehlt die entsprechende Rechtfertigung des Kontrahierungszwanges und es liegt ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit des Anbieters vor.

Die Regelung des Haustürgeschäftes ist in Art. 336 des georgischen ZGB nicht detailliert erfolgt, womit die Vorschrift den Anforderungen der europäischen Richtlinie (Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 über Haustürgeschäfte) nur teilweise entspricht. Als Beispiel für die Lückenhaftigkeit wäre z.B. das Fehlen einer Regelung über die Belehrungspflicht der Unternehmer zu nennen. Wie schon oben behandelt wurde, sollte die Marktrealität des Landes erforscht werden, damit die Regelung entsprechend der tatsächlichen Vertragsabschlusspraxis ergänzt oder geändert werden kann.

Der Gesetzgeber hat im Jahr 2005 durch die Annahme des Gesetzes „Über elektronische Kommunikation“ die rechtliche Grundlage für die Entwicklung des funktionierenden Wettbewerbs auf dem Markt der elektronischen Dienstleistungen geschaffen. Der Fernabsatzvertrag selbst als „besondere Vertriebsform“ auf dem elektronischen Markt ist aber noch nicht geregelt. Aufgrund des Fehlens einer Regelung des Fernabsatz-

---

<sup>181</sup> Heßeler/Kleinhenz, oben Fn. 106, S. 706.

<sup>182</sup> Art. 319 Abs. 2 des georgischen ZGB: „Hat eine Vertragspartei eine marktbeherrschende Stellung, so ist sie in diesem Tätigkeitsbereich zum Abschluss des Vertrages verpflichtet. Sie darf der anderen Vertragspartei nicht grundlos unverhältnismäßige Vertragsbedingungen anbieten.“ Art. 319 Abs. 3 des georgischen ZGB: „Personen gegenüber, die sich Güter oder Dienstleistungen zu nichtgewerblichen Zwecken oder zur Befriedigung der existenziellen Bedürfnisse verschaffen bzw. diese in Anspruch nehmen, kann nicht ohne Begründung der Abschluss eines Vertrages verweigert werden, sofern die andere Vertragspartei im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt.“ Der Übersetzung liegt die Fassung der GIZ, <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1334.pdf>>, zu Grunde, die von der Autorin geringfügig verändert wurde.

vertrages in der Gesetzgebung bleibt der Verbraucher beim elektronischen Geschäftsverkehr ohne hinreichenden Schutz. Die Schließung dieser Lücke ist aber dringend angezeigt und sollte im Einklang mit der europäischen Richtlinie erfolgen.<sup>183</sup>

Die gesetzgeberischen Bemühungen, den Schutz der Verbraucherrechte auf hohem Niveau zu gewährleisten, sollen letztlich den Verbraucher selbst dazu bringen, die eigenen Rechte zu kennen und sie durchsetzen zu können. Damit das Verbraucherbewusstsein in Georgien weiterentwickelt wird, sollten auch die Bildung und Erziehung der Verbraucher entsprechend beachtet werden. Das georgische Schulsystem hat damit schon Erfahrung gesammelt, als vor zehn Jahren die obligatorische Unterrichtskunde „Sicherheit des Lebens“ eingeführt wurde. Die in einem für diesen Unterricht bestimmten Buch dargestellten Informationen und Beispiele haben bezweckt (und waren sehr wohl tauglich), die Verbraucherkompetenzen (die zugleich Alltagskompetenzen der Menschen darstellen) der Schüler zu entwickeln. Dabei wurden die Schüler sowohl auf die Aufklärungspflichten des Unternehmers als auch auf die Aspekte der gesunden und umweltfreundlichen Ernährung aufmerksam gemacht. Heutzutage ist aber dieses Fach leider nicht mehr auf dem Unterrichtsplan der Schüler zu finden. Es wäre aber wünschenswert und sogar erforderlich, dass diese positive Erfahrung wiederbelebt wird.

Als positives Beispiel zu nennen ist die Tatsache, dass einige Unternehmer in Georgien mit der „Stiftung Warentest“ sowie mit dem „TÜV“ zusammenarbeiten und versuchen, mit der von diesen Organisationen ausgestellten Kennzeichnung die Verbraucher positiv zu beeinflussen. Deswegen soll wie in Deutschland auch für Georgien gelten, dass die Qualität des mit guten Ergebnissen getesteten Produkts als Impuls für die Anhebung des durchschnittlichen Qualitätsniveaus vergleichbarer Produkte dienen wird. Das trägt zur Selbstregulierung auf dem Markt bei.<sup>184</sup>

Hervorzuheben ist noch die Tatsache, dass das Fach „Verbraucherrecht“ z.B. an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Staatlichen Universität schon eingeführt wurde. Die Lernmaterialien (die wegen des Nichtvorhandenseins eines Lehrbuches durch den Professor selbst konzipiert werden) analysieren meist nur die Vorschriften des Zivilgesetzbuches im Zusammenhang mit den internationalen Normen. Zu beanstanden ist daher am Lernmaterial das Schattendasein des Verbraucherschutzgesetzes, das wiederum durch dessen mangelnde Praxisrelevanz bedingt ist.

Hinzuweisen ist schließlich auf die Tatsache, dass die rechtlichen Grundlagen für das georgische Konzept des Verbraucherschutzes schon in der

---

<sup>183</sup> Die Richtlinie 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG L 144/19.

<sup>184</sup> *Kemper*, oben Fn. 34, S. 100.

Verfassung verankert wurden. Artikel 30 Abs. 2 Satz 4 der georgischen Verfassung unterstreicht die Bedeutung des Verbraucherschutzes und fordert, dass die Verbraucherrechte durch das Gesetz konkretisiert werden. Daneben treten andere Zielbestimmungen der Verfassung, die den Verbraucherschutz positiv beeinflussen können. Nach der Präambel der georgischen Verfassung ist es der unerschütterliche Wille der Bürger von Georgien, eine freie Wirtschaft einzuführen sowie einen Sozial- und Rechtsstaat aufzubauen. Darin sind schon die zwei Richtungen des eventuellen Konzepts der Verbraucherpolitik zu erkennen. Das sozialstaatlich geprägte Gefüge des Staates und die freie Marktwirtschaft sind einerseits an die aktive Rolle des Staates, andererseits aber an das Leitbild des eigenverantwortlichen und verständigen Verbrauchers geknüpft. Hinzukommt noch die politische Ausgangslage Georgiens als eines auf dem Weg der Integration befindlichen Staates. Das georgische Verbraucherrecht und die von dem Gesetzgeber verfolgte Verbraucherschutzkonzeption können somit nicht mehr autonom weiterentwickelt werden, sondern haben immer wieder die europäischen Standards zu berücksichtigen, was in einigen Bereichen schon der Fall ist. Obwohl der politische Wille des Gesetzgebers auf eine europäische Integration gerichtet ist, ist die Implementierung der Richtlinien bisher nur ansatzweise erfolgt. Die Mindeststandards der Richtlinien sind nicht in vollem Maße umgesetzt. Wie schon behandelt wurde, fehlt in der georgischen Gesetzgebung z.B. eine Regelung des Fernabsatzvertrages. Im georgischen ZGB ist das Haustürgeschäft ohne die Belehrungspflicht des Unternehmers niedergelegt. Diese Unvollständigkeit führt zu der Lückenhaftigkeit des Verbraucherschutzes im georgischen Recht.

Neben der Vollständigkeit der Implementierung der europäischen Richtlinien ist außerdem wünschenswert und erforderlich, dass die georgische Rechtsprechung und Literatur die Entwicklung des georgischen Verbraucherrechts weiter vorantreiben.

## XIV. Anhang

### *Auszug aus dem georgischen VerbraucherschutzG hinsichtlich der Informationspflichten des Herstellers*<sup>185</sup>

#### *Art. 5 – Informationen über Produzent/Anbieter, Verkäufer*

1. Der Hersteller ist verpflichtet, den Verbrauchern Informationen über seinen Niederlassungsort oder den vollständigen Namen des Unternehmens zu beschaffen. Diese Informationen sollen den Verbrauchern in einer Marke oder in anderen gesetzlich vorgesehenen, geeigneten Weisen präsentiert werden.

2. Handels- und andere Unternehmer sind verpflichtet, die Art ihrer Beschäftigung und Organisationsformen, den Namen ihrer Firma und Betriebszeiten auf dem Schild darzustellen. Die Verbraucher sind weiter über die Verkaufsformen der Produkte zu informieren. Diese Vorschrift gilt auch für Handels-, Haushalts- und andere Dienstleistungsgeschäfte auf Messen, Messeständen, sowie im Fall, wenn der Verkauf und die Dienstleistung außerhalb des Standorts der Unternehmer erfolgt.

#### *Art. 6 – Information über die Produkte*

1. Der Hersteller (Verkäufer) ist verpflichtet, dem Verbraucher die notwendige, verlässliche und vollständige Auskunft über die Produkte zu erteilen, die ihm ermöglicht, eine richtige Wahl zu treffen.

2. Dem Verbraucher soll folgende Information zur Verfügung gestellt werden:

- a) Name und Art des Produkts;
- b) Name der Firma und Anschrift des Herstellers des Produkts, Name des Landes, in dem das Produkt hergestellt wurde;
- c) Haltbarkeitsfristen von Waren (der Endzeitpunkt der Verwendung oder das Datum der Herstellung und Bewahrungsfristen), deren Eigenschaften mit der Zeit schlechter werden (Lebensmittel, Kosmetik- und pharmazeutische Produkte sowie Haushaltschemikalien);
- d) Gewicht und/oder Volumen der Waren;
- e) Technische Vorschriften und/oder Standards, deren Anforderungen die Produkte entsprechen;
- f) Aufstellung über die grundlegenden Eigenschaften eines Produkts, bei Nahrungsmitteln die Kalorien, Vitamine, bei Verwendung schädlicher Sub-

---

<sup>185</sup> Übersetzung der Autorin.

stanzen die Angabe über mögliche Nebenwirkungen im Falle einer bestimmten Krankheit;

g) Hinweise zur wirksamen und sicheren Nutzung der Waren sowie zu besonderen Bedingungen für deren Aufbewahrung;

h) Kaufpreis des Produkts und andere Bedingungen bezüglich des Erwerbs;

i) die Garantiezeit und/oder andere Verpflichtungen im Falle des vom Hersteller/Verkäufer gemachten Vorbehalts;

j) Maßnahmen, die der Verbraucher nach dem Ablauf der Haltbarkeitsfristen vorzunehmen hat und die Folgen deren Unterlassens;

k) Anschriften von Stellen, bei denen der Verbraucher seine Ansprüche geltend machen kann, und Anschriften von Reparaturstellen;

l) Zertifizierungsnachweis von Produkten, wenn für diese Art von Produkten die obligatorische Zertifizierung vorgesehen ist;

m) Angaben über die Art und Weise der Durchführung der Werk- und Dienstleistungen.

2<sup>1</sup>. Hersteller/Importeur von Milchprodukten (Milch, Sauermilch, Sauerrahm, Quark und Käsearten, Joghurt-Gruppe insgesamt) sind verpflichtet, den Verbraucher über die Verwendung von frischer Milch (Rohmilch) und/oder Trockenmilch (Milchpulver) zu informieren. Die Bezeichnung – „ist aus natürlicher Milch“, „erfolgt über Milchpulver“ – soll auf der Verpackung mit großer, deutlicher, kontrastreicher und leicht wahrnehmbarer Schrift in der unmittelbaren Nähe zu der Produktbezeichnung und dem Namen des Herstellers aufgetragen werden.

*Auszug aus dem georgischen Zivilgesetzbuch vom 26.6.1997<sup>186</sup>*

#### *Allgemeine Geschäftsbedingungen*

##### *Art. 342 – Begriff*

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für den mehrmaligen Gebrauch vorformulierten Bedingungen, die eine Partei (Anbieter) der anderen vorgibt, durch die von den Gesetzesvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden.

(2) Soweit die Geschäftsbedingungen von den Parteien einzeln bestimmt sind, liegt keine Allgemeine Geschäftsbedingung vor.

(3) Unmittelbar von den Parteien vereinbarte Bedingungen haben Vorrang vor den Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

---

<sup>186</sup> Der Übersetzung liegt die Fassung der GIZ, <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1334.pdf>>, zu Grunde, die von der Autorin geringfügig überarbeitet wurde.

*Art. 343 – Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil*

(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen werden bei einem Vertrag zwischen deren Anbietenden und der anderen Vertragspartei nur dann Vertragsbestandteil, wenn:

- a) der Anbietende am Ort des Vertragsabschlusses einen sichtbaren Aushang macht und auf diese Bedingungen hinweist und
- b) die andere Vertragspartei die Möglichkeit hat, vom Inhalt dieser Bedingungen Kenntnis zu nehmen und im Falle ihres Einverständnisses sie anzunehmen.

(2) Ist die andere Vertragspartei ein Gewerbetreibender, so werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits dann Vertragsbestandteil, wenn sie bei Anwendung der im Geschäftsverkehr erforderlichen Sorgfalt mit ihnen hätte rechnen müssen.

*Art. 344 – Ungewöhnliche Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ihrer Form nach so ungewöhnlich sind, dass die andere Vertragspartei nicht mit ihnen rechnen konnte, werden nicht Vertragsbestandteil.

*Art. 345 – Auslegung eines unklaren Textes zugunsten der anderen Partei*

Ist der Text der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unklar, so wird er zugunsten der anderen Partei ausgelegt.

*Art. 346 – Nichtigkeit der Bedingungen bei Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben*

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind trotz Einbeziehung in den Vertrag nichtig, wenn sie entgegen den Grundsätzen von Treu und Glauben die andere Vertragspartei benachteiligen. Dabei sind unter anderem die Umstände, unter denen die Bedingungen in den Vertrag einbezogen wurden, und die gegenseitigen Interessen der Parteien zu berücksichtigen.

*Art. 347 – Nichtigkeit Allgemeiner Geschäftsbedingungen*

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Anbietende gegenüber natürlichen Personen verwendet, die keine Gewerbetreibende sind, wird als nichtig angesehen:

- a) Eine Bestimmung, durch die der Anbietende sich selbst unangemessen lange oder offensichtlich nicht hinreichende Fristen für die Annahme oder

Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer bestimmten Leistung setzt (Erklärungsannahme- und Leistungsfrist);

b) eine Bestimmung, durch die der Anbietende sich selbst für die von ihm zu bewirkende Leistung von gesetzlichen Vorschriften abweichende, unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen setzt (Frist bei Pflichtverletzung);

c) eine Bestimmung, die dem Anbietenden das Recht gewährt, sich ungeRechtfertigt und ohne im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen (Vorbehalt des Vertragsrücktritts);

d) eine Bestimmung, die dem Anbietenden das Recht gewährt, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, wenn die Vereinbarung darüber für die andere Vertragspartei unzumutbar ist (Vorbehalt der Einführung einer Änderung in den Vertrag);

e) eine Bestimmung, die dem Anbietenden das Recht gewährt, einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen von der anderen Vertragspartei zu verlangen (unangemessen hoher Aufwendungsersatz).

#### *Art. 348 – Andere Nichtigkeitsgründe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der Anbietende gegenüber natürlichen Personen verwendet, die keine Gewerbetreibenden sind, ist auch nichtig:

a) eine Bestimmung, welche die Erhöhung des Preises in unangemessen kurzer Frist vorsieht (kurzfristige Preiserhöhung);

b) eine Bestimmung, durch die das Kündigungs- oder Rücktrittsrecht, das der Vertragspartei nach diesem Gesetz zusteht, oder ein der Vertragspartei zustehendes Zurückbehaltungsrecht (Leistungsverweigerungsrecht) eingeschränkt oder ausgeschlossen wird;

c) eine Bestimmung, durch die der anderen Vertragspartei das Recht entzogen wird, eine unbestrittene oder durch gerichtliche Entscheidung festgestellte Forderung aufzurechnen (Aufrechnungsverbot);

d) eine Bestimmung, durch die der Anbietende von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, die Vertragspartei zu mahnen oder ihr eine Frist für die Leistung zu setzen (Mahnung zur Leistung; Fristsetzung);

e) eine Vereinbarung über die Forderung einer den Schaden übersteigenden Summe (überhöhte Schadensersatzforderung);

f) eine Bestimmung, die die Haftung für einen durch grob fahrlässige Pflichtverletzung des Anbietenden oder dessen gesetzlichen Vertreters entstandenen Schaden ausschließt oder begrenzt (Haftung bei Fahrlässigkeit);

g) eine Bestimmung, durch die für den Fall der Verletzung einer Hauptleistungspflicht des Anbietenden das Recht der anderen Vertragspartei, sich

vom Vertrag zu lösen, ausgeschlossen oder eingeschränkt oder das Recht der anderen Vertragspartei, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu verlangen, ausgeschlossen oder entgegen Buchstaben f) eingeschränkt wird (Verletzung von Hauptleistungspflichten);

h) eine Bestimmung, die für die Fälle der Teilleistung des Anbietenden das Recht der anderen Vertragspartei ausschließt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen oder sich vom Vertrag zu lösen, wenn er kein Interesse an einer Teilleistung hat (Interessenwegfall bei Teilleistungen);

i) Bestimmungen, durch die für die Lieferung neu hergestellter Sachen und Leistungen die Sachmängelhaftung des Anbietenden abweichend von den gesetzlichen Vorschriften eingeschränkt wird.

### *Haftung für den durch fehlerhafte Produkte entstandenen Schaden*

#### *Art. 1009 – Haftung des Herstellers eines fehlerhaften Produktes*

(1) Der Hersteller eines fehlerhaften Produktes haftet für den durch solch ein Produkt verursachten Schaden ungeachtet dessen, ob er in einem vertraglichen Verhältnis zu dem Geschädigten steht, es sei denn, dass:

a) er dieses Produkt nicht in den Verkehr gebracht hat;

b) nach den Umständen anzunehmen ist, dass das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte;

c) er das Produkt weder für den Verkauf oder für einen anderen wirtschaftlichen Zweck noch im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit herstellt hat;

d) das Produkt, welches einen Fehler hat, in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller es in den Verkehr brachte, den geltenden Rechtsnormen entsprochen hat, oder

e) der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem der Hersteller das Produkt in den Verkehr brachte, nicht erkannt werden konnte.

(2) Ferner ist die Verantwortlichkeit des Herstellers eines Teilprodukts ausgeschlossen, wenn der Fehler durch die Konstruktion des Produkts, dessen Bestandteil dieser Teil wurde, verursacht worden ist.

(3) Die Schadensersatzpflicht des Herstellers wird gemindert oder entfällt, wenn die Entstehung des Schadens durch das Verschulden des Geschädigten oder einer Person, die statt des Geschädigten verantwortlich ist, verursacht worden ist.

(4) Die Haftung des Herstellers wird nicht gemindert, wenn der Schaden durch einen Fehler des Produkts und zugleich durch die Handlung eines Dritten verursacht worden ist.

*Art. 1010 – Begriff des fehlerhaften Produktes*

(1) Ein Produkt gilt als fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände von ihm zu erwarten war.

(2) Ein Produkt gilt nicht allein deshalb als fehlerhaft, weil später ein besseres Produkt in den Verkehr gebracht wurde.

*Art. 1011 – Begriff des Produktes*

(1) Produkt im Sinne dieses Gesetzes ist jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen oder unbeweglichen Sache bildet, sowie Elektrizität. Dazu gehören nicht landwirtschaftliche Erzeugnisse der Tierhaltung, der Imkerei und der Fischerei und des Bodens (landwirtschaftliche Naturprodukte), die nicht einer ersten Verarbeitung unterzogen worden sind. Gleiches gilt für Jagderzeugnisse.

(2) Als Hersteller im Sinne dieses Gesetzes gilt eine Person, welche das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seines Warenzeichens oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller aus gibt.

(3) Als Hersteller gilt ferner eine Person, welche ein Produkt zum Zweck des Verkaufs, der Vermietung, des Leasings oder einer anderen Form des Vertriebs zu wirtschaftlichen Zwecken im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit unter Beachtung der in diesem Gesetzbuch vorgesehenen Bedingungen in den Verkehr bringt.

(4) Ist die Feststellung des Herstellers unmöglich, so gilt jeder Lieferant als Hersteller, es sei denn, dass er dem Geschädigten innerhalb eines Monats nach Aufforderung den Hersteller oder diejenige Person benennt, die ihm das Produkt geliefert hat. Dies gilt auch für ein eingeführtes Produkt, wenn die Feststellung der Person, die als erste das Produkt in den Verkehr gebracht hat, unmöglich ist, selbst wenn der Name des Herstellers bekannt ist.

*Art. 1012 – Beweislast*

Bei der Haftung für den durch ein fehlerhaftes Produkt zugefügten Schaden trägt der Geschädigte die Beweislast.

*Art. 1013 – Solidarhaftung der Hersteller von fehlerhaften Produkten*

Sind für denselben Schaden mehrere Hersteller zum Schadensersatz verpflichtet, so haften sie als Gesamtschuldner.

*Art. 1014 – Ersatz des durch Gesundheitsbeschädigung entstandenen Schadens*

Die Schadensersatzpflicht nach Art. 1009 erstreckt sich auf den Schaden, der durch die Tötung oder die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit entsteht.

*Art. 1015 – Anspruchsverjährung*

(1) Die Ansprüche gemäß Art. 1009 verjähren in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Schadensersatzberechtigte von dem Schaden, dem Fehler oder der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen.

(2) Die Ansprüche gemäß Art. 1009 verjähren in zehn Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Hersteller das schädigende Produkt in den Verkehr gebracht hat.

*Art. 1016 – Unzulässigkeit des Haftungsausschlusses im Voraus*

Die Haftung des Herstellers für fehlerhafte Produkte darf im Voraus weder ausgeschlossen noch beschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.



# Kodifikation des Internationalen Privatrechts in Georgien

GIORGI VASHAKIDZE

I. Einleitung .....	290
II. Geschichte und Tendenzen des georgischen IPR im Umriss .....	291
1. Entscheidung für die „Europäisierung“ des Kollisionsrechts .....	291
2. Der georgische Weg zur europäischen Integration und das IPR .....	292
III. Rechtsquellen des georgischen IPR .....	294
1. Rechtsquellensystem des georgischen Rechts und die Stellung des IPR in diesem System .....	294
a) Rechtsquellenordnung des georgischen Rechts im Überblick .....	294
b) Quellen des georgischen IPR .....	296
aa) Staatsvertragliches IPR .....	296
bb) Autonomes Kollisionsrecht .....	301
IV. Zwei Beispiele aus dem IPRG .....	310
1. Sonderanknüpfung internationaler Eingriffsnormen der <i>lex fori</i> .....	310
2. Ubiquitätsprinzip im Internationalen Deliktsrecht .....	313
V. Anwendung fremden Rechts .....	314
1. Allgemeines zur Behandlung des ausländischen Rechts im Prozess .....	314
2. Ausländisches Recht – Rechts- oder Tatsachenfrage .....	316
a) Ausländisches Recht als Recht .....	316
b) Unterschiedliche Behandlung des ausländischen und inländischen Rechts im Verfahren .....	317
c) Anwendung ausländischen Rechts von Amts wegen .....	318
d) Anwendung ausländischen Rechts in der georgischen Gerichtspraxis .....	319
3. Arten der Ermittlung ausländischen Rechts und das besondere Beweisverfahren für ausländisches Recht .....	321
a) Gerichtsinterne Ermittlung .....	321
b) Mitwirkung der Parteien .....	322
c) Gerichtsexterne Ermittlung .....	322
aa) Rechtsauskunft .....	323
bb) Sachverständigengutachten .....	324
4. Warum wird fremdes Recht von georgischen Gerichten nicht angewendet .....	325
a) Problemstellung .....	325
b) Zusammenfassung und Lösungsvorschläge .....	328
VI. Fazit .....	329

## I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag vermittelt einen Überblick über das georgische Internationale Privatrecht (IPR). Für die Zwecke dieser Abhandlung wird das IPR in einem üblichen engen Sinne dieses Begriffs als reines Verweiserrecht verstanden, obwohl angesichts des Aufbaus des georgischen IPRG<sup>1</sup> als Gesamtkodifikation des Kollisions- und Internationalen Zivilverfahrensrechts (IZVR) auch eine breitere Begriffsbestimmung möglich scheint. In einem noch breiteren Sinne wurde der Begriff des IPR im sowjetischen Kollisionsrecht verstanden. Er umfasste neben Kollisions- und Zuständigkeitsvorschriften auch das Fremdenrecht. Heute gilt dieses Verständnis jedoch als überwunden.<sup>2</sup>

Das auffallende Dominieren der zitierten deutschsprachigen Quellen in diesem Beitrag erklärt sich u.a. aus drei Gründen: 1. Bei der Kodifizierung des georgischen IPR wurde zum großen Teil das deutsche Kollisionsrecht berücksichtigt, was hinsichtlich der Vorherrschaft des deutschen Sachrechts in dem bereits kodifizierten Bürgerlichen Recht Georgiens<sup>3</sup> ein konsequenter Schritt gewesen ist. Bekundetes Ziel des Gesetzgebers war es, dadurch das georgische Recht dem europäischen Recht anzunähern.<sup>4</sup> Erwünscht war nicht nur eine Angleichung von gesetzlichen Regelungen, sondern auch eine Rezeption des Rechtsdenkens und der Lehre. Da dieses Vorhaben nicht bloß durch Übernahme entsprechender Rechtsvorschriften erfüllt werden kann, sondern einer konsequenten wissenschaftlichen Flankierung bedarf, ist es die Aufgabe dieser Arbeit, dieses Programm des Gesetzgebers durch eine wissenschaftliche Analyse zu unterstützen und dadurch zur Rezeption des deutsch-europäischen Rechtsdenkens in Georgien beizutragen. 2. Wie die Erfahrung mit dem IPRG mehrfach gezeigt hat, bleibt die Kodifikation des georgischen Kollisionsrechts hinter dem erwünschten Standard zurück: Das IPRG stellt ein lückenhaftes, fehlerbehaftetes und rigides Regelungsgefüge dar, das mehr Fragen aufwirft als es Antworten bereithält. Es ist daher ausschließlich am Beispiel der Erstquelle möglich, den Unterschied zwischen Ist-Zustand und Soll-Zustand

---

<sup>1</sup> Georgisches Gesetz Nr. 1362-II „Über das Internationale Privatrecht“, verabschiedet am 29.4.1998, in Kraft getreten am 1.10.1998, abrufbar unter <[https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_idmssearch&view=docView&id=93712&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_idmssearch&view=docView&id=93712&lang=ge)> (22.11.2013).

<sup>2</sup> *Liluashvili*, Saert' ašoriso kerjo smart' ali [Internationales Privatrecht], Tiflis 2001, S. 16.

<sup>3</sup> *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, S. 893.

<sup>4</sup> *Chanturia*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, *RabelsZ* 74 (2010), S. 154, 155 f.

des georgischen Kollisionsrechts festzustellen und die möglichen Wege zu rechtsinterner Korrektur bzw. Fortentwicklung des georgischen IPR *praeter legem* aufzuzeigen. 3. Drittens verfügt die georgische Kollisionsrechtswissenschaft über ein geringes und überschaubares Maß an Literatur, das nur einen unwesentlichen Teil des Bedarfs zu decken vermag. Auch die Rechtsprechung steht still. Daher kann wegen der Identität bzw. Ähnlichkeit der Materien das, was bereits über deutsches oder europäisches Recht geschrieben wurde, auch auf das fast gleichlautende georgische Kollisionsrecht *mutatis mutandis* übertragen werden.

Der vorliegende Beitrag ist in fünf Teile gegliedert. Nach der Einleitung werden die Geschichte und Entwicklungstendenzen des georgischen IPR dargelegt. Der zweite Teil beschreibt die Rechtsquellenordnung des georgischen Rechtssystems und zeigt die Stellung des IPR darin. Im dritten Teil des Beitrags werden zwei Probleme aus dem IPRG näher erläutert, die allgemeine Schwächen des Gesetzes gut verdeutlichen. Im vierten Teil wird die Praxis der Behandlung des ausländischen Rechts im Prozess analysiert. Es wird deutlich, dass Theorie und Praxis des IPR sehr weit auseinandergehen. Die Erläuterungen werden mit einem zusammenfassenden Fazit abgeschlossen.

## II. Geschichte und Tendenzen des georgischen IPR im Umriss

### 1. Entscheidung für die „Europäisierung“ des Kollisionsrechts

Nach dem Zerfall der Sowjetunion benötigte Georgien ein „neues Recht“. Man war sich von Anfang an des Umstandes bewusst, dass der Kodifikationsprozess eine gemäßigte Kompilation aus fremden Rechtsordnungen und nicht eine Neuentdeckung originär georgischen Rechts sein sollte. Man wollte „das Rad nicht neu erfinden“. Für einen derart aufwendigen und nach allgemeiner Auffassung sinnlosen Vorgang gab es damals weder Zeit noch Ressourcen. Auf das neue Recht wurden große Hoffnungen gesetzt. Durch das richtig gewählte Recht sollte die Grundlage für einen erfolgreichen Übergang von der sozialistischen Planwirtschaft zur freien Marktwirtschaft geschaffen werden und so zur kulturellen Rehabilitation der georgischen Gesellschaft beigesteuert werden. Zugleich sollte das neue Recht die abgebrochene kulturelle Brücke zwischen Georgien und Europa wiederherstellen und die Weichen für eine erfolgreiche (Re-)Integration Georgiens in die europäische Rechtsfamilie stellen.<sup>5</sup> Obwohl man für die-

---

<sup>5</sup> Zoidze, *Evropuli kerjo samart'lis rec'epc'ia sak'art'veloši* [Rezeption des europäischen Privatrechts in Georgien], Tiflis 2005, S. 38 ff.

sen Zweck gleichzeitig auf diverse Quellen zugreifen konnte, beschränkte sich der Rezeptionsvorgang auf eine überschaubare Zahl europäischer Kodifikationen, wobei die deutsche Rechtsordnung zum Hauptausgangspunkt gewählt wurde. Man wollte die besten Erfahrungen aus den „besten Rechtsordnungen“ Europas sammeln, ohne die Konzentration auf eine bestimmte Rechtsordnung aufzugeben. Um einer Frustration in der Gesellschaft vorzubeugen und den Übergang vom sozialistischen Recht zum kapitalistischen möglichst schmerzfrei zu ermöglichen, wollte man sich zugleich an jenem Rechtssystem orientieren, das zu dem sowjetisch-georgischen Privatrecht eine gewisse Nähe aufwies. Auch für dieses Ziel schien die deutsche Rechtsordnung die beste Lösung zu sein.<sup>6</sup> Folglich wurde das gesamte georgische Privatrecht an das deutsche Privatrecht angelehnt, und auch das IPRG war keine Ausnahme. Der Entwurf des Gesetzes zum Internationalen Privatrecht wurde nach ständigen Beratungen mit deutschen Kollegen und in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) 1994 vorgelegt. Das Gesetz wurde allerdings erst nach vier Jahren in 1998 verabschiedet. Außer dem EGBGB wurden folgende Quellen berücksichtigt:<sup>7</sup>

- das schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (1987);
- das italienische Gesetz über das Internationale Privatrecht (1995);
- das europäische Abkommen über die Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung der Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Abkommen) von 2000;
- das europäische Abkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ) von 1980;
- die Haager Unterhalts- (1973) und Testamentsformabkommen (1961).

## 2. Der georgische Weg zur europäischen Integration und das IPR

Die Europäisierung des Rechts war kein zweckfreies Unterfangen, sondern stellte eine flankierende Maßnahme auf dem Weg nach Europa dar. Erklärte außenpolitische Zielrichtung Georgiens war und ist immer noch die Integration in die europäische Rechtsfamilie, also der Beitritt in die Europäische Union. Die Rechtsangleichung ist bekanntlich eine absolute Voraussetzung für die Erreichung dieses Zieles, was dem georgischen Gesetzgeber bewusst war. Nach der Unterzeichnung des Kooperations- und Partnerschaftsabkommens zwischen der EU und Georgien am 22.4.1996

---

<sup>6</sup> *Chanturia*, oben Fn. 4, S. 155.

<sup>7</sup> Vgl. *Gamkrelidze*, *The Law of Georgia on Private International Law – Principles and Review*, GLR 1998, S. 20.

(KPA)<sup>8</sup> wurden Georgiens Schritte zur Annäherung des georgischen Rechts an das europäische noch intensiviert. Als Zeichen dafür gilt die Verordnung des georgischen Parlaments über die Harmonisierung der georgischen Gesetzgebung mit dem Recht der EU, mit der Pflicht des Gesetzgebers, die von ihm verabschiedeten Gesetze an das EU-Recht anzupassen und die Vereinbarkeit dieser Gesetze im Einzelfall zu begründen.<sup>9</sup> Die gleiche Begründungspflicht enthält auch Art. 149 Abs. 2 lit. e des Parlamentsreglements,<sup>10</sup> wonach jeder Gesetzentwurf einen Vermerk bzw. eine Begründung darüber enthalten muss, dass er mit dem Recht der EU übereinstimmt.<sup>11</sup> Unter dem EU-Recht sind hier vor allem diejenigen Rechtsakte der Union zu verstehen, die Rechtsgebiete erfassen, die im Partnerschaftsabkommen enthalten sind. Hinsichtlich des breiteren Anwendungsbereichs des Abkommens unterfallen der Begründungspflicht praktisch alle georgischen Gesetze, die wirtschafts- und privatrechtliche Angelegenheiten regeln (siehe Art. 43 Abs. 2 KPA<sup>12</sup>). Im Hinblick auf das breite Kooperationsfeld bedarf es keiner weiteren Begründung, dass die Kooperation nicht auf materielles Recht beschränkt ist, sondern auch das Kollisionsrecht als essentielles Vehikel für eine erfolgreiche grenzüberschreitende Wirtschaftsintegration umfasst. Dennoch hat die Konformitätsklausel bis jetzt ihre volle Wirksamkeit nicht entfalten können. Die praktische Handhabung der Klausel lässt mehr erhoffen. Obwohl die meisten Gesetzentwürfe formell einen Konformitätsvermerk enthalten, ist es praktisch nicht nachprüfbar, ob diese Kompatibilität irgendwann Gegenstand einer ernsthaften Untersuchung geworden ist.<sup>13</sup> Die mit dem EU-Recht unvereinbare Reformpolitik des Gesetzgebers in den letzten Jahren spricht eher für eine formalistische Handhabung des Vereinbarkeitsvorbehalts. Im Idealfall sollte eine derartige Klausel nicht nur den Gesetzgeber zu einer europä-

---

<sup>8</sup> Im Verhältnis zu Georgien trat das Abkommen mit dem Beschluss des Rates 99/515/EG, v. 31.5.1999 in Kraft (ABl. L 205 v. 4.8.1999, S. 1 ff.).

<sup>9</sup> Verordnung des georgischen Parlaments v. 2.9.1997 über die Harmonisierung der georgischen Gesetzgebung mit dem Recht der Europäischen Union, N. 828 – IS, zit. bei *Chanturia*, oben Fn. 4, S. 156.

<sup>10</sup> Reglement des georgischen Parlaments v. 17.2.2004. Eine nichtoffizielle englische Übersetzung ist verfügbar unter <[http://www.parliament.ge/files/819\\_18559\\_127313\\_reglamenti.pdf](http://www.parliament.ge/files/819_18559_127313_reglamenti.pdf)> (22.11.2013).

<sup>11</sup> Eine nichtoffizielle englische Übersetzung vom National Democratic Institute lautet: „Whether or not the draft law is in compliance with the legislation of European Union.“

<sup>12</sup> Zum Kooperationsbereich gehören insbesondere: das Recht der Privatinvestitionen, das Zollrecht, das Unternehmensrecht, das Bankrecht, das Bilanz- und Steuerrecht, das Recht des geistigen Eigentums, das Recht der Finanzdienstleistungen, das Wettbewerbsrecht, das Verbraucher- und Arbeitnehmerschutzrecht sowie das Umwelt- und Transportrecht.

<sup>13</sup> *Chanturia*, oben Fn. 4, S. 156.

rechtskonformen Gesetzgebung anregen, sondern auch das Justizsystem des Landes dazu motivieren, inländische Gesetze, die auf der Grundlage der Kooperation zwischen der EU und Georgien entstanden sind, integrationsfreundlich zu behandeln. Die erforderliche Legitimation für einen derartigen Vorgang lässt sich aus Art. 43 Abs. 1 Hs. 2 KPA i.V.m. Art. 149 Abs. 2 lit. e des Parlamentsreglements ableiten. Zugleich gebietet der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, die völkerrechtlichen Verpflichtungen im Inland nicht nur formalistisch, sondern auch faktisch durchzusetzen, wobei dem Justizsystem eines Landes die entscheidende Rolle zukommt. Die formale Handhabung des Konformitätsgebots widerspricht Art. 43 Abs. 1 Hs. 2 KPA, wonach Georgien eine Pflicht zu gradueller Anpassung des georgischen Rechts mit dem Recht der EU übernommen und für die Erfüllung dieser Pflicht von der Union erhebliche materielle Unterstützung erhalten hat.

Schließlich soll durch eine integrationsgerechte Auslegung des angeglichenen Rechts der Sinn dieses Rechts erschließbar werden, den ihm der Gesetzgeber beigelegt hat, was diesen Vorgang auch methodisch rechtfertigt. Für das Kollisionsrecht hätte die integrationsfreundliche Auslegung des georgischen Rechts zur Folge, dass die Vorschriften des Internationalen Vertragsrechts möglichst im Einklang mit dem EVÜ und der dazu entwickelten Doktrin ausgelegt würden, was dem Rechtsanwender die effektive Klärung vieler Problemfelder, die auf diesem Rechtsgebiet vorliegen, ermöglichen würde.

### III. Rechtsquellen des georgischen IPR

#### *1. Rechtsquellensystem des georgischen Rechts und die Stellung des IPR in diesem System*

##### *a) Rechtsquellenordnung des georgischen Rechts im Überblick*

Das Kollisionsrecht ist ein Teil der georgischen Rechtsordnung. Für diese gilt eine bestimmte Rechtsquellenordnung. Obwohl das IPR in funktionseller Hinsicht den Eindruck erweckt, ein „Metarecht“ zu sein, steht es in der nationalen Normenhierarchie dem Recht seines Ranges gleich.<sup>14</sup> Das georgische Rechtssystem speist sich aus zwei Quellen. Den größten Teil der Rechtsordnung bildet eine interne Quelle; das sind autonome Gesetze, Normativ- und Verwaltungsakte, die jeweils vom Parlament und der Exe-

---

<sup>14</sup> Vgl. Bamberger/Roth/Lorenz, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1297–2385, Rom I-VO, Rom II-VO, EGBGB, 3. Aufl., München 2012, Einl. IPR, Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich/Mörsdorf-Schulte, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl., Köln 2012, Art. 3 EGBGB, Rn. 2.

kutive verabschiedet werden. Einen kleineren aber dennoch erheblichen Teil des georgischen Rechts bildet eine externe Quelle – das Völkerrecht, das entweder in die nationale Gesetzgebung inkorporiert wird oder in ursprünglicher völkerrechtlicher Ausformung direkt zur Geltung kommt. Die beiden Quellen erlangen ihre innerstaatliche Wirkung über das georgische Parlament. Für das Völkerrecht erfolgt dies durch den Transformationsakt. Keines Transformationsaktes bedürfen jedoch die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts – gemäß Art. 6 Abs. 2 Hs. 1 GVerf wird vermutet, dass die georgischen Gesetze den allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts entsprechen. Dies ist keine widerlegbare Vermutung und auch keine Vermutung in dem Sinne, dass man unterstellen könnte, georgische Gesetze seien im Zweifel völkerrechtskonform. Die Vorschrift ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass die allgemein anerkannten Vorschriften und Prinzipien des internationalen Rechts einen integralen Bestandteil des georgischen Rechtssystems darstellen und jede unter der Verfassung stehende Rechtsnorm ihnen entsprechen muss. Das Gleiche gilt auch für die Auslegung des georgischen Rechts, die stets im Einklang mit völkerrechtlichen Grundsätzen vorzunehmen ist.

Das IPRG versucht, das Rangverhältnis zwischen dem autonomen und dem staatsvertraglichen Kollisionsrecht zu regeln. Laut Art. 2 IPRG<sup>15</sup> gehen die Regelungen in internationalen Verträgen den Vorschriften dieses Gesetzes vor. Das IPRG wird also im Anwendungsbereich der völkerrechtlichen Verträge verdrängt. Die Feststellung des Vorrangs der zwischenstaatlichen Vereinbarungen gehört jedoch nicht zu den Entdeckungen des IPRG. Diese Frage wird bereits auf Verfassungsebene angesprochen, weshalb Art. 2 IPRG einen rein deklaratorischen Charakter trägt. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Hs. 2 GVerf erlangen die internationalen Verträge oder Abkommen Georgiens einen Vorrang gegenüber innerstaatlichen Normativakten, wenn sie nicht gegen die georgische Verfassung oder das Verfassungsgesetz verstoßen. Die Regelungen der völkerrechtlichen Verträge genießen somit den absoluten Vorrang vor den georgischen Gesetzen (und nicht nur vor dem IPRG!), Gewohnheitsrecht und Verwaltungsakten. Diese Regel gilt auch dann, wenn das autonome Recht und ein völkerrechtlicher Vertrag den Sachverhalt gleich behandeln und in keinerlei Widerspruch zueinander

---

<sup>15</sup> Die folgenden Übersetzungen stellen vom Verfasser überarbeitete Übersetzungen der einzelnen Artikel des georgischen IPRG von der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) dar. Die Übersetzung der GIZ ist abrufbar unter <<http://www.giz.de/Themen/de/dokumente/gtz2010-de-geo-gesetz-int-privatrecht.pdf>> (5.10.2012):

*Artikel 2. Völkerrechtliche Verträge*  
„Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen gehen den Vorschriften dieses Gesetzes vor.“

stehen. Beim Widerspruch gilt die Regel *lex superior derogat legi inferiori* und nicht die *lex specialis*-Regel, wie man sie aus dem deutschen Recht kennt.<sup>16</sup> Die widersprechenden autonomen Kollisionsnormen sind allerdings nicht *per se* ungültig, sondern schlechthin unanwendbar.

## b) Quellen des georgischen IPR

### aa) Staatsvertragliches IPR

#### (1) Vorrang des staatsvertraglichen IPR und Lösung der Konkurrenzfälle zwischen Völkerrecht und nationalem Recht

##### (a) Vorrang des staatsvertraglichen IPR

Das Internationale Privatrecht trägt das Adjektiv international, weil es internationale Sachverhalte behandelt. Von der Herkunft her ist das Internationale Privatrecht bislang grundsätzlich autonom geblieben. Dennoch bildet einen nicht unwesentlichen Teil des IPR staatsvertragliches, also zwischenstaatliches Recht.<sup>17</sup> Wie in anderen Rechtsgebieten, spielt die Rechtsvereinheitlichung auch im Kollisionsrecht eine wichtige Rolle und hat praktische Vorteile, die hier aus Platzgründen nicht näher erläutert werden können.<sup>18</sup>

Ihrem Rang nach stehen die völkerrechtlichen Verträge zwischen der Verfassung und einfachen innerstaatlichen Gesetzen. Sie gehen den Vorschriften des IPRG vor und verdrängen sie in ihrem Anwendungsbereich. Um rechtliche Wirkung in Georgien zu entfalten, müssen sie lediglich der georgischen Verfassung oder den Verfassungsgesetzen entsprechen (Art. 6 Abs. 2 Hs. 2 GVerf). Ein Gebot zur liberalen Behandlung von völkerrechtlichen Verträgen ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 Hs. 2 GVerf nicht.

Keinen Vorrang genießen ins nationale Recht inkorporierte Kollisionsnormen staatsvertraglichen Ursprungs. Durch die Inkorporation in die nationale Gesetzgebung verlieren sie ihre Eigenschaft als Völkerrecht, es sei denn, dass die ihnen zugrundeliegende völkerrechtliche Vereinbarung ausdrücklich etwas anderes vorsieht. Die inkorporierten Normen können indes wegen ihrer staatsvertraglichen Provinzen als *lex specialis* gegenüber anderen „rein nationalen“ Vorschriften behandelt werden. Dies entspricht auch dem Gebot der Völkerrechtstreue.

<sup>16</sup> Soweit unzutreffend *Gamkrelidze*, oben Fn. 7, S. 23.

<sup>17</sup> Die Vor- und Nachteile von Kollisionsrechtsvereinheitlichung sind ausführlich geschildert bei *Meyer-Sparenberg*, Staatsvertragliche Kollisionsnormen, Berlin 1990, S. 24 ff.; *Neuhaus/Kropholler*, Rechtsvereinheitlichung – Rechtsverbesserung?, *RabelsZ* 45 (1981), S. 73, 85.

<sup>18</sup> Zu der Bedeutung der Rechtsvereinheitlichung für das Kollisionsrecht *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht, Tübingen 1975, S. 1 ff.; *Meyer-Sparenberg*, vorige Fn., S. 1 ff.; *Neuhaus/Kropholler*, vorige Fn., S. 85.

*(b) Anwendung völkerrechtlicher Verträge*

Völkerrechtliche Verträge sind „aus sich selbst heraus“ zu interpretieren. Im Anwendungsbereich dieser Verträge bleibt für autonomes Recht demnach kein Raum. Ein Rückgriff auf autonomes Kollisionsrecht ist nicht mehr erforderlich und gar nicht zulässig, es sei denn, dass der völkerrechtliche Vertrag dies ausdrücklich vorsieht. Das georgische Oberste Gericht weicht von diesem Prinzip regelmäßig ab. Es übersieht regelmäßig die Maßgeblichkeit der zwischenstaatlichen Verträge<sup>19</sup> oder wendet völkerrechtliche Verträge gleichzeitig mit autonomen Kollisionsnormen an und bekräftigt sie gegenseitig.<sup>20</sup> Außerdem zieht das Oberste Gericht innerstaatliche (Kollisions-)Normen und entsprechende Begriffe zur Auslegung der völkerrechtlichen Vorschriften heran.<sup>21</sup> Obwohl diese Tendenz in einzelnen Entscheidungen des Obersten Gerichts korrigiert wird,<sup>22</sup> überwiegt sie heute in allen Instanzen des georgischen Justizsystems.

*(2) Die wichtigsten internationalen Verträge des Kollisionsrechts – ein Überblick*

Auf dem Gebiet des IPR ist die Teilnahme Georgiens an völkerrechtlichen Verträgen äußerst gering. Trotz des Beitritts zum Haager Statut am 8.5.2000 ist Georgien nach heutigem Stand nur an drei Haager Verträgen beteiligt. Es handelt sich um das Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961, das Übereinkommen vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption und schließlich das Übereinkommen vom 25.10.1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung.

Das wichtigste Übereinkommen auf dem Gebiete des IPR und IZVR ist die Minsker Konvention vom 22.1.1993 über Rechtshilfe und Rechtsverhältnisse in Zivil-, Familien- und Strafsachen.<sup>23</sup> Die Konvention gilt praktisch in allen GUS-Staaten; trotz des Austritts aus der GUS bleibt sie für Georgien in Kraft, da es sich dabei nicht um eine institutionelle Konvention handelt, deren Rechtskraft mit der Mitgliedschaft in einer Organi-

---

<sup>19</sup> OGG Urteil 3a/72, 28.12.2001; OGG Urteil a-2021-S-65-06, 22.1.2007; OGG Urteil a-299-S-4-2010, 1.3.2010; OGG Urteil v-1080-S-79-09, 21.1.2010.

<sup>20</sup> OGG Urteil v-1279-S-62-06, 10.1.2007; OGG Urteil a-432-S-29-07, 16.4.2007.

<sup>21</sup> Besonders augenfällig ist diese Tendenz bei der Anwendung der Minsker Konvention (dazu sogleich näher).

<sup>22</sup> Siehe z.B. OGG Urteil as-146-476-09 v. 23.6.2009.

<sup>23</sup> Konvencija o pravovoj pomošči i pravovych otnošenijach po graždanskim, semejnym i ugovolnym delam [Konvention über Rechtshilfe und Rechtsverhältnisse in Zivil-, Familien- und Strafsachen]. Deutsche Übersetzung von Möller in Brunner (Hrsg.), Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Staaten Osteuropas, Berlin, Stand 1999, Nr. 4.3a.

sation entstehen und vergehen würde. Die Minsker Konvention steht bekanntlich auch nicht-GUS-Staaten zur Ratifikation offen, eine Möglichkeit, die von Drittländern noch nicht in Anspruch genommen wurde. Das Nachfolgeübereinkommen zur Minsker Konvention wurde am 7.10.2002 in Kişinev (Moldawien) von den meisten GUS-Staaten unterzeichnet,<sup>24</sup> aber nicht von Georgien; und es wird wahrscheinlich auch in absehbarer Zukunft nicht unterzeichnet werden.

### (3) Die wichtigsten nicht-kollisionsrechtlichen zwischenstaatlichen Verträge und das Einheitsrecht – ein Überblick

Georgien ist an einigen wichtigen zwischenstaatlichen Verträgen beteiligt, die das Sachrecht für privatrechtliche Angelegenheiten regeln.

Für grenzüberschreitende Kaufverträge gilt in Georgien seit dem 1.9.1995 das *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf* (CISG).<sup>25</sup>

Am 4.8.1999 ist Georgien dem *Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr* (CMR) beigetreten.<sup>26</sup> Seit dem 1.4.1997 gilt in Georgien ebenfalls das *UN-Übereinkommen vom 31.3.1978 über die Beförderung von Gütern auf See* („Hamburg Rules“).<sup>27</sup>

Seit dem 31.8.1994 gilt in Georgien das *New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche* („New Yorker Übereinkommen“) vom 10.6.1958.<sup>28</sup>

Seit dem 9.8.1999 gilt in Georgien das *Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951* („Genfer Flüchtlingsabkommen“).<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Das Übereinkommen ist bis heute nicht in Kraft getreten. Es ist zum heutigen Stand lediglich von Weißrussland, Aserbaidschan, Armenien, Tadschikistan, Kirgisistan und Kasachstan ratifiziert worden; näheres bei *Kurzynsky-Singer*, Anerkennung ausländischer Urteile durch russische Gerichte, *RabelsZ* 74 (2010), S. 493, 505 sowie *dies.*, Minsker Konvention und Kiewer Übereinkommen als Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Russland – Teil 1, *WiRO* 2010, S. 265 und *dies.*, Minsker Konvention und Kiewer Übereinkommen als Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Russland – Teil 2, *WiRO* 2010, S. 300.

<sup>25</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)> (22.11.2013).

<sup>26</sup> <[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XI-B-11&chapter=11&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-B-11&chapter=11&lang=en)> (22.11.2013).

<sup>27</sup> <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/Hamburg\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html)> (22.11.2013).

<sup>28</sup> Das Übereinkommen ist am 7.6.1959 in Kraft getreten, <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)> (22.11.2013).

<sup>29</sup> Das Übereinkommen ist am 22.4.1954 in Kraft getreten, <[http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=UNTSO&mtdsg\\_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?&src=UNTSO&mtdsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtdsg2&lang=en#EndDec)> (22.11.2013).

Auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts gelten folgende Abkommen: Die *Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst* (RBÜ) vom 9.9.1886 (seit 16.5.1995)<sup>30</sup> und die *Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums* (PVÜ) vom 20.3.1883 (seit 25.12.1991)<sup>31</sup>.

#### (4) Die Minsker Konvention – ein Überblick

Nach dem Zerfall der Sowjetunion entstand eine große rechtliche Lücke im Verhältnis zwischen den ehemaligen Sowjetstaaten. Die Staaten, die über mehrere Jahrzehnte unter ein- und derselben Rechtsordnung funktioniert und interlokale Rechtskonflikte stets nach gleichen Grundsätzen gelöst hatten, wurden souverän und rechtlich voneinander abgeschottet. Es ist daher erforderlich geworden, eine neue souveränitätsgerechte Grundlage für grenzüberschreitende Kommunikation und Zusammenarbeit zu schaffen. Zu diesem Zweck wurde im Rahmen der GUS ein umfangreicher Staatsvertrag über rechtliche Zusammenarbeit und Rechtsverhältnisse auf dem Gebiet des Zivil-, Familien- und Strafrechts (seit 1998) vorbereitet und am 22.1.1993 in Minsk unterzeichnet (MinKo). Die Konvention trat am 19.5.1994 in Kraft und wurde am 28.3.1998 mit einem Protokoll ergänzt. Lettland, Litauen und Estland waren die einzigen ehemaligen Sowjetstaaten, die der Konvention nicht beigetreten sind und wahrscheinlich auch nie beitreten werden.<sup>32</sup>

Die Konvention besteht aus einer Präambel und 87 Artikeln. Sie ist in 5 Kapitel gegliedert: Kapitel I enthält allgemeine Bestimmungen; Kapitel II Bestimmungen über Rechtsverhältnisse in Familien- und Zivilsachen; Kapitel III über Anerkennung und Vollstreckung der Urteile; Kapitel IV über Rechtshilfe in Strafsachen und Kapitel V abschließende Bestimmungen.

Die Konvention wird in Art. 1 mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung eingeleitet. Der Grundsatz trägt allgemeinen Charakter und gilt auch dann, wenn der Sachverhalt nicht unter den sachlichen Anwendungsbereich des Abkommens fällt. Zugehörige der Vertragsstaaten genießen im Inland die gleichen privatrechtlichen Rechte und Pflichten wie die Inländer (Abs. 1) und haben zur Wahrnehmung und zum Schutz ihrer Rechte Zugang zu Justiz- und anderen zuständigen Behörden in dem gleichen Umfang wie die Inländer (Abs. 2). Diese Privilegien gelten auch für juristische

---

<sup>30</sup> <[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=15](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=15)> (22.11.2013).

<sup>31</sup> <[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2)> (22.11.2013).

<sup>32</sup> Ausführlich zur Konvention, insbesondere zur Anerkennung und Vollstreckung auf ihrer Grundlage *Kurzynsky-Singer*, oben Fn. 24, S. 265 bzw. 300.

Personen, die nach dem Recht eines Vertragsstaates wirksam gegründet sind (Abs. 2).

Das Kollisionsrecht ist in Kapitel II geregelt. Umfasst wird ein breiterer Bereich des IPR, nämlich das Internationale Personen-, Familien- und Erbrecht sowie das Recht der internationalen Geschäfte und das Internationale Vermögensrecht. Die Konvention enthält des Weiteren Regeln über die Rechtshilfe sowie die Vorschriften über die Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Urteile. Gerade im Anerkennungsrecht spielt die Minsker Konvention in der täglichen Praxis des georgischen Obersten Gerichts eine bedeutende Rolle.<sup>33</sup>

Die Konvention steht auch nicht-GUS-Staaten zum Beitritt frei (Art. 86 MinKo). Sie hat eine retroaktive Wirkung und gilt auch für Rechtsverhältnisse, die vor dem Inkrafttreten des Abkommens entstanden sind (Art. 85 MinKo). Damit sind die ehemaligen UdSSR-Republiken im Verhältnis zueinander von dem Rückgriff auf sowjetisches IPR im Wesentlichen befreit. Die verbindliche Sprache der Minsker Konvention ist russisch (Art. 87 Abs. 2).

Die Bestimmungen der Minsker Konvention sind grundsätzlich autonom auszulegen. Der Rekurs auf nationales Recht gefährdet die Einheitlichkeit und ist nur dann zulässig, wenn er für die Anwendung der Konvention erforderlich oder darin ausdrücklich vorgesehen ist. Begriffe wie Staatsangehörigkeit, Justizorgane und Gerichte sind freilich unter der Beachtung des Rechts des jeweiligen Vertragsstaates auszulegen. Außerdem verweist die Konvention selbst gelegentlich auf internes Recht der Vertragsstaaten. So wird in Art. 38 Abs. 1 MinKo darauf hingewiesen, dass der Begriff des unbeweglichen Vermögens nach dem Recht des Belegenheitsortes zu bestimmen ist. Der Rückgriff auf nationale Rechtsordnungen ist jedoch eine Ausnahme und die Begriffe wie Wohnsitz, ständiger Wohnsitz („postojannoje mesto žitel'stva“) und Aufenthalt müssen stets autonom ausgelegt werden. Dabei ist dem Begriff des ständigen Wohnsitzes die gleiche Bedeutung wie dem gewöhnlichen Aufenthalt beizumessen. Dies ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des GUS-Wirtschaftsgerichts, das den Begriff des ständigen Wohnsitzes als „Daseinsmittelpunkt einer Person“ („mesto sredotočija žiznennych svjazej lica, centr ego suščestvovanija“) definiert hat.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Gemäß Art. 68 Abs. 5 IPRG ist ausschließlich das Oberste Gericht befugt, ausländischen Urteilen innerstaatliche Wirkung zu verleihen.

<sup>34</sup> Entscheidung des GUS-Wirtschaftsgerichts Nr. 01-1/3-2001 bei *Kanaševskij, Meždunarodnoe častnoje pravo* [Internationales Privatrecht], Moskau 2009, S. 154.

*bb) Autonomes Kollisionsrecht**(1) IPRG**(a) Struktur des IPRG*

Das IPRG ist am 1.10.1998 in Kraft getreten. Das Gesetz besteht aus 10 Kapiteln und 74 Artikeln. Es stellt eine Gesamtkodifikation dar und kodifiziert neben dem Kollisionsrecht auch Internationales Zuständigkeits- und Rechtshilferecht sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsrecht. Der Umfang der Zuständigkeitsregelungen macht den Rückgriff auf die lokale Zuständigkeitsordnung des Zivilprozessrechts<sup>35</sup> (georgische ZPO) nur in Ausnahmefällen erforderlich. Die georgische ZPO enthält praktisch nur eine einzige relevante Zuständigkeitsvorschrift über den Vermögensgerichtsstand in Georgien (Art. 17 georgische ZPO<sup>36</sup>). Auch die kollisionsrechtlichen Sondervorschriften außerhalb des IPRG sind selten (so z.B. Art. 7 Abs. 1 Satz 4<sup>1</sup> VG;<sup>37</sup> Art. 4 lit. a FHWG<sup>38</sup>).

Das IPRG deckt das gesamte Spektrum des Privatrechts ab. Dem System des Sachrechts entsprechend ist auch das IPRG in einen Allgemeinen Teil und einen Besonderen Teil gegliedert. Der Besondere Teil ist dann wiederum in Einzelgebiete des IPR unterteilt, die systematisch zu den Einzelgebieten des Zivilrechts gehören. Kapitel I IPRG widmet sich thematisch den Grundbegriffen des IPR (Allgemeine Lehren), obwohl wichtige Fragen wie Qualifikation, Gesetzesumgehung, Statutenwechsel, Vorfrage und Substitution nicht geregelt worden sind. In dieser Hinsicht ist das Gesetz sehr lückenhaft, was mit dem Einfluss des deutschen EGBGB zu erklären ist. Geregelt wurde lediglich: der Vorrang der internationalen Verträge (Art. 2 IPRG); die Anwendung ausländischen Rechts im Verfahren (Art. 3 IPRG); die Frage nach der Verweisungswirkung (Art. 4 IPRG); der *ordre public* (Art. 5 IPRG); die Sonderanknüpfung der zwingenden Vorschriften der *lex fori* (Art. 6 IPRG) und die Frage nach der Verweisung auf Teilrechtsordnungen (Art. 7 IPRG).

Das Besondere Verweisungsrecht ist in sechs Kapitel unterteilt. Hier begegnet man weniger Lücken als im Allgemeinen Teil. Im Gegensatz zum EGBGB hat man im Besonderen Kollisionsrecht sogar für eine ausdrück-

---

<sup>35</sup> Die Zivilprozessordnung Georgiens v. 14.11.1997, Gesetz Nr. 47–48 v. 31.12.1997, abrufbar unter <[https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_ldmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=29962&lang=ge)> (22.11.2013).

<sup>36</sup> Die Vorschrift lautet: „Die Klage gegen einen Beklagten, der in Georgien keinen Wohnsitz hat, kann beim Gericht erhoben werden, in dessen Zuständigkeitsgebiet sich das Vermögen des Beklagten befindet; ist für die Forderung eine dingliche Sicherheit geleistet, so kann die Klage auch an dem Ort erhoben werden, an dem sich diese Sache befindet.“

<sup>37</sup> Georgisches Versicherungsgesetz v. 2.5.1997.

<sup>38</sup> Georgisches Gesetz über den freien Handel und den Wettbewerb v. 3.6.2005.

liche Regelung des Internationalen Gesellschafts- (Art. 24 IPRG<sup>39</sup>) und Vertretungsrechts (Art. 28 IPRG<sup>40</sup>) gesorgt. Zu den gravierendsten Lücken des Besonderen Teils kann jedoch die fehlende Ausweichklausel im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht gezählt werden, was die Qualität und Flexibilität des Besonderen Teils erheblich beeinträchtigt. Der Aufbau des Besonderen Teils entspricht im Wesentlichen der Systematik des georgischen ZGB und gliedert sich in die Kapitel III (Int. Personen), IV (Int. Rechtsgeschäfte), V (Int. Sachenrecht), VI (Int. Schuldrecht), VII (Int. Familienrecht) und VIII (Int. Erbrecht).

In den Kapiteln II (Zuständigkeitsregel) und IX wird das IZVR (Staatenimmunität, Rechtshilfe, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile) geregelt, obschon keine systematische Rechtfertigung für diese gekünstelte Spaltung ersichtlich ist. Zwar dienen die Zuständigkeits- und Anerkennungsvorschriften verschiedenen Zwecken, dennoch sind sie ihrer Natur nach Verfahrensvorschriften und sollten systematisch zusammengebracht werden. Dies würde die Übersichtlichkeit des Gesetzes fördern und den mit Verfahrensfragen beschäftigten Rechtsanwendern ein hin und her zwischen Kapiteln II und IX ersparen.

Das Zuständigkeitsrecht entspricht im Wesentlichen den Brüsseler Verordnungen. Der allgemeine Gerichtsstand ist gemäß Art. 8 IPRG der Wohnsitz, Sitz oder gewöhnliche Aufenthalt des Beklagten in Georgien. Die besonderen Zuständigkeiten (Art. 9, 11–16 IPRG) und ausschließlichen Zuständigkeitsregeln (Art. 10 IPRG) sind auch im Wesentlichen den damals geltenden Brüsseler Konventionen entnommen und stimmen mit ihnen in vielen Aspekten überein.

Der prozessrechtliche Teil des IPRG erfasst auch das Recht der internationalen Rechtshilfe. Die georgischen Gerichte gewähren Gerichten anderer Staaten auf Ersuchen Rechtshilfe (Art. 63 Abs. 1 IPRG). Rechtshilfeersuchen der Gerichte anderer Staaten zur Vornahme einzelner Prozesshandlungen werden grundsätzlich nach den Vorschriften des georgischen Rechts ausgeführt (Art. 63 Abs. 2 IPRG).

---

<sup>39</sup> *Artikel 24. Rechts- und Geschäftsfähigkeit der juristischen Person*

„Die Rechts- und die Geschäftsfähigkeit einer juristischen Person unterliegen dem Recht des Staates, in dem die Person ihren effektiven Verwaltungssitz hat. Auf Zweigniederlassungen ist diese Vorschrift entsprechend anzuwenden.“

<sup>40</sup> *Artikel 28. Vertretung in Rechtsgeschäften*

„Wird das auf rechtsgeschäftliche Vertretung anwendbare Recht nicht vereinbart, so ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Vertreter seinen Geschäftssitz oder, mangels eines solchen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sofern eine engere Beziehung zu dem Staat besteht, in dem der Vertreter gehandelt hat, insbesondere wo der Vertreter oder der Dritte seinen Geschäftssitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort haben, so gilt das Recht des Staates, in dem der Vertreter gehandelt hat.“

Nach unzutreffender Ansicht, die in der Rechtsprechung des georgischen Obersten Gerichts vertreten wird, ist die Frage nach Anerkennung und Vollstreckung der ausländischen Urteile eine Unterfrage der Rechtshilfe.<sup>41</sup> Dabei übersieht das Oberste Gericht, dass das IPRG diese zwei Rechtsinstitute sowohl systematisch als auch inhaltlich trennt. Schließlich werden ausländische Entscheidungen vom Obersten Gericht auf Antrag einer Partei und auch ohne einen Vermittlungsakt des Erstgerichts anerkannt, weshalb von einer Rechtshilfe keine Rede sein kann.<sup>42</sup>

Ausländische Entscheidungen werden in Georgien anerkannt und vollstreckt, soweit sie nicht gegen Art. 68 Abs. 1, 2 IPRG<sup>43</sup> verstoßen. Das Anerkennungsrecht stellt das einzige Gebiet des IPRG dar, welches das georgische Justizsystem in der täglichen Praxis beschäftigt. Dennoch ist die Funktion des Obersten Gerichts bei der Prüfung der Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Urteils auf ein formelles Maß eingeschränkt.

Das IPRG kodifiziert keine Kollisionsnormen für eine interpersonale oder interterritoriale Konfliktlösung. Art. 1 IPRG<sup>44</sup> bringt deutlich zum Ausdruck, dass es nur um die Anwendung des staatlichen Rechts geht. Dies ist auch verständlich, da Georgien interpersonale oder interterritoriale Rechtsunterschiede im Privatrecht nicht kennt.

---

<sup>41</sup> Statt vieler OGG Urteil v. 6.4.2009 N a-309-S-17-09.

<sup>42</sup> Vgl. für die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen in Georgien *Tsertsvadze*, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Georgia, in: Beiträge und Informationen zum Recht im postsowjetischen Raum (<[www.mpipriv.de/gus](http://www.mpipriv.de/gus)>), abrufbar unter <[http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009\\_11\\_19\\_013.pdf](http://www.mpipriv.de/files/pdf3/2009_11_19_013.pdf)> (22.11.2013).

<sup>43</sup> *Artikel 68. Anerkennung ausländischer Urteile*  
 „1. Rechtskräftige Entscheidungen der Gerichte anderer Staaten werden in Georgien anerkannt.  
 2. Die Anerkennung ist ausgeschlossen, wenn:  
 a) die Sache zur ausschließlichen Zuständigkeit Georgiens gehört,  
 b) einer Partei die gerichtliche Ladung gem. der geltenden Gesetzgebung des erkennenden Staates nicht zugestellt oder andere Verfahrensvorschriften verletzt wurden,  
 c) über denselben Anspruch zwischen denselben Parteien bereits eine rechtskräftige Entscheidung eines georgischen Gerichts oder eines ausländischen Gerichts vorliegt, das in Georgien anerkannt worden ist,  
 d) das erkennende ausländische Gericht gem. der georgischen Gesetzgebung nicht zuständig ist,  
 e) der ausländische Staat Urteile georgischer Gerichte nicht anerkennt,  
 f) über denselben Anspruch zwischen denselben Parteien und auf derselben Grundlage ein Gerichtsverfahren in Georgien anhängig ist,  
 g) das Urteil mit den Grundprinzipien des georgischen Rechts unvereinbar ist.“

<sup>44</sup> *Artikel 1. Anwendungsbereich*  
 „Dieses Gesetz bestimmt, welche Rechtsordnung bei Sachverhalten mit einer faktischen Verbindung zum ausländischen Recht anzuwenden ist. Es enthält zugleich die Vorschriften, die auf solche Verfahren anzuwenden sind.“

*(b) Das System der Anknüpfungspunkte des IPRG*

Das System des georgischen Kollisionsrechts folgt kontinental-europäischen Traditionen. Die Verweisungsnormen des IPRG beruhen auf dem (modifizierten) Konzept *Savignys*,<sup>45</sup> wonach jeder Sachverhalt mit Auslandsberührung demjenigen Rechtsgebiet zuzuordnen ist, dem er „seiner eigentümlichen Natur nach angehört“. Um dieser Zielsetzung nachzukommen, bedient sich der georgische Kollisionsrechtsgesetzgeber vorwiegend der allseitigen Kollisionsnormen, die jedem beliebigen Recht der Welt die Tür ins inländische Gerichtsverfahren offen halten. Die allseitigen Kollisionsnormen sind die Regel, die einseitigen dagegen eine Ausnahme. Aus rechtspolitischer Sicht können die im IPRG enthaltenen einseitigen und unvollkommenen allseitigen Kollisionsnormen wie folgt charakterisiert werden:

- a) Normen, die im Interesse der Beteiligten einseitig formuliert sind. Diese Normen beziehen sich auf private Eigenschaften, Interessen und die Rechtsstellung der beteiligten Parteien (z.B. Art. 25 Abs. 2 IPRG<sup>46</sup>).
- b) Normen, die im Interesse des inländischen Rechtsverkehrs einseitig gestaltet sind bzw. eine allseitige Anknüpfung einschränken (z.B. Art. 44 Abs. 2 lit. a<sup>47</sup>; Art. 46 IPRG<sup>48</sup>). Diese einseitigen Verweisungsnormen setzen in der Regel einen relevanten Inlandsbezug in Form von Staatsangehörigkeit, gewöhnlichem Aufenthalt bzw. Sitz in Georgien voraus.
- c) Exklusivnormen, die exklusiv auf den Schutz der Inländer gerichtet sind und entweder als Ausnahmeregel oder subsidiäre Anknüpfung eingreifen (z.B. Art. 47 Abs. 2<sup>49</sup>; 48 Abs. 4 IPRG<sup>50</sup>).

---

<sup>45</sup> Für einen Überblick über die Savigny'sche Kollisionsrechtslehre siehe *Seif*, Savigny und das Internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts, *RabelsZ* 65 (2001), S. 492 ff.

<sup>46</sup> *Artikel 25. Verschollenheits- und Todeserklärung*  
 „2. War der Verschollene oder für tot zu Erklärende im Zeitpunkt der Sachverhandlung Angehöriger eines fremden Staates, so kann er gleichwohl nach georgischem Recht für tot oder für verschollen erklärt werden, wenn hierfür ein berechtigtes Interesse besteht.“

<sup>47</sup> *Artikel 44. Eheschließung*  
 „2. Fehlt insoweit eine Voraussetzung und hat ein Verlobter seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Georgien, so ist georgisches Recht anzuwenden, wenn:  
 a) die Anwendung ausländischen Rechts die Freiheit der Eheschließung im Vergleich zu georgischen Gewohnheiten mehr einschränken würde.“

<sup>48</sup> *Artikel 46. Gutgläubensschutz Dritter*  
 „Unterliegen die güterrechtlichen Beziehungen der Ehegatten einem ausländischen Recht und hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Sitz in Georgien oder betreibt er hier ein Gewerbe, so werden Einwendungen aus den mit Dritten abgeschlossenen Rechtsgeschäften nicht berücksichtigt, wenn der Dritte den rechtlichen Güterstand der Ehegatten kannte oder kennen müsste.“

<sup>49</sup> *Artikel 47. Eheauflösung*  
 „2. Kann die Ehe nach dem ausländischen Recht nicht geschieden werden, so unterliegt die Scheidung georgischem Recht, wenn der die Scheidung begehrende Ehegatte Georgier ist oder es zum Zeitpunkt der Eheschließung war.“

Rassische, ethnische, religiöse oder auf andere Weise diskriminierende Anknüpfungspunkte kennt das Gesetz nicht. Sie kämen bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht in Betracht.

Im Bereich des Personalstatuts dominiert das Staatsangehörigkeitsprinzip. Versagt der Staatsangehörigkeitsgrundsatz, tritt an seine Stelle regelmäßig die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt als eine Art „Auffanganknüpfung“. Nicht selten begegnet sie jedoch im IPRG auch als „Anknüpfungspunkt der ersten Stufe“. Dies geschieht vor allem dort, wo die Maßgeblichkeit des „Umweltrechts“ einer Person den Ausschlag gibt (z.B. Art. 42 Abs. 2 lit. a IPRG<sup>51</sup>).

Das IPRG besteht überwiegend aus Verweisungsvorschriften mit mehreren Anknüpfungspunkten. Diese Anknüpfungspunkte wirken entweder alternativ, distributiv oder subsidiär. Vereinzelt begegnen auch kumulative Anknüpfungen (z.B. Art. 44 Abs. 1 IPRG<sup>52</sup>). Die subsidiär geltenden Anknüpfungssysteme werden nach dem aus dem deutschen Kollisionsrecht bekannten „Leiterprinzip“ stufenweise aufgebaut. Die Alternativanknüpfungen sind hingegen äquivalent, da sie entweder eine Verlegenheitslösung anbieten oder auf einen bestimmten materiellen Erfolg gerichtet sind. Diese Konstruktionen, die in der Regel das sog. Günstigkeitsprinzip verkörpern, kann man im Gesetz an mehreren Stellen finden.

Das IPRG folgt einem System der objektiven Anknüpfungen. Die Anknüpfung an den Parteiwillen findet man im Gesetz lediglich an zwei Stellen. Die Parteiautonomie ist eine Primäranknüpfung im Internationalen Vertragsrecht, wo sie nach dem Grundsatz der freien Rechtswahl gestaltet ist. Die Vertragsparteien dürfen eine beliebige Rechtsordnung der Welt wählen. Im Internationalen Familienrecht spielt sie hingegen eine nachgeordnete Rolle, da Eheleuten dort nur eine räumlich eingeschränkte Rechtswahlmöglichkeit zugestanden wird (siehe Art. 45 Abs. 2 IPRG<sup>53</sup>).

---

<sup>50</sup> Artikel 48. *Unterhalt*

„4. Georgisches Recht ist anzuwenden, wenn sowohl der Unterhaltsberechtigte als auch der verpflichtete Georgier sind und der Verpflichtete seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Georgien hat.“

<sup>51</sup> Artikel 42. *Delikte*

„2. An die Stelle des nach Absatz 1 maßgeblichen Rechts tritt

a) das Recht des Staates, in dem sowohl der Ersatzpflichtige wie der Geschädigte zur Zeit des Schadensereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten.“

<sup>52</sup> Artikel 44. *Eheschließung*

„1. Die Voraussetzungen der Eheschließung unterliegen für jeden Partner dem Recht des Staates, dem er angehört.“

<sup>53</sup> Artikel 45. *Ehewirkungen*

„2. Abs. 1 dieses Artikels gilt auch für die güterrechtlichen Beziehungen der Ehe, wenn die Ehegatten nicht wirksam die Geltung eines anderen Rechts wählen. Eine solche Rechtswahl ist wirksam, soweit sie auf das Recht des Staates verweist:

a) dem einer der Ehegatten angehört,

Das IPRG reflektiert beinahe alle Anknüpfungspunkte des EGBGB. Sie können somit in Generalklauseln („engste Verbindung“), rechtssubjekt-, rechtsobjekt-, handlungs- und formbezogene Anknüpfungspunkte aufgeteilt werden. Der größte Unterschied zwischen dem IPRG und dem EGBGB besteht darin, dass das IPRG Ausweichklauseln durchgängig vermeidet. Das Gesetz ist durch starre Anknüpfungspunkte gekennzeichnet, von denen nicht abgewichen werden kann. Der Gesetzgeber, der damit anscheinend für mehr Rechtssicherheit sorgen wollte, hat ein starres und rigides Anknüpfungssystem geschaffen, was eine praktische Handhabung des Gesetzes erheblich erschwert.

*(c) Anwendungsbereich des IPRG*

Die mit „Anwendungsbereich“ überschriebene Vorschrift spricht nur den räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzes an. Über den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes erteilt sie keinerlei Auskunft. Die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Gesetzes ist relativ einfach. Das ist das Gesetz über das (internationale) „Privatrecht“. Umfasst werden also alle privatrechtlichen Rechtsverhältnisse, die nicht in den Anwendungsbereich der völkerrechtlichen Verträge (Art. 2 IPRG) oder anderer autonomer Sondervorschriften außerhalb des IPRG fallen. Die nähere Umschreibung von Anwendungsbereichen der einzelnen Kollisionsnormen und die Antwort darauf, ob aus der Sicht des georgischen Sachrechts nicht privatrechtliche, aber im Herkunftsland als privatrechtlich qualifizierte (und umgekehrt) Kategorien vom IPRG erfasst werden, ist durch die funktionale Qualifikation der fraglichen Vorschrift zu beantworten.<sup>54</sup>

In persönlicher Hinsicht differenziert das IPRG praktisch nicht zwischen In- und Ausländern. Wie der Gesetzgeber zu betonen nicht müde wird, genießen ausländische Staatsangehörige im Inland gleiche Rechte und tragen gleiche Pflichten wie Inländer, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die gesetzliche Einschränkung der Inländergleichbehandlung kann verschiedene Gründe haben. Für das Kollisionsrecht wird vom Gesetzgeber ein Gegenseitigkeitsvorbehalt hervorgehoben. Laut Art. 21 IPRG<sup>55</sup> genießen ausländische natürliche und juristische Personen sowie

---

b) in dem einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat,

c) wo sich das unbewegliche Vermögen befindet.“

<sup>54</sup> Siehe dazu v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren, 2. Aufl., München 2003, § 7, Rn. 181.

<sup>55</sup> *Artikel 21. Gleichheit vor dem Gesetz*  
 „Ausländische natürliche und juristische Personen sowie Staatenlose genießen gleiche Rechts- und Geschäftsfähigkeit wie Georgier. Ausnahmen sind bei fehlender Gegenseitigkeit zulässig. Sie bedürfen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.“

Staatenlose die gleichen Rechte und Pflichten wie die Georgier. Ausnahmen sind bei fehlender Gegenseitigkeit zulässig. Diese Ausnahmen bedürfen aber einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die das georgische IPR meines Wissens noch nicht kennt.

Gemäß dem Einleitungssatz von Art. 1 IPRG ist es Aufgabe des IPRG, zu bestimmen, welche Rechtsordnung bei Sachverhalten mit einer faktischen Verbindung zum ausländischen Recht anzuwenden ist. Das ist eine Definitionsnorm, welche die Aufgabe des IPR allgemein aber dennoch eng umschreibt. Außerdem erweckt sie den Eindruck, eine umfassende Kodifikation des Verweisungsrechts einzuleiten. Dies ist aber angesichts der Regelungslücken des Gesetzes nicht der Fall. Schließlich erschöpft sich das autonome IPR nicht in Vorschriften des IPRG, sondern es sind in (seltenen) Einzelfällen vorrangig andere Spezialgesetze zu berücksichtigen.

