

# **Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**

(ISSN – 0578 – 9745)

## **Owner of the Publication**

Istanbul University

## **Representative of the Owner of the Publication**

Dean of the Istanbul University Faculty of Law

Prof. Dr. Adem Sözüer

## **Director in Charge**

Faculty Member of the Istanbul University Faculty of Law,

Rector of the Türk-Alman University

Prof. Dr. Halil Akkanat

## **Board of Editors**

Editor-in-Chief: Prof. Dr. Fethi Gedikli

Members: Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, Prof. Dr. İbrahim Kaya,

Prof. Dr. Halil Akkanat

## **Advisory Board**

Prof. Dr. Bahri Öztürk, Kültür University (Istanbul);

Prof. Dr. Gabriele Schmölzer, Karl Franzens Universität Graz ( Österreich );

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Hans-Heiner Kühne, Universität Trier ( Deutschland );

Prof. Dr. İzzet Özgenç, Gazi University (Ankara);

Prof. Dr. Muhammet Özekes, Gediz University (Izmir)

Prof. Dr. Murat Doğan, Erciyes University (Kayseri)

Prof. Dr. Serap Helvacı, Marmara University (Istanbul);

Prof. Dr. Spyridon Flogaitis, University of Athens (Greece);

Prof. Dr. Stephen C. Thaman, Saint Lois University (USA);

Prof. Dr. Walter Gropp, Justus Liebig Universität Giessen (Deutschland)

## **Prepared by**

Prof. Dr. Fethi Gedikli, Prof. Dr. Cemil Kaya,

Assoc. Prof. Dr. Bilgehan Çetiner, Asst. Prof. Dr. Tuba Topçuoğlu,

Res. Asst. Fatih Tahiroğlu, Res. Asst. F. Pelin Tokcan,

Res. Asst. Barış Demirsatan, Res. Asst. Serpil Işık, Res. Asst. Caner Taşatan

# ***Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul***

**Yayın Sahibi:** İstanbul Üniversitesi

**Yayın Sahibi Temsilcisi:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı  
Prof. Dr. Adem Sözüer

**Sorumlu Müdürü:** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,  
Türk-Alman Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Halil Akkanat

**Owner of the Publication:** Istanbul University

**Representative of the  
Owner of the Publication:** Dean of the Istanbul University Faculty of Law  
Prof. Dr. Adem Sözüer

**Director in Charge:** Faculty Member of the Istanbul University Faculty of Law,  
Rector of Turk-Alman University Prof. Dr. Halil Akkanat

## **Yazışma Adresi / Editorial and General Offices**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
34116 Beyazıt İstanbul  
Tel: + 90 (212) 440 01 05  
Fax: + 90 (212) 512 41 35  
e-mail: hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr  
www.istanbul.edu.tr/hukuk

## **Copyright © 2016**

*All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior written permission of Istanbul University Faculty of Law. The views expressed herein are those of the individual authors. Istanbul University Faculty of Law is not to be held responsible of the said views.*

**ISSN:** 0578-9745

**Yıl/Year:** 2016

**Cilt/Volume:** XLVIII

**Sayı/No:** 65

**Matbaanın Adı/Printed by:** Oğul Matbaacılık - Cafer Hayta

**Basıldığı Yer/** Maltepe Mahallesi, Davutpaşa Cad. Güven İş

**Place Of the Printing:** Merkezi B Blok 301-302 Zeytinburnu / İstanbul

Tel: (212) 567 20 77

Sertifika No: 27591

**Basıldığı Tarih/Date of the Printing:** 2017

**Yayın Türü/** Uluslararası, Süreli, Yıllık Hukuk Dergisi

**Genre of the Publication:** İnternational, Periodical, Annual Law Journal

Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, TÜBİTAK/ULAKBİM taranmakta olan ve Hukuk Veri Tabanında yer alan bir dergidir./Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul is registered under TÜBİTAK/ULAKBİM Law Database

**Baskı Öncesi Hazırlık**

**onikilevha**  
|||||

**On İki Levha Yayıncılık A.Ş.**

Prof. Nurettin Mazhar Öktem Sokak 6A

Şişli / İstanbul

Tel: (212) 343 09 02 Fax: (212) 224 40 02

www.onikilevha.com.tr

# Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul

Volume 48

No. 65

2016

Annales de la Faculte de Droit d'istanbul Yayın İlkeleri	1
Publication Principles of Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul	5

## Droit Public

« Nouvelle minorité » : Nouveau concept de la nouvelle Europe Quelle articulation des normes en droit international pour la protection des nouvelles minorités?*	11
--	----

*Dr. Nihal Eminoğlu\*\**

Roadmap on Advocacy Strategy to Prosecute Chiquita's Atrocity Crimes	31
---	----

*Yasir Gökçe\* & Juan P. Calderon-Meza\*\**

## Droit Privé

Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: an Overview	55
--	----

*Res. Assist. Serpil Işık\**

Die Verwaltungs-, Nutzungsordnungen Unter Miteigentümer	89
--	----

*Dozent Dr. Sanem Aksoy Dursun\* - Dozent*

*Dr. Arzu Genç Arıdemir\*\**

Die Zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen	111
--	-----

*Asst. Prof. Dr. Nil Karabağ Bulut\**

Revised Rules of Turkish Code of Obligations on Formal Requirements of Contract of Surety	133
--	-----

*Dr. Cansu Kaya Kızıllırmak\**

Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision*	151
<i>Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich**</i>	
Die Entwicklung des türkischen Kapitalmarktrechts und dessen Stellung in unserem Rechtssystem	171
<i>Prof. Dr. N. Füsün Nomer Ertan*</i>	
Three Problems Caused by Arbitration Clauses Incorporated into Bills of Lading*	193
<i>Serpil Yilmaz**</i>	
Mediation as an Option for International Commercial Disputes	229
<i>Assoc. Prof. Dr. jur. Zeynep Derya Tarman*</i>	

## **Annales de la Faculte de Droit d'istanbul Yayın İlkeleri**

1. Annales de la Faculté de Droit d'İstanbul, ULAKBİM tarafından taranan "Hakemli Dergi" statüsünde yılda bir sayı (Mart) olarak yayımlanır. Dergide yapılan yayınlar uluslararası yayın kategorisindedir.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
3. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir.
4. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
5. Derginin yazı dili Fransızca, İngilizce ve Almanca'dır. Yazının başlığının İngilizce ve Türkçe çevirisi ile en az 150, en çok 200 sözcükten oluşan özetinin ve beş anahtar kelimenin de İngilizce ve Türkçe olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
6. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir.

7. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.
8. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
9. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile makalenin sonunda kaynakçadan önce yer alan kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.

10. Dipnotlarında ve kaynakçada kitaplar [Yazarın Adı Soyadı, Kitabın Başlığı, Basım

Yeri, Yıl, sayfa numarası (p.) veya paragraf/kenar numarası (N.)] şeklinde yer almalıdır.

Örnek: Peter Forstmoser, *Gemeinwohl und Interesse in Wirtschaft, Recht und Politik*, Zürich, 2008, p. 17

Dipnotlarında ve kaynakçada makaleler [Yazarın Adı Soyadı, "Makalenin Başlığı", Derginin İsmi, Cilt numarası, Sayı numarası, Yılı, sayfa numarası (p.) veya paragraf/kenar numarası (N.)] şeklinde yer almalıdır.

Örnek: Nicolas Petit, "Injunctions for Frand-Pledged Standard Essential Patents: The Quest for an Appropriate Test of Abuse under Article 102 TFEU", *European Competition Journal*, Vol. 9, Iss. 3, p. 32

Birden fazla yazarlı eserlere [Yazarın Adı Soyadı/Adı Soyadı] şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek: Richard Whish/David Bailey, *Competition Law*, Oxford, 2015, p. 212

Sonraki dipnotlarında ise [Yazarın Soyadı, sayfa numarası (p.)] şeklinde atıf yapılmalıdır.

Örnek: Petit, p. 32

Whish/Bailey, p. 65

Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda yazarın Soyadı, Eserin Başlığı, sayfa numarası verilmelidir. Eser başlığı kısaltılabilir.

Örnek: Petit, Injunctions, p. 32

Yargı kararlarına yapılan atıflarda ise aşağıdaki örneğe uyulması gerekmektedir.

Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/Karar numarası (Kararın Yayım Yeri)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Vol. 35, Iss. 3, 2009, p. 438)

11. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayıma kabul edilen makalenin çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
12. Dergide, makalelerin yanı sıra dergiye yayın kabul edilen dillerden birine yapılmış çeviriler de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin muvafakatı da iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur.
13. Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul'da yayımlanması istenen yazıların  
hukuk\_dekan@istanbul.edu.tr veya iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adreslerine Microsoft Word yazılımı formatında (\*.doc, \*.docx) gönderilmesi gerekmektedir.





## **Publication Principles of Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul**

1. Annales de la Faculté de Droit D'Istanbul is a peer reviewed Journal that is published annually (in March) and indexed ULAKBİM as a "Refereed Journal". Publications in this Journal are considered as international publications.
2. The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Articles that are considered as unsuitable with the publication guidelines by the editorial board are sent back to the author without review. Extraordinary spelling errors and not being eligible with the scientific standards are sufficient for a paper to be rejected by the editorial board. Papers that are approved by the editorial board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality.
4. Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.
5. The Journal accepts and publishes articles written in French, English and/or German. Title, abstract which consists of 150 to 200 words and five key words must be added to the paper in English and Turkish languages.
6. The main text and footnotes must be written in Times New Roman font. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1

line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page.

7. Author's name should be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e- mail address.
8. The article should consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.
9. To use abbreviations: If the name or title, which will be abbreviated, is to be used for the first time in the text, the name or title should be used as the original form with the abbreviation in brackets or the original forms of the abbreviations should be given place at the end of the paper before the bibliography; original form of the abbreviations used in footnotes may only take place in the abbreviation list.
10. In footnotes a book, that is referred, should take place as: [**Full Name** of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)] In bibliography, the last name of the author of the referred book should be indicated first [**Last name first name** of the author, Title of the Book, Place of Publication, Year of Publication].  
Example (for footnotes): **Peter Forstmoser**, Gemeinwohl und Interesse in Wirtschaft, Recht und Politik, Zürich, 2008, p. 17.
11. In footnotes the articles should take place as: [**Full Name** of the author, Title of the article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year, Page number (p.) or paragraph number (N.)] In bibliography, the last name of the author of the referred article should be indicated first [**Last name first name** of the author, Title of the Article, Name of the Journal, Volume Number, Issue Number, Publication Year].

Example (for footnotes): **Nicolas Petit**, “Injunctions for Frand-Pledged Standart Essential Patents: The Quest for an Appropriate Test of Abuse under Article 102 TFEU”, European Competition Journal, Vol. 9, Iss. 3, p. 32.

In the footnotes and bibliography books/articles with several authors should be cited as: [**Full Name** of the author / **Full Name** of the author]

Example: **Richard Whish/David Bailey**, Competition Law, Oxford, 2015, p. 212.

In the following footnotes the citations should be made as: [**Last name** of the author, page number (p.)].

Example: **Petit**, p. 32.

**Whish/Bailey**, p. 65.

When citing more than one book/article of the same author **Surname** of the author, title of the book/article and the page number should be given. The title of the book/article may be abbreviated.

Example: **Petit**, Injunctions, p. 32.

When citing a case law, the author should comply with the example below.

Abbreviation of the Court Name, Number of the Court, Date of Decision, Number of the Case/Decision (Place of Decision)

Yarg. 4. HD., 10.11.2008, 1699/13767 (Yargıtay Kararları Dergisi, Vol. 35, Iss. 3, 2009, p. 438)

12. To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

13. Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers, might be approved or rejected by the editorial board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.
14. Papers should be sent to [hukuk\\_dekan@istanbul.edu.tr](mailto:hukuk_dekan@istanbul.edu.tr) or [iuhfdergiler@istanbul.edu.tr](mailto:iuhfdergiler@istanbul.edu.tr) in Microsoft Word (\*.doc, \*.docx) formatting.

# **Droit Public**



**« Nouvelle minorité » : Nouveau concept de la  
nouvelle Europe  
Quelle articulation des normes en  
droit international pour la protection  
des nouvelles minorités?\***

*“Yeni Azınlıklar” : Avrupa’nın Yeni Kavramı  
Azınlık Haklarının Korunmasına İlişkin Mevcut Düzenlemeler Işığında  
“Yeni Azınlık” Hakları*

**Dr. Nihal Eminoglu\*\***

**Abstract**

The concept of « new minority » surfaced in the 2000s and was initially analyzed by the Organization for Security and Co-operation in Europe and the Council of Europe. It is a new concept hinging on two notions, minorities and immigrant, which are the factors driving the emergence of this new category: the « new minority from immigrant backgrounds ». In this context firstly, this article will try to clarify the concept of “new minority” especially its linkage between the notion of “immigrant” and “minority”. Secondly, this study will focus on the question of the protection of the rights of “new minorities” and in order to

---

\* Ce sujet a été la matière de ma thèse de doctorat, soutenue le 10 novembre 2015 à l’Université de Strasbourg, avec pour titre : Evolution de la prise en compte et du traitement des anciennes et nouvelles minorités dans le cadre des systèmes de l’OSCE et du Conseil de l’Europe : « nouvelle minorité », nouveau concept, nouveau enjeux de la nouvelle Europe »

\*\* Assistante chargée de recherches à l’Université de Çanakkale (Turquie) dans le Département de Relations Internationales, nihaleminoglu@gmail.com

achieve that, we will examine international norms that include the rights of minorities and will analyze the possibility to extend a national minority protection system to “new minorities”.

**Keywords:** National Minority, Immigrant, Children of Immigrants, Human Rights, Rights of Minorities.

## Özet

“Yeni azınlık” kavramı 2000’li yılların başında, ilk olarak Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) metinlerinde yer almış ve ardından Avrupa Konseyi tarafından geliştirilmiştir. Kavram aynı zamanda, “azınlık” ve “göçmen” olmak üzere iki temel kavramı kapsayıcı niteliktedir. Bu bağlamda “yeni azınlıklar”, aynı zamanda “göçmen geçmişi olan yeni azınlıklar” şeklinde de ifade edilmektedir. Bu kapsamda “yeni azınlıklar”; göçmenler ve onların yeni nesillerini ve hatta mültecileri kapsamaktadır. Bu çerçevede, bu makale, ilk olarak “yeni azınlık” kavramını tanımlayıp kapsamını inceliyor, ardından Uluslararası Hukuk sisteminde Azınlık Haklarının korunmasına ilişkin mevcut düzenlemelerin, özellikle de Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve AGİT normlarının, “yeni azınlıkları” kapsayıcı olup olmadığını ele alıyor.

**Anahtar kelimeler:** Azınlık, Göçmen, Göçmen Çocukları, İnsan Hakları, Azınlık Hakları.

## Introduction

Depuis la conceptualisation du terme « minorité » après la naissance de la notion de l’Etat-nation, la question de la minorité occupe une place significative dans les relations entre Etats. Dans ce contexte, l’on peut parler de trois périodes distinctes quant à la protection des minorités au niveau international.

La première concerne le système établi par la Société des Nations (SDN) après la Première Guerre Mondiale, qui place au premier plan la stabilité du système de l’Etat-nation au détriment de la protection des



minorités. La deuxième intéresse le système construit par l'Organisation des Nations-Unies (ONU) après la Seconde Guerre Mondiale, qui porte sur la protection des individus en tant que tels et non pas uniquement en tant que membres d'un groupe spécifique. C'est la raison pour laquelle, par exemple, la Charte des Nations Unies ne contient pas de dispositions spécifiques pour les minorités, mais s'attache aux droits de l'Homme en général. Et la troisième a trait à l'engagement des Organisations européennes après la chute de l'Union soviétique, notamment le Conseil de l'Europe (COE) et l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE), afin de renforcer le droit européen des minorités.

Il en ressort que durant ces trois périodes la « minorité » change de nature, du moins quant à la perception qu'en ont les constructeurs de normes au niveau international. Dans cette perspective, nous pouvons peut-être avancer l'idée que le concept de « nouvelle minorité », qui se trouve liée à l'immigration et surgit en Europe occidentale dès les années 2000, ouvre une nouvelle période qui s'ajoute à ces trois premières, ou pour le moins qui chevauche avec la troisième.

Dans ce contexte, ce travail traite du concept de « nouvelle minorité » et pour mener à bien son étude, il convient de préciser en premier lieu l'arrière-plan historique de la naissance de ce nouveau concept ; dans un second temps, d'examiner la définition (si elle existe) et le contenu du terme « nouvelle minorité » et enfin d'aborder la question de la protection des droits des « nouvelles minorités » dans le cadre des Organisations internationales ( plus particulièrement l'ONU, COE et l'OSCE) en établissant une comparaison avec les droits des « minorités nationales »

## **1. La naissance du concept de la « nouvelle minorité » :**

### **1.a : Arrière-plan historique de la naissance de la question de « nouvelle minorité » :**

Après la Seconde Guerre mondiale, la plupart des pays d'Europe ont vécu une modification de leur situation démographique. En effet la disparition de nombreux hommes en âge de travailler a engendré une pénurie de main-d'œuvre. Aussi pour reconstruire sa croissance économique, l'Europe nécessitait-elle de la main-d'œuvre, à savoir des travailleurs.

Pour ce faire, l'Europe a commencé à chercher la force de travail immigrée, et ainsi plusieurs pays d'Europe ont signé des accords pour le recrutement des travailleurs. Certains Etats européens ont eu recours à leurs colonies ou ex-colonies. Néanmoins, les pays qui n'en possédaient pas, à l'instar de l'Allemagne, ont signé des accords bilatéraux avec les autres pays. Par conséquent, de nombreux travailleurs immigrés sont arrivés dans les pays d'Europe occidentale dans les années 1960, 1970 et 1980 afin de répondre au besoin de main-d'œuvre et de reconstruire la croissance économique de ces pays. De surcroît, après les années 80, en raison du regroupement familial, le taux des immigrés en Europe a continué à croître. Dès 1995, la population étrangère résidant en Europe (plus particulièrement en Europe occidentale) a augmenté et plus de la moitié de ces étrangers venaient des pays du Tiers monde (les pays n'appartenant pas à l'Union Européenne)<sup>1</sup>

D'ailleurs, les années 80 et 90 constituent un moment clé de l'émergence du phénomène dit des « jeunes issus de l'immigration. », caractérisé par la prise de conscience d'une condition qui ne sera plus calquée sur celle de leurs parents.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Harald Waldrauch/Christophe Hofinger « An index to measure the legal obstacles to the integration of immigrants » *New Community* 23, 1997, p.274

<sup>2</sup> Catherine Wihtol de Wenden, « Les 'jeunes issus de l'immigration', entre intégration culturelle et exclusion sociale », in Philippe Dewitte, *Immigration et Intégration l'état des savoirs*, Paris, Découverte, 1999, p.232

Les descendant(e)s d'immigrés ont longtemps gardé le silence dans un contexte de migration continue, mais avec le temps, lorsqu'ils et elles ont commencé à revendiquer une place légitime dans la société, ils et elles se sont trouvé(e)s confronté(e)s au « moment de vérité »<sup>3</sup> de l'immigration. Ainsi, la société majoritaire a commencé à vivre définitivement avec ceux perçus comme immigrés, ce qui signifie en réalité partager la vie à l'école, au travail, dans les quartiers, dans les loisirs etc.

De fait ces nouvelles données démographiques européennes ont bouleversé le paysage des sociétés européennes ainsi que le constate Walter Kemp, « l'Europe doit désormais faire face au multiculturalisme et au défi de l'intégration de populations d'origines diverses. »<sup>4</sup>

### **1.b : La naissance du concept de « nouvelle minorité » au sein des Organisations européennes.**

En 2005, sous la présidence slovène, certains Etats de l'OSCE ont proposé une forme de gouvernance en matière d'intégration de la diversité. Aussi, à partir de cette date, l'OSCE, essaie-t-elle de définir le concept de « nouvelle minorité » et celui de leurs droits. De cette sorte, il est possible d'énoncer que l'OSCE représente la première organisation internationale à avoir mentionné l'expression « nouvelle minorité » et à proposer l'étude de ce nouveau concept.

En 2004, la Déclaration d'Edimbourg parle de « nouvelles minorités » en raison des migrations dans les pays de l'OSCE, en atteste le paragraphe 60 de cette dernière « Reconnaissant qu'en plus des minorités nationales 'traditionnelles' il existe d'importantes 'nouvelles' minorités dans plusieurs Etats participants de l'OSCE par suite des migrations intervenues au cours des dernières décennies. »

Partant de ce constat de l'existence d'une « nouvelle minorité » l'Assemblée Parlementaire (AP) de l'OSCE demande au Haut-Commis-

<sup>3</sup> *ibidem*

<sup>4</sup> Walter Kemp « La Réponse institutionnelle européenne aux questions soulevées par les Minorités », *Annuaire Français de Relations Internationales (AFRI)*, vol.8, 2007, p. 226

sariat pour les minorités nationales (HCNM) « une étude comparative sur les politiques d'intégration des démocraties consolidées et analyser leurs effets sur la position des nouvelles minorités » (paragraphe 70 de la Déclaration)

Pour répondre à la demande de l'Assemblée Parlementaire, *Migration Policy Group* a préparé un rapport sur les politiques d'intégration des *démocraties établies*.<sup>5</sup>

Cependant ce rapport n'établit pas de définition de la locution « nouvelle minorité », dans sa formulation le texte attribue à la « nouvelle minorité » la signification de « groupes minoritaires établis dans le pays dont la présence est le résultat d'une immigration plus récente. »

Outre l'OSCE, le COE s'est également penché sur la question de la « nouvelle minorité » dans sa recommandation sur le droit des minorités nationales et a inscrit les populations immigrées dans la catégorie des minorités : « L'Assemblée reconnaît que les populations immigrées dont les membres sont citoyens de l'Etat où elles sont implantées constituent des catégories particulières de minorités »<sup>6</sup> ; il recommande également qu'elles se voient appliquer un instrument spécifique du Conseil de l'Europe.

La caractéristique de ce nouveau groupe, au sein de l'OSCE et du COE repose sur deux notions. La première réside dans l'idée de « minorité », la seconde dans celle d'« immigration ». Autrement dit, ce nouveau concept définit cette catégorie comme la « nouvelle minorité à l'issue de l'immigration ».

## **2. La question de l'identification de ce nouveau groupe ; appelé les « nouvelles minorités » :**

Si les Organisations européennes font référence à la définition de « nouvelle minorité » pour qualifier « les descendants d'immigrés »

<sup>5</sup> Les pays analysés dans le rapport de MPG concernent le Canada, le Danemark, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Suède et l'Angleterre.

<sup>6</sup> Recommandation 492 (2001), voir aussi Doc. 8920(2001)

il convient dès lors de clarifier les notions d' « immigré » et de « minorité » pour déterminer dans quelle mesure elles peuvent s'appliquer à ces enfants d'immigrés.

## **2.a : A quel(s) point(s) peuvent-ils être considérés comme des « immigrés » ?**

Le mot « immigré » vient du latin *im-migrare*. Le préfixe *im* signifie « dans » et *migrare* « aller ailleurs, se déplacer ». Le mot pris dans son entier correspond donc au fait de « passer/s'introduire dans ». <sup>7</sup> Dans ce contexte, l' « immigré » est celui *qui est arrivé dans un pays en provenance d'un autre*.

Quand on parle de « jeunes issus de l'immigration » que l'on désigne également sous l'appellation « les enfants d'immigrés » ou « les descendants d'immigrés » il importe de prendre en considération le fait qu'ils possèdent des caractéristiques différentes de celles de leurs parents. En effet, ils ne sont pas des immigrés, à l'inverse de leurs parents, dans le pays dans lequel ils résident puisque le « pays d'accueil » de leur parents est leur « pays de naissance ». C'est la raison pour laquelle nous ne pouvons pas les qualifier d' « immigrés » mais uniquement les considérer en tant que groupes « issus de l'immigration » même si, cette appellation également les renvoie à un statut social défini à partir de l' « allogénéité. »

De plus, la nature des populations immigrées (leurs conditions d'entrée dans le pays, leurs statuts juridiques, leurs cultures et leurs modes de vie ...) s'avère très diversifiée. Autrement dit, le terme d' « immigré » n'est pas utilisé de manière homogène et cohérente, il est même complètement hétérogène. C'est la raison pour laquelle il semble difficile de créer des normes et/ou un concept commun quant à la locution « les groupes issus de l'immigration ».

---

<sup>7</sup> Joel Andriantsimbazovina/Hélène Gaudin/Jean-Pierre Marguenaud, *et alii*, *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008, p.500

## 2.b : A quel(s) point(s) peut-on les considérer comme des « minorités » ?

Quant à la définition du terme « minorité » en sociologie, qui définit le groupe minoritaire comme, « un groupe d'individus, avec une conscience identitaire, numériquement faible par rapport à la majorité également dotée d'une conscience identitaire (se considérant aussi en position de dominée) et possédant des caractéristiques identitaires objectives différentes de celles de la majorité.»<sup>8</sup>, il est vrai que les descendants d'immigrés peuvent être considérés comme des « minorités ». Alors même que la sociologie en parle comme l'un des types de « minorité », il s'avère néanmoins que sur le plan politique les appeler « minorité » entraîne leur exclusion de la société.

De surcroît, s'il n'existe pas de définition légale générique du terme « minorité » il n'existe pas non plus de base légale pour scinder les minorités en deux catégories, les « minorités traditionnelles (historiques) » et les « nouvelles minorités »<sup>9</sup>

Dans ce contexte, nous pouvons dire que la « nouvelle minorité » consiste en une minorité, mais une minorité d'origine différente (celle de l'immigration). Toutefois, leurs descendants procèdent encore d'une autre d'origine (celle de l'immigré), car ils n'ont, dans leur ensemble, jamais immigré dans le pays d'accueil dans la mesure où ils y sont nés. Aussi, lorsque l'on parle des descendants des immigrés, il faut les désigner sous l'appellation de « minorité d'origine immigrée » et non pas sous celle de « minorité issue de l'immigration » (comme l'on définit leurs parents). Par ailleurs, les nouvelles minorités forment des groupes « exclus » de la majorité en raison de plusieurs facteurs. C'est pourquoi, même s'ils se disent « prêts » à s'intégrer à la société d'accueil (et ils s'avèrent beaucoup plus proches de l'intégration à la société que leurs parents), les nouvelles

<sup>8</sup> Samim Akgonul, « La naissance du concept de minorité en Europe », in Messner Francis/ Jean-Pierre Bastian, *Minorité religieuse dans l'espace européen, approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007, p.38

<sup>9</sup> Asbjorn Eide, « The Rights of 'New' Minorities: Scope and Restrictions » in Kristin Henrard, *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2010, p. 179

minorités, en raison des politiques qui marquent la différenciation de ces groupes (dont résulte le sentiment d'altérité nous/eux) construisent une autre appartenance (*belonging*) qui la différencie du reste de la population.

En outre, ces différents termes renvoient en effet à des catégories socialement et historiquement construites mais interprétées politiquement de manière différente par les acteurs politiques (par les Etats), c'est la raison pour laquelle, « elles font l'objet de définitions et de redéfinitions, souvent de débats »<sup>10</sup>

### **3. Est-il possible de traiter des « nouvelles minorités » dans le cadre des droits des minorités ?**

Pour répondre à cette question, nous allons nous référer aux textes primordiaux de l'ONU, du COE et de l'OSCE. A cet égard, l'importance de l'approche de l'ONU tient à ce qu'elle indique une perspective universelle concernant la protection des minorités alors que pour l'OSCE et du COE il s'agit d'exprimer une perspective européenne relative à cette même protection.

#### **3.a : Interprétation des textes primordiaux de l'ONU sur le concept de « nouvelle minorité »**

D'après la définition proposée en 1977 par Francesco Capotorti, alors Rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, une minorité désigne « Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non dominante, dont les membres – ressortissants de l'Etat – possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue»

<sup>10</sup> Hélène Bertheleu, « Réfugié, immigré, minorité : des mots pour penser les relations interethniques », *France, Terre, d'Asie*, H&M, n°1234, novembre-décembre, 2001, p.23

Dans cette formulation les termes « ...dont les membres – ressortissants de l'Etat... », semblent indiquer que la définition exclut les étrangers et les apatrides qui résident légalement dans un pays conformément à l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politique (PIDCP) en raison du critère de la citoyenneté.

Par ailleurs, l'ONU souligne qu' « il a été estimé que la disposition ne serait destinée qu'aux groupes séparés ou distincts qui tous deux sont clairement définis et depuis longtemps établis *sur le territoire d'un état* ». <sup>11</sup> Dans cette perspective, ces limitations excluent la protection de *lege lata* des nouvelles minorités dans le cadre de l'article 27 <sup>12</sup>

### **- Interprétation de l'article 27 de PIDCP :**

Depuis la naissance du nouvel ordre mondial, le premier traité international de portée universelle à faire référence à la protection des personnes appartenant à des minorités est le PIDCP de 1966. Dans son article 27, le Pacte précise que : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vue culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue »

Comme nous pouvons le constater, l'article 27 ne fait pas référence aux « citoyens » aussi parle-t-il de droits « humains » plutôt que de droits des « citoyens ». <sup>13</sup>

<sup>11</sup> UN Doc. A/2929, 1955, parag.184 « Il y eut quelques discussions sur le sens du terme «minorités». Il était convenu que l'article ne concernerait que les groupes séparés ou distincts, bien définis et établis depuis longtemps sur le territoire d'un Etat. Cela semblait être le sens de la clause introductive «Dans ces Etats où existent des minorités ethniques, religieuses or linguistiques ». Pour certains le projet de pacte traiterait des « minorités nationales < ; pour d'autres, « groupes ethniques ou linguistiques < ; suivant une troisième proposition, « minorités nationales, ethniques, religieuses or linguistiques ». L'expression, « minorités ethniques, religieuses ou linguistiques < fut adoptée »

<sup>12</sup> Rudiger Wolfrum, « The Emergence of 'New Minorities' as a result of migration » , in C. Brolmann/ R. Lefeber, *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p.161

<sup>13</sup> Cette interprétation est faite par le Groupe de travail du Comité des Droits de



Il faut aussi noter que, le groupe de travail du Comité des Droits de l'Homme de l'ONU indique pour sa part dans son commentaire sur l'article 27 que, « sur la base des termes de la disposition, la nature d'une communauté d'après l'article 27 ne doit pas nécessairement dépendre d'une obligation formelle de citoyenneté de ses membres envers le pays-hôte mais davantage de la démonstration de caractéristiques stables de la part d'un groupe qui est différencié du reste de la population »<sup>14</sup> En outre, l'Article 26 du Pacte précise également le terme « sans distinction » (à savoir citoyen et non citoyen), que, « Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi... »

Néanmoins, à l'inverse de l'article 27, l'article 25 du Pacte précise que, « *Tout citoyen a le droit et la possibilité, sans aucune des discriminations... (a) de prendre part à la direction des affaires publiques, (b) de voter et d'être élu au cours des élections... (c) d'accéder dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.* »

Par conséquent le Pacte établit une distinction entre les citoyens et les non-citoyens, en utilisant les termes « tout citoyen » ou « toutes les personnes », dans l'application de certains droits mentionnés dans le Pacte.

D'ailleurs, pour certains, « préserver leur particularité » (ce dont fait mention l'article 27 au sujet des minorités) ne correspond pas aux intentions des immigrés. Pourtant, le brassage de ces derniers avec le reste de la population peut revêtir un intérêt majeur.<sup>15</sup> Nonobstant, il ne peut pas être totalement exclu que dans de telles conditions les groupes d'immigrants puissent profiter de cette disposition s'ils peuvent démontrer qu'ils ont préservé leur identité pendant une certaine période de temps.

---

l'Homme, lors de la préparation des commentaires généraux sur l'article 27. (UN Doc. CCPR/C/23/CRP.1, 1984 et UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31)

<sup>14</sup> Rudiger Wolfrum, p.162

<sup>15</sup> *ibidem*

## **-La position de la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU sur les « nouvelles minorités» :**

La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU a déclaré en 1994, dans sa recommandation générale, ne pas exiger la citoyenneté comme une condition nécessaire pour évaluer la détermination du statut des minorités et de la protection minoritaire.<sup>16</sup>

De plus, le Commission inclut officiellement les étrangers et les travailleurs immigrés dans la définition du mot « minorité » : *« L'Article 27 confère des droits aux personnes appartenant aux minorités qui "existent" dans un Etat partie. Etant donné la nature et le scope des droits prévus dans cet article, il ne semble pas pertinent de déterminer le degré de permanence connoté au mot « existent ». Il s'agit seulement de ces droits de jouissance de leur propre culture, de pratique de leurs religions et de pratique de leurs langues qui ne devraient pas être refusés aux personnes appartenant à ces minorités te à l'ensemble des membres de leurs groupes. De la même façon qu'elles n'ont pas besoin d'être des ressortissants ou des citoyens, elles n'ont pas besoin d'être des résidents permanents. Ainsi, les travailleurs migrants ou même les personnes de passage dans un Etat partie constituant de ces minorités ne peuvent être empêchées d'exercer ces droits. Comme tout ressortissant sur le territoire d'un Etat partie, ils voudraient, dans ce même objectif, bénéficier des droits généraux, tels que la liberté d'association, de réunion, et d'expression. L'existence d'une minorité ethnique, religieuse ou linguistique dans un Etat partie ne doit pas dépendre d'une décision de cet Etat partie mais demande à être établie selon un critère objectif. »*

<sup>16</sup> « Les termes employés dans l'article 27 indiquent que les personnes appelées à être protégées sont celle qui appartiennent à un groupe et qui partagent en commun une culture une religion et/ou une langue. Ces termes indiquent également que les individus appelés à être protégés n'ont pas besoin d'être citoyens d'un Etat partie. A cet égard, les obligations relevant de l'article 2.1 sont également importantes étant donné qu'un Etat partie est tenu conformément à cet article de garantir que les droits de protection conformément à la Convention sont applicables à tous les individus à l'intérieur de son territoire et sous sa juridiction, à l'exception des droits qui sont expressément destinés à s'appliquer aux citoyens, par exemple les droits politiques conformément à l'article 25. Par conséquent, un Etat partie ne peut pas seul restreindre les droits de ses citoyens conformément à l'article 27.»

Cette position se démarque de la conception traditionnelle ayant cours dans le droit international public selon laquelle la citoyenneté serait une condition à remplir pour être considéré comme membre d'une minorité, étant donné que le droit international public offre déjà une protection particulière aux étrangers, à travers le droit des étrangers.

Cette approche large et la faiblesse des droits garantis par l'ONU facilitent l'inclusion d'un maximum de groupes sous la protection de l'article 27.

### **3.b : Interprétation des textes primordiaux du COE sur le concept de « nouvelle minorité »**

Au sein du COE, il existe deux textes essentiels relatifs aux nouvelles minorités : La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires et la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales.

#### **- L'interprétation de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (1992) relative aux « nouvelles minorités » :**

Même si la Charte n'établit pas une liste des langues européennes correspondant au concept de langues régionales ou minoritaires, elle mentionne les langues « minoritaires » à la fois dans son titre et dans ses articles exécutoires. Au sens de la Charte, l'expression « langues régionales ou minoritaires » désigne, (dans son article 1) des langues « pratiquées traditionnellement sur le territoire d'un Etat par des ressortissants de cet Etat qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'Etat » et, « différentes de la (des) langue(s) officielle(s) de cet Etat »

Par ailleurs, l'article souligne que cette définition n'inclut ni les dialectes de la (des) langue(s) officielle(s) de l'Etat ni les langues des migrants. C'est-à-dire, la définition des langues régionales ou minoritaires ne s'applique pas aux dialectes dérivés des langues officielles de l'Etat ou

aux langues parlées par les migrants, « même si la portée de la charte peut être étendue aussi aux langues officielles moins répandues en vertu de l'article 3 »<sup>17</sup>

### **- L'interprétation de la Convention-cadre de 1994 concernant les « nouvelles minorités » :**

La Convention-cadre ne comporte pas de définition de la « minorité (nationale) ». La formulation de « ... les personnes appartenant à des minorités nationales ... » donne aux Etats la possibilité de décider du choix du (s) groupe(s) pouvant (voulant) faire partie de cette Convention.

Les dispositions contenues dans la Convention-cadre sur les droits culturels et politiques sont formulées en termes généraux, aussi cette formulation laisse-t-elle aux Etats « une substantielle marge d'appréciation »

D'ailleurs, seuls trois articles de la Convention-cadre conditionnent leurs droits aux liens « traditionnels » : l'article 10.2 (l'usage de la langue minoritaire dans l'administration publique), l'article 11.3 (les indications topographiques destinées au public) et l'article 14.2 (l'éducation dans la langue maternelle). Tous les autres prévus dans la Convention sont relatifs à tous les individus qui peuvent se trouver dans une situation de minorité, il en va ainsi des anciennes comme des nouvelles minorités, les groupes officiellement reconnus en tant que minorités nationales et ceux qui ne le sont pas, toute personne qui possède ou non la citoyenneté du pays dans lequel elle vit.

Dans ce contexte, Le Comité consultatif du COE de la Convention-cadre reconnaissait qu'en l'absence d'une définition dans la Convention, les gouvernements possèdent une marge de discrétion pour choisir quelles minorités ils veulent protéger quand ils ratifient la Convention, cependant la marge de discrétion n'est pas illimitée.

---

<sup>17</sup> Gaetano Pentassuglia, *Minorité en droit international*, Strasbourg, COE, 2004, p.139

Partant de là, le Comité a décidé de combiner une approche pragmatique du champ d'application avec quelques principes fondamentaux. Ainsi le Comité a déclaré que les Etats possédaient une certaine marge d'appréciation pour décider de la composition des « groupes minoritaires ». Il leur faudra cependant œuvrer conformément aux principes généraux du droit international et aux principes fondamentaux prévus dans l'article 3. La mise en pratique de la Convention ne devrait pas donner lieu à de l'arbitraire et aux différenciations injustifiées. Et le Comité considère que c'est une partie de sa tâche que d'examiner le champ d'application personnel donné à la mise en œuvre de la Convention aux fins de vérifier qu'il n'y ait pas d'arbitraire et que des distinctions injustifiées n'ont pas été opérées.<sup>18</sup>

### **3.c : Interprétation le mandat du Haut-Commissaire de l'OSCE sur le concept de « nouvelle minorité »**

Le mandat du HCMN se focalise sur la détection précoce et la prévention des tensions qui pourraient dégénérer en situations risquant de mettre à mal la paix et la stabilité dans la région de l'OSCE et les relations entre les pays membres.

Le HCMN a été conçu comme un outil de prévention des conflits et comme un lanceur d'alerte et non comme un instrument de protection des droits humains et des minorités qui serait rattaché à la « dimension humaine » de l'OSCE. La résurgence de la question des « nouvelles minorités » pose celle de savoir si le HCMN se doit également de l'aborder.

A cet égard, la première réponse donnée par le HCMN fut d'aborder la question des nouvelles minorités sous l'angle du racisme, de l'antisémitisme et de l'intolérance. Néanmoins, la deuxième position prise par le HCMN (qui est aussi sa position actuelle sur les nouvelles

---

<sup>18</sup> Dans ce contexte, par exemple, suite à la déclaration de l'Allemagne sur la Convention qui considère que les membres de minorités nationales doivent être citoyens de l'Etat pour le traitement au sein de la Convention, le Comité Consultatif, dans son premier avis, exhorte d'inclure les groupes qui résident en Allemagne et qui ne sont pas citoyens au sein de la Convention. (voir, son avis, ACFC/INF /OP/I (2002)008, parag.17

minorités) et mentionnée par l'ancien Haut Commissaire Rolf Ekéus, dans son discours lors de la 13<sup>ème</sup> Réunion du Forum économique en mai 2005, s'exprimait en ces termes : « Mon expérience est que ces tensions qui peuvent conduire à des conflits surgissent le plus souvent dans les situations impliquant les minorités établies. *Le rôle de mon mandat est de prévenir les conflits et, je crois en choisissant mes priorités, de veiller aux zones où les risques sont les plus grands.* »<sup>19</sup>

Le HCMN a déclaré ultérieurement que les tensions concernant les nouvelles minorités ne relevaient de son mandat que si elles présentaient un risque de dégénérer en conflit. On peut donc, en conclure que les questions relatives aux nouvelles minorités ne font pas directement partie du mandat du HCMN.<sup>20</sup>

Par conséquent, les nouvelles minorités peuvent bénéficier principalement d'une définition juridique générale des minorités englobant les anciennes et nouvelles minorités. Mais, cette nouvelle définition sert de base à l'extension du champ d'application des instruments internationaux concernant les minorités. Cela signifierait en étendant les droits des minorités, même s'il ne s'agit pas nécessairement de tous les droits, d'étendre l'ensemble des droits relatifs à l'identité et à la diversité des immigrants aux groupes *issus* de l'immigration en particulier. Cette extension devrait combler la lacune actuelle présente dans la plupart des instruments internationaux relatifs aux droits à l'identité et à la diversité des migrants. Mais la protection de l'identité des minorités, et en particulier des nouvelles, constitue l'une des bases d'un processus réussi d'intégration dans lequel les groupes minoritaires peuvent développer un sentiment véritable de loyauté et d'appartenance commune au reste de la population sans être

<sup>19</sup> Voir le discours sur, <http://www.osce.org/hcnm/12729?download=true> (consulté le 20 mai 2014)

<sup>20</sup> Il convient de noter ici que, l'OSCE est une organisation basée sur l'approche sécuritaire ce qui signifie que l'organisation ne traite de la question des minorités que dans la mesure où le problème minoritaire menace la sécurité et la stabilité d'un Etat. C'est pourquoi, le HCMN aborde la notion de « nouvelle minorité » sous condition que les immigrés et leurs descendants ne favorisent pas la résurgence d'un conflit sécuritaire)

menacés de devoir forcément s'assimiler à la société dominante, ce qui pourrait engendrer de la résistance et de la marginalisation.<sup>21</sup>

## Conclusion

Concernant le concept de « nouvelle minorité », il nous semble inapproprié de désigner les descendants d'immigrés en tant que « minorité » du moins juridiquement et politiquement parlant. Certes, il ne fait pas de doute qu'il existe des points communs entre les descendants d'immigrés et les minorités nationales. Ainsi, ces deux catégories sont confrontées à de nombreux problèmes dans la société. Toutes deux sont susceptibles d'être concernées par l'exclusion politique, économique et sociale et mais aussi peuvent être animées par un désir de préservation de leur propre culture. Par ailleurs, les termes « immigrés » et « minorité » partagent la même imprécision quant à leur définition ce qui brouille les domaines respectifs de la recherche et de l'élaboration d'une politique et des liens entre les deux.

De surcroît, il paraît difficile de catégoriser des groupes dont les caractéristiques culturelles, sociales ou encore les traditions spécifiques s'avèrent hétérogènes à l'intérieur d'un même Etat mais encore varient également d'un Etat à l'autre. Dans cette perspective, comme le dit Asbjorn Eide, « pas plus la *lege lata* que la *lege ferenda* ne sont défendables pour permettre une distinction générale entre les anciennes et nouvelles minorités en ce qui concerne la détention des droits des minorités »<sup>22</sup>.

Concernant la question de la protection, il faut d'abord souligner que, comme l'écrit Asbjorn Eide, « la définition précise de la minorité n'est pas nécessaire pour sa protection efficace »<sup>23</sup> Aussi, plutôt que de s'évertuer à vouloir donner une définition commune des « minorités », ne vaudrait-il pas mieux évaluer les droits dont pourrait bénéficier tel

<sup>21</sup> Roberta Medda-Windischer, p. 201

<sup>22</sup> Asbjorn Eide, "The rights of 'new' minorities: scope and restrictions," p.166

<sup>23</sup> Asbjorn Eide, *Preliminary report on the protection of minorities*, UN. Sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/4 (1991), p.2

type de minorité dans certaines conditions spécifiques. « Il faut pourtant se rendre compte que chaque minorité a ses problèmes particuliers : c'est la raison pour laquelle il n'y a pas de méthode et de moyens uniformes et standards susceptibles de résoudre la question des minorités. La solution des problèmes relatifs aux minorités ne passe donc pas aujourd'hui par des modèles uniques qui seraient directement 'exportables' d'un Etat à un autre.»<sup>24</sup> C'est pourquoi la question des minorités ne viserait pas à établir des règles uniformes dans tous les domaines de la vie publique et règles valables dans tous les cas. La nature et le champ d'application des dispositions pour faire accorder les revendications des minorités et leur protection se feront nécessairement au cas par cas et ne peuvent pas être réglées *a priori* et à un niveau théorique comme des « spéculations de fauteuil »<sup>25</sup> autrement il faut une approche pragmatique.

Comme le dit l'ex-Haut commissaire de l'OSCE, Rolf Ekéus, « Que nous parlions de « minorités « nationales » ou de « nouvelles minorités le problème demeure identique. Aussi, la question principale qui devrait être posée est celle du choix des politiques à adopter en vue de gérer la diversité au sein de la société pour promouvoir la stabilité et la prospérité et réduire le risque de tensions et d'agitation sociale.»<sup>26</sup>

En conséquence, il ne s'agit pas en fait d'une question de « nouvelle minorité » en Europe mais bien plutôt de la question de repenser les « droits des minorités » en « nouvelle Europe ». Cela signifie qu'il serait temps de parler d'une « nouvelle dimension » de la protection des minorités dans une « nouvelle Europe » en pleine mutation où la présence des immigrés, des réfugiés, de leurs descendants est aussi anodine que celle des minorités traditionnelles

---

<sup>24</sup> Jann Klucka, « Etude comparative des ordres juridiques internes des pays membres du COE en matière de protection des minorités nationales » p.190

<sup>25</sup> Roberta Medda-Windischer, *Old and new minorities: reconciling diversity and cohesion*, 2009

<sup>26</sup> Son discours lors de la 15<sup>th</sup> session annuelle de l'Assemblée Parlementaire de l'OSCE



## Bibliographie

- AKGONUL Samim, « La naissance du concept de minorité en Europe », in FRANCIS Messner /BASTIAN Jean-Pierre, *Minorité religieuse dans l'espace européen, approches sociologiques et juridiques*, Paris, PUF, 2007
- ANDRIANTSIMBAZOVINA Joel/GAUDIN Hélène/MARGUENAUD Jean-Pierre, *et alii Dictionnaire des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2008
- BERTHELEU Hélène, « Réfugié, immigré, minorité : des mots pour penser les relations interethniques », *France, Terre, d'Asie*, H&M, n°1234, novembre-décembre, 2001
- EIDE Asbjorn, « The Rights of 'New' Minorities: Scope and Restrictions » in HENRARD Kristin, *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2010
- EIDE Asbjorn, Preliminary report on the protection of minorities, UN. Sub-commission on prevention of discrimination and protection of minorities, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/4, 1991
- MEDDA-WINDISCHER Roberta, « Changing Paradigms in the Traditional Dichotomy of Old and New Minorities » in HENRARD Kristin, *Double Standards Pertaining to Minority Protection*, Netherland, Koninklijke Brill NV, 2010
- PENTASSUGLIA Gaetano, *Minorité en droit international*, Strasbourg, COE, 2004
- WALDRAUCH Harald/ HOFINGER Christophe « An index to measure the legal obstacles to the integration of immigrants », *New Community* 23, 1997
- WALTER Kemp, « La Réponse institutionnelle européenne aux questions soulevées par les Minorités », *Annuaire Français de Relations Internationales (AFRI)*, vol.8, 2007, p. 226

WIHTOL DE WENDEN Catherine, « Les 'jeunes issus de l'immigration', entre intégration culturelle et exclusion sociale », in DEWITTE Philippe, *Immigration et Intégration l'état des savoirs*, Paris, Découverte, 1999

WOLFRUM Rudiger, « The Emergence of 'New Minorities' as a result of migration », in BROLMANN C/LEFEBER R, *Peoples and Minorities in International Law*, Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993

# **Roadmap on Advocacy Strategy to Prosecute Chiquita's Atrocity Crimes**

*Chiquita Şirketince İşlenen İnsanlığa Karşı Suçların Soruşturmasında  
İzlenebilecek Stratejiye İlişkin Yol Haritası*

**Yasir Gökçe\* & Juan P. Calderon-Meza\*\***

## **Abstract**

This policy paper draws up a roadmap to conduct strategic advocacy aiming to engage partners from the academic and public interest field, as well as the International Criminal Court (ICC) to investigate, prosecute and eventually convict corporate executives of Chiquita Brands International who indirectly perpetrated crimes against humanity in Colombia and remain at large. We conclude that the Prosecutor of the ICC should open an investigation on the foreign corporate executives who indirectly perpetrated crimes and fueled the conflict in Colombia but cannot genuinely be tried by the domestic transitional justice currently under implementation and negotiation in Colombia. Our idea is to include corporate executives in the concept of most responsible perpetrators of atrocity crimes, thereby empowering victims to pursue justice not only against direct perpetrators but especially against those who knowingly sponsored and represented a necessary condition of the crimes.

---

\* Former Diplomat in the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Turkey; MPA (J. F. Kennedy School of Government at Harvard Univ.), L.L.M. (Ankara Univ.), L.L.B.(Bilkent Univ.). ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5329-4178>. The author may be contacted at: [gokceyasir@gmail.com](mailto:gokceyasir@gmail.com) / [yasir\\_gokce@hks16.harvard.edu](mailto:yasir_gokce@hks16.harvard.edu).

\*\* Harvard Law School Visiting Fellow and a Colombian attorney on human rights advocacy and litigation; L.L.M. (Northwestern Univ.)

**Keywords:** International Criminal Court, Chiquita Brands International, Crimes Against Humanity, Colombia, Transitional Justice, Roadmap.

## Özet

Bu politika metni, Kolombiya’da insanlığa karşı dolaylı olarak suç işlemiş olan Chiquita Brands International şirketi yöneticilerinin yargılanması ve sonunda cezaya mahkum edilmesine yönelik stratejik bir savunma içeren ve akademik camiayı, sivil toplum gruplarını ve Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni de kapsayan bir yol haritası çizmektedir. Makalemizde sözkonusu şirket yöneticilerinin Kolombiya’da insanlığa karşı dolaylı da olsa suç işledikleri ve çatışmayı derinleştirdikleri tespiti yapılmış, ancak şirketin henüz uygulama safhasında olan ve müzakereleri devam eden geçiş dönemi yerel adalet mekanizmaları önünde gerçek anlamda sorumlu tutulmasının pek mümkün görülmediği vurgulanmış, bu cihetle bahsekonu soruşturmanın Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı tarafından açılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Burada temel önermemiz, insanlığa karşı işlenen suçların doğrudan faillerine ilaveten, bilerek bu suçların işlenmesini finanse eden ve gerekli şartları hazırlayan dolaylı faillerinin de sorumlu tutulması gerektiğidir.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Ceza Mahkemesi, Chiquita Şirketi, İnsanlığa Karşı Suçlar, Kolombiya, Geçiş Dönemi Adaleti, Yol Haritası.

## I. Introduction

This policy paper draws up a roadmap to conduct strategic advocacy aiming to engage partners from the academic and public interest field, as well as the International Criminal Court (“ICC” or the “Court”) to investigate, prosecute and eventually convict corporate executives of Chiquita Brands International (“Chiquita”) who indirectly perpetrated crimes against humanity in Colombia and remain at large. We first describe the background of the case and later present different courses of

action that could be taken in this strategic plan. We explain why a formal investigation should be opened by the Office of the Prosecutor (“OTP”) of the ICC exclusively regarding foreign corporate executives. We conclude that the OTP should open an investigation on the foreign corporate executives who indirectly perpetrated crimes and fueled the conflict in Colombia but cannot genuinely be tried by the domestic transitional justice currently under implementation and negotiation in Colombia.

We want to give people, specifically, Colombian victims, hope in the ICC to pursue justice through strategies not contemplated before. As a project built on strategic constructivism, we believe in the power of this idea – corporate executives who promoted atrocity crimes must also be accountable. We learned that “constructivism emphasizes how ideas and identities are created, how they evolve, and how they shape the way states understand and respond to their situation.”<sup>1</sup> Our idea is to include corporate executives in the concept of most responsible perpetrators of atrocity crimes, thereby empowering victims to pursue justice not only against direct perpetrators but especially against those who knowingly sponsored and represented a necessary condition of the crimes.

We acknowledge and describe, however, the challenges that reality may bring. We understand the importance of having a strong case to move this strategy forward. That is why we have further analyzed the admissibility of a case against the Chiquita executives at the ICC despite the current investigations and models of transitional justices developed in Colombia. Despite the fact that we have a strong case, reality tells us that business actors have real power that might affect the emerging power of our idea. We anyways believe that the process to make Chiquita executives accountable is more important than the outcome.

## II. Statement of Facts

U.S. executives from Chiquita, a transnational fruit company, gave substantial assistance to *Autodefensas Unidas de Colombia* (“AUC”) to pacify the Colombian banana region by targeting and killing union lead-

<sup>1</sup> Stephen Walt, *International Relations: One World, Many Theories*, p. 7.

ers, indigenous competitors of the banana industry and people who were supposedly sympathetic with the guerrillas.

The AUC was a violent paramilitary organization which committed mass killings from 1997 to 2006 in the banana-growing regions. Over 3,700 murders and 60,000 forced displacements were perpetrated by the AUC between 1997 and 2004. Former AUC members continue operating in the region under the name *Urabeños*.<sup>2</sup>

Chiquita executives met with AUC leaders to discuss joint action against their opponents in the banana-growing region. They agreed that Chiquita would pay the AUC to provide “security” in the areas where the company operated.<sup>3</sup>

Chiquita made payments to the AUC from 1997 to 2004 and also used their exclusive port in the Caribbean to import illegal weapons. In exchange, the AUC pacified the banana-growing region by killing guerrillas, union leaders and other civilians. From September 10, 2001, through February 4, 2004, Chiquita made at least fifty payments to the AUC totaling over \$825,000.<sup>4</sup>

Senior Chiquita U.S.-based executives approved these payments. They knew that the AUC was a paramilitary organization engaged in crimes against humanity. “When I joined the board, I knew the company was making payments to paramilitary groups in Colombia,” said Morten Arntzen, member of Chiquita’s audit committee.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> They previously operated through the Peasant Self-Defense Group of Córdoba and Urabá (“ACCU”) since 1994. See Terrorist Organization Profile: Self-Defense Groups of Córdoba and Urabá (ACCU), available at [http://www.start.umd.edu/tops/terrorist\\_organization\\_profile.asp?id=109](http://www.start.umd.edu/tops/terrorist_organization_profile.asp?id=109). See also INDEPAZ, *Cartografía del Conflicto: Narcoparamilitares y Guerrilla*, in PUNTO DE ENCUENTRO (March 2012) at 60 available at <http://ediciones.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/03/No.58-Punto-De-Encuentro.pdf>.

<sup>3</sup> U.S. Department of Justice, Plea Agreement (March 13, 2007) available at [http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/20070313\\_sentencing\\_memo.pdf](http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/20070313_sentencing_memo.pdf)

<sup>4</sup> *Id.*

<sup>5</sup> Laurie Cohen, *Ex-Chiquita Director Faces Legal Jeopardy in Wall Street Journal* (August 2, 2007) available at <http://online.wsj.com/articles/SB118601669056785578>. See also U.S. Department of Justice, Plea Agreement, *supra* note 3.

On March 13, 2007, the United States filed criminal information against Chiquita, as a juridical person, in the U.S. District Court for the District of Columbia. On March 19, 2007, Chiquita pleaded guilty to one count of Engaging in Transactions with a Specially-Designated Global Terrorist.<sup>6</sup> A \$25 million fine was imposed on Chiquita by the U.S. District Court. Chiquita reported both its 2001-2004 “security” payments and the imposed fine in its 2006 annual report to the SEC, showing that it considered the fact material to its U.S. investors:

*“In March 2007, Chiquita reached an agreement with the DOJ relating to the investigation. Under terms of the agreement, Chiquita will pay a fine of \$25 million over five years and pleaded guilty to one count of violating a U.S. law in connection with payments made from 2001 to 2004 by its former subsidiary to entities affiliated with ‘Autodefensas Unidas de Colombia,’ which had been designated as a foreign terrorist organization. In anticipation of this settlement, the company recorded a reserve for \$25 million in its financial statements for the quarter and year ended Dec. 31, 2006.”*<sup>7</sup>

While Colombia sought extradition of the U.S. Chiquita corporate executives, the U.S. has already denied such a request and they will not likely be extradited if requested again. The statute of limitations of the crime under which the executives were sought in extradition is the conduct of financing terrorism, but the criminal action to indict the executives under this crime will be barred in February 2016.<sup>8</sup> Additionally, some of the key witnesses have been murdered.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> See U.S. Department of Justice, Plea Agreement, *supra* note 3.

<sup>7</sup> CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL, INC. 2006 ANNUAL REPORT at 25, available at <http://investors.chiquita.com/phoenix.zhtml?c=119836&p=irol-reportsannual> (last visited: Nov. 11, 2014).

<sup>8</sup> This crime has a statute of limitations of twelve years and it starts lapsing with the last action of the *actus reus*. See Penal Code, L. 599 of 2000 July 24, 2000, D.O. 44097 (Colom.), arts. 340, 84 and Case No. 22813 (Supreme Court, Penal Chamber, March 30, 2006) (Colom.). “From 1995 until at least February 2004, Chiquita provided material support to the AUC in Urabá and Santa Marta.” Complaint, para. 83.

<sup>9</sup> See, e.g., Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo and Corporación Jurídica Libertad, *Crímenes de Chiquita Brands siguen impunes en Colombia* (Jun. 22, 2015), available

While the U.S. Chiquita executives' conduct is not analyzed in the OTP reports, a preliminary examination has been conducted on Colombia and Colombian nationals since June 2004, regarding crimes against humanity perpetrated from August 2002 and war crimes from November 2009.<sup>10</sup> In September 2015, the OTP issued a statement in response to the announcement that, as part of ongoing peace talks, a domestic special jurisdiction would be established. The OTP is now "engaging in extensive consultations with the Government of Colombia and other stakeholders."<sup>11</sup>

### III. Strategic Constructivist Approach

#### A. The Idea

Just as thug warlords, Chiquita corporate executives have escaped from domestic justice. While domestic courts could hear victims, Chiquita executives seem to be immune to justice just for being U.S. nationals perpetrating atrocity crimes in the Global South. Courts in both hemispheres could theoretically hold jurisdiction over such cases. Yet, while courts in Colombia are unable to secure extradition of the U.S. Chiquita corporate executives, courts in the U.S. are convenient but unwilling to prosecute and hold their executives liable under individual criminal liability.

#### B. Courses of Action Addressing the OTP and Other Stakeholders

Making the ICC a forum where victims can have hope to bring corporate executives to justice is not an easy task. As explained below,

at <http://www.colectivodeabogados.org/?Crimenes-de-Chiquita-Brands-siguen-impunes-en-Colombia>

<sup>10</sup> Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, *Interim Report: Situation in Colombia*, November 2012, para. 2.

