

OSNABRÜCK  
**JEAN MONNET CENTRE**  
OF EXCELLENCE IN EUROPEAN STUDIES



**Marianne Schürheck**  
Sachenrecht im Europäischen  
Gemeinschaftsrecht.  
Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen,  
Entwicklungsperspektiven

*Osnabrück JMCE Award Series Nr. 03 (2011)*

*Award Series*

**Osnabrück JMCE Award Series Nr. 03 (2011)**

Herausgegeben für das Osnabrück JMCE von

Dr. Daniela Heinemann

Dr. Kathrin Loer

Diese Arbeit wurde ausgezeichnet mit dem JMCE Award 2011 für die beste Studienarbeit,  
verliehen am 21. Juni 2011.

Jurymitglieder:

Prof. Dr. Oliver Dörr, LL.M. (London)

Prof. Dr. Chryssoula Kambas

Prof. Dr. Ralf Kleinfeld

© Osnabrück JMCE  
Universität Osnabrück  
Seminarstr. 33  
49069 Osnabrück

JMCE Award Series online unter: <http://repositorium.ub.uni-osnabrueck.de/>

*Zitierweise:*

Schürheck, Marianne (2011) „Sachenrecht im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Bestandsaufnahme, Legislativkompetenzen, Entwicklungsperspektiven“, Osnabrück JMCE Award Series Nr. 03 (2011).

Oktober 2011

## Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	6
Rechtsprechungsverzeichnis .....	12
Abkürzungsverzeichnis .....	14
A. Einleitung.....	15
B. Bestandsaufnahme.....	16
I. Auswirkungen des Unionsprimärrechts auf das Sachenrecht .....	16
1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten trotz Art. 345 AEUV .....	16
2. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf das Mobiliarsachenrecht .....	17
3. Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf das Immobiliarsachenrecht .....	18
4. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf das Immobiliarsachenrecht.....	18
5. Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf das Immobiliarsachenrecht....	19
6. Sonstige Rechtssätze des Unionsprimärrechts .....	19
7. Ergebnis .....	20
II. Bestehendes Unionssekundärrecht mit Bezug zum Sachenrecht .....	20
1. Kulturgüterschutzrichtlinie .....	20
2. Time-Sharing-Richtlinie .....	21
3. Zahlungsverzugsrichtlinie .....	21
4. Finanzsicherheitenrichtlinie.....	22
5. Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO) .....	23
6. Kapitalverkehrsrichtlinie .....	23
7. EULIS .....	23
8. Ergebnis.....	24
III. Harmonisierungsbestrebungen außerhalb des Organisationsbereichs der Union.....	24
IV. Acquis commune.....	25
V. Ergebnis .....	26
C. Legislativkompetenzen .....	27
I. Art. 345 AEUV als negative Kompetenznorm?.....	27
II. Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen gem. Art. 81 AEUV .....	28
III. Rechtsangleichung im Binnenmarkt gem. Art. 114 AEUV.....	28
1. Voraussetzungen des Art. 114 AEUV .....	29

a)	Reichweite der Harmonisierungskompetenz .....	29
b)	Binnenmarktbezug .....	30
(1)	Abbau von Hemmnissen für Grundfreiheiten .....	31
(2)	Abbau spürbarer Wettbewerbsverfälschungen .....	32
c)	Verbesserung des Binnenmarktes .....	33
2.	Grenzen des Art. 114 AEUV .....	34
3.	Subsidiarität, Art. 5 Abs. 3 EUV .....	34
4.	Ergebnis .....	35
IV.	Rechtsangleichung gem. Art. 115 AEUV .....	35
V.	Kompetenzergänzung gem. Art. 352 AEUV .....	36
VI.	Ergebnis .....	37
D.	Entwicklungsperspektiven .....	38
I.	Notwendigkeit einer Harmonisierung des Sachenrechts .....	38
1.	Mobiliarsachenrecht .....	39
2.	Immobiliarsachenrecht .....	40
3.	Wettbewerb der Rechtsordnungen .....	41
4.	Ergebnis .....	41
II.	Inhalt einer Angleichung des Sachenrechts .....	42
1.	Sachrechtliche Vereinheitlichung .....	42
a)	Konzeption der Eigentumsübertragung .....	42
(1)	Trennungs- und Abstraktionsprinzip .....	43
(2)	Einheits- und Konsensprinzip .....	43
(3)	Einheits- und Traditionsprinzip .....	44
(4)	Rechtsslage im Draft Common Frame of Reference .....	44
(5)	Stellungnahme .....	45
b)	Mobiliarsachenrecht .....	45
(1)	Kreditsicherungsrecht .....	46
(2)	Redlicher Mobiliarerwerb .....	47
c)	Immobiliarsachenrecht .....	48
2.	Kollisionsrechtliche Lösung .....	49
3.	Unionsprimärrechtliche Lösung .....	50

4. Ergebnis .....	51
III. Intensität der Rechtsvereinheitlichung .....	52
1. Harmonisierung des bestehenden Rechts .....	52
2. Neugestaltung des Rechts .....	52
a) „28. Regime“ .....	53
b) „Ersetzung“ nationalen Rechts .....	53
IV. Form der Sachenrechtsvereinheitlichung .....	54
1. Völkerrechtlicher Vertrag oder Unionssekundärrecht? .....	54
2. Handlungsalternativen im Rahmen des Sekundärrechts .....	54
a) Erlass einer Verordnung .....	55
b) Erlass einer Richtlinie .....	55
c) Erlass eines Modellgesetzes .....	55
d) Herausarbeitung von „Restatements of the Law“ .....	56
3. Ergebnis .....	56
E. Fazit .....	57

## Literaturverzeichnis

- Akkermans, Bram, The principle of „numerus clausus“ in European property law, Antwerpen 2008.
- Alpa, Guido/Andenas, Mads, Grundlagen des Europäischen Privatrechts, Berlin 2010.
- Antenbrink, Fabian, Harmonisierungsmaßnahmen im Binnenmarkt im Lichte der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Tabakwerberichtlinie, VuR 2001, 163 ff..
- Armbrüster, Christian, Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland, NJW 2001, 3581 ff..
- Bar, Christian von, Die Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, ZEuP 2001, 799 ff..
- Bar, Christian von, Europäisches Zivilgesetzbuch, Staatsverträge, Richtlinien, in: Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft, Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Luxemburg 1999 (Juri 103 DE).
- Bar, Christian von (Hrsg.), Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 2, Osnabrück 2000.
- Bar, Christian von (Hrsg.), Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 3, Osnabrück 1999.
- Bar, Christian von (Hrsg.), Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 4, Osnabrück 2001.
- Bar, Christian von/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – DCFR Full Edition, Volume V: VIII.-1:101 bis VIII.-7:104, München 2009.
- Bar, Christian von/Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – DCFR Full Edition, Volume VI: IX.-1:101 bis X.-10:502, München 2009.
- Bar, Christian von/Drobnič, Ulrich, The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study, München 2004.
- Bar, Christian von/Schulte-Nölke, Hans, Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht, ZRP 2005, 165 ff..
- Basedow, Jürgen, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 445 ff..
- Basedow, Jürgen, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offe-  
rentis, RabelsZ 59 (1995), 1 ff..
- Basedow, Jürgen, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89 ff..
- Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band I, Tübingen 2009.
- Baur, Jürgen/Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009.
- Becker, Florian, Die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und der Wettbewerb im Binnenmarkt am Beispiel kommunaler Energieversorgungsunternehmen, NStZ 2009, 306 ff..
- Behrens, Fritz, Rechtsgrundlagen der Umweltpolitik der Europäischen Gemeinschaften, Göttingen 1976.
- Bernstorff, Christoph Graf von, Das Hypothekenrecht in den EU-Staaten, RIW 1997, 181 ff..
- Bernstorff, Christoph Graf von, Der Eigentumsvorbehalt in den EG-Staaten, RIW 1993, 365 ff..
- Blaurock, Uwe, Europäisches Privatrecht, JZ 1994, 270 ff..
- Bock, Yves, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt, Baden-Baden 2005.
- Breyhan, Christian, Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung, Leipzig 1929.
- Bungert, Hartwin, Gemeinschaftsrechtswidrigkeit von Grundstückserwerbsbeschränkungen für EG-Angehörige im spanischen Recht, IPRax 1992, 296 ff..
- Bussani, Mauro/Mattei, Ugo (Hrsg.), The Common Core of European Private Law, Den Haag 2003.
- Bussani, Mauro/Werro, Franz (Hrsg.), European Private Law: A Handbook, Volume I, Bern 2009.

- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 3. Auflage, München 2011.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2. Auflage, München 2007.
- Carstens, Karl/Börner, Bodo (Hrsg.), Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Köln 1971.
- Collins, Hugh, European Private Law and the Cultural Identity of States, ERPL 3 (1995) 353.
- Dajczak, Wojciech (Hrsg.), Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis: das BGB-Sachenrecht in der polnischen Rechtsprechung in den Jahren 1920-1939: Tradition und europäische Perspektive, Berlin 2005.
- Dreher, Meinrad, Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, JZ 1999, 105 ff..
- Drewicz-Tutodziecka, Agnieszka (Hrsg.), Basic Guidelines for a Eurohypothec, Warschau 2005.
- Drobnig, Ulrich, Recht der Kreditsicherheiten, in: Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft, Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Luxemburg 1999 (Juri 103 DE).
- Drobnig, Ulrich, Scope and general rules of a European civil code, ERPL 5 (1997), 489 ff..
- Eberl, Wolfgang, Probleme und Auswirkungen der EG-Vorschriften zum Kulturgüterschutz, NVwZ 1994, 729 ff..
- Eger, Thomas/Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Tübingen 2007.
- Eickmann, Dieter, Europäisches Immobiliarsachenrecht? Immobiliarsachenrecht in Europa, RpfIStud 2001, 129 ff..
- Engel, Arno Johannes, Ein Europäisches Zivilgesetzbuch? – Zukunftsperspektiven aus dem Blickwinkel der Gemeinschaftskompetenz, ZfRV 1999, 121 ff..
- Erp, Sjeff van, European and National Property Law: Osmosis or Growing Antagonism, Leuven 2006.
- Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta, National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 1, München 2008.
- Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta, National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Volume 2, München 2009.
- Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta (Hrsg.), Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reform?, München 2008.
- Ferrari, Franco, Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip: Zu den Möglichkeiten der Rechtsangleichung im Mobiliarsachenrecht, ZEuP 1993, 52 ff..
- Fuchs, Angelika, Kulturgüterschutz im Kulturgutsicherungsgesetz, IPRax 2000, 281 ff..
- Gambaro, Antonio, Perspectives on the codification of the law of property: an overview, ERPL 5 (1997), 497 ff..
- Gebauer, Martin/Wiedmann, Thomas (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Stuttgart 2005.
- Gerven, Walter van, Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?, ERPL 5 (1997), 465 ff..
- Geyrhalter, Volker, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Erwerbers, Frankfurt a.M. 1996.
- Glöckner, Jochen, Grundverkehrsbeschränkungen und Europarecht – Zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit, EuR 2000, 592 ff..
- Görlitz, Niklas, Tabakwerbung und Europa: Im zweiten Anlauf endlich am Ziel?, ZUM 2002, 97 ff..
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 38. Ergänzungslieferung, Stand: April 2009.
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), Kommentar zum EU-EG-Vertrag, 6. Auflage 2003.
- Grude, Ulrich, Revolvierende Globalsicherheiten in Europa: eine Untersuchung zur Beständigkeit der globalen Sicherungsrechte an revolving Sachgesamtheiten bei innergemeinschaftlichen Grenzübertritten, Hamburg 2009.
- Gsell, Beate/Herresthal, Carsten (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009.
- Habersack, Mathias, Die Akzessorietät – Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts, JZ 1997, 857 ff..
- Häde, Ulrich/Puttler, Adelheid, Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung, EuZW 1997, 13 ff..

- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias, Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, 7. Auflage, Tübingen 2010.
- Härtel, Ines, Handbuch Europäische Rechtsetzung, Berlin 2006.
- Hartkamp, Arthur/Hesseling, Martijn/Hondius, Ewoud/Joustra, Carla/Du Perron, Edgar/Veldman, Muriel (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 3. Auflage, Nijmegen 2004.
- Håstad, Torgny, Derivative Acquisition of Ownership of Goods, ERPL 17 (2009), 725 ff..
- Herr, Gunther, Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 95 EG, EuZW 2005, 171 ff..
- Hinteregger, Monika/Borić, Tomislav, Sicherungsrechte an Immobilien in Europa, Berlin 2009.
- Honsell, Heinrich, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, 621 ff..
- Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jansen, Nils, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, Tübingen 2004.
- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard, Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009, 3401 ff..
- Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 13. Auflage, München 2009.
- Jung, Peter/Baldus, Christian (Hrsg.), Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, München 2007.
- Karner, Ernst, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, Wien 2006.
- Kaspar, Michael, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, Berlin 2003.
- Kieninger, Eva-Maria, Der Eigentumsvorbehalt in der Verzugsrichtlinie – Chronik einer verpassten Chance, in: Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht (Hrsg. Jürgen Basedow, Ulrich Drobnig, Reinhard Ellger, Klaus Hopt, Hein Kötz, Rainer Kulms, Ernst-Joachim Mestmäcker), Tübingen 2001.
- Kieninger, Eva-Maria, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182 ff..
- Kieninger, Eva-Maria, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt – Zum Einfluss der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten, Baden-Baden 1996.
- Kieninger, Eva-Maria, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsachenrechts, Teil I, WM 2005, 2305 ff..
- Kieninger, Eva-Maria, Nationale, europäische und weltweite Reformen des Mobiliarsachenrechts, Teil II, WM 2005, 2353 ff..
- Kieninger, Eva-Maria/Schütze, Elisabeth, Neue Chancen für internationale Finanzierungsgeschäfte – Die UN-Abtretungskonvention, ZIP 2003, 2181 ff..
- Kindler, Peter/Nachmann, Josef (Hrsg.), Handbuch Insolvenzrecht in Europa, München 2010.
- Klauer, Irene, Die Europäisierung des Privatrechts, der EuGH als Zivilrichter, Baden-Baden 1998.
- Knapp, Andreas, Diskriminierende Grunderwerbsbeschränkungen in der EU, EWS 1999, 409 ff..
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen, Der Streit um die neue Tabakproduktrichtlinie, EWS 2002, 12 ff..
- Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts: Bericht einer von der EWG-Kommission eingesetzten Sachverständigengruppe, Brüssel 1966.
- Köndgen, Johannes/Stöcker, Otmar, Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?, ZBB 2005, 112 ff..
- Kötz, Hein, Gemeineuropäisches Privatrecht, in: Festschrift für Konrad Zweigert (Hrsg. Herbert Bernstein, Ulrich Drobnig, Hein Kötz), Tübingen 1981.
- Krause, Hermann, Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 1939, 312 ff..
- Krimphove, Dieter, Das europäische Sachenrecht: eine rechtsvergleichende Analyse nach der komparativen Institutionenökonomik, Lohmar 2006.
- Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen 2006.
- Lange, Stefan, Europarechtliche Vereinbarkeit und Grunderwerbsbeschränkungen, EWS 2004, 389 ff..
- Lange, Stefan, Europarechtskonformität der polnischen Grunderwerbsbeschränkungen, EuZW 2004, 266 ff..

- Lau, Thorsten Olav, Einführung in das niederländische Mobiliarsachenrecht, Münster 1999.
- Leible, Stefan, Europäisches Privatrecht am Scheideweg, NJW 2008, 2558 ff..
- Lerche, Holger, Konkurrenz von Einheitsrecht und nationalem Privatrecht, Hamburg 2007.
- London Economics, The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, Report for European Commission, DG-Internal Market and Services, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets_en.pdf).
- Ludwigs, Markus, Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa – Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für eine Europäisierung des Privatrechts, EuR 2006, 370 ff..
- Ludwigs, Markus, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EGV – Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, Baden-Baden 2004.
- Lurger, Brigitta, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Wien 2002.
- Martin, Dieter/Krautzberger, Michael (Hrsg.), Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, 2. Auflage, München 2006.
- Micklitz, Hans-Wolfgang, (Selbst-)Reflexionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung eines europäischen Vertragsrechtskodifikation, GPR 2007, 2 ff..
- Milo, John Michael, Combating Late Payment in Business Transactions: How a New European Directive Has Failed to Set a Substantial Minimum Standard Regarding National Provisions on Retention of Title, ERPL 11 (2003), 379 ff..
- Möstl, Markus, Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt – Kompetenzziele, grundfreiheitliche und grundrechtliche Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers, EuR 2002, 318 ff..
- Müller, Hans-Friedrich, Europäische Vertragsrechtskodifikation und UN-Kaufrecht, GPR 2006, 168 ff..
- Müller, Markus, Gefahren einer optionalen europäischen Vertragsordnung, EuZW 2003, 682 ff..
- Müller-Graff, Peter-Christian, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht – Das Privatrecht in der europäischen Integration, NJW 1993, 13 ff..
- Müller-Terpitz, Ralf/Weigl, Michaela, Ownership Unbundling – ein gemeinschaftsrechtlicher Irrweg?, EuR 2009, 348 ff..
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 6: Sachenrecht, §§ 854-1296 BGB, 5. Auflage, München 2009.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 3: Schuldrecht BT I, §§ 433-610 BGB, 5. Auflage, München 2008.
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 3: §§ 270-359 InsO; Internationales Insolvenzrecht, Insolvenzsteuerrecht, 2. Auflage, München 2008.
- Najork, Eike/Schmidt-Kessel, Martin, Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen, GPR 2003/2004, 5 ff..
- Nietsch, Michael, Grundsulderwerb nach dem Risikobegrenzungsrecht – Der Ausschluss des gutgläubigen einredefreien Erwerbs nach § 1192 Ia BGB, NJW 2009, 3606 ff..
- Nowak, Carsten, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, EuR 2009 Beiheft 1, 129 ff..
- Pfeiffer, Thomas, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, EWS 2004, 98 ff..
- Ploeger, Hendrik/Loenen, Bastiaan van, EULIS – At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe, ERPL 12 (2004) 379 ff..
- Prisching, Margareth, Gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen im Rechtsvergleich, Graz 2006.
- Rainer, Johannes Michael/Filip-Fröschl, Johanna, Transfer of Title Concerning Movables Part I – Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen in Europa Teil 1, Frankfurt a.M. 2006.
- Reichelt, Gerte (Hrsg.), Neues Recht zum Schutz von Kulturgut, Wien 1997.
- Riedl, Kristina, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Baden-Baden 2004.
- Riegel, Reinhard, Die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten, RIW 1979, 744 ff..
- Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003.

- Rodríguez-Rosado, Bruno, Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs, Frankfurt a.M. 2009.
- Roth, Wulf-Henning, Rechtsetzungskompetenzen für das Privatrecht in der Europäischen Union, EWS 2008, 401 ff..
- Rott, Thilo, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten: Möglichkeiten und Grenzen im Kollisions-, Europa-, Sach- und Vollstreckungsrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Systems der Kreditsicherheiten, Tübingen 2000.
- Savigny, Friedrich Carl von, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814, Nachdruck in: Hattenhauer, Hans – Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, München 1973.
- Schillig, Michael, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, Berlin 2009.
- Schlechtriem, Peter, Europäisierung des Privatrechts – vom Beruf unserer Zeit für ein Europäisches Privatrecht, JI IX/2004, 24 ff..
- Schmidt-Kessel, Martin, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht – Zur Einordnung des Aktionsplans der Kommission, RIW 2003, 481 ff..
- Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009.
- Schulte-Braucks, Reinhard, Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW 2001, 103 ff..
- Schulte-Nölke, Hans, Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer, NJW 2009, 2161 ff..
- Schulze, Götz/Kienle, Florian, Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt – eine Kehrtwende des Gesetzgebers?, NJW 2002, 2842 ff..
- Schwartz, Ivo, Artikel 235 EG-Vertrag nach „Maastricht“, in: Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg. Ulrich Immenga, Wernhard Möcherl, Dieter Reuter).
- Schwartz, Ivo, Rechtsangleichung und Rechtswettbewerb im Binnenmarkt – zum europäischen Modell, EuR 2007, 194 ff..
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009.
- Stadler, Astrid, Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht – Grundprinzipien und Eigentumserwerb, JZ 2010, 380 ff..
- Staudenmayer, Dirk, Weitere Schritte im Europäischen Vertragsrecht, EuZW 2005, 103 ff..
- Stöcker, Otmar, Die grundpfandrechtliche Sicherung grenzüberschreitender Immobilienfinanzierungen – Die Eurohypothek, ein Sicherungsinstrument mit Realisierungschancen, WM 2006, 1941 ff..
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV: Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
- Strohmayr, Sebastian, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, Freiburg 2005.
- Tamm, Marina, Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, EuZW 2007, 756 ff..
- Taupitz, Jochen, Das (zukünftige) europäische Internationale Insolvenzrecht – insbesondere aus internationalprivatrechtlicher Sicht, ZZP 111 (1998), 315 ff..
- Thibaut, Anton Friedrich Justus, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814, Nachdruck in: Hattenhauer, Hans – Thibaut und Savigny, Ihre programmatischen Schriften, München 1973.
- Tilmann, Winfried, The legal basis for a European Civil Code, ERPL 5 (1997) 471 ff..
- Tilmann, Winfried/Gerven, Walter van, Die Kompetenzen der EU zur Schaffung eines einheitlichen Europäischen Schuld- und Sachenrechts und die möglichen Rechtsgrundlagen, in: Europäisches Parlament, Generaldirektion Wissenschaft, Untersuchung der Privatrechtsordnungen der EU im Hinblick auf Diskriminierungen und die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches, Luxemburg 1999 (Juri 103 DE).
- Toth, Akos, The principle of subsidiarity in the Maastricht treaty, CMLR 29 (1992) 1079 ff..