Der Akzent auf dem Begriff „Rechtsordnung“ in Art. 1 IPRG bringt zum Ausdruck, dass die Definition des IPR sich auf die Anwendung des staatlichen Rechts bezieht.<sup>56</sup> Dennoch ist die völkerrechtliche Anerkennung nach zutreffender Ansicht keine erforderliche Voraussetzung der Staatlichkeit für die Zwecke des IPR.<sup>57</sup> Es reicht vielmehr aus, dass das in Frage kommende Rechtsgebiet Staatsmerkmale aufweist und die faktische Durchsetzung seines Rechts zu gewährleisten vermag.<sup>58</sup> Eine Zwischenrechtsordnung, wie die *lex mercatoria*,<sup>59</sup> kennt und anerkennt das georgische IPR grundsätzlich nicht, da es dafür am Merkmal der Rechtsordnung mangelt. Auch die internationalen Gebräuche, AGB und Verhaltenspraktiken können lediglich im Anwendungsbereich des anzuwendenden materiellen Rechts zur Anwendung kommen.<sup>60</sup> So verweist z.B. Art. 878 des georgischen ZGB auf die im internationalen Verkehr anerkannten Gebräuche über Dokumentenakkreditive und Dokumenteninkasso. Ebenso wenig

---

<sup>56</sup> Vgl. MüKo/Sonnenberger, 5. Aufl., München 2010, Einl. IPR, Rn. 5.

<sup>57</sup> Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl., München 2004, § 1 IV 2b, S. 20 f.

<sup>58</sup> Kegel/Schurig, vorige Fn., § 1 IV 2b, S. 21.

<sup>59</sup> Aus der unüberschaubaren Phalanx der Literatur zu der *lex mercatoria* siehe Dasser, Internationale Schiedsgerichte und *lex mercatoria*, Zürich 1989, S. 1 ff.; Delaume, Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts – The Myth of the *Lex Mercatoria*, Tul. L. Rev. 63 (1989), S. 575 ff.; Goode, Usage and its reception in transnational commercial law, Int'l. & Comp. L.Q. 46 (1997), S. 1 ff.; Hight, The Enigma of the *Lex Mercatoria*, Tul. L. Rev. 63 (1989), S. 613 ff.; Stein, *Lex mercatoria*, Frankfurt am Main 1995, S. 1 ff.; Weise, *Lex mercatoria – Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main u.a. 1990, S. 1 ff.; für den autonomen Charakter der *lex mercatoria* siehe Berger, International Economic Arbitration, Deventer u.a. 1993, S. 525; Blaurock, Übernationales Recht des Internationalen Handels, ZEuP 1993, S. 261 f.; Lando, The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration, Int'l. & Comp. L.Q. 34 (1985), S. 747.

<sup>60</sup> Bamberger/Roth/Lorenz, oben Fn. 14, Einl. IPR, Rn. 1.

ist mit dem Begriff der Rechtsordnung die Verweisung auf die Regeln des Sports oder der Technik oder auf die Vorschriften einer Religionsgemeinschaft vereinbar.<sup>61</sup> Eine Verweisung auf nichtstaatliche Regeln ist somit grundsätzlich als materiellrechtliche Verweisung zu qualifizieren. Indessen ist *de lege ferenda* die Wählbarkeit bestimmter anerkannter Regelwerke wie z.B. der *UNIDROIT-Principles*<sup>62</sup> mit kollisionsrechtlicher Wirkung zu empfehlen.

Art. 1 IPRG setzt eine *faktische Auslandsberührung* für die Einschaltung der Kollisionsnormen voraus. Das IPR erfasst also keine reinen Inlandssachverhalte, und bei einem mangelnden faktischen Auslandsbezug bedarf die Anwendung des georgischen Rechts keiner besonderen Begründung. Auch das Rechtsideal der internationalprivatrechtlichen Gerechtigkeit<sup>63</sup> muss hier nicht gewahrt werden, da noch kein Kollisionsrechtsfall vorliegt. Der faktische Bezug zum Ausland wird außerhalb des IPRG festgestellt. Erst dann wird der relevante Bezug zu einer Rechtsordnung – nämlich der normative Auslandsbezug – als die Rechtsanwendungsfrage der ersten Stufe aus einer Kollisionsnorm des IPRG abgeleitet.<sup>64</sup> Entspricht die faktische Verbindung zum Ausland dem relevanten Anknüpfungspunkt der georgischen Kollisionsnorm, so ist der relevante Auslandsbezug ohne Weiteres zu bejahen.<sup>65</sup> Ansonsten sind auch zusätzliche Kriterien zu prüfen (Staatsangehörigkeit, Aufenthalt, Belegenheitsort, Tatort usw.). Ist nach der Prüfung der normative Auslandsbezug irrelevant, so ist der Inlandsbezug relevant und das Gericht kann georgisches Recht anwenden.

Die Verweisung des Art. 1 Abs. 1 IPRG ist nicht auf Privatrechtsordnungen beschränkt. Verwiesen wird auf eine „Rechtsordnung“ (*samart'lebrivi c'esrigi*) als solche. Sodann ist festzustellen, dass auch auf ausländisches öffentliches Recht (mit)verwiesen wird, wenn dies nach dem Verweisungsumfang der georgischen Verweisungsnorm einen Sinn ergibt.<sup>66</sup> Der Sinn kann sich vor allem aus dem Umstand ergeben, dass die in Betracht kommende öffentlich-rechtliche Vorschrift das Privatrecht funktionell vertritt, also darunter auch eine privatrechtliche Rechtsfrage subsumiert werden kann.<sup>67</sup> Die Verweisung auf ausländisches öffentliches Recht

<sup>61</sup> M.w.N. zum deutschen Kollisionsrecht Prütting/Wegen/Weinreich/Mörsdorf-Schulte, oben Fn. 14, Art. 3 EGBGB, Rn. 12.

<sup>62</sup> Principles of International Commercial Contracts (3. Aufl., 2010), vorgelegt vom International Institute for Unification of Private Law in Rom (UNIDROIT) <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>> (22.11.2013).

<sup>63</sup> MüKo/Sonnenberger, oben Fn. 56, Art. 3 EGBGB, Rn. 8.

<sup>64</sup> Vgl. MüKo/Sonnenberger, oben Fn. 56, Art. 3 EGBGB, Rn. 8.

<sup>65</sup> Vgl. BSK IPRG/Schnyder/Grolimund, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 1 IPRG, Rn. 4.

<sup>66</sup> Vgl. Erman/Hohloch, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., Köln 2004, Art. 3 EGBGB, Rn. 4.

<sup>67</sup> Vgl. Prütting/Wegen/Weinreich/Mörsdorf-Schulte, oben Fn. 14, Art. 3 EGBGB, Rn. 13.

kann sich ausdrücklich aus der abweichenden Qualifikation (z.B. Verjährungsrecht), aus einem Anknüpfungspunkt der inländischen Kollisionsnorm (Staatsangehörigkeit einer Person) oder aus dem Hinweis auf die Beachtung der ausländischen Eingriffsnormen (vgl. Art. 35 Abs. 3 IPRG<sup>68</sup>) ergeben.<sup>69</sup>

Das IPRG enthält keine Bestimmung über die zeitliche Wirkung des Gesetzes. Dafür gilt somit die allgemeine Regel. Laut Art. 47 Abs. 1 des georgischen Gesetzes über die Normativakte (NAG)<sup>70</sup> hat ein Normativakt rückwirkende Kraft, soweit dies unmittelbar durch diesen Normativakt festgelegt ist. Da das IPRG keine Vorschrift enthält, die ihm die rückwirkende Geltung verschaffen würde, gilt das Gesetz nur für Rechtsverhältnisse, die nach dem 1.10.1998 entstanden sind.

## (2) Kollisionsnormen außerhalb des IPRG und Gewohnheitskollisionsrecht

### (a) Kollisionsnormen außerhalb des IPRG

Außerhalb des IPRG findet man nur selten Kollisionsnormen, und auch diese sind keine klassischen Kollisionsnormen, sondern Normen, die den Anwendungsbereich des Gesetzes zwingend bestimmen oder einseitig auf georgisches Recht verweisen. So erklärt z.B. Art. 4 lit. a FHWG das Gesetz über den freien Handel und Wettbewerb unabhängig von *in casu* anwendbarem Recht als zwingend anwendbar „auf alle Verhältnisse, die auf den inländischen Markt einwirken [...]“. Auch Art. 7 Abs. 1 Satz 4<sup>1</sup> VG enthält einen entsprechenden, einseitigen Rechtsanwendungsbefehl. Die Vorschrift beschränkt sich jedoch nicht auf das Versicherungsgesetz, sondern erklärt georgisches Recht als solches in Einzelfällen, die hier nicht ausführlich dargelegt werden können, für maßgeblich.

### (b) Gewohnheitsrechtliches IPR

Das IPR, wie auch andere Rechtsgebiete, entwickelt ein Gewohnheitsrecht für die Rechtsfragen, die gesetzlich nicht geregelt sind. Gewohnheitsrecht kann im Prinzip auf jeder Ebene der Gesetzeshierarchie entstehen. Der Geltungsbereich des Gewohnheitsrechts ist im georgischen Kollisionsrecht mit der Kodifikation des IPR ziemlich eingeengt worden. Dennoch ist im Hinblick auf die Lückenhaftigkeit des IPRG die Bedeutung des noch nicht

<sup>68</sup> Artikel 35. *Rechtswahl durch die Parteien*

„3. Eine Rechtswahl ist nichtig, sofern sie die zwingenden Normen des mit dem Vertrag am engsten verbundenen Staates missachtet.“

<sup>69</sup> Näher dazu Staudinger-*Hausmann*, Kommentar zum BGB, Berlin 2003, Art. 3 EGBGB, Rn. 8.

<sup>70</sup> Gesetz Nr. 1876-II s v. 22.10.2009, <[https://matsne.gov.ge/index.php?option=com\\_ldmssearch&view=docView&id=90052](https://matsne.gov.ge/index.php?option=com_ldmssearch&view=docView&id=90052)> (22.11.2013).

existierenden Gewohnheitsrechts für das georgische Kollisionsrecht immens. Ein Entwicklungspotential als Gewohnheitsrecht weisen sowohl allgemeine Fragen wie Qualifikation, Anpassung, Vor- und Nachfrage als auch die besonderen Gebiete wie Internationales Scheck- und Wechselrecht auf. Außerdem fehlen im Internationalen Deliktsrecht Sonderregeln für einzelne Deliktstypen, die nicht auf Grundlage des Tatortprinzips abschließend geregelt werden können. Schließlich warten auch die Auswecklauseln, die vom Gesetzgeber durchgängig vermieden worden sind, auf ihre gewohnheitsrechtliche Verfestigung.

#### IV. Zwei Beispiele aus dem IPRG

Eines der größten Probleme des IPRG besteht in redaktionellen Unstimmigkeiten, mit denen das Gesetz behaftet ist. Zum Teil handelt es sich dabei um Übersetzungsfehler und zum Teil um rein redaktionelle Versehen des Gesetzgebers. Hier können zwei Beispiele angebracht werden.

##### 1. Sonderanknüpfung internationaler Eingriffsnormen der *lex fori*

Art. 6 IPRG lautet: „Die Vorschriften dieses Gesetzes haben keine Auswirkung auf die Geltung der zwingenden Normen des georgischen Rechts ungeachtet dessen, welches Recht zur Regelung von Verhältnissen angewandt wird“. Diese aus dem EVÜ stammende Vorschrift, die nicht nur Internationales Vertragsrecht, sondern das gesamte georgische Kollisionsrecht umfasst, behandelt eine der umstrittensten Fragen des IPR, wann nämlich das von den „normalen“ Anknüpfungsregeln berufene Recht – also *lex causae* – gegenüber den zwingenden Vorschriften der *lex fori* zurückzutreten hat.

Die allgemeine Problematik, die die Vorschrift in sich birgt, wird durch ihre terminologische Unschärfe noch verstärkt. Anstelle einer verbreiteten und zutreffenden Formulierung mit dem Adjektiv „international“ (*international mandatory rules*, internationale zwingende Normen, *lois d'application immediate*), was die internationale Wirkung und Bedeutung einer zwingenden und deshalb gesondert anzuknüpfenden Norm unterstreicht, verwendet der georgische Gesetzgeber schlicht den Begriff „zwingende Normen“. Alarmierend ist diese Formulierung deshalb, weil der Terminus zwingende Normen in der georgischen Fachterminologie allgemein alle Typen der zwingenden Normen erfasst. Die daraus resultierende begriffliche Verwirrung kann bei manchen, die nicht mit der Herkunft der Norm und ihrer Zielsetzung vertraut sind, den Anschein wecken, dass alle zwingenden Normen des georgischen Rechts in ihrem Anwendungsbereich gegenüber allen Normen eines ausländischen Rechts Vorrang genießen,

genauer gesagt, dass georgische Gerichte an zwingende Normen des georgischen Rechts auch dann gebunden sind, wenn das georgische Recht nicht in der Sache anwendbares Recht ist. Der Wortlaut des Art. 6 IPRG hat noch einen weiteren erheblichen Mangel. Die Geltung der Vorschrift wird auf das IPRG beschränkt, obwohl dieses Gesetz nicht das gesamte Kollisionsrecht kodifiziert.

Für die systemgerechte Korrektur der geschilderten redaktionellen Fehler ist eine teleologische Reduktion des Wortlauts des Art. 6 IPRG erforderlich. Wie schon oben angedeutet wurde, stammt Art. 6 IPRG aus dem EVÜ. Art. 7 EVÜ ist eines der Pionierbeispiele für die Behandlung der Eingriffsnormenproblematik auf der legislativen Ebene. Art. 7 Abs. 2 EVÜ legt fest, dass das Übereinkommen nicht die Anwendung der nach dem Recht des Staates des angerufenen Gerichtes geltenden Bestimmungen berührt, die ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Diese Vorschrift wurde praktisch ohne inhaltliche Änderungen in Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO übernommen.

Noch deutlicher kommt der Charakter der international zwingenden Normen dieser Verordnung in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO zum Ausdruck. Als solche werden im Anschluss an die sog. „Arblade-Formel“ des EuGH<sup>71</sup> die Vorschriften bezeichnet, „deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des [...] auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden [sind], die in ihren Anwendungsbereich fallen“. Mit dieser Definition wird noch deutlicher hervorgehoben, wann sich eine zwingende Norm der *lex fori* auch bei einer forumfremden *lex causae* zwingend durchsetzen kann. Außerdem wird deutlich gezeigt, dass nicht jede zwingende Norm eine Eingriffsnorm ist. Schließlich wird durch die Einengung der Definition der Umstand unterstrichen, dass die Heranziehung und Durchsetzung zwingenden Rechts des Forums in strengen Grenzen und stets moderat<sup>72</sup> zu geschehen hat.<sup>73</sup>

Art. 9 Rom I-VO konnte vom georgischen Kollisionsrechtsgesetzgeber freilich nicht berücksichtigt werden. Er hat sich aber an dem EVÜ orientiert. Die aufmerksame Lektüre des Art. 6 IPRG zeigt, dass es sich dabei um eine ungeschickte Übersetzung des Art. 7 Abs. 2 EVÜ handelt. Diese redaktionelle Inkonsequenz ist auch im neuen Schrifttum zum georgischen IPR ausdrücklich bestätigt. Im Hinblick auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 2 EVÜ wird zutreffend unterstellt, dass Art. 6 IPRG nur international zwingende Normen georgischen Rechts um-

---

<sup>71</sup> EuGH Slg. 1999, I-8453 („Arblade“) = ZEuP 2001, S. 359 mit Anm. *Kreber*.

<sup>72</sup> BGH NJW 2006, S. 762, 764.

<sup>73</sup> MüKo/Martiny, 5. Aufl., München 2010, Art. 9 Rom I-VO, Rn. 4.

fasse.<sup>74</sup> Dieser Schluss klinge allerdings spekulativ, wenn man keine hand-feste Aussage darüber treffen könne, warum Art. 6 IPRG nur international zwingende Normen und nicht alle zwingenden Normen umfassen soll. Denn trotz genereller Orientierung an dem EVÜ hätte der Gesetzgeber doch einen anderen Weg eingeschlagen können. Die Antwort zu dieser Frage liegt in der Natur des IPR und in seinem Zweck, international-privatrechtliche Gerechtigkeit trotz des Inhalts der berufenen Rechtsordnung zu erzielen. Die Umgehung der normalen zwingenden Normen der *lex fori* durch Verweisung auf eine andere Rechtsordnung ist eine zwingende Eigenschaft des IPR. Wenn wir eine ausländische Rechtsnorm anwenden, so akzeptieren wir dies grundsätzlich, auch wenn die Rechtsfolge im Vergleich zum georgischen Recht ungerecht erscheint. Gleichgültig, aus welchem Grund (*comitas*, Parteien- oder Verkehrsinteressen, internationaler Entscheidungseinklang) man bei einem ausländischen Sachverhalt anstelle inländischen Rechts die Anwendung ausländischen Rechts zulässt, mit diesem Schritt bekennt man sich dazu, dass ein Auslandssachverhalt auf einer übernationalen Stufe steht und auch anders als ein reiner Inlands-sachverhalt behandelt werden muss. Vernünftigerweise muss diese Behandlung großzügiger sein als bei einem reinen Inlandssachverhalt, geschweige denn, dass ein Auslandssachverhalt rechtlich nicht strenger behandelt werden darf, als ein ähnlicher inländischer Sachverhalt. Genau deshalb unterscheidet man die materiellrechtliche Verweisung von der IPR-Verweisung.

Für mehr Klarheit kann hier ein Beispiel sorgen. Laut Art. 1179 Abs. 1 des georgischen ZGB können durch einen Ehevertrag die Pflichten der Ehegatten zum gegenseitigen Unterhalt, Rechte und Pflichten der Eltern gegenüber den Kindern und Unterhaltspflichten nicht modifiziert werden. Das heißt, dass alle Normen, die diese Rechtsverhältnisse regeln, einen zwingenden Charakter haben. Damit wäre das gesamte Unterhaltsstatut auch dann, wenn es ausländisches Recht ist, praktisch durch georgische zwingende Normen überlagert, obwohl die meisten von diesen Normen einfache zwingende Normen sind. Letztendlich gelangte man zu zwei Ergebnissen: Georgisches Recht würde entweder alle (zwingenden) Normen ausländischen Unterhaltsrechts in seinem Anwendungsbereich verdrängen, was nicht nur zur erheblichen Belastung der Parteien, sondern auch zu einer Gefährdung des internationalen Entscheidungseinklangs und praktisch zur Anwendung der *lex fori* anstelle des berufenen Rechts führen würde; oder das georgische Recht würde sich neben ausländisches zwin-gendes Unterhaltsrecht stellen und die betroffene Partei doppelt belasten

---

<sup>74</sup> *Ioseliani*, Moqnili meTodis upiratesoba [Vorrang der flexiblen Anknüpfung], S. 83, abrufbar unter <[http://www.tsu.edu.ge/data/file\\_db/faculty-law-public/Aleqsandre%20Ioseliani.pdf](http://www.tsu.edu.ge/data/file_db/faculty-law-public/Aleqsandre%20Ioseliani.pdf)> (22.11.2013).

und die Gegenseite ggf. doppelt begünstigen. Sowohl das erste als auch das zweite Ergebnis ist unannehmbar. Beide widersprechen dem Sinn des Kollisionsrechts, gefährden den internationalen Entscheidungseinklang und hindern den internationalen Rechtsverkehr, was nicht das Ziel des Gesetzgebers gewesen sein konnte. Daher ist Art. 6 IPRG dahingehend auszulegen, dass der Begriff der zwingenden Normen für die Zwecke dieses Artikels nicht alle zwingenden Normen, sondern nur diejenigen umfasst, die vom Staat für so wichtig für die Wahrung der öffentlichen Interessen betrachtet werden, dass sie ungeachtet des an sich anwendbaren Rechts zwingend zur Anwendung kommen. Der gleiche Schluss ergibt sich auch für den Begriff der zwingenden Normen in Art. 35 Abs. 3 IPRG.

## 2. Ubiquitätsprinzip im Internationalen Deliktsrecht

Das Internationale Deliktsrecht wird in Art. 42 IPRG geregelt. Abs. 1 statuiert die Grundanknüpfung des Internationalen Deliktsrechts. Die Vorschrift lautet:

„Die Schadensersatzpflicht unterliegt:

- a) dem für den Geschädigten günstigeren Recht;
- b) dem Recht des Staates, wo die unerlaubte Handlung ausgeübt wurde oder das schädigende Ereignis eingetreten ist oder
- c) dem Recht des Staates, in dem das geschützte Interesse verletzt wurde.“

Nach diesem Aufbau (a, b, c) enthält Abs. 1 drei unabhängige Anknüpfungspunkte. Die Anknüpfungspunkte unter b) und c) sind Anknüpfungen an den Tatort. Sie verweisen jeweils entweder auf den konkreten Handlungs- oder Erfolgsort. Der Anknüpfungspunkt unter a) ist dagegen allgemein und verweist auf das für den Geschädigten günstigere Recht. Das heißt nach Wortlautauslegung, dass bei den Delikten von allen Rechtsordnungen der Welt dasjenige Recht anzuwenden ist, das für den Geschädigten den günstigsten Anspruch bereit hält. Nach dieser Prämisse hat jeder georgische Richter theoretisch alle Rechtsordnungen der Welt auf ihre Freundlichkeit gegenüber dem Geschädigten zu überprüfen und dementsprechend anzuwenden. Dieser Vorgang ist jedoch extrem aufwendig, äußerst absurd und könnte keinem Justizsystem zugemutet werden. Es ist keine Rechtsordnung bekannt, die mit ähnlich ambitionösen Aufgaben ihr Gerichtssystem schikanieren würde. Außerdem besteht für einen derartigen Vorgang auf der Seite des Geschädigten keinerlei Legitimation. Nichts spricht dafür, den Geschädigten derart zu privilegieren, dass ihm eine beliebige und sogar sachneutrale Rechtsordnung zur Auswahl gestellt wird. Auch die Rechtsordnungen, die bei der Kodifikation des georgischen IPR berücksichtigt wurden, kennen ein derartiges Anknüpfungssystem nicht. Die einzige rationale Schlussfolgerung, die nach der Lektüre des Art. 42 Abs. 1 IPRG zu ziehen ist, geht dahin, dass es sich hierbei wieder um ein

redaktionelles Versehen des Gesetzgebers handelt. Die Vorgabe, dass das Deliktsstatut das für den Beschädigten günstigere Recht sein muss, ist kein Anknüpfungspunkt an sich, sondern das zum Zeitpunkt der Kodifizierung des georgischen IPR im deutschen Gewohnheitsrecht (galt bis 1999<sup>75</sup>) geltende Günstigkeitsprinzip, das von den Kodifikatoren übernommen aber rechtssystematisch und redaktionell falsch platziert wurde. Nach diesem Prinzip steht dem Geschädigten ein kollisionsrechtliches Gestaltungsrecht zu;<sup>76</sup> er kann selbst zwischen Handlungs- und Erfolgsort wählen und die Rechtslage dadurch endgültig gestalten;<sup>77</sup> bei Nichtausübung dieses Wahlrechts ist der Richter von Amts wegen verpflichtet, das für den Geschädigten günstigere Recht anzuwenden.<sup>78</sup>

## V. Anwendung fremden Rechts

### *1. Allgemeines zur Behandlung des ausländischen Rechts im Prozess*

Gemäß Art. 3 Abs. 1 IPRG<sup>79</sup> hat ein georgisches Gericht bei der Anwendung des fremden Rechts das Erforderliche zu tun, um den Sinn der ausländischen Rechtsnormen unter Berücksichtigung ihrer offiziellen Auslegung, der Praxis ihrer Anwendung sowie unter Beachtung der Doktrin im entsprechenden Land festzustellen. Die Gerichte sind insofern verpflichtet, sich aller zugänglichen Erkenntnisquellen zu bedienen, um den Inhalt fremden Rechts zu ermitteln. Vermag das Gericht das ausländische Recht

---

<sup>75</sup> Grundsätzlich ersetzt durch das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen v. 21.5.1999, verkündet in BGBl. I 1999 Nr. 26 v. 31.5.1999, S. 1026.

<sup>76</sup> *Looschelders*, Internationales Privatrecht – Art. 3–46 EGBGB, Berlin u.a. 2004, Art. 40 EGBGB, Rn. 33; *MüKo/Junker*, 5. Aufl., München 2010, Art. 40 EGBGB, Rn. 37; *Palandt/Heldrich*, Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Aufl., München 2008, Art. 40 EGBGB, Rn. 5; *Dörner*, Alte und neue Probleme des Internationalen Deliktsrechts, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (Hrsg.), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag, Tübingen 2001, S. 491, 494; v. *Hein*, Günstigkeitsprinzip oder Rosinentheorie? – Erwiderung auf Lorenz (NJW 1999, 2215), NJW 1999, S. 3174, 3175; v. *Hoffmann*, Internationales Haftungsrecht, IPRax 1996, S. 1, 5.

<sup>77</sup> v. *Hein*, vorige Fn., S. 3174 f.; siehe aber *Lorenz*, Zivilprozessuale Konsequenzen der Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts: Erste Hinweise für die anwaltliche Praxis, NJW 1999, S. 2215, 2217 f.

<sup>78</sup> BGHZ 132, S. 105, 118; BGH IPRax 1982, S. 1, 3 mit Anm. *Kreuzer*.

<sup>79</sup> *Artikel 3. Feststellung des Rechts anderer Staaten*

„1. Bei der Anwendung des ausländischen Rechts hat das Gericht das Erforderliche zu tun, um den Sinn dieser Rechtsnormen unter der Berücksichtigung ihrer offiziellen Auslegung, der Praxis ihrer Anwendung sowie unter Beachtung ihrer Doktrinen im entsprechenden Land festzustellen.“

nicht mit eigenen Kräften zu ermitteln, kann es sich an die Parteien wenden. Versucht eine Prozesspartei schon vorher den Nachweis über den Sinn und Zweck der ausländischen Rechtsnormen und ihrer Anwendungspraxis zu führen, darf das Gericht die Mitwirkung nicht zurückweisen, obwohl es nicht an diese Nachweise gebunden ist. Die Anhörungspflicht des Gerichts ergibt sich aus dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 42 Abs. 1 GVerf).<sup>80</sup> Verhilft auch dieser Vorgang nicht zur Erkenntnis des fremden Rechts oder ist die Ermittlung des ausländischen Rechts mit erheblichen Kosten verbunden, wendet das Gericht georgisches Sachrecht an (Art. 3 Abs. 2 IPRG<sup>81</sup>).

Die Vorschrift spricht von der Ermittlung des Sinns der Rechtsnormen. Die Rechtsnormen sind jedoch nicht die einzig denkbare Rechtsquelle, die das Gericht ermitteln und anwenden muss. Es gibt auch Länder, deren Rechtssysteme nicht ausschließlich aus Rechtsnormen im formellen Sinne, sondern auch aus Gebräuchen oder aus Rechtsprechung mit präjudizieller Wirkung bestehen. Das letzte Merkmal prägt nicht nur die anglo-amerikanischen Länder, sondern gewinnt auch in kontinentalen Rechtsfamilien mehr an Bedeutung.<sup>82</sup> Schließlich ist der Sinn mancher Gesetzesnormen ohne Berücksichtigung der Judikatur, die diese Gesetzesnormen konkretisiert, gar nicht erschließbar.<sup>83</sup> Daher verwirrt die begriffliche Einschränkung auf die Rechtsnormen. Die Verweisung umfasst alle Rechtsquellen des fremden Rechts, und die Bestimmung des Charakters als Rechtsquelle, bleibt stets der Rechtsquellenordnung des ausländischen Rechts überlassen.<sup>84</sup>

Die Stellung des Art. 3 IPRG im kollisionsrechtlichen Teil des IPRG darf nicht über seine Rechtsnatur hinwegtäuschen. Wie und wie weit das ausländische Recht im Verfahren anzuwenden und zu ermitteln ist, ist eine Verfahrensfrage.<sup>85</sup> Es ist die *lex fori*, die darüber entscheiden muss, wie im Verfahren gehandelt wird (*forum regit processum*). Wenn es zur Anwendung des Art. 3 IPRG gekommen ist, ist die kollisionsrechtliche Arbeit

---

<sup>80</sup> Vgl. *Huzel*, Zur Zulässigkeit eines „Auflagenbeschlusses“ im Rahmen des § 293 ZPO, IPRax 1990, S. 77, 79.

<sup>81</sup> „2. Bleiben die im Abs. 1 dieses Artikels vorgesehenen Maßnahmen erfolglos oder sind sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden und kann auch keine Prozesspartei den Nachweis über Sinn und Zweck der Rechtsnormen und ihrer Anwendung führen, so wendet das Gericht georgisches Recht an.“

<sup>82</sup> *Cappelletti*, Some Thoughts on Judicial Law-Making, in: Graveson/Zweigert (Hrsg.), Festschrift für Imre Zajtay, Tübingen 1982, S. 97 ff.

<sup>83</sup> *Jayme*, Der deutsche Richter und das Common Law, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 447, 449 ff.

<sup>84</sup> v. *Bar/Mankowski*, oben Fn. 54, § 5, Rn. 100.

<sup>85</sup> v. *Bar/Mankowski*, oben Fn. 54, § 5, Rn. 64.

bereits getan.<sup>86</sup> Nun ist es eine Aufgabe des Prozessrechts darüber zu entscheiden, ob das Gericht das ausländische Recht *ex officio* anwenden und auf welche Art und Weise es den Inhalt der ausländischen *lex causae* ermitteln muss. Lediglich der letzte Halbsatz des Art. 3 Abs. 2 IPRG weist eine kollisionsrechtliche Eigenschaft auf, indem er auf das georgische Recht subsidiär als Ersatzrecht zurückverweist.

## 2. Ausländisches Recht – Rechts- oder Tatsachenfrage

### a) Ausländisches Recht als Recht

Im Prozess unterscheidet man zwischen Tatsache und Recht. Das Recht wird von Amts wegen angewendet, die Tatsache wird vorgetragen und bewiesen (*da mihi factum, dabo tibi ius*). Die Tatsachenfeststellungen werden in den Rechtsinstanzen (Kassation) nicht mehr überprüft, während die Rechtsfragen grundsätzlich überprüfbar sind. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung darüber, ob ausländisches Recht im Prozess als Recht oder als Tatsache anzusehen ist, nicht nur von theoretischer Bedeutung.

Der Umstand, dass die Kollisionsnormen des IPRG regelmäßig auf das Recht verweisen, besagt noch nichts darüber, ob ausländisches Recht auch als Recht angewendet werden muss. Dies ergibt sich vielmehr aus der Natur des georgischen Kollisionsrechts und aus dem Sinn des Art. 3 IPRG. Es ist unstrittig, dass der Kollisionsrechtsgesetzgeber von der Äquivalenz der Rechtsordnungen ausgeht, wenn er in Art. 1 IPRG auf eine Rechtsordnung verweist, die sowohl eine inländische als auch eine ausländische sein kann. Er nimmt also keine qualitative Demarkation zwischen ausländischem und inländischem Recht vor. Dementsprechend ist sowohl georgisches als auch ausländisches Recht „Recht“ im Sinne des IPRG<sup>87</sup> und das Gericht muss das ausländische Recht so anwenden, wie es ggf. georgisches Recht anwenden würde. Außerdem gibt der Kollisionsrechtsgesetzgeber in Art. 3 Abs. 1 IPRG eine konkrete Aufgabe vor. Der Richter hat das maßgebliche ausländische Recht so anzuwenden, wie es sich in der Rechtsprechung und Doktrin des betreffenden Staates etabliert hat. Das heißt,

---

<sup>86</sup> Bei einer bedingten Kollisionsrechtsverweisung ist jedoch diese Arbeit nur zur Hälfte abgeschlossen. In diesem Fall bleibt die Frage, wie das ausländische Kollisionsrecht behandelt wird, stets eine kollisionsrechtliche Frage, da davon immer noch die Richtigkeit eines Rechtsanwendungsbefehls abhängt. Eine praktische Bedeutung hätte die Unterscheidung dann erlangt, wenn georgisches Prozessrecht ausländisches Recht als Tatsache und nicht als Recht behandelt hätte. In diesem Fall wäre ausländisches Kollisionsrecht trotzdem als Recht zu behandeln, um die Kollisionsrechtsverweisung von Amts wegen auszusprechen.

<sup>87</sup> Vgl. nur BGH NJW 1992, S. 3106, 3107.

dass das Gericht eine „reale“ Entscheidung treffen muss,<sup>88</sup> also eine solche Entscheidung, die beim Vorliegen der gleichen Voraussetzungen auch vom ausländischen Richter getroffen werden würde. Er muss so entscheiden, als säße er an der Stelle eines in dem betreffenden Recht heimischen Richters.<sup>89</sup> Das ausländische Recht muss also nach seinem Sinn und Geist als „law in action“ behandelt werden.

#### *b) Unterschiedliche Behandlung des ausländischen und inländischen Rechts im Verfahren*

Ausländisches Recht ist zwar „law, but law of a different kind“.<sup>90</sup> Es bleibt stets fremdes Recht und wird durch den Rechtsanwendungsbefehl des IPR nicht zum eigenen Recht. Gerichte kennen ausländisches Recht nur in seltenen Fällen, und dessen Kenntnis wird ihnen auch nicht zugemutet.<sup>91</sup> Sogar ein auf Auslandsrechtsanwendung spezialisierter Richter kann nicht knapp 200 Rechtsordnungen der Welt kennen. Der Satz *iura novit curia* gilt praktisch nur für das eigene Recht.<sup>92</sup> Aus diesem Umstand ergeben sich erhebliche Differenzen zwischen der Behandlungsweise des inländischen und ausländischen Rechts im Prozess. Wenn es zum ausländischen Recht kommt, wird die Rechtskenntnispflicht des Gerichts durch eine Informationsbeschaffungspflicht ersetzt.<sup>93</sup> Diese Pflicht reicht ihrerseits soweit, wie die eigene Sachkunde des Gerichts reicht. Art. 3 Abs. 2 IPRG bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass er die Mitwirkungsmöglichkeit der Parteien vorsieht und eine Nachweiserbringung über den Inhalt des ausländischen Rechts zulässt. So weit das ausländische Recht dem georgischen Richter unbekannt ist, dürfen und in seltenen Fällen müssen die Prozessparteien Nachweise über das ausländische Recht und seinen Inhalt

---

<sup>88</sup> *Kegel/Schurig*, oben Fn. 57, § 15 III, S. 504; *Kegel*, Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht, in: Basedow/Hopt/Kötz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Drobnig zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, S. 315, 317 ff.

<sup>89</sup> v. *Bar/Mankowski*, oben Fn. 54, § 5, Rn. 100.

<sup>90</sup> *Hartley*, Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared, Int'l. & Com. L.Q. 45 (1996), S. 271, 272.

<sup>91</sup> *Nagel/Gottwald*, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Köln 2007, § 10, Rn. 21; *Neuhaus*, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1976, § 43 II, S. 324.

<sup>92</sup> A.A. *Schütze*, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Köln 2009, Rn. 252.

<sup>93</sup> *Remien*, Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 617, 618.

vorlegen. Der Richter kann sich auch auf zusätzliche externe Quellen beziehen. Die Verfahrensregeln über Beweisführung werden dabei eingeschränkt analog angewendet.

In Anbetracht dieser Differenzen wird die Anerkennung ausländischen Rechts als Recht letztendlich zu einer Art Fiktion.<sup>94</sup> Der gesamte Vorgang ändert allerdings nichts an der Eigenschaft des ausländischen Rechts als Recht. Auch durch die Prozessparteien vorgebracht, bleiben die ausländischen Rechtsnormen für den georgischen Richter Rechtssätze; sie werden nicht zu Tatsachen. Dies zeigt sich vor allem darin, dass das Gericht nicht auf die Nachweise beschränkt ist, die von den Parteien beigebracht werden. Außerdem finden die Beweislastregeln bei der Ermittlung und Anwendung des ausländischen Rechts keine direkte Anwendung.<sup>95</sup> Schließlich darf wegen mangelnder Feststellbarkeit des Inhalts des ausländischen Rechts keine Klage abgewiesen oder zugesprochen werden.<sup>96</sup>

### c) Anwendung ausländischen Rechts von Amts wegen

Fraglich ist auch die Stellung des IPR im Zivilverfahren. Dass ein inländisches Gericht ausländisches Recht anwenden soll, steht erst nach dem kollisionsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl fest. Ohne diesen Befehl kann ausländisches Recht im Inland keine Geltung beanspruchen. Ihm ist jedoch die Frage nach dem kollisionsrechtlichen Status des IPR vorgelegt. Sie stellt sich dahingehend, ob das Gericht das ausländische Recht *ex officio* anwenden muss oder an den Hinweis der Prozessparteien gebunden ist. In dieser Hinsicht kann man zwischen zwei Kategorien von Rechtsordnungen unterscheiden. Zu der ersten Kategorie gehören Staaten, in denen das Kollisionsrecht und das dadurch berufene ausländische Recht zwingend angewendet wird (Deutschland).<sup>97</sup> Zur zweiten Kategorie gehö-

<sup>94</sup> Varady, Foreign Law before Domestic Authorities. Realities and Gestures, in: Graveson/Zweigert (Hrsg.), Festschrift für Imre Zajtay, Tübingen 1982, S. 489; Trautmann, Ausländisches Recht vor deutschen und englischen Gerichten, ZEuP 2006, S. 283, 285.

<sup>95</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, oben Fn. 54, § 5, Rn. 98.

<sup>96</sup> Vgl. v. Bar/Mankowski, oben Fn. 54, § 5, Rn. 104; Schütze, oben Fn. 92, Rn. 263.

<sup>97</sup> Vgl. RGZ 102, S. 214 = JW 1936, S. 2059; BGH NJW 1993, S. 2305, 2306; BGH NJW 1996, S. 54, mit Anm. von Mäsch S. 1453; BGH NJW 1998, S. 1395, 1396; BGH NJW 2003, S. 2605, 2606; Bamberger/Roth/Lorenz, oben Fn. 14, Einl. IPR, Rn. 6; Erman/Hohloch, oben Fn. 66, Einl. IPR, Rn. 49; MüKo-ZPO/Prütting, 3. Aufl., München 2008, § 293, Rn. 12; MüKo/Sonnenberger, oben Fn. 56, Einl. IPR, Rn. 624; v. Bar/Mankowski, oben Fn. 54, § 5, Rn. 64 ff.; Jayme, oben Fn. 83, S. 447 ff.; Luther, Kollisions- und Fremdrechtsanwendung in der Gerichtspraxis, RabelsZ 37 (1973), S. 660, 661; Nagel/Gottwald, oben Fn. 91, § 10, Rn. 13; Neuhaus, oben Fn. 91, § 43 II, S. 324 f.; Schütze, oben Fn. 92, Rn. 253; a.A. Flessner, Fakultatives Kollisionsrecht, RabelsZ 34 (1970), S. 547; Wagner, Fakultatives Kollisionsrecht und prozessuale Parteiautonomie, ZEuP 1999, S. 22, 45 f.

ren hingegen die Staaten, in denen weder das Kollisionsrecht noch das dadurch hypothetisch berufene Recht zwingend angewendet wird (England, Frankreich<sup>98</sup>).<sup>99</sup> Es ist vielmehr die Aufgabe der Parteien, die Anwendung des ausländischen Rechts zu begehren. In der zweiten Kategorie kann man noch zwei Untertypen von Staaten unterscheiden. Zum ersten Untertyp gehören die Staaten, die das ausländische Recht lediglich als Tatsache betrachten und nach den Beweisregeln behandeln („adversarial system“), was dort auch den fakultativen Charakter des IPR verselbstständigt (England); zum zweiten Untertyp gehören dagegen die Staaten, die das ausländische Recht zwar als Recht betrachten, aber seine Anwendung zur Parteidisposition stellen (Frankreich).

Der georgische Kollisionsrechtsgesetzgeber ist der deutschen Tradition gefolgt. Das IPRG ist von Amts wegen anzuwenden, und auch die Verweisungsbefehle des IPRG sind zwingend. Dafür sprechen folgende Argumente: Erstens hat der Kollisionsrechtsgesetzgeber sich vorwiegend an der deutschen IPR-Tradition und am EGBGB orientiert. Er hat feste Verweisungsnormen geschaffen und keinen prozessrechtlichen Vorbehalt gegen die Anwendung dieser Normen oder des ausländischen Rechts vorgesehen. Zweitens hat er die Möglichkeit zur Rechtswahl ausdrücklich statuiert, wo er den Willen der Parteien für vorrangig gehalten hat. Drittens ist der Kollisionsrechtsgesetzgeber im IPRG von der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen ausgegangen, weshalb der Rechtsanwendungsbefehl des IPRG auch für das georgische Recht gilt, dessen Anwendung durch die IPR-Verweisung legitimiert werden muss. Viertens wurde in Art. 1 IPRG eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass das IPRG bereits beim faktischen Auslandsbezug anzuwenden ist. Auf die Parteiinitiative oder das Richterermessen kommt es insoweit nicht an. Schließlich hat der Kollisionsrechtsgesetzgeber in Art. 3 Abs. 2 IPRG deutlich zum Ausdruck gebracht, dass bei der Auslandsrechtsverweisung das georgische Recht lediglich als Ersatzrecht in Betracht kommt. Eine automatische Anwendung des georgischen Rechts widerspräche demzufolge dem Sinn der Vorschrift, wenn eine Kollisionsnorm auf ausländisches Recht verweisen würde, aber sie durch die Vorschaltung des georgischen Sachrechts verdrängt wäre.

#### *d) Anwendung ausländischen Rechts in der georgischen Gerichtspraxis*

Das Gericht muss also das ausländische Recht von Amts wegen ermitteln und muss es wie die *lex fori* anwenden. Es besteht kein Ermessensspiel-

---

<sup>98</sup> M.w.N. *Ferrand*, Die Behandlung ausländischen Rechts durch die französische Cour de Cassation, ZEuP 1994, S. 126, 128.

<sup>99</sup> Statt vieler *Geeroms*, Foreign Law in Civil Litigation, Oxford 2004; *Hartley*, oben Fn. 90, S. 271–292; *Jäntera-Jareborg*, Foreign Law in National Courts, Rec. d. Cours 304 (2003), S. 228 ff.

raum des Gerichts, ob das ausländische Recht heranzuziehen ist oder nicht, und es hängt ebenso wenig vom Parteiwillen ab, ob das ausländische Recht angewendet wird. Auch durch die Rechtswahl der Parteien oder durch eine einseitige Bestimmung einer Partei (impliziertes Bestimmungsrecht nach Art. 42 Abs. 1 IPRG) ist das Gericht nur soweit gebunden, als Kollisionsrecht es vorsieht. Nichtsdestoweniger spielt das Kollisionsrecht bei den georgischen Gerichten eine marginale Rolle. Dass beim Auslandssachverhalt Kollisionsnormen und ausländisches Recht anzuwenden sind, wird in allen Instanzen übersehen. Die Maßgeblichkeit des ausländischen Rechts wird entweder gar nicht in Erwägung gezogen oder schlechthin ignoriert. Entscheidungen, in denen ein kollisionsrechtlicher Weg eingeschlagen und ausländisches Recht angewendet wird, sind äußerst selten.<sup>100</sup> Es gibt deutlich mehr Beispiele dafür, dass die georgischen Gerichte die Relevanz des Kollisionsrechts nicht einmal in Erwägung ziehen, obwohl die Sachverhalte jeweils eine Auslandsbeziehung aufweisen.

In der Rechtssache 3k/434<sup>101</sup> ging es um die Scheidung eines gemischt-nationalen Ehepaares sowie um die Entscheidung über das Sorgerecht und die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinem ehelichen Kind. Die Klägerin war zum Zeitpunkt der Eheschließung israelische Staatsangehörige, während der Beklagte die französische Staatsangehörigkeit besaß. Auch das eheliche Kind, dessen Unterhalt den Streitgegenstand bildete, hatte keine georgische Staatsangehörigkeit. Obwohl der Angeklagte in seiner Kassationsklage beim Obersten Gericht u.a. auch die internationale Zuständigkeit georgischer Gerichte gerügt hat und das Oberste Gericht die Klage in diesem Teil abgewiesen und die georgischen Gerichte in der Sache für international zuständig erklärt hat, wurde die Frage nach dem vom OGG anzuwendenden Recht nicht erläutert. Das Urteil wurde ausschließlich nach georgischem Recht gefällt.

In der Rechtssache K3-420-03<sup>102</sup> ließen sich die Parteien gerichtlich scheiden. Außerdem stritten sie über die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe und das Sorgerecht für das gemeinsame Kind. Beide Eltern waren vermutlich irische Staatsangehörige, aber ein Elternteil hatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Georgien. Die Mutter wollte das Kind dauerhaft nach Irland re-domizilieren, was der Vater ablehnte. Auch das gemeinsame unbewegliche Vermögen, worüber sich die Parteien stritten, befand sich in Irland. Auch in diesem Fall wurde der Sachverhalt durch alle drei Instanzen nach georgischem Recht abgewickelt. Das IPRG wurde in keiner Instanz angewendet.

---

<sup>100</sup> Siehe z.B. OGG Urteil as-146-476-09 v. 23.6.2009.

<sup>101</sup> OGG Urteil 3k/434 v. 22.10.2000.

<sup>102</sup> OGG Urteil K3-420-03 v. 1.4.2003 = Krebuli 2003, S. 1368.

In der Rechtssache 3k-512-03<sup>103</sup> forderte die Rustavzement AG eine Geldzahlung und Schadensersatz aus einer abgetretenen Forderung. Die Forderung war an die Rustavzement AG von der ausländischen Gesellschaft Chanel International LTD abgetreten worden, die diese Forderung ihrerseits von der anderen ausländischen Gesellschaft ITERA International Energy übernommen hatte. ITERA International Energy hatte ihrerseits die Forderung von der SakGaz AG, dem Erstgläubiger der Tbilisress AG, erhalten. Trotz einer Beteiligung von zwei ausländischen Gesellschaften in dieser Zessionskette haben die georgischen Gerichte in keiner Instanz das Recht ermittelt, dem die Gültigkeit der abgetretenen Forderung unterliegen musste.<sup>104</sup>

Das Ignorieren des IPR ist zum Regelfall geworden.<sup>105</sup> Die eventuelle Maßgeblichkeit des ausländischen Rechts wird entweder übersehen oder bewusst ignoriert. Die IPR-Feindlichkeit der Gerichte wird durch die Passivität der Rechtsanwälte intensiviert. Auch die Parteien begehren die Anwendung des ausländischen Rechts in der Regel nicht, es sei denn, sie plädieren für den Schutz einmal nach ausländischem Recht entstandener Rechte und beharren auf der Maßgeblichkeit dieses Rechts.

### *3. Arten der Ermittlung ausländischen Rechts und das besondere Beweisverfahren für ausländisches Recht*

#### *a) Gerichtsinterne Ermittlung*

Bei der Anwendung des ausländischen Rechts handelt es sich nicht um die bloße Anwendung der fremden Rechtssätze. Der Richter ist nach Art. 3 Abs. 1 IPRG vielmehr verpflichtet, die offizielle Auslegung, die Praxis der Anwendung sowie die Doktrin des ausländischen Rechts zu berücksichtigen. Das Gericht ist zwar nicht verpflichtet, ausländisches Recht zu kennen, es muss dieses aber ermitteln. In Art. 3 Abs. 1 IPRG wird deutlich zum Ausdruck gebracht, dass das Gericht den Inhalt des ausländischen Rechts mit eigenen Kräften selbst feststellen muss. Ein direkter Zugriff auf externe Quellen ist zu vermeiden, wenn der Richter über vertrauenswürdige Erkenntnisquellen verfügt. Vor allem im Interesse der Prozessökonomie soll der Richter versuchen, sich intern (wissenschaftlicher Dienst, Literaturrecherchen) Kenntnis vom ausländischen Recht zu verschaffen. Dabei handelt es sich weder um ein Beweisverfahren noch um ein Freibeweisverfahren, sondern um ein „Internum in der Person des Richters“, das nicht

---

<sup>103</sup> OGG Urteil 3k-512-03 v. 11.6.2003.

<sup>104</sup> Siehe auch *Seled AG v. ITERA*, OGG Krebuli 2003, S. 1628.

<sup>105</sup> *Sakartvelos Rkinigza (Georgische Bahn) v. Alegra Trans limited*, OGG Urteil 3k-1493-02 v. 16.6.2003; *Sakartvelos Rkinigza (Georgische Bahn) v. Reedereigesellschaft Ukrfair*, OGG Urteil as-1162-1424-09 v. 4.2.2010.

Bestandteil des Verfahrens ist.<sup>106</sup> Allerdings sind keine hohen Erwartungen an die Kapazitäten georgischer Richter bei der selbständigen Ermittlung des ausländischen Rechts zu stellen. Die meisten Richter sind bilingual (georgisch, russisch) und in den Nachforschungsmöglichkeiten räumlich eingeschränkt. Die Literatur zum ausländischen Recht ist in beiden zugänglichen Sprachen sehr mager.

### *b) Mitwirkung der Parteien*

Viel effektiver als die gerichtsinterne Ermittlung kann sich die Mitwirkung der Parteien erweisen. Den Parteien steht es jederzeit frei, Nachweise über ausländisches Recht durch ein Privatgutachten, die Vorlage der Entscheidungspraxis sowie von Literatur und Gesetzestexten beizubringen und dem Gericht die Ermittlungsaufgabe dadurch zu erleichtern. An diese Nachweise ist das Gericht nicht zwingend gebunden, es darf aber einem übereinstimmenden und detaillierten Parteivortrag folgen.<sup>107</sup>

Laut Art. 3 Abs. 2 IPRG kann das Gericht sich an Parteien wenden, wenn es das maßgebliche Recht nicht selbst ermitteln kann. Die Parteien sind jedoch nicht allgemein verpflichtet, das ausländische Recht zu ermitteln. Eine Mitwirkungspflicht der Parteien kann ausnahmsweise und sehr zurückhaltend angenommen werden,<sup>108</sup> denn generell liegt es im Ermessen der Parteien, ob sie das Gericht bei der Ermittlung des ausländischen Rechts unterstützen oder nicht. Man kann hier eher von einer Obliegenheit sprechen, deren Verletzung ggf. zum Nachteil der jeweiligen Partei berücksichtigt werden kann. Auch mit der Beweislast ist die Mitwirkungspflicht nicht gleichzustellen. Hinsichtlich der Ermittlung des fremden Rechts gelten die Beweislastvorschriften nicht.<sup>109</sup>

### *c) Gerichtsexterne Ermittlung*

Scheinen dem Richter eigene Erkenntnisse ungenügend oder beigebrachte Nachweise unglaubwürdig, kann er auf weitere externe Quellen zugreifen. Ein zwingendes Ermittlungsverfahren für Sachen mit Auslandsberührung sieht Art. 3 IPRG nicht vor. Der Richter wird lediglich hinsichtlich der Er-

---

<sup>106</sup> *Sommerlad/Schrey*, Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung, NJW 1991, S. 1377, 1379.

<sup>107</sup> v. *Bar/Mankowski*, oben Fn. 54, § 5, Rn. 99; *Mankowski/Kerfack*, Arrest, Einstweilige Verfügung und die Anwendung ausländischen Rechts, IPRax 1990, S. 372, 373.

<sup>108</sup> Mit vertretbaren Argumenten wird diese Pflicht von *MüKo-ZPO/Prütting*, oben Fn. 97, § 293, Rn. 52 verneint. In der georgischen Realität kann sie jedoch eine positive Rolle spielen und trotz gewisser Unsicherheit die Kultur der Anwendung ausländischen Rechts verbessern. Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Arbeit die oben dargelegte Auffassung vertreten.

<sup>109</sup> BGH NJW 1961, S. 410; BGH NJW 1982, S. 1215, 1216.

mittlungspflicht des „Ob“ in seinem Ermessen eingeschränkt, allerdings nicht hinsichtlich des Ermittlungsvorgangs des „Wie“.<sup>110</sup> Die Auswahl der Erkenntnisquellen ist daher grundsätzlich dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts überlassen (Freibeweisverfahren<sup>111</sup>). Dabei stehen dem Gericht grundsätzlich zwei Erkenntnismittel zur Verfügung: Rechtsauskunft und Sachverständigengutachten.

#### *aa) Rechtsauskunft*

Georgien ist Vertragsstaat des Europäischen Übereinkommens v. 7.6.1968 betreffend die Rechtsauskünfte über ausländisches Recht (Londoner Rechtsauskunftsübereinkommen).<sup>112</sup> Dem Übereinkommen sind mittlerweile 43 Staaten beigetreten, wobei die meisten davon Mitgliedstaaten des Europarates sind. Nach Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens verpflichten sich die Vertragsstaaten, gegenseitig Rechtsauskünfte auf dem Gebiet des Zivil- und Handelsrechts sowie des dazu gehörenden Verfahrensrechts und des Gerichtsverfassungsrechts zu erteilen.

Das zweite wichtige Übereinkommen für die Einholung von Rechtsauskünften ist die Minsker Konvention. Der Vorteil der Minsker Konvention gegenüber dem Londoner Übereinkommen besteht vor allem darin, dass Art. 15 MinKo die Vertragsstaaten ausdrücklich zur Erteilung der Auskünfte über die Rechtspraxis der heimischen Justizbehörden verpflichtet. Außerdem sind die Vertragsstaaten verpflichtet, auf Ersuchen eine Auskunft über früher geltendes Recht zu erteilen. Eine feste Frist für die Erteilung der Rechtsauskünfte sieht die Minsker Konvention nicht vor. Die allgemeine Regel für die Leistung der Rechtshilfe lautet, dass jeder Staat die ersuchte Maßnahme nach eigenem Recht durchführen darf (Art. 10 Abs. 1 MinKo). Für Rechtsauskünfte bedeutet dies, dass sie in derselben Frist erteilt werden, in der vergleichbare Rechtsauskünfte an andere innerstaatliche Behörden erteilt werden, es sei denn, der ersuchte Vertragsstaat sieht eine besondere Regelung für die Erteilung der Rechtsauskünfte an ausländische Behörden vor.

Eine Möglichkeit zur Erteilung der Rechtsauskünfte sehen auch die von Georgien abgeschlossenen zahlreichen bilateralen Verträge mit der Türkei (Ankara Abkommen), Bulgarien, Griechenland, der Ukraine, Aserbaidshan, Armenien, Turkmenistan, Kasachstan und Usbekistan vor.

---

<sup>110</sup> *Mankowski/Kerfack*, oben Fn. 107, S. 372.

<sup>111</sup> BGHZ 118, S. 151, 163; BGH NJW 1963, S. 252 ff.; BGH NJW 1975, S. 2143; BGH NJW 1976, S. 1581 ff.; MüKo/Sonnenberger, oben Fn. 56, Einl. IPR, Rn. 626; Sommerlad/Schrey, oben Fn. 106, S. 1379.

<sup>112</sup> Für die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens siehe *Schellack*, Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen, Berlin 1998, S. 136 ff.

Schließlich gehört es zur internationalen Courtoisie, Rechtsauskünfte durch ausländische diplomatische und konsularische Vertretungen auch dann zu erteilen, wenn zwischen dem ersuchten und dem ersuchenden Staat keine völkerrechtlichen Vereinbarungen über die Erteilung der Rechtsauskünfte vorliegen.<sup>113</sup>

*bb) Sachverständigengutachten*

Ein Sachverständigengutachten ist bekanntlich eines der effektivsten Mittel für die Ermittlung ausländischen Rechts. Zwar ist seine Einholung mit gewissen Kosten verbunden und hat eine verfahrenshemmende Wirkung, es sorgt aber für Rechtssicherheit und verbessert die Qualität der Judikatur. Als Preis dafür wird sogar ein kleines Stück der richterlichen Tätigkeit an den Sachverständigen abgegeben, der trotz der Ermessensfreiheit des Richters diesen regelmäßig an seine Sachkunde bindet und entscheidend beeinflusst.<sup>114</sup> Dies kann allerdings hingenommen werden, soweit der Sachverständige unmittelbar durch das Gericht bestellt und nicht von den Parteien ausgewählt wird.<sup>115</sup>

Gegenüber den Rechtsauskünften nach den internationalen Auskunftsübereinkommen haben Gutachten den Vorteil, fallbezogen und konkret zu sein.<sup>116</sup> Als Sachverständige werden in der Regel Personen bestellt, die eine besondere Sachkunde auf dem fraglichen Gebiet aufweisen und das Gericht über den Inhalt des ausländischen Rechts ausführlich beraten können. Im Ergebnis wächst die Wahrscheinlichkeit einer „richtigen“ Entscheidung aufgrund des ausländischen Rechts.

In der georgischen Realität ist indessen die Einholung des Sachverständigengutachtens mit gewissen Schwierigkeiten verbunden. Das Problem besteht vor allem in der mangelnden Spezialisierung in den verschiedenen Rechtsordnungen bzw. Rechtsfamilien und in der fehlenden materiellen Basis für die Forschung in einem fremden Recht. Während man sich in der deutschen Praxis an das Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches

<sup>113</sup> Schütze, oben Fn. 92, Rn. 260.

<sup>114</sup> Nagel/Gottwald, oben Fn. 91, § 10, Rn. 33; Neuhaus, oben Fn. 91, § 43 II, S. 333.

<sup>115</sup> Aus diesem Grund wird in den Ländern, wo die Sachverständigen durch die Parteien eingeladen werden, weniger Vertrauen in die Objektivität der Sachverständigengutachten ausgesprochen. So z.B. Judge Posner in *Bodum USA Inc. v. La Cafetière Inc.* 621 F.3d 624 (7th Cir. 2010): „These experts are ‚paid for their testimony,‘ and ‚selected on the basis of the convergence of their views with the litigating position of the client, or their willingness to fall in with the views urged upon them by the client,‘ and these are the banes of expert testimony.“ – Zitiert nach *Symeonides*, Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey, S. 97 ff. <<http://ssrn.com/abstract=1737558>> (22.11.2013).

<sup>116</sup> Schütze, oben Fn. 92, Rn. 261.

und internationales Privatrecht oder an ein Universitätsinstitut wendet, fehlt es in der georgischen Praxis jedoch an vergleichbaren Einrichtungen.

Gemäß Art. 169 Abs. 1 georgische ZPO gilt das Expertengutachten als Beweismittel. Diese Statusbestimmung ist allerdings nicht auf die Rechtsgutachten auszudehnen. Ansonsten ergäbe sich auch hier der Schluss, dass der für die Vorbereitung des Gutachtens notwendige Prozessstoff von den Parteien zur Verfügung gestellt werden muss. Dies würde die Beschaffung der ausländischen Rechtsquellen, der Gerichtspraxis und der Doktrin seitens der Parteien voraussetzen und dem Sinn des Art. 3 Abs. 1 IPRG widersprechen. Die Bestellung des Expertengutachtens dient streng genommen der Ausfüllung der Wissenslücke des Richters. Obwohl in einzelnen Fällen auch die Möglichkeit des Zugangs der Parteien zum ausländischen Recht zu beachten ist, besteht eine generelle Pflicht der Parteien zur Aufklärung des ausländischen Rechts nicht.

Der Sachverständige erstattet sein Gutachten in schriftlicher Form. Das Gericht kann aber anordnen, dass der Sachverständige dem Gericht sein Gutachten auch mündlich erläutert (Art. 170 Abs. 1 georgische ZPO). Ob die Prozessparteien diese Anordnung beeinflussen können, sagt das Gesetz nicht. Im Zweifel ist das zu verneinen. Art. 171 Abs. 1 Satz 1 georgische ZPO sieht lediglich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme vor. Außerdem wird auf Antrag der Parteien das Gutachten in der Gerichtssitzung verlesen (Satz 2). Die Parteien können Stellung nehmen und zur Erläuterung und Ergänzung des Gutachtens Fragen an den Sachverständigen richten (Satz 3). Dadurch wird das Recht auf rechtliches Gehör, das im georgischen Recht von der Verfassung garantiert wird (Art. 42 Abs. 1 GVerf), gewissermaßen gewährleistet.

#### *4. Warum wird fremdes Recht von georgischen Gerichten nicht angewendet*

##### *a) Problemstellung*

Die georgischen Gerichte sind hartnäckig, wenn es um die Anwendung des ausländischen Rechts geht. Sie wenden es nicht an. Das IPR wird kaum praktiziert. Das hat verschiedene Gründe: Zum einen sind die Gerichte nicht Willens, sich mit dem IPR und dem eventuell maßgeblichen ausländischen Recht zu beschäftigen. Zum zweiten ist es auf die Passivität der Parteien zurückzuführen, dass es den Gerichten gelingt, die kollisionsrechtliche Fragestellung im Verfahren auszublenden. Würden sich die Parteien nachdrücklich auf die Maßgeblichkeit des IPRG berufen, hätten die Gerichte keinen anderen Weg, als erst über Art. 3 Abs. 1 IPRG zum georgi-

schen Recht zu gelangen. Bekanntlich neigen<sup>117</sup> auch die deutschen unterinstanzlichen Gerichte dazu, durch Annahme einer konkludenten Rechtswahl den Sachverhalt ohne Rücksicht auf ausländische Tatbestandsmerkmale nach der *lex fori* zu behandeln.<sup>118</sup> In der georgischen Gerichtspraxis kommt es aber nicht einmal dazu, dass die Gerichte eine konkludente Rechtswahl fingieren, auch wenn es zumindest theoretisch möglich wäre; die Frage nach dem anwendbaren Recht wird schlechthin ausgeblendet.

Das zweite Problem liegt in dem „Provinzialismus“ der georgischen Juristenausbildung. Die meisten der amtierenden Richter und beratenden Anwälte gehören zu der Generation, welche die Universitäten absolviert hat, ohne mit der Behandlung auslandsbezogener Fälle ernsthaft konfrontiert worden zu sein. Das IPR ist für sie regelmäßig ein unbekanntes und ungeliebtes Terrain, geschweige denn die Anwendung des ausländischen Rechts, für dessen Ermittlung und Erforschung sie keine erforderlichen Mittel zur Verfügung haben. Es ist unrealistisch, die in so einem Umfeld aufgewachsenen Praktiker „die höchste Wendigkeit und turnerische Fähigkeit bei der Anwendung ausländischen Rechts“<sup>119</sup> abzuverlangen. Obwohl das IPR, die Rechtsvergleichung, das Internationale Handelsrecht und andere benachbarte Disziplinen heute einem Trend folgend in Curricula der juristischen Fakultäten aufgenommen werden, ist der Lehrstoff, der den Studenten angeboten wird, immer noch mager. Dazu kommen noch sprachliche Probleme. Der linguistische Provinzialismus verschärft den intellektuellen Provinzialismus. Obwohl die meisten Jurastudenten die englische (und seltener deutsche) Sprache mehr oder weniger beherrschen, reichen diese Kenntnisse nicht aus, um damit das ganze Studienmaterial und die Lehrbücher in englischer Sprache zu bearbeiten. In der georgischen Sprache kann man nur wenige aktuelle Werke zur Rechtsvergleichung finden, die wegen allgemeinen Charakters nur selten konkrete Antworten auf Fragen ausländischen Rechts liefern.

Das dritte Problem besteht darin, dass die Ermittlung des ausländischen Rechts in der Regel mit einem großen Zeitaufwand verbunden ist. Die Richter, die ausländisches Recht regelmäßig nicht kennen, sind gezwungen, ein Sachverständigengutachten zu bestellen oder eine Rechtsauskunft einzuholen. Durch Literaturrecherchen versuchen sie vergeblich, diese Unkenntnis zu kompensieren. An einer Verlängerung des Verfahrens sind in der Regel weder Richter noch Parteien und schon gar nicht ihre Anwälte

---

<sup>117</sup> v. Bar/Mankowski, oben Fn. 54, § 5, Rn. 64 ff.; Hetger, Die Ermittlung ausländischen Rechts, FamRZ 1995, S. 654.

<sup>118</sup> So z.B. BGHZ 40, S. 320, 323; BGHZ 50, S. 32, 33; BGH NJW 1971, S. 323, 324; BGH NJW 1993, S. 2753; BGH NJW 1993, S. 385.

<sup>119</sup> Gamillscheg, Die „wesenseigene Zuständigkeit“ bei der Scheidung von Ausländern, in: Caemmerer/Nikisch/Zweigert (Hrsg.), Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Döle, Bd. 2, Tübingen 1963, S. 289.

interessiert. Daher versuchen die Richter, unbesehen das georgische Recht anzuwenden, und die Anwälte neigen ihrerseits dazu, ihre Mandanten von den Nachteilen der Anwendung des ausländischen Rechts zu überzeugen oder bei einem unerfahrenen Mandanten die Problematik des ausländischen Rechts ganz auszublenden.

Das vierte Problem besteht darin, dass die Ermittlung des ausländischen Rechts mit erheblichen Kosten verbunden ist. In Georgien hat man kein Max-Planck-Institut oder eine vergleichbare Einrichtung, wo grundsätzlich für jedes Land oder einen Länderkreis zuständige Referenten existieren, die ggf. als Gutachter bestellt werden könnten. Man muss entweder einen Sachverständigen zur Erforschung des ausländischen Rechts in das Ausland schicken oder, was realistischer ist, einen ausländischen Sachverständigen ins Inland einladen. Beide Vorgänge sind kostspielig.

Das fünfte Problem besteht darin, dass die Kosten des Auslandsrechtsgutachtens als Prozesskosten auf die Parteien, genauer gesagt auf die unterlegene Partei, abgewälzt werden. Obwohl jede Partei auf den Erfolg hofft, sehen sich die Parteien dadurch noch dem zusätzlichen Risiko ausgesetzt, bei einer Niederlage die Kosten für das Sachverständigengutachten zu tragen. Das hält sie möglicherweise davon ab, vor Gericht, wenn dieses Gericht unbesehen georgisches Recht anwendet, auf die Maßgeblichkeit einer anderen Rechtsordnung hinzuweisen. Je finanzschwächer eine Partei ist, desto größer ist die Angst vor diesen Kosten. Das Prozesskostenhilferecht der georgischen ZPO wird von den georgischen Gerichten sehr zurückhaltend praktiziert. Um von der Prozesskostenlast befreit zu werden, muss man praktisch ein Sozialfall sein. Dasselbe Problem entsteht beim „Vorschuss“ der Kosten für die Prozesshandlungen des Gerichts nach Art. 52 Satz 1 georgische ZPO. Besonders für finanzschwache Parteien ist es belastend, die Kosten des Sachverständigengutachtens im Voraus zu decken und dann ggf. mehrere Monate auf die Erstattung dieser Kosten durch die unterlegene Partei zu warten. Dieser Umstand kann diese Partei dazu anregen, die Ermittlung des ausländischen Rechts als unverhältnismäßig teuer anzusehen, worauf das Gericht nur positiv reagieren und auf das georgische Recht zurückgreifen würde.

Als sechstes Problem kann man auch das IPRG selbst erwähnen. Die vorliegende Arbeit machte deutlich, dass das Gesetz unter vielen Schwächen leidet. Es ist systematisch unübersichtlich und sprachlich uneinheitlich. Die Grundlagenfragen des IPR wie die Qualifikation und die Anpassung sind im Gesetz nicht geregelt. Im Besonderen Teil findet man überwiegend allgemeine Kollisionsregeln, die einer weitgehenden Auslegung bzw. Lückenfüllung bedürfen. Das Instrument der Ausweichklausel kennt das Gesetz nicht. Um mit diesem Gesetz erfolgreich arbeiten zu können, muss man mehr als nur ein oberflächliches Verständnis des Kollisions-

rechts haben, was, wie oben bereits angedeutet wurde, bei unseren Richtern und Rechtsanwälten nur ausnahmsweise der Fall ist.

Und schließlich ist ein guter Kommentar fast so gut wie eine Kodifikation. Die erwähnten Probleme des IPR sind im georgischen Schrifttum nur rudimentär und bruchstückhaft erläutert. Es gibt nach wie vor keinen Kommentar zum IPRG. Obwohl wissenschaftliche Beiträge der letzten Jahre gewisse Hoffnung geben, beschränken sie sich auf einzelne Fragen bzw. Bereiche des IPR und können nicht das gesamte Defizit ausfüllen.

### *b) Zusammenfassung und Lösungsvorschläge*

Den ausgeführten Problemen kann man sich nicht schlechthin verschließen. Das permanente Auseinanderfallen von Gesetz und Praxis ist in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar. Es ist eine realistische Lösung erforderlich, die einen gemäßigten Ausgleich zwischen den Parteiinteressen, einem internationalen Entscheidungseinklang und den knappen Justizressourcen erzielen muss. Die bestgeeignete Lösung scheint hier die Änderung der Konzeption des IPR insgesamt zu sein. „Wenn der Berg nicht zum Propheten kommt, muss der Prophet zum Berg“. Wenn die Praxis nicht dem Gesetz angepasst werden kann, dann muss eben das Gesetz der Praxis angepasst werden.<sup>120</sup> Rechtstechnisch erreicht man das durch die Erklärung des IPR zum „fakultativen Kollisionsrecht“<sup>121</sup>. Die Anwendung des ausländischen Rechts kann *de lege ferenda* davon abhängig gemacht werden, dass mindestens eine Prozesspartei diese Anwendung verlangt. Auf diese Weise wird die IPR-Feindlichkeit der georgischen Gerichte zwar nicht legitimiert, aber legalisiert, und die Lücke zwischen dem Recht und der Praxis ausgefüllt. Doch sollte dies nicht auf die Rechtsgebiete des IPR ausgedehnt werden, wo der internationale Entscheidungseinklang einen besonderen Stellenwert hat. Zu diesen Bereichen gehören nämlich die Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer Person (einschl. des Int. Gesellschaftsrechts), Internationales Verbraucher-, Arbeitnehmerschutz- und Internationales Sachenrecht. Auch im Internationalen Eherecht ist bei der Eheschließung eine zwingend kumulative Anknüpfung an das Heimatrecht der Verlobten geboten.

Nebst Liberalisierung des IPR sollte der Gesetzgeber etliche Vorschriften des IPRG kritisch durchsehen und reformieren. Dabei sollten die Neuentwicklungen im europäischen Kollisionsrecht berücksichtigt werden. In einzelnen Fällen und insbesondere im Internationalen Deliktsrecht ist die

---

<sup>120</sup> *Neuhaus/Kropholler*, Das Elend mit dem Internationalen Privatrecht, FamRZ 1980, S. 753.

<sup>121</sup> *Flessner*, oben Fn. 97, S. 547 ff.; *Zweigert*, Zur Armut des Internationalen Privatrechts an sozialen Werten, *RabelsZ* 37 (1973), S. 445 ff.

Einbeziehung einer Ausweichklausel geboten, die für die Flexibilität des Gesetzes sorgen soll.

Auf institutioneller Ebene ist die Spezialisierung der Revisionsinstanzen zu empfehlen. Durch die dauerhafte Konfrontation mit Auslandsfällen würde in den spezialisierten Gerichten mehr Erfahrung im Umgang mit dem ausländischen Recht gesammelt und würden spezielle Fähigkeiten entwickelt. Außerdem würden bei diesen Gerichten die einschlägigen Materialien zum fremden Recht konzentriert, was die Chancen auf eine „richtige“ Entscheidung aufgrund des fremden Rechts erhöhen und den Bedarf an einer Heranziehung von gerichtsexternen Quellen mindern würde.

In prozessualer Hinsicht empfiehlt sich eine Einschränkung der Vorschussklausel bei der Einholung eines Rechtsgutachtens. Außerdem scheint es geboten, die Kosten der Rechtsermittlung den Parteien nur dann aufzubürden, wenn sie die Entstehung dieser Kosten selbst verursacht haben, wie es bei einer Rechtswahl der Fall ist.

## VI. Fazit

Das IPRG stellt eine mangelhafte Kodifikation dar. Eine Rezeption des deutsch-europäischen Kollisionsrechts ist nur halbwegs geschehen. Das Gesetz enthält redaktionelle Unstimmigkeiten, die oft verwirren. Die Praxis der Anwendung des IPRG ist ebenfalls unbefriedigend. Die georgischen Gerichte wenden das IPRG entweder gar nicht oder falsch an. Diese Lage macht den Bedarf für eine gründliche Reform des georgischen Kollisionsrechts deutlich, die im Hinblick auf die neueren Entwicklungen im europäischen Kollisionsrecht und durch Bildung der institutionellen und intellektuellen Kapazitäten zu geschehen hat. Dies sollte die IPR-Praxis des georgischen Justizsystems verbessern und wäre ein konsequenter Schritt auf dem Weg zur europäischen Integration Georgiens.



# The “Point of Confusion” in the Uzbek Trade Marks Act 1994

IRINA PAK

I. Introduction .....	332
II. Trade Marks in the Soviet Union.....	334
1. Historical background .....	334
a) Soviet Trade Marks Act 1936.....	335
b) Soviet Trade Marks Act 1962.....	336
2. The comparison of the Soviet and Western trade mark systems.....	338
a) Western economies.....	338
aa) Unfair competition law and trade marks registration .....	338
bb) Trade marks functions .....	339
b) Soviet Union.....	341
aa) Registration requirement .....	341
bb) The identifying function of the Soviet trade mark.....	342
cc) The quality function of the Soviet trade mark .....	342
III. Uzbek Trade Mark Law.....	344
1. Uzbek Trade Marks Act 1994.....	344
a) The definition of the trade mark .....	344
b) The registration of trade marks.....	345
c) Priority date .....	346
2. The concept of “likelihood of confusion” .....	346
a) “Likelihood of confusion” in EU law .....	347
b) “Point of confusion” in Uzbek law .....	348
3. Degree of similarity of marks .....	351
a) General guidelines by the Court of Justice .....	351
aa) Marks with a common element.....	351
bb) Marks with a dominant element .....	352
b) Rules for determining similarity under UzTMA 1994.....	353
aa) Marks with a common element.....	353
bb) Marks with a dominant element .....	355
4. The degree of similarity of goods or services .....	356
a) Threshold requirement in European trade mark law.....	356
b) Similarity of goods/services under UzTMA 1994.....	358
IV. Conclusion .....	358

## I. Introduction

In the modern world, trade marks hold a special place in the market economy. Not only have they become major marketing tools for promoting and selling goods and services but also have come to be seen as companies' main assets whose value can be measured in billions. This is the case primarily for large industrial economies such as the US and the EU, where the necessity for the legal protection of trade marks had been long recognised. The trade mark legal systems in those economies have thus been structured in such a way as to ensure that trade marks effectively fulfill their function as distinguishing signs as well as offering an environment in which trade marks can become more valuable.

In contrast, in Uzbekistan the notion of the trade mark as a sign which serves to distinguish goods or services of different commercial entities is relatively novel. Some two decades have passed since the collapse of the Soviet Union and the declaration of independence in Uzbekistan.<sup>1</sup> Attempts have been made to modernise national laws and bring them in compliance with international standards, so that in the realm of intellectual property law the present Uzbek trade mark system had been formed to facilitate the functioning of the free market economy: In the early 1990s Uzbekistan became a member of some major international treaties related to intellectual property.<sup>2</sup> At the same time it adopted the first Uzbek Trade Marks Act, which came into force in 1994.<sup>3</sup> It must be acknowledged that in transition countries such as Uzbekistan the adoption of a new legislative act does not

---

<sup>1</sup> See *Schweisfurth*, Vom Einheitsstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS), ZaöRV 52 (1992), pp. 541 ff.

<sup>2</sup> As of 2011, Uzbekistan is a member of the following WIPO Administered-Treaties: Patent Cooperation Treaty (25 December 1991), Paris Convention for the Protection of Industrial Property (25 December 1991), Trade Mark Law Treaty (4 September 1998), Nice Agreement Concerning the International Registration of Goods and Services for the Purpose of Registration of Marks (12 January 2002), Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Micro-organisms for the Purposes of Patent Procedure (12 January 2002), Strasbourg Agreement Concerning the International Patent Classification (12 October 2002), Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (19 April 2005), Patent Law Treaty (19 July 2006), Locarno Agreement Establishing an International Classification for Industrial Designs (27 December 2006), Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks (as amended on 12 November 2007), Singapore Treaty on the Law of Trademarks (27 March 2006).

<sup>3</sup> The Law of the Republic of Uzbekistan on Trademarks and Service Marks and Appellations of Origin No. 267-II of 30 August 2001 (hereinafter "The Uzbek Trade Marks Act" or "UzTMA"), as amended by the Law No. ZRU-III on 19 September 2007. For the Russian version of the Act see <<http://patent.uz/tovarznak.htm>> (Закон республики Узбекистан "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров"); for the English version see <<http://www.wipo.int/wipolex/en/>>.

necessarily guarantee its immediate application and effective functioning even if it seeks to introduce immediate changes to the previous law.<sup>4</sup> There is no one single and clear-cut explanation for this practice, and, in fact, historical background and economic incentives of the country must be given full account in order to appreciate its current legal policies.

The purpose of the present work is to evaluate the modern trade mark law of Uzbekistan, and, in particular, the notion of the "point of confusion"; this is the central and most important concept in the trade mark system, also known as the "likelihood of confusion" in most English-speaking countries. This will be done on the comparative basis with the law on trade marks in the European Union, which comprises the First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and the Council Regulation on the Community trade mark.<sup>5</sup>

A comparative approach to the analysis of a subject matter hitherto poorly researched has a significant advantage in that the study of foreign law provides a broader perspective and a distinct dimension from which to evaluate the national legal provision so that its merits or flaws can be immediately spotted. Yet, the choice of the European trade mark law is by no means incidental: Ever since Uzbekistan gained independence, the European Union has adopted a policy towards Uzbekistan to provide for the means for the approximation of the laws of Uzbekistan, including those related to intellectual property. Article 41 of the Partnership and Cooperation Agreement solemnly provides that "the Republic of Uzbekistan shall continue to improve the protection of intellectual, industrial and commercial property rights in order to provide, by the end of the fifth year after the entry of the Agreement, for a level of protection similar to that existing in the Community".<sup>6</sup> It will, therefore, be of interest to ascertain the extent to

---

<sup>4</sup> As an illustration, in 1992 Uzbekistan adopted the law on competition modelled on the EC competition system. Commenting on some inaccuracies and failures of the Act, one legal commentator rightly concluded that "an anti-trust statute is not sufficient in itself. An anti-trust statute presupposes and preserves a true market economy; it cannot create a market economy"; *Coccia*, Competition law in Uzbekistan, *European Competition Law Review* 17 (1996), pp. 137 ff.

<sup>5</sup> First Council Directive (EEC) 89/104 (to approximate the laws of Member States relating to trade marks) of 21 December 1988 (OJ 1989 L 40/1, hereinafter referred to as the "Trade Marks Directive"). The Trade Marks Directive has been replaced without substantive changes by Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008. Council Regulation on the Community trade mark 40/94, OJ 1994 L 11/1.

<sup>6</sup> Partnership and Cooperation Agreement concluded between the EU and the Republic of Uzbekistan, OJ 1999 L 229/3, available online at <<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=722>>.

which the concept of the “point of confusion” in Uzbek law is similar to that of the European trade mark law.