<sup>11</sup> Office of the Prosecutor, *Statement of the Prosecutor on the Agreement on the Creation of a Special Jurisdiction for Peace in Colombia*, September 24, 2015.



different options can be analyzed, proposed and implemented. Similarly, different audiences, such as victims, states, international organizations, scholars, practitioners and adjudicators, must be addressed, persuaded and allowed to persuade us for or against any of the available possibilities.

## 1. The OTP

Article 15 of the Rome Statute states that the OTP “may initiate investigations proprio motu on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.”<sup>12</sup> In doing so, the OTP “may seek additional information from States, organs of the United Nations, intergovernmental or non-governmental organizations, or other reliable sources that he or she deems appropriate, and may receive written or oral testimony at the seat of the Court.”<sup>13</sup>

Considering the criteria set out in article 53(1)(a)-(c) of the Rome Statute, we believe that there is a reasonable basis to proceed with an investigation by the OTP with regard to the crimes indirectly perpetrated by the corporate executives of Chiquita in Colombia. The aforementioned facts connote a sensible or reasonable justification for a belief that crimes falling within the jurisdiction of the Court were committed.<sup>14</sup> The following lines analyze whether the crimes perpetrated by Chiquita corporate executives satisfy the jurisdiction and admissibility criteria laid out in article 53(1) of the Rome Statute.

### a. Temporal Jurisdiction

We believe that the Court has temporal jurisdiction over crimes perpetrated in Colombia by the executives of Chiquita within the period of August 5, 2002 and February 4, 2004, the date on which Chiquita made

<sup>12</sup> ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2187 U.N.T.S. 90, Article 15, *entered into force* July 1, 2002 [“Rome Statute”].

<sup>13</sup> *Id.*

<sup>14</sup> Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010, para. 35.

its last payment to the AUC. The Statute came into force for Colombia after its ratification on August 5, 2002. However, Colombia ratified it with a reservation restricting the ICC's temporal jurisdiction over war crimes which were perpetrated before November 2009.<sup>15</sup>

### **b. Territorial Jurisdiction for Non-nationals of Colombia**

We believe that the Court has territorial jurisdiction as well, due to the fact that the crimes indirectly perpetrated by the executives took place on the territory of Colombia, a state party to the Statute as of August 5, 2002. In other words, territorial jurisdiction of the Court applies in this situation by virtue of article 12(2) of the Statute regardless of the fact that the perpetrators, executives of Chiquita, are not nationals of a state party to the Rome Statute.

### **c. Subject Matter Jurisdiction: Crimes Against Humanity**

The crimes indirectly perpetrated by the executives of Chiquita should be qualified as crimes against humanity defined in article 7 of the Statute. Prioritizing their business interests over the basic rights and well-being of many Colombians, the Chiquita executives overlooked, condoned, or even approved the egregious crimes committed by the paramilitaries in Colombia who had been engaging in the following atrocity crimes penalized by the Rome Statute:

- *Murder*,<sup>16</sup>
- *Extermination*,<sup>17</sup>
- *Deportation or forcible transfer of population*,<sup>18</sup>

<sup>15</sup> See International Criminal Court, *Colombia*.

<sup>16</sup> Rome Statute, *supra* note 12, Article 7(a)

<sup>17</sup> *Id.*, Article 7(b)

<sup>18</sup> *Id.*, Article 7(d)

- *Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law,*<sup>19</sup>
- *Torture,*<sup>20</sup>
- *Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender or other grounds that are universally recognized as impermissible under international law,*<sup>21</sup>
- *Enforced disappearance of persons,*<sup>22</sup> and
- *Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.*<sup>23</sup>

A plea agreement entered by Chiquita before the U.S. District Court points out the “reasonable basis”<sup>24</sup> for the crimes being indirectly committed by executives, and constitutes a strong legal justification for the OTP to open an investigation. The Chiquita company, as a legal entity, pled guilty before the U.S. judiciary on the grounds of financing the paramilitaries and facilitating provision of arms by allowing them to use a Caribbean port exclusively destined for the company’s use, which resulted in imposition \$25 million fine on the company.

The following piece from the Plea Agreement demonstrates the willingness of the executives to carry on their engagement with the paramilitaries despite their awareness of their atrocities:

*“88. From on or about October 31, 2001, and continuing until on or about February 4, 2004, within the district of Colombia and elsewhere, defendant Chiquita engaged in a continuing course of conduct willfully to engage and attempt to engage in transacti-*

<sup>19</sup> *Id.*, Article 7(e)

<sup>20</sup> *Id.*, Article 7(f)

<sup>21</sup> *Id.*, Article 7(h)

<sup>22</sup> *Id.*, Article 7(i)

<sup>23</sup> *Id.*, Article 7(k)

<sup>24</sup> *Id.*, Article 15(3).

ons with a Specially-Designated Global Terrorist, by continuing funds to and for the benefit of the AUC..."<sup>25</sup>

Likewise, according to the aforesaid agreement, it is documented that the company continued to transfer money several times to the AUC, a Specially-Designated Global Terrorist, even after they were warned by an outside counsel that the company "must not", "should not", and "could not" make the payment directly or indirectly.<sup>26</sup>

The following notes, taken by Chiquita Senior Counsel Robert Thomas, were included in the U.S. investigation against the company, "indicat[ing] awareness that payments were for security services:"<sup>27</sup>

From: [Redacted]

**Chiquita Brands International** ①

3/6/00

**Commercial Corporation**

→ disguised the real purpose of providing security

don't know who the shareholders are

"produce harvest and export fruit and cattle"

Some people who formed Convivir formed this new company; gov't won't permit another Convivir; too much political pressure re: paramilitary.

From: [Redacted]

**Chiquita Brands International** ②

Don't know whether the gov't is aware what this organization does.

Military in Santa Marta may know what this company does. Military won't acknowledge formally that they know what the corporation does.

Note: In Turbo we issue a check to Convivir or another code name and deliver it to a variety of intermediaries for transfer to Convivir.

<input type="checkbox"/> For Your Signature	<input type="checkbox"/> For Your Information
<input type="checkbox"/> Please Return	<input type="checkbox"/> For Your Files
<input type="checkbox"/> Please Handle	<input type="checkbox"/> As Requested
<input type="checkbox"/> For Your Comments and Suggestions	

<input type="checkbox"/> For Your Signature	<input type="checkbox"/> For Your Information
<input type="checkbox"/> Please Return	<input type="checkbox"/> For Your Files
<input type="checkbox"/> Please Handle	<input type="checkbox"/> As Requested
<input type="checkbox"/> For Your Comments and Suggestions	

These notes taken by Chiquita senior executive and later transcribed during the U.S. investigation against the company further serve as evidence of the *mens rea* of the individuals.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> U.S. Department of Justice, Plea Agreement, *supra* note 3, P 16.

<sup>26</sup> *Id.*, p.11.

<sup>27</sup> George Washington Law School, *The Chiquita Papers*, available at <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/>

<sup>28</sup> *Id.*

[Redacted] 7/6/99

- General in the zone for several years
- Turbo improved while he was there
- Mayor in Apartado said he was with death squad  
↳ got him suspended from the Army
- Quite well respected in the zone
- Forced to leave military – sacrificial lamb
- [Redacted] wants to make a donation in its own name
- Helped us personally  
security  
information that prevented kidnaps
- Went to show our
- P16mm = \$9000
- Other companies are putting in their
- Very popular in the military
- Guerrillas asked to fire

[Excised] 7/6/99

General in the zone for several years

Turbo improved while he was there

Mayor in Apartado said he was with death squad

[mayor] got him suspended from the Army

Quite well respected in the zone

Forced to leave military – sacrificial lamb

[Excised] wants to make a donation in its own name

Helped us personally

Security

information that prevented kidnaps

Want to show our

P16 mm = \$9000

Other companies are putting in their

Very popular in the military

Guerrillas asked to fire

Other accounting documents show the amount of the payments and that they were done in a monthly basis through bank wires, check and sometimes in cash.<sup>29</sup>

In a nutshell, we deeply believe that the ICC bears the subject-matter jurisdiction over the crimes which clearly fit within the definition of crimes against humanity set out in article 7. The substantial evidence at hand shows that the executives of Chiquita funneled money and arms to a terrorist group in an attempt to pacify the banana region by knowingly and willfully enabling its members to target and kill union leaders, indigenous competitors of the industry and people who were supposedly sympathetic with guerrillas.

#### d. Complementarity

Despite Colombia's efforts to create a special domestic jurisdiction, it is genuinely unable to prosecute the responsible Chiquita executives.

<sup>29</sup> See *id.*

Although it can be purported that there have been domestic investigations and prosecutions against the executives going on, the ability and willingness of Colombian authorities to genuinely carry on the proceedings have to be questioned.

In that regard, first it has to be noted that inability would result from the fact that the U.S. has already denied extradition of the Chiquita executives and they will not likely be extradited if requested again, in spite of the extradition treaty signed between the US and Colombia in 1979. Under article 17(1)(a) of the Rome Statute, the ICC held that Libya's national judicial system was "unavailable genuinely"<sup>30</sup> to prosecute Gaddafi on the ground, *inter alia*, that it was unable to obtain him.<sup>31</sup> Failure in bringing the accused before the domestic judicial mechanism is among those assessed by the OTP as a factor triggering the ICC's competence to take over the situation.<sup>32</sup>

Second reason for Colombian authorities' inability to genuinely carry on the proceedings is the regretful fact that some of the key witnesses have been murdered.<sup>33</sup> As is put in the Policy Paper of the OTP, the absence of conditions of security for witnesses is among the precursors denoting the inability of the competent authorities to exercise their judicial powers in the territory concerned.<sup>34</sup> In the same line, Under article 17(1)(a) of the Rome Statute, inability to get witness statements for the trial was one of the grounds for the ICC's ruling that Libya's national judicial system was unavailable genuinely to prosecute Gaddafi.<sup>35</sup> The following statement by EarthRights International, a non-profit human

---

<sup>30</sup> Rome Statute, *supra* note 12, Article 17(1)(a).

<sup>31</sup> *Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi & Abdullah al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, paras. 206-14.

<sup>32</sup> Policy Paper on Preliminary Examinations, International Criminal Court-the Office of the Prosecutor, November 2013, p.14.

<sup>33</sup> See, e.g., Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo and Corporación Jurídica Libertad, *supra* note 9.

<sup>34</sup> Policy Paper on Preliminary Examinations, p.14.

<sup>35</sup> *Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi & Abdullah al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11, paras. 206-14.

rights NGO representing the victims, exemplifies how safe and secure the witnesses are with regard to this issue:

*“Among the plaintiffs, who must remain anonymous for fear of reprisals, is Jane Doe 1, the daughter of a community activist, Jane Doe 2, who was involved in a range of civic and social activities in Uraba region of Colombia where she lived with her family. Jane Doe 2 indicated that she was afraid she would be killed for her activities. Approximately one week later, AUC paramilitaries arrived at Jane Doe 2’s house and executed her in front of her family. Subsequently, the family of Jane Doe 2, including Jane Doe 1, fled their community in fear.”<sup>36</sup>*

Moreover, in addition to aforesaid factors as to complementarity criteria, one should bear in mind that Colombia lacks adequate legislative framework to genuinely carry on the proceedings against the executives in the sense that the statute of limitations of the crime under which the executives were sought in extradition is the conduct of financing terrorism, but the criminal action to indict the executives under this crime will be barred in February 2016.<sup>37</sup> In other words, even if the State is deemed to be willing to take steps to prosecute the executives, it would be unable to do it in the near future. The existence of the statute of limitations in Colombian legislation that serve as a bar to domestic proceedings should be given utmost priority while assessing the complementarity of this issue at hand.

---

<sup>36</sup> EarthRights International, “ERI Launches New Lawsuit Against Chiquita for Funding, Arming, and Supporting Colombian Terrorists”, July 19, 2007, available at <http://www.earthrights.org/legal/eri-launches-new-lawsuit-against-chiquita-funding-arming-and-supporting-colombian-terrorists>

<sup>37</sup> This crime has a statute of limitations of twelve years and it starts lapsing with the last action of the *actus reus*. See Penal Code, L. 599 of 2000 July 24, 2000, D.O. 44097 (Colom.), arts. 340, 84 and Case No. 22813 (Supreme Court, Penal Chamber, March 30, 2006) (Colom.). “From 1995 until at least February 2004, Chiquita provided material support to the AUC in Urabá and Santa Marta.” Complaint, para. 83.



#### d. Gravity

We believe that crimes indirectly perpetrated by the Chiquita executives exceed the admissibility threshold envisaged in article 17(1)(d), and of sufficient gravity that allows the OTP to open an investigation. In this connection, an investigation by the OTP can be justified by any quantitative and qualitative considerations taking into account the scale, nature, manner of commission of the crimes that took place in Colombia, and their impact.<sup>38</sup>

With respect to the scale of the crimes and their impact, the intense of acts of crimes committed by the executives via knowingly financing a terrorist organizations and enabling them to commit their atrocities is considerably high. The U.S. District Court established the fact that the Chiquita executives had made over 100 payments, totaling more than \$1.7 million, to the AUC, which has been designated as a Foreign Terrorist Organization by the U.S. government.<sup>39</sup> Having been equipped, armed and financed by Chiquita, the AUC carried out mass killings from 1997 to 2006 in the banana-growing regions, resulting in over 3,700 murders and 60,000 forced displacements.

Likewise, the individual offences making up crimes against humanity inflicted on the victims were perpetrated in the nature and form of killings, rapes and other crimes involving sexual or gender violence, extermination, deportation or forcible transfer of population, imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law, torture, persecution against any identifiable group or collectivity on political grounds, enforced disappearance of persons, and other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.<sup>40</sup>

Moreover, it is proved that Chiquita knew the AUC was a violent, terrorist paramilitary organization, whose designation as a foreign ter-

<sup>38</sup> Policy Paper on Preliminary Examinations, p. 15

<sup>39</sup> EarthRights International, *supra* note 36.

<sup>40</sup> Rome Statute, *supra* note 12, Articles 7(b), 7(d), 7(e), 7(f), 7(h), 7(i), 7(k).



rorist organization was well-publicized in the American public media, however this phenomenon didn't deter the executives from facilitating provision of arms and ammunition for the organization and from paying them over \$1.7 million on a regular and systematic basis. The following paragraphs in the complaint concerning the links between Chiquita and the AUC also insinuate the manner of the crimes committed by the executives in complicit with the paramilitaries:

*"39. The Nicaraguan National Police provided 3,000 AK-47 assault rifles and 2.5 million rounds of ammunition to a private Guatemalan arms dealership, Grupo de Representaciones Internacionales S.A. ("GIR S.A."), in exchange for weapons more suited to police work. GIR S.A., in turn, arranged to sell the AK-47s and ammunition for \$575,000 to Shimon Yelinek, an arms merchant based in Panama. In November 2001, Yelinek loaded the arms onto a Panamanian-registered ship with Panama as its declared destination, but the ship instead went to Turbo, Colombia.*

*"40. Chiquita, through Banadex, operates a private port facility at the Colombian municipality of Turbo, used for the transport of bananas and other cargo. The arms ship docked at the Chiquita port, and Banadex employees unloaded the 3,000 assault rifles and 2.5 millions rounds of ammunition. These arms and ammunition were then transferred to the AUC."<sup>41</sup>*

In sum, we deeply believe that Chiquita's payments to the terrorist organizations in Colombia approved by senior executives of the corporation, and resulted in the targeted killings of thousands of individuals, including trade unionists, banana workers, and political organizers, and enforced disappearance of many others, are of sufficient gravity that enables the OTP to open an investigation.

---

<sup>41</sup> *Verified Consolidated Shareholder Derivative Complaint* (March 19, 2007), US District Court, Southern District of Florida No. 08-01916-MD-MARRA/JOHNSON at 11 available at <http://www.law.du.edu/documents/corporate-governance/international-corporate-governance/in-re-chiquita-verified.pdf>

## 2. Colombian Government

Once we have our legal arguments in line and have obtained enough support from the academia, we want to inform Colombian authorities about this project. We understand the efforts of the Colombian government to create a system of transitional justice to try demobilized paramilitaries and eventually guerrillas. However, we believe that this system falls short in prosecuting non-Colombian, specifically, U.S. corporate executives who have not been submitted to the Colombian jurisdiction and remain at large. This is the case of the Chiquita corporate executives who sponsored the AUC.

Since the debate will mainly be open in US academic institutions, we want to first address the Colombian ambassador to be present. Through these diplomatic channels we want to engage with the Colombian government. Eventually, we might be able to convince the Colombian government to refer to the ICC the situation of non-nationals perpetrating crimes in Colombia. If the Colombian government cannot do this at the moment, the OTP may still “initiate investigations *proprio motu* on the basis of information on crimes within the jurisdiction of the Court.”<sup>42</sup>

## 3. Academia

The power of this idea comes from a clinical project that started in the International Human Rights Clinic of Harvard Law School. As such, we consider that we can increase the power of the idea by engaging scholars, practitioners and students from other schools in Harvard as well as further universities and institutions.

We have been fortunate to engage students and professors from the Kennedy School of Government. We have also obtained help from student organizations such as Advocates at the Law School. We further look forward to engage the Harvard Business School as well as other universities and institutions.

---

<sup>42</sup> Rome Statute, *supra* note 12, Article 15.

Our goal is to open the facts of the case to discussion on how to prevent this behavior to be repeated – *i.e.*, corporate executives from the Global North operating unpunished after contributed to the commission of atrocity crimes in the Global South. While the Chiquita case is an example with strong evidence, the debate could be based on further cases in addition to the Chiquita case, in order to show that this is a systemic problem in different countries where corporations and corporate executives have enough power to avoid justice. In fact, the civil society has reported that other corporations that sponsored atrocities in Colombia are “Coca Cola, Nestlé..., Drummond, Cemex, Holcim, Muriel mining corporation, Glencore-Xtrata, Anglo American, Bhp Billington, Anglo Gold Ashanti, Keshada, Smurfit Kapa..., Monsanto, Dyncorp..., Occidental Petroleum Corporation, British Petroleum, Repsol YPF, Unión Fenosa, Endesa, Aguas de Barcelona, Telefónica, Canal Isabel II, Canal de Suez..., Petrominerales, Gran Tierra Energy.”<sup>43</sup>

An example in different countries is the “conflict diamonds” of Sierra Leone, Liberia, Angola and the Democratic Republic of Congo, where the conflict was fueled by extractive companies.<sup>44</sup> Another example is the class action filed by former child slaves against Nestle USA, Archer Daniels Midland Company, Cargill Incorporated Company, and Cargill Cocoa for aiding and abetting child slavery in the cocoa industry of Côte d’Ivoire.<sup>45</sup> Through these examples and, particularly, the Chiquita case, we want to open debate and know the opinion of the academia as to the role that the ICC could play in deterring the criminal behavior of some

<sup>43</sup> Permanent Peoples’ Tribunal, *Sentencia* (July, 21-23, 2008) at 4, available at <http://www.colectivodeabogados.org/?DICTAMEN-FINAL-AUDIENCIA-TRIBUNAL> (last visited: Nov. 24, 2015). See also Permanent Peoples’ Tribunal, *THE EUROPEAN UNION AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN LATIN AMERICA* (2010), <http://www.enlazandoalternativas.org/IMG/pdf/TPP-verdict.pdf> (last visited: Nov. 24, 2015).

<sup>44</sup> See, e.g., Eric Johnson, “Blood Diamonds” (Stanford University ed.), available at <http://web.stanford.edu/class/e297a/Conflict%20in%20Sierra%20Leone.htm> and Nicholas S. Briggs, *Conflict Diamonds in West Africa* (Stanford University ed.), available at <http://web.stanford.edu/class/e297a/Conflict%20diamonds%20in%20West%20Africa.htm>

<sup>45</sup> *Doe v. Nestle*, 766 F.3d 1017.

corporate executives operating under weak institutions and gaining profit by sponsoring atrocities.

#### **4. International community**

Similarly, we want to share this debate with the international community and especially the State Parties of the Rome Statute. Through the Coalition for the ICC, who has already expressed its interest to support this project, we want to ask for a side event during the next Assembly of State Parties. This can further the debate on the role that the ICC can play in deterring the conduct of non-nationals perpetrating atrocity crimes in the territory of the State Parties. It would be emblematic if we can get the support of the African Union and convince its members to refer the situation of foreign corporate executives in Colombia.

#### **IV. Next Actions**

Our course of action will start by preparing the legal arguments. The Harvard Law School International Human Rights Clinic has a team of students and instructors who will be guided by a Law School professor and practitioner who is an expert on International criminal law. Besides the admissibility requirements analyzed above, we will further assess the modes of liability of the Chiquita corporate executives.

We will fragment the information to be filed at the OTP through different stages. A first submission will be filed in order to open the debate at different academic spaces such as the Kennedy School of Government, the Business School and other universities. Then, another submission could be filed before the side event at the Assembly of State Parties of the Rome Statute.

We recognize that the power of ideas is better spread through multimedia advocacy. Along this process we want to open a website and create short videos on the case and our goals. To do this we need to engage with partners, students, professors, activists and practitioners that help

us develop a multimedia strategy. We want to follow the example of the campaign developed by Invisible Children to bring Joseph Kony to justice,<sup>46</sup> as well as the campaign currently developed by Yale Law School and Aljazeera with regards to the acts of genocide currently being perpetrated in Myanmar against the Rohingya-Muslim minority.<sup>47</sup>

## Bibliography

- Aljazeera, *Breaking down genocide in Myanmar*, available at <http://www.aljazeera.com/news/2015/10/breaking-genocide-myanmar-151025133708542.html>
- Case No. 22813 (Supreme Court, Penal Chamber, March 30, 2006) (Colom.).
- CHIQUITA BRANDS INTERNATIONAL, INC. 2006 ANNUAL REPORT, available at <http://investors.chiquita.com/phenix.zhtml?c=119836&p=irol-reportsannual>
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo and Corporación Jurídica Libertad, *Crímenes de Chiquita Brands siguen impunes en Colombia* (Jun. 22, 2015), available at <http://www.colectivodeabogados.org/?Crimenes-de-Chiquita-Brands-siguen-impunes-en-Colombia> *Doe v. Nestle*, 766 F.3d 1017.
- George Washington Law School, *The Chiquita Papers*, available at <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/>
- EarthRights International, “ERI Launches New Lawsuit Against Chiquita for Funding, Arming, and Supporting Colombian Terrorists”, July 19, 2007, available at <http://www.earthrights.org/legal/eri-launches-new-lawsuit-against-chiquita-funding-arming-and-supporting-colombian-terrorists>

<sup>46</sup> Invisible Children, *The Warlord. Joseph Kony*, available at <http://invisiblechildren.com/conflict/kony/>

<sup>47</sup> Aljazeera, *Breaking down genocide in Myanmar*, available at <http://www.aljazeera.com/news/2015/10/breaking-genocide-myanmar-151025133708542.html>

- Eric Johnson, "Blood Diamonds" (Stanford University ed.), available at <http://web.stanford.edu/class/e297a/Conflict%20in%20Sierra%20Leone.htm>
- INDEPAZ, *Cartografía del Conflicto: Narcoparamilitares y Guerrilla*, in PUNTO DE ENCUENTRO (March 2012) available at <http://ediciones.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/03/No.58-Punto-De-Encuentro.pdf>.
- Invisible Children, *The Warlord. Joseph Kony*, available at <http://invisiblechildren.com/conflict/kony/>
- Laurie Cohen, *Ex-Chiquita Director Faces Legal Jeopardy in Wall Street Journal* (August 2, 2007) available at <http://online.wsj.com/articles/SB118601669056785578>.
- Nicholas S. Briggs, *Conflict Diamonds in West Africa* (Stanford University ed.), available at <http://web.stanford.edu/class/e297a/Conflict%20diamonds%20in%20West%20Africa.htm>
- Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, *Interim Report: Situation in Colombia*, November 2012.
- Office of the Prosecutor, *Statement of the Prosecutor on the Agreement on the Creation of a Special Jurisdiction for Peace in Colombia*, September 24, 2015.
- Penal Code, L. 599 of 2000 July 24, 2000, D.O. 44097 (Colom.), arts. 340, 84.
- Permanent Peoples' Tribunal, *Sentencia* (July, 21-23, 2008), available at <http://www.colectivodeabogados.org/?DICTAMEN-FINAL-AUDIENCIA-TRIBUNAL>
- Permanent Peoples' Tribunal, *THE EUROPEAN UNION AND TRANSNATIONAL CORPORATIONS IN LATIN AMERICA* (2010), available at <http://www.enlazandoalternativas.org/IMG/pdf/TPP-verdict.pdf>
- Prosecutor v. Saifal-Islam Gaddafi & Abdullah al-Senussi*, Case No. ICC-01/11-01/11.
- Policy Paper on Preliminary Examinations, International Criminal Court-the Office of the Prosecutor, November 2013.

ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, 2187 U.N.T.S. 90, Article 15, *entered into force* July 1, 2002 ["Rome Statute"].

Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, 31 March 2010.

Stephen M. Walt, "International relations: one world, many theories." *Foreign policy* (1998): 29-46.

Terrorist Organization Profile: Self-Defense Groups of Cordoba and Uraba (ACCU), *available at* [http://www.start.umd.edu/tops/terrorist\\_organization\\_profile.asp?id=109](http://www.start.umd.edu/tops/terrorist_organization_profile.asp?id=109).

U.S. Department of Justice, Plea Agreement (March 13, 2007) *available at* [http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/20070313\\_sentencing\\_memo.pdf](http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB340/20070313_sentencing_memo.pdf)

*Verified Consolidated Shareholder Derivative Complaint* (March 19, 2007), US District Court, Southern District of Florida No. 08-01916-MD-MARRA/JOHNSON *available at* <http://www.law.du.edu/documents/corporate-governance/international-corporate-governance/in-re-chiquita-verified.pdf>





# **Droit Privé**



# **Mediation as an Alternative Dispute Resolution Method and Mediation Process in Turkish Law System: an Overview**

*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk ve Türk  
Hukukunda Arabuluculuk Süreci: Genel Bir Bakış*

***Res. Assist. Serpil Işık\****

## **Abstract**

The parties seeking resolution of disputes arisen between them can either apply to the courts of justice or prefer using alternative dispute resolution (ADR) methods to settle the dispute before third parties. Recently, alternative dispute resolution methods have become more popular than judicial procedures in modern procedural law. This caused an increase in the number of Alternative Dispute Resolution (ADR) methods and put the mediation process forward among those methods for various reasons. In this respect, some regulations were put into effect to outline the framework of mediation in the Turkish law system. In this study, first a general description of alternative dispute resolution (ADR) methods and mediation will be made and then Law on Mediation in Civil Disputes (the “*Mediation Law*”), the basic regulation in the Turkish law system and mediation practices in Turkey will be introduced.

**Key Words:** Alternative Dispute Resolution, Types of Alternative Dispute Resolutions, Mediation, Mediation in Turkish Law System, Me-

---

\* Research Assistant at Istanbul University Faculty of Law, Department of Civil Procedural Law and Execution and Bankruptcy Law [serpil.isik@istanbul.edu.tr; isikserpil1988@hotmail.com].

diation Process, Law on Mediation in Civil Disputes, Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes.

\*\*\*

## Özet

Taraflar aralarında meydana gelen uyuşmazlıkların çözümü bakımından devlet yargısına başvurabilecekleri gibi, üçüncü kişilerin huzurunda uyuşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini de tercih edebileceklerdir. Günümüzün değişen koşullarında, modern yargılama hukuklarında, uyuşmazlıkların mahkemeler aracılığıyla çözümlenmesine alternatif teşkil eden yöntemlere olan ilginin giderek arttığını görmekteyiz. Bu durum ise, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sayıca artmasına ve bu yöntemlerin içinden de arabuluculuğun çeşitli nedenlerle ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu sebeptir ki, Türk hukukunda arabuluculuk kurumunun yerleşmesi amacıyla kanuni düzenlemeler yapılması yoluna gidilmiştir. Çalışmamızda, öncelikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile arabuluculuğa ilişkin genel bilgiler ifade edilecek, sonrasında ise, bu kuruma ilişkin Türk hukukundaki temel düzenleme olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Türk arabuluculuk uygulamasının ifade edilmesi yoluna gidilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Alternatif uyuşmazlık çözümü, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının çeşitleri, Türk hukuk sisteminde arabuluculuk, arabuluculuk prosedürü, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği.

## § I. Introduction

Recently, using the alternative ways of resolving disputes with a neutral third party has become more popular among the parties seeking resolution of a dispute arisen between them<sup>1</sup>. In fact, various types of al-

<sup>1</sup> Roth, M./Stegner, M.: Mediation in Austria Yearbook on International Arbitration, Vol. 3, (pp. 367-3783), p. 367; Lisnek, P. M.: Mediation: Untangling Business Disputes

ternative dispute resolution (ADR) methods to be used to settle disputes have been developed in the United States of America<sup>2</sup>, in the civil law systems of Continental Europe and the Middle East<sup>3,4</sup>.

Through ADR, *Commercial Law Bulletin*, (July/August 1993), (pp. 12-19), p. 16; *Swinson*, S. K.: *Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy*, *Tulsa Law Journal*, Vol. 36, Issue 4 (Summer 2001), (pp. 813-818), p. 813; *Lerman*, L. G.: *The Teaching of Alternative Dispute Resolution*, *Journal of Legal Education*, Vol. 37, Issue 1 (1987), (pp. 37-40), p. 38; *Goss*, J.: *An Introduction to Alternative Dispute Resolution*, *Alberta Law Review*, Vol. 34, Issue 1 (1995), (pp.1-33), p. 2; *Petillon*, L. R.: *Recent Developments in Alternative Dispute Resolution*, *Pepperdine Law Review*, Vol. 14, Issue 4 (1987), (pp. 929-942), p. 929; *Scalise*, D. G./*Engels*, J. E.: *Alternative Dispute Resolutions: a Commercial Guide for Dispute Management*, *Advocates' Quarterly*, Vol. 9, Issue 1 (February 1988), (pp. 53-76), p. 59; *Green*, E. D.: *Corporate Alternative Dispute Resolution*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 1, Issue 2 (1986), pp. 203-298, p. 205; *Glasner Q. C.*, K.: *Contract Disputes and Alternative Disputes Resolution: Some Observations*, *Advocate (Vancouver Bar Association)*, Vol. 59, Issue 5 (September 2001), (pp. 725-732), p. 725; *Macdonnell*, J. L.: *Natural Resources Dispute Resolution: An Overview*, *Natural Resources Journal*, Vol. 28, Issue 1 (Winter 1988), (pp. 5-20), p. 5; *Gonzales*, A.: *Alternative Dispute Resolution*, *Brief*, Vol. 32, Issue 2 (Winter 2003), (pp. 4-56), p. 4.

<sup>2</sup> *Eiholzer*, H.: *Die Streitbeilegungsabrede*, (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation), *Universitätsverlag Freiburg Schweiz*, 1998, 1. Kapitel, Nr. 37 et seq; *Riskin*, L. L.: *The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing*, *University of Florida Law Review*, Vol. 37, Issue 1 (Winter 1985), (pp. 19-28), p. 19. In the 1960s, interest in alternative dispute resolution (ADR) started in the United States. The three principle goals of the ADR were: (1) to make the regular court system more effective and less costly; (2) to offer alternative dispute resolution (ADR) to the court system; (3) to ensure community education about the available alternatives. During the 1960s and 1970s these goals were met as the judiciary ect., the public also appears to be more aware of alternatives to the litigation process and the advantages of the some of these alternative dispute resolution (ADR) methods (See *Goss*, p. 2. For the opinion on the same direction see *Scalise/Engels*, pp. 54, 55; *Riskin*, p. 19).

<sup>3</sup> In some societies mediation is normal method of dispute resolution. As an example, in Japan and China mediation is used for resolving all types of civil disputes (*Scalise/Engels*, p. 66). Furthermore, many years ago, the most popular Chinese viewed mediation as superior to litigation (See *Goss*, p. 5).

<sup>4</sup> See *Lisnek*, p. 16 et seq; *Goss*, p. 2; *Scalise/Engels*, p. 60. Alternative Dispute Resolution (ADR) has a comprehensive history, with credentials to its use appearing in Greek mythology, in early Jewish and Roman Law. Some more exclusive forms of dispute resolution can be traced back to China, 12th Century England and old America (See *Lominack*, R. W.: *Examining Alternative Dispute Resolution in the International Business Domain*, *South Carolina Journal of International Law and Business*, Vol. 1, (pp. 17-26), p. 18 et seq).

Mediation, an alternative dispute resolution (ADR) method, is highly preferable and frequently used by the parties in dispute and seeking a resolution<sup>5</sup>. In this respect, some technical and legislative regulations have been put into effect in the Anglo-American law system and the Continental European civil law system<sup>6</sup> to institutionalize alternative dispute resolution (ADR) methods<sup>7</sup>. Following these developments, various regulations have been put into effect in the Turkish law system to establish methods to constitute alternatives to the concept of classical adjudication. In this respect, the adoption of Law on Mediation in Civil Disputes is the greatest step taken forward<sup>8</sup>. Then, the Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes was put into effect<sup>9</sup>. Finally, revised regulations on “*mandatory mediation*” were proposed in the Draft Law on Labor Courts<sup>10</sup>. The legislative body, aims at establishing mediation, an alternative dispute resolution (ADR) method in the Turkish law system.

In this study, we aim at defining the mediation practices gradually increasing in number in the Turkish law system. In this respect, we will first discuss alternative dispute resolution (ADR) methods in general and the role of mediation therein. Therefore, we will define the fundamental principles of mediation in the settlement of disputes. Then, in the light of the basic regulations on mediation in the Turkish law system, we will have an overall aspect of the mediation practices in Turkey. In this

<sup>5</sup> Scalise/Engels, p. 65; Roth/Stegner, p. 367; Goss, p. 5; Breen, J. D.: Mediation and the Magistrate Judge, University of Memphis Law Review, Vol. 26, Issue 3 (Spring 1996), (pp. 1007-1030), p. 1014.

<sup>6</sup> Recent Alternative Dispute Resolution (ADR) legislation in the United States see Scalise/Engels, p. 74 et seq and fn. 58. For more information about “*mediation laws*” see Berger, K. P.: Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Third, Revised Edition, Volume II: Handbook, Kluwer Law International, Netherlands, [2015], Nr. 6-78, pp. 136-137.

<sup>7</sup> See Swinson, p. 813; Scalise/Engels, p. 74; Dunlop, J. T.: The Negotiations Alternative in Dispute Resolution, Villanova Law Review, Vol. 29, Issue 6 (1983-1984), p. 1424.

<sup>8</sup> Published in the Official Gazette dated 22 June 2012 and numbered 28331.

<sup>9</sup> Published in the Official Gazette dated 26 January 2013 and numbered 28540.

<sup>10</sup> In Turkish law, the Draft Law on Labor Conventions was sent to the relevant institutions and organizations for their opinions on 23.03.2016. The “*mandatory mediation*” was intended to be regulated by the legislator in the practice of Turkish law in Article 3 of the Draft Law on Labor Courts.

context, we will explain the legal basis of the concept of mediation in the Turkish law system, the requirements of becoming a mediator, mediation practices and the scope of mediation practices in the Turkish law system and agreements signed at the end of such practices and the commentary of enforceability added to the text of such agreements by the court.

## § II. An Overview of Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods

### A. The concept of Alternative Dispute Resolution Method

The parties in dispute used to prefer filing lawsuits, the traditional procedure<sup>11</sup> of judgment to settle disputes<sup>12</sup>. Alternative dispute resolution (ADR) methods became popular<sup>13,14</sup> because of slowly progressing

<sup>11</sup> In the Western countries, the traditional dispute settlement method is the judicial way, while the traditional and actual solution method in the Far East countries is the settlement based on the disputes (Goss, p. 5; Özbek, M.: "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi", [Proposal of the European Council for a Mediation Directive], in AÜHFD, [2007], Vol. 56, Issue 1, (pp. 183-232), p. 198).

<sup>12</sup> *McGovern, F. E./Hare, F. H.*: "Lessons from U.S. Alternative Dispute Resolution", in: *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?* Lausanne, 14 et 15 novembre 1991= "Mediation" als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit? Lausanne, den 14. und 15. November 1991= *Mediation: an alternative method of dispute resolution?* Lausanne, the 14th and 15th November 1991, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1992, (pp. 165-175), p. 167; *Scalise/Engels*, p. 54. But the people see that it is becoming more and more fruitless often times to litigate. For this reason, the idea is to bring people together possible to solve their problems (*Feliciano Jr., S.*: *Alternative Dispute Resolution*, Catholic Lawyer, Vol. 33, Issue (1990), (pp. 61-62), p. 61).

<sup>13</sup> *McAdoo, B.*: *The Future of ADR: Have They Come for the Right Reason*, *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, Vol. 3, Issue 2 (Summer 2001), (pp. 8-11), pp. 9-10; *Lisnek*, pp. 13, 16; *McGovern/Hare*, pp. 165, 167; *Berger*, Nr. 2-66, p. 44; *Goss*, p. 2; *Petillon*, pp. 929, 930; *Scalise/Engels*, pp. 53, 54; *Green*, pp. 205-206.

<sup>14</sup> Alternative Dispute Resolution (ADR) have some advantages to litigation. This advantages are: (1) Speed, (2) Privacy, (3) Flexibility, (4) Economy, (5) Finality... etc. In other saying, Alternative Dispute Resolution (ADR) forms are all designed to streamline the process of conflict resolution by reducing costs, saving time, eliminating risk, uncertainty and publicity, minimizing disruption to relationships that must continue

proceedings due to the judicial issues such as heavy workload of courts, increased litigation expenses, animosity of courts and the complexity of and the ambiguity in the rules of civil procedure ... etc<sup>15</sup>. Thus, alternative dispute resolution (ADR) methods have become more popular and more preferable and used effectively in many countries around the world<sup>16</sup>.

Alternative dispute resolution (ADR) methods can be defined as methods of settlement of disputes between the parties involved without filing lawsuits<sup>17</sup>. In other words, alternative dispute resolution methods are the procedures alternative to lawsuits implemented with help from a neutral third party<sup>18</sup>. “*Alternative*”, the word used to mention alternative dispute resolution methods does not refer to the methods which replace the judicial procedures implemented by courts. On the contrary, “*alternative*”, the word present in the concept of alternative dispute resolution (ADR) procedures refers to a resolution method that accompanies to, complements and defines classical dispute resolution methods<sup>19</sup>.

---

and offering non-intimidating, flexible justice for the common person (See *Scalise/Engels*, p. 56, 60. For the similar mention see *Green*, pp. 218-219; *Dunlop*, p. 1424; *Birkle*, J.: *Mediation: An Effective Arm of Alternative Dispute Resolution*, Res IPSA Loquitur, Vol. 3, (pp. 78-80), p. 76; *McAdoo*, p. 9; *Lisnek*, pp. 12-13).

<sup>15</sup> *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 25-31, pp. 8-10; *Petillon*, p. 929, 930; *Scalise/Engels*, p. 53; *Guidry*, A. M.: *Alternative Dispute Resolution: Broadening The Use Through Louisiana Courts*, Southern University Law Review, Vol. 19, Issue 2 (1992), (pp. 403-420), p. 406.

<sup>16</sup> *Swinson*, p. 813; *Dunlop*, p. 1424. Because, in the United States a great majority of disputes between the parties are resolved by alternative dispute resolution (ADR) methods before the trial (*Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 37, p. 12).

<sup>17</sup> *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 6, p. 3; *Swinson*, p. 813; *Petillon*, p. 929; *Woodman*, G. R.: *The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution*, Cahiers de Droit, Vol. 32, Issue 1 (Mars 1991), (pp. 3-32), p. 10; *Dana* J., H. H. H.: *Court-Connected Alternative Dispute Resolution in Maine*, Maine Law Review, Vol. 57, Issue 2 (2005), (pp. 349-448), p. 350; *Guidry*, p. 406.

<sup>18</sup> *Notter*, P.: *Mediation im Verwaltungsverfahren*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013, § 4, p. 36; *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 6, p. 3; *Swinson*, p. 813; *Woodman*, p. 10; *Schütz*, § 1, N. 48, p. 17.

<sup>19</sup> *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 6, p. 3, fn. 2; *Lerman*, p. 37; *Scalise/Engels*, p. 56; *Woodman*, p. 9; Alternative methods to abolish the state judgment are not allowed. On the contrary, there may be additional procedures without harming the absolute sovereignty of state jurisdiction. It is stated that alternative dispute resolution (ADR) methods are not escape judicial, in particular disputes that do not concern small public order (*Woodman*, p.



Alternative dispute resolution (ADR) methods aim at settling the disputes between the parties involved satisfactorily<sup>20</sup>. In other words, alternative dispute resolution methods, do not aim to offer a resolution to justify or count a party righteous but to settle the dispute in a way somewhat agreeable by the parties involved<sup>21</sup>. Therefore, a fair decision should not be expected from the use of alternative dispute resolution methods<sup>22</sup>. Alternative dispute resolution methods do not provide the assurance, a judicial court can provide<sup>23</sup>.

## B. Types of Alternative Dispute Resolution Methods

### 1. General

The number of applicable methods increased as the use alternative dispute resolution (ADR) methods became popular around the world<sup>24</sup>. So, there are various types of alternative dispute resolution methods

---

10), provide for settlement without becoming interested in the judicial judiciary. Thus, by reducing the number of incidents in front of the courts, it will be possible for the courts to make decisions in a shorter period of time and the costs incurred by reducing the share of the judiciary will also decrease (Pekcanitez, H.: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri" [Alternative Dispute Resolutions], in HPD, December [2005], Issue 5, (pp. 12-16), p. 15).

<sup>20</sup> Langer, R.: The Juridication and Technicisation of Alternative Dispute Resolution Practise, Canadian Journal of Law and Society, Vol. 13, Issue 1 (Spring 1998), (pp. 169-186), p. 171. Mediation allows the parties to develop "win/win solutions" with the guidance of the mediator (Berger, Nr. 11-47, p. 242). And see about "Harward-Konzept" (Notter, § 4, p. 40; Eiholzer, 1. Kapitel, Nr. 65, p. 18.

<sup>21</sup> Goss, p. 6; Petillon, p. 929. The special focus of the mediation is on the acknowledgment of concerns and the activation of bargaining power, allowing the parties to work towards bring to an issue a deal that settles the dispute and leaves the parties better than they were before, better than if the was litigate (with attendant costs and uncertainties) and also better than if the disputes had been decided before a judicial third-party (Berger, Nr. 6-28, p. 123).

<sup>22</sup> Glasner Q. C., p. 730.

<sup>23</sup> See Lisnek, p. 16 et seq; Green, p. 281 et seq; Pekcanitez, HPD, December (2005), p. 15.

<sup>24</sup> Roth/Stegner, p. 367; Lisnek, p. 13; Petillon, p. 929; Abernathy, J. M.: Alternative Dispute Resolution in Commercial Cases, Annual Survey of American Law Supplement, Vol. 1985, (pp. 29-50), p. 29.

used to settle disputes between parties<sup>25</sup>. Alternative dispute resolution (ADR) methods are developed according to the requirements and the law system of the country of application and they are not restricted easily<sup>26</sup>. Alternative dispute resolutions are customized to a country's requirements and sociological facts<sup>27</sup>. Using alternative dispute resolution (ADR) methods can somehow be compulsory or optional<sup>28</sup>. Some of these methods can be implemented by<sup>29</sup> or without judicial courts<sup>30</sup>.

Alternative dispute resolution (ADR) methods are effective methods to be used altogether without any exclusion<sup>31</sup>. The mostly preferred alternative dispute resolution methods<sup>32</sup>, alternative to lawsuits are "arbitration", "mediation", "early neutral evaluation (ENE)", "fact finding", "private judgment (PJ) or private tribunals (PT)", "summary jury trial (SJT)", "adjudication", "ombudsman", "negotiation", "conciliation", "court-annexed arbitration (COA)"...etc<sup>33</sup>. Definitions of alternative

<sup>25</sup> *Lisnek*, p. 16; *Berger*, Nr. 2-75, p. 51; *Goss*, p. 5; *Scalise/Engels*, p. 60; *Green*, p. 205; *Woodman*, p. 3; *Dana J.*, p. 351; *Glasner Q. C.*, p. 725; *Guidry*, p. 406.

<sup>26</sup> *Lisnek*, p. 16.

<sup>27</sup> *Pekcanitez*, HPD, December (2005), p. 15; For example see, *Sekaquaptewa*, P.: Tribal Courts and Alternative Dispute Resolution, *Bussiness Law Today*, Vol. 18, Issue 2 (November-December 2008), (pp. 23-28), p. 24.

<sup>28</sup> *Shaw*, L. M.: ADR And The Courts: Some Emerging Issues, *Journal of Contemporary Legal Issues*, Vol. 3, (pp. 151-156), p. 153.

<sup>29</sup> *Dana J.*, p. 351 et seq. As an example, In the United States of America, in the *Rutigliano v. Rutigliano* case [No. A-2797-11T1, 2012 WL4855864 (NJ Sup. Ct. App. Div., Oct. 15, 2012)], after litigants reached agreement in mediation. For more information about the *Rutigliano v. Rutigliano* case see *Dozier*, D. P./*Batson*, D. C.: Alternative Dispute Resolution, *Environment, Energy and Resources Law: The Year in Review*, Vol. 2012, (pp. 307-312), p. 308.

<sup>30</sup> *Pekcanitez*, HPD, December (2005), p. 15. For more information about "dispute resolution contract clause" see *Green*, pp. 272-276; *Glasner Q. C.*, p. 729.

<sup>31</sup> *Goss*, p. 5.

<sup>32</sup> According to literature, Alternative Dispute Resolution (ADR), may be generally classified into three major areas: "(1) Mediation, (2) Arbitration, (3) Negotiation" (See *Berger*, Nr. 2-75, p. 51; *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 53, p. 16; *Glasner Q. C.*, p. 729).

<sup>33</sup> For more information about "the various forms of Alternative Dispute Resolution (ADR)" see *Scalise/Engels*, p. 60 et seq; *Green*, p. 238 et seq; *Riskin*, pp. 21-24; *Dana J.*, p. 351; *Glasner Q. C.*, p. 726; *Breen*, p. 1014 et seq.; *Eiholzer*, 1. Kapitel, pp. 15-29.

dispute resolution methods are not limited to those mentioned above<sup>34</sup>. Mixed methods can be designed by combining two or more of them<sup>35</sup>. Some examples of them are “mediation-arbitration (Med-Arb)”, “arbitration-mediation (Arb-Med)” and “mini trials or structured settlement negotiations”... etc<sup>36</sup>. Mediation has a special place among other alternative dispute resolution (ADR) methods. A brief description of mediation is given below. We will define the mediation process separately from the other methods of dispute resolution and prevention.

### § III. Mediation

One of the widely recognized, accepted and used alternative dispute resolution (ADR) methods is “mediation”<sup>37</sup>. The word mediation is derived from the Latin word, “*mediare*” (intervene) and “*medius*” (middle)<sup>38</sup>. Mediation is an alternative dispute resolution resolution (ADR) method used under the guidance of a third neutral party called “*mediator*” to help the parties involved to settle disputes between them<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> *Lisnek*, p. 16; *Scalise/Engels*, p. 60.

<sup>35</sup> *Berger*, Nr. 2-75, p. 51.

<sup>36</sup> According to *Riskin*, mixed Alternative Dispute Resolution (ADR) processes are; Mediation-Arbitration “Med-Arb”, Mini Trials, Unstructured Settlement Negotiations, Other techniques, Litigation Management and Planning, Prevention... etc. (See *Riskin*, pp. 23-24).

<sup>37</sup> *Roth/Stegner*, p. 367; *Goss*, p. 5; *Scalise/Engels*, p. 65; *Green*, p. 264; *Birkle*, p. 75; *Breen*, p. 1014; *Marie-Noëlle*, D.: Mediation in the Belgian Health Care Sector: Analysis of a Particular Issue- The Material Scope of Application of Mediation, *Medicine and Law*, Vol. 30, Issue 2 (June 2011), ( pp. 225-238), p. 226.

<sup>38</sup> *Ildır*, G.: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler) [Alternative Dispute Resolution (Alternative Methods of Civil Procedure)], Ankara, Seçkin, June 2003, p. 78, fn. 2. The mediator, which performs activities similar to the activities performed by the mediator, is often confused with mediation and the terms “*mediation*” and “*conciliation*” appear to replace each other (*Woodman*, p. 12; *Riskin*, p. 22). However, in our view, these two concepts are theoretically different (at the same direction, see *Woodman*, p. 12).

<sup>39</sup> There is no accepted universal definition of mediation. Mediation, which is an alternative to solving the dispute between parties, is defined in various ways in its doctrine. Various definitions of mediation see *Lisnek*, pp. 13, 16; *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 64, pp. 17-18; *Notter*, § 4, p. 35; *Goss*, p. 5; *Woodman*, p. 12; *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 24; *Breen*, p. 1014;

In mediation procedures, the parties in dispute state their requirements to come to an agreement with each other under the assistance of an independent and natural third party to settle the dispute<sup>40</sup>. Mediators are required to persuade the parties involved to prefer an amicable settlement and help them to come to a mutual agreement<sup>41</sup>. Mediators, unlike judges or arbitrators, may not enter binding decisions to conclude the mediation process<sup>42</sup>. The aim of mediation is to help the parties to settle the dispute between them on their own<sup>43</sup>. Therefore, as long as the mediation procedures are effective, a mediator is required to bring the parties involved together and make it easier for them to come to a mutual agreement and settle the dispute between them<sup>44</sup>.

Principally, parties decide to seek mediation when they fail to negotiate or simply negotiating do not take them anywhere<sup>45</sup>. A mediator

---

*Schütz*, § 4, p. 106; *Hyde*, L. M. Jr.: Mediation, *Juvenile & Family Court Journal*, Vol. 35, Issue 1 (Spring 1984), (pp. 57-72), p. 57. There are various definitions of the mediation in positive regulations. For example, we see that in Turkish law, there is a definition of mediation in Article 2 of Law on Mediation in Civil Disputes. There, mediation express as “A method of voluntary dispute resolution system carried out with the inclusion of an independent third party; who is specially trained to convene the relevant parties by way of systemic techniques and with a view to help such parties mutually understand and reach a resolution through a process of communication”.

<sup>40</sup> *Lisnek*, p. 13; *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 24; *Berger*, Nr. 6-16, p. 118.

<sup>41</sup> *McAdoo*, p. 10; *Lisnek*, p. 13; *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 64, p. 17; *Goss*, pp. 5-6; *Scalise/Engels*, p. 65; *Dunlop*, p. 1444; *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 24; *Özbek*, C. 56 S. 1, (2007), p. 194; *Ildır*, p. 100; *Pekcantez*, HPD, December (2005), p. 16; *Berger*, Nr. 6-55, p. 136.

<sup>42</sup> *Lisnek*, p. 13; *Scalise/Engels*, p. 65; *Goss*, p. 5; *Woodman*, p. 11; *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 22; *Glasner Q. C.*, p. 726; *Breen*, p. 1014; *Feinberg*, K. R.: Mediation- Preferred Method of Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Issue 5 (1989), (pp. 5-42), p. 5, 7-8; *Hyde*, p. 57.

<sup>43</sup> *Lisnek*, p. 13; *Scalise/Engels*, p. 65; *Goss*, p. 5; *Woodman*, p. 12; *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 22; *Glasner Q. C.*, p. 726; *Berger*, Nr. 6-16, p. 118; *Ildır*, p. 100; *Pekcantez*, HPD, December (2005), p. 16; *Hyde*, p. 57.

<sup>44</sup> *Goss*, p. 6; *Scalise/Engels*, p. 65; *Riskin*, pp. 22, 26.

<sup>45</sup> *Birkle*, p. 77; *Riskin*, p. 22. But, “mandatory mediation” exist see *Riskin*, p. 22. There is development in the Turkish law about compulsory mediation. According to article 3 of Draft Law on Labor Courts, it is envisaged that compulsory mediation will be introduced in order to resolve the disputes that have taken place.

is appointed upon the agreement of the parties involved<sup>46</sup>. Then, mediation process begins. During the negotiation phase of mediation, parties are encouraged to communicate with each other efficiently and are assisted to see their common grounds, their weaknesses and advantages in judicial procedures and the possible consequences of failure to come to a mutual agreement, so that they can better consider their situation<sup>47</sup>.

## § IV. Mediation in the Turkish Law System

### A. Legal Basis

In order to simplify and speed up trial procedures and make them efficient at lower costs within the framework of the judicial reform program<sup>48</sup>, the regulations of the European Union and Comparative Law were studied and mediation as an alternative dispute resolution (ADR) was regulated for the first time with the Draft Law on Mediation in Civil Disputes in the Turkish law system<sup>49</sup>. Principally, the model law on international trade designed for members states by the United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL, European Media-

<sup>46</sup> *Birkle*, p. 75; *Riskin*, p. 22.

<sup>47</sup> *Lisnek*, p. 13 et seq; *Goss*, p. 6; *Birkle*, pp. 77-78; *Riskin*, p. 26; *Tanrıver*, S.: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” [Alternative Dispute Resolution Methods in the Context of Civil Disputes and Especially Mediation], in *TBBB*, May-June, [2006], (pp. 151-177), p. 166.

<sup>48</sup> *Nolan*, K. P.: *Litigation*, Vol. 39, Issue 1 (Winter 2013), (pp. 59-60), p. 59; *Ciuca*, L. B.: *Mediation vs. Mediation*, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, Vol. 2013, Issue 4 (2013), (pp. 15-20), p. 15; *Lane*, P.: *Mediation: What’s New?*, *Advocate* (Vancouver Bar Association), Vol. 54, Issue 2 (March 1996), (pp. 197-208), p. 197.

<sup>49</sup> *Yazıcı-Tıktık*, Ç.: *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması* [Protection of Privacy in Mediation], *Istanbul*, XII *Levha*, [2013], p. 9; *Özmumcu*, S.: *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, [Understanding of Mediation in Far East and A General Overview of the Mediation Institution in the Turkish Law System], 3th Edition, *Istanbul*, [2013], p. 284; *Yıldırım*, M. K.: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Değerlendirilmesi*, [Evaluation of the Law on Mediation in Civil Disputes], in *Mediation Sempodium*, *Istanbul*, *Istanbul Bar Association Publications*, [2008], (pp. 35-80), p. 37.

tion Directive 2008/52<sup>50</sup>, the Green Book about Alternative Procedures Concerning Resolution of Disputes in Private Law and Austrian Federal Law Concerning Mediation in Legal Disputes, Germany's Bavaria's Law on Compulsory Alternative Dispute Resolution in Private Law, as well as laws of mediation of Hungary, Bulgaria and Slovakia were considered in the preparation of the Draft<sup>51</sup>. Besides these documentary sources, convening with specialists from the United States of America, the United Kingdom, Italy, Spain, and Canada and practitioners from Germany, Netherlands and Austria the developments in Comparative Law were monitored<sup>52</sup>.

Law number 6325 on Mediation in Civil Disputes (the "*Mediation Law*") regulates the rules and procedures of mediation applicable to civil disputes was published in the Official Gazette and entered into force on 22/6/2012. Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes is another ground for mediation in the Turkish law system. This regulation to set out the rules and procedures of the Mediation Law was published in the Official Gazette and entered into effect on 26 January 2013. Law on Mediation in Civil Disputes and Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes are the fundamental principles of mediation in the Turkish law system. Article 137 para I, Article 140 para II, III, and Article 320 para II of Code of Civil Procedure<sup>53</sup> includes regulations on judges to direct

<sup>50</sup> Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council on Alternative Dispute Resolution (ADR) for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC goal to provide a high level consumer protection (See *Ionescu, M. I.*: Alternative Dispute Resolution, *Lex ET Scientia International Journal*, Vol. 22, Issue 2 (2015), (pp. 89-92), p. 89).

<sup>51</sup> Özmunçu, s. 284; Yılmaz, p. 1282; Yıldırım, p. 38. For more information about the Draft Law on the Mediation in Civil Disputes see *Pekcanitez, H.*: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı-VI [Presentation of the Draft Law on Mediation in Civil Disputes], in *Law of Civil Procedure and Execution and Bankruptcy Lawyers Meeting-IV*, Ankara, [2008], (pp. 245-300).

<sup>52</sup> Özmunçu, p. 284; Akcan, R.: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler", [Some Thoughts on The Drafting of the Law on Mediation in Civil Disputes], in Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, [2008], (p. 39 et seq), p. 40.

<sup>53</sup> Published in the Official Gazette dated 12 January 2011 and numbered 27836.

to and encourage the parties to come to a peaceful agreement through mediation. Article 35/A of Attorney's Code<sup>54</sup>, is another regulation that gives the power of settling disputes<sup>55</sup>. Article 22 of Consumer Protection Law<sup>56</sup> includes the regulations on setting up arbitration committees to resolve consumers' issues through settlement and mediation<sup>57</sup>. The regulation on "mandatory mediation" set out in Article 3 of Draft Law on Labor Courts is a recent development in the Turkish law system.

In terms of mediation in the Turkish law system, regulations entered by the legislative body are legislative regulations complementing basic laws and provides a legal ground for the institution.

## B. Mediation Process in the Turkish Law System

### 1. General

According to the definition given in Article 2 para I (b) of Law on Mediation in Civil Disputes, mediation is "a method of voluntary dispute resolution system carried out with the inclusion of an independent third party; who is specially trained to convene the relevant parties by way of systemic techniques and with a view to help such parties mutually understand and reach

<sup>54</sup> Published in the Official Gazette dated 19 March 1969 and numbered 1136.

<sup>55</sup> *Ildır*, p. 139 et seq; *Tanrıver*, S.: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış" [Alternative Dispute Resolutions: Legal and Sociological View of the Institution of Mediation], in Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, [2006], (pp. 821-842), p. 825; *Yıldırım*, p. 53. The "mediation" and the "conciliation" are also included in the Law on Mediation in Civil Disputes, as well as mediation between affairs that are compatible with lawyers. On this count, the more effective use of this important competent attorney-known in Article 35/A of Attorney's Code may be the case (See also Law 4667 on mediation for Attorneys' see Özbek, M.: "Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesine Göre Arabuluculuk", ["Mediation" According to Article 35/A of the Attorney's Code], in ABD, [2001/3], p. 113 et seq).

<sup>56</sup> Published in the Official Gazette dated 06 March 2003 and numbered 4822.

<sup>57</sup> *Ildır*, p.128; *Tanrıver*, (2006), p. 825. In addition to these statutory regulations, there are also some statutory regulations in Turkish law. It is possible to express them as follows: Mediation arranged in Articles 22-23 of Collective Labor Contract Strike and Lockout Law; Mediation arranged in Article 49 para V of Notarial Act ... etc.



a resolution through a process of communication.”<sup>58</sup>. During mediation, the mediator will bring the parties together to provide the appropriate environment for resolving the dispute between them<sup>59</sup>. In this context, the mediator will be able to offer some suggestions<sup>60</sup>. However, unlike *the judge* or *the arbitrator*, the mediator will not be able to make a decision on the settlement of the dispute and will not be able to impose it on the proposed parties<sup>61</sup>. Indeed, the parties who will decide on the dispute in the mediation process<sup>62</sup>.