Wachter, Thomas, Die Eurohypothek – Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, WM 1999, 49 ff.

Wacke, Andreas, Eigentumserwerb des Käufers durch schlichten Konsens oder erst mit Übergabe?, ZEuP 2000, 254 ff.

Werderitsch, Gerit Karin, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, Wien 2009.

Wilmowsky, Peter von, Europäisches Kreditsicherungsrecht: Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag, Tübingen 1996.

Wohlgemuth, Peter, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, Konstanz 2004.

Zeitler, Franz-Christoph/Kolling, Annabella, Das „26. Regime“ – Königsweg oder Notlösung der europäischen Rechtsharmonisierung?, EWS 2006, 97 ff.

Zimmermann, Franc, Mobiliar- und Unternehmenshypotheken in Europa, Frankfurt a.M. 2005.

## Rechtsprechungsverzeichnis

### Europäischer Gerichtshof

Parteien	Aktenzeichen	Datum	Sammlung
Deutschland / Parlament u. Rat	C-380/03	12.12.2006	2006-I, 11573
Kommission / Italien	C-302/05	26.10.2006	2006-I, 10597
Badischer Winzerkeller (Vorabentscheidung)	C-264/04	15.06.2006	NJW 2006, 2972
Alliance for National Health (Vorabentscheidung)	C-154/04	12.07.2005	2005-I, 6451
Ospelt (Vorabentscheidung)	C-452/01	23.09.2003	2003-I, 9743
Österreichischer Rundfunk u.a. (Vorabentscheidung)	C-465/00	20.05.2003	2003-I, 4989
Salzmann (Vorabentscheidung)	C-300/01	15.05.2003	2003-I, 4899
British American Tobacco u. Imperial Tobacco (Vorabentscheidung)	C-491/01	10.12.2002	2002-I, 11453
Reisch / Land Salzburg	C-515/99	05.03.2002	2002-I, 2157
Westdeutsche Landesbank Girozentrale (Vorabentscheidung)	C-464/98	11.01.2001	2001-I, 173
Deutschland / Parlament u. Rat	C-376/98	05.10.2000	2000-I, 8419
Alfredo Albore (Vorabentscheidung)	C-423/98	13.07.2000	2000-I, 5965
Konle / Österreich	C-302/97	01.06.1999	1999-I, 3099
Trummer u. Mayer (Vorabentscheidung)	C-222/97	16.03.1999	1999-I, 1661
Jokela u. Pitkäranta (Vorabentscheidung)	C-9/97 u. C-118/97	22.10.1998	1998-I, 6267
Deutschland / Parlament u. Rat	C-233/94	13.05.1997	1997-I, 2405
Vereinigtes Königreich / Rat	C-84/94	12.11.1996	1996-I, 5755
Gutachten: Beitritt der EG zur EMRK	C-2/94	28.03.1996	1996-I, 1759

Rechtsprechungsverzeichnis

Parteien	Aktenzeichen	Datum	Sammlung
Spanien / Rat	C-350/92	13.07.1995	1995-I, 1985
Keck u. Mithouard (Vorabentscheidung)	C-267/91	24.11.1993	1993-I, 6097
Parlament / Rat	C-70/88	04.10.1991	1991-I, 4529
Kommission / Griechenland	C-305/87	30.05.1989	1989, 1461
Steinhauser (Vorabentscheidung)	C-197/84	18.06.1985	1985, 1819
Fearon (Vorabentscheidung)	C-182/83	06.11.1984	1984, 3677
Oosthoek (Vorabentscheidung)	C-286/81	15.12.1982	1982, 4575
Cassis de Dijon (Vorabentscheidung)	C-120/78	20.02.1979	1979, 649
Grundig u. Consten / Kommission	C-56/64 u. C-58/64	13.07.1966	1966, 321

Bundesgerichtshof

Aktenzeichen	Datum	Sammlung	andere Quellen
IX ZR 234/87	08.06.1989	-	NJW 1989, 2542
VIII ZR 211/86	08.04.1987	BGHZ 100, 321	NJW 1987, 3077

Unterinstantliche Gerichte

Gericht	Aktenzeichen	Datum	Quelle
OLG Frankfurt a.M.	16 U 229/88	13.02.1992	IPrax 1992, 296

## Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art./Artt.	Artikel
BW	Burgerlijk wetboek
bzgl.	bezüglich
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
EBRD	Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung
ERPL	European Review of Private Law (Zeitschrift)
EuInsVO	Europäische Verordnung über Insolvenzverfahren
gem.	gemäß
i.S.d.	im Sinne des
Jl	Juridica International (Zeitschrift)
KuGuSiG	Kulturgutsicherungsgesetz
RL	EU-Richtlinie
S.E.	Societas Europaea
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
sog.	sogenannt
u.	und
u.a.	unter anderem
v.	von
v.a.	vor allem
Vol.	Volume

Hinsichtlich der sonstigen Abkürzungen wird verwiesen auf: Kirchner, Hildebert/ Butz, Cornelia, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Auflage, Berlin 2008.

## A. Einleitung

In den heutigen Zeiten, in denen Europa zwar als Wirtschaftsunion, nicht jedoch als Staat zusammengewachsen ist, stellt sich die Frage, ob ein solcher Staatenverbund eines einheitlichen Zivilrechts bedarf. Mit ähnlichen Fragen beschäftigte man sich in frühkonstitutioneller Zeit im damals sowohl politisch als auch rechtlich zersplitterten deutschen Raum. Der im Jahre 1814 zwischen *Thibaut* und *Savigny* entbrannte Streit um die Schaffung eines gemeindeutschen Zivilgesetzbuches<sup>1</sup> ist in den vergangenen Jahrzehnten aus vergleichbarem politischen Zeitgeist heraus auf europäischer Ebene wiederaufgelebt und soll im Folgenden beschränkt auf das Sachenrecht nachgezeichnet werden. Anders als im deutschen Reich des 19. Jahrhunderts existieren in der EU jedoch weitreichendere Unwägbarkeiten: Was die Juristen damals einte, war ihre gemeinsame Sprache, kulturelle Identität und die gemeinsame Ausbildung im römischen Recht und in der deutschen Privatrechtsgeschichte.<sup>2</sup> Gerade diese Punkte entzweien die Juristen des heutigen Europas. Es fehlt an einer gemeinsamen (Rechts)sprache und -vom überwiegend römisch-rechtlichen Ursprung abgesehen- einem gemeinsamen juristischen Hintergrund.

Es erscheint somit durchaus fraglich, ob es wirklich der „*Beruf unserer Zeit*“ ist, der politischen Zusammenführung Europas die Schaffung eines vereinheitlichten Zivilrechts mit sachenrechtlichen Regelungen voranzustellen. Um diese Frage zu beantworten, bedarf es zunächst einer eingehenden Betrachtung des bestehenden Unionsrechts und dessen Auswirkungen auf die nationalen Sachenrechtsordnungen (**B.**). Nur so können Entwicklungen erkannt werden, die für die Schaffung eines europäischen Sachenrechts wiederaufgegriffen werden könnten. Dieses gesetzgeberische Vorhaben wäre jedoch nur durchführbar, wenn der Europäischen Union entsprechende Legislativkompetenzen zustünden (**C.**). Erst im Anschluss an die Beantwortung dieser Fragen können sodann Zukunftsperspektiven für ein europäisches Sachenrecht entwickelt werden (**D.**).

---

1 *Savigny* „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, 1814; *Thibaut* „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, 1814.

2 *Schlechtriem*, JI IX/2004, 24 (31).

## B. Bestandsaufnahme

Grundlage einer Untersuchung des Sachenrechts<sup>3</sup> im Unionsprivatrecht muss zunächst eine Bestandsaufnahme der existierenden europäischen Sachenrechtsregelungen sein. Hierbei ist zwischen Unionsprimärrecht und –sekundärrecht zu differenzieren. Im Rahmen des Primärrechts stellt sich vor allem die Frage, inwieweit die Grundfreiheiten sich auf die sachenrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten auswirken. Das von der Union erlassene Sekundärrecht soll hingegen darauf untersucht werden, ob sich aus den Verordnungen und Richtlinien selbst sachenrechtliche Vorgaben ergeben. Zuletzt soll auch ein kurzer Blick auf weitere Harmonisierungsbestrebungen geworfen werden, die sich abseits der Organisation der EU abzeichnen.

### I. Auswirkungen des Unionsprimärrechts auf das Sachenrecht

Eine gewisse Vereinheitlichung des Sachenrechts könnte bereits durch die Anwendung der Grundfreiheiten auf die mitgliedstaatlichen Normen eingetreten sein. In diesem Fall ergäbe sich für alle Sachenrechte ein einheitlicher Überprüfungsmaßstab und durch die Nichtanwendung europarechtswidriger Normen wäre ein erster Schritt auf dem Weg zur Angleichung der Sachenrechte getan.<sup>4</sup>

#### 1. Anwendbarkeit der Grundfreiheiten trotz Art. 345 AEUV

Grundsätzlich sind auch Normen des Privatrechts an den Grundfreiheiten zu messen.<sup>5</sup> Ein abweichendes Ergebnis könnte sich im Bereich des Sachenrechts jedoch aufgrund von Art. 345 AEUV<sup>6</sup> ergeben. Hiernach bleiben die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten von den Verträgen der Europäischen Union unberührt.

Daraus könnte der Schluss folgen, dass das Sachenrecht der europarechtlichen Kontrolle entzogen sei.<sup>7</sup> Dass dies nicht dem Willen der Mitgliedstaaten entsprechen kann, ergibt sich je-

---

<sup>3</sup> Bereits der Begriff des Sachenrechts wird in den Mitgliedstaaten uneinheitlich verwendet, vgl. *Drobnig* in: Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch, 1999, S. 169 (170). Folgend soll das deutsche Verständnis zugrundegelegt werden.

<sup>4</sup> *Riesenhuber*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 84.

<sup>5</sup> *Riesenhuber*, System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 93.

<sup>6</sup> Bisher Art. 295 EGV.

<sup>7</sup> Zu diesem Streitstand ausführlich *Wohlgemuth*, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S. 105 ff.; *Zimmermann*, Mobiliar- und Unternehmenshypothen in Europa, 2005, S. 85 ff..

doch bereits aus der Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit in Art. 36 AEUV<sup>8</sup> für gewerbliches und kommerzielles Eigentum. Diese Regelung wäre wertlos, wenn die Anwendbarkeit der Artt. 28 ff. AEUV<sup>9</sup> im Sachenrecht von vornherein ausgeschlossen wäre.<sup>10</sup> Auch der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zwar die grundsätzliche Autonomie der Mitgliedstaaten im Bereich des Sachenrechts anerkannt, erlegte ihnen aber zugleich die Wahrung der Grundfreiheiten auf.<sup>11</sup> Eine andere Ansicht wäre auch praktisch nicht handhabbar, da die Eigentumsordnung von der im Rahmen des Binnenmarktes zu harmonisierenden Wirtschaftsordnung faktisch nicht trennbar ist.<sup>12</sup>

Art. 345 AEUV wirkt sich folglich auf die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Bereich des Sachenrechts nicht aus.<sup>13</sup>

## 2. Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit auf das Mobiliarsachenrecht

Die Warenverkehrsfreiheit ist die primär auf das Mobiliarsachenrecht anwendbare Grundfreiheit.<sup>14</sup> Unklar ist allerdings, wann sachenrechtliche Normen einen Eingriff in diese Grundfreiheit darstellen. Grundsätzlich können alle staatlichen Rechtsvorschriften unabhängig von ihrer Einordnung als öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Normen Maßnahmen gleicher Wirkung nach Art. 34 AEUV<sup>15</sup> darstellen.<sup>16</sup> Fraglich ist aber, wann einer Sachrechtsvorschrift der notwendige Produktbezug zukommt.<sup>17</sup>

Selbst wenn man jedoch im Bereich der Eigentumsübertragung einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit annähme, so wäre dieser regelmäßig durch zwingende Gemeinwohlerwägungen (Schutz der Güter- und Gläubigerordnung) gerechtfertigt. Demnach wäre höchstens die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme denkbar.<sup>18</sup> Somit sind allein im Bereich der Kreditsicherungsrechte tatsächliche Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit denkbar.<sup>19</sup>

8 Bisher Art. 30 EGV.

9 Bisher Artt. 23 ff. EGV.

10 *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 128.

11 EuGH v. 23.09.2003, *Ospelt*, Slg. 2003-I, 9743 (9798); EuGH v. 15.05.2003, *Salzmann*, Slg. 2003-I, 4899 (4936); EuGH v. 01.06.1999, *Konle*, Slg. 1999-I, 3099 (3134); EuGH v. 13.07.1995, *Spanien/Rat*, Slg. 1995-I, 1985 (2003); *Lange*, EWS 2004, 389.

12 *Woblgemuth*, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts, 2004, S. 105.

13 *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995) 1 (44); *Glöckner*, *EuR* 2000, 592 (595); *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 127.

14 Dies gilt auch für an beweglichen Sachen bestellte Sicherheiten, vgl. *Woblgemuth*, *Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts*, 2004, S. 115.

15 Bisher Art. 28 EGV.

16 Strittig, vgl. *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 124.

17 *Werderitsch*, *Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?*, 2009, S. 104.

18 *Schmidt-Kessel* in: *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342 (345).

19 S.u. D.II.3

### 3. Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit auf das Immobiliarsachenrecht

Die Warenverkehrsfreiheit ist im Bereich des Immobiliarsachenrechts nicht anwendbar, da Grundstücke nicht vom Begriff der „Ware“ i.S.d. Artt. 28 ff. AEUV umfasst sind.<sup>20</sup> Stattdessen wird primär die Kapitalverkehrsfreiheit gem. Art. 63 AEUV<sup>21</sup> für einschlägig erachtet.<sup>22</sup> Dies ergibt sich bereits aus lit. II des Anhangs I der KapitalverkehrsRL,<sup>23</sup> wonach zum Kapitalverkehr auch Immobilieninvestitionen in anderen Mitgliedstaaten gehören.

In der Rechtsprechung des EuGH wurde die Kapitalverkehrsfreiheit im Zusammenhang mit dem Immobilienerwerb bereits mehrfach relevant. So hat der EuGH wiederholt über die Europarechtswidrigkeit von Grunderwerbsbeschränkungen entschieden und dabei raumplanerische Ziele,<sup>24</sup> den Umweltschutz<sup>25</sup> und die Erhaltung landwirtschaftlicher Strukturen<sup>26</sup> als grundsätzlich rechtfertigende Gemeinwohlerwägungen akzeptiert. Das Vorliegen einer Diskriminierung hat der EuGH hingegen von vornherein verneint, wenn lediglich eine enge räumliche Bindung an das betreffende Grundstück gefordert wurde.<sup>27</sup>

Auch die Begründung und Übertragung von Immobiliarsicherungsrechten fallen unter die Kapitalverkehrsfreiheit. Dies begründet der EuGH damit, dass Grundpfandrechte mit der Liquidation einer Immobilieninvestition verbunden seien und daher vom Anwendungsbereich des lit. II des Anhangs I der KapitalverkehrsRL umfasst wären.<sup>28</sup>

### 4. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf das Immobiliarsachenrecht

Das Recht zum Grundbesitzerwerb tritt häufig als unmittelbar mit der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)<sup>29</sup> verknüpftes Begleitrecht auf,<sup>30</sup> da sich die Niederlassungsfreiheit in der Regel nicht ohne die Möglichkeit des Grunderwerbs verwirklichen lassen wird. Diese Verknüpfung

20 *Glöckner*, EuR 2000, 592 (595 f.); *Schmidt-Kessel* in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342 (346).

21 Bisher Art. 56 EGV.

22 EuGH v. 13.07.2000, *Alfredo Albore*, Slg. 2000-I, 5965 (6002 f.); *van Erp*, European and National Property Law, 2006, S. 8.

23 Richtlinie des Rates vom 24.06.1988 zur Durchführung von Art. 67 des Vertrages, 88/361/EWG; *Lange*, EWS 389 (390).

24 EuGH v. 15.05.2003, *Salzmann*, Slg. 2003-I, 4899 (4937); EuGH v. 01.06.1999, *Konle*, Slg. 1999-I, 3099 (3136).

25 EuGH v. 05.03.2002, *Reisch*, Slg. 2002-I, 2157 (2192 ff.).

26 EuGH v. 23.09.2003, *Ospelt*, Slg. 2003-I, 9743 (9803).

27 EuGH v. 22.10.1998, *Jokela und Pitkäranta*, Slg. 1998-I, 6267 (6300); EuGH v. 06.11.1984, *Fearon*, Slg. 1984, 3677 (3485 f.).

28 EuGH v. 11.01.2001, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale/ Stefan*, Slg. 2001-I, 173 (205); EuGH v. 16.03.1999, *Trummer und Mayer*, Slg. 1999-I, 1661 (1678 f.); a.A. *Wächter*, WM 1999, 49 (54); *von Wilmsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, S. 83, 87 ff.; *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 105, die das Urteil des EuGH dahingehend interpretieren, dass allein Hypotheken, die untrennbar mit dem Vorgang des Kapitalverkehrs verbunden sind oder ein Darlehen in diesem Zusammenhang sichern sollen, von der Kapitalverkehrsfreiheit umfasst sind.

29 Bisher Art. 43 EGV.

30 EuGH v. 30.05.1989, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989, 1461 (1478 f.); EuGH v. 18.06.1985, *Steinhauser*, Slg. 1985, 1819 (1826 f.); OLG Frankfurt a.M., IPRax 1992, 314 (317); *Bungert*, IPRax 1992, 296 (297); *Glöckner*, EuR 2000, 592 (602); *Lange*, EWS 2004, 389 (390 f.).

ergibt sich direkt aus Art. 50 Abs. 2 e AEUV.<sup>31</sup> Danach sind zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit gerade auch der Erwerb und die Nutzung von Grundbesitz zu gewährleisten.

5. *Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf das Immobiliarsachenrecht*

Der Grunderwerb ist ebenfalls ein Begleitrecht der Arbeitnehmerfreizügigkeit, da die Wahrnehmung dieser Grundfreiheit einen uneingeschränkten Zugang zum Immobilienmarkt voraussetzt.<sup>32</sup> Hierzu wurde bereits 1968 in Art. 9 der Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft<sup>33</sup> festgelegt, dass ausländische Arbeitnehmer bezüglich der Erlangung von Eigentum an der von ihnen benötigten Wohnung alle Rechte und Vergünstigungen wie inländische Arbeitnehmer genießen.

6. *Sonstige Rechtssätze des Unionsprimärrechts*

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV<sup>34</sup> wurde früher zum Schutz des Kapitalverkehrs herangezogen, bevor dieser 1990 als eigene Grundfreiheit ausgestaltet wurde. Heute sind die Grundfreiheiten somit *leges speciales* zu Art. 18 AEUV.<sup>35</sup>

Bei der in Art. 21 AEUV<sup>36</sup> ausgestalteten Unionsbürgerschaft ist umstritten, ob diese ein Recht auf Grunderwerb enthält.<sup>37</sup> Aufgrund der spezielleren Grundfreiheiten fehlt diesem Streit jedoch die praktische Relevanz.<sup>38</sup>

Ferner ergibt sich eine gewisse Bedeutsamkeit des europäischen Wettbewerbsrechts gem. Artt. 101 ff. AEUV<sup>39</sup> für das Sachenrecht aus dessen Eigenart, absolute Rechtspositionen zu begründen und somit faktisch Monopole herzustellen.<sup>40</sup> Jedoch werden die Schwellen der Artt. 101 ff. AEUV wohl kaum je erreicht werden.<sup>41</sup>

---

31 Bisher Art. 44 Abs. 2 e EGV.

32 EuGH v. 30.05.1989, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1989-I, 1461 (1478); *Lange*, EWS 2004, 389 (391); *Lange*, EuZW 2004, 266.

33 Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft.

34 Bisher Art. 12 EGV.

35 *Lange*, EWS 2004, 389 (391 f.).

36 Bisher Art. 18 EGV.

37 *Glöckner*, EuR 2000, 592 (600); *Lange*, EWS 2004, 389 (392).

38 *Lange*, EWS 2004, 389 (392).

39 Bisher Artt. 81 ff. EGV.

40 *Schmidt-Kessel* in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342 (347).

41 *Schmidt-Kessel* in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342 (347).