The first part of the paper will provide the historical account of the present Uzbek trade mark law with a special focus on the Soviet period. One cannot appreciate the genuine meaning of the trade mark in Uzbek law without having a proper understanding of the historical and economic factors against which the current Uzbek trade mark law developed. This is especially so in relation to trade mark law in general, which – if seen through the lenses of the classical Western view on trade marks – presupposes the existence of competition among undertakings for customer preference. For the Soviet Uzbekistan, given that it was for a long time the part of the Soviet Union, the principles of free market economy were irrelevant, which consequently had an impact on the meaning and perception of trade marks in today’s Uzbekistan. Hence, the particularities of Soviet trade mark law will be thoroughly discussed.

In the second part, the author will address the extent to which the new Uzbek Trade Marks Act had moved away from the previous Soviet trade marks system. Last, but not least, this will be followed by an analysis of the concept of the “point of confusion” as well as the comparison of the Uzbek law with the trade mark law of the European Union.

## II. Trade Marks in the Soviet Union

### *1. Historical background*

In general, the Soviet trade mark system can be broken into two periods: Firstly, when trade marks were mainly viewed as symbols for quality control or factory identification, as reflected in the 1936 Soviet Trade Mark Act;<sup>7</sup> and secondly, the period following the Soviet Union’s membership of the Paris Convention,<sup>8</sup> which was primarily characterised by the government’s realisation of the importance of the legal protection of subjects of industrial property and the need to revise the old law. In this period the new Soviet Trade Mark Law 1962<sup>9</sup> was adopted and later amended on several occasions.

---

<sup>7</sup> The Decree “On Production Marks and Trade Marks”, No. 47/455 of 7 March 1936 [Постановление ЦИК и СНК СССР от 7 марта 1936 г. N 47/455 “О Производственных Марках и Товарных Знаках” СЗ СССР, 1936, N 13].

<sup>8</sup> Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883, as amended on 29 September 1979.

<sup>9</sup> The Decree of the Council of Ministers of the Soviet Union “On Trade Marks” No. 442 of 15 May 1962 [Постановление Совета Министров СССР от 15 мая 1962 г. N 442 “О Товарных Знаках”].

## a) Soviet Trade Marks Act 1936

The earliest regulation on trade marks in the Russian Tsarist Empire was the Trade Marks Act 1896 which provided for the right to affix a trade mark on the produce after its registration with the Ministry of Trade and Industry.<sup>10</sup> After the Russian Revolution in 1917, the 1896 Act was amended twice – by the Decree of 1922 of the Council of People's Commissars on Trade Marks,<sup>11</sup> which transferred the duty of the registration of marks to the Committee for Inventions, and by the Decree on Trade Marks 1926,<sup>12</sup> which did not make any substantial changes.<sup>13</sup>

In 1936 a completely new Soviet Trade Marks Act was adopted that introduced a novel concept of marks as means necessary to foster the production of good quality goods.<sup>14</sup> Under this Act, the Soviet legislature envisaged two types of marks: mandatory and voluntary. While the former aimed at "increasing the responsibility of industrial concerns for the quality of the articles produced by them"<sup>15</sup> and were mandatory for all State enterprises with the effect that the sale of goods bearing no production-mark prompted a disciplinary or criminal prosecution, the latter were optional and were perceived as owner's rights to a mark. Article 4 in the Trade Mark Law 1936 stated:

"The concerns *are entitled* to provide the articles produced by them, in addition to the obligatory *production-mark*, with original distinctive marks (trade marks), such as: graphic images, original names, special combinations of letters, numerals or words, original packing, etc., for the purpose of distinguishing these articles"<sup>16</sup> [emphasis added].

<sup>10</sup> *Sudarikov*, *Intellektual'naja Sobstvennost': Evoljucija ochrany tovarnyh znakov* [Intellectual property: Development of the protection of trade marks], Moscow 2007, p. 536.

<sup>11</sup> The Decree of the Council of People's Commissaries of the Union of Soviet Socialist Republics on Production Marks, No. 75 of 10 November 1922 [Декрет Совета Народных Комиссаров РСФСР от 10 ноября 1922 года "О товарных знаках" (Собр. зак. РСФСР, 1922, N 75)].

<sup>12</sup> See Union of Soviet Socialist Republics: "Decree of the Central Executive Committee and the Council of People's Commissaries of the Union of Soviet Socialist Republics on the Introduction of the Decree on Trade Marks, 12 February 1926" [Постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 12.2.1926 "О Товарных Знаках"], in: *Ruege* (ed.), *Trade Mark Laws of the World*, 2nd. ed., New York 1928, p. 911.

<sup>13</sup> *Butler*, *Intellectual Property Law in the Russian Federation: Basic Legislation*, 3rd ed., London 2004, pp. xxi–xxii.

<sup>14</sup> *Sudarikov*, *supra* note 10, p. 636.

<sup>15</sup> See also *The Report of a United Kingdom Delegation to the Soviet Union*, Soviet Patent and Trade Mark Law, London 1960, p. 7. General Information on the Procedure for Registering Foreign Trade Marks in the U.S.S.R. Trade Mark Law of 7 March 1936, Article 1. Production-marks were required to include the name of the enterprise, its location, grade of the goods and others.

<sup>16</sup> "Статья 4: Предоставить право торговым предприятиям (организациям), а также внешнеторговым организациям помещать на реализуемых ими товарах, изго-

Such differentiation sought to establish the control over the quality of products, both domestic and imported.<sup>17</sup> It should be noted that the Russian version of the 1936 Act used the term *tovarnyj znak* (trade sign) to refer to both mandatory and voluntary marks with the effect that both types of marks were subject to the same procedural rules concerning registration. However, the English sources on Soviet trade mark law differentiated between the two types of marks by using *production-marks* for mandatory marks and *trade marks* for voluntary marks. Confusion in relation to terms used in the Soviet Union resulted in that as the mandatory marks were consigned to oblivion, *tovarnyj znak* had been retained in relation to voluntary marks, which in the Western economies are known as trade marks.

#### *b) Soviet Trade Marks Act 1962*

As the Soviet Union became more involved in international trade, the understanding of trade marks broadened and marks became perceived as the means used for identifying goods and/or services of one undertaking from those of another. Internationalisation in the middle of the twentieth century led to certain amendments in the Soviet trade mark law, so that after the Soviet Union became a member to the Paris Convention in 1965, it had to bring national law in line with international standards.<sup>18</sup> Although mandatory marks (production marks) had not been expressly abandoned,<sup>19</sup>

---

товленных по их специальным заказам (по образцам, особым рецептурам и т.д.), вместо товарного знака предприятия - изготовителя или наряду с ним свой товарный знак." – Article 4 of the Decree 1962 also provided for the right of attaching trade marks in addition to production-marks. See supra note 9.

<sup>17</sup> *Lightman*, *The USSR Trademark System and East-West Trade*, IDEA 10 (1966), p. 16. In relation to imported goods, this policy was reflected in the requirement under the Trade Marks Act 1936 that the registration of foreign marks in the Soviet Union was not allowed unless the marks were registered in their country of origin; see *The Report of a United Kingdom Delegation to the Soviet Union*, supra note 15, p. 7. General Information on the Procedure for Registering Foreign Trade Marks in the USSR provided: "Trade Marks in the name of foreign juridical or physical persons may be registered in the USSR: 1. If USSR institutions and enterprises enjoy the right of registration of trade marks in the country of the applicant on the basis of reciprocity. 2. If, in such case, the trade mark for registration in the USSR is registered in the country of the applicant in his name. Foreign applicants may apply for registration of a trade mark in the USSR for a term not exceeding that for which the said trade mark is registered in the country of the applicant".

<sup>18</sup> *Konjaev*, *Tovarnyj znak i promyšlennyj obrazec* [Trade mark and industrial design], Kujbyšev 1975.

<sup>19</sup> *Boguslavskij/Červjakov*, *Protection of Industrial Property in the USSR*, Moscow 1966, pp. 46–48. The 1962 Decree (see supra note 9) extended the compulsory use of trade marks to goods of productive and technical nature: All trade marks were subject to compulsory state registration with the Committee for Inventions and Discoveries attached to the Council of Ministers of the USSR. – "Статья 1: Обязать государственные,

the main focus of the 1962 Act was on the meaning of the voluntary mark. Amendments were made and introduced by means of the Soviet Trade Mark Act 1974<sup>20</sup> which defined a trade mark in Article 13 as:

“[...] a designation registered in the prescribed manner and intended to distinguish the goods or services of one enterprise from similar goods or services of another enterprise, and may consist of word marks, device marks, marks measuring quantity, combined forms and other forms”.<sup>21</sup>

As a result of the Soviet Union’s membership of the Paris Convention, the definition of the trade mark had been expanded along with the scope of designations which could not be registered. The effect of this was that trade marks and service marks, which were identical or similar to marks previously registered in the USSR for similar goods or marks and protected by international agreements to which the USSR was a party, were non-registrable.<sup>22</sup> In addition, following its membership of the Paris Convention, the Soviet Union acceded to the Madrid Agreement in 1976<sup>23</sup> and the Nice Agreement for an international classification for the registration of trade marks.<sup>24</sup>

---

кооперативные и общественные предприятия и организации помещать на выпускаемых ими изделиях или их упаковке товарные знаки, зарегистрированные в Комитете по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР, а также производить маркировку изделий, предусмотренную стандартами, техническими условиями, договорами и Особыми условиями поставки. Товарные знаки не помещаются на изделиях, которые стандартами и техническими условиями освобождены от всех видов маркировки.” See also *Lightman*, *Domestic and International Trade Aspects of the USSR Trademark System*, IDEA 12 (1968), pp. 793–794.

<sup>20</sup> Положение о Товарных Знаках, утверждено ГОСКОМИЗОБРЕТЕНИЙ СССР 08.01.1974 [Statute of Trademarks of 8 January 1974, effective 1 May 1974], Pat.&T.M. Rev. 76 (1974), p. 82; Regulations governing the registration of transfers or licenses, effective 20 December 1974, in: *White/Ravenscroft* (eds.), *Trade Marks Throughout the World*, New York 1978, p. 713.

<sup>21</sup> “Статья 13: Товарные знаки – это зарегистрированные в установленном порядке обозначения, служащие для отличия товаров одних предприятий от однородных товаров других предприятий.”

<sup>22</sup> *Konjaev*, supra note 18.

<sup>23</sup> Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks of 14 April 1891.

<sup>24</sup> Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks of 15 June 1957.

## 2. The comparison of the Soviet and Western trade mark systems

Soviet trade mark law was based on essentially different concepts than those in the Western economies. By the same token, it pursued an objective incomparable to that in the West.

### a) Western economies

#### aa) Unfair competition law and trade marks registration

There is a traditional perception in Western economies that the purpose of trade marks protection was originally linked to the protection of competition, because any appropriation or imitation of someone else's mark amounted to an act of unfair competition.<sup>25</sup> In the nineteenth century, the period marked by major developments in trade mark law in Europe, the owner of a mark sought the protection of his mark by recourse to unfair competition laws or criminal law. In England, for example, before the introduction of the first statute on trade marks (The Merchandising Marks Act 1862<sup>26</sup>), a trade mark's owner could bring an infringement action on the basis of the claim of *passing-off*, which rests on the premise that "nobody has any right to represent his goods as the goods of somebody else" and thereby divert customers from a competitor.<sup>27</sup> Another example was the French Factory, Manufacture and Workplace Act 1803 which considered it a crime to pass off another's seal as one's own, whilst the Criminal Acts of 1810 and 1824 provided that it was a criminal offence to abuse the name of another or wrongly use the names of production areas.<sup>28</sup> At the same time the claim of passing-off under English law or the criminal offence in French law required proof of intention to defraud or fault

---

<sup>25</sup> *McCarthy*, McCarthy on Trademarks and Unfair Competition, Deerfield et al. 2009, Vol. 1, § 2.05 [4]. As an example, during the discussion on the US Federal Trademark Act of 1946, the Senate Committee on Patents stated: "Trademarks, indeed, are the essence of competition, because they make possible a choice between competing articles by enabling the buyer to distinguish one from the other [...] to protect trademarks [...] is to protect the public from deceit, to foster fair competition [...]"

<sup>26</sup> *Schechter*, The Historical Foundations of the Law Relating to Trade-Marks, New York 1925.

<sup>27</sup> *Cornish*, Intellectual Property, 3rd ed., London 1996, pp. 533–534 quoting Lord Halsbury in *Reddaway v. Banham*. *Bently*, The Making of Modern Trade Mark Law: the construction of the legal concept of trade mark (1860–1980), in: Bently/Davis/Ginsburg (eds.), Trade Marks and Brands, An Interdisciplinary Critique, Cambridge 2008, pp. 4–15. Similarly, in Austria civil law claims for the infringement of trade mark rights were previously regulated in Section 9 of the Austrian Act Against Unfair Competition; Country Reports: Chapter 1: Austria, in: *Lange* (ed.), International Trade Mark and Signs Protection, Munich 2010, pp. 10–12.

<sup>28</sup> *Ibid.* *Trefigny*, Chapter 6: France, p. 315.

respectively, which was not easy to establish and often did not provide an adequate remedy for the mark’s owner. For these reasons, the requirement of trade marks registration was to alleviate those difficulties. In 1857 France adopted the Manufacture and Goods Mark Act, which for the first time introduced the theories of use-based and examination-based trade marks registration systems.<sup>29</sup> The French Act provided that the right in a trade mark belonged to the first in possession, i.e. the right was born from the mere fact of use which would be confirmed by an act of registration. The requirement of trade marks registration was seen as a convenient way to inform other traders of the existence of the mark as well as provide evidence of title in the mark in the event of conflict with other marks. Although, it should be emphasised that the registration of marks in France had a declarative character and was a mere formality, and in the event of conflict between a mark previously used and a registered mark the former took precedence.<sup>30</sup> Soon after, England followed the French example and adopted the system of trade marks registration through the first Trade Marks Registration Act 1875:

“The 1875 Act established a registration system for trade marks, and made the existence of such registration equivalent to public use. This, it was anticipated, would save traders the expense of establishing rights in the mark every time legal action was taken, as well as allowing all traders to know what marks had been protected”.<sup>31</sup>

These developments in the nineteenth century led to a dual system of trade marks protection: one based on registration and the other on prior use in the market place. Essentially, the consequence of such a system was that where the owner of a mark used his trade mark in the market but did not register it, he would still be entitled to its legal protection by recourse to a claim in passing-off in England or unfair competition law in France or Germany. The registration simply provided an additional tier of legal protection.<sup>32</sup>

#### *bb) Trade marks functions*

In Western economies it had popularly been accepted that trade marks perform at least three functions: the identifying or origin function, the quality

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, France, p. 315.

<sup>30</sup> *Ibid.*, France, p. 315.

<sup>31</sup> *Bently*, supra note 27, p. 10.

<sup>32</sup> *Trefigny*, supra note 28, p. 315. The system has been retained in England and countries like Germany and Austria, while France and Belgium opted for a registration-based approach to trademarks, thereby marks must be registered to enjoy legal protection. However, it must be pointed out that, although France adopted the system based on registration, owners of unregistered famous or well-known marks are still entitled to protection under unfair competition law.

function, and the advertising or investment function. Of the three, the *identifying function* has been recognised as the “essential function”, which informs the consumer of the origin of goods or services.<sup>33</sup> Trade marks signal that a particular product originates from a particular producer so that the consumer can distinguish the products of one producer from those of another.<sup>34</sup> Moreover, in “The Rational Basis of Trademark Protection” (1926) *Schechter* defined a trade mark beyond its conventional meaning of a sign or a symbol which distinguishes goods of one producer from those of another.<sup>35</sup> His cogent argument was based on the idea that in the period of advanced and complicated trade techniques, trade marks do not communicate information as to the origin of the goods (specific source), but that the goods come from the same source (single source), a distinction which *Schechter* considered particularly vital.<sup>36</sup> The learned scholar asserted that “the true functions of the trademark are to identify a product as satisfactory and thereby to stimulate further purchases by the consuming public”.<sup>37</sup> When choosing his or her favourite mark the consumer often associates it with the quality of the product.<sup>38</sup>

The *quality function* of the mark would allegedly provide assurance to the consumer that the owner of the mark followed certain control standards that endow the product with particular quality. As soon as the consumer finds a product whose qualities she has not yet tested, it is believed that a trademark would help her identify the producer or owner of the mark and trigger certain expectations.<sup>39</sup> Some commentators even suggested that in

---

<sup>33</sup> In the earlier case on trade marks, the ECJ held that “regard must be had to the *essential function* of the trade mark, which is to guarantee the origin of the trade-marked product to the consumer or ultimate user, by enabling him without any possibility of confusion to distinguish that product from products which have another origin”; Case 102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*, [1978] ECR 1139, para. 7.

<sup>34</sup> This function had been thus included in the tenth recital of the Trade Marks Directive, which “afforded protection to a registered trade mark the function of which is to guarantee the indication of origin”. Hence, the definition of a trade mark includes the requirement for it being distinctive. TMA 1994 s. 1(1): in this Act a “trade mark” means any sign capable of being represented graphically which is capable of distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings.

<sup>35</sup> *Schechter*, *The Rational Basis of Trademark Protection*, Harv. L. Rev. 40 (1926), pp. 814–816.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Cornish*, *supra* note 27.

<sup>39</sup> *Cornish*, *ibid.*, p. 89 gives two meanings to “quality-via-source”: “First, what trade marks convey to the average consumer about the source, and second, what expectations he or she has in relation to a particular product.”

the world of modern marketing, the quality function of the mark is far more important than its origin function.<sup>40</sup>

In fact, the idea that "the mark sells the goods" came to be in the vanguard of the movement for a broader understanding of functions of trade marks, and, hence, the expansion of trade mark law itself. It became evident that the trade mark does more than merely providing information on the origin of the goods; it not only communicates to the purchaser the degree of quality of the product but also serves as a valuable means of advertising.<sup>41</sup> This is because advertising is an important tool for the producer who can use marks to effectively reach the consumer: Trade marks are brief and easily retained in memory; they themselves have become "the vehicle of persuasion".<sup>42</sup> Recently, it has been argued that consumers are more likely than not to be induced to buy a particular product when the producer uses a smart and influential advertising campaign to promote a trade mark and develop a brand.<sup>43</sup>

#### *b) Soviet Union*

##### *aa) Registration requirement*

The requirement of the trade mark registration was the main characteristic of Soviet trade mark law which distinguished it from Western economies such as the United Kingdom or the United States, where an unregistered mark can be protected on the evidence of prior use. Even when the registration of trade marks was introduced in European legal systems, it had a different purpose than the registration of trade marks in the Soviet Union. While in the Western economies the requirement of registration was introduced in order to reduce the risks of trade mark piracy and protect the trade mark owner's rights, the purpose of trade marks registration in the Soviet Union was to control the quality of the produce. In particular, as has

---

<sup>40</sup> Hanak, *The Quality Assurance Function of Trademarks*, TM Rep 65 (1975), pp. 318 f.

<sup>41</sup> Schechter, *supra* note 35, pp. 814–816: "[...] today the trademark is not merely the symbol of good will but often the most effective agent for the creation of good will, imprinting upon the public mind an anonymous and impersonal guaranty of satisfaction, creating a desire for further satisfactions". Brown Jr., *Advertising and the Public Interest: Legal Protection of Trade Symbols*, Yale Law Journal 57 (1948), p. 1165. One of the best techniques of advertising is using a trade mark which due to its brevity and continuity in use or simple reiteration is easy to retain in the memory. Trade marks are a "species of advertising" that may "serve as a bridge between advertising and purchase and themselves be the vehicle of persuasion". See also Png/Reitman, *Why are some products branded and others not?*, J.L. & Econ. 38 (1995), p. 222.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Schechter, *supra* note 35.

been mentioned earlier the Soviet Trade Marks Act 1936 provided for the mandatory requirement of trade marks registration. This requirement was envisaged for the purpose of identifying the producer and calling him to account in case of his producing a bad quality product. Indeed, such a view persisted during the whole period of the Soviet Union law. Despite the influence of international agreements on the Soviet trade mark law, no changes were made in relation to the requirement for the registration of marks. Thus, the 1962 Act also provided that every trade mark was subject to compulsory state registration with the State Committee for Inventions and Discoveries, which implied that a non-registered mark might not be used in the USSR unless first registered.<sup>44</sup> Under the Soviet law, the date of priority of an application for a trade mark was the date when the application was received by the Committee for Inventions and Discoveries or the date when the application was mailed according to the postmark.<sup>45</sup>

*bb) The identifying function of the Soviet trade mark*

The *identifying* function of trade marks as understood in Western economies – the communication to the consumer of the information that a product originates from a particular undertaking – was not relevant in the Soviet Union. This was due to the fact that the economic power was mainly concentrated in the State, which rendered any kind of competition among enterprises artificial and the need to distinguish goods superfluous.<sup>46</sup> Traditionally, in the West the main justification for trade marks protection was to eliminate piratical imitation; hence, the mark served to indicate the origin of the product.<sup>47</sup> In contrast, in the Soviet Union the economic policy was directed towards the cooperation of enterprises for the attainment of the common goal of the improvement of the quality of goods for the benefit of the end-user. If the *identifying* function had any role to play, it was only to distinguish the products of national producers from those of foreign manufacturers.<sup>48</sup>

*cc) The quality function of the Soviet trade mark*

The Western concept of the trade mark was seen by the Soviet policy maker as an instrument that increased monopoly power of the capitalist:

---

<sup>44</sup> *Lightman*, supra note 17.

<sup>45</sup> Article 22 of the Statute of Trademarks of 8 January 1974 (supra note 20).

<sup>46</sup> *Wablat*, Das sowjetische Warenzeichenrecht, Munich 1982, pp. 38–40.

<sup>47</sup> *Cornish/Phillips*, The Economic Function of Trade Marks: An Analysis with Special Reference to Developing Countries, IIC 13 (1982), p. 41.

<sup>48</sup> *Wablat*, supra note 46, pp. 44–47.

By creating the appeal of the product to the consumer's eye through fanciful signs the capitalist attracted more consumers and thereby expanded his monopoly. The main preoccupation of the Soviets with the Western concept of a trade mark was that in the West trade mark law did not seek to protect the consumer against deterioration of the product's quality, which was precisely the situation the Soviet trade mark law sought to prevent.<sup>49</sup> It appears, therefore, that the main function of the trade mark in the Soviet Union was the *quality* function, which, it should be emphasised, not merely indicated the quality but sought to guarantee the consistent and necessarily high quality of goods.<sup>50</sup> The fundamental distinction between the quality function in the West and the Soviet Union was in the objectives pursued: Western firms used trade marks to associate quality for the purpose of creating a reputation and competitive advantage, whereas the Soviet Union's objective was to protect the consumer from bad quality products without creating any commercial gains for the producer. One explanation of this paternalistic approach to consumer protection in the Soviet Union was the paucity of product variety. Accordingly, while the Western consumer relied on the mark as the indication of the quality of the product to make a choice between several producers, the Soviet consumer relied on the mark as the indication of the quality of the product to decide whether or not to buy that product at all.<sup>51</sup> In other words, the lack of product variety caused by the absence of competition necessitated the control of product quality by the state.

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 39, quoting *Boguslavskij*: "In der kapitalistischen Gesellschaft ist das Warenzeichen vor allem ein Mittel, das im Konkurrenzkampf zum Anlocken der Käufer und zur Erzielung zusätzlichen Gewinns benutzt wird. Die Konzentration von Erfindungspatenten und Warenzeichen in den Händen einer Firma erleichtert den Kampf um die Monopolisierung des Marktes der entsprechenden Ware und ermöglicht die Erzielung von Monopolpreisen für Marken-Artikel. Die Gesetzgebung wahrt nicht die Interessen der Konsumenten, da der Konsument gegen die Verschlechterung der Warenqualität nicht geschützt wird". See also *Levitsky*, Copyrights and Trademarks in Soviet Economy: A Study in Contrasts, in: Ioffe/Janis (eds.), *Soviet Law and Economy*, Dordrecht et al. 1987, p. 136: "To be sure, amid the steady growth of franchising and licensing, the United States courts and legal doctrine have rediscovered the 'quality function' in trademarks and began to use this traditional emblem of origin to aid product liability and quality control. But the trademark neither describes nor guarantees quality to the consumer, much less a high level of quality; it merely protects its consistency. To be consistent, quality need not be the same next month as it is today, provided it is the same here as it is elsewhere, among goods similarly marked".

<sup>50</sup> *Boguslavskij/Červjakov*, supra note 19, p. 45: "The purpose of a trade mark is to create popularity for the goods produced by a particular enterprise. Because of the trade mark, the consumer can distinguish these goods from similar articles; he connects the quality of the goods with the trade mark and therefore wants to buy just these goods."

<sup>51</sup> *Cornish/Phillips*, supra note 47.

### III. Uzbek Trade Mark Law

#### *1. Uzbek Trade Marks Act 1994*

After the collapse of the Soviet Union and the declaration of independence in 1991, Uzbekistan moved towards a market economy. At that time, there was an acute need for the creation of a new legal framework that could also serve as a reference point for subsequent reforms in the legal system.<sup>52</sup> In respect of international treaties related specifically to intellectual property law, as one of the legal successors of the former Soviet Union, Uzbekistan had to give notice as to whether it regarded itself a party to the convention in question. Uzbekistan became a member of the Paris Convention by notice, which provides for the minimum requirements for the effective trade mark system and the protection of service marks and collective marks and competitors against acts of unfair competition (Articles 6ter, 6sexies and Article 10bis respectively) as well as the protection of “well-known marks” within the meaning of Article 6bis, which is conferred irrespective of registration. However, even though Uzbekistan joined the Paris Convention, it seems that the first Uzbek Trade Marks Act 1994 was largely modelled on the Soviet Trade Marks Act 1962. There was no alternative legal framework of trade mark law to which the Uzbek legal drafter could refer: The Soviet Uzbek Civil Code 1963 remained in force even after the dissolution of the Soviet Union until the establishment of the Commission on the Drafting of the Civil Code of Uzbekistan in 1993.<sup>53</sup> Hence, many particularities of the Soviet Trade Mark Law had been transferred into the new Uzbek Trade Marks Act.

#### *a) The definition of the trade mark*

The Uzbek Trade Marks Act 1994 adopted the definition of trade marks from Soviet law almost verbatim. Thus, Article 3 of the Uzbek Trade Marks Act reads as follows:

“A trade mark is a designation, registered in accordance with the established procedure, which serves to distinguish goods and services of particular natural and legal persons from identical goods of other natural and legal persons”.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> *Hoffman*, Trademark Developments in the Former U.S.S.R. and Eastern Europe, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal* 4 (1993), Issue 1, pp. 317 ff.

<sup>53</sup> *Rasulov*, The History of the Civil Law of Uzbekistan, in: Bantekas (ed.), *Law and the Legal System of Uzbekistan*, New York 2005, pp. 87–90.

<sup>54</sup> “Статья 3: Товарный знак и знак обслуживания (далее – товарный знак) – это зарегистрированное в установленном порядке обозначение, служащее для отличия

This definition differs slightly from that adopted later in the Article 1031 of the Civil Code of Uzbekistan, where a trade mark is understood as a “symbol which is used for individualizing goods of legal entities and individual entrepreneurs”. This difference is explained by the fact that the Civil Code 1996 was adopted later than the Trade Marks Act. The definition in the new 1996 Civil Code presents a wider view of trade marks as property of entrepreneurs and puts an additional gloss on the meaning of trade marks. Moreover, the Civil Code does not mention the requirement for the trade mark registration, thereby potentially signalling the intent of the drafters to abandon the Soviet understanding and perception of trade marks.

*b) The registration of trade marks*

One of the most significant particularities of the modern Uzbek trade mark law, which was prevalent in the Soviet law, is the registration requirement. Under the Uzbek Trade Marks Act 1994 the registration of a mark is a *sine qua non* to its legal protection.<sup>55</sup> The registration is effected by the Patent Office that considers the application for registration and carries out the examination on the registrability of the filed sign (Articles 13–15 UzTMA). The application for a trade mark registration must include the statement of registration, a graphical representation of the sign in question and a list of goods for which registration of the sign is sought based on the Nice International Classification of Goods and Services.<sup>56</sup> According to Article 15 of the UzMTA 1994, the Patent Office carries out the examination of a trade mark and decides, among other things, the question of whether there are any earlier marks which could potentially conflict on the grounds of the likelihood of confusion. Having examined the sign, the Patent Office communicates the decision on the registrability of the sign to the applicant, who is entitled to appeal against the Patent Office’s decision to the Appellate Council of the Patent Office within three months of the date on which the decision is taken (Article 15, paras. 2–3).

---

товаров и услуг (далее – товаров) одних юридических и физических лиц от однородных товаров других юридических и физических лиц.”

<sup>55</sup> Article 4 UzTMA provides: “Legal protection for a trademark shall be granted on the basis of its registration in accordance with the procedure established by this Law, and also on the strength of the international agreements to which the Republic of Uzbekistan is a party. A trademark may be registered in the name of a natural or legal person undertaking entrepreneurial activity.”

<sup>56</sup> Article 9 UzTMA (Requirements for an application for the registration of a trade mark).

### c) Priority date

The registration requirement is essential not only for establishing the rights in a trade mark but also for identifying the priority date. Article 12 UzTMA 1994 thus provides that the priority date of a trade mark shall be established according to the filing date of the application for registration of the trade mark with the Patent Office. This principle has been retained since the Soviet trade mark law. In fact, making the priority date equivalent to the date of registration potentially sows seeds for the growth of the so-called “trade marks piracy”. As an example, as a successor of the Soviet Law, Russian trade mark law provides that the priority date is established on the basis of the filing date of the application for registration. This requirement gave room for the practice of quickly registering foreign trade marks by nationals for the purpose of licensing them later to the original owners who sought to establish their trade mark rights in Russia.<sup>57</sup>

### 2. The concept of “likelihood of confusion”

One of the most important grounds for the refusal of registration of a trade mark is the finding that the mark could potentially give rise to confusion among the general public. Additionally, the notion of the likelihood of confusion is central to the issue of infringement of a trade mark: In case of similar marks or similar goods and services, infringement will be found only if there is a likelihood of confusion between the marks in question. In a nutshell, in the West it has been long accepted that the test of the likelihood of confusion is necessary to ensure adequate protection to trade marks owners. In order to justify the need for the “likelihood of confusion” test, scholars have adopted a law-and-economics approach to analysis, which postulates that confusion between two marks decreases the value of the original mark. As an example, if B adopts a similar mark for similar or identical products capable of creating confusion with A’s mark, and if B’s products are sold at a lesser price, A will respond by reducing the output of products and his expenditures on its trade mark which in turn will lead to the decrease of the value of the trade mark.<sup>58</sup> The lack of legal protection deprives the producer of the incentive to develop the brand and thus create value in his goods and services.

---

<sup>57</sup> *Messud*, Protecting your trade mark in Russia, I.C.C.L.R. 8/2 (1997), pp. 56–59.

<sup>58</sup> *Landes/Posner*, The Economic Structure of Intellectual Property Law: The Economics of Trademarks, Cambridge 2003, pp. 168–169. See also *Landes/Posner*, Trade-mark Law: An Economic Perspective, Journal of Law and Economics 30 (1987), p. 269; *Griffiths*, A Law-and-Economics perspective on trade marks, in: Bently/Davis/Ginsburg (eds.), Trade Marks and Brands An Interdisciplinary Critique, Cambridge 2008, p. 247.

## a) “Likelihood of confusion” in EU law

The question of whether confusion has a broad or narrow meaning under European trade mark law was ascertained in the leading case of *Sabel v. Puma*.<sup>59</sup> The case concerned the interpretation of Article 4(1)(b) of the Directive which states that a trade mark

“shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid [...] if because of its identity with, or similarity to, the earlier trade mark and the identity or similarity of the goods or services covered by the trade marks, there exists a likelihood of confusion on the part of the public, which includes the likelihood of association with the earlier trade mark”.<sup>60</sup>

In this case Puma, the German company, opposed the registration by a Dutch company Sabel of a device mark consisting of a bounding cheetah (Image a) together with a name “Sabel” for goods in classes 18 and 25 (leather and imitation products, bags, clothing, etc.) on the grounds that there would be likelihood of confusion with the junior pictorial mark comprising a bounding puma (Image b) registered for leather, imitation leather goods and others. The German Patent Office did not find resemblance between the two marks; however, on appeal the decision was quashed by the Federal Patents Court (Bundespatentgericht).



Image a.



Image b.

Sabel appealed to the Federal Patents Court for annulment of the decision refusing the application for registration of its mark. The Bundesgerichtshof stayed proceedings to clarify the meaning of “likelihood of confusion” and

<sup>59</sup> Case C-251/95, *Sabel BV v. Puma AG*, [1997] E.T.M.R. 1. See also *Tessensohn*, May you live in interesting times – European Trade Mark Law in the wake of *Sabel BV v. Puma AG*, *J. Intell. Prop. L.* 6 (1999), p. 282.

<sup>60</sup> Trade Marks Directive Article 4(1)(b) has an identical language to Article 5(1)(b) which deals with infringement by third parties of trade mark rights. Its interpretation will, therefore, apply to infringement cases under Article 5(1)(b) of the Directive.

submitted the question to the Court of Justice of the European Communities (CJEC):<sup>61</sup>

“With reference to the interpretation of Article 4(1)(b) of the First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, is it sufficient for a finding that there is a likelihood of confusion between a sign composed of text and picture and a sign consisting merely of a picture, which is registered for identical and similar goods and is not especially well known to the public, that the two signs coincide as to their semantic content (in this case, a bounding feline)?”

Despite the confusing language of Article 4(1)(b), where the narrow test of likelihood of confusion apparently includes the broader test of the likelihood of association, the CJEC held that likelihood of confusion should be interpreted narrowly as including only direct and indirect likelihood of confusion. The CJEC defined the concept of likelihood of confusion as being “the risk that the public might believe that the goods or services in question come from the same undertaking or, as the case may be from economically linked undertakings”.<sup>62</sup> Thus, the mere association which the public might make between two trade marks as a result of their analogous semantic content is not in itself a sufficient ground for concluding that there is a likelihood of confusion. Article 4(1)(b) would not apply where there was not a likelihood of confusion on the part of the public.<sup>63</sup>

*b) “Point of confusion” in Uzbek law*

Under Uzbek law confusion means the likelihood of association. Article 10(13) UzTMA provides that the following shall not be registered as trade marks:

“designations identical or similar to the *point of confusion* with:

- trade marks previously registered or filed for registration in the Republic of Uzbekistan on behalf of another person, and also protected without registration under the international agreements to which the Republic of Uzbekistan is a party or enjoying earlier priority in relation to goods of the same type [...] [Homogeneous goods]”.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> *Sabel* case, supra note 59, para. 25.

<sup>62</sup> Case C-39/97 *Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn Mayer*, [1999] E.T.M.R. 366.

<sup>63</sup> *Sabel* case, supra note 59, para 26.

<sup>64</sup> “Статья 10: В качестве товарных знаков не регистрируются: обозначения, тождественные или сходные до степени их смешения:

– с товарными знаками, ранее зарегистрированными или заявленными на регистрацию в Республике Узбекистан на имя другого лица, а также охраняемыми без регистрации в силу международных договоров Республики Узбекистан или обладающими более ранним приоритетом, в отношении однородных товаров.”

It is interesting to note that the provision does not make any reference to the concept of "likelihood of association". Neither does Article 26 of the Act (Exclusive right to a trade mark) refer to the concept of "likelihood of association".<sup>65</sup> However, Section 104 of the Rules on Filing and Examination of Applications for the Registration of Trademarks and Service Marks (hereinafter referred to as "Rules for trade mark registration") states that "a designation is considered confusingly similar with another designation if they are associated with each other on the whole, in spite of individual distinctions".<sup>66</sup> This is potentially a very broad test, as the language of the provision suggests that if a mark or a sign in question triggers association with another mark in the mind of the consumer, no registration of that mark will be allowed even if there are individual differences between those marks.

The application of this rule can be illustrated in a decision of the Appellate Council of 15 June 2007.<sup>67</sup> In this case, the defendant registered a combination mark (Image b) consisting of a red coffee cup placed among a bunch of spread coffee beans with the words "GOLDEN CAFÉ" and "TRUE GOLDEN TASTE" and registered for class 30 under the Nice International Classification of Goods (coffee, tea, cocoa, etc.). The proceedings were brought by the claimant, the owner of the earlier trade marks (Image a)<sup>68</sup> registered for class 30, to declare the registration of the later

---

<sup>65</sup> Article 26 UzTMA reads: "A trademark owner shall have the exclusive right to use and to dispose of the trademark. The exclusive right to a trademark shall be valid in relation to the goods indicated in a certificate and shall be enforced for the period of validity of registration, beginning from the date of publication in the official gazette of the Patent Office. A violation of the exclusive right to a trademark shall be recognized in the case of unauthorized manufacture, application, import, offer for sale, sale, other introduction into public circulation or storage for this purpose of a trademark or good designated by the mark, or of a designation similar to the point of confusion, in relation to goods of the same type."

<sup>66</sup> Rules No. 1988 of 29 July 2009 on Filing and Examination of Applications for the Registration of Trademarks and Service Marks, WIPO Lex No. UZ040. For the Russian version of the Act [Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания] see <<http://patent.uz/tovarznak.htm>>. The Russian translation of § 104 of the Rules reads as follows: "Обозначение считается сходным до степени смешения с другим обозначением, если оно ассоциируется с ним в целом, несмотря на их отдельные отличия."

<sup>67</sup> Decision of the Appellate Council of 15 June 2007 on appeal by Société des Produits Nestlé S.A. (CH) for the declaration of the invalidity of the trade mark No. MGU 13952 [Решение Апелляционного Совета от 15.6.2007 г., "Société des Produits Nestlé S.A." (CH) против действия свидетельства Республики Узбекистан № MGU 13952 на комбинированный товарный знак]; available online at <<http://www.patent.uz/apelgoldcafe.htm>>.

<sup>68</sup> International registration No. 726641 of 18 January 2000. A search of the international registration of marks can be carried out on the following website <<http://www.wipo.int/romarin/newSearch.do>>.

mark invalid on the basis that the marks were similar to the point of confusion.<sup>69</sup>



Image a.

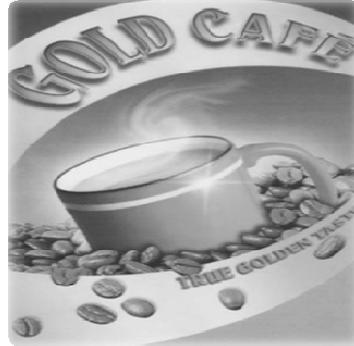


Image b.

The claimant argued that the slogan “TRUE GOLDEN TASTE” was written in a small font and was hardly readable. In addition, the slogan was descriptive and importing a characteristic to the product which rendered the mark unregistrable. Yet, the main contention was that the claimant created the image of the red cup, which was often used in the advertising of the product (coffee) and that the existence of the similar mark used for identical products would confuse consumers.

The Appellate Council referred to Section 104 of the Rules for trade mark registration and concluded that the two marks were similar to the point of confusion because they coincided as to *their semantic content*. In effect the Appellate Council confirmed that the mere association between the marks in question would suffice for finding a likelihood of confusion.

---

<sup>69</sup> The claimant held other registered trade marks, including the three-dimensional red cup (international registration No. 796607 of 9 January 2003), figurative trade mark of the red cup in red colour (international registration No. 793933 of 21 November 2002), and a figurative trade mark of the red cup placed in a bunch of coffee beans in black and white colour (international registration No. 633089 of 9 March 1995).

### 3. Degree of similarity of marks

#### a) General guidelines by the Court of Justice

In the leading *Lloyd’s* case, the CJEC (now the CJEU) provided detailed guidance on which factors the national courts must take into account when ascertaining whether a particular mark is similar to the earlier mark.<sup>70</sup> In essence, the similarity of marks is determined by the degree of visual, aural or conceptual similarity between them, which in turn is based on the overall impression given by the marks.<sup>71</sup> The concept of “overall impression” is based on the assumption that the average consumer perceives the mark as a whole and does not analyse its various details.<sup>72</sup> Furthermore, national courts must bear in mind the distinctive and dominant components of marks in question.<sup>73</sup> Last, but not least, the similarity of marks is not to be determined in separation from the goods themselves so that national courts must consider the category of goods or services when determining the similarity of marks.

#### aa) Marks with a common element

In respect of trade marks containing a common element in combined marks, there are two possible approaches in determining whether or not such marks are similar. One approach is to evaluate whether the common element merely contributes to the overall impression of the mark, in which case there will not be a likelihood of confusion. In other words, the common element is viewed as being subsumed and assessed in totality with the second element. An alternative approach requires the assessment of the common element of the composite mark separately from the second element. Whilst the former approach had been primarily practiced in German trade mark law and is known as the *Prägetheorie* (theory of overall impression conveyed), the latter had been adopted in English trade mark law. The two approaches lead to essentially different results. As an example, when applying the *Prägetheorie* the German Regional Court (Landgericht) of Düsseldorf did not find the mark “THOMSON LIFE” confusingly similar to the earlier mark “LIFE”.<sup>74</sup> In contrast, the Chancery Division of the High Court in the UK held that the sign “BULOVA ACCUTRON” was

---

<sup>70</sup> Case C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer v. Klijsen Handel BV*; [1999] E.T.M.R. 690, para. 27.

<sup>71</sup> *Lloyd’s* case, supra note 70, para. 25; Case T-6/01 *Matratzen Concord AG v. Hukla Germany SA*, [2003] E.T.M.R. 31, para. 29.

<sup>72</sup> *Sabel* case, supra note 59, para. 23.

<sup>73</sup> *Lloyd’s* case, supra note 70, para. 25.

<sup>74</sup> Case C-120/04 *Medion AG v. Thomson Multimedia Sales Germany&Austria GmbH*, [2006] E.T.M.R. 13.

similar to the earlier registered mark “ACCUTRIST” and, thus, giving rise to the likelihood of confusion.<sup>75</sup> *Stamp J*, the trial judge in the *Bulova* case, stated that *Bulova* was the house mark, and that it was necessary to separate the word “ACCUTRON” from the word “BULOVA”. The trial judge found that “ACCUTRON” in isolation was sufficiently similar to the mark “ACCUTRIST” and capable of creating the likelihood of confusion. It must be pointed out that the case of *Bulova* was decided before the UK adopted the EU Trade Marks Directive; however, it is presumed that the decision is consistent with the approach undertaken by the Court of Justice. Given that the two approaches produced contradictory outcomes, the German court stayed the proceedings in the *Thomson Life* case and submitted a question to the Court of Justice asking, in particular, whether there would be a likelihood of confusion where the contested sign was composed of a company name of another and a registered mark which had normal distinctiveness. The Court of Justice stated that the assessment of the degree of similarity between two marks involved more than merely taking one element of a composite mark and juxtaposing it against another mark: The comparison must be made by examining each of the marks as a whole.<sup>76</sup> Nevertheless, the Court continued that this did not imply that a composite mark could not be dominated by one or more of its elements.<sup>77</sup> Whilst the main assumption is that the average consumer perceives a mark as a whole and does not always analyse its elements, there may be situations when a composite mark is dominated by one or more components or where such components have an independent and distinctive role in the composite sign without necessarily being a dominant element. According to the Court of Justice, “THOMSON LIFE” was infringing the earlier registered mark “LIFE”. The consequence of such an interpretation by the Court of Justice means that in essence the German approach would no longer apply.

*bb) Marks with a dominant element*

In assessing similarity between the two marks, the Court of First Instance (CFI) noted that trade marks must be viewed as a whole but attention should be paid to their dominant components. In identifying the dominant character of one or more given components of a complex mark, account must be taken of “the intrinsic qualities of each of those components by

---

<sup>75</sup> “*Bulova Accutron*” *Trade Mark*, [1968] F.S.R. 336; the decision was applied to later cases arising under the Trade Marks Act 1994, see for example Application No. 2232368 for the Registration of the Trade Mark “MARTEXT LUXOR”. The application was rejected on the ground that the mark was similar to the earlier registered mark “LUXOR”.

<sup>76</sup> *Medion* case, supra note 74.

<sup>77</sup> *Ibid.*

comparing them with those of other components”.<sup>78</sup> For example, in *Matratzen Concord v. OHIM*, the composite mark “MATRATZEN MARKT CONCORD” was found by the Court of First Instance to be sufficiently similar to the mark “MATRATZEN” to give rise to the likelihood of confusion.<sup>79</sup> Similarly, in *Reemark v. OHIM*, the German word mark “WEST” was found to be confusingly similar to the Community trade mark “WEST-LIFE”.<sup>80</sup> The CFI concluded that “WEST” was a dominant element and in combination with another word it could be perceived as a variant of the earlier mark.

#### *b) Rules for determining similarity under UzTMA 1994*

The Rules for trade mark registration is the only guidance available for trade mark examiners of the Uzbek Patent Office and the Appellate Council. It is a comprehensive set of rules which seeks to clarify the Uzbek Trade Marks Act, and, in particular, to provide guidance on the degree of similarity that must be satisfied before the likelihood of confusion is upheld. According to sections 103–106, the analysis of the similarity of word marks is made on the basis of phonetic, visual and conceptual similarities. Visual similarity is assessed by the “general impression”, which includes the type of font, the graphic design as well as the character of letters (block-letters or cursive, capital or small letters), and the location of letters with respect to each other and the alphabet used. The comparison of figurative, three-dimensional and combined designations involves the consideration of their external shape, presence or absence of symmetry as well as type and character of designations (naturalistic, conventionalised, caricature, etc.), combination of colours and shades.

#### *aa) Marks with a common element*

The issue of the similarity of combined marks is difficult to ascertain, primarily because the provision dealing with the matter was drafted in a misleadingly simplified manner. Section 113 of the Rules for trade mark registration provides that to determine the similarity of combined marks they are to be compared with a) combined marks; b) with the common elements which form part of the contested combined mark.<sup>81</sup> The meaning of

---

<sup>78</sup> Case T-6/01 *Matratzen Concord AG v. Hukla Germany SA*, [2003] E.T.M.R. 31.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> Case T-22/04 *Reemark Gesellschaft für Markenkooperation mbH v. OHIM*, Judgment of 4 May 2005, ECR 2005 II-01559.

<sup>81</sup> There is no official English translation of the provision. The Russian version of the text reads as follows: “Для определения сходства комбинированных обозначений их сравнивают:

a) с комбинированными обозначениями;

the provision was considered in the appeal brought by the owner of the combined mark “Mars MAX” (Image a) against the registration by the Patent Office of the combined mark “MAXIMUM” (Image b).<sup>82</sup>



Image a.



Image b.

In assessing the similarity of the two marks, the Appellate Council found that the word “MAX” was not similar to “MAXIMUM”, because visually they were written in distinct fonts and conceptually they carried different meanings. On these grounds, the Appellate Council decided that the two marks were not similar to the point of confusion, thereby rejecting the appeal by the appellant (Mars Inc.) In essence, it appears that the Appellate Council separated one element of one combined mark to compare it with another mark. Interestingly, it may be the case that applying the same approach leads to a different result: In another case, the registration of the mark “T-Partner” was refused on the grounds that it was similar to the earlier mark “Sonera Partner”.<sup>83</sup> The examiner took out the common element

---

б) с теми видами обозначений, которые входят в состав проверяемого комбинированного обозначения как элементы. При определении сходства комбинированных обозначений используются признаки, приведенные в пунктах 106-112 настоящих Правил, а также исследуется значимость положения, занимаемого тождественным или сходным элементом в заявленном обозначении.”

<sup>82</sup> Decision of the Appellate Council of 4 January 2007 concerning the validity of the registration of the trade mark No. MGU 13993 [Решение Апелляционного Совета от 4.1.2007 «Mars, Incorporated» (US) о признании недействительным свидетельства Республики Узбекистан No. MGU 13993 на комбинированный товарный знак «Maximum»]; available online at <<http://www.patent.uz/pravpractic.htm>>.

<sup>83</sup> In this case the appellant sought the annulment of the decision of the Patent Office concerning the refusal to register the mark “T-PARTNER” for goods in classes 9, 38, and 42. Decision of the Appellate Council of 27 December 2007 on the refusal of registration by the Patent Office of the trade mark “T-Partner” [Решение Апелляционного Совета от 27.12.2007 «Deutsche Telekom AG» (DE) на решение Государственного патентного ведомства Республики Узбекистан об отказе в предоставлении правовой охраны на территории Республики Узбекистан международной регистрации No 844317 товар-

of the two marks (Partner) and compared it with the contested mark (T-Partner). It is hard to explain why "MAX" and "MAXIMUM" were found not similar to the point of confusion, while "Partner" and "T-Partner" were held to be similar. Based on these decisions, it seems that Article 113 was interpreted as meaning that in the case of combined marks, their comparison would require identifying the common element of the marks and analysing them separately from other elements. This approach therefore differs from that of the Court of Justice, which expressly abandoned the practice of merely taking one element of a combined mark and juxtaposing it against another. It is only where the common element is independent and dominant that its separation from another element would be endorsed.

*bb) Marks with a dominant element*

The two cases presented above involved situations where the marks contained some common element. However, in many instances there are cases where marks may consist of two or three elements, one of which may be dominant. The Rules on trade mark registration do not provide clear guidance as to how the trade mark examiner should determine which element is dominant; it appears that this will rather be left at the discretion and to the personal judgment of each examiner. This practice can be illustrated by two examples: In the decision of the Appellate Council of 27 April 2007 (I)<sup>84</sup> in which the owner of the registered trade mark "TIGER BALM" sought the declaration by the Appellate Council of the invalidity of the registration of the mark "TIGER LINIMENT" on the ground that the latter mark was similar with the junior mark to the point of confusion. The appellant argued that the word "TIGER" was dominant in both marks because the word "BALM" was descriptive of the goods for which the mark was registered, namely goods of class 5 of the Nice International Classification under the Nice Agreement (pharmaceutical and veterinary preparations, sanitary preparations for medical purposes) and could be disregarded in the comparison of the two marks. Hence, it was submitted that "TIGER" was phonetically, visually and semantically identical to "TIGER LINIMENT". The appellant submitted that the two marks were semantically

---

ного знака «T-Partner» в отношении 09, 38, 42 классов и части услуг 35 класса МКТУ]; available online at <<http://www.patent.uz/pravpractic.htm>>.

<sup>84</sup> Decision of the Appellate Council of 27 April 2007 on appeal by Haw Par Corporation Ltd (SG) for the declaration of the invalidity of the trade mark "TIGER LINIMENT" No. MGU 13811 [Решение апелляционного совета от 27.4.2007 «Haw Par Corporation Ltd» (SG) против действия свидетельства Республики Узбекистан No MGU 13811 на товарный знак «TIGER LINIMENT»]; available online at <<http://www.patent.uz/pravpractic.htm>>.

identical because the word “Tiger” was a common English word, which translated into the Russian language identically.

Similarly, in the decision of the Appellate Council of 27 April 2007 (II),<sup>85</sup> which discussed a second appeal by the owner of the trade mark “TIGER BALM” against the registration of the word mark “TIGER PLASTER”, the appellant contended that the word “TIGER” in the junior mark was dominant and that based on this ground it was identical to the point of confusion on the same grounds as mentioned above. The Appellate Council upheld the appeals entirely accepting the arguments of the appellants.

#### 4. *The degree of similarity of goods or services*

##### *a) Threshold requirement in European trade mark law*

The language of Article 4(1)(b) of the EU Trade Marks Directive has originally spurred a debate over whether there was a threshold requirement to the similarity of goods and services. In other words, if there is no boundary requirement then the courts need to address one single question of whether or not there is a likelihood of confusion. If there is such a requirement, then there will essentially be three questions: Firstly, whether the marks are similar; secondly, whether the goods and services are similar; and thirdly, whether as a result of these findings there is a likelihood of confusion.

On one hand, the Court of Justice held that in the *Sabel* case that the likelihood of confusion must be assessed globally taking into account all relevant factors. Following this decision, the court later held that the distinctive character of a trade mark and its reputation must be taken into account when determining whether the similarity between the goods or services covered by two marks is sufficient to give rise to the likelihood of confusion.<sup>86</sup> On the other hand, the British court interpreted Article 4(1)(b) in a manner that separated confusion from the question of similarity. Hence in *British Sugar plc v. James Robertson & Sons*<sup>87</sup> Jacob J stated that

---

<sup>85</sup> Decision of the Appellate Council of 15 June 2007 on appeal by Haw Par Corporation Ltd (SG) for the declaration of the invalidity of the trade mark No. MGU 13952 [Решение Апелляционного Совета от 27.4.2007 г., принятое по результатам рассмотрения апелляции, поданной компанией Haw Par Corporation Ltd (SG) против действия свидетельства Республики Узбекистан № MGU 13810 на товарный знак TIGER PLASTER]; available online at <<http://www.patent.uz/pravpractic.htm>>.

<sup>86</sup> *Lloyd's case*, supra note 70, para. 21; Case C-425/98 *Marca Mode CV v. Adidas AG, Adidas Benelux*, [2000] E.T.M.R. 561, para. 40.

<sup>87</sup> *British Sugar plc v. James Robertson & Sons*, [1996] RPC 281. In 1992, British Sugar registered the word “Treat” as a trade mark for dessert sauces and syrups and used it on “Silver Spoon Treat”, a syrup topping for ice cream and other desserts. In 1995 James Robertson, a jam manufacturer, produced a spread which it sold as “Robertson’s Toffee Treat”. British Sugar brought an action for trade mark infringement against James

it would be wrong to elide similarity of goods with confusion because this would mean that a stronger mark would get protection for a greater range of goods than a weaker mark:

"I do not think it is legitimate to elide the question in this way. The sub-section does not merely ask 'will there be confusion?': it asks 'is there similarity of goods?', if so, 'is there a likelihood of confusion?'"<sup>88</sup>

The decision especially attracted more attention after the ECJ's reference to the global assessment test in the *Sabel* case and the decision in the *Canon* case that the distinctive character of a trade mark must be taken into account when determining whether similarity between the goods or services is sufficient to give rise to the likelihood of confusion.<sup>89</sup> It makes no difference that *Jacob J* was dealing with similarity of goods in the context of infringement rather than in a comparison of an application to a mark already on the register as in the *Canon* case. It seemed that the ECJ interpreted the Trade Marks Directive exactly in the manner *Jacob J* sought to avoid, i.e. giving more protection to "stronger" marks. Both *Jacob J* and the ECJ relied on the same tenth recital sentence "[...] whereas it is indispensable to give an interpretation of the concept of similarity in relation to the likelihood of confusion", but clearly came to divergent conclusions. The Advocate General said that the recital made it "clear that the recognition of the mark is relevant in deciding whether there is sufficient similarity to give rise to a likelihood of confusion," while *Jacob J* stated that the recital should be read as meaning that trade mark purpose should be borne in mind in deciding similarity. However, following the ECJ's judgment in the *Vedial* case that likelihood of confusion presupposes that the goods or services covered by the application for registration are identical or similar to those in respect of which the earlier mark is registered, one should acknowledge that the ECJ did envisage the existence of a threshold. It therefore appears that the test enunciated by *Jacob J* is consistent with the ECJ's interpretation. The *Vedial* judgment confirmed that the European approach treats similarity between goods as a criterion separate from the question of likelihood of confusion.

---

Robertson, alleging that the defendant's product was likely to cause confusion on the part of the public.

<sup>88</sup> Ibid. per *Jacob J*: "[...] For instance 'Kodak' for socks or bicycles might well cause confusion, yet these goods are plainly dissimilar from films or cameras. I think the question of similarity of goods is wholly independent of the particular mark the subject of registration or the defendant's sign."

<sup>89</sup> *Canon* case, supra note 62.

b) *Similarity of goods/services under UzTMA 1994*

In the *Mars* case, once the Appellate Council found that the marks were not similar, it did not proceed to analyse whether the goods were identical or similar. It appears that this approach is different to the one of the EU, which requires global appreciation of the likelihood of confusion. The Patent Office is required to adopt a step-by-step approach in determining whether the marks in question are similar to the point of confusion (Section 104 of the Rules on trade marks registration). In determining the similarity of goods the Patent Office takes into consideration such factors as the type of goods, their purpose, the kind of material of which the goods are made and, last but not least, the trade channels through which the goods are marketed. The criteria employed by the Patent Office in determining the similarity of goods do not significantly differ from those under the European Union law.

#### IV. Conclusion

The discussion presented above demonstrates one major difference between the European interpretation of the meaning of the “likelihood of confusion” and the Uzbek “point of confusion”: Whereas in European trade mark law the concept of the “likelihood of confusion” does not include the likelihood of association, in Uzbek law the concept of “point of confusion” denotes precisely the likelihood of association. This carries significant implications and, in particular, begs the question as to which of the two tests should be preferred in Uzbek law.

It has already been pointed out that the test of likelihood of association allows for a greater protection of trade marks. One consequence of this approach in the context of the Uzbek trade mark system is that when a trade mark is registered it will enjoy a broad scope of protection, thereby creating a monopoly, because any sign slightly similar as to the semantic meaning to the earlier mark will more likely to be refused registration on the ground of the likelihood of association. The decision of the *Golden Café* is illustrative of this approach. Although it may be argued that the broad interpretation of the meaning of confusion is advantageous to the trade mark owner, it may have a negative effect for firms wishing to enter a particular segment of the market, in particular foreign firms.

First of all, in developing countries the lack of well-established quality markets signifies that consumers will have stronger preferences for imported products whose trade marks will signal the degree of quality.<sup>90</sup> In turn,

---

<sup>90</sup> *Cornish/Phillips*, supra note 47.

national firms will be tempted to imitate foreign marks with an established reputation. As a consequence, failure to register a foreign mark in the national register in a timely manner may create difficulties in protecting the mark. This is because the subsequent registration may be cumbersome given that the foreign firm will have to demonstrate that its filed mark is not capable of creating the "association" with the earlier registered marks. As an example, illustrated earlier in the paper, when Deutsche Telecom AG sought to register its mark "T-Partner", it could not do so until it acquired the consent of the national firm holding a mark "Sonera Partner".

At the same time, foreign firms may attribute the broad interpretation of the concept of confusion in Uzbekistan to a covert attempt to favour national firms. Hence, the decision in the *Mars* case is hard to reconcile with the approach taken earlier in the *Gold Café* case, primarily because it could be argued that the mark "Maximum" was similar to the mark "Mars Max" as to their semantic meaning, the use of the colours and the choice of words, thereby creating the likelihood of association.

However, this is not to suggest that the likelihood of association approach applied in Uzbekistan is necessarily flawed. On the contrary, it may be the appropriate approach in the national context, because essentially it seeks to protect the consumer. Thus, the law-and-economics analysis assumes that

"To entertain a greater likelihood of confusion between similar trade marks and identical or similar products is to increase the search costs on consumers who must either possess a more specialised knowledge or spend proportionally more time in searching for a desired quality".<sup>91</sup>

In developing countries and, particularly, post-Soviet countries such as Uzbekistan, there is a stronger argument for a lesser likelihood of confusion, that is – the test of likelihood of association. However, in order to benefit the consumer, the application of this test in practice must be consistent so to ensure that no entry barriers are created for foreign firms in registering and protecting their marks and that national firms are discouraged from imitating foreign marks. As long as the interpretation remains inconsistent, national firms will be reluctant to improve product quality, whilst Uzbek trade mark law will not fulfil its genuine goal, which is to stimulate effective competition among firms.

---

<sup>91</sup> Ibid.



# Personal Non-property Rights of Minors in Uzbekistan

IRODA DJURAEVA

I. Introduction .....	362
II. Historical background.....	363
1. Law of Uzbekistan .....	363
2. International instruments on the rights of the child.....	365
III. National legislation regulating personal non-property rights of minors after ratification of the UN Convention.....	366
1. The Constitution.....	366
2. The Family Code of the Republic of Uzbekistan.....	366
3. The law “On Guarantees of the Rights of the Child”.....	367
4. Other legislative acts.....	368
IV. Certain personal non-property rights of the child.....	369
1. Realization of the child’s right to defense in court: Correlation of family and civil procedure legislation.....	369
2. Legal regulation of the child’s right to know his or her parents.....	372
a) The child’s right to claim from the mother the information about his or her father.....	373
b) Conflict of interests between the child and the adoptive parent.....	374
c) Establishment of paternity voluntarily and in the court.....	375
3. The child’s right to contact with his or her parents and other relatives.....	377
a) The right of the parent residing apart from the child and the right of close relatives to contact with the child.....	378
b) Enforcement of the relevant decisions of the court.....	379
4. The child’s right to express his or her opinion.....	381
a) Consideration of the child’s opinion and the child’s consent.....	381
b) The age when the child has the right to express his or her opinion.....	382
c) The procedure to detect the child’s opinion.....	383
d) The child’s interests.....	385
5. The child’s right to name, surname and patronymic.....	387
a) The child’s name and patronymic.....	387
b) The child’s surname.....	389
V. Private international law in the regulation of parent-child relationships.....	390
1. The rules of private international law in the Code on Marriage and Family of the Uzbek SSR of 1969.....	390
2. The rules of private international law in the FC RUz.....	391
3. International instruments.....	392
VI. Conclusions.....	393

## I. Introduction

This article is designed to examine the mechanism of implementation of the United Nations Convention on the Rights of the Child (1989)<sup>1</sup> (hereafter “the UN Convention”) in Uzbek family legislation and its application.

The Republic of Uzbekistan ratified the UN Convention on 9 December 1992. The ratification has brought about the transformation of Uzbek family law and the development of legislation to meet international standards.

After the UN Convention was ratified, this created certain obligations for Uzbekistan, primarily to bring domestic legislation in accordance with the terms of the UN Convention. By signing the UN Convention, Uzbekistan declared its commitment to comply with these provisions.

It should be noted that because of their common Soviet legal heritage, family law of the Republic of Uzbekistan and of the Russian Federation are very similar in their structures, content, as well as the specifics of legal regulation of parent-child relationships. In addition, many Russian researchers have studied this problem in greater detail. In this regard, in this article we will also cite Russian scholars, among others. The experience of lawyers in practice has also been applied throughout this research. The reference group includes judges, legal practitioners, prosecutors, court officers, the registry office and guardianship and trusteeship body staff who have been interviewed on specific issues of the application of family legislation in practice.

Today’s Uzbek family law regulating the child’s rights has derived from the norms of Soviet family law. Accordingly, a historical background of the family law of Uzbekistan is required to develop a full and impartial view of the mechanism of implementation of the UN Convention in Uzbek family law.

---

<sup>1</sup> See the English text of the UN Convention at <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>.

## II. Historical background

### 1. Law of Uzbekistan

Before 1917 the rules of Adat<sup>2</sup> and Sharia served as legal basis of marriage and family in Turkestan (where today's Uzbekistan was formed).<sup>3</sup>

On 16 December 1918 the first code of laws on civil status, marriage, family and guardianship of the RSFSR was adopted; it was introduced in Turkestan by the decree of the Central Executive Committee of Turkestan dated 9 July 1919.<sup>4</sup>

After the formation of the Uzbek Soviet Socialist Republic (in 1925), the new codes of the Republics, in particular the Code of Laws on Marriage, Family and Guardianship of the UzSSR from 7 March 1928,<sup>5</sup> were elaborated and adopted.

In 1969–70, the Soviet Union Republics adopted family codes that generally copied and further developed the fundamental provisions of the Fundamental Legislation of the USSR and Union Republics on Marriage and Family.<sup>6</sup> In the Uzbek SSR, the Code on Marriage and Family (hereafter "UzCMF") was adopted on 1 October 1969.<sup>7</sup>

Under Soviet family law, personal relationships between parents and children arose in the following cases: When giving the child a first name, patronymic and surname as well as in identifying his or her nationality and

---

<sup>2</sup> Adat (from Arabic "adat" meaning custom or habit) – the so-called common law established by custom, or the set of traditional norms that has been transmitted from generation to generation, and is considered the set of customs and folk law practices in various areas, such as marriage, inheritance, property law etc. See for details *Babič*, *Gewohnheitsrecht im nordwestlichen und zentralen Kaukasus*, in: Kemper/Reinkowski (eds.), *Rechtspluralismus in der islamischen Welt*, Berlin et al. 2005, pp. 255 ff.

<sup>3</sup> *Samarchodžaeva*, *Razvitie bračno-semejnego zakonodatel'stva Uzbekskoi SSR o vospitanii detej v sem'e (istoriko-pravovoe issledovanie)* [The development of marital and family law of the Uzbek SSR on the upbringing of children in the family (historical-legal research)], Tashkent 1984. See <<http://www.dissercat.com/content/razvitie-brachno-semeinogo-zakonodatelstva-uzbekskoi-ssr-o-vospitanii-detei-v-seme-istoriko>>; *Geiß*, *Rechtskultur und politische Reformen in Zentralasien*, in: Boulanger (ed.), *Recht in der Transformation*, Berlin 2002, p. 152.

<sup>4</sup> *Atachodžaev*, *Vozniknovenie i razvitie sovet'skogo zakonodatel'stva o zaključenii i rastorženii braka v Uzbekistane* [The emergence and development of Soviet legislation on marriage and divorce in Uzbekistan], Tashkent 1963, p. 39.

<sup>5</sup> *Rachmankulov*, *Pravovoe regulirovanie graždanskich, trudovyh i semejno-bračnyh otnošenij* [Legal regulation of civil, labor and family relations], Tashkent 1974, p. 195.

<sup>6</sup> Adopted by the Supreme Council of the USSR on 27 June 1968, it came into force on 1 October 1968. See *Pergament/Nečaeva*, *Razvitie zakonodatel'stva o brake i sem'e* [The development of legislation on marriage and family], Moscow 1978.

<sup>7</sup> *Kodeks o brake i sem'e Uzbekskoj SSR* [The Code on Marriage and Family of the Uzbek SSR] of 1 October 1969, as amended on 1 January 1983.

citizenship (Articles 76, 77 of the UzCMF); and when parents represent their children to protect their rights and interests. For instance, Article 74 of the UzCMF states: “Protection of rights and interests of under-aged children shall be granted to their parents.”<sup>8</sup> Part 2 of Article 74 of the UzCMF states: “The parents are recognized as legal representatives of their under-aged children and shall advocate protecting their rights and interests in all institutions, including the judiciary, with no special power required”; furthermore, personal relationships arose when parents brought up their children.<sup>9</sup> According to Article 72 of the UzCMF: “Parents shall be obliged to bring up their children, to take care of their physical development and education, to prepare them to be socially useful and to raise them as worthy members of the socialist society.”

In the UzCMF the child’s rights were not defined as autonomous rights, nor did the code define the term “the child’s right”. The Soviet family law school did not discuss the rights of the child.<sup>10</sup>

Soviet lawmakers pursued a different approach with regard to children’s rights in general. Their rights were considered solely as parental duties and children were not autonomous rights holders, but rather only the object of parental care.<sup>11</sup>

According to the point of view of the modern author *Maksimovič*, such a view of children’s rights was explained mainly by the child’s lack of legal capacity, due to the fact that he or she had not reached a sufficient level of understanding and maturity. Therefore, a child is incapable of being personally involved in a particular legal relationship, i.e. he or she is not able to acquire rights or duties and to be liable for his or her actions.<sup>12</sup> In fact, minors being incapable both in law and in fact are not involved in legal relationships; instead their parents represent them as they have been granted rights and duties to bring up, to maintain and to protect the interests of their under-aged children.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> All Uzbek legal acts mentioned in this article were translated by the author.

<sup>9</sup> *Ichsanov*, *Semejnoe pravo* [Family Law], Alma-Ata 1984, p. 143.

<sup>10</sup> *Vorožejkin*, *Semejnye pravootnošenija v SSSR* [Family legal relationships in the USSR], Moscow 1972, p. 336; *Sverdlov*, *Ochrana interesov detej v sovetskom semejnem i graždanskom prave* [Protection of the children’s interests in the Soviet family and civil law], Moscow 1955; *Futagami*, *Personal (non-property) rights and duties of the members of the Soviet family*, Kiev 1972; from modern source literature see *Nečeva*, *Problemy ochrany prav nesoveršennoletnich v Rossijskoj Federacii* [Problems of Protection of the Rights of Minors in the Russian Federation], Moscow 1991.

<sup>11</sup> Articles 72–74 of the UzCMF.

<sup>12</sup> *Maksimovič*, *O prave rebenka vyražat’ svoe mnenie* [On the right of the child to express his or her opinion], available at <<http://www.to-1.ru/articles/272/>>.

<sup>13</sup> *Ibid.*

## 2. International instruments on the rights of the child

The development of Soviet family legislation generally met international standards. For instance, the Universal Declaration of Human Rights, adopted by the UN General Assembly on 10 December 1948, stated that the child is the object of special care and assistance. It should be noted that in general Western scholars regarded Soviet Family law as quite progressive.<sup>14</sup>

The years of international community efforts resulted in the Declaration of the Rights of the Child of the United Nations General Assembly on 20 November 1959. This international instrument was of a declarative nature.<sup>15</sup>

The UN Convention adopted by the United Nations General Assembly on 20 November 1989 is the first legally binding international instrument stipulating a new conception that recognizes the child as a full person. The child is no longer considered as property of his or her parents and is a person with a full range of rights guaranteed by law.<sup>16</sup>

The European Convention on the Exercise of Children's Rights adopted by the Council of Europe on 25 January 1996 is an addition to the UN Convention and includes measures to provide the execution of children's rights, especially in judicial and administrative practice.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> *Westen*, Zur Neuordnung des Familienrechts in der UdSSR, Cologne 1969, pp. 4 f., 67 ff.; *Paškov* (ed.), *Sovetskoe trudovoe pravo*, Moscow 1966, p. 70.

<sup>15</sup> International instruments including those on human rights can be divided into two groups: declarations and conventions. If the declaration (from Latin – the proclamation) is not mandatory and is considered as a recommendation which declares the fundamental principles and program provisions, the convention (from Latin – the contract, agreement) is an agreement on specific issues mandatory for those countries that accede (sign, ratify) to it. See *Šnekendorf*, *Vserossijskij urok, posvjaščennyj Konvencii o pravach rebenka* [All-Russian lesson dedicated to the Convention on the Rights of the Child], Moscow 1995, p. 5.

<sup>16</sup> *Bondarenko*, *Meždunarodnye dokumenty o pravach rebenka: naučno-praktičeskoe posobie* [International instruments on the Rights of the Child: scientific and practical guide], Volgograd 2011, p. 13.

<sup>17</sup> See <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>>.

### III. National legislation regulating personal non-property rights of minors after ratification of the UN Convention

#### 1. *The Constitution*

The basis of the legal regulation of parent-child relationships in Uzbekistan is the Constitution of the Republic of Uzbekistan<sup>18</sup>, in particular, the separate chapter entitled “Family”. In accordance with its provisions, the state supports and protects family, motherhood and childhood in Uzbekistan. For example, Article 45 of the Constitution of the RUz states that the rights of minors shall be protected by the state.

According to Article 64, the state and society shall ensure maintenance, care and education of orphaned children and of the children deprived of parental care, and encourage charity towards them.

In accordance with Article 65 of the Constitution of the RUz, motherhood and childhood shall be protected by the state.

Also, the principle of equality of children before the law irrespective of their descent and civil status of their parents is defined in Article 65 of the Constitution of the RUz.

Moreover, Article 66 of the Constitution of the RUz stipulates the parental duty to maintain and to bring up children until they reach the age of majority as well as the duty of adult children to care for their parents.

Therefore, the Constitution of the Republic of Uzbekistan provides basic principles of the state and society attitude to the family, to human rights and freedoms, including women’s rights and freedoms, as well as to children and youth.

#### 2. *The Family Code of the Republic of Uzbekistan*

The main legislative act regulating family relations is the Family Code of the Republic of Uzbekistan (hereafter “FC RUz”) which was adopted on 30 April 1998 and entered into force on 1 September 1998.<sup>19</sup> The new FC RUz defines basic principles of family relationships, rights and responsibilities of family members and guarantees protection of their rights and interests.

---

<sup>18</sup> The Constitution of the Republic of Uzbekistan, adopted on 8 December 1992 at the 11th session of the Supreme Council of the 12th convocation, as amended by the law of the RUz dated 18 April 2011 N ZRU-284.

<sup>19</sup> The Family Code of the Republic of Uzbekistan 1998. Bulletin of the Oliy Majlis of the Republic of Uzbekistan 1998, Appendix to No. 5–6.

One of the most crucial novelties of the Uzbek family law after signing the UN Convention is to provide the child's independent legal status in the family that must be based on the child's interests, not on parental rights and duties. The first step towards the recognition of the child as a full person is the introduction of a new chapter in the FC RUz devoted to "Personal non-property rights of minors", whose certain norms will be considered below.

### 3. The law "On Guarantees of the Rights of the Child"

The next step of changing the child's legal status from being the object of parental rights to a person was the adoption of the law "On Guarantees of the Rights of the Child" on 7 January 2008.<sup>20</sup> The necessity of elaboration and adoption of this law has been recommended by the UN Committee on the Rights of the Child.<sup>21</sup> The law is intended to regulate the child's legal status and to guarantee his or her rights and freedoms.<sup>22</sup>

The key aims of the law are as follows: To harmonize national legislation to meet international standards as defined in the UN Convention; to form a unified legislative act that defines guarantees and protection of fundamental rights of the child; and to further enhance the guarantees of social protection.

For the first time the law defines the concepts of child (children), orphaned children, socially vulnerable children, disabled children, etc.; establishes the major framework of the state policy, powers and major orientation of state bodies and civic organizations in securing the child's rights and creates favorable conditions for their implementation in practice; creates legal guarantees of judicial protection of rights, freedoms and legal interests of the child; and provides for responsibility for the breach of the law.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Zakon Respubliki Uzbekistan "O garantijach prav rebenka" [The law of the Republic of Uzbekistan "On Guarantees of the Rights of the Child"] N ZRU-139, adopted by the Legislative Chamber on 23 November 2007 and approved by the Senate on 1 December 2007, Bulletin of the Oliy Majlis of RUz 2008, No. 1, Article 1, as amended by the law of the RUz dated 24 December 2009 N ZRU-239.

<sup>21</sup> The third and fourth national report of the Republic of Uzbekistan on the implementation of the Convention on the Rights of the Child, National Center of the Republic of Uzbekistan for Human Rights, Tashkent 2010, p. 100.

<sup>22</sup> Ibid., p. 100.

<sup>23</sup> Bakaeva, Osnovnye napravlenija realizacii Zakona Respubliki Uzbekistan "O garantijach prav rebenka": sostojanie i problemy [The major trends in the implementation of the law of the Republic of Uzbekistan "On Guarantees of the Rights of the Child": status and problems], Reports of the conference "Legal aspects of improving the protection of the rights and interests of children and youth", 18–19 February 2010.

#### 4. Other legislative acts

There are some other legislative acts that regulate parent-child relationships and significantly form Uzbek law in this area.

First of all, the resolution of the Cabinet of Ministers “On approval of the required legislative acts on the implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan” dated 12 April 1999, No. 171 should be mentioned:<sup>24</sup> Appendix No. 1 contains rules on registry of civil status; Appendix No. 2 provides a regulation on guardianship and trusteeship in the Republic of Uzbekistan; the Appendix No. 3 regulation concerns the adoption of minor children, on giving the child for upbringing into family (foster family).

Another very important source of regulation of parent-child relationships are the resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the RUz, among which it is worth to note the following:

- “On the application of legislation by courts when considering disputes on the children’s upbringing” dated 11 September 1998 No. 23.
- “On the application of legislation by courts when reviewing cases of establishment of paternity” dated 25 November 2011 No. 8.

The resolutions of the Plenum of the Supreme Court of the RUz are mandatory in accordance with part 3 of Article 21 of the law “On the Courts”:<sup>25</sup>

“Clarifications by the Plenum of the Supreme Court of the Republic of Uzbekistan on the application of the legislation are mandatory for courts, other authorities, enterprises, institutions, organizations and officials applying the law to which the clarifications are provided.”

The reference group has commented that the courts widely apply the Plenum’s resolutions to resolve family matters.<sup>26</sup> The resolutions not only specify the norms of the FC RUz for the purpose of their proper application, but to some extent correct legal deficiencies in the legislation. For instance, Article 68 does not stipulate that the court shall consider the

---

<sup>24</sup> Postanovlenie Kabineta Ministrov Respubliki Uzbekistan “Ob utverzhenii neobchodimych normativnykh aktov po realizacii Semejnogo kodeksa Respubliki Uzbekistan” [The resolution of the Cabinet of Ministers “On approval of the required legislative acts on implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan”], as amended by the resolution of the Cabinet of Ministers of RUz dated 17 November 2011 N 307.

<sup>25</sup> Zakon “O sudach” [The law “On the Courts”] (new edition dated 14 December 2000 N 162-II), as amended on 18 September 2012, N ZRU-335.

<sup>26</sup> Reference group: Chairman of the Supreme Court of RUz (2003–2005); Deputy Chairman of the Senate of the Oliy Majlis (2005–2010); researcher of the Institute of Philosophy and Law named after I. Muminov under the Academy of Sciences of the Republic of Uzbekistan (2010–2012), work experience 35 years, including 22 years in the judicial system.

wishes of a child who has attained the age of 10 regarding which of the parents to live with, while the resolution of the Plenum “On the application of legislation by courts when considering disputes on the children’s upbringing” corrects this deficiency. Therefore, the resolutions of the Plenum of the Supreme Court are considered to have normative character, even though they are at present not recognized as normative acts, according to the law “On normative acts”.<sup>27</sup> It is proposed to change the law in order to include the resolutions as normative acts.<sup>28</sup>

#### IV. Certain personal non-property rights of the child

At first glance, these legislative acts have greatly expanded the child’s rights, making him or her a full person from the objective of parental rights and care. Nevertheless, it is necessary to consider certain norms in greater detail.

##### *1. Realization of the child’s right to defense in court: Correlation of family and civil procedure legislation*

Unlike the Code of Civil Procedure (hereafter “CCP RUz”),<sup>29</sup> the FC RUz contains special civil procedure norms that define the child’s participation in judicial proceedings on family matters.

In particular, according to part 5 of Article 67 of the FC RUz:

“If the rights and legal interests of the child have been violated including if the parents (one of them) fail to fulfil or improperly fulfil their duties involved in the child’s upbringing and education or if parents abuse their parental rights, the child shall have the right to appeal for protection to the guardianship authority, and upon reaching the age of fourteen years – to the court.”