The parties may join the mediation negotiations personally or via their attorney specially authorities on subject of mediation<sup>63</sup> (Article 15 para VI, Mediation Law). The mediator should ensure that all parties, from the outset, duly understand the rules, process and outcomes of mediation<sup>64</sup>. The parties are free to resort to a mediator, to sustain, finalize or renounce such a process and shall agree to finalize such a dispute primarily by means of mediation. The parties won't be included, by no means, into such process and may renounce, in every stage, such solution of dispute via mediation<sup>65</sup>. Unless otherwise decided by parties, the

<sup>58</sup> See Article 4, para I, b of Regulation of the Law on Mediation in Civil Disputes.

<sup>59</sup> Lisnek, p. 16; Goss, p. 6; Scalise/Engels, p. 65, 68; Birkle, p. 75; Riskin, p. 26; Breen, p. 1014; Berger, Nr. 6-16, p. 118; Hyde, p. 57; Lane, p. 199.

<sup>60</sup> Scalise/Engels, p. 65; Dunlop, p. 1445; Riskin, p. 26.

<sup>61</sup> Scalise/Engels, p. 65; Goss, p. 5; Woodman, p. 11; Birkle, p. 75; Riskin, p. 22; Breen, p. 1014; Feinberg, p. 5, 7-8; Hyde, p. 57; Ciuca, p. 19.

<sup>62</sup> Scalise/Engels, p. 66; Riskin, p. 26; Lisnek, p. 15; Glasner Q. C., p. 726; Breen, p. 1014; Berger, Nr. 6-16, p. 118; Hyde, p. 57.

<sup>63</sup> For more information about function of lawyers in mediation process see Berger, Nr. 6-47, pp. 133-134.

<sup>64</sup> Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes Article 14 reads in full as follows: (1) “A mediator is obliged to personally and directly enlighten the parties about the fundamentals, process and judicial outcomes of mediation, in early beginning of the mediation activity. However, while carrying out such obligation, he abstains from any attitudes and behaviours letting to any doubt about his impartiality. (2) A mediator informs the parties especially about the quality and judicial outcomes of the document of understanding obtaining a nature of document in quality of court decree, which shall be issued in case the parties have agreed as result of legal disputes solved via mediation and as result of mediation activity and after the relevant court has annotated”.

<sup>65</sup> Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes Article 5 para I reads in full as follows: “The parties are free to resort to a mediator, to sustain, finalize or renounce such a



mediator is obliged to keep secret any information and documents and other secret records submitted to him in framework of mediation activity or the ones has obtained in different ways<sup>66</sup>. The mediator may talk to and communicate with the parties involved separately or altogether.

## 2. Qualifications and Appointment of a Mediator

A mediator aims to persuade the parties involved to resolve the issue amicably and help them to reach an agreement<sup>67</sup>. The qualification of an mediator plays an important role<sup>68</sup>. Therefore, it is very important that a mediator should have a good communicative skill<sup>69</sup> and a background in social studies, sociology, and psychology<sup>70</sup>.

---

process and shall agree to finalize such a dispute primarily by means of mediation. The parties won't be included, by no means, into such process and may renounce, in every stage, such solution of dispute via mediation”.

<sup>66</sup> Mediation process is confidential. For more information about “*confidentiality in mediation*” see *Petillon*, p. 937; *Dozier/Batson*, pp. 307-308; *Pryor*, W.: *Alternative Dispute Resolution*, SMU Law Review, Vol. 61, Issue 3 (Summer 2008), (pp. 519-530), p. 520; *Abernathy*, p. 30; *Goss*, p. 6; *Dunlop*, p. 1445; *Roth/Stegner*, p. 371; *Lisnek*, p. 15. And for more information about “*confidentiality agreement*” see *Feinberg*, pp. 31-33; *Eiholzer*, 1. Kapitel, Nr. 83, p. 21.

<sup>67</sup> *McAdoo*, p. 10; *Goss*, pp. 5-6; *Scalise/Engels*, pp. 65-66; *Dunlop*, p. 1444; *Birkle*, pp. 75, 77; *Riskin*, p. 22; *Lisnek*, p. 13; *Glasner Q. C.*, p. 726; *Breen*, p. 1014; *Berger*, Nr. 6-55, p. 136; *Yıldırım*, p. 59. Mediator functions as a moderator or facilitator of the parties (See *Berger*, Nr. 6-30, p. 123). And Law on Mediation for Civil Disputes provided that Article 2 para I (a): “*Mediator: A real person enrolled within the register of mediators, regulated by the Ministry, which carries out function of mediator*”.

<sup>68</sup> *Dunlop*, p. 1445; *Birkle*, p. 77; *Berger*, Nr. 6-55, p. 136; *Noll*, D. E.: *Mediation, Then Mediation*, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 14, Issue 1 (Fall 2007), p. 37. Mediators receive training in listening and reframing skills, effective techniques for process management and settlement achievement (*Lane*, p. 200).

<sup>69</sup> For example, the mediator's ability to reframe and rephrase is essential (See *Waxman*, G. L./*Press*, S.: *Mediation: Part II: Mediation in Florida*, *Nova Law Review*, Vol. 15, Issue 3 (Spring 1991), (pp. 1211-1226), p. 1215.

<sup>70</sup> *Noll*, p. 37; *Lisnek*, p. 15; *Birkle*, p. 77. In addition, a mediator must have analytical business skills and the ability to comment the misguide signals of troubled cross-cultural transmission between the parties (*Berger*, Nr. 6-57, p. 137; On the same opinion see *McGovern*, E. F.: *Strategic Mediation (The Nuances of ADR in Complex Cases)*, *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 5, Issue 4 (Summer 1999), pp. 4-12).

In the Turkish law system, the legislative body set out some regulations on the appointment of mediators<sup>71</sup>. Unless any other procedure has been decided, a mediator or mediators shall be elected by the parties<sup>72</sup>. The Turkish law system requires that in order to exercise the relevant power a mediator has to have certain qualifications such as; being a Turkish citizen, graduated from law faculty; professional experience of minimum five years, being fully competent, not already sentenced to prisons due to any intentionally committed offense, having completed the mediation education and passing successfully any written and applied examination done by the Ministry (Article 20, Mediation Law). According to Law on Mediation in Civil Disputes, a mediator is an independent real person enrolled in the register of mediation with the Ministry of Justice<sup>73</sup>.

### 3. The Fundamental Principles of Mediation

Mediators are required to follow certain principles while conducting the mediation process. These principles are “*voluntariness*”<sup>74</sup>, “*equality*”<sup>75</sup> and “*confidentiality*”<sup>76</sup>. Therefore, mediators should fulfill the duties of mediation meticulously and act impartially and respect the confidential-

<sup>71</sup> See Article 20 of Law on Mediation in Civil Disputes and Article 24 of Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes.

<sup>72</sup> Otherwise stated by the parties involved, a mediator is appointed by the parties in dispute (See *Birkle*, p. 76; *Riskin*, p. 22).

<sup>73</sup> Article 2 para I (a) of Law on Mediation in Civil Disputes and Article 4 para I (a) of Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes.

<sup>74</sup> Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes Article 5 para I reads in full as follows: “The parties are free to resort to a mediator, to sustain, finalize or renounce such a process and shall agree to finalize such a dispute primarily by means of mediation. The parties won’t be included, by no means, into such process and may renounce, in every stage, such solution of dispute via mediation”.

<sup>75</sup> Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes Article 5 para II reads in full as follows: “The parties have equal rights both during recourse and during process. Either party cannot be excluded from mediation process or his right to speak cannot be restricted compared to other party”.

<sup>76</sup> *Notter*, § 4, p. 39. Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes Article 6 para I reads in full as follows: “Unless otherwise decided by parties, the mediator is obliged to keep secret any information and documents and other secret records submitted to him in framework of mediation activity or the ones has obtained in different ways.

ity of the parties whilst conducting the mediation process (Article 9, Mediation Law). According to the principles of the voluntariness involved and equality, the parties apply to a mediator, continue the process and have it finalized or withdraw therefrom of their own free will. The parties may sign an agreement on resolving the dispute through mediation<sup>77</sup> (Article 3 para I, Mediation Law). Furthermore, a mediation process is conducted confidentially<sup>78</sup> (Article 4, Mediation Law); unless otherwise agreed by the parties in dispute<sup>79</sup>. According to Mediation Law, in a civil dispute individuals who fail to fulfill the obligation of confidentiality and cause the impairment of the legal interests of another individual might be sentenced to imprisonment up to six months<sup>80</sup> (Article 33 para I, Mediation Law).

<sup>77</sup> Yeşilürmak, A.: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Negotiation, Mediation, Expert Determination and Arbitration As Effective Means of Dispute Resolution for The Development of The Commercial Life and Investment Environment In Turkey: Problems and Suggestions for Solutions], XII Levha, April 2001, Istanbul, p. 10.

<sup>78</sup> For more information about this see *Petillon*, p. 937; *Dozier/Batson*, pp. 307-308; *Pryor*, p. 520; *Abernathy*, p. 30; *Goss*, p. 6; *Dunlop*, p. 1445; *Roth/Stegner*, p. 371; *Lisnek*, p. 15; *Berger*, Nr. 6-66, p. 141; *Feinberg*, p. 28 et seq.; *Notter*, § 4, p. 39; *Shaw*, p. 154. About confidentiality in mediation see these cases: *Paranzino v. Barnett Bank* [690 So. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997)] and *Bernard v. Galen Group*, [(901 F. Supp. 778 (S.D.N.Y. 1995)]. In both cases, parties in judicially required mediations were seriously sanctioned for breaking confidentiality in violation of mediation rules.

<sup>79</sup> The obligation for abiding by the privacy principle includes also the persons working with the mediator and the ones performing their internal education in framework of regulations related to inspection and supervision (Article 6 para IV of Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes).

<sup>80</sup> About confidentiality in mediation see these cases: *Paranzino v. Barnett Bank* [690 So. 2d 725 (Fla. Dist. Ct. App. 1997)] and *Bernard v. Galen Group*, [(901 F. Supp. 778 (S.D.N.Y. 1995)]. In both cases, parties in judicially required mediations were also seriously sanctioned for breaking confidentiality in violation of mediation rules (See *Lee, J. A./Giesler, C.*: Confidentiality in Mediation, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, pp. 285-298).

#### 4. Scope of Application of Mediation

Although the parties involved may apply to courts to settle disputes of any type between them, their freedom to seek mediation as an alternative dispute resolution (ADR) method is somehow limited. The scope of mediation set out in Law on Mediation in Civil Disputes by the legislative body is clear. Article 1 para II of Law on Mediation in Civil Disputes regulates the scope of mediation. According to the article, “*the law is applicable to the resolution of private law disputes, including those containing element of alienage, arising from matters and transactions of the parties performed of their own free will. The disputes bearing allegations of domestic violence shall in so far be inconvenient*”<sup>81</sup>. As you can see, the legislative body did not list the disputes eligible for mediation in Article 1 para II of Law on Mediation in Civil Disputes <sup>82</sup>.

A basic criterion of “*matters and transactions of the parties performed of their own free will*” was mentioned to define the disputes eligible for mediation in the Turkish law system. It is accepted in *the Turkish doctrine and in the Supreme Court application* that the disputes that the parties can

<sup>81</sup> Yıldırım, p. 55. Article 1 para II of Law on Mediation in Civil Disputes provision has been harmonized with Article 48 of the Council of Europe Convention on the Prevention and Combat against Violence Against Women and Domestic Violence.

<sup>82</sup> According to Article 1 para II of Law on Mediation in Civil Disputes, it did not choose the method of counting on which disputes the mediation could be applied (Özmumcu, p. 283). One issue that can be discussed in this point is related to the question of whether the legislator is in favor of this choice. It is an on-the-spot arrangement that, in the view of the doctrine, it is to be generally expressed in this way, instead of being counted separately for the mediator, that is convenient for mediation, to maintain its openness to evolve and change (On the same opinion see Kekeç, E. K.: Arabuluculuk Kanunu Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, [Basic Steps and Tactics in the Settlement of Disputes Through the Mediation Law], Ankara, [2011], p. 92, fn. 369; Özmumcu, p. 283). On the other hand, it would be more appropriate for the legislator to choose the method of counting what is conducive to mediation in the direction of the opposite view in his doctrine. As a matter of fact, the scope of the application of the law of mediation will become clear in this way and the parties will not hesitate to apply for mediation in terms of disputes between them and save labor and time for the reason that future discussions will end (Akcan, p. 43). *In our opinion*, the opinion of the doctrine that the lawmaker does not count individually the ones that are suitable for mediation in Turkish law and that a general criterion is correct is more accurate in terms of predicting a dynamic and immutable law.

not freely save are disputes which are considered as “public order” and that they are not suitable for mediation in this context<sup>83</sup>. Similarly, as stated in the preamble to Law on Mediation in Civil Disputes the types of civil disputes that can be settled amicably by the parties can be considered eligible for mediation, pursuant to the criterion of “... performed of their own free will”<sup>84</sup>.

The mediation process specified in the law is only applicable to the disputes related to private law. Therefore, pursuant to Law on Mediation in Civil Disputes the disputes related to administrative law or criminal procedure law<sup>85</sup> are not eligible for mediation<sup>86</sup>. However, this does not include disputes subject to penal mediation. Article 1 para II of Law on Mediation in Civil Disputes, also reads that “those containing element of alienage” so, such disputes are also eligible for mediation. This means that not only the disputes related to domestic law but also the disputes containing an element of alienage are eligible for mediation, pursuant to Law on Mediation in Civil Disputes<sup>87</sup>. The parties involved can only ap-

<sup>83</sup> Bilge, M. T.: “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, [Concept of Public Order in Terms of Law on Mediation in Civil Disputes], in Mediation for Legal Disputes Symposium- I, Sümer, İstanbul, [2014], (pp. 93-114), p. 93.

<sup>84</sup> At this point, one controversial aspect of his doctrine is related to the question of whether mediation can be pursued in terms of disputes that can be concluded by acceptance. It is important to note that the admissibility, which can be expressed in the form of a unilateral declaration of will orally or in writing to the court that the defendant has partially or completely satisfied the claim, is possible in disputes with which the parties can freely save, such as the same peace settlement. As a matter of fact, according to Article 308 para II of Law on Civil Procedure; “Acceptance will only result in a judgment on which parties can freely save.” This is because, in our view, we can speak of the possibility of mediation by acting on the grounds that only parties can be freed on disputes through acceptance (On the same opinion, see *Taşpolat-Tuğsavul*, M.: Türk Hukuku’nda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde) [Within the Framework of the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325], 1th Edition, Ankara, Yetkin, [2012], p. 109).

<sup>85</sup> As an example, see the explanation for mediation in criminal law at Swiss Law: *Schütz*, Nr. 262-264, pp. 102-103; *Bilge*, p. 104.

<sup>86</sup> *Bilge*, p. 104.

<sup>87</sup> Let’s just say that the regulation of the lawmaker in this direction is based on the UN-CITRAL Model Law, the ICC Arbitration Code, etc. As well as the possibility of re-

ply to mediation for the disputes arising from matters and transactions performed of their own free will. The matters of disputes related to public order do not comply with the criterion of “... performed of their own free will” and therefore are not eligible for mediation.

Mainly “*minor disputes*” related to private law are eligible for mediation in the Turkish law system<sup>88</sup>. The disputes eligible for mediation include (1) “Landlord-tenant relationship”, (2) “Intellectual property (IP) disputes”<sup>89</sup>, (3) “Commercial disputes”<sup>90</sup>, (4) “Industrial-labor relationship”<sup>91</sup>, (5) “Consumer disputes” and (6) “Employment disputes”<sup>92</sup> ...etc<sup>93</sup>.

---

sorting to institutional arbitration rules, which are part of the institutional arbitration bodies and which are foreign in nature. It is in our view that the lawmaker may be able to pursue mediation under the Law on Mediation in Civil Disputes in the case of disputes involving foreign elements.

<sup>88</sup> Woodman, p. 10; Ildr, pp. 126-127; Deren-Yıldırım, N.: Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, Arabuluculuk Sempozyumu, [Some Thoughts About the Mediation Institution], in Mediation Sempodium, Istanbul, Istanbul Bar Association Publications, [2008], (pp. 81-97), p. 81.

<sup>89</sup> For example, surveys make it clear that the mediation and the use of another Alternative Dispute Resolution (ADR) techniques are highly regarded by intellectual property (IP) practitioners see Beem, R./Atkins, W. P.: Alternative Dispute Resolution, American Bar Association, Section of Intellectual Property Law, Annual Report, Vol. 2004-2005, (pp. 1-4), p. 1; Blackman, S. H./McNeill, R. M.: Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes, American University Law Review, Vol. 47, Issue 6 (August 1998), pp. 1709-1734.

<sup>90</sup> Lisnek, p. 12 et seq; Abernathy, p. 29 et seq; Green, p. 281 et seq.

<sup>91</sup> See Pretorius, P.: Alternative Dispute Resolution, South African Human Rights and Labour Law Yearbook, Vol. 2, Issue (1991), pp. 264-270; Deren-Yıldırım, p. 81.

<sup>92</sup> See Hawkins, M. W.: Alternative Dispute Resolution: An Alternative For Resolving Employment Litigation and Disputes, Northern Kentucky Law Review, Vol. 20, Issue 2 (Winter 1993), pp. 493-504.

<sup>93</sup> See the explanation about mediation in private law at Swiss Law: Schütz, J. G.: Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Eine Untersuchung zur Streitbehandlungslehre: Verfahrensvergleich und- auswahl anhand gesetzlich geregelter Alternativen zum staatlichen Zivilprozess-Mediation, Schiedsgerichtsbarkeit und deren Hybridisierung, Stämpfli Verlag AG Bern, 2009, Nr. 254 et seq.



## 5. Mediation Procedure

The parties involved may agree to resort to mediation, prior to<sup>94</sup> or during the litigation process<sup>95,96</sup>. The court may also enlighten and encourage the parties to do so<sup>97</sup> (Article 13, Mediation Law). The mediator shall invite the parties involved, upon his/her appointment, to the first meeting as soon as possible<sup>98</sup> (Article 15 para I, Mediation Law).

In the case of recourse to mediation prior to a lawsuit, the mediation process shall become effective from the date of invitation to the parties involved for the first meeting and the documentation of the agreement between the mediator and the parties on the continuation of the process through a protocol<sup>99</sup> (Article 16 para I (1), Mediation Law). In the case of recourse to mediation following a lawsuit, the process shall become effective from the date of the acceptance of court's invitation to mediation by the parties involved or written declaration by the parties to the court on their agreement to enter into mediation or the writing of such declaration within the minutes during the lawsuit (Article 16 para I (2), Mediation Law). In the event that mediation is resorted pursuant to the

<sup>94</sup> Before the dispute arise, contracting parties, can draw up dispute resolution clause (*Glasner Q. C.*, p. 729; *Green*, p. 273; *Berger*, Nr. 6-39, p. 128). For example, in the United States, many joint venture agreements contain dispute resolution clause (*Green*, p. 273).

<sup>95</sup> *Dana J.*, p. 351 et seq; As an example, In the United States of America, in the *Rutigliano v. Rutigliano* case [No. A-2797-11T1, 2012 WL4855864 (NJ Sup. Ct. App. Div., Oct. 15, 2012)], after litigants reached agreement in mediation. For more information about the *Rutigliano v. Rutigliano* case see *Dozier/Batson*, p. 308.

<sup>96</sup> In the Belgian legal system, the parties can also agree to apply for mediation during voluntary mediation (*médiation volontaire*), before or during the trial (*Namlı, M.*: Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Sempozyumu, [Basic Principles of the Mediation Institution in the Belgian Legal System], in *Mediation Semposium, Istanbul, Istanbul Bar Association Publications*, [2008], (pp. 99-123), p. 102).

<sup>97</sup> *Dana J.*, p. 351 et seq.

<sup>98</sup> *Scalise/Engels*, p. 67; *Birkle*, p. 76.

<sup>99</sup> The agreement to mediate is a contract that obliges the parties to settle their dispute through mediation and not before the courts or arbitration. The agreement to mediate can be accomplished before the disputes e.g. as a mediation clause in a contract or as in our case, after the dispute has arisen (*Berger*, Nr. 6-39, p. 128). And see *Glasner Q. C.*, p. 729; *Green*, p. 273 *Berger*.

filing of the lawsuit, the adjudication shall be postponed for at most three months. Pursuant to Law on Mediation in Civil Disputes the period to ensue from the commencement of the mediation period to the completion thereof shall not be taken into account in the calculation of the period of limitation and lapse of time (Article 16 para II, Mediation Law). This period of time can be extended for a further three months upon the joint request of the parties involved (Article 15 para V, Mediation Law).

## 6. Termination of Mediation

### A. General

Mediation shall come to an end, if the parties involved reach an agreement<sup>100</sup> or the mediator decides that it is not worth the effort to continue the mediation upon consulting the parties or one of the parties declares either to the other party or to the mediator that it will withdraw from the mediation or the parties jointly agree on the termination of the mediation or it is found that the dispute is not eligible for mediation or is related to a crime which does not fall within the scope of mediation pursuant to Law on Criminal Procedure<sup>101</sup>.

### B. Agreement of the Parties at the End of Mediation

The parties involved may sign a settlement agreement, if they reach an agreement at the end of the mediation<sup>102,103</sup>. The scope of the settle-

<sup>100</sup> *Birkle*, p. 77. In most cases, mediation results in settlement (see *Scalise/Engels*, p. 68).

<sup>101</sup> Published in the Official Gazette dated 17 December 2004 and numbered 25673.

<sup>102</sup> *Shawn, J.*: The Mediation Alternative, *Family Advocate*, Vol. 13, Issue 1 (Summer 1990), (pp. 16-17), p. 17; *Namlı*, p. 109; *Birkle*, p. 77; *Lisnek*, p. 19. For more information about finality and enforceability of mediation agreements see, *Dozier/Batson*, pp. 308-309.

<sup>103</sup> *Shawn*, p. 17; *Birkle*, p. 77; *Lisnek*, p. 19; *Namlı*, p. 109. However, the parties may prefer not to provide a written statement on this issue concerning the resolution of the mediation event if they agree. As a matter of fact, the parties are totally free about the value of the solution and the agreement that arise from the mediation activity. It would be better suited to organizing texts as a result of the mediation activity, in case there is a further disagreement between them over the dispute.



ment agreement is specified by the parties at the end of the mediation<sup>104</sup>. The parties and the mediator shall sign the agreement in case such a document is drafted<sup>105</sup> (Article 18 para I, Mediation Law).

If the parties involved reach an agreement and want make an agreement in written, the format of the agreement can be plain text or an official writing<sup>106</sup>. If the text is to be certified by an official like a notary public, it will be prepared in the official format. The form and the legal qualification of the settlement prepared by the parties reached an agreement can be an important issue in the future as it will have evidential value, if the same dispute arises again. The document shall have evidential value or be enforceable<sup>107</sup>, if it is duly prepared in the form of plain text by the parties involved and meets the requirements set out in Code of Civil Procedure. If the agreement is prepared in the form of a notarial deed, it shall be regarded as a legal instrument and shall have the force of a verdict<sup>108</sup>, if meets the requirements.

### C. Enforceability of Agreement

The parties involved may request from the relevant court to enforce the agreement, if they reach a settlement and enter into an agreement at the end of mediation<sup>109</sup>. Such enforcement may be asked from the court, to be identified as per the rules on duties and mandate of courts in regard to the original dispute, if mediation is sought prior to the lawsuit<sup>110</sup>. In the case of recourse to mediation during the lawsuit, enforcement shall be sought from the court where the matter is pending. The agreement

<sup>104</sup> *Birkle*, p. 77.

<sup>105</sup> *Birkle*, p. 77, 79; *Namlı*, p. 109.

<sup>106</sup> *Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: Medeni Usul Hukuku, [Civil Procedure Law], 14th Edition, Ankara, Yetkin, [2013], s. 1104.*

<sup>107</sup> For example, if there are conditions, Article 68 of Bankruptcy and Enforcement Law document in the sense.

<sup>108</sup> See Article 38 of Bankruptcy and Enforcement Law.

<sup>109</sup> *Dozier/Batson*, pp. 308-309.

<sup>110</sup> *Deren-Yıldırım*, p. 91. In Swiss law, the parties may also request the court to annotate the agreement on the viability of the agreement document (*Yıldırım*, p. 40).

containing an annotation shall be considered a document with the force of a verdict<sup>111</sup> (Article 18 para II, Mediation Law).

Issuance of enforcement is an undisputed judgment affair and in this regard, an examination on the file is required<sup>112</sup>. In family law disputes eligible for mediation such examination is made in hearing. The scope of such examination is limited to whether the content of the agreement complies with the mediation process and meets the requirements of a compulsory enforcement.

A fixed fee shall be charged for the application to the court to enforce the agreement, as well as in the case of an appeal by the relevant party against the court's decision. A fixed stamp duty shall also be charged, if the parties involved are willing to use the agreement with no enforcement annotation for other official acts (Article 18 para III, Mediation Law).

## 7. Fees and Expenses

Mediators have the right to receive a certain fee for the mediation conducted<sup>113</sup> (Article 7, Mediation Law). Therefore, mediators are entitled to ask for a mediation fee and compensation of relevant costs in return for their services<sup>114</sup>. Mediators may also ask for an advance payment for the fees and expenses. The mediation fee is specified, unless

<sup>111</sup> *Muran, H.*: "Arabuluculuk Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır ?" [Will Mediation Reduce the Workload of the Courts or the Confidence in the Judiciary ?], in *İBD*, [2011], Vol. 85, Issue 3, (pp. 43-74), p. 69.

<sup>112</sup> *Muran*, p. 70.

<sup>113</sup> *Sarısözen, M. S.*: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu" [The Design of the Law on Mediation in Civil Disputes, Executable Certificate and Whether the Mediator Creates a Breach of the Monopoly of the Lawyer], in *EÜHFD*, Vol. XV, Issue 1-2, [2011], (pp. 255-271), p. 262; *Işık, O.*: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arabuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması" [Comparison of the Mediation Method with other Alternative Dispute Resolution Methods within the Framework of the Law on Mediation in Civil Disputes], in *Terazi HD*, December [2011], Year: 6, Issue 64, (pp. 14-24), p. 22; Özümücü, p. 334.

<sup>114</sup> For more information about the cost of the mediation services see *Lisnek*, p. 15.

otherwise agreed, according to the Mediators' Minimum Wage Tariff, effective on the date of the termination of mediation. The fee and expenses are paid in equal shares by the parties involved<sup>115</sup> (Article 7 para II, Mediation Law). The mediator shall not be paid for the intermediation for certain individuals or for recommending certain individuals as a part of the mediation process conducted. Any act in violation thereof shall be null and void (Article 7 para III, Mediation Law).

#### § IV. Conclusion

Recently, alternative dispute resolution (ADR) methods have become more popular than judicial procedures in modern procedural law. This caused an increase in the number of Alternative Dispute Resolution (ADR) methods and put the mediation process forward among those methods for various reasons. Mediation, an alternative dispute resolution method, is highly preferable and frequently used by the parties in dispute and seeking a resolution. In this respect, some technical and legislative regulations have been put into effect in the Anglo-American law system and the Continental European civil law system to institutionalize alternative dispute settlement methods. Following these developments, various regulations have been put into effect in the Turkish law system to establish methods to constitute alternatives to the concept of classical adjudication. In this respect, the adoption of Law on Mediation in Civil Disputes is the greatest step taken forward. In order to simplify and speed up trial procedures and make them efficient at lower costs within the framework of the judicial reform program, the regulations of the European Union and comparative law were studied and mediation as an alternative dispute resolution (ADR) was regulated for the first time with the Law on Mediation in Civil Disputes in the Turkish law system. Thus, In Turkish law, "features required for being a mediator, mediation

<sup>115</sup> In the Belgian legal system, as long as the parties do not agree, the mediation fee and costs will be equal to each other. In Belgian law, mediation is not a cheap way. However, those who do not have sufficient financial strength in the Belgian legal system will be able to benefit from the "legal aid" agency for the mediation activity. Here, legal aid is of two kinds as "full" and "partial". In the Turkish legal system, there is no clarity in this matter yet (Namlı, p. 110).

activity, application area of the mediation activity in Turkish law, the end of the mediation process ... etc.” issues are organized under the Law on Mediation in Civil Disputes. Then, the Regulation of Law on Mediation in Civil Disputes was put into effect. Finally, revised regulations on mandatory mediation were proposed in the Draft Law on Labor Courts. The legislative body, aims at establishing mediation, an alternative dispute resolution (ADR) method in the Turkish law system. Eventually, today we see that the implementation of the mediation institution, which has gained a legal basis, is increasing in Turkish law system. As the implementation of the mediation institution increases, the legislature may be expected to introduce a number of new regulations.

## Bibliography

- Abernathy, J. M.:** Alternative Dispute Resolution in Commercial Cases, Annual Survey of American Law Supplement, Vol. 1985, pp. 29-50.
- Akcan, R.:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı ile İlgili Bazı Düşünceler”, [Some Thoughts on The Drafting of the Law on Mediation in Civil Disputes], in Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, [2008], p. 39 et seq.
- Beem, R./Atkins, W. P.:** Alternative Dispute Resolution, American Bar Association, Section of Intellectual Property Law, Annual Report, Vol. 2004-2005, pp. 1-4.
- Berger, K. P.:** Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, Third, Revised Edition, Volume II: Handbook, Kluwer Law International, Netherlands, [2015].
- Bilge, M. T.:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, [Concept of Public Order in Terms of Law on Mediation in Civil Disputes], in Mediation for Legal Disputes Symposium- I, Sümer, İstanbul, [2014], pp. 93-114.

- Birkle, J.:** Mediation: An Effective Arm of Alternative Dispute Resolution, *Res IPSA Loquitur*, Vol. 3, pp. 78-80.
- Blackman, S. H./McNeill, R. M.:** Alternative Dispute Resolution in Commercial Intellectual Property Disputes, *American University Law Review*, Vol. 47, Issue 6 (August 1998), pp. 1709-1734.
- Breen, J. D.:** Mediation and the Magistrate Judge, *University of Memphis Law Review*, Vol. 26, Issue 3 (Spring 1996), pp. 1007-1030.
- Ciuca, L. B.:** Mediation vs. Mediation, *AGORA International Journal of Juridical Sciences*, Vol. 2013, Issue 4 (2013), pp. 15-20.
- Deren-Yıldırım, N.:** Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler, *Arabuluculuk Sempozyumu*, [Some Thoughts About the Mediation Institution], *in Mediation Symposium*, Istanbul, Istanbul Bar Association Publications, [2008], pp. 81-97.
- Dana J., H. H.:** Court-Connected Alternative Dispute Resolution in Maine, *Maine Law Review*, Vol. 57, Issue 2 [2005], pp. 349-448.
- Dozier, D. P./Batson, D. C.:** Alternative Dispute Resolution, *Environment, Energy, and Resources Law: The Year in Review*, Vol. 2012, pp. 307-312.
- Dunlop, J. T.:** The Negotiations Alternative in Dispute Resolution *Villanova Law Review*, Vol. 29, Issue 6 (1983-1984).
- Eiholzer, H.:** Die Streitbelegungsabrede, (Ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation), *Universitätsverlag Freiburg Schweiz*, 1998.
- Feinberg, K. R.:** Mediation- Preferred Method of Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 16, Issue 5 (1989), pp. 5-42.
- Feliciano Jr., S.:** Alternative Dispute Resolution, *Catholic Lawyer*, Vol. 33, Issue (1990), pp. 61-62.
- Glasner Q. C., K.:** Contract Disputes and Alternative Disputes Resolution: Some Observations, *Advocate (Vancouver Bar Association)*, Vol. 59, Issue 5 (September 2001), pp. 725-732.

- Green, E. D.:** Corporate Alternative Dispute Resolution, Ohio State Journal on Dispute Resolution, Vol. 1, Issue 2 (1986), pp. 203-298.
- Gonzales, A.:** Alternative Dispute Resolution, Brief, Vol. 32, Issue 2 (Winter 2003), pp. 4-56.
- Goss, J.:** An Introduction to Alternative Dispute Resolution, Alberta Law Review, Vol. 34, Issue 1 (1995), pp.1-33.
- Guidry, A. M.:** Alternative Dispute Resolution: Broadening The Use Through Louisiana Courts, Southern University Law Review, Vol. 19, Issue 2 (1992), pp. 403-420.
- Hawkins, M. W.:** Alternative Dispute Resolution: An Alternative For Resolving Employment Litigation and Disputes, Northern Kentucky Law Review, Vol. 20, Issue 2 (Winter 1993), pp. 493-504.
- Hyde, L. M. Jr.:** Mediation, Juvenile & Family Court Journal, Vol. 35, Issue 1 (Spring 1984), pp. 57-72.
- Ildır, G.:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler) [Alternative Dispute Resolution (Alternative Methods of Civil Procedure)], Ankara, Seçkin, June [2003].
- Işık, O.:** "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Tasarısı Çerçevesinde Arbuluculuk Yönteminin Diğer Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ile Karşılaştırılması" [Comparison of the Mediation Method with other Alternative Dispute Resolution Methods within the Framework of the Law on Mediation in Civil Disputes], in Terazi HD, December [2011], Year: 6, Issue 64, pp. 14-24.
- Ionescu, M. I.:** Alternative Dispute Resolution, Lex ET Scientia International Journal, Vol. 22, Issue 2 (2015), pp. 89-92.
- Kekeç, E. K.:** Arbuluculuk Kanunu Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, [Basic Steps and Tactics in the Settlement of Disputes Through the Mediation Law], Ankara, [2011].
- Lane, P.:** Mediation: What's New?, Advocate (Vancouver Bar Association), Vol. 54, Issue 2 (March 1996), pp. 197-208.

- Langer, R.:** The Juridication and Technicisation of Alternative Dispute Resolution Practise, *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 13, Issue 1 (Spring 1998), pp. 169-186.
- Lee, J. A./Giesler, C.:** Confidentiality in Mediation, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 3, pp. 285-298.
- Lerman, L. G.:** The Teaching of Alternative Dispute Resolution, *Journal of Legal Education*, Vol. 37, Issue 1 (1987), pp. 37-40.
- Lisnek, P. M.:** Mediation: Untangling Business Disputes Through ADR, *Commercial Law Bulletin*, (July/August 1993), pp. 12-19.
- Lominack, R. W.:** Examining Alternative Dispute Resolution in the International Business Domain, *South Carolina Journal of International Law and Business*, Vol. 1, pp. 17-26.
- Macdonnell, J. L.:** Natural Resources Dispute Resolution: An Overview, *Natural Resources Journal*, Vol. 28, Issue 1 (Winter 1988), pp. 5-20.
- Marie-Noëlle, D.:** Mediation in the Belgian Health Care Sector: Analysis of a Particular Issue- The Material Scope of Application of Mediation, *Medicine and Law*, Vol. 30, Issue 2 (June 2011), pp. 225-238.
- McAdoo, B.:** The Future of ADR: Have They Come for the Right Reason, *Journal of Alternative Dispute Resolution in Employment*, Vol. 3, Issue 2 (Summer 2001), pp. 8-11.
- McGovern, E. F.:** Strategic Mediation (The Nuances of ADR in Complex Cases), *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 5, Issue 4 (Summer 1999), pp. 4-12.
- McGovern, F. E./Hare, F. H.:** "Lessons from U.S. Alternative Dispute Resolution", in: *La médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?: Lausanne, 14 et 15 novembre 1991= "Mediation" als alternative Konfliktlösungsmöglichkeit? Lausanne, den 14. Und 15. November 1991= Mediation: an alternative method of dispute resolution? Lausanne, the 14th and 15th November 1991*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1992, pp. 165-175.



- Muran, H.:** “Arabuluculuk Mahkemelerin İş Yükünü mü Yoksa Yargıya Olan Güveni mi Azaltacaktır ?” [Will Mediation Reduce the Workload of the Courts or the Confidence in the Judiciary ?], in İBD, [2011], Vol. 85, Issue 3, pp. 43-74.
- Namlı, M.:** Belçika Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumunun Temel Esasları, Arabuluculuk Sempozyumu, [Basic Principles of the Mediation Institution in the Belgian Legal System], in Mediation Sempodium, Istanbul, Istanbul Bar Association Publications, [2008], pp. 99-123.
- Nolan, K. P.:** Litigation, Vol. 39, Issue 1 (Winter 2013), pp. 59-60.
- Noll, D. E.:** Mediation, Then Mediation, Dispute Resolution Magazine, Vol. 14, Issue 1 (Fall 2007), pp. 37-37.
- Notter, P.:** Mediation im Verwaltungsverfahren, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2013.
- Özbek, M.:** “Avukatlık Kanununun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, [“Mediation” According to Article 35/A of Attorney’s Code], in ABD, [2001/3], p. 113 et seq. (“Özbek,(2001/3”).
- Özbek, M.:** “Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi”, [Proposal of the European Council for a Mediation Directive], in AÜHFD, [2007], Vol. 56, Issue 1, pp. 183-232 (“Özbek, C. 56 S. 1, (2007”).
- Özmumcu, S.:** Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, [Understanding of Mediation in Far East and A General Overview of the Mediation Institution in the Turkish Law System], 3th Edition, Istanbul, [2013].
- Pekcanitez, H.:** “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri” [Alternative Dispute Resolutions], in HPD, December [2005], Issue 5, pp. 12-16.



- Pekcanıtez, H.:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Tanıtımı, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VI [Presentation of the Draft Law on Mediation in Civil Disputes], *in* Law of Civil Procedure and Execution and Bankruptcy Lawyers Meeting-IV, Ankara, [2008], pp. 245-300.
- Pekcanıtez, H./Atalay, O./Özekes, M.:** Medeni Usul Hukuku, [Civil Procedure Law], 14th Edition, Ankara, Yetkin, [2013].
- Petillon, L. R.:** Recent Developments in Alternative Dispute Resolution, *Pepperdine Law Review*, Vol. 14, Issue 4 (1987), pp. 929-942.
- Pretorius, P.:** Alternative Dispute Resolution, *South African Human Rights and Labour Law Yearbook*, Vol. 2, Issue (1991), pp. 264-270.
- Pryor, W.:** Alternative Dispute Resolution, *SMU Law Review*, Vol. 61, Issue 3 (Summer 2008), pp. 519-530.
- Riskin, L. L.:** The Special Place of Mediation in Alternative Dispute Processing, *University of Florida Law Review*, Vol. 37, Issue 1 (Winter 1985), pp. 19-28.
- Roth, M./Stegner, M.:** Mediation in Austria, *Yearbook on International Arbitration*, Vol. 3, pp. 367-3783.
- Sarısözen, M. S.:** “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu” [The Design of the Law on Mediation in Civil Disputes, Executable Certificate and Whether the Mediator Creates a Breach of the Monopoly of the Lawyer], *in* EÜHFD, Vol. XV, Issue 1-2, [2011], pp. 255-271.
- Scalise, D. G./Engels, J. E.:** Alternative Dispute Resolutions: a Commercial Guide for Dispute Management, *Advocates’ Quarterly*, Vol. 9, Issue 1 (February 1988), pp. 53-76.

- Schütz, J. G.:** Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Eine Untersuchung zur Streitbehandlungslehre: Verfahrensvergleich und-auswahl anhand gesetzlich geregelter Alternativen zum staatlichen Zivilprozess-Mediation, Schiedsgerichtsbarkeit und deren Hybridisierung, Stämpfli Verlag AG Bern, 2009.
- Sekaquaptewa, P.:** Tribal Courts and Alternative Dispute Resolution, Bussiness Law Today, Vol. 18, Issue 2 (November-December 2008), pp. 23-28.
- Shaw, L. M.:** ADR And The Courts: Some Emerging Issues, Journal of Contemporary Legal Issues, Vol. 3, pp. 151-156.
- Shawn, J.:** The Mediation Alternative, Family Advocate, Vol. 13, Issue 1 (Summer 1990), pp. 16-17.
- Swinson, S. K.:** Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy, Tulsa Law Journal, Vol. 36, Issue 4 (Summer 2001), pp. 813-818.
- Tanrıver, S.:** "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" [Alternative Dispute Resolution Methods in the Context of Legal Disputes and Especially Mediation], in TBBD, May-June, [2006], pp. 151-177 ("*Tanrıver*, May-June (2006)").
- Tanrıver, S.:** "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış" [Alternative Dispute Resolutions: Legal and Sociological View of the Institution of Mediation], in Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, [2006], pp. 821-842 ("*Tanrıver*, (2006)").
- Taşpolat-Tuğsavul, M.:** Türk Hukuku'nda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), [Within the Framework of the Law on Mediation in Civil Disputes No. 6325], 1th Edition, Ankara, Yetkin, [2012].
- Waxman, G. L./Press, S.:** Mediation: Part II: Mediation in Florida, Nova Law Review, Vol. 15, Issue 3 (Spring 1991), pp. 1211-1226.

- Woodman, G. R.:** The Alternative Law of Alternative Dispute Resolution, Cahiers de Droit, Vol. 32, Issue 1 (Mars 1991), pp. 3-32.
- Yazıcı-Tıktık, Ç.:** Arabuluculukta Gizliliğin Korunması [Protection of Privacy in Mediation], Istanbul, XII Levha, [2013].
- Yeşilırmak, A.:** Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri [Negotiation, Mediation, Expert Determination and Arbitration As Effective Means of Dispute Resolution for The Development of The Commercial Life and Investment Environment In Turkey: Problems and Suggestions for Solutions], XII Levha, April [2001], Istanbul.
- Yıldırım, M. K.:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Değerlendirilmesi, [Evaluation of the Law on Mediation in Civil Disputes], *in* Mediation Sempodium, Istanbul, Istanbul Bar Association Publications, [2008], pp. 35-80.

### **ONLINE SOURCES**

<http://home.heinonline.org/>  
[www.resmigazete.gov.tr/](http://www.resmigazete.gov.tr/)



# Die Verwaltungs-, Nutzungsordnungen Unter Miteigentümer

*Paylı Mülkiyette Paydaşlar Arasında Yapılan Yönetim ve  
Yararlanma Anlaşmaları*

**Dozent Dr. Sanem Aksoy Dursun\*** - **Dozent Dr. Arzu Genç Aridemir\*\***

## Zusammenfassung

In diesem Beitrag werden wir Verwaltungs-, Nutzungsordnung der Sache unter Miteigentümer behandeln. Erstens werden wir die Rechtsnatur, den Inhalt, die Form und die Beschränkung der Ordnung, zweitens die Abänderung der Ordnung untersuchen. Außerdem werden wir auch die Rechtsnatur der Vormerkung (Art.689 Abs.3, Art.695 Abs.2 t. ZGB) erklären, worüber die Miteigentümer eine Nutzungs-, Verwaltungsordnung abgeschlossen haben.

**Schlüsselwörter:** Miteigentum, Verwaltungsordnung, Nutzungsordnung, Verwaltungsbeschluss.

## Özet

Bu makalede, TMK md.689 vd. hükümlerinde düzenlenen paylı mülkiyette yönetim ve yararlanma sözleşmelerinin hukuki niteliği, geçerlilik şekli, içeriği konuları incelenecektir. Ayrıca yönetim ve yararlanma

---

\* Dozent Dr. am Lehrstuhl für Zivilrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität İstanbul [sanemad@istanbul.edu.tr].

\*\* Dozent Dr. am Lehrstuhl für Zivilrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität İstanbul [arzugenc@istanbul.edu.tr].

sözleşmelerinin tapu kütüğüne şerh edilmesini düzenleyen hükümler (TMK md.689/2, 695) de ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Paylı Mülkiyet, Yönetim Anlaşması, Yararlanma Anlaşması, Yönetim Kararı.

## I. Im Allgemeinen

Das Miteigentumsverhältnis erfordert, eine Organisation zwischen den Miteigentümern zu bilden. Die von Miteigentümer mit großer Mühe und Aufwendungen gebildete Organisation fortzusetzen ist vornehmlich wichtig. Im Gesetz gibt es miteigentumsrechtliche Vorschrift, um diese Bedürfnisse zu decken<sup>1</sup>.

Es befindet sich viele Rechtsstreiten unter Miteigentümern bezüglich der Verwaltungshandlungen und Nutzung über die gemeinschaftliche Sache. Zum Beispiel, im Falle der Bepflanzung und Verteilung der Ernte in den landwirtschaftlichen Flächen oder der Benutzung der Gebäude auf das Grundstück ist wichtig zu bestimmen, wer dazu berechtigt ist. Die Vorschriften zur Lösung dieser Probleme ist in Art.688 ff. t.ZGB/ Art.646 ff. s. ZGB<sup>2</sup> geregelt.

Unter Vorschriften im Gesetz gibt es auch eine, die Ordnung über Nutzung, Verwaltung (Art.689 t. ZGB) regelt. Die Miteigentümer können danach eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende

<sup>1</sup> Y.1.HD., 4416/5461, 10.5.2004. (Kazanıcı).

<sup>2</sup> In die Art.647-650 wurden mit dem Bundesgesetz über die Änderung des Vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 19.12.1963 neu die Art.647a-647e und Art.649a-649c eingefügt und auf die 1.1.1965 in Kraft gesetzt. Siehe für Die Verwaltungsordnung im alten schweizerischen Recht; Arthur Meier-Hayoz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, B.IV, das Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 1. Teil b.: systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art.641-654, 4.Auf., Bern, Stampfli Verlag, 1966, Art.647, N.3 ff.; Peter Tuor/Bernhardt Schnyder/Jörg Schmid, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, s.674 ff. In die Art.647 und Art.649a wurden mit dem Bundesgesetz vom 11. Dez. 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht neu die Art. 647 und 649a eingefügt, in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS 2011 4637; BBl 2007 5283).

Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren. Nach Art.695 t. ZGB ist sogar die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung und die von ihnen gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile auch für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechtes an einem Miteigentumsanteil verbindlich.

In diesem Beitrag werden wir Verwaltungs-, Nutzungsordnung der Sache unter Miteigentümer behandeln. Erstens werden wir die Rechtsnatur, den Inhalt, die Form und die Beschränkung der Ordnung, zweitens die Abänderung der Ordnung untersuchen. Außerdem werden wir auch die Rechtsnatur der Vormerkung (Art.689 Abs.3, Art.695 Abs.2 t. ZGB) erklären, worüber die Miteigentümer eine Nutzungs-, Verwaltungsordnung abgeschlossen haben.

## **II. Die Ordnung Über Die Verwaltung, Nutzung Der Sache Unter Den Miteigentümern**

### **A. Die Rechtsnatur**

Die Ordnung besteht aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Willenserklärungen der Miteigentümer. Wenn die tatsächliche fortgesetzte Nutzung eines Miteigentümers stillschweigend angenommen wird, so gilt die Ordnung als abgeschlossen<sup>3</sup>. Die Verwaltungs-, Nutzungsordnung kann nur mit der Zustimmung von allen Miteigentümern abgeschlossen werden<sup>4</sup>. Sobald einer oder mehrere Miteigentümer daran nicht teilnehmen wollen, kommt der Vertrag nicht zu Stande.

<sup>3</sup> Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s.313. Y.14.HD, 3345/3709, 16.9.1975. (YKD, 1976/1, s.81).

<sup>4</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun Aile –Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.306; Tuor/Schnyder/Schmid, s.675; Jürg Schmid, "Formelle Aspekte der Willensäußerungen bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, ZBGR 88/2007, s.439.

Diese Ordnung unter Miteigentümer wird als Vertrag betrachtet<sup>5</sup>. Der Vertrag wird nicht als obligationsrechtlicher Vertrag, sondern als sachenrechtlicher Vertrag bezeichnet. Deshalb finden die Vorschriften im Obligationsrecht entsprechende Anwendung auf diesen sachenrechtlichen Vertrag. Außerdem ist der Vertrag gesellschaftsvertragsähnlicher Inhalt<sup>6</sup>. Es steht im Bereich des Vertragsfreiheit. Damit sind Miteigentümer frei, die Verträge abzuschließen, soweit sie auf zwingenden Vorschriften und allgemeinen Rechtsgrundsätze (wie BK Art.19-20, MK Art.2, 23) achten<sup>7</sup>. Die gesetzlichen Vorschriften zwischen Art.690-694 t. ZGB kommen zur Anwendung, wenn unter Miteigentümer (Art.689) keine Verwaltungs-, Nutzungsordnung vereinbart worden ist<sup>8</sup>.

Dieser mehrseitige Vertrag ist ähnlich wie der Verwaltungsplan (Art..28 Abs.1 t. Stockwerkeigentumsgesetz) im Stockwerkeigentum<sup>9</sup>. Die Ordnungen sind nicht nur für die Miteigentümer oder Stockwerkeigentümer verbindlich, die die Ordnung abgeschlossen haben, sondern auch für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers oder Stockwerkeigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechtes an einem Miteigentumsanteil<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Christof Brunner/ Jürg Wichter mann, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Herausg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser, 4. Auflage, Helbing Verlag, 2011, N.22; Arthur Meier-Hayoz, schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, B.IV, das Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 1. Teil b.: systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art.641-654, 4.Auf., Bern, Staempfli Verlag, 1966, Art.647, N.37; İlker Öztaş, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 244.

<sup>6</sup> Yıldırım Keser, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim, Bilge Yayınevi, Ankara 2006, s.75; Meier-Hayoz, Art.647, N.37; Abdülkadir Arpacı, Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, Kazancı Yayınları, İstanbul 1990, s.59; A. Lâle Sirmen, "Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 730.

<sup>7</sup> Brunner/ Wichter mann, Art.647, N.24; Robert Haab/August Simonius/ Werner Scherrer/ Dieter Zobl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641 bis 729, Zurich, Schulthess, 1977, Art.647, N.1. BGE 111 II 330, 336 vd.

<sup>8</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.16; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.647, N.2.

<sup>9</sup> Kılıçoğlu, s.306; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.314, fn.155; Öztaş, s.245.

<sup>10</sup> Sehe Für die Verwaltungsplan im Stockwerkeigentum: Abdülkadir Arpacı, Türk Huku-



Die Verwaltungs-, Nutzungsordnungen sind unterschiedlich von den Beschlüssen. Im Hinblick auf die Vorschriften Art.689-695 t. ZGB versteht man unter dem Begriff „Beschluss“ entweder „Verwaltungsbeschluss“ oder „gerichtliche Entscheidung“.

Der Verwaltungsbeschluss wird als ein Rechtsgeschäft bezeichnet, der aus den nötigen und auf eine bestimmte rechtliche Wirkung gerichteten Willenserklärungen von Personen in einer persönlichen Gemeinschaft besteht<sup>11</sup>. Gemäß Art.690-692 t. ZGB können die Miteigentümer ein Verwaltungsbeschluss fassen, wenn eine Verwaltungsordnung fehlt, oder die keine Vorschrift über das Problem unter Miteigentümer enthält<sup>12</sup>. Der Gesetzgeber bestimmt nach der Erheblichkeit der Verwaltungshandlungen<sup>13</sup>, wie die Miteigentümer den Beschluss fassen sollen<sup>14</sup>. Danach unterteilt das Gesetz die Verwaltungshandlungen als gewöhnliche Verwaltungshandlungen, die jeder Miteigentümer allein vornehmen kann (Art.690 t. ZGB)<sup>15</sup>, als wichtige Verwaltungshandlungen, die mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer, die zugleich den größeren Teil der Sache vertreten, ausgeführt werden können<sup>16</sup>, und

---

kuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayinevi, İstanbul 1984, s.49 ff.

<sup>11</sup> Oğuzman/Barlas, s.122; Meier-Hayoz, Art.647, N.16.

<sup>12</sup> Aydın Aybay/ Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, § 16, N.13; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.103 ff.

<sup>13</sup> Nach Haab nach dem Besonderheit des konkreten Falls eine Verwaltungshandlung wird als ungewöhnliche oder wichtigere Verwaltungshandlung bezeichnet. Die Wichtigkeit dieser Auffassung liegt unter Auslegung Art.690 Abs.2 t. ZGB. Sehe: Haab, Art.647, N.3.

<sup>14</sup> Brunner/ Wichtermann, Art.647 N.32-34; Rey, s.179; Meier-Hayoz, Art.647, N.18 ff.; Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, s.411 vd.

<sup>15</sup> Brunner/ Wichtermann, Art.647a ZGB, N.3; Akipek/Akıntürk, s.395; Aybay/Hatemi, § 16, N.14; Eren, 103; Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, B.I, zweite, überarbeitete Auflage, Bern, Staempfli, 2000, s.172 ff.; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.647, N.3.

<sup>16</sup> Akipek/Akıntürk, s.395; Aybay/Hatemi, § 16, N.15; Eren, 105; Rey, s.174-175; Brunner/Wichtermann, Art.647b, N.1. Im Verhältnis zum t. ZGB wird im s. ZGB die bauliche Maßnahme anders geregelt. Die bauliche Maßnahme, die als notwendige, nützliche und Luxus klassifiziert sind, wird umfassend geordnet. (Art.647 c, d, e ZGB). Für die notwendige und nützliche bauliche Maßnahmen ist nötig qualifizierte Mehrheit, aber für die luxuse Zustimmung alle Miteigentümer (Art.647 e. ZGB). Sehe: Brunner/Wichtermann, Art.647a ZGB, N.3; Rey, s.175 ff.; Meier-Hayoz, Art.647, N.28; Tuor/

als ungewöhnliche Verwaltungshandlungen, die nur mit Zustimmung aller Miteigentümer vorgenommen werden<sup>17</sup>. Die Beschlüsse werden im Rahmen der erforderlichen Zustimmungen nach der Erheblichkeit der Verwaltungshandlungen verändern, wobei die Verwaltungsordnungen trotzdem nur mit Zustimmung aller Miteigentümer abgeschlossen werden können. Wenn es sich um eine wichtige Verwaltungshandlung zum Beispiel handelt und die Miteigentümer darüber nichts vereinbart haben, erfordert der Beschluss eine qualifizierte Mehrheit (Art.691 Abs.1 t. ZGB). Die Willenserklärungen in den Verwaltungsbeschlüssen sind auf die gleiche rechtliche Wirkung gerichtet, während die Verwaltungs-, Nutzungsordnungen aus den gegenseitigen Willenserklärungen der Miteigentümer entstehen und daher als Vertrag qualifiziert werden.

Das Begriff „gerichtliche Entscheidung“ kommt in zwei verschiedene Vorschriften vor. Und zwar in der Art.691 Abs.3 und in der Art.693 Abs.2 t. ZGB. Art.691 Abs.3 t. ZGB behandelt, dass das Gericht im Falle von der Gleichheit der Miteigentümer und der Teile<sup>18</sup> auf Anspruch eines Miteigentümer unter Berücksichtigung der Interesse aller Miteigentümer nach Recht und Billigkeit beurteilen kann (Art.691 Abs.3 t. ZGB).

---

Schnyder/Schmid, s.675-676; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.647, N.5. Aber im türkischen Zivilgesetzbuch wird die luxuse bauliche Maßnahmen als ungewöhnliche Verwaltungshandlungen bezeichnet.

<sup>17</sup> Akipek/Akıntürk, s.395; Aybay/Hatemi, § 16, N.17; Eren, s.107 ff. Aber im schweizerischen Recht handelt es sich um unterschiedliche Vorschriften, denen der Gesetzgeber ungewöhnliche Verwaltungshandlungen nicht erwähnt, sondern die im türkischen Zivilgesetzbuch als ungewöhnliche Verwaltungshandlung geregelten Handlungen im schweizerischen Zivilgesetzbuch unter zwei verschiedene Vorschriften bestimmt wird: „Verfügung über die Sache“ (Art.648 s. ZGB) und die luxuse bauliche Maßnahmen (Art.647e s. ZGB). Für ausführliche Hinweis sehe: Bernhard Schnyder/Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, von Peter Tour, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995, § 89, s. 675; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.647, N.3 ff., Art.648, N.1 ff. sehe für die Kritik der gesetzlichen Vorschriften und eine unterschiedliche Meinung darüber, dass es nötig ist, Begriff „die Einstimmigkeit erforderten Handlungen“ oder „ungewöhnliche Handlungen“ Anstatt der Begriff „Ungewöhnliche Verwaltungshandlungen“ zu gebrauchen: Abdülkadir Arpacı, Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul, Bedir Yayinevi, 1984, s.13.

<sup>18</sup> Wenn die Mehrheit der Miteigentümer und Teile nicht erreicht wird, finden auch Art. 691 Abs.3 t. ZGB Anwendung (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.316). Sehe. Y.14. HD., 1988/9146, 1989/1851, 23.2.1989.

Gemäß Art.693 Abs.2 t. ZGB kann auch das Gericht den Rechtsstreit zwischen Miteigentümer über die Nutzung oder Benutzung der Sache lösen, und somit den Nutzungs-, oder Benutzungsart der Sache bestimmen<sup>19</sup>. Wenn darüber hinaus ein Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer nicht vorhanden ist, kann jeder Miteigentümer eine Klage auf richterliche Verwaltungsordnung verlangen<sup>20</sup>.

Der türkische Gesetzgeber hat die Begriffe ohne Sorgfalt gebraucht. Zum Beispiel, in Art.689 t. ZGB wird der Begriff "Vereinbarung" benutzt, wobei in Art.695 t. ZGB als Begriff, "Beschlüsse" und "Ordnung" bevorzugt. Es ist nicht leicht zu bestimmen, was unter dem Begriff der „Beschlüsse“ in Art.695 Abs.2 verstanden werden soll. Unserer Meinung nach wird auch hier anstatt „gerichtlicher Entscheidung“, „Vereinbarung und Verwaltungsbeschluss unter Miteigentümer“ gemeint<sup>21</sup>.

## B. Die Form

Nach Art.11 t. OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Die Regel in Art.11 OR findet auf sachenrechtlichen Verträge analog Anwendung (Art. 5 t. ZGB). Weil im Gesetz für Verwaltungs-, Nutzungsordnung keine Formvorschriften aufgeführt sind, können die Nutzung- und Verwaltungsordnungen formlos abgeschlossen werden<sup>22</sup>.

Es ist aber in der Praxis für die Nachweisung empfehlenswert, diese Verträge schriftlich abzuschließen. Wenn die Ordnung außerdem im Grundbuch vorgemerkt werden soll, ist die Beglaubigung der Unterschriften durch den Notar (Art.689 Abs.3 t. ZGB) erforderlich<sup>23</sup>. Die Beglaubigung der Unterschriften durch den Notar ist keine Gültig-

<sup>19</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.323-324.

<sup>20</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.27. Sehe Oben fn.15.

<sup>21</sup> Sehe unten II E.

<sup>22</sup> Keser, s.71; Kılıçoğlu, s.306; Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s.58; Meier-Hayoz, Art.647, N.32. Y.14.HD., 7112/9229, 10.10.1994. Andere Meinung: Aybay/Hatemi, § 16, N.12. BGE 20.2.2006, 4C.388/2005, 23.12.2002, 5C.232/2002.