## 7. *Ergebnis*

Die im AEUV niedergelegten Grundfreiheiten lassen sich auf verschiedene Bereiche des Sachenrechts anwenden. Dadurch erfolgt jedoch keine Harmonisierung, da die Möglichkeiten der nationalen Gesetzgeber zum Erlass unterschiedlichster Vorschriften lediglich auf die Bandbreite europarechtskonformer Regelungen begrenzt werden.

## II. **Bestehendes Unionssekundärrecht mit Bezug zum Sachenrecht**

Soweit ersichtlich ist das Sachenrecht bislang nur sehr vereinzelt Gegenstand einer unionssekundärrechtlichen Vereinheitlichung geworden. Viele EU-Richtlinien schließen die Geltung für das Immobiliarsachenrecht von vornherein aus.<sup>42</sup> Auch mobiliarsachenrechtsbezogene Regelungen werden selten getroffen.<sup>43</sup> Nachfolgend wird daher auf die wenigen Sekundärrechtsakte eingegangen, die Auswirkungen auf das nationale Sachenrecht haben.

### 1. *Kulturgüterschutzrichtlinie*

Die KulturgüterschutzRL vom 15.03.1993<sup>44</sup> verschafft den Mitgliedstaaten das Recht, unrechtmäßig aus ihrem Hoheitsgebiet verbrachte Kulturgüter vom Inhaber der Sachherrschaft auf dem Klagewege zurück zu verlangen (Artt. 2, 5 der RL). Dieses im Binnenmarkt durchsetzbare Verbringungsverbot führt dazu, dass der gute Glaube in eine legale Überführung sachenrechtlich nicht geschützt wird.<sup>45</sup> Der Gutgläubige kann lediglich eine angemessene Entschädigung verlangen (Art. 9 I der RL).

Die KulturgüterschutzRL wurde in Deutschland mit vierjähriger Verspätung durch das Kulturgutsicherungsgesetz vom 15.10.1998 umgesetzt.<sup>46</sup> Der Rückgabeanspruch nach dem Kulturgutsicherungsgesetz entsteht anders als nach der Richtlinie nur an solchen Gegenständen, deren Status als nationales Kulturgut öffentlich bekanntgemacht wurde, § 5 Abs. 1 Nr. 1 KuGuSiG. Hierdurch wird die durch die mehrdeutigen Regelungen der Richtlinie hervorgerufene Rechtsunsicherheit zumindest in Teilen beseitigt.<sup>47</sup>

---

42 So z.B. Art. 3 Abs. 2 HaustürwiderrufsRL; Art. 3 Abs. 1 FernabsatzRL; Art. 1 Abs. 2 VerbrauchsgüterkaufRL.

43 Vgl. statt vieler *Kieninger*, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187.

44 Richtlinie vom 15.03.1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates verbrachte Kulturgüter, 93/7/EWG.

45 *Siehr*, in: Neues Recht zum Schutz von Kulturgut, Hrsg. Reichelt, 1997, S. 29 (36).

46 BGBl. 1998 I, S. 3162; vgl. zur deutschen Umsetzung *Fuchs*, IPRax 2000, 281 ff.

47 *Eberl*, in: Handbuch Denkmalschutz und Denkmalpflege, Teil B, Hrsg. Martin/Krautzberger, 2. Auflage 2006, Rn. 124.

Die Richtlinie schuf allerdings keine Rechtsgrundlage für individuelle Ansprüche.<sup>48</sup> Zudem wurde im *De Clercq*-Bericht kritisiert, dass auch keine Lösung für das Problem der Kulturgüter, über deren Eigentumsstatus ein Streit absehbar sei, gefunden wurde.<sup>49</sup>

Selbst innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie gab es bislang jedoch kaum praktische Anwendungsfälle,<sup>50</sup> so dass die Vorzüge einer Rechtsvereinheitlichung in diesem Bereich noch keine Früchte tragen konnten.

## 2. *Time-Sharing-Richtlinie*

Der Inhalt der Time-Sharing-RL<sup>51</sup> steht zwar in einem engen Verhältnis zum Sachenrecht; dennoch lässt sie das Recht des Eigentumsübergangs unberührt und überlässt die Regelung damit zusammenhängender Fragen den nationalen Gesetzgebern.<sup>52</sup>

## 3. *Zahlungsverzugsrichtlinie*

Die ZahlungsverzugsRL<sup>53</sup> enthält in ihrem Art. 4 eine eigene Regelung des Eigentumsvorbehalts.<sup>54</sup> Ursprünglich war von der Europäischen Kommission die umfassende Regelung eines Eigentumsvorbehalts als eigenes Sicherungsmittel geplant,<sup>55</sup> welches unter bestimmten Voraussetzungen unionsweit durchsetzbar sein sollte.<sup>56</sup> Dieses Vorhaben scheiterte jedoch damals an der Zustimmung durch den Europäischen Rat.<sup>57</sup> Die verabschiedete Fassung enthielt dann lediglich einen Verweis auf die nationalen Rechtsordnungen mit dem Hinweis, dass diese einen Eigentumsvorbehalt vorsehen müssen, vgl. Art. 4 Abs. 1 der RL. Die Ausgestaltung des Eigentumsvorbehalts wurde letztlich dem nationalen Gesetzgeber überlassen,<sup>58</sup> was die Richtlinienorm im Vergleich zu den ersten Entwürfen „völlig inhaltsleer“ erscheinen lässt.<sup>59</sup> Einzige Auswirkung der

---

48 Der Rückgabeanspruch der Richtlinie steht allein dem Staat zu, aus dem ein Kulturgut verbracht wurde (s.a. zur Folgefrage der Konkurrenz zwischen dem Staat und dem Eigentümer zustehenden Herausgabeansprüchen: *Eberl*, NVwZ 1994, 729 (732 ff.)).

49 Plenarsitzungsdokument A5-0408/2003, 26.11.2003, S. 10.

50 *Wenderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 112.

51 Richtlinie des Parlaments und des Rates vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, 94/47/EG.

52 *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts, der EuGH als Zivilrichter, 1998, S. 162.

53 Richtlinie 2000/35/EG vom 29.06.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.

54 Diese Regelung bleibt auch in dem Entwurf der Neufassung der Richtlinie unverändert (Art. 8 des Vorschlags für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, KOM (2009) 126 vom 08.04.2009).

55 KOM (2000) 133, Art. 4.

56 *Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 5. Auflage 2008, § 449 Rn. 5.

57 Vgl. *Kieninger*, in: Aufbruch nach Europa, Festschrift 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Hrsg. Basedow/Drobnig/Ellger/Hopt/Kötz/Kulms/Mestmäcker, 2001, S. 158 ff. m.w.N. zur Entstehungsgeschichte; *Milo*, ERPL 2003, 379 (383 ff.).

58 *Schulze/Kienle*, NJW 2002, 2842 (2843).

59 *Kieninger*, WM 2005, 2305 (2306); *Milo*, ERPL 11 (2003), 379 (391).

Richtlinie ist folglich, dass in allen Mitgliedstaaten unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden kann;<sup>60</sup> zu einer Rechtsangleichung ist es jedoch nicht gekommen.<sup>61</sup>

#### 4. *Finanzsicherheitenrichtlinie*

Die FinanzsicherheitenRL<sup>62</sup> hat einen sehr begrenzten persönlichen Anwendungsbereich. Nach Art. 1 Abs. 2 FinanzsicherheitenRL müssen sowohl Sicherungsnehmer als auch –geber öffentlich-rechtliche Körperschaften, Zentralbanken, beaufsichtigte Kreditinstitute o.ä. sein. Daher ist eine die Marktteilnehmer direkt betreffende, umfassende Harmonisierung von vornherein nicht denkbar.

Nach Artt. 6 Abs. 1, 3 Abs. 1 FinanzsicherheitenRL sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Bestellung von Finanzsicherheiten entweder in der Form der Vollrechtsübertragung oder der Begründung eines beschränkt-dinglichen Rechts zuzulassen und weder Bestellung noch Wirksamkeit an Form- oder Publizitätserfordernisse zu knüpfen. Diese Bestimmungen stellen für die Mehrheit der Mitgliedstaaten, die einer form- und publizitätslosen Sicherungsübertragung von Gegenständen oder Forderungen die Wirksamkeit versagen, einen erheblichen Eingriff in ihr Mobiliarsachenrecht dar.<sup>63</sup> Ferner ist gem. Art. 4 Abs. 4 der RL die freihändige Verwertung durch Verkauf ohne Einschaltung eines Gerichts und ohne vorherige Verwertungsandrohung zuzulassen, was einen ebenso starken Eingriff in das mitgliedstaatliche Sachenrecht zur Folge hat.<sup>64</sup>

Zwar ist in Deutschland der mit diesen Normen einhergehende Regelungsbefehl wegen der ohnehin formlos möglichen Sicherungsübereignung nicht allzu einschneidend; der Widerstand in anderen Mitgliedsstaaten war jedoch groß. So hat sich das niederländische Parlament zeitweise schlicht geweigert, die Richtlinie umzusetzen,<sup>65</sup> da im *burgerlijk wetboek* kurz zuvor die Sicherungsübereignung wieder abgeschafft worden war, vgl. Art. 3:84 Abs. 3 BW.<sup>66</sup>

Festzuhalten bleibt daher, dass die FinanzsicherheitenRL – wenn auch nur in ihrem engen persönlichen Anwendungsbereich – durchaus gravierende Eingriffe in die mitgliedstaatlichen Sachenrechtsordnungen bewirkte.

---

60 *Schulte-Brauckes*, NJW 2001, 103, 107.

61 *Kindler*, in: Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Hrsg. Kindler/Nachmann, 2010, § 4 Rn. 32.

62 Richtlinie vom 06.06.2002 über Finanzsicherheiten, 2002/47/EG.

63 Vgl. *Kieninger*, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (196).

64 Vgl. *Kieninger*, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (196).

65 Am 08.03.2005 scheiterte das Umsetzungsgesetz in der 1. Kammer des niederländischen Parlaments (vgl. *Kieninger*, WM 2005, 2305 (2308)).

66 Vgl. *Lau*, Einführung in das niederländische Mobiliarsachenrecht, 1999, S. 104.

## 5. *Verordnung über Insolvenzverfahren (EuInsVO)*

Art. 7 EuInsVO<sup>67</sup> regelt die insolvenzrechtliche Behandlung eines Eigentumsvorbehalts bei Insolvenz einer Vertragspartei. Jedoch ist allein der einfache Vorbehalt dort normiert, weder der Kontokorrentvorbehalt noch der verlängerte Eigentumsvorbehalt sind aufgrund der autonomen Auslegung der Begrifflichkeiten im Europarecht von der Regelung erfasst.<sup>68</sup> Art. 7 EuInsVO selbst führt nicht zu einer Rechtsangleichung, sondern kompensiert gerade die Verschiedenheit der Vorschriften der Mitgliedstaaten durch den Schutz des Vertrauens in den Bestand des Eigentumsvorbehalts.<sup>69</sup>

Umstritten ist, ob die Sonderformen des Eigentumsvorbehalts von Art. 5 EuInsVO umfasst sind. Nach Art. 5 EuInsVO werden dingliche Rechte Dritter nicht von der Insolvenzverfahrenseröffnung berührt.<sup>70</sup> *Kindler* argumentiert insofern nachvollziehbar, dass mit der Sonderregelung des Art. 7 EuInsVO der Eigentumsvorbehalt gerade als Annex zum Kaufvertrag geregelt wurde und nicht als dingliches Recht i.S.d. Art. 5 EuInsVO. Es wäre folglich ein Systembruch, die Sonderformen des Eigentumsvorbehalts wiederum von Art. 5 EuInsVO umfasst zu sehen.<sup>71</sup>

## 6. *Kapitalverkehrsrichtlinie*

Gem. Art. 6 Abs. 4 KapitalverkehrsRL<sup>72</sup> dürfen bestehende nationale Rechtsvorschriften zur Regelung des Erwerbs von Zweitwohnsitzen aufrechterhalten werden, solange der Rat keine anderweitigen Vorschriften erlässt. Hierbei handelt es sich gerade nicht um eine Harmonisierungsmaßnahme, sondern im Gegenteil um den Verzicht auf eine solche. Durch diese Regelung sollte es vor allem Österreich, Dänemark und Teilen Italiens (Südtirol) ermöglicht werden, ihre Beschränkungen des Grunderwerbs an Zweitwohnsitzen teilweise aufrecht zu erhalten.<sup>73</sup>

## 7. *EULIS*

Das EULIS-Projekt<sup>74</sup> basiert zwar nicht direkt auf Unionssekundärrecht, wird aber aus dem eContent-Programm der Kommission gefördert.<sup>75</sup> EULIS ist ein Datenverbund nationaler Grundbuchsysteme mit dem Ziel, einen internationalen Zugriff auf Grundbuchdaten zu ermögli-

67 Verordnung des Rates über Insolvenzverfahren vom 29.05.2000, Nr. 1346/2000.

68 *Kindler*, in: Münchener Kommentar zur InsO, Band 3, 2. Auflage 2008, VO (EG) 1346/2000 Art. 7 Rn. 310.

69 *Kindler*, in: Handbuch Insolvenzrecht in Europa, Hrsg. Kindler/Nachmann, 2010, § 4 Rn. 32.

70 Zu der umstrittenen Frage, ob es sich bei Art. 5 EuInsVO um eine Sach- oder Kollisionsnorm handelt: *Kindler*, in: Münchener Kommentar zur InsO, Band 3, 2. Auflage 2008, VO (EG) 1346/2000 Art. 5 Rn. 268 ff.; *Taupitz*, ZZP 111 (1998), 315 (335).

71 *Kindler*, in: Münchener Kommentar zur InsO, Band 3, 2. Auflage 2008, VO (EG) 1346/2000 Art. 7 Rn. 312.

72 Richtlinie des Rates vom 24. Juni 1988 zur Durchführung von Artikel 67 des Vertrages, 88/361/EWG.

73 Hierzu eingehend *Glöckner*, EuR 2000, 592 (593).

74 European land information service, www.eulis.org, zuletzt abgerufen am 04.08.2011.

75 Weißbuch der Kommission über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte, KOM (2007) 807, S. 9.

chen. Hierdurch erfolgt zwar noch keine inhaltliche Harmonisierung, zumindest aber ist ein erster Schritt in Richtung der Öffnung des Immobiliarsachenrechts der Mitgliedstaaten getan. So zeigt das Projekt EULIS, dass die Notwendigkeit des Tätigwerdens der Union im weiteren Bereich des Immobiliarsachenrechts durchaus erkannt wurde.<sup>76</sup>

### 8. Ergebnis

Einzig die FinanzsicherheitenRL nimmt somit nennenswerten Einfluss auf das mitgliedstaatliche Sachenrecht. Dem Kulturgüterschutz fehlt es in praktischer Hinsicht an Systemrelevanz. Zudem führen weder die ZahlungsverzugsRL noch die EuInsVO zu gravierenden Änderungen des Sachenrechts.

## III. Harmonisierungsbestrebungen außerhalb des Organisationsbereichs der Union

Außerhalb des Organisationsbereichs der EU gibt es bereits weitere sachenrechtliche Harmonisierungsbestrebungen. Bei einem Beitritt sämtlicher EU-Staaten zu diesen Projekten hätten die Bestrebungen auch eine Harmonisierung auf Unionsebene zur Folge.<sup>77</sup> Die EU hat den meisten dieser Übereinkommen bisher allerdings ihre Unterstützung mit der Begründung der Gefahr einer Kollision mit bestehendem Unionsrecht versagt.<sup>78</sup>

Das *UNIDROIT Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung (Kapstadt-Konvention)* vom 16.11.2001<sup>79</sup> soll die Finanzierung mobiler Ausrüstungsgegenstände erleichtern, indem es ein neues Mobiliarsicherungsrecht einführt, das international unabhängig vom momentanen Belegenheitsort der Sache anerkannt wird.<sup>80</sup> Hierdurch sollten die durch die unterschiedlichen Voraussetzungen nationaler Sicherungsrechte entstehenden Rechtsunsicherheiten umgangen werden, indem in dem für die Staaten wichtigen Bereich der Finanzierung von Ausrüstungsgegenständen ein internationales System geschaffen wird. Auch dieses Übereinkommen wurde durch die Union zunächst eher gehemmt als gefördert,<sup>81</sup> bevor die EG selbst am 28.04.2009 der Konvention beitrug. Die Mitgliedstaaten, die zum Teil bereits zuvor unterzeichnet hatten, hatten ihren Beitritt von der Entscheidung der EG abhängig gemacht.<sup>82</sup>

Der *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*<sup>83</sup> soll als Modellgesetz den nationalen Gesetzgebern eine Hilfestellung bei der Modernisierung der Kreditsicherungsrechte geben.<sup>84</sup> Da-

---

76 Ploeger/van Loenen, ERPL 12 (2004) 379 (386).

77 von Bar, Juri 103 DE, S. 149 (150).

78 Kieninger, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (192).

79 Convention on International Interests in Mobile Equipment.

80 Ausführlich zur Kapstadt-Konvention: Goode, in: Towards a European Civil Code, Hrsg. Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/Du Perron/Veldman, 3. Auflage 2004, S. 757 ff.

81 Kieninger, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (193).

82 Siehe hierzu <http://www.icao.int/icao/en/leb/capetown-conv.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.08.2011.

83 Resolution A/RES/63/121.

bei wurde auf die Ausgestaltung als Konvention bewusst verzichtet, da hierzu konkrete Regelungen erforderlich gewesen wären, es aber zweifelhaft war, ob ein solcher Konsens hätte erzielt werden können.<sup>85</sup> Die EU nahm an den Beratungen zu dieser Resolution nicht teil, obwohl sie aufgrund ihres Beobachterstatus in der UN dazu berechtigt gewesen wäre.<sup>86</sup>

Das *Modellgesetz der EBRD*<sup>87</sup> verfolgt das Ziel, ein alle Sicherungsgüter umfassendes, funktional definiertes, registriertes, besitzloses Sicherungsrecht zu schaffen, das in Insolvenz und Zwangsvollstreckung größtmögliche Gläubigerbefriedigung gewährt.<sup>88</sup> Dieses Modellgesetz war die Grundlage für die Kreditsicherungsrechtsreformen in einigen osteuropäischen Ländern,<sup>89</sup> was zu einem „*Europe à deux vitesses*“<sup>90</sup> im Bereich der Sicherungsrechtsvereinheitlichung geführt hat.

Die *UN-Abtretungskonvention* vom 12.12.2001<sup>91</sup> hat zum Ziel, grenzüberschreitende Transaktionen mit Forderungen durch Vereinheitlichung und Modernisierung des Abtretungsrechts zu fördern.<sup>92</sup> Die Konvention wurde von keinem EU-Mitgliedstaat ratifiziert,<sup>93</sup> nachdem die EU bis vor kurzem den Beitritt ihrer Mitgliedstaaten aktiv verhinderte, da eine Diskrepanz zwischen der Konvention und dem EVÜ<sup>94</sup> gesehen wurde.<sup>95</sup>

#### IV. *Acquis commune*

Ein *acquis commune* existiert im Bereich des Sachenrechts kaum.<sup>96</sup> Die unterschiedlichen Rechtskreise Europas, die den Eigentumsübergang jeweils anders konstruieren, sind schwer miteinander vereinbar und lassen sich nicht auf einen gemeinsamen Kernbestand an Regeln zurückführen.<sup>97</sup>

Die Zielrichtungen der modernen besitzlosen Sicherungsrechte ähneln sich dagegen durchaus, aufgrund der unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen divergieren sie jedoch in ihrer Konstruktion. Allein die Regelung des Besitzpfandrechts stimmt in den meisten Mitgliedstaaten nicht nur in den Grundzügen, sondern auch in vielen Einzelheiten überein. Die praktische Relevanz dieses Sicherungsrechts ist aber mittlerweile sehr gering.<sup>98</sup>

84 *Kieninger*, WM 2005, 2353 (2354).

85 *Grude*, *Revolvierende Globalsicherheiten in Europa: eine Untersuchung zur Beständigkeit der globalen Sicherungsrechte an revolvingierenden Sachgesamtheiten bei innergemeinschaftlichen Grenzübertritten*, 2009, S. 239.

86 *Kieninger*, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (194).

87 *Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung*, <http://www.ebrd.com/downloads/legal/secured/modelg.pdf>, zuletzt abgerufen am 04.08.2011.

88 *Kieninger*, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (194).

89 Ungarn, Litauen, Lettland, Estland, Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, z.T. auch Bulgarien, Rumänien, Mazedonien und Kroatien.

90 *Kieninger*, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (194).

91 *United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade*, A/Res/56/81; hierzu eingehend *Kieninger/Schütze*, ZIP 2003, 2181 ff..

92 *Kieninger*, WM 2005, 2353 (2354).

93 *Kieninger*, WM 2005, 2353 (2354).

94 *Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht*, 19. Juni 1980.

95 *Kieninger*, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (192).

96 *Gambaro*, in: *European Private Law: A Handbook*, Volume I, Hrsg. Bussani/Werro, 2009, S. 50; *Kieninger*, AcP 208 (2008) 182 (187); *Stadler*, JZ 2010, 380.