---

<sup>27</sup> Article 5 of the law “On normative acts” [Zakon “O normativno-pravovych aktach”] reads as follows: “The following shall be the normative acts of RUz: Constitution of RUz, laws of RUz, resolutions of both Chambers of Oliy Majlis, decrees of the President, resolutions of Cabinet of Ministers, acts of ministries, state committees and agencies, decisions of municipal authorities.” The law “On normative acts” (new edition dated 24 December 2012 N ZRU-342).

<sup>28</sup> *Muchitdinova*, Sudebno-pravovaja reforma v Uzbekistane: zadači, dostiženija, perspektivy [Judicial reform in Uzbekistan: aims, achievements and prospects], Tashkent 2008, pp. 152–153.

<sup>29</sup> Graždanskij processual’nyj kodeks [The Code of Civil Procedure] was adopted by the law of the Republic of Uzbekistan dated 30 August 1997 N 477-I. It came into effect on 1 January 1998 in accordance with the resolution of the Oliy Majlis of the Republic of Uzbekistan dated 30 August 1997 N 477a-I, as amended by the law of RUz dated 30 April 2013 N ZRU-352.

Based on this norm, the legislature provides a child with the right to appeal in his or her own right to the court upon reaching the age of 14 with the claim to protect his or her rights, for instance, with a lawsuit for deprivation of parental rights.

However, it should be noted that no members of the reference group have encountered in practice the situation when the child personally exercises this right.<sup>30</sup>

In my opinion, this is due to the lack of corresponding mechanisms that would implement this norm in the law of procedure.

In particular, Article 80 of the FC RUz defining the procedure of deprivation of parental rights includes an exhaustive list of persons who are entitled to sue.

In accordance with part 2 of Article 80 of the FC RUz:

“The cases on deprivation of parental rights shall be considered upon application of one of the parents<sup>31</sup> (or the persons substituting for them), of the prosecutor and also upon applications of authorities or agencies responsible for the protection of the rights of minor children (guardianship authorities, commissions on juvenile affairs, institutions for orphans and for children left without parental care, etc.).”

According to paragraph 13 of the decision of the Plenum of the Supreme Court of RUz “On the application of legislation by courts when considering disputes on the children’s upbringing”:

“The cases of deprivation of parental rights shall be considered with the participation of the prosecutor and guardianship body.”

Moreover, according to the general rule of Article 38 of the CCP RUz only those who have attained the age of majority possess legal capacity to sue. The position of minors over 14 years in the disputes of the protection of the child’s rights who possess legal capacity to sue is not defined in the CCP RUz. In accordance with part 2 of Article 38 of the CCP RUz, the rights and interests of minors (persons from fourteen to eighteen years) protected by the law shall be defended in the court by their legal representatives: parents, adoptive parents or guardians. However, according to this norm, it shall not deprive minors of the right to participate in these proceedings. In accordance with part 5 of Article 38 of the CCP RUz, the rights and legally protected interests of children, who are persons below

---

<sup>30</sup> Reference group: Assistant Prosecutor of Chilanzar district, work experience 6 years; Judge of the inter-district civil court of Mirzo Ulugbek district of Tashkent city, work experience 6 years; Chairman of Uchtepa inter-district civil court of Tashkent city, work experience 20 years; Judge of the inter-district civil court of Mirzo Ulugbek district of Tashkent city, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor’s office.

<sup>31</sup> See as an example the decision of Uchtepa inter-district civil court of Tashkent city, civil case No. 1-2557/10 dated 11 June 2007.

the age of fourteen, shall be defended in the court by their legal representatives: parents, adoptive parents or guardians.

Therefore, in cases of violation of the child's rights, when the child attains the age of 14, he or she is not able to sue personally for deprivation of parental rights (Article 80 of the FC RUz) or for restriction of parental rights (Article 83 of the FC RUz). However, a minor who has reached the age of sixteen is entitled to claim judicial annulment of an adoption according to Article 170 of the FC RUz (annulment of the adoption), as well as the minor's parents, prosecutor, guardianship body or commissions on juvenile affairs.

So, there is a collision both within the norms of the family legislation and between the norms of family and civil procedure legislation, in particular part 5 of Article 67 of the FC RUz and Article 170 of the FC RUz, which stipulate the right of a child's aged 14 or 16 years to appeal to the court, while Article 80 of the FC RUz (in case of deprivation of parental rights) and Article 38 of the CCP RUz do not provide such rights.

In accordance with the advantage of the principle of *lex specialis*, the procedural rules of the FC RUz are designed to specialize the procedural form of protection of family rights, to make it more efficient with consideration of the specifics of marriage and family legal relationships. Therefore, they must be of higher priority than general civil procedure rules, but as shown above this is currently not reflected in Uzbek legal practice.

On the other hand, as suggested by *Tarusina* regarding a similar situation under Russian law, in such cases civil procedure norms of the FC RUz must not contradict the CCP RUz; if they contain not only specifying fundamentals but the exceptions to the general rules of the procedure, the possibility of such exceptions should be derived directly or indirectly from "universal" norms of the CCP RUz.<sup>32</sup>

Consequently, the rule on the ability to appeal to the court on his or her own is of declarative nature only and not supported by specific procedural means.

Moreover, the above-mentioned inconsistency of the norms of various branches of law reduces the efficiency of judicial protection of legal rights. In other words, the interrelation between the norms of family and civil procedure laws is not sufficiently developed; and, when implementing the terms of the Convention, the legislature has not provided the mechanism for the child to appeal to the guardianship body and to the court.

As a result, a minor has an opportunity to personally exercise his or her right to protection only upon acquiring full legal capacity through marriage or eman-

---

<sup>32</sup> *Tarusina*, *Očerki teorii rossijskogo semejnogo prava* [Essays on the theory of Russian Family Law], Yaroslavl 1999, p. 44.

ipation. For instance, according to part 2 of Article 22 of the Civil Code,<sup>33</sup> a minor who has legally entered into a marriage prior to reaching the age of majority acquires full legal capacity from the time of marriage. Under Article 28 of the Civil Code, a minor who has reached the age of sixteen may be recognised to have full legal capacity if he or she works under an employment contract or is involved in business with the consent of the parents, adoptive parents or guardian. The declaration of a minor to have full legal capacity (emancipation) is carried out according to the decision of the guardianship body, with the consent of both parents, adopters or a guardian or, in the absence of such consent, by decision of the court.

## *2. Legal regulation of the child's right to know his or her parents*

According to Article 65 of the FC RUz:

“Every child shall have the right to live and to be brought up in a family, the right to know his or her parents, the right to enjoy their care, the right to live with them, with the exception of cases when this is contrary to his or her interests. The child shall have the right to be brought up by his or her parents, that his or her interests, all-round development and the respect of his or her human dignity are ensured.

In case of absence of the parents or their being deprived of parental rights and in other cases of loss of parental custody the right of the child for upbringing in a family shall be ensured by the guardianship authority.”

This right corresponds to the parental rights and duties on the upbringing of their children (Article 73 of the FC RUz).

The child's right to know his or her parents is provided by paragraph 1 of Article 7 of the UN Convention with the qualification “as far as possible.” First of all it means the objective impossibility to obtain information about the father and mother (for instance, their location is unknown or there is absolutely no information about parents). Nevertheless, this qualification seems also being able to justify other restrictions such as for the “interests of the child”.

Based on the text of the Article of the UN Convention, this right also belongs to minor children whose parents were not married in the legally established order.

---

<sup>33</sup> Graždanskij Kodeks [The Civil Code] was approved by the laws of the Republic of Uzbekistan dated 21 December 1995 N 163-I and 29 August 1996 N 256-I. It came into force on 1 March 1997 in accordance with the resolution of the Oliy Majlis of the Republic of Uzbekistan dated 29 August 1996 N 257-I.

*a) The child's right to claim from the mother the information about his or her father*

The legislative regulation of the child's right to know his or her parents raises certain questions, for instance, whether a child born out of marriage has the right to claim information about his or her father from the mother.

As Article 65 of the FC RUz defines the right of the child to obtain information about his or her parents (it is reasonable to assume that this norm also applies to non-marital children), apparently such a right is provided by law, but the execution of this claim is more likely to cause difficulties in law enforcement practice. In particular, there are no legal norms that contain the corresponding obligation of mothers to provide such information. According to the survey conducted among the reference group, such issues are not raised in practice<sup>34</sup> and are not being discussed in the doctrine.

On the one hand, regarding the child's right to claim the disclosure of information about the father from his or her mother, it shall be taken into consideration that this information may be a secret of the mother's personal life and its disclosure may lead to a violation of her constitutional rights under the Constitution of the RUz, which provides for protection from invasion of her privacy.<sup>35</sup>

On the other hand, it must be taken into account that the information on the father's identity will create the opportunity to determine paternity. In cases where paternity is determined on the basis of a joint application of the parents or in the court, children born out of wedlock have the same rights and duties with respect to the father and to his relatives as the children born within marriage (Article 64 of the FC RUz). There are no exceptions to this rule regarding family, civil or other rights provided by the law.<sup>36</sup> Therefore, the child's right to know his or her parents also can additionally affect the child's property interests.

---

<sup>34</sup> Reference group: Chairman of Uchtepa inter-district civil court of Tashkent city, work experience 20 years; Attorney at law firm "Mukhiddinova i Partnyory", work experience 32 years; Chairman of Mirabad inter-district civil court (2001–2011), work experience 25 years.

<sup>35</sup> Article 27 of the Constitution of the RUz.

<sup>36</sup> The situation is different in the legislation of some other countries, for instance in France. In accordance with part 1 and part 2 of Article 342 of the Civil Code, "[a] non marital child whose parentage is not lawfully established may claim subsidies from him who had intercourse with his or her mother during the statutory period of conception. A claim may be instituted during the whole minority of the child; the latter may still institute it within two years following his or her coming of age where it was not done during his or her minority." The German Civil Code also provides an obligation of maintenance of non-marital children (§ 1615a BGB).

*b) Conflict of interests between the child and the adoptive parent*

A similar question also arises with respect to the confidentiality of adoption (Article 153 of the FC RUz) and its safeguarding by various ways (changing the date and place of birth, the child's name, the record about the parents as adopters). There is a conflict of norms within the family legislation (Article 65 of the FC RUz – the child's right to know his or her parents vs. Article 153 of the FC RUz – confidentiality of adoption) and an inconsistency with the terms of the UN Convention that enact the right to obtain information about the biological parents and encourage the signatories to ensure its implementation.

The only way to obtain information about the biological parents seems to be with the adopter's consent as well as in the case when it is required to get the child's consent to adoption, when it has reached the age of 10 and, therefore, it will not be a secret to him or her (Article 155 of the FC RUz).

In accordance with Article 153 of the FC RUz:

“It is prohibited without the consent of the adopters, and in case of their death without the consent of the guardianship body to access to the contents of the register books and other documents, to issue extracts or other information, which point out that the adopters are not the parents of the adopted child.

Persons, who disclose the confidentiality of the adoption contrary to the will of the adoptive parent or the guardianship body shall be legally responsible.”

Consequently, despite the fact that Article 65 of the FC RUz provides the child's right to be aware of his or her parents, in practice this conflict of interests has not yet been regulated and the child does not have the right to claim for the respective information. On the one hand, the regulation of the rules of confidentiality contradict to some extent the UN Convention, but on the other hand, it is possible to assume that the qualification “as far as possible” allows consideration of the child's interests, which are of paramount consideration in the adoption procedure. Uzbek legal practitioners adhere to a view that it is better for adopted children not to discover the identity of their natural parents.<sup>37</sup> But in the legal doctrine there is no uniform point of view with regard to the nature of secrecy of the adoption and its practical significance. Some scholars, in particular *Letova*, believe that it is absolutely reasonable for the legislature to provide for the secrecy of adoption as it contributes to the development of close emotional relationships between adopters and adoptees, to the stability of the adoption and it also simplifies the child's upbringing.<sup>38</sup> According to *Nemežkov*, the

<sup>37</sup> Reference group: Attorney at law firm “Mukhiddinova i Partnyory”, work experience 32 years; Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor's office.

<sup>38</sup> *Letova*, *Usynovlenie v Rossijskoj Federacii: pravovye problemy* [Adoption in the Russian Federation: legal problems], Moscow 2006, p. 108.

disclosure of confidentiality might cause emotional distress, makes further relations between the adopters and the adoptee impossible and negatively affects the upbringing.<sup>39</sup> Other scholars doubt the necessity of confidentiality. In their opinion the secrecy of adoption makes sense only when the adopters themselves insist on this. There is no need to preserve the confidentiality of adoption if the adoptee is aware of his or her origins and remembers his or her biological parents.<sup>40</sup> Besides, foreign legislatures pursue quite liberal approaches. In some countries, in particular in the USA, Canada and the UK, open adoption is widely practiced whereby the natural parent maintains certain kinds of contact with his or her child after the adoption.<sup>41</sup>

*c) Establishment of paternity voluntarily and in the court*

The right to know one's parents is carried out by the possibility to establish paternity by acknowledgment or by judicial decision.

In accordance with part 1 and 2 of Article 207 of the FC RUz:

"The married father and mother shall be written down in the Register of Birth as child's parents upon the application of any one of them.

If the parents are not married, the entry of the child's mother shall be made upon the mother's application and the record about the child's father – upon a joint application of the child's father and the mother or in accordance with a court decision. In case of death of the mother, recognition of the mother's incapability, deprivation of mother's parental rights as well as failure to establish her location, the record of the child's father shall be made upon application of the father with the consent of the guardianship body."

If the parents of a child were not married at the time of birth,<sup>42</sup> fatherhood may be established both voluntarily and by the court. Voluntary establishment of paternity may be effected by the registry office upon the joint application of a father and mother who are not married (part 1 of Article 61 of the FC RUz; paragraph 2 of the resolution of the Plenum of the Supreme

---

<sup>39</sup> *Nemežkov*, Tajna usynovljenija. Obespečivaetsja li ona pri prinjatii zajavlenij v sude [Secrecy of adoption. Is it provided when the court accepts applications], <[http://beysky.hak.sudrf.ru/modules.php?name=press\\_dep&op=1&did=376](http://beysky.hak.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=1&did=376)>.

<sup>40</sup> *Nečæeva*, Tajna usynovljenija [Secrecy of adoption], Zakon 1998, No. 3, pp. 112–113; *Paršutkin/L'vova*, Vsegda li opravdanno sochranenie tajny usynovljenija [Is the secrecy of adoption always justified], Rossijskaja Justicija 1999, No. 3, pp. 22–29.

<sup>41</sup> *Statsky*, Family Law, 5th ed., Albany 2002, p. 476.

<sup>42</sup> According to Article 60 of the FC of the RUz:

"A child who was born to a woman after entering into marriage or not later than on the three hundredth day after the termination of marriage in case of the husband's death, after dissolution of marriage, or after its being recognized as annulled, is considered as born within marriage. A child, who was born to a woman not later than on the three hundredth day after termination of marriage, if the woman has already entered into a new marriage, is considered as born in a new marriage. In this case the ex-spouse or his parents are entitled to dispute the descent of the child."

Court “On the application of legislation by courts when reviewing cases of establishment of paternity”).

According to Article 61 of the FC RUz:

“Fatherhood of a person who is not married to the mother of the child shall be established upon joint application of the mother and the person who recognises himself as the child’s father submitted to the registry office.”

In the absence of a joint application, the child’s descent from a particular person can be determined by judicial decision. Most often the mother is the initiator of the establishment of fatherhood, except for very rare cases in practice when the father appeals to the court because the mother denies submitting a joint application on establishing fatherhood to the registry office.<sup>43</sup> In this case a person who acknowledges himself as the child’s father is the plaintiff and the defendant will be the child’s mother. Upon reaching the age of 18, in general the child is also enabled to claim establishment of paternity, where the defendant will be a man who is the biological father, with the exception of cases of married parents and a joint application.

This results from Article 63 of FC RUz, which reads as follows: “The birth record, made by the registry office is a confirmation of the child’s descent from the parents indicated in this record.”

Therefore, in special cases the court would refuse to accept a paternity suit, as illustrated in more detail below.

In accordance with paragraph 5 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court “On the application of legislation by courts when reviewing cases of establishment of paternity,” a suit to determine parentage may be accepted by the court only after the registration of birth of the child in registry office and the presentation of a birth certificate with the record about the father. In the absence of a joint application of the child’s parents, if the child is born to an unmarried mother the record about the child’s father in the registry office shall be effected in accordance with the requirements of part 3 of Article 207 of the FC RUz:

“The surname of the child’s father shall be written down in the Register of Birth as the mother’s surname, first name, patronymic and nationality of the child’s father according to her statement.”

In accordance with paragraph 5 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court “On the application of legislation by courts when reviewing cases of establishment of paternity,” the court further refuses to accept the suit on establishing paternity if another person is indicated in the birth record as father in accordance with part 1 and 2 of Article 207 of the FC RUz (i.e. in case of married parents and a joint application), since the

---

<sup>43</sup> Reference group: Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience in the judicial system 15 years, as a judge 3 years.

record about the father proves the child's descent from this person as it is mentioned above.

Paragraph 54 of the rules on registry of civil status clearly states that if the information about the father in the child's birth certificate is made on the basis of the marriage certificate or upon a joint application of the child's father and the mother on establishing paternity, the fatherhood of another person with respect to this child cannot be established until the information about the father is judicially annulled.<sup>44</sup>

This information can be disputed in accordance with Article 63 of the FC RUz:

"A person who has been recorded as the father or mother of the child has the right to dispute in court the record within one year from the time when he or she knew or should have known of the record."

It should be stressed that the child has no right to dispute paternity in such a case and, as a consequence, there is no possibility to establish paternity by judicial decision. Therefore, in certain cases the child is not able to get the recognition of paternity of his or her biological father according to Uzbek law.

### *3. The child's right to contact with his or her parents and other relatives*

According to Article 66 of the FC RUz:

"The child shall have the right to contact with both of his or her parents, with his or her grandparents, brothers, sisters and with other relatives. The dissolution of the parents' marriage, its recognition as annulled or the separation of parents shall not affect the rights of the child.

In the case of separation of parents the child shall have the right to communicate with each of them. The child shall also have the right to communicate with his or her parents in case they are living in different states.

A child who has found himself in an extreme situation (detention, arrest, custody, being in hospital, etc.) shall have the right to communicate with his or her parents and other relatives in the procedure established under law."

The child's right to contact is a matter open to discussion only when there is a separation from his or her parents or from one of them or from other relatives. The question arises with respect to the execution of the child's right to contact.

---

<sup>44</sup> Postanovlenie Kabinetov Ministrov Respubliki Uzbekistan "Ob udtverzhenii neobchodimych normativnykh aktov po realizacii Semejnogo kodeksa Respubliki Uzbekistan" [The resolution of the Cabinet of Ministers "On approval of the required legislative acts on implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan"] dated 12 April 1999, N 171, Appendix No. 1 Pravila registracii aktov graždanskogo sostojanija [Rules on registry of civil status].

According to the survey of the reference group, in practice the child's right to contact with his or her relatives is not considered as an independent right and the execution of this right depends on the claim of the right to contact with the child by one of the separately living parents or by the grandparents, who have corresponding rights.<sup>45</sup>

The court, when considering the application for contact with the child, is focused on the violation of the applicant's right, i.e. the right of the separately living parent. The statement part of the court's decision usually does not reference Article 66 of the FC RUz, i.e. the child's right to communicate. In particular, when making a decision the court follows the norms (Articles 71, 73, 76, 77) regulating parental rights and duties.<sup>46</sup> However, according to the information received from the reference group, in practice when making an order the court takes into account the child's interests and wishes.<sup>47</sup>

*a) The right of the parent residing apart from the child and the right of close relatives to contact with the child*

Uzbek family legislation (Article 71 of the FC RUz) provides equal rights and duties of parents with respect to their children. In this regard, the FC RUz protects the right of the parent residing apart from the child to communicate with the latter.

In accordance with part 1 and 2 of Article 76 of the FC RUz:

“The parent residing apart from the child shall have the right to communicate with the child, to take part in his or her upbringing and in resolving the issues of the child's education. The parent with whom the child lives shall not prevent the child's contact with the other parent, if such communication does not harm the child's physical and mental health and his or her moral development.”

According to part 1 of Article 77 of the FC RUz: “Grandfathers, grandmothers, brothers, sisters and other close relatives shall have the right to communicate with the child.”

---

<sup>45</sup> Reference group: Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor's office; Attorney at law firm “Mukhiddinova i Partnyory”, work experience 32 years; Chairman of Uchtepa inter-district civil court, work experience 20 years.

<sup>46</sup> For example, see Uchtepa inter-district civil court of Tashkent city, civil case No. 1-963/12 dated 16 February 2012.

<sup>47</sup> Reference group: Attorney at law firm “Mukhiddinova i Partnyory”, work experience 32 years; Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city (2001–2011), work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor's office; Chairman of Mirabad inter-district civil court, work experience 25 years.

In case of violation of this right, in accordance with part 2 of Article 77 of the FC RUz, the guardianship body may oblige the parents (one of them) not to interfere with this communication.

It should be noted that the procedure of contact between the applicant and the child can be determined by the court in different ways.

The first model involves the opportunity to visit the child at the place of residence of the child and the parent with whom he or she lives.

The second model provides the opportunity to give the child to the applicant for a short time (for example, for the period of the holidays, weekends and public holidays, or even for a few hours during the day).

Depending on the child's age, his or her contact with the parent residing apart or with someone from the family can be effected with the mother's presence.

If the parents or one of them do not comply with the decision of the guardianship body, according to part 3 of Article 77 of the FC RUz close relatives of the child or the guardianship body may apply to the court to eliminate obstacles to contact with the child.

#### *b) Enforcement of the relevant decisions of the court*

According to the information of the reference group, after passing a judgment on the contact with a child, the enforcement document is to be delivered to the department of judicial execution of the judgment.<sup>48</sup>

In accordance with Article 23 of the law "On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities,"<sup>49</sup> the court officer must accept the enforcement document from the court or another authority that issued it, or from the claimant and initiate the procedure for enforcement. In the resolution on initiating the execution proceedings the court officer sets an expiry date for voluntary fulfilment of the requirements set in the writ of execution and notifies the respondent about compulsory fulfilment of these requirements after the expiry date for voluntary fulfilment. However, the time for voluntary performance cannot exceed five days after the respondent receives the resolution on initiation of execution proceedings (part 3 of Article 23 of the law "On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities").

---

<sup>48</sup> Reference group: Attorney at law firm "Mukhiddinova i Partnyory", work experience 32 years; Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor's office.

<sup>49</sup> Zakon "Ob ispolnenii sudebnykh aktov i aktov inych organov" [The law "On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities"] dated 29 August 2001 No. 258-II, Bulletin of the Oliy Majlis of the RUz 2001, N 9-10, p. 169, as amended by the law of the RUz dated 22 September 2010 N ZRU-260.

When a parent impedes execution of the judgment, the court officer explains the possible consequences of such a position. According to Article 82 of the law “On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities,” the failure to fulfil the writ of execution as well as impediments of its execution cause liability established by the law. In particular, in accordance with Article 89 of the FC RUz, the measures stipulated in the administrative (Article 198 of the Code on Administrative Responsibility), criminal (Article 232 of the Criminal Code) and family legislation (Article 76 of the FC RUz) can be applied to the guilty parent. Thus, in accordance with part 3 of Article 76 of the FC RUz where there is persistent<sup>50</sup> non-fulfilment of the court decision, the court may upon the claim of the parent residing apart from the child make a decision transferring the child’s custody to this parent, depending on the child’s interests and taking into consideration his or her opinion. However, none of the reference group, in practice, has encountered cases of persistent non-fulfilment of a court decision.<sup>51</sup>

According to the information of the reference group, if the child is totally unwilling to have contact with the other parent, the court officer prepares a report on this matter (only 2–3 reports are made) and then the court officer applies to the court that passed this judgment for clarification.<sup>52</sup> According to the survey of the reference group, despite the fact that the child opposes contact with the claimant (which in a majority of cases is caused by various manipulations by the mother), the court imposes coercive execution of the judgment because the decision of the court was based on the child’s interests and opinion in the first place.<sup>53</sup>

Moreover, the applicant may dispense with enforcement. In this case the court officer is entitled to return the writ of execution to the applicant and to cease execution proceedings.

---

<sup>50</sup> In this case persistent means the failure to fulfil after a notification made to the obligator in writing, *Nečaeva*, *Semejnoe pravo. Kurs lekcij* [Family Law. A course of lectures], Moscow 1998, p. 187.

<sup>51</sup> Reference group: Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience 15 years in the judicial system, including 3 years as a judge; Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor’s office.

<sup>52</sup> Reference group: Court Officer of the department of the judicial execution of judgments, of logistical and financial maintenance of Mirzo Ulugbek inter-district civil court (2007–2010).

<sup>53</sup> Reference group: Judge of Yakkasaray inter-district civil court of Tashkent city, work experience 10 years; Court Officer of the department of the judicial execution of judgments, of logistical and financial maintenance of Mirzo Ulugbek inter-district civil court (2007–2010).

Therefore, in accordance with Article 40 of the law “On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities”:

“The enforceable document according to which a penalty was not effected or was effected partially shall be returned to the claimant: – upon the request of the claimant.”

However, according to part 4 of Article 40 of the law “On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities”:

“The return of the writ of execution to the claimant shall not be an impediment for another motion for judgment execution within the period stipulated in Article 27 of the present law.”

According to part 1 of Article 27 of the law “On enforceability of judicial judgment and judgments of other authorities”:

“The enforcement document shall be enforceable within the following term:

1) within three years for the writs of execution issued on the basis of judicial decisions of courts of general jurisdiction”.

On the one hand, the possibility of returning the writ of execution to the claimant established under law and the new request provide the child with the time to be accustomed to the new situation, but, on the other hand, this only happens if the claimant voluntarily refuses coercive execution.

#### *4. The child's right to express his or her opinion*

In accordance with Article 12 of the UN Convention:

“States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.”<sup>54</sup>

##### *a) Consideration of the child's opinion and the child's consent*

In some cases the Uzbek family law demands the involvement of the child in the process of decision-making. It is necessary to distinguish consideration of the child's opinion and consent of the child. In the first case, a decision may be made that differs from the child's opinion. Considering the child's opinion means that it will be heard out and, where there is disagreement with the child's opinion, the persons deciding the issues affect-

---

<sup>54</sup> See Article 12 of the UN Convention.

ing the child's interests must explain why they felt it necessary not to follow the child's wishes.<sup>55</sup>

In the second case, the decision may be made only with the consent of the child. The legislation provides certain cases of obligatory consent of children who have reached the age of 10. These cases are as follows: Changing the child's first name and surname (Article 70 of the FC RUz), restoration of parental rights (Article 82 of the FC RUz), adoption of the child (Article 155 of the FC RUz), changing the child's name and surname upon cancellation of adoption (Article 172 of FC RUz), giving the child to a family to be brought up (Article 194 of the FC RUz), establishment of parenthood (In accordance with paragraph 52 of the rules on registry of civil status, the paternity with regards to a child, who has reached the age of 10, is established with his or her consent. This consent is expressed by his or her personal signature in the application of the parents.<sup>56</sup>

*b) The age when the child has the right to express his or her opinion*

In accordance with Article 68 of the FC RUz:

“The child shall have the right to express his or her opinion in resolving any issue in the family affecting his or her interests in the family, as well as to be heard out in any judicial or administrative hearings.”

In court practice, Article 68 of the FC RUz is applied particularly often in the disputes on the child's upbringing.

However, this norm does not provide a minimum age for when the child is capable of forming his or her own views on the issue of place of residence and education. In this case the question arises as to whether it is possible to focus on the age category of 10 years established for the child's consent.

Some researchers, in particular *Il'inskaja*, believe that because of the lack of sufficient understanding and life experience even at the age of 10 years, the child is not always capable of determining his or her own true interests and to choose a decent tutor.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> *Antokol'skaja*, *Semejnoe pravo* [Family Law], Moscow 1996, p. 204.

<sup>56</sup> *Postanovlenie Kabinetov Ministrov Respubliki Uzbekistan* “Ob udtverzhenii neobchodimych normativnykh aktov po realizacii Semejnogo kodeksa Respubliki Uzbekistan” [The resolution of the Cabinet of Ministers “On approval of the required legislative acts on implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan”] dated 12 April 1999, N 171, Appendix No. 1 *Pravila registracii aktov graždanskogo sostojanija* [Rules on registry of civil status].

<sup>57</sup> *Il'inskaja*, *Sudebnoe rassmotrenie sporov o prave na vospitanie detej* [Court's consideration of disputes on the right of children's upbringing], Moscow 1960, p. 15.

*Ėrdelevskij* considers that in this case the rules of civil legislation<sup>58</sup> defining legal capacity of minors below 14 years may be applied by analogy.<sup>59</sup>

According to Article 29 of the Civil Code of the RUz, upon reaching the age of 6 years the child has the right to make certain types of bargains (e.g. minor daily transactions). Consequently, based on the point of view of *Ėrdelevskij* we shall assume that starting from this age the child is capable of expressing his or her own opinion about which of the parents he or she wants to live with. Therefore, starting from the age of 6 years the child should be invited to the court for interview. In the court the child expresses his or her views in oral or written form, personally or via any of the trial participants.<sup>60</sup>

As the legislature provides for obligatory consent of the child who has reached the age of 10, in resolving certain cases where the child's vital interests are the subject matter, it is reasonable to assume that starting from this age the child can be heard out in the court and is capable of making up his or her own mind on the matter requiring decisions.

Moreover, when considering the cases on the place of residence of minors (child custody), if the child has reached the age of 14, it is possible to apply Article 21 of the Civil Code of the RUz by analogy providing the place of residence of a citizen.

According to Article 21 of the Civil Code of the RUz:

“The place of residence shall be the place where a citizen permanently or mainly resides.

The place of residence of minors under the age of fourteen, or of the citizens put under guardianship shall be the place of residence of their legal representatives – parents, adoptive parents or guardians.”

The analysis of this norm indicates that the child, who has reached the age of 14, has the right to independently choose his or her place of residence.

### *c) The procedure to detect the child's opinion*

According to the comments of the reference group, when considering the claims on giving the child for upbringing, the court first empowers the guardianship body to find out some circumstances of importance to resolving the dispute (inspection of the conditions of the child's life, affection

---

<sup>58</sup> The application of civil legislation to family relations by analogy is provided by Article 7 of the FC of the RUz.

<sup>59</sup> *Ėrdelevskij*, Pravo rebenka na vyraženie mnenija [The child's right to express his or her views], available at <<http://www.to-1.ru/articles/347/>>.

<sup>60</sup> *Ibid*.

for each parent, their quality as tutors, etc.).<sup>61</sup> According to the regulations on guardianship and trusteeship bodies:<sup>62</sup>

“When considering the disputes on the child’s upbringing, regardless of who brought the action to protect the child, the guardianship body must participate in this case. The guardianship body shall have to carry out an inspection of the conditions of the child’s life as well as the person(s) applying for his or her upbringing and to provide the court with the certificate of inspection as well as with the conclusion on the merits of the dispute.”

The court then orders a psychological examination to determine the child’s opinion (age category up to 10 years).<sup>63</sup> According to paragraph 28 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court “On the application of legislation by courts when considering disputes on the children’s upbringing:”

“The detection of the children’s views, their attitude to the parties shall be conducted by the department of public education during the inspection.”

For instance, in one case decided by the inter-district civil court of Tashkent city,<sup>64</sup> when considering a claim on giving the child for upbringing (child’s custody), the court has ordered a forensic psychological examination to be conducted in order to find out the children’s views in accordance with paragraph 28 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court of the RUz. The examination findings showed that the minors were strongly attached to their father and they expressed their desire to live together with him and his parents. As it is seen from the decision of the court, the children’s views were taken into consideration by the court as one of the crucial criteria.

If one of the parents disagrees with the conclusion of the forensic psychological examination or if it is impossible to determine the actual circumstances of the case based on a study of other evidence, the court

---

<sup>61</sup> Reference group: Chairman of Mirabad inter-district civil court (2001–2011), work experience 25 years.

<sup>62</sup> Postanovlenie Kabineta Ministrov Respubliki Uzbekistan “Ob udtverzhenii neobchodimyykh normativnykh aktov po realizacii Semejnogo kodeksa Respubliki Uzbekistan” [The resolution of the Cabinet of Ministers “On approval of the required legislative acts on implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan”] dated 12 April 1999, N 171, Appendix No. 2 Polozenie ob opeke i popechitel’stve [Regulation on guardianship and trusteeship in the Republic of Uzbekistan], as amended by the resolution of the Cabinet of Ministers dated 20 June 2011 N 183.

<sup>63</sup> Reference group: Attorney at law firm “Mukhiddinova i Partnyory”, work experience 20 years; Chairman of Mirabad inter-district civil court (2001–2011), work experience 25 years; Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court, work experience 15 years in the judicial system, including 3 as a judge.

<sup>64</sup> Uchtepa inter-district civil court of Tashkent city. Civil case No. 1-714/12 dated 10 January 2012.

invites the child to the hearing and interviews the child.<sup>65</sup> However, courts very rarely authorize such an interview in the courtroom due to the negative impact on the child's mental health. In accordance with paragraph 28 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court:

"If, due to the circumstances of the case, the court shall find it necessary to interview the child, this interview should be carried out regarding the child's age and maturity in the presence of an educator and without any influence on the child."

As shown by a survey of the court practitioners, the opinion of a child who has reached the age of 10 is usually heard out during the trial.<sup>66</sup>

According to paragraph 3 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court "On the application of legislation by courts when considering disputes on the children's upbringing":

"The court may also take into account the wishes of the child who has reached the age of 10 to live with one of the parents."

Thus, the realization of the child's right to express his or her opinion in the court has its specifics in Uzbek law enforcement practice. In practice, the identification of the child's opinion is carried out both within the psychological examination and in the courtroom. In these cases, the age criterion is applied. The child's view is assessed and is taken into account by the court in conjunction with other evidence of the case.

#### *d) The child's interests*

When a court determines any question with respect to the upbringing of a child, the child's interests are of paramount importance for the court. In this regard, we shall discuss also the concept of "the child's interests".

The meaning of "the child's interests" has been reviewed in many international instruments, including in the UN Convention, as follows:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration."<sup>67</sup>

The term "the child's interest" is mentioned many times in the FC RUz: "depending on the child's interests" (part 2 of Article 70 of the FC RUz – changing name and last name of the child), "protection of the interests" (part 1 of Article 74 – parental rights and duties to protect the child's rights

---

<sup>65</sup> Reference group: Attorney at law firm "Mukhiddinova i Partnyory", work experience 32 years.

<sup>66</sup> Reference group: Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court, work experience 11 years in the judicial system, including 5 years in the prosecutor's office; Chairman of Uchtepa inter-district civil court, work experience 20 years.

<sup>67</sup> Article 3 paragraph 1 of the Convention on the Rights of the Child.

and interests; Article 67 of the FC RUz – the child’s right to protection), “based on the child’s interests” (part 3 of Article 76 of the FC RUz – the execution of parental rights by the parent residing apart from the child), “contradict to the interests” (part 1 of Article 65 of the FC RUz – the child’s right to live and to be brought up in a family; Article 82 of the FC RUz – restoration of parental rights), etc. However, the law does not clearly define the term “the child’s interests” and there are no criteria for consistency between the parents’ and children’s interests.

The legal doctrine has developed a definition of the child’s interests as a family legal category.

For instance, in evaluating the child’s interests as part of its legal status *Savel’eva* defines “the child’s interests” as an objective facet that is the condition of his or her welfare.<sup>68</sup>

It should be noted that this meaning is taken in its narrow sense for its content. It defines only the objective aspect of the upbringing process in the family, of the relationships between parents and children.

According to the point of view of *Bespalov*, “the child’s interests” is considered both as the condition of upbringing and as the mechanism for implementation of the child’s rights. The child’s interest correlates with the parents’ abilities to exercise their rights to take care of the child and to bring him or her up.<sup>69</sup> As the interest comprises the needs as the form of expression of the latter, *Bespalov* proposes to define the child’s interest as its need for creating conditions that are essential for the maintenance and successful development as well as for an independent life.<sup>70</sup>

*Il’ina* holds an interesting opinion in that she assumes that the child’s interests as a family legal category are considered as the subjective need of the child for favorable conditions of living that is reflected in the exercising of parental rights and duties, provided by family legislation.<sup>71</sup>

The definition given by *Šolgina* fully reveals the paramount importance of the child’s interests: “The child’s interests include the most favorable and adequate standards of living, of maintenance and upbringing to ensure its physical, mental, moral and spiritual development.”<sup>72</sup>

---

<sup>68</sup> *Savel’eva*, Pravovoe položenie rebenka v Rossijskoj Federacii: graždansko-pravovoj i semejno-pravovoj aspekty [Legal status of the child in the Russian Federation: civil and family legal aspects], Samara 2006, p. 94.

<sup>69</sup> *Bespalov*, Nekotorye voprosy realizacii semejnyh prav rebenka (teorija i praktika) [Some issues of execution of family rights of the child (theory and practice)], Vladimir 2001, p. 12.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Il’ina*, Interesy rebenka v semejnom prave Rossijskoj Federacii [Interests of the child in family law of the Russian Federation], Moscow 2006, p. 27.

<sup>72</sup> *Šolgina*, Interesy rebenka kak ob’ekt semejno-pravovogo spora [Interests of the child as an object of family and legal dispute], Moscow 2011, p. 17.

In my opinion, “the child’s interests” are defined by both subjective (the opinion of the child, of parents) and objective (upbringing, standard of living) criteria. Yet Uzbek court practice has not developed a unified approach for a definition of the child’s interests; however, paragraph 3 of the resolution of the Plenum of the Supreme Court is intended to guide courts regarding this matter: “Courts must take a decision that would correspond to the interests and wishes of minors.”<sup>73</sup>

For example, in determining with which of the parents the child is to live after dissolution of the marriage, the court takes into account the following: The child’s affection to each of the parents, to brothers and sisters; the parental care and attention for the children; the age of the children; the moral and personal characteristics of the parents; the parents’ relationship to each other and the parent-child relationships; and the ability to create an environment for the child’s upbringing and its development (the parent’s occupation, working hours, financial stability and marital status etc.). However, the benefit of the parent’s financial stability is not considered as a decisive factor for the child’s custody to this parent.<sup>74</sup>

#### *5. The child’s right to name, surname and patronymic*

The right to preserve his or her identity is one of the essential personal non-property rights of the child. A name, along with the citizenship and family relations is the means of identification and maintains the child’s identity.

Following paragraph 1 of Article 7 of the UN Convention, which states that a child has the right from birth to a name, Article 69 of the FC RUz provides the child’s right to a name, patronymic and surname.

##### *a) The child’s name and patronymic*

In accordance with part 2 of Article 69 of the FC RUz, the name shall be given to the child by an agreement of the parents. At the same time, the parents can give their child any name they wish. According to information of one of the members of the reference group, the registry office cannot refuse to satisfy their requests; they can only give advice if the selected name is discordant or does not harmonize with the patronymic.<sup>75</sup> In Germany, on the contrary, when entering the information on the child’s name

---

<sup>73</sup> Postanovlenie Plenuma Verhovnogo Suda “O praktike primenenija sudami zakonodatel’sтва pri razrešenii sporov, svjazannyh s vospitaniem detej” [The resolution of the Plenum of the Supreme Court “On the application of legislation by courts when resolving disputes on the upbringing of children”] dated 11 September 1998 No. 23.

<sup>74</sup> Paragraph 3 of the resolution mentioned in the previous note.

<sup>75</sup> Reference group: Deputy Head of the municipal justice department on the registry office.

chosen by the parents into the family register the registry office checks to what extent the choice of the parents meets criteria according to § 21 of the law on the status of the person. One of these criteria is the requirement that the name should point out the child's sex. For example, in accordance with the decision of the Regional Court of Braunschweig,<sup>76</sup> the name "Alke" cannot be given to a girl because it does not indicate the child's sex. However, it should be noted that German courts are quite liberal.<sup>77</sup>

On the contrary, Uzbek legislation does not stipulate any restrictions with respect to the necessity of taking into account the child's interests when parents choose the child's name. It can be assumed that the legislature, by granting the parents the right to choose a name for their child and not providing any limits on their discretion, is acting on the presumption that parents would act rationally and in good faith, the legislature believing that they should care not only for their own interests but also for the child's best interests. However, the lack of means to protect the child's interests in this matter is being compensated by the child's right to change the name upon achieving the age of 16 (paragraph 166 of the rules on registry of civil status).<sup>78</sup>

In my opinion, depending on the realities of modern Uzbekistan, this rule is a sufficient compensation of the child's right, as in most cases parents choose traditional names for their children. In addition, in accordance with Article 70 of the FC RUz the registry office is entitled to change the child's name upon joint request of the parents and, depending on his or her interests, before the child reaches the age of sixteen.

In the absence of an agreement between the parents about the first name of the child, according to part 3 of Article 69 of the FC RUz the dispute shall be resolved by the guardianship body whose instructions in writing form the basis for the entry about the birth and in the birth certificate of the minor. However, according to part 4 of Article 70 of the FC RUz the first name or surname of the child who has reached the age of 10 may be changed only with his or her consent.

---

<sup>76</sup> Regional Court (LG) of Braunschweig, decision of 7 September 2000 – 8 T 859/00.

<sup>77</sup> Bavarian Higher Regional Court (BayObLG), decision of 26 March 1997 – 1Z BR 2/97, permissibility of "Uragano" as a female first name (§§ 45 paragraph 1, 21 paragraph 1 No. 4 Law on the status of the person; § 1626 German Civil Code (BGB)); Regional Court (LG) Hanover, decision of 14 February 1996 – 5 T 7/96, permissibility of "Godot" as a further male first name; Higher Regional Court (OLG) Bremen, decision of 10 January 1996 – 1 W 49/95, registration of the first name "Frieden mit Gott allein durch Jesus Christus" acquired in South Africa.

<sup>78</sup> Resolution of the Cabinet of Ministers "On approval of the required legislative acts on implementation of the Family Code of the Republic of Uzbekistan" dated 12 April 1999 N 171, Appendix No. 1 Rules on registry of civil status.

The distinguishing characteristic of any citizen of Uzbekistan, including minors, is not only his or her first name but also his or her patronymic. It shall be the father's name if the parents are married. In accordance with Article 207 of the FC RUz, if a child is born to unmarried parents his or her patronymic will be written down in the register of birth and in the birth certificate according to the information provided by the mother.

The patronymic of the child may be changed upon changing the name of the father, upon adoption, and upon establishment of paternity, both voluntarily and in court. Despite the fact that the law does not directly stipulate the obligatory consent of the child who has reached the age of 10 when changing his or her patronymic, in my opinion such a consent is required when changing the child's patronymic as it is in the case of changing his or her first name and surname, upon establishment of paternity and upon adoption.

#### *b) The child's surname*

In accordance with part 3 of Article 69 of the FC RUz, the surname of the child is defined by the parents' surname. If the child's parents have different surnames, the child is given the father's or mother's surname by an agreement between the parents. Upon request of the parents a child may be given a surname derived from the first names of his or her grandfathers from both the father and mother lines according to national custom.<sup>79</sup>

The separation of parents may create a situation when one of the parents with whom the child lives does not have the same surname as the child (for instance, the child's mother remarries and takes the surname of her new husband). In such situations, questions arise as to the possibility of changing the child's surname without the consent of the biological father of the child and as to the child's right to independently change his or her surname.

First, according to part 4 of Article 227 of the FC RUz and paragraph 178 of the rules on registry of civil status, if one of the parents changes his or her surname, the question of changing the surnames of his or her children under the age of sixteen shall be decided by agreement between the parents, and in the absence of such an agreement by the guardianship and trusteeship body. In accordance with part 2 of Article 70 of the FC RUz, if the parents reside apart and the parent with whom the child lives wishes to give the child his or her own surname, the guardianship and trusteeship body shall resolve this issue depending on the child's interests and taking into account the opinion of the other parent. The consideration of the other parent's opinion shall not be obligatory if: It is impossible to identify his

---

<sup>79</sup> Part 3 Article 69 of the FC of RUz.

or her place of stay; he or she is deprived of his or her parental rights; he or she is recognized as legally incapable and in the cases when for no valid reason the parent avoids the participation in the child's upbringing and maintenance.

Consideration of the opinion of the parent who is residing apart means that, firstly, he or she should be notified of the submission of a request to the guardianship and trusteeship body to change the child's surname; and, secondly, his or her opinion on the possible change should be heard. In any case, the opinion of the parent residing apart from the child is not considered as an obligatory requirement provided by the FC RUz. Hence, in such a situation his or her consent on the changing of the child's surname is not required (Article 70 of the FC RUz). The guardianship and trusteeship body decides the issue on giving the child the surname of the parent with whom the child lives and takes into account the minor's interests (the child is accustomed to the previous surname or, on the contrary, he or she desires to have the same surname as all family members, etc.).

Secondly, according to paragraph 166 of the rules on registry of civil status, the application for changing the surname, first name or patronymic is considered by the registry office at the place of residence of the child, upon reaching the age of 16 years. According to the information of one of the members of the reference group, if the child who has reached the age of 16 applies to change his or her surname, first name or patronymic before obtaining a passport or an equivalent identification document, then the application shall be attached with the birth certificate and a copy of the birth record.<sup>80</sup>

## V. Private international law in the regulation of parent-child relationships

### *1. The rules of private international law in the Code on Marriage and Family of the Uzbek SSR of 1969*

In Soviet family law conflict of law rules were first codified in the Fundamentals of Legislation of the USSR and Union Republics on Marriage and Family of 1968 and in the Family Codes of the Union Republics of 1969–1970 respectively.

Soviet legal practice was based on the application of the *lex fori*, i.e., the Soviet family legislation was applied irrespective of the citizenship or

---

<sup>80</sup> Reference group: Deputy Head of the municipal justice department of the registry office.

permanent residence of the parties.<sup>81</sup> Thus, in accordance with Article 265 of the UzCMF:

“Establishment of paternity in the Uzbek SSR, regardless of the citizenship of the parents and of the child as well as of their domicile, shall be effected according to the Soviet legislation.”

In accordance with Article 268 of the UzCMF:

“Adoption of a child, who is the citizen of the Soviet Union and who has the permanent place of residence in the Uzbek SSR, by foreign citizens shall be effected in conformity with the rules defined by chapter 13 of this Code.”

This led to the fact that relationships between parents and children were to be defined fully by the Soviet law.<sup>82</sup> This position of the Soviet conflict of law rules was based on the negative attitude towards foreign law.<sup>83</sup>

## 2. *The rules of private international law in the FC RUz*

Today, the situation with the regulation of parent-child relationships with a foreign element has not changed.

The current conflict of law rules of Section VIII of the FC RUz are unilateral and according to them national legislation is generally applied to family relationships with a foreign element. Thus, according to Article 236 of the FC RUz:

“The dissolution of marriage between the citizens of the Republic of Uzbekistan and foreign citizens or stateless persons as well as the dissolution of marriage between foreign citizens on the territory of the Republic of Uzbekistan shall be effected in accordance with the legislation of the Republic of Uzbekistan.”

In accordance with part 1 of Article 237 of the FC RUz:

“In case of adoption of a child who is the citizen of the Republic of Uzbekistan on the territory of the Republic of Uzbekistan by foreign citizens or stateless persons, the requirements of Articles 151–167 of this Code shall also be applied.”

Therefore, the FC RUz does not provide the application of norms of foreign law with regard to family relations. Such a deficiency in the law may lead to so-called “limping”<sup>84</sup> relations.

---

<sup>81</sup> *Maryševa*, *Semejnye otnošenija s učastiem inostrancev: pravovoe regulirovanie v Rossii* [Family relationships with foreigners: the legal regulation in Russia], Moscow 2007. See <<http://www.lawmix.ru/commlaw/912>>.

<sup>82</sup> *Pereterskij/Krylov*, *Meždunarodnoe častnoe pravo* [International Private Law], Moscow 1940, pp. 155–157.

<sup>83</sup> *Matveev*, *Aktual'nye problemy sovetskogo kollizionnogo semejnogo prava – Razvitie zakonodatel'stva o brake i sem'e* [Current problems of Soviet International Family Law – Development of the legislation on marriage and family], Moscow 1978, pp. 75–76.

<sup>84</sup> The phenomenon “limping legal relations” in the doctrine of private international law means that a specific legal relationship is recognized to be legally valid under the law

Moreover, this section lacks conflict of law rules, in particular those regulating marriage, annulment of marriage, and legal relationships between spouses, parents and children. In practice, according to the information of the reference group the terms and procedure of entering into marriage are defined by the laws of the Republic of Uzbekistan.<sup>85</sup>

### 3. *International instruments*

Among international instruments containing rules specifically designed to regulate family relations with a foreign element, the most crucial in practice are the Convention of CIS Countries on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters<sup>86</sup> (hereafter “the Minsk Convention”) and bilateral agreements.

The Uzbek courts apply the provisions of the Minsk Convention<sup>87</sup> in particular when considering disputes on the child’s upbringing. Article 32 of the Minsk Convention stipulates that the legal relationships between parents and children are defined by the legislation of the contracting party on whose territory the children have permanent residence. For instance, a court considered a claim initiated by a citizen of the Republic of Uzbekistan for alimony payments to the minor child.<sup>88</sup> As the child has permanent residence in the territory of the Russian Federation, the dispute was considered according to Russian family legislation.

Issues of execution of judgments are also to be settled by the Minsk Convention. In accordance with part 1 of Article 53 of the Minsk Convention, the petition on the permission for coercive execution of the decision is submitted to a competent court of the contracting party where the decision must be executed. According to part 1 of Article 54 of the Minsk Convention, the petition on the recognition and permission for coercive execution of the decisions provided in Article 51 must be considered by the courts of the contracting party on whose territory the coercive execution is to be carried out.

---

of one state, but is illegal under the law of another state. The application of foreign law allows solving the problems with “limping legal relations”, *Anufrieva*, *Meždunarodnoe častnoe pravo* [International Private Law], Moscow 2000, pp. 213 ff.

<sup>85</sup> Reference group: Deputy Head of the municipal justice department on the registry office.

<sup>86</sup> The Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters dated 22 January 1993 was ratified by the resolution of the Supreme Council of the RUz on 6 May 1993 N 825-XII and became effective for the Republic of Uzbekistan on 19 May 1994. See <<http://www.unhcr.org/4de4edc69.html>>.

<sup>87</sup> Judge of Mirzo Ulugbek inter-district civil court, work experience 15 years in the judicial system, including 3 years as a judge.

<sup>88</sup> Magistrate's court of Samara district, Syzran city, civil case No. 2-1/11.

In accordance with part 2 of Article 54 of the Minsk Convention, the court considering the petition on the recognition and permission for coercive execution confines its decision to checking the conditions stipulated by the present Minsk Convention. If the conditions are met, the court takes a decision on the coercive execution.

Therefore, in the case mentioned the magistrate judge of Samara district and the petitioner applied to the competent court of Uzbekistan with petitions on the recognition and permission for coercive execution on the territory of the RUz of the decision of the magistrate judge of Samara and also with the request for carrying out certain legal proceedings. Having determined that the petition meets the requirements of the parts 2 and 3 of Article 53 of the Minsk Convention, the court of the RUz<sup>89</sup> has decided to satisfy the applications in terms of execution of the decision on alimony payments.

## VI. Conclusions

Bringing the national legislation into conformity with the UN Convention has caused considerable changes in the regulation of the child's rights in Uzbekistan.

Unlike in the Soviet period, when the child was considered as the object of parental care, today the child is recognized as a full person and having its own personal and property rights. This approach does meet the terms of the UN Convention.

The analysis of current family legislation and its application allows the following conclusions to be drawn:

Despite the steps taken by Uzbekistan to implement the terms of the UN Convention into the family law, resulting in the enactment of the rights of the child in law, in practice the child is not yet an adequately independent rights-holder. In particular, procedural law does not provide an appropriate mechanism for the realization of the right of the child to appeal to court when he or she reaches the age of 14 (part 5 Article 67 of the FC RUz) and the right of the child to know his or her parents (Article 65 of the FC RUz). This is caused by the lack of consistency of norms within the family legislation and between the norms of family and civil procedural legislation. The above-mentioned provisions of the FC RUz are of declarative nature and these rights of the child are considered from the point of view of parental rights.

---

<sup>89</sup> Mirzo Ulugbek inter-district civil court of Tashkent city, dated 20 October 2011.

However, according to the comments of the reference group in certain cases the child is recognized as the subject of rights. In particular, the court takes into consideration the opinion and interests of the child in determining disputes on contact with a child, on child custody and, in cases stipulated by law, the compulsory consent of the child is required where the child has reached the age of 10. In addition, the identification of the child's opinion has its procedural peculiarities depending on the age criterion.

Uzbek conflict of laws regulation is distinguished by the lack of a rule regulating the law applicable to the parent-child relationship. In relations with the signatories of the Minsk Convention, its provisions are applied. In other cases, the priority of application of Uzbek family law with regard to family relations with a foreign element is maintained.

# Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nach dem Recht der Republik Kasachstan

ZHANNAT DOSMANOVA

I. Einführung .....	396
II. Die gesetzliche Regelung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen ....	398
1. Die Veränderungen in der Gesetzgebung im Investitionsbereich und im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen seit 2003 .....	398
2. Das Verhältnis des Gesetzes „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ zum Zivilgesetzbuch der Republik Kasachstan .....	401
3. Das Verhältnis zwischen dem Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ und dem Gesetz „Über Investitionen“ .....	403
4. Das Verhältnis der Gesetzgebung über die Nutznießung von Bodenschätzen zur Steuer- und Umweltgesetzgebung und zu sonstigen Rechtsnormen .....	405
III. Die Besonderheiten des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	406
1. Das Erdinnere als besonderes Objekt der Nutznießung von Bodenschätzen .....	406
a) Der Begriff des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen .....	406
b) Die Arten der Nutznießung von Bodenschätzen .....	408
c) Die Entstehung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen .....	408
2. Investitionskontakt über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	410
a) Der Begriff des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	410
b) Die Arten der Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	411
IV. Die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	412
1. Folgen der Beteiligung des Staates für die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	413
a) Die Rechtsnatur der vom Staat abgeschlossenen Investitionsverträge .....	413
aa) Zivilrechtlich zu qualifizierende Investitionsverträge mit staatlicher Beteiligung .....	413
bb) Verwaltungsrechtliche Investitionsverträge .....	415
cc) Gemischte Investitionsverträge .....	421
b) Der Status des Staates in den Investitionskontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	422
aa) Diskussionsstand .....	422
bb) Vermittelnder Ansatz .....	423
2. Die Bestimmung der Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	425
a) Die zivilrechtliche Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	425
b) Die gemischte Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen ..	426

V. Die Beilegung der Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	429
1. Die Schiedsgerichtsbarkeit in den Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	429
a) Überblick .....	429
b) Der Staat als Partei eines Schiedsverfahrens .....	430
c) Streitgegenstand .....	431
2. Die Streitbeilegung aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen im Zusammenhang mit der Bestimmung ihrer Rechtsnatur .....	434
3. Der Schutz der „schwächeren“ Vertragspartei .....	435
VI. Die Vorkehrungen zum Schutz staatlicher Interessen in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	437
1. Die Wirkungsverengung des Stabilisierungsvorbehalts für die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen .....	437
2. Die Möglichkeit der einseitigen Vertragsauflösung durch den Staat .....	440
3. Maßnahmen für die Gewährleistung der ökologischen Sicherheit .....	443
4. Die Beschränkung der Konzentration von Rechten .....	444
5. Das Vorkaufsrecht des Staates .....	445
6. Die Wahrung des <i>local content</i> .....	447
7. Die Folgen der beschriebenen Mechanismen und Instrumente für die Praxis .....	449
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse .....	452

## I. Einführung

Der Energiesektor ist eine sehr wichtige Quelle für die wirtschaftliche Entwicklung Kasachstans, weswegen man im Land der Anwerbung von Investitionen in diesem Sektor eine große Bedeutung beimisst. Der Staat nimmt aktiv an Vertragsbeziehungen im Bereich der Investitionsverträge teil. Zu den vorherrschenden Arten von Investitionsverträgen in Kasachstan gehören die Kontrakte<sup>1</sup> im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen.

Die Besonderheit dieser Verträge liegt darin, dass eine der Vertragsparteien immer der Staat ist. Dabei befindet er sich in einer anderen Lage als andere Subjekte der Investitionsrechtsbeziehungen. Der Staat legt die gesetzlichen Grundlagen der Investitionstätigkeit fest, bestimmt in Gesetzen

---

<sup>1</sup> In der Gesetzgebung der Republik Kasachstan benutzt man für bestimmte Arten von Investitionsverträgen den Fachausdruck „Kontrakt“ und nicht Vertrag, wie z.B. „Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen“ oder „Kontrakt über die Gewährung von Investitionspräferenzen“. Diese Kontrakte sind durch unmittelbare Teilnahme des Staates als Vertragspartei gekennzeichnet, und ihre Konstruktion ist in speziellen Normativakten geregelt. Deswegen erscheint es zweckmäßig, bei der Übersetzung in die deutsche Sprache das gefestigte Fachwort zu benutzen.

*Anmerkung:* Alle Übersetzungen der russischen Texte ins Deutsche stammen von der Autorin.

den Umfang der Rechte von Investoren und legt für sie bestimmte Verpflichtungen fest.<sup>2</sup> Der Staat kann – außer als Gesetzgeber – als Investor auftreten und auf diese Weise durch den Abschluss von Investitionsverträgen die Verwaltung des staatlichen Eigentums durchführen und dadurch seine öffentlichen Funktionen wahrnehmen. Auf der anderen Seite kann der Staat auch als gleichberechtigte Partei in den Investitionsbeziehungen auftreten.<sup>3</sup>

Im Zusammenhang mit einer solchen doppelten Position des Staates in den Investitionsbeziehungen taucht die Frage auf, welchen Einfluss die Teilnahme des Staates auf die Rechtsnatur der Investitionsverträge hat, in denen er als Partei auftritt. Ziel dieses Aufsatzes ist die Klärung der Rechtsnatur eines solchen Investitionsvertrags wie des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen und der Folgen dieser Zuordnung für die Praxis.

Zunächst behandelt der Artikel die gesetzlichen Grundlagen für die Regelung von Investitionen im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen und des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen. Dabei wird deutlich, dass die Bedingungen für die Nutznießung von Bodenschätzen in den letzten Jahren verschärft wurden und dass die Rolle des Staates bei der Verwaltung und Rechtsetzung immer mehr gewachsen ist, was einer besseren Durchsetzbarkeit der Staatsinteressen im Bereich des Energiesektors dient.

Im Folgenden wird das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen im Allgemeinen erörtert, der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen beschrieben und seine Unterscheidungsmerkmale herausgearbeitet. Ein weiteres Kapitel ist der Beilegung von Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen gewidmet.

Für die Verstärkung seiner Position in den Investitionsverträgen benutzt der Staat neue gesetzliche Instrumente, wie die Möglichkeit der einseitigen Vertragsauflösung durch den Staat, das Vorkaufsrecht des Staates bei der Veräußerung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen usw. Es stellt sich die Frage, ob auf diese Weise ein angemessener Interessensausgleich zwischen den Interessen des Staates und den Interessen der Investoren gefunden wird. Der Artikel verdeutlicht die Verstärkungstendenz der

---

<sup>2</sup> *Moroz*, *Investicionnoe pravo*, Učebnoe posobie [Investitionsrecht, Lehrbuch], 4. Aufl., Almaty 2007, S. 99, 126.

<sup>3</sup> *Farchutdinov/Trapeznikov*, *Investicionnoe pravo* [Investitionsrecht], Moskau 2006, S. 367. – *Anmerkung*: In diesem Beitrag wird auch russische Rechtsliteratur verwendet. Dies ist durch die gemeinsame geschichtliche Rechtsvergangenheit bedingt und auch von der Gleichartigkeit der theoretischen Problemfragen in der rechtlichen Regelung von Investitionen im Erdölsektor gegenwärtig. Beide Länder besitzen große Vorräte an Bodenschätzen und haben wichtige Verträge, darunter Production Sharing Agreements, mit ausländischen Investoren im Energiebereich abgeschlossen.

Position des Staates in den Investitionsverträgen über die Nutznießung von Bodenschätzen sowie die möglichen Folgen dieser Verstärkung.

## II. Die gesetzliche Regelung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

Die rechtliche Behandlung der Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen hat in den letzten Jahren bedeutende Veränderungen erfahren. Das Gleiche gilt für die rechtliche Behandlung von Investitionen und vor allem von ausländischen Investitionen. Das ist dadurch bedingt, dass die Verträge, die in den 1990er Jahren ausgehandelt wurden, der kasachischen Seite sehr schlechte Konditionen boten.<sup>4</sup> Jetzt strebt der erstarkte Staat an, seine Position zu verbessern. Die Marktlage hat sich inzwischen stark verändert. Die Zeiten, in denen ein Barrel Erdöl nur 10 Dollar kostete, sind vorbei, und die Preise sind stark gestiegen. Diese Situation will der kasachische Staat offensichtlich bei den Neuverhandlungen der Investitionsbedingungen ausnutzen.

### *1. Die Veränderungen in der Gesetzgebung im Investitionsbereich und im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen seit 2003*

Von 1991 bis 2003 wurden die ausländischen Investoren im Vergleich zu einheimischen Investoren bevorzugt.<sup>5</sup> Unter anderem wurde nach dem Gesetz „Über ausländische Investitionen“<sup>6</sup> für ausländische Investitionen Meistbegünstigung gewährt (Art. 4). Dieses Gesetz beinhaltete auch einen Schutz ausländischer Investoren vor Gesetzesänderungen (Art. 6). Bei einer Gesetzesänderung, die die Lage des ausländischen Investors verschlechterte, stand diesem eine unverzügliche, adäquate und effiziente Entschädigung zu. Außerdem existierten solche Entschädigungsansprüche bei

---

<sup>4</sup> Westphal, Wettlauf um Energieressourcen, in: Sapper/Weichsel/Huterer (Hrsg.), *Machtmosaik Zentralasien*, Bonn 2007, S. 468.

<sup>5</sup> Siehe *Maulenov*, *Pravovoe regulirovanie inostrannykh investitsij v RK* [Rechtsregulierung ausländischer Investitionen in der RK], Almaty 1998, S. 132–137; *Sulejmenov*, *Kazachstan daet garantii* [Kasachstan gewährleistet Garantien], in: ders. (Hrsg.), *Pravovoe regulirovanie inostrannykh investitsij i nedropol'zovanija v Kazachstane* [Rechtsregulierung ausländischer Investitionen und Nutznießung von Bodenschätzen in Kasachstan], Almaty 2006, S. 22–30; *ders.*, *Garantii inostrannym investoram* [Garantien für die ausländischen Investoren], ebd., S. 51–66.

<sup>6</sup> *Zakon RK „Ob inostrannykh investitsijach“ ot 27 dekabrja 1994 goda* [Gesetz RK „Über ausländische Investitionen“ vom 27. Dezember 1994] Nr. 266-XIII, *Kazachstanskaja pravda* 1994, Nr. 206. Es ist durch das Gesetz „Über Investitionen“ vom 8. Januar 2003 Nr. 373-II außer Kraft gesetzt worden.

Enteignung. Einem Investor waren die Nutzung eigener Währungsmittel und der Schutz bei staatlichen Prüfungen gesichert (Art. 7, 11, 13).

Im Jahr 2003 wurde ein neues Gesetz „Über Investitionen“<sup>7</sup> verabschiedet, das alle Privilegien für ausländische Investoren aufgehoben und die gleiche rechtliche Behandlung für alle Investoren, kasachischen wie ausländischen, eingeführt hat. Daneben wurden auch zahlreiche Veränderungen und Ergänzungen mehrerer Gesetze („Über das Erdöl“<sup>8</sup>, „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“<sup>9</sup>, Umweltgesetzbuch<sup>10</sup> etc.) vorgenommen, welche die Regelungen über die Nutznießung von Bodenschätzen und die steuerlichen und ökologischen Bedingungen für die Tätigkeiten von Investoren verschärft haben.<sup>11</sup> Am 1. Januar 2009 sind das neue Steuergesetzbuch<sup>12</sup> und das neue Gesetz „Über die Transferpreisbildung“<sup>13</sup> in Kraft getreten. Eine der letzten wichtigen Änderungen in diesem Bereich ist das neue Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung

---

<sup>7</sup> Zakon RK „Ob investicijach“ ot 8 janvarja 2003 goda [Gesetz RK „Über Investitionen“ vom 8. Januar 2003] Nr. 373-II, Kazachstanskaja pravda 2003, Nr. 9–11.

<sup>8</sup> Zakon RK „O nefti“ ot 28 ijunja 1995 goda [Gesetz RK „Über das Erdöl“ vom 28. Juni 1995] Nr. 2350, Vedomosti Verchovnogo Soveta RK [Mitteilungsblatt des Obersten Rats RK] 1995, Nr. 11. Es ist durch das Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ vom 24. Juni 2010 außer Kraft gesetzt worden.

<sup>9</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O nedrach i nedropol'zovanii“ ot 27 janvarja 1996 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ vom 27. Januar 1996] Nr. 2828, Vedomosti Parlamenta RK [Mitteilungsblatt des Parlaments RK] 1996, Nr. 2. Es ist durch das Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ vom 24. Juni 2010 außer Kraft gesetzt worden.

<sup>10</sup> Ėkologičeskij Kodeks Respubliki Kazachstan ot 9 janvarja 2007 [Umweltgesetzbuch der Republik Kasachstan vom 9. Januar 2007], Nr. 212-III ZRK Kazachstanskaja pravda 2007, Nr. 12.

<sup>11</sup> Siehe *Erkinbaeva*, Ėkologo-pravovye trebovanija, pre''javljaemye k operacijam po nedropol'zovaniju v RK, i problemy ich realizacii [Umweltrechtliche Forderungen, die in Bezug auf Nutznießungsoperationen von Bodenschätzen in der RK geltend gemacht werden, und deren Durchsetzungsprobleme], Jurist 2009, Nr. 5, S. 31; *Achmetova/Daumov*, Novoe v zakonodatel'stve o nedropol'zovanii i nefti [Neues in der Gesetzgebung über Nutznießung von Bodenschätzen und Erdöl], Petroleum 2005, Nr. 5, S. 72–76; *Smirnov*, Ne tot investor [Der falsche Investor], abrufbar unter <<http://synapse.kz/inkz/269-ne-tot-investor.html>> (14.6.2010).

<sup>12</sup> Kodeks RK „O nalogach i drugich objazatel'nych platežach v bjudžet (Nalogovyy kodeks)“ ot 10 dekabrja 2008 goda [Gesetzbuch RK „Über Steuern und andere Zahlungsverpflichtungen in den Haushalt (Steuergesetzbuch)“ vom 10. Dezember 2008] Nr. 99-IV ZRK, Kazachstanskaja pravda 2008, Nr. 275–277; Nr. 280–283; siehe auch *Anmerkung der Redaktion*, New Tax Code came into effect, Oil&Gas of Kazakhstan 2009, Nr. 1, S. 30–33.

<sup>13</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O transfertnom cenoobrazovanii“ ot 5 ijulja 2008 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die Transferpreisbildung“ vom 5. Juli 2008] Nr. 67-IV, Kazachstanskaja pravda 2008, Nr. 160.

von Bodenschätzen“<sup>14</sup> vom 24. Juni 2010. Im März 2010 wurde ein neues Ministerium für Erdöl und Gas geschaffen, das das alte Ministerium für Energie und Mineralressourcen ersetzt hat.<sup>15</sup>

Das Hauptargument des Staates für alle diese Veränderungen in der Gesetzgebung ist die Notwendigkeit „der Wiederherstellung des Interessengleichgewichts“ zu Gunsten des benachteiligten Staates und die Möglichkeit der Erzielung von höheren Profiten aus den abgeschlossenen Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen.<sup>16</sup>

Die Kontrakte im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen sind vor allem in einem speziellen Gesetz der Republik Kasachstan „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“<sup>17</sup> (im Folgenden: Gesetz über das Erdinnere) geregelt. Gemäß Art. 2 des Gesetzes über das Erdinnere wird die Regulierung von Rechtsbeziehungen im Bereich der Nutz-

---

<sup>14</sup> Zakon RK „O nedrach i nedropol'zovanii“ ot 24 ijunja 2010 goda [Gesetz RK „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“], Nr. 291-IV ZRK, Kazachstanskaja pravda 2010, Nr. 159–160; Nr. 161–162.

<sup>15</sup> Ukaz Prezidenta RK „O dal'nejšem soveršenstvovanii sistemy gosudarstvennogo upravlenija RK“ ot 12 marta 2010 goda [Erlass des Präsidenten der RK „Über die weitere Vervollkommnung des Systems der staatlichen Verwaltung der RK“ vom 12. März 2010] Nr. 936, Kazachstanskaja pravda 2010, Nr. 58–60; Postanovlenie Pravitel'stva Respubliki Kazachstan „Voprosy Ministerstva nefti i gaza Respubliki Kazachstan“ ot 20 maja 2010 goda [Beschluss der Regierung der Republik Kasachstan „Fragen des Erdöl- und Gasministeriums der Republik Kasachstan“ vom 20. Mai 2010] Nr. 454, SAPP Respubliki Kazachstan 2010, Nr. 34, S. 273.

<sup>16</sup> *Safinov*, Gosudarstvo i investory: kak najti balans interesov [Der Staat und die Investoren: Wie man einen Interessenausgleich findet], Oil&Gas of Kazakhstan 2009, Nr. 6, S. 9–10; *Anmerkung der Redaktion*, Legitimno peretjagivat' kanat [Ist es legitim das Seil herüberzuziehen], Oil&Gas of Kazakhstan 2010, Nr. 1, S. 11–12, abrufbar unter <[http://www.oilgas.kz/files/oilgas\\_01\\_2010.pdf](http://www.oilgas.kz/files/oilgas_01_2010.pdf)> (20.3.2011); *Isengaliev*, O balanse interesov [Über den Interessenausgleich], Petroleum 2010, Nr. 6, S. 30.

<sup>17</sup> In den kritischen Bewertungen des Gesetzentwurfs wurde darauf hingewiesen, dass dieses Gesetz eine ungleiche Lage zwischen dem Staat und dem Nutznießer herstellt, und zwar zu Gunsten des Staates. Es wird faktisch der zivilrechtliche Regelungsmechanismus von Rechtsverhältnissen im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen umgangen. Damit wird der Anreiz, Investitionen zu tätigen, beeinträchtigt. Siehe z.B. *Kenžebaeva*, Izmenenija v zakonodatel'stvo o nedrach ne otvechajut interesam Kazachstana [Die Änderungen in der Gesetzgebung über das Erdinnere entsprechen nicht den Interessen Kasachstans], Oil&Gas of Kazakhstan 2008, Nr. 6, S. 39; *Sulejmenov*, Razmyšlenija o soveršenstvovanii zakonodatel'stva o nedrach i nedropol'zovanii [Überlegungen zur Vervollkommnung der Gesetzgebung über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen], Oil&Gas of Kazakhstan 2008, Nr. 6, S. 58; *Bajdel'dinov*, Nedra i zakon: za i protiv [Das Erdinnere und das Gesetz: für und wider], Jurist 2009, Nr. 5, S. 20; *Čencova*, Novyj Zakon Respubliki Kazachstan „O nedrach i nedropol'zovanii“: novye reguljicii i novye voprosy [Neues Gesetz der Republik Kasachstan „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“: Neue Regelungen und neue Fragen], Petroleum 2010, Nr. 5, S. 66.

nießung von Bodenschätzen auf der Grundlage der Verfassung,<sup>18</sup> internationaler Verträge,<sup>19</sup> zivilrechtlicher Gesetze und anderer Normativakte vorgenommen. Dabei kann nach Art. 61 Abs. 6 des Gesetzes über das Erdinnere zu den Verträgen sonst nur das Recht der Republik Kasachstan angewendet werden.

Für ausländische Investoren hat der völkerrechtlich vermittelte Schutz der Investitionen eine große Bedeutung. Die völkerrechtliche Regelung von ausländischen Investitionen setzt sich aus bilateralen Investitionsabkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz der Investitionen<sup>20</sup> sowie aus internationalen Abkommen im Bereich des Schutzes von ausländischen Investitionen und diplomatischer Protektion durch den Heimatstaat des Investors zusammen.

Die Hauptregelungen werden durch den nationalen Gesetzgeber aufgestellt. In der Republik Kasachstan gibt es neben dem Gesetz über das Erdinnere eine sehr große Anzahl von Gesetzen und untergeordneten Gesetzen, die die Fragen der Nutznießung von Bodenschätzen regeln.<sup>21</sup> Aufgrund des komplexen Charakters der Beziehungen bei der Gewährung und Verwirklichung des Rechtes auf die Nutznießung von Bodenschätzen werden für sie verschiedene Gesetze relevant. Dabei ist die Frage nach dem Verhältnis der Gesetzesregelungen untereinander noch nicht abschließend geklärt. Aus diesem Grund ist es notwendig, diese Gesetze ausführlicher zu betrachten.

## *2. Das Verhältnis des Gesetzes „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ zum Zivilgesetzbuch der Republik Kasachstan*

Umstritten ist die Frage nach der Anwendung der Zivilrechtsnormen auf die Nutznießung von Bodenschätzen.

Laut Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über das Erdinnere werden die zivilrechtlichen Verhältnisse, die mit einem Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen verbunden sind, durch die Normen der Zivilgesetzgebung

---

<sup>18</sup> Konstitucija Respubliki Kazachstan ot 30 avgusta 1995 goda [Verfassung der Republik Kasachstan vom 30. August 1995], Kazachstanskaja pravda 1995. Izmenenija i dopolnenija ot 21.5.2007 [Änderungen und Ergänzungen vom 21.5.2007] Nr. 254 – III ZRK. Art. 4 Abs. 3, Art. 6 Abs. 2, 3, Art. 12 Abs. 4, Art. 26.

<sup>19</sup> Laut Art. 4 Abs. 3 der Verfassung haben die internationalen Abkommen, die von der Republik Kasachstan ratifiziert worden sind, Vorrang gegenüber den Gesetzen und werden unmittelbar angewendet, außer in den Fällen, in denen aus einem internationalen Abkommen folgt, dass seine Anwendung eine Gesetzesregelung fordert.

<sup>20</sup> Die Republik Kasachstan hat 44 bilaterale Abkommen über die Förderung und den Schutz der Investitionen abgeschlossen. Ein Verzeichnis ist abrufbar unter <<http://www.mint.gov.kz/index.php?id=319>> (28.2.2013).

<sup>21</sup> Siehe die Normativakte im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen, Aufzählung abrufbar unter <<http://www.mint.gov.kz/index.php?id=75>> (13.2.2012).

der Republik Kasachstan geregelt, wenn sie nicht von den Normen dieses Gesetzes geregelt sind. Art. 1 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches stellt fest, dass auf die Rechtsbeziehungen mit Bezug zur Nutznießung von Naturschätzen und Umweltschutz die zivilrechtlichen Vorschriften in den Fällen angewendet werden, in denen diese Rechtsbeziehungen nicht bereits durch die entsprechende spezielle Gesetzgebung geregelt werden.

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass bei der Entstehung von Widersprüchen zwischen diesen Rechtsakten, die Normen des Zivilgesetzbuches als höherrangige Normen Vorrang haben.<sup>22</sup> Diese Ansicht wird vor allem mit dem Hinweis auf Art. 4 des Gesetzes „Über die normativen Rechtsakte“<sup>23</sup> begründet. Diesem zufolge stehen die Normen von Gesetzbüchern („Kodeks“) in der Hierarchie höher als die Vorschriften einfacher Gesetze.

Auf der anderen Seite muss man beachten, dass Art. 1 Abs. 3 des Zivilgesetzbuches sowie Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes über das Erdinnere eindeutig das Verhältnis zwischen dem Zivilgesetzbuch und der Gesetzgebung im Bereich der Nutznießung von Naturschätzen und Umweltschutz umkehren und den Vorrang spezieller Gesetze festlegen. Außerdem soll mit Rücksicht auf die besondere Bedeutung des Erdinneren, die in der Verfassung verankert ist, die öffentlich-rechtliche Regelung Vorrang vor dem Privatrecht haben.<sup>24</sup>

Meines Erachtens liegt hier keine Verletzung der Hierarchie von Rechtsakten vor. Für alle Fragen, die nicht vom Gesetz über das Erdinnere geregelt sind, werden überwiegend die Normen des Zivilgesetzbuches vor anderen Gesetzen angewendet. Der spezifische Charakter des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen und der mit ihm einhergehenden Rechte äußert sich außerdem in der Beschränkung der Freiheiten der Vertragsparteien bei seinem Abschluss und seiner Auflösung. Damit ist z.B. das Recht auf eine einseitige Vertragsauflösung durch den Staat (Art. 72 des Gesetzes über das Erdinnere) oder das dem zuständigen Organ eingeräumte Recht, eine Änderung der Vertragsbedingungen zu verlangen (Art. 71 Abs. 3 des Gesetzes über das Erdinnere), verbunden.

---

<sup>22</sup> Siehe *Eljubaev*, Problemy sootnošenija norm graždanskogo i gornogo prava [Probleme des Normenverhältnisses zwischen dem Zivil- und Bergrecht], Jurist 2009, Nr. 9, S. 44.

<sup>23</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O normativnykh pravovykh aktach“ ot 24 marta 1998 [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die normativen Rechtsakte“ vom 24. März 1998] Nr. 213, Vedomosti Parlamenta RK [Mitteilungsblatt des Parlaments der RK] 1998, Nr. 2–3, S. 25.

<sup>24</sup> Siehe *Nesterova*, Kakim byt' novomu kazachstanskomu zakonodatel'stvu o nedropol'zovanii [Wie die neue kasachische Gesetzgebung über die Nutznießung von Bodenschätzen sein sollte], Sovetnik [Der Ratgeber] 2009, Nr. 1, S. 62.

### 3. Das Verhältnis zwischen dem Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ und dem Gesetz „Über Investitionen“

Nutznießer von Bodenschätzen ist bei der Einsetzung von bestimmten Vermögens- und Nichtvermögensanlagen für die Realisierung seines Projekts im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen gleichzeitig ein Investor, deswegen wird auf seine Tätigkeit auch das Gesetz „Über Investitionen“ angewendet.