<sup>23</sup> Kılıçoğlu, s.307.

keitsvoraussetzung, sondern eine Voraussetzung für die Vormerkung<sup>24</sup>. Ansonsten kann die Verwaltung, Nutzungsordnung kann im Grundbuch nicht vorgemerkt werden, was dazu führt, dass die Verwaltung, Nutzungsordnung dann nur unter den Miteigentümer verbindlich ist, nicht für die Rechtsnachfolger.

## **C. Der Inhalt**

### **1. Im Allgemeinen**

Der Art.689 Abs.1 t. ZGB ist von dispositiver Natur<sup>25</sup>. Mit anderen Worten, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, gelten die Vorschriften zwischen Art. 690-694 t. ZGB<sup>26</sup>. Allerdings können die Parteien im Rahmen des Art.689 t. ZGB eine Ordnung für die Verwaltung und Nutzung vereinbaren.

Der Inhalt der Vereinbarung kann nach verschiedenen Kriterien analysiert werden<sup>27</sup>. Wir werden die Angelegenheit zu untersuchen, unter Berücksichtigung der Konzepte der Verwaltung und Verwendung.

### **2. Der Inhalt bei der Verwaltungsordnung**

Unter der Begriff „Verwaltung“ versteht man Geschäftsführung im gemeinschaftlichen Interesse. Die Verwaltung enthält der Natur und wirtschaftlichen Bestimmung der gemeinschaftlichen Sache dienenden Regeln tatsächlicher (Reparaturen, Durchführung von Umbauten) oder rechtlicher Art (Vermietungen, Verpachtungen)<sup>28</sup>. Es wird durch die überwiegende Lehre angenommen dass, die Übertragung der Sache

---

<sup>24</sup> Sirmen, s.730.

<sup>25</sup> Rey, s.179.

<sup>26</sup> Jale Akipek/ Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, 2009, s. 394.

<sup>27</sup> Sehe: Öztaş, s.246 ff.

<sup>28</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.2; Gürsoy/Eren/Cansel, s.411.

oder wesentliche Zwecksänderung der Sache nicht zu den Verwaltungshandlungen gehören<sup>29</sup>.

Nach Art.690 Abs.2 t. ZGB/Art.647a Abs.2 s .ZGB kann mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer die Zuständigkeit zu diesen Verwaltungshandlungen unter Vorbehalt der Bestimmungen des Gesetzes über die notwendigen und dringlichen Maßnahmen anders geregelt werden. Haben sie im Hinblick auf die Zuständigkeit zu den gewöhnlichen Verwaltungshandlungen andere Bestimmung geregelt, so gilt sie als Verwaltungsbeschluss, aber nicht Verwaltungsordnung. Die Bestimmung enthielt nur die Veränderungen der Zuständigkeit. Zum Beispiel, die Miteigentümer können für die gewöhnliche Verwaltungshandlung die Zustimmung der Mehrheit oder Einstimmigkeit der Miteigentümer unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Gesetzes über die notwendigen und dringlichen Maßnahmen annehmen. Darauf findet hier die Bestimmungen der Verwaltungsbeschlüsse Anwendung<sup>30</sup>.

Vereinbaren die Miteigentümer die Zuständigkeit der wichtigen oder ungewöhnlichen Verwaltungshandlung, dann sollen sie eine Ordnung abschließen<sup>31</sup>. Sie können natürlich auch andere Verwaltungshandlungen außerhalb Zuständigkeit vereinbaren. Beispielsweise, sie können vereinbaren, dass sie die gemeinschaftliche Sache unter der Bedingung der Einstimmigkeit aller Miteigentümer vermieten werden, oder dass jeder Miteigentümer oder allein ein Miteigentümer zur Änderung der Benutzungsweise befugt ist. Außerdem sie können ein oder einige Miteigentümer oder eine Dritte befugen, um die gemeinschaftliche Sache zu verwalten<sup>32</sup>. Daraus ergibt sich, dass die Miteigentümer aufgrund der Vertragsfreiheit zu alle Bestimmungen im Rahmen der Verwaltungshandlung berechtigt ist.

<sup>29</sup> Arpacı, Eşya Hukuku, s. 115; Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s. 101ff.; Öztaş, s.185. Andere Meinung; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.319 ; Aybay/Hatemi, s.149; Gürsoy/Eren/Cansel, s.416; Keser, s.25.

<sup>30</sup> Rey, s.179.

<sup>31</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.415.

<sup>32</sup> Ferit Hakkı Saymen/ Halit Kemal Elbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963, s.241; Gürsoy/Eren/Cansel, s.411.

### 3. Der Inhalt bei der Nutzungs-, Benutzungsordnung

Wie wir oben erwähnt haben, in der Ordnung können die Miteigentümer auch Regelungen über die Nutzung und Benutzung der Sache treffen. Die Benutzung ist eine besondere Art der Nutzung<sup>33</sup>. Unter der Nutzung über Sache ohne Benutzung versteht man die Beteiligung an der Nutzung der natürlichen und zivilen Früchte<sup>34</sup>. Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist. ( Art. 693 Abs.1 t. ZGB; Art. 648 Abs.1 s. ZGB).

Gemäß Art. 689 Abs.1 t. ZGB können die Miteigentümer eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung über die Nutzung des Miteigentums vereinbaren<sup>35</sup>. Zum Beispiel, die Miteigentümer können vereinbaren, dass jeder Miteigentümer ein Teil des gemeinschaftlichen Gebäudes oder Grundstücks benutzt<sup>36</sup>. Sie können sich auch über eine zeitliche Beschränkung einigen<sup>37</sup>. Sie werden darüber hinaus abschließen können, dass mit dem Miteigentumsanteil ein Vorrecht der einzelnen Miteigentümer verbunden sein soll, einzelne Räume des gemeinschaftlichen Gebäudes oder gemeinschaftlichen Bodenflächen exklusiv zu gebrauchen und zu nutzen<sup>38</sup>. Wenn er solches Vorrecht einem Miteigentümer zusteht, ist er befugt, einzelne Räume zu vermieten oder verpachten<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s.7; Arpacı, Eşya Hukuku, s.106.

<sup>34</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 320; Rey, s.171; Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s.11; Arpacı, Eşya Hukuku, s.106-107; Meier-Hayoz, ZGB, N.11, Art.648; Saymen/Elbir, s.246; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.648, N.3.

<sup>35</sup> Rey, s.171. Es gab keine solche Vorschrift im alten türkischen Zivilgesetzbuch. Aber nach Ansicht der Lehre war es möglich, eine Ordnung unter Miteigentümer abzuschließen. Sehe: Arpacı, Eşya Hukuku, s.108; Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s.58; Oğuzman/Seliçi, Eşya Hukuku, 5. Auflage, İstanbul 1988, s.289, fn.112

<sup>36</sup> Y.1.HD., 7875/9071, 28.9.1976.

<sup>37</sup> Meier-Hayoz, Art.648, N.14; Gürsoy/Eren/Cansel, s.418; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Art.648, N.4.

<sup>38</sup> Brunner/Wichtermann, 647 N.14; Rey, s.171.

<sup>39</sup> Y. 1.HD., 1984/6776, 1985/6721, 27.5.1985. Sehe: Ş. Barış Özçelik, "Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi", [www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1944.../Ankara Barosu Dergisi/2009.2.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1944.../Ankara-Barosu-Dergisi/2009.2.pdf). (15.4.2011).

In der Türkei kommt es nicht selten vor, dass ein Miteigentümer an eigene Stelle ein Gebäude erbaut, und es benutzt, als ob man einzelnes Eigentum an der hätte. Daraus ergeben sich viele Probleme, mit der sich das Kassationsgericht auseinandersetzen sollte. Es kann vorkommen, dass die Miteigentümer zwar keine ausdrückliche Nutzungsordnung vereinbart haben, jedoch eine tatsächliche Nutzung fortsetzen, gegen die kein Miteigentümer Widerspruch erhoben hat. Das Kassationsgericht bezeichnet solch eine dauerhafte Haltung als stillschweigende Vereinbarung<sup>40</sup> und streicht die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen ab. Wenn die Miteigentümer ein Grundstück eingeteilt haben, so dass jeder einen bestimmten Teil exklusiv benutzt hat, dann sind die Miteigentümer nicht berechtigt später dagegen Widerspruch zu erheben. Hier ist ein Widerspruch mit dem Prinzip von Treu und Glauben gegeben<sup>41</sup>. Es wird in der Lehre als Beispiel zur verdeckten Gesetzeslücke angesehen<sup>42</sup>.

#### 4. Andere Ordnungen

Die Vorschrift über Tragung der Kosten und Lasten (Art.694 Abs.1 t. ZGB, Art.649 Abs.1 s. ZGB) ist dispositiver Natur<sup>43</sup>. Die Verwaltungsausgaben, Steuern und andere Lasten ist nach dieser Vorschrift von jedem Miteigentümer im Verhältnis zu seinem Miteigentumsanteil zu erstatten, soweit die Miteigentümer darüber keine andere Regelung getroffen haben. Also sind die Miteigentümer befugt, darüber eine vom Gesetz abweichende Regelung zu treffen<sup>44</sup>. Gemäß Art. 694 Abs.2 t. ZGB, Art.649 Abs.2 s. ZGB kann der Miteigentümer, der solche Ausgaben über diesen

<sup>40</sup> Y.1.HD., 5215/6045, 17.5.1989; 6866/10997, 27.9.1993; 7875/9071, 28.9.1976; 1310/3628, 18.3.1997; 827/847, 2.2.2000; 2472/2912, 15.3.2001; 2002/13708, 2003/647, 21.1.2003; 666/1357, 6.2.2003; 10046/10049, 4.10.2004; 7664/8986, 26.9.2007. Die stillschweigenden Vereinbarungen sind für Gesamtnachfolger verbindlich. Siehe: Y.1.HD.11009/11290, 14.10.2004; 7147/8766, 20.9.2007.

<sup>41</sup> Y.6.HD., 9520/115, 19.1.2004; 135/1029, 15.2.2005; 289/2367, 6.3.2007; 2089/4823, 24.4.2007 (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>42</sup> Rona Serozan, "Kaydan Şayi – Fiilen Müstakil Arsada ve Kıymetli Evrak Deposunda ' Kendine Özgü Paylı Mülkiyet Rejimi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.1373 ff.

<sup>43</sup> Meier-Hayoz, Art.649, N.1.

<sup>44</sup> Rey, s.177.



Anteil hinaus getragen hat, von den anderen Miteigentümern nach dem gleichen Verhältnis Ersatz verlangen. Auch die genannte Vorschrift hat einen dispositiven Charakter. Also steht es den Miteigentümern zu, darüber eine andere Regelung zu treffen. Zum Beispiel, es kann vereinbart werden, dass die Steuern von einem Miteigentümer, andere Ausgaben dafür aber von dem anderen Miteigentümern getragen werden sollen. Es kann aber auch vereinbart werden, dass der Miteigentümer, der Ausgaben sein Anteil hinaus getragen hat, gegen andere Miteigentümer keinen Anspruch auf Ersatz geltend machen kann.

Die Miteigentümer können auch eine Ordnung über die Änderung im Mitgliederbestand und über die Aufhebung der Gemeinschaft, Übertragung der Sache<sup>45</sup> oder Veränderung der Zweckbestimmung (zum Beispiel ein gemeinschaftliches Haus als Büro zu benutzen<sup>46</sup>) vereinbaren<sup>47</sup>. Die Ordnung wird nicht als Verwaltungs-, Nutzungsordnung im engeren Sinne angesehen, weil hier es um keine Verwaltungshandlung im oben erwähnte Sinne<sup>48</sup> geht. Aufgrund der Vertragsfreiheit sind die Miteigentümer über die Gestaltung der Ordnung frei. Die Bestimmungen können über die Veräußerung der Anteil, die Beschränkung oder Aufhebung der gesetzlichen Vorkaufsrechte (Art.731, 733 t. ZGB/Art.680 s. ZGB) oder über die Beschränkung der Aufhebung des Miteigentums (Art. 698 t. ZGB/Art.650 s. ZGB) sein. Der Miteigentümer kann sich zum Beispiel verpflichten, Mandarine- und Grapefruitbaume zu pflanzen, wobei ihm der andere oder die anderen Miteigentümer dafür einen bestimmten Miteigentumsanteil übertragen. Dieser Vertrag enthält nicht nur Verwaltungshandlung, sondern auch Anteilsübertragung<sup>49</sup>. Man muss in dieser Ordnung auf die zwingende Vorschriften und Formregeln im Gesetz beachten.

<sup>45</sup> Saymen/Elbir, s.247; Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, Herausg: Gutzwiller, Hinderling, Meier-Hayoz, Merz, Piotet, Secrétan, von Steiger, Vischer, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, s. 76.

<sup>46</sup> Für ausführliche Beispiel siehe: Gürsoy/Eren/Cansel, s.417.

<sup>47</sup> Brunner/Wichtermann, Art.647, N.14.

<sup>48</sup> Sehe oben II, C, 1.

<sup>49</sup> Y.14.HD, 7112/9229, 10.10.1994.



### 3. Die Beschränkungen

Gemäß Art.689 t. ZGB/Art.647 Abs.2 s. ZBG wird der Inhalt des Verwaltungs-, Nutzungsordnung beschränkt. Somit wird es den Miteigentümern untersagt, bestimmte Befugnisse der Miteigentümer aufzuheben oder zu beschränken. Nicht aufheben oder beschaerenken können sie die jedem Miteigentümer zustehen Befugnisse<sup>50</sup>:

- a. zu verlangen, dass die für die Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache notwendigen Verwaltungshandlungen durchgeführt und nötigenfalls vom Gericht angeordnet werden;
- b. von sich aus auf Kosten aller Miteigentümer die Maßnahmen zu ergreifen, die sofort getroffen werden müssen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren,
- c. weder aufheben noch beschränken.

Der Regelungszweck bestehen darin, die Existenz und Durchsetzungsfähigkeit der Funktion der gemeinschaftlichen Sache gewährleisten<sup>51</sup>. Insbesondere kann solcher Gefahr beim Fehlen der Mehrheit der Miteigentümer entstehen. In diesem Fall kann die gemeinschaftlichen Sachen erheblichen Schaden erfahren und somit Wertverlust leiden oder ihre Funktion verlieren. Diese Befugnisse öffnet den einzelnen Miteigentümern die Möglichkeit, in einer derartigen Gefahr sich gegen den Willen aller übrigen Miteigentümer durchzusetzen und den Schutz zu verwirklichen. Es handelt sich um unverzichtbare Rechte des einzelnen Miteigentümers, die durch die vereinbarte Verwaltungsordnung nicht abweichend geregelt werden können<sup>52</sup>.

Im ersten Fall kann jeder Miteigentümer nicht nur die notwendige Verwaltungshaltung durchsetzen, sondern auch vom Gericht verlangen,

<sup>50</sup> Kılıçoğlu, s.306; Keser, s.73 ff.

<sup>51</sup> Brunner/ Wichterlich, 647 N.48.

<sup>52</sup> Meier-Hayoz, N.54, Art.647; Brunner/ Wichterlich, Art.647, N.46; Arpacı, Değişiklikler, s.94.

die notwendigen Maßnahmen zu treffen<sup>53</sup>. Die Ansprüche können jedoch nicht kumulativ angestellt werden<sup>54</sup>. Jeder Miteigentümer kann also entweder selbst die notwendigen Maßnahmen treffen oder sie vom Gericht ersuchen. Nach Art. Art.689 t. ZGB/Art.647 Abs.2 s. ZBG sind notwendige Verwaltungshandlungen, die *der Erhaltung des Wertes und der Gebrauchsfähigkeit der Sache* dienen. Es geht also um Verwaltungshandlungen, die vor Verschlechterung, Verwahrlosung und Zerstörung der Sache bewahren. Wenn die Sache durch Untätigkeit verschlechtert würde, kann auch die Bewirtschaftung Gegenstand einer notwendigen Verwaltungshandlung sein<sup>55</sup>.

In bestimmten Situationen kann die Sache vor Verschlechterung bewahrt werden, wenn die Maßnahmen sofort getroffen werden. Im zweiten Absatz handelt es sich also um dringliche Maßnahmen. Ohne Konsultation der übrigen Gemeinschaften kann jeder Miteigentümer selbständig die nötigen Maßnahmen ergreifen, um die Sache vor drohendem oder wachsendem Schaden zu bewahren. Jeder Miteigentümer ist berechtigt, nötige Maßnahmen zu treffen, wenn es sich um einen dringlichen Fall handelt, wo ein drohender oder wachsender Schaden eintreten soll. Diese Möglichkeit ist sowohl eine Befugnis wie auch eine Pflicht für jeden Miteigentümer<sup>56</sup>. Ob diese Voraussetzung verwirklicht ist bestimmt, sich nach objektivierten Kriterien<sup>57</sup>. Die Beweisaufnahme gehört zu dem Miteigentümer, der die Maßnahmen durchführen will<sup>58</sup>.

---

<sup>53</sup> Sehe für die Rechtstreit; Keser, s.73-74.

<sup>54</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.57; Schneider, s.92.

<sup>55</sup> Brunner/ Wichter mann, Art.647, N.50. Die notwendigen Handlungen können baulicher oder nicht baulicher Art sein. Zum Beispiel, die Reparatur der beschädigten Wand. Sehe: Öztaş, s.204 ff. Rechtsgeschäfte wie etwa die Zahlung der Schulden bereits fällig werden als notwendige Maßnahmen. Sehe: Meier-Hayoz, Art.647, N.63; Öztaş, s.204-205, f.457.

<sup>56</sup> Brunner/Wichter mann, Art.647, N.56.

<sup>57</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.76; Schneider, s.98.

<sup>58</sup> BGE 111 II 26, 30.

Es wird dabei nicht die ganze Ordnung, sondern nur diese bestimmte Vorschrift(en) der Vereinbarung unwirksam sein, die gegen Art. Art.689 t.ZGB/Art.647 Abs.2 s. ZBG verstoßen<sup>59</sup>,

## D. Die Veränderung

Die Miteigentümer haben die Möglichkeit, die vorher vereinbarte Ordnung zu verändern. Es war streitig im schweizerischen Recht, ob auch die Veränderung des vorzeitig abgeschlossenen Vertrages die Zustimmung von allen Miteigentümern bedarf oder nicht. Nach der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts wurde diese Frage bejaht<sup>60</sup>. Trotzdem gab es in der Lehre verschiedene Meinungen. So zB. in dem Fall, wo die Zustimmung von allen Miteigentümer nicht geholt werden können, weil es unmöglich ist. In dem Fall wird die Abänderung mit Mehrheit der Miteigentümer befürwortet<sup>61</sup>. Aber im Jahre 2009 wurde Art.647 ZGB revidiert<sup>62</sup>. Nach neuen Bestimmungen können die Miteigentümer eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbaren und darin vorsehen, dass diese mit Zustimmung der Mehrheit aller Miteigentümer geändert werden kann (Abs.1). Eine Änderung von Bestimmungen der Nutzungs- und Verwaltungsordnung über die Zuteilung ausschließlicher Nutzungsrechte bedarf zudem der Zustimmung der direkt betroffenen Miteigentümer (Abs.1.bis).

Unserer Meinung nach sollte auch die Veränderung der vorher abgeschlossenen Ordnung von der Zustimmung allen Miteigentümern abhängen, soweit es nicht anders geregelt wird. Allerdings ist die Abänderung der vorherige Ordnung auf eine qualifizierte Mehrheit angewiesen. Anders ausgedrückt reicht hier die Mehrheit der Miteigentümer allein nicht aus. Die zustimmenden Miteigentümer sollen zugleich den

<sup>59</sup> Aybay/Hatemi, s.133,

<sup>60</sup> BGE 103 II 76, 79 ff.

<sup>61</sup> Meier-Hayoz, N.37. Für andere Meinung: Schmid, s.446.

<sup>62</sup> Fassung gemäß Ziff. I 1 des BG vom 11. Dez. 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS **2011** 4637; BBl **2007** 5283).

größeren Teil der Sache vertreten. Falls in der Ordnung darüber nichts geregelt ist, und die Zustimmung aller Miteigentümer nicht eingeholt werden kann, dann ist jeder Miteigentümer befugt, dieser Rechtstreit vor Gericht zu tragen.

### **E. Einflüsse der Ordnung und die Vormerkung**

Nach dem Vertragsrelativitätsprinzip ist ein Schuldverhältnis aus einer Rechtsgeschäft in der Regel nur für seine Parteien verbindlich, nicht aber für Dritte. Der Gesetzgeber kann jedoch vorsehen, dass ein Schuldverhältnis auch für die Dritte verbindlich ist. Eine solche Vorschrift befindet sich im Art.695 t. ZGB<sup>63</sup>.

Die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung und die von ihnen gefassten Verwaltungsbeschlüsse sowie die gerichtlichen Urteile sind auch für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers und für den Erwerber eines dinglichen Rechtes an einem Miteigentumsanteil verbindlich (Art. 695 Abs.1 t. ZGB). Aber diese Vorschrift gilt im türkischen Zivilrecht für beweglichen Sachen oder Forderungsrechte, nicht aber für unbeweglichen Sachen<sup>64</sup>.

Im türkischen Zivilrecht befindet sich eine andere Bestimmung im Hinblick auf immobilere Sachen. Und zwar, wenn Miteigentümer die Ordnung im Grundbuch vorgemerkt haben, so ist sie auch für die Rechtsnachfolger und die Erwerber eines dinglichen Rechtes an einem Miteigentumsanteil verbindlich (Art.695 Abs.2 t. ZGB). In dieser Vorschrift werden nur "die Beschlüsse", aber nicht gerichtliche Entscheidung oder Vertrag/Ordnung erwähnt.

Der Umfang der Vorschrift ist daher in der Lehre streitig. Nach einer Meinung kann nur die Verwaltungs-, Nutzungsordnung vorgemerkt wer-

<sup>63</sup> In alten türkischen Zivilgesetzbuch gibt es keine solche Vorschrift. Aber in der Lehre ist angenommen worden, dass solche Verwaltungsordnungen war für die Rechtsnachfolger verbindlich, weil es keine öffentliche Vorschrift gab. Sehe: Arpacı, Müşterek Mülkiyet, 65-66; Arpacı, Eşya Hukuku, s.110; M. Alper Gümüş, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2007, s.158.

<sup>64</sup> Akipek/ Akıntürk, Eşya, s.400.

den<sup>65</sup>, nach einer anderen Meinung aber können sowohl Verwaltungs-, Nutzungsordnung als auch Verwaltungsbeschlüsse vorgemerkt werden<sup>66</sup>. Es wird aber auch die Meinung vertreten, dass nur die Verwaltungsbeschlüsse vorgemerkt werden können<sup>67</sup>. Nach unserer Meinung wird mit dem Begriff "Beschlüsse" nicht nur die Nutzungs-, Verwaltungsordnung, sondern auch die Verwaltungsbeschlüsse gemeint. Die Miteigentümer haben einen Anspruch auf Vormerkung der Verwaltungs-, Nutzungsordnung im Rahmen Art. 689 Abs.2 t. ZGB. Auch in Art.695 Abs.2 spricht man wörtlich von Beschluss. Aber Art.695 Abs.2 t. ZGB soll man zweckmassig auslegen. Sie sollte nicht nur auf Verwaltungsordnungen oder Verwaltungsbeschlüsse beschränkt werden. Zwischen den Einfluss der Nutzungs-, Verwaltungsordnung und Verwaltungsbeschlüsse sollte man nicht unterscheiden. Wenn die Miteigentümer unter den gesetzlichen Bedingungen einen Verwaltungsbeschluss treffen, so ist sie allerdings, wie eine Verwaltungsordnung, für alle Miteigentümer verbindlich. Falls sie diesen Beschluss im Grundbuch vormerken wollen, bedürfen sie eine Beschluss zur Vormerkung im Grundbuch, die mit Zustimmung aller Miteigentümer zustande gekommen ist. Denn die Vormerkung im Grundbuch wird als ungewöhnliche Verwaltungshandlung betrachtet<sup>68</sup>. Die in Art.689 Abs.3 t. ZGB erwähnte Vormerkungsvoraussetzungen sollen für die Verwaltungsbeschlüsse gelten<sup>69</sup>.

Die Vormerkung einer gerichtlichen Entscheidung wird nicht im Gesetz geregelt. Nach sachenrechtlichen Prinzipien lassen sich nur die im Gesetz erwähnten Forderungen vormerken<sup>70</sup>. (Art. 1009 t. ZGB) Es wird in der türkischen Lehre allgemein angenommen, dass es nicht erforderlich ist, die gerichtlichen Entscheidungen im Grundbuch vormerken

<sup>65</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.314, fn.154. Aber im schweizerischen Zivilgesetz war die Anmerkung nicht nur für die Verwaltungs-, Nutzungsordnung, sondern auch für die gerichtlichen Entscheidungen gelten. Sehe: Meier-Hayoz, Art.647, N.37.

<sup>66</sup> Gümüş, s.164; Sirmen, s.730-731; Arpacı, Değişiklikler, s.96.

<sup>67</sup> Keser, s.75.

<sup>68</sup> Für die Vormerkung des Mietvertrags sehe: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 259, fn. 128. Andere Meinung Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s. 141.

<sup>69</sup> Arpacı, Değişiklikler, s.96.

<sup>70</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 184.

zu lassen. Manche berufen sich dabei auf dem Begriff der „Parteien“ in Art 237 türkisches Zivilprozessgesetz. Danach ist eine gerichtliche Entscheidung nicht nur für die Parteien der Klage, sondern auch für die ihre Nachfolger verbindlich<sup>71</sup>.

Nach Art.689 Abs.3 t. ZGB sind für die Vormerkung der Nutzungs-, Verwaltungsordnung zwei Voraussetzungen nötig: die Beglaubigung der Unterschriften durch den Notar, Anspruch auf Vormerkung eines Miteigentümers<sup>72</sup>. Daher ist ein Vormerkungsvertrag nicht erforderlich<sup>73</sup>.

Art.695 Abs.2 t. ZGB regelt die rechtlichen Folgen der Vormerkung. Wenn die Miteigentümer eine Nutzungs-, Verwaltungsordnung abgeschlossen haben und wollen, dass diese Ordnung auch für die Rechtsnachfolger verbindlich sind, dann müssen sie es im Grundbuch vormerken lassen (Art 689 Abs.2 t. ZGB). Im türkischen Recht ist die Rechtsnatur der Eintragung streitig. Den Begriff „Vormerkung“ benutzt der türkische Gesetzgeber im Art.689 Abs.2 t. ZGB. Demgegenüber spricht der schweizerische Gesetzgeber von der „Anmerkung“ im Grundbuch<sup>74</sup>. Die Anmerkung hat keine rechtsbegründende Wirkung, der Erwerber ist schon kraft Gesetzes (Art.649a s. ZGB<sup>75</sup>) an die vereinbarte Miteigentumsordnung gebunden<sup>76</sup>. Mit anderem Worten, der Erwerber ist gebunden, ohne die vereinbarte Ordnung im Grundbuch anmerken zu lassen<sup>77</sup>.

Nach herrschender türkischen Lehre behandelt Art.695 Abs.2 t. ZGB der Vormerkungen eines persönlichen Rechts<sup>78</sup>. Aber ist in der

<sup>71</sup> Arpacı, Değişiklikler, s.96. Sehe für andere Meinung: Gümüş, s.164-165.

<sup>72</sup> Akipek, Eşya, s.316; Sirmen, s.731.

<sup>73</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 262.

<sup>74</sup> Tuor/Schnyder/ Schmid, s. 675.

<sup>75</sup> Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 11. Dez. 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2012 (AS 2011 4637; BBl 2007 5283).

<sup>76</sup> Meier-Hayoz, Art.647, N.38.

<sup>77</sup> Sehe für die Kritik über diese Lösung des Gesetzes; Meier-Hayoz, Art.647, N.40.

<sup>78</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.181; Sirmen, s.731; Gümüş, s.165.

Lehre die Wirkung der Vormerkung eines persönlichen Rechts streitig<sup>79</sup>. Im Rahmen der Vormerkung der Verwaltungsordnung hat man ausgedrückt, dass die Wirkung der Vormerkung eines persönlichen Rechts eine dingliche Wirkung hat<sup>80</sup>. Die dingliche Wirkung der Vormerkung wird im Art.695 Abs.2 t. ZGB geregelt.

Nach der anderen Meinung in der Lehre, diese Eintragung im Art.695 Abs.2 t. ZGB gilt als Anmerkung<sup>81</sup>. Der türkische Gesetzgeber handelt sich ohne Sorgfalt und verschreibt sich den Begriff "Vormerkung" anstatt des Begriffs "Anmerkung". Die Eintragungen im Grundbuch sollen als "Vormerkung" im weiteren Sinne bezeichnet werden, damit diese Verträge verbindlich sind.

Diese Eintragung (Art.695 Abs.2, 689 Abs.3 t. ZGB) wird *de lege lata* im türkischen Recht als Vormerkung verstanden. Diese Vormerkung hat eine dingliche Wirkung. Das heisst, wenn z. B. die Miteigentümer (A, B und C) mit einer Verwaltungsordnung vereinbart haben, dass ein Miteigentümer (A) berechtigt ist, jemanden das gemeinschaftliche Grundstück zu vermieten und dies im Grundbuch vorgemerkt lassen, der Mietvertrag, der A mit K abgeschlossen hat, gilt auf für D, nach einer Woche B sein Teil dem D verkauft und im Grundbuch eingetragen hat.

Der Vertrag soll aber unter Miteigentümer *de le feranda* im Grundbuch anmerken lassen. Der Vertrag unter Miteigentümer ist ähnlich für die Verwaltungsplan im Stockwerkeigentum in Bezug auf Rechtsnatur und Inhalt. Gemäß Art.28 Abs.4 t. Stockwerkeigentumsgesetz soll die Änderung der Verwaltungsplan anmerken lassen. In diesen Fällen die Anmerkung hat eine erklärende Funktion, nicht begründete<sup>82</sup>. Im Hinblick

<sup>79</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.209-210; Hatemi/Aybay, §1, N.11 ff.; Gümüş, s.103 ff.; İsmet Sungurbey, Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963, s.102 vd.

<sup>80</sup> Man spricht hier auch von Begriff "Zusätzliche Wirkung". Sehe: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.249

<sup>81</sup> Aybay/Hatemi §16 N. 12. Sehe für andere Meinung: Gümüş, s.157-158.

<sup>82</sup> Arpacı, Kat Mülkiyeti, s.74-75.



auf die Auswirkungen für Rechtsnachfolger sollten die Verwaltungsplan und Verwaltungsordnung gleiche Bestimmungen unterliegen werden<sup>83</sup>.

Gemäß § 745-746 BGB können die Miteigentümer entweder einen Verwaltungsbeschluss treffen oder eine Vereinbarung abschließen. Wenn solche Regelung beschlossen ist, *„haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands geregelt, so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger (§ 746 BGB) Im BGB § 1010 Abs.1 geregelt es ist, dass „ die Miteigentümer eines Grundstücks die Verwaltung und Benutzung geregelt oder das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, haben, so wirkt die getroffene Bestimmung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.“* Nach § 1010 Abs.2 BGB werden die in den §§ 755, 756 bestimmten Ansprüche können gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur geltend gemacht, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Die Eintragung ist nach herrschenden Meinung keine Verfügungsbeschränkung, sondern bewirkt eine Belastung des Grundeigentums, die zu anderen Belastungen im Rangverhältnis steht. Die Eintragung hat eine dingliche Wirkung<sup>84</sup>.

Entweder im türkischen Zivilgesetzbuch noch im schweizerischen Zivilgesetzbuch oder Bürgerliches Gesetzbuch gibt es keine Vorschrift darüber, dass die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung für persönlichen Rechtsinhaber auch verbindlich ist. In Bezug auf diesen Mangel bringt in der Lehre ein Vorschlag dass, dieses Problem unter eine offene Vorschrift geregelt sollte<sup>85</sup>. Auch nach unserer Meinungen wird eine Gesetzesänderung, die von den Miteigentümern vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung für persönlichen Rechtsinhaber auch verbindlich ist, gebraucht.

<sup>83</sup> Öztaş, s.300; Gümüş, s.166-167.

<sup>84</sup> Jörg Fritzsche, Beck'scher Online-Kommentar, Herausgeber: Bamberger/Roth, 41. Edition, § 1010, N.9; Karsten Schmidt, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auf., 2009, § 1010, N.1

<sup>85</sup> Arpacı, Değişiklikler, s. 96. Sehe für alte türkischen Zivilgesetzbuch: Arpacı, Eşya Hukuku, s. 123; Arpacı, Müşterek Mülkiyet, s. 73.



## Bibliographie

- Akipek, Jale / Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta, 2009.
- Arpacı, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, Bedir Yayınevi, İstanbul 1984.
- Arpacı, Abdülkadir: Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.
- Aybay, Aydın / Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Brunner, Christof / Jürg Wichtermann, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Herausg. Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser, 4. Auflage, Helbing Verlag, 2011.
- Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Fritzsche, Jörg: Beck'scher Online-Kommentar, Herausgeber: Bamberger/Roth, 41. Edition.
- Gutzwiller, Schweizerisches Privatrecht, Herausg: Gutzwiller, Hinderling, Meier-Hayoz, Merz, Piotet, Secrétan, von Steiger, Vischer, Band V/3, 1, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1988.
- Gümüş, Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2007.
- Gürsoy, Kemal T. /Fikret Eren/Erol Cansel: Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1984.
- Haab, Robert /August Simonius/ Werner Scherrer/ Dieter Zobl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band : Das Sachenrecht, Das Eigentum, Art. 641 bis 729, Zurich, Schulthess, 1977.
- Keser, Yıldırım: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim, Bilge Yayınevi, Ankara 2006.
- Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanun'umuzun Aile –Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.

- Meier-Hayoz, Arthur: Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, zum schweizerischen Privatrecht, B.IV, das Sachenrecht, 1. Abt., Das Eigentum, 1. Teil b.: systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art.641-654, 4.Auf., Bern, Stampfli Verlag, 1966.
- Oğuzman, Kemal /Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Özçelik, Ş. Barış “Paylı Mülkiyete Konu Eşyanın Kiraya Verilmesi”, [www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1944.../AnkaraBarosuDergisi/2009.2.pdf](http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/1944.../AnkaraBarosuDergisi/2009.2.pdf). (15.4.2011).
- Öztaş, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Rey, Heinz: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum Grundriss des Schweizerischen Sachenrechts, B.I, zweite, überarbeitete Auflage, Bern, Staempfli, 2000.
- Saymen, Ferit Hakkı / Halit Kemal Elbir: Türk Eşya Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1963.
- Schmid, Jürg: “Formelle Aspekte der Willensäußerungen bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, ZBGR 88/2007.
- Schmidt, Karsten: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auf., 2009.
- Schnyder, Bernhard /Jörg Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, von Peter Tour, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995.
- Serozan, Rona: “Kaydan Şayi – Fiilen Müstakil Arsada ve Kıymetli Evrak Deposunda ‘ Kendine Özgü Paylı Mülkiyet Rejimi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C.2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s.1373 ff.
- Sirmen, A. Lâle, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Paylı Mülkiyete İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Sungurbey, İsmet; Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul, 1963.
- Tuor, Peter /Bernhardt Schnyder/Jörg Schmid: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, 1995.

# **Die Zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen**

*Gerçek Kişinin Kefaleti Bakımından Getirilen Süre Sınırlaması*

***Asst. Prof. Dr. Nil Karabağ Bulut\****

## **Abstract**

In this paper, a new provision introduced by the Turkish Code of Obligations (TCO) dated 11 January 2011, which came into force on 1 July 2012, is analyzed. As per article 598/III of the TCO, the legislator limits validity of any surety granted by a natural person with ten years. It can be observed that such provision is inspired by the amendments on the article 509 of the Swiss Code of Obligations which were adopted by the Swiss legislator on 10 December 1941 and came into force on 1 July 1942. However in several aspects, the Turkish provision differs from the Swiss regulation. In light of the foregoing, the effects, the legal nature and the commencement date of the validity term prescribed by article 598/III of the TCO shall be hereby discussed with references to the Swiss law.

**Keywords:** Surety, Extension of Surety, Maximum Term, Contract Freedom, Autonomous Means of Extinction of Surety, Law of Securities, Law of Obligations.

---

\* Assistant Professor am Lehrstuhl für Zivilrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität İstanbul [nkarabag@istanbul.edu.tr].

## Özet

Bu çalışmada, 11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilerek 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilmiş yeni bir düzenlemenin incelenmesi hedeflenmiştir. Kanun koyucu TBK. m. 598/III hükmü ile gerçek kişilerin kefaletini on yıl süre ile sınırlamıştır. Bu aşamada İsviçre Borçlar Kanunu'nda 10.12.1941 tarihli Kanun ile yapılmış ve 01.07.1942 tarihinde yürürlüğe girmiş olan değişikliklerin temel alındığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte kanun koyucu TBK. m. 598/III hükmünün kaleme alınmasında mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 509 hükmünden farklı esaslar kabul etmiştir. Çalışmanın konusunu gerçek kişilerin kefaletini on yıl süre sınırlayan TBK. m. 598/III hükmü oluşturmaktadır. Bu kapsamda öngörülmuş olan on yıllık sürenin hukuki niteliği, başlangıcı ve etkilerinin yanı sıra, ayrıca İsviçre Borçlar Kanunu m. 509 hükmünden farklı olan yanları kısaca aktarılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kefalet, Kefalet Sözleşmesinin Uzatılması, Kefaletin Asıl Borçtan Bağımsız Sona Ermesi, Azami Süre, Sözleşme Özgürlüğü, Teminat Hukuku, Borçlar Hukuku.

## 1. Einleitung

Bürgschaftsvertrag ist ein Verhältnis, in dem sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners verpflichtet, für die Erfüllung der Hauptschuld persönlich einzustehen. Somit erzielt der Gläubiger seine Forderung abzusichern. Also erfordert der Bürgschaftsvertrag immer eine gültige Hauptschuld. Dieser Grundsatz wird als Akzessorietät der Bürgschaft genannt. Akzessorietät heißt, dass die Bürgschaft vom Entstehen, vom Bestand und von der Erzwingbarkeit der Hauptschuld abhängig ist. Somit folgt die Bürgschaft der Hauptschuld als Nebenrecht und teilt das Schicksal der Hauptschuld<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, Kommentar zum revidierten Bürgschaftsrecht: nach dem Bundesgesetz vom 10. Dezember 1941, Bern, 1942, erl. von Silvio Giovanoli, Art. 492 N. 2 (es wird folgend abgekürzt „BernK/Giovanoli“); **Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., herausg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel, 2007, Pestalozzi, Art. 492 N. 13, (es wird folgend abgekürzt: „BasK/

Die Akzessorietät hindert jedoch nicht, dass die Bürgschaft trotz des Weiterbestehens der Hauptschuld erlischt. Denn die Bürgschaft ist zwar von der gültigen Hauptschuld abhängig und teilt ihr das Schicksal, aber sie bedeutet auf keinen Fall dahin, dass die Bürgschaft nicht unabhängig von der Hauptschuld erlöschen kann<sup>2</sup>. Dies kann vor allem nach den im Art. 131 ff. geregelten und für alle Schuldverhältnisse vorausgesehenen allgemeinen Bestimmungen geschehen. Danach kann die Bürgschaft z.B. durch Entlassung oder Novation erlöschen, obwohl die Hauptschuld weiterbesteht. Da es nicht direkt das Thema dieser Arbeit ist, wird hier auf die Einzelheiten des selbstständigen Erlöschens der Bürgschaft nicht eingegangen. Die besondere, der Bürgschaft eigentümliche selbstständige Untergangsgründe sollten aber kurz angeblickt werden<sup>3</sup>. So z.B. regelt der Art. 598 türk. OR, das Dahinfallen der Bürgschaft. Im Art. 599 wird das Rücktrittsrecht geregelt, das ebenfalls mit dem revidierten Recht in Kraft getreten ist. Die Beendigung der befristeten Bürgschaft befindet sich in den Art. 600 türk. OR. Ein anderes Beispiel dafür kann die Art. 601 sein, in der die Beendigung der unbefristeten Bürgschaft geregelt wurde. Es sollten hier auch die beiden Regelungen der Art. 592 Abs. 4 und Art. 593 Abs. 2 türk. OR genannt werden.

Das neue türkische Obligationengesetz ist am 1. Juli 2012 in Kraft getreten. Das Bürgschaftsrecht hat durch das neue Obligationengesetz erhebliche Änderungen erfahren. Durch die Revision wurde im Bereich der Bürgschaft zum ersten Mal erzielt, die Personen vor unbedachte Bürgschaftsverpflichtungen zu beschützen. Um dies zu erreichen, wurden z.B. die Formerfordernisse in erheblichen Massen erhöht (Art. 583 OR). Insgesamt kann man zum Ausdruck bringen, dass durch das revidierte Recht die Stellung des Bürgen verbessert und dem Bürgen einen effektiveren Schutz gewährt wurde. Um dies erzielen zu können, wurde auch das Erlöschen der Bürgschaft im bestmöglichen Interesse des Bürgen wiedergeregelt. Sowie auch oben genannt, wurden dabei zwei neue selbstständige Untergangsgründe vorausgesehen, die im vorherigen Ob-

---

Pestalozzi“).

<sup>2</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 15 ff.; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 8; **Seza Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 291.

<sup>3</sup> Siehe dazu **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 19.

ligationsgesetz nicht existierten. Und zwar Dahinfallen der Bürgschaft und Rücktritt. Dabei ging der Gesetzgeber vom Bürgschaftsrecht aus, das in der Schweiz am 1. Juli 1942 in Kraft getreten ist.

Das Thema diese Arbeit ist die zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen. Die Regelung über das Dahinfallen der Bürgschaft wird im Hinblick auf ihrer Grundzüge, Anwendungsbereich und Wirkungen, sowie die Unterschiede im Hinblick auf den Art. 509 Abs. 3 schw. OR in die Hand genommen.

## 2. Die zeitliche Befristung der Bürgschaft und ihre Rolle im Bereich der Vertragsfreiheit

Der Gesetzgeber hat die Bürgschaft natürlicher Personen mit dem Art. 598/III türk. OR unter die zeitliche Befristung von zehn Jahren gesetzt. Somit wird die Bürgschaft natürlicher Personen nach Ablauf von zehn Jahren ihrer Eingehung dahinfliegen. Es wurde vorgeschrieben, dass die Bürgschaft, selbst wenn sie für eine längere Frist eingegangen worden ist, nur innerhalb dieser zehn Jahre geltend gemacht werden kann. Es sei denn, der Bürge hat sie vorher verlängert oder durch eine neue Bürgschaft ersetzt (Art. 598/IV). Gemäß dem letzten Absatz der Art. 598 OR wurde eine Verlängerung für höchstens weitere zehn Jahre erlaubt. Diese Verlängerung kann jedoch frühestens ein Jahr vor dem Dahinfliegen der Bürgschaft abgegeben werden und die Erklärung für die Verlängerung muss sich an den zwingenden Formschriften der Bürgschaft anpassen.

Gewiss ist die Bestimmung von zwingender Natur und soll im Sinne von Art. 27 türk. OR als eine Grenze der Vertragsfreiheit angesehen werden. Damit will der Gesetzgeber verhindern, dass die natürlichen Personen durch Verpflichtungen, die eine ungewisse Lage für den Verpflichteten schaffen, auf unabsehbare Zeit belastet werden<sup>4</sup>. Somit ist

<sup>4</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 22; **Emil Beck**, Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942, Art. 509 N. 52; **Gülçin Elçin Grassinger**, „Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i - İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi“, **MÜHFAD**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Symposium No: III, İstanbul, Jahr: 2011, besondere

diese Bestimmung auch hinsichtlich des Art. 23 türk. ZGB von großer Bedeutung<sup>5</sup>. Denn laut Art. 23 Abs. 2 türk. ZGB, kann sich niemand im Gebrauch seiner Freiheit in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken. Demnach kann eine für mehr als zehn Jahre abgegebene Bürgschaftsverpflichtung auch als eine Beschränkung der Freiheit angesehen werden, die das Recht verletzt<sup>6</sup>. Die gesetzliche Regelung über zeitliche Befristung der Bürgschaft natürlicher Personen gehört nämlich zum zwingenden Recht.

Es wird die Meinung vertreten, dass die Bürgschaftsverpflichtung auch ohne diese gesetzliche Maximaldauer im Betracht von Art. 23 Abs. 2 ZGB als persönlichkeitswidrig angesehen werden konnte, dass mit der Art. 598 Abs. 3 türk. OR aber jedoch Diskussionen hinsichtlich der zeitlichen Grenze vermieden worden sind<sup>7</sup>.

---

Ausgabe für die Tagung über Privatrecht, (s. 123-134), s. 132; **Mustafa Alper Gümüş**, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler Band II*, İstanbul, 2014, s. 382; **Kadir Berk Kapancı**, *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, İstanbul, 2014, s. 324; **Serkan Ayan**, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Ankara, 2013, s. 528; **Cansu Kaya Kızılırmak**, *Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri*, İstanbul Üniversitesi, Institute für Sozialwissenschaften, Dissertation, İstanbul, 2014, s. 75.

<sup>5</sup> **Beck**, Art. 509 N. 52; **Elçin Grassinger**, s. 130; **Burak Özen**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Aufl., İstanbul, 2014, s. 574, 575; **Gümüş**, Band II, s. 382; **Ömer Çınar**, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, İstanbul, 2013, s. 63, 64; **Gökhan Şahan**, *Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, Ankara, 2009, s. 142; **Mahmut Bilgen**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, 2013, s. 615; **Kapancı**, s. 323, 324; **Nil Karabağ Bulut**, *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, İstanbul, 2014, s. 169; **Kaya Kızılırmak**, s. 75 ff. Eine dergleich zeitliche Grenze wurde durch die Revision auch beim Mietvertrag in Art. 347 Abs. I aufgeführt. Siehe dazu **Grassinger**, s. 130; **Özen**, s. 574, 575; **Burak Özen**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, *İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10. Jahr, Band 10, Nummer 2, Juli 2011, (s.53-s.77), s. 68 (es wird folgend abgekürzt: “Sona Erme”); **Kapancı**, s. 324; **Gümüş**, s. 382; **Sabahattin Yürekli**, *Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 2. Auflage, Ankara, 2014, s. 133; **Karabağ Bulut**, s. 150.

<sup>6</sup> **Karabağ Bulut**, s. 170.

<sup>7</sup> **Özen**, s. 574; **Özen**, *Sona Erme*, s. 68.



In der Lehre ist umstritten, ob ein Vertrag alleine wegen ihrer Dauer unzulässig sein kann<sup>8</sup>. Die Ermessung, ob eine Verpflichtung die persönliche Freiheit in einem die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränkt oder nicht, darf auf keinen Fall unabhängig vom vereinbarten Leistungsinhalt folgen. Es kann im Voraus nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass alle Bürgschaftsverpflichtungen nach zehn Jahren die persönliche Freiheit verletzen. Dabei sollte man immer nach dem Leistungsinhalt und nach den Umständen des Einzelfalles ausgehen. Eine Bürgschaftsverpflichtung kann erst dann in sittenwidriger Weise binden, wenn sie nach dem Leistungsinhalt und nach den Umständen des Einzelfalles die persönliche Freiheit eines Vertragspartners in zeitlicher, örtlicher oder sachlicher Hinsicht in der Massen einschränkt, dass sie den Bürgen der Willkür des Gläubigers ausliefert, seine wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit aufhebt oder die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet<sup>9</sup>.

Nachdem aber der Gesetzgeber diese Höchstlaufzeit von zehn Jahren festgesetzt hat, ist jede Bürgschaftsverpflichtung die auf eine unbestimmte Zeit oder auf eine bestimmte Zeit von mehr als zehn Jahren abgeschlossen wurde, ab dem zehnten Jahr als persönlichkeitswidrig anzusehen. Es ist unbestritten, dass der Gesetzgeber mit dieser Höchstlaufzeit von zehn Jahren die persönliche Freiheit der Bürgen in Schutz nehmen will.

In der Botschaft wurde zum Ausdruck gebracht, dass man bei der Revision von Art. 598 türkisch. OR von der Art. 509 schw. OR ausgegangen ist<sup>10</sup>. Jedoch gibt es hinsichtlich des Dahinfallens der Bürgschaft zwischen den Art. 598 türk. OR und den Art. 509. schweiz. OR wesentliche Unterschiede, die im Weiteren zum Ausdruck gebracht werden.

---

<sup>8</sup> Karabağ Bulut, s. 236 ff.

<sup>9</sup> Karabağ Bulut, s. 254 ff.

<sup>10</sup> Siehe Botschaft, s. 244, (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).



### 3. Der Anwendungsbereich des Art. 598 Abs. 3 türk. OR

Die Maximaldauer von zehn Jahren wurde nur für die Bürgschaftsverpflichtungen der natürlichen Personen eingeführt. Also können sich die juristischen Personen durch eine Bürgschaft für mehr als zehn Jahren gültig verpflichten.

Nach dem Gesetz wird jede Bürgschaftsart natürlicher Personen durch den bloßen Zeitablauf von zehn Jahren dahinfallen. Es wird zwischen den Bürgschaftsarten sowie z.B. einfache Bürgschaft und Solidörbürgschaft, Bürgschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit nicht unterschieden<sup>11</sup>.

Im schweizerischen Recht beträgt die Maximaldauer der Bürgschaften von natürlichen Personen 20 Jahren (Art. 509 Abs. 3 schw. OR), wobei der türkische Gesetzgeber eine kürzere Dauer bevorzugt hat<sup>12</sup>. Hier muss man noch kurz erwähnen, dass der schweizerische Gesetzgeber dabei einige Ausnahmen vorgesehen hat, die der türkische Gesetzgeber in der Revision nicht übernahm. Diese Ausnahmen wurden in Art. 509 Abs. 3 Satz 2 aufgeführt. Nachdem wurden die Bürgschaften, die gegenüber der Eidgenossenschaft oder ihren öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, wie Zölle, Steuern und dergleichen, und für Frachten eingegangenen Bürgschaften sowie die Amts- und Dienstbürgschaften für periodisch wiederkehrende Leistungen aus der Maximaldauer ausgenommen<sup>13</sup>.

Weil der türkische Gesetzgeber weder diese noch andere Ausnahmen<sup>14</sup> vorgesehen hat, gilt die Maximaldauer von zehn Jahren für jede Art der Bürgschaftsverpflichtung von einer natürlichen Person. Auch

<sup>11</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 23; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 12; **Beck**, Art. 509 N. 54; **Grassinger**, s. 130; **Özen**, s. 577; **Özen**, Sona Erme, s. 70; **Bilgen**, s. 614, 615; **Çınar**, s. 63, fn. 214, s. 64; **Şahan**, s. 141; **Reisoğlu**, s. 295; **Nihat Yavuz**, *Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2009, s. 321; **Ayan**, s. 530; **Kapancı**, s. 324; **Gümüş**, s. 382; **Kaya Kızıllırmak**, s. 82.

<sup>12</sup> Kritisch darüber, **Reisoğlu**, s. 295, 296.

<sup>13</sup> Ausführlich dazu **Beck**, Art. 509 N. 55; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 12 ff.

<sup>14</sup> Über sie Stellung darüber, dass diese Ausnahmen im türkischen Recht nicht vorgesehen sind, siehe **Özen**, Sona Erme, s. 69; **Özen**, s. 576 ff.

Bürgschaften für periodisch wiederkehrende Leistungen werden somit durch bloßen Zeitablauf von zehn Jahren dahinfallen<sup>15</sup>.

Zuletzt ist es sinnvoll ein kurzer Überblick auf die Übergangsbestimmungen zu werfen. Das Gesetz über die Geltung und die Einführung des revidierten türkischen Obligationengesetz sieht im Art. 1 vor, dass die Tatsachen sowie der Verzug, das Erlöschen der Verpflichtungen und die Abwicklung der Rechtsgeschäfte, die nach dem Inkrafttreten des revidierten Gesetzes eintreten, dem neuen Recht unterliegen, auch dann wenn die Verpflichtungen unter dem Herrschaft des alten Rechts eingegangen sind. Im gleichen Gesetz werden in Art. 5 die Übergangsbestimmungen für die im revidierten Obligationengesetz vorgesehenen Verwirkungs- und Verjährungsfristen geregelt. Es wird im folgenden Art. 6 vorgeschrieben, dass die im Art. 5 für die Verwirkungs- und Verjährungsfristen aufgeführten Grundsätze, sinngemäßes auch für die anderen Fristen Anwendung finden werden. Ob und wie weit die zeitliche Befristung von zehn Jahren auf die Bürgschaften anwendbar sind, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingegangen wurden, wird sich nach diesem Art. 5 Abs. 2 des Geltungs- und Einführungsgesetzes bestimmen lassen.

Im zweiten Absatz der Art. 5 des Geltungs- und Einführungsgesetzes wurden die Übergangsbestimmungen für die Verwirkungs- und Verjährungsfristen geregelt, die zum ersten Mal mit dem neuen Recht eingeführt wurden. Es wurde dabei unterschieden, ob die zum ersten Mal mit dem neuen Recht eingeführten Fristen, vor dem Inkrafttretens diesem neuem Obligationengesetzes abgelaufen sind oder nicht. Bei der Feststellung, ob die zehn jährige Frist für die altrechtliche Bürgschaft vor dem Inkrafttreten des neuen Recht abgelaufen ist oder nicht, wird von dem Zeitpunkt der Annahme der Bürgschaftserklärung durch den Gläubiger ausgegangen. Anders ausgedrückt wird die zehn jährige Frist mit der Eingehung der Bürgschaft beginnen. Wenn die Bürgschaft unter

<sup>15</sup> **Kaya Kızıllırmak**, s. 82 ff., insbesondere 86, 87; Kritisch darüber **Seza Reisoğlu**, "Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi Sempozyumu", (Yürürlük), Bankacılar Dergisi, Nummer 82, Jahr 2012, İstanbul, s. 10.

der Herrschaft des alten Rechts eingegangen wurde und die zehn jährige Frist aber noch nicht abgelaufen ist, dann wird diese bestimmte altrechtliche Bürgschaft nach Ablauf der zehn Jahren seit ihrer Begründung dahinfallen<sup>16</sup>. Anders ist es aber bei den altrechtlichen Bürgschaften, die schon mehr als zehn Jahren vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingegangen wurden. In diesem speziellen Fall gewährt der Gesetzgeber den Berechtigten bzw. dem Gläubiger ein zusätzliches Jahr. Danach kann sich der Gläubiger innerhalb von einem Jahr, nach dem das neue Obligationsgesetz in Kraft getreten ist, auf ihre Rechte aus der Bürgschaft noch berufen.

Daraus folgt; Die in Art. 598 Abs. 3 türk. OR genannte Frist ist auch auf altrechtliche Bürgschaften anzuwenden. Die Frist für altrechtliche Bürgschaften wird sowie auch bei den Bürgschaften die nach dem neuen Recht begründet werden, mit der Begründung der Bürgschaft beginnen. Wenn aber die Bürgschaft vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingegangen und zehn jährige Maximaldauer am 1. Juli 2012, in dem das neue Gesetz in Kraft getreten ist, abgelaufen wurde, dann wird dem Gläubiger ein zusätzliches Jahr gewährt. In dem Fall kann der Bürge nur noch bis zum 1. Juli 2013 belangt werden<sup>17</sup>. Die Bürgschaft wird nach dieser Zeit, auch wenn sie vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingegangen wurde, dahinfallen.

#### 4. Die Ersetzung

Es steht dem Bürgen und dem Gläubiger zu, den Bürgschaftsvertrag zu jeder Zeit durch eine neue Bürgschaft zu ersetzen<sup>18</sup>. Es versteht sich aus dem Art. 598 Abs. 4 türk. OR. Bei der Ersetzung wird ein neuer

<sup>16</sup> **Ayan**, s. 536, 537; **Reisoğlu**, s. 328; **Reisoğlu**, Yürürlük, s. 10, 11; Vergleiche, **M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Band I, 11. Auflage, İstanbul, 2013, s. 627: Die Schriftsteller sind in der Meinung, dass in diesem Fall die Maximalfrist mit dem Inkrafttreten des neuen Obligationsgesetzes beginnt.

<sup>17</sup> **Ayan**, s. 536; **Oğuzman/Öz**, s. 627; **Kaya Kızılırmak**, s. 87 ff.; Vergleiche dazu, **Reisoğlu**, s. 332.

<sup>18</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 27; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 16; **Reisoğlu**, s. 297; **Özen**, s. 581; **Gümüş**, s. 385; **Ayan**, s. 534, 535.

Bürgschaftsvertrag abgeschlossen. Die Möglichkeit besteht jedoch unter Einhaltung aller entsprechenden formellen und materiellen Voraussetzungen, die für die Begründung einer neuen Bürgschaft vorausgesetzt sind<sup>19</sup>. Höchstlaufzeit von zehn Jahre gilt auch für diese neue Bürgschaftsverpflichtung.

Es wird in der Lehre für möglich gehalten, dass die Ersetzung selbst dann folgen kann, wenn die Maximaldauer von zehn Jahre noch nicht abgelaufen ist<sup>20</sup>. Der Gesetzgeber hat, anders wie bei der Verlängerung, für die Vornahme der Ersetzung keine zeitlichen Grenzen aufgeführt. Daher werden die folgenden zeitlichen Grenzen der Verlängerung hier keine Geltung finden<sup>21</sup>.

Dass für die Ersetzung der Bürgschaft keine Grenzen aufgesetzt sind, wird in der Lehre kritisiert. Vorgebracht wird dabei, dass dadurch der Zweck, dass die Bürgschaft der natürlichen Personen nur eine begrenzte Zeit Geltung finden soll, scheitern wird<sup>22</sup>.

## 5. Verlängerung der Bürgschaft

Nach dem revidierten Art. 598 Abs. 3 ist es möglich, die Bürgschaftsverpflichtung unter Erfüllung von bestimmten Voraussetzungen zu verlängern. Man kann die Verlängerung und die Ersetzung als Ausnahmen für die allgemeine Regel, dass die Bürgschaftsverpflichtung einer natürlichen Person nach dem zehnten Jahr dahinfällt, betrachten<sup>23</sup>. Gemäß Art. 598 Abs. 5 türk. OR muss die Erklärung für die Verlängerung nach den schriftlichen Formvorschriften folgen, die für die Bürgschaftsverpflichtung vorgesehen worden sind. Diese Regelung steht mit dem Art. 583 Abs. 3 türk. OR im Einklang. Nach dem Art. 583 Abs. 3 sollen nachträgli-

<sup>19</sup> BaslerK/Pestalozzi, Art. 509 N. 16; Beck, Art. 509 N.70.