97 S.u. D.II.1.a).

98 *Drobnig*, Juri 103 DE, S. 175 (180).

## V. Ergebnis

Insgesamt finden sich im Unionsrecht nur wenige Ansätze einer Harmonisierung des Sachenrechts. Die Grundfreiheiten sind zwar auf das Sachenrecht anwendbar, führen aber nicht zu einer Rechtsvereinheitlichung. Im Rahmen des Sekundärrechts finden sich zwar mitunter sachenrechtliche Vorschriften, jedoch sind diese von nur untergeordneter Bedeutung.

Der Fokus der Union und auch der Wissenschaft lag bisher auf der Vereinheitlichung des Vertragsrechts,<sup>99</sup> was zur Folge hatte, dass verhältnismäßig wenige Vorschläge für ein vereinheitlichtes Sachenrecht entworfen wurden<sup>100</sup> und die Thematik auch nur selten in den Mittelpunkt von Gesetzgebungsmaßnahmen geriet.

---

99 Vgl. *Micklitz*, GPR 2007, 2 ff.; *H.-F. Müller*, GPR 2006, 168 ff.; *M. Müller*, EuZW 2003, 683 ff.; *Najork/Schmidt-Kessel*, GPR 2003/2004, 5 ff.; *Pfeiffer*, EWS 2004, 98 ff.; *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481 ff.; *Schulte-Nölke*, JZ 2001, 917 ff..

100 Zu den verschiedenen Vorschlägen für ein europäisches Immobiliarsicherungsrecht sowie zu den sachenrechtlichen Regelungen des DCFR s.u. D.II.

## C. Legislativkompetenzen

Aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV,<sup>101</sup> ist für jedwedes Tätigwerden der Union eine Ermächtigungsgrundlage im Unionsprimärrecht vonnöten. Der im konkreten Fall anwendbare Kompetenztitel muss anhand objektiver Kriterien mit Blick auf Ziel und Inhalt des Sekundärrechtsaktes ausgewählt werden.<sup>102</sup> Folgend soll daher auf in Betracht kommende Ermächtigungsgrundlagen und den möglichen Ausschluss der Unionskompetenz durch Art. 345 AEUV<sup>103</sup> eingegangen werden.

### I. Art. 345 AEUV als negative Kompetenznorm?

Bereits der in Art. 345 AEUV niedergelegte Grundsatz, dass die Verträge die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lassen, könnte einer Regelungskompetenz der Union entgegenstehen.

Die Reichweite dieser Norm ist jedoch stark umstritten. Maßgeblich ist insoweit die Interpretation des Begriffes „Eigentumsordnung“. Hierunter wird nach herrschender Ansicht die Gesamtheit der Vorschriften verstanden, die den Bestand und die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen der Institution „Eigentum“ regeln.<sup>104</sup> Bereits der Wortlaut legt diese restriktive Interpretation nahe, von der nur eigentumsrechtliche Grundentscheidungen erfasst sind.<sup>105</sup> Die privatrechtliche Ausgestaltung des Eigentums ist hingegen nicht von Art. 345 AEUV betroffen.<sup>106</sup> Hierfür lässt sich auch das zentrale Motiv für die Schaffung der Norm anführen: die Befürchtung, dass die Gemeinschaftsorgane durch Enteignungen, Sozialisierungen oder Privatisierungen von Unternehmen Einfluss auf die Wirtschaftsordnungen der Mitgliedstaaten ausüben könnten.<sup>107</sup>

Andere Interpretationen, wie der komplette Ausschluss sachenrechtlicher Legislativkompetenzen der EU durch Art. 345 AEUV oder die Reduzierung der Kompetenz auf solche Rechtsakte, die den Schutz der nationalen Eigentumsordnungen stärken, sind praktisch nicht handhab-

---

101 Bisher Art. 5 Abs. 1 EGV.

102 EuGH v. 13.05.1997, *Deutschland/Parlament*, Slg. 1997-I, 2405 (2449); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 90.

103 Bisher Art. 295 EGV.

104 *Bär-Bonysière*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Hrsg. von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 295 EGV Rn. 8; *Kingreen*, in: EUV/AEUV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 3. Auflage 2011, Art. 345 AEUV Rn. 9; *Engel*, ZfRV 1999, 121 (126); *Schweitzer*, in: Das Recht der Europäischen Union, Hrsg. Grabitz/Hilf, 38. Ergänzungslieferung, April 2009, Art. 295 EGV Rn. 2; *Müller-Graff*, NJW 1993, 13 (14 f.); *Riegel*, RIW 1979, 744 (745).

105 *Müller-Terpitz/Weigl*, EuR 2009, 348 (359).

106 *Engel*, ZfRV 1999, 121 (126).

107 *Becker*, NStZ 2009, 306 (308); *Müller-Terpitz/Weigl*, EuR 2009, 348 (358); *Schmidt-Kessel* in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342 ff.

bar.<sup>108</sup> Die Eigentumsrechte, bzw. deren Ausübung, sind von beinahe allen Rechtsetzungsakten betroffen. Die Legislativkompetenzen der Union würden somit nahezu ausgehöhlt, wenn Art. 345 AEUV derart weit interpretiert würde.

Einer restriktiven Handhabung des Art. 345 AEUV ist folglich der Vorzug zu geben. Die Vorschrift hat danach keine Auswirkungen auf die Kompetenzfrage im Bereich des Sachenrechts.<sup>109</sup>

## II. Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen gem. Art. 81 AEUV

Bereits der bis 2009 geltende Art. 65 EGV stellte nach herrschender Meinung keine Kompetenzgrundlage für den Erlass materiellen Zivilrechts dar, sondern betraf allein das Verfahrensrecht sowie das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht.<sup>110</sup> Allein eine Mindermeinung wollte auch eine Rechtsetzungskompetenz für Angleichungen des materiellen Rechts aus Art. 65 EGV begründen und stützte diese Ansicht auf den Wortlaut „Zivilsachen“ und die nicht abschließende Bestimmung der inhaltlichen Reichweite der Vorschrift.<sup>111</sup>

Spätestens seit dem Inkrafttreten des AEUV ist diese Ansicht wohl nicht mehr haltbar. Nach dem geänderten Wortlaut des Art. 81 AEUV<sup>112</sup> soll die Zusammenarbeit in Zivilsachen „auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen“ beruhen. Dieser in Art. 65 EGV nicht enthaltene Passus weist eindeutig auf die ausschließliche Anwendbarkeit des Art. 81 AEUV im Bereich des Verfahrensrechts hin. Die materielle Angleichung des Sachenrechts lässt sich nicht auf diese Norm stützen.

## III. Rechtsangleichung im Binnenmarkt gem. Art. 114 AEUV

Art. 114 AEUV,<sup>113</sup> der gegenüber Art. 115 AEUV<sup>114</sup> vorrangig ist,<sup>115</sup> ist selbst nur dann anwendbar, wenn keine speziellere Kompetenznorm greift.<sup>116</sup>

Seit seiner Einführung 1987 wurden die meisten Rechtsangleichungsmaßnahmen auf Art. 114 AEUV<sup>117</sup> gestützt, da die Norm aufgrund ihrer zielorientierten Ausgestaltung potentiell jeden

---

108 *Milo*, ERPL 11 (2003), 379 (385).

109 So auch *Kieninger*, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (190); *Michaels*, in: Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band I, Hrsg. Basedow/Hopt/Zimmermann, 2009, S. 358 (361); *Milo*, ERPL 11 (2003), 379 (383); *Schmidt-Kessel* in: Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis, Hrsg. Dajczak, 2005, S. 342.

110 *Rossi*, in: EUV/EGV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 2. Auflage 2007, Art. 65 EGV Rn. 1; *Ludwigs*, EuR 2006, 370 (380 f.); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 90.

111 *Gebauer/Wiedmann*, in: Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Hrsg. Gebauer/Wiedmann, 2005, Kapitel 1 Rn. 26.

112 Bisher Art. 65 EGV.

113 Bisher Art. 95 EGV.

114 Bisher Art. 94 EGV.

115 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, 7. Auflage 2010, Rn. 1200.

116 *Tilmann*, Juri 103 DE, 185 (197).

Sachgegenstand erfassen kann.<sup>118</sup> Dadurch ist Art. 114 AEUV zu einer Art „kompetenziellen Allzweckwaffe“ geworden.<sup>119</sup> Dieser Ausweitung der Kompetenznorm ist der EuGH jedoch in seinen Tabakwerbeurteilen entgegengetreten:<sup>120</sup> Der Erlass von Rechtssetzungsmaßnahmen auf Grundlage des Art. 114 AEUV ist danach nicht anlassunabhängig, sondern nur zur Erreichung eines bestimmten Ziels möglich.<sup>121</sup>

## 1. Voraussetzungen des Art. 114 AEUV

### a) Reichweite der Harmonisierungskompetenz

Nach dem Wortlaut des Art. 114 AEUV ergibt sich aus dieser Norm die Kompetenz zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt. Unter Angleichung im engeren Sinne ist dabei die inhaltliche Annäherung der Rechte der Mitgliedstaaten zu verstehen, ohne dass diese vereinheitlicht würden.<sup>122</sup> Insofern könnte eine Rechtsvereinheitlichung, d.h. die Entstehung von Einheitsrecht,<sup>123</sup> als inhaltliches Mehr nicht von dieser Vorschrift gedeckt sein.

Der Wortlaut „Rechtsangleichung“ muss jedoch als Angleichung im weiteren Sinne verstanden werden.<sup>124</sup> Dies lässt sich schon mit dem Wortlaut der Norm begründen: Gem. Art. 114 Abs. 1 S. 2 AEUV können Parlament und Rat „Maßnahmen“ zur Angleichung erlassen. Davon sind mangels genauerer Spezifizierung nicht nur Richtlinien, sondern eben auch Verordnungen umfasst.<sup>125</sup> Letztere führen aber aufgrund ihres unmittelbar bindenden Charakters,<sup>126</sup> Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV,<sup>127</sup> stets zu einer Rechtsvereinheitlichung.

Für diese Auslegung der Norm spricht auch, dass die Kompetenzen im AEUV nicht gegenseitlich, sondern zielorientiert niedergelegt sind.<sup>128</sup> Damit ist automatisch eine gewisse expansive

117 Trotz entsprechender Reformüberlegungen bzgl. der binnenmarktbezogenen Rechtsangleichungskompetenzen fielen die Änderungen der Artt. 94, 95 EGV durch den Vertrag von Lissabon sehr gering aus, s.a. *Nowak*, EuR 2009 Beiheft 1, 129 (169).

118 *Möstl*, EuR 2002, 318 (320, 324).

119 *Dreher*, JZ 1999, 105 (107); *Honsell*, ZIP 2008, 621 (624); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 94.

120 EuGH v. 12.12.2006, *Tabakwerbeverbot II*, Slg. 2006-I, 11573 (11631); EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 8419 (8524).

121 EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 8419 (8524); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, 7. Auflage 2010, Rn. 1202; *Härtel*, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, S. 62; *Roth*, EWS 2008, 401 (402).

122 *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, 2004, S. 41; *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 88.

123 *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 89.

124 *Kabl*, in: EUV/AEUV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 3. Auflage 2011, Art. 114 AEUV Rn. 13.

125 *Strohmayr*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, 2005, S. 128.

126 Zur unmittelbaren Geltung von Verordnungen vgl. *Schmidt*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Hrsg. von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 249 EGV Rn. 31.

127 Bisher Art. 249 EGV.

128 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (473); *Lerche*, Konkurrenz von Einheitsrecht und nationalem Privatrecht, 2007, S. 205; *Strohmayr*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, 2005, S. 129.

Tendenz verbunden,<sup>129</sup> der man nur im Wege der weiten Interpretation der Ermächtigungsgrundlagen gerecht werden kann. Eine Abgrenzung zwischen den benutzten Begriffen Angleichung, Vereinheitlichung, Koordinierung und Harmonisierung ist auch praktisch nicht durchführbar, da die Ausdrücke in den verschiedenen Sprachfassungen der Verträge uneinheitlich verwendet werden.<sup>130</sup>

Die aus Art. 114 AEUV folgende Harmonisierungskompetenz erstreckt sich somit sowohl auf die Rechtsangleichung wie auch die –vereinheitlichung.

#### b) Binnenmarktbezug

Die EU kann auf der Grundlage des Art. 114 AEUV nur dann tätig werden, wenn ein anhaltendes Nebeneinander der nationalen Regelungen nach objektiv erkennbaren Umständen ein Hemmnis für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes darstellt und ein einheitliches Recht eine erkennbare Marktverbesserung herbeiführen würde.<sup>131</sup>

Im Rahmen des Binnenmarktbezuges muss entweder der Abbau von Hemmnissen für Grundfreiheiten oder von spürbaren Wettbewerbsverfälschungen Zweck des Tätigwerdens sein.<sup>132</sup> Das alleinige Feststellen von Unterschieden zwischen nationalen Vorschriften und die daraus bereits resultierende abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten genügt den Anforderungen des Art. 114 AEUV nicht.<sup>133</sup>

129 *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 92.

130 *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EGV – Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, 2004, S. 89 mit Beispielen; *Seidl-Hohenveldern*, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Hrsg. Carstens/Börner, 1971, S. 170 f..

131 EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 8419 (8524); *Görlitz*, ZUM 2002, 97 (99 f.); *Hähnchen*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 147 (162 f.).

132 Beide Voraussetzungen stehen nach h.M. in einem Alternativverhältnis zueinander, so EuGH v. 10.12.2002, *British American Tobacco and Imperial Tobacco*, Slg. 2002-I, 11453 (11574); *Kabl*, in: EUV/AEUV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 3. Auflage 2011, Art. 114 AEUV Rn. 21 ff.; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, 7. Auflage 2010, Rn. 1202; *Herr*, EuZW 2005, 171 (172); *Koenig/Kühling*, EWS 2002, 12 (17); *Ludwigs*, EuR 2006, 370 (383 f.); *Möstl*, EuR 2002, 318 (324); *Roth*, EWS 2008, 401 (408); *Strohmayr*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, 2005, S. 133; a.A. EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 841, 8527; *Bock*, Rechtsangleichung und Regulierung im Binnenmarkt, 2005, S. 127, der allerdings davon ausgeht, dass das Vorliegen des einen Merkmals das andere impliziert.

133 EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 8419 (8524); *Möstl*, EuR 2002, 318 (340); *Roth*, in: Vollharmonisierung im Privatrecht, Hrsg. Gsell/Herresthal, 2009, S. 13 (29); *Strohmayr*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, 2005, S. 137; *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 99.

## (1) Abbau von Hemmnissen für Grundfreiheiten

Aufgrund der Geltung der *lex rei sitae* im Sachenrecht<sup>134</sup> sieht sich ein Marktteilnehmer bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten zwangsläufig einer ihm unbekanntem Rechtsordnung gegenüber. Eigentumsübergänge sowie die Beurteilung der Wirksamkeit von Sicherungsrechten werden nach fremdem Recht bestimmt. Die daraus entstehenden Unsicherheiten für den rechtlichen Laien könnten allein schon ausreichen, ihn davon abzuhalten, seine primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten wahrzunehmen.<sup>135</sup>

Gerade Händler, die Ware unter Eigentumsvorbehalt verkaufen,<sup>136</sup> sind häufig gezwungen, nachzuprüfen, ob ihr Sicherungsrecht auch im Ankunftsland Bestand hat.<sup>137</sup> Dies steht vor allem der Verwirklichung der Warenverkehrsfreiheit entgegen.<sup>138</sup> Aufgrund dieses hohen Aufwandes besteht sogar die Gefahr, dass der grenzübergreifende Handel als so unwirtschaftlich erachtet wird, dass davon in Gänze Abstand genommen wird.<sup>139</sup> Auch Verbraucher, die mit ausländischen Rechtsordnungen nicht vertraut sind, könnten vom Abschluss grenzüberschreitender Geschäfte abgehalten werden.<sup>140</sup>

Anders stellt sich die Lage im Immobiliarsachenrecht dar. Mangels Wechsels des Belegenheitsortes ändert sich die einschlägige Rechtsordnung nicht. Auch für den juristischen Laien ist es verständlich und einleuchtend, dass der Grunderwerb in einem anderen Land unter den Vorschriften dieses Mitgliedstaates stattfindet.<sup>141</sup> Zudem sind Grundstückswerte in der Regel so hoch, dass der Einzelne durch vergleichsweise geringe Kosten für die Einholung von Rechtsinformationen nicht oder nur in den seltensten Fällen von der Ausübung seiner Grundfreiheiten abgehalten würde.<sup>142</sup>

Daraus könnte der Schluss folgen, dass die Grundstücksmärkte keiner Rechtsangleichung bedürfen.<sup>143</sup> Zwar stellt allein die Verschiedenheit der anwendbaren Rechtsordnungen noch kein Hemmnis für die Ausübung der Grundfreiheiten dar, wohl aber unter Umständen die inhaltliche

---

134 Dies war auch vor der Kodifizierung im Jahr 1999 (vgl. Art. 43 EGBGB) in Deutschland gewohnheitsrechtlich anerkannt: BGH v. 08.06.1989, NJW 1989, 2542 (2543); BGH v. 08.04.1987, BGHZ 100, 321 (324); *Basedow*, *RabelsZ* 59 (1995), 1 (41); *Rott*, Vereinheitlichung des Rechts der Mobiliarsicherheiten: Möglichkeiten und Grenzen im Kollisions-, Europa-, Sach- und Vollstreckungsrecht unter Berücksichtigung des US-amerikanischen Systems der Kreditsicherheiten, 2000, S. 3. Vgl. zur Geltung der *lex rei sitae* in allen Mitgliedstaaten die FinanzsicherheitenRL, 2002/47/EG, Erwägungsgrund 8.

135 *Engel*, *ZfRV* 1999, 121 (125).

136 Zur teilweisen Angleichung des Eigentumsvorbehalts s.o. B.II.3.

137 KOM (2003) 68, S. 15; *Graf von Bernstorff*, *RIW* 1993, 365.

138 *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445 (475); *Kieninger*, *WM* 2005, 2305 (2306).

139 KOM (2003) 68, S. 14 f.; *Schmidtchen*, in: *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Hrsg. Eger/Schäfer, 2007, 1 (8).

140 *Schmidtchen*, in: *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Hrsg. Eger/Schäfer, 2007, 1 (8).

141 Zur Geltung der *lex rei sitae* im Immobiliarsachenrecht: *Kropholler*, *Internationales Privatrecht*, 6. Auflage 2006, S. 555.

142 *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445 (475).

143 *Basedow*, *AcP* 200 (2000), 445 (475).

Ausgestaltung des Immobiliarsachenrechts. Gerade Grunderwerbsbeschränkungen<sup>144</sup> oder für Auswärtige unerfüllbare Voraussetzungen des Grunderwerbs<sup>145</sup> hemmen nicht nur die Ausübung der Grundfreiheiten, sondern verhindern sie von vornherein. Zudem bestehen bei Immobiliarsicherheiten die gleichen Bedenken wie bei Mobiliarsicherheiten:<sup>146</sup> Vertragsangebote in anderen Mitgliedstaaten können nicht angenommen werden, wenn die verlangte Kreditsicherheit in Form einer Hypothek oder Grundschuld aus rechtlichen Gründen nicht anerkannt wird.

Sowohl für das gesamte Mobiliarsachenrecht als auch für die Immobiliarsicherungsrechte bestehen somit gegenwärtig Hemmnisse für Grundfreiheiten, die durch eine Rechtsvereinheitlichung abgebaut werden könnten.

## (2) Abbau spürbarer Wettbewerbsverfälschungen

Der Binnenmarktbezug wäre alternativ auch gegeben, wenn die Unterschiede zwischen den nationalen Sachenrechten den Wettbewerb spürbar verzerren würden.<sup>147</sup> Dies könnte bereits deshalb der Fall sein, weil die Unsicherheit bzgl. grenzüberschreitender Transaktionen zu einer Konzentration auf den innerstaatlichen Wettbewerb führt. Ein den Binnenmarkt umfassender Wettbewerb kann mangels Vergleichbarkeit vor allem auf dem Gebiet der Sicherungsrechte zum Beispiel im Rahmen der Kreditvergabe kaum entstehen.<sup>148</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Voraussetzungen für Mobiliar- und Immobiliarkreditsicherungsrechte werden zum Beispiel grenzüberschreitende Finanzierungsgeschäfte stark erschwert<sup>149</sup> und es kommt zu Wettbewerbsverzerrungen unter den Anbietern von Krediten.<sup>150</sup>

Auch die Preise für Kredite, d.h. die Höhe der Zinssätze, verhindern einen ausgewogenen grenzüberschreitenden Wettbewerb. Je schlechter und unzuverlässiger die in einem Land verfügbaren Kreditsicherheiten sind, desto höher ist der Preis für den Kredit.<sup>151</sup> Die Kreditgeber in den verschiedenen Mitgliedstaaten können nicht mit den gleichen Ausfallrisiken kalkulieren und können so von vornherein nicht von vergleichbaren Ausgangspositionen in den Wettbewerb eintreten.