Diese Schlussfolgerung ergibt sich vor allem aus der Definition des Investitionsbegriffes, die in Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes „Über Investitionen“ festgelegt ist. Nach diesem Artikel können Investitionen alle Vermögensgegenstände sein (außer Waren, die für den Privatkonsum bestimmt sind), einschließlich Gegenständen des Finanzleasings ab dem Abschluss des Leasingvertrags, sowie Rechte auf die Gegenstände, die vom Investor ins Grundkapital einer juristischen Person oder in die Vergrößerung der fixierten Aktiva, die für die Unternehmertätigkeit verwendet werden, angelegt werden, sowie die im Rahmen des Konzessionsvertrags vom Konzessionär (oder seinem Rechtsnachfolger) erzeugten und erhaltenen fixierten Aktiva.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass diese gesetzliche Definition in der Literatur nicht als besonders gelungen gilt. Das Gesetz zählt nicht diejenigen Güter auf, die als Investitionen gelten können, und definiert nicht das Ziel der Investitionen.<sup>25</sup> Weiterhin beschränkt das Gesetz die Gegenstände der Investitionen ausschließlich auf Kapitalanlagen der juristischen Person oder auf Vergrößerung von fixierten Aktiva, die für die Unternehmertätigkeit verwendet werden. Die Gründe für eine solche Beschränkung sind nicht ganz verständlich, wenn man die Tatsache berücksichtigt, dass die Investitionstätigkeit auf unterschiedliche Art und Weise verwirklicht werden kann.

Hinsichtlich der Ziele von Investitionen wird teilweise unter Hinweis auf den Investitionsbegriff aus der russischen Gesetzgebung<sup>26</sup> die Meinung vertreten, dass der Investitionsbegriff weiter zu verstehen ist. Zu den möglichen Zielen einer Investition soll nicht nur die Gewinnerwirtschaftung gehören, sondern auch die Erreichung eines positiven Sozialeffekts.<sup>27</sup>

Einer solchen Präzisierung von Investitionszielen ist zuzustimmen. Diese Präzisierung ermöglicht es, die Investitionstätigkeit von den anderen Arten der unternehmerischen Tätigkeit abzugrenzen. Eine Anlage der In-

---

<sup>25</sup> *Moroz*, oben Fn. 2, S. 60.

<sup>26</sup> *Zakon RSFSR „Ob investicionnoj dejatel’nosti v RSFSR“ ot 26.6.1991 g.* [Gesetz RSFSR „Über die Investitionstätigkeit in der RSFSR“ vom 26.6.1991] Nr. 1488-1, *Vedomosti S’ezda narodnych deputatov RSFSR i Verchovnogo Soveta RSFSR 1991* [Mitteilungsblatt des Volksabgeordnetenkongresses RSFSR und des Obersten Rates der RSFSR 1991], Nr. 29, S. 1005. Art. 1 Abs. 1.

<sup>27</sup> *Moroz*, oben Fn. 2, S. 61.

vestitionen ist nicht immer eine unternehmerische Tätigkeit. So wird die Meinung vertreten, dass die staatlichen Investitionen keine unternehmerische Tätigkeit darstellen.<sup>28</sup> Das ist zwar umstritten, aber auf jeden Fall ist die Investitionstätigkeit des Staates in erster Linie auf die Erreichung eines positiven Sozialeffekts gerichtet. Die Gewinnerwirtschaftung ist nicht das einzige Ziel und auch nicht das Hauptziel der staatlichen Investitionstätigkeit. Dabei ist unter dem Sozialeffekt keine Wohltätigkeit zu verstehen.

Die Kapitalanlage in die gemeinnützigen Organisationen, unter anderem für wohltätige Ziele, ist aus dem Bereich der Investitionsgesetzgebung ausgeschlossen, ebenso wie die Investitionen aus den Mitteln des Staatshaushalts (Art. 2 Abs. 2 des Gesetzes „Über Investitionen“). M.E. muss man in diesem Fall unter dem Sozialeffekt den Effekt für die ganze Gesellschaft und nicht für ihre Einzelgruppen verstehen. Für einen Staat ist das die Lösung der staatlichen Sozialaufgaben: die Entwicklung der Regionen, die Schaffung der Infrastruktur, neuer Betriebe, neuer Arbeitsplätze und Ähnliches.

Aufgrund des oben Gesagten muss man bei der Bestimmung des Investitionsbegriffs davon ausgehen, dass mit diesem „beliebige Arten der Vermögenswerte (materieller) und geistiger (immaterieller) Werte sowie Rechte auf diese, die in einer unternehmerischen oder einer anderen Tätigkeit investiert werden, mit dem Ziel einen Gewinn zu erzielen und (oder) einen positiven Sozialeffekt zu erreichen“,<sup>29</sup> gemeint sind. Eine solche Definition entspricht auch dem weiten Investitionsbegriff in der deutschsprachigen Literatur.<sup>30</sup>

Demnach ist der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen als Investitionskontrakt einzuordnen. Dies hat eine Erstreckung der Schutzmechanismen, die in der Gesetzgebung der Republik Kasachstan für die Investoren gelten, auf die Rechtsbeziehungen im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen zur Folge. Dabei sind die Vorschriften über die Investitionen auf die Rechtsverhältnisse der Nutznießung von Bodenschätzen subsidiär anzuwenden. Dabei handelt es sich um allgemeine Vorschriften, während das Gesetz über das Erdinnere eine speziellere Regelung ist. Laut Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes „Über Investitionen“ werden auf die Rechtsverhältnisse, die bei der Verwirklichung von Investitionen entstehen und zum Handlungsbereich anderer Gesetze der Republik Kasachstan gehören,

---

<sup>28</sup> *Sulejmenov*, Vsegda li investicionnaja dejatel'nost' javljaetsja predprinimatel'skoj [Ist die Investitionstätigkeit immer eine unternehmerische Tätigkeit], *Jurist* 2011, Nr. 5, S. 12–16.

<sup>29</sup> *Moroz*, oben Fn. 2, S. 61. Siehe auch *Sulejmenov* (Hrsg.), *Pravo i vnešneëkonomičeskaja dejatel'nost' v Respublike Kazachstan* [Recht und außenwirtschaftliche Tätigkeit in der Republik Kasachstan], Almaty 2001, S. 67.

<sup>30</sup> Siehe ausführlicher *Reinisch*, *Internationales Investitionsschutzrecht*, in: *Tietje* (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin 2009, § 8 Rn. 30.

die Bestimmungen dieses Gesetzes in dem Teil angewendet, in dem es den Gesetzen der Republik Kasachstan nicht widerspricht. Das heißt, die Normen des Gesetzes „Über Investitionen“ werden subsidiär verwendet, wenn sie den Normen des Gesetzes über das Erdinnere nicht widersprechen.

#### *4. Das Verhältnis der Gesetzgebung über die Nutznießung von Bodenschätzen zur Steuer- und Umweltgesetzgebung und zu sonstigen Rechtsnormen*

Die Nutznießung von Bodenschätzen wird nach dem Steuergesetzbuch (im Weiteren: kas. SteuerGB) besteuert, was im Abschnitt 11 des Besonderen Teils des Gesetzbuches näher geregelt wird. Laut Art. 2 Abs. 4 kas. SteuerGB gelten für das Ziel einer Besteuerung beim Vorliegen eines Widerspruchs zwischen den Normen des kasachischen SteuerGB und anderen gesetzlichen Akten der Republik Kasachstan (beliebigen Akten) die Normen des kasachischen SteuerGB. Es ist verboten, steuerrechtliche Vorschriften in die anderen Gesetze der Republik Kasachstan aufzunehmen, außer in den im kasachischen SteuerGB vorgesehenen Fällen.

Solche Ausnahmen betreffen unter anderem die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen. Die Kontrakte, die früher abgeschlossen wurden, hatten eine individuelle Besteuerungsgrundlage. Beispiele dafür sind die Vereinbarungen über die Produktionsteilung (Englisch: Production Sharing Agreements, im Folgenden: PSA), die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden, sowie die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen, die vom Präsidenten der Republik Kasachstan bestätigt wurden (Art. 308-1 Abs. 1 kas. SteuerGB).

Die Nutznießung des Erdinneren ist untrennbar mit den Fragen des Schutzes des Erdinneren und des Umweltschutzes verbunden. Das wichtigste Gesetz in diesem Bereich ist das Umweltgesetzbuch der Republik Kasachstan (im Folgenden: kas. UGB). Die ökologischen Anforderungen an die Nutznießung des Erdinneren werden im Kapitel 32 kas. UGB geregelt. Laut Art. 2 Abs. 4 kas. UGB können die spezielleren Gesetze der Republik Kasachstan nur die Bereiche regeln, die nicht vom kasachischen UGB geregelt sind. Das bedeutet, die Vorschriften des kasachischen UGB finden vorrangig Anwendung. Die Normen des spezielleren Gesetzes dürfen den Normen des Gesetzbuches nicht widersprechen. Tun sie es doch, werden die Normen des kasachischen UGB angewendet (Art. 2 Abs. 3 kas. UGB).

Das Gesetz über das Erdinnere regelt im Kapitel 11 die Anforderungen an den Schutz des Erdinneren und der Umwelt bei der Gewinnung von Bodenschätzen. In Art. 108 wird allgemein festgelegt, dass in allen Stadien die ökologischen Anforderungen gewahrt werden müssen, die von der Gesetzgebung zum Umweltschutz eingeführt wurden.

Außerdem muss man im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen die Gesetze über die Außenhandelstätigkeit, Zoll- und Währungsregelun-

gen, Verwaltungsgesetzgebung und untergeordnete Normativakte berücksichtigen. Diese Vorschriften werden im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen subsidiär angewendet und betreffen solche Beziehungen, die vom speziellen Gesetz nicht geregelt werden. Bei der Bestimmung der Geltung von Gesetzen gleicher Ebene gilt das Spezialitätsprinzip, mit der Folge, dass die Vorschriften des Gesetzes über das Erdinnere Vorrang haben.

### III. Die Besonderheiten des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

Die Rechtsvorschriften über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen regeln die Rechtsverhältnisse, die in ihrem Wesen ein Subordinationsverhältnis, oder, in der Sprache der kasachischen Rechtslehre, ein Verhältnis der Macht und der Unterordnung voraussetzen. Der Grund dafür ist, dass das Erdinnere zum Staatseigentum gehört.<sup>31</sup> Alle weiteren Subjekte können lediglich als Nutznießer des Erdinneren auftreten.<sup>32</sup>

#### *1. Das Erdinnere als besonderes Objekt der Nutznießung von Bodenschätzen*

##### *a) Der Begriff des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen*

Im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen bestehen zwei Gruppen der Rechtsbeziehungen nebeneinander: zum einen die Rechtsbeziehung des Staatseigentums zum Erdinneren, darunter zu den Bodenschätzen (das Institut des Rechts von Staatseigentum auf das Erdinnere); zum anderen die Rechtsbeziehung des Besitzes und der Nutznießung des Erdinneren (das Institut des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen). Das Prinzip, dass das Erdinnere im ausschließlichen Eigentum des Staates steht, nimmt einen wichtigen Platz ein.<sup>33</sup>

Der Staat hat nicht nur das Recht auf den Besitz und die Nutznießung des Erdinneren, sondern auch das Recht, über das Erdinnere zu verfügen. Er kann das Erdinnere jedoch nicht an andere Personen veräußern, sondern nur die Nutznießung für andere Personen gewähren. Dabei ist darauf hin-

---

<sup>31</sup> Art. 6 Abs. 3 der Verfassung der Republik Kasachstan bestätigt das Eigentumsrecht des Staates am Erdinneren sowie an anderen Naturschätzen.

<sup>32</sup> *Eljubaev*, Principy i metody regulirovanija pravootnošenij v sfere nedropol'zovanija [Prinzipien und Methoden der Regulierung von Rechtsbeziehungen in der Sphäre der Nutznießung von Bodenschätzen], Jurist 2010, Nr. 8, S. 35.

<sup>33</sup> *Moroz*, Investicionnoe pravo Respubliki Kazachstan [Investitionsrecht der Republik Kasachstan], Almaty 2006, S. 330.

zuweisen, dass die Rechte am Erdinneren und die Rechte am Grund und Boden verschiedene Rechte sind und für jedes Recht besondere Regelungen über seine Gewährung existieren.<sup>34</sup>

Die Besonderheiten der Staatsverwaltung im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen richten sich nach den Besonderheiten des Rechtsgegenstandes und der Person des Eigentümers. Erstens gehört das Erdinnere zu nichterneuerbaren Naturressourcen, die für die nächsten Generationen erhalten werden müssen. Zweitens tragen die Erlöse aus der Nutznießung der Bodenschätze in Kasachstan einen großen Anteil zum erwirtschafteten Staatshaushalt bei. Drittens tritt der Staat im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen nicht nur als Vertragspartei, sondern auch als Hoheitsträger auf.<sup>35</sup>

Die Nutznießer von Bodenschätzen<sup>36</sup> in der Republik Kasachstan können ihre Rechte nur auf der Grundlage der vom Staat aufgestellten Bedingungen und Grenzen ausüben. Die erhöhten Anforderungen an die Nutznießer von Bodenschätzen ergeben sich aus den besonderen Eigenschaften des Erdinneren wie der Nichterneuerbarkeit und Erschöpfbarkeit.<sup>37</sup>

Man unterscheidet drei Fallgruppen innerhalb der mit Investitionen verbundenen Rechtsverhältnisse, an denen der Staat beteiligt ist: Erstens das Rechtsverhältnis, in dem der Staat als Eigentümer des Erdinneren auftritt, zweitens das Rechtsverhältnis, das bei der Überlassung des Nutznießungsrechts auf das Erdinnere an staatliche juristische Personen entsteht und drittens das Rechtsverhältnis, das bei der Überlassung des Nutznießungsrechts auf das Erdinnere (auf die Bodenschätze) an staatsferne Personen in einem Investitionsverhältnis entsteht.

Das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen ist als subjektives Recht zu verstehen.<sup>38</sup> Es wird vom Zivilgesetzbuch als dingliches Recht<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> *Sulejmenov/Žusupov/Utegenova*, Veščnye prava na nedra [Dingliche Rechte am Erdinneren], in: Sulejmenov (Hrsg.), *Izbrannye trudy po graždanskomu pravu* [Ausgewählte Werke im Zivilrecht], Moskau 2006, S. 256, 258.

<sup>35</sup> *Il'jasova*, *Pravovoe regulirovanie nedropol'zovanija*, Kurs lekcij [Rechtliche Regulierung der Nutznießung von Bodenschätzen, Vorlesungskurs], Almaty 2008, S. 133–135.

<sup>36</sup> Die Personen, die das Nutznießungsrecht hinsichtlich der Bodenschätze ausüben können, können sowohl kasachische als auch ausländische natürliche oder juristische Personen sein. Die Nutznießer von Bodenschätzen müssen unternehmerisch tätige Personen sein (Art. 29 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über das Erdinnere).

<sup>37</sup> *Moroz*, *Osobennosti pravovogo statusa investorov – nedropol'zovatelej* [Besonderheiten des rechtlichen Status der Investoren – Nutznießer der Bodenschätze], *Jurist* 2005, Nr. 5, S. 67.

<sup>38</sup> *Moroz*, oben Fn. 33, S. 333.

<sup>39</sup> Es gibt einen Vorschlag in der Literatur, das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen als ein begrenztes Sachenrecht einzuordnen. Vgl. *Il'jasova*, *Aktual'nye voprosy nedropol'zovanija v Kazachstane v svete proekta Zakona Respubliki Kazachstan „O nedrach i nedropol'zovanii“* [Aktuelle Fragen der Nutznießung von Bodenschätzen in

bezeichnet (Art. 541 Abs. 2). Dies gilt somit nicht nur im Verhältnis zu den Dritten, sondern auch im Verhältnis zum Staat.<sup>40</sup> Demnach müsste dem Berechtigten neben den Rechten auf Besitz und Nutzung auch das Verfügungsrecht zustehen (Art. 188 ZGB).<sup>41</sup> Die Verfügungsbefugnis wird jedoch im Gesetz stark eingeschränkt, worauf später noch eingegangen wird.

### *b) Die Arten der Nutznießung von Bodenschätzen*

Gemäß Art. 28 Abs. 1 Gesetz über das Erdinnere gibt es folgende Arten der Nutznießung: staatliche geologische Untersuchungen des Erdinneren, Prospektierung, Gewinnung, zusammenlegende Prospektierung und Gewinnung sowie Bau oder Betrieb von unterirdischen Anlagen, die nicht mit der Prospektierung oder Gewinnung verbunden sind.

Die Gewinnung wird ihrerseits eingeteilt in die Gewinnung von allgemeinen Bodenschätzen und von unterirdischen Gewässern, die nicht für den eigenen Bedarf gewonnen werden, die Gewinnung der allgemein verbreiteten Bodenschätze und unterirdischer Gewässer für den eigenen Bedarf sowie die Gewinnung von nicht allgemein verbreiteten Bodenschätzen (Art. 35 Abs. 4, 5, 6 des Gesetzes über das Erdinnere). Dabei ist zu betonen, dass der Bau oder der Betrieb unterirdischer Anlagen, die mit der Prospektierung oder Gewinnung verbunden sind, keine selbständige Art der Nutznießung von Bodenschätzen darstellen. Daher ist es beim Bau eines Bohrlochs für die Gewinnung des Erdöls nicht notwendig, zwei verschiedene Nutznießungsberechtigungen (für die Gewinnung und für den Bau) zu erwerben.<sup>42</sup>

Laut Art. 28 Abs. 2 Gesetz über das Erdinnere kann das Nutznießungsrecht dauerhaft oder vorübergehend, übertragbar oder unübertragbar, entgeltlich oder unentgeltlich sein.

### *c) Die Entstehung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen*

Das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen entsteht kraft Zuweisung (Russisch: „predostavlenie“) durch den Staat, durch Veräußerung durch einen Berechtigten an eine andere Person oder im Wege der Rechtsnachfolge entweder bei der Umstrukturierung einer juristischen Person

---

Kasachstan im Licht des Gesetzentwurfs der Republik Kasachstan „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“, Jurist 2010, Nr. 5, S. 50.

<sup>40</sup> *Basin, Osnovanija vozniknovenija prav nedropol'zovanija i zemlepol'zovanija* [Die Grundlagen der Entstehung der Nutznießungsrechte an Bodenschätzen und am Boden], Jurist 2004, Nr. 10, S. 70.

<sup>41</sup> *Sulejmenov/Žusupov/Utegenova*, oben Fn. 34, S. 260.

<sup>42</sup> *Il'jasova*, oben Fn. 35, S. 52.

oder im Fall des Todes einer natürlichen Person an ihre Erben (Art. 34 Gesetz über das Erdinnere).

Das Gesetz über das Erdinnere sieht drei Grundlagen für die Zuweisung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen in Art. 35 vor: a) aufgrund eines Kontrakts; b) aufgrund eines Verwaltungsakts (Erlaubnis); c) aufgrund eines Sachenrechts am Grundstück selbst.

Im Jahre 1999 ist man in Kasachstan von einem gemischten System, bei dem die Vergabe durch die Lizenz und den Kontrakt erfolgte, zum Kontraktsystem übergegangen.<sup>43</sup> Das Kontraktsystem sollte dem Nutznießer von Bodenschätzen die Möglichkeit einräumen, nicht einfach nur die vom Staat zur Ausstellung einer Lizenz vorgesehenen Bedingungen zu akzeptieren, sondern auch selbst „die Spielregeln“ – wenn auch in einem begrenzten Umfang<sup>44</sup> – mitzubestimmen und diese im Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen festzuhalten. Der Nutznießungskontrakt wird meist aufgrund einer Ausschreibung geschlossen. Außerdem besteht die Möglichkeit, direkte Verhandlungen durchzuführen (Art. 35 Abs. 2 Gesetz über das Erdinnere). Somit liegt jeder Einräumung eines Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen ein mehrstufiger juristischer Vorgang zugrunde: Durchführung eines Vergabeverfahrens, Abschluss des Kontrakts, der auf Grundlage des Vergabeverfahrens inhaltlich festgelegt wird, Erwerb (Beschaffung, Zuweisung) des Grundstücks.

In der Literatur wird teilweise die Meinung vertreten, dass die Verwendung des Fachwortes „Zuweisung“ nicht ganz korrekt sei.<sup>45</sup> Dieser Begriff indiziere einen verwaltungsrechtlichen Vorgang und somit einen Rechtsakt, der sich einseitig vollzieht. Dem Sinn nach handelt es sich im konkreten Fall nicht um eine Zuweisung, sondern um einen Verkauf des Rechtes auf die Nutznießung von Bodenschätzen, bei dem das Entgelt für die Nutznießung als spezielle Einzahlungen (Bonus, Royalty) erbracht wird. Dies führe dazu, dass die Erteilung des Rechtes auf die Nutznießung von Bodenschätzen einen gegenseitigen, entgeltlichen und somit zivilrechtlichen Charakter habe.

Dieser Meinung kann jedoch nicht ohne weiteres zugestimmt werden, denn trotz des entgeltlichen Charakters der Nutznießung verfügt der Staat immerhin über sein Recht auf das Erdinnere, welches einen öffentlichrechtlichen Charakter hat.

---

<sup>43</sup> Vgl. *Sulejmenov*, Gosudarstvo i kontrakty [Staat und Kontrakte], Jurist 2004, S. 25.

<sup>44</sup> Vgl. dazu sogleich.

<sup>45</sup> *Zusupov*, Vnešneëkonomičeskaja dejatel'nost' v sfere ispol'zovanija mineral'nych resursov [Außenwirtschaftliche Tätigkeit in der Sphäre der Nutzung von Mineralressourcen], in: *Sulejmenov* (Hrsg.), Pravo i vnešneëkonomičeskaja dejatel'nost' v Respublike Kazachstan [Recht und außenwirtschaftliche Tätigkeit in der Republik Kasachstan], Almaty 2001, S. 178, 180, 202.

## 2. Investitionskontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen

### a) Der Begriff des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

Der Kontrakt ist laut dem Gesetz über das Erdinnere ein Vertrag zwischen dem zuständigen Organ (Behörde) bzw. dem kommunalen Exekutivorgan und einer natürlichen bzw. einer juristischen unternehmerisch tätigen Person, der auf die Durchführung einer Prospektierung, einer Gewinnung, einer zusammengelegten Prospektierung und Gewinnung von Bodenschätzen oder des Baus bzw. des Betriebs einer unterirdischen Anlage, die nicht mit der Prospektierung bzw. der Gewinnung verbunden ist oder die Durchführung staatlicher geologischer Untersuchungen des Erdinneren, gerichtet ist (Art. 1 Ziff. 38).

Aus der Definition folgt, dass der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen eine Vereinbarung der Vertragsparteien darstellt, die eine bestimmte Nutznießungsart des Erdinneren zum Gegenstand hat.<sup>46</sup> Es können eine Reihe von Merkmalen festgehalten werden, die nur für diesen Vertrag charakteristisch sind. Erstens tritt immer der Staat, vertreten durch seine Organe, als eine der Vertragsparteien auf. Zweitens gehen dem Kontraktabschluss die Durchführung einer Ausschreibung (eines Vergabeverfahrens) oder die Durchführung von unmittelbaren Vertragsverhandlungen vor. Drittens werden die Grundlagen und das Verfahren des Vertragsabschlusses, der Vertragsanpassung, der Vertragsunterbrechung oder der Vertragsauflösung durch das spezielle Gesetz und nicht durch das ZGB Kasachstans geregelt. Diese Merkmale treffen auf herkömmliche zivilrechtliche Verträge nicht zu.<sup>47</sup>

Laut Art. 61 Abs. 2 Gesetz über das Erdinnere dürfen die Vertragsbedingungen, außer im Falle des Kontrakts über die staatliche geologische Untersuchung des Erdinneren, nur unter Beachtung der Bestimmungen der Modellkontrakte festgesetzt werden, die die Nutznießungsweisen von

---

<sup>46</sup> Einen wichtigen Problembereich stellt die Transparenz der Kontrakte dar. Die ersten Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen, meistens in Form der PSA, waren in der Regel recht ungünstig für Kasachstan. Die Regierung unternimmt zurzeit einige Bemühungen, um die Kontraktbedingungen zu Gunsten Kasachstans zu verändern. Dieser Vorgang macht die Veröffentlichung der Kontrakttexte unwahrscheinlich. Eine Entscheidung für die Transparenz anderer Kontrakte ist grundsätzlich möglich und hängt von der kasachischen Regierung ab. Vgl. *Sulejmenov*, Perspektivy prozračnosti kontraktov i prinjatija tipovyh soglašenij na osvoenie prirodnyh resursov v Kazachstane [Perspektiven der Transparenz von Kontrakten und Abschluss von Typenverträgen bezüglich der Nutzbarmachung von Naturressourcen in Kasachstan], Jurist 2010, Nr. 10, S. 17.

<sup>47</sup> *Moroz*, Voprosy primeneniya norm administrativnogo zakonodatel'stva za narušenie uslovij investicionogo dogovora, Materialy šestoj konferencii [Fragen der Anwendung von Normen der Verwaltungsgesetzgebung bei Verstoß gegen Bedingungen eines Investitionsvertrags, Materialien der sechsten Konferenz], Atyrau 2008, S. 122.

Bodenschätzen zum Gegenstand haben. Der Modellkontrakt ist ein typisierter Kontrakt, der durch eine Verordnung der Regierung festgelegt wird. In dieser Verordnung sind die Besonderheiten der einzelnen Vertragsarten und der Durchführung von Operationen (Handlungen) geregelt, die auf die Nutznießung von Bodenschätzen gerichtet sind. Der Modellkontrakt wird als Grundlage bei der Ausarbeitung des Kontraktentwurfs herangezogen (Art. 1 Abs. 71). Bis zur jüngsten Zeit galt nur ein Modellkontrakt: Der Modellkontrakt für die Durchführung von Operationen (Handlungen) bezüglich der Nutznießung von Bodenschätzen.<sup>48</sup> Im Jahr 2010 wurden von der Regierung Modellkontrakte für die Operationsarten der Nutznießung von Bodenschätzen festgelegt: 1. der Modellkontrakt für die Prospektierung; 2. der Modellkontrakt für die Gewinnung; 3. der Modellkontrakt für die zusammengelegte Prospektierung und Gewinnung.<sup>49</sup>

### *b) Die Arten der Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen*

Art. 61 Abs. 1 Gesetz über das Erdinnere unterscheidet entsprechend den oben dargestellten Modalitäten der Nutznießung von Bodenschätzen unterschiedliche Arten der Kontrakte (der Kontrakt über die Prospektierung, der Kontrakt über die Gewinnung und so weiter). Durch diese Vorschrift wurde die früher vorgenommene Unterscheidung zwischen den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen als Konzessions-, Dienstleistungs-, Produktionsteilungskontrakte und gemischte Kontrakte aufgegeben. In der Praxis bleibt eine solche Unterscheidung dennoch von Bedeutung, da es Kontrakte gibt, die nach dem Modell der Produktionsteilungsvereinbarung oder auf der Grundlage der Erteilung einer Konzession<sup>50</sup> abgeschlossen werden.

Der wesentliche Unterschied zwischen den PSA und den Konzessionen besteht in den Besteuerungsbedingungen für Nutznießer von Bodenschätzen. Ein solcher Unterschied existiert bis heute für die Kontrakte über die

---

<sup>48</sup> Model'nyj kontrakt na provedenie operacij po nedropol'zovaniju, utverždennyj Postanovleniem Pravitel'stva Respubliki Kazachstan ot 31 ijulja 2001 goda [Modellkontrakt bezüglich der Durchführung von Operationen bei der Nutznießung von Bodenschätzen, bestätigt durch den Beschluss der Regierung der Republik Kasachstan vom 31. Juli 2001] Nr. 1015, SAPP Respubliki Kazachstan 2001, Nr. 28, S. 356.

<sup>49</sup> Postanovlenie Pravitel'stva Respubliki Kazachstan „Ob utverždenii model'nych kontraktov na nedropol'zovanie“ ot 25 dekabrja 2010 goda [Beschluss der Regierung der Republik Kasachstan „Über die Bestätigung der Modellkontrakte bezüglich der Nutznießung von Bodenschätzen“ vom 25. Dezember 2010] Nr. 1412, Kazachstanskaja pravda 2011, Nr. 15–16, Nr. 17–18.

<sup>50</sup> Zu unterscheiden davon sind die Verträge nach dem Gesetz „Über Konzessionen“ vom 7. Juli 2006, wonach Objekte des Staatseigentums zum Besitz und zur Nutznießung auf Zeit an die Dritten übergeben werden und nach der Nutznießung an den Staat zurückgegeben werden. Zu den möglichen Objekten gehört aber keine Nutznießung von Bodenschätzen; dazu unten ausführlicher.

Nutznießung von Bodenschätzen, die vor dem Jahr 2009 geschlossen wurden. Bis zum Inkrafttreten des neuen kasachischen SteuerGB<sup>51</sup> am 1. Januar 2009 gab es zwei Modelle der Besteuerung: 1. gewöhnliche Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen, in deren Fall der Nutznießer von Bodenschätzen festgesetzte Steuern ohne Produktionsteilung zu zahlen hatte; 2. PSA, in deren Fall der Nutznießer von Bodenschätzen an die Republik Kasachstan einen Anteil nach der Produktionsteilung zu übergeben hatte und die einzelnen Steuern nach einer verkürzten Liste zahlen musste.<sup>52</sup> Mit dem Inkrafttreten des neuen kasachischen SteuerGB wurde diese Differenzierung bei der Besteuerung der Nutznießer von Bodenschätzen aufgegeben (Art. 307, 308). Das Einführungsgesetz zum neuen kasachischen SteuerGB<sup>53</sup> erklärt das Gesetz „Über die Produktionsteilungsvereinbarungen bei der Durchführung von Erdöperationen auf der See“ für ungültig.<sup>54</sup> Somit werden PSA seit dem 1. Januar 2009 in der Republik Kasachstan nicht mehr abgeschlossen.

#### IV. Die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

Der Staat kann sich an Rechtsbeziehungen mit Bürgern und Organisationen sowohl als Hoheitsträger als auch als ein gleichberechtigter Partner beteiligen. Die Formen einer solchen Teilnahme können unterschiedlich sein. Die dem Staat immanente Machtposition und das daraus resultierende Über-/Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger bestimmen die Handlungen des Staates in den öffentlich-rechtlichen Verhältnissen. Die Beteiligung des Staates an den zivilrechtlichen Verhältnissen ist nicht charakteristisch für das Handeln des Staates.

---

<sup>51</sup> Siehe Fn. 12.

<sup>52</sup> *Nesterova*, oben Fn. 24, S. 65; *Daumov*, *Novyj nalogovij kodeks: nalogoobloženie nedropol' zovatelej* [Das neue Steuergesetzbuch: Besteuerung der Nutznießer von Bodenschätzen], *Jurist* 2009, Nr. 2, S. 34.

<sup>53</sup> *Zakon RK O vvedenii v dejstvie Kodeksa Respubliki Kazachstan „O nalogach i drugich objazatel'nych platežach v bjudžet (Nalogovij kodeks)“ ot 10 dekabrja 2008 goda* [Gesetz der RK über das Inkrafttreten des Gesetzbuchs der Republik Kasachstan „Über Steuern und andere Zahlungsverpflichtungen in den Haushalt (Steuergesetzbuch)“ vom 10. Dezember 2008] Nr. 100-IV ZRK, *Kazachstanskaja pravda* 2008, Nr. 284–288, Abs. 49, Punkt 3.

<sup>54</sup> *Zakon RK „O soglašenijach (kontraktach) o razdele produkcii pri provedenii nefjanych operacij na more“ ot 8 ijulja 2005 goda* [Gesetz der RK „Über die Produktionsteilungsvereinbarungen bei der Durchführung von Erdöperationen auf der See“ vom 8. Juli 2005] Nr. 68-III ZRK, *Kazachstanskaja pravda* 2005, Nr. 188–189.

*1. Folgen der Beteiligung des Staates für die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen*

Seit dem letzten Jahrzehnt nimmt der kasachische Staat immer aktiver an den Investitionsbeziehungen teil, unter anderem durch den Abschluss von Investitionsverträgen. Deswegen stellt sich die Frage, welche Folgen eine solche Beteiligung des Staates für die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen hat. Bevor die Rechtsnatur eines solchen Investitionsvertrags und die Rolle des Staates darin erörtert wird, sollen zunächst ganz allgemein Investitionsverträge, in denen der Staat als Vertragspartei auftritt, betrachtet werden.

*a) Die Rechtsnatur der vom Staat abgeschlossenen Investitionsverträge*

*aa) Zivilrechtlich zu qualifizierende Investitionsverträge mit staatlicher Beteiligung*

Nach dem kasachischen Recht ist der Staat keine juristische Person (Art. 1 Abs. 1 ZGB), weswegen er nach der Auffassung der Rechtslehre in den zivilrechtlichen Beziehungen als ein besonderes Rechtssubjekt auftritt.<sup>55</sup> Das heißt, dass der Staat an zivilrechtlichen Beziehungen als ein Sonderrechtssubjekt neben natürlichen Personen und juristischen Personen teilnimmt (Art. 1 Abs. 1 ZGB).<sup>56</sup> Er hat die gleichen Rechte und Pflichten wie die anderen an zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen Beteiligten (Art. 111 ZGB) und ist juristischen Personen gleichgestellt (Art. 114 ZGB). Somit kann der Staat beim Eintritt in ein Rechtsverhältnis, das eine Investition zum Gegenstand hat, als gleichberechtigte Person auftreten. Dabei ist allerdings zu beachten, dass er gleichzeitig auch als Hoheitsträger auftreten kann.

Daher ist die Natur von Investitionsverträgen mit der Beteiligung des Staates davon abhängig, wie stark sich die öffentlich-rechtliche Natur dieser Beteiligung abzeichnet. Die erste Gruppe bilden die zivilrechtlichen Investitionsverträge mit dem Staat als einer gleichberechtigten Vertragspartei. Diese Gruppe umfasst folgende Verträge: Kaufverträge (u.a. den

---

<sup>55</sup> *Sulejmenov* (Hrsg.), *Graždanskij kodeks Respubliki Kazachstan (Obščaja čast')*, Kommentarij (postatejnij) [Zivilgesetzbuch der Republik Kasachstan (Allgemeiner Teil), Kommentar], Buch 1, Almaty 2007, S. 425; *Didenko* (Hrsg.), *Graždanskoe pravo. Obščaja čast'*, Kurs lekcij [Zivilrecht. Allgemeiner Teil, Vorlesungskurs], Almaty 2006, S. 228–229.

<sup>56</sup> Eine solche Vorstellung existiert nicht in allen Ländern. In der deutschen Doktrin wird der Staat als juristische Person des öffentlichen Rechts mit zivilrechtlicher Rechtsfähigkeit betrachtet. Dabei „ist er eine juristische Person der besonderen Art, allerdings nicht, weil er in den zivilrechtlichen Beziehungen privilegiert wäre, sondern weil ihm notwendigerweise eine Dimension des Öffentlichen anhaftet“. Siehe *Knipper*, *Gosudars-tvo v graždanskom prave* [Staat im Zivilrecht], *Jurist* 2008, Nr. 7, S. 25, 27.

Verkauf des Unternehmens, den Verkauf der Wertpapiere), zweckgebundene Anleihen, Leasingverträge, Bauaufträge, Verträge über die Anteilnahme an Bau- und Rentenversicherungsverträgen.<sup>57</sup>

Da es sich um zivilrechtliche Verträge handelt, deren Voraussetzungen im Zivilgesetzbuch geregelt sind, wird ihre zivilrechtliche Natur sowohl von kasachischen Autoren<sup>58</sup> als auch von russischen<sup>59</sup> anerkannt. Das betrifft beliebige Investitionsverträge sowohl ohne Teilnahme des Staates als auch mit seiner Teilnahme. Ein Investitionsvertrag ist nach ihrer Meinung eine besondere Abart des zivilrechtlichen Vertrags.<sup>60</sup>

Nach meiner Ansicht führt die Beteiligung des Staates als Partei in zivilrechtlichen Verträgen, die „eine investitionswirtschaftliche Ausrichtung“<sup>61</sup> haben, für sich allein genommen noch nicht zur Umwandlung eines zivilrechtlichen Vertrags in einen öffentlich-rechtlichen. Der Staat führt in einem solchen Fall nicht direkt seine Staatsaufgaben aus und wird nicht in seiner öffentlich-rechtlichen Funktion tätig. In diesen Verträgen tritt der Staat als gleichberechtigte Partei auf.

Beispielhaft dafür ist der Meinungsstreit um die Einordnung von solchen Investitionsverträgen wie Staatsanleihen.<sup>62</sup> Diese sind sowohl in Art. 726 ZGB als auch im Haushaltsgesetzbuch der Republik Kasachstan (im Weiteren: HaushaltsGB) geregelt.<sup>63</sup> Der Kreditgeber ist eine Privat-

<sup>57</sup> *Basyrov*, Priroda investicionnogo dogovora (kontrakta) [Rechtsnatur des Investitionsvertrags (Kontrakts)], abrufbar unter <<http://koteh.ru/journal-yurist/5998.html>> (7.12.2010).

<sup>58</sup> Siehe *Moroz*, oben Fn. 2, S. 165–170; *Džanaleeva*, Investicionnyj kontrakt, Dissertacija [Investitionskontrakt, Dissertation], Almaty 2003, S. 13–14.

<sup>59</sup> *Majfat*, Graždansko-pravovye konstrukcii investirovanija [Zivilrechtliche Konstruktionen des Investierens], Moskau 2007, S. 43; *Farchutdinov/Trapeznikov*, oben Fn. 3, S. 154; *Antipova*, Pravovoe regulirovanie investicionnoj dejatel'nosti [Rechtliche Regulierung der Investitionstätigkeit], Moskau 2007, S. 94–129; *Lunc*, Kurs meždunarodnogo častnogo prava. Osobennaja čast' [Kurs im Internationalen Privatrecht. Besonderer Teil], Moskau 1975; *Voznesenskaja*, Sovmestnye predprijatija kak forma meždunarodnogo èkonomičeskogo sotrudničestva [Joint Ventures als Form internationaler wirtschaftlicher Zusammenarbeit], 2. Aufl., Moskau 1989.

<sup>60</sup> *Moroz*, oben Fn. 33, S. 395; *Džanaleeva*, oben Fn. 58, S. 13–14.

<sup>61</sup> *Antipova*, oben Fn. 59, S. 114.

<sup>62</sup> Der Theorie des Finanzrechts zufolge stellt der Staatskredit ein System der Kreditbeziehungen dar, in denen der Staat als Kreditnehmer oder Kreditgeber auftritt. Dementsprechend werden zwei Formen des Staatskredits unterschieden: Staatsanleihe und staatliche Darlehensvergabe. Siehe ausführlich *Chudjakov*, Finansovoe pravo Respubliki Kazachstan. Osobennaja čast' [Finanzrecht der Republik Kasachstan. Besonderer Teil], Almaty 2002, S. 225.

<sup>63</sup> Bjudžetnyj kodeks RK ot 4 dekabrja 2008 goda [Haushaltsgesetzbuch der RK vom 4. Dezember 2008] Nr. 95-IV ZRK, Kazachstanskaja pravda 2008, Nr. 265–266. Razdel [Teil] 12; Zakon Respubliki Kazachstan „O gosudarstvennom i garantirovannom gosudarstvom zaimstvovanii i dolge“ ot 2 avgusta 1999 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über staatliche und garantierte staatliche Kreditaufnahme und Verpflichtung“ vom

person, die als Investor auftritt. Laut Art. 237 HaushaltsGB ist die einseitige Ausübung des Rücktrittsrechts von einem Anleihevertrag seitens des Staates nicht möglich. Ebenso ist ein Schutz vor ungesetzlichen Handlungen der Staatsorgane und Amtsträgern vorgesehen (Art. 238 HaushaltsGB).

*Chudjakov* ist der Ansicht, dass der Anleihevertrag ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, genauer gesagt ein finanzrechtlicher Vertrag, sei.<sup>64</sup> Nach der anderen Ansicht habe dieser Vertrag eine zivilrechtliche Natur, obwohl er spezifische Merkmale hat, die ihn von einem herkömmlichen Darlehensvertrag unterscheiden.<sup>65</sup>

Im Grunde genommen unterscheidet sich der Staat in seiner Eigenschaft als Kreditnehmer nicht von anderen Personen, da er genauso verpflichtet ist, dem Kreditgeber bei Fälligkeit den ganzen ausstehenden Betrag zurückzuzahlen. Der Staat haftet für seine Verbindlichkeiten mit dem Vermögen aus der Staatskasse (Art. 726 Abs. 4 ZGB). Die Beteiligung an einem solchen Vertrag ist nicht unmittelbar mit den öffentlichen Funktionen und Staatsaufgaben verbunden. Der Staat kann zwar die eingegangenen Mittel auf die Realisierung seiner Aufgaben verwenden. Der Kreditgeber kann jedoch nicht für den Staat den Zweck der Anleihe festsetzen.

## *bb) Verwaltungsrechtliche Investitionsverträge*

### *(1) Überblick*

Der zweiten Gruppe sind die verwaltungsrechtlichen Investitionsverträge mit dem Staat als Vertragspartei zuzuordnen.

Nach dem Standpunkt der Zivilrechtler<sup>66</sup> sei der Abschluss eines auf zwei oder mehreren übereinstimmenden Willenserklärungen beruhenden Vertrags für das Verwaltungsrecht generell untypisch. Dies widerspreche vielmehr der Natur der verwaltungsrechtlichen Beziehungen. Ein Vertrag setze eine Gleichberechtigung zwischen den Parteien voraus. In verwaltungsrechtlichen Beziehungen gebe es gerade keine solche Gleichheit, sondern es bestehe ein Subordinationsverhältnis.<sup>67</sup>

---

2. August 1999] Nr. 464-I, Kazachstanskaja pravda 1999, Nr. 187–188. Es ist durch das Steuergesetzbuch vom 24. April 2004 Nr. 548-II außer Kraft gesetzt worden.

<sup>64</sup> *Chudjakov*, *Finansovoe pravo Respubliki Kazachstan. Obščaja čast'* [Finanzrecht der Republik Kasachstan. Allgemeiner Teil], Almaty 2001, S. 87–88; *ders.*, oben Fn. 62, S. 305–312.

<sup>65</sup> *Moroz*, oben Fn. 2, S. 188.

<sup>66</sup> Zu den inhaltlichen Differenzen zwischen den zivilrechtlich und verwaltungsrechtlich orientierten Schulen siehe Abschnitt IV 1 b).

<sup>67</sup> *Sulejmenov*, *Dogovor v graždanskom prave Respubliki Kazachstan: problemy teorii i praktiki*, *Materialy konferencii*, 1. Bd., Almaty, 6–7 aprilja 2000 [Vertrag im Zivilrecht der Republik Kasachstan: Probleme der Theorie und Praxis, Konferenzmaterialien, 1. Bd., Almaty, 6.–7. April 2000], S. 7; *ders.*, *Gosudarstvo i graždanskoe pravo: problemy teorii i praktiki* [Staat und Zivilrecht: Probleme der Theorie und Praxis], in: *ders.*

Vom Standpunkt des Verwaltungsrechts wird die Möglichkeit des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrags dagegen bejaht.<sup>68</sup> Trotz des Fehlens der Parteiengleichheit ist ein Vertragsabschluss gleichwohl das Ergebnis der übereinstimmenden Willenserklärungen der Vertragsparteien.<sup>69</sup>

Als Beispiele derartiger verwaltungsrechtlicher Verträge können der Konzessionsvertrag, das Darlehen aus den Mitteln des Staatshaushalts (Russisch: *bjudžetnoe kreditovanie*) und der Kontrakt über die Gewährung von Investitionspräferenzen genannt werden. Die dabei entstehenden Rechtsverhältnisse haben einen öffentlich-rechtlichen Charakter,<sup>70</sup> was durch die Verwendung der Haushaltsmittel indiziert wird.

Die Investitionen aus den Mitteln des Staatshaushalts (Russisch: *bjudžetnoe investirovanie*) werden durch folgende Maßnahmen verwirklicht: 1) die Realisierung von staatlichen Investitionsprojekten; 2) die Mitfinanzierung von Konzessionsprojekten; 3) die Beteiligung des Staates an einer Einzahlung in das Satzungskapital einer juristischen Person (Art. 151 Abs. 1 HaushaltsGB). Die Kofinanzierung der Konzessionsprojekte wird auf der Grundlage eines Konzessionsvertrags durchgeführt (Art. 158 Abs. 1 HaushaltsGB).

---

(Hrsg.), *Gosudarstvo i graždanskoe pravo. Materialy konferencii*, Almaty 29–30 maja 2008 [Staat und Zivilrecht. Konferenzmaterialien, Almaty 29.–30. Mai 2008], Almaty 2008, S. 21–22; *Moroz*, oben Fn. 2, S. 170.

<sup>68</sup> *Podoprigora* (Hrsg.), *Administrativnoe pravo, Učebnyj kurs* [Verwaltungsrecht, Lehrbuch], Almaty 2010, S. 199; *Taranov*, *Administrativnoe pravo Respubliki Kazachstan* [Verwaltungsrecht der Republik Kasachstan], Almaty 2003, S. 224–225.

Im deutschen Recht hat der verwaltungsrechtliche Vertrag schon seine Anerkennung und seinen Anwendungsbereich gefunden. Siehe z.B. § 54 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG); *Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., München 2010, § 2 Rn. 46; *Höfling/Krings*, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag: Begriff, Typologie, Fehlerlehre*, JuS 2000, S. 625; *Stober*, *Chozjajstvenno-administrativnoe pravo. Pervod s nemckogo* [Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, Übersetzung aus dem Deutschen], Moskau 2008, § 32, Abs. 458, S. 318–319.

<sup>69</sup> In der Doktrin spricht man in solchen Fällen über diagonale Beziehungen von ungleichberechtigten Personen. Siehe z.B.: *Bogatyrev*, *Investicionnoe pravo* [Investitionsrecht], Moskau 1992, S. 35; *Lunc*, oben Fn. 59, S. 91; *Boguslavskij*, *Inostrannye investicii: pravovoe regulirovanie* [Ausländische Investitionen: Rechtliche Regulierung], Moskau 1996, S. 53.

<sup>70</sup> *Moroz*, oben Fn. 2, S. 68.

## (2) Konzessionsvertrag

Der Konzessionsvertrag ist im Gesetz „Über Konzessionen“<sup>71</sup> geregelt. Das Gesetz legt die Bedingungen für die Übergabe von Objekten in der Konzession fest (Art. 15), darunter regelt es auch das Wettbewerbsverfahren für die Wahl des Konzessionärs (Art. 19) und den Inhalt des Konzessionsvertrags (Art. 21). Der Vertrag wird unter Beachtung der im Artikel aufgezählten Punkte und auch aufgrund der typisierten Konzessionsverträge für verschiedene Bereiche der Wirtschaft (Art. 8 Abs. 5) abgeschlossen. Der Staat hat die Möglichkeit, einseitig die Vertragsbedingungen zu ändern oder den Vertrag im Interesse der Gemeinschaft und des Staates zu kündigen (Art. 21 Abs. 4).<sup>72</sup> Der Staat ist auch berechtigt, die Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Vertragsbedingungen auszuüben und die Beseitigung der begangenen Verletzungen zu verlangen (Art. 25 Abs. 1 Punkt 4).

Gemäß Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes finden auf diese Rechtsbeziehungen zwar auch Vorschriften des Zivilgesetzbuchs Anwendung. In der Literatur wird jedoch angemerkt, dass die Rolle des Zivilrechts bei der Regelung von Konzessionen in der Regel sehr gering ist.<sup>73</sup> Überwiegend sind die Regelungen öffentlich-rechtlich, so dass insgesamt von einer öffentlich-rechtlichen Natur des Konzessionsvertrags auszugehen ist.

## (3) Darlehen aus den Mitteln des Staatshaushalts

Das Darlehen aus den Mitteln des Staatshaushalts wird in Abschnitt 11 HaushaltsGB geregelt. Der Kreditgeber ist in diesem Fall der Staat, der

---

<sup>71</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O koncessijach“ ot 7 ijulja 2006 goda [Gesetz der Republik „Über Konzessionen“ vom 7. Juli 2006] Nr. 167-III ZRK, Kazachstanskaja pravda 2006, Nr. 177, Oficial'naja gazeta 2006, Nr. 32; Ukaz Prezidenta Respubliki Kazachstan „O perečne ob'ektov, ne podležaščich peredače v koncessiju“ ot 5 marta 2007 goda [Erlass des Präsidenten der Republik Kasachstan „Über die Aufzählung von Objekten, die nicht der Übergabe in Konzession unterliegen“] Nr. 294, SAPP Respubliki Kazachstan 2007, Nr. 7, S. 80. Siehe auch die Fn. 50.

<sup>72</sup> Es wird die Meinung vertreten, dass die verwaltungsrechtliche Natur der Investitionsvereinbarung durch die unbeschränkte Freiheit des Staates hinsichtlich einer Vertragsänderung oder einer vorzeitigen Kündigung der Vereinbarung charakterisiert wird. Siehe *Mozolin*, Pravo USA i ekspanzija amerikanskich korporacij [Recht der USA und die Expansion der amerikanischen Gesellschaften], Moskau 1974, S. 98; *Kulagin*, Pravovaja priroda investicionnych soglašenij, zaključennych razvivajuščimisja stranami [Die Rechtsnatur von Investitionsverträgen, die zwischen Entwicklungsländern geschlossen wurden], in: Političeskie i pravovye sistemy stran Azii, Afriki i Latinskoj Ameriki [Politische und rechtliche Systeme der Länder Asiens, Afrikas und Lateinamerikas], Moskau 1975, S. 40–53. Siehe ferner den Hinweis auf beide Autoren in *Basyrov*, oben Fn. 57.

<sup>73</sup> *Skrjabin*, Zakonodatel'stvo Respubliki Kazachstan o koncessijach: sostojanie i perspektivy [Gesetzgebung der Republik Kasachstan über Konzessionen: Zustand und Perspektiven], Jurist 2007, Nr. 11, S. 17.

den Kredit entsprechend der Staatshaushalts- und Zivilgesetzgebung der Republik Kasachstan gewährt (Art. 175 Abs. 1 HaushaltsGB). Dafür wird ein Darlehensvertrag abgeschlossen (Art. 171 Abs. 2 HaushaltsGB).

In Art. 180 HaushaltsGB werden die wesentlichen Bedingungen des Kreditvertrags festgesetzt. Die Kreditnehmer werden unter anderem nach dem Ergebnis einer Ausschreibung bestimmt (Art. 188 Abs. 3 HaushaltsGB). Kreditnehmer können auch auf die Kreditvergabe spezialisierte Organisationen (Banken u.ä.) sein, die ihrerseits den Endkreditnehmern das Geld durch einen weiteren Kredit gewähren können (Art. 177, 178 HaushaltsGB). Der Endkreditnehmer kann die Mittel des Darlehens aus den Mitteln des Staatshaushalts ausschließlich für die Ziele benutzen, die vom Haushaltsprogramm und vom Kreditvertrag vorgesehen sind (Art. 190 HaushaltsGB). Die Voraussetzungen für die Gewährung solcher Staatsmittel sind die wirtschaftliche und die soziale Effizienz der Realisierung von Maßnahmen mittels der staatlichen Kreditversorgung (Art. 173 Abs. 1 HaushaltsGB).

Bei der Gewährung des Kredits entsteht eine rechtliche Beziehung, die aus zwei Verträgen besteht. Der Kreditgeber im ersten Vertrag ist der Staat, der von der Regierung der Republik Kasachstan vertreten wird, und der Kreditnehmer ist eine spezialisierte Organisation (z. B. eine Bank). Im zweiten (folgenden) Vertrag tritt die Bank als Kreditgeber auf und als Kreditnehmer der Endempfänger des Darlehens.<sup>74</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Parteien des zweiten Vertrags privatrechtliche Subjekte (Bürger oder juristische Personen) sind.<sup>75</sup>

Das Darlehen aus den Mitteln des Staatshaushalts ist jedoch als verwaltungsrechtlicher (finanzrechtlicher) Vertrag zu qualifizieren. Vor allem ist die juristische Ungleichheit der Vertragsparteien zu betonen. Die Entscheidung über die Gewährung des Darlehens wird mit Hilfe eines Verwaltungsverfahrens getroffen. Weiterhin werden die Vertragsbedingungen einseitig vom Staat bestimmt.<sup>76</sup> Schließlich ist zu beachten, dass die Gegen-

---

<sup>74</sup> Chudjakov, oben Fn. 62, S. 313.

<sup>75</sup> In Deutschland kann die sog. „Zweistufentheorie“ bei einer Vermischung von öffentlichen und privaten Elementen angewendet werden, z.B. bei der Gewährung staatlicher Subventionen. Diese Theorie gestattet den „prozessualen“ Teil der Entscheidung von staatlichen Organen, der unvermeidbar verwaltungsrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Charakter hat, von der zweiten Stufe der Realisierung dieser Entscheidung abzutrennen. Diese zweite Stufe kann nach dem Prinzip der Wahlfreiheit öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben. Bei der Teilnahme eines Dritten, z.B. einer Privatbank, wird dem Kreditnehmer durch diese ein Subventionsdarlehen gewährt. Die zweite Stufe ist immer ein zivilrechtlicher Vertrag. Siehe *Stober*, oben Fn. 68, § 28, Abs. 422, S. 286–288; *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2011, § 29 Rn. 4; *Detterbeck*, oben Fn. 68, § 2 Rn. 46–63.

<sup>76</sup> Chudjakov, oben Fn. 62, S. 314, 316. Der Autor meint, dass die Kreditvergabe vom Staat gegen Entgelt die Zweckbestimmung des Haushalts entstellt, wenn die Haushaltstätigkeit sich in eine Art von Unternehmenstätigkeit verwandelt, aaO, S. 295.

leistung, die der Staat für die Gewährung des Darlehens bekommt, auch in der Haushaltsgesetzgebung festgelegt ist (Art. 184 HaushaltsGB).

#### (4) Kontrakt auf die Gewährung von Präferenzen

Ein weiterer Investitionsvertrag, der unbestritten verwaltungsrechtlich eingeordnet wird,<sup>77</sup> ist der Kontrakt auf die Gewährung von Investitionspräferenzen. Das Verfahren des Vertragsabschlusses, der Vertragsänderung und der Vertragsbeendigung wird bei diesem Kontrakt vom Gesetz „Über Investitionen“ bestimmt. Dieser Kontrakt wird durch das zuständige Exekutivorgan abgeschlossen, das ihn auf der Grundlage eines Modellkontrakts herausarbeitet (Art. 21 Gesetz „Über Investitionen“).<sup>78</sup>

Die Investitionspräferenzen werden mit dem Ziel der staatlichen Unterstützung von Investitionen gewährleistet. Vor Kurzem wurde das Verzeichnis der Investitionspräferenzen erweitert.<sup>79</sup> Außer der Befreiung von der Bezollung und Gewährung der staatlichen Realförderung wurden die Vergünstigungen der Bodensteuer und der Vermögenssteuer sowie industrielle Vergünstigungen hinzugefügt (Art. 13). Im Fall der Verletzungen ist das zuständige Organ berechtigt, den Kontrakt einseitig aufzulösen (Art. 22). Auch tritt eine verwaltungsrechtliche Haftung für die Pflichtverletzungen ein.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Moroz, oben Fn. 33, S. 393–394; *Didenko/Nesterova*, *Pravovaja priroda kontraktov na nedropol'zovanie i investicionnyh kontraktov* [Rechtsnatur der Verträge über die Nutznießung von Bodenschätzen und der Investitionsverträge], in: Didenko (Hrsg.), *Graždanskoe zakonodatel'stvo* [Zivilgesetzgebung], Folge 29, Almaty 2007, S. 190. Siehe auch *Podoprigora* oben Fn. 68, S. 199.

<sup>78</sup> Der „Modellkontrakt für die Durchführung der Investitionen, der die Investitionspräferenzen vorsieht“ wurde von dem Beschluss der Regierung der Republik Kasachstan „Über einige Fragen der Realisierung des Gesetzes „Über Investitionen“ vom 8. Mai 2003 Nr. 436 gebilligt [Postanovlenie Pravitel'stva Respubliki Kazachstan „O nekotorych voprosach realizacii Zakona RK „Ob investicijach“ ot 8 maja 2003 goda], *Kazachstanskaja pravda* 2003, Nr. 136–137. Mit dieser Verordnung wurde auch „Das Verzeichnis der vorrangigen Tätigkeitsarten, für die die Investitionspräferenzen gewährleistet werden“, gebilligt. Die Nutznießung von Bodenschätzen gehört nicht zu den vorrangigen Tätigkeitsarten.

<sup>79</sup> *Zakon Respubliki Kazachstan „O vnesenii izmenenij i dopolnenij v nekotorye zakonodatel'nye akty Respubliki Kazachstan po voprosam gosudarstvennoj podderžki industrial'no-innovacionnoj dejatel'nosti“ ot 9 janvarja 2012 goda* [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die Aufnahme von Änderungen und Ergänzungen in einige gesetzgeberische Akte der Republik Kasachstan in Fragen der staatlichen Unterstützung von industriell-innovativer Tätigkeit“ vom 9. Januar 2012] Nr. 535-IV, *Kazachstanskaja pravda* 2012, Nr. 29.

<sup>80</sup> *Kodeks ob administrativnyh pravonarušenijach ot 30 janvarja 2001 goda* [Gesetzbuch über administrative Rechtsverstöße (Ordnungswidrigkeiten) vom 30. Januar 2001], *Kazachstanskaja pravda* 2001, Nr. 40–41, Nr. 42–43; Nr. 44–45. Art. 134-1 Die Verletzung der Rückgabefristen von staatlichen Realförderungen.

Die Gewährung von Investitionspräferenzen hat öffentlich-rechtlichen Charakter. In diesem Kontrakt geht es nicht um die Investitionen einer Privatperson als solcher, sondern um die Gewährung von Vergünstigungen und Präferenzen durch den Staat in den Fällen, in denen diese Investitionen in den bevorzugten Wirtschaftssektoren getätigt werden. Die Bedingungen ihrer Gewährung bestimmt der Staat. Auch im Falle der sog. Realförderung handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Verwaltung des Staatseigentums. Im Wege der staatlichen Realförderung können dem Förderungsempfänger z.B. Grundstücke, Bauten oder Anlagen zur Verfügung gestellt werden (Art. 18 Abs. 2). Außerdem kann einer juristischen Person bei der Verwirklichung eines als strategisch eingestuften Investitionsprojektes eine Vergütung oder ein teilweiser Ersatz von Aufwendungen gezahlt werden (Art. 18-2).

#### (5) Zwischenergebnis

Durch die Einsetzung der Haushaltsmittel kann der Staat auf die Investitionstätigkeit im Land insgesamt Einfluss nehmen, indem er für die einzelnen Akteure entsprechende Anreize setzt. Auf diese Weise erfüllt der Staat eigene Aufgaben; er lenkt die Investitionen in solche Bereiche und Projekte, die er für wichtig hält im Hinblick auf die Entwicklung der Wirtschaft des Landes und die Erreichung des positiven Sozialeffekts. Gleichzeitig wurde der Vertrag als Form der Beziehungen zu Privatpersonen ausgewählt.<sup>81</sup> Dadurch ist es möglich, dass einige Vertragsbedingungen (Summen, Fristen) mit der anderen Vertragspartei vereinbart werden.

Dabei bestimmt die Beteiligung des Staates an den Investitionsverträgen für sich allein genommen nicht die Natur dieser Verträge. Sein Wesen als Hoheitsträger bedeutet nicht, dass alle Verträge mit seiner Teilnahme automatisch öffentlich-rechtlich werden. Es bedeutet auch nicht, dass beim Abschluss eines Vertrages durch den Staat die Rechtsbeziehung einen privatrechtlichen Charakter hat. Deshalb muss die Natur von Investitionsverträgen unter Beteiligung des Staates in der konkreten Art der Verträge einzeln je nach „dem Inhalt, dem Ziel des Vertrags, den Willenserklärungen der Vertragsparteien“<sup>82</sup> und nach dem Gegenstand der Regelung bestimmt werden.

---

<sup>81</sup> Z.B. nach einem Gesetzentwurf, der die öffentlich-private Partnerschaft betrifft, sollen neue Modelle solcher Partnerschaft auf dem Grund der Kontrakte eingeführt werden. Vgl. Bericht, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4541127-mazhilis-rk-odobril-popravki-v.html>> (14.2.2013).

<sup>82</sup> *Stober*, oben Fn. 68, S. 319.

## cc) Gemischte Investitionsverträge

Der dritten Gruppe von Investitionsverträgen mit Beteiligung des Staates sind die gemischten Investitionsverträge zuzuordnen. Dies sind Verträge, in denen Bedingungen mit privatem und öffentlichem Charakter vermischt werden und die von Gesetzesnormen mit unterschiedlichem Charakter geregelt werden. In der kasachischen und russischen Literatur ist die Anerkennung von gemischten Verträgen wenig verbreitet.<sup>83</sup> Sie hat nichtsdestotrotz ihren Platz in der juristischen Diskussion gefunden. Der Investitionsvertrag wird als komplexe Rechtsinstitution eingeordnet. In seinem Rahmen entstehen privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Beziehungen.<sup>84</sup> Dabei tritt der Staat in den gemischten Investitionsverträgen üblicherweise als Rezipient (Empfänger) der Investitionen auf.<sup>85</sup>

Auch sei darauf hingewiesen, dass solche Investitionskontrakte insofern primär öffentlich-rechtliche Bestimmungen haben, als z.B. die Zulassung von Investitionen in bestimmten Branchen unter bestimmten Bedingungen geregelt werden. Dadurch wird nicht unmittelbar der Geschäftsverkehr geregelt, jedoch werden auf diese Weise die Voraussetzungen für die notwendige Investitionstätigkeit geschaffen.<sup>86</sup> Das Objekt einer solchen Investitionsvereinbarung ist unmittelbar mit den hoheitlichen Rechten und Funktionen verbunden, z.B. wenn es sich um ein Objekt des Staatseigentums handelt. Der Abschluss dieser Investitionsvereinbarung führt zur Gewährung einer besonderen Behandlung der Wirtschaftstätigkeit des Investors.<sup>87</sup>

Meistens spricht man von einer Vermischung von Elementen in den Investitionsverträgen, wenn man solche Verträge wie den Konzessionsvertrag oder die PSA im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen untersucht.<sup>88</sup> Wie oben erwähnt, hebt das neue Gesetz über das Erdinnere die

---

<sup>83</sup> Basyrov, oben Fn. 57. In der deutschen Doktrin gibt es auch eine Reihe von Autoren, die die Existenz gemischter Verträge zulassen. Siehe z.B. VwVfG Kommentar-Böck, 6. Aufl., München 2001, § 54 Rn. 77–79.

<sup>84</sup> Basyrov, oben Fn. 57.

<sup>85</sup> Siehe z.B. Gajdaš/Sadyrova, Pravovaja priroda soglašenija o razdele produkcii, Materialy šestoj atyrauskaj konferencii [Rechtsnatur der Production Sharing Agreements, Materialien der sechsten Konferenz in Atyrau], Atyrau 2008, S. 121; Lisica, Investicionnyj dogovor [Investitionsvertrag], Zakon 2003, Nr. 6, S. 116–117.

<sup>86</sup> Bogatyrev, oben Fn. 69, S. 75.

<sup>87</sup> Krupko, Investicionnyje spory meždu gosudarstvom i inostrannym investorom [Investitionsstreitigkeiten zwischen dem Staat und ausländischen Investoren], Moskau 2002, S. 9–10.

<sup>88</sup> Ogorodov/Čelyšev, Nekotoryje diskussionnyje problemy učeniya o smešannych dogovorach [Einige Diskussionsprobleme der Lehre bezüglich gemischter Verträge], Pravovedenie 2007, Nr. 6, S. 76–88; Rath, Soglašenija o razdele produkcii: analiz pravovogo regulirovanija v sfere realizacii v RF [Production Sharing Agreements: Analyse rechtlicher Regulierung im Bereich der Realisierung in RF], Moskau 2008, S. 43–47.

Unterscheidung der Kontrakte nach dem juristischen Inhalt und der Organisation der Nutznießung von Bodenschätzen auf, ohne den Charakter solcher Kontrakte festzulegen. Es soll daher versucht werden, die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen nach kasachischem Recht und seine Rolle im System der Investitionsverträge mit Teilnahme des Staates festzustellen. Dafür ist zunächst der Status des Staates in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen zu untersuchen, da er gem. Art. 6 Abs. 3 der Verfassung und Art 193 ZGB Eigentümer des Erdinneren ist.

*b) Der Status des Staates in den Investitionskontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen*

*aa) Diskussionsstand*

Die Frage nach dem Status des Staates in den Investitionskontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen stößt in der kasachischen Literatur auf großes Interesse.<sup>89</sup> Insofern ist die Diskussion, die von *Zimanov* im Jahr 2004 ausgelöst wurde, beispielhaft. In einigen seiner Publikationen hat er die Meinung geäußert, dass „[...] aufgrund der Teilnahme des Staates (am Vertrag) die entstehenden Beziehungen hauptsächlich staatliche, mit anderen Worten öffentlich-rechtliche Beziehungen sind“. Daraus folgert er, dass „die Teilnahme des Staates am Kontrakt, in dem die andere Seite eine nichtstaatliche Organisation ist, diesen Kontraktbeziehungen eine ‚Ungleichheit‘ in der Gleichheit verleiht [...]. Der Staat tritt in den vertraglichen Beziehungen über die Nutznießung von Bodenschätzen in der doppelten Rolle auf: als einer der gleichberechtigten Subjekte (Personen) und als Funktionsträger der Gewährleistung der wirtschaftlichen und politischen Sicherheit der Republik Kasachstan“.<sup>90</sup>

Wie wir sehen, begründet *Zimanov* die überlegene Position des Staates in Bezug auf die Nutznießer von Bodenschätzen in den grundsätzlich gleichberechtigten Vertragsbeziehungen damit, dass der Staat Hoheitsträger ist und mit diesem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen auch seine Staatsaufgaben erfüllt.

---

<sup>89</sup> Es muss darauf hingewiesen werden, dass die Kontraktpartei, die die ausländischen Investitionen versorgt, kein Staatsorgan sein kann. Partei des Investitionskontrakts [über die Nutznießung von Bodenschätzen] ist in allen Fällen die Republik Kasachstan. Sie ist immer von einem zuständigen Staatsorgan vertreten. Im Fall einer Streitigkeit wird die Klage aber nicht gegen dieses Organ, sondern gegen den Staat erhoben und der Schaden wird auf Kosten des Staates ersetzt. Siehe *Sulejmenov*, oben Fn. 55, S. 426. Im Modellkontrakt für die Durchführung der Operationen über die Nutznießung von Bodenschätzen ist trotzdem das zuständige Organ angegeben.

<sup>90</sup> *Zimanov*, Gosudarstvo i kontrakty v sfere nefyjnych operacij [Staat und Kontrakte in der Sphäre der Erdöloperationen], Almaty 2007, S. 13, 17, 18.

Die Vertreter einer anderen Ansicht betonen dagegen, dass „eine solche Position die sich in den letzten Jahren abzeichnende Tendenz bestätigt, die Grenzen vom Anwendungsbereich der privatrechtlichen Beziehungen zu verkleinern, das staatliche Einschreiten zu stärken, dem Staat in den privatrechtlichen Beziehungen einseitige Vergünstigungen, Vorteile und Vorrechte zu gewähren [...]. Es ist ein weltweit anerkannter Grundsatz, dass der Staat in den privatrechtlichen Beziehungen als gleichberechtigte Person auftritt und dabei seine staatsgewaltbezogenen Funktionen sowie sein Recht auf die gerichtliche Immunität verliert [...]. Bei der Gewährung des Nutznießungsrechts am Erdinneren mittels eines Kontraktsschlusses bedient sich der Staat eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses. Aufgrund dieser Festlegung ist er im Folgenden nicht berechtigt, von den privatrechtlichen Prinzipien abzuweichen“.<sup>91</sup> Auch wird vorgebracht, dass die Einführung von öffentlich-rechtlichen Vorgehensweisen ins Privatrecht (d.h. des Grundsatzes des Über-Unterordnungsverhältnisses) zu vermeiden sei. Die Problematik zeigt sich insbesondere in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen, wenn eine der Parteien, nämlich der Staat, sich das Recht anmaßt, einseitig einen Vertrag aufzulösen, weil er die Machtbefugnisse dazu besitzt.<sup>92</sup>

Eine vermittelnde Position stammt von *Basin*. Obwohl er dem Staat eine wichtige Rolle im ganzen Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen zuspricht, betont er, dass der Staat in diesem Bereich ein genau eingegrenztes Feld für die freie Bestimmung der Bedingungen des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen durch die Vertragsparteien nach gegenseitiger Vereinbarung zur Verfügung stelle. Gerade auf diesem Feld kämen die Besonderheiten des Privatrechts, d.h. die rechtliche Gleichheit der Vertragsparteien, zum Tragen, die für jeden Vertrag bestimmend seien.<sup>93</sup>

#### *bb) Vermittelnder Ansatz*

Bei einer aufmerksamen Betrachtung wird deutlich, dass sich die beiden Positionen in der Literatur weniger unterscheiden, als es auf den ersten Blick erscheint. Die Verfechter der überlegenen Position des Staates in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen bestreiten nicht, dass der Staat in diesen Kontrakten auch als gleichberechtigter Vertragspartner auftritt. Die Gegenseite, die eine Horizontalität der Rechtsbeziehungen in

---

<sup>91</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 43, S. 25. Zur Konzeption der Ausgestaltung staatlicher Machtbefugnisse im postsowjetischen Raum siehe ausführlich den Beitrag von *Kurzynsky-Singer*, in diesem Band S. 3 ff., 16 ff.

<sup>92</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 10.

<sup>93</sup> *Basin*, *Zaščita prav negosudarstvennych učastnikov graždansko-pravovykh objazatel'stv s gosudarstvom* [Rechtsschutz nichtstaatlicher Teilnehmer an zivilrechtlichen Verpflichtungen mit dem Staat], *Jurist* 2004, Nr. 8, S. 24.

den Kontrakten über die Nutznießung der Bodenschätze betont, erkennt auch die regelnde Rolle des Staates an.

Im Ergebnis bildet sich folgende rechtliche Konstruktion des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen, zu der Čencova eine ausführliche Beschreibung gibt. Nach ihrer Vorstellung beinhaltet der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen einen zivilrechtlichen Vertrag als abgesonderten Teil des Kontrakts. Darüber hinaus schließt er die Bestimmungen öffentlich-rechtlicher Natur ein, wobei der Staat in der Rolle des Hoheitsträgers auftritt. Es wird dabei angenommen, dass diese unterschiedlichen Komponenten nicht vermischt werden können, obwohl sie in einer einheitlichen Konstruktion des Kontrakts zusammengefasst sind.<sup>94</sup>

Auf der Grundlage der oben beschriebenen Meinungen bietet es sich an, den Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen als Vereinbarung der Parteien anzusehen, die sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Beziehungen dieser Parteien untereinander regelt. Wenn der Staat in Rechtsbeziehungen als Eigentümer des Erdinneren eintritt, hört er auf, eine gleichberechtigte Vertragspartei zu sein. In den privatrechtlichen Beziehungen des Kontrakts, die auf den von den Parteien vereinbarten Bedingungen des Kontrakts beruhen, verliert der Staat seine Eigenschaft als Hoheitsträger und entsprechende Machtbefugnisse. Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen wird sowohl durch die privatrechtlichen als auch die öffentlich-rechtlichen Gesetzesvorschriften geregelt.

Daraus kann der jeweilige Status des Staates in den Investitionskontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen auf folgende Weise bestimmt werden: Wenn der Staat an den zivilrechtlichen Beziehungen des Kontrakts teilnimmt, tritt er als gleichberechtigte Vertragspartei auf. Er nimmt dagegen an öffentlich-rechtlichen Beziehungen als Hoheitsträger und Eigentümer des Erdinneren teil. Es wird betont, dass die Schwierigkeit der dogmatischen Erfassung vor allem darin besteht, dass in den Beziehungen über die Nutznießung von Bodenschätzen nicht immer deutlich ist, wann der Staat als Hoheitsträger auftritt und wann „nur“ als Vertragspartei.<sup>95</sup>

Somit lässt sich das Problem vielmehr auf eine Abgrenzung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Komponenten des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen zurückführen. Für diese Abgrenzung muss man sich mit der Rechtsnatur dieser Kontrakte auseinandersetzen.

---

<sup>94</sup> Čencova, Gosudarstvo i kontrakty na nedropol'zovanie, Materialy konferencii, Almaty 29–30 maja 2008 [Staat und Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen, Konferenzmaterialien, Almaty 29.–30. Mai 2008], S. 179.

<sup>95</sup> Ähnlich ebd., S. 177.

## 2. Die Bestimmung der Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

Die Frage nach der Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen wird in der kasachischen Literatur lebhaft diskutiert.

### a) Die zivilrechtliche Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen

In der kasachischen Literatur<sup>96</sup> ist die Ansicht verbreitet, dass der Staat in den vertraglichen Beziehungen zwischen dem Staat und dem Nutznießer von Bodenschätzen an den zivilrechtlichen Beziehungen teilnimmt und dass die Rechtsnatur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen zivilrechtlich und nicht öffentlich-rechtlich ist.<sup>97</sup>

Vor allem die durch den Staat getroffene Wahl, einen Vertrag als Mittel der Gewährung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen und zur Gestaltung der sich daraus ergebenden Rechtsbeziehungen einzusetzen, spricht für die Anwendung der Zivilgesetzgebung auf diese Rechtsbeziehungen.<sup>98</sup> Da Vertragsbeziehungen nicht zwischen rechtlich ungleichen Personen entstehen können, tritt der Staat als Vertragspartei auf, die nach Art. 111 kasachisches ZGB gleichberechtigt ist. Das bedeutet, dass er nicht berechtigt ist, Veränderungen in der Gesetzgebung vorzunehmen, die gleichzeitig seine Position als Vertragspartei verstärken und den Nutznießer von Bodenschätzen einschränken würden.<sup>99</sup>

Man muss allerdings beachten, dass der oben zitierte Artikel des Zivilgesetzbuches über die Rechtsstellung des Staates in den Beziehungen, die von der Zivilgesetzgebung geregelt werden, spricht. Wie oben bereits ausgeführt, regelt der Kontrakt über die Nutznießung der Bodenschätze jedoch nicht nur die auf seiner Grundlage entstehenden zivilrechtlichen, sondern auch die öffentlich-rechtlichen Beziehungen. Folglich sind auf diesen Vertrag nicht nur zivilrechtliche, sondern auch verwaltungsrechtliche, steuerrechtliche, umweltrechtliche und andere Normen anwendbar. Deswegen kann ein solcher Vertrag nicht ausschließlich zivilrechtlicher Natur sein.

---

<sup>96</sup> *Basin/Sulejmenov/Osipov/Čencova*, Kontrakty na nedropol'zovanie: problemy juridičeskoj klassifikacii i sistematizacii [Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen: Probleme der juristischen Klassifikation und Systematik], Invest Kazakhstan 2004, Nr. 1, S. 88–91; *Moroz*, oben Fn. 2, S. 173; *Sulejmenov*, oben Fn. 17, S. 56; *Eljubaev*, Subsidiarnoe primenenie pravovykh norm pri regulirovanii otnošenij v sfere nedropol'zovanija [Subsidiäre Anwendung von Rechtsnormen bei der Regulierung der Beziehungen in der Sphäre der Nutznießung von Bodenschätzen], Jurist 2011, Nr. 2, abrufbar unter <<http://journal.zakon.kz/204196-subsidiarnoe-primenenie-pravovykh-norm.html>> (1.4.2011).

<sup>97</sup> *Moroz*, oben Fn. 33, S. 407.

<sup>98</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 43, S. 25.

<sup>99</sup> *Basin*, oben Fn. 93, S. 25.

Der Staat tritt in den privatrechtlichen Beziehungen, die vom Vertrag geregelt werden, gleichberechtigt gegenüber der anderen Vertragspartei auf, und seine Teilnahme beeinflusst nicht die Natur dieser Rechtsbeziehungen, jedoch gibt es keine durchgehende Gleichheit zwischen den Vertragsparteien in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen.

Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen erzeugt zwei Gruppen von Rechtsverhältnissen, an denen der Staat beteiligt ist. Die erste Gruppe besteht aus dem öffentlich-rechtlichen Eigentumsverhältnis des Staates hinsichtlich des Erdinneren, den Rechtsverhältnissen, die bei der Steuerzahlung und bei anderen obligatorischen Zahlungen in den Staatshaushalt durch Nutznießer von Bodenschätzen entstehen, usw. Diese Rechtsbeziehungen haben einen öffentlich-rechtlichen, verwaltungsrechtlichen Charakter und können nach allgemeiner Meinung nicht durch einen Vertrag geregelt werden. Die öffentlich-rechtlichen Bedingungen sind aber in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen enthalten, insofern dies vom Gesetz über das Erdinnere vorgesehen ist (Art. 61 Gesetz über das Erdinnere).

Zur zweiten Gruppe gehören jene Rechtsbeziehungen, die im Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen, ausgehend von dem Grundsatz der Gleichheit zwischen den Vertragsparteien, geregelt sein können: die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien, die Fristen und die Haftung.<sup>100</sup>

Somit kann man nicht der Meinung zustimmen, dass der Staat und der Nutznießer von Bodenschätzen nach dem Abschluss des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen ausschließlich an privatrechtlichen Beziehungen teilnehmen und ihre Rechtsbeziehungen nur von Normen des Privatrechts geregelt werden können.

#### *b) Die gemischte Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen*

Es bietet sich insofern an, anzunehmen, dass dem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen eine gemischte Rechtsnatur zukommt. Die Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften auf diesen Kontrakt ist subsidiär und nur auf die Teile möglich, die im Kontrakt auf der Grundlage der juristischen Gleichheit von Vertragsparteien geregelt werden.<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> *Didenko/Nesterova*, Gosudarstvennyye garantii stabil'nosti investicionnykh dogovorov [Staatliche Garantien der Stabilität von Investitionsverträgen], Jurist 2008, Nr. 3, S. 30.

<sup>101</sup> *Didenko/Nesterova*, oben Fn. 77, S. 189–191. Siehe auch *Zimanov*, oben Fn. 90, S. 46; *Teljukina*, Materialy konferencii „V uslovijach stabil'nosti investicionnogo klimata“ [Materialien der Konferenz „Unter der Bedingung der Stabilität des Investitionsklimas“], Jurist 2008, Nr. 2, S. 28.

Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen enthält nicht einfach öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente. Beim Abschluss des Kontrakts gewährt der Staat als Verwalter seines Eigentums das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen. Diese Aufgabe, die im gemischten System eine Lizenz erfüllt hat, übernimmt der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen.