<sup>20</sup> BernK/Giovanoli, Art. 509 N. 27; Beck, Art. 509, N. 70; BaslerK/Pestalozzi, Art. 509 N. 16; Reisoglu, s. 297; Gümüş, s. 385; Özen, s. 581, 582; Özen, (Sona Erme), s. 72; Çınar, s. 70; Bilgen, s. 616.

<sup>21</sup> Kaya Kızıllırmak, s. 95.

<sup>22</sup> Çınar, s. 71, fn. 243.

<sup>23</sup> Kaya-Kızıllırmak, s. 94 ff.

che Abänderungen, die die Verantwortung des Bürgen erweitern, durch die Erfüllung der zwingenden Formvorschriften folgen, die der Gesetzgeber für die Bürgschaftsverpflichtung aufgestellt hat. Im Unterschied der Art. 598 Abs. 3 türk. OR, wird in den Art. 509 Abs. 5 schw. OR die schriftliche Erklärung des Bürgen als genügend angesehen<sup>24</sup>.

Die Formulierung des Art. 598 Abs. 4 darf jedoch nicht dahin verstanden werden, dass der Bürge einseitig zur Verlängerung befugt ist. Das Dahinfallen der Bürgschaft dient zwar zum Schutz der Bürge, aber es ändert nichts daran, dass die Bürgschaftsverpflichtung durch einen Vertrag zustande kommt. Daher kann die Dauer des Vertrages nicht in das Belieben einer Partei gestellt werden<sup>25</sup>.

Eine andere Frage ist, ob für die Gültigkeit der Verlängerung die Zustimmung des Ehegatten notwendig ist. Nach dem revidierten Art. 584 türk. OR, bedarf die Bürgschaft einer verheirateten Person zu ihrer Gültigkeit die schriftliche Zustimmung des Ehegatten, wenn die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist oder die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet ist. Sie muss vorgängig oder spätestens bei der Begründung der Bürgschaft abgegeben werden. Im zweiten Absatz ist vorgeschrieben, in welchen Fällen die Zustimmung des Ehegatten für nachträgliche Abänderungen erforderlich ist. Gemäß Art. 584 Abs. 2 ist die Zustimmung des andern Ehegatten bei den nachträglichen Abänderungen dann erforderlich, wenn dadurch der Haftungsbetrag erhöht oder eine einfache Bürgschaft in eine Solidarbürgschaft umgewandelt werden soll, oder wenn durch die Änderung eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten folgt.

Die Frage wird in der Lehre unterschiedlich beantwortet. Nach einer Ansicht ist die Zustimmung des andern Ehegatten nur unter bestimmten Voraussetzungen, die im Gesetz (Art. 584 Abs. 2 türk. OR) vorgeschrieben sind, erforderlich. Wenn also in der Verlängerung der Bürgschaftsverpflichtung „eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten“ zu erblicken ist, dann bedarf sie, die Zustimmung des andern Ehegatten, um gültig zu

<sup>24</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 25; **Beck**, Art. 509 N. 67.

<sup>25</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 29; **Grassinger**, s. 130; Vergleiche dazu **Beck**, Art. 509 N.67.

sein<sup>26</sup>. Also allein die Verlängerung sollte nicht unabhängig von ihrem Inhalt und ihrer Auswirkungen als eine Abänderung angesehen werden, die auf jeden Fall die Zustimmung des Ehegatten erfordert<sup>27</sup>. Nach einer anderen Ansicht, die Vorzug verdient, bewirkt die Verlängerung in jedem einzelnen Fall eine erhebliche Verminderung der Sicherheiten und sollte daher die Zustimmung des Ehegatten erfordern<sup>28</sup>.

Die Parteien sind nicht verpflichtet, bei der Verlängerung eine bestimmte Zeit für die Bürgschaft zu vereinbaren. Wenn sie dabei keine Zeit vereinbart haben, wird die Bürgschaft zehn Jahre nach der Verlängerung dahinfallen. Denn durch die Abänderung der Zeit kann der Bürge seine Verpflichtung nur um die Maximaldauer von zehn Jahren verlängern. Wenn die Parteien bei der Verlängerung eine längere Zeit als die Maximaldauer von zehn Jahren vereinbart haben, wird der Art. 598 Abs. 4 zur Anwendung kommen<sup>29</sup> und die Bürgschaft wird hinsichtlich der Dauer teilnichtig sein<sup>30</sup>. Auch wenn es im Gesetz nicht deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist, wird eine zweite Verlängerung nicht als möglich angesehen. Somit kann die Bürgschaft einer natürlichen Person nach dem revidierten OR auf eine bestimmte Zeit höchstens für 10 Jahre abgeschlossen und ein einziges Mal für weitere zehn Jahre verlängert werden<sup>31</sup>. Unter bisher gesagtem folgt, dass die Bürgschaft einer natürlichen Person, abgesehen von der Ersetzung, längstens 20 Jahre dauern kann.

<sup>26</sup> Beck, Art. 509, N. 68; BaslerK/Pestalozzi, Art. 509 N. 16; Özen, s. 580; Özen, (Sona Erme), s. 72; Gümüş, s. 384; Kapancı, s. 327; Çınar, s. 70.

<sup>27</sup> Vergleiche dazu, Reisoğlu, s. 297; Yavuz, s. 321.

<sup>28</sup> Hüseyin Murat Develioğlu, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, s. 181; İsmail Kırca, Kefaletle Eşin Rızası, Tuğrul Ansay Armağanı, 2006, s. 435-457, s. 442; Ayan, s. 132; Kaya Kızılırmak, s. 100 ff.

<sup>29</sup> Ausführlich dazu, Kaya Kızılırmak, s. 98.

<sup>30</sup> BaslerK/Pestalozzi, Art. 509 N.15; Özen, s. 581; Gümüş, s. 384; Bilgen, s. 616; Kaya Kızılırmak, s. 93, 94.

<sup>31</sup> Özen, s. 581; Özen, (Sona Erme), s. 72; Gümüş, s. 384; Ayan, s. 534; Bilgen, s. 615; Çınar, s. 69; Kapancı, s. 327; Kaya Kızılırmak, s. 106. Im schweizerischen Recht siehe, BernK/Giovanoli, Art. 509 N. 25; Beck, Art. 509 N. 69; BaslerK/Pestalozzi, Art. 509 N.15.

Jedoch darf die Erklärung für die Verlängerung nicht früher als ein Jahr vor dem Dahinfallen der Bürgschaft abgegeben werden. Anders ausgedrückt, darf der Bürge die Erklärung für die Verlängerung erst nach Ablauf des neunten Jahres abgeben. Also kann die Zustimmung der Bürgen, die am Anfang der Bürgschaftsvertrag für die Verlängerung der Bürgschaftsverpflichtung abgegeben wurde nicht als Gültig betrachtet werden. Damit wäre nämlich die Beschränkung auf zehn Jahre wirkungslos<sup>32</sup>. Daher sollte die Verlängerung bei einer Bürgschaftsverpflichtung, die auf eine bestimmte Zeit von weniger als zehn Jahre eingegangen wurde, ebenfalls nicht früher als ein Jahr vor dem Ablauf der bestimmten Zeit verwirklicht werden. So z.B. kann die Verlängerung bei einer Bürgschaft, die für fünf Jahren eingegangen wurde, erst nach Ablauf des vierten Jahres vorgenommen werden<sup>33</sup>. Auf der anderen Seite wird der Verlängerung nur Wirkung anerkannt, wenn sie bei der Bürgschaft auf unbestimmte Zeit vor Ablauf der zehn jährigen Frist vorgenommen ist. Demgemäß sollte die Verlängerung bei einer Bürgschaft auf bestimmte Zeit vor Ablauf der vorgesehenen Zeit folgen<sup>34</sup>. Denn nach Ablauf der zehn jährigen Frist oder aber auch nach Ablauf der bestimmten Zeit wird die Bürgschaft dahinfallen<sup>35</sup>. Son kann an einer Verpflichtung, die nicht existiert, keine Abänderungen vorgenommen werden. Hier kann man höchstens eine neue Bürgschaft eingehen.

## 6. Geltendmachung der Bürgschaft

Der Gläubiger kann den Bürgen so lange belangen, bis die Bürgschaft dahingefallen ist. Dieser Grundsatz gilt auch wenn die Voraussetzungen der Geltendmachung innerhalb der maximalen Dauer von zehn Jahre nicht gegeben sind. So z.B. wenn die Hauptforderung erst nach Ablauf der Maximaldauer fällig wird.

<sup>32</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N.25; **Özen**, s. 580, 581; **Ayan**, s. 534; **Kapancı**, s. 326; **Kaya Kızılrırmak**, s. 102 ff.

<sup>33</sup> **Kaya Kızılrırmak**, s. 102.

<sup>34</sup> **Beck**, Art. 509, N. 68; **Özen**, s. 581; **Özen**, (Sona Erme), s. 72; **Gümüş**, s. 384; **Ayan**, s. 534;

<sup>35</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 26.



Der schweizerische Gesetzgeber hat für die beschriebenen Fälle Ausnahmen vorgesehen, in dem der Gläubiger den Bürgen vorzeitig belangen kann<sup>36</sup>. Somit wurde in Art. 509 Abs. 4 schw. OR dem Gläubiger die Möglichkeit der vorzeitigen Geltendmachung der Bürgschaft eingeräumt. Es lautet: *“Während des letzten Jahres dieser Frist kann die Bürgschaft, selbst wenn sie für eine längere Frist eingegangen worden ist, geltend gemacht werden, sofern der Bürge sie nicht vorher verlängert oder durch eine neue Bürgschaft ersetzt hat”*. Man muss im Voraus sagen, dass diese Regelung auf die Bürgschaften, die für eine kürzere Dauer als 20 Jahre<sup>37</sup> eingegangen sind, keine Anwendung findet<sup>38</sup>. Denn hier geht es um eine Bürgschaft die auf eine bestimmte Zeit eingegangen wird. Nach dem schweizerischen Obligationenrecht wird in diesem Fall Art. 510 Abs. 3 schw. OR Anwendung finden. Der Art. 510 Abs. 3 schw. OR lautet: *“Ist die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit eingegangen, so erlischt die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung verfolgt”*. Also wird der Art. 509 Abs. 4, sobald nicht die Spezialfälle von Abs. 6 vorliegen, nur in den Fällen Anwendung finden, in der die Bürgschaft entweder auf eine unbestimmte Zeit oder auf eine bestimmte Zeit von mehr als zwanzig Jahre eingegangen wurde. Solche Bürgschaften können während des letzten Jahres der 20 jährigen Maximalfrist geltend gemacht werden auch wenn die Hauptforderung nicht fällig ist, sofern der Bürge sie nicht vorher verlängert oder durch eine neue Bürgschaft ersetzt hat<sup>39</sup>.

Was man hier unter Geltendmachung der Bürgschaft verstehen soll, wird vom Gesetzgeber nicht deutlich ausgedrückt. In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es hier um eine Gesetzeslücke geht, die nach

<sup>36</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 32 ff.; **Beck**, Art. 509 N. 61; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 13 ff.;

<sup>37</sup> Im schweizerischen Obligationenrecht, von dem der türkische Gesetzgeber in der Revision ausging, wurde für die Bürgschaftsverpflichtungen eine Maximaldauer von zwanzig Jahre vorgesehen. Jedoch wurde in den Art. 598 Abs. 3 türk. OR, für das Dahinfallen der Bürgschaft Ablauf von zehn Jahren als genügend betrachtet.

<sup>38</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 32; **Beck**, Art. 509 N. 62; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N.13.

<sup>39</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 32.



den Prinzipien des Art. 510 Abs. 3 gefüllt werden soll. Also sollte man unter Geltendmachung der Bürgschaft das Ergreifen der rechtlichen Maßnahmen verstehen. Danach soll der Gläubiger vor Ablauf des 20. Jahres seine Forderung rechtlich geltend machen und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung weiterverfolgen<sup>40</sup>.

Eine weitere Frage ist, unter welchen Voraussetzungen der Bürge vorzeitig belangt werden kann. Hierzu eine Antwort geben zu können, sollte Abs. 6 des Art. 509 schw. OR auch in Betracht gezogen werden. Es lautet folgend: *“Wird die Hauptschuld weniger als zwei Jahre vor dem Dahinfallen der Bürgschaft fällig, und konnte der Gläubiger nicht auf einen frühern Zeitpunkt kündigen, so kann der Bürge bei jeder Bürgschaftsart ohne vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners oder der Pfänder belangt werden. Dem Bürgen steht aber das Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner schon vor der Fälligkeit der Hauptschuld zu”*.

Somit kann gesagt werden, unter welchen Bedingungen die Bürgschaft während des letzten Jahres geltend gemacht werden kann. Und zwar dann, wenn die Hauptschuld innerhalb der Maximalfrist von zwanzig Jahren überhaupt nicht fällig wird oder weniger als 2 Jahre vor dem Dahinfallen der Bürgschaft fällig wird und der Gläubiger sie auf einen früheren Zeitpunkt nicht kündigen konnte. Unter Erfüllung dieser Voraussetzungen ist der Gläubiger berechtigt, den Bürgen ohne vorherige Inanspruchnahme des Hauptschuldners oder den Pfänder zu belangen. Dass die Bürgschaft, auch wenn die Hauptschuld nicht innerhalb von zwanzig Jahren fällig wird, geltend gemacht werden kann, versteht sich aus dem Abs. 4, vor allem aber aus der Deutung der beiden Absätze (Art. 509 Abs. 4 und Abs. 6). Gleichgültig, ob die Hauptschuld innerhalb von zwanzig Jahren gar nicht fällig wird oder weniger als 2 Jahre vor dem Dahinfallen der Bürgschaft fällig wird und der Gläubiger sie auf einen früheren Zeitpunkt nicht kündigen konnte, kann der Bürge vom Gläubiger nach Art. 509 Abs. 4 erst während des 20. Jahres beansprucht werden<sup>41</sup>. Der Gesetzgeber hat dem Bürgen, sofern die Anwendung des Art. 509

<sup>40</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 33; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N.13.

<sup>41</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 36; **Beck**, Art. 509 N. 61; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 14.

Abs. 6 in Anwendung kommt, ein vorzeitiges Rückgriffsrecht bewährt. Also steht dem Bürgen in diesem Fall das Rückgriffsrecht auf den Hauptschuldner schon vor der Fälligkeit der Hauptschuld zu<sup>42</sup>.

Diese Regelungen, die dem Gläubiger ermöglichen den Bürgen ausnahmsweise vorzeitig in Anspruch zu nehmen, wurden von dem türkischen Gesetzgeber nicht übernommen. Es wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass die Maximaldauer, ohne diese Ausnahmeregelungen gegen Art. 48 des türk. GG. verstößt, in der die Vertragsfreiheit in Schutz genommen wird<sup>43</sup>.

## 7. Dahinfallen der Bürgschaft

Bisher haben wir uns mit den Einzelheiten der Höchstlaufzeit von zehn Jahre zusammengefasst. Ferner sollten wir hier noch auf die Auswirkungen vom Ablauf der Höchstlaufzeit eingehen.

Der Ablauf der zehn jährigen Frist bewirkt bei den Bürgschaften der natürlichen Personen, dass die Bürgschaft dahinfällt. Die Wirkung tritt durch den blossen Zeitablauf von Gesetzes wegen ein<sup>44</sup>. Somit wird der Bürge durch den bloßen Zeitablauf von seinen Verpflichtungen aus der Bürgschaft frei. Anders ausgedrückt heißt es, dass der Gläubiger nach dem Zeitablauf seine Rechte aus der Bürgschaft nicht mehr geltend machen kann.

Selbst wenn die Maximaldauer von zehn Jahren von einem Teil der Lehre als Verwirkungsfrist qualifiziert wird<sup>45</sup>, sollte man hier von einem befristeten Recht sprechen, das infolge Ablaufs der Frist seine rechtli-

<sup>42</sup> **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 14.

<sup>43</sup> **Reisoğlu**, s. 296.

<sup>44</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 23; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 12; **Beck**, Art. 509 N. 58; **Elçin Grassinger**, (Sona Erme), s. 133; **Özen**, s. 579; **Özen**, (Sona Erme), s. 71; **Gümüş**, s. 382, 383, fn. 2116; **Ayan**, s. 532; **Kapancı**, s. 327; **Develioğlu**, s. 456; **Karabağ Bulut**, s. 172; **Kaya Kızılırmak**, s.107.

<sup>45</sup> **Özen**, s. 578; **Özen**, (Sona Erme), s. 70; **Gümüş**, s. 383; **Ayan**, s. 532; **Kapancı**, s. 325, fn. 1337; **Çınar**, s. 68.

che Bedeutung verliert<sup>46</sup>. Dass die zehn Jahre nicht als Verjährungsfrist qualifiziert werden kann, wird dagegen nicht umstritten<sup>47</sup>. Somit wird der Ablauf der zehn jährigen Höchstdauer weder stillstehen noch unterbrochen werden. Ein Ablauf der Maximaldauer ist von Amtes wegen zu beachten<sup>48</sup>.

Dahinfallen der Bürgschaft hat aber keine rückwirkende Kraft. Wenn der Gläubiger vor dem Dahinfallen die Geltendmachung der Bürgschaft eingeleitet hat, kann er sie nach dem Ablauf der zehnjährige Frist weiter folgen. Mit anderen Worten ausgedrückt, es wird nicht vorausgesetzt, dass die rechtlichen Maßnahmen für die Geltendmachung der Bürgschaft vor Ablauf der zehn Jahren beendet werden. Dem Gläubiger sollte jedoch zugemutet werden, dass er die Geltendmachung der Bürgschaft bzw. die Rechtsverfolgung ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt. Daraus folgt, dass die aufgrund der dahingefallenen Bürgschaft bereits geleisteten Leistungen bestehen und die Rückgriffsrechte, die daraus bestehen, ebenfalls geltend gemacht werden können<sup>49</sup>.

Die zehn jährige Frist beginnt mit dem Abschluss des Bürgschaftsvertrages. Hier wird nicht die Unterzeichnung der Bürgschaftsurkunde entscheidend sein. Der Bürgschaftsvertrag kommt erst mit der Annahme des Gläubigers zustande<sup>50</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, ob die verbürgte Forderung entstanden ist oder nicht. Auch wenn sich der Bürge mit der

---

<sup>46</sup> **Kemal Oğuzman/ Nami Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Auflage., İstanbul, 2013, s. 234, 235 und insbesondere Fussnote 249a; **Nami Barlas**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler, (Redakteur: Çiğdem Kırca), İstanbul, 2013, (s. 213-230), s. 227; **Kaya Kızıllırmak**, s. 90.

<sup>47</sup> **Beck**, Art. 509, N. 57; **Reisoğlu**, s. 295; **Gümüş**, s. 383; **Özen**, s. 578; **Özen**, (Sona Erme), s. 70; **Çınar**, s. 68; **Ayan**, s. 532; **Bilgen**, s. 615; **Kaya Kızıllırmak**, s. 91.

<sup>48</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 23; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 12; **Özen**, s. 579; **Özen**, (Sona Erme), s. 71; **Develioğlu**, s. 455; **Ayan**, s. 529; **Kapancı**, s. 327; **Karabağ Bulut**, s. 172.

<sup>49</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 33; **Beck**, Art. 509 N. 59; **Grassinger**, s. 130; **Reisoğlu**, s. 295; **Gümüş**, s. 383; **Özen**, s. 579; **Kaya Kızıllırmak**, s. 107 ff.

<sup>50</sup> **BernK/Giovanoli**, Art. 509 N. 23; **Beck**, Art. 509 N. 57; **BaslerK/Pestalozzi**, Art. 509 N. 12; **Grassinger**, s. 130; **Kaya Kızıllırmak**, s. 92.

Bürgschaftserklärung für eine zukünftige Forderung verpflichtet hat, beginnt die Höchstlaufzeit von zehn Jahren mit der Annahme der Bürgschaftserklärung durch den Gläubiger. Es ist auch nicht von Bedeutung, ob die Hauptforderung fällig ist. Somit wird das Risiko, dass die verbürgte Forderung innerhalb von diesen zehn Jahren nicht entsteht oder nicht fällig wird, dem Gläubiger übertragen<sup>51</sup>. In Kürze gefasst, wird jede Art der Bürgschaft von natürlichen Personen, gleich ob die Hauptschuld entstanden ist oder nicht, nur für zehn Jahren Geltung finden, sobald die Bürgschaftsverpflichtung nicht verlängert oder durch eine neue Bürgschaft ersetzt wird.

Laut Art. 598 Abs. 3 türk. OR wird eine für mehr als zehn Jahre abgeschlossene Bürgschaft als auf zehn Jahre abgeschlossen gelten. Selbst wenn das vom Gesetzgeber nicht deutlich ausgedrückt worden wäre, sollte man im Hinblick auf Art. 27 Abs. 2 türk. OR von einer Teilnichtigkeit sprechen. Eine andere Lösung wäre dem Zweck der Bestimmung, zu lange Bürgschaften zu vermeiden, nicht gerecht<sup>52</sup>.

## 8. Schlussfolgerung

Aus dem bisher erläuterten wird ausgefolgert, dass die zehn jährige Befristung der Bürgschaft natürlichen Personen einen wichtigen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellt. Doch rechtfertigt sich ein solcher tiefer Eingriff, wenn man bedenkt, dass im Bürgschaftsvertrag meistens nur der Bürge Verbindlichkeiten eingeht. Es steht zwar nichts dagegen, dass der Gläubiger ebenfalls Verbindlichkeiten durch den Bürgschaft eingeht, was aber in der Regel nicht so oft vorkommt. Der Zweck des Bürgschaftsvertrages ist nämlich, dass sich der Gläubiger gegen die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners absichert. Somit steht der Bürge bei der Bürgschaft immer für eine fremde Schuld ein. Der Bürge unterwirft sich somit in eine Ungewissheit. Es besteht nämlich solange die Bürgschaft rechtsgültig ist die Gefahr, dass der Bürge, wenn auch unter Erfüllung von bestimmten Voraussetzungen, vom Gläubiger beansprucht werden

<sup>51</sup> Gümüş, s. 384; Kaya Kızılırmak, s. 84.

<sup>52</sup> BernK/Giovanoli, Art. 509 N. 24.

kann. Allein die Tatsache bildet meines Erachtens eine Entäußerung der persönlichen Freiheit. Ob die Entäußerung das Recht oder die Sittlichkeit verletzt, stellt eine andere Rechtsfrage dar, die nach dem Inkrafttreten des Art. 598 Abs. 3 nicht mehr zur Diskussion kommt. Denn der Gesetzgeber hat die Wahl getroffen, die Gültigkeit der Bürgschaft von natürlichen Personen unter eine zeitliche Grenze zu stellen. Somit wird jede Bürgschaftsart einer natürlichen Person ab dem zehnten Jahr nach ihrer Eingehung dahinfallen.

Hier kann jedoch diskutiert werden, ob eine zehn jährige Höchstlaufzeit den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens nachkommt. So hat sich der schweizerische Gesetzgeber während der Revision von 1941 z.B. für 20 Jahre entschieden. Ferner kann man auf die Frage eingehen, ob nicht bei bestimmten Bürgschaftsarten, so z.B. bei den Bürgschaften für periodisch wiederkehrende Leistungen, eine Ausnahme aufgeführt werden konnte, sowie es auch der schweizerische Gesetzgeber bevorzugt hat. Wenn man in Betracht zieht, dass auch das Risiko, dass die verbürgte Forderung innerhalb von diesen zehn Jahren nicht entsteht oder nicht fällig wird, ohne jene Ausnahme dem Gläubiger übertragen wurde, verdient die Feststellung, dass der Gesetzgeber mit der zeitliche Begrenzung zu streng vorgegangen ist, den Vorrang.

Es besteht aber jedoch die Möglichkeit, die Bürgschaft zu verlängern oder zu ersetzen. Dabei sollte man nicht außer Acht lassen, dass der türkische Gesetzgeber selbst bei der Verlängerung der Bürgschaft sich nicht mit einer schriftlichen Erklärung begnügt, sondern auch hier die Erfüllung der zwingenden Formvorschriften vorausgesetzt hat. Somit kann leicht gesagt werden, dass die zeitliche Befristung der Bürgschaft der natürlichen Personen in mehreren Hinsichten dem Schutzanliegen der Bürgen Rechnung trägt.

## Literatur

- Ayan, Serkan** Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013.
- Barlas Nami** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Auflage, İstanbul, 2013.
- Barlas, Nami** “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesi Konusunda Getirilen Yenilikler”, **Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, Makaleler, Tebliğler**, (Redakteur: Çiğdem Kırca), İstanbul, 2013, (s. 213-230).
- Basler Kommentar** Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, herausg. von. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel, 2007, (es wird folgend abgekürzt: “BasK/Pestalozzi”).
- Beck, Emil** Das neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942.
- Berner Kommentar** Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, Kommentar z um revidierten Bürgschaftsrecht : nach dem Bundesgesetz vom 10. Dezember 1941, Bern, 1942, erl. von Silvio Giovanoli, (es wird folgend abgekürzt: “BernK/Giovanoli”).
- Bilgen, Mahmut** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, 2013.
- Çınar, Ömer** Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul, 2013.
- Develioğlu, Hüseyin Murat** Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009.
- Elçin Grassinger, Gülçin** “Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def’i - İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **MÜHFHAD**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Sempozyum No: III, İstanbul, Jahr 2011, Besondere Ausgabe für die privatrechtliche Tagung, (s. 123-134).

- Gümüő, Mustafa Alper** Borçlar Hukuku, Özel Hükümler Band. II, İstanbul, 2014.
- Kapancı, Kadir Berk** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkililer, İstanbul, 2014.
- Karabağ Bulut, Nil** Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, 2014.
- Kaya Kızılırmak, Cansu** Kefalet Sözleşmesinin Kendisine Özgü Sona Erme Halleri, İstanbul Üniversitesi, Institute für Sozialwissenschaften, Dissertation, İstanbul, 2014.
- Kırca, İsmail** Kefalette Eşin Rızası, Tuğrul Ansay Armağanı, 2006.
- Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Band. I, 11. Auflage, İstanbul, 2013.
- Özen, Burak** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 2. Auflage, İstanbul, 2014.
- Özen, Burak** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 10. Jahr, Band 10, Nummer 2, Juli 2011, (s. 53-77), (es wird folgend abgekürzt: “Sona Erme”);
- Reisoğlu, Seza** Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- Reisoğlu, Seza** “Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun Bankacılık İşlemleri Açısından Değerlendirilmesi Sempozyumu”, (es wird folgend abgekürzt: “Yürürlük”), Bankacılar Dergisi, Nummer 82, Jahr 2012, İstanbul.
- Şahan, Gökhan** Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara, 2009.
- Yavuz, Nihat** Öğretide ve Uygulamada Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2009.
- Yürekli, Sabahattin** Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 2. Auflage, Ankara, 2014.





# Revised Rules of Turkish Code of Obligations on Formal Requirements of Contract of Surety

*Kefalet Sözleşmesinin Şekline İlişkin Türk Borçlar Kanunu'ndaki Yeni  
Düzenlemeler*

***Dr. Cansu Kaya Kızılırmak\****

## Summary

Many substantial changes have been introduced with the new Code of Obligations, dated 2012. Contract of surety, is surely one of which that has been subject to notable revisions. The changes regarding the form present a revised form of contract of surety. The revised rule of formal requirements have been regulated under Art. 583 of the Code of Obligations. Art. 583 provides stricter rules to the formal requirements of validity of a contract of surety. Contract of surety is to be contracted in written form. However, three particular points that should be declared in handwriting have been introduced to the formal requirements. The total amount of liability of the surety, a declaration of the contract date and the existence of solidary intent, when there may be one, must be declared in handwriting of the surety on the form. Legislators, in order to protect the surety, have provided for these stricter requirements of form. The aim is to enable the surety to consider at length and to have a better understanding of the liability that he/she is going under.

**Keywords:** Turkish Law of Obligations, Turkish Code of Obligations, Law of Securities, Contract of Surety, Form of Contract.

---

\* Dr., University of Istanbul Faculty of Law, Department of Civil Law, cansukaya@istanbul.edu.tr.

## Özet

2012 tarihli Türk Borçlar Kanunu ile, borçlar hukukunda esaslı değişiklikler meydana gelmiştir. Kefalet sözleşmesine ilişkin gerçekleştirilen değişiklikler bunların arasında en kapsamlı değişikliklerden birini teşkil etmektedir. Sözleşmenin şekline ilişkin getirilen değişiklikler dikkate alındığında, kefalet sözleşmesinin tamamen yeni bir şekil şartına tabi tutulduğu söylenebilir. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 583. maddesi ile öngörülmektedir. Türk Borçlar Kanunu madde 583 düzenlemesi ile, kefaletin geçerlilik şekli daha katı kurallara tabi tutulmuştur. Kefalet sözleşmesi yazılı şekilde kurulur. Bunun yanı sıra kefaletin şeklinin kapsamına, üç unsurun kefalet senedinde kefilin el yazısı ile beyan edilmesi gerektiği eklenmiştir. Kefilin sorumlu olduğu azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet olma iradesi bulunuyor ise bu iradenin kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile beyan edilmesi gerekir. Kanunkoyucu, kefilin korunması amacıyla kefaletin şekline ilişkin kuralları ağırlaştırmıştır. Sözleşmenin şekil şartlarının ağırlaştırılması ile amaçlanan, kefilin düşünmeye sevk edilmesi ve altına gireceği sorumluluğun kapsamını daha iyi algılayabilmesinin sağlanmasıdır.

**Ahahtar Kelimeler:** Türk Borçlar Hukuku, Türk Borçlar Kanunu, Teminat Hukuku, Kefalet Sözleşmesi, Sözleşmenin Şekli.

### A. General Remarks on Amended Form of Contract of Surety

In Turkish law of contracts, the validity of a contract is not subject to compliance with any particular form, unless a particular form is prescribed by law (TBK m. 12/1). Contract of surety is one of the contract types that does not enjoy this freedom. Even before the revision of the Code of Obligations, surety contracts were required in a specified written form.

With the amended version, the New Turkish Code of Obligations brought forth substantial changes to the formal requirements of contracts of surety. The relevant rule is regulated under Art. 583 of the Turk-

ish Code of Obligations. This fairly new legislation from 2012 provides stricter rules to the form required to conclude a valid contract of surety. As was the rule of the former Turkish Code of Obligations, a contract of surety is to be contracted in written form. The written form, however, is not sufficient. In order to protect the surety, formal requirements have been increased. Three particular points that are to be declared in handwritten statement of the surety have also been included to the form of the contract. First, the total amount of liability of the surety must be declared in handwriting on the form (TBK 583/I/1). Additionally, the written form must also have a declaration of the date of the contract in handwriting. Also when contracting solidary suretyship, the surety must acknowledge the existence of such solidary intent, in handwriting. The sui generis characteristics of a contract of surety always leave legislators aiming to ensure the protection of the surety. With this consideration in mind, additional conditions to the form of the contract of surety have been regulated.

The requirements of the form aim to protect the surety and as a consequence, only apply for the surety's declaration of intent. The creditor, on the other hand, does not need to comply with these formalities<sup>1</sup>, which is why Art. 583 is regarded to be regulating a single-sided validity form<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> **Emil Beck**, *Das Neue Bürgschaftsrecht*, Zürich, 1942, Art. 493, N. 13; **Silvio Giovannoli**, *Das Obligationenrecht*, Art. 492-515, 2. Auf., Bern, 1978, Art. 493, N. 9; **Gülçin Elçin Grassinger**, *Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları*, İstanbul, 1996, p. 98; **Hüseyin Murat Develioğlu**, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul, 2009, p. 144; **Nami Barlas**, *Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, (Ed. Murat İnceoğlu), İstanbul, 2011, (p. 349-401), p. 354; **Burak Özen**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Edition, İstanbul, 2014, p. 213; **Mustafa Alper Gümüş**, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. II*, İstanbul, 2012, p. 313; **Serkan Ayan**, *Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu*, Ankara, 2013, p. 150; **Özlem Acar**, *Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi*, İstanbul, 2015, p. 156; **Şefika Deren Gündüz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul, 2015, p. 27.

<sup>2</sup> **Giovannoli**, Art. 493, N. 9; **Christoph M., Pestalozzi**, *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand) Art. 1-529 OR, 6. Auf., Basel, 2015, Art. 493, N. 2; **Özen**, p. 213; **Ayan**, p. 150; **Acar**, p. 156, 157; **Gündüz**, p. 27.

The rules apply to both natural persons and legal entities. The formal requirements of Art. 583 also apply to any contract, which entail real persons giving personal security, regardless of what name they may be contracted under (TBK 603). As stated in the preamble, attempts to bypass legal formalities by such misuse are intended to be prevented to insure the protection of the surety. The use of e-signatures for standing surety is not allowed for contracts of surety (Code of Electronic Signature, Art. 5/II).

Naturally, the rules of the new form do not apply for existing contracts that have been concluded prior to the enforcement date of the Code of Obligations (01.07.2012)<sup>3</sup>. Accordingly, the new form requisites are for contracts of surety concluded after the enforcement date<sup>4</sup>.

## **B. Elements to be Stated in Handwriting**

### **1. Total Amount of Liability**

One of the main problems of practice is determining the limit of liability of the surety. Certainly, limiting the liability of surety also serves the purpose to protect the surety. Unpredictability and indefiniteness of the liability limit is always an obstruction to the protection of the surety.

The surety's liability is, in any event, limited to the total amount indicated in the contract (TBK m. 589/I). Unless otherwise agreed, liability that is up to the total amount also includes, legal consequences of any fault or default on the part of the principal debtor, the costs of debt enforcement proceedings and legal action brought against the principal debtor, and interest at the contractually agreed rate up to a maximum of the interest payable for the current year and the previous year (TBK m. 589/II)<sup>5</sup>. Needless to say, determining the amount limit of a surety's

<sup>3</sup> As per Art. 1 of Law No. 6101 on enforcement of Code of Obligations, the rules of validity of the new Code do not apply to legal acts and transactions that have been concluded prior to the enforcement date of the Code.

<sup>4</sup> Yarg. 12. HD., 2014/19149 E., 2014/21744 K., 18.09.2014 T., (www.kazanci.com.tr)

<sup>5</sup> However, liability from costs of debt enforcement proceedings and legal actions brought

liability and having a determined limit in all cases is vital for preventing disputes.

The determination of a surety's total amount of liability and requiring it to be handwritten by the surety is to ensure protection of surety. The aim of this condition is to prevent the abusive practice of banks filling the liability column on the contract as per their wishes subsequent to contract formation<sup>6</sup>. It is also expected from this condition, that the surety may have an additional opportunity to gain a better understanding of the liability that is being undertaken<sup>7</sup>. It is these considerations that have led the legislators to amend the form with the condition of total amount of liability in handwritten statements.

Even in cases where the principal obligation is non-monetary, the surety's total amount of liability should be handwritten in a numeric value<sup>8</sup>. There is no specific rule stating that total amount of liability must be declared in Turkish Lira, therefore the statement can be in foreign currency as well<sup>9</sup>.

Unlike its source law Art. 493 OR, which contains the word "*zahlenmaessig*", Art. 583 does not specifically state that the total amount of liability is to be written in numeric form. There have been discussions derived from the lack of clarity in this wording. One view suggests that the handwritten statement should not have to be declared neither in numbers nor in letters. As long as the handwritten statement holds a

---

against the surety, also the contractual interest liability arising from the contract of surety, may be requested regardless of the limit, **Beck**, Art. 499, N. 7; **Safa Reisoğlu**, *Türk Kefalet Hukuku*, Ankara, 2013, p. 81; **Özen**, p. 145; **Ayan**, p. 432; **Gündüz**, p. 144.

<sup>6</sup> **Atila Altop**, *Neuerungen und Änderungen bei den Bestimmungen zum Bürgschaftsvertrag in Entwurf des türkischen Obligationengesetzes, Reformen im österreichischen und im türkischen Recht, Vorträge der Österreichisch-Türkischen Juristenwoche 14. Bis 17. April 2010*, (Hrsg. Rudolf Welsler), Band IV, Wien, 2010, (p. 117-122), p. 119; **Barlas**, p. 355; **Gündüz**, p. 37, 38.

<sup>7</sup> **Pestalozzi**, Art. 493, N. 11; **Reisoğlu**, p. 73; **Develioğlu**, p. 152; **Özen**, p. 227; **Ayan**, p. 149, 161, 162; **Acar**, p. 155; **Gündüz**, p. 142.

<sup>8</sup> **Beck**, Art. 493, N. 26; **Ayan**, p. 162.

<sup>9</sup> **Reisoğlu**, p. 87; **Elçin Grassinger**, p. 109; **Barlas**, p. 359; **Gümüş**, C. II, p. 315, 319; **Ayan**, p. 162; **Acar**, p. 169; **Gündüz**, p. 139.

determinable value direction, the form requirement has been met<sup>10</sup>. Prevailing view interpreting the issue in unison with the OR rule accepts that a numeric value of the total amount should be declared in handwriting, and it should not matter whether it is stated in numbers or in letters<sup>11</sup>. Agreeing with the second view, I would also like to point out that debating whether the total amount should be handwritten in numbers or in letters<sup>12</sup> has no practical value since either can present the same outcome and the law is silent on the matter<sup>13</sup>. As for cases where the number and the handwritten words in the contract do not match, unless otherwise proven, precedence is given to the words, not the numbers<sup>14</sup>.

It has been argued that in cases where the contact of surety is drafted by the notary public in official form, there would be no need to fulfill the form requirements of handwriting of Art. 583<sup>15</sup>. This view, however, leaves one aspect of the ratio legis of Art. 583 behind. Although official form in terms of general rules of contract law would be much reliable than written form, the requirement of a handwritten statement does not only aim to create a reliable form, but also has the purpose of making the surety think and grasp the amount of liability he/she is going under one more time<sup>16</sup>. Therefore, even in contracts drafted by the notary public, especially the total amount of liability should be stated by the surety in handwriting<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> **Ayan**, p. 165.

<sup>11</sup> **Reisoğlu**, p. 85; **Özen**, p. 222-227; **Barlas**, p. 359; **Burak Özen**, Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, 2011, (p. 747-768), p. 753; **Gümüş**, C. II, p. 317; **Gündüz**, p. 125-131.

<sup>12</sup> **Ece Baş**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHF, C. 70, S. 2, (p. 115-144), p. 133.

<sup>13</sup> See also, **Acar**, p. 168.

<sup>14</sup> **Reisoğlu**, p. 85.

<sup>15</sup> **Barlas**, p. 356; **Baş**, p. 130; **Ayan**, p. 170, 171, 207; **Acar**, p. 160; **Gündüz**, p. 39, 40.

<sup>16</sup> **Reisoğlu**, p. 89; **Özen**, p. 218.

<sup>17</sup> Same can be expected, in conferral of special authority by notary public. See, **Reisoğlu**, p. 101; **Özen**, p. 265, 266; **Baş**, p. 138; Contra, **Barlas**, p. 356; **Ayan**, p. 207; **Acar**, p. 193.

## 2. Date of Contract

The liability of the surety and the extent of his/her liability is naturally determined by the date of the surety contract. Determining the date holds importance especially in framework loan agreements. If the date of contract is left unstated, the surety faces the risk of being a victim of a common unfavorable practice. The creditors tend to fill the date, naturally choosing a prior date to the actual contract date of surety. This illegal, albeit common practice of creditors, is regarded to be the main reason behind this new formal condition. The objective is to prevent this common practice and to protect the surety in this regard<sup>18</sup>.

In order to determine surety's liability limit, the date of the contract of surety matters as such: The general rule is, unless otherwise agreed upon by the parties, a surety's liability limit does not extend to prior obligations of the principal debtor (TBK m. 589/III). So the surety is not liable for the debts of the principal debtor prior to the contract date of standing surety. In other words, the surety would be liable only for the principal debtor's obligations subsequent to the contract of surety. This aforementioned general rule regarding the scope of a surety's liability renders the determination of the date of the contract of surety essential. Particularly in framework loan contracts, the determination of the surety's liability limit is often a disputed issue in practice.

Without the date of the contract specifically stated, and especially with leaving the date column of the contract unfilled, the surety faces the risk of being liable for prior obligations of the principal debtor. In instances where the empty date columns are subsequently filled out by the creditors as per their wishes to a prior date (mostly a common practice of banks), the surety is almost always left liable for more than he/she bargained for with no means of proof. Thus, the date of contract condition has been supplemented to the new legal form of contract of surety and in accordance with its importance required to be stated in handwriting.

Aside from providing determinability of surety's extent of liability, the contract date is used to determine several issues. Naturally, various

<sup>18</sup> **Altop**, p. 119; **Barlas**, p. 355; **Baş**, p. 132; **Acar**, p. 163; **Gündüz**, p. 145.



examples may be given to the importance and convenience of a stated contract date. In determining the condition of spousal consent (TBK 584), a contract date is needed. Not to mention the great significance that the date of a contract has when determining time limits for the termination of surety's liability. Under Turkish law, when a contract of surety is concluded for a fixed term, the surety is released automatically at the end of the fixed term (TBK 600). Therefore, knowledge of the contract date has great importance to calculate the fixed time agreed by the parties. The same can be said for the determination of the ten year liability limit of natural persons. As per Art. 598/III, any surety given by a natural person, automatically ends with the lapse of ten years from the contracting date. So the statement of the contract date in the written legal form would be practical for calculating this time period. Also, the contract date's determinability is of consequence when determining the substantial deterioration of the principal debtor's financial situation since the contract was concluded in order to use the right to revoke the contract of surety as per Art. 599.

### **3. Solidary Surety**

If a solidary surety is intended, it is required that this intention be declared in handwriting in the contract form. As is the case for all three particulars that are to be stated in handwriting, the ratio is to provide protection to the surety. Standing solidary surety entails more liability compared to simple surety, thus protection is intended by stricter conditions of legal form. This would actually be the case if solidary surety's legal position had not been altered by the new Code of Obligations to a point where it almost stands side by side with simple surety. So it may be argued, the solidary surety was already protected adequately with the new legislation and therefore, this addition to form of contract was not needed. Be that as it may, the rule is clear on this matter and when intending to contract solidary suretyship, this intention must be declared in the written form in handwritten statement by the surety.



The handwritten declaration does not need to strictly contain the wording of ‘solidary surety’. Any other words or phrases that can be regarded equivalent to this intention are also satisfactory, so long as the solidary intention can be deduced. In this regard, if no exact statement of solidary surety exists but it is contracted that the creditor may pursue the surety prior the principal debtor, the intention of solidary suretyship can be accepted<sup>19</sup>. Either way, these intentions must be in handwriting.

Unlike other formal requirements of contract of surety, the lack of a handwritten statement of solidary surety does not affect the validity of the contract. The lack of stating solidary suretyship in handwriting can only mean one thing; existence of a simple surety<sup>20</sup>.

Article 583 does not indicate a distinction of the nature of the principal obligation. Whether the principal obligation is of commercial nature or likewise, whether the surety is a merchant is of no concern of Art. 583. The rule does not indicate such particularities, in the sense that the form requirement applies regardless. However, Turkish Commercial Code Art. 7/II opposes this reasoning. According to this contradicting rule, when standing surety for obligations of commercial nature, the legal presumption of solidarity applies. There has been different views as to whether the handwritten statement requirement of Art. 583 is to be met when standing solidary surety for commercial obligations. One view suggests that since there is no exception to the rule in the wording of Art. 583, the intention to stand solidary surety must be stated in handwriting of the surety as Art. 583 stipulates. No exception is accepted for commercial dealings<sup>21</sup>. The contrary view gives TTK priority and assumes solidary suretyship irrespective of the handwriting condition<sup>22</sup>. Yargıtay practice seems to be in favor of the second view<sup>23</sup>. If TTK rule were to

<sup>19</sup> **Beck**, Art. 496, N. 11; **Pestalozzi**, Art. 493, N. 11; **Özen**, p. 315; **Efe Can Yıldırım**, *Birlikte Kefalet*, İstanbul, 2013, (Master’s Thesis, Unpublished), p. 56; **Acar**, p. 170; **Gündüz**, p. 88.

<sup>20</sup> **Pestalozzi**, Art. 493, N. 12; **Reisoğlu**, p. 169, 170; **Develioğlu**, p. 153; **Özen**, p. 231; **Özen**, *Şekil*, p. 57; **Gümüş**, C. II, p. 315; **Baş**, p. 134; **Ayan**, p. 150, 169; **Acar**, p. 171.

<sup>21</sup> **Reisoğlu**, p. 35; **Yıldırım**, p. 52, 53; **Acar**, p. 172.

<sup>22</sup> **Özen**, p. 316; **Baş**, p. 134; **Ayan**, p. 52; **Gündüz**, p. 89.

<sup>23</sup> Yarg. 6. HD., 2015/8817 E., 2016/3432 K., 27.04.2016 T., ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). In

prevail, it would lead all surety contracts for bank credits to be solidary, regardless of the handwritten statement condition is met or not. This would render Art. 583's rule on solidary surety in most cases pointless, an outcome which legislators did not surely intend.

#### 4. Several Sureties in Relation with the Handwriting Condition

It is common commercial practice to have more than one person to stand surety for one principal obligation. That may mean having several separate contracts of surety to the same principal obligation or standing co-surety as per Art. 587. Either way, there is no explanatory rule regarding the handwritten statement condition when several sureties exist.

The issue may seem irrelevant at first sight. One may suppose that if one of the sureties states the date, the amount, and the solidary suretyship intent then the others just signing the document should suffice. But since there is no specific legal declaration on the matter, validity issues in regards to nonobservance of formal requirements when there are more than one surety may always rise. Also, when worst comes to worst and there comes the time for payment, determining each surety's solidary suretyship intentions and dates of contract and total amounts of liability becomes a vital issue.

Furthermore, in existence of co-suretyship, one of the co-surety's invalidity caused by non-observance to formal requirements may eventually lead to loss of all other sureties if conditions of Art. 587/III are met<sup>24</sup>.

---

the mentioned case, the surety contract has been concluded in 2011. And the solidarity of the surety has been stated in the lease contract, i.e. the principal obligation. Although form requirements of Art. 583 do not apply to contracts concluded before 01.07.2012, and before the 2012 amendment declaration of solidary surety in the lease contract would suffice, the court nevertheless cited TTK Art. 7 and mentioning the handwritten statement is not required thereof, held the surety liable as a solidary.

<sup>24</sup> Art. 587/III states: The surety may be released in cases where "the creditor knew or ought to have known that the surety entered into the contract in the assumption of existing or prospective sureties standing alongside him for the same principal obligation and if such assumption does not actualize or if subsequently one of the co-sureties is released from his liability by

Accordingly, the matter of handwritten statements in existence of several sureties must be dealt with caution<sup>25</sup>. Although it may seem impractical, in order to achieve the protective purpose of the legal form, every surety is expected to state all three elements in their own handwriting<sup>26</sup>. If any of these elements in handwriting is missing, that surety contract should be considered void due to non-observance of formal requirements.

## B. Formal Requirements of Subsequent Amendments

The amendments that increase the liability of the surety after the conclusion of the contract have been subject to the same formal requirements of Art. 583 (TBK 583/III). This is a specific repetition of the general rule for the form of amendments to contracts, regulated under TBK 13/I. Therefore, in harmony with the general rule, TBK m. 583/III demands for parties to abide by the formation rules when making alterations to the contract that increase the liability of the surety, after the conclusion of the contract.

Formal requirements are commonly imposed to protect either one or both contracting parties. In contracts of surety, the surety is the main target of the protective measures. The parties may, after the conclusion of the contract, wish to alter the provisions of the contract. While this is common in contractual relationships, the alterations that increase the surety's liability should comply with the formal requirements of Article 583. Therefore, not only the alterations should be in writing but also when increasing surety's total amount of liability this must be stated in surety's handwriting.

Another issue is whether the date of alteration that increases surety's liability should be stated in handwriting. There seems to be a simple reason for the need to state the date of alteration in handwriting. The alteration needs to comply with the form that is regulated under Art. 583 which requires the date to be declared in handwriting. And needless to

---

*the creditor or one of the co-sureties' undertaking is declared invalid".*

<sup>25</sup> Pestalozzi, Art. 493, N. 12; Ayan, p. 175, fn. 636.

<sup>26</sup> Pestalozzi, Art. 493, N. 12; Ayan, p. 176; Gündüz, p. 43.

say for further purposes of determinability of liability, stating the date of the alteration is essential in cases where the total amount of liability of the surety is increased.

Only alterations or addendums that increase surety's liability is subject to this form. Therefore, any alterations that decrease liability may be contracted even verbally. Naturally, verbal alterations may enable deniability to the creditor and are not recommended. But in terms of validity, verbal alterations are sufficient when decreasing liability.

Whether an amendment constitutes increase of surety's liability should be decided in a wider sense than the sole action of increasing total amount of liability. The scope of amendments that increase the liability should be regarded in a broader sense. Any alteration that increases surety's liability is subject to the same legal form principle. This could be the case when the surety contracts fixed term is prolonged, or when simple surety is transformed into solidary surety. It is evident how in these cases, although the total amount of monetary liability is not altered, the liability is increased in different means.

Specifically a common practice of banks is to include clauses to the standardized form of contract of surety that contain the pre-approval of the surety for agreements that are made in the future between the creditor and principal debtor about the alteration of the principal obligations content and quantity. As per Art. 582/III, any such clause should be deemed invalid and may be agreed upon only after the conclusion of the contract and by compliance to the form requirements of Art. 583<sup>27</sup>. Similarly, after the conclusion of the contract of surety, agreements between creditor and the principal debtor on increasing the principal debts amount does not have any altering effect on the surety's liability. The surety remains liable for the amount of principal debt stated in the written form of the contract of surety. If the principal debt has not been stated in the contract, the surety's liability is still determined as per the debt of the principal, at the date of the contract of surety<sup>28</sup>. In cases where the principal obligation is

<sup>27</sup> Ayan, p. 444; Gündüz, p. 98, fn. 89; Contra, Reisoğlu, p. 210.

<sup>28</sup> Reisoğlu, p. 209; Ayan, p. 211; Gündüz, p. 97.

assumed by a third party and the principal debtor is released, the contract of surety is extinguished unless the surety consents to such assumption, also in writing (TBK m. 198/II).

### C. Consequences of Nonobservance to Formal Requirements

If a contract of surety is contracted without observance to the legal requirements of Art. 583, the contract is deemed to be void<sup>29</sup>. Invalidity of the contract in cases of nonobservance to the legal form has various consequences. The invalidity should be taken into account by the judge *ex officio*. The invalidity is certain and final, therefore the contract may not be deemed valid via surety's consent, performance or legal acknowledgement. If parties wish to deem the contract void, they may achieve the same result only by contracting another contract of surety, but the recent invalid contract may not be deemed void by intent of the parties<sup>30</sup>. If the surety makes payment without the knowledge of nonobservance to the legal form and by extension the invalidity, the return of payment can be demanded via an unjust enrichment claim<sup>31</sup>.

A contract of surety can only be valid in one particular instance. When intent of solidary suretyship is not declared in handwriting, the contract is still valid but is accepted as simple surety<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> **Beck**, Art. 493, N. 15; **Pestalozzi**, Art. 493, N. 3; **Haluk Tandoğan**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 2. bası, İstanbul, 1982, p. 540; **Reisoğlu**, p. 93; **Elçin Grassinger**, p. 98; **Özen**, Şekil, p. 759; **Gümüş**, C. II, p. 315, 325; **Giovanoli**, Art. 493, N. 3, 10; **Markus Vischer**, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2*, 3. Auf., (Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen), Zürich, Basel, Genf, 2016, Art. 493, N. 3; **Gündüz**, p. 187.

<sup>30</sup> **Beck**, Art. 493, N. 19; **Tandoğan**, C. II, p. 540; **Reisoğlu**, p. 94; **Elçin Grassinger**, p. 99; **Gümüş**, C. II, p. 336, 328; **Özen**, Şekil, p. 759, 760; **Ayan**, p. 152; **Gündüz**, p. 188.

<sup>31</sup> **Beck**, Art. 493, N. 21; **Giovanoli**, Art. 493, N. 12; **Pestalozzi**, Art. 493, N. 4; **Tandoğan**, C. II, p. 540; **Reisoğlu**, p. 97, 98; **Elçin Grassinger**, p. 99; **Özen**, p. 246; **Özen**, Şekil, p. 762; **Gümüş**, C. II, p. 326; **Ayan**, p. 154; **Gündüz**, p. 194.

<sup>32</sup> **Pestalozzi**, Art. 493, N. 12; **Reisoğlu**, p. 169, 170; **Develioğlu**, p. 153; **Özen**, Şekil, p. 57; **Özen**, Şekil, p. 57; **Gümüş**, C. II, p. 315; **Baş**, p. 134; **Ayan**, p. 150, 169; **Acar**, p. 171.

In cases where the surety became party to the contract willingly in knowledge of the informality, the validity of the contract can still not be claimed. The invalidity of the contract is absolute and infinite.

In exceptional instances where the surety has personally caused the nonobservance of form, relying on its invalidity would be in breach of TMK Art. 2 which regulates that the abuse of a right is not protected by law. In these rare cases, *venire contra factum proprium* would not be tolerated and therefore, the contract of surety may be accepted as valid<sup>33</sup>.

If the form of conferral of special authority does not meet the form requirements of Art. 583, the contract of surety that has been contracted upon the special authority would be invalid<sup>34</sup>. The form of conferral of special authority to enter into a contract of surety must be in the form regulated under Art. 583/I (Art. 583/II/1). Therefore, when conferring special authority to enter into a contract of surety, the surety must also declare the maximum amount of liability, the date of the contract and if existing the intent of solidary suretyship in a handwritten statement<sup>35</sup>.

A debated issue is the handwritten statement of date of contract in conferral documents. The wording of the article 583/II/1 is silent on the matter of which date is to be handwritten. The rule only stipulates that the formal requirements of contract of surety also apply to the conferral of special authority. There seems to be a supporter for every possible solution in this matter. It has been argued that, the date of the conferral of special authority should be stated in handwriting<sup>36</sup>. Conversely, it is also claimed that the date of the contract of surety must be stated in the conferral<sup>37</sup>. Finally, a more flexible view of there being no need to state any

<sup>33</sup> Beck, Art. 493, N. 18; Giovanoli, Art. 493, N. 12; Tandoğan, C. II, p. 541; Elçin Grassinger, p. 121; Özen, p. 244; Özen, Şekil, p. 760; Gümüş, C. II, p. 326; Gündüz, p. 189, 190, 193.

<sup>34</sup> Reisoğlu, p. 101.

<sup>35</sup> Özen, p. 265; Gülçin Elçin Grassinger, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İşviçre Hukuk Günleri, İstanbul, 2010, (p. 293-308), p. 304; Ayan, p. 190, 207; Gündüz, p. 154.

<sup>36</sup> Acar, p. 193; Gündüz, p. 154.

<sup>37</sup> Reisoğlu, p. 101.

date at the conferral has been suggested<sup>38</sup>. The latter is, in my view, the most reasonable approach. The underlying objective of the handwritten date of contract condition is, as mentioned before, to enable the determination of the time scope of surety's liability. But such necessity does not exist when conferral is being contracted<sup>39</sup>. Nevertheless, considering the consequences when a stricter view is accepted, being thorough and stating both the conferral date and if possible the planned date of the contract of surety in handwriting is advised to avoid facing validity issues.

### **List of Abbreviations:**

Art.	: Article
Auf.	: Auflage
C.	: Cilt/Volume
E.	: Esas
Ed.	: Editor
fn.	: Footnote
Hrsg.	: Herausgegeben
K.	: Karar
N.	: Number
OR	: Obligationenrecht (Swiss Code of Obligations)
p.	: Page
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu/Turkish Code of Obligations
TTK	: Türk Ticaret Kanunu/Turkish Commercial Code
Yarg.	: Yargıtay

---

<sup>38</sup> **Özen**, p. 265; **Ayan**, p. 207.

<sup>39</sup> **Gümüş**, C. II, p. 324, fn. 1815; **Ayan**, p. 207.

## References

- Özlem Acar**, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul, 2015.
- Atila Altop**, Neuerungen und Änderungen bei den Bestimmungen zum Bürgschaftsvertrag in Entwurf des türkischen Obligationengesetzes, Reformen im österreichischen und im türkischen Recht, Vorträge der Österreichisch-Türkischen Juristenwoche 14. Bis 17. April 2010, (Hrsg. Rudolf Welsler), Band IV, Wien, 2010, (p. 117-122).
- Serkan Ayan**, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara, 2013.
- Nami Barlas**, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler- Tebliğler, (Ed. Murat Inceoğlu), İstanbul, 2011, (p. 349-401).
- Ece Baş**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler, İÜHFM, 2012, C. 70, S. 2, (p. 115-144).
- Emil Beck**, Das Neue Bürgschaftsrecht, Zürich, 1942.
- Hüseyin Murat Develioğlu**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul, 2009.
- Gülçin Elçin Grassinger**, Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul, 1996.
- Gülçin Elçin Grassinger**, Kefalet Sözleşmesinden Doğan Bazı Hukuki Sorunlar, Banka ve Tüketici Hukuku Sorunları Sempozyumu, Türk İsviçre Hukuk Günleri, İstanbul, 2010, (p. 293-308).
- Silvio Giovanoli**, Das Obligationenrecht, Art. 492-515, 2. Auf., Bern, 1978.
- Mustafa Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2012.



- Şefika Deren Gündüz**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul, 2015.
- Burak Özen**, Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul, 2011, (p. 747-768).
- Burak Özen**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Edition, İstanbul, 2014.
- Christoph M., Pestalozzi**, Basler Kommentar Obligationenrecht I, (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand) Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel, 2015.
- Safa Reisoğlu**, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 2. Edition, İstanbul, 1982.
- Markus Vischer**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Auflage, (Hrsg. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen), Zürich, Basel, Genf, 2016.
- Efe Can Yıldırım**, Birlikte Kefalet, İstanbul, 2013, (Master's Thesis, Unpublished).



# **Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision\***

*Delillerin İbrazı ve İstinaf ile Temyizde Kontrolü*

***Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich\*\****

## **Abstract**

Im Aufsatz wird dargestellt, welche Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme erforderlich sind und wie die Beweiserhebung vor Gericht zu erfolgen hat. Einen anderen Schwerpunkt bildet die Würdigung der Beweismittel durch den Richter. In der Abhandlung wird auch auf die Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung hingewiesen.

**Keywords:** Beweismittel, Beweiserhebung, Berufungsgrund, Revisionsgrund, Beweisaufnahme.

## **Özet**

Makalede delillerini ibrazında hangi koşullara uyulması gerekliliği ve delillerin mahkeme önünde nasıl sunulacağı hususları irdelenmektedir. Çalışmanın diğer bir ağırlık noktasını delillerin mahkemece ne şekilde değerlendirileceği oluşturmaktadır. Bu makalede aynen delillerin hakim tarafından serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin sınırlarına da değinilmektedir.

---

\* Dieser Vortrag wurde am 12.04.2016 an der juristischen Fakultät der Marmara Universität und am 13.04.2016 an der juristischen Fakultät der İstanbuler Universität gehalten.