144 EuGH v. 15.05.2003, *Salzmann*, Slg. 2003-I, 4899 (4937); EuGH v. 05.03.2002, *Reisch*, Slg. 2002-I, 2157 (2192 ff.); EuGH v. 01.06.1999, *Konle*, Slg. 1999-I, 3099 (3136); *Knapp*, EWS 1999, 409 (411); *Lange*, EWS 2004, 389 ff.

145 EuGH v. 23.09.2003, *Ospelt*, Slg. 2003-I, 9743 (9803).

146 *Wachter*, WM 1999, 49.

147 *Engel*, ZfRV 1999, 121 (124); *Lerche*, Konkurrenz von Einheitsrecht und nationalem Privatrecht, 2007, S. 202 f.; *Roth*, EWS 2008, 401 (408); hieran hat sich auch dadurch nichts geändert, dass der unverfälschte Wettbewerb aus dem Zielkatalog des Art. 3 EUV gestrichen wurde. Insofern handelte es sich allein um eine politische, nicht um eine juristisch bedeutsame Entscheidung, so auch *Nowak*, EuR 2009 Beiheft 1, 129 (189).

148 Weißbuch der Kommission über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte, KOM (2007) 807, S. 3 f.

149 *von Bar/Drobnig*, The interaction of contract law, tort and property law in Europe: a comparative study, 2004, Rn. 733; *Kieninger*, in: Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (189); Weißbuch der Kommission über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte, KOM (2007) 807, S. 4.

150 *Graf von Bernstorff*, RIW 1997, 181; *Grude*, Revolvierende Globalsicherheiten in Europa: eine Untersuchung zur Beständigkeit der globalen Sicherungsrechte an revolvierenden Sachgesamtheiten bei innergemeinschaftlichen Grenzübertreten, 2009, S. 241.

151 *Drobnig*, Juri 103 DE, S. 175 (177).

Im Bereich des Erwerbs von Immobilien ist eine solche Wettbewerbsverzerrung nicht zu erkennen. Im Bezug auf in den Mitgliedstaaten belegene Immobilien besteht kein Binnenwettbewerb, da der Bürger seine Entscheidung, in welchem Land er Grundbesitz erwirbt, i.d.R. nicht von einer Rechtsanalyse abhängig macht. Ausnahmen können dann bestehen, wenn Immobilien allein zur Kapitalanlage erworben werden. Dann sind die Investitionen i.d.R. jedoch so hoch, dass sich in Zweifelsfällen die Einholung von Rechtsrat lohnt und diese Notwendigkeit keinen Investor abschrecken wird.<sup>152</sup>

Wettbewerbsverzerrungen sind somit vor allem im Bereich der dinglichen Sicherungsrechte zu erkennen. Die uneinheitlichen Voraussetzungen dieser Rechte führen zu einer Verzerrung des Kreditmarktes.

### c) Verbesserung des Binnenmarktes

Alle auf Art. 114 AEUV gestützten Rechtsangleichungsmaßnahmen müssen zu einer Verbesserung des Binnenmarktes beitragen.<sup>153</sup> Diese Norm stellt gerade keine allgemeine Kompetenz zur Binnenmarktregulierung dar, sondern soll die Möglichkeit zur Lösung spezifischer Binnenmarktprobleme geben.<sup>154</sup> Unklar ist allerdings, wann im Einzelfall ein Beitrag zur Binnenmarktverbesserung geleistet wird. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Art. 114 AEUV dann nicht anwendbar, wenn der erlassene Rechtsakt die Marktbedingungen nur „nebenbei“ verbessert, eigentlich aber ganz andere Zwecke verfolgt.<sup>155</sup> Auf der anderen Seite soll es aber bereits ausreichen, wenn die Maßnahme unter anderem die Binnenmarktverbesserung bezweckt.<sup>156</sup>

Eine Verbesserung des Binnenmarktes durch die Vereinheitlichung oder Angleichung der verschiedenen Bereiche des Sachenrechts ergibt sich schon daraus, dass in allen Bereichen potentiell Hemmnisse für die Ausübung von Grundfreiheiten oder spürbare Wettbewerbsverzerrungen bestehen.<sup>157</sup> Werden diese Binnenmarkthemmnisse abgebaut, ergibt sich eine Verbesserung des Marktes.

152 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (475).

153 EuGH v. 20.05.2003, *Österreichischer Rundfunk u.a.*, Slg. 2003-I, 4989 (5034); EuGH v. 10.12.2002, *British American Tobacco and Imperial Tobacco*, Slg. 2002-I, 11453 (11574); EuGH v. 05.10.2000, *Tabakwerbeverbot I*, Slg. 2000-I, 8419 (8524); *Kahl*, in: EUV/AEUV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 3. Auflage 2011, Art. 114 AEUV Rn. 20.

154 *Kahl*, in: EUV/AEUV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 3. Auflage 2011, Art. 114 AEUV Rn. 24; *Antenbrink*, VuR 2001, 163; *Ludwigs*, EuR 2006, 370 (381 f.); *Seidl-Hobenveldern*, in: Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Hrsg. Carstens/Börner, 1971, S. 170 (190); *Strohmayr*, Kompetenzkollisionen zwischen europäischem und nationalem Recht, 2005, S. 139 f..

155 EuGH v. 04.10.1991, *Parlament/Rat*, Slg. 1991-I, 4529 (4566 f.); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 94.

156 EuGH v. 10.12.2002, *British American Tobacco and Imperial Tobacco*, Slg. 2002-I, 11453 (11578 f.); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 95.

157 S.o. C.III.1.b).

## 2. Grenzen des Art. 114 AEUV

Aus der Formulierung des Art. 114 AEUV ergibt sich, dass dieser nur für die Harmonisierung nationaler Normen herangezogen werden kann. Art. 114 AEUV ist daher nur anwendbar, wenn die angestrebte Maßnahme zumindest partiell der Beseitigung von Unterschieden zwischen den Nationen dient. Die Schaffung eines europäischen Rechtsinstruments, das neben den mitgliedstaatlichen Regelungen steht, würde aber gerade nicht zu einer Angleichung der nationalen Rechte führen.<sup>158</sup> Demnach ist die Schaffung eines neuen Rechtsinstituts nach einer Ansicht nur unter Zugrundelegung des Art. 352 AEUV<sup>159</sup> möglich.<sup>160</sup>

Andererseits erscheint es ebenso plausibel, Art. 114 AEUV im Wege eines *a maiore ad minus*-Schlusses anzuwenden: Wenn schon eine obligatorische Rechtsangleichung im Wege einer Verdrängung nationalen Rechts unter den erleichterten Erfordernissen des Art. 114 AEUV<sup>161</sup> möglich ist, so muss erst recht bei Schaffung einer weiteren Option neben den mitgliedstaatlichen Rechten auf diese Norm zurückgegriffen werden können. Ansonsten würde es zu einem ungerechtfertigten Missverhältnis zwischen der Intensität der Regelung und den erforderlichen Mehrheiten im Gesetzgebungsverfahren kommen.<sup>162</sup>

Obwohl die Argumentation der letztgenannten Ansicht überzeugt, lässt der Wortlaut des Art. 114 AEUV keinen Raum für Interpretation: Auf der Grundlage dieser Norm sind nur Harmonisierungsmaßnahmen möglich. Dies entspricht auch der ständigen Praxis der EU, wonach die Schaffung neuer Rechtsinstitute nur aufgrund von Art. 352 AEUV erfolgt.<sup>163</sup>

## 3. Subsidiarität, Art. 5 Abs. 3 EUV

Die Union ist nur unter den Voraussetzungen des Art. 5 EUV<sup>164</sup> zur Rechtsetzung berechtigt. Das Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EUV<sup>165</sup> ist jedoch nur anwendbar, wenn keine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Union vorliegt.

158 *Basedow*, JuS 2004, 89 (93); *ders.*, AcP 200 (2000), 445 (478); *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 74; *Häde/Putler*, EuZW 1997, 13; *Hähnchen*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 147 (168); *Tilmann*, Juri 103 DE, 185 (198); die *Societas Europaea* wurde z.B. auf Art. 308 EGV gestützt (Verordnung Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Erwägungsgrund Nr. 28).

159 Bisher Art. 308 EGV.

160 *Häde/Putler*, EuZW 1997, 13; *Schwartz*, in: Festschrift für E.-J. Mestmäcker, Hrsg. Immenga/Möcherl/Reuter, 1996, 467 (480); *Tilmann*, Juri 103 DE, 185 (198). Auch in der Vergangenheit wurde die Schaffung neuer Rechtsinstitute auf Art. 352 AEUV gestützt: Vgl. zur *Societas Europaea* die Verordnung des Rates vom 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Nr. 2157/2001, Erwägungsgrund 28; vgl. zur Europäischen Genossenschaft die Verordnung des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft, Nr. 1435/2003, Präambel.

161 Art. 114 AEUV verweist auf das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 294 AEUV. Danach ist grundsätzlich bereits die qualifizierte Mehrheit im Rat ausreichend. Art. 352 AEUV setzt hingegen einen einstimmigen Beschluss des Rates voraus.

162 *Streinz*, EUV/EGV, 2003, Art. 95 EGV Rn. 29.

163 Vgl. Fn. 157.

164 Bisher Art. 5 EGV.

Bei Art. 114 AEUV kann diese Einordnung in den meisten Fällen dahingestellt bleiben. Denn auch wenn man mit der herrschenden Meinung die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsgrundsatzes auf die Gesetzgebung nach Art. 114 AEUV annimmt,<sup>166</sup> so wird die formelle Rechtmäßigkeit eines Rechtsaktes im Bereich der Rechtsangleichung nur selten an diesem Grundsatz scheitern: Prämisse der Rechtsangleichung sind Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, die negative Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. Diese können aber effektiv nur auf Unionsebene beseitigt werden.<sup>167</sup>

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz stellt die Eigentumsübertragung im Immobiliarsachenrecht dar. Die vereinzelte Europarechtswidrigkeit der nationalen Immobiliarsachenrechtsvorschriften<sup>168</sup> kann einen Vereinheitlichungsbedarf nicht begründen. Vielmehr kann diese durch Änderung oder europarechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts einfacher und daher im Einklang mit dem Subsidiaritätsgebot des Art. 5 EUV behoben werden.

#### 4. *Ergebnis*

Art. 114 AEUV kann als Ermächtigungsgrundlage für eine Vereinheitlichung des Sachenrechts in Stellung gebracht werden. Einzig die Schaffung gänzlich neuer Rechtsinstitute, z.B. eines europäischen Sicherungsrechts, ist nicht mehr von der Reichweite der Norm umfasst. Eine Vereinheitlichung der Eigentumsübertragung im Immobiliarsachenrecht auf der Grundlage des Art. 114 AEUV scheitert am Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 Abs. 3 AEUV.

### IV. **Rechtsangleichung gem. Art. 115 AEUV**

Nach Art. 115 AEUV,<sup>169</sup> der nur subsidiär zu Art. 114 AEUV zur Anwendung kommt,<sup>170</sup> kann der Rat Richtlinien zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken, erlassen. Aus der Beschränkung des Art. 115 AEUV auf Richtlinien ergibt sich, dass in diesem Zusammenhang nur eine Rechtsangleichung, jedoch keine Rechtsvereinheitlichung möglich ist, da diese nur durch Verordnungen zu erreichen wäre.<sup>171</sup>

---

165 Bisher Art. 5 Abs. 2 EGV.

166 Herr, EuZW 2005, 171 (172) m.w.N.; *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 96.

167 Der Verweis auf die theoretische Möglichkeit des Tätigwerdens der Mitgliedstaaten würde „an der Realität vorbeigehen“, vgl. *Engel*, ZfRV 1999, 121 (128).

168 S.o. B.I.3.

169 Bisher Art. 94 EGV.

170 *Herrnfeld*, in: EU-Kommentar, Hrsg. Schwarze, 2. Auflage 2009, Art. 94 EGV Rn. 69.

171 S.u. D.IV.2.a); *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht nach dem Vertrag von Lissabon, 7. Auflage 2010, Rn. 1203.

Wie bereits festgestellt, kann Art. 114 AEUV für nahezu alle Bereiche des Sachenrechts als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden.<sup>172</sup> Für die Bereiche, denen der direkte Binnenmarktbezug fehlt, kann hingegen auch Art. 115 AEUV aufgrund seines eindeutigen Wortlauts (unmittelbare Auswirkung auf den Binnenmarkt erforderlich) nicht angewendet werden.

Für die Schaffung europäischer Kreditsicherungsrechte, für die schon Art. 114 AEUV als Kompetenzgrundlage ausscheidet,<sup>173</sup> findet auch Art. 115 AEUV keine Anwendung. Derartige Maßnahmen gingen nicht nur über den Wortlaut der Norm hinaus, sondern ließen sich zudem auch nicht im Rahmen einer Richtlinie verwirklichen.<sup>174</sup>

## V. Kompetenzergänzung gem. Art. 352 AEUV

Die Entwicklung neuer Rechtsinstrumente ist nur auf der Grundlage des Art. 352 AEUV<sup>175</sup> möglich.<sup>176</sup> Art. 352 AEUV kann jedoch lediglich unter engen Voraussetzungen als Kompetenzgrundlage herangezogen werden. Neben dem Fehlen spezieller Befugnisse muss das mit der Rechtsetzung angestrebte Ziel auch ein Unionsziel sein.<sup>177</sup> Diese Voraussetzung kann nicht durch die Beseitigung von Hemmnissen für Grundfreiheiten erfüllt werden, da in diesem Fall bereits Art. 114 AEUV anwendbar wäre. Stattdessen wäre aber die Vervollkommnung des Binnenmarktes als angestrebtes Ziel ausreichend.<sup>178</sup> Jede Rechtsangleichung soll, unabhängig von der konkreten Gefährdung des Binnenmarktes, primär dessen Vervollkommnung durch Überwindung der Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen dienen, so auch die Sachenrechtsvereinheitlichung.

Weiterhin muss ein Tätigwerden der Union „erforderlich“ sein.<sup>179</sup> Dies wird danach bemessen, ob das angestrebte Unionsziel noch nicht verwirklicht ist und die Verwirklichung durch die Maßnahme vorangetrieben werden kann.<sup>180</sup> Der Binnenmarkt wäre erst dann vollkommen, wenn sämtliche Hindernisse durch nationale Rechtsordnungen abgebaut wären, d.h. wenn neben der

172 S.o. C.III.

173 S.o. C.III.2.

174 S.u. D.IV.2.b).

175 Bisher Art. 308 EGV.

176 *Schwartz*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Hrsg. von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 308 EGV Rn. 73; a.A. *Winkler*, in: Das Recht der Europäischen Union, Hrsg. Grabitz/Hilf, 38. Ergänzungslieferung, April 2009, Art. 308 EGV Rn. 53.

177 *Roth*, EWS 2008, 401 (407).

178 Dieses Ziel ergibt sich primär aus Art. 4 Abs. 2 a AEUV (bisher im Wesentlichen Art. 3 Abs. 1 c EGV) und nach umstrittener Ansicht auch aus der Präambel (dafür v.a. *Geiss*, in: EU-Kommentar, Hrsg. Schwarze, 2. Auflage 2009, Art. 308 EGV Rn. 11; *Schwartz*, in: Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Hrsg. von der Groeben/Schwarze, 6. Auflage 2003, Art. 308 EGV Rn. 114; *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 433; a.A. *Winkler*, in: Das Recht der Europäischen Union, Hrsg. Grabitz/Hilf, 38. Ergänzungslieferung, April 2009, Art. 308 EGV Rn. 69; *Häde/Puttler*, EuZW 1997, 13 (16)).

179 Die Ermessensentscheidung des Rates in diesem Zusammenhang ist durch den EuGH überprüfbar (zur umstrittenen Frage, wie weitreichend die Überprüfungsbefugnis des EuGH ist, vgl. *Rossi*, in: EUV/EGV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 2. Auflage 2007, Art. 308 EGV Rn. 28).

180 *Geiss*, in: EU-Kommentar, Hrsg. Schwarze, 2. Auflage 2009, Art. 308 EGV Rn. 16; *Behrens*, Rechtsgrundlagen der Umweltpolitik der Europäischen Gemeinschaften, 1976, S. 278.

Wirtschafts- auch eine echte Rechtsunion entstanden wäre. Zur Erreichung dieses Zieles ist die schrittweise Rechtsvereinheitlichung denknotwendig. Nur wenn die durch die rechtsvereinheitlichende Maßnahme die den Mitgliedstaaten auferlegten Änderungen eine verfassungsberührende Dimension erreichen würden, wäre Art. 352 AEUV als Ermächtigungsgrundlage nicht ausreichend.<sup>181</sup> Diese Wirkung träte zumindest für *Common Law*-Staaten dann ein, wenn eine umfassende Zivilrechtskodifikation verabschiedet würde.<sup>182</sup> Die reine Schaffung eines gemeineuropäischen Sicherungsrechts würde diese Dimension jedoch noch nicht erreichen und ließe sich folglich auf Art. 352 AEUV stützen.<sup>183</sup>

## VI. Ergebnis

Alle notwendigen Vereinheitlichungsmaßnahmen auf dem Gebiet des Sachenrechts lassen sich auf Art. 114 oder Art. 352 AEUV stützen. Der von einigen vorgebrachten Forderung nach der Schaffung einer eigenen Ermächtigungsgrundlage für die Erstellung einer Zivilrechtskodifikation bzw. einer Sachenrechtsvereinheitlichung<sup>184</sup> ist zwar insofern zugute zu halten, dass hierdurch klare, einheitliche Verhältnisse und Voraussetzungen für die gesamte Materie geschaffen würden. Zwingend notwendig ist diese Vertragsänderung freilich nicht.

---

181 EuGH v. 28.03.1996, *Gutachten zum Beitritt der EG zur EMRK*, Slg. 1996-I, 1759 (1789).

182 *Van Gerven*, ERPL 5 (1997), 465 (468).

183 Da die Schaffung neuer Rechtsinstitute nicht in den Anwendungsbereich des Art. 114 AEUV fällt, besteht von vornherein nicht die Gefahr, dass die Voraussetzungen dieser Norm umgangen werden könnten.

184 Hierfür plädiert u.a. *Schmidt-Kessel*, RIW 2003, 481 (486).

## D. Entwicklungsperspektiven

Das Europäische Parlament<sup>185</sup> und die Kommission<sup>186</sup> haben wiederholt festgestellt, dass der Binnenmarkt ohne weitere Harmonisierung des Zivilrechts nicht vollständig funktionsfähig ist. Nachdem bereits dargelegt wurde, dass zumindest für große Teile des Sachenrechts dieser Bezug zum Binnenmarkt auch besteht,<sup>187</sup> bedarf es nun einer Diskussion um Reichweite, Inhalt und Form einer möglichen Sachenrechtsharmonisierung.

### I. Notwendigkeit einer Harmonisierung des Sachenrechts

Bevor Ausführungen zum möglichen Inhalt und der Form einer Rechtsangleichung gemacht werden können, ist zunächst zu klären, inwieweit überhaupt Bedarf für eine derartige Harmonisierung besteht.

Gewichtige Gründe sprechen gegen eine Angleichung: Hierzu zählt v.a. die kulturelle und soziale Funktion des Sachenrechts,<sup>188</sup> die identitätsstiftende Wirkung entfaltet und den Kern jeder Rechtsordnung bildet.<sup>189</sup> Hinzu kommt, dass ein „Abriss nationaler Systeme“ und die Einführung eines komplett neuen Systems anstatt einer Erleichterung des Binnenverkehrs eher Rechtsunsicherheit herbeiführen könnte. Nationale Rechtsordnungen hingegen sind, wenn auch unterschiedlich, so doch auch gefestigt und klar. Den öffentlichen Gemeinwohlinteressen könnte folglich durch diese zwar uneinheitliche aber eindeutige Rechtslage besser gedient sein.<sup>190</sup>

Jede dennoch erfolgende Vereinheitlichung muss durch tatsächlich vorhandene praktische Bedürfnisse begründet sein und darf nicht aus einer reinen Rechtsangleichungs-Euphorie heraus erfolgen, da die Rechtsvereinheitlichung kein Wert an sich ist, sondern immer nur Mittel zum Zweck sein kann.<sup>191</sup> Bezüglich des demnach erforderlichen Bedürfnisses der Vereinheitlichung des Sachenrechts muss zwischen Mobilien- und Immobiliensachenrecht differenziert werden.

---

185 ABl. C 292 E vom 23.03.2006, S. 109 ff.; ABl. C 76 E vom 25.03.2004, S. 95 ff.; ABl. C 140 E vom 13.06.2002, S. 538 ff.; ABl. C 205 vom 25.07.1994, S. 518 ff.; ABl. C 158 vom 26.06.1989, S. 400 ff.

186 KOM (2004) 651 vom 11.10.2004; KOM (2003) 68 vom 12.02.2003; KOM (2001) 398 vom 11.07.2001; vgl. zu den Mitteilungen der Kommission, *Alpa/Andenas*, Grundlagen des Europäischen Privatrechts, 2010, S. 155 ff.; *Leible*, NJW 2008, 2558 (2559).