Die Bedingungen des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen werden mit Rücksicht auf die Bestimmungen der Modellkontrakte nach den Arten der Nutznießung und gemäß Art. 61 Abs. 2 Gesetz über das Erdinnere aufgestellt. Zusätzlich muss der Kontrakt bestimmte Verpflichtungen für die Nutznießer von Bodenschätzen enthalten, die einen imperativen Charakter haben. Als Beispiel ist die Verpflichtung bezüglich der Höhe der Aufwendungen und deren Bedingungen für die sozial-wirtschaftliche Entwicklung der Region und für die Entwicklung der Infrastruktur zu nennen. Abgesehen davon, dass derartige Aufwendungen für die Entwicklung der Region von offenbar staatlichem Charakter sind, kann der Nutznießer von Bodenschätzen in keiner Weise Einfluss auf den Inhalt dieser Vertragspunkte nehmen: Er muss sie in Gänze akzeptieren.

Dies führt dazu, dass ein solcher Kontrakt eine feste Konstruktion hat, die nicht dem für einen zivilrechtlichen Vertrag (Art. 380, 382 ZGB) charakteristischen Prinzip der Vertragsfreiheit folgt. In Widerspruch zu diesem Prinzip steht die Tatsache, dass es keine Wahlfreiheit bezüglich des Vertragspartners sowie der Art des Vertrags gibt.<sup>102</sup> Die einschlägige Vertragsart, wenn der Investor im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen arbeiten möchte, ist der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen. Vertragspartner ist in einem solchen Fall der Staat (bzw. das zuständige Organ, das im Namen des Staates auftritt).

Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen ähnelt in seiner Konstruktion dem Kontrakt auf die Gewährung der Präferenzen. Viele Bedingungen sind im Voraus vorgeschrieben, und der Kontrakt kann einseitig vom Staat aufgelöst werden. Der wesentliche Unterschied besteht allerdings darin, dass der Investor hier eine Privatperson ist, die sehr große Investitionen auf lange Zeit und auf eigenes Risiko anlegt. Meistens treten transnationale Gesellschaften als derartige Investoren auf, die eine gute Verhandlungsposition haben. Dementsprechend erscheint es nachvollziehbar, dass diese Gesellschaften aufgrund des Investitionsvolumens ein Recht erhalten, die Bedingungen für solche Investitionen in einem größeren Umfang auszuhandeln. Aus diesem Grund kann der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nicht als ausschließlich öffentlich-rechtlicher Natur qualifiziert werden.

---

<sup>102</sup> Siehe ausführlicher über die Vertragsfreiheit *Moroz*, *Investicionnoe pravo*, Kurs lekciij [Investitionsrecht, Vorlesungskurs], Almaty 2008, S. 126.

Gleichzeitig kann man den Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nicht ohne weiteres den zivilrechtlichen Investitionsverträgen zuordnen. Hier spielt ein anderer Aspekt eine große Rolle: der besondere Charakter des Investitionsobjekts, nämlich das Erdinnere, das im Staatseigentum steht. Ohne die Zustimmung des Staates sind keine Tätigkeiten des Investors, die auf eine Nutznießung des Vorkommens gerichtet sind, möglich. Dabei muss der Staat als Träger von Allgemeininteressen für eine rationale Nutznießung des Erdinneren und der im Erdinneren enthaltenen Bodenschätze, die strategische Naturschätze sind, verantwortlich sein. Diese Umstände sorgen für ein starkes „öffentliches Gepräge“ des Charakters der Kontraktsrechtsbeziehungen und führen zu einer Vermischung von Regelungen mit verschiedenem Charakter.

In einem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen ist es schwierig, das exakte Verhältnis der öffentlich-rechtlichen zu den zivilrechtlichen Normen zu ermitteln. Darum erscheint es in diesem Fall notwendig, die Natur der einzelnen Rechtsbeziehungen, die der Kontrakt regelt, festzustellen. Wenn es sich um die steuerrechtlichen Beziehungen zwischen dem Staat und dem Nutznießer von Bodenschätzen (Art. 61 Abs. 2 Punkt 13 Gesetz über das Erdinnere), um die Erfüllung umweltrechtlicher Anforderungen (Punkt 17) oder um die Verbindlichkeiten mit lokalem Inhalt (Art. 61 Abs. 2) handelt, werden diese als öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen dieses Kontrakts klassifiziert. Wenn jedoch die Fristen der Kontraktgültigkeit (Punkt 3) oder die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien (Punkt 7) betroffen sind, sind diese als zivilrechtliche Bestandteile des Kontrakts zu qualifizieren.

Davon ausgehend stellt der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen m.E. das bezeichnende Beispiel eines Investitionsvertrags mit gemischter Rechtsnatur dar, denn er enthält Regelungselemente, die sowohl einen öffentlich-rechtlichen als auch einen privatrechtlichen Charakter haben.

Die Beantwortung der Frage nach der Natur der Investitionsverträge und im Besonderen des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen, erlaubt die Feststellung, welche zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Normen bezüglich des Kontrakts auf die Streitbeilegung angewendet werden und welche Haftung – die zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche – auf die Nichterfüllung der Verpflichtungen des Kontrakts folgt. Dies beantwortet auch die Frage nach dem möglichen Rechtsweg bei dem Vorgehen gegen Handlungen des Staates, unter anderem die Frage der Anrufung der Schiedsgerichte und die Zwangsvollstreckung eines gegen den Staat ergangenen Gerichtsurteils oder Schiedsspruchs.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Vgl. *Rath*, Das Recht der Production Sharing Agreements in der Russischen Föderation, Göttingen 2006, S. 49. Siehe auch *ders.*, oben Fn. 88, S. 42.

## V. Die Beilegung der Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen

### 1. Die Schiedsgerichtsbarkeit in den Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen

#### a) Überblick

Laut Art. 128 Abs. 1 Gesetz über das Erdinnere müssen die Streitigkeiten, die mit der Erfüllung, Veränderung oder Beendigung des Kontrakts verbunden sind, auf dem Verhandlungswege beigelegt werden. Wenn sie auf diese Weise nicht beigelegt werden können, legt Abs. 2 die Möglichkeit der Streitbeilegung entsprechend den Gesetzen der Republik Kasachstan und den internationalen Verträgen, die von der Republik Kasachstan ratifiziert wurden, fest.

Im Vorgängergesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ vom 27. Januar 1996 war die Möglichkeit der Übergabe der Streitsache ans internationale Schiedsgericht ausdrücklich vorgesehen (Art. 71-2). Das geltende Gesetz über das Erdinnere sieht eine solche Möglichkeit nicht ausdrücklich vor, was Kritik in der kasachischen Literatur ausgelöst hat.<sup>104</sup> Es wird aber auch vertreten, dass die für den Staat höchst wichtigen Streitigkeiten, zu denen auch die Streitigkeiten gehören, die mit der Erfüllung, Veränderung oder Einstellung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen verbunden sind, ausschließlich in die Kompetenz der kasachischen Gerichte fallen müssen.<sup>105</sup>

Es stellt sich die Frage nach der Kompetenz der Schiedsgerichte für die Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen.<sup>106</sup> Dabei muss man beachten, dass gemäß Art. 61 Abs. 6 Gesetz über das Erdinnere alle Kontrakte dem kasachischen Recht unterliegen müssen. Dies bedeutet auch für die Schiedsvereinbarung, dass ihre Gültigkeit am kasachischen Recht gemessen wird. Deswegen spielt die Frage, ob die

---

<sup>104</sup> *Sulejmenov*, Considerations on attempts to improve the law on subsoil and subsoil use, *Oil&Gas of Kazakhstan* 2008, Nr. 6, S. 58; *Nakipov/Ibraeva*, Uchudšit li predlagajmyj proekt Zakona „O nedrach i nedropol'zovanii“ investicionnyj klimat? [Wird der vorgeschlagene Gesetzentwurf „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ das Investitionsklima verschlechtern?], *Jurist* 2009, Nr. 7, S. 59.

<sup>105</sup> *Nesterova*, oben Fn. 24, S. 66.

<sup>106</sup> Laut Art. 24 Abs. 1 des Zivilprozessgesetzbuches können die Sachen nach dem Zivilgerichtsverfahrensweg vor ordentlichen Gerichten und ebenso auf einem anderen Gerichtsweg verhandelt werden. Das heißt, die dem Gericht unterstellte Vermögensstreitigkeit kann nach Parteivereinbarung an das Schiedsgericht übergeben werden (Art. 25 Zivilprozessgesetzbuch). Die Gerichte verhandeln über die Klagen wegen Streitigkeiten, darunter auch wegen Beziehungen, die auf einem Subordinationsverhältnis beruhen (Art. 24 Abs. 2 Zivilprozessgesetzbuch).

Streitigkeiten aus diesen Kontrakten auch vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden können, eine wichtige Rolle.

Die Gesetzgebung der Republik Kasachstan unterscheidet zwischen inländischen und ausländischen Schiedsgerichten. Unter inländischen Schiedsgerichten versteht man allgemeine Schiedsgerichte, die die Streitigkeiten zwischen den Bürgern und den juristischen Personen der Republik Kasachstan beilegen, und internationale Wirtschaftsschiedsgerichte: kasachische Schiedsgerichte, die die zivilrechtlichen Streitigkeiten mit einem Auslandsbezug verhandeln. Zu den ausländischen Schiedsgerichten gehören die im Ausland ansässigen Schiedsgerichte sowie die internationalen Investitionsschiedsgerichte.

Ein Investor kann sich an ein ausländisches Schiedsgericht jedenfalls dann wenden, wenn in seinem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen mit dem Staat eine Schiedsklausel enthalten ist. Anderenfalls setzt dies ein bilaterales Investitionsabkommen über die Förderung und den gegenseitigen Schutz der Investitionen oder ein mehrseitiges internationales Abkommen im Bereich des Schutzes von ausländischen Investitionen voraus. Kasachstan hat im Jahre 2004 das Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten von 1965<sup>107</sup> ratifiziert.

Es muss darauf hingewiesen werden, dass die ausländischen Schiedsgerichte im Fall der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten, an denen der Staat beteiligt ist – wie bei einem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen –, oft die Streitigkeiten abschließend und unabhängig vom Charakter der Rechtsbeziehungen entscheiden. Daher können z.B. solche öffentlichen Handlungen des Staates wie die Nationalisierung oder die Enteignung der Investitionen zum Gegenstand des Schiedsurteils werden.

#### *b) Der Staat als Partei eines Schiedsverfahrens*

Umstritten bleibt die Frage, ob der Staat als Partei an einem Schiedsverfahren teilnehmen kann.

So kann das allgemeine inländische Schiedsgericht keine Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen mit Staatsbeteiligung verhandeln. Laut Art. 7 Abs. 5 des Gesetzes „Über die Schieds-

---

<sup>107</sup> Konvencija ob uregulirovanii investicionnyh sporov meždu gosudarstvami i fizičeskimi ili juridičeskimi licami drugich gosudarstv [Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und natürlichen oder juristischen Personen anderer Staaten], Washington vom 18. März 1965. Die Konvention wurde von der RK durch das Gesetz vom 9. Juli 2004 Nr. 589-II ratifiziert. Sie ist am 20. Juli 2004 in Kraft getreten.

gerichte“<sup>108</sup> sind solche Streitigkeiten aus der Kompetenz der Schiedsgerichte herausgenommen, die die Interessen des Staates betreffen. Eine solche Betroffenheit bezüglich der Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen liegt angesichts des besonderen Objektes auf der Hand.

Das Gesetz „Über die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“<sup>109</sup> sieht eine solche Einschränkung dagegen nicht vor. In Art. 1 wird festgelegt, dass dieses Gesetz in Bezug auf die Streitigkeiten aus den zivilrechtlichen Verträgen angewendet wird, die von natürlichen und juristischen Personen abgeschlossen wurden. Das Gesetz erwähnt die Möglichkeit des Staates, an einem Schiedsverfahren teilzunehmen, nicht ausdrücklich. Für die Möglichkeit der Streitbeilegung unter Beteiligung des Staates vor einem internationalen Wirtschaftsschiedsgericht gibt es zwei Argumente.

Erstens finden gemäß Art. 114 kasachisches ZGB die Normen über die juristischen Personen auf den Staat in zivilrechtlichen Beziehungen Anwendung. Das bedeutet, wenn der Staat als einer der Teilnehmer im Wirtschaftsverkehr auftritt, so finden auf diese Handlungen auch die prozessualen Normen Anwendung, die für juristische Personen gelten. Das soll auch für die Fälle gelten, in denen der Staat als Partei des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen agiert.

Als zweites Argument kann man Art. 9 Abs. 2 Gesetz „Über Investitionen“ anführen, der die Möglichkeit der Anrufung internationaler Schiedsgerichte vorsieht, die von den Vertragsparteien bestimmt werden. Diese Regelung kann man auch auf die Investitionen im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen ausdehnen. Da das Gesetz über das Erdinnere die Streitbeilegung nicht detailliert geregelt hat, gelten die Normen des Gesetzes „Über Investitionen“ subsidiär.

Somit kann der Staat Teilnehmer eines schiedsgerichtlichen Verfahrens nach kasachischem Recht sein.

### *c) Streitgegenstand*

Die Möglichkeit des Staates, an einem Verfahren vor einem Schiedsgericht teilzunehmen, beantwortet noch nicht endgültig die Frage, ob die Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen durch die Schiedsgerichte entschieden werden können. Es muss sich um eine zivilrechtliche Streitigkeit handeln.

---

<sup>108</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O tretejskich sudach“ ot 28 dekabnja 2004 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die Schiedsgerichte“ vom 28. Dezember 2004] Nr. 22-III ZRK, Kazachstanskaja pravda 2005, Nr. 4.

<sup>109</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O meždunarodnom kommerčeskom arbitraže“ ot 28 dekabnja 2004 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“ vom 28. Dezember 2004] Nr. 23-III ZRK, Kazachstanskaja pravda 2005, Nr. 4. Art. 1; Art. 6, Punkt 2.

Bei der Nutznießung von Bodenschätzen haben wir es aber mit einem besonderen Objekt zu tun. Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen ist mit der Nutznießung des Erdinneren verbunden, das sich nur im Staatseigentum befinden kann. Wie schon oben erwähnt, werden das Erdinnere als eine unbewegliche Sache (Immobilie) und das Recht auf die Nutznießung von Bodenschätzen entsprechend als dingliches Recht betrachtet (Art. 541 Punkt 2 ZGB). Dabei besteht laut Art. 417 und 33 des Zivilprozessgesetzbuches Kasachstans für Streitigkeiten, die mit dem Recht auf Immobilien verbunden sind, eine ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte der Republik Kasachstan. Hieraus wird zum Teil der Schluss gezogen, dass die Streitigkeiten mit einem Bezug zur Nutznießung von Bodenschätzen nur vor den staatlichen Gerichten verhandelt werden können.<sup>110</sup>

Gegen eine solche Auslegung der Zuständigkeitsregeln führt man als Argument an, dass die Streitigkeiten aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen die Rechte am Erdinneren und nicht die Immobilien als solche betreffen. Im Kontrakt handelt es sich in erster Linie um Bodenschätze, die zum beweglichen Vermögen gehören. Außerdem sehen einige internationale Verträge – z.B. das Übereinkommen über Investitionsstreitigkeiten (ICSID Konvention), der Vertrag über die Energiecharta<sup>111</sup> oder die bilateralen Investitionsabkommen – die Verhandlung der Investitionsstreitigkeiten vor einem internationalen Schiedsgericht vor, darunter die Streitigkeiten im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen. Wegen des Vorrangs der Normen von internationalen Verträgen gelten diese und nicht die nationale Gesetzgebung.<sup>112</sup>

Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn den Gegenstand der Streitigkeit bilden vielmehr die gewonnenen Bodenschätze, die sich, abhängig vom Modell des Kontrakts, entweder im Staatseigentum oder im Eigentum des Nutznießers von Bodenschätzen befinden und nicht das Erdinnere in seiner Eigenschaft als Immobilie.

Was die Streitigkeiten in Bezug auf die Anerkennung der Rechte an Grundstücken betrifft, die sich über dem Erdinneren befinden, an Gebäuden und Anlagen, die auf den Grundstücken auf dem Erdinneren gebaut

---

<sup>110</sup> *Sulejmenov/Žusupov/Utegenova*, *Veščnye prava na nedra* [Dingliche Rechte am Erdinneren], in: *Sulejmenov* (Hrsg.), *Veščnye prava v Respublike Kazachstan* [Dingliche Rechte in der Republik Kasachstan], Almaty 1999, S. 246.

<sup>111</sup> *Dogovor k Energetičeskoj Chartii* [Vertrag über die Energiecharta], Lissabon vom 17. Dezember 1994. Der Vertrag wurde durch den Erlass des Präsidenten der RK vom 18. Oktober 1995 Nr. 2537 ratifiziert. Er ist am 16. April 1998 in Kraft getreten.

<sup>112</sup> *Sulejmenov*, *Arbitražnye (tretejskie) sudy v Kazachstane: prošloe, nastojaščee, buduščee* [Schiedsgerichte in Kasachstan: Vergangenes, Gegenwärtiges und Zukünftiges], Almaty 2007, S. 129; *Konstitucija Respubliki Kazachstan ot 30 avgusta 1995 goda* [Verfassung der Republik Kasachstan vom 30. August 1995], *Kazachstanskaja pravda* 1995. Art. 4 Abs. 3.

werden, die bei der Verwirklichung der Rechte entstehen, die aus den Kontrakten folgen, so unterliegen diese Streitigkeiten der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit der kasachischen Gerichte. Die Klagen bezüglich dieser Streitigkeiten sind am Belegenheitsort dieser Objekte, d.h. in der Republik Kasachstan, zu erheben (Art. 33 Zivilprozessgesetzbuch). Art. 417 des Zivilprozessgesetzbuches Kasachstans behandelt auch die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte der Republik Kasachstan in den Sachen, die mit dem Recht auf Immobilien verbunden sind.

Die ausschließliche Gerichtszuständigkeit der kasachischen Gerichte schließt m.E. die Kompetenz der Schiedsgerichte (Schiedsgerichtsbarkeit) nicht aus.<sup>113</sup> In den Fassungen dieser Artikel wird nicht genauer formuliert, welche Gerichte gemeint sind – die staatlichen Gerichte oder die Schiedsgerichte. Deswegen können die Streitigkeiten, die mit den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen, darunter mit dem Recht auf Immobilien aus diesen Kontrakten, vor den Wirtschaftsschiedsgerichten beigelegt werden.

In Bezug auf die ausländischen Schiedsgerichte ist die Frage strittig. Einerseits ist die ausschließliche Gerichtszuständigkeit der kasachischen Gerichte festgelegt. Andererseits ist bezüglich der ausländischen Gerichte (Art. 419 des Zivilprozessgesetzbuches Kasachstans) unklar, ob diese auch die ausländischen Schiedsgerichte mit einschließen. Es wird die Meinung vertreten, dass, wenn diese Streitigkeiten in den Geltungsbereich der internationalen Abkommen fallen, die die Behandlung der Investitionsstreitigkeiten vor einem Schiedsgericht vorsehen, die Rechtsnorm des Zivilprozessgesetzbuchs Kasachstans über die ausschließliche Zuständigkeit nicht auf sie angewendet werden muss.<sup>114</sup> Mir scheint eine solche Vorstellung nicht richtig zu sein. Die Klagen hinsichtlich der Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen können vor den ausländischen Schiedsgerichten erhoben werden, aber die Klagen über die Rechte an den Grundstücken, Gebäuden, Räumen, Anlagen und anderen Objekten, die fest mit dem Boden verbunden sind, darunter aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen, können nur vor den Gerichten der Republik Kasachstan erhoben werden.

---

<sup>113</sup> Laut Art. 75 Abs. 3 der Verfassung der Republik Kasachstan sind die Gerichte der Republik das Oberste Gericht der Republik, lokale und *andere* Gerichte der Republik, die durch Gesetz gegründet werden. Art. 25 Zivilprozessgesetzbuch sieht die Möglichkeit der Übergabe der Streitigkeiten für die Verhandlung an ein Schiedsgericht vor.

<sup>114</sup> *Karamanova*, *Meždunarodnyj investicionnyj arbitraž kak garantija zaščity prav nedropol'zovatelja* [Internationales Investitionsschiedsverfahren als Garantie des Rechtsschutzes des Nutznießers von Bodenschätzen], *Predprinimatel' i pravo* [Unternehmer und Recht] 2009, Nr. 13, S. 16.

## *2. Die Streitbeilegung aus den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen im Zusammenhang mit der Bestimmung ihrer Rechtsnatur*

Ein weiteres Problem bei der Feststellung der möglichen Zuständigkeit eines internationalen Schiedsgerichts für die Streitigkeiten aus dem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen ist der Charakter der Streitigkeit zugrundeliegenden Rechtsbeziehung. Wie oben schon erwähnt, kann laut Art. 1 des Gesetzes „Über die internationale Wirtschaftsschiedsgerichtsbarkeit“ ein solches Schiedsgericht nur die Streitigkeiten aus zivilrechtlichen Verträgen beilegen. Daraus werden zwei Beschränkungen der Zuständigkeit der internationalen Schiedsgerichte deutlich. Erstens kann das Gericht nur vertragliche Streitigkeiten beilegen.<sup>115</sup> Zweitens muss der Charakter dieser Streitigkeiten zivilrechtlicher Natur sein.

Das Problem besteht darin, dass in der kasachischen Wissenschaft, wie oben gezeigt wurde, die Frage nach der Rechtsnatur von Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen nicht eindeutig beantwortet wurde. Im Lichte der oben erörterten Zuständigkeit der Schiedsgerichte ist die Behandlung der Streitigkeiten vor einem inländischen internationalen Schiedsgericht, die mit den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen verbunden sind, nur in dem Fall möglich, wenn es sich um die Bedingungen des Kontrakts handelt, die dem Zivilrecht zuzuordnen sind. Wenn die Natur der streitgegenständlichen Bestimmung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen als verwaltungsrechtliche zu erkennen ist, kann die Streitigkeit dementsprechend nicht vor einem internationalen Schiedsgericht verhandelt werden. Für solche Streitigkeiten können entsprechend der geltenden Gesetzgebung nur die staatlichen Gerichte zuständig sein.

Wenn man aber von einer gemischten Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen ausgeht, muss dann das staatliche Gericht oder das Schiedsgericht nicht nur die Natur des Vertrags insgesamt berücksichtigen, sondern auch die Natur der streitgegenständlichen Bestimmung dieses Vertrags. Das Gericht muss dabei seine Zuständigkeit für die konkrete Rechtsbeziehung und die Normen des anwendbaren Rechts ermitteln. Zuzugeben ist allerdings, dass eine solche Differenzierung in der Praxis Schwierigkeiten bereiten könnte. Es kann sein, dass der Investor gleichzeitig Forderungen öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Charakters

---

<sup>115</sup> Diese Beschränkung soll bald abgeschafft werden. Nach einem Gesetzentwurf wird die Zuständigkeit der Schiedsgerichte erweitert, und sie dürfen dann die Streitigkeiten aus den zivilrechtlichen Beziehungen und nicht nur aus den Verträgen beilegen. Vgl. Bericht, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4537081-v-mazhilise-prezentovany-popravki-v.html>> (1.2.2013).

geltend macht und die Investitionsstreitigkeit an sich einen gemischten Charakter hat.<sup>116</sup>

Außerdem entsteht im Zusammenhang mit der Folgerung, dass der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen ein Vertrag gemischter Rechtsnatur ist, die Frage, ob es möglich ist, sich an das Schiedsgericht nur wegen der von den Parteien vereinbarten Bedingungen des Kontrakts zu wenden oder wegen des Kontrakts in seiner Gesamtheit. Es entsteht auch die Frage, ob die Streitigkeiten über die Steuern, Zolle usw. an das Schiedsgericht übergeben werden können, wenn deren Bedingungen im Kontrakt geregelt waren.<sup>117</sup> In Bezug auf die speziellen Abgaben, die laut der Steuergesetzgebung im Kontrakt vereinbart werden konnten, ist zu beachten, dass sich auf diese die Stabilitätsgarantie erstreckt.

Als sachgerechte Lösung erscheint im Fall der gemischten Ansprüche, dass dasjenige Gericht, gleichgültig ob es sich um ein Staatsgericht oder Schiedsgericht handelt, welches der Investor anzurufen beschlossen hat, die Streitigkeit sachlich beilegt, unabhängig davon, ob diese die öffentlich-rechtlichen oder die zivilrechtlichen Beziehungen des Kontrakts betrifft.

### 3. Der Schutz der „schwächeren“ Vertragspartei

In den Verträgen, an denen der Staat beteiligt ist, gilt er traditionell als überlegene Vertragspartei und die Gegenseite als schwächere. Ein wesentliches Argument der oben geschilderten Diskussion über die dogmatische Einordnung der Kontrakte über die Nutznießung der Bodenschätze war, dass die zivilrechtliche Qualifikation des Kontrakts dem Staat gewisse Einschränkungen auferlegt, da er aus der Position der rechtlichen Gleichheit heraus handeln muss.<sup>118</sup> Doch entgegen dieser Ansicht würde die Qualifizierung solcher Investitionsverträge ausschließlich als Verträge zivilrechtlicher Natur nicht notwendigerweise den besten Schutz der schwächeren Vertragspartei bedeuten. Zutreffend ist die Bemerkung, dass „trotz der wesentlichen Veränderungen der Gesetzgebung über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen die öffentlich-rechtliche Grundlage der Beziehungen zwischen den Nutznießern von Bodenschätzen und dem Staat immer noch erhalten bleibt und über die privatrechtlichen Grundlagen vorherrscht“.<sup>119</sup> Gerade dank solcher Veränderungen, die der Investitionspolitik des Staates entsprechen, wurde die öffentlich-rechtliche Regelung in diesem Bereich verstärkt.

Es ist wichtig zu bestimmen, auf welchem Feld, dem zivilrechtlichen oder dem öffentlich-rechtlichen, die Gegenseite des Kontrakts den Schutz

---

<sup>116</sup> *Krupko*, oben Fn. 87, S. 19–20.

<sup>117</sup> Dies verneinen *Didenko/Nesterova*, oben Fn. 77, S. 203.

<sup>118</sup> Vgl. *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 10.

<sup>119</sup> *Moroz*, oben Fn. 33, S. 407.

ihrer Interessen anstrebt. Wenn es sich um öffentlich-rechtliche Beziehungen des Kontrakts handelt, ist der Schutz aufgrund der höheren Sachnähe besser auf dem öffentlich-rechtlichen Feld in einem Verwaltungsgerichtsverfahren zu erlangen. Verletzt der Staat dagegen seine zivilrechtlichen Verpflichtungen oder macht er gegenüber der nichtstaatlichen Vertragspartei unberechtigt Forderungen geltend, die die Belange der Letzteren verletzen, so muss es dieser Partei ermöglicht werden, solche Belange mit den Mitteln, die von der Zivilgesetzgebung in der Zivilprozessordnung vorgesehen sind, zu schützen.<sup>120</sup> Auch wird vorgeschlagen, in den zivilrechtlichen Beziehungen der Nutznießung von Bodenschätzen den speziellen gesetzlichen Schutz der schwächeren Partei, nämlich des Nutznießers, analog zu dem Schutz der Minderheitsaktionäre und zur Beschränkung der Rechte von Monopolisten zu gewährleisten.<sup>121</sup>

Die Schwäche dieser Lösung zeigt sich aber bei näherer Betrachtung der kasachischen Realität. Bis jetzt gab es in der Republik Kasachstan noch kein einheitliches Gesetz über das Verwaltungsverfahren, in dem seine allgemeinen Bestimmungen und die Formen der Verwirklichung der Verwaltungstätigkeit durch die Staatsorgane festgehalten werden, wie es in Deutschland mit dem VwVfG der Fall ist. Diese Lage wird durch die schwache Entwicklung des öffentlichen Rechts in Kasachstan erklärt. Unlängst wurde der Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzbuches<sup>122</sup> ausgearbeitet, das die Voraussetzungen zur Bildung spezieller Verwaltungsgerichte schafft. Im Kommentar zum Entwurf wird gesagt, dass die Tatsache der Ausarbeitung des Entwurfs zum Verwaltungsverfahrensgesetzbuch selbst ein Beweis für die erhöhte Aufmerksamkeit hinsichtlich des Problems der Vervollkommnung der Privatpersonenbeziehungen zur öffentlichen Verwaltung und hinsichtlich der Notwendigkeit der Einführung von effizienten Mechanismen des Rechtsschutzes dieser Personen ist. Das verlangt „die Ausarbeitung besonderer Regeln [...], die mehr der Verhandlung und Beilegung der öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten dienen würden und das administrative Gerichtsverfahren vom Zivilgerichtsverfahren unterscheiden“.<sup>123</sup> Es ist in jedem Fall zu betonen, dass die grundsätzlichen Vorzüge eines Verwaltungsgerichtsverfahrens bei der Verhandlung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nur im Fall einer adäquaten Entwicklung des

---

<sup>120</sup> *Basin*, oben Fn. 93, S. 23.

<sup>121</sup> *Čencova*, oben Fn. 94, S. 180–181.

<sup>122</sup> *Administrativnyj processual'nyj kodeks RK (proekt)* [Verwaltungsprozessgesetzbuch der RK (Entwurf)], abrufbar unter <<http://www.minjust.kz/ru/node/12106>> (25.4.2011).

<sup>123</sup> *Komentarii k proektu APK Respubliki Kazachstan* [Kommentar zum Entwurf des Verwaltungsprozessgesetzbuchs der Republik Kasachstan] (19.6.2009), abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/145885-komentarii-k-proektu-administrativnogo.html>> (10.5.2011).

Verwaltungsrechts und des öffentlichen Rechts in Kasachstan zum Tragen kommen werden.

Beim Schutz des Investors besteht der Lösungsansatz nicht in der Angleichung der rechtlichen Position des Staates und des Nutznießers in dem Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen, sondern in der Beschränkung der staatlichen Machtbefugnisse mittels Verfassungsgrundsätzen, insbesondere durch das Gesetzmäßigkeits- und das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Diese müssen im öffentlichen Recht Kasachstans aber noch entwickelt werden, sonst steht man der fast uneingeschränkten Macht des Staates gegenüber.

## VI. Die Vorkehrungen zum Schutz staatlicher Interessen in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen

Die in den letzten Jahren vom Staat vorgenommenen Veränderungen in der Gesetzgebung haben zur Verstärkung der öffentlich-rechtlichen Komponente des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen geführt. Mit ihrer Hilfe werden neue Mechanismen eingeführt, die aus der Sicht des Staates den Interessenausgleich, der früher infolge der ungünstigen Verhandlungslage zu Gunsten der ausländischen Investoren erfolgte, nunmehr zu einem angemessenen Gleichgewicht bringen.

### *1. Die Wirkungsverengung des Stabilisierungsvorbehalts für die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen*

Laut Art. 30 des Gesetzes über das Erdinnere wird dem Nutznießer von Bodenschätzen der Schutz seiner Rechte entsprechend der Gesetzgebung der Republik Kasachstan garantiert. Dabei werden die Änderungen und Ergänzungen der Gesetzgebung, die die Ergebnisse der kommerziellen Tätigkeit des Nutznießers von Bodenschätzen aufgrund der Kontrakte verschlechtern, nicht auf diejenigen Kontrakte angewendet, die vor der Verabschiedung dieser Veränderungen und Ergänzungen abgeschlossen wurden. Es stellt sich die Frage, was „das Ergebnis der kommerziellen Tätigkeit“ konkret bedeutet und wie über die Verschlechterung dieser Ergebnisse zu urteilen ist.<sup>124</sup>

Die Garantien dieses Artikels erstrecken sich allerdings nicht auf die Veränderungen der Gesetzgebung der Republik Kasachstan auf dem Gebiet der Staatssicherheit und der Verteidigungsfähigkeit, in den Bereichen der

---

<sup>124</sup> *Achmetova*, *Obzor novogo zakonoproekta o nedrach i nedropol'zovanii* [Überblick des neuen Gesetzentwurfs über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen], *Petroleum* 2008, Nr. 5, S. 85.

ökologischen Sicherheit, des Gesundheitswesens, der Besteuerung und der Zollregulierung.

Für die alten Verträge gelten jedoch andere Regeln. Im alten Gesetz „Über das Erdinnere und die Nutznießung von Bodenschätzen“ (Art. 71), das vom Januar 1996 bis zum Juni 2010 galt, enthielt dieser Vorbehalt die Bereiche der Besteuerung und der Zollregulierung nicht. Dies führte manchmal in der Praxis zur Ausdehnung der Stabilitätsgarantie auf diese Bereiche. Einige Autoren meinen hierzu, dass eine solche Ausdehnung nicht berechtigt war, da die Steuern zum Kernbereich des öffentlichen Rechts gehören.<sup>125</sup>

Nach der gegensätzlichen Meinung dehne sich das Stabilisierungsregime auch auf die Bestimmungen über die Besteuerung aus, sofern diese Bestimmungen in den Vertrag aufgenommen wurden. Als Argument führt man das Rückwirkungsverbot für Gesetze an (Art. 383 Abs. 2 ZGB). Daher bestehe der Vorrang des Vertrags über diejenigen gesetzlichen Normen, die erst nach seinem Abschluss in Kraft getreten sind, was bedeuten würde, dass sich keine Veränderungen in der Gesetzgebung auf diesen Kontrakt auswirken würden.<sup>126</sup> Dagegen wird argumentiert, dass dieses Prinzip nur für das Zivilrecht gelte. Bei der Veränderung der Gesetzgebung behalten nur diejenigen Bedingungen ihre Wirkung bei, die von den Parteien vereinbart werden konnten. Damit gibt es keine Stabilität für diejenigen Vertragsbestimmungen, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben, unter anderem die Bestimmungen über die Steuerabgaben.<sup>127</sup>

Das Oberste Gericht der Republik Kasachstan stellte sich in seinem normativen Beschluss auf den Standpunkt, dass die Stabilität der steuerlichen Bestimmungen des Kontrakts nicht nur die von den Parteien vereinbarten speziellen Abgaben betrifft, sondern auch diejenigen Steuern, die von den Kontraktparteien aus den imperativen Normen der Steuergesetzgebung aufgenommen wurden, die in der Zeit des Kontraktabschlusses galten.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Siehe z.B. *Nesterova*, oben Fn. 24, S. 65–66; *dies.*, Predely rasprostraneniya garantij stabil'nosti zakonodatel'stva o nedropol'zovanii [Grenzen der Verbreitung der Bestandsgarantie der Gesetzgebung über die Nutznießung von Bodenschätzen], *Sovetnik [Der Ratgeber]* 2009, Nr. 2, S. 60.

<sup>126</sup> Siehe *Basin*, oben Fn. 93, S. 25; *ders.*, Gosudarstvennyye garantii stabil'nosti graždanskogo zakonodatel'stva i ich osobennosti [Staatliche Garantien der Stabilität der Zivilgesetzgebung und deren Besonderheiten], in: *Didenko* (Hrsg.), *Graždanskoe zakonodatel'stvo. Stat'i. Kommentarii. Praktika. Izbrannoe* [Zivilgesetzgebung. Artikel. Kommentar. Praxis. Eine Auswahl], 3. Bd., Almaty 2008, S. 68.

<sup>127</sup> Ausführlicher darüber *Didenko/Nesterova*, oben Fn. 100, S. 31–34.

<sup>128</sup> Normativnoe postanovlenie Verhovnogo Suda Respubliki Kazachstan „O sudebnoj praktike primeneniya nalogovogo zakonodatel'stva“ ot 23 ijunja 2006 goda [Normative Beschlüsse des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan „Über die gerichtliche Praxis der Anwendung der Steuergesetzgebung“ vom 23. Juni 2006], Nr. 5, in: *Sbornik normativnych postanovlenij Verhovnogo suda Respubliki Kazachstan* [Sammlung von

Mit der Verabschiedung des neuen kasachischen SteuerGB wurde in Art. 308-1 geregelt, dass für die alten Produktionsteilungsvereinbarungen, die vor dem 1. Januar 2009 abgeschlossen wurden und die Pflichtsteuerbegutachtung bestanden haben, sowie die vom Präsidenten der Republik Kasachstan gebilligten Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen die im Kontrakt vereinbarte Besteuerung, soweit sie von der Stabilitätsklausel erfasst ist, gilt. Es muss außerdem darauf hingewiesen werden, dass in den früheren Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen die Sätze für einen Teil der Sonderabgaben individuell für jeden Kontrakt im Laufe der Verhandlungen festgesetzt wurden.<sup>129</sup> Normalerweise wurde auch die Stabilität dieser Sätze für die ganze Laufzeit des Kontrakts vorgesehen.

Es wird aber trotz des eindeutigen Wortlauts der Norm die Ansicht vertreten, dass solche Stabilitätsklauseln für alle Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen unabhängig von der Art des Kontrakts (ein PSA oder ein Konzessionsvertrag) oder des Abschlussverfahrens (vom Präsidenten gebilligt oder nicht) gelten sollen, die vor den Veränderungen im kasachischen SteuerGB im Jahr 2004<sup>130</sup> abgeschlossen wurden, wenn in diesen Kontrakten die Stabilität der Steuerbehandlung festgesetzt wurde.<sup>131</sup>

Die gegensätzliche Ansicht behauptet, dass das kasachische SteuerGB in der jeweils geltenden Fassung für alle Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen gilt, sogar wenn in diesen der Stabilitätsvorbehalt vorhanden ist. Der Staat kann einerseits die Garantien der Stabilität gesetzlich festlegen, sie andererseits aber auch aufheben. In diesem Fall müssten auch die früher abgeschlossenen Kontrakte von den Änderungen mit umfasst sein.<sup>132</sup> Einer solchen Auffassung stimmen auch Staatsbedienstete zu, die eine Aufhebung der Stabilität von allen früher abgeschlossenen Kontrakten

---

normativen Beschlüssen des Obersten Gerichts der Republik Kasachstan], Astana 2009, S. 74.

<sup>129</sup> *Žakupov/Utembaev*, Nalogoobloženie nedropol'zovatelej [Besteuerung der Nutznießer von Bodenschätzen], abrufbar unter <[http://nk.salyk.kz/nal\\_consult/stat/cent/9.htm](http://nk.salyk.kz/nal_consult/stat/cent/9.htm)> (17.8.2010).

<sup>130</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O vnesenii izmenenij i dopolnenij v nekotorye zakonodatel'nye akty Respubliki Kazachstan po voprosam nalogoobloženiija“ ot 13 dekabnja 2004 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die Aufnahme der Änderungen und Ergänzungen in einige Gesetzgebungsakte der Republik Kasachstan in Fragen der Besteuerung“ vom 13. Dezember 2004] Nr. 11-III, Kazachstanskaja pravda 2004, Nr. 290.

<sup>131</sup> *Daumov*, oben Fn. 52, S. 34–36.

<sup>132</sup> *Klinkin*, Zakonodatel'stvo i dogovor v svete kollizij nalogovogo i graždanskogo prava [Gesetzgebung und Vertrag im Licht der Kollision zwischen Steuer- und Zivilrecht], Jurist 2011, Nr. 6, S. 35; *Šaukenov*, Gosudarstvo, nalogovoj suverenitet i nedropol'zovatel': sistema otnošenij [Staat, Steuersouveränität und Nutznießer der Bodenschätze: System der Beziehungen], Sovetnik [Der Ratgeber] 2009, Nr. 2, S. 126.

und eine Erstreckung auf die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen der laufenden Steuergesetzgebung für notwendig erklären.<sup>133</sup>

Auf diese Weise wird eine Politik des Staates sichtbar, die sich auf die zunehmende Verweigerung der individuellen Besteuerungskonditionen richtet, die früher in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen zugesichert wurden. Die Unterstellung aller Verträge der jeweils geltenden Steuergesetzgebung bietet dem Staat insofern Vorteile, als dass das kasachische SteuerGB – anders als die Kontrakte – durch den Staat auch einseitig geändert werden kann. Damit wird deutlich, dass die im Gesetz über das Erdinnere vorgesehenen Mechanismen zum Schutz der Investoren durch den Staat eingeschränkt werden.

## 2. Die Möglichkeit der einseitigen Vertragsauflösung durch den Staat

Art. 72 Gesetz über das Erdinnere sieht in Abs. 3 die Möglichkeit einer einseitigen Kündigung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen durch den Staat vor.<sup>134</sup> Danach ist das zuständige Organ berechtigt, vor dem Ablauf des Kontrakts diesen in folgenden Fällen aufzulösen: zum einen bei einer Nichtbeseitigung von mehr als zwei Verletzungen von Verpflichtungen, die im Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen oder in den Projektunterlagen festgelegt sind, innerhalb einer im Bescheid des zuständigen Organs festgesetzten Frist; zum anderen bei der Übertragung des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen und (oder) Objekte, die mit dem Recht der Nutznießung von Bodenschätzen verbunden sind, durch den Nutznießer von Bodenschätzen ohne die Erlaubnis des zuständigen Organs.

Der erste Grund für die Vertragsauflösung ist nicht bestimmt genug formuliert, so dass die Gefahr einer willkürlichen Anwendung besteht. So sieht das Gesetz keine Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer derart gravierenden Folge wie der Vertragsauflösung unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes vor. Auf diese Weise stellt dieser Punkt dem zuständigen Organ eine ziemlich große Entscheidungsfreiheit und damit ein starkes Druckmittel zur Verfügung.<sup>135</sup>

Abs. 5 desselben Artikels gibt dem zuständigen Organ die Befugnis, auf der Grundlage eines Regierungsbeschlusses einseitig den Kontrakt aufzu-

<sup>133</sup> Oksikbaev, Nalogovaja nagruzka na nedropol'zovatelej v Kazachstane [Steuerlast der Nutznießer von Bodenschätzen in Kasachstan], in: Didenko (Hrsg.), Graždanskoe zakonodatel'stvo [Zivilgesetzgebung], Folge 32, Almaty 2008, S. 9–10.

<sup>134</sup> Ausführlicher über die Gerichtspraxis *Machmetova/Pak*, Voprosy rastorženija kontraktov na provedenie operacij po nedropol'zovaniju v odnostoronnem porjadke [Fragen zur einseitigen Auflösung von Verträgen über die Durchführung von Operationen bei der Nutznießung von Bodenschätzen], Petroleum 2011, Nr. 1, abrufbar unter <<http://www.petroleumjournal.kz/russian/articles/leg.php>> (20.3.2011).

<sup>135</sup> Čencova, oben Fn. 94, S. 181.

lösen, falls die Handlungen der Nutznießer von Bodenschätzen bei der Durchführung der Operationen bei der Nutznießung von Bodenschätzen in Bezug auf die Grundstücke des Erdinneren oder die Vorkommen, die eine strategische Bedeutung haben, die Wirtschaftsinteressen der Republik Kasachstan berühren, was eine Bedrohung für die nationale Sicherheit schafft.

Aus den gleichen Gründen ist das zuständige Organ berechtigt, die Veränderung und (oder) Ergänzung der Kontraktbedingungen zu verlangen, unter anderem bei einem früher abgeschlossenen Kontrakt, um „das Wirtschaftsinteresse der Republik Kasachstan wiederherzustellen (Art. 71 Abs. 3)“.<sup>136</sup>

Das Gesetz betrifft vor allem die Handlungen der Nutznießer von Bodenschätzen bei der Durchführung von Operationen bei der Nutznießung von Bodenschätzen in Bezug auf die Grundstücke des Erdinneren und die Vorkommen, die strategische Bedeutung haben. Laut Art. 1 Unterpunkt 85 des Gesetzes über das Erdinnere werden solche Grundstücke des Erdinneren und die Vorkommen von der Regierung der Republik Kasachstan bestimmt.<sup>137</sup> Besonders problematisch ist dabei, dass die Liste der strategischen Objekte zum beliebigen Zeitpunkt, auch während der Kontraktlaufzeit, nach dem Ermessen des Staates festgelegt werden kann, was den Investor mit zusätzlicher Unsicherheit belastet.<sup>138</sup>

Das Gesetz erwähnt auch als Voraussetzung der Vertragsauflösung, dass die Handlungen der Nutznießer von Bodenschätzen eine Bedrohung der Nationalinteressen der Republik schaffen sollten. Eine solche Fassung soll dem Staat eine Möglichkeit einräumen, die Nationalinteressen gegenüber den Investoren durchzusetzen.

In der kasachischen Literatur werden gegensätzliche Meinungen über die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit solcher Vorbehalte vertreten.<sup>139</sup> Es wird betont, dass der Schutz der Nationalinteressen wichtig ist, dass aber auch die Interessen der Kontraktpartner berücksichtigt werden müs-

---

<sup>136</sup> Gemeint ist wohl der Interessenschutz bei einer drohenden oder erfolgten Verletzung.

<sup>137</sup> Siehe *Perečen' učastkov nedr (mestoroždenij), imejuščich strategičeskoe značenie. Utveržden Postanovleniem Pravitel'stva RK ot 13 avgusta 2009 goda* [Register von Grundstücken mit Erdinneren (Vorkommen), die eine strategische Bedeutung haben. Festgelegt durch den Beschluss der Regierung der RK vom 13. August 2009] Nr. 1213, *Kazachstanskaja pravda* 2009, Nr. 199.

<sup>138</sup> Čencova, oben Fn. 94, S. 182.

<sup>139</sup> Für die Notwendigkeit solcher Vorbehalte *Zimanov*, oben Fn. 90, S. 14–15, 37–39, 74–75; Konferenzija „V uslovijach stabil'nosti investicionnogo klimata“ [Konferenz „Unter der Bedingung der Stabilität des Investitionsklimas“], *Jurist* 2008, Nr. 2, S. 22–23. Dagegen *Sulejmenov*, oben Fn. 43, S. 26; *Basin*, oben Fn. 93, S. 24; Čencova, oben Fn. 94, S. 181–182.

sen.<sup>140</sup> Als kritisch wird auch das Fehlen der hinreichend bestimmten Kriterien für die Auslegung des Begriffs „nationale Sicherheit“<sup>141</sup> und „die Veränderung der Wirtschaftsinteressen der Republik Kasachstan“<sup>142</sup> im Gesetz empfunden. Das macht die Verwendung dieser Vorbehalte absolut unvorhersehbar.<sup>143</sup>

Es ist aber anzumerken, dass das vor kurzem überarbeitete Gesetz „Über die nationale Sicherheit“<sup>144</sup> einige Bestimmungen ergänzt und detaillierter geregelt hat. Zum Beispiel präzisiert Art. 22 Abs. 1 Punkt 3 den Begriff Energiesicherheit, die Bestandteil der Wirtschaftssicherheit und damit der nationalen Sicherheit ist. Die Energiesicherheit bedeutet Sicherheit des Wirtschaftszweigs der Brennstoffenergie, des Erdöls, des Erdgases und der Atomenergie vor realen und potentiellen Bedrohungen. Die energetische Unabhängigkeit und die dauerhafte Entwicklung dieser Branchen für die Befriedigung der Bedürfnisse der Gesellschaft und des Staates nach den Energieressourcen sind zu gewährleisten. Die Energiesicherheit besteht auch in der Erhaltung und Festigung der für die Wirtschaft des Landes notwendigen Energieressourcen (Unterpunkt 5).

Die Gewährleistung der Wirtschaftssicherheit ist Teil der nationalen Interessen. Diese schließen ihrerseits die wirtschaftliche Entwicklung zum Wohl des ganzen Volkes Kasachstans und die stabile Funktionsfähigkeit der Subjekte des Brennstoff-Energiebereichs ein (Art. 5 Abs. 1 Unterpunkte 10, 11). Deswegen stellen die Nutznießung der strategischen Ressourcen entgegen den Interessen des Landes und die Hemmung des Wachstums der Investitionsaktivität eine Beschädigung der Wirtschaftssicherheit des Staates und damit eine Bedrohung der Nationalsicherheit der Republik Kasachstan dar (Art. 6 Abs. 1 Unterpunkt 11).

Zur Vorbeugung dieser Bedrohungen verwirklicht der Staat (unter Beachtung der Garantien, die den ausländischen Investoren gewährt wurden) die Kontrolle über den Zustand und die Nutznießung der Objekte der Wirtschaft Kasachstans, die sich unter der Verwaltung oder im Eigentum der

<sup>140</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 9.

<sup>141</sup> V poiskach nacional'nych interesov [Auf der Suche nach nationalen Interessen], ein Sitzungsbericht des Instituts der Politikentscheidungen, abrufbar unter <<http://articles.gazeta.kz/art.asp?aid=143570>> (17.3.2011); Konferencija „V uslovijach stabil'nosti investicionnogo klimata“ [Konferenz „Unter der Bedingung der Stabilität des Investitionsklimas“], *Jurist* 2008, Nr. 2, S. 22–23.

<sup>142</sup> *Eljubaev*, oben Fn. 96; *Čencova*, oben Fn. 17, S. 70.

<sup>143</sup> *Čencova*, oben Fn. 17, S. 70.

<sup>144</sup> Zakon Respubliki Kazachstan „O nacional'noj bezopasnosti Respubliki Kazachstan“ ot 6 janvarja 2012 goda [Gesetz der Republik Kasachstan „Über die nationale Sicherheit der Republik Kasachstan“ vom 6. Januar 2012] Nr. 527–IV, *Kazachstanskaja pravda* 2012, Nr. 19–20. Früher galt das gleichnamige Gesetz vom 26. Juni 1998 Nr. 233–I, *Vedomosti Parlamenta RK* [Mitteilungsblatt des Parlaments RK] 1998, Nr. 11–12, S. 173.

ausländischen Organisationen oder im Eigentum der Organisationen mit einer ausländischen Beteiligung befinden (Art. 22 Abs. 3). Außerdem müssen diese Forderungen nach der Gewährleistung der Nationalsicherheit unbedingt beim Abschluss (Veränderung) und bei der Erfüllung der Kontrakte über die Nutznießung von strategischen Ressourcen der Republik Kasachstan berücksichtigt werden (Art. 22 Abs. 4).

Wenn die bereits angesprochene Unbestimmtheit dieses Vorbehaltes durchaus problematisch ist, so wird die Notwendigkeit solcher Vorbehalte hinsichtlich der Gewährleistung der nationalen, wirtschaftlichen oder ökologischen Sicherheit in der Gesetzgebung durch die Erfahrung anderer Länder, die Energieressourcen exportieren, bestätigt.<sup>145</sup> Das Recht von Staaten, die Regeln und Bedingungen für die Gewinnung von Vorkommen und die Bedingungen für Investitionen in die Gewinnung unabhängig bestimmen zu können, wird auch in Punkt 2 der Resolution der Vollversammlung der UNO zur „permanenten Souveränität über natürliche Ressourcen“ festgelegt.<sup>146</sup>

Man muss sowohl der Notwendigkeit solcher Vorbehalte als auch einem restriktiven Umgang mit der Geltendmachung solcher Kompetenzen zustimmen. Es ist jedoch darauf hingewiesen, dass eine einseitige Auflösung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen durch den Staat auch im Kontext des Investitionsrechts als eine Form der Enteignung durch den Staat betrachtet werden kann. Eine solche Auslegung führt zur Verpflichtung des Staates, eine gerechte Entschädigung für das tatsächlich nationalisierte Vermögen auszuzahlen.<sup>147</sup>

### *3. Maßnahmen für die Gewährleistung der ökologischen Sicherheit*

Die Besonderheit des Vertragsgegenstandes in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen erfordert erhöhte Umweltschutzmaßnahmen sowie die Gewährleistung einer rationalen Nutznießung des Erdinneren und seinen Schutz.

In der kasachischen Literatur wird die Meinung geäußert, dass die Umweltschutzgesetzgebung nicht immer deutlich die entsprechenden Rechtsbeziehungen regelt. So ist zum Beispiel das Verfahren zum Erteilen einer umweltschutzrechtlichen Genehmigung an einen Nutznießer von Bodenschätzen nicht hinreichend ausgearbeitet. Die verwendeten Formulierungen

---

<sup>145</sup> Konferencija „V uslovijach stabil'nosti investicionnogo klimata" [Konferenz „Unter der Bedingung der Stabilität des Investitionsklimas“], Jurist 2008, Nr. 2, S. 22–23.

<sup>146</sup> Rezoljucija 1803 (XVII) General'noj Assamblei OON „O neot'emlemom suverenitete nad estestvennymi resursami“ ot 14 dekabrja 1962 goda [Resolution 1803 (XVII) der UN-Vollversammlung „Zur permanenten Souveränität über natürliche Ressourcen“ vom 14. Dezember 1962].

<sup>147</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 27.

lösen Fragen aus. Nicht hinreichend bestimmt sind insbesondere die Fragen der Feststellung des Schadensumfangs, der der Umwelt zugefügt wurde, der Begriff und die Richtwerte der zulässigen Emissionen und die Frage der Verwertung des Erdgases.<sup>148</sup>

Die Erhaltung und Verbesserung der Umwelt und die rationale Nutzung der Naturressourcen sind auch in die nationalen Interessen einbezogen (Art. 5 Punkt 1 Unterpunkt 15 Gesetz „Über die nationale Sicherheit“), so dass die Gewährleistung der Ökologiesicherheit einen Aspekt der Nationalsicherheit bildet (Art. 24), wenn auch anzunehmen ist, dass die Verletzung der Umweltschutzgesetzgebung ein bestimmtes Ausmaß erreichen muss, bevor sie als Bedrohung der nationalen Sicherheit eingestuft werden kann.

Solche Gründe für die einseitige Kontraktauflösung durch den Staat wie die Bedrohung der Nationalsicherheit, z.B. in Form einer Verletzung wirtschaftlicher oder ökologischer Interessen des Staates, sind zur Zeit wenig konkretisiert und bereiten dem Rechtsanwender entsprechende Schwierigkeiten. Es ist Aufgabe der Lehre und Rechtsprechung, diese Begriffe zu konkretisieren.

#### 4. Die Beschränkung der Konzentration von Rechten

Es gibt zwei Arten der Konzentration von Rechten: erstens die Konzentration von Rechten im Rahmen eines Kontrakts, wonach ein Inhaber des Rechts auf die Nutznießung von Bodenschätzen gegenüber den anderen Mitinhabern in einem mit der Republik Kasachstan abgeschlossenen Kontrakt einen derart großen Anteil besitzt, der es ihm erlaubt, Entscheidungen über die Tätigkeit im Rahmen des Kontrakts zu treffen (Art. 1 Punkt 40 Gesetz über das Erdinnere); zweitens die Konzentration von Rechten zur Durchführung von Operationen bei der Nutznießung von Bodenschätzen. Diese liegt vor, wenn eine Person oder eine Personengruppe aus einem Land einen solchen Anteil in den Kontrakten auf dem Territorium der Re-

---

<sup>148</sup> Siehe ausführlicher *Eljubaev*, *Voprosy stabil'nosti ëkologičeskogo zakonodatel'stva i praktika primeneniya položnij Èkologičeskogo kodeksa RK v sfere nedropol'zovanija* [Fragen der Beständigkeit der umweltrechtlichen Gesetzgebung und Praxis der Normanwendung des Umweltgesetzbuchs der RK in der Sphäre der Nutznießung von Bodenschätzen], *Jurist* 2010, Nr. 2, S. 47–51; *ders.*, *Voprosy pravovogo regulirovanija zemlepol'zovanija, vodopol'zovanija i ëmissij v okružajuščuju sredu pri provedenii operacij po nedropol'zovaniju* [Fragen der Rechtsregulierung der Erdnutzung, Wassernutzung und Emissionen in die Umgebung bei der Durchführung von Operationen der Nutznießung von Bodenschätzen], *Jurist* 2010, Nr. 7, S. 50–54; *Erkinbaeva*, oben Fn. 11, S. 30–32; *dies.*, *Pravovye aspekty investicionnoj privilekatel'nosti prirodoochranoj dejatel'nosti v Respublike Kazachstan* [Rechtliche Aspekte der Attraktivität hinsichtlich Investitionen der naturschützenden Tätigkeit in der Republik Kasachstan], *Jurist* 2010, Nr. 5, S. 29–31.

publik Kasachstan oder einen solchen Anteil an der Beteiligung in den Satzungskapitalen (Anzahl der Aktien) der Organisationen, die Nutznießer von Bodenschätzen in der Republik Kasachstan sind, besitzt, dass dies eine Bedrohung der Wirtschaftsinteressen der Republik Kasachstan darstellen kann oder tatsächlich eine solche Bedrohung darstellt (Art. 1 Punkt 19).

Laut Art. 22 Punkt 4 des Gesetzes „Über die nationale Sicherheit“ ist das Staatsorgan (Behörde) berechtigt, dem Antragsteller die Genehmigung über die Vornahme von bestimmten Rechtsgeschäften zu versagen, wenn dies eine Konzentration von Rechten auf die Durchführung von Erdölgeschäften (Operationen) bei einer Person oder einer Gruppe von Personen aus einem Land herbeiführen kann. Problematisch ist dabei, dass das Gesetz nicht festlegt, in welchem Umfang eine solche Konzentration in den Händen einer solchen Person oder der mit ihr am Markt verbundenen Personen gegeben sein muss, um eine Bedrohung der Nationalsicherheit des Landes darzustellen. Dies kann auch zum Missbrauch seitens des Staates bei der Anwendung dieser Regelung führen.

### *5. Das Vorkaufsrecht des Staates*

Gemäß Art. 12 Abs. 1 des Gesetzes über das Erdinnere hat die Republik Kasachstan ein Vorkaufsrecht auf den Erwerb von Bodenschätzen vom Nutznießer. Der Preis darf in einem solchen Geschäft nicht den üblichen Preis nach Abzug der Transportkosten und Aufwendungen für den Verkauf übersteigen. Maßgeblich ist das Datum der Geschäftsausführung.

Außerdem besteht ein durchaus umstrittenes Vorkaufsrecht des Staates auf den Erwerb des veräußerlichen Rechts der Nutznießung von Bodenschätzen.<sup>149</sup> Dies ist insofern problematisch als in dem Fall, dass an einem Investitionsprojekt mehrere Investoren beteiligt sind, von denen nur einer seinen Anteil veräußert, den verbliebenen Investoren der Staat als Geschäftspartner aufgedrängt wird, was im Allgemeinen als ungünstige Entwicklung wahrgenommen wird. Aus diesem Grund wird dieser Vorgang

---

<sup>149</sup> Art. 12 Gesetz über das Erdinnere legt in Punkt 2 Folgendes fest: „Für die Aufbewahrung und Stärkung der ressourcen-energetischen Grundlage der Wirtschaft des Landes in den neu abzuschließenden und auch in den früher abgeschlossenen Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen, außer den Kontrakten über das Grundwasser und die allgemeinen Bodenschätze, hat der Staat das Prioritätsrecht gegenüber der anderen Kontraktpartei oder dem Teilnehmer der juristischen Person, die das Recht der Nutznießung von Bodenschätzen hat, sowie gegenüber anderen Personen auf den Erwerb des veräußerlichen entgeltlichen oder unentgeltlichen Rechts der Nutznießung von Bodenschätzen (seines Teils) und (oder) der Objekte, die mit diesem Recht verbunden sind.“

Man glaubt, dass das Vorkaufsrecht des Staates den Wert der Gesellschaft und ihre Aktien wesentlich abwertet. Vgl. *Uilson*, *Prioritetnoe pravo gosudarstva* [Vorkaufsrecht des Staates], *Neft' i gaz Kazachstana* [Erdöl und Gas Kasachstans] 2006, S. 54.

nach vermittelnder Ansicht als Zwangskauf angesehen.<sup>150</sup> Zum Teil wird vertreten, dass in diesem Fall de facto eine Beschlagnahme des Vermögens stattfindet. Es wird angenommen, dass diese Norm dem Art. 26 der Verfassung der Republik Kasachstan<sup>151</sup> und dem Art. 249 ZGB<sup>152</sup> widerspricht, weil aufgrund der Priorität des ZGB bei vorliegenden Widersprüchen zwischen dem Zivilgesetzbuch und einem anderen Gesetz das Zivilgesetzbuch Vorrang hat.<sup>153</sup>

Die oben erwähnten Meinungen basieren darauf, dass der Staat in den bürgerlichen Rechtsbeziehungen, in denen die Parteien gleichberechtigt sind, keine Vorrechte oder Privilegien gegenüber seinen zivilrechtlichen Partnern haben soll, einschließlich des Vorkaufsrechts auf den Erwerb eines veräußerlichen Nutznießungsrechts. Dabei wird anerkannt, dass die Beziehungen, in denen das Vorrecht des Staates durchgesetzt wird, Beziehungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter sind.<sup>154</sup>

Die Pflicht des Nutznießers von Bodenschätzen, seinen Anteil erst dem Staat anzubieten, ist zweifellos eine gesetzliche Beschränkung der Vertragsfreiheit. Sie dient aber dem Schutz der öffentlichen Interessen,<sup>155</sup> was auch im Zivilrecht zulässig ist. Mit der Festlegung eines solchen Prioritätsrechts handelt der Staat nicht als Partei des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen, sondern als Hoheitsträger. Diese Norm ist an alle Nutznießer von Bodenschätzen gerichtet und nicht nur auf einen bestimmten Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen anwendbar.

<sup>150</sup> *Basin*, oben Fn. 93, S. 24–25.

<sup>151</sup> Laut Art. 26 Punkt 3 der Verfassung der Republik Kazachstan kann „niemandem sein Vermögen entzogen werden, soweit es keine Gerichtsentscheidung darüber gibt. Die Zwangsenteignung des Vermögens für einen Landeszweck in Ausnahmefällen, die vom Gesetz vorgesehen sind, kann vorbehaltlich einer gleichwertigen Entschädigung möglich sein.“

<sup>152</sup> Art. 249 ZGB zählt die Gründe für die Beendigung des Eigentumsrechts und auch die Fälle auf, in denen die Zwangseinziehung des Vermögens beim Eigentümer zugelassen wird.

<sup>153</sup> *Sulejmenov*, oben Fn. 43, S. 26–27. Siehe auch: *Šyngysov*, K voprosu o vozmožnosti pojavlenija u gosudarstva prioritetnogo prava na oščuždaemuju dolju v proektach v sfere nedropol' zovanija [Zu der Frage über die Möglichkeit des Entstehens des Vorkaufsrechts des Staates auf den veräußerlichen Anteil in den Projekten in der Sphäre der Nutznießung von Bodenschätzen], *Neft' Gaz Pravo Kazachstana* [Erdöl Gas Recht Kasachstans] 2004, Nr. 1.

<sup>154</sup> *Basin*, oben Fn. 93, S. 23–25; *Sulejmenov*, oben Fn. 43, S. 24; *ders.*, oben Fn. 17, S. 53–54.

<sup>155</sup> *Nukuševa*, Pravovye formy učastija inostrannyh investorov v dejatel'nosti juridičeskich lic Respubliki Kazachstan [Rechtsformen der Teilnahme ausländischer Investoren an der Tätigkeit juristischer Personen der Republik Kasachstan], Karaganda 2008, S. 173–174. Siehe auch *Žanajdarov*, Prioritetnoe pravo gosudarstva [Prioritätsrecht des Staates], in: *Sulejmenov* (Hrsg.), *Gosudarstvo i graždanskoe pravo. Materialy konferencii*, Almaty 22–23 maja 2006 [Staat und Zivilrecht. Konferenzmaterialien, Almaty 22.–23. Mai 2006], Almaty 2006, S. 140.

Der Staat realisiert nur sein Recht vor anderen Gesellschaften des Konsortiums erster Käufer zu sein.<sup>156</sup> Eine solche Prioritätslage folgt aus dem Status des Staates als ausschließlicher Eigentümer des Erdinneren mit den sich hieraus ergebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen.<sup>157</sup> Es erfolgen keine Handlungen gegen den Willen des Veräußerers. Darum geschieht keine Enteignung des Vermögens, weil für die Enteignung Handlungen gegen den Willen des Eigentümers, gerichtet auf die Enteignung im Allgemeinen und nicht auf das konkrete Subjekt, erforderlich sind.<sup>158</sup> Die Möglichkeit, selbständig den Preis festzusetzen, trägt umgekehrt in größerem Maße zum Schutz des Investors bei.

#### 6. Die Wahrung des local content

Laut Art. 61 Punkt 2 des Gesetzes über das Erdinnere muss ein Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen Verpflichtungen zum *local content* enthalten.

Der Begriff „kasachisches *local content*“ bedeutet, dass eine bestimmte Menge der Waren, Arbeiten und Dienstleistungen kasachischen Ursprungs sein oder bei kasachischen Unternehmen gekauft werden sollte. Außerdem umfasst das kasachische *local content* auch den Anteil des kasachischen Personals, das bei der Durchführung des Projekts eingesetzt wird. Die Anforderungen an das kasachische *local content* bei der Durchführung der Operationen der Nutznießung von Bodenschätzen sind in Art. 77 und 78 Gesetz über das Erdinnere geregelt.

Bis zur Einführung entsprechender gesetzlicher Vorschriften im Jahr 2004 waren solche Anforderungen hinsichtlich des kasachischen *local content* für die Investoren in den Bestimmungen der Kontrakte enthalten.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Nesterova, oben Fn. 24, S. 62–63; Safinov, Investicionnyj klimat: povoda dlja bespokojstva net [Investitionsklima: Es gibt keinen Grund zur Sorge], Oil&Gas of Kazakhstan 2005, Nr. 4–5, S. 140–142; Saparova, Prioritetnoe pravo gosudarstva na priobretenie otčuzdaemogo prava nedropol'zovanija [Vorkaufsrecht des Staates auf den Erwerb des veräußerlichen Rechts auf Nutznießung von Bodenschätzen], in: Mami/Sulejmenova (Hrsg.), Nedra i investicii, Materialy seminaru [Erdinneres und Investitionen, Seminar-materialien], Atyrau 2007, S. 108.

<sup>157</sup> Zimanov, oben Fn. 90, S. 36.

<sup>158</sup> Zum Beispiel wird im Kommentar zum deutschen Grundgesetz für Art. 14 erörtert, dass eine Enteignung die Entziehung konkreter subjektiver Rechtspositionen für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben ist. In dem zu behandelnden Fall wird die Entscheidung über den Verkauf des Vermögens vom Eigentümer selbst getroffen. Die Festsetzung des Kaufprioritätsrechts durch den Staat ist keine Enteignung dieses Vermögens, sondern eine Einschränkung des Rechts des Eigentümers, selbst den Käufer auszuwählen. Deppenheuer, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., München 2010, Art. 14 Rn. 401.

<sup>159</sup> Anmerkung der Redaktion, Kazachstanskoe soderžanie: pravovoe regulirovanie [Kasachisches local content: Rechtliche Regulierung], Kazakhstan 2009, Nr. 5, S. 25.

Diese Einführung löste Diskussionen über die Anwendbarkeit dieser Forderungen hinsichtlich des kasachischen *local content* auf solche früher abgeschlossenen Kontrakte aus, die keine solche Forderungen enthalten oder den *local content* nur als „Prinzip“ erwähnen.

Es wird vertreten, dass die Festlegung des kasachischen *local content* in der Gesetzgebung nur die Konkretisierung eines Prinzips sei, das schon vorher in den Kontrakten enthalten war. Vertretbar erscheint eine solche Präzisierung der Bestimmungen des *local content* in den früher abgeschlossenen Kontrakten jedenfalls dann, wenn man diesen Vorbehalt im Rahmen des Begriffs der nationalen Sicherheit berücksichtigt, denn dadurch wird, wie oben geschildert, der Stabilisierungsvorbehalt eingeschränkt.<sup>160</sup>

Die gegensätzliche Ansicht führt als Argument den schon erwähnten Art. 383 Abs. 2 ZGB über den Vorrang des Vertrags sowie Art. 30 des Gesetzes über das Erdinnere, der den Nutznießern von Bodenschätzen die Garantie der Stabilität der Vertragsbestimmungen gewährt, an.<sup>161</sup>

In letzter Zeit wurden in etwa 144 Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen die zusätzlichen Verpflichtungen hinsichtlich des kasachischen *local content* mit Zustimmung der Nutznießer von Bodenschätzen aufgenommen.<sup>162</sup> Die bedeutenden Nutznießer von Bodenschätzen lehnen es allerdings ab, solche Veränderungen in den abgeschlossenen Kontrakten vorzunehmen. Sie berufen sich auf den Stabilisierungsvorbehalt in ihren Kontrakten.

Der Staat sieht sich dementsprechend mit der Aufgabe von Neuverhandlungen dieser Kontrakte mit dem Ziel der Veränderungen und Ergänzungen hinsichtlich des kasachischen *local content* konfrontiert.<sup>163</sup> Denn neben den Ausgleichszahlungen wird von dem Vorbehalt erwartet, dass dieser zu einem durchführbaren Mechanismus werden kann, „die wirtschaftlichen Interessen der Parteien auszugleichen“,<sup>164</sup> was in der Wirklichkeit die Maßnahmen zur Förderung der kasachischen Wirtschaft bedeutet.

---

<sup>160</sup> Safinov, oben Fn. 16, S. 12.

<sup>161</sup> Konferencija „Problemy obespečenija kazachstanskogo sodržanija v kontraktach na nedropol' zovanie“ [Konferenz „Probleme der Wahrung des kasachischen *local content* in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen“], Jurist 2010, Nr. 5, S. 17.

<sup>162</sup> Vystuplenie Achmetova na forume po povyšeniju social'noj otvetstvennosti biznesa [Auftritt von Achmetov auf dem Forum zur Erhöhung von sozialer Verantwortung im Geschäft], Kyzylorda, April 2009, abrufbar unter <[http://paryz.kz/index.php?option=com\\_content&task=view&id=60&Itemid=30](http://paryz.kz/index.php?option=com_content&task=view&id=60&Itemid=30)> (1.4.2011).

<sup>163</sup> Konferencija „Problemy obespečenija kazachstanskogo sodržanija v kontraktach na nedropol' zovanie“, oben Fn. 161, S. 17.

<sup>164</sup> Safinov, oben Fn. 16, S. 11.

### 7. Die Folgen der beschriebenen Mechanismen und Instrumente für die Praxis

Unter Beachtung der beschriebenen Änderungen der Rechtslage entsteht der Eindruck, dass die Interessen des Staates einen übermäßig starken Schutz erfahren. Es wird aber angenommen, dass der Staat kaum Gebrauch von diesen Mechanismen machen wird, um die Investoren nicht zu verschrecken.<sup>165</sup>

Bis jetzt ist jedenfalls kein großer Abfluss von Investitionen seit dem Jahr 2003 erfolgt. Umgekehrt ist eine jährliche Zunahme der direkten ausländischen Investitionen (im Weiteren: DAI) zu verzeichnen. Im Jahr 2011 ist das Eingehen von DAI um 22 % im Vergleich zu dem Jahr 2010 gestiegen und hat damit 13 Mrd. Dollar überstiegen.<sup>166</sup> Etwa 38 % von DAI sind in den letzten zehn Jahren auf die Förderung des Erdöls und Erdgases und 32 % auf das Schürfen und die geologische Erkundung entfallen.<sup>167</sup> Man sieht, dass die Investitionszahlen nicht schlecht sind und die Investoren bereit sind, Geld in die Wirtschaft Kasachstans zu investieren. Andererseits wächst die Zahl von Klagen, die die ausländischen Investoren gegen die Republik Kasachstan erhoben haben. Während es bis zum Jahr 2001 nur eine Klage gab, wurden in den letzten Jahren schon zwei Klagen jährlich erhoben. Heutzutage werden vor den ausländischen internationalen Schiedsgerichten nicht weniger als acht Klagen verhandelt.<sup>168</sup> Das bedeutet, dass nicht alles in den Beziehungen zwischen dem Staat und den Investoren gut ist und man zu solchen Maßnahmen wie Schiedsverfahren greifen muss.

Das ganze Instrumentarium „des Drucks“ des Staates gegenüber der anderen Vertragspartei ist dennoch mehr eine vorbeugende Maßnahme mit einem „einschüchternden“ Charakter. Es war als Druckmittel für einzelne konkrete Fälle konzipiert,<sup>169</sup> ist aber so in der Gesetzgebung geblieben.

---

<sup>165</sup> *Konstantinov/Flink/Smirnov*, Popravki strategičeskogo sderživanja [Verbesserungen strategischer Rückhaltung], abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/96804-popravki-strategičeskogo-sderzhivaniya.html>> (10.2.2012).

<sup>166</sup> Innerhalb eines Jahres sind die ausländischen Investitionen in Kasachstan um 22 % gestiegen, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4473187-za-god-inostranye-investicii-v.html>> (13.2.2012).

<sup>167</sup> Investicionnyj klimat Respubliki Kazachstan [Investitionsklima der Republik Kasachstan], Angaben der Handelsvertretung, abrufbar unter <[http://www.kaztrade.ru/kazakhstan\\_republic/economy/investment](http://www.kaztrade.ru/kazakhstan_republic/economy/investment)> (24.5.2012).

<sup>168</sup> Siehe z.B. das Verzeichnis auf der Website von ICSID, abrufbar unter <<http://icsid.worldbank.org>> (14.4.2012).

<sup>169</sup> Zum Beispiel als der Staat versucht hat, den Verkauf der 100 % des Aktienpakets der Gesellschaft „PetroKazakhstan“ an die Chinesische Nationalerdölgesellschaft (CNPC) zu beeinflussen. Der Staat hat Veränderungen im Gesetz „Über das Erdöl“ vorgenommen. So konnte er den Begriff der „Rechtskonzentration“ nutzen und den Mechanismus des Prioritätsrechts einschalten. Im Ergebnis wurde ein Memorandum über das gegen-

Man darf anmerken, dass trotz der scheinbaren Schärfe von allen eingeführten Rechtsinstrumenten, diese in der Tat im Vergleich zu dem „Ressourcennationalismus“, der die Welt von Venezuela bis Russland erfasst hat, noch ziemlich bescheiden ausfallen. Aber sogar diese gesetzlichen Veränderungen haben der Nationalgesellschaft „KazMunaiGas“ ermöglicht, sich einige Aktiva aufzubauen.<sup>170</sup>

Zum Beispiel hat Kasachstan die Taktik „der Einschüchterung“ auch in den Verhandlungen über das größte Vorkommen Karatschaganak angewendet. Der Staat hat alle möglichen Mittel benutzt, um den gewünschten Ausgang der Verhandlungen zu erzwingen. So wurden in der letzten Zeit bei dem Nutznießer eine Reihe von Prüfungen durchgeführt: steuerliche, finanzielle, ökologische Prüfungen sowie Migrationsprüfungen, die als Druckmittel eingesetzt wurden.<sup>171</sup> Im Endeffekt hat eine solche Politik zu den gewünschten Ergebnissen geführt, und Kasachstan hat einen Anteil von 10 % für 1 Mrd. Dollar in dem Karatschaganak-Projekt bekommen.<sup>172</sup>

Der Staat versucht, alle diese Mechanismen und Instrumente nicht nur für die Vergrößerung des Anteils des Landes an den Erdölprojekten, sondern auch für die Vergrößerung der Steuereinnahmen und anderer Abgaben für den Haushalt anzuwenden. Wie oben festgestellt wurde, hält der Staat die Stabilität der Steuerkonditionen von den abgeschlossenen Produktionsvereinbarungen ein. Die Republik Kasachstan kann PSA-Verträge nicht einseitig revidieren. Dies würde eine Nichtbefolgung der früher abgeschlossenen Kontrakte durch die kasachischen Behörden bedeuten. Des-

---

seitige Einverständnis unterschrieben. Die Möglichkeit einer einseitigen Auflösung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen durch den Staat, die mit Hilfe des Gesetzes entstanden ist, das die Veränderungen in das Gesetz über das Erdinnere eingeführt hat, hat als Instrument für den Druck im Laufe der Verhandlungen mit der Gesellschaft „Agip“ und mit anderen Konsortiumsteilnehmern gedient, was den Anteil Kasachstans in dem Kaschagan-Projekt vergrößerte. Ausführlicher darüber *Sulejmenov*, oben Fn. 67, S. 24–26; *Anmerkung der Redaktion*, *Budušće Kašagana* [Die Zukunft von Kaschagan], *KazEnergy* 2007, Nr. 8–9, S. 49; *Anmerkung der Redaktion*, *KMG uveličil dolju na Kašagane* [KMG hat seinen Anteil an Kaschagan erweitert], *Oil&Gas of Kazakhstan* 2008, Nr. 1, S. 17; *Anmerkung der Redaktion*, *Kašaganskij kompromis* [Kompromiss von Kaschagan], *Petroleum* 2008, Nr. 4; *Sulejmenov*, *Kazachstanskaja dolja* [Kasachischer Anteil], in: ders. (Hrsg.), *Pravovoe regulirovanie inostrannyh investicij i nedropol'zovanija v Kazachstane* [Rechtsregulierung ausländischer Investitionen und Nutznießung von Bodenschätzen in Kasachstan], *Almaty* 2006, S. 408–413.

<sup>170</sup> *Smirnov*, oben Fn. 11.

<sup>171</sup> *Anmerkung der Redaktion*, *Kazachstan hočet tret' Karačaganaka* [Kasachstan will ein Drittel des Karatschaganak], *Oil&Gas of Kazakhstan* 2010, Nr. 2, S. 11–14; *Anmerkung der Redaktion*, *Karačaganak: razvjazka približaetsja* [Karatschaganak: Der Ausgang nähert sich], *Oil&Gas of Kazakhstan* 2010, Nr. 3, S. 10–11.

<sup>172</sup> Verhandlungen bezüglich der Regulierung der Beteiligung von Kasachstan in der Erschließung von Karatschaganak sind beendet, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4477707-peregovory-po-uregulirovaniju-uchastija.html>> (5.3.2012).

halb sucht die Republik legitime Auswege aus nicht ganz vorteilhaften PSA-Verträgen. Alle oben aufgezählten Mechanismen und Instrumente sollen diese Aufgabe erfüllen. Mit Hilfe von Kontrollmechanismen beginnt der Staat die Investoren zu zwingen, die Revision jener Punkte des PSA-Kontrakts selbst einzuleiten, die für Kasachstan unvorteilhaft sind.<sup>173</sup> Die Behörden wollen die PSA-Kontrakte dem geltenden Regime der Besteuerung anpassen und die Steuerermäßigungen für die ausländischen Gesellschaften kürzen.<sup>174</sup> Ohne Änderungen in den Kontrakten ist dies unmöglich, weil sie den Stabilisierungsvorbehalt enthalten. Kasachstan will mittels Revision der Kontrakte auch die Forderungen nach *local content* in diesen erhöhen.