\*\* Juristische Fakultät der Universität Halle/Deutschland.

**Anahtar kelimeler:** Deliller, Delillerin İbrazı, İstinaf Sebebi, Temyiz Sebebi, Delillerin Kabulü.

## A. Die Grundlagen der Beweiserhebung

In der Praxis wird in vielen Prozessen mehr über die Tatsachen gestritten als über ihre rechtliche Bewertung. Der Beweis dient der Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit bestimmter Behauptungen der Parteien. Die Partei, die ihre Behauptungen beweisen kann, wird in der Regel auch den Prozess gewinnen. Gegenstand des Beweises können nur **Tatsachen** sein, wobei darunter auch die einfachen Rechtsbegriffe fallen. Die Beweisaufnahme erfolgt durch Erhebung des im Beweisantritt benannten Beweises und Würdigung des Beweisergebnisses, was schließlich zur Entscheidungsreife des Rechtsstreits führt.

### I. Voraussetzungen für eine Beweisaufnahme

#### 1. Schlüssigkeit, Erheblichkeit, Beweisbedürftigkeit

Beweis ist zu erheben, wenn eine von einer Partei behauptete **Tatsache** von der anderen Partei hinreichend substantiiert **bestritten** wird und es auf diese Tatsache **für die Entscheidung des Gerichts ankommt**. Entscheidungserheblich ist eine Tatsache, wenn sie dazu beiträgt, dass das Vorbringen einer Partei schlüssig, und das der anderen Partei erheblich ist. Eine entscheidungserhebliche Tatsache ist demnach auch **beweiserheblich**. Zudem muss die Tatsache **beweisbedürftig** sein, das heißt sie darf nicht offenkundig (gerichtsbekannt oder notorisch, § 291 dZPO) sein. Offenkundig sind allgemein bekannte Daten und Fakten des Zeitgeschehens und feststehende geographische Gegebenheiten.<sup>1</sup> Ebenfalls offenkundig ist das amtliche Wissen des Richters.<sup>2</sup> Sind Beweiserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit gegeben, muss das Gericht die tatsächlichen Geschehnisse aufklären, indem es Beweise erhebt. Auf

<sup>1</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 470.

<sup>2</sup> Nicht das private Wissen des Richters, s. Lipp, Das private Wissen des Richters, 1995.

der Grundlage der Ergebnisse der Beweiserhebung wird der Rechtsstreit entschieden.

## 2. Beweisantritt oder Beweisaufnahme von Amts wegen

Die Beweisaufnahme wird im Regelfall eingeleitet durch einen Beweisantritt der beweisbelasteten Partei. Ist aber von der Partei kein Beweismittel angeboten, *kann*<sup>3</sup> die **Beweisaufnahme auch von Amts wegen** erfolgen (§§ 142, 144, 448 dZPO). Nur beim **Zeugenbeweis** ist immer ein Beweisangebot der Partei erforderlich (§§ 273 Abs. 2 Nr. 4, 373 dZPO).

## 3. Kein Ermessen des Gerichts

Wenn das Gericht Beweiserheblichkeit und Beweisbedürftigkeit der bestrittenen Tatsachen geprüft und bejaht hat, und die beweisbelastete Partei auch der **Beweis durch Benennung eines Beweismittels angetreten** wurde, *hat* das Gericht eine Beweisaufnahme vorzunehmen. Insoweit besteht ein – auch verfassungsmäßig verbürgter – Anspruch der Partei auf Beweisaufnahme.<sup>4</sup> Dem Gericht steht kein Ermessen zu.

## II. Die Beweiserhebung

**Beispiel:** Der Gebrauchtwagenhändler K verklagt den B auf Zahlung eines angeblich noch ausstehendem Kaufpreises für ein gebrauchtes Automobil in Höhe von 2000 €. K ist der Auffassung, insgesamt betrage sein Kaufpreisanspruch 7000 €. Vereinbart worden sei nämlich eine Zahlung in dieser Höhe, davon habe B aber nur 5000 € gezahlt. Als Zeugen für diese Vereinbarungen benennt K seine Ehefrau E, die bei den Gesprächen zwischen K und B in den Geschäftsräumen des K anwesend ge-

<sup>3</sup> MünchKommZPO/*Fritsche*, 5. Auflage, §§ 142-144, Rn. 3-5; ggf. *muss* das Gericht sogar ohne Initiative der Partei tätig werden, wenn ihm eigene Sachkunde fehlt (Sachverständigenbeweis), BGH NJW-RR 2007, 357.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG NJW 2001, 2531; BGH NJW-RR 2008, 1380; BGH NJW 2002, 1340.

wesen sei. B hingegen trägt vor, von 7000 € sei lediglich in einem ersten Angebot des K die Rede gewesen; schließlich habe man sich auf einen Preis von 5000 € geeinigt, so dass alles bezahlt sei. Als Zeugen benennt er seinen Mitarbeiter M, der ihn bei den Verhandlungen begleitet habe.

### **Das Gericht erlässt einen Beweisbeschluss:**

Es soll Beweis erhoben werden über die Frage, welchen Preis die Parteien für die Veräußerung des Pkw durch den Kläger vereinbart haben (Beweisthema, § 359 Nr. 1 dZPO). durch Vernehmung der Zeugin E – benannt vom Kläger – und durch Vernehmung des Zeugen M – benannt vom Beklagten – (Bezeichnung der Beweismittel und der beweisführenden Partei, § 359 Nr. 2, 3 dZPO).

Termin zur mündlichen Verhandlung und Durchführung der Beweisaufnahme wird bestimmt auf den 11. April 2016, 10 Uhr, Saal ... (§ 216 dZPO, vgl. auch §§ 332, 370 dZPO).

Die Zeugin E und der Zeuge M werden am 11. April 2016 von dem Gericht vernommen, das anschließend ihre Aussagen würdigt und sich von der Wahrheit der einen oder der anderen Behauptung überzeugt.

### **1. Anordnung der Beweisaufnahme**

Die Beweisaufnahme wird gerichtlich angeordnet, entweder durch formlosen Beschluss des Gerichts (§ 273 dZPO) oder durch einen förmlichen Beweisbeschluss (§ 358 dZPO). Der **formlose Beschluss** erfolgt vor allem dann, wenn der Beweis sofort im Termin erhoben wird. Der **förmliche Beschluss** ist zu wählen, wenn eine Vertagung auf einen eigenen Termin zur Beweisaufnahme notwendig ist sowie im Falle der Parteivernehmung (§ 450 Abs. 1 dZPO) und bei der Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung (§ 358a dZPO). Im Beschluss sind insbesondere die streitigen Tatsachen (**Beweisthema**) und die **Beweismittel** zu bezeichnen (§ 359 dZPO).

## 2. Ablauf der Beweisaufnahme

Wie die **Beweisaufnahme abläuft**, hängt vornehmlich davon ab, welches Beweismittel genutzt wird. Zeugen und Parteien werden vernommen; Sachverständige erstatten ein Gutachten; bei Urkunden wird die in ihnen verkörperte Gedankenerklärung inhaltlich aufgenommen; Augenschein erfolgt durch sinnliche Wahrnehmung (Hören, Sehen, Riechen, Schmecken, Fühlen).

Die Beweisaufnahme findet **unmittelbar vor dem Prozessgericht** (§ 355 dZPO) oder vor einem beauftragten (§ 361 dZPO) oder ersuchten (§ 362 dZPO) Richter statt.<sup>5</sup> Beide können an Stelle des für den Rechtsstreit zuständigen Prozessgerichts eine Beweisaufnahme durchführen (§ 355 Abs. 1 Satz 2 dZPO). Der beauftragte Richter gehört dabei dem Prozessgericht an und führt eine Beweisaufnahme an Stelle des gesamten Spruchkörpers durch. Der ersuchte Richter ist hingegen Mitglied eines auswärtigen Gerichts und soll vor Ort eine Beweisaufnahme durchführen, etwa einen auswärtigen Zeugen vernehmen. Beweisaufnahmen können außerdem grenzüberschreitend stattfinden.<sup>6</sup> Dies geschieht im Wege der Rechtshilfe und innerhalb der EU nach der EU-Beweisaufnahmeverordnung 1206/2001<sup>7</sup>, die in der ZPO in den §§ 1072 ff. dZPO durchgeführt wird.

## 3. Die Beweiswürdigung

An die Beweisaufnahme schließt sich die Bewertung der erhobenen Beweise durch den Richter an (**Beweiswürdigung**). Entweder hält der Richter eine behauptete Tatsache dann für wahr, falsch oder unbewiesen. Im letzteren Fall des sog. „**non liquet**“ (= es ist nicht klar) kann er weder die Richtigkeit noch die Unwahrheit der Tatsache seinem Urteil zu Grunde legen, sondern hat nach Grundsätzen der **Beweislastverteilung**

<sup>5</sup> BGH FamRZ 2007, 126; *Weth*, JuS 1991, 34; MünchKommZPO/*Heinrich*, 5. Auflage, § 355, Rn. 1; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 271 m. w. N.; zur Verletzung des Unmittelbarkeitsprinzips vgl. BGH MDR 2013, 1184.

<sup>6</sup> *Lützen*, Jura 2007, 201.

<sup>7</sup> Vom 28.5.2001, ABl. EG 2001, L 174, S. 1.

zu entscheiden. Die beweisbelastete Partei verliert im Falle des „non liquet“ den Prozess. Ist die Streitsache nach der Beweisaufnahme und Beweiswürdigung zur Entscheidung reif, ergeht ein Urteil, das in seinen Entscheidungsgründen auch die vom Gericht infolge der erhobenen Beweise für richtig erkannten Tatsachen einschließlich einer **Begründung, warum das Gericht von einem bestimmten Ergebnis der Beweisaufnahme ausgeht** (§ 286 Abs. 1 Satz 2 dZPO), enthält.

Wann der Richter eine unter Beweis gestellte Tatsache als wahr unterstellt, entscheidet er nach seiner **freien richterlichen Überzeugung** (§ 286 dZPO). Der Richter ist aber in einigen Fällen und vor allem bei bestimmten Urkunden an Beweisregeln gebunden (s. §§ 165, 314, 415ff., 182 Abs. 1 Satz 2 dZPO). Zudem darf seine Würdigung nicht gegen allgemein gültige und begründbare Denk- und Erfahrungssätze,<sup>8</sup> naturwissenschaftliche Erkenntnisse und gesetzliche Vermutungen verstoßen.<sup>9</sup> Irrationale Begründungen, warum er etwa eine bestimmte Zeugenaussage für falsch hält, sind nicht von der freien Beweiswürdigung erfasst.

Der Richter muss bei seiner Beweiswürdigung keine von allen Zweifeln freie absolute Gewissheit von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache erlangen.<sup>10</sup> Andererseits reicht auch eine bloß überwiegende Wahrscheinlichkeit keinesfalls aus. Die herrschende Meinung fordert für das **Beweismaß** deshalb zu Recht eine an Sicherheit grenzende, jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Wahrscheinlichkeit.<sup>11</sup>

Herabgesenkt wird das Maß der erforderlichen Überzeugung im Anwendungsbereich des § 287 dZPO. Die Norm lässt sowohl für die Entstehung als auch die Höhe eines Schadens, nicht aber für das Vorliegen einer Rechtsgutverletzung, das Verschulden oder die Kausalität, eine **richterliche Schätzung** und damit ein geringeres Maß an Wahrscheinlichkeit ausreichen.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> BGH NJW 1997, 2757; BGH NJW 2011, 1217, 1219.

<sup>9</sup> Zimmermann, ZPO, 10. Auflage, § 286, Rn. 2; Hohlweck, JuS 2001, 584.

<sup>10</sup> BGH NJW-RR 1994, 567, 568; BGH NJW 2015, 2111, 2112.

<sup>11</sup> Prütting/Gehrlein/Laumen, ZPO, 8. Auflage, § 286 Rn. 24; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 489 m.w.N.

<sup>12</sup> Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 287, Rn. 4; Stein/Jonas/Leipold, ZPO,



### III. Abgrenzung: Freibeweis, Strengbeweis, Glaubhaftmachung

Grundsätzlich gelten im deutschen Zivilprozess die Regeln des **Strengbeweises**. Das bedeutet, dass die Beweisaufnahme nach einem bestimmten **förmlichen Verfahren** (§§ 355 ff. dZPO) ablaufen muss und nur durch die zugelassenen **fünf Beweismittel** erfolgen kann. In einigen Fällen ist auch im Zivilprozess der **Freibeweis** zugelassen. Dann besteht weder eine Bindung im Verfahren noch in den Beweismitteln an die Vorgaben des Strengbeweises:<sup>13</sup> So lässt § 273 Abs. 2 Nr. 2 dZPO bei der Vorbereitung des Termins die Einholung amtlicher Auskünfte zu. § 495a dZPO erlaubt ein Verfahren vor dem Amtsgericht nach billigem Ermessen. Nach § 284 Satz 2 bis 4 dZPO kann das Gericht die Beweise auf geeignet erscheinende Art aufnehmen, wenn die Parteien damit einverstanden sind, z.B. Befragung von Zeugen oder Sachverständigen per E-Mail oder Telefonat.<sup>14</sup> Bei der Ermittlung ausländischen Rechts ist das Gericht nach § 293 dZPO nicht auf die angebotenen Nachweise beschränkt, sondern kann auch eigene Literaturstudien betreiben oder Auskünfte bei inländischen oder ausländischen Institutionen einholen. Generell gilt der Freibeweis in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 29, 30 FamFG). Auch beim Freibeweis gilt, dass das Beweismaß die volle richterliche Überzeugung ist.<sup>15</sup> Vor allem aus diesem Grund darf der Freibeweis nicht mit der **Glaubhaftmachung** verwechselt werden. Glaubhaftmachung meint eine (nur) überwiegende Wahrscheinlichkeit. Sie ist wegen der Eilbedürftigkeit zugelassen im Verfahren der einstweiligen Verfügung und des Arrests (§ 920 ZPO). Glaubhaftmachen kann man nach mit allen fünf Beweismitteln des Strengbeweises, aber auch mit der **eidesstattlichen Versicherung** (§ 294 dZPO).

---

22. Auflage, § 287, Rn. 13 ff., 43; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 490 ff.

<sup>13</sup> *Schreiber*, Jura 2009, 269, 273; *Schilken*, FS Kollhosser 2004, Bd. 2, 649.

<sup>14</sup> *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, § 110 Rn. 9; LG Saarbrücken NJW-RR 2010, 496.

<sup>15</sup> BGH MDR 2000, 290; BGH NJW 1997, 3319; *Fölsch*, MDR 2004, 1029, 1030; *Knauer/Wolf*, NJW 2004, 2857, 2862.

## B. Die Beweismittel des Strengbeweises

Die fünf Beweismittel des Strengbeweises sind der Augenschein (§§ 371ff. dZPO), der Zeuge (§§ 373ff. dZPO), der Sachverständige (§§ 402ff. dZPO), die Urkunde (§§ 415ff. dZPO) und die Parteivernehmung (§§ 445ff. dZPO).

### I. Der Beweis durch Augenschein

Für den Beweis einer Tatsache kann es notwendig sein, sich eine Person, Sache, einen Vorgang oder Zustand<sup>16</sup> oder eine örtliche Gegebenheit anzusehen, etwas zu berühren oder Geräusche oder Klänge akustisch wahrzunehmen. So wird etwa die Tatsache, dass der Friseur die Haare nicht blond, sondern grün gefärbt hat, schon dadurch bewiesen werden können, dass die missglückte Frisur vom Gericht in Augenschein genommen wird; eine umstrittene Verkehrsführung an einer Kreuzung kann durch Augenscheinseinnahme der entsprechenden Örtlichkeit, Lärmbelästigung durch Anhören vor Ort erkundet werden (**Ortstermin**); sogar ein Sachmangel kann in manchen Fällen schon durch sinnliche Wahrnehmung der angeblich mangelhaften Sache erkannt werden. Häufige Augenscheinsobjekte sind zudem Fotos, die aber auch die Gefahr der Manipulation in sich bergen.<sup>17</sup> Letztlich kann **Gegenstand des Augenscheins** jedes – auch unkörperliche – Objekt sein, das der sinnlichen Wahrnehmung zugänglich ist.

Auch **elektronische Dokumente** (Dateien) sind beim Beweis durch Augenschein aufgeführt (§ 371 Abs. 1 Satz 2, 371a, 371b dZPO). Auf sie finden aber größtenteils die Regeln über den Urkundenbeweis entsprechende Anwendung.<sup>18</sup> Seit dem E-JustizG von 2013<sup>19</sup> gilt dies nicht

<sup>16</sup> Schreiber, Jura 2009, 269 m.w.N.

<sup>17</sup> Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Auflage, Übers § 371, Rn. 2.

<sup>18</sup> Bergfelder, Der Beweis im elektronischen Rechtsverkehr, 2006; Czeguhn, JuS 2004, 124; Roßnagel/Fischer-Dieskau, NJW 2006, 806; Schemmann, ZJP 118 (2005), 161; zuletzt Müller, die Digitalisierung der Justiz in Deutschland, Diss., Halle 2015.

<sup>19</sup> Änderung der §§ 371a und 371b durch E-Justiz-Gesetz vom 10.10.2013, BGBl I, S. 3786.

mehr nur für Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur, sondern etwa auch für die DE-Mail, und eine technikneutrale Formulierung ist offen für weitere Entwicklungen. Etwas seltsam verortet im Bereich des Augenscheinsbeweises ist die Untersuchung zur Feststellung der Abstammung nach § 372a dZPO, denn die Abstammung lässt sich schwerlich durch richterliche sinnliche Wahrnehmung einer **Blutprobe**, sondern nur durch deren sachverständige Untersuchung klären. Führt ein Sachverständiger (Arzt!) die Entnahme und Begutachtung durch, handelt es sich jedenfalls um einen Sachverständigenbeweis.<sup>20</sup> Bedeutung haben hier vor allem die Möglichkeiten, derartige Untersuchungen zwangsweise vorzunehmen (§ 372a Abs. 2 i.V.m. §§ 386 bis 390 dZPO).<sup>21</sup>

Der Beweis durch Augenschein wird nach § 371 Abs. 1 Satz 1 **angetreten**, indem der Gegenstand des Augenscheins und die Tatsache, die durch ihn bewiesen werden soll, bezeichnet werden. Er wird **erhoben** durch sinnliche Wahrnehmung in Form von Anschauen, Hören, Riechen, Schmecken, Fühlen. Kann die beweisantretende Partei das Augenscheinobjekt nicht vorlegen, weil es sich nicht in ihrem Besitz findet, kann das Gericht dem Besitzer die Herbeischaffung des Gegenstandes aufgeben (§§ 371 Abs. 2, 144 dZPO). Deshalb ist der Beweisantritt durch einen entsprechenden Antrag an das Gericht zu ergänzen. Weigert sich der Prozessgegner, das Augenscheinobjekt zugänglich zu machen, kann dies nach in der freien Beweiswürdigung zu dessen Ungunsten berücksichtigt werden (§ 371 Abs. 3 dZPO). Ist das Gericht allein nicht in der Lage, aus dem Augenscheinobjekt Schlussfolgerungen zu ziehen, weil ihm dazu die Sachkunde fehlt, kann es nach § 372 Abs. 1 einen Sachverständigen hinzuziehen. Solange der Sachverständige dabei bloßer Gehilfe bleibt, handelt es sich um einen Augenscheinsbeweis; führt er selbst die Augenscheinseinnahme durch und erstattet dann darüber ein Gutachten, handelt es sich um einen Sachverständigenbeweis.

<sup>20</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 515.

<sup>21</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 5, 13.

## II. Der Zeugenbeweis

Ein Zeuge schildert seine individuellen Wahrnehmungen von Tatsachen. Der Zeugenbeweis wird nach § 373 dZPO **angetreten** durch Benennung der Person, die Zeuge sein soll, und Bezeichnung der Tatsachen, die durch seine Aussage bewiesen werden sollen. Der Beweis wird **erhoben** durch Vernehmung des Zeugen über seine Wahrnehmungen.<sup>22</sup>

Ein Zeuge ist verpflichtet, bei Gericht zu **erscheinen** (§§ 377, 380 dZPO), **auszusagen** (§§ 395ff. dZPO) und seine Aussage auch zu **beidigen** (§§ 391ff. dZPO). Die in § 383 genannten Personen (vor allem Angehörige und Geheimnisträger) können aus persönlichen Gründen **verweigern, als Zeuge auszusagen**. Auch sachliche Gründe können ein Zeugnisverweigerungsrecht begründen (§ 384 dZPO): Wenn der Zeuge selbst oder sein Angehöriger durch die Aussage einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden erleidet (etwa Schadensersatzansprüche gegen ihn), er mit seiner Aussage möglicherweise strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt würde oder ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren würde.

Über die Zeugenvernehmung wird ein Protokoll erstellt (§§ 159ff. dZPO). Für seine Auslagen und Aufwendungen wird ein Zeuge entschädigt (§ 401 dZPO).

Der **sachverständige Zeuge** i.S.d. § 414 dZPO (z.B. Arzt am Unfallort) ist trotz der Regelung im Sachverständigenbeweis ein Zeuge und kein Sachverständiger, denn er bekundet seine Wahrnehmungen – in den Sinnen geschärft durch seine Sachkunde – und nimmt keine Bewertung vor. Aus diesen Gründen kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

Der **Zeuge vom Hörensagen** ist ein Zeuge, der über Äußerungen anderer Personen zu den zu beweisenden Tatsachen vernommen wird.

---

<sup>22</sup> Zum Ablauf der Vernehmung und zur Vernehmungspsychologie Schellhammer, Zivilprozess, 15. Auflage, Rn. 615–627.

Er ist ein „normaler“ Zeuge, dessen Vernehmung auch zulässig ist, gegebenenfalls aber geringeren Beweiswert hat.<sup>23</sup>

Der Zeugenbeweis kann nicht durch eine **schriftliche Zeugen-erklärung** ersetzt werden. Ein solches Schriftstück ist vielmehr als Urkundenbeweis einzuführen und kann nicht als Zeugenbeweis gewertet werden.<sup>24</sup> Falls beantragt, ist deshalb (nochmals) eine gerichtliche Zeugenvernehmung vorzunehmen.

### Wer Partei ist, kann nicht Zeuge sein.

**Beispiele:** Da der **einfache Nebenintervenient** nicht Partei ist, kann er Zeuge sein. Der **einfache Streitgenosse** ist zwar Partei seines eigenen Prozessrechtsverhältnisses, kann aber bei dem oder den anderen Streitgenossen Zeuge sein, wenn er über Tatsachen vernommen werden soll, die ausschließlich die anderen Streitgenossen betreffen.<sup>25</sup> **Notwendige Streitgenossen** sind als Partei zu vernehmen (vgl. § 449 dZPO). Gesetzliche **Vertreter einer prozessunfähigen Partei** werden – obwohl sie nicht Partei sind – nach § 455 Abs. 1 dZPO anstelle der prozessunfähigen Partei als Partei vernommen.

Auch die **Organe eines Vereins oder einer Gesellschaft** sind als Partei zu vernehmen. Der Geschäftsführer einer GmbH kann also nicht Zeuge sein, wohl aber ein GmbH-Gesellschafter, der nicht Geschäftsführer ist; dasselbe gilt für die Unterscheidung zwischen dem Vorstandsvor-

<sup>23</sup> BGH NJW 2009, 3306; BGH NJW 2006, 3416, 3418; BGH NJW 1986, 1541; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 271.

<sup>24</sup> Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 286, Rn. 11 m.w.N.; *Huber*, JuS 2003, 907; vgl. auch OLG Koblenz MDR 2006, 771; im Urkundenprozess (§§ 592 ff.) kann ein solches Schriftstück auch nicht als Urkunde eingesetzt werden, da es die unmittelbare Beweiserhebung ersetzen und damit die Umgehung der Vorgaben des Urkundenprozesses ermöglichen würde: (str.) wie hier auch BGH JR 2008, 420 m. Anm. *Looff*, JR 2008, 402; Thomas/Putzo/Reichold ZPO, 37. Auflage, § 592, Rn. 7; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 74. Auflage, § 592, Rn. 13 m.w.N.

<sup>25</sup> Musielak/Voit/Huber, 13. Auflage, ZPO § 449, Rn. 1; *Zimmermann*, ZPO, 10. Auflage, § 61, Rn. 3; im Einzelnen str., vgl. MünchKommZPO/Schultes, 5. Auflage, § 61 Rn. 8.

sitzenden einer AG und dem Aktionär oder dem Vereinsvorstand und dem Vereinsmitglied, soweit nicht Vorstandsmitglied.<sup>26</sup>

Als Zeuge wird hingegen etwa vernommen der Insolvenzschuldner im Prozess des Insolvenzverwalters, da dieser Partei ist. Dasselbe gilt für andere **Parteien kraft Amtes** (Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter). Auch der materielle Rechtsinhaber bei der gewillkürten und gesetzlichen Prozessstandschaft ist Zeuge, weil Partei der **Prozessstandschaftler** ist.

### III. Der Beweis durch Sachverständige

Der Sachverständige schildert nicht nur seine eigenen Wahrnehmungen, sondern nimmt **fachliche Wertungen vor und zieht Schlüsse**. Er ist deshalb im Gegensatz zu Zeugen austauschbar,<sup>27</sup> weil vornehmlich die Sachkunde und nicht die individuelle Wahrnehmung gefragt ist.

Der Beweis durch Sachverständige wird **angetreten**, indem die zu begutachtenden Punkte bezeichnet werden (§ 403 dZPO). Damit ist auch gemeint, dass die Partei anzugeben hat, zu welchem Ergebnis ihrer Ansicht nach der Sachverständige kommen soll,<sup>28</sup> denn nur damit kann sie deutlich machen, welche Tatsachen sie durch den Sachverständigen beweisen will. Die Auswahl des Sachverständigen erfolgt durch das Gericht (§ 404 dZPO).

Legt eine Partei ein **Privatgutachten** vor, so ist dies nur Parteivortrag. Nur wenn beide Parteien einverstanden sind, kann es im Wege des Urkundenbeweises oder Sachverständigenbeweises (vgl. § 404 Abs. 4) verwertet werden.<sup>29</sup> Die öffentliche Bestellung eines Gutachters spielt insofern eine Rolle, als ein solcher Gutachter bei einem gerichtlichen Auftrag verpflichtet ist, das Gutachten zu erstellen (§ 407).

<sup>26</sup> MünchKommZPO/Damrau, 5. Auflage, § 373, Rn. 10 f.

<sup>27</sup> Schreiber, Jura 2009, 269, 271.

<sup>28</sup> Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 37. Auflage, § 403, Rn. 1.

<sup>29</sup> Im Einzelnen str., dazu Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 530 m.w.N.

Der Sachverständigenbeweis wird **erhoben** durch schriftliches (§ 411 dZPO) oder mündliches (§§ 407, 409 dZPO) Gutachten. Ansonsten gelten die Regeln über den Zeugenbeweis (§ 402 dZPO). Häufig wird der Sachverständige auch bei einem schriftlichen Gutachten noch zum Termin geladen (vgl. §§ 411 Abs. 3, 402, 397 dZPO) und dort angehört. Für die Würdigung des Gutachtens sollte es eine stärkere Spezialisierung und Fachkunde der Richter geben, vor allem, um methodische Fehler des Gutachters zu erkennen. Zumindest wenn das Gutachten widerspruchsfrei, methodisch korrekt, vollständig und auf der Grundlage des richtigen Sachverhalts ergangen ist,<sup>30</sup> wird das Gericht dem Gutachten folgen. Andernfalls kann es seine Bedenken im Termin erörtern und ggf. ein zweites Gutachten (§ 412 dZPO) beauftragen.<sup>31</sup>

**Gutachten aus anderen Verfahren** können im Wege des Urkundenbeweises eingeführt werden (§ 411a dZPO).<sup>32</sup> Sie können den Sachverständigenbeweis nur unter engen Voraussetzungen - notwendig ist Deckungsgleichheit der Beweisthemen - ersetzen.<sup>33</sup>

#### IV. Der Beweis durch Urkunden

Jedes Schriftstück, das einen Gedanken beinhaltet, ist im Zivilprozess eine Urkunde. Diese Definition enthält die entscheidenden Merkmale für eine Urkunde: Die **Verkörperung von Gedanken** und die **Schriftlichkeit**.<sup>34</sup> Gleichgültig ist, ob die Urkunde von vornherein zum Beweis bestimmt oder zufällig entstanden ist, welches Material sie hat, ob sie unterschrieben ist oder nicht.

Der Beweis durch Urkunden wird durch Vorlage der Originalurkunde **angetreten** (§ 420 dZPO).<sup>35</sup> Beglaubigte Kopien sind bei öffentlichen

<sup>30</sup> Schreiber, Jura 2009, 269, 271.

<sup>31</sup> Schellhammer, Zivilprozess, 15. Auflage, Rn. 662 f.

<sup>32</sup> Fölsch, MDR 2004, 1029; Knauer/Wolf, NJW 2004, 2857.

<sup>33</sup> BGH MDR 2008, 915; Fölsch, MDR 2004, 1029, 1030; Heß/Burmann, NJW-Spezial 2006, 495.

<sup>34</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 539; Hennings/Feige JA 2012, 128; Schreiber, Jura 2009, 269, 272, auch zur Abgrenzung vom strafrechtlichen Urkundenbegriff.

<sup>35</sup> BGH NJW 1992, 829.



Urkunden möglich (§ 435 dZPO). Der Urkundenbeweis kann auch von Amts wegen erhoben werden, nachdem das Gericht die Urkunde angefordert hat (§§ 142, 143, 273 Abs. 2 Nr. 1 dZPO).<sup>36</sup> Der Urkundenbeweis wird **erhoben**, indem das Gericht in die Urkunde Einsicht nimmt und den Inhalt der Urkunde aufnimmt. Durch Vorlage einer Originalurkunde wird allerdings der Urkundeninhalt vielfach unstreitig, so dass sich die Beweiserhebung erübrigt.<sup>37</sup>

Die Beweiserhebung durch Urkunden unterscheidet sich insofern vom Augenschein als es beim Urkundenbeweis entscheidend auf den Inhalt des erklärten Gedankens ankommt. Beim Augenschein hingegen zählt die sinnliche Wahrnehmung des Augenscheinsobjekts.

Urkunden haben eine **Beweiskraft**, die Regeln für die Beweiswürdigung vorgibt und insofern zu einer Einschränkung der freien richterlichen Beweiswürdigung führt. Dabei ist zwischen **Privaturkunden** (§ 416 dZPO) und öffentlichen Urkunden (§§ 415,<sup>38</sup> 417,<sup>39</sup> 418<sup>40</sup> dZPO) zu unterscheiden: Öffentliche Urkunden begründen dabei vollen Beweis des in ihnen beurkundeten Vorgangs, unterzeichnete! Privaturkunden beweisen nur, dass der Aussteller eine Erklärung eines bestimmten Inhalts abgegeben hat, nicht aber, dass dieser Inhalt der Wahrheit entspricht (§ 416 ZPO). Das muss der Richter eigenständig würdigen.

**Beispiel:** Legt eine Partei einen privatschriftlichen und unterschriebenen Kaufvertrag vor, wird damit bewiesen, dass die enthaltenen Erklärungen auch durch den/die unterschreibenden Aussteller abgegeben wurden. Gegenstand der freien Beweiswürdigung bleibt allerdings, ob die Erklärung zugegangen ist, und ob ihr Inhalt (Kaufvertrag und nicht etwa Miete oder Schenkung) richtig ist.

<sup>36</sup> BGHZ 173, 23.

<sup>37</sup> *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 538; *Schreiber*, Jura 2009, 269, 272.

<sup>38</sup> Beurkundung von fremden Willenserklärungen durch Behörden.

<sup>39</sup> Eigene Erklärungen der Behörde.

<sup>40</sup> Niederschriften von Wahrnehmungen von Mitgliedern der Behörde (Abs. 1) oder von Dritten (Abs. 2), Hk-ZPO/*Eichele*, 6. Auflage, § 418, Rn. 1; *Schilken*, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 543.



Diese Beweisregeln gelten nur, wenn die Urkunde **echt** (§§ 437ff. dZPO) und nicht mangelbehaftet (§ 419 dZPO) ist. Unecht ist eine Urkunde, wenn sie nicht vom angeblichen Aussteller stammt. Bei Streit über die Echtheit der Unterschrift kommt eine Schriftvergleichung durch einen Sachverständigen in Betracht.

## V. Der Beweis durch Parteivernehmung

Der Beweis durch Parteivernehmung wird erhoben, wenn die beweisbelastete Partei beantragt, den Gegner über die zu beweisenden Tatsachen zu vernehmen (§ 445 Abs. 1 ZPO). Vernommen wird dann die **Gegenpartei**. Er kann auch angetreten werden, wenn eine Partei die Vernehmung der beweispflichtigen Partei beantragt und die andere damit einverstanden ist (§ 447 dZPO). Vernommen wird dann die **beweispflichtige Partei**.

Das zeigt, dass die Parteivernehmung für die beweisbelastete Partei häufig wenig hilfreich ist, denn der zu vernehmende Gegner hat originäres Interesse am eigenen günstigen Prozessausgang und wird zum Einverständnis mit der Vernehmung der beweisbelasteten Partei kaum bereit sein. Die Problematik der Parteivernehmung zeigt sich also darin, dass einerseits beide Parteien den Sachverhalt am Besten kennen und die Wahrheit sagen müssen (§ 138 Abs. 1 dZPO), andererseits in eigener Sache nicht neutral sind.<sup>41</sup> Deshalb ist die Parteivernehmung ein **subsidiäres Beweismittel**,<sup>42</sup> das nur in Betracht kommt, wenn der Beweis durch andere Beweismittel nicht vollständig erbracht werden kann (§§ 445 Abs. 1, 448 ZPO). Falls die beweisbelastete Partei ohne die Parteivernehmung in Beweisnot gerät, etwa beim zu beweisenden Inhalt von „Vier-Augen-Gesprächen“, ist eine amtswegige Anordnung geboten.<sup>43</sup>

Für die Beweiserhebung gelten im Wesentlichen die Regelungen der Vernehmung von Zeugen (§ 451 dZPO). Die Beweiserhebung er-

<sup>41</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 549; Schreiber, Jura 2009, 269, 273.

<sup>42</sup> Kritisch etwa Coester-Waltjen, ZJP 113 (2000), 269.

<sup>43</sup> BVerfG NJW 2001, 2531; BGH WM 2006, 551; OLG Frankfurt, MDR 2013, 107.

folgt also durch Vernehmung der Partei. Wer Zeuge ist, kann allerdings nicht als Partei vernommen werden.

Die Parteivernehmung ist nicht mit der **Parteianhörung** zu wechseln. Nur die Parteivernehmung ist ein Beweismittel. Die Parteianhörung ist hingegen Teil der Vorträge, Behauptungen und des Bestreitens der Parteien und kann insofern nur Anlass für eine Beweiserhebung werden.<sup>44</sup>

### C. Das selbständige Beweisverfahren

Im selbständigen Beweisverfahren (§§ 485ff. dZPO) kann eine der späteren Parteien Beweise schon vor Beginn eines Rechtsstreits sichern und damit eine Beweisaufnahme vorwegnehmen. Damit kann gegebenenfalls sogar ein Prozess vermieden werden. Auch die Verjährung wird durch ein solches Verfahren gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB).<sup>45</sup> Falls es anschließend zum Prozess kommt, kann dieser wegen des vorweggenommenen Verfahrens beschleunigt ablaufen.<sup>46</sup> Das selbständige Beweisverfahren bietet nämlich die Möglichkeit, die in ihm erhobenen **Beweise auch für einen späteren Prozess zu benutzen**: Sie sind in einem anschließenden Prozess denjenigen Beweiserhebungen gleichzustellen, die vor dem Prozessgericht erfolgt sind (§ 493 Abs. 1 dZPO). Das Verfahren entspricht in den Regeln und Beweismitteln grundsätzlich denjenigen des Klageverfahrens (vgl. § 492 dZPO).

<sup>44</sup> Coester-Waltjen, ZZP 113 (2000), 269; Lange, NJW 2002, 476.

<sup>45</sup> BGH NJW 2011, 594; BGH NJW-RR 2013, 1169.

<sup>46</sup> Huber, JuS 2004, 214.

## D. Die Überprüfung einer Beweisaufnahme in der höheren Instanz

### I. Die Berufung

In **tatsächlicher Hinsicht** ist das Berufungsgericht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden (§§ 513 Abs. 1 2. Alt., 528, 529, 531–533 dZPO).<sup>47</sup> Der Rechtsstreit ist unter Zugrundelegung der vom Gericht des ersten Rechtszugs **festgestellten Tatsachen** und **neuen zugelassenen Prozessstoffs** neu zu verhandeln (§§ 529, 531 dZPO).

Die Überprüfung ist in tatsächlicher Hinsicht also nur in sehr engem Umfang möglich, da die erstinstanzlich festgestellten Tatsachen grundsätzlich auch in der Berufungsinstanz verbindlich bleiben.<sup>48</sup>

Einzelheiten sind in Deutschland lebhaft umstritten.<sup>49</sup> Man sollte wie folgt differenzieren:

Die Parteien kann die Richtigkeit **der in erster Instanz getroffenen Tatsachenfeststellungen angreifen** (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Nur wenn sich Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen ergeben, wiederholt das Berufungsgericht eine Beweisaufnahme.<sup>50</sup>

Ausnahmsweise können **neue, das heißt erst in der Berufungsinstanz vorgetragene, Tatsachen** berücksichtigt werden (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. 531 dZPO).<sup>51</sup> § 531 Abs. 1 dZPO meint dabei den Fall, dass ein bestimmter Tatsachenvortrag schon in erster Instanz zurückgewiesen

<sup>47</sup> Deubner, JuS 2005, 799.

<sup>48</sup> BGH NJW 2005, 1583.

<sup>49</sup> S. etwa BGH NJW 2004, 2152; BGH 2004, 1876; Deubner, JuS 2005, 799; Gaier, NJW 2004, 110; ders., NJW 2004, 2041; Gehrlein, MDR 2004, 661; Meller-Hannich, NJW 2006, 3385; H. Roth, JZ 2005, 174; ders., JZ 2006, 9; Rixecker, NJW 2004, 705; Stackmann, NJW 2007, 9.

<sup>50</sup> BGH NJW 2005, 830; BGH NJW 2005, 1583, 1584; Manteuffel, NJW 2005, 2963.

<sup>51</sup> Längsfeld, JA 2013, 362, 366 f.

wurde (§ 296 dZPO). Erfolgte diese Zurückweisung zu Recht, bleibt es beim Ausschluss dieses Tatsachenstoffs. Erfolgte sie zu Unrecht, ist das neue Vorbringen zuzulassen. Darüber hinaus ist neuer Tatsachenstoff nur zuzulassen, soweit dies durch besondere Gründe gerechtfertigt ist (§ 531 Abs. 2 ZPO).<sup>52</sup> Entweder muss ein Gesichtspunkt betroffen sein, der vom erstinstanzlichen Gericht erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten wurde (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 dZPO), oder es muss um Tatsachen gehen, die infolge eines Verfahrensmangels (§ 531 Abs. 2 Nr. 2 dZPO) oder ohne Nachlässigkeit (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 dZPO) in erster Instanz nicht geltend gemacht wurde. Eine Chance im Anwendungsbereich des § 531 Abs. 2 dZPO hat der Rechtsmittelführer etwa, wenn bestimmte Tatsachen erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im erstinstanzlichen Verfahren entstehen, oder ein Beweismittel oder eine Tatsache ihm erst dann bekannt werden (§ 531 Abs. 2 Nr. 3 dZPO). Unstreitiges Vorbringen ist zudem immer zuzulassen.<sup>53</sup> Ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel, das in erster Instanz schon hätte vorgebracht werden können, kann hingegen niemals bis zur zweiten Instanz „aufgespart“ werden. Es ist dann nach der engen Präklusionsregel endgültig ausgeschlossen.

Kommt das Gericht nach Neuverhandlung des Rechtsstreits unter Zugrundelegung der vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen und neuen zugelassenen Prozessstoffs zum Ergebnis, dass die Berufung begründet ist, benennt § 538 dZPO zwei verschiedene Entscheidungsmodi: Das Berufungsgericht hebt das erstinstanzliche Urteil auf und verweist den Rechtsstreit **in die erste Instanz zurück** oder es **entscheidet selbst in der Sache**. Dabei ist das Verbot der „reformatio in peius“ zu beachten. Eine **unbegründete Berufung** hingegen wird zurückgewiesen, entweder durch Urteil oder durch Beschluss (§§ 523 Abs. 1 Satz 2, 522 Abs. 2 dZPO). Dagegen ist die gegebenenfalls eine Revision eröffnet.

<sup>52</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 101.

<sup>53</sup> BGH NJW 2005, 291; BGHZ 177, 212; *Deubner*, JuS 2005, 512.

## II. Revision

Der Rechtsstreit wird ausschließlich im Rahmen einer **Rechtskontrolle** verhandelt (§§ 559, 545 bis 547 dZPO). In tatsächlicher Hinsicht kann die Revision das Berufungsurteil nicht überprüfen. Es ist an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden. Neue Tatsachen können in aller Regel nicht mehr vorgebracht werden. Der Tatsachenstoff ist also derjenige, den der Rechtsstreit zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz hatte. Das Revisionsgericht darf nur dasjenige Parteivorbringen heranziehen, welches sich aus dem Berufungsurteil oder den Sitzungsprotokollen ergibt (§ 559 Abs. 1 dZPO). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn sich gerade gegen die Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts ein begründeter Revisionsangriff richtet (§ 559 Abs. 2 dZPO). Zudem können ausnahmsweise neue Tatsachen berücksichtigt werden, wenn sie die von Amts wegen zu beachtenden Sachentscheidungsvoraussetzungen oder die Zulässigkeit der Revision betreffen.<sup>54</sup>

Kommt das Gericht nach Neuverhandlung des Rechtsstreits unter Zugrundelegung der bis zum Abschluss des Berufungsverfahrens festgestellten Tatsachen zum Ergebnis, dass die **Revision begründet** ist, ist das angefochtene Urteil ganz oder zum Teil aufzuheben (§ 562 dZPO). Für das weitere Verfahren gibt es zwei verschiedene Entscheidungsmodi (§ 563 dZPO): In der Regel wird der Rechtsstreit an das Berufungsgericht **zurückverwiesen**, wobei dann das Berufungsgericht bei seiner Beurteilung der Klage an die Entscheidung des Revisionsgerichts gebunden ist. Ausnahmsweise kann das Revisionsgericht auch **selbst entscheiden**, wenn der Rechtsfehler (lediglich) in einem Subsumtionsfehler bestand und weitere Sachaufklärung nicht erforderlich ist (vgl. § 563 Abs. 3 dZPO). Dann ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif und kann vom Revisionsgericht in der Sache entschieden werden. Dabei ist jeweils das Verbot der *reformatio in peius* zu beachten.

<sup>54</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Rn. 943.



# **Die Entwicklung des türkischen Kapitalmarktrechts und dessen Stellung in unserem Rechtssystem**

*Türk Sermaye Piyasası Hukukunun Gelişimi ve  
Hukuk Düzenimiz İçerisindeki Yeri*

***Prof. Dr. N. Füsün Nomer Ertan\****

## **Abstract**

It should not be hesitated that the capital market law takes its own place as an independent branch of law in the Turkish legal system and it developed substantially from the establishment of the Dersaadet Bond Exchange in 1866 up to now, as a result of Capital Markets Board's fulfilling its duties successfully.

Nowadays Capital Market Law involves in capital market itself, investment instruments being treated, capital market's players and legal relationships between those, right to operate in capital market, auditing of legal transactions and activities. The question of which field of law that capital markets fall within yet remains contradictory.

**Key Words:** Capital Market Law, Capital Market Board, Law of Capital Markets, Stock Market, Capital Market Instruments.

---

\* Prof. Dr. am Lehrstuhl für Handelsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität İstanbul / Professor, in Istanbul University Faculty of Law, Commercial Law Department

## Özet

Dersaadet Tahvilat Borsası'nın kurulduğu 1866 yılından günümüze gelinceye kadar, sermaye piyasası hukukunun Türk hukuk sisteminde bağımsız bir hukuk dalı olarak yerini aldığından ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun da üstlendiği görev ve yetkilerini başarı ile yerine getirmesi sonucunda çok geliştiğinden tereddüt etmemek gerekir.

Bugün sermaye piyasası hukuku, sermaye piyasasının kendisi, sermaye piyasasında işlem gören yatırım araçları, sermaye piyasasının aktörleri ve bunlar arasındaki hukuki ilişkiler ile sermaye piyasasında faaliyette bulunma hakkı, faaliyetlerin ve hukuki işlemlerin denetimi konularını içermektedir. Sermaye piyasası hukukunun dahil olduğu hukuk dalının hangisi olduğu sorusunun cevabının ise halen tartışılmakta olduğu görülmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Sermaye Piyasası Kanunu, Sermaye Piyasası Kurulu, Sermaye Piyasası Hukuku, Borsa, Sermaye Piyasası Araçları.

## I. Der Türkische Kapitalmarkt

Als Mittel zur Finanzierung von Investitionen, die erforderlich sind, um die wirtschaftliche Entwicklung in unserem Land zu realisieren, wurden viele Jahre lang Bankkredite verwendet. Mit dem Erstarken der freien Marktwirtschaft ab den 1950er Jahren erwiesen sich Bankkredite jedoch zunehmend als ungeeignete und unzureichende Mittel zur Finanzierung von Investitionen. Daraufhin hat sich seit den 1980er Jahren der türkische Kapitalmarkt formiert und entwickelt.<sup>1</sup>

Der Kapitalmarkt wird als Umfeld (Markt) definiert, in dem Angebot und Nachfrage von mittel- und langfristigen Kapitalmitteln (Investitionskapital) zusammentreffen. Auf diesem Markt können die Unternehmen, indem sie in hohem Maße begebare Kapitalmarktinstrumente, die mit Aktionärrechten und/oder Forderungsansprüchen verbunden sind,

<sup>1</sup> **Erdoğan Moroğlu**, Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, *in*: Sermaye Piyasası Kurulu 15 Yıl Sempozyumu (Mayıs 1998), Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No.119, Ankara 1998, S. 15.



an die Sparer verkaufen, ihren Bedarf an Investitionskapital zu sehr viel günstigeren Konditionen decken als es bei Bankkrediten der Fall ist.

Damit der Kapitalmarkt seine Funktion ordnungsgemäß erfüllen kann, muss gewährleistet sein, dass das Vertrauen auf dem Markt gegeben ist und die Rechte der Sparer geschützt werden. Solange die Sparer Rechtssicherheit verspüren, werden sie ihr erspartes Vermögen auf dem Kapitalmarkt anlegen wollen.

Dass die Sparer sich anstelle von klassischen Methoden (Spareinlagen, Immobilien, Gold), die meistens keinen Beitrag zu Entwicklung und Investitionen leisten, Wertpapieren sowie mittel- und langfristigen Finanzinstrumenten zuwenden, ist nur möglich, wenn der Kapitalmarkt nach den Prinzipien von Vertrauen, Offenheit, Ausgeglichenheit und Einträglichkeit funktioniert und alle Institutionen und Unternehmen, die am Markt operieren, wie auch die gehandelten Instrumente und selbstverständlich auch der Markt selbst, also die Börse, einer Aufsicht unterstehen.

Der Kapitalmarkt lässt sich in 5 Hauptbestandteile untergliedern:<sup>2</sup>

1. *Die Kapitalgeber, also die Anbieter von mittel- und langfristigen Kapitalmitteln:* Dies sind die Sparer.
2. *Die Kapitalnehmer, von denen die Nachfrage nach Kapitalmitteln ausgeht:*

Dies sind die Emittenten. In Art. 3/h des türk. Kapitalmarktgesetzes sind diese aufgeführt als juristische Personen, die Kapitalmarktinstrumente ausgeben, beim Kapitalmarktausschuss die Erlaubnis zu deren Ausgabe beantragen oder deren Kapitalmarktinstrumente öffentlich zum Kauf angeboten werden, sowie Investitionsfonds, die diesem Gesetz unterliegen.

---

<sup>2</sup> **Zühtü Aytaç**, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988, S. 2-3; **Ayşe Sumer**, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2002, S. 1-2.

3. *Der Ort, an dem Angebot und Nachfrage von Kapitalmitteln zusammentreffen oder zusammentreffen sollten:*

Dies ist die Börse.

4. *Die in Umlauf gebrachten und gehandelten Wertpapiere sowie sonstige Kapitalmarktinstrumente:*

Dazu zählen –mit Ausnahme von Bargeld, Schecks, gezogenen Wechseln und eigenen Wechseln– Aktien, sonstige aktienähnlichen Werte sowie Einlagenzertifikate bezüglich dieser Aktien, Schuldverschreibungen oder Schuldtitel auf der Grundlage von verbrieftem Vermögen und Einkommen sowie Einlagenzertifikate bezüglich dieser Werte und derivative Instrumente (Art. 3/1 KMG). Je weiter sich die Wirtschaft eines Landes entwickelt, desto mehr ergibt sich von selbst auch eine größere Vielfalt dieser Instrumente.

5. *Gesellschaften, die bei der Deckung des Angebots und der Nachfrage von Kapitalmitteln behilflich sind:*

Dies sind die Investmentgesellschaften. Als Investmentgesellschaften werden in Art. 3/v KMG Intermediäre sowie sonstige mit Investitionsdienstleistungen und -tätigkeiten befassten Kapitalmarktinstitute und Banken genannt, bei denen die Grundsätze bezüglich ihrer Gründung und Tätigkeit vom Kapitalmarktausschuss festgelegt werden. Sie sind den Sparern dabei behilflich, die besten, mit dem geringsten Risiko behafteten und profitabelsten Finanzinstrumente zu erwerben, und helfen den Unternehmen, die Bedarf an Finanzmitteln haben, ihre Instrumente zu den günstigsten Bedingungen und Konditionen und innerhalb kürzester Zeit zu verkaufen.

## **II. Entwicklungsprozess des türkischen Kapitalmarkts und des dazugehörigen Rechts**

Zweifellos nimmt das Kapitalmarktrecht heutzutage auch im türkischen Rechtssystem seinen Platz als eigenständiges Rechtsgebiet ein

und entwickelt sich sehr stark weiter. An dieser Entwicklung hatte der mit dem KMG (Gesetz Nr. 2499) eingerichtete und mit der Befugnis zur Rechtserzeugung ausgestattete Kapitalmarktausschuss vielleicht den größten Anteil.

Das Kapitalmarktrecht ist nicht nur in unserem Land, sondern auf der ganzen Welt zu einem Rechtsgebiet geworden, das sich sehr schnell weiterentwickelt und erneuert.<sup>3</sup> Die Weiterentwicklung des Kapitalmarkts vollzieht sich durch das Entstehen neuer Institutionen und neuer Instrumente; im Hinblick auf den Schutz der Anleger und des Marktes ist es unabdingbar, dass auch die rechtliche Infrastruktur im Hinblick auf diese Neuheiten rasch aufgebaut wird. An dieser Stelle ist zu erwähnen, dass in unserem Land dem Kapitalmarktausschuss mit der Befugnis zur Rechtserzeugung eine wichtige Aufgabe übertragen wurde, und dass der Ausschuss diese Aufgabe bislang erfolgreich gemeistert hat.<sup>4</sup>

Im Entwicklungsprozess unseres Kapitalmarktrechts sind folgende Meilensteine zu nennen:

- 1866 wird (als Vorläuferin der heutigen İstanbuler Wertpapierbörse) die *Dersaadet Tahvilat Borsası* gegründet,
- am 28.07.1981 wird das erste türkische Kapitalmarktgesetz verabschiedet,
- am 25. Januar 1982 tritt der Kapitalmarktausschuss zum ersten Mal zusammen,
- am 26.12.1985 wird die İstanbuler Wertpapierbörse gegründet, die am 3.1.1986 ihren Betrieb aufnimmt und
- im Studienjahr 1999/2000 lehrt *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu* erstmals Kapitalmarktrecht an der Juristischen Fakultät der Universität İstanbul.

<sup>3</sup> z. B. im deutschen Recht: **Petra Buck-Heeb**, Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2013, RnNr.1.

<sup>4</sup> Wie im KMG von 1981 (Gesetz Nr. 2499), so wird auch im KMG von 2012 (Gesetz Nr. 6362) dem Kapitalmarktausschuss die Befugnis eingeräumt, fast jedes Thema mittels Erlassen zu regeln.

*Die Geschichte der Börse in unserem Land reicht bis in die 1860er Jahre zurück.*

Als das Osmanische Reich ab Mitte des 19. Jahrhunderts anfang, bei den europäischen Ländern Schulden aufzunehmen, markierte dies auch der Beginn der Binnenverschuldung. Kurzfristige Inlandsschulden wurden bei den Bankhäusern im İstanbuler Stadtteil Galata aufgenommen. In dieser Phase wurden die ausgegebenen Staatsanleihen angekauft, verkauft und gehandelt. Gleichzeitig wurde auch mit ausländischen und inländischen Währungen spekuliert. Die Transaktionen fanden insbesondere in Gewerbehöfen und Ladengeschäften in Galata statt. Der Text eines am 17. Juni 1862 durch die Stadtverwaltung von Istanbul ergangenen Runderlasses führt vor Augen, dass damals die inoffiziellen Börsengeschäfte förmlich zum illegalen Glücksspiel geworden waren, und welche Verbote daraufhin erlassen wurden:

*“Trotz der erlassenen Verbote gehen die für das Geschäftsleben so zerstörerischen Börsengeschäfte in den Straßen von Galata, in den Fluren des Hayyar Han, in den Straßen von Karaköy und andernorts weiter. In einer Zeit, in der durch die Bemühungen der Regierung die Börse mit soliden Maßnahmen reguliert wird, ist meine Stadtverwaltung entschlossen, diesen ungesetzlichen Umtrieben ein Ende zu setzen. Hiermit wird verkündet, dass der Bevölkerung ab sofort untersagt ist, sich an den genannten Orten zu treffen und zu versammeln, um Devisengeschäfte und jegliche Transaktionen mit Anleihen und sonstigen Wertpapieren zu betreiben. Wer künftig derartigen Geschäften nachgeht, wird unverzüglich arretiert und nach dem anwendbaren Gesetz bestraft werden.”<sup>5</sup>*

Es sei erwähnt, dass etwa zur gleichen Zeit die offizielle Börse im Aufbau begriffen war. Tatsächlich wird die *Dersaadet Tahvilat Borsası*, die mit einem am 13. April 1866 erlassenen Dekret gegründet wurde und ihren Betrieb im Komisyon Han in Galata aufnahm, als erste offizielle Börse bezeichnet.<sup>6</sup> An dieser Börse wurden in- und ausländische Anleihen und Aktien durch telegraphische Verbindungen mit den euro-

<sup>5</sup> S. Azmi Fertekligil, *Türkiye’de Borsa’nın Tarihçesi*, İstanbul 2000, S. 24.

<sup>6</sup> Fertekligil, 26. Bezüglich des Gründungszeitpunkts der *Dersaadet Tahvilat Borsası* gibt es unterschiedliche Datumsangaben. Näheres s. Fertekligil, 26.

päischen Börsen gehandelt; Panama-Anleihen und Aktien der Sueskanal-Gesellschaft wurden, vermittelt durch ausländische Banken, von den Türken gekauft.<sup>7</sup> Außerdem wurde in der Zeit des Osmanischen Reiches an der Börse auch mit vom Staat ausgegebenen Schuldverschreibungen (Anleihen und Schatzanweisungen), mit Aktien von Unternehmen der Privatwirtschaft (Société des Tramways de Constantinople, Credit Generale Ott. H.Se., Société Generale H. Se., Banque de Constantinople, Société des Commerciale Ottomane, Rumeli Demiryolları) sowie von ausländischen Instituten und Gesellschaften emittierten Aktien und Obligationen gehandelt.

Mit der 1906 erlassenen “Verordnung über Esham ve Tahvilat Borsası” wurde die Börse in *Esham ve Tahvilat Borsası* (Aktien- und Obligationsbörse) umbenannt. Die Kriege, zu denen es nach 1908 kam (Tripoliskrieg, Balkankriege, Erster Weltkrieg), führten jedoch dazu, dass die Börse ihre Tätigkeit einstellen musste.<sup>8</sup>

Die erste Börsenreform, die noch vor der Ausrufung der Republik durchgeführt wurde, als die İstanbuler Börse allerdings schon unter die Kontrolle des neuen türkischen Staates gekommen war, erfolgte durch die Ergänzungsverordnung vom 22.8.1923, die mit einem Dekret in Kraft gesetzt wurde.<sup>9</sup>

In den ersten Jahren der Republik:

- wurde 1926 der Sitz der Börse in das im Stadtteil Bahçekapı neu errichtete Gebäude *Dördüncü Vakıf Han* verlegt;
- wurden 1929 das Gesetz über die Wertpapier- und Devisenbörsen vom 16.5.1929 (Gesetz Nr. 1447), das am 30.5.1929 im türk. Amtsblatt verkündet wurde, und die dazugehörige Durchführungsverordnung Nr. 8172 vom 19.6.1929 erlassen;

<sup>7</sup> **Muharrem Karslı**, Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2003, S. 36.

<sup>8</sup> **Fertekligil**, 60-63, 135; **Hamdi Yasaman**, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992, S. 14.

<sup>9</sup> **Fertekligil**, 139.

- nahm die Börse unter dem Namen İstanbuler Wertpapierbörse (*İstanbul Menkul Kıymetler Borsası*) ihren Betrieb auf;
- ließ Atatürk als eines der ersten Unternehmen der neuen Republik die İş Bankası<sup>10</sup> und danach auch die Zentralbank jeweils als Publikumsaktiengesellschaft gründen (Gesetz über die Zentralbank der Republik Türkei vom 11.6.1930, Gesetz Nr. 1715, Amtsblatt von 30.6.1930).

Bis zum Jahr 1983 weist die Chronik folgende Ereignisse aus:

- Mit einem am 1.4.1938 erlassenen Dekret wurde die İstanbuler Börse für die Dauer von drei Jahren geschlossen und in Ankara die *Kambiyo Esham ve Tahvilat Borsası* eröffnet.
- Im April 1941 verlegte die Börse erneut ihren Sitz nach Istanbul.
- 1958 wurde der Börse die Befugnis zum Devisenhandel entzogen und diese Befugnis der Zentralbank übertragen.
- In den Jahren 1930–1960, also in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg und kurz danach, war das Transaktionsvolumen der Börse äußerst gering: 1945 betrug es 460.000 TL, 1950 715.000 TL, 1957 7.000.000 TL und 1964 16.000.000 TL.
- 1983 wurde das Gesetzesvertretende Verordnung Nr. 91 über die Wertpapierbörsen erlassen.<sup>11</sup>

Im Hinblick auf das Kapitalmarktrecht in unserem Land stellt die Verabschiedung des Kapitalmarktgesetzes (Gesetz Nr. 2499) im Jahr 1981 einen Wendepunkt dar. Die Vorarbeiten zu einem Kapitalmarktgesetz begannen mit dem Ersten Entwicklungsplan im Jahr 1962. Die erste grundlegende Arbeit zu dieser Thematik wurde unter der Bezeich-

<sup>10</sup> Die İş Bankası wurde auf Anordnung von Atatürk nach Maßgabe der auf dem Ersten Wirtschaftskongress in Izmir gefassten Beschlüsse am 26. August 1924 gegründet, siehe <http://www.isbank.com.tr/TR/hakkimizda/bizi-taniyin/tarihimiz/o-gunlerden-bugunlere/Sayfalar/o-gunlerden-bugunlere.aspx>.