187 S.o. C.III.1.b).

188 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 136.

189 *Gambaro*, ERPL 5 (1997) 497 (498).

190 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 136.

191 *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002, S. 24.

1. *Mobiliarsachenrecht*

Das Mobiliarsachenrecht an sich ist enger mit dem Binnenmarkt verknüpft als das Immobiliarsachenrecht,<sup>192</sup> sodass eine Angleichung wahrscheinlicher ist. Im Rahmen der Sicherungsrechte besteht hier besonderer Bedarf. Aufgrund der Anwendung der *lex rei sitae* ist eine an einem beweglichen Gegenstand bestellte Sicherheit in ihrer Wirksamkeit immer vom Recht des Belegenheitsortes abhängig.<sup>193</sup> Dies hat zur Folge, dass z.B. die in Deutschland gängige, publizitätslose Sicherungsübereignung soweit ersichtlich außer in Griechenland in keinem anderen Mitgliedstaat anerkannt wird.<sup>194</sup> Diese und ähnliche Unsicherheiten beim grenzüberschreitenden Rechtsverkehr ließen sich allein durch eine einheitliche europäische Regelung beseitigen.<sup>195</sup> Nur so könnte auch die effektive Durchsetzung der Grundfreiheiten gewährleistet werden.<sup>196</sup>

Die Notwendigkeit der Angleichung der Sicherungsrechte allein kann jedoch noch keine umfassende Vereinheitlichung des gesamten Mobiliarsachenrechts rechtfertigen. Während eine separate Pfandrechtsvereinheitlichung noch denkbar wäre, lassen sich die in der Praxis relevanten Mobiliarsicherungsrechte der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts aber nur gemeinsam mit dem rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang sinnvoll regeln. Insoweit erstreckt sich das Bedürfnis für eine Rechtsvereinheitlichung auch auf den Eigentumsübergang im Mobiliarsachenrecht.

Allerdings könnte sich aus dieser Konnexität zwischen Sicherungsrechten und rechtsgeschäftlichem Eigentumserwerb auch ergeben, dass der gesetzliche Eigentumserwerb von einer Vereinheitlichung nicht erfasst sein sollte. Dies erscheint auf den ersten Blick durchaus nachvollziehbar, da der gesetzliche Eigentumserwerb mit Ausnahme der Verarbeitung<sup>197</sup> mangels unmittelbaren Bezugs zu verkehrsgeschäftlicher Interaktion nicht in direktem Zusammenhang zum Binnenmarkt steht. Auf der anderen Seite bestünde die Gefahr eines Systembruchs, wenn die Möglichkeiten des Eigentumserwerbs nicht einheitlich geregelt würden. Zudem würde eine Aufspaltung unberücksichtigt lassen, dass ein fehlgeschlagener rechtsgeschäftlicher Erwerb immer auch einen gesetzlichen Eigentumserwerb zur Folge haben kann und so eine feste Verknüpfung zwischen beiden Regelungsmaterien besteht.

Auch wenn somit auf den ersten Blick nur ein partikuläres Vereinheitlichungsbedürfnis existiert, besteht aufgrund der engen Verflechtungen der Mobiliarsicherungsrechte mit dem gesetzli-

---

192 S.o. C.III.1.b).

193 *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182 (187); *Veneziano*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 125 (127); *Woblgemuth*, Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherungsrechts, 2004, S. 39.

194 *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182 (188); zur umstrittenen Frage, ob eine Sicherungsübereignung im griechischen Recht zulässig ist vgl. *Eleftheriadou* in: Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 3, Hrsg. von Bar, 1999, S. 7 (75).

195 *Veneziano*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 125 (127); *Werderitsch*, Europäisches Sachenrecht im Wandel der Zeit?, 2009, S. 103.

196 S.o. C.III.1.b)(1); *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, (189); *Krimphove*, Das europäische Sachenrecht: eine rechtsvergleichende Analyse nach der Institutionenökonomik, 2006, S. 3.

197 Bereits aufgrund der Frage des Fortbestands von Sicherungsrechten im Fall der Verarbeitung ist hier eine Vereinheitlichung geboten (zur Problematik in Deutschland vgl. *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 53 Rn. 22).

chen und rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb ein augenfälliges Bedürfnis der Vereinheitlichung des gesamten Mobiliarsachenrechts.<sup>198</sup>

## 2. *Immobiliarsachenrecht*

Die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung des Immobiliarsachenrechts ist schwieriger einzuschätzen. Geht man davon aus, dass Art. 352 AEUV die Gesetzgebungskompetenzen der EU nicht einschränkt,<sup>199</sup> so stünde formal einer Vereinheitlichung nichts entgegen. Jedoch ist die Notwendigkeit nur für Teilbereiche des Immobiliarsachenrechts zu bejahen.

Der Immobilienerwerb ist ebenso tief in den jeweiligen Rechtsordnungen verwurzelt wie das Nachbarschaftsrecht oder die Grunddienstbarkeiten.<sup>200</sup> Hinzu kommt, dass der Immobilienerwerb eng mit dem Grundbuchwesen und dem Zwangsvollstreckungsrecht verknüpft ist. Eine isolierte Rechtsangleichung des materiellen Immobiliarsachenrechts ist daher kaum möglich,<sup>201</sup> auf der anderen Seite wäre eine komplette Vereinheitlichung aller mit dem Immobilienerwerb verknüpften Rechtsgebiete kaum durchsetzbar. Folglich besteht aufgrund des fehlenden Binnenmarktbezuges und der weitreichenden Verknüpfungen im nationalen Recht kein Bedürfnis für eine Vereinheitlichung des Immobiliärerwerbs.<sup>202</sup>

Ein eklatantes Bedürfnis nach Vereinheitlichung besteht wie im Mobiliarsachenrecht aber im Bereich der Sicherungsrechte.<sup>203</sup> Die unterschiedliche Ausgestaltung der Grundpfandrechte hemmt den Binnenmarkt, indem grenzüberschreitende Finanzierungsgeschäfte stark erschwert werden.<sup>204</sup> Ein einheitliches europäisches Grundpfandrecht ist somit notwendig,<sup>205</sup> wenn auch die Meinungen bzgl. der Ausgestaltung eines solchen Rechtes auseinandergehen.<sup>206</sup> Dieses ließe sich jedenfalls ohne die einheitliche Regelung des Immobiliärerwerbs realisieren, da Immobiliarsicherungsrechte anders als die praxisrelevanten Mobiliarsicherheiten nicht auf einen sicherungshalber erfolgenden Eigentumsübergang, sondern eine dingliche Belastung des Eigentums gestützt werden.

---

198 Diese Konnexität verkennt *Stadler*, JZ 2010, 380 (381), der eine Komplettharmonisierung ablehnt.

199 S.o. C.I.

200 *Drobnig*, Juri 103 DE, 59; *Gambaro*, ERPL 5 (1997), 497; *Stadler*, JZ 2010, 380 (381).

201 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (475). Hieran ändern auch ähnliche Rechtsetzungstendenzen in den Mitgliedstaaten nichts (dazu vertiefend: *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 80 f., 83 f.).

202 Vgl. zur fehlenden Erforderlichkeit einer Vereinheitlichung s.o. C.III.3.

203 So auch die Ergebnisse der von der Kommission in Auftrag gegebenen Untersuchung *London Economics*, The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2005-report-integration-mortgage-markets_en.pdf), zuletzt abgerufen am 04.08.2011.

204 S.o. C.III.1.b)(2); *Graf von Bernstorff*, RIW 1997, 181.

205 *Drobnig*, ERPL 5 (1997), 489 (493); *Eickmann*, RpfLStud 2001, 129 (130).

206 Zur Ausgestaltung eines europäischen Grundpfandrechts s.u. D.II.1.c).

### 3. *Wettbewerb der Rechtsordnungen*

Eine andere Herangehensweise an die Beseitigung von Diskrepanzen in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen.<sup>207</sup> Ausgangspunkt dieser These ist, dass ebenso wie Produkte in einem Markt auch Rechtsordnungen von einem Wettbewerb profitieren würden (sog. „sanfte Harmonisierung“).<sup>208</sup> Nach dieser These steht am Ende des Regulierungswettbewerbs die Vereinheitlichung auf der Basis der optimalen Lösung, die sich im Wettbewerb der Rechtsordnungen durchgesetzt hat.

Die theoretisch zu Tage tretenden Vorteile werden jedoch durch reale Nachteile mehr als aufgewogen. Der Regulierungswettbewerb führt jedenfalls bis zum Erreichen einer möglichen Vereinheitlichung zu Wettbewerbsverzerrungen für die in den verschiedenen Jurisdiktionen ansässigen Unternehmen.<sup>209</sup> Die in Zukunft potentiell eintretenden Harmonisierungseffekte können nicht das Entstehen eines tatsächlichen Ungleichgewichts rechtfertigen, denn das erstrebte „*level playing field*“ soll nicht zu einem ungewissen Zeitpunkt in der Zukunft eintreten, sondern bereits jetzt angestrebt werden.<sup>210</sup>

Zudem bestünde die eklatante Gefahr, dass der Regulierungswettbewerb zu einem Unterbietungswettlauf würde,<sup>211</sup> der nicht zur Herausbildung der objektiv optimalen Lösung eines rechtlichen Problems, sondern zu „Regulierungsdumping“ führen würde.

Bereits im Grundsatz ist der These vom Wettbewerb der Rechtsordnungen daher nicht zu folgen. Im Sachenrecht bestehen auch noch zusätzliche Bedenken, da sich mangels Rechtswahlfreiheit der Marktteilnehmer kein wirklicher Wettbewerb entfalten kann.

### 4. *Ergebnis*

Für das gesamte Mobiliarsachenrecht besteht ein erhebliches Vereinheitlichungsbedürfnis, wohingegen sich die Notwendigkeit im Immobiliarsachenrecht auf die Kreditsicherheiten beschränkt.

---

207 Vgl. hierzu *Collins*, ERPL 3 (1995), 353 (355); *Schwartz*, EuR 2007, 194 ff.

208 *Fikentscher*, in: *The Common Core of European Private Law*, Hrsg. Bussani/Mattei, 2003, S. 43 (47); *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EGV – Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, 2004, S. 50; *Schmidtchen*, in: *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Hrsg. Eger/Schäfer, 2007, S. 1 (2); *Schwartz*, EuR 2007, 194 (196); *Tamm*, EuZW 2007, 756 (758).

209 *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EGV – Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, 2004, S. 47.

210 *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EGV – Eine kompetenzrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Europäischen Privatrechts, 2004, S. 54; *Toth*, CMLR 29 (1992) 1079 (1094).

211 *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002, S. 138 f.

## II. Inhalt einer Angleichung des Sachenrechts

Unabhängig von den vorangehenden Ergebnissen<sup>212</sup> soll die Analyse des möglichen Inhalts einer Rechtsvereinheitlichung möglichst umfassend vorgenommen werden. Daher wird im Folgenden sowohl auf die Möglichkeit einer materiell-rechtlichen Vereinheitlichung als auch auf eine kollisionsrechtliche und eine primärrechtliche Lösung eingegangen.

### 1. Sachrechtliche Vereinheitlichung

Die umfassendste Lösung würde die Vereinheitlichung des Sachenrechts darstellen, d.h. die Schaffung eines „europäischen Sachenrechts“ z.B. im Rahmen einer gesamtzivilrechtlichen Kodifikation. Grundlage einer Rechtsangleichung muss dabei die ökonomisch sinnvollste und rechtlich bewährteste dogmatische Konstruktion sein, nicht notwendigerweise die Schnittmenge der Rechtsinstitute der Mitgliedstaaten.<sup>213</sup> Wichtiger als die Bewahrung von Traditionen ist insofern die Einbeziehung der Bedürfnisse der heutigen Märkte.<sup>214</sup>

#### a) Konzeption der Eigentumsübertragung

Die Grundentscheidung des Sachenrechts betrifft die Zuordnung des Vermögens, d.h. die Frage danach, in welchem Zeitpunkt und unter welchen Voraussetzungen Eigentum übergeht. Diese Entscheidung hat nicht nur erheblichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Sachenrechts, sondern auch auf viele weitere Rechtsgebiete, insbesondere das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht.<sup>215</sup>

Bisher wurde diese Grundentscheidung in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich getroffen. Eine Schnittmenge ist aufgrund des Ausschließlichkeitsverhältnisses der Prinzipien zueinander nicht erkennbar. Eine rechtsvereinheitlichende Maßnahme müsste daher aufgrund von objektiv erkennbaren Vor- und Nachteilen der Regelungen in den Mitgliedstaaten zu einer konsensfähigen Lösung gelangen. Folgend soll auf verschiedene Möglichkeiten der Konzeption des Eigentumsübergangs eingegangen werden.<sup>216</sup>

---

212 S.o. D.I.

213 *Gambaro*, ERPL 5 (1997), 497 (503).

214 *Gambaro*, ERPL 5 (1997), 497 (504).

215 *Stadler*, JZ 2010, 380 (381).

216 Vorliegend wird nur ein Bruchteil der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten existierenden Konzeptionen eingegangen. Vgl. zu weiteren Konstruktionen *Faber/Lurger*, National Reports on the Transfer of Movables in Europe, Vol. 1 (2008) und 2 (2009).

## (1) Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Der Kombination aus Trennungs- und Abstraktionsprinzip folgen Deutschland, Estland und Griechenland, letzteres jedoch nur im Mobiliarsachenrecht.<sup>217</sup>

Das Trennungsprinzip hat zur Folge, dass zur Änderung der dinglichen Rechtslage neben dem Verpflichtungs- auch ein Verfügungsgeschäft vonnöten ist.<sup>218</sup> Nach dem Abstraktionsprinzip sind Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft grundsätzlich in ihrem rechtlichen Schicksal voneinander unabhängig.<sup>219</sup> Das Zusammenspiel beider Prinzipien führt zu einer Erhöhung der Verkehrssicherheit, indem der Dritterwerb trotz fehlerhaften Kausalgeschäfts ermöglicht wird und so die Fälle der Unwirksamkeit der Eigentumsübertragung eingeschränkt werden.<sup>220</sup> Allerdings lassen sich diese Ziele auch durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs erreichen,<sup>221</sup> ohne dass es dieser dogmatischen Konstruktion bedürfte.

Gegen das Trennungs- und Abstraktionsprinzip wird ferner angeführt, dass die systematische Trennung in zwei Rechtsgeschäfte nicht den wirklichen Lebensumständen entspreche, es ist sogar von einer „Vergewaltigung des Lebens“ die Rede.<sup>222</sup> Für diese Lebensfremdheit spricht auch die Rechtspraxis, die strengen Rechtsfolgen des Trennungs- und Abstraktionsprinzips durch wiederum künstliche Konstruktionen wie die Fehleridentität, die unechte Bedingung oder den Eigentumsvorbehalt zu umgehen.<sup>223</sup>

## (2) Einheits- und Konsensprinzip

Andere Rechtsordnungen basieren auf dem Einheits- und Konsensprinzip.<sup>224</sup> Danach geht das Eigentum ohne weitergehenden dinglichen Akt bereits mit publizitätsloser schuldrechtlicher Einigung der Parteien über.<sup>225</sup>

Zwar führt der sofortige Eigentumserwerb des Erwerbers dazu, dass dieser im Falle des Konkurses des Veräußerers geschützt ist, obwohl noch keine Übergabe stattgefunden hat.<sup>226</sup> Andererseits geht die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache dementsprechend bereits mit Abschluss des Vertrags über, obwohl der Übertragende die Sache noch in seinem Gefahrenbereich

---

217 DCFR Vol. 5, S. 4445 f..

218 *Oechsler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 6, 5. Auflage 2009, § 929 Rn. 5.

219 Statt vieler *Jauernig*, in: Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar, Hrsg. Jauernig, 13. Auflage 2009, Sachenrecht, Vorb. Rn. 13.

220 *Breyhan*, Abstrakte Übereignung und Parteiville in der Rechtsprechung, 1929, S. 6; *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (65); *Rodríguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs, 2009, S. 116.

221 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 5 Rn. 43; *Rodríguez-Rosado*, Abstraktionsprinzip und redlicher Erwerb als Mittel zum Schutze des Rechtsverkehrs, 2009, S. 117; *Wacke*, ZEuP 2000, 254 (256).

222 *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (64); *Krause*, AcP 1939, 316.

223 *Ferrari*, ZEuP 1993, 52 (67); *Kaspar*, Abschied vom Abstraktions- und Traditionsprinzip?, 2003, S. 240 f. m.w.N..

224 Frankreich: Artt. 711, 938, 1138, 1583 CC; Belgien: Artt. 711 f., 938, 1138, 1583 CC; Italien: Art. 1376 CC; Portugal: Art. 408 CC; siehe hierzu DCFR Vol. 5, S. 4447 ff..

225 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 87.

226 *Rainer/Filip-Fröschl*, Transfer of Title Concerning Movables, Part I, 2006, S. 25.

hat.<sup>227</sup> Hinzu kommt, dass dieses Modell beim Gattungskauf oder beim Kauf herzustellender Sachen an seine Grenzen stößt und nur durch vielfältige Ausnahmen und Sonderregelungen gangbar ist.<sup>228</sup>

(3) Einheits- und Traditionsprinzip

Dem Einheits- und Traditionsprinzip folgend,<sup>229</sup> erwirbt der Käufer das Eigentum zwar aufgrund des schuldrechtlichen Vertrages, als weitere Voraussetzung ist jedoch das tatsächliche Element der Übergabe erforderlich.<sup>230</sup> Im Gegensatz zum Trennungsprinzip existieren dennoch keine zwei voneinander getrennt zu betrachtende Rechtsgeschäfte. Stattdessen scheidet der Eigentumsübergang anders als beim Abstraktionsprinzip dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag unwirksam ist.

(4) Rechtslage im Draft Common Frame of Reference

Der ausführlichste Vorschlag für eine Harmonisierung des Mobiliarsachenrechts wurde mit Buch VIII und IX des DCFR vorgelegt.<sup>231</sup> Der DCFR folgt weder strikt dem Traditions- noch dem Konsensprinzip. Stattdessen haben die Parteien die Möglichkeit, den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs privatautonom festzulegen, Art. VIII.-2:101 Abs. 1 e DCFR. Nur wenn eine solche Einigung fehlt, geht nach Art. VIII.-2:101 Abs. 1 e DCFR das Eigentum mit der Übergabe über.

Das Abstraktionsprinzip hat sich im DCFR nicht durchgesetzt.<sup>232</sup> Zu klären ist also, ob dem Einheits- oder dem Kausalprinzip<sup>233</sup> gefolgt wird. In Art. IX.-2:105 lit. d DCFR wird für die Bestellung eines dinglichen Sicherungsrechts eine Einigung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer verlangt, dort wird folglich dem Kausalprinzip gefolgt.<sup>234</sup> Diese Schlussfolgerung ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres für den Eigentumsübergang nach Art. VIII.-2:101 DCFR. Im Gegenteil ergibt sich aus den *comments* zu dieser Norm, dass die Zugrundelegung des Kausalprinzips nicht gewünscht war: Die Autoren sahen in der Möglichkeit, nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages von der dinglichen Einigung Abstand nehmen zu können, eine ungerechtfertigte Besserstellung des Veräußerers.<sup>235</sup>

---

227 Rainer/Filip-Fröschl, *Transfer of Title Concerning Movables*, Part I, 2006, S. 25.

228 Stadler, JZ 2010, 380 (384).

229 Spanien: Art. 609 CC; vgl. DCFR Vol. 5, S. 4441 f..

230 Baur/Stürmer, *Sachenrecht*, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 99.

231 Die Bewertungen eines solchen Projektes gehen naturgemäß weit auseinander. Während Stadler, JZ 2010, 380 ff. sich sehr kritisch äußert, feiert Håstad, ERPL 17 (2009) 725 ff. die Bücher VIII und IX des DCFR als „*outstanding achievement*“.

232 Stadler, JZ 2010, 380 (385).

233 Im Gegensatz zum Abstraktionsprinzip muss beim Kausalprinzip das Verfügungsgeschäft auf einem gültigen Verpflichtungsgeschäft beruhen (vgl. Krimphove, *Das europäische Sachenrecht: eine rechtsvergleichende Analyse nach der Institutionenökonomik*, 2006, S. 81).

234 DCFR Vol. 6, S. 5420.

235 DCFR Vol. 5, S. 4419, 4423 f..

Die Konzeption des Eigentumsübergangs im DCFR folgt somit keinen klaren Strukturen. Es gibt weder eine klare Entscheidung für das Traditions- oder das Konsensprinzip, noch lässt sich dem Text eindeutig entnehmen, ob dem Einheits- oder Kausalprinzip gefolgt werden soll.