Einige Experten behaupten, dass der „Ressourcennationalismus“ die Investoren, darunter sind auch ausländische Investoren zu verstehen, nicht abschreckt.<sup>175</sup> Sie glauben nicht, dass der Staat die unsichtbare Grenze überschreiten wird, die die Attraktivität der Investitionen aufhebt.<sup>176</sup> Anscheinend haben sie Recht, denn das Anlocken von Investitionen bleibt eine der wichtigsten Richtungen der Staatspolitik.<sup>177</sup> Dafür spricht auch die oben erwähnte Ausweitung der Liste von Präferenzen als Steuervergünstigungen. Im Bereich der Nutznießung von Bodenschätzen sollte man m.E. keine mildereren Vorschriften erwarten, aber auch keine weitere Verschärfung. Alles, was der Staat in diesem Bereich angestrebt hat, wurde schon im neuen Gesetz über das Erdinnere umgesetzt.

Ein angemessener Interessenausgleich zwischen den Parteien des Kontrakts auf die Nutznießung der Bodenschätze bedeutet einen Ausgleich zwischen dem Schutz der Staatsinteressen und dem Schutz der Rechte und Interessen des Privatinvestors, dessen Rechte von der Verfassung und von anderen Gesetzgebungsakten gewährleistet sind. Zu überlegen ist, ob eine bezifferbare Bewertung dieses Ausgleichs möglich ist. Vielleicht können als Kriterien herangezogen werden, wie oft die oben erörterten Vorbehalte in der Praxis vom Staat angewendet werden, wie oft die Investoren den

---

<sup>173</sup> Anmerkung der Redaktion, oben Fn. 16, S. 11–12.

<sup>174</sup> Anmerkung der Redaktion, oben Fn. 171, S. 11.

<sup>175</sup> Sorokin, Resursnyj nacionalizm ne otpugnet investorov [Ressourcen-Nationalismus wird die Investoren nicht abschrecken], *Petroleum* 2008, Nr. 2; Smailov, Effekt majatnika [Pendel-Effekt], *National Business* 2007–08, Nr. 12, S. 24.

<sup>176</sup> Porochov, „Železnyj vek“ ili „krasnye flažki“ – što peresilit? [„Das eiserne Jahrhundert“ oder „rote Fähnchen“ – Was ist stärker?], *Exclusive* 2007, Nr. 10, S. 20.

<sup>177</sup> Dafür spricht das Vorhaben Kasachstans ein Moratorium über die Ausbeutung von neuen Erdölfeldern aufzuheben. Vgl. Bericht, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4538039-kazakhstan-otmenit-moratorijj-na.html>> (29.1.2013); Nazarbaev lädt ausländische Investoren nach Kasachstan ein und verspricht ihnen eine Verbesserung des Investitionsklimas, abrufbar unter <<http://www.zakon.kz/4477213-nazarbaev-priglasheetinostrannykh.html>> (2.3.2012).

Rechtsweg in Anspruch nehmen und wie die Garantien für die Investoren in Wirklichkeit funktionieren.

Letztendlich kann die Angemessenheit des Ausgleichs anhand der Zahlen in Bezug auf das Investitionsvolumen abgelesen werden. Man kann in Betracht ziehen, wie viele Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen gekündigt und wie viele bis zum Erfolg des Projekts realisiert wurden. Bei einem für sie ungünstigen Interessenausgleich hören die ausländischen Investoren vermutlich auf, in die Wirtschaft Kasachstans zu investieren oder sie beginnen, das Land zu verlassen und selbst die Auflösung der Kontrakte zu veranlassen. Der Staat hat sich auf jeden Fall mit einem Instrumentarium an rechtlichen Mitteln versorgt, das ihm ermöglicht, die Tätigkeit der Nutznießer von Bodenschätzen strenger zu kontrollieren und seinen wirtschaftlichen Vorteil nicht zu versäumen.

## VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Kontrakt über die Nutznießung von Bodenschätzen nimmt einen besonderen Platz im System der Investitionsverträge, an denen der Staat beteiligt ist, ein. Er ist durch eine große Menge an öffentlich-rechtlichen imperativen Normen geregelt. Das erklärt sich vor allem durch das besondere Regelungsobjekt des Erdinneren. Das Erdinnere ist ein besonderes Objekt der Natur, das sich durch Nichterneuerbarkeit und Erschöpfbarkeit auszeichnet. Erdöl und Erdgas als Bodenschätze, die aus dem Erdinneren gewonnen werden, sind strategische Ressourcen für jedes Land und so auch für Kasachstan.

Der Eigentümer des Erdinneren ist der Staat und mit ihm muss ein Investor einen Kontrakt abschließen, um Nutznießer von Bodenschätzen zu werden und die Gewinnung dieser Bodenschätze durchführen zu können.

In den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen zeigt sich eine widerspruchsvolle und ambivalente Position des Staates: Einerseits ist er Hoheitsträger, der die Investitionsrechtsbeziehungen auch gesetzlich regelt. Andererseits ist der Staat gleichzeitig nach dem Abschluss des Kontrakts Geschäftspartner des Privatinvestors, der mit ihm in zivilrechtlichen Beziehungen gleichgestellt ist. Man kann feststellen, dass sich in der Praxis die beiden Aspekte dieses Doppelstatus häufig vermischen, was zur Beeinträchtigung der Rechte des anderen Partners führt. Nach meiner Ansicht ist dies durch die Natur des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen bedingt. An und für sich bedeutet das bloße Vermischen beider Aspekte nicht die automatische Verletzung von Rechten der Privatseite. Man braucht nur Mechanismen, die es dem Staat nicht erlauben, seine Position im Kontrakt einseitig zu verstärken.

Der besondere Status des Staates führt für sich genommen nicht zur Veränderung der Natur von zivilrechtlichen Beziehungen, an denen der Staat beteiligt ist, so dass kein Grund besteht, in diesen ein Element der Über- und Unterordnung entstehen zu lassen. Andererseits kann man nicht behaupten, dass alle Rechtsbeziehungen in Bezug auf Investitionen, an denen der Staat beteiligt ist, ausschließlich zivilrechtlicher Natur sind. Der besagte Investitionsvertrag kann auch verwaltungsrechtliche Beziehungen gestalten.

Es ist anzunehmen, dass mit der Zeit der verwaltungsrechtliche Vertrag in der kasachischen Doktrin nicht nur insgesamt Anerkennung findet, sondern auch gesetzlich geregelt wird, denn die Handlungsform des Verwaltungsvertrags ist flexibler als die des Verwaltungsakts. Dies ermöglicht dem Staat seine Aufgabe mit weniger imperativen Mitteln zu erfüllen, was zweifellos zu Gunsten seines Partners ist. In der Praxis schließt der kasachische Staat schon solche Verträge ab. Dazu sind z.B. die Konzessionsverträge und die Darlehensvergabeverträge aus den Mitteln des Staatshaushalts zu zählen.

Der Staat hat das Wahlrecht hinsichtlich der Art und Weise, wie er seine Beziehungen mit den Investoren ausgestaltet. Das kann die Förderung des Investors durch Präferenzen, die Beteiligung an bestimmten Investitionsprojekten oder die Zulassung von Investitionen für die Gewinnung von Vorkommen sein. Der Staat setzt für diese Ziele bestimmte gesetzliche Vertragsarten fest, sei es die Kontrakte auf die Gewährung der Präferenzen oder die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen.

In der vorliegenden Untersuchung werden, ausgehend vom Grad, in dem der Staat seine Machtbefugnisse in den Investitionsverträgen ausübt, von der Art und Weise, in der der Staat seine Aufgabe erfüllt, zivilrechtliche, verwaltungsrechtliche und gemischte Investitionsverträge mit Teilnahme des Staates voneinander unterschieden. Die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen wurden den Verträgen mit gemischter Natur zugeordnet.

Das Gesetz über das Erdinnere und die Modellkontrakte schreiben vor, welche Bedingungen die Kontrakte über die Nutznießung von Bodenschätzen erfüllen müssen. Dazu gehören auch die Regelungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter. Dies widerspricht den Prinzipien der Autonomie des freien Parteiwillens und der Vertragsfreiheit, die für zivilrechtliche Verträge kennzeichnend sind. Die vom Staat eingeführten rechtlichen Instrumente haben die imperative Regelung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen verstärkt. Beispiele für die Einschränkung der Vertragsfreiheit sind das Prioritätsrecht des Staates auf den Erwerb des zu veräußernden Rechts auf Nutznießung von Bodenschätzen oder das Recht

des zuständigen Organs, die Geltung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen zu beenden oder zu modifizieren.

Die Anerkennung des Kontrakts über die Nutznießung von Bodenschätzen als Investitionsvertrag mit gemischter Natur beeinflusst die Möglichkeiten und die Verfahrensarten der Streitbeilegung aus diesem Kontrakt. So können z.B. Streitigkeiten öffentlich-rechtlicher Natur nicht vor einem Schiedsgericht verhandelt werden. Es erscheint dennoch nicht erforderlich, eindeutig zu entscheiden, ob der Kontrakt vorwiegend einen privaten oder einen öffentlich-rechtlichen Charakter hat. Die Zuständigkeit für die jeweilige Streitigkeit hängt davon ab, welcher Punkt der Vereinbarung den Streitgegenstand darstellt. Dieser Charakter wird auf der Grundlage der konkreten Umstände und nach den allgemein bekannten Kriterien bewertet: die Regelungsweise, das Regelungsgebiet, die Einflussmöglichkeit der Parteien auf den Inhalt der strittigen Bestimmung und so weiter. Für die Effizienz des Gerichtsverfahrens wäre es zweckdienlich, für den Fall einer Streitigkeit gemischten Inhalts entsprechende Änderungen in der Gesetzgebung vorzunehmen, die es dem staatlichen Gericht oder dem Schiedsgericht nach der Wahl des Klägers ermöglichen würden, eine Streitigkeit sachlich zu verhandeln. Dafür muss man allerdings die Beschränkungen der Zuständigkeit der Schiedsgerichte verringern.

Beim Erscheinen öffentlich-rechtlicher Elemente in den Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen ist es sehr wichtig zu beachten, dass der Staat, der als Hoheitsträger handelt, von den Verfassungsprinzipien der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit geleitet wird und auch davon, dass die Beachtung der Menschenrechte und der Grundfreiheiten gesichert ist. Eine solche Herangehensweise würde es ermöglichen, allumfassend die Belange des Investors, des Nutznießers von Bodenschätzen, nicht nur auf der Grundlage der zivilrechtlichen Grundsätze zu schützen.

## Teil III

### Materialien der Konferenz

„Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien.  
Transformation mittels *legal transplants*?“



# Georgien und die Europäisierung des Privatrechts

JÜRGEN BASEDOW

I. Die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien.....	457
II. Die Europäisierung des Privatrechts.....	459
1. Aufgaben und Kompetenzen der EU im Bereich des Privatrechts.....	459
2. Errungenschaften des europäischen Privatrechts .....	460
III. Und die Bedeutung für Georgien?.....	462

## I. Die Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien

Als die Republik Georgien im Jahre 1991 ihre staatliche Eigenständigkeit wiedererlangte, gehörte das Projekt eines nationalen Zivilgesetzbuchs mit zu den programmatischen Zielen der ersten Stunde. In wenig mehr als vier Jahren erarbeitete eine Sachverständigenkommission trotz widriger äußerer Umstände einen Entwurf, der Ende 1995 dem Justizministerium vorgelegt und Mitte 1997 vom Parlament einstimmig verabschiedet wurde.<sup>1</sup> Wie ist dieses rasante Tempo der Kodifizierung zu erklären? Die Frage zielt einerseits auf die *Motivation* für ein derart epochales Vorhaben, andererseits aber auch auf die *Möglichkeiten zu seiner Verwirklichung*.

Was die politischen Gründe betrifft, so war offenbar – wie in vielen anderen früheren sozialistischen Ländern – der Wunsch ausschlaggebend, sich vom sowjetischen Erbe zu verabschieden, das Individuum in den Mittelpunkt zu rücken und einen zivilrechtlichen Rahmen für marktwirtschaftliche Prozesse zu schaffen, der die ökonomische Entwicklung des Landes begünstigen sollte. Das Zivilrecht sowjetischer Provenienz war zugeschnitten auf relativ einfache private Lebensverhältnisse und konnte sich mit relativ wenigen Normen von geringer Regulierungstiefe begnügen. Die

---

<sup>1</sup> *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), *Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen 2001, S. 893–904, 895.

für das Wirtschaftsleben relevanten Regelungen wurden demgegenüber der Disziplin des Wirtschaftsrechts zugerechnet und waren aufs Engste mit den verwaltungsrechtlichen Vorgaben der zentralen Wirtschaftsplanung verflochten. Die Hinwendung zu einer Ordnung, die das Gesamtwohl letztlich von dem unkoordinierten Zusammenwirken der vielen privaten Wirtschaftspläne erwartet, begründete das Erfordernis einer größeren Regelungsdichte, etwa in Bezug auf juristische Personen, Vertragstypen, standardisierte Geschäftsbedingungen und Sicherungsrechte.

Um das angestrebte Ziel der ökonomischen Entwicklung zu begünstigen, tat Eile Not. Die Autoren des georgischen Zivilgesetzbuchs haben sich deshalb schon sehr früh dazu entschieden, ein funktionierendes nationales Zivilrecht aus Westeuropa als Vorbild für die eigene Gesetzgebung heranzuziehen. Vor dem Hintergrund der pandektistischen Denktraditionen, die auch in der Sowjetunion tradiert worden waren, fiel die Wahl dabei auf das deutsche Recht, auch wenn gelegentlich Bestimmungen des französischen Rechts oder des neuen niederländischen Zivilgesetzbuchs herangezogen wurden.<sup>2</sup> Diesen Vorgang wird man als eine absichtsvolle moderne Rechtsrezeption bezeichnen können. Sie hat sich auch noch außerhalb des Zivilgesetzbuchs zum Teil fortgesetzt, so etwa im internationalen Privatrecht.<sup>3</sup> Sie wurde von verschiedenen deutschen Rechtswissenschaftlern, allen voran Professor *Rolf Knieper* aus Bremen, unterstützt und von deutschen Institutionen gefördert. Man wird die Entscheidung der georgischen Rechtspolitik zu einer solchen Rezeption durchaus als vernünftig betrachten können. Dies sage ich nicht als deutscher Rechtswissenschaftler, der dem eigenen Recht eine möglichst weite Anerkennung sichern möchte. Tragende Gründe waren vielmehr der schon erwähnte Zeitdruck und die begrenzten rechtspolitischen Ressourcen, mit denen Georgien innerhalb kürzester Zeit das Fundament für eine neue Wirtschaftsordnung schaffen musste. Die Rezeption war unter den gegebenen Umständen der effizienteste Weg, um den Nutzen aus den jahrzehntelangen und vielfältigen rechtlichen Diskussionen zu ziehen, die in Deutschland stattgefunden und zu einer hochgradigen Ausdifferenzierung des Zivilrechts geführt hatten.

Das Ergebnis dieses Prozesses ist freilich die Orientierung des georgischen Zivilrechts an einem ausländischen Modell, das inzwischen selbst gleichsam im Rückzug begriffen ist. Die Entwicklung des Privatrechts ist in Deutschland wie auch in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen

---

<sup>2</sup> Siehe *Chanturia*, vorige Fn., S. 895 und 898 bezüglich der Anlehnung an das niederländische Sachen- oder Güterrecht; für die Orientierung am französischen Recht siehe auch *ders.*, Die Europäisierung des georgischen Rechts – Bloßer Wunsch oder große Herausforderung?, *RabelsZ* 74 (2010), S. 154–179, 155.

<sup>3</sup> Siehe den Beitrag von *Vashakidze* im gleichen Band S. 289–329.

Union während der letzten Jahrzehnte gekennzeichnet durch das langsame Vordringen privatrechtlicher Regelungen der Union, die das nationale Privatrecht zum Teil *verdrängen*, zum Teil *angleichen*, zum Teil *ergänzen*. Die Bedeutung der Europäischen Union für das Privatrecht wird in den Mitgliedstaaten erst allmählich besser verstanden, außerhalb der Union hat man sie bislang vielfach noch kaum zur Kenntnis genommen. Die folgende Skizze soll hierüber informieren (unten II.); sie wird damit auch die Frage aufwerfen, welche Konsequenzen die Bedeutung der Europäischen Union für das Privatrecht in Georgien für die Weiterentwicklung des nationalen Privatrechts haben könnte (unten III.).

## II. Die Europäisierung des Privatrechts

### *1. Aufgaben und Kompetenzen der EU im Bereich des Privatrechts*

In vielen Ländern der Welt ist das Privatrecht – wie auch in Georgien – auf nationaler Ebene einheitlich geregelt. Neben diesem nationalstaatlichen Privatrechtsmodell steht in zahlreichen Staaten aber auch eine Aufteilung der privatrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen zwischen dem Zentralstaat und einzelnen Teileinheiten; man denke nur an die USA, an Großbritannien oder an Spanien, wo sich für manche Teilgebiete des Privatrechts dezentral erlassene Regelungen finden, während andere Teilgebiete auf nationaler Ebene einheitlich geregelt sind. Dies ist von Staat zu Staat jeweils ein Ergebnis der verfassungsrechtlichen Vorgaben. Bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1957 lag die Gesetzgebungskompetenz für das Privatrecht unzweideutig bei den Gründerstaaten, und der EWG-Vertrag verfolgte auch ganz andere Ziele als die Rechtsharmonisierung; es ging primär um die Integration der Märkte.

Zu diesem Zweck wurden der EWG, die nunmehr die Europäische Union ist, einzelne Politikbereiche als Aufgaben zugeordnet. Aus der Aufgabenerteilung ergab sich implizit die Gesetzgebungskompetenz für die betreffenden Sektoren. So bruchstückhaft wie die Politikbereiche waren dann auch die Gesetzgebungskompetenzen der Union, die verstreut über den gesamten Vertrag geregelt sind. Um nur einige von besonderem privatrechtlichen Interesse zu nennen: Besonders wichtig ist die Binnenmarktkompetenz gemäß Artikel 114 AEUV; daneben stehen die Kompetenz zur Angleichung des Gesellschaftsrechts gemäß Artikel 50 Abs. 2 lit. g AEUV, zur Ausgestaltung einer gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß Artikel 91 und 100 AEUV, für das internationale Privat- und Zivilprozessrecht gemäß Artikel 81 AEUV, zum Erlass von Antidiskriminierungsrichtlinien gemäß Artikel 19 und 153 AEUV, für das Wettbewerbsrecht gemäß Artikel 103 AEUV oder für den Erlass einheitlicher europäischer Schutzrechte des

geistigen Eigentums nach Artikel 118 AEUV. Die Kommission muss für jedes Vorhaben die richtige Gesetzgebungsgrundlage auswählen, durch die auch noch Einzelheiten des Gesetzgebungsverfahrens und der Typus der möglichen Rechtsvorschriften näher bestimmt werden. So können zum Teil wie etwa im Transportwesen oder im Kollisionsrecht Verordnungen erlassen werden, die unmittelbar für und gegen alle Bürger in der Europäischen Union gelten, während in anderen Bereichen primär oder ausschließlich das Instrument der Richtlinie in Betracht kommt, die von den einzelnen Mitgliedstaaten erst noch in nationales Recht umgesetzt werden muss.

Vor diesem Hintergrund hat sich seit 1968 und verstärkt seit 1985 eine überaus fragmentarische Gesetzgebung der Europäischen Union zu privatrechtlichen Fragen entwickelt. Es fehlt an einem ganzheitlichen Konzept. Die rund 100 oft sehr punktuellen Rechtsakte, die ausschließlich das Privatrecht betreffen, lassen sich aber gewissen Themenschwerpunkten zuordnen, insbesondere dem Gesellschaftsrecht, dem Arbeitsrecht, dem Verbraucherrecht, dem geistigen Eigentum, dem Wettbewerbsrecht sowie dem internationalen Privat- und Prozessrecht.

Alle diese Rechtsakte sind der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof zugänglich. Wichtigster Verfahrenstypus ist dabei das sogenannte Vorabentscheidungsverfahren, bei dem nationale Gerichte dem Europäischen Gerichtshof Fragen zur Auslegung europäischer Rechtsregeln vorlegen. Sobald der Gerichtshof seine – abstrakte – Entscheidung getroffen hat, fällt das nationale Gericht auf dieser Grundlage dann das Urteil über den anhängigen Streit. Das Verfahren begründet gleichsam einen Dialog zwischen nationalen Gerichten und Europäischem Gerichtshof. Sowohl in die Gesetzgebung wie auch in ihre Auslegung durch den Gerichtshof fließen naturgemäß eine Vielzahl unterschiedlicher nationaler Denktraditionen ein. Aus unterschiedlichen nationalen Rechtsvorstellungen bildet sich ein europäisches Amalgam.

## 2. Errungenschaften des europäischen Privatrechts

Wie schon erwähnt, wirken die europäischen Rechtsakte in den Mitgliedsländern auf ganz unterschiedliche Weise: Manche verdrängen nationales Recht, andere gleichen es aneinander an; wieder andere ergänzen es. Dazu ein paar Beispiele.

Der *Verdrängungseffekt* ist am deutlichsten sichtbar, wo Verordnungen erlassen werden, denen gemäß Artikel 288 AEUV unmittelbare Geltung zukommt und die deshalb Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten haben. Ein klares Beispiel ist das internationale Privatrecht: Seit der Vertrag von Amsterdam 1997 die Gesetzgebungskompetenz für diesen Rechtsbereich von den Mitgliedstaaten auf die Europäische Union übergeleitet hat, sind nicht nur zahlreiche Verordnungen im Bereich des inter-

nationalen Zivilprozessrechts geschaffen worden. Darüber hinaus hat die Union inzwischen eigene Kollisionsnormen geschaffen, die auch das Verhältnis zu Drittstaaten betreffen; sie decken mittlerweile das Vertragsrecht, das Deliktsrecht, das Unterhaltsrecht sowie für den größeren Teil der Mitgliedstaaten auch das Ehescheidungsrecht und das Erbrecht ab. Nationales Kollisionsrecht wird hier schlicht verdrängt.

Von größerer Bedeutung war bislang über viele Jahre die *Angleichung* nationalen Privatrechts durch Richtlinien, die in den Mitgliedstaaten noch in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Den Mitgliedstaaten bleibt dabei die Wahl der Form und Mittel der Umsetzung, und oft genug eröffnen die Richtlinien den Mitgliedstaaten weitere Optionen oder Vorbehalte. Die Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht fixieren allesamt nur Mindeststandards. Der Angleichungseffekt ist daher für Außenstehende oft gar nicht zu erkennen. Ein Beispiel ist etwa die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.<sup>4</sup> Die Umsetzungsregelungen gelten etwa in Österreich und Deutschland auch für Verträge zwischen Unternehmen, in anderen Ländern wie Frankreich oder Italien dagegen, wie von der Richtlinie gefordert, nur für Verbraucherverträge. Der Anhang der Richtlinie, der eine Liste besonders anstößiger Klauseln enthält, die als unfair betrachtet werden können, ist in Deutschland in einer verbindlichen Verbotsliste umgesetzt worden, während die skandinavischen Länder den Anhang nur in die Gesetzesmaterialien und nicht in das Umsetzungsgesetz selbst hineingeschrieben haben. Insgesamt hat sich die Richtlinie zwar für punktuelle Fragen als ein brauchbares Angleichungsinstrument erwiesen, für die Harmonisierung umfangreicherer Normbestände ist sie dagegen ungeeignet.

Seit den 1980er Jahren hat sich zunächst im Gesellschaftsrecht und im Recht des geistigen Eigentums ein neues Harmonisierungsinstrument etabliert; durch Verordnung werden sogenannte optionale Instrumente geschaffen, die neben das bestehende nationale Recht treten, es also *ergänzen*. Die privaten Parteien können sich ihrer bedienen, wenn sie dies möchten. Beispielsweise haben einige Großunternehmen wie Allianz oder Porsche die Rechtsform der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht aufgegeben, um sich in eine *Societas Europaea* umzuwandeln.<sup>5</sup> Solche optionalen Instrumente gelten für die gesamte Europäische Union einheitlich und sind der Gesetzgebungshoheit der einzelnen Mitgliedstaaten entzogen. Sie verändern das nationale Recht aber nicht, sondern ergänzen es nur. Im Herbst 2011 hat die Europäische Kommission nunmehr erstmalig ein solches optionales Instrument für den Bereich des Schuldrechts vorgeschlagen,

---

<sup>4</sup> Richtlinie 93/13 vom 5.4.1993, ABl. EU 1993 L 95/29.

<sup>5</sup> Siehe die Verordnung 2157/2001 vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. EU 2001 L 294/1.

nämlich eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.<sup>6</sup> Dieser Vorschlag ist Gegenstand einer intensiven Diskussion unter Rechtswissenschaftlern und Praktikern aller europäischen Länder und ist zunächst auch auf Widerstand aus den nationalen Parlamenten gestoßen. Darauf kann ich hier aus Platzgründen nicht näher eingehen. Nach jahrzehntelangen Erfahrungen mit der Gesetzgebung der Europäischen Union spricht einiges dafür, dass ungeachtet aller Widerstände am Ende ein gemeinsamer europäischer Rechtstext das Licht der Welt erblicken wird. Damit tut die Privatrechtsgesetzgebung der Europäischen Union einen weiteren Schritt in Richtung auf den Kernbereich des Zivilrechts.

### III. Und die Bedeutung für Georgien?

Die geschilderten Vorgänge haben zur Folge, dass die Orientierung Georgiens an dem Rechtssystem eines einzigen Mitgliedstaates sich in Zukunft als problematisch erweisen könnte. Zwar wird Deutschland als größter Mitgliedstaat mit einer hochentwickelten Rechtswissenschaft stets einen gewissen Einfluss auf die Entwicklung des europäischen Rechts haben, doch spiegelt seine Rechtsordnung die Ideenvielfalt des europäischen Rechts nicht in voller Breite wider. Beispielsweise zeigt der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht eine deutliche Tendenz zur Fokussierung auf Verbrauchergeschäfte, die im deutschen Kaufrecht nicht in gleicher Weise spürbar ist. Ich will diese Tendenzen nicht bewerten, möchte aber doch darauf hinweisen, dass ein Land außerhalb der Europäischen Union, das sich auf Dauer am deutschen Recht orientiert, entsprechende Entwicklungen erst mit einer gewissen Verspätung wird zur Kenntnis nehmen können, wenn sie nämlich im deutschen Recht ihren Niederschlag gefunden haben.

Als ausländischem Gast dieses Landes steht es mir nicht an, der georgischen *Rechtspolitik* ungefragt Ratschläge zu erteilen. Doch sollte die georgische *Rechtswissenschaft* im Rahmen ihrer Aufgaben, nämlich der wissenschaftlichen Durchdringung des georgischen Rechts und der Ausbildung des wissenschaftlichen Nachwuchses, ihren Blick auch auf die europäischen Entwicklungen richten. Diese Entwicklungen sind in deutscher und englischer Sprache gut dokumentiert; gerade die deutsche Rechtswissenschaft nimmt intensiv an den europäischen Debatten teil. Dies geschieht freilich nicht oder nur in geringem Umfang in den Lehrbüchern, Kommentaren und Handbüchern, sondern in einer expandierenden neuarti-

---

<sup>6</sup> KOM(2011) 635 endg. vom 11.10.2011; siehe auch die Textausgabe mit Einführung von *Staudenmayer* (Hrsg.), Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, München 2012.

gen Literatur von Zeitschriften und Tagungsbänden. Wenn sich die georgische Wissenschaft in diese Diskussionen einbringt, wird sie am ehesten eine autonome Entwicklung des georgischen Zivilrechts fördern können, wie sie 15 Jahre nach der Kodifikation angezeigt ist. Lassen Sie mich deshalb schließen mit den besten Wünschen für eine selbstbewusste Fortentwicklung des georgischen Rechts im Lichte der Europäisierung unserer Disziplin.



# Die Entwicklungstendenzen im Zivilrecht der Länder des Kaukasus und Zentralasiens

LADO CHANTURIA

I. Einführung .....	465
II. Auswirkungen der sowjetischen Zivilrechtsdogmatik .....	467
1. Anwendung der Dogmatik des sowjetischen Zivilrechts .....	467
2. Fortführung der alten Diskussionen .....	468
III. Fehlen einer pragmatischen Herangehensweise .....	469
1. Rechtsformen juristischer Personen .....	469
2. Arten der dinglichen Rechte .....	470
3. Doppelte gesetzliche Regelungen .....	471
IV. Die Überbewertung der Rolle des Zivilrechts .....	471
1. Die Festlegung sachfremder Rahmenbedingungen für den Staat .....	471
2. Die unberechtigte Erweiterung des Gegenstands des Zivilrechts .....	472
V. Überblick über die Reformbereiche des Zivilrechts .....	472
1. Juristische Personen .....	472
2. Besitz .....	474
3. Die für den Staat vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute .....	475
4. Warenlieferung für den staatlichen Bedarf .....	476

## I. Einführung

Die Staaten des Kaukasus und Zentralasiens führten nach dem Zerfall der Sowjetunion und der Wiederherstellung ihrer staatlichen Unabhängigkeit umfassende und tiefgreifende Reformen des Zivilrechts durch, was sich vor allem in der Verabschiedung von neuen Zivilgesetzbüchern niederschlug.<sup>1</sup> Alle Staaten der Region verfügen inzwischen über neue Zivilgesetzbücher. Dank dieser Reformen sind die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit, das Privateigentum und die Vereinigungsfreiheit, die

---

<sup>1</sup> Über die Entstehung und Entwicklung des Privatrechts in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens siehe *Knieper/Chanturia/Schramm*, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Berlin 2010.

während der Herrschaft des Kommunismus verboten waren, inzwischen signifikante Bestandteile der neuen Rechtsordnungen geworden.

Die Reformen auf dem Gebiet des Zivilrechts werden gerade deshalb zu Recht als *Wiedergeburt des Privatrechts* bezeichnet.<sup>2</sup> Grundsätzlich handelt es sich dabei um die Übernahme der Rechtsinstitute aus entwickelten Privatrechtsordnungen, also um die Rechtstransformation durch den Rechtstransfer.<sup>3</sup> Dabei haben sich zwei Modelle der Kodifikation des Zivilrechts entwickelt: Einige Länder, wie etwa *Armenien*, *Aserbaidschan (teilweise)*, *Kasachstan*, *Kirgisistan*, *Tadschikistan* und *Usbekistan* folgen dem Modell-ZGB für die GUS-Staaten,<sup>4</sup> andere Länder wie *Georgien* und *Turkmenistan* sind eigene Wege gegangen und haben überwiegend das deutsche BGB als Vorbild genommen, mit gleichzeitiger Berücksichtigung der jüngsten Entwicklungen des Privatrechts international, vor allem aber in Europa.<sup>5</sup>

Die vergangenen zwei Jahrzehnte und die Reformen zeigen die Wirkung der neuen ZGB nicht nur als „Law in the books“, sondern auch als „Law in action“,<sup>6</sup> und weisen sowohl Vorteile als auch einige Lücken auf. Die Privatrechtsordnungen, die sich an das Modell-ZGB angelehnt haben, deuten darauf hin, dass sie nicht frei von alten sowjetischen Lasten sind und mit den Traditionen des sozialistischen Zivilrechts nicht ganz gebrochen haben. Einige Beispiele sollen hier ausgeführt werden.

---

<sup>2</sup> Exemplarisch *Alekseev*, Graždanskij kodeks. Zametki iz istorii podgotovki proekta. Zamečanija o sodržanii Kodeksa, ego značenii i sud'be [Zivilgesetzbuch. Aufzeichnungen aus der Zeit der Entwurfsausarbeitung. Bemerkungen zum Inhalt des Gesetzbuches, seiner Bedeutung und seinem Schicksal], in: Makovskij/Alekseev/Chochlov (Hrsg.), Graždanskij kodeks Rossii – problemy, teorija, praktika [Das Zivilgesetzbuch von Russland – Probleme, Theorie und Praxis], Moskau 1998, S. 25 ff.

<sup>3</sup> Stellvertretend zu diesem Thema *Fodor*, Rechtsreform durch Normtransplantation in Mittel- und Osteuropa, Berlin 2009.

<sup>4</sup> Das Modell-ZGB für die GUS-Staaten wurde in den 1990er Jahren unter Federführung des Moskauer Zentrums für Privatrecht entworfen und anschließend von der Interparlamentarischen Versammlung der GUS in Sankt-Petersburg verabschiedet.

<sup>5</sup> Zur Entstehung des georgischen ZGB siehe *Chanturia*, Das neue Zivilgesetzbuch Georgiens: Verhältnis zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker (Hrsg.), Aufbruch nach Europa – 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, S. 893–904.

<sup>6</sup> Durch die Veröffentlichungen der Gerichtsentscheidungen in vielen Staaten der Region, vor allem in Georgien und Kasachstan, ist die Rechtsprechung für die Öffentlichkeit inzwischen transparent.

## II. Auswirkungen der sowjetischen Zivilrechtsdogmatik

### 1. Anwendung der Dogmatik des sowjetischen Zivilrechts

Nicht selten wird in den Diskussionen über die aktuellen Probleme der modernen Privatrechtsordnung, wie etwa über die juristischen Personen oder die Vertragsfreiheit, auf die Klassiker des sowjetischen Zivilrechts und vorherrschende Meinungen darüber verwiesen, wie etwa auf die von *Venediktov*, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur für die *Zivilgesetzbücher der Bourgeoisie* (*buržuaznye kodeksy*) charakteristisch seien.<sup>7</sup> Das Recht des Staates, juristische Personen auch über die Grenzen des Zivilrechts hinaus zu gründen, wird ignoriert, obwohl der Staat dies praktiziert und solche juristischen Personen regelmäßig gründet.<sup>8</sup>

Ähnlich präsent bleibt die *sowjetische Lehre über die besondere Subjektivität des Staates im Zivilrecht*, die bis heute in der Zivilrechtswissenschaft vieler postsowjetischer Staaten vorherrschend ist. Sie versucht, die Gesetzgebungskompetenzen des Staates seinem besonderen Status im Zivilrecht zuzuschreiben. Die Tatsache, dass der Staat im Privatrecht den privaten Personen gleichgestellt ist und sich von ihnen nicht unterscheidet, gilt in der Literatur, wie zu sowjetischen Zeiten, als Besonderheit des *bourgeoisien Staates* (*buržuaznogo gosudarstva*),<sup>9</sup> obwohl die Zivilgesetzbücher die Gleichstellung von Staat und Privatpersonen im Zivilrecht festlegen.<sup>10</sup>

Es lässt sich sehr bezweifeln, ob diese und ähnliche Theorien für die Erklärung aktueller Probleme des Zivilrechts und einer Marktwirtschaft geeignet sind. Deshalb ist die Ausarbeitung einer neuen Theorie des Zivilrechts unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtstransformation eine notwendige Voraussetzung für die Entwicklung des Privatrechts in den postsowjetischen Staaten, ähnlich, wie russische Rechtswissenschaft-

---

<sup>7</sup> So ruft zum Beispiel zur Ablehnung des Begriffs der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ein prominenter russischer Professor die Auffassung von *Venediktov* zu Hilfe, der im sowjetischen Zivilrecht als Erfinder der Konstruktion der operativen Verwaltung oder des staatlichen Eigentums gilt, wonach die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nur für die Zivilgesetzbücher der Bourgeoisie (*buržuaznye kodeksy*) charakteristisch seien: *Suchanov*, O juridičeskich licach publičnogo prava [Über juristische Personen des öffentlichen Rechts], *Vestnik VAS* 2011, Nr. 4, S. 11 ff.

<sup>8</sup> Exemplarisch *Tschurkin*, *Juridičeskoe lico publičnogo prava* [Juristische Person des öffentlichen Rechts], Moskau 2007.

<sup>9</sup> *Bratus'*, *Sub'jekty graždanskogo prava* [Subjekte des Zivilrechts], Moskau 1950, S. 238–242. Zur Begründung der Ablehnung der Rechtskonstruktion der juristischen Person des öffentlichen Rechts weist Professor *Evgenij Suchanov* auf diese Meinung hin, oben Fn. 7, S. 16–17.

<sup>10</sup> Zum Beispiel Art. 124 ZGB von Russland.

ler des 19. Jahrhunderts dies für Russland getan haben.<sup>11</sup> Die Erfahrungen aus der Europäisierung des Privatrechts sollten in diese Theorie einfließen.<sup>12</sup>

## 2. Fortführung der alten Diskussionen

Die im sowjetischen Recht geführte Diskussion über das sozialistische Wirtschaftsrecht lebt fort und bereitet erhebliche Schwierigkeiten sowohl für die Wirtschaft als auch für die Rechtsanwendung.<sup>13</sup> Mit der Verabschiedung und dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches und des Wirtschaftsgesetzbuches am gleichen Tag schuf die Ukraine ein Schulbeispiel für Rechtsunsicherheit.<sup>14</sup> Die beiden Gesetze enthalten gleiche Rechtsmaterien, regeln sie aber unterschiedlich. Die destruktive Wirkung dieser rechtspolitischen Entscheidung zeigt sich insbesondere im Gerichtsverfahren, wenn eine Prozesspartei ihre Anspruchsgrundlage auf das Wirtschaftsgesetzbuch stützt, die andere Prozesspartei hingegen auf das Zivilgesetzbuch. Die Gerichte entscheiden nach dem Ermessen der Richter, ob sie das Wirtschaftsgesetzbuch oder das Zivilgesetzbuch anwenden.<sup>15</sup>

Diese widersprüchliche Gesetzeslage soll nun in Kasachstan übernommen werden, wo die Rechtsabteilung der Präsidialverwaltung das Konzept und einen Entwurf des Wirtschaftsgesetzbuches für Kasachstan initiierte. Die Verabschiedung eines Wirtschaftsgesetzbuches steht auf der Tagesordnung, das ähnlich wie das ukrainische Gesetz wirtschaftsrelevante Vorschriften parallel zu den Vorschriften im ZGB von Kasachstan enthalten soll. Zu Recht stößt der Entwurf auf heftigen Widerstand der Juristen in Kasachstan.<sup>16</sup>

Die Idee des Wirtschaftsgesetzbuches lässt sich als ein Ausdruck und das Resultat der jahrzehntelang geführten, längst überfälligen, aber bis

---

<sup>11</sup> Zu den namhaften und bis heute angesehenen russischen Wissenschaftlern dieser Zeit gehören Meyer, Šeršenevič, Pokrovskij, usw.

<sup>12</sup> Hier ist der Meinung von Professor *Jürgen Basedow* zuzustimmen, dass die Privatrechtsentwicklung ohne Berücksichtigung der Europäisierung des Privatrechts undenkbar ist; siehe seinen Beitrag in diesem Band, S. 457–463.

<sup>13</sup> Über die Entstehung und Entwicklung der Theorie des sozialistischen Wirtschaftsrechts ausführlich *Ioffe*, *O chozjajstvennom prave (teorija i praktika)* [Über das Wirtschaftsrecht (Theorie und Praxis)], in: *Didenko/Alekseev (Hrsg.), Graždanskoe zakonodatel'stvo, Izbrannoe* [Zivilgesetzgebung, Auswahl], Bd. 2, Almaty 2008, S. 100–132.

<sup>14</sup> Das ZGB und das Wirtschaftsgesetzbuch der Ukraine wurden am 16.1.2003 verabschiedet und sind am 1.1.2004 in Kraft getreten.

<sup>15</sup> Vortrag von Professor *Nataliya Kuznetsova* in Almaty am 29.9.2011, abrufbar unter <<http://civilista.ru/news.php?id=29>> (9.11.2012).

<sup>16</sup> So in einem offenen Brief zahlreicher kasachischer Juristen an das Justizministerium des Landes über die Unzweckmäßigkeit der Verabschiedung des Wirtschaftsgesetzbuches in: *Journal Jurist*, 7/2011, S. 12–14.

heute andauernden Diskussionen über das System des Rechts und die Stellung des Wirtschaftsrechts in diesem System bezeichnen.<sup>17</sup> Schaden kann eine wissenschaftliche Diskussion zwar nie, aber sie belastet unnötig die Rechtstransformation in den postsowjetischen Staaten bis heute und schafft erhebliche Rechtsunsicherheit, zumal die Idee des Wirtschaftsgesetzbuches auch politische Anerkennung und Unterstützung bekommt.<sup>18</sup>

### III. Fehlen einer pragmatischen Herangehensweise

#### 1. Rechtsformen juristischer Personen

Die genaue Lektüre der einzelnen Institute in den Zivilgesetzbüchern und deren Anwendung in der Praxis verstärken den Zweifel, dass sie oft nicht durchdacht sind. Die zu breite Gestaltung der Rechtsformen juristischer Personen mag ein Beleg für das Fehlen einer pragmatischen Herangehensweise sein.

Kennzeichnend für das Recht der postsowjetischen Länder ist eine sehr breite (nicht selten zu breite) Anwendung der Konstruktion der juristischen Person, was sich vor allem in der Anerkennung nahezu sämtlicher Personenvereinigungen, wie etwa der Bauernwirtschaften, Genossenschaften und der Wohnungseigentümer als juristische Personen widerspiegelt. Trotz dieser Tatsache wird in der Literatur der Versuch unternommen, die einzelnen Arten juristischer Personen abschließend darzustellen, wobei diese Darstellung nicht immer im Einklang mit der Gesetzeslage steht.<sup>19</sup>

Juristische Personen sind laut vorherrschender Auffassung in der postsowjetischen Rechtswissenschaft nur eine Konstruktion des Privatrechts. Nur das Privatrecht stelle für den Staat und für die von ihm gegründeten juristischen Personen besondere Rechtsformen zur Verfügung. Die Verhältnisse, für welche die Konstruktion der juristischen Person geschaffen worden sei, seien privatrechtlich und würden mit Vorschriften des Zivilrechts geregelt. Da diese ablehnenden Meinungen zum Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts in den Rechtsordnungen des Kaukasus und Zentralasiens in der Überzahl sind (mit Ausnahme von Georgien<sup>20</sup>),

---

<sup>17</sup> Ausführlich zu dieser Diskussion im sowjetischen und postsowjetischen Recht *Sulejmenov*, Vortrag auf der internationalen zivilrechtlichen Konferenz in Almaty am 29.9.2011, abrufbar unter <<http://civilista.ru/news.php?id=29>> (9.11.2012).

<sup>18</sup> *Mamutov*, Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches in der Ukraine, WGO 1994, S. 373–379.

<sup>19</sup> Statt vieler *Sergeev/Tolstoi* (Hrsg.), *Graždanskoe pravo* [Zivilrecht], Bd. 1, Moskau 2002, S. 165–168.

<sup>20</sup> Mit der Einführung des neuen ZGB 1997 wurde in Georgien auch der Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts eingeführt. Die Gründung und Tätigkeit von

ist es erforderlich, die Besonderheiten dieses Begriffs, die die Notwendigkeit dieser Unterscheidung auch rechtspolitisch rechtfertigen, im Hinblick auf die Rechtstransformation zu erörtern.

## 2. Arten der dinglichen Rechte

Das Fehlen der pragmatischen Herangehensweise fällt auch bei der Gestaltung von dinglichen Rechten auf, die im Modell-ZGB und in ihm folgenden Zivilgesetzbüchern geregelt sind. Es besteht kein systematisierter Katalog dieser Rechte<sup>21</sup> und außerdem wird die praktische Bedeutung der abschließenden Regelung dieser Rechte nicht erkannt.<sup>22</sup> Dies sorgt zwangsläufig für Rechtsunsicherheit. In dem vorhandenen System der dinglichen Rechte, in dem jedes Nutzungsrecht mit eigenem Inhalt und spezifischen Besonderheiten ausgestattet ist, ist Rechtsunsicherheit bei der Entstehung und Fixierung der dinglichen Rechte vorprogrammiert.<sup>23</sup>

Aus diesen Gründen empfiehlt sich die einheitliche und abschließende Regelung der dinglichen Rechte. Die in der Literatur weitläufig besprochenen Besonderheiten der Sachenrechte sollten ihren Niederschlag auch in den Gesetzen finden. Sonst sind die Ergebnisse der dogmatischen Auslegung der existierenden Gesetzeslage irreführend, weil sie der wirklichen Rechtslage nicht entsprechen. Ein Beleg für diese Widersprüchlichkeit mag die Behauptung der Existenz eines *numerus clausus* der dinglichen Rechte sein, obwohl ein *numerus clausus* dinglicher Rechte in den Zivilgesetzbüchern, die dem Modell-ZGB folgen, nicht verankert ist.<sup>24</sup>

Ein weiterer Kritikpunkt zielt auf die Systematisierung von beschränkten dinglichen Rechten, die in den Rechtsordnungen der Region nach Objekten bzw. Gegenständen vorgenommen wird, was zwangsläufig dazu führt, für jeden Gegenstand ein Sonderrecht konstruieren zu müssen. Dies könnte zur „Überproduktion“ von beschränkten dinglichen Rechten führen. Wassernutzungs- oder Waldnutzungsrechte als beschränkte dingliche Rechte sind anschauliche Beispiele dafür. Im deutschen Recht können Rechte, wie etwa das Bodennutzungsrecht oder das Wohnrecht, dem Nießbrauch oder den Dienstbarkeiten (Servitute) zugeordnet werden, ohne ein Sonderbodennutzungsrecht zu erfinden. Die Zersplitterung der dinglichen

---

juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind in Georgien in einem Rahmengesetz über juristische Personen des öffentlichen Rechts verankert.

<sup>21</sup> Exemplarisch *Galljamova* (Hrsg.), *Kommentarij k graždanskomu kodeksu Kirgizskoj Respubliki* [Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Republik Kirgisistan], Bd. 2, Bischkek 2005, Art. 228, S. 32.

<sup>22</sup> Ein Überblick über die Systematik der Sachenrechte und die Methode der Untersuchung findet sich bei *Babaev*, *Sistema veščnych prav* [System der Sachenrechte], Moskau 2006.

<sup>23</sup> Ausführlich *Knieper/Chanturia/Schramm*, oben Fn. 1, S. 247 ff.

<sup>24</sup> *Knieper/Chanturia/Schramm*, oben Fn. 1, S. 247 ff.

Rechte nach Objekten kann zu großer Rechtsunsicherheit führen. Die beschränkten dinglichen Rechte sind genauso absolute Rechte wie das Eigentum, und sie nach einzelnen Gegenständen zu konzipieren würde die Erfüllung der Hauptfunktion des beschränkten dinglichen Rechts – den Schutz gegen jedermann – schwächen.<sup>25</sup>

### 3. Doppelte gesetzliche Regelungen

Das Fehlen einer pragmatischen Herangehensweise drückt sich auch in der zweifelhaften Gesetzestechnik der Zivilgesetzbücher aus, wonach die Zivilgesetzbücher grundlegende Bestimmungen über solche Rechtsgebiete enthalten müssen, deren ausführliche gesetzliche Regelung einzelnen Gesetzen überlassen wird. Daraus entsteht in der Regel ein vorprogrammierter Konflikt zwischen dem ZGB und den einzelnen Gesetzen, dessen Lösung für die Rechtsprechung eine schwierige Aufgabe darstellt.

Darüber hinaus beschränken sich die Zivilgesetzbücher oft auf die Nennung des Rechtsgegenstandes, ohne ihn ausführlich zu regeln, und begnügen sich mit Verweisen auf anderweitige abstrakte Gesetzgebung, so etwa das usbekische ZGB hinsichtlich juristischer Personen. In etwa 50 Artikeln finden sich über 60 Verweise auf andere Gesetze, die zum größten Teil bis heute noch nicht verabschiedet sind.

Obwohl die Problematik der doppelten Regelung schon seit der Verabschiedung des Modell-ZGB für die GUS-Staaten in den 1990er Jahren bekannt ist,<sup>26</sup> wurde die Kritik in der letzten Zeit laut und offensichtlich,<sup>27</sup> denn die Rechtspraxis hält diesen so genannten „Krieg der Gesetze“ für nicht mehr tragbar.

## IV. Die Überbewertung der Rolle des Zivilrechts

### 1. Die Festlegung sachfremder Rahmenbedingungen für den Staat

Die Überbewertung der Rolle der Zivilgesetzbücher für die Rechtsordnung, die sich oft in der Auferlegung besonderer Pflichten für den Staat ausdrückt, wie etwa die Gründung sämtlicher juristischer Personen des Staates nach dem ZGB oder die Festlegung der Veräußerung des staats-eigenen Vermögens nach den Vorschriften des ZGB, macht das ZGB zum

---

<sup>25</sup> Knieper/*Chanturia*/Schramm, oben Fn. 1, S. 288 ff.

<sup>26</sup> *Boguslavskij/Knieper* (Hrsg.), *Wege zu neuem Recht*, Berlin 1998, S. 38 ff.

<sup>27</sup> Zum Beispiel der Vortrag auf der Konferenz in Almaty am 30.9.2011 von *Rusanova*, *Sistema graždanskogo prava i sistema graždanskogo zakonodatel'stva: grani vzaimodejstvija* [System des Zivilrechts und System der Zivilgesetzgebung: Grenzen der Wechselwirkung], abrufbar unter <<http://civilista.ru/news.php?id=29>> (9.11.2012).

Gegenstand häufiger Gesetzesänderungen, insbesondere bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen des Staates, wie etwa die Bestimmung der sog. strategischen Objekte, für die nach der Gesetzgebung vieler GUS-Staaten Restriktionen in Bezug auf ausländische Investoren gelten, oder die Privatisierung des staatseigenen Vermögens. Dies führt zur Instabilität des Privatrechts.

Die Teilnahme am Privatrechtsverkehr ist nicht die Hauptaufgabe des Staates, und deshalb kann das Zivilgesetzbuch nicht als wichtigstes Wirtschaftsgesetz für ihn dienen. Die wirtschaftspolitischen Entscheidungen liegen jenseits des Privatrechts, und der Staat kann seine Entscheidungen nicht wie eine private Person nach dem ZGB abwägen und Verträge ablehnen, die außerhalb des Zivilgesetzbuches liegen, mit der Begründung, dass der Vertrag nur ein zivilrechtlicher Begriff ist.

Aus diesen Gründen lässt sich feststellen, dass die Überbewertung der Rolle des Zivilrechts realitätsfremd ist und nicht zur Rechtssicherheit beiträgt.

## *2. Die unberechtigte Erweiterung des Gegenstands des Zivilrechts*

Als weiterer Ausdruck der Überbewertung des Zivilrechts sind einerseits die unberechtigte Erweiterung des Gegenstands des Zivilrechts und andererseits der Ausschluss rein zivilrechtlicher Materien (wie etwa das Familienrecht) aus dem ZGB zu betrachten. Beides führt zur Aushöhlung des Zivilrechts dadurch, dass die tatsächliche gesetzliche Regelung der Rechtsmaterie sich in andere Sondergesetze verlagert. So enthalten zum Beispiel die Zivilgesetzbücher der Region Bestimmungen über die Handelsgesellschaften, geregelt sind diese Gesellschaften aber in einzelnen Gesetzen über sie. Die Vorschriften des ZGB werden dadurch gegenstandslos, denn sie regeln kaum etwas im Gesellschaftsrecht.

## V. Überblick über die Reformbereiche des Zivilrechts

Die Befreiung der Zivilgesetzbücher von sachfremden Bestimmungen ist inzwischen ein Dauerthema der zivilrechtlichen Diskussionen. Auf einige der Reformbereiche soll hier eingegangen werden.

### *1. Juristische Personen*

Problematisch bei der Behandlung der juristischen Personen ist der Ausgangspunkt der Regelung. Nach dem Konzept des Modell-ZGB ist die juristische Person ein exklusiver Begriff des Zivilrechts und deshalb müssen alle vermeintlichen juristischen Personen im ZGB verankert werden,

auch die, die der Staat gründen soll. Dementsprechend sind auch die staatlichen juristischen Personen, die im deutschen Recht als juristische Personen des öffentlichen Rechts bekannt sind, im ZGB enthalten, obwohl das ZGB keine konkreten Vorschriften zur Regelung enthält. Die konkrete Regelung ist einzelnen Gesetzen überlassen.

Die Grundauffassung, dass das Zivilrecht nur die juristischen Personen, deren Gründung den Privaten zusteht, regeln soll, ist dem Modell-ZGB fremd. Die angebliche Reichweite des Zivilrechts erfasst deshalb alle juristischen Personen, was die Grenzen des Privatrechts sprengt und die Vorschriften der Zivilgesetzbücher über juristische Personen unanwendbar macht. Daher ist zu empfehlen, dass das Privatrecht von nicht privaten und ausschließlich vom Staat zu gründenden juristischen Personen entlastet wird. Das Privatrecht sollte sich ausschließlich auf die juristischen Personen des Privatrechts beschränken.

Das umstrittene Konzept des Modell-ZGB über juristische Personen sorgt für Missverständnisse und Verwirrungen in den Diskussionen zu juristischen Personen des öffentlichen Rechts, denn letztere werden als neue Rechtsform der juristischen Personen gehandelt und nicht als für das Privatrecht sachfremde Erscheinungen.<sup>28</sup> Juristische Personen des öffentlichen Rechts sollten nicht im Rahmen des Zivilrechts geschaffen werden, sondern im öffentlichen Recht. Dementsprechend lautet die Bezeichnung auch „juristische Personen des öffentlichen Rechts“. Deshalb handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform für juristische Personen, sondern um einen Begriff des öffentlichen Rechts.

Die Notwendigkeit der Reduzierung der Rechtsformen auf das Notwendige findet in einigen Ländern volle Unterstützung.<sup>29</sup> Aus ordnungspolitischen Gründen ist es auch wünschenswert und zweckmäßig, dass die Rechtsordnung über eine übersichtliche, transparente und eine plausible Menge von Rechtsformen für juristische Personen verfügt.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Exemplarisch Vestnik vyššego arbitražnogo Suda Rossijskoj Federacii [Mitteilungsblatt des Obersten Wirtschaftsgerichts der Russischen Föderation] 4/2011, S. 6.

<sup>29</sup> Zum Beispiel in Russland, *Suchanov*, Die Körperschaften im modernen russischen Zivilrecht, VDRW-Mitteilungen 49–50/2011, S. 5 ff.; *Turbanov*, Problemy klassifikacii juridičeskich lic: prodolženie diskussii [Probleme der Klassifizierung der juristischen Personen: Fortsetzung der Diskussion], Vestnik VAS 7/2011, S. 9.

<sup>30</sup> Siehe den Vergleich von Rechtsformen der juristischen Personen in verschiedenen Rechtsordnungen bei *Chanturia*, Organizacionno-pravovye formy korporacij (cravnitel'no-pravovoj analiz) [Die Rechtsformen von Gesellschaften (Eine rechtsvergleichende Analyse)], in: Nuryýew/Chanturia (Hrsg.), Hukuk, ykdysadyýet, abadançylyk: türkmeni-standa hukuk reformasynyň döwrebap meseleleri [Recht, Wirtschaft, Wohlstand: Aktuelle Fragen der Rechtsreform in Turkmenistan], Aschgabat 2010, S. 180–194.

## 2. Besitz

Der Besitz gehört zu den Rechtsmaterien, deren Rechtsnatur und praktische Bedeutung in den Rechtsordnungen des Kaukasus und Zentralasiens ganz unterschiedlich verstanden und interpretiert wird. Die Feststellung der Rechtsnatur des Besitzes wird zusätzlich dadurch erschwert, dass die Zivilgesetzbücher der Länder keine klaren Vorschriften über den Besitz enthalten. Dabei unterscheiden sich zwei Konzepte, die ihre Wurzeln in verschiedenen Zivilgesetzbüchern haben. Zum einen sind es die Gesetze, die dem Modell-ZGB folgen; zum anderen sollen die ZGB von *Georgien* und *Turkmenistan*, aber auch von *Aserbaidschan* genannt werden, die sich stärker an das deutsche BGB anlehnen.<sup>31</sup>

Ausschlaggebend bei der Behandlung des Besitzes ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber der tatsächlichen Herrschaft über Gegenstände Schutz gewährt, ohne Kenntnisse über die Rechtsgrundlage dieses Besitzes zu haben. Die Konstruktion des Besitzes dient dazu, den zahlreichen Besitzern Rechtssicherheit und Schutz zu gewähren, die im alltäglichen Verkehr auftreten und keine sichtbaren Belege für die Rechtmäßigkeit ihres Besitzes vorweisen müssen. Die Rechtsnatur des Besitzes ist in den Ländern des Kaukasus und Zentralasiens, mit wenigen Ausnahmen (wie etwa in Georgien), weitgehend umstritten. Dafür sorgt vor allem die Diskrepanz, die zwischen der Literatur und der Gesetzeslage über den Besitz festzustellen ist. Auffällig ist dieses Problem in den Rechtsordnungen, die dem Modell-ZGB folgen. Gemeinsam ist für sie der Umstand, dass dem Besitz keine selbstständige Bedeutung zukommt und er als Inhaltselement des Eigentums und anderer dinglicher Nutzungsrechte betrachtet wird.<sup>32</sup> Darüber hinaus wird in der Literatur dieser Länder ein völlig anderes Konzept erläutert, als sich aus den Zivilgesetzbüchern ergibt. Der Einfluss der Pandektenlehre fällt auf, obwohl sie mit der wirklichen Gesetzeslage nicht im Einklang steht.<sup>33</sup>

Weiter ist festzustellen, dass die Rechtsprechung die Rechtskonstruktion des Besitzes kaum verwendet. Besitz kommt überwiegend bei der Behandlung des Herausgabeanspruchs des Eigentümers in Betracht. Die Ursachen der mangelnden Anwendung des Besitzes liegen meiner Meinung nach sowohl in lückenhaften gesetzlichen Regelungen als auch in der mangelnden Erforschung dieses Instituts. Der Besitz hat bis jetzt die ihm zustehende Bedeutung für den Rechtsverkehr nicht gewinnen können.

---

<sup>31</sup> Ausführlich zu diesen Unterschieden Knieper/*Chanturia*/Schramm, oben Fn. 1, S. 251 ff.

<sup>32</sup> Šonasridinov, *Veščnoe pravo v Respublike Tadžikistan* [Sachenrecht in der Republik Tadschikistan], Teil IV, abrufbar unter <<http://www.cac-civillaw.org/beitraege/sachenr-tad.ru.rtf>> (9.11.2012).

<sup>33</sup> Knieper/*Chanturia*/Schramm, oben Fn. 1, S. 251.

Der Grund für die unklare Rechtsnatur des Besitzes kann auch darin liegen, dass er gleichzeitig als Recht und als tatsächliche Herrschaft betrachtet wird. Daraus ergibt sich die Schwierigkeit festzustellen, wer eigentlich der Besitzer ist. Ich halte die zu dieser Regelung geäußerte Kritik für begründet.<sup>34</sup>

In wissenschaftlichen Publikationen über das Institut des Besitzes überwiegen Diskussionen über die Begriffsbildung von Besitz, ohne praxisrelevante Aspekte des Instituts zu erläutern. Außerdem wird die Funktion von Besitz als exklusives Instrument zum Schutz des Eigentümers zum Ausdruck gebracht. Auch dort, wo ausdrücklich vom Schutz des Besitzers die Rede ist, ist vor allem der Eigentümer gemeint. Diese Herangehensweise ist zu ändern.

### 3. Die für den Staat vorgesehenen öffentlich-rechtlichen Rechtsinstitute

Die Zivilgesetzbücher, die dem Modell-ZGB folgen, enthalten einige auf den Staat zugeschnittene Rechtsinstitute, die rechtssystematisch dem öffentlichen Recht, nämlich dem Verwaltungsrecht, angehören. Dazu zählen vor allem die operative Verwaltung und das Recht zur wirtschaftlichen Führung.

Auch wenn in der Literatur die Unterschiede zwischen dem Recht zur wirtschaftlichen Führung und der operativen Verwaltung zum Ausdruck gebracht werden, wird anerkannt, dass diese Unterscheidung sehr schwierig ist.<sup>35</sup> Grundsätzlich handelt es sich um identische Institute mit identischen Aufgaben. Diese Aufgaben lassen sich als Aufgaben der internen Vermögensorganisation des Staates definieren, was selbstverständlich eine legitime Aufgabe jedes Staates ist. Es handelt sich eher um verwaltungsrechtliche Vorschriften und Verhältnisse, welche die privatrechtlichen Beziehungen der Teilnehmer des Privatverkehrs dadurch belasten, dass sie Sonderrechte für bestimmte Subjekte schaffen, die den Staat vertreten.

Obwohl das Institut der operativen Verwaltung in den Ländern der Region auch 20 Jahre nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion breite Anwendung findet, mehren sich die Stimmen, dass diese Konstruktion der Entwicklung des Marktes und der privaten Initiative wesentlich im Wege steht.<sup>36</sup> Dieser Einschätzung ist zuzustimmen. Der Staat soll die Verwaltung des staatlichen Vermögens und die Zuständigkeiten der einzelnen staatlichen Einheiten im Rahmen des Verwaltungsrechts regeln. Direkte

---

<sup>34</sup> *Solotych*, Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation, Baden-Baden 1996, Bd. 1, S. 50.

<sup>35</sup> *As'janov*, Veščnoe pravo v Respublike Uzbekistan [Sachenrecht in der Republik Uzbekistan], S. 31, abrufbar unter <<http://www.cac-civillaw.org/beitraege/sachenr-usb.ru.rtf>> (9.11.2012).

<sup>36</sup> Stellvertretend *As'janov*, vorige Fn., S. 31.

Auswirkungen auf die Teilnehmer des Privatrechtsverkehrs sollten diese Regelungen aber nicht haben.

#### *4. Warenlieferung für den staatlichen Bedarf*

Das ZGB von Russland enthält ein Kapitel über die Warenlieferung für den staatlichen Bedarf. Der Inhalt der Artikel 525 ff. ZGB deutet darauf hin, dass es sich grundsätzlich um verwaltungsrechtliche Regeln über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen handelt und nur rudimentär privatrechtliche Regelungen enthalten sind.

Obwohl in der russischen Literatur das Vorhandensein dieses Instituts als Besonderheit des russischen Rechts gilt,<sup>37</sup> handelt es sich aber tatsächlich um ein international bekanntes Instrument der Vergabe öffentlicher Aufträge. Aus der Perspektive des Zivilrechts ist es deshalb sachfremd und fehl am Platz.

---

<sup>37</sup> Suchanov (Hrsg.), *Graždanskoe Pravo [Zivilrecht]*, Bd. 2, 3. Aufl., Moskau 2007, S. 57–59.

# Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidshans

ELCHIN USUB

I. Überblick über die Entwicklungsphasen des Zivilrechts .....	477
1. Phase 1: Verabschiedung unvollkommener Gesetze .....	477
2. Phase 2: Verabschiedung der Verfassung und des Zivilgesetzbuchs .....	478
3. Phase 3: Konsolidierung der bestehenden Gesetze .....	479
II. System des ZGB der Republik Aserbaidshans .....	481
1. Allgemeiner Teil .....	481
a) Recht der juristischen Personen .....	481
b) Sachenrecht .....	482
c) Schuldrecht .....	483
2. Besonderer Teil .....	484
a) Vertragliche Schuldverhältnisse .....	484
b) Gesetzliche Schuldverhältnisse .....	484
c) Erbrecht .....	484
III. Erneute Konsolidierung des ZGB der Republik Aserbaidshans im Jahre 2005 .....	485
IV. Ausblick .....	486

## I. Überblick über die Entwicklungsphasen des Zivilrechts

Die Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidshans, wie übrigens auch die Entwicklung des Zivilrechts der vielen anderen unabhängigen Staaten,<sup>1</sup> die im postsowjetischen Raum entstanden sind, lässt sich grob in drei Phasen einteilen.

### *1. Phase 1: Verabschiedung unvollkommener Gesetze*

In der ersten Phase hat man auch in Aserbaidshans versucht, durch Verabschiedung teilweise noch unvollkommener Gesetze einen schnellen

---

<sup>1</sup> Siehe bei *Sulejmenov*, Stanovlenie i razvitie graždanskogo zakonodatel'stva Respubliki Kazachstan [Entstehung und Entwicklung der Zivilgesetze der Republik Kasachstan], Almaty 2006, S. 19.

Übergang zu einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung zu schaffen.<sup>2</sup> Ordnungspolitische Ziele waren hierbei die Schaffung eines privaten Unternehmertums durch die Gewährleistung privaten Eigentums, die Privatisierung staatlicher Unternehmen und die Einführung der Vertragsfreiheit.<sup>3</sup> Diese Phase hat nach Erlangung der staatlichen Unabhängigkeit am 18.10.1991 begonnen. Unter den Gesetzen, die das oben erwähnte politische Ziel verwirklichen sollten, sind insbesondere folgende zu nennen: das Gesetz „Über Eigentum“ vom 9.11.1991, das Gesetz „Über die Privatisierung der staatlichen Unternehmen in der Republik Aserbaidschan“ vom 7.1.1993, das Gesetz „Über Unternehmen“ vom 1.7.1994, das Gesetz „Über die Aktiengesellschaft“ vom 12.7.1994 und das Gesetz „Über die Registrierung der juristischen Personen“.

Diese Normen dienten jedoch in erster Linie der Umsetzung wirtschaftspolitischer Ziele und waren mit erheblichen Mängeln und Lücken behaftet.

## 2. Phase 2: Verabschiedung der Verfassung und des Zivilgesetzbuchs

Als zweite Phase kann diejenige der Schaffung der für den Zivil- und Wirtschaftsverkehr grundlegenden Gesetze in Gestalt der Verfassung und der Zivilgesetzbücher genannt werden. Die Verfassung der Republik Aserbaidschan vom 12.11.1995<sup>4</sup> verankert die für eine marktwirtschaftliche Ordnung grundlegenden Rechte, wie etwa das private Eigentum und seinen Schutz vor staatlichen Eingriffen, das Recht zu unternehmerischer Betätigung einschließlich der Vertragsfreiheit sowie das Prinzip des freien Wettbewerbs. Entsprechende Normen zur Gewährleistung dieser Rechte finden sich in erster Linie im Rahmen des Grundrechtskatalogs der Verfassung (Kapitel 3).

Neben der Erarbeitung der neuen Verfassung war die Ausarbeitung eines neuen Zivilgesetzbuchs eine prioritäre Aufgabe für den aserbaidischen Gesetzgeber. Auch in Aserbaidschan, wie übrigens auch in den übrigen Ländern des Kaukasus und Zentralasiens, entschied man sich dahingehend, dass ein neues Zivilgesetz erarbeitet werden und es nicht bei der Überarbeitung des alten Zivilgesetzbuchs aus der Zeit der UdSSR belassen werden sollte.<sup>5</sup> Darüber hinaus war man sich in Aserbaidschan auch dahingehend einig, dass bei der Kodifizierung des Zivilrechts von einem Handels- oder Wirtschaftsgesetzbuch abgesehen werden sollte.

<sup>2</sup> Knieper/Chanturia/Schramm, Das Privatrecht im Kaukasus und in Zentralasien, Berlin 2010, S. 36.

<sup>3</sup> Schramm, vorige Fn., S. 36.

<sup>4</sup> Verfassung der aserbaidischen Republik vom 12.11.1995, am 27.11.1995 in Kraft getreten, deutsche Übersetzung abrufbar unter <<http://star-www.giz.de/dokumente/bib/07-1336.pdf>> (26.11.2013), S. 53.

<sup>5</sup> Schramm, oben Fn. 2, S. 37.

Rechtspolitisch war sicherlich sehr interessant, wie das Zivilgesetzbuch ausgearbeitet werden sollte. Grundsätzlich bildeten sich im GUS-Raum zwei Richtungen heraus. Bei der ersten Richtung wurde bevorzugt, von Anfang an durch den engen Kontakt mit den westlichen Beratern die Kodifizierung voranzutreiben. Bei der zweiten Richtung entschied man sich zu Gunsten einer engeren Anlehnung an Russland. In Aserbaidschan war man von 1992 an bemüht, eigenständige Lösungen zu finden.<sup>6</sup> Ein erster Entwurf des aserbaidschanischen ZGB lag den für die Ausarbeitung des ZGB zuständigen Verantwortlichen im Präsidialamt und Parlament bereits 1996 vor. Zwischenzeitlich waren aber 1994 der erste Teil des Modell-Zivilgesetzbuchs für die Staaten der GUS (Allgemeine Vorschriften und Sachenrecht) und 1995 der zweite Teil (Besonderes Schuldrecht) verabschiedet worden, so dass dann der erste Entwurf stark von diesen beiden Teilen des Modell-Zivilgesetzbuchs beeinflusst war. Im Verlauf eines langen Erarbeitungsprozesses lehnte man sich dann jedoch wiederum an das Gesetzbuch von Russland an, unterzog dessen Regelungen aber wiederum mit Hilfe deutscher Berater einigen Änderungen, bevor es am 1.9.2000 in Kraft treten konnte.<sup>7</sup>

### 3. Phase 3: Konsolidierung der bestehenden Gesetze

Die dritte Phase lässt sich auch in Aserbaidschan als Phase der Konsolidierung beschreiben. Sie ist gekennzeichnet durch den Erlass von Spezialgesetzen und die Überarbeitung der vorhandenen gesetzlichen Grundlagen.<sup>8</sup> Hierunter lässt sich die Verabschiedung von besonderen Gesetzen fassen, etwa im Bereich des Immobilien-, Kreditsicherungs- und Gesellschaftsrechts. Als Beispiele für die besonderen Gesetze, die eine wichtige Rolle für den Zivilrechtsverkehr in Aserbaidschan spielen, sind folgende zu erwähnen: das Gesetz „Über das staatliche Register des unbeweglichen Vermögens“ vom 29.6.2004 und das Gesetz „Über die Hypothek“ vom 15.4.2005.

Als Beispiel für die Überarbeitung von vorhandenen Gesetzen ist ohne Zweifel der bisher bedeutendste Konsolidierungsversuch zum ZGB Aserbaidschans, nämlich das Gesetz „Über die Änderung und Ergänzung des Zivilgesetzbuches“ vom 24.6.2005 zu nennen. Auf dieses Gesetz wird unten besonders eingegangen.

---

<sup>6</sup> Aliyev, Das Problem der Vereinheitlichung der Gesetzgebung der GUS-Länder und die Vorbereitung des Zivilgesetzbuches Aserbaidschans, in: Boguslawskij/Knieper (Hrsg.), Wege zu neuem Recht, Berlin 1998, S. 21 ff.

<sup>7</sup> Knieper, Juristische Zusammenarbeit: Universalität und Kontext, Wiesbaden 2004, S. 38, 40 f.

<sup>8</sup> Sulejmenov, oben Fn. 1, S. 16.

Eigenständige Probleme entstanden in dieser Periode daraus, dass es zu Widersprüchen zwischen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs und den Spezialgesetzen kam, da in ihnen mitunter unterschiedliche Interessen ihren Ausdruck fanden. An dieser Stelle ist beispielhaft nur ein solcher Widerspruch hervorzuheben.

Im ZGB ist eine Bestimmung vorhanden, wonach eine Vereinbarung, die dem Hypothekenbesteller gegenüber dem Hypothekengläubiger die Pflicht auferlegt, die Sache nicht zu veräußern, sie nicht zu nutzen oder auf sonstige Weise zu belasten, unwirksam ist (Art. 312.4 Satz 1). Das Gesetz „Über die Hypothek“ regelt diesen Fall diametral anders. Gemäß Art. 30.1 dieses Gesetzes darf der Hypothekengegenstand nur mit schriftlicher Zustimmung des Hypothekengläubigers von dem Hypothekenbesteller an eine andere Person veräußert oder über diesen Gegenstand auf sonstige Weise verfügt werden.

Um dieses Kollisionsproblem zu lösen, fand sich zuerst im Einführungsgesetz zum ZGB vom 28.12.1999 eine Bestimmung, wonach alle anderen zivilrechtlichen Normen in sonstigen Gesetzen nicht angewendet werden dürfen, solange sie nicht in Einklang mit dem ZGB gebracht worden sind (Art. 5 des Einführungsgesetzes).<sup>9</sup> Dieses Anwendungsverbot wurde dann mit einem anderen Gesetz am 24.6.2005 abgeschafft. Mittlerweile ist es so, dass nach Art. 2.5 des neuen, am 21.12.2010 verabschiedeten Verfassungsgesetzes „Über normativ-rechtliche Akte“<sup>10</sup> bei Widersprüchen zwischen den zivilrechtlichen Normen der anderen Gesetzesbücher und sonstiger Gesetze und dem ZGB dem letztgenannten Anwendungsvorrang eingeräumt wird.

Des Weiteren soll ein kurzer Überblick über die Gesetzssystematik sowie die grundlegenden Wesensmerkmale des ZGB der Republik Aserbaidschan<sup>11</sup> gegeben werden.

---

<sup>9</sup> Das Einführungsgesetz ist auf der Webseite der offiziellen Gesetzesdatenbank abrufbar unter <<http://www.e-qanun.gov.az/print.php?internal=view&target=1&docid=1&doctype=0>> (26.11.2013).

<sup>10</sup> Das Verfassungsgesetz ist auf der Webseite der offiziellen Gesetzesdatenbank abrufbar unter <<http://www.e-qanun.gov.az/print.php?internal=view&target=1&docid=21300&doctype=0>> (26.11.2013).

<sup>11</sup> Deutsche Übersetzung bei *Krebs/Dück* (Hrsg.), Das Zivilgesetzbuch der Republik Aserbaidschan – Deutsche Übersetzung mit Einführung, Frankfurt am Main u.a. 2012.

## II. System des ZGB der Republik Aserbaidshan

Das Zivilgesetzbuch der Republik Aserbaidshan (im Folgenden: ZGB RA) gliedert sich in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil. Der Allgemeine Teil enthält die einführenden Bestimmungen, das Recht der natürlichen und juristischen Personen, ferner – aus deutscher Sicht eher unüblich – das Sachenrecht, die allgemeinen Bestimmungen zu Rechtsgeschäften, die Regelungen zu Fristen sowie den allgemeinen Teil des Schuldrechts. Der Besondere Teil umfasst die vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse, das Delikt- sowie das Erbrecht.

Ebenfalls Bestandteil des ZGB ist das Gesellschaftsrecht (im Abschnitt über juristische Personen). Nicht Gegenstand des ZGB ist dagegen das Familienrecht, welches abweichend von der deutschen Zivilgesetzgebung in einem eigenen Familiengesetzbuch kodifiziert ist.

### 1. Allgemeiner Teil

#### a) Recht der juristischen Personen

Unter einer juristischen Person versteht das aserbaidshansische Zivilrecht ein speziell geschaffenes und staatlich registriertes Gebilde, welches über ein abgesondertes Vermögen verfügt und für seine Verbindlichkeiten mit diesem Vermögen haftet, unter eigenem Namen materielle und immaterielle Rechte erwerben, Verpflichtungen eingehen sowie Klägerin oder Beklagte vor Gericht sein kann (Art. 43.1).

Im Gegensatz zum deutschen Recht findet keine Unterscheidung zwischen juristischen Personen des Privatrechts und solchen des öffentlichen Rechts statt. Dies führt letztlich dazu, dass nur juristische Personen des Privatrechts anerkannt werden.<sup>12</sup>

Innerhalb der juristischen Personen (des Privatrechts) wird zwischen kommerziellen und nichtkommerziellen Organisationen differenziert. Während juristische Personen, bei denen das Hauptziel der Betätigung auf der Gewinnerwirtschaftung liegt, als kommerzielle juristische Personen bezeichnet werden, stellen nichtkommerzielle juristische Personen entsprechend Organisationen dar, welche die Gewinnerzielung nicht als Hauptanliegen verfolgen und Erwirtschaftetes nicht unter den Teilhabern aufteilen (Art. 43.5). Als maßgeblich für die Abgrenzung beider Formen juristischer

---

<sup>12</sup> Zu den vorwiegend historischen Gründen einer entsprechenden sowjetischen Rechts-tradition siehe *Chanturia*, Juristische Personen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, S. 21 ff., abrufbar unter <[www.cac-civillaw.org/beitraege/jur-per.chanturia.de.rtf](http://www.cac-civillaw.org/beitraege/jur-per.chanturia.de.rtf)> (26.11.2013).

Personen wird dementsprechend das Gewinnausschüttungsverbot erachtet.<sup>13</sup>

Kommerzielle Organisationen unterteilen sich in wirtschaftliche Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften (Art. 64.1). Wirtschaftliche Personengesellschaften können in der Form einer Vollgesellschaft (Art. 69–81) oder einer Kommanditgesellschaft (Art. 82–86) gegründet werden (Art. 64.2). Kapitalgesellschaften umfassen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Art. 87–96), die Gesellschaft mit zusätzlicher Haftung (Art. 97) sowie die offene und geschlossene Aktiengesellschaft (Art. 99–108). Ebenfalls zu den kommerziellen juristischen Personen zählt die Organisationsform der Genossenschaft.

Teilweise sind die genannten Rechtsfiguren dem deutschen Gesellschaftsrecht fremd.<sup>14</sup> Zu nennen sind hier die Gesellschaft mit zusätzlicher Haftung (Art. 97), die eine Sonderform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung darstellt (Art. 97.3), sowie die geschlossene Aktiengesellschaft (Art. 100), welche denselben Regelungszweck wie die GmbH verfolgt und neben dieser im ZGB RA verankert ist.<sup>15</sup>

Juristische Personen, die ein nichtkommerzielles Gebilde darstellen, können in der Form von öffentlichen bzw. gesellschaftlichen Vereinigungen (Art. 114), Stiftungen (Art. 115–116) und Vereinigungen juristischer Personen (Art. 117–119) gegründet werden. Dass darüber hinaus sonstige gesetzlich vorgesehene Organisationsformen zulässig sind (Art. 43.6), verdeutlicht, dass die Regelung der nichtkommerziellen Organisationen nicht abschließend ist.<sup>16</sup>

### b) Sachenrecht

Das Sachenrecht garantiert auf der einen Seite die Unverletzlichkeit des Eigentums (Art. 6.1 Nr. 4), zeichnet sich jedoch auf der anderen Seite durch einen uneinheitlichen Eigentumsbegriff aus.<sup>17</sup> Neben dem Eigentum Privater (Art. 154) stehen gleichberechtigt das staatliche sowie das kommunale Eigentum (Art. 155, 156).

---

<sup>13</sup> *Chanturia*, vorige Fn., S. 21; vgl. *Knieper*, Juristische Personen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, S. 4, abrufbar unter <[www.cac-civillaw.org/beitraege/jur-per.knieper.jur.per.einl.de.rtf](http://www.cac-civillaw.org/beitraege/jur-per.knieper.jur.per.einl.de.rtf)> (26.11.2013).

<sup>14</sup> *Krebs/Dück*, oben Fn. 11, S. VII.