<sup>11</sup> Zur Geschichte der Börse vgl.: <http://www.borsaistanbul.com/Dosyalar/25yil/index.html> und **Fertekliğil**, 1; Zahlenwerk: **Fertekliğil**, 169.

nung einer Kapitalmarktstudie in drei Bereichen – als Wirtschaftsstudie, Rechtsstudie und in Bezug auf das Steuersystem – durchgeführt und 1964 veröffentlicht.<sup>12</sup> Die Wirtschaftsstudie wurde von Dr. Oktay Yenal, die Rechtsstudie von Prof. Dr. Reha Poroy und Prof. Dr. Turgut Erem und die Steuerstudie von Özhan Eroğuz erarbeitet. Darüber hinaus fand 1963 eine wissenschaftliche Tagung im Institut für Bank- und Handelsrecht statt (die III. Handels- und Bankrecht-Woche). Der erste von der Kapitalmarktstudiengruppe erstellte Entwurf wurde bei einem Seminar, das vom 2.–5. Dezember 1964 im İstanbuler Çınar-Hotel stattfand, diskutiert und die Arbeiten wurden fortgesetzt. Als im Jahr 1970 der zweite diesbezügliche Gesetzentwurf dem türkischen Parlament vorgelegt wurde, wurde dieser zwar noch nicht angenommen, es ist jedoch zu sehen, dass nach 1971 vermehrt Bücher und Artikel zum Thema Kapitalmarkt erschienen. Erst 1981, also 19 Jahre nach den Ursprüngen im Jahr 1962, wurde schließlich das erste Kapitalmarktgesetz<sup>13</sup> (Gesetz Nr. 2499) verabschiedet.<sup>14</sup>

Das Erstarken und Voranschreiten des türkischen Kapitalmarkts erfolgte nach dem Inkrafttreten des 1981 erlassenen Kapitalmarktgesetzes (Gesetz Nr. 2499).<sup>15</sup> 1983 wurde das Gesetzesvertretende Verordnung Nr. 91 über die Wertpapierbörsen erlassen.<sup>16</sup> Die İstanbuler Wertpapierbörse wurde am 26.12.1985 gegründet und nahm am 3.1.1986 den Betrieb auf. Die Goldbörse von İstanbul (*İstanbul Altın Borsası*) nahm ihre Tätigkeit am 26. Juli 1995 auf. Die Börse für Termingeschäfte und Optionen (*Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası A.Ş.*) wiederum wurde als erste Privatbörse am 4.7.2002 gegründet.

An dieser Stelle sei unbedingt darauf hingewiesen, dass ein Teil der Kapitalmarktunternehmen auch schon vor Inkrafttreten des 1981 erlassenen Kapitalmarktgesetzes (Gesetz Nr. 2499) bestand. Beispielsweise

<sup>12</sup> Prof. Dr. Reha Poroy/ Prof. Dr. Turgut S. Erem / Doç. Dr. Oktay Yenal, Sermaye Piyasası Etüdü: Türkiye’de Sermaye Piyasasının Gelişmesi İçin Gerekli Tedbirler, 1964.

<sup>13</sup> RG. 30.7.1981-17416.

<sup>14</sup> S. Karayalçın, 9 ff.

<sup>15</sup> Die §§ 17-29 des Gesetzes sind mit seiner Verkündung, die übrigen Paragraphen erst sechs Monate nach seiner Verkündung in Kraft getreten.

<sup>16</sup> RG 6.10.1983 – 18183 bis.



wurden vor 1981 zahlreiche Aktiengesellschaften gegründet, welche die Tätigkeit einer Investmentgesellschaft in "verdeckter" Weise ausübten, obwohl sie nicht als „Investmentgesellschaft“ firmierten. Verschiedene Firmen verwendeten jedoch in ihrer Satzung unter dem Punkt „Geschäftszweck und Unternehmensgegenstand“ Formulierungen, die ihnen den Kauf und Verkauf jeglicher Aktien gestatten. Dies bedeutet, dass viele Unternehmen, genau wie eine Investmentgesellschaft, sich mit auf Gewinn und Investitionen ausgerichteten Aktiengeschäften beschäftigten und zu diesem Zweck ein Portfolio aufbauten. Die Gründung von Unternehmen, die in ihrem Firmennamen die Bezeichnung „Investmentgesellschaft“ tragen, erfolgte erst nach dem Inkrafttreten des KMG (Gesetz Nr. 2499).<sup>17</sup>

Zurzeit ist das als zweites Kapitalmarktgesetz erlassene Gesetz Nr. 6362 aus dem Jahr 2012 in Kraft.<sup>18</sup> Außerdem wurde nach Maßgabe von Art. 138 des Kapitalmarktgesetzes (Gesetz Nr. 6362) das Unternehmen „Borsa İstanbul A.Ş.“ zur Durchführung von Börsentätigkeiten gegründet. Diese neue İstanbuler Börse (Borsa İstanbul), die alle Börsen des Kapitalmarkts unter einem Dach zusammenführt, wurde, nachdem ihre Satzung vom Kapitalmarktausschuss ausgearbeitet worden war, im Anschluss an die Erteilung der Genehmigung durch den zuständigen Minister am 3. April 2013 im Handelsregister eingetragen und im Handelsregisterblatt verkündet.

Wie zu erkennen ist, hat die Entwicklung des Kapitalmarkts bis in die 1980er Jahre auf sich warten lassen, obwohl die Geschichte der Börse in unserem Land 150 Jahre zurückreicht und schon seit sehr langen

---

<sup>17</sup> Es sei ergänzt, dass das Zoll- und Handelsministerium (damals noch unter dem Namen Industrie- und Handelsministerium) nach dem Inkrafttreten des KMG bei Antragstellungen bezüglich Neugründungen oder Satzungsänderung in Fällen, in denen unter dem Satzungspunkt „Geschäftszweck und Unternehmensgegenstand“ Formulierungen verwendet werden, die einem „Handel mit Wertpapieren“ gleichkommen, die Genehmigungsanträge abgelehnt hat. Zur historischen Entwicklung der Investmentgesellschaften in der Türkei siehe **Nedret Füsün Nomer**, Yatırım Ortaklıkları, 2. Baskı, İstanbul 2003, S. 34 ff.

<sup>18</sup> Verabschiedet am 6.12.2012, verkündet in Ausgabe Nr. 28513 des Türk. Amtsblatts am 30.12.2012.



Jahren die Tätigkeit von Investmentgesellschaften ausgeübt wird. Als juristische Gründe dafür lässt sich nennen, dass die rechtlichen Maßnahmen, die eine Voraussetzung für die Entwicklung des Kapitalmarkts darstellen, nicht rechtzeitig und hinlänglich ergriffen wurden, dass die Bestimmungen des türkischen Handelsgesetzbuches (Gesetz Nr. 6762) in Bezug auf den Börsengang von Unternehmen untauglich waren, dass wiederum im türkischen Handelsgesetzbuch (Gesetz Nr. 6762) keine Wertpapiere in ausreichender Anzahl vorgesehen waren und dass es keine Börsenmaklergeschäfte und -gesellschaften im eigentlichen Sinn gab.

### **III. Bestimmung der Themen, die Bestandteil des Kapitalmarktrechts sind**

Bei der Bestimmung der Themen, die Bestandteil des Kapitalmarktrechts sind, kann auf das Kapitalmarktgesetz Nr. 6362 zurückgegriffen werden. Tatsächlich ergibt eine Betrachtung der Belange, die im Gesetz Nr. 6362 geregelt sind, dass darin Regelungen zu einer Vielzahl von Themen, einschließlich Publikumsaktiengesellschaften und Börsen, enthalten sind.<sup>19</sup>

#### **1. Der Kapitalmarkt**

Zu den wichtigsten Themen des Kapitalmarktrechts zählt der Markt, auf dem Nachfrage und Angebot von Kapitalmitteln stattfinden, vielmehr die Märkte, auf denen Angebot und Nachfrage von Kapitalmitteln stattfinden, insbesondere der Wertpapiermarkt. Sowohl der Primär- als auch der Sekundärmarkt (die Börse) fallen unter das Kapitalmarktrecht. Es wäre sicher nicht unrichtig zu behaupten, dass das Börsenrecht im

---

<sup>19</sup> Dazu, dass der Begriff des Kapitalmarktrechts eng auszulegen ist und es aus systematischer und praktischer Sicht angebrachter wäre, sich lediglich mit den zwischen den Marktakteuren bestehenden Rechtsbeziehungen zu befassen, siehe **Klaus J. Hopt**, Kapitalmarktrecht (mit Prospekthaftung) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg.: Canaris/Heldrich/Hopt... München, 2000, S. 499.

Grunde einen der Eckpfeiler des Kapitalmarktrechts darstellt.<sup>20</sup> Der Vierte Abschnitt des Kapitalmarktgesetzes befasst sich mit den Börsen auf den Kapitalmärkten, dem Türkischen Verband der Kapitalmärkte und Sonstigen Institutionen (Art. 65-87).

## **2. Die am Kapitalmarkt gehandelten Anlageinstrumente**

Im Kapitalmarktgesetz werden unter Überschrift „Kapitalmarktinstrumente“ folgende Unterformen genannt: „Wertpapiere“, „derivative Instrumente“, „Anlageverträge“ und „sonstige Kapitalmarktinstrumente“ (Art. 3/§). Die Voraussetzungen für deren Ausgabe und öffentliches Angebot sind im Kapitalmarktgesetz (Art. 4ff.) und in den Erlassen des Kapitalmarktausschusses<sup>21</sup> detailliert geregelt.

## **3. Die Akteure des Kapitalmarkts und ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen**

Die Regelungen, denen unterliegt, wer auf dem Kapitalmarkt tätig werden oder Kapitalmarktinstrumente emittieren will, sind ebenfalls im Kapitalmarktgesetz aufgeführt. Die Publikumsaktiengesellschaften sind in Art. 16 ff. KMG, die Kapitalmarktunternehmen wiederum in Art. 34 ff. KMG geregelt. In Art. 35 KMG sind Investmentgesellschaften, kollektive Investmentgesellschaften, auf dem Kapitalmarkt agierende unabhängige Prüf-, Bewertungs- und Klassifizierungsgesellschaften, Vermögensverwaltungsgesellschaften, Hypotheken-finanzierungsgesellschaften,

<sup>20</sup> Hopt, 504.

<sup>21</sup> Beispielsweise der Erlass Nr. II-31.1 über Schuldverschreibungen (RG 7.6.2013 – 28670); der Erlass Nr. VII-128.1 über Aktie (RG 22.6.2013 – 28865); der Erlass Nr. VII-128.4 über ausländische Kapitalmarktinstrumente und Einlagenzertifikate sowie ausländische Anteile an Investmenfonds (RG 23.10.2013 – 28800); der Erlass Nr. II-5.1 über Börsenprospekte und Emissionsdokumente (RG 22.6.2013 – 28685); der Erlass Nr. II-5.2 über den Verkauf von Kapitalmarktmarktinstrumenten (RG 28.06.2013 – 28691); der Erlass Nr. II-13.1 über die Verfahren und Grundsätze der Führung von Aufzeichnungen bezüglich verbrieften Kapitalmarktinstrumenten (RG 7.8.2014 – 29081).

Wohnbaufinanzierungs- und Wirtschaftsgüterfinanzierungsfonds, Wirtschaftsgüterleasinggesellschaften, zentrale Clearinggesellschaften, zentrale Verwahrungsstellen und Datenspeicherungsunternehmen als vom Kapitalmarktausschuss festgelegte sonstige Kapitalmarktunternehmen sowie die Grundsätze für deren Gründung und Tätigkeit angegeben. Im Gesetz gibt es zwar für jede Art von Kapitalmarktunternehmen Sonderbestimmungen, detaillierte Regelungen finden sich jedoch in den Erlassen des Kapitalmarktausschusses.<sup>22</sup>

Alle oben aufgezählten Institutionen sowie die Rechtsbeziehungen zwischen diesen und den Anlegern sind Bestandteile des Kapitalmarktrechts.

#### **4. Erlaubnis zur Betätigung auf dem Kapitalmarkt sowie Aufsicht über die Tätigkeiten und Rechtsgeschäfte**

Hier geht es um die öffentliche Aufsicht. In den Kapitalmarkt investieren nicht nur große Kapitaleigner (institutionelle Investoren), sondern auch die kleinen Sparer oder allgemein die "Verbraucher". Daher ist es enorm wichtig, dass der Kapitalmarkt reguliert und beaufsichtigt wird, damit die Rechte und Interessen aller Anleger und insbesondere der kleinen Sparer gewahrt bleiben und gleichzeitig sichergestellt ist, dass der Kapitalmarkt in einem verlässlichen, transparenten, effizienten, stabilen, fairen und wettbewerbsorientierten Umfeld abläuft und sich weiterentwickelt (Art. 1 KMG).

Heute müssen Publikumsaktiengesellschaften sowie praktisch jedes Kapitalmarktunternehmen, das auf dem Kapitalmarkt eine gewerbliche

<sup>22</sup> *Beispielsweise* der Erlass Nr. III-39.1 über die Grundsätze der Gründung und Tätigkeit von Investmentgesellschaften (RG 17.12.2013 – 28854); der Erlass Nr. III-48.1 über die Grundsätze bezüglich Immobilieninvestmentgesellschaften (RG 28.5.2013 – 28660); der Erlass Nr. III-48.5 über die Grundsätze bezüglich Wertpapierinvestmentgesellschaften (RG 27.5.2015 – 29368); der Erlass Nr. III-52.1 über die Grundsätze bezüglich Investmentfonds (RG 9.7.2013 – 28702); der Erlass Nr. III-60.1 über die Grundsätze bezüglich Hypotheken-Finanzierungsgesellschaften (RG 17.7.2014 – 29063).

oder berufliche Tätigkeit ausüben, also auf dem Kapitalmarkt „Geld verdienen“ will, beim Kapitalmarktausschuss eine Gründungs- und/oder Tätigkeitsgenehmigung einholen. Gemäß Art. 88 KMG fungiert der Kapitalmarktausschuss als Aufsichtsinstanz auf dem Kapitalmarkt. Alle genannten Institutionen werden, nachdem sie ihre Tätigkeit aufgenommen haben, nach Maßgabe der vom Kapitalmarktausschuss festzulegenden Verfahren und Grundsätze beaufsichtigt (Art. 128/h KMG).

#### IV. Rechtsgebiet, dem das Kapitalmarktrecht zuzuordnen ist

Eine der am schwierigsten zu beantwortenden Fragen ist die Frage, welchem Rechtsgebiet das Kapitalmarktrecht zuzuordnen ist. *Ist das Kapitalmarktrecht nun ein Teil des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts?*

Betrachtet man die türkische Lehrmeinung, so sind manche Autoren der Auffassung, dass das Kapitalmarktrecht einen öffentlich-rechtlichen Charakter hat.<sup>23</sup> Eigentlich kann diese Auffassung als treffend erachtet werden, was die Frage betrifft, welchem Recht es zugehören sollte. Denn das Kapitalmarktrecht hat zwei Regelungsziele, nämlich den Funktionsschutz des Kapitalmarkts und den Anlegerschutz.<sup>24</sup>

So findet sich denn auch in Artikel 167 (1) der Verfassung, welche die Rechtsgrundlage des Kapitalmarktgesetzes darstellt, folgende Bestimmung:

<sup>23</sup> Z.B. **Tekin Memiş/ Gökçe Turan**, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015, S. 27-28. Die Autoren sind der Auffassung, dass das Kapitalmarktrecht eine Erweiterung des öffentlichen Rechts, insbesondere des Verwaltungsrechts ist. Den Autoren zufolge verleihen diese privatrechtlichen Regelungen im KMG dem Kapitalmarktrecht keinen privatrechtlichen Charakter. Als Begründung, warum das Kapitalmarktrecht ein Zweig des öffentlichen Rechts sei, führen die Autoren an, dass mit dem KMG dem Kapitalmarktausschuss sehr weitreichende Machtbefugnisse hinsichtlich der Regulation des Marktes verliehen wurden und in Art. 134 des Gesetzes bestimmt ist, dass etwaige Klagen gegen Beschlüsse des Ausschusses vor den Verwaltungsgerichten zu verhandeln sind.

<sup>24</sup> **Buck-Heeb**, RnNr 7ff; **Michael Schlitt** (Grunewald/Schlitt), Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. München 2009, S. 2-3.

“Der Staat ergreift Maßnahmen, die sicherstellen, dass die Geld-, Kredit-, Kapital-, Waren- und Dienstleistungsmärkte reibungslos und ordnungsgemäß ablaufen und diese weiterentwickeln; er unterbindet die Monopol- und Kartellbildung, die sich auf den Märkten *de facto* oder aufgrund einer Absprache ergibt.”

Außerdem wird in Art. 1 KMG der Zweck des Gesetzes wie folgt benannt:

“... *Regulierung und Beaufsichtigung des Kapitalmarkts, damit sichergestellt ist, dass der Kapitalmarkt in einem verlässlichen, transparenten, effizienten, stabilen, fairen und wettbewerbsorientierten Umfeld abläuft und sich weiterentwickelt und die Rechte und Interessen der Anleger gewahrt bleiben...*”.

Daher müsste das Kapitalmarktgesetz eigentlich ein Gesetz sein, das eine Bestimmung zur Sicherstellung eines reibungslosen und ordnungsgemäßen Ablaufs *des Kapitalmarkts* enthält, das aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften besteht, welche dem Kapitalmarktausschuss (der Behörde) die Befugnis zur Regulation und Aufsicht verleihen, und das den Rahmen für die handelsrechtlichen Vorschriften bildet.<sup>25</sup>

Dabei ist zu erkennen, dass sich sowohl im *außer Kraft gesetzten* Gesetz Nr. 2499 als auch im Kapitalmarktgesetz Nr. 6362 neben Regelungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter auch Bestimmungen finden, die unmittelbar die privatrechtlichen Beziehungen regeln. So werden beispielsweise die Publikumsaktiengesellschaften, die zu den grundlegendsten Institutionen des Kapitalmarkts gehören, in ihrer Gesamtheit durch das Kapitalmarktgesetz in den Erlassen des Kapitalmarktausschuss-

---

<sup>25</sup> Moroğlu, 16.

ses geregelt.<sup>26, 27</sup> Ebenso wurde selbst der dem Aktiengesellschaftsrecht

<sup>26</sup> Art. 16-33 KMG, Beispiele für Erlasse: der Erlass Nr. II-16.1 über die Grundsätze bezüglich des Ausschlusses von Gesellschaften vom Geltungsbereich des Gesetzes und die Verpflichtung, deren Aktien an der Börse zu handeln (RG 30.12.2013 – 28867 bis); der Erlass Nr. II-23.1 über die gemeinsamen Grundsätze bezüglich Geschäften von besonderer Wichtigkeit und das Recht, davon abzuweichen (RG 24.12.2013 – 28861); der Erlass Nr. II-23.2 über Fusionen und Teilungen (RG 28.12.2013 – 28865); der Erlass Nr. II-22.1 über zurückgenommene Aktien (RG 3.1.2014 – 28871).

In der Lehrmeinung wurden bei einem Symposium, das aus Anlass des 15. Jahrestages der Einsetzung des Kapitalmarktausschusses im Forschungsinstitut für Bank- und Handelsrecht gemeinsam mit dem Kapitalmarktausschuss veranstaltet wurde, von Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu wörtlich folgende Aussagen getroffen: „(...) Es wird unvermeidbar sein, dass neben den Bestimmungen der Art.269-474 des türkischen Handelsgesetzbuchs zu Aktiengesellschaften ein „Recht der Publikumsaktiengesellschaften“ entstehen wird, das zunehmend davon losgelöst ist und zu einem wesentlichen Teil aus den häufig geänderten Erlassen des Kapitalmarktausschusses besteht.“: **Moroğlu**, 17. Heute sehen wir, dass sich diese im Jahr 1998 gemachte Vorhersage bewahrheitet und sich ein „Recht der Publikumsaktiengesellschaften“ gebildet hat, das vom türkischen Handelsgesetzbuch unabhängig ist, zu dem auch das Kapitalmarkt zu gehören scheint und das großenteils aus Erlassen besteht. Jedoch ist zu sehen, dass in der Lehrmeinung auch die positiven Aspekte der Regelung des Rechts der Publikumsaktiengesellschaften im Kapitalmarktgesetz zur Sprache gebracht werden: *“Da das Recht der Publikumsaktiengesellschaften nach dem Vorbild der Kapitalmarktvorschriften entstanden ist, wurde dadurch zwar die Integrität der Regelungen aufgehoben, aber auch ermöglicht, dass die modernen Institutionen rasch in das türkische positive Recht einbezogen wurden und die Anwendung weiterentwickelt werden konnte. Angesichts der Schwierigkeit einer Anpassung der grundlegenden Gesetze an die veränderten Zeiten und Bedingungen hat die Tatsache, dass es beim KMG um ein Rahmengesetz handelt, und die Kapitalmarktvorschriften nach Maßgabe der gesetzlichen Befugnisse durch Erlasse des Kapitalmarktausschusses geschaffen wurden, möglich gemacht, dass die modernen Institutionen in das türkische positive Recht eingeflossen sind. Die in den Kapitalmarktvorschriften geregelten Neuerungen wie unabhängige Prüfung, internationale Rechnungslegungsstandards, System des eingetragenen Kapitals und Stimmenkumulation, die eine Lösung für die in der Praxis auftretenden Probleme gebracht haben wurden in das als grundlegendes Gesetz fungierende HGB aufgenommen. Auf diese Weise hat sich auch die Funktion der Kapitalmarktvorschriften als Input für das HGB deutlich herausgestellt.“* **Çağlar Manavgat**, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, in: İÜHFİM LXXI/2, 2013, S. 287-288.

<sup>27</sup> So gibt es beispielsweise in Deutschland kein gesondertes Gesetz, das mit dem türk. Kapitalmarktgesetz (Gesetz Nr. 6362) zu vergleichen wäre. S. **Buck-Heeb**, RnNr.21. Fast jedes Thema ist in eigenständigen, unterschiedlichen Gesetzen geregelt. Die wichtigste gesetzliche Regelung bezüglich des Kapitalmarktrechts ist in Deutschland das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG). Als Beispiele für die sonstigen Gesetze, die Teile des Kapitalmarktrechts sind, können das Börsengesetz (BörsG), das

fremde Begriff der "Aktiengesellschaft mit variablem Kapital" im neuen Kapitalmarktgesetz geregelt (Art. 50).

Einmal abgesehen davon, dass es der Rechtsmethodologie zuwiderläuft<sup>28</sup>, wenn ein Gesetz wie das Kapitalmarktgesetz, das generell aus Vorschriften besteht, die der Behörde die Befugnis zur Regulation und Aufsicht verleihen und daher öffentlich-rechtlich sind, Vorschriften enthält, die lediglich die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Personen regeln, erscheint es heute kaum möglich zu behaupten, dass das türkische Kapitalmarktrecht ein ganz dem öffentlichen Recht oder ganz dem Privatrecht zugehöriges Rechtsgebiet sei. Das Kapitalmarktrecht ist zu einem Rechtsgebiet geworden, das sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Merkmale und Vorschriften aufweist und beinhaltet.<sup>29</sup> Daher wäre es nicht angebracht, das Kapitalmarktrecht ausschließlich im Privatrecht oder im öffentlichen Recht zu verorten. Während die Akteure des Kapitalmarkts und die zwischen diesen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte unter das Privatrecht fallen, stellen der Kapitalmarktausschuss und seine Befugnisse, die Beaufsichtigung des Kapitalmarkts sowie die strafrechtlichen Regelungen Aspekte des Kapitalmarktrechts dar, die eindeutig Merkmale des öffentlichen Rechts aufweisen.

## V. Rechtsgebiete, mit denen das Kapitalmarktrecht in Zusammenhang steht

Auch wenn das Kapitalmarktrecht ein eigenständiges Rechtsgebiet ist, so lässt doch nicht sagen, es sei von den übrigen Rechtsgebieten losgelöst oder hänge überhaupt nicht mit diesen zusammen. Auch beim Kapitalmarktrecht bestehen im Hinblick auf seine Ordnung, Auslegung und Anwendung Bezüge zu den übrigen Rechtsgebieten.

---

Wertpapierprospektgesetz (WpPG), das Investmentgesetz (InvG), das Depotgesetz (DepotG) und das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (WpÜG) genannt werden.

<sup>28</sup> **Moroğlu**, 17.

<sup>29</sup> **Aytaç** 9; **Ali İhsan Karacan**, Açılış Konuşması, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Mayıs 1998, S. 6-7; im deutschen Recht: **Schlitt** (Grunewald/Schlitt) 2-3; **Buck-Heeb**, RnNr.40 ff.



Kurz, es kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Kapitalmarktrecht in engem Zusammenhang mit dem Handelsrecht, dem Obligationenrecht, dem Verbraucherrecht, dem Verwaltungsrecht, dem Strafrecht, dem Zivilprozessrecht und dem Bankrecht steht:

Dass es sich bei den Publikumsaktiengesellschaften, die im Kapitalmarktgesetz und den Erlassen des Kapitalmarktausschusses geregelt sind, von ihren rechtlichen Merkmalen her um Handelsgesellschaften handelt und dass Aktien an erster Stelle der an der Effektenbörse gehandelten Wertpapiere stehen, sind nur zwei Elemente des Zusammenhangs mit dem Handelsrecht. Wenn es um die Rechtsbeziehungen zwischen den Akteuren des Kapitalmarkts (Anlegern, Emittenten und Kapitalmarktunternehmen) geht, so sehen wir uns dem Obligationenrecht gegenüber. Notwendigerweise werden die Rechtsbeziehungen von als Anleger agierenden Verbrauchern mit Kapitalmarktunternehmen als Verbrauchergeschäfte eingestuft, sodass hier das Verbraucherrecht greift.<sup>30</sup> Da Banken sowohl als Emittenten als auch als Investmentgesellschaften auftreten, ist hier der Zusammenhang des Kapitalmarktrechts mit dem Bankrecht gegeben.

Der Zusammenhang mit dem Verwaltungsrecht ist dadurch gegeben, dass die Kapitalmarktbehörde im KMG geregelt ist (Art. 117-135), dass diese Behörde mit einer Regulationsbefugnis ausgestattet wurde (Art. 128), dass der Kapitalmarktausschuss dazu berechtigt ist, Bußgelder zu verhängen (Art. 103 KMG), und dass er gleichzeitig als Aufsichtsinstanz fungiert (Art. 88 KMG). Ebenso begründet die Tatsache, dass etwaige Verwaltungsklagen gegen Beschlüsse des Kapitalmarktausschusses vor den Verwaltungsgerichten verhandelt werden (Art. 134 KMG) und gegen nach dem KMG erlassene Bußgeldbescheide der

<sup>30</sup> Gemäß Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes über den Schutz der Verbraucher (Gesetz Nr. 6502) werden als Verbrauchergeschäft sämtliche Verträge und Rechtsgeschäfte bezeichnet, die auf den Waren- oder Dienstleistungsmärkten zwischen natürlichen oder juristischen Personen, einschließlich juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die zu gewerblichen oder beruflichen Zwecken handeln, oder den Personen, die in deren Namen oder auf deren Rechnung handeln, und den Verbrauchern abgeschlossen werden, Werk-, Transport-, Makler-, Versicherungs-, Mandats-, Bank- und ähnliche Verträge inbegriffen.



Verwaltungsgerichtsweg beschritten werden kann (Art. 105 KMG) den Zusammenhang mit dem Verwaltungsprozessrecht, während die strafrechtlichen Regelungen im Kapitalmarktgesetz (Art. 106-116 KMG) einen Zusammenhang mit dem Straf- und Strafprozessrecht herstellen. In Art. 65/11 KMG hingegen ist bestimmt, dass etwaige Klagen gegen Börsen der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegen, was wiederum den Zusammenhang mit dem Zivilprozessrecht deutlich herausstellt.

### **Literaturverzeichnis**

- |  |   |
|--|---|
| <b>AYTAÇ, Zühtü</b>                                | Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara 1988   |
| <b>BUCK-HEEB, Petra</b>                            | Kapitalmarktrecht, 6. Auflage, Heidelberg 2013  |
| <b>FERTEKLIGIL, Azmi</b>                           | Türkiye’de Borsa’nın Tarihçesi, İstanbul 2000   |
| <b>GRUNEWALD, Barbara /<br/>SCHLITT, Michael /</b> | Einführung in das Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. München 2009 [Yazar Adi (Grunewald/Schlitt)]  |
| <b>HOPT, Klaus J.</b>                              | Kapitalmarktrecht (mit Prospekthaftung) in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft, Hrsg.: Canaris/Heldrich/Hopt ... München, 2000, S. 497-547 |
| <b>KARACAN, Ali İhsan</b>                          | Açılış Konuşması, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Mayıs 1998, S. 5-8  |

- KARAYALÇIN, Yaşar** Açılış Konuşması, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Mayıs 1998, S. 9-12.
- KARSLI, Muharrem** Sermaye Piyasası Borsa Menkul Kıymetler, genişletilmiş 5. Baskı, İstanbul 2003
- MANAVGAT, Çağlar** Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, *İN: İÜHFİM LXXI/2*, 2013, S. 287-298
- MEMİŞ, Tekin / TURAN, Gökçen** Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 2015
- MOROĞLU, Erdoğan** Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu, in: Sermaye Piyasası Kurulu 15 Yıl Sempozyumu (Mayıs 1998), Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No.119, Ankara 1998, S. 15-22
- NOMER, N. Füsün** Yatırım Ortaklıkları, 2. Baskı, İstanbul 2003
- SUMER, Ayşe** Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, 3. Baskı, İstanbul 2002
- YASAMAN, Hamdi** Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992

## Abkürzungen

<b>ff.</b>	folgend
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch
<b>İÜHFİM</b>	Zeitschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Istanbul ( <i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası</i> )
<b>KMG</b>	Kapitalmarktgesetz
<b>RG</b>	türkisches Amtsblatt ( <i>Resmî Gazete</i> )
<b>Rn.Nr</b>	Randnummer
<b>S.</b>	siehe
<b>z.B.</b>	zum Beispiel



# **Three Problems Caused by Arbitration Clauses Incorporated into Bills of Lading\***

*Konişmentolara Atıf Yolu ile Dahil Edilen Tahkim Klotzlarının Neden  
Olduđu Üç Sorun*

**Serpil Yılmaz\*\***

## **Abstract**

Standard charter party forms and bills of lading are used for the carriage of goods by sea in the international trade. It is also common to refer in the bills of ladings to the charter party terms and conditions including, inter alia, arbitration clauses. The charterer may endorse the bill of lading and transfer it to a third party who is not party to the charter party. In that case, if a dispute arises in the course of the voyage the issue of whether or not arbitrators have the authority to rule on the dispute should be resolved.

In this paper, three issues, how to determine the applicable law to the validity and existence of the arbitration clause in case of an incorporation; as to whether third parties bound by the arbitration clause incorporated into a bill of lading and whether or not arbitration clauses should be treated differently and what could be the reason for the different treatment, will be examined and addressed.

---

\* This work was supervised by Professor Michael Bridge and submitted to the Law Department, The London School of Economics and Political Science in 2015 in part fulfilment of the LLM degree.

\*\* Lawyer, Member of Istanbul Bar Association; LLM, The London School of Economics and Political Science; syilmaz@serpilyilmaz.av.tr

**Keywords:** Bill of Lading, Charter Party, Arbitration Clause, Incorporation, Validity.

## Özet

Uluslararası ticarete malların deniz yolu ile taşınmasında standart çarter parti formları ve koniřmentolar kullanılmaktadır. Koniřmentolar da tahkim klozu da dahil olmak üzere çarter partide yer alan hüküm ve şartlara atıf yapılması da yaygındır. Çarterlerin koniřmentoyu cirolayarak çarter partinin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye devretmesi mümkündür. Bu durumda, deniz yolu ile yük taşınması esnasında bir ihtilaf doğar ise hakemlerin bu uyuřmazlığı çözmeye yetkili olup olmadığı meselesinin çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu çalışmada, atıf halinde tahkim klozunun varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği; üçüncü kişilerin koniřmentoda atıfta bulunulan çarter partide yer alan tahkim klozu ile bağılı olup olmayacağı ve tahkim klozunun atıf yapılan diđer çarter parti hükümlerinden farklı olarak incelenip incelenemeyeceği ve tahkim klozunun diđer hükümlerden farklı olarak ele alınıp incelenmesinin nedeninin ne olabileceğine ilişkin üç sorun ele alınıp incelenecek ve cevaplanacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Koniřmento, Çarter Parti, Tahkim Klozu, Atıf, Geçerlilik.

## Introduction

Goods, which are sold to a buyer who is located abroad, could be carried by road, air or sea or multimodal transport might be preferred where necessary. Although there are several transportation methods, carriage of goods by sea is widely used in international trade. The nature of the disputes and diversification of the foreign parties involved in the disputes of carriage of sea requires a neutral, prompt dispute resolution system conducted by experts in this field. Therefore, arbitration, as a pri-

vate dispute settlement mechanism, is commonly used for the resolution of the disputes in carriage of goods by sea.

Carriage of goods by sea might be evidenced by bills of lading. “Three common characteristics of a bill of lading are that (a) it constitutes a receipt for the goods shipped or received by the carrier, (b) it constitutes a document of title for such goods and (c) it contains or evidences the contract of carriage by sea relating to the goods”.<sup>1</sup> A bill of lading may be transferred through several traders who rely on it without negotiating its terms and conditions and having seen it.<sup>2</sup> Referring to the charter party terms and conditions in the bills of lading is also common practice in international trade.<sup>3</sup> The reason why incorporation clauses are adopted in the bills of lading is the ship owners’ desire to be subject to identical terms and conditions under both charter parties and bills of lading for “business efficacy”.<sup>4</sup>

Similarly, as bills of lading being a “negotiable”<sup>5</sup> instrument, it is common practice in international commercial trade that the holder of the bill of lading could be an endorsee and also insurers or reinsurers of cargo interests could be involved in the disputes by way of subrogation.<sup>6</sup> This may cause “two or more parallel proceedings before Courts and arbitral

<sup>1</sup> **Richard Aikens/Richard Lord/Michael Boals**, Bills of Lading (1<sup>st</sup> edn, Taylor & Francis, 2006) para 2.3; **Julian Cooke and others**, Voyage Charters (4<sup>th</sup> edn, Informa Law 2014) 494; See also: **Guenter Treitel/FMB Reynolds**, Carver on Bills of Lading (3<sup>rd</sup> edn, Sweet & Maxwell 2011), paras 2-001, 3-001, 6-001; **MG Bridge**, The International Sale of Goods (3<sup>rd</sup> edn, OUP 2013), paras 3.21, 8.94; **John F Wilson**, Carriage of Goods by Sea (7<sup>th</sup> edn, Pearson 2010) 117-141.

<sup>2</sup> **Melis Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (Hart Publishing 2015) 1; **Melis Ozdel**, “Incorporation of Charterparty Clauses into Bills of Lading” in Malcolm A. Clarke (ed) Maritime Law Evolving (Hart Publishing 2013) 181, 182.

<sup>3</sup> **Julian Cooke and others**, Voyage Charters (n 1) para 18.48.

<sup>4</sup> **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties, 15.

<sup>5</sup> “Negotiable bill of lading means only transferable under English law”: See **Felix Sparka**, Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents (Springer 2009) 45; See also **Treitel/Reynolds**, (n 1) para 6-041; See also **Bridge** (n 1) para 8.40. “Negotiable” and “transferable” will be used interchangeably in this paper with regard to the functions of bills of lading.

<sup>6</sup> **Yvonne Baatz**, “Should Third Parties Be Bound By Arbitration Clauses in Bill of Lading?” (2015) pt 1, Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 85, 86.

tribunals, one of which could constitute *res judicata* or conflict with the other”.<sup>7</sup> Notwithstanding the complexity of the disputes and multiplicity of the parties, there are also certain short time limits for the commencement of the legal proceedings for example, court litigation or arbitration in maritime disputes.<sup>8</sup> Thus addressing the questions whether there is a valid arbitration agreement and who are bound by that agreement are of great importance in disputes related to carriage of goods by sea, so as to avoid squandering money and time.

A valid arbitration agreement, which does exist under the applicable law<sup>9</sup> to it, is the cornerstone of arbitration.<sup>10</sup> “Arbitration is a creature of consent”.<sup>11</sup> Parties shall give their consent to refer the disputes to arbitration.<sup>12</sup> Section 7 of the English Arbitration Act 1996 (“EAA”) provides for the principle of separability. This principle was examined by the House of Lords in 2007 in the *Fiona Trust* case.<sup>13</sup> Under the principle of severability arbitration agreement and the underlying contract are separate which means that the issues which invalidate the underlying contract not necessarily invalidate the arbitration agreement.<sup>14</sup> Similarly, the law applicable to arbitration agreement may well be different than the law applicable to main contract.<sup>15</sup> Therefore, as a preliminary issue how to determine the applicable law to the validity and existence of the

<sup>7</sup> Ibid 100, 104.

<sup>8</sup> **Yvonne Baatz**, “The Conflict of Laws” in Yvonne Baatz (ed), *Maritime Law* (3<sup>rd</sup> edn, Informa 2014) 3.

<sup>9</sup> **Clare Ambrose/Karen Maxwell/Angharad Parry**, *London Maritime Arbitration* (3<sup>rd</sup> ed, Informa 2009) 68.

<sup>10</sup> **Margaret L. Moses**, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2<sup>nd</sup> edn, CUP 2012) 18; See also **Gary Born**, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012) 3; **Nigel Blackaby and others**, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5<sup>th</sup> edn, OUP 2009) para 1.38.

<sup>11</sup> **Moses** (n 10) 19.

<sup>12</sup> **Born** (n 10) para 3.01; **Blackaby and others** (n 10) para 2.01.

<sup>13</sup> *Fiona Trust & Holding Corp v Privalov* also known as *Premium Nafta Products Ltd & Fili Shipping Company Ltd & Ors* [2007] UKHL 40.

<sup>14</sup> **AV Dicey/JHC Morris/Lawrence Collins**, *The Conflict of Laws*, vol 1 (Sweet & Maxwell 2012) para 16-008; **Born** (n 10) para 2.04; **Moses** (n 10) 19; **Blackaby and others** (n 10) para 2.89.

<sup>15</sup> **Dicey/Morris/Collins** (n 14) para 16-012.



incorporated arbitration clause under English law will be analysed in the first part.

Arbitration clauses in charter parties may be enforced against the due holder of a bill of lading who might not be a party to the charter party. The holder of the bills of lading might not be aware of the arbitration agreement in the charter party which deprives the Court's jurisdiction. The wording of incorporation clauses and arbitration clauses may vary in practice. Under English law, the wording of incorporation clauses and arbitration clauses are examined to determine the scope of the arbitration agreement. In the second part of this paper, by referencing the relevant case law the question as to whether third parties bound by the arbitration agreement incorporated into bill of lading will be addressed.

As a principle, incorporation by reference is sufficient to incorporate standard terms and conditions to a contract. An incorporation clause might incorporate the terms and conditions of the charter party into the bill of lading if they are "germane to the shipment, carriage, delivery of the goods".<sup>16</sup> However, ancillary clauses, for instance arbitration clauses, might not be incorporated directly and are treated differently under English law. The third part this paper will scrutinise whether arbitration clauses should be treated differently and what could be the reason for the different treatment.

In conclusion, the objective of this paper, findings will be summarised and suggestions related to the three questions posed by incorporation of charter party arbitration clauses into bills of lading will be presented.

---

<sup>16</sup> *Thomas & Co. Ltd. v. Portsea Steamship Co. Ltd.* ("The Portsmouth") [1912] AC 1; See Lord Denning in *Owners of the Annefield v Owners of Cargo Lately Laden on Board the Annefield* ("The Annefield") [1971] 1 Lloyd's Rep. 1, 4 (CA); **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 1.

## I. What is The Law Applicable to the Validity and Existence of the Arbitration Agreement?

### 1. Variable Sources of Conflict of Laws Applicable to Arbitration and the Rotterdam Rules

#### 1.1. Rome I Regulation<sup>17</sup> and Brussels I Regulation<sup>18</sup>

Under the Article 3 of the Rome I Regulation, parties to an agreement are free to choose the applicable law to their agreement.<sup>19</sup> However, under Article 1 (2) (e) of Rome I Regulation, the applicable law to validity of the arbitration agreements issue is out of the scope of the Rome I Regulation<sup>20</sup> and the Contracts (Applicable Law) Act 1990.<sup>21</sup> Bills of lading are also excluded from the scope of the Rome I Regulation subject to the negotiable character of the obligations arise out of bills of lading.<sup>22</sup> “Where a bill of lading is negotiable<sup>23</sup> as it is an order or a bearer bill, Rome I Regulation will not apply as the obligations under it arise out of their negotiable character.”<sup>24</sup>

Under Article 1 (2) (d), Article 73 (2) and Recital 12 of Brussels I Regulation it would also not be applied to arbitration.

<sup>17</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (“Rome I Regulation”).

<sup>18</sup> Regulation (EU) No 1215/2012 of The European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

<sup>19</sup> The limits of party autonomy on choosing the applicable law were stated in *Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co.* [1939] AC 277.

<sup>20</sup> *Dicey/Morris/Collins* (n 14) para 16-016.

<sup>21</sup> *Ambrose/Maxwell/Parry* (n 9) 68.

<sup>22</sup> See Article 1 (2) (d) and Recital 9 of the Rome I Regulation.

<sup>23</sup> See above (n 5).

<sup>24</sup> *Yvonne Baatz*, “Thirty Years of Europeanization of Conflict of Laws and Still all at Sea?” in Malcolm A. Clarke (ed) *Maritime Law Evolving* (Hart Publishing 2013) 258.

## 1.2. The Rotterdam Rules

There is not any uniform conflict of law rules which guide how to determine the applicable law to arbitration clauses incorporated into bills of lading. The latest convention with regard to unification of rules governing bills of lading is the Rotterdam Rules. According to Article 89 of the Rotterdam Rules, it would replace The Hague Rules, the Hague-Visby Rules and the Hamburg Rules.

Chapter 15 of the Rotterdam Rules sets forth the provisions of arbitration which deal with the place of the arbitration. The place of arbitration might have an effect on the applicable law to the agreement to arbitrate.<sup>25</sup> However, the Rotterdam Rules have not entered into force yet.<sup>26</sup>

## 1.3. The English Arbitration Act and the New York Convention

Governing law to the validity of the arbitration agreement shall be analysed separately for domestic and foreign arbitrations, the former which are seated in England and Wales or Northern Ireland<sup>27</sup>, the latter are seated outside of the England and Wales or Northern Ireland.<sup>28</sup>

For foreign arbitration agreements, the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“NYC”), which has been ratified by 156 countries<sup>29</sup> including the UK, set forth the applicable law to arbitration agreements. The UK has given effect to the provisions of the NYC in the Part III of the English Arbitra-

<sup>25</sup> See Section 46 of the EAA.

<sup>26</sup> See <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html)> accessed 26 July 2015.

<sup>27</sup> See Section 2 (1) of the EAA.

<sup>28</sup> Under the Section 2 (2) some of the sections of the EAA would be applied also the arbitrations where the seat of arbitration is outside of England and Wales or Northern Ireland.

<sup>29</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html) accessed 24 July 2015.

tion Act 1996.<sup>30</sup> The EAA and common law rules should be applied to the validity of the arbitration agreement in domestic arbitrations.

The applicable law to arbitration agreement has been distinguished in each element of the arbitration agreement which is form, consent, capacity, and legality in the NYC. Article II (1) of the NYC provides for a written requirement for the validity of the arbitration agreement. Whereas applicable law to substantive validity of the arbitration agreement sets forth in Article V (1) (a) of the NYC which is the law chosen by the parties, failing which, the law of the seat.

In domestic arbitrations, English law would be applied to form requirements of an arbitration agreement.<sup>31</sup> If the proper law of the arbitration agreement is English law, formal requirement would be reviewed under the EAA. Under the Section 5 of the EAA, arbitration agreements should be in writing.<sup>32</sup> Concluding an arbitration agreement by incorporation is stipulated in the Section 6 of the EAA. Section 46 of the EAA provides for the law applicable to substance of the dispute in arbitration.

#### 1.4. Common Law Conflict of Law Rules on Arbitration Agreements

The question of the applicable law to the substantive validity arbitration agreement was addressed recently in *Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors* (“Sulamerica”) case<sup>33</sup> by the application of a three stages test (i) express choice, (ii) implied choice, (iii) closest and most real connection, respectively.

<sup>30</sup> Baatz, “Thirty Years of Europeanisation of Conflict of Laws and Still all at Sea?” (n 24) 247.

<sup>31</sup> Dicey/Morris/Collins (n 14) para 16-024.

<sup>32</sup> Under Section 81 (1) (b) of the EAA oral arbitration agreements might have effect under common law. See also Ambrose/Maxwell/Parry (n 9) 47.

<sup>33</sup> [2012] EWCA Civ 638 (CA); See also *C v D* [2007] EWCA Civ 1282 (CA), Court of Appeal held that English Law shall be applied to the validity of the arbitration agreement where the parties choose the seat of arbitration in London.

The Court of Appeal, in *Sulamerica*, noted that an express choice of the law of the contract is likely to lead to the conclusion that the parties intended to apply that same law to the arbitration agreement, “unless there are other factors present which point to a different conclusion”.<sup>34</sup> In this case, if the law of the contract had been applied to the validity of the arbitration agreement, there would not be a valid arbitration agreement.<sup>35</sup> Thus the Court held that the law of the seat has the closest and most real connection with the arbitration agreement.<sup>36</sup>

## 2. Applicable Law to the Incorporation

The issue would be addressed under the English common law conflict of law rules. Two different approaches to the issue have already been derived from case law by the scholars<sup>37</sup>. These are the putative proper law of bills of lading or law governing the charter party.<sup>38</sup>

### 2.1. Putative Proper Law of Bills of Lading

Characterization of incorporation clauses should be made as a preliminary issue before the application of the conflict of law rules. “Incorporation is a matter of construction of contract”.<sup>39</sup> In this respect, it could be argued that the proper law of the bill of lading contract would be applied to the incorporation issue due to the fact that incorporated terms and conditions forms part of bills of lading.<sup>40</sup> The questions with regard to the “formation of an arbitration agreement would be governed by the

---

<sup>34</sup> *Ibid* [26] (Lord Moore-Bick).

<sup>35</sup> *Ibid* [30], [31] (Lord Moore-Bick).

<sup>36</sup> *Ibid* (n 54) [32] (Lord Moore-Bick).

<sup>37</sup> **Ozdel**, *Bills of Lading Incorporating Charterparties* (n 2) 7-16.

<sup>38</sup> *Ibid*.

<sup>39</sup> **Ambrose/Maxwell/Parry** (n 9) 51.

<sup>40</sup> The *Heidberg* (n 49); **Robert Force/Martin Davies**, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force in Martin Davies* (ed) (Kluwer Law International, 2005) 36; **Ozdel**, *Bills of Lading Incorporating Charterparties* (n 2) 12.

law under which the contract was validly concluded”<sup>41</sup> the so-called “putative proper law”<sup>42</sup> under English law.

The authority with regard to the putative proper law is the *Compania Naviera Micro S.A. v. Shipley International Inc.* (“*The Parouth*”) case.<sup>43</sup> In *The Parouth*, Lord Ackner stated that the arbitration clause should not be disregarded and applicable law to the formation of charter party should be putative proper law.<sup>44</sup> Putative proper law defined as “the formation of a contract [which] is governed by the law which would be the proper law on the contract if the contract is validly concluded”.<sup>45</sup> The Court concluded that the question of as to whether there was a binding agreement would be governed by English law on the grounds that there was an English arbitration clause.<sup>46</sup>

When there is a binding contract between the parties, the question as to whether the contract contains an arbitration clause arose in another Court of Appeal case: *Marc Rich & Co. A.G. v. Societa Italiana Impianti P.A.* (“*The Atlantic Emperor*”)<sup>47</sup> which followed *The Parouth*. The Court of Appeal held that applicable law was English law which was the putative proper law of the arbitration clause.<sup>48</sup>

*The Parouth* and *The Atlantic Emperor* were distinguished in *Partenreederei “M/S Heidberg” v. Grosvenor Grain and Feed Co Ltd.* (“*The Heidberg*”)<sup>49</sup> by Judge Diamond where the law applicable to the validity of incorporation of an arbitration clause was one of the three issues before the Commercial Court.<sup>50</sup> In this case, there were two different charters. The first charter was in Synacomex form and it provided for arbitration

<sup>41</sup> *Ambrose/Maxwell/Parry* (n 9) 70; *Dicey/Morris/Collins* (n 14) para 16-022.

<sup>42</sup> *Dicey/Morris/Collins* (n 14) para 16-022.

<sup>43</sup> [1982] 2 Lloyd’s Law Report 351 (CA).

<sup>44</sup> *Ibid* 353.

<sup>45</sup> *Ibid* 353.

<sup>46</sup> *Ibid* 354.

<sup>47</sup> [1989] 1 Lloyd’s Rep 548 (CA).

<sup>48</sup> *Ibid* 554.

<sup>49</sup> [1994] 2 Lloyd’s Rep. 287.

<sup>50</sup> *Ibid* 306.

in Paris. The second charter was in Synacomex 90 form and provided for arbitration in London under English Law. However, erroneously, the recap telex referred to Synacomex form which provided for arbitration in Paris instead of Synacomex 90.

In *The Heidberg*, Judge Diamond held that *lex fori* (English Law) would be applicable as to the question of whether or not the arbitration clause (Centrocon clause) was validly incorporated.<sup>51</sup> The existence of two different charters in this case led the Judge to apply the *lex fori*<sup>52, 53</sup>.

In light of the above, the proper law of the charter party arbitration clause would also be assumed as to the putative proper law of the bill of lading.<sup>54</sup> In other words “the putative proper law of the bill of lading- the law that would govern the bill of lading if the charter party were incorporated.”<sup>55</sup>

However, it might be criticized due to the fact that the holders of the bills of lading might not be aware of the charter party terms. This paper’s objective is to examine the issue especially in cases where a third party- who is not a party to the charter party- is involved in the dispute. Thus, using this method to identify the putative proper law of the bill of lading may not reflect the real intention of the parties in all cases. Therefore, the law which has the most real connection with the bill of lading should be identified by the competent courts or arbitral tribunals and it should govern the bill of lading.<sup>56</sup>

---

<sup>51</sup> Ibid 308.

<sup>52</sup> Ibid 306.

<sup>53</sup> Ibid 306, 308: Judge Diamond also suggested that the proper law of the bill of lading which has closest and most real connection with the bill of lading would be the French Law.

<sup>54</sup> The Njegos [1936] 90, **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 14-15.

<sup>55</sup> **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 11.

<sup>56</sup> See (n 53).

## 2.2. Law Governing the Charter Party

The law governing the charter party would also be applied directly to the incorporation issue based on the assumption that the proper law of the charter party would be incorporated into bill of lading.<sup>57</sup> In *The Njegos*<sup>58</sup> a claim was brought by endorsees of a bill of lading. There was an English arbitration clause in the charter party<sup>59</sup>. The bill of lading contained an incorporation clause<sup>60</sup> without any clear reference to arbitration. The Court held that the law governing the bill of lading should be determined by the actual or assumed intention of the parties.<sup>61</sup> The Court also held that the intention of the parties on proper law of the bill of lading would be assumed to be the English law which governs the charter party.

In *The San Nicholas*<sup>62</sup>, there was a bill of lading referring to an unidentified charter party due to the fact that there were three charter parties- one of them was the head charter party and the two other were sub-charter parties. Following *The Njegos* the Court of Appeal held that, the proper law of the head charter party was incorporated into the bill of lading. Therefore, the bill of lading was governed by English law.<sup>63</sup>

This approach established in *The Njegos* and followed by *The San Nicholas* and other cases<sup>64</sup> could be justifiable where the holder of bill of lading is aware of the charter party terms. This is because the law that could be applicable to the bill of lading and its terms, for instance the law

<sup>57</sup> **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 14-15.

<sup>58</sup> *The Njegos* [1936] 90. For similar decision see the High Court of Singapore, *The Dolphina* (2012) 1 Lloyd's Law Reports 304. See also: **Liang Zhao/Felix W H Chan**, Incorporating the Charterparty's Applicable Law Clause Into Bills of Lading, (2012) Lloyd Maritime and Commercial Law Quarterly, 481.

<sup>59</sup> *Ibid* 92: "The charter party, by cl. 39, provided for the arbitrament of all disputes arising out of the [charter party] contract by two arbitrators carrying on business in London".

<sup>60</sup> *Ibid* 101: "All the terms, conditions and exceptions of which charter party, including the negligence clause, are incorporated herewith."

<sup>61</sup> *Ibid* 102.

<sup>62</sup> *The San Nicholas* (1976) 1 Lloyd's Rep 8 (CA)

<sup>63</sup> *Ibid* 12.

<sup>64</sup> See **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 14 fn 62.



which sets the rules related to the rights and obligations of the bill of lading holder, should be identifiable from the wording of the bill of lading to which the due holder of the bill of lading is a party.

In that respect, it could be claimed that the charter party and bill of lading are interrelated contracts and the parties to them, as being reasonable businessmen<sup>65</sup>, accepted that English law should be applicable both for the bill of lading and charter party as governing law of the arbitration agreement in the case where there is an arbitration in London clause included in the charter party. However, it seems more reasonable to apply to the putative proper law of the bill of lading for incorporation of an arbitration clause due to the fact that an arbitration clause constitutes a part of the bill of lading contract, and it should be examined under the bill of lading.<sup>66</sup>

## **II. Are third parties bound by an arbitration agreement incorporated from charter party into bill of lading?**

### **1. Applicable Law to the Scope of the Arbitration**

Under the section 5 (1) (a) of the Carriage of Goods by Sea Act 1992 (“COGSA”), “contract of carriage shall mean the contract evidenced by or contained in the bill of lading”. “Parties to a contract of carriage are

---

<sup>65</sup> See (n 58).

<sup>66</sup> *Skips A/S Nordheim v Syrian Petroleum Co. and Petrofina SA* (“The Varenna”) [1983] 2 Lloyd’s Rep 592, 615 (CA) (Lord Donaldson): “The starting point for the resolution of this dispute must be the contract contained in or evidence by the bill of lading, for this is the only contract to which the shipowners and the consignees are both parties (...). Such an incorporation cannot be achieved by agreement between the shipowners and the charterers. It can only be achieved by the agreement of the parties to the bill of lading contract and thus the operative words of incorporation must be found in the bill of lading itself.”; **Paul Todd**, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading” (1997) *Journal of Business Law* 331, 347; **Ozdel**, *Bills of Lading Incorporating Charter-parties* (n 2) 14.

persons named in it as shipper and carrier”.<sup>67</sup> Under the doctrine of the privity, a contract does confer upon rights and obligations only to the parties to the contract.<sup>68</sup> However the rights and obligations conferred upon the holders of a bill of lading might be transferred to third parties due to the transferable character of the bill of lading.<sup>69</sup> Third party issues mainly arise in relation to the arbitration agreements that are intended to be incorporated into the bills of lading.

Binding effect of arbitration clauses on third parties, incorporated into bills of lading, is determined by national laws; there is not any internationally accepted rule in this respect.<sup>70</sup> The question as to whether a third party is bound by an arbitration agreement could be examined under either the question of the validity of the arbitration agreement or under the scope of the arbitration agreement (*rationae personae*).<sup>71</sup> By and large, the scope of an arbitration agreement could be discussed if there is any valid arbitration agreement. Therefore, it is generally accepted among academicians that a third party is bound by an arbitration clause is a matter of interpretation of the arbitration agreement.<sup>72</sup>

The applicable law to the scope of the arbitration agreement is identical with the law applicable to the validity and existence of the arbitration agreement.<sup>73</sup> In this part it would be assumed that the proper law of the validity, existence, and scope of the arbitration agreement would be English law, and the binding effect of charter party arbitration clauses on third parties will be examined under English law.

---

<sup>67</sup> **Treitel/Reynolds** (n 1) para 4-001. For the detailed analysis of the parties to a bill of lading in C.I.F. and FOB contracts see: **Treitel/Reynolds** (n 1) paras 4-003 ff.

<sup>68</sup> **Edwin Peel/GH Treitel**, *Law of Contract* (13<sup>rd</sup> edn, Sweet & Maxwell 2011) para 14-001.

<sup>69</sup> **Treitel/Reynolds** (n 1) para 7-001.

<sup>70</sup> **Baatz**, *Should Third Parties Bound By Arbitration Clauses in Bills of Lading* (n 6), 86.

<sup>71</sup> **Gary Born**, *International Commercial Arbitration*, (2<sup>nd</sup> edn, Kluwer Law International 2014) 1416.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> **Dicey/Morris/Collins** (n 14) para 16-001.

## 2. Who Are the Third Parties?

If the incorporation is validly constituted under the applicable law to the arbitration, the arbitration clause should be a part of bill of lading. If the incorporation is sufficient, and the consignee of the endorsee of the bill of lading would like to sue the carrier under bill of lading pursuant to the Article 5 (2) (b) of the COGSA, it should be bound by the arbitration clause.<sup>74</sup>

Similarly, cargo insurers who subrogate cargo interests' rights and obligations under the bill of lading would be also bound by an arbitration agreement if the incorporation is sufficient to bind third parties.<sup>75</sup>

Consequently, in cases where the question of incorporation of arbitration agreement arises, specific words are needed for the incorporation of arbitration clauses as it would be binding on third parties.<sup>76</sup> Thus, particular importance should be given on the wording of incorporation clauses in bills of lading.<sup>77</sup>

<sup>74</sup> **Baatz**, Should Third Parties Bound By Arbitration Clauses in Bills of Lading (n 6), 95.