(5) Stellungnahme

Sowohl das Einheits- und Konsensprinzip, als auch das Trennungs- und Abstraktionsprinzip stoßen aufgrund ihrer Konstruktion auf verschiedene Schwierigkeiten, die nur mittels dogmatischer Durchbrechungen umgangen werden können.<sup>236</sup> Durch eine stringente Anwendung des Einheits- und Traditionsprinzips ist hingegen sowohl die Konstruktion des Eigentumsübergangs beim Gattungskauf, als auch der Eigentumslage bei der Nichtigkeit des schuldrechtlichen Geschäftes ohne „dogmatische Verrenkungen“ möglich. Auch die Verteilung des Insolvenzrisikos und des Risikos des zufälligen Untergangs benachteiligen weder Veräußerer noch Erwerber unangemessen, wie dies etwa bei Anwendung des Konsens- oder Abstraktionsprinzips der Fall sein kann.<sup>237</sup>

Zudem lässt sich der gutgläubige Erwerb interessengerechter nach dem Einheits- und Traditionsprinzip als nach dem Konsensprinzip gestalten. Der Verzicht auf jeglichen Publizitätsakt führt beim Konsensprinzip dazu, dass der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten auch ohne jeglichen Gutglaubensträger möglich ist.<sup>238</sup> Beim Traditionsprinzip ist der gutgläubige Erwerb hingegen nur dann möglich, wenn der Veräußerer auch seine Besitzverschaffungsmacht unter Beweis stellt.

Die Regelungen des DCFR lassen sich nicht ohne weiteres in die vorgenannten Prinzipien einordnen.<sup>239</sup> Vor allem die Regelung, dass den Parteien die Möglichkeit gegeben wird, selbst über den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs zu bestimmen, erscheint problematisch. Da es sich beim Eigentum um ein Recht handelt, das nicht allein *inter partes* wirkt, entsteht infolge der Wahlmöglichkeit ein erheblicher Verlust an Rechtssicherheit zulasten Dritter. Eine solche Ausweitung der Parteiautonomie ist im Sachenrecht eben wegen der erheblichen Drittwirkung fehl am Platz.

Für ein europäisches Sachenrecht wäre folglich aufgrund der genannten Vorzüge die Kombination aus Einheits- und Traditionsprinzip zu wählen.

b) Mobiliarsachenrecht

Ein europäisches Mobiliarsachenrecht müsste vom (gesetzlichen und rechtsgeschäftlichen) Eigentumserwerb über Besitzschutzansprüche und Mobiliarsicherheiten eine umfassende Regelung

---

236 S.o. D.II.1.a)(1)D.II.1.a)(2).

237 S.o. D.II.1.a)(1)D.II.1.a)(2).

238 Ferrari, ZEuP 1993, 52 (73).

239 Stadler, JZ 2010, 380 (391).

bieten. Folgend soll allerdings nur auf zwei Teilbereiche des Mobiliarsachenrechts eingegangen werden, deren Lösung in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen momentan besonders divergiert.

(1) Kreditsicherungsrecht

Die besitzlosen Sicherungsrechte haben wirtschaftlich sehr an Bedeutung gewonnen und die besitzgebundenen Sicherungsrechte fast vollständig verdrängt.<sup>240</sup> Ein europäisches Sicherungsrecht sollte folglich auch besitzlos ausgestaltet sein, da es ansonsten nicht den Bedürfnissen des Marktes entspräche.

Problematisch gestaltet sich die Rechtsangleichung der besitzlosen Sicherungsrechte insofern, als dass diese nicht historisch gewachsen sind, sondern sich eher unkoordiniert im Laufe des zwanzigsten Jahrhunderts entwickelten.<sup>241</sup> In den meisten europäischen Staaten erlangen besitzlose Sicherungsrechte nur dann Drittwirksamkeit, wenn sie registriert sind.<sup>242</sup> Der komplette Verzicht auf die Registerpublizität, wie er in Deutschland besteht, ist die Ausnahme.

Eine derartige Registrierung ist auch nach den verschiedenen Vereinheitlichungsansätzen des Mobiliarsicherungsrechts vorgesehen. So ist nach Artt. 18 ff. Kapstadt-Konvention eine Eintragung der Sicherungsrechte an mobilen Ausrüstungsgegenständen in einem internationalen Register vorgesehen. Auch der DCFR verlangt in Artt. IX.-3:101 Abs. 1, IX.-3:102 Abs. 1, IX.-3:301 ff. DCFR die Eintragung in ein europäisches Register, um Drittwirksamkeit von Sicherungsrechten zu schaffen. Ebenso plädiert der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions in Recommendation 1 Nr. 1 f für die Schaffung eines Registers für Sicherungsrechte.

Kostenfragen stehen der Einrichtung eines europäischen Registers nicht entgegen. Gerade aufgrund der technischen Möglichkeiten halten sich diese Kosten in Grenzen und können den Nutzen eines solchen Registers nicht in Frage stellen.<sup>243</sup> Problematisch könnte allein das Geheimhaltungsinteresse des Sicherungsgebers sein.<sup>244</sup> Auch diese Einwände vermögen jedoch nicht zu überzeugen: Die Geheimhaltung könnte problemlos durch die Begrenzung der Einsichtsmöglichkeiten gewährleistet werden.<sup>245</sup>

240 *Drobnig*, in: *Towards a European Civil Code*, Hrsg. Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/Du Peron/Veldman, 3. Auflage 2004, S. 741 (745); *Wohlgemuth*, *Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherungsrechts*, 2004, S. 35.

241 *Drobnig*, in: *Towards a European Civil Code*, Hrsg. Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/Du Peron/Veldman, 3. Auflage 2004, S. 741 (745); *Jansen*, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, S. 59; *Milb*, *ERPL* 11 (2003), 379 (386).

242 Siehe zur Drittwirksamkeit besitzloser Sicherungsrechte in Frankreich, Italien und Spanien *Baur/Stürner*, *Sachenrecht*, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 88, 97, 100.

243 *Veneziano*, in: *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 125 (133).

244 *Veneziano*, in: *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 125 (133).

245 Vgl. zu einer bereits bestehenden ähnlichen Regelung § 12 Abs. 1 S. 1 GBO.

Ein europäisches Mobiliarsicherungsrecht sollte daher besitzlos ausgestaltet sein und in seiner Drittwirksamkeit von einer Registerpublizität abhängig gemacht werden.

(2) Redlicher Mobiliarerwerb

Beim redlichen Eigentumserwerb besteht stets ein Konflikt zwischen dem Eigentümer und dem redlichen Erwerber, der auf verschiedene Weisen gelöst werden kann.<sup>246</sup> Einige Rechtsordnungen stellen einseitig den Schutz des ursprünglichen Eigentümers in den Mittelpunkt: Sowohl in Portugal als auch in Tschechien ist z.B. der gutgläubige Fahrnisserwerb grundsätzlich nicht möglich, dort kommt allein eine Ersitzung in Betracht.<sup>247</sup> Andere Rechtsordnungen schützen hingegen einseitig den redlichen Erwerber. In Italien wird z.B. nicht zwischen abhanden gekommenen und anvertrauten Sachen unterschieden, d.h. anders als nach der deutschen Regelung ist der gutgläubige Erwerb ohne Einschränkungen möglich.<sup>248</sup>

Die meisten deutschen und romanischen Rechtsordnungen hingegen folgen einem vermittelnden Weg, bei dem zwischen abhanden gekommenen und anvertrauten Sachen unterschieden wird.<sup>249</sup> Zudem existieren in Frankreich, der Schweiz und in Schweden Lösungsrechte, durch die der Eigentümer den gutgläubigen Erwerb durch Zahlung einer Geldsumme verhindern kann.<sup>250</sup>

Der DCFR regelt den gutgläubigen Erwerb in Art. VIII.-3:101 DCFR. Danach ist kein gutgläubiger Erwerb an gestohlenen Sachen möglich. Die Regelung ist insofern weiter als die deutsche Norm gefasst, als dass nicht nur der gute Glaube an das Eigentum, sondern auch an die Verfügungsbefugnis geschützt wird, vgl. Art. VIII.-3:101 Abs. 1 d DCFR. Auf der anderen Seite hat die Norm dadurch einen eingegengten Anwendungsbereich, dass sie nur auf den entgeltlichen Erwerb anwendbar ist, Art. VIII.-3:101 Abs. 1 c DCFR, und der Fahrlässigkeitsmaßstab flexibel gehandhabt wird, Art. VIII.-3:101 Abs. 1 d DCFR.<sup>251</sup>

Entgegen der einseitigen Lösungen zugunsten des Erwerbers oder zugunsten des Eigentümers ist bereits eine Rechtsangleichungstendenz auf einem Mittelweg erkennbar. In Schweden trat 2003 eine Reform in Kraft, wonach der gutgläubige Fahrnisserwerb bei gleichzeitiger Unter-

---

246 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, 2006, S. 11.

247 *de Seabra/de Alencar Xavier*, in: Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 3, Hrsg. von Bar, 1999, S. 366 ff.; *Zuklínová*, in: Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 2, Hrsg. von Bar, 2000, S. 111.

248 *Plancker/Pfeifer*, in: Sachenrecht in Europa, Systematische Einführung und Gesetzestexte, Band 4, Hrsg. von Bar, 2001, S. 343 f.

249 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, 2006, S. 19.

250 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, 2006, S. 17 (Schweden), S. 20 (Schweiz, Frankreich); vgl. auch zur Möglichkeit eines Lösungsrechts im deutschen Recht *Geyrhalter*, Das Lösungsrecht des gutgläubigen Erwerbers, 1996, S. 220.

251 DCFR Vol. 5, S. 4832.

scheidung zwischen abhanden gekommenen und anvertrauten Sachen anerkannt wird.<sup>252</sup> Entsprechende Reformbemühungen existieren z.B. auch in Tschechien<sup>253</sup> und auch die Regelungen des DCFR sind ähnlich ausgestaltet. Ein internationaler Vergleich zeigt somit, dass eine solche differenzierende Lösung als einzige den widerstreitenden Interessen zwischen Eigentümer und Erwerber gerecht wird.

Die genaue Definition der vom gutgläubigen Erwerb nicht mehr umfassten „abhanden gekommenen“ Sache, wie auch die Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Erwerb stellen dagegen keine systemrelevanten Grundentscheidungen dar und obliegen als Feinjustierung dem europäischen Gesetzgeber.<sup>254</sup>

### c) Immobiliarsachenrecht

Im Immobiliarsachenrecht besteht primär im Rahmen der Sicherungsrechte ein Vereinheitlichungsbedarf.<sup>255</sup> Dies zeigen bereits die wiederholten Versuche der Schaffung eines europäischen, supranationalen Immobiliarsicherungsrechts, der sog. „Eurohypothek“.<sup>256</sup>

Abgesehen von der Frage, ob ein europäisches Sicherungsrecht überhaupt geschaffen werden sollte,<sup>257</sup> konzentriert sich die Diskussion in diesem Bereich primär auf die Frage, ob eine Eurohypothek akzessorischer oder abstrakter Natur sein sollte. Alle Mitgliedstaaten kennen akzessorische, die wenigsten daneben noch abstrakte Grundpfandrechte.<sup>258</sup> Dennoch wurde bereits seit dem *Segré*-Bericht<sup>259</sup> die Schaffung eines nichtakzessorischen europäischen Grundpfandrechts favorisiert, dessen limitierte Akzessorietät allein auf einer Sicherungsabrede beruhen sollte.<sup>260</sup> Hauptgrund hierfür sind die erhöhte Verkehrsfähigkeit, die Anpassungsfähigkeit sowie die Flexibilität eines nichtakzessorischen Rechts.<sup>261</sup> Als Vorbild soll nach Ansicht einiger der schweizeri-

252 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, 2006, S. 17; zur Rechtslage nach 2003: *Prisching*, Gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen im Rechtsvergleich, 2006, S. 157 f.

253 *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, zum Spannungsverhältnis von Bestandsschutz und Verkehrsinteressen, 2006, S. 13.

254 Vgl. zu verschiedenen Lösungsansätzen: *Prisching*, Gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen im Rechtsvergleich, 2006, S. 322 ff.

255 S.o. D.I.2.

256 Ein erster Schritt in diese Richtung war der sog. *Segré*-Bericht (Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, 7. Kapitel). Es folgten ein Vorschlag der Internationalen Union des Lateinischen Notariats (CACE/UIINL, *La Cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande – Etude comparative, Base d'une future Eurohypothèque*, Amsterdam 1988), die „Leitlinien für ein nicht-akzessorisches Grundpfandrecht für Mitteleuropa“ des Verbandes Deutscher Pfandbriefbanken (ZBB 1998, 264 ff.), der Report der von der EU-Kommission eingesetzten *Forum Group on Mortgage Credit* ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-reportintegration\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-reportintegration_en.pdf)), die „*Basic Guidelines for a Eurohypothec*“ ([http://www.ehipoteka.pl/corporate\\_site/content/download/646/2521/file/zeszyt\\_21.pdf](http://www.ehipoteka.pl/corporate_site/content/download/646/2521/file/zeszyt_21.pdf), zuletzt abgerufen am 04.08.2011), das Grünbuch Hypothekarkredite in der EU (KOM (2005) 327) und zuletzt das Weißbuch über die Integration der EU-Hypothekarkreditmärkte (KOM (2007) 807).

257 S.o. D.I.2.

258 *Eickmann*, RpfStud 2001, 129, 130; *Habersack*, JZ 1997, 857; *Wachter*, WM 1999, 49 (60).

259 Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, 7. Kapitel.

260 *Baur/Stürmer*, Sachenrecht, 18. Auflage 2008, § 64 Rn. 85; *Drenicz-Tutodziecka*, Basic Guidelines for a Eurohypothec, 2005, S. 11; *Wachter*, WM 1999, 49 ff.; differenzierend: *Köndgen/Stöcker*, ZBB 2005, 112 (117 ff.).

261 *Eickmann*, RpfStud 2001, 129 (130); *Wachter*, WM 1999, 49 (57).

sche Schuldbrief dienen,<sup>262</sup> andere wollen die deutsche Grundschuld zugrunde legen.<sup>263</sup> Zudem ließ sich bereits in einigen Mitgliedstaaten eine Tendenz zur Abschwächung der Akzessorietät der eigenen Sicherungsrechte erkennen,<sup>264</sup> was von einer Bereitschaft zur Aufgabe der akzessorischen Grundpfandrechte zeugt.

Für den Schuldner würde eine solche abstrakte Gestaltung jedoch vielfältige Risiken bergen.<sup>265</sup> Dies wiederum könnte im Widerspruch zu dem im Unionsrecht seit Jahren nachhaltig verfolgten Verbraucherschutz<sup>266</sup> und vor allem dem krisenbedingten Trend der Begrenzung der mit Finanzinvestitionen verbundenen Risiken<sup>267</sup> stehen. Selbst die nichtakzessorische Grundschuld wurde im Zuge des Risikobegrenzungsgesetzes durch die Einfügung des § 1192 Abs. 1 a BGB<sup>268</sup> stärker an das zugrundeliegende Kausalgeschäft gekoppelt, so dass sich zumindest für die Sicherungsgrundschuld die paradoxe Situation ergibt, dass sie wegen der beschränkten Anwendbarkeit des § 1156 BGB „akzessorischer“ ist als die Hypothek. Neben diesem gegenläufigen Trend zur stärkeren Anbindung der Sicherungsrechte an die zugrundeliegenden Forderungen scheint in rechtspolitischer Hinsicht fraglich, ob sich ein Grundpfandrecht, das den meisten Mitgliedstaaten bislang fremd ist, durchsetzen könnte.<sup>269</sup> Ein akzessorisches Sicherungsrecht würde hingegen auf eine lange europäische Rechtstradition aufbauen können.<sup>270</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass echte nichtakzessorische Immobiliarsicherungsrechte bisher nur in Deutschland, Ungarn und Slowenien bestehen,<sup>271</sup> und zumindest in Deutschland das Konzept der völligen Abstraktheit wieder aufgegeben wurde, scheint ein nichtakzessorisches europäisches Sicherungsrecht nicht durchsetzbar. Gerade die vorangegangene Bankenkrise, die unter anderem durch den freigiebigen Verkauf von Grundschuldbriefen verursacht wurde, ist ein Beleg dafür, dass es für das Funktionieren eines Kreditsicherungsmarktes einer Akzessorietät zwischen Forderung und Sicherungsrecht bedarf um dem Sicherungsgeber eine gewisse Stabilität zu garantieren. Eine akzessorische „Eurohypothek“ wäre somit vorzuziehen.

## 2. Kollisionsrechtliche Lösung

Auch auf kollisionsrechtlicher Ebene könnte die Binnenmarktbehinderung durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen zumindest teilweise überwunden werden, indem nicht die *lex rei sitae*<sup>272</sup>

262 *Wehrens*, in: Towards a European Civil Code, Hrsg. Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/Du Perron/Veldman, 3. Auflage 2004, S. 769 (773); *Wachter*, JZ 1999, 49 (56).

263 Der Aufbau eines Europäischen Kapitalmarkts, 7. Kapitel.

264 Hierzu *Stöcker*, WM 2006, 1941 (1947).

265 *Wachter*, JZ 1999, 49 (57).

266 *Eickmann*, RpfStud 2001, 129 (130); *Habersack*, JZ 1997, 857 (862).

267 Zur Begründung des Risikobegrenzungsgesetzes: Bt-Dr 16/9778, S. 2 ff.

268 Vgl. zum am 12.08.2008 neu eingefügten § 1192 Abs. 1 a BGB *Nietsch*, NJW 2009, 3606 ff..

269 *Eickmann*, RpfStud 2001, 129 (130).

270 *Habersack*, JZ 1997, 857 (861).

271 *Hinteregger*, in: Sicherungsrechte an Immobilien in Europa, Hrsg. Hinteregger/Bori, 2009, S. 41 (44).

272 *Basedow*, RabelsZ 59 (1995) 1 (41); *Goode*, in: Towards a European Civil Code, Hrsg. Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/Du Perron/Veldman, 3. Auflage 2004, S. 757; in Deutschland ist dieses Prinzip für das Immobili-

sondern die *lex originis*<sup>273</sup> als Anknüpfungspunkt herangezogen würde.<sup>274</sup> So könnte zumindest die Anerkennung von Sicherungsrechten in anderen Staaten erreicht werden.

Eine kollisionsrechtliche Lösung würde aber nicht die Probleme der Regelungsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten selbst beseitigen, sondern lediglich deren Symptome.<sup>275</sup> Zudem entstünde eine nicht unerhebliche Einbuße an Verkehrssicherheit, da es dem Marktteilnehmer nicht mehr ohne weiteres möglich wäre, Auskünfte über das Bestehen dinglicher Rechte an einer Sache einzuholen ohne deren Herkunft zu kennen.

Die Änderung des Kollisionsrechts wäre folglich nicht weitreichend genug um eine effektive Rechtsvereinheitlichung zu gewährleisten.

### 3. Unionsprimärrechtliche Lösung

Die durch die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten entstehenden Probleme könnten sich auch auf unionsrechtlicher Primärebene lösen lassen. Im Bereich des Mobiliarsicherungsrechts könnte sich aus der Warenverkehrsfreiheit bereits ergeben, dass die Staaten in anderen Ländern begründete Sicherungsrechte anerkennen müssen.

Dieser Überlegung wird die *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH zugrundegelegt.<sup>276</sup> Danach dürfen Produkte, die in einem Mitgliedstaat vorschriftsgemäß hergestellt wurden, in allen anderen Mitgliedstaaten verkauft werden.<sup>277</sup> Sollte diese Formel auf das Sachenrecht übertragbar sein, so ergäbe sich hieraus die Geltung eines Ursprungslandprinzips, wonach in einem Mitgliedstaat wirksam begründete Mobiliarsicherheiten bei Änderung des Belegenheitsortes auch in allen anderen Mitgliedstaaten Wirksamkeit beanspruchen könnten.

Zunächst ist somit zu klären, ob Mobiliarsicherungsrechte Maßnahmen gleicher Wirkung i.S.d. *Cassis*-Formel darstellen. Dies ist, wie bereits aufgezeigt, nicht wegen Art. 345 AEUV von vornherein ausgeschlossen.<sup>278</sup> Darüber hinaus wird durch die Unterschiede der Sicherungsrechte in den verschiedenen Staaten der Binnenmarkt behindert.<sup>279</sup> Wenn es sich um Verkaufsmodalitäten handeln sollte, läge eine Maßnahme gleicher Wirkung nach der *Keck*-Rechtsprechung allerdings nur dann vor, wenn die Vorschriften nicht unterschiedslos gelten würden. Die Unterscheidung zwischen produktbezogenen Vorschriften oder Verkaufsmodalitäten könnte aber dahinstehen, wenn ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit auch unter den strengeren Voraussetzungen der Verkaufsmodalitäten gegeben wäre.

---

arsachenrecht seit der mittelalterlichen Statuentheorie bekannt, für Mobilien seit dem 19. Jahrhundert (vgl. *Kropboller*, Internationales Privatrecht, 6. Auflage 2006, S. 554).

273 Anknüpfung an das Recht des „Heimatstaates“ (vgl. *Armbrüster*, NJW 2001, 3581 (3582)).

274 So schon in Art. 12 Kulturgüterschutzrichtlinie und in Art. 1 Genfer Übereinkommen über die internationale Anerkennung von Rechten an Luftfahrzeugen (BGBl 1959 II 130) geregelt.