<sup>15</sup> *Knieper*, Entwicklung der Zivilgesetzbücher in der GUS, S. 8, abrufbar unter <[www.cac-civillaw.org/publikationen/knieper.entwicklung-zivilgesetzbuecher-gus.de.rtf](http://www.cac-civillaw.org/publikationen/knieper.entwicklung-zivilgesetzbuecher-gus.de.rtf)> (26.11.2013).

<sup>16</sup> *Knieper*, oben Fn. 13, S. 28.

<sup>17</sup> *Krebs/Dück*, oben Fn. 11, S. VII; vgl. hierzu *Knieper*, oben Fn. 15, S. 2; *Chanturia*, Sachenrecht in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens, S. 36, abrufbar unter <[www.cac-civillaw.org/beitraege/sachenr-chanturia.de.rtf](http://www.cac-civillaw.org/beitraege/sachenr-chanturia.de.rtf)> (26.11.2013).

Die Übertragung von Eigentum vollzieht sich regelmäßig mit Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (Art. 181.4) und nicht wie in Deutschland erst im Zuge des Verfügungsgeschäfts (vgl. §§ 873, 929 Satz 1 BGB).<sup>18</sup> Die deutsche Besonderheit des Abstraktions- bzw. Trennungsprinzips ist folglich nicht anzutreffen, was aus Sicht des Investors

von Vorteil ist, da dieser nicht Gefahr läuft, trotz unwirksamen Verpflichtungsgeschäfts einen Eigentumsverlust zu erleiden.<sup>19</sup> Gutgläubiger Eigentumserwerb ist sowohl bei der Übertragung beweglicher Sachen (Art. 1829) als auch im Immobiliarsachenrecht möglich, in dem mit Art. 140 eine mit § 892 BGB vergleichbare Regelung existiert.<sup>20</sup>

### c) *Schuldrecht*

Das Schuldrecht (Allgemeiner Teil) wird vom grundlegenden Institut der Vertragsfreiheit getragen (Art. 6.1 Nr. 5), welche sowohl die Abschlussfreiheit (Art. 390.1 1. Fall) als auch die Gestaltungsfreiheit (Art. 390.1 2. Fall) umfasst. Die Vertragsfreiheit bezieht sowohl gänzlich unregelte Vertragstypen (Art. 390.1 Satz 2) als auch typengemischte Verträge (Art. 390.4 Satz 1) ein. Einschränkungen erfährt die Abschlussfreiheit durch den Kontrahierungszwang bei sog. öffentlichen Verträgen (Art. 400). Die Bezeichnung ist insoweit irreführend, als es sich um Marktteilnehmer handelt, die in ihrem Tätigkeitsbereich Verträge schließen und deren Pflichten beim Verkauf von Waren, bei der Verrichtung von Arbeit oder der Erbringung von Diensten festgesetzt werden.<sup>21</sup>

Die Gestaltung von Verträgen wird durch die Inhaltskontrolle bei der Verwendung von sog. Standardvertragsbedingungen (Art. 417), die den Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Sinne der §§ 305 ff. BGB entsprechen, beschränkt. Die Möglichkeit zur impliziten Berücksichtigung von speziellen Unwirksamkeitsregelungen über die Generalklausel, wie diese im deutschen Recht durch § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB gewährt wird, besteht allerdings nicht.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> *Dück*, Aserbaidshanisches Zivilrecht aus deutscher Perspektive, WiRO 2012, S. 206.

<sup>19</sup> *Krebs/Dück*, oben Fn. 11, S. VII.

<sup>20</sup> *Krebs/Dück*, oben Fn. 11, S. VII.

<sup>21</sup> *Knieper*, oben Fn. 15, S. 9; vgl. *Krebs/Dück*, oben Fn. 11, S. VI.

<sup>22</sup> *Dück*, oben Fn. 18, S. 207.

## 2. Besonderer Teil

### a) Vertragliche Schuldverhältnisse

Das besondere Schuldrecht zeichnet sich durch zwei auffällige Gegebenheiten aus. So enthält es eine Reihe ungewöhnlicher und sehr spezifischer Vertragstypen, die allesamt von einer starken Konkretisierung geprägt sind.<sup>23</sup> Diese Vertragsformen finden sich überwiegend im Kaufrecht, so z.B. beim Einzelhandels- und Warenlieferungsvertrag (Art. 614–626 bzw. 627–645). Hier lässt sich eine Parallele zum sowjetischen Zivilrecht erkennen, welches ebenfalls etliche besondere Wirtschaftsverträge kannte.

Darüber hinaus stößt man auf relativ neue, im ZGB RA eigens geregelte Vertragsformen wie Factoring und Leasing (Art. 655–657 und Art. 747–751). Die Normierung spezifischer Vertragstypen zeigt die Fortschrittlichkeit des aserbajdschanischen Rechtssystems, zugleich geht mit dem insoweit geringeren Abstraktionsniveau aber der Zwang zur permanenten Rechtsanpassung einher.<sup>24</sup>

### b) Gesetzliche Schuldverhältnisse

Im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse lässt sich im Wesentlichen zwischen den gesetzlichen Verpflichtungstatbeständen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 1087–1090) und der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 1091–1095) einerseits und den sog. Verpflichtungen aufgrund zivilrechtlicher Verletzungen (Art. 1096–1132) andererseits differenzieren. Bei Letzterem handelt es sich um das aserbajdschanische Deliktsrecht. Dieses umfasst sowohl den Haftungsgrundtatbestand einer Schadensersatzpflicht für (eigene) unerlaubte Handlungen als auch die gleichfalls im deutschen Recht vorhandenen Bestimmungen über eine Haftung für das Verhalten anderer Personen (Art. 1099 ff.). Darüber hinaus enthält das ZGB RA Regelungen zur verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung (Art. 1128–1132), welche sich in Deutschland unter anderem im Produkthaftungsgesetz wiederfinden.

### c) Erbrecht

Das Erbrecht ist in den Art. 1133–1352 geregelt und bildet den Abschluss des ZGB RA. Es kennt gleichermaßen die gesetzliche (Art. 1159–1165) und die testamentarische (Art. 1166–1192) Erbfolge. Weitere mit dem deutschen Erbrecht vergleichbare Instrumentarien sind der Pflichtteil des Erben (Art. 1193–1204), das Vermächtnis (Art. 1205–1219) und die Testa-

<sup>23</sup> Dück, oben Fn. 18, S. 207.

<sup>24</sup> Krebs/Dück, oben Fn. 11, S. VII.

mentvollstreckung (Art. 1232–1242). Der einzige Unterschied liegt in der Besonderheit, dass es für den Anfall des Erbes einer Annahme bedarf (Art. 1243). Das Erbe kann also im Gegensatz zum deutschen Recht (§§ 1922 Abs. 1, 1942 Abs. 1 BGB) nicht einfach per Universalsukzession auf den Erben übergehen.<sup>25</sup> Hinsichtlich der Ausschlagung des Erbes fordern beide Rechtsordnungen übereinstimmend eine Erklärung. Im Übrigen sind die Vorschriften des Erbrechts weitgehend vergleichbar.

### III. Erneute Konsolidierung des ZGB der Republik Aserbaidshan im Jahre 2005

Nach diesen sehr kurzen Ausführungen zur Systematik und den wesentlichen Merkmalen des ZGB RA möchte ich, wie oben erwähnt, auf die bisher größte Konsolidierungsmaßnahme im Bereich des Zivilrechts, nämlich auf das Gesetz „Über die Änderung und Ergänzung des Zivilgesetzbuches“ vom 24.6.2004 zurückkommen. Im Frühjahr 2004 hat eine Arbeitsgruppe unter Vorsitz des Leiters der Parlamentsverwaltung Safa Mirzayev mit der Überarbeitung des ZGB begonnen und einen umfangreichen Entwurf zur Änderung des Gesetzes erstellt. Sie wurde dabei von der damaligen Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) beraten. Ende Juni 2005 hat das aserbaidshansche Parlament das Änderungsgesetz verabschiedet. Es trat am 1.11.2005 in Kraft.

Das damals verabschiedete Änderungsgesetz enthielt insgesamt 317 Änderungen des ZGB RA. Angesichts dieses erheblichen Umfangs hat der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet, über die sachlich unbedingt notwendigen Änderungen hinaus auch noch rein „kosmetische“ Änderungen vorzunehmen.

Ein wesentliches Anliegen der ZGB-Reform war zunächst die Überarbeitung der sehr weitgehenden Formvorschriften für Rechtsgeschäfte, da sie den Güter- und Dienstleistungsverkehr in einer modernen dynamischen Marktwirtschaft bürokratisch sehr hemmen. So wurden in Kapitel 13 die wenig übersichtlichen und z.T. in sich widersprüchlichen allgemeinen Formvorschriften überarbeitet und erheblich gestrafft.

Im allgemeinen Sachenrecht sind einige Änderungen zu beachten. U.a. ist jetzt die zentrale Vorschrift für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen Art. 182. Für unbewegliche Sachen gilt der neue Art. 140.

Das Grundstücksrecht, insbesondere das materielle Registerrecht, ist überarbeitet und die Bedeutung des Grundstücksregisters für den Grundstücksverkehr ist aufgewertet.

---

<sup>25</sup> Dück, oben Fn. 18, S. 207.

Das Kapitel 14 über die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften ist überarbeitet und etwas übersichtlicher geworden. Art. 337 n.F. hat nunmehr den Charakter einer vor die Klammer gezogenen Grundnorm. Danach sind unwirksame Rechtsgeschäfte in anfechtbare und nichtige Rechtsgeschäfte zu unterteilen. Ob ein anfechtbares oder ein nichtiges Rechtsgeschäft vorliegt, ergibt sich aus den nachfolgenden Vorschriften der Art. 339 ff.

Zahlreiche Änderungen hat der Gesetzgeber im Abschnitt 7 bei den einzelnen vertraglichen Schuldverhältnissen vorgenommen. Insbesondere ist die Neuregelung des Eigentumsübergangs beim Kaufvertrag zu nennen. Der Eigentumsübergang ist nicht mehr mit der Zahlung des Kaufpreises verknüpft.

Trotz der dargestellten erneuten Konsolidierung des ZGB RA bestehen darin noch immer einige Probleme, die gewiss eine weitere Konsolidierung in näherer Zukunft erfordern werden. Dazu zählt zweifellos der bestehende Abschnitt des ZGB RA über die juristischen Personen bzw. das Gesellschaftsrecht.

#### IV. Ausblick

Sicher kann man durch verschiedene Konsolidierungsmaßnahmen erreichen, dass ein Gesetz sich der Vervollkommnung nähert. Damit ist jedoch nicht alles gelöst. So hängt eine „vollkommene“ Rechtsprechung nicht nur von der Vollkommenheit eines Gesetzes, sondern auch von vielen anderen zusammenhängenden Faktoren ab. Auch die Anwendung des ZGB RA bildet hiervon keine Ausnahme. Ohne auf Einzelheiten eingehen zu wollen, können zwei Punkte noch hervorgehoben werden, die nicht nur die Entwicklung des Zivilrechts, sondern auch die Entwicklung des aserbaidischen Rechts im Allgemeinen hindern.

Trotz einiger Verbesserungen bei der Veröffentlichung der Gerichtsentscheidungen ist es nach wie vor für den Rechtsanwender schwierig, gezielt an die Rechtsprechung der Gerichte der oberen Instanzen zu gelangen, weil die Entscheidungen nicht mit Leitsätzen versehen werden und Suchfunktionen auf den Webseiten der Gerichte fehlen.

Trotz einer ausdrücklichen Neuregelung im Verfassungsgesetz „Über normativ-rechtliche Akte“ werden die Gesetzesbegründungen immer noch nicht veröffentlicht, so dass es für die Gerichte schwierig ist, die Intention des Gesetzgebers nachzuvollziehen und damit auch das Recht richtig auszulegen und anzuwenden.

## Konferenzbericht

„Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien.  
Transformation mittels *legal transplants*?“

am 18. und 19. Oktober 2012 in Tiflis, Georgien

WALTER GRENZ und ALEXANDER SHMAGIN

I. Einführung .....	488
II. Reform der Zivilrechtsordnung mittels <i>legal transplants</i> .....	491
III. Reform des Zivilrechts in den Ländern des postsowjetischen Rechtsraums .....	492
IV. Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht .....	497

Am 18. und 19. Oktober 2012 veranstaltete das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht gemeinsam mit der Staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität Tiflis mit Unterstützung der VolkswagenStiftung im Rahmen des Postgraduierten-Stipendienprogramms „Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht“ eine internationale Konferenz in Tiflis (Georgien) mit dem Titel „Entwicklung des Privatrechts im Kaukasus und in Zentralasien. Transformation mittels *legal transplants*?“ Das von der VolkswagenStiftung geförderte Stipendienprogramm bot jungen Rechtswissenschaftlern aus den Ländern des Kaukasus und Zentralasiens die Möglichkeit, im Rahmen eines neunmonatigen Aufenthalts am Institut in Hamburg zu einem selbst gewählten Thema ihres Heimatrechts im Zivil- bzw. Wirtschaftsrecht, jeweils in rechtsvergleichender Perspektive, zu forschen. Die Stipendiaten stellten die Ergebnisse ihrer Forschung auf der Konferenz vor. Ihre Vorträge wurden eingerahmt durch Beiträge von prominenten Rechtswissenschaftlern aus Deutschland, dem Kaukasus und Zentralasien, die Einblicke in den Vorgang der Rechts-transformation in dem postsowjetischen Raum boten. Die Konferenz wurde auf deutscher Seite von *Dr. Eugenia Kurzynsky-Singer* organisiert, die als wissenschaftliche Referentin für das Referat Russland und weitere GUS-Staaten das Stipendienprogramm leitete.

## I. Einführung

Der erste Kongress wurde durch die Begrüßungsworte von *Prof. Levan Aleksidze*, Mitglied der Akademie der Wissenschaften, und *Prof. Irakli Burduli*, Dekan der juristischen Fakultät, eröffnet.

Der Direktor des Max-Planck-Instituts, *Prof. Jürgen Basedow*, erläuterte daraufhin in seinem Vortrag „Georgien und die Europäisierung des Privatrechts“<sup>1</sup> die Notwendigkeit für Georgien, das sich das deutsche Recht für seine Rechtsentwicklung als Vorbild genommen habe, die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung nicht aus den Augen zu verlieren. Georgien sei seit der Unabhängigkeit 1991 von dem Wunsch geleitet, sich vom sowjetischen Erbe zu lösen, das Individuum in die Mitte zu rücken und einen zivilrechtlichen Rahmen für marktwirtschaftliche Prozesse zu schaffen. Dafür sei die Verabschiedung eines nationalen Zivilgesetzbuchs ein erstes Ziel gewesen. Die Verfasser des Gesetzbuchs hätten in Anbetracht der gebotenen Eile entschieden, ein funktionierendes Recht aus dem Westen als Vorbild zu nehmen. Vor dem Hintergrund der pandektistischen Rechtstradition, die über das Sowjetrecht tradiert worden sei, sei die Wahl auf das deutsche Recht gefallen. Es habe bewusst die Rechtsrezeption eines „modernen“ Rechts, insbesondere auch im Bereich des Internationalen Privatrechts, stattgefunden. Dabei sei Georgien durch *Prof. Rolf Knieper* und verschiedene deutsche Rechtsinstitute unterstützt worden. Diese Entscheidung der georgischen Regierung sei auch wegen des bestehenden Zeitdrucks und der begrenzten rechtspolitischen Ressourcen für die Bildung eines neuen Fundaments vernünftig gewesen.

*Basedow* gab jedoch zu bedenken, dass man sich als Ergebnis dieses Prozesses an einem ausländischen Rechtsmodell orientiere, das selbst im Rückzug begriffen sei. Die Entwicklung des Privatrechts in Deutschland sei gekennzeichnet durch das Vordringen privatrechtlicher Regelungen der Europäischen Union, die das nationale Privatrecht verdrängen, angleichen und ergänzen. Die Bedeutung der EU würde innerhalb der Mitgliedstaaten erst allmählich verstanden, während sie außerhalb noch kaum Beachtung finde.

Er führte weiter aus, dass bei der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft die Kompetenz für das Privatrecht bei den Mitgliedstaaten gelegen habe. Damals sei das Ziel die Marktintegration gewesen. Zu diesem Zweck seien der EWG einzelne Politikbereiche als Aufgaben zugewiesen worden, woraus sich implizit Gesetzgebungskompetenzen ergeben hätten. Seit 1968 und 1985 sei dadurch eine fragmentarische euro-

---

<sup>1</sup> Siehe in diesem Band S. 457 ff.

päische Gesetzgebung entstanden, die kein ganzheitliches Konzept verfolgt, aber immerhin Themenschwerpunkte zu erkennen gegeben habe.

*Basedow* präsentierte daraufhin Beispiele für die Wirkungsweisen des europäischen Rechts. Man könne erstens einen Verdrängungseffekt bei Verordnungen feststellen. Sie hätten in ihrem Regelungsbereich Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht. Eine größere Bedeutung habe zweitens der Angleichungseffekt bei europäischen Richtlinien. Richtlinien würden lediglich Mindeststandards setzen und müssten erst durch den Mitgliedstaat umgesetzt werden, der allerdings die Form und Art der Umsetzung wählen könne. Schließlich habe der europäische Gesetzgeber drittens durch Verordnungen sog. optionale Instrumente erlassen, die von den Parteien wählbar seien. Sie träten neben das materielle Recht der Mitgliedstaaten und ergänzten es. So sei im Herbst 2011 ein optionales Instrument für das Schuldrecht erlassen worden, das ein gemeinsames europäisches Kaufrecht darstellt und zu einer großen Diskussion geführt habe.

Vor dem Hintergrund dieses Überblicks über die Europäisierung der Privatrechte der Mitgliedstaaten der EU schloss *Basedow* seinen Vortrag mit der Feststellung, dass eine Orientierung Georgiens an nur einer Rechtsordnung problematisch sei. Dadurch würde die Ideenvielfalt des europäischen Rechts fehlen. Europäische Entwicklungen würden auf diese Weise erst verspätet zur Kenntnis genommen werden. Deshalb solle die georgische Rechtswissenschaft ihren Blick auf die EU richten, um infolgedessen eine autonome Entwicklung des georgischen Rechts im Lichte der Europäisierung zu ermöglichen.

Im Anschluss sprach *Prof. Lado Chanturia* über die „Entwicklungstendenzen im Zivilrecht der Länder des Kaukasus und Zentralasiens“.<sup>2</sup> Die Staaten hätten nach dem Zerfall der Sowjetunion tiefgreifende Reformen des Zivilrechts durchgeführt und neue Zivilgesetzbücher verabschiedet. Die Privatautonomie, die Vertragsfreiheit, das Privateigentum und die Vereinigungsfreiheit seien signifikante Bestandteile der neuen Rechtsordnungen geworden. Die Reformen würden daher zu Recht als „Wiedergeburt des Privatrechts“ bezeichnet. Es handele sich bei ihnen um die Übernahme von Rechtsinstituten aus entwickelten Privatrechtsordnungen, also um Rechts transformation durch Rechtstransfer. Dabei würden sich zwei Wege der Zivilrechtskodifikation unterscheiden lassen. Einerseits gebe es Länder, die dem Modellzivilgesetzbuch für die GUS-Staaten folgen würden. Andererseits würden Länder eigene Wege gehen und dabei überwiegend das deutsche BGB unter Berücksichtigung der jüngsten internationalen Privatrechtsentwicklungen als Vorbild nehmen. Er wies aber darauf hin, dass

---

<sup>2</sup> Siehe in diesem Band S. 465 ff.

insbesondere die Privatrechtsordnungen der Modellzivilgesetzbuch-Staaten nicht frei von alten sowjetischen Lasten seien.

*Chanturia* betonte zunächst die negativen Auswirkungen der weiterhin angewendeten sowjetischen Zivilrechtsdogmatik. Ein Klassiker sei etwa die von *Venediktov* vertretene Meinung, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht anzuerkennen seien. Ein weiteres Beispiel sei die Postulierung der besonderen Subjektfähigkeit des Staates im Zivilrecht, wonach der Staat auch im Privatrecht als den privaten Personen nicht gleichgestellt angesehen werde. *Chanturia* sieht in diesem Zusammenhang die Ausarbeitung einer neuen Theorie des Zivilrechts unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Rechtstransformation als notwendige Voraussetzung für eine eigenständige Entwicklung des Privatrechts. Schließlich verwies er noch auf die Diskussion über das sozialistische Wirtschaftsrecht, die zur Verabschiedung von Zivil- und Wirtschaftsgesetzbüchern in der Ukraine führte. Die Idee des Wirtschaftsgesetzbuchs belaste unnötig die Rechtstransformation in den postsowjetischen Staaten und schaffe erhebliche Rechtsunsicherheit.

Als weitere sowjetische Last nannte *Chanturia* das Fehlen einer pragmatischen Herangehensweise. Diese sei bei der sehr breiten Konstruktion der juristischen Person und bei der fehlenden Systematisierung und abschließenden Regelung der dinglichen Rechte im Modellzivilgesetzbuch und in den ihm folgenden Zivilgesetzbüchern zu beobachten. Als drittes Beispiel zählten dazu noch die doppelten gesetzlichen Regelungen in den Zivilgesetzbüchern und Sondergesetzen, die in der Rechtspraxis zu nur schwer lösbaren Kollisionen führten.

Schließlich machte er auf die Überbewertung der Rolle des Zivilrechts aufmerksam. Diese drücke sich in der Festlegung sachfremder Rahmenbedingungen für den Staat in den Zivilgesetzbüchern und in der unberechtigten Erweiterung des Gegenstands des Zivilrechts aus, wobei beides zur Instabilität des Privatrechts führe.

Zum Abschluss nannte *Chanturia* Reformvorschläge für verschiedene Bereiche des Zivilrechts. Zunächst solle die Konzeption der juristischen Person überarbeitet und insbesondere die „juristische Person des öffentlichen Rechts“ als Begriff des öffentlichen Rechts verstanden werden. Zudem müsse das Rechtsinstitut des Besitzes seine ihm zustehende Bedeutung für den Rechtsverkehr erlangen. Bisher werde diese Rechtskonstruktion kaum verwendet, was sowohl an den lückenhaften gesetzlichen Regelungen als auch an der mangelnden Erforschung dieses Instituts liege. Als letzten Vorschlag regte er die Befreiung der Zivilgesetzbücher von öffentlich-rechtlichen Instituten, wie der operativen Verwaltung, dem Recht zur wirtschaftlichen Führung oder der Warenlieferung für den staatlichen Bedarf, an.

In der anschließenden Diskussion wurde die Frage nach Maßnahmen für eine bessere Verknüpfung von Theorie und Praxis aufgeworfen. *Basedow* nannte dafür als positive Beispiele aus deutscher Sicht u.a. den Juristentag, bei dem Praktiker und Wissenschaftler regelmäßig zusammenkämen, und internationale, bilaterale Juristenvereinigungen. *Chanturia* wies auf die Möglichkeit von Doktorarbeiten mit Bezug zur Rechtsprechung hin. Ein anderes Diskussionsthema war der Dualismus von Wirtschafts- und Zivilgesetzbüchern in den Transformationsrechtsordnungen. *Basedow* erklärte mit Blick auf die Schweiz, den italienischen *codice civile* und das niederländische Zivilgesetzbuch, dass gemäß der aktuellen Tendenz das monistische Regelungskonzept bevorzugt werde.

## II. Reform der Zivilrechtsordnung mittels *legal transplants*

Nach den Einführungsreferaten folgte die Sektion, die sich speziell den *legal transplants* widmete. Sie wurde von *Prof. Tevdore Ninidze* geleitet. Zu Beginn referierte *Prof. Lasha Bregvadze* über die „Theorie der Rechtstransplantate“. Er stellte bei einem Überblick über die Konzeption fest, dass es nicht die „eine“ Theorie der Rechtstransplantate gebe. Der Begriff weise eine multidisziplinäre Dimension auf und sei durch viele verschiedene Theorien bestimmt worden. Das Meinungsspektrum reiche von der Aussage, dass jede Norm transplantierbar sei, bis zur Feststellung, dass *legal transplants* nicht möglich seien. In seinem Vortrag ging er insbesondere auf die US-amerikanische „law & development“-Bewegung ein, die das Recht als ein Werkzeug für „social engineering“, also für die Beeinflussung der Gesellschaft, angesehen habe. Nach einer kritischen Auseinandersetzung mit den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Theorien schloss *Bregvadze* mit der Aussage, dass Rechtstransfers durchaus möglich seien, wenn sie im Rahmen von rechtlichen Kommunikationsvorgängen stattfänden, die nicht durch andere Zielsetzungen dominiert werden.

Der zweite Vortrag der Sektion illustrierte das Thema der *legal transplants* am Beispiel der „Rezeption des deutschen Zivilrechts in Georgien“. *Prof. Besarion Zoidze* präsentierte einen Überblick über die historischen Verbindungslinien und Berührungspunkte des georgischen mit dem deutschen Recht. Obwohl Georgien im Laufe seiner Geschichte unter dem Rechtseinfluss vieler Länder gestanden habe, hätten sich die deutsch-georgischen Beziehungen epochenübergreifend intensiv entwickeln können. Das zeige sich am Interesse des georgischen Königs Erekle am europäischen Recht im 18. Jahrhundert, an der Beschäftigung deutscher Rechtswissenschaftler mit dem Kaukasus im 19. und 20. Jahrhundert und an der wichtigen Unterstützung Deutschlands für die Unabhängigkeit Georgiens im Jahr 1918.

Nach Erlangung der zweiten Unabhängigkeit nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion habe sich Georgien wieder Europa zugewandt. Die Zusammenarbeit von georgischen mit deutschen Juristen sei in jeder rechtlichen Sphäre zu spüren. *Zoidze* nannte zum Abschluss seines Vortrags als wichtiges Beispiel für den heutigen Einfluss des deutschen Rechts in Georgien die Vorbildwirkung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Zivilgesetzbuch Georgiens.

Die Sektionsdiskussion widmete sich auf Anregung *Basedows* dem Thema des Rechtsexports. *Bregvadze* wies daraufhin, dass der Rechtsexport auch als Machtinstrument genutzt werden könne. *Chanturia* sprach sogar von einem Rechtsimperialismus und nannte die Richtlinien über Rechtsberatung der Weltbank in diesem Zusammenhang. *Basedow* betonte die seltene Thematisierung des Exports von Recht und machte auf die dahinterstehenden Interessen aufmerksam.

### III. Reform des Zivilrechts in den Ländern des postsowjetischen Rechtsraums

Der letzte Themenschwerpunkt des ersten Konferenztages widmete sich den Zivilrechtsreformen in den postsowjetischen Ländern Aserbaidschan, Georgien und Kasachstan. Die Sektion wurde von *Prof. Maidan Sulejmenov* geleitet.

Zunächst stellte *Prof. Svetlana Moroz* die „Entwicklung des Zivilrechts Kasachstans“ vor. Ausgangspunkt ihres Vortrags war die Abgrenzung des Zivilrechts vom öffentlichen Recht. Vor dem Hintergrund der sowjetischen Rechtswissenschaft, für die eine solche Abgrenzung nicht möglich erschienen sei, skizzierte und bewertete sie verschiedene Theorien, die herangezogen würden, um eine Rechtsnorm im Hinblick auf diese beiden Rechtsgebiete einzuordnen. Sie ging in ihrer Darstellung insbesondere auf Gesetzgebungsbereiche sog. „komplexen Charakters“ ein, die sich einer eindeutigen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Zuordnung entziehen würden.

Nach dieser einleitenden Begriffsbestimmung stellte *Moroz* fest, dass die Entwicklung des Zivilrechts in Kasachstan in drei Etappen stattgefunden habe. Die erste Etappe sei durch die Schaffung des Zivilrechts und seiner einzelnen Institute gekennzeichnet gewesen. Dabei habe das Gesetz „Über ausländische Investitionen in der Kasachischen SSR“ vom 7.12.1990 eine wichtige Rolle gespielt und in dieser Anfangszeit dazu beigetragen, einen funktionierenden Markt zu gestalten. Die zweite Etappe der Entwicklung des Zivilrechts habe mit dem Inkrafttreten des „Zivilgesetzbuchs der Republik Kasachstan“ ab März 1995 begonnen. Die Kodi-

fizierung der Zivilgesetzgebung habe eine wichtige Rolle bei der Entstehung der kasachischen nationalen Gesetzgebung und bei der Regelung von Marktbeziehungen gespielt. Eine Besonderheit der zweiten Etappe sei jedoch gewesen, dass ein bedeutender Teil der erlassenen gesetzlichen und normativen Akte nur einen vorübergehenden Charakter aufgewiesen hätten. Der Erlass des Gesetzes „Über Investitionen“ vom 8.1.2003 habe schließlich die dritte Etappe eingeleitet. Mit diesem Gesetz sei ein einheitliches Rechtsregime für ausländische und nationale Investitionen eingeführt worden, was für eine Verschlechterung der Rechtsstellung ausländischer Investoren gesorgt habe. Zudem sei mit dem Erlass des Gesetzes „Über das staatliche Monitoring des Eigentums in strategisch wichtigen Wirtschaftszweigen“ ein erster Schritt zu der Errichtung eines Genehmigungszwangs für ausländische Investitionen in strategischen Wirtschaftszweigen unternommen worden. *Moroz* beendete ihren Vortrag mit der Beobachtung, dass sich im Gegensatz zur Zeit der Marktbildung der kasachische Staat heutzutage wieder mehr öffentlich-rechtlicher Normen zur Regulierung der Marktbeziehungen bediene.

Im Folgenden wandte sich der Blick der Konferenzteilnehmer mit dem Vortrag von *Dr. Elchin Usub* der „Entwicklung des Zivilrechts Aserbaidshans“ zu.<sup>3</sup> *Usub* konnte ebenfalls eine Dreiteilung der Entwicklung des Zivilrechts seines Landes feststellen. In der ersten Phase seit Erlangung der staatlichen Unabhängigkeit sei man bemüht gewesen, mithilfe mitunter unvollkommener Gesetze einen schnellen Übergang zu einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung zu schaffen. Die zweite Phase habe die Schaffung der für den Zivil- und Wirtschaftsverkehr grundlegenden Gesetze in Gestalt der Verfassung und Zivilgesetzbücher eingeschlossen. Schließlich sei die dritte Phase der Konsolidierung gefolgt, die durch den Erlass von Spezialgesetzen und die Überarbeitung vorhandener gesetzlicher Grundlagen gekennzeichnet sei. In dieser Zeit sei es zu Problemen durch Widersprüche zwischen Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs und der Spezialgesetze gekommen. Derartige Kollisionen würden mittlerweile durch einen gesetzlich festgelegten Anwendungsvorrang zugunsten des Zivilgesetzbuchs gelöst.

Nach einem Überblick über die Gesetzessystematik des Zivilgesetzbuchs der Republik Aserbaidshans illustrierte *Usub* wichtige Änderungen des Gesetzbuchs durch das bisher größte Änderungsgesetz von 2004. Danach seien die sehr weitgehenden Formvorschriften für Rechtsgeschäfte überarbeitet und erheblich gestrafft, die Bedeutung des Grundstücksregisters für den Grundstücksverkehr aufgewertet und der Eigentumsübergang

---

<sup>3</sup> Siehe in diesem Band S. 477 ff.

beim Kaufvertrag von der Zahlung des Kaufpreises losgelöst worden. Zum Abschluss schilderte *Usub* einige Probleme, die die Rechtsentwicklung in Aserbaidshjan hemmten. Er nannte die fehlende Ordnungswirkung des Rechts durch die Rechtsprechung mangels Einheitlichkeit, die immer noch mangelhafte Veröffentlichung der Gerichtsentscheidungen und die trotz Neuregelung fehlende Veröffentlichung von Gesetzesbegründungen.

In der folgenden Diskussion bemerkte *Basedow* im Hinblick auf den Vortrag von *Moroz*, dass der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung ein enges Verständnis des öffentlichen Rechts zeige, indem er eine „Zivil- und Handelssache“ immer bejahe, wenn der Staat nicht in Ausübung hoheitlicher Gewalt handele.

Die beiden nächsten Referate untersuchten das Sachenrecht im postsowjetischen Rechtsraum. Den Anfang machte *Dr. Sergej Skrjabin* mit der „Entwicklung des Sachenrechts Kasachstans“. Er stellte fest, dass das heutige Rechtssystem Kasachstans durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtseinflüsse geprägt sei. Mit seinem historischen Rückblick machte er deutlich, dass die Differenzierung der Eigentumsformen nach dem Subjekt des Berechtigten ein Beispiel für die Kontinuität der kasachischen Gesetzgebung im Sachenrecht sei. Dazu zähle auch die widerwillige und in der Regel nur im Zusammenhang mit dem Eigentum erfolgende Verwendung des Begriffs „Sachenrecht“ und die Bestimmung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte anhand einer Triade von Rechtsbefugnissen. Seine Analyse der heutigen Rechtslage sieht eine fehlende umfassende normative Verankerung der einzelnen Sachenrechte mit Ausnahme des Eigentumsrechts im Zivilgesetzbuch. Die kasachische Wissenschaft und Praxis müssten die sachenrechtlichen Vorschriften systematisieren und einen neuen Teil „Sachenrecht“ schaffen. Als problematisch bezeichnete *Skrjabin* das mangelnde wissenschaftliche Interesse an allgemeinen Fragen des Sachenrechts und die Lückenhaftigkeit der Gerichtspraxis. Die Perspektiven des Sachenrechts in Kasachstan sieht er als mit der rechtlichen Integration im postsowjetischen Raum verbunden, die einige nationale Besonderheiten der Regelung des Sachenrechts impliziere. Allerdings solle das kontinentaleuropäische Pandektensystem des Zivilrechts Orientierungspunkt bleiben. Dies ermögliche die Schaffung eines Privatrechts, das auf der Eigentumsfreiheit und der Autonomie der Person fuße.

Es folgte eine Analyse des georgischen Sachenrechts von *Prof. Tamar Zarrandia*. Die Stipendiatin des Postgraduierten-Stipendienprogramms stellte die Ergebnisse einer gemeinsam von ihr und *Kurzynsky-Singer* vorgenommenen Untersuchung in Bezug auf die „Rezeption des deutschen Sachen-

rechts in Georgien“<sup>4</sup> vor. In ihrer Einleitung führte sie aus, dass bei der Ausarbeitung des neuen georgischen Zivilgesetzbuchs das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch als Grundlage gedient habe. Trotz dieser offensichtlichen Orientierung bestünden jedoch einige Unterschiede zwischen den beiden Rechtsordnungen.

Die Rezeption des deutschen Rechts habe das georgische Sachenrecht von vielen Relikten des sowjetischen Rechts befreit. *Zarandia* wies allerdings darauf hin, dass nicht alle deutschen Rechtsinstitute ihren Weg in das georgische Sachenrecht gefunden hätten. So sei nach ausgiebiger Diskussion nicht das Abstraktionsprinzip nach dem Vorbild des deutschen Rechts eingeführt, sondern das kausale Traditionssystem aus der Sowjetzeit beibehalten worden. Darüber hinaus seien die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb den entsprechenden Normen im BGB nicht vollständig nachgebildet worden, was sich auch in der sehr unterschiedlichen Anwendungspraxis in Deutschland und Georgien zeige. Dies demonstrierte *Zarandia* an einem Fall aus der georgischen Rechtsprechung, in dem das georgische Gericht ein Abhandenkommen der Sache bejaht habe, die von dem Eigentümer freiwillig aber zweckgebunden an einen späteren Veräußerer übergeben worden sei. *Zarandia* hielt am Ende ihres Vortrags fest, dass die Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien in erster Linie die Grundstrukturen der gesetzlichen Regelung erfasse und durch diese Vereinfachung zu einer deutlichen Veränderung der rezipierten Normen geführt habe.

Die zweite Diskussion der Sektion behandelte ausführlich den von *Zarandia* demonstrierten Fall zum gutgläubigen Erwerb aus der georgischen Rechtsprechung und die Bedeutung des Rechtsinstituts des Besitzes in der kasachischen Rechtsordnung.

Der Fokus der Konferenz verlagerte sich für die letzten beiden Vorträge des ersten Tages vom Sachenrecht zum postsowjetischen Gesellschaftsrecht. Es war zunächst *Burduli* vorbehalten, die „Rezeption des deutschen und US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Georgien“ näher zu beleuchten. Seiner Beobachtung nach lasse sich die Entwicklung des georgischen Gesellschaftsrechts in zwei Stadien einteilen. Im ersten Stadium, das von der Verabschiedung des Gesetzes über die gewerblichen Unternehmer in 1994 bis zur Reform in 2008 gedauert habe, sei das georgische Gesellschaftsrecht überwiegend durch das deutsche und österreichische Gesellschafts- und Handelsrecht geprägt gewesen. In 2008 sei jedoch in Georgien

---

<sup>4</sup> Siehe in diesem Band S. 107 ff. Die russische Fassung der Untersuchung wurde bereits veröffentlicht; siehe *Kurzynsky-Singer/Zarandia*, *Receptija nemeckogo veščnogo prava v Gruzii* [Rezeption des deutschen Sachenrechts in Georgien], *Vestnik graždanskogo prava* [Mitteilungsblatt für bürgerliches Recht] 2012, Heft Nr. 1, S. 221–257.

eine große Reform der gewerblichen Gesetzgebung durchgeführt worden, die eine Liberalisierung des wirtschaftlichen Umfeldes erreichen wollte und eine starke Amerikanisierung des Wirtschaftsrechts zur Folge gehabt habe. Er bemängelte, dass in dieser zweiten Phase ab 2008 eine typologische Vermischung der Rechtsformen stattgefunden habe, die die Trennlinien zwischen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Aktiengesellschaft verblassen ließ. Daneben seien die Eintragungsgrundsätze der Gewerbesubjekte radikal geändert worden, was zur Abschaffung einer materiell-inhaltlichen Kontrolle und zur Einführung einer bloßen formellen Prüfung durch den zuständigen Beamten bei der Gesellschaftseintragung geführt habe. *Burduli* hob zudem hervor, dass das georgische Gesellschaftsrecht mittlerweile verbindliche gesetzliche Regelungen zum Mindeststamm- bzw. Mindestgrundkapital nicht mehr kenne und sich im Zuge der Deregulierung vom dualistischen Modell der AG-Verwaltung verabschiedet habe. Seit 2008 herrsche grundsätzlich unbeschränkte Satzungsautonomie im Hinblick auf das AG-Verwaltungsmodell. Zum Abschluss seines Referats betonte *Burduli*, dass das aktuelle georgische Gesellschaftsrecht Institute aus dem deutschen und dem US-amerikanischen Recht vereinige, empfahl aber, dass sich Georgien in Zukunft mehr am europäischen Recht orientieren solle.

Der letzte Vortrag des ersten Tages behandelte die „Entwicklung des Gesellschaftsrechts Kasachstans“. *Prof. Farkhad Karagusov* schilderte den Anwesenden, dass das Gesellschaftsrecht immer noch ein neuer Begriff im jungen Transformationsstaat Kasachstan sei. Die gesetzgeberische Tätigkeit im Gesellschaftsrecht expandiere zunehmend, weise jedoch gerade im Vergleich zu westeuropäischen Rechtsordnungen eine Reihe von Defiziten auf, die es zu beheben gelte. Zunächst sei der Einfluss öffentlich-rechtlicher Bestimmungen im grundsätzlich privatrechtlichen Gesellschaftsrecht vernünftig zu gestalten. Daneben müsse eine klare Trennung von Personen- und Kapitalgesellschaften eingeführt werden. Der Referent forderte darüber hinaus eine Überarbeitung der gesetzlich vorgegebenen Strukturen der Kapitalgesellschaften und in diesem Zusammenhang auch eine Verbesserung der Haftungsgrundlagen betreffend Vorstandsmitglieder. *Karagusov* beendete seinen Vortrag mit einem Ausblick auf zwei gegenwärtig im kasachischen Gesellschaftsrecht zu beobachtende Entwicklungen. Zum einen könne man eine unsystematische Übernahme ausländischer Rechts transplantate ohne grundlegende gesetzliche Reformen feststellen, die bei kasachischen Unternehmen zu erhöhten Kosten führten. Zum anderen verursache das Bestreben des Gesetzgebers, ein Wirtschaftsgesetzbuch zu verabschieden, eine scharfe Opposition bestehend aus der kasachischen Rechtswissenschaft und ihren ausländischen Kollegen.

In der letzten Diskussion dieser Sektion stand die aktuelle Entwicklung des Gesellschaftsrechts im Mittelpunkt. Nach *Burduli* scheinen die unsystematischen Einführungen von Normen für alle postsowjetischen Länder kennzeichnend zu sein. *Basedow* erklärte mit Blick auf die Geschichte, dass das Gesellschaftsrecht schon immer sehr ideologisch gewesen sei. Er hob das deutsche Modell der Mitbestimmung hervor, das die ideologischen Differenzen in rechtliche Bahnen gelenkt habe. Schließlich empfahl *Chanturia* für Transformationsgesellschaften die Verabschiedung detaillierter Regelungen im Gesellschaftsrecht.

#### IV. Rechtsvergleichende Studien zum eurasischen Recht

Am zweiten Tag der Konferenz fanden die Vorträge von Nachwuchswissenschaftlern des Kaukasus und Zentralasiens statt. Die Sektionsleitung lag bei *Kurzynsky-Singer*, die zunächst das Stipendienprogramm vorstellte.

*Prof. Giorgi Tsertsvadze* hielt den ersten Vortrag, der das neue georgische Gesetz über die Schiedsgerichtsbarkeit von 2009 zum Gegenstand hatte.<sup>5</sup> Im Gegensatz zum alten Gesetz von 2007 sei kein kompliziertes Anerkennungsverfahren vorgesehen. Bei der Schaffung habe man sich an den Regelungen des New Yorker Übereinkommens und vor allem an dem von der UNCITRAL entwickelten Modellgesetz orientiert. Das Gesetz folge dem sog. Einheitsprinzip, wonach die inländischen und ausländischen Schiedsverfahren einheitlich geregelt würden. Im Gesetz sei nur schriftliche Form für eine Schiedsklausel vorgesehen. Art. 2 des Gesetzes regele, dass die zuständigen Richter der staatlichen Gerichte die Parteien bei der Wahl und Ernennung von Schiedsrichtern zu unterstützen hätten, was in der Praxis zu großen Schwierigkeiten führe, da es den staatlichen Gerichten an solcher Erfahrung fehle. Dies habe in der Praxis dazu geführt, dass die Parteien die Schiedsrichter in ihren Vereinbarungen zum Teil namentlich bestimmen würden, was vom Obersten Gericht Georgiens akzeptiert werde.

In der anschließenden Diskussion wurde der liberale Charakter des Gesetzes unterstrichen. Auf Nachfrage bestätigte *Tsertsvadze*, dass die georgischen Schiedsgerichte alle Arten von zivilrechtlichen Streitigkeiten entscheiden dürften. Das Gesetz enthalte keine besonderen Anforderungen an die Qualifikation der Schiedsrichter. Wegen vieler Missbrauchsfälle bei der Anwendung des alten Gesetzes habe es in Georgien nicht so viele Schiedsverfahren gegeben, ca. 25 in den letzten zehn Jahren.

---

<sup>5</sup> Siehe in diesem Band S. 139 ff.

Im Vortrag von *Irina Pak* wurde das usbekische Markenrecht mit den europäischen Standards in Bezug auf die Ausgestaltung der Verwechslungsgefahr verglichen.<sup>6</sup> In der Theorie werde zwischen der unmittelbaren, mittelbaren und assoziativen Verwechslungsgefahr unterschieden. Die ersten beiden Arten der Verwechslungsgefahr seien durch die unmittelbare Nutzung eines Bestandteils oder mittelbar durch die Nutzung eines prägenden Teils einer anderen geschützten Marke gekennzeichnet. Im Falle einer assoziativen Verwechslung entstünden bei dem Verbraucher aufgrund besonderer Umstände gedankliche Verbindungen zwischen den beiden Zeichen, welche zu falschen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Herkunftsidentität führten.

Wie der EuGH im Urteil *Sabel v. Puma*<sup>7</sup> feststellte, werde die assoziative Verwechslung von der Richtlinie Nr. 2008/95/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken vom 22.10.2008 nicht umfasst. Dagegen lege das usbekische Markengesetz aus dem Jahre 1994, welches noch stark von dem sowjetischen Recht geprägt worden sei, in Art. 10 fest, dass die Marke u.a. dann nicht eingetragen werden dürfe, wenn sie mit den anderen Marken bis zur Verwechslung identisch sei. Diese Identität werde aber in der Praxis sehr weit verstanden und umfasse auch die assoziative Gefahr.<sup>8</sup> Dies führe dann dazu, dass der Schutz einer Marke in Usbekistan viel umfangreicher sei als in der EU und teilweise die zusätzlichen Aufgaben auf dem Gebiet des unlauteren Wettbewerbs übernehme, welcher in den Transformationsstaaten typischerweise nicht besonders ausführlich geregelt sei.

In der Diskussion wurde betont, dass ein solch starker Schutz für die eingetragenen Marken ein Hindernis für die Entstehung eines konkurrenzfähigen Marktes sein könne.

*Dr. Iroda Djuraeva* sprach über die persönlichen nicht vermögensrechtlichen Rechte von Minderjährigen in Usbekistan.<sup>9</sup> Seit 1992 sei Usbekistan Teilnehmer der UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989, was einer der Gründe für die Modernisierung des Familienrechts in Usbekistan gewesen sei. Im Gegensatz zum sowjetischen Recht, welches das Kind als Objekt der elterlichen Fürsorge betrachtete, habe das Familiengesetzbuch

---

<sup>6</sup> Siehe in diesem Band S. 331 ff.

<sup>7</sup> Rechssache C-251/95, *Sabel BV v. Puma AG*, [1997] E.T.M.R. 1.

<sup>8</sup> Entscheidung des Apellationsrates vom 15.6.2007 auf Beschwerde von Société des Produits Nestlé S.A. (CH) zur Erklärung der Unwirksamkeit der Registrierung einer Marke Nr. MGU 13952 [Rešenje Apeljacionnogo Soveta ot 15.6.2007 g., „Société des Produits Nestlé S.A.“ (CH) protiv dejstvija svidetel'stva Respubliki Uzbekistan Nr. MGU 13952 na kombinirovannyj tovarnyj znak]; online zugänglich unter <<http://www.patent.uz/apelgoldcafe.htm>> (26.11.2013).

<sup>9</sup> Siehe in diesem Band S. 361 ff.

Usbekistans von 1998 ein neues Kapitel über die persönlichen nicht vermögensrechtlichen Rechte von Minderjährigen erhalten. Außerdem sei im Jahre 2008 ein Gesetz über die Garantien von Rechten minderjähriger Kinder verabschiedet worden, das die Staatspolitik auf diesem Gebiet regle. Das neue usbekische Recht gewähre den Minderjährigen ab 14 Jahren zum Beispiel das Recht, selbständig auf den Entzug des Sorgerechts zu klagen. Dieses stehe aber im Widerspruch zum Prozessrecht Usbekistans, wonach die Prozessfähigkeit erst ab 18 Jahren entstehe. Die Analyse des usbekischen Familienrechts zeige, dass trotz der Reglementierung mehrerer selbständiger Rechte von Kindern im Familiengesetzbuch viele davon nur einen deklaratorischen Charakter tragen und der Übergang vom Bild des Kindes als einem Objekt der elterlichen Fürsorge zum selbständigen Rechtssubjekt noch nicht abgeschlossen sei. Es fehle häufig an entsprechenden Durchsetzungsmechanismen, die für die Realisierung der vorgesehenen Rechte erforderlich seien.

In der anschließenden Diskussion merkte *Kurzynsky-Singer* an, dass das usbekische Familienrecht ein Selbstbestimmungsrecht der Minderjährigen in einem höheren Maße gewährleiste, als es von einem (post)totalitären Staat zu erwarten sei. Auf Nachfrage betonte *Djuraeva*, dass nichteheliche Kinder den ehelichen Kindern in ihren Rechten gleichgestellt seien.

Der Vortrag von *Ketevan Giorgishvili* war der Frage des Verbraucherschutzes in Georgien gewidmet.<sup>10</sup> Den besonderen Stellenwert des Verbraucherschutzes betone Art. 30 Abs. 2 Satz 4 der georgischen Verfassung, wonach die Verbraucherrechte durch Gesetz zu schützen seien. Ein solches spezielles Verbraucherschutzgesetz gebe es in Georgien seit 1996.

Die Regelungen seien in den Grunddefinitionen und der Schutzrichtung grundsätzlich mit den europäischen Regeln vergleichbar. Das georgische Verbraucherschutzgesetz stelle weite Informationspflichten für die Verkäufer auf, die mit strengen Haftungstatbeständen flankiert seien. Dabei sehe das Verbraucherschutzgesetz im Gegensatz zum deutschen Recht oder zu den Vorschriften des georgischen Zivilgesetzbuchs keinen Vorrang der Nacherfüllung vor.

Zu den Besonderheiten gehöre die Verankerung des Kontrahierungszwangs in Art. 319 des georgischen Zivilgesetzbuchs. Er sehe unter anderem vor, dass ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher einen Vertragsabschluss nicht verweigern dürfe. Dieser Tatbestand greife zu weit in die Vertragsfreiheit ein und sein Wirkungsbereich solle auf die Fälle des Erwerbs von Gütern zur Deckung des Lebensbedarfs beschränkt werden. Bei den Regelungen des georgischen Rechts zu Haustürgeschäften gebe es

---

<sup>10</sup> Siehe in diesem Band S. 219 ff.

keine Belehrungspflicht des Unternehmers über das Widerrufsrecht. Es fehle zudem an Regelungen für Fernabsatzgeschäfte.

In der Diskussion wurde die Frage nach der Erforderlichkeit des Kontrahierungszwangs aufgeworfen. *Basedow* gab zu bedenken, dass diese nicht nur die Vertragsfreiheit sondern auch die Wettbewerbsfreiheit stark betreffe. *Dr. Thomas Melzer*, der als Leiter des GIZ-Programms „Support of Legal and Judicial Reforms in Azerbaijan“ die Rechtsentwicklung in der Region aus nächster Nähe beobachtet, betonte, dass der Verbraucherschutz in den Transformationsstaaten des Kaukasus und Zentralasiens überhaupt nicht entwickelt sei. Ein derart ausführliches Gesetz zum Verbraucherschutz wie in Georgien gebe es in Aserbaidschan oder Armenien nicht.

*Zhannat Dosmanova* hielt einen Vortrag über die Rechtsnatur von Kontrakten über die Nutznießung von Bodenschätzen in Kasachstan.<sup>11</sup> Die Besonderheit dieser Investitionsverträge sei, dass der Staat daran notwendigerweise als Partei beteiligt sei.

In der kasachischen Literatur sei die Ansicht verbreitet, dass der Staat in diesen Beziehungen als ein dem Investor gleichberechtigtes Subjekt auf trete und deswegen habe dieser Investitionsvertrag über die Nutzung von Bodenschätzen eine privatrechtliche Natur. Diese führe dazu, dass der Staat als gleichberechtigte Partei den Vertrag nicht durch Gesetzesänderungen, die das Verhältnis zu seinen Gunsten verändern, beeinflussen könne. Gegen diese Meinung spreche, dass es für diese Art von Verträgen ein spezielles Gesetz mit einer beachtlichen Zahl von Regelungen gebe, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben. Man könne dabei das Verhältnis von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Regelungen in einem solchen Investitionsvertrag nicht genau feststellen. Deswegen sei die Rechtsnatur des Vertrages als gemischt zu qualifizieren. In der Praxis solle man auf die Natur einzelner Regelungen abstellen. Nach der Qualifizierung der Rechtsnatur der einzelnen Bedingungen könne man dann die Fragen der Haftung oder der Gerichtszuständigkeit ohne weitere Probleme lösen.

Es entstehe zudem die Frage, ob die Streitigkeiten aus dem Vertrag durch Schiedsgerichte entschieden werden können. Eine ausdrückliche Regelung im Gesetz über die Nutzung von Bodenschätzen gebe es nicht. Nach dem Wortlaut des Art. 1 des Gesetzes über die internationale Wirtschaftsgerichtsbarkeit sei dies nur für solche Teile des Investitionskontrakts über die Nutzung von Bodenschätzen zulässig, die einen privatrechtlichen Charakter haben. Dies führe aber zu Unsicherheit in der Praxis. Deswegen sei die Rückkehr zu der alten Regelung empfehlenswert, wonach die Schiedsvereinbarungen zulässig gewesen seien. Sonst bleibe einem In-

---

<sup>11</sup> Siehe in diesem Band S. 395 ff.

vestor nur der Weg, zum internationalen Schiedsgericht für Investitionsstreitigkeiten im Rahmen des Abkommens über die Lösung von Streitfällen zu gehen oder eine Klage vor den kasachischen Gerichten zu erheben.

Der Vortrag von *Assel Bazarbayeva* behandelte die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Kasachstan. Kasachstan sei seit 1995 Teilnehmer des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958 und seit 2004 des Washington Abkommens über die Lösung von Investitionsstreitfällen zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten. Außerdem nehme Kasachstan an dem im Rahmen der GUS erarbeiteten Kiewer Übereinkommen von 1992 „Über die Streitigkeiten, die in Verbindung mit wirtschaftlicher Tätigkeit stehen“ teil, wonach die Mitgliedstaaten rechtskräftige Urteile und Schiedssprüche aus einem anderen Mitgliedstaat gegenseitig anerkennen und vollstrecken.

Gemäß Art. 425 der kasachischen Zivilprozessordnung würden die ausländischen Schiedssprüche anerkannt und vollstreckt, wenn dies vom Gesetz oder von einem internationalen Übereinkommen der Republik Kasachstan oder auf der Basis der Gegenseitigkeit vorgesehen sei. Das Gesetz sehe ein Exequaturverfahren bei den kasachischen Gerichten vor. Die Voraussetzungen richteten sich nach Art. 425-1 Zivilprozessordnung Kasachstans, welcher dem kasachischen Gesetzgeber misslungen sei. Danach solle sich die Partei, zu deren Gunsten die Entscheidung gefallen sei, an das Gericht des Ortes wenden, wo sich das berufene Schiedsgericht befinde. Danach könne man meinen, der Gläubiger solle den Schiedsspruch am gleichen Ort, wo das Schiedsverfahren stattfinde, auch vollstrecken. Das Oberste Gericht Kasachstans habe jedoch in Punkt 30 seiner Richtlinien „Über die Gerichtsentscheidung“ vom 11.7.2003 erklärt, dass das für die Anerkennung zuständige Gericht nach den allgemeinen Regeln über die örtliche und sachliche Zuständigkeit zu bestimmen sei.

*Giorgi Vashakidze* stellte in seinem Vortrag das georgische Internationale Privatrecht vor.<sup>12</sup> Es gebe ein umfassendes IPR-Gesetz aus dem Jahre 1998, das nicht nur das Kollisionsrecht sondern auch das Internationale Zivilverfahrensrecht und die internationale Rechtshilfe regele. Als Vorbild hätten neben dem deutschen Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch auch das schweizerische und das italienische Gesetz zum IPR sowie solche internationale Abkommen wie das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen, das Europäische Schuldvertragsübereinkommen und die Haager Abkommen über den Unterhalt und über die Testamentsform gedient.

---

<sup>12</sup> Siehe in diesem Band S. 289 ff.

Georgien habe zudem einige internationale Übereinkommen, wie die Minsker Konvention vom 22.1.1993 über Rechtshilfe und Rechtsverhältnisse in Zivil-, Familien- und Strafsachen, und bilaterale Verträge in erster Linie mit den Nachbarstaaten geschlossen.

Das System des georgischen Kollisionsrechts folge den europäischen Traditionen. Die Verweisungsnormen beruhten auf dem modifizierten Konzept Savignys, wonach jeder Sachverhalt mit Auslandsberührung demjenigen Rechtsgebiet zuzuordnen sei, dem er „seiner eigentümlichen Natur nach angehöre“. Dafür bediene man sich vorwiegend der allseitigen Kollisionsnormen.

Die einseitigen Kollisionsnormen stellten dagegen eine Ausnahme dar. Die Anknüpfungen seien im IPR-Gesetz grundsätzlich objektiv ausgestaltet. Es fehle aber an solch wichtigen Begriffen wie Qualifikation, Gesetzesumgehung, Statutenwechsel, Vorfrage und Substitution.

Positiv sei zu bemerken, dass das Gesetz bei den besonderen Regelungen ausdrückliche Normen zum Internationalen Gesellschafts- (Art. 24) und Vertretungsrecht (Art. 28) enthalte. Der Besondere Teil weise überwiegend allgemeine Kollisionsregeln auf, die oft nur lückenhaft und sprachlich uneinheitlich formuliert seien. Die Flexibilität im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht werde durch das Fehlen einer Ausweichklausel erheblich beeinträchtigt.

In der Praxis werde das Gesetz von den georgischen Gerichten häufig fehlerhaft angewendet. Das Gericht wende fast nie das ausländische Recht an. Das IPR sei ein unbekanntes und ungeliebtes Terrain, weswegen die Gerichte zur Anwendung des inländischen Rechts neigten.

Es bestehe ein erheblicher Reformbedarf. Neben der Behebung von aufgezeichneten Lücken solle der Gesetzgeber auch die Neuentwicklungen im europäischen Kollisionsrecht berücksichtigen. Auf institutioneller Ebene sei die Schaffung von speziellen Kammern für Fälle mit Auslandsbezug bei den Revisionsgerichten zu empfehlen, welche dann durch die ständige Auseinandersetzung mit solchen Fällen entsprechende Spezialkenntnisse entwickeln würden.

Die abschließende Diskussion der Konferenz wurde durch den Vortrag von *Kurzynsky-Singer* eingeleitet, welcher der Frage gewidmet war, inwiefern die Entlehnungen aus fremden Rechtsordnungen die rechtliche und gesellschaftliche Transformation eines postsowjetischen Landes anstoßen können.<sup>13</sup>

Die rezipierte Rechtsnorm solle zusammen mit ihrer rechtlichen Umgebung betrachtet werden, wobei auf die Wechselwirkungen zwischen dem Transplantat und der rezipierenden Rechtsordnung zu achten sei. Zu be-

---

<sup>13</sup> Siehe in diesem Band S. 3 ff.

rücksichtigen sei, dass bei den Zivilrechtsreformen in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens die *legal transplants* auf eine rechtliche Umgebung trafen, die durch die sozialistische Rechtskultur entscheidend vorgeprägt sei und damit die rechtskulturelle Determinierung eines totalitären Staates aufweise. Die aus den westlichen Rechtssystemen stammenden Transplantate beruhten dagegen auf den Ideen der sozialen Marktwirtschaft, der Rechtsstaatlichkeit und der Privatautonomie. Damit entstehe eine Konkurrenz der eingebrachten gesetzlichen Normen und Prinzipien mit den vorhandenen rechtlichen Traditionen. Die Struktur dieses Konflikts, die im Einzelfall variieren könne, biete den Schlüssel zum Verständnis des jeweiligen Rezeptionsvorgangs.

Dennoch solle das Ausmaß des Konflikts zwischen dem *legal transplant* und der rezipierenden Rechtsordnung nicht anhand dieses Konfliktpotentials pauschalisiert werden. Die liberalen Rechtsordnungen sähen neben einem ausgeprägten Individualrechtsschutz auch den Schutz kollektiver Rechtsgüter vor und autoritäre Rechtsordnungen enthielten, wenn auch eingeschränkt, Schutz für Individualrechte. Es sei bei der Analyse eines Transplantationsvorgangs immer zu prüfen, in welchem Maß die transplantierten Rechtsnormen und die rezipierende Rechtsordnung in einen Konflikt geraten.

Ein gutes Beispiel seien dabei die Normen des usbekischen Familienrechts, wie im Vortrag von *Djuraeva* dargestellt. Die Gesetzgebung weise einen überraschend hohen Stand der Schutzmechanismen für Minderjährige auf, was darauf zurückzuführen sei, dass bereits das sowjetische Familienrecht relativ liberal gewesen sei.

Weiterhin sei zu beachten, dass nicht in allen Fällen ein Konflikt zwischen der rezipierenden Rechtsordnung und der ursprünglichen Bedeutung der Norm offensichtlich sei. Eine Rechtsordnung bestehe auch aus einer Vielzahl von ungeschriebenen Prinzipien. Außerdem werde sie durch die Rechtsprechung und Literatur geprägt, die ebenfalls die rechtliche Umgebung definierten. Vor allem sei aber eine Rechtsordnung als ein System der Wertentscheidungen vorzustellen, denen bei der Anwendung und Fortbildung des Privatrechts eine besonders wichtige Rolle zukomme.

Bei der Rezeption einer westlichen Norm durch eine Transformationsordnung entfalle der ganze Kontext, welcher der Norm ihre Prägung verleihe, wie ein Beispiel aus dem Vortrag von *Dosmanova* zeige. Hinsichtlich der Frage der dogmatischen Einordnung des Vertrags über die Nutznießung von Bodenschätzen sei sie zu einer gemischten Natur des Vertrags gelangt. Demnach solle der Kontrakt in verschiedene Aspekte unterteilt werden, die einzeln dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht zuzuordnen seien. Diese Lösung erinnere stark an die Zwei-Stufen-Theorie des deutschen Rechts. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass die Beurteilung

einzelner Aspekte eines Vorgangs nach den Regeln des öffentlichen Rechts in Deutschland dazu führe, dass der Staat an der uneingeschränkten Ausnutzung der Privatautonomie gehindert werde, mithin dazu, dass seine Handlungsmöglichkeiten begrenzt würden. Im kasachischen Recht entstehe eine entgegengesetzte Situation. In den Staaten des postsowjetischen Raums werde die Bedeutung des Privatrechts immer noch darin gesehen, einen staatsfreien Raum zu garantieren und dadurch den Schutz des privaten Rechtsverkehrs vor staatlicher Willkür zu gewährleisten. Gerade die Anwendung der zivilrechtlichen Regeln trage dazu bei, die Handlungsmöglichkeiten des Staates zu begrenzen. Die Anwendung des öffentlichen Rechts auf einzelne Aspekte des Kontraktes über die Nutznießung von Bodenschätzen führe daher, anders als im deutschen Recht, gerade zur Erweiterung der staatlichen Handlungsmöglichkeiten, da die verfassungsrechtliche Dogmatik des Rechtsstaatsprinzips sich noch nicht entwickelt habe.

Bei der dogmatischen Erfassung von *legal transplants* sei insofern eine differenzierte Betrachtung geboten. In jeder Rechtsordnung gebe es sowohl Normen, die eine auf Werten und Interessen basierende politische Entscheidung widerspiegeln, und solche, die relativ neutral seien, wie zum Beispiel die Regeln des Straßenverkehrs. Als relativ wertneutral könnten auch Registervorschriften, Normen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit oder die Normen des Internationalen Privatrechts angesehen werden. Diese Regelungen hätten zwar auch einen Gerechtigkeitsgehalt, der sich allerdings in einem sehr hohen Abstraktionsgrad dieser Normen verliere. Zusätzlich werde der Konflikt mit der rezipierenden Transformationsrechtsordnung dadurch gemindert, dass diese Vorschriften im postsowjetischen Rechtsraum auf eine Art *tabula rasa* träfen, da die entsprechenden Regelungen im sowjetischen Recht entweder nicht vorhanden oder nicht ausgebildet genug gewesen seien. Solche wertneutrale Normen hätten die besten Chancen, ohne große Veränderungen durch eine fremde Rechtsordnung rezipiert zu werden. Das größte Hindernis bei der Rezeption solcher technischer Regeln sei die Frage, ob die rezipierende Rechtsordnung in der Lage sei, diese Regeln in ihrer Komplexität wiederzugeben und ob sie diese Ausdifferenziertheit überhaupt benötige. So habe *Vashakidze* in seinem Vortrag gezeigt, dass die Anwendung des Internationalen Privatrechts in Georgien oft unterbleibe.

Dabei sei zu beachten, dass der Nutzen von solchen Normen für die Transformation der Rechtsordnung begrenzt sei. Nötig sei vielmehr eine veränderte Einstellung zu Privatautonomie, Individualrechtsschutz und weiteren Grundpfeilern der Marktwirtschaft. Soweit die Rezeption fremden Rechts Impulse für die Transformation der Rechtsordnung geben solle, sei es erforderlich, die einzelnen Regeln im Zusammenhang mit Grundprinzi-

prien zu rezipieren. Insofern erfordere jede Rezeption einen engen rechtswissenschaftlichen Austausch und den kulturellen Dialog. Was die Normen angehe, die eine Wertentscheidung in sich verkörpern oder eine solche zumindest reflektierten, sowie Generalklauseln, die mit einem Werturteil bei der Anwendung ausgefüllt würden, so erhielten sie bei ihrer Implementierung in eine andere Rechtsordnung meistens einen neuen Inhalt, der sich an der Rechtskultur, in der sie rezipiert werden, ausrichtete.

In der abschließenden Diskussion der Konferenz wurden unterschiedliche Aspekte der Rezeption und Transformation angesprochen.

So stellt der Normentext nach Ansicht von *Basedow* nur eine Momentaufnahme dar, die dann im Laufe der Zeit einen neuen Inhalt erhalte. Die Richter seien dabei wie soziale Ingenieure zu betrachten, die zu dem Verständnis und der Anwendung der Norm wesentlich beitragen. Deswegen spiele die Verbindung zwischen Theorie und Praxis, die in vielen Transformationsstaaten fehle, eine besonders wichtige Rolle.

Nach Ansicht von *Skrjabin* spiele auch die politische Situation eine besondere Rolle. Man führe in Kasachstan einen Kampf mit dem wachsenden Einfluss des Staates im Privatrecht, insbesondere durch Implementierung von Normen, die einen öffentlich-rechtlichen Charakter haben. So habe das erste Gesetz über die Nutznießung von Bodenschätzen die Rechte der Nutznießer als Sachenrechte definiert. Durch die nachträglichen Änderungen hätten diese Rechte heutzutage eine öffentlich-rechtliche Natur.

*Zoidze* unterstrich die besondere Bedeutung der Rechtsprechung des jeweiligen Staates bei der Rezeption von Normen. Sie fördere die Übertragung von Werten und das bessere Verständnis der Norm, wodurch weitere Fehler schon im Voraus vermieden würden.

*Zarandia* betonte, dass für die erfolgreiche Rezeption neue Anforderungen an die Ausbildung von Rechtswissenschaftlern gestellt werden sollen.

*Sulejmenov* meinte, dass die Rechtskultur eine wichtige Rolle spiele. Die Gesetze aus einem anderen Rechtskreis funktionierten selten. Jedes Land gehe seinen eigenen Weg. Deswegen sollten die Gesetze für die Verhältnisse des Landes angepasst werden.

*Chanturia* betonte, dass die Implementierung einer Rechtsnorm erst der Beginn einer schwierigen Aufgabe sei. Man müsse die Entwicklung des Gesetzes beachten. Es solle nicht zu einem toten Gesetz werden. Jedes Gesetz habe dabei eine eigene Dynamik. Der Gesetzgeber solle die Anwendung des Gesetzes überwachen und entsprechend auf die Bedürfnisse der Gesellschaft reagieren.



## Autorenverzeichnis

### *Jürgen Basedow*

Studium und Forschungsaufenthalte in Hamburg, Genf, Pavia (1969–1974), Den Haag (1977), Paris (1977–1978) und an der Harvard University (1980–1981), Promotion Hamburg (1979), Habil. Hamburg (1986); Prof. Univ. Augsburg (1986–1995), Dekan (1993–1994), Freie Universität Berlin (1995–1997), Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg (1997 bis heute); zahlreiche Gastprofessuren, darunter an der Universität Paris II (Panthéon-Assas) (2001), Oxford (2003), an der New York University (2011); an der Académie de droit international de La Haye: Kurs zum internationalen Wettbewerbsrecht (Französisch) (1997) und General Course on Private International Law (Englisch) (2012); Mitglied einiger Akademien und wissenschaftlicher Einrichtungen, darunter des Scientific Council der Barcelona Graduate School of Economics; Auszeichnungen mit mehreren Preisen und Ehrungen, wie etwa Ehrenpromotion an der Univ. Stockholm (2002), Ehrenprofessur an der Xi'an Jiaotong Univ. (2008), Ehrenpromotion zum Dr. rer. pol. h.c. an der Leuphana Universität Lüneburg (2012) sowie Ehrenpromotion zum Dr. jur. h.c. durch die Staatliche Ivane Javakhishvili Universität Tiflis (2012); vielfältige Beratungstätigkeit, so als Mitglied der Deregulierungskommission der Bundesregierung (1988–1991), der Monopolkommission (2000–2008, seit 2004 als Vorsitzender), des Think Tank on Private Enforcement, der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission (2004–2005) und Mitglied des Versicherungsbeirats der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) (2005–2010).

### *Lado Chanturia*

Studium an der juristischen Fakultät der Staatsuniversität Tiflis (1980–1985), Promotion in Moskau (1986–1989), Stipendiat des deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD) an der Universität Göttingen (1991–1993), Habilitation (1994), Professor für Privatrecht an der juristischen Fakultät der Staatsuniversität Tiflis (seit 1995), Forschungsstipendiat der Max-Planck-Gesellschaft am Max-Planck-Institut für ausländi-

sches und internationales Privatrecht in Hamburg (1996), Forschungsstipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (2004–2006), Forschungsstipendium der Alexander von Humboldt-Stiftung (2012), Gastprofessor an der Universität zu Kiel, Institut für Osteuropäisches Recht im Rahmen der DAAD-Gastdozentur (seit 2011); vielfältige Leitungs- und Beratungstätigkeiten in der Politik, darunter als Mitglied der Redaktionsgruppe zur Ausarbeitung der Verfassung von Georgien (1991–1996), Mitglied der Staatskommission zur Ausarbeitung der Verfassung von Georgien (1992–1995), Experte der GTZ (Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit) für die Transformationsgesellschaften im Bereich der Rechts- und Gerichtsreformen (seit 1996), Justizminister von Georgien (1998–1999), Präsident des Obersten Gerichts von Georgien (1999–2004); Mitglied einiger wissenschaftlicher Einrichtungen, darunter des Vereins Freunde des Hamburger Max-Planck-Instituts e.V. (seit 2005), Assoziiertes Mitglied der International Academy of Comparative Law, Paris (seit 2007); diverse akademische Auszeichnungen, darunter George Shultz Preis für junge Wissenschaftler (1996), Auszeichnung der American Bar Association – ABA – Reformer's Award in Recognition of Extraordinary Efforts in Promoting the Rule of Law (2004), Verleihung des Großen Bundesverdienstkreuzes der Bundesrepublik Deutschland (2006), Ehrendoktorwürde h.c. der David Agmashebeli University of Georgia (2012).

#### *Iroda Djuraeva*

Masterstudium und Promotion am Staatlichen Institut der Rechtswissenschaften in Taschkent (1997–2006), Auslandsstudium an der Universität Bremen (2009), Förderung durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), Mitarbeiterin in der Anwaltskanzlei Mukhiddinova und Partner (2007 bis heute), Habilitandin am Staatlichen Institut der Rechtswissenschaften in Taschkent mit einem Forschungsschwerpunkt im Bereich des Internationalen Familienrechts (2009 bis heute).

#### *Zhannat Dosmanova*

Studium der Rechtswissenschaft an der Staatlichen Abai-Universität von Almaty (1999–2004), Masterstudium Europäisches und Internationales Recht an der Universität Bremen (2006–2008), Beauftragte für Magister- und Promotionsangelegenheiten und Dozentin an der Kaspiischen Gesellschaftlichen Universität in Almaty (2009–2010), Doktorandin an der Universität Hamburg (2012 bis heute), Förderung durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD).

*Ketevan Giorgishvili*

Studium der Rechtswissenschaften an der Staatlichen Universität Tiflis (2004–2008), Masterstudium an der Universität zu Köln (2008–2010), Rechtsrätin beim georgischen Verfassungsgericht (2010 bis heute), Doktorandin an der Universität zu Köln (2013 bis heute).

*Walter Grenz*

Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School Hamburg (2006–2011), Auslandsstudium an der Université de Paris I – Panthéon-Sorbonne (2008), Förderung durch den Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD), Schwerpunktstudium im Internationalen Handelsrecht, studentische Hilfskraft und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im Referat Russland und weitere GUS-Staaten (2008 bis heute), Doktorand an der Universität Hamburg (2012 bis heute).

*Eugenia Kurzynsky-Singer*

Studium in Hamburg (1996–2001), Erstes juristisches Staatsexamen (2001), Promotion (2004), Zweites juristisches Staatsexamen (2006), Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Länderreferat Russland und weitere GUS-Staaten), Forschungsschwerpunkt: Transformation des Zivilrechts im postsowjetischen Rechtsraum, insbesondere in Russland (2007 bis heute).

*Irina Pak*

Studium der Rechtswissenschaften an der Internationalen Westminster Universität in Taschkent (2003–2007), Diploma of Advanced Studies (DEA) der Universität Santiago de Compostela, Spanien (2008–2010), Master of Law and Business an der Bucerius Law School Hamburg (2011–2012), Förderung durch die Joachim Herz Stiftung, Praktikantin bei Bird & Bird LLP in Hamburg (2012), Praktikantin bei der World Intellectual Property Organization in Genf (2012–2013).

*Natalia Pankevich*

Studium an der Fakultät für Politikwissenschaft und Soziologie an der Uralischen Staatsuniversität in Jekaterinburg (heute: Uralische Föderale Universität, Jekaterinburg, Russland) (1991–1996), Teilnahme am Postgraduiertenprogramm (1996–1999), wissenschaftliche Mitarbeiterin und

Dozentin für Kurse über politische Strukturen und Rechtsstrukturen in der Russischen Föderation, sowie über Rechtsvergleichung und Politik (1999–2005), Promotion (2005), wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Philosophie und Recht an der Russischen Akademie der Wissenschaften (Uralische Abteilung) (2007 bis heute), wissenschaftliche Sekretärin des gemeinsamen wissenschaftlichen Rates für Rechts-, Sozial- und Geisteswissenschaften (2007); Teilnahme an einer Vielzahl von internationalen Forschungsprojekten, darunter Forschungsstipendien des Fonds der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland (2009, 2010, 2012), Forschungsstipendium des Präsidenten der Russischen Föderation (2009–2010), Forschungsstipendien des Fonds der Russischen Föderation für Geisteswissenschaften (2008–2012); eine ihrer Monografien wurde mit dem P. Rychkov Preis der Uralischen Abteilung der Russischen Akademie der Wissenschaften als beste Forschungsarbeit auf dem Gebiet der Rechts- und Sozialwissenschaften ausgezeichnet (2010); neben der wissenschaftlichen Arbeit weitere Tätigkeiten als führende Analystin und Projektdirektorin in einigen Beratungsprojekten (2000–2005).

#### *Alexander Shmagin*

Studium der Rechtswissenschaften an der Staatlichen Universität St. Petersburg (1998–2004); Auslandsstudium an der Universität Kiel (2002–2003), Förderung durch Stipendium der Stadt Kiel; Studium der Rechtswissenschaften an der Staatlichen Universität Hamburg (2004–2009), Förderung durch die Alfred-Töpfer-Stiftung, Schwerpunktstudium im Handels- und Gesellschaftsrecht; wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht bei Dr. Kurzynsky-Singer im Referat Russland und weitere GUS-Staaten (2010–2012); Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht (2011 bis heute).

#### *Giorgi Tsertsvadze*

Studium der Rechtswissenschaften und Promotion an der Universität Tiflis (1999–2009), assoziierter Professor am Lehrkörper der Staatlichen Universität Tiflis und Mediations- und Schiedsverfahrensexperte am dortigen Nationalen Zentrum für „Alternative Dispute Resolution“ (2007 bis heute), Chefredakteur der Zeitschrift „Academic Journal of ADR“ (2012 bis heute), Lektor an der Freien Universität Tiflis (2010 bis heute), Rechtsanwalt.

*Elchin Usub*

Studium an der juristischen Fakultät der Staatlichen Universität Baku M. A. Rasulzadeh (1988–1993), Stipendiat des Deutschen Akademischen Austauschdienstes (DAAD) an der Ruhr-Universität Bochum (1996–1997), Masterstudium (LL.M.) an der Ruhr-Universität Bochum (1997–1999), Rechtsanwalt in der Rechtsanwaltskanzlei Nr. 4 der Rechtsanwaltskammer in Baku (1993 bis heute), Dozent an der Fakultät für Internationale Beziehungen und Internationales Recht der Staatlichen Universität Baku (2001–2012); vielfältige Beratungstätigkeiten, darunter bei der GIZ (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit) (2000 bis heute), Mitglied der parlamentarischen Arbeitsgruppe im Rahmen eines Projekts der GTZ (Deutsche Gesellschaft für technische Zusammenarbeit) zur Ausarbeitung der Kommentierung des Zivilgesetzbuchs der Republik Aserbaidschan (2000–2002), Rechtsberatung bei der Novellierung des Zivilgesetzbuchs der Republik Aserbaidschan vom 24.6.2005 (2003–2005), Koordinator des Projekts Reform des Zivil- und Wirtschaftsrechts in den Staaten des Kaukasus und Zentralasiens an der Universität Bremen (seit 2006); Mitglied mehrerer Berufsverbände, darunter Mitglied der Anwaltskammer der Republik Aserbaidschan (1993 bis heute), Mitglied der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung (2006 bis heute).

*Giorgi Vashakidze*

Jurastudium an der Staatlichen Universität Tiflis (2000–2005), LL.M.-Abschluss an der Universität Hamburg (2006–2007), Master of European Studies am Europa Kolleg Hamburg (2007–2008), Promotion an der Universität Hamburg (2013), Mitarbeiter bei East West Management Institute in Georgien, Legal Education Expert im Projekt „Judicial Independence and Legal Empowerment Project“ (JILEP) (2012 bis heute), assoziierter Professor an der Technischen Universität Tiflis (2013 bis heute).

*Tamar Zarandia*

Studium der Rechtswissenschaften an der Staatlichen Universität Tiflis (1993–1998), Aufbaustudium am Institut für Staat und Recht an der Georgischen Akademie der Wissenschaften (1998–2001); Promotion an der Staatlichen Universität in Tiflis (2002); Leiterin des wissenschaftlichen Apparats beim Stellvertretenden Vorsitzenden am Verfassungsgericht Georgiens (2001–2007); Professorin am Lehrstuhl für Privatrecht an der Staatlichen Universität für Wirtschaftsbeziehungen in Tiflis (2006 bis heute), Professorin und Stellvertretende Dekanin der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, Mitglied und wissen-

schaftliche Sekretärin im Dissertationsrat der juristischen Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, Leiterin des Promotionsprogramms der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (2011 bis heute).