275 *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 36.

276 *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt, 1996, S. 123.

277 EuGH v. 20.02.1979, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 (664).

278 S.o. B.I.1.

279 S.o. C.III.1.b).

Eine Verkaufsmodalität verstößt nach der *Keck*-Formel dann gegen die Warenverkehrsfreiheit, wenn die Regelung die Einfuhr und den Binnenhandel im Einfuhrstaat rechtlich oder tatsächlich unterschiedlich berührt.<sup>280</sup> Eine solche Diskriminierung kann gerade darin liegen, dass ein Unternehmer sein Absatzförderungssystem ändern oder aufgeben muss.<sup>281</sup> Ein solches Absatzförderungssystem stellt auch die Sicherung von Kaufpreisforderungen durch einen Eigentumsvorbehalt dar.<sup>282</sup> Entspricht ein in einem Mitgliedstaat vereinbarter Eigentumsvorbehalt nicht den Vorschriften des Staates, in den die Kaufsache verbracht wird, wird der Verkäufer seiner Sicherheit verlustig, es sei denn er ändert sein Absatzförderungssystem dahingehend, dass auch die Voraussetzungen anderer Mitgliedstaaten erfüllt werden.

Die an die wirksame Begründung von Mobiliarsicherungsrechten geknüpften Voraussetzungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten können folglich als Maßnahme gleicher Wirkung gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen. Ob solche Regelungen dennoch gerechtfertigt sind, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen.<sup>283</sup>

Aus diesem primärrechtlich hergeleiteten Ursprungslandprinzip ergäbe sich sodann die Europarechtswidrigkeit solcher Normen, die strenge inländische Wirksamkeitsvoraussetzungen auf im EU-Ausland begründete Sicherungsrechte für anwendbar erklären. Faktisch fände so aber gerade keine Rechtsangleichung statt, stattdessen blieben die vorhandenen Unterschiede bestehen.<sup>284</sup> Die Anwendung der Grundfreiheiten vermag eine sachrechtliche Rechtsvereinheitlichung folglich nicht zu ersetzen, sondern lediglich die Folgen der fehlenden Vereinheitlichung abzumildern.

#### 4. Ergebnis

Eine sachrechtliche Vereinheitlichung wäre einer kollisionsrechtlichen oder einer unionsprimärrechtlichen Lösung jedenfalls vorzuziehen. Eine Vereinheitlichung sollte auf dem Einheits- und Traditionsprinzip beruhen. Im Bereich des Mobiliarsachenrechts sollte ein besitzloses, registrierungspflichtiges europäisches Sicherungsrecht eingeführt werden. Eine Sachenrechtsvereinheitlichung sollte zudem den gutgläubigen Erwerb ermöglichen.

Im Bereich des Immobiliarsachenrechts ist die Schaffung eines akzessorischen Sicherungsrechts vorzugswürdig.

---

280 EuGH v. 24.11.1993, *Keck*, Slg. 1993-I, 6097 (6131).

281 EuGH v. 15.12.1982, *Oosthoek*, Slg. 1982, 4575 (4587 f.).

282 *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 154.

283 Siehe zu verschiedenen Beispielen *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt*, 1996, S. 157 ff..

284 *Blaurock*, JZ 1994, 270 (273).

### III. Intensität der Rechtsvereinheitlichung

Eine Rechtsangleichung bzw. –vereinheitlichung kann in verschiedenen Intensitätsstufen erfolgen. Möglich ist sowohl eine Harmonisierung bestehender Normen als auch eine komplette Neugestaltung des Rechts.

#### 1. *Harmonisierung des bestehenden Rechts*

Die weniger einschneidende Maßnahme zur Rechtsangleichung stellt die Harmonisierung dar. Darunter ist die punktuelle Rechtsvereinheitlichung durch Setzung von Unionssekundärrecht zu verstehen, aufgrund dessen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Rechtsordnungen zwar beibehalten, jedoch anpassen müssen. Wenn aufgrund europäischer Vorgaben Fragmente des Sachenrechts geändert würden, brächen jedoch die in sich kohärenten Rechtssysteme auseinander.<sup>285</sup> Dadurch, dass bei dieser Vorgehensweise nicht das Recht als Ganzes neugestaltet wird, würde automatisch ein „*Meer nationalen Rechts mit Inseln von Einheitsrecht*“ entstehen.<sup>286</sup> Eine bloße Harmonisierung als Aufoktroieren einzelner Regelungen würde folglich eher zu weiteren Problemen führen, als dass bestehende Konflikte auf Dauer gelöst würden.<sup>287</sup>

#### 2. *Neugestaltung des Rechts*

Eine Neugestaltung würde bedeuten, dass die bestehenden Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten durch die Einführung neuer, europäischer Rechtsinstitute ihrer Relevanz beraubt würden oder dass die nationalen Rechtssysteme durch ein europäisches Sachenrecht ersetzt würden. Die Vorteile einer derartigen Vorgehensweise liegen auf der Hand: Im Gegensatz zur Harmonisierung, die durch das Auswechseln einzelner Regelungen die nationalen Rechtsordnungen zu einem Flickenteppich verkommen lässt, würde eine Neugestaltung zu einem in sich kohärenten, schlüssigen und widerspruchsfreien System führen.

Für die Neugestaltung des Rechts gäbe es zwei Alternativen. Zunächst besteht die Möglichkeit, die europäischen Regelungen quasi als „28. Regime“<sup>288</sup> neben den nationalen Rechtsordnungen zu etablieren. Zudem könnten die nationalen Rechte durch ein neues europarechtliches Regime ersetzt werden.

---

285 *Wachter*, WM 1999, 49 (55).

286 *Fikentscher*, in: *The Common Core of European Private Law*, Hrsg. Bussani/Mattei, 2003, S. 43 (44); *Kötz*, in: *Festschrift für K. Zweigert*, Hrsg. Bernstein/Drobnig/Kötz, 1981, S. 481 (485).

287 *Hähnchen*, in: *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 147 (167).

288 *Kieninger*, in: *Differenzierte Integration im Gemeinschaftsprivatrecht*, Hrsg. Jung/Baldus, 2007, S. 187 (199).

a) „28. Regime“

Fragen des Eigentumsübergangs können nicht im Rahmen eines „28. Regimes“ geregelt werden. Diese Art der Rechtsvereinheitlichung setzt eine Rechtswahl des Privaten voraus, die bei der Eigentumsübertragung aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung für die Rechtsordnung nicht in Betracht kommt.

Bezüglich der Sicherungsrechte bedarf es jedoch von vornherein einer Entscheidung des Marktteilnehmers für eines der in Betracht kommenden Rechtsinstitute. Ein europäisches Recht könnte dann bei transnationalen Rechtsgeschäften durch europaweite Anerkennung und Durchsetzbarkeit überzeugen. Ziel einer derartigen Harmonisierung wäre natürlich, dass die Marktteilnehmer durch ihre Rechtswahl zugunsten des europäischen Instruments die nationalen Regelungen als „Auslaufmodell“ abstempeln würden.<sup>289</sup>

Ein solches „28. Regime“ könnte als *opt-in* oder *opt-out* ausgestaltet werden. Im Rahmen einer *opt-in*-Lösung würde das europäische Sachenrecht im Wege einer Rechtswahlklausel aktiv als anwendbares Recht gewählt.<sup>290</sup> Bei einer *opt-out*-Lösung wäre das europäische Recht hingegen grundsätzlich anwendbar, es sei denn es würde von den Parteien aktiv abgewählt.<sup>291</sup>

Die Schaffung einer zusätzlichen Regelung könnte aber geradezu als Gegenteil einer Harmonisierung empfunden werden.<sup>292</sup> Durch ein „28. Regime“ würde der schon existierende Bestand an Rechtsnormen erweitert und die Anwendung des Rechts würde noch komplexer.<sup>293</sup> Unsicherheiten, die gerade aufgrund der Vielzahl an Rechtsordnungen bestehen, können nur durch eine Ersetzung des nationalen Rechts effizient vermieden werden.<sup>294</sup>

b) „Ersetzung“ nationalen Rechts

Die Substitution nationaler Rechte durch ein europäisches Sachenrecht hätte den Vorteil, eine abschließende Rechtsvereinheitlichung darzustellen. Ohne Rücksicht auf dogmatische Verwurzelungen der einzelnen Mitgliedstaaten könnten unbefangen die optimalen Regelungen getroffen werden.

Auf der anderen Seite fällt es den Mitgliedstaaten naturgemäß schwerer, sich auf die Außerkraftsetzung ihres eigenen Rechts einzulassen. Die Schaffung eines zusätzlichen Rechtsinstruments würde hingegen weniger in die Souveränität der Staaten eingreifen und wäre einfacher zu vermitteln. Da die nationalen Regelungen unverändert erhalten blieben, könnten Widerstände gegenüber einer Harmonisierung leichter überwunden werden.<sup>295</sup> Somit könnte das „28. Regime“

---

289 *Zeitler/Kölling*, EWS 2006, 97.

290 *Staudenmayer*, EuZW 2005, 103 (105).

291 *Schilling*, Konkretisierungskompetenz und Konkretisierungsmethoden im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 387.

292 *Zeitler/Kölling*, EWS 2006, 97 (100).

293 *Zeitler/Kölling*, EWS 2006, 97 (100).

294 *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 16.

295 *Zeitler/Kölling*, EWS 2006, 97.

eine Übergangslösung auf dem Weg zu einer an sich vorzugswürdigen Vereinheitlichung darstellen.<sup>296</sup>

#### IV. Form der Sachenrechtsvereinheitlichung

Der Union stünden mehrere Möglichkeiten zur Umsetzung einer Rechtsangleichung zur Verfügung. Naheliegend ist die Rechtsangleichung in der Form des Unionssekundärrechts. Unabhängig von den Regelungen des EUV und AEUV könnten die Mitgliedstaaten aber auch einen völkerrechtlichen Vertrag abschließen.

##### 1. *Völkerrechtlicher Vertrag oder Unionssekundärrecht?*

Grundsätzlich steht es den Mitgliedstaaten frei, untereinander völkerrechtliche Verträge zu schließen. Ein derartiges Vorgehen könnte dann sinnvoll sein, wenn die europäischen Institutionen nur zögernd vorgehen oder die Mitgliedstaaten nicht in ihrer Gesamtheit zu einem Konsens gelangen. Auf der anderen Seite würde der Abschluss eines eigenen völkerrechtlichen Vertrages auch bedeuten, dass ohne Beteiligung der europäischen Institutionen und ohne Unterstellung unter die Jurisdiktion des EuGH eine Inkohärenz zwischen bestehendem Unionsrecht und dem Vertrag zu befürchten wäre. Die Folge wäre, dass das Ziel der übergreifenden Systematik wiederum verfehlt würde.<sup>297</sup> Außerdem hätte der Abschluss des Vertrages von nur einem Teil der Mitgliedstaaten zur Folge, dass die Rechtsverschiedenheit innerhalb der EU entlang neuer Trennlinien zementiert würde, eine Rechtsvereinheitlichung aber gerade nicht stattfände (sog. „*Europe à deux vitesses*“).<sup>298</sup>

Die Schaffung von Unionssekundärrecht ist somit vorzugswürdig. Zudem wäre aufgrund der niedrigeren Verfahrenshürde des Art. 114 AEUV<sup>299</sup> auch nicht notwendigerweise die Zustimmung aller Mitgliedstaaten erforderlich.

##### 2. *Handlungsalternativen im Rahmen des Sekundärrechts*

Im Rahmen des Unionssekundärrechts bestehen verschiedene Möglichkeiten der Rechtsetzung. Gerade im Bereich des Art. 114 AEUV ist sowohl der Erlass von Richtlinien als auch von Verordnungen möglich.<sup>300</sup> Allein im Zusammenhang mit dem in Art. 5 EUV niedergelegten Subsidi-

---

296 *Zeitler/Kolling*, EWS 2006, 97 (98).

297 *Engel*, ZfRV 1999, 121 (122); *Tilmann*, ERPL 5 (1997) 471.

298 Zu den Nachteilen von schon bestehenden völkerrechtlichen Verträgen, vgl. *von Bar*, Juri 103 DE, S. 149.

299 Qualifizierte Mehrheit im Rat, vgl. Art. 294 AEUV (bisher Art. 251 EGV).

300 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (478 f.).

diaritätsgrundsatz ergibt sich, dass bei Gleichwertigkeit der Instrumente der Richtlinie der Vorzug zu geben ist.<sup>301</sup>

Daneben bestünde auch die Möglichkeit, einen Vorschlag für ein europäisches Sachenrecht in Form von *soft law*<sup>302</sup> als Angebot an die Gesetzgeber bereitzustellen.

a) Erlass einer Verordnung

Die Vorteile einer Verordnung sind offensichtlich: Es wäre keine nationale Umsetzung notwendig, da die Verordnung unmittelbar ihre Rechtswirkung entfaltet. Nur so könnte bei einer umfangreicheren Rechtsvereinheitlichung gewährleistet werden, dass nicht durch nationale Umsetzungsmaßnahmen der Vereinheitlichungseffekt verloren ginge.<sup>303</sup>

b) Erlass einer Richtlinie

Richtlinien dienen dazu, einzelne materielle Wertungen in die jeweilige Rechtssystematik der Mitgliedstaaten einzupassen.<sup>304</sup> Allerdings sind sie für eine umfassende Rechtsangleichung ungeeignet, da sich eine Rechtsvereinheitlichung nicht durch eine Richtlinienumsetzung in präexistente und heterogene nationale Rechtssysteme erreichen lässt.<sup>305</sup>

c) Erlass eines Modellgesetzes

Ferner kommt die Umsetzung eines europäischen Sachenrechts in Form eines Modellgesetzes (für die Mitgliedstaaten) bzw. einer „*tool box*“ (für den europäischen Gesetzgeber) in Betracht.<sup>306</sup> Dieses würde in Form einer Empfehlung gem. Art. 288 Abs. 1, 4 AEUV<sup>307</sup> erlassen werden. Als Ermächtigungsgrundlage käme auch hier Art. 114 AEUV in Betracht.<sup>308</sup>

---

301 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (479).

302 Als *soft law* werden solche Normen bezeichnet, denen kein hoheitlicher Geltungsbefehl zugrundeliegt (zu den Funktionen von *soft law* vgl. *Rötbel*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 287 (288 ff.)).

303 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (479); *Caramelo-Gomes*, in: Rules for the Transfer of Movables. A Candidate for European Harmonisation or National Reform?, Hrsg. Faber/Lurger, 2008, S. 239 (248).

304 *Akkermans*, The principle of „*numerus clausus*“ in European property law, 2008, S. 540.

305 *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (479 f.); *Najork/Schmidt-Kessel*, GPR 2003/2004, 5 (6); *Hähnchen*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 147 (157).

306 Zum DCFR als „*tool box*“ vgl. *Schulte-Nölke*, NJW 2009, 2161 (2165).

307 Bisher Art. 249 EGV.

308 Auch bei Empfehlungen ist aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung eine Ermächtigungsgrundlage notwendig, vgl. *Hähnchen*, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 147 (158); *Ruffert*, in: EUV/EGV, Kommentar, Hrsg. Calliess/Ruffert, 2. Auflage 2007, Art. 249 EGV Rn. 128.

Ein solches Modellgesetz wäre als Angebot an die nationalen Gesetzgeber zu verstehen,<sup>309</sup> es zukünftigen nationalen Reformen zugrunde zu legen. Ob im Bereich des Sachenrechts ein solches Instrument erfolgversprechend ist, mag jedoch bezweifelt werden.<sup>310</sup> Zwar zeigt das Modellgesetz der EBRD, dass solche Projekte durchaus von Erfolg gekrönt sein können. Allerdings wurde von diesem Modellgesetz nur von osteuropäischen Staaten Gebrauch gemacht,<sup>311</sup> die ohnehin eine umfassende Reform ihres Kreditsicherungsrechts vornehmen mussten. In den meisten europäischen Staaten ist das Sachenrecht als tief im nationalen Rechtsverständnis verwurzelte Materie jedoch nur selten Gegenstand von Reformbemühungen, so dass der Nutzen eines Modellgesetzes gering sein dürfte.

#### d) Herausarbeitung von „Restatements of the Law“

„*Restatements of the Law*“ werden vom American Law Institute veröffentlicht und beinhalten systematische Darstellungen des *case law* der einzelnen Bundesstaaten. Sie zeigen so allgemeine Rechtsprechungstrends auf. Ähnlich könnte in Europa die Herausarbeitung eines „*common core*“ aussehen.<sup>312</sup>

Ein derartiges Vorhaben im Bereich des Sachenrechts scheitert allerdings schon an fehlenden Übereinstimmungen. Die Rückführung der mitgliedstaatlichen Sachenrechte auf einen gemeinsamen Kern würde nicht zur Herausarbeitung eines „gemeinsamen Sachenrechts“ führen, sondern hätte lediglich eine Sammlung fragmentarischer Regelungen zur Folge.

### 3. Ergebnis

Die Verordnung sticht somit eindeutig als vorzugswürdige Form der Rechtsvereinheitlichung heraus. Aufgrund der unmittelbaren Rechtswirkung kommt es hierbei nicht zu Verwischungen der Angleichungsmaßnahmen durch nationale Zwischenschritte. Auch der völkerrechtliche Vertrag ist mangels Einbindung in das europäische Rechtssystem keine adäquate Alternative. Ein Modellgesetz würde zwar auf den geringsten Widerstand der Mitgliedstaaten treffen, hätte aber auf der anderen Seite auch die geringsten rechtsharmonisierenden Auswirkungen.

309 Dreher, JZ 1999, 105 (111).

310 Die Europäische Kommission hat wiederholt festgestellt, dass der Gemeinsame Referenzrahmen lediglich als eine derartige „tool box“ zu verstehen sei, vgl. KOM (2004) 651, S. 13; von Bar/Schulte-Nölke, ZRP 2005, 165 (167).

311 Ungarn, Litauen, Lettland, Estland, Polen, Tschechien, Slowakei, Slowenien, z.T. auch Bulgarien, Rumänien, Mazedonien und Kroatien; vgl. Kieninger, in: Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung, Hrsg. Schmidt-Kessel, 2009, S. 187 (194 f.).

312 Vgl. von Bar, ZEuP 2001, 799 (803); zur Interpretation des DCFR als „europäisches Restatement“ vgl. Schulte-Nölke, NJW 2009, 2161 (2162); dagegen Jansen/Zimmermann, NJW 2009, 3401 (3402 f.).

## E. Fazit

Das Sachenrecht war bislang im europäischen Unionsprivatrecht nur vergleichsweise selten Mittelpunkt von Rechtsvereinheitlichungsmaßnahmen oder -diskussionen. Reformbemühungen wie die seit Jahrzehnten andauernde Diskussion um eine Eurohypothek oder die Bemühungen der Vereinheitlichung des Eigentumsvorbehalts im Rahmen der ZahlungsverzugsRL sind bisher stets gescheitert. Obwohl vor allem im Bereich der Sicherungsrechte ein großer Bedarf an vereinheitlichenden Maßnahmen besteht und auch die entsprechenden Legislativkompetenzen existieren, wurden sie aus Anlass der Sachenrechtsvereinheitlichung bisher kaum genutzt.

Zudem ist äußerst fraglich, ob sich die national tief verwurzelten Rechtsstrukturen wirklich zugunsten eines europäischen Sachenrechts aufbrechen lassen. Eine effektive Rechtsvereinheitlichung kann zwar nur durch die Schaffung eines neuen Rechts erfolgen, jedoch ist aufgrund des wohl zu erwartenden erheblichen Widerstandes der Mitgliedstaaten momentan das Zurückgreifen auf ein „28. Regime“ zumindest im Bereich der Sicherungsrechte zu favorisieren. Dies wäre ein erster Schritt in Richtung einer Vereinheitlichung der Sachenrechte, ohne dass den Mitgliedstaaten ihre eigenen Rechtsordnungen genommen würden.

Die eingangs gestellte Frage, ob die Schaffung eines europäischen Sachenrechts der *„Beruf unserer Zeit“* sei, kann somit nicht eindeutig beantwortet werden. Aufgrund der großen rechtlichen, sprachlichen und kulturellen Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten wird man aber zu dem Schluss kommen müssen, dass die Bemühungen um ein gemeinsames Sachenrecht nur dann von Erfolg gekrönt sein können, wenn es als zusätzliche Alternative neben die nationalen Rechtsordnungen tritt. Eine einheitliche Rechtsordnung entstünde so zwar noch nicht, dennoch könnten auch auf diese Weise die von *Thibaut* erhofften Vorteile eintreten:

*„Die Einheit des Rechts würde [...] den Weg des Bürgers von dem einen Lande in das andere ebnen und sicher machen und schlechte Anwälde würden nicht mehr Gelegenheit finden, bey dem Verkauf ihrer Rechtsgeheimnisse die armen Ausländer schändlich auszusaugen und zu mißhandeln.“<sup>313</sup>*

---

313 *Thibaut* „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“, 1814, S. 22 ff., 32 ff..