<sup>75</sup> *Kallang Shipping SA Panama v Axa Assurances Senegal and Another* (“*The Kallang*”) [2009] 1 Lloyd’s Rep. 124, 142 (Com Ct); *West Tankers Inc v RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA* (“*The Front Comor*”) [2007] 1 Lloyd’s Rep. 391: Although incorporation clause was not an issue in this case, it shows that the insurers should be bound by charter party arbitration clauses. The *Front Comor* the issue was as to whether English Court grant an anti-suit injunction against a party who commence Court proceedings despite the arbitration agreement within the European Union (“EU”). The dispute referred to the European Court of Justice (“ECJ”). ECJ held that English Courts should not grant an anti-suit injunction within the EU on the grounds that it would be contrary to Regulation (EC) No 44/2001. [Case C-185/07 *West Tankers Inc v Allianz SpA* (formerly *Riunione Adriatica di Sicurta SpA*) [2009] 1 A.C. 1138]; cf Case C-536/13 *Gazprom*” OAO, Re [2015] I.L.Pr. 31, 556; See Judge Males in *Caressa Navigation Ltd v Office National De l’electrite and others* [2014] 1 Lloyd’s Rep 337, 344 (Com Ct) “the consignee would be bound by whatever the original parties to the bill of lading had agreed by their incorporation of the charterparty arbitration clause”. See also: **Baatz**, Should Third Parties Bound By Arbitration Clauses in Bills of Lading (n 6), 95ff.

<sup>76</sup> **Baatz**, Should Third Parties Bound By Arbitration Clauses in Bills of Lading (n 6), 86; **Ling Li**, Binding Effect of Arbitration Clauses on Holders of Bills of Lading as Nonoriginal Parties and a Potential Uniform Approach Through Comparative Analysis (37: 107, *Tulane Maritime Law Journal* 2012) 114.

<sup>77</sup> For the detailed examination of the form of the charter parties referred to in bills of

### 3. Wording of Incorporation and Arbitration Clauses

Incorporation clauses in bills of lading and its scope has been debated more than a century<sup>78</sup> in English law. According to section 6 of the EAA, incorporation of an arbitration clause is sufficient if the reference makes the arbitration clause part of the agreement.<sup>79</sup> Nevertheless this provision does not specify how a reference clause should be drawn for the incorporation of an arbitration agreement.<sup>80</sup> The wording of an incorporation clause in the bill of lading might expressly refer to the arbitration clause,<sup>81</sup> or might be in general terms.<sup>82</sup>

In the orthodox view, it is accepted by scholars and stated in common law principles that the wording of the clauses included in both bills of lading and charter parties are to be scrutinized to address the incorporation of the arbitration issue.<sup>83</sup> The modern approach is that the wording of the bill of lading clause should primarily be interpreted to address the question of whether or not the arbitration clause is incorporated into a bill of lading and binds the third parties.<sup>84</sup>

---

lading see: **Baatz**, Should Third Parties Bound By Arbitration Clauses in Bills of Lading (n 6), 88-91; **Ozdel**, Bills of Lading Incorporating Charterparties (n 2) 59 ff.

<sup>78</sup> **Todd** (n 66) 331.

<sup>79</sup> See above on page 7.

<sup>80</sup> **Masood Ahmed**, Arbitration Clauses: Fairness, Justice and Commercial Certainty (2010), Volume 26 Issue 3, LCIA, Arbitration International 409, 413; **Ambrose/Maxwell/Parry** (n 9) 51.

<sup>81</sup> For instance, in the Article 1 of the conditions of carriage of Baltic and International Maritime Council ("Bimco") Congenbill 2007 incorporation clause stipulated as follows: "All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause/Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated" (Julian Cooke and others (n 1) Appendix A5.8, 1280). For other bill of lading incorporation clauses see: **Nicholas Gaskell/Regina Asariotis/Yvonne Baatz**, Bills of Lading: Law and Contracts (LLP, 2000) paras 20.243-20.251.

<sup>82</sup> See **Alan Mitchelhill**, Bills of Lading Law and Practice (2<sup>nd</sup> edn, Springer 1990) 153 for incorporation clause in the Bimco Congenbill 1976: "All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, are herewith incorporated".

<sup>83</sup> **Todd** (n 66) 1.

<sup>84</sup> *Ibid*; **The Varenna** (n 66).

The modern approach seems to be more reasonable since the third parties to a bill of lading might only be aware of terms of conditions of the bill of lading. It could also be claimed that there might be some cases where the charter party terms would be inconsistent with the incorporation clause of the bill of lading.<sup>85</sup> Therefore, the issue would mainly be analysed considering the wording of bill of lading incorporation clauses, as well as the wording of the charter party arbitration clauses under the relevant case law.<sup>86</sup>

The authority on the general words of incorporation in the bills of lading was *The Portsmouth*<sup>87</sup> which followed *Hamilton & Co. v. Mackie & Sons* case.<sup>88</sup> In *The Portsmouth* the question whether the arbitration clause in the charter party was incorporated into the bill of lading was discussed. The House of Lords held that general words of incorporation are not sufficient to incorporate a charter party arbitration clause into bill of lading.<sup>89</sup> Nevertheless, general words of reference may incorporate the charter party terms into “a negotiable instrument like a bill of lading that are germane to the receipt, carriage or delivery of the cargo or the payment of the freight”.<sup>90</sup>

Furthermore, the ambit of the arbitration clause (the *ratione materiae*) was also examined by the Court. The arbitration clause in the char-

<sup>85</sup> *The Portsmouth* [1912] AC 1 (HL); See also **Treitel/Reynolds**, (n 1) para 3-026.

<sup>86</sup> **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-036: “some degree of verbal manipulation might be involved in applying an arbitration clause, which had its origin in charterparty to the different context of a bill of lading contract”; See *The Annefield* (n 16) 4 (Lord Phillimore); cf *Maritime Corp v Holborn Oil Trading* (“*The Miramar*”) [1984] AC 676, 688 (HL).

<sup>87</sup> See (n 16).

<sup>88</sup> [1888-1889] 5 Times Law Reports 677: In this case the incorporation clause was in general terms and the charter party arbitration clause was as follows: “All disputes under this charter shall be referred to arbitration”. Lord Esher stated that “(...) if it was found that any if the conditions of the charter party on being so read were inconsistent with the bill of lading they were insensible, and must be disregarded.” Thus, Court of Appeal held that “all other terms and conditions as per charter party” clause is not sufficient to incorporate arbitration clause into bill of lading.

<sup>89</sup> *The Portsmouth* (n 16) 5,6 (Lord Loreburn).

<sup>90</sup> *Ibid* 6,8 (Lord Gorell and also Lord Atkinson); See also **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-033.

ter party was: “Any dispute or claim arising out of any of the conditions of this charter party shall be adjusted at port where it occurs, and same shall be settled by arbitration.”<sup>91</sup> The Court held that, the construction of a charter party clause is not consistent with the bill of lading.<sup>92</sup>

*The Portsmouth* has been followed by subsequent cases.<sup>93</sup> However, “the limits of the strict test applied in *Portsmouth* was designated<sup>94</sup>” in *The Merak* case.<sup>95</sup> In *The Merak*, there were two charter parties. The former charter party which was in Nubaltwood form, dated 21th April 1961, provided for arbitration in the clause 32.<sup>96</sup> In addition, clause 10 of the charter party expressed that the bill of lading was subject to charter party terms including, inter alia, arbitration clause.<sup>97</sup> And the second (the sub-charter party) referred to the first charter dated 21th April 1961. The bill of lading also provided for an incorporation clause as follows: “All terms, conditions, clauses and exceptions including clause 30 contained in the said charter party apply to this bill of lading and are deemed to be incorporated herein.”<sup>98</sup>

At the Court of First Instance, Judge Scarman held that general words of the incorporation clause was not sufficient to incorporate an arbitration clause into the bill of lading, the reference to the clause 30 was

<sup>91</sup> *The Portsmouth* (n 16) 2.

<sup>92</sup> *Ibid* 6; **Michale Wagener**, Legal Certainty and the Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses in Bills of Lading (2009) Vol 40, no 1 (Journal of Maritime Law & Commerce) 115,118.

<sup>93</sup> *The Annefield* (n 16); *The Federal Bulk Carriers Inc. v. C Itoh & Co Ltd* (“The Federal Bulker”) [1989] 1 Lloyd’s Rep. 103; *Siboti K/S v BP France SA* (“*The Siboti*”) [2003] EWHC 1278 (Comm) where the Commercial Court held that, “a general words of incorporation of bill of lading was not sufficient to incorporate the exclusive jurisdiction clause”; *The Varenna* (n 66).

<sup>94</sup> Charterparty arbitration clause not incorporated into bill of lading (1989) Journal of Business Law, 1989, May, 249 <<http://login.westlaw.co.uk.gate2.library.lse.ac.uk/maf/wluk/app/document?src=doc&linktype=ref&context=5&crumbaction=replace&docguid=1C3DEDA70E72111DA9D198AF4F85CA028>> accessed 10 August 2015.

<sup>95</sup> [1964] 2 Lloyd’s Rep. 527 (CA).

<sup>96</sup> *Ibid* 530: “Any dispute arising out of this charter or bill of lading issued hereunder shall be referred to arbitration”.

<sup>97</sup> *Ibid* 529.

<sup>98</sup> *Ibid* 529.

“falsa demonstration”.<sup>99</sup> On appeal, The Court of Appeal distinguished the case from *The Portsmouth*<sup>100</sup> and upheld the decision unanimously.

However the reasoning of the Court of Appeal was different from the Court of First Instance. Firstly, Lord Sellers stated that “if `including clause 30` is struck out, the remaining clause is quite adequate and effective to make the clause 32, the arbitration clause in the charter party, deemed to be incorporated into the bill of lading”.<sup>101</sup> Lord Russell opposed to the Judge Scarman`s reasoning by stating that, “I see no justification, as a matter of construction, for reading this as if instead of clause 30 the reference was to clause 32 ( ... ) clause 32 expressly refers to disputes arising out of any bill of lading issued hereunder.”<sup>102</sup> Therefore, general words of reference to incorporate the arbitration clause into bill of lading were held to be sufficient if the parties` intention is clearly identified.<sup>103</sup>

*The Merak* case, followed by *The Annefield*<sup>104</sup>, could be criticised on the grounds that instead of focusing on only the terms of the bill of lading, the Court also interpreted the arbitration clause in the charter party.<sup>105</sup> Moreover, the Court held that it could not rectify the wording of the bill of lading. This way of interpretation does not seem to be ap-

---

<sup>99</sup> Ibid 529.

<sup>100</sup> See (n 16).

<sup>101</sup> *The Merak* (n 95) 531.

<sup>102</sup> Ibid 536.

<sup>103</sup> **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-034.

<sup>104</sup> See Lord Denning in *The Annefield* (n 16) 3: “If it is desired to bring in an arbitration clause, it must be done explicitly in bill of lading or charter party”.

<sup>105</sup> *The Varenna* (n 66); *The Federal Bulker* (n 93).



appropriate under the modern approach to the construction of contracts under English law.<sup>106, 107</sup>

On the other hand, the incorporation clause might expressly refer to the arbitration clause in the charter party. In this case it would not be wrong to say that the arbitration clause be incorporated into the bill of lading.<sup>108</sup>

Reference to the “law and arbitration” clause was made in a recent case *The Channel Ranger*<sup>109</sup> which was distinguished from *The Merak* case. However, in this case the issue was not related to the incorporation of an arbitration clause even though “arbitration” was expressly stated in the incorporation clause.

In *The Channel Ranger*, the ship owner chartered a vessel named *The Channel Ranger* under a time charter party. And charterers chartered the vessel under a voyage charter which was in the form of a fixture recap and the charter party was not drawn up. The fixture recap referred to the Americanised Welsh Coal Charter form 1979. The charter party was governed by English law. There was an exclusive jurisdiction of High Court of Justice of England and Wales in the voyage charter. The bill of lading was in Congenbill 1994 form and provided for incorporation of “law and arbitration” clause of the charter party.<sup>110</sup> There was not any arbitration clause in the charter party; there was only an exclusive

<sup>106</sup> See *Chartbrook Ltd and another v Persimmon Homes Ltd and another* [2009] UKHL 38 [2009] 1 A.C. 1101 (HL) [25] (Lord Hoffman) “... there is not, so to speak, a limit to the amount of red ink or verbal rearrangement or correction which the court is allowed. All that is required is that it should be clear that something has gone wrong with the language and that it should be clear what a reasonable person would have understood the parties to have meant”. See also Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme LTD. v West Bromwich Building Society Same v Hopkin & Sons (a firm) and Others* [1998] 1 W.L.R. 896, 913: “if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had”.

<sup>107</sup> See Lord Beatson in *Caresse Navigation Ltd v. Zurich Assurances Maroc and others (“The Channel Ranger”)* [2015] 1 Lloyd’s Rep. 256, 381 (CA).

<sup>108</sup> *The Siboti* (n 93); See also **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-035.

<sup>109</sup> *The Channel Ranger* (n 107).

<sup>110</sup> *The Channel Ranger* (n 107).



jurisdiction clause. In this case one of the questions held by the Court was whether the terms of “law and arbitration” on the bill of lading was sufficient to incorporate the exclusive Court jurisdiction in the voyage charter party or not.

At the Court of First Instance, Judge Males held that the jurisdiction clause incorporated into bill of lading from voyage charter party. And he granted an anti-suit injunction to prevent the cargo interests including cargo insurers pursuing the legal proceedings in Morocco.<sup>111, 112</sup> The Court of Appeal upheld the decision and decided that jurisdiction clause which is an ancillary clause such as an arbitration clause is incorporated into bill of lading and cargo interests and their insurers are bound by exclusive jurisdiction clause.<sup>113</sup>

In *Channel Ranger* the Court of Appeal treated to the “law and arbitration” clause as a jurisdiction clause based on the modern approach on interpretation of contracts.<sup>114</sup> This approach leads that the courts could correct some errors made by the parties under certain circumstances. However it should always be kept in mind that the third parties who could likely see the bill of lading and might not be aware of the charter party terms. Furthermore, although arbitration and jurisdiction clauses could be classified as collateral clauses of charter parties related to incorpora-

<sup>111</sup> See *Caressa Navigation Ltd v Office National De l'electrite and others (n 75) para 47: Judge Males based on his judgement the reasoning of J Gloster in Y M Mars Tankers Ltd v Shield Petroleum (Nigeria) Ltd* [2012] EWHC 2652 (Comm) para 30: “the ‘Law and Arbitration Clause’ referred to in the Bill of Lading clearly should be, and would be, construed as a reference to the ‘Law and Litigation Clause’ in the Head Charterparty.”

<sup>112</sup> In *The Channel Ranger* (n 107) the issue was incorporation of the jurisdiction clause from voyage charter into the bill of lading. *The Channel Ranger* was distinguished from *The Rena K* [1978] 1 Lloyd’s Rep 545, *The Nerano* [1994] 2 Lloyd’s Rep 50; *Owners of Cargo Lately Laden on Board the MV Delos v Delos Shipping Ltd (“The Delos”)* [2001] 1 All E.R. (Comm) 763 2001 WL 15080 (Com Ct) which were dealing with express “Law and arbitration” clause in the standard form of bill of lading namely Congenbill. For further details on the congenbill cases see: **Miriam Goldby**, “Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments” (2007) *The Denning Law Journal* vol 19 171 <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/view/382> accessed 3 July 2015.

<sup>113</sup> **The Channel Ranger (n 107).**

<sup>114</sup> **Ibid.**

tion issues, they are entirely different dispute settlement mechanisms. Moreover, since the arbitration deprive court jurisdiction parties' consent is essential to refer to the disputes to arbitration. It also means if the parties gave their consent on the arbitration it does not seem possible to acknowledge that they consented for the exclusive jurisdiction clause in the charter party. Therefore, the outcome of the *Channel Ranger* seems to lead decisions which might go beyond the intention of the parties.

Although *The Channel Ranger* was related to the incorporation of an exclusive jurisdiction clause, jurisdiction and arbitration clauses are treated similarly.<sup>115</sup> Therefore, the decision of the Court of Appeal is of importance for the interpretation of arbitration clauses in terms of incorporation. As was stated above<sup>116</sup> third parties to the bill of lading would be bound by the arbitration clause if the arbitration clause incorporated into charter party. Thus, the interpretation of incorporation clauses should aim to identify the real intention of the parties which is also clear for a reasonable businessman. Courts should not go beyond the parties' intention by the application of wider interpretation of the words on the documents. In other words, the intention of the parties should also be clear on the face of the bill of lading<sup>117</sup> to conclude that there is an arbitration agreement. This is because the arbitration clauses are not germane to the bill of lading; the consent of the parties must be obvious for a valid incorporation of arbitration.

To conclude, the wording of the bill of lading reference clause should be decisive on the issue of the validity of the arbitration clause incorporated into bill of lading<sup>118</sup> due to the fact that parties to a bill of lading might not be aware of the charter party terms in particular arbitration clause. The wording of the charter party terms might be taken into consideration<sup>119</sup> if it is clear under the facts of the dispute that the

<sup>115</sup> **David Joseph**, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd ed, Sweet & Maxwell 2010) para 5.05.

<sup>116</sup> See above page 13.

<sup>117</sup> **Goldby** (n 112).

<sup>118</sup> *The Varenna* (n 66); cf **Wagener** (n 92) 121.

<sup>119</sup> *The Merak* (n 95), *The Annefield* (n 16).

third party holder of the bill of lading and its successors are aware of the charter party terms.<sup>120</sup> The wording of the incorporation clause should be clear, accurate and also include specific terms in relation to arbitration for a binding effect on the third parties.<sup>121</sup>

### III. Why should the arbitration clauses be treated differently than the other clauses in the charter party incorporated into bill of lading?

#### 1. Introductory

“An agreement is not binding contract if it lacks certainty either because it is too vague or because it is obviously incomplete”.<sup>122</sup> Certainty is an important aspect of the bindingness of a contract which indicates that the terms and conditions of a contract shall be clear and completed from the parties point of view. Thus, if the parties prefer to refer written standard terms and clauses instead of according them into their agreement the incorporation clause and its scope should also be certain.

Under English law general words of incorporation in a contract to standard terms and conditions is sufficient.<sup>123</sup> For instance, if parties to a contract of sale refer to GAFTA<sup>124</sup> 119 standard form which include arbitration clause<sup>125</sup> parties would be bound by the arbitration clause.<sup>126</sup> In this case the intention of the parties is to incorporate all the standard terms and conditions into their contract without any requirement to express the arbitration particularly.<sup>127</sup> It is because as being prudent traders parties are supposed to be aware of all the standard terms and conditions

<sup>120</sup> **Ambrose/Maxwell/Parry** (n 9) 51.

<sup>121</sup> *The Portsmouth* (n 16); *The Federal Bulker* (n 93); *The Varenna* (n 66).

<sup>122</sup> **Peel/Treitel**, *The Law of Contract* (n 68) para 2-078.

<sup>123</sup> *Ibid* para 6-003; **Ahmed** (n 80) 410-412.

<sup>124</sup> The Grain and Feed Trade Association.

<sup>125</sup> See Article 26 of the GAFTA 119.

<sup>126</sup> **Joseph** (n 115) para 5.35.

<sup>127</sup> *Ibid* paras 5.04, 5.10.

including the arbitration clause.<sup>128</sup> However if the parties purport to incorporate the terms of another contract into their contract the incorporation clause should expressly include arbitration. The reason for that, under these circumstances it is not clear that the parties are aware of the arbitration clause in the other contract that they referred to.<sup>129</sup>

While making decisions on the incorporation issues, “single contract” cases and “two contract” cases were distinguished by the English Courts.<sup>130</sup> In the former the parties might incorporate the standard terms into their contract by reference whereas in the latter parties incorporate “the terms of a contract between two other parties or between one of them and a third party”.<sup>131</sup> It would not be wrong to say that a restrictive approach has been approved to the incorporation of arbitration clauses in two contract cases such as incorporation of charter party arbitration clause into bill of lading while general words are found sufficient in one contract cases.”<sup>132</sup>

There are different types of standard charter parties<sup>133</sup> and bills of lading<sup>134</sup> used in shipping practice. It is also common to refer to charter party terms into bill of lading.<sup>135</sup> However, as well as the construction of charter party arbitration clauses and bill of lading clauses, the number

<sup>128</sup> Ibid para 5.10

<sup>129</sup> Ibid para 5.13.

<sup>130</sup> **Ahmed** (n 80) 412.

<sup>131</sup> *Habaş Sınai ve Tibbi Gazlar İstihsal Endüstri AS v Sometal SAL*. [2010] EWHC 29 (Comm), [2012] 1 CLC 448, 455 (“Habas v Sometal”) (Judge Clarke); See also *Sea Trade Maritime Corporation v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd* (“The Athena”) [2007] 1 Lloyd’s Rep. 280, 289 (Judge Langley). Applying *The Athena in Aughton Ltd (formerly Aughton Group Ltd) v MF Kent Services Ltd. Aughton Ltd (formerly Aughton Group Ltd) v MF Kent Services Ltd*. [1993] WL 963255, 57 B.L.R. 1 (CA) case, which is not related to shipping contracts the contracts in question in this case were construction contracts, The Court of Appeal held that general words of incorporation are not sufficient to incorporate an arbitration clause from a sub contract; See also **Reynolds/Treitel** (n 1) para 3-015.

<sup>132</sup> **Hugh Beale**, *Chitty on Contracts* (31st ed. Incorporating Second Supplement, Sweet & Maxwell 2014) para 32-026; **Ahmed** (n 80) 412; **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-021.

<sup>133</sup> **Michael Bundock**, *Shipping Law Handbook* (5th edn, Informa 2011) 708-912.

<sup>134</sup> Ibid 691-707.

<sup>135</sup> See (n 3).

of the parties involved and contracts concluded may vary in every case. Moreover despite the standard forms of contracts are used in marine transportation, the parties to a bill of lading might usually differ from the parties to a charter party.<sup>136</sup> This is because of the transfer of the bill of lading to the consignee or endorsee. Therefore, whereas incorporation by reference to standard terms and conditions is sufficient to incorporate arbitration clauses to a contract between the original parties, the incorporation clauses in bills of lading treated differently with regard to arbitration clauses.<sup>137</sup> The reason for the adoption of different treatment to collateral clauses such as arbitration was “negotiable character of bills of lading” in the earlier cases whereas in later cases “commercial certainty and clarity” reasoning was developed.<sup>138</sup>

It may be argued that arbitration clause and other clauses such as demurrage, law etc. should be treated in the same way.<sup>139</sup> However, it is well established rule under English law that arbitration (and jurisdiction) clauses which are not directly related “to the shipment, carriage and delivery of the goods”<sup>140</sup> could not be incorporated by general terms. In *Aughton Ltd (formerly Aughton Group Ltd) v MF Kent Services Ltd*.<sup>141</sup> Sir John Megaw analysed the reasons for different treatment to arbitration clauses. Sir John Megaw pointed out “three factors of arbitration agreements.”<sup>142</sup> One of the factors that Sir John Megaw stated<sup>143</sup> was “arbitration clause included in a contract of any nature is different from

<sup>136</sup> **Ahmed** (n 80) 414.

<sup>137</sup> *The Portsmouth* (n 16).

<sup>138</sup> **Todd** (n 66) 3-5; See also **Treitel/Reynolds** (n 1) para 3-014.

<sup>139</sup> See **Todd** (n 66) 3: “A clause which simply defines the proper law of the contract, for example, is arguably no more germane to the receipt, carriage or delivery of the cargo, or to the payment of the freight, than an arbitration clause”.

<sup>140</sup> *The Portsmouth* (n 16).

<sup>141</sup> [1993] WL 963255, 57 B.L.R. 1 (CA).

<sup>142</sup> *Ibid* 16-17: Other two factors were: “First, an arbitration agreement may preclude the parties to it from bringing a dispute before a court of law (...) secondly, an arbitration agreement has to be a written agreement”.

<sup>143</sup> Where he cited to Lord Diplock in *Bremer Vulkan v. South India Shipping* [1981] A.C. 909.

other types of clause because it constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the substantive contract.”<sup>144</sup>

## 2. Negotiable Character of Bills of Lading

The reason why should the arbitration clauses be treated differently was stated as the negotiability of bills of lading in *The Portsmouth*.<sup>145</sup> As a negotiable instrument<sup>146</sup> bill of lading might well be transferred to third parties who neither see the charter party, nor a party to charter party.<sup>147</sup> The negotiable character of bill of lading particularly requires special treatment in terms of incorporation of arbitration clauses.<sup>148</sup> This is because the arbitration agreement which might deprive the court's jurisdiction should be able to identifiable accurately by the consignee or endorsee of the bill of lading or its successors. Otherwise, it would not be wrong to say that the third parties are not bound by arbitration clauses. This reasoning was emphasized in *The Annefield*<sup>149</sup> by Lord Denning.<sup>150</sup>

## 3. Commercial Certainty and Clarity

In *The Varenna*<sup>151</sup> Lord Oliver pointed out the requirement for the clarity and certainty in terms of incorporation of arbitration clauses.<sup>152</sup>

<sup>144</sup> See (n 131).

<sup>145</sup> See *The Portsmouth* (n 16) 9 (Lord Gorell)

<sup>146</sup> See (n 5).

<sup>147</sup> See *Treitel/Reynolds* (n 1) para 3-014.

<sup>148</sup> *Todd* (n 66) 338-340.

<sup>149</sup> *The Annefield* (n 16).

<sup>150</sup> *Ibid* 4: “... if it is desired to put upon the holders of a bill of lading an obligation to arbitrate because that obligation is stated in the charter party, it must be done explicitly”.

<sup>151</sup> *The Varenna* (n 66).

<sup>152</sup> *Ibid* 597: “What does seem to me important is that documents so commonly in use and containing familiar expressions which have a well-established meaning among commercial lawyers should be consistently construed and that a well-established meaning - particularly as regards something like an arbitration clause where clarity and certainty are important to both parties - should not be departed from in the absence of compulsive surrounding circumstances or a context which is strongly suggestive of some other meaning.”

The necessity for the application of the strict test while deciding on the incorporation of arbitration clauses for the clarity and certainty was also approved in *The Federal Bulker*.<sup>153</sup>

In *The Siboti*<sup>154</sup> Judge Gross followed the same approach and he stated three reasons for requirement of the clarity in this field: “(a) the status of bills of lading as negotiable commercial instruments; (b) the jurisdictional consequences of such incorporation; and (c) the importance of certainty in this area.”<sup>155</sup>

In a recent case, *The Channel Ranger*, the need for the commercial certainty was also emphasized for the incorporation of arbitration clauses into bill of lading.<sup>156</sup> In this case the Court put emphasis on the modern approach of the interpretation of contracts and Lord Beatson pointed out that “had *The Merak* been decided today (...) Lord Sellers dissenting judgement would have prevailed.”<sup>157</sup>

It could well be justifiable that the commercial certainty and clarity is a requirement in disputes with regard to the charter parties and bills of lading. It is because the parties to a charter and a bill of lading might commonly be different. Therefore, it should be clear and unambiguous that the original parties of a bill of lading would like to intend to incorporate the arbitration agreement in the charter party. This is because bill of lading is a negotiable<sup>158</sup> document and the terms that are incorporated into one should be clear and certain as it could be discernible by the third parties.

---

<sup>153</sup> See Lord Bingham in *The Federal Bulker* (n 93) 105: “This is indeed a field in which it is perhaps preferable that the law should be clear, certain and well understood than that it should be perfect. Like others, I doubt whether the line drawn by the authorities is drawn where a modern commercial lawyer would be inclined to draw it. But it would, I think, be a source of mischief if we were to do anything other than try to give effect to settled authority as best we can”.

<sup>154</sup> *The Siboti* (n 93).

<sup>155</sup> *Ibid* 372.

<sup>156</sup> *The Channel Ranger* (n 107) 259, 260.

<sup>157</sup> *Ibid* 383.

<sup>158</sup> See (n 5).



Finally, when it comes to arbitration clauses it could be said that these clauses should require more certainty and clarity. If there is an incorporation clause in a bill of lading any of the holders of a bill of lading including the original parties will be cognizant that the terms and conditions of the charter party which are related to bill of lading contract would be applicable to him. However, collateral clauses such as arbitration could be incorporated once it is expressly stated in the incorporation clause. Therefore, the intention of the original parties to a bill of lading should be clear and certain in terms of arbitration agreement.

## Conclusion

Incorporation clauses constitute the most perplexing aspect of the applicable law to arbitration agreement issues in maritime disputes.<sup>159</sup> Incorporation clauses in the bills of lading and their scope have been dealt with almost more than a century by English Courts.<sup>160</sup> Particularly, the incorporation of arbitration clauses constitutes the most puzzling part of the problem. The problems caused by incorporation clauses are limited with three interrelated problems which were discussed in this paper: the issues what is the applicable law to the validity and existence of arbitration agreement in terms of incorporation, the binding effect of arbitration clauses incorporated into bills of lading on third parties and the justification of distinctive treatment to the arbitration agreement.

The first issue is the applicable law to the arbitration agreement in case of incorporation. If the parties expressly or impliedly choose the law applicable to an arbitration agreement this law would be applicable to arbitration agreement. If there is no choice of law chosen by the parties, the law which has the closest most real connection with the arbitration agreement would be applied. That is, the law which has the closest and most real connection with the arbitration agreement is adopted as the law of the seat under English law.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> **Ambrose/Maxwell**, Parry (n 9) 70.

<sup>160</sup> *As of Hamilton & Co. v. Mackie & Sons case [1889]* (n 88).

<sup>161</sup> See (n 33).



However, it is common practise that parties usually refer to charter party terms and conditions to incorporate them into bill of lading contract. And parties usually choose the applicable law neither to the bill of lading nor to the arbitration agreement in the bill of lading. It is because the arbitration agreement and applicable law are commonly set forth in the charter party. Therefore, in that respect English Courts developed a presumptive solution which is the putative proper law of the bill of lading. In recent cases, the putative proper law of the bill of lading has been determined on the presumption that the arbitration clause is validly incorporated from charter party<sup>162</sup>. In earlier cases the English Courts applied directly the law governing the charter party to the incorporation issues<sup>163</sup>.

On the other hand, Article V (1) (a) of the New York Convention to which the UK is party, provides for the applicable law to the arbitration agreement. Under this article, if the parties do not choose the applicable law to the arbitration agreement, the law of the seat will be applied to the validity of the arbitration agreement. It could be suggested that by taking into consideration the enforceability of the awards and the three stage test applied by the English Courts as the law which has the closest and most real connection with the bill of lading should govern the incorporation issue.

Secondly, the question of as to whether the arbitration clauses incorporated into bill of lading bind the third parties addressed. Arbitration clauses in charter parties may be enforced against the due holder of a bill of lading- namely the consignee or endorsee and its successors who might not be a party to the charter party. In most cases the parties to a charter party and bill of lading are different, and so the holder of the bill of lading may not be aware of the charter party terms in many cases. Therefore the wording of the bill of lading should primarily be reviewed related to the incorporation issues. If the arbitration clause is validly incorporated into bill of lading, it would bind the third parties. Under English law, if the incorporation clause is in general terms, only the terms

---

<sup>162</sup> See (n 37).

<sup>163</sup> *Ibid.*

and conditions of the charter party which are “germane to the shipment, carriage, delivery of the goods”<sup>164</sup> will be incorporated into bill of lading. However, under English law ancillary clauses, for instance arbitration clauses might not be incorporated without express words referring to an arbitration clause in the charter party.

In the third part of this paper the reason of the distinctive treatment to arbitration clauses was examined. In principle referring to standard terms and conditions by general terms is sufficient to incorporate standard terms and conditions including the arbitration clause into the contract. However English Courts made distinction between single and two contract cases. For the latter case, the parties to the first contract and the second contract are different than each other, i.e. charter party and bill of lading contracts. Moreover as a negotiable instrument, bill of lading might be transferred to third parties who will be a party to bill of lading therefore the intention of the parties with regard to the incorporation of the arbitration clause should be expressly stated. In the recent cases, the distinctive treatment to the arbitration clause was explained under the need for the commercial certainty and clarity in this field- particularly in cases where third parties were involved.

To conclude, arbitration is a private dispute resolution mechanism. The parties’ intention to refer their disputes to arbitration should be clearly an explicitly identifiable in express terms in the bill of lading.<sup>165</sup> Therefore, bills of lading and charter parties should be drafted carefully particularly in case of arbitration agreements.

---

<sup>164</sup> See (n 16).

<sup>165</sup> See **Goldby** (n 112) 179: Specific words view would be in the same line with Article 83 of the Rotterdam Rules.

## **List of Abbreviations**

AC	: Appeal Cases
ALL ER (Comm)	: All England Reports (Commercial Cases)
B.L.R.	: Building Law Reports
CA	: Court of Appeal
Cf	: Confer
Com Ct	: Commercial Court
COGSA	: Carriage of Goods by Sea Act 1992
CUP	: Cambridge University Press
EAA	: English Arbitration Act
EC	: European Council
ECJ	: European Court of Justice
Edn	: Edition
EU	: European Union
EWCA Civ	: Court of Appeal Civil Division
Ff	: And the following pages
HL	: House of Lords
Ibid	: Ibidem
N	: Number
NYC	: The United Nations Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards
OUP	: Oxford University Press
Para	: Paragraph
Paras	: Paragraphs
Rep	: Report
UKHL	: United Kingdom House of Lords
V	: Versus
Vol	: Volume
WLR	: Weekly Law Reports

## Bibliography

### Cases:

- Aughton Ltd (formerly Aughton Group Ltd) v MF Kent Services Ltd. [1993] WL 963255, 57 B.L.R. 1 (CA)
- C v D [2007] EWCA Civ 1282 (CA)
- Caressa Navigation Ltd v Office National De l'electrite and others [2014] 1 Lloyd's Rep 337 (Com Ct)
- Caresse Navigation Ltd v Zurich Assurances Maroc and others ("The Channel Ranger") [2015] 1 Lloyd's Rep. 256 (CA)
- Chartbrook Ltd and another v Persimmon Homes Ltd and another [2009] UKHL 38 [2009] 1 A.C. 1101 (HL)
- Compania Naviera Micro S.A. v. Shipley International Inc. ("The Parouth") [1982] 2 Lloyd's Law Report 351 (CA).
- Fiona Trust & Holding Corp v Privalov [2007] UKHL 40
- Gazprom Case C-536/13 OAO, Re [2015] I.L.Pr. 31
- Habaş Sinai ve Tibbi Gazlar Istihsal Endustri AS v Sometal SAL. [2010] EWHC 29 (Comm), [2012] 1 CLC 448, 455 ("Habas v Sometal")
- Hamilton & Co. v. Mackie & Sons [1888-1889] 5 Times Law Reports 677.
- Investors Compensation Scheme LTD. v West Bromwich Building Society Same v Hopkin & Sons (a firm) and others [1998] 1 W.L.R. 896
- Kallang Shipping SA Panama v Axa Assurances Senegal and Another ("The Kallang") [2009] 1 Lloyd's Rep. 124, 142 (Com Ct)
- Marc Rich & Co. A.G. v. Societa Italiana Impianti P.A. ("The Atlantic Emperor") [1989] 1 Lloyd's Rep 548 (CA).
- Maritime Corp v Holborn Oil Trading ("The Miramar") [1984] AC 676, 688 (HL)
- Owners of the Annefield v Owners of Cargo Lately Laden on Board the Annefield ("The Annefield") [1971] 1 Lloyd's Rep. 1

- Owners of Cargo Lately Laden on Board the MV Delos v Delos Shipping Ltd (“The Delos”) [2001] 1 All E.R. (Comm) 763 2001 WL 15080 (Com Ct).
- Partenreederei “M/S Heidberg” v. Grosvenor Grain and Feed Co Ltd. (“The Heidberg”) [1994] 2 Lloyd’s Rep. 287 (Com Ct)
- Sea Trade Maritime Corporation v Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (“The Athena”) [2007] 1 Lloyd’s Rep. 280
- Siboti K/S v BP France SA (“The Siboti”) [2003] EWHC 1278 (Com Ct).
- Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co. and Petrofina SA (“The Varenna”) [1983] 2 Lloyd’s Rep 592 (CA)
- Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWCA Civ 638 (CA)
- The Federal Bulk Carriers Inc. v. C Itoh & Co Ltd (“The Federal Bulker”) [1989] 1 Lloyd’s Rep. 103
- The Merak [1964] 2 Lloyd’s Rep. 527 (CA).
- The Nerano [1994] 2 Lloyd’s Rep 50.
- The Njegos [1936] 90.
- The Rena K [1978] 1 Lloyd’s Rep 545.
- The San Nicholas (1976) 1 Lloyd’s Rep 8 (CA)
- Thomas & Co. Ltd. v. Portsea Steamship Co. Ltd. (“The Portsmouth”) [1912] AC 1
- Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. [1939] AC 277.
- West Tankers Inc v RAS Riunione Adriatica di Sicurta SpA (“The Front Comor”) [2007] 1 Lloyd’s Rep. 391
- Y M Mars Tankers Ltd v Shield Petroleum (Nigeria) Ltd [2012] EWHC 2652 (Com Ct).

**Books:**

**Aikens R/Lord R/Bools M**, Bills of Lading (1st edn, Taylor & Francis, 2006)

- Ambrose C/Maxwell K/Parry A**, London Maritime Arbitration (3rd ed, Informa 2009)
- Baatz Y**, “The Conflict of Laws” in Yvonne Baatz (ed), *Maritime Law* (3rd edn, Informa 2014)
- Baatz Y**, “Thirty Years of Europeanization of Conflict of Laws and Still all at Sea?” in Malcolm A. Clarke (ed), *Maritime Law Evolving* (Hart Publishing 2013)
- Beale H**, *Chitty on Contracts* (31st ed. Incorporating Second Supplement, Sweet & Maxwell 2014)
- Blackaby N/Hunter M/Partasides C/Redfern A**, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5th edn, OUP 2009)
- Born G**, *International Commercial Arbitration*, (2nd edn, Kluwer Law International 2014)
- Born G**, *International Arbitration: Law and Practice* (Kluwer Law International 2012)
- Bridge MG**, *The International Sale of Goods* (3rd edn, OUP 2013)
- Bundock M**, *Shipping Law Handbook* (5th edn, Informa 2011)
- Cooke J/Young T/Ashcroft M/Taylor A/Kimball JD/Martowski D/Lambert L/Sturley M**, *Voyage Charters* (4th edn, Informa Law 2014)
- Dicey AV/Morris JHC/Collins L**, *The Conflict of Laws*, vol 1 (Sweet & Maxwell 2012)
- Force R/Davies M**, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force in Martin Davies* (ed) (Kluwer Law International 2005)
- Gaskell N/Asariotis R/Baatz Y**, *Bills of Lading: Law and Contracts* (LLP, 2000)
- Joseph D**, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (2nd ed, Sweet & Maxwell 2010)
- Mitchellhill A**, *Bills of Lading Law and Practice*, 2nd edn, Springer, 1990.

- Moses** ML, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, CUP 2012)
- Ozdel** M, *Bills of Lading Incorporating Charterparties* (Hart Publishing 2015)
- Peel** E/**Treitel** GH, *Law of Contract* (13rd edn, Sweet & Maxwell 2011)
- Sparka** F, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents* (Springer 2009)
- Treitel** G/**Reynolds** FMB, *Carver on Bills of Lading* (3rd edn, Sweet & Maxwell 2011)
- Wilson** J F, *Carriage of Goods by Sea* (7th edn, Pearson 2010)

**Articles:**

- Ahmed** M, *Arbitration Clauses: Fairness, Justice and Commercial Certainty* (2010), Volume 26 Issue 3, LCIA, *Arbitration International* 409.
- Baatz** Y, “Should Third Parties Be Bound By Arbitration Clauses in Bill of Lading?” (2015) *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly* 85.
- Charterparty arbitration clause not incorporated into bill of lading** (1989) *Journal of Business Law*, 1989, May, 249 <<http://login.westlaw.co.uk.gate2.library.lse.ac.uk/maf/wluk/app/document?src=doc&linktype=ref&context=5&crumbaction=replace&docguid=IC3DEDA70E72111DA9D198AF4F85CA028>> accessed 10 August 2015.
- Goldby** M, “Incorporation of Charterparty Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments” (2007) *The Denning Law Journal* vol 19 171 <http://ubplj.org/index.php/dlj/article/view/382> accessed 3 July 2015.
- Li** L, *Binding Effect of Arbitration Clauses on Holders of Bills of Lading as Nonoriginal Parties and a Potential Uniform Approach Through Comparative Analysis* (37: 107, *Tulane Maritime Law Journal* 2012) 114.

- Ozdel M**, “Incorporation of Charterparty Clauses into Bills of Lading” in Malcolm A. Clarke (ed) *Maritime Law Evolving* (Hart Publishing 2013) 181.
- Todd P**, “Incorporation of Arbitration Clauses into Bills of Lading” (1997) *Journal of Business Law* 1.
- Wagener M**, Legal Certainty and the Incorporation of Charter party Arbitration Clauses in Bills of Lading (2009) Vol 40, no 1 (*Journal of Maritime Law & Commerce*) 115.
- Zhao L/Chan FWH**, Incorporating the Charterparty’s Applicable Law Clause Into Bills of Lading, (2012) *Lloyd Maritime and Commercial Law Quarterly*, 481.



# **Mediation as an Option for International Commercial Disputes**

*Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklar İçin Bir Seçenek Olarak Arabuluculuk*

**Assoc. Prof. Dr. jur. Zeynep Derya Tarman\***

## **Abstract:**

Over the last decade the approach taken by commercial parties towards dispute resolution has changed. While traditional forms of dispute resolution (i.e. litigation and arbitration) remain popular, commercial parties are increasingly looking to alternative forms of dispute resolution to find methods which better suit their commercial needs and deliver efficient and effective results. Mediation often provides the answer. Mediation allows the parties to keep control of a dispute and to aim at a commercial solution rather than legal remedies. It can turn a dispute from a business threat into a business opportunity. Therefore, mediation is a first option – arbitration and litigation are alternatives. In this paper, in addition to explaining the characteristics of mediation and how the process works, the advantages and disadvantages of mediation is explained, and suggestions how to promote mediation in commercial disputes are discussed.

---

\* Assoc. Prof. Dr. jur; Koc University Law School, Istanbul/Turkey, Department of Private International Law. E-mail: ztarman@ku.edu.tr.

This paper was presented at the American Society of Comparative Law Younger Comparatives Global Conference held on 18-19 March 2016 at Tulane University Law School in New Orleans, Louisiana.

**Key Words:** Mediation, Commercial Disputes, Alternative Forms of Dispute Resolution, Characteristics of Mediaion, Enforcement of Settlement Agreements.

## Özet

Ticari sözleşmelerin taraflarının uyuşmazlık çözümü konusundaki yaklaşımlarının özellikle son yıllarda değiştiği görülmektedir. Ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda mahkeme yargılaması ve milletlerarası tahkim tercih edilmekle beraber, taraflar ticari menfaatlerine daha iyi hizmet edecek etkili çözüm yolları arayışlarına girmişlerdir. Ticari uyuşmazlıkların çözümü konusunda arabuluculuk çok avantajlı bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Arabuluculuk, taraflara hukuki bir çözümden ziyade ticari bir çözüm olanağı getirmekte ve ticari bir riski ticari bir fırsata dönüştürebilme imkânı sağlamaktadır. Arabuluculukta kararı veren tarafların bizzat kendileri olmaktadır. Taraflar karşı karşıya değil bir araya gelmektedir, çünkü arabuluculukta amaç tarafların kazan-kazan çözümler üretmesi için bir ortam sağlamaktır. Bu nedenlerle, arabuluculuk ilk aşamada başvurulması gereken bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Bu çalışmada, arabuluculuğun özellikleri ve sürecin işleyişi hakkında bilgi verildikten sonra arabuluculuğun avantajları ve dezavantajlarına değinilecek, son bölümde ise ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuğun nasıl daha etkin hale getirilebileceği konusundaki önerilere yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Arabuluculuk, Ticari Uyuşmazlıklar, Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Arabuluculuğun Özellikleri, Sulh Sözleşmelerinin İcra Edilebilirliği.

## I. Introduction

Over the last decade the approach taken by commercial parties towards dispute resolution has changed. While traditional forms of dispute resolution (i.e. litigation and arbitration) remain popular, commercial parties are increasingly looking to alternative forms of dispute resolu-

tion (“ADR”) to find methods which better suit their commercial needs and deliver efficient and effective results. Mediation often provides the answer.

Mediation is an ADR mechanism in which a third party assists conflicting parties in order to reach an amicable settlement of their disputes arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. Whether an agreement results or not, and whatever the content of that agreement, if any, the parties themselves determine rather than accepting something imposed by a third party<sup>1</sup>. The mediator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute.

In this paper, in addition to explaining the characteristics of mediation and how the process works, the advantages and disadvantages of mediation is explained, and suggestions how to promote mediation in commercial disputes are discussed.

### **A. Characteristics of Mediation**

Mediation is a voluntary process whereby a neutral third party facilitates negotiations between the parties to a dispute to help them find a consensual outcome. The mediator is actively involved but generally has no power to adjudicate or say who is right and who is wrong<sup>2</sup>. Importantly, in mediation the parties retain ultimate control over the decision of whether to settle and on what terms<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> For definition of mediation please see Wells Jr, *Southern Illinois University Law Journal* (2003), p. 652.; John G Bruhn & Howard M Rebach, *Handbook of Clinical Sociology*, (Springer Science & Business Media. 2012). Moffitt&Schneider, *Dispute Resolution: Examples & Explanations*. 2011., p.83, see also Reismann, *International Commercial Arbitration: Cases, Materials, and Notes On The Resolution of International Business Disputes*, 1997., p.74.

<sup>2</sup> Ivan Bernier & Nathalie Latulippe, *Conciliation as a Dispute Resolution Method in the Cultural Sector*, *The International Convention on The Protection and Promotion of The Diversity of Cultural Expressions*, p.4.

<sup>3</sup> Thomas D. Cavenagh & Lucille M. Ponte, *Alternative Dispute Resolution in Business*, West Educational Publishing Company, 1991, p. 93.

Since the participation of the parties and the mediator is voluntary, the parties and/or the mediator have the freedom to leave the process at any time. The mediator may decide to stop the process for ethical or other reasons, and the parties may decide that they are not satisfied with the process. The agreement, which is reached between the parties, is voluntary; the parties own it and are responsible for implementing it. Unlike arbitrators and judges, mediators do not bear binding decision authority<sup>4</sup>.

## **B. Advantages of Mediation**

Mediation has a special advantage when the parties have ongoing relations that must continue after the dispute is managed, since the agreement is by consent and none of the parties should have reason to feel they are the losers<sup>5</sup>. Mediation provides an opportunity for conflicting parties to maintain their current relationship by resolving dispute by a win-win solution and accordingly establish strong long-term business relationship. Mediation is increasingly adopted during long term contracts, particularly in international infrastructure and construction contracts, where nominated mediators are brought in at short notice to help the parties move round problems which would otherwise delay or destabilize the project. As this indicates, mediation can be particularly useful where the parties wish to continue a business relationship which could be damaged by aggressive court or arbitral proceedings. Consequently, mediation may be appropriate when there is potential for preserving an ongoing relationship.

Apart from the advantage mentioned above, the flexibility can be count as another advantage of mediation. Parties of a dispute are entitled to determine process of the mediation in accordance with interest and needs of each party. This may involve the choice over location of the me-

---

<sup>4</sup> Cavenagh & Ponte, p. 93; Bruhn & Rebach, p.199; Meadow, International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences, Elsevier Ltd (2015)., p.3; Runesson & Guy, Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes, 2007., p.25.

<sup>5</sup> Yona Shamir, Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application, No.7, p.30

diation, the time frame, the people who are to be involved, the selection of acceptable objective criteria, and many other choices related to the process<sup>6</sup>.

Mediation is less costly when compared adjudicative ADR methods. Mediation can normally be completed in multiple conferences between conflicting parties. Furthermore, mediation is not a formal evidentiary process requiring extensive use of expert witnesses or demonstrative proof. As a result, the costs associated with the use of expert witnesses, trial counsel and case preparation are substantially reduced or even eliminated<sup>7</sup>.

Another charming feature of mediation is the speed of the proceedings of which parties can resolve their dispute faster than adjudicative methods. There are various reasons of this circumstance; first, mediators are present to manage negotiation, not to represent a party or render a legal decision, they need not prepare extensively to conduct the conference<sup>8</sup>. Second, the vast majority of countries face a spectacular problem of overcrowded court dockets which cause considerable delay in trials.

One advantage of mediation in the international commercial context is that the parties have an opportunity to develop a creative outcome. Mediation process offers wide range of settlement options which is limited only by the imagination of the parties and the mediator. Although certain forms of injunctive relief are possible through litigation, most judges and juries think of the resolution of a civil case in dollar terms. Conversely, mediation allows parties to consider a far wider range of remedies. Long-term structured payment schedules and annuities allow parties to treat economic outcomes more creatively<sup>9</sup>. Since agreement is made by consent, parties are generally free to create value with their settlement for example, by developing new business relationships that were not originally contemplated<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Shamir, p.30.

<sup>7</sup> Cavenagh & Ponte, p. 94.

<sup>8</sup> Cavenagh & Ponte, p. 94.

<sup>9</sup> Cavenagh & Ponte, p. 94.

<sup>10</sup> Brette Steele, *Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral*

Mediation allows the parties to present their arguments in an informal manner, not bound by the procedures of the legal system. The parties may discuss their positions, and thus, generally feel that their concerns and positions are heard and dealt with fairly, regardless of the outcome. Once the parties believe that their positions have been accurately heard and discussed, tensions often diminish and a new receptivity develops, thus opening the parties' minds to a creative and consensual solution<sup>11</sup>.

As mentioned above, parties are, at any time, free to opt out mediation proceedings without any valid or justified reason. Besides mediation process shall not preclude parties' main right to apply more formal dispute resolution mechanism such as arbitration or litigation. Parties are therefore free to strive for a settlement without jeopardizing their chances for or in a trial if mediation is unsuccessful<sup>12</sup>.

One of the greatest advantages of mediation is that the parties discuss the issues confidentially<sup>13</sup>. Litigation is usually open to public while all written and/or oral correspondences through the course of mediation are private. The confidentiality of mediation may encourage parties to speak more openly and allow the true reasons for the disputes to emerge more quickly<sup>14</sup>. It is not only the mediation itself that is confidential: the sessions between the mediator and each party before, during and after the mediation will also usually be protected under confidentiality.

With all these advantages, mediation often results in settlement, thereby reducing the large volume of arbitration and litigation. Mediation may also change an adversarial relationship into a cooperative one, potentially improving the relationship between the parties. Even if mediation does not lead to a resolution, the parties are no worse off because they may still take advantage of arbitration or litigation. Moreover, they have had the opportunity to narrow the disputed issues and structure the

---

Awards under the New York Convention, 54 *UCLA Law Review* 1385 (2007), p. 1399.

<sup>11</sup> Shamir, p.30.

<sup>12</sup> Cavenagh & Ponte, p. 94; Runesson&Guy, p. 26.

<sup>13</sup> Radford Mary F, *Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters*, 1 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 2012, p.242.

<sup>14</sup> Radford, p.242.

framework for future negotiations. Consequently, parties who wish to maintain a harmonious business relationship and to preserve their contractual and commercial ties often prefer mediation.

### **C. Disadvantages of Mediation**

Like other ADR methods, mediation also has its disadvantages. Most sensitive disadvantages of mediation are:

The formalized procedural and evidentiary rules of due process designed to protect parties and associated with the trial or arbitration of lawsuit are lacking in mediation<sup>15</sup>.

Parties of a dispute cannot apply to appeal process in the event that the privately negotiated agreement is later determined by one of the parties to be flawed in some way. All mediation process and agreement is strictly confidential and accordingly it is never performed on the record or recorded by a clerk. Owing to that, unlike arbitration and litigation, mediation agreements are virtually impossible to appeal<sup>16</sup>. Consequently, parties of the mediation process are usually bound by the agreement reached mutually and in accordance with the interests and needs of conflicting parties. It is possible to argue that an agreement was tainted by fraud, duress or some other legal defence to a contract, but this is much different from formally appealing a court's judgement or setting aside an arbitrator's decision<sup>17</sup>.

Lack of standardized rules and process sometimes makes mediation inconsistent, haphazard, unpredictable and unreliable.

If the mediation does not result in a settlement then the parties may encounter additional costs stemming from the need of following any other dispute resolution mechanism in order to procure a binding and valid decision as to the dispute at stake.

---

<sup>15</sup> Cavenagh & Ponte, p. 95.

<sup>16</sup> Cavenagh & Ponte, p. 95.

<sup>17</sup> Cavenagh & Ponte, p. 95.

In case of settlement one may ask whether that settlement agreement can be enforced in another jurisdiction. Unlike arbitration, there is no similar network of treaties relating to the enforcement of foreign judgments. International commercial arbitration is therefore distinguishable from both international litigation and international mediation with respect to enforceability issues<sup>18</sup>.

## **II. Overview of the Mediation Process**

One of the main characteristics (and advantages) of mediation is flexibility: the identity of the mediator and the procedure and format are agreed by the parties in accordance with their commercial needs. As such, there is no universal procedure but typically, commercial mediations go through at least four main phases: Preparation, Opening session, Private meetings (often called “caucus sessions”) and Conclusion.

Mediation usually commences upon a request of one party to solicit the participation of other parties to the dispute. Upon receiving the request of mediation, the prospective mediator shall declare that there is no conflict of interest exists between him or herself and parties of the dispute. Application of the conflict of interest restriction is quite sensitive issue and therefore there are lots of open doors for abuse. Mediator should not have an interest in the substance or outcome of the dispute and also any relationship with the parties of the dispute at stake. Through the course of negotiation process, mediator should serve as a facilitator not as a supporter of any party. Owing to that mediator shall remain impartial and keep his or her distance between the parties of the dispute. If no conflict of interest exists, the mediator will contact all relevant parties in order to explain the mediation process and secure participation of the parties.

The appointment of the mediator can be critical to the success of the mediation. If there is a mediation clause in the contract this will often

---

<sup>18</sup> Strong, Washington University Journal law & Policy (2014), p.28, see also Peter Rutledge, Convergence and Divergence in International Dispute Resolution, J. Disp. Resol. (2012), see also Runesson & Guy, p.41.



provide the method for appointment. Most mediators of commercial disputes are lawyers but legal training is not a necessary qualification and other professionals, such as engineers or architects, often act as mediator. They can be appointed via mediation services providers (who often have panels of accredited mediators) or parties can elect to agree on a mediator<sup>19</sup>. At this point the Turkish legislator departed from the flexibility regarding the qualifications necessary for acting as a mediator. Turkish law requires mediators to be registered as such with the relevant central registry. Only Turkish citizens, who are graduates of law faculty with at least five years' experience, have full capacity and have no criminal convictions may be registered (Turkish Mediation Act Art. 20). The standard mediation training and written and oral examinations conducted by the Ministry of Justice are compulsory.

For disputes arising out of international business transactions the parties may want to choose a mediator with international experience and cultural sensitivity. By selecting an experienced international mediator who both respects and understands cultural differences, the parties may minimize their concerns and frustrations of not being understood or being misunderstood throughout the mediation process.

After receiving consent of relevant parties to proceed with mediation, the mediator will send an agreement to mediate which is a formal document and demonstrates the expectations of the parties and mediator<sup>20</sup>. The agreement is normally in a contractual form and contains, among other things, guarantees regarding the confidentiality of the process, the finality of any agreement reached, and the authority to settle<sup>21</sup>. The parties usually sign such agreement in the first mediation meeting. The mediator will confirm that all parties participating agree to do so with full authority to settle the case.

Normally the mediation process initiates with a brief, to the point and informal mediator's opening statement. Opening statement includes

---

<sup>19</sup> Cavenagh & Ponte, p. 107.

<sup>20</sup> Bruhn & Rebach, p.207.

<sup>21</sup> Cavenagh & Ponte, p. 99.

details as to the mediation process and roles of both parties and the mediator. Following the mediator's opening statement, the party opening statements will be delivered to the mediator. Party opening statements involves a summary of the facts, issues and desired outcome.

Party opening statement affords an opportunity to the mediator to examine parties' position in order to proceed in a productive manner. Subsequently, the mediation process will continue with facilitated negotiation. Through facilitated negotiation period, the mediator will attempt to facilitate incremental compromise from both parties toward settlement. This is accomplished most significantly by helping the parties to expand the sources by identifying assets not previously described by the parties, by redefining or reconfiguring certain assets, or by looking for noneconomic assets that may be of some value to the parties<sup>22</sup>.

The mediator is entitled to conduct private meetings with each party together with the mediation meetings. These private meetings is termed as *caucus* and allow parties to address issues which are not appropriate to discuss or disclose in open sessions, such as strengths and weaknesses of particular aspects of the case. Caucus meetings are strictly confidential and thus parties of a dispute at stake are feeling significantly freer to disclose confidential information as to their case and claims.

Parties are entitled to walk away from mediation whenever they deem such process as insufficient. Nonetheless, if parties find common way to settle the dispute at stake, the mediator will assist parties with regard to the closure. At this stage, the mediator has two roles to play in the closure scene. First, the mediator will assist parties to reach a point of final, formal acceptance of the settlement. Furthermore, the mediator is under obligation to remind the parties of the finality of any agreement reached via mediation process. Second, the mediator will also assist the parties while drafting the agreement because most successful mediation meetings result with an agreement that is final, permanent and immediate. This type of resolution is desirable because it is usually viewed as a "win-win" solution.

---

<sup>22</sup> Cavenagh & Ponte, p. 99.

Parties may design their own rules to govern the mediation (also called “ad hoc” rules) or choose from several institutional rules. For international conventions and organizations, three primary institutions provide mediation rules: The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), the International Centre for the Settlement of International Disputes (ICSID), and the International Chamber of Commerce (ICC). One of the most popular choices for international commercial disputes are the ICC Rules of Conciliation and Arbitration (ICC Rules). Unlike the UNCITRAL Rules, the ICC Rules are somewhat inflexible because they prohibit the parties from altering or deleting any rule once the process is implemented. In addition, the ICC Rules are less detailed than the UNCITRAL Rules; however, they do not restrict the mediator beyond the minimum necessary to ensure a fair process. The ICC is widely recognized as a reputable institution to support the mediation process, whereas UNCITRAL has no governing or administrative body to assist in the mediation process.

### **III. Promotion of Mediation**

In the light of aforesaid explanations, currently, mediation is deemed as an important dispute resolution mechanism for the vast majority of disputants due to its non-adversarial, flexible and efficient nature. However, businesses do not use mediation more frequently to resolve private trans-border commercial disputes. The number of mediations in private trans-border disputes is low compared to the number of arbitrations. The deserved popularity of international commercial arbitration no doubt owes much to its flexibility, confidentiality, ability to nominate law and fact-finding procedures, and the near universal availability of foreign enforcement through the New York Convention<sup>23</sup>. With 156 signatories, including all major trading nations, the Convention plays a vital role in the predictability of international business. International commercial arbitration has undoubtedly benefited from the extensive system of international treaties designed to promote international commercial

---

<sup>23</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html).

arbitration. International commercial mediation, on the other hand, has primarily existed as a form of “soft law”<sup>24</sup>.

There are several ways that can be discussed how mediation can be promoted among business people. One way is to introduce a mandatory mediation requirement by law so that the parties have to mediate before litigating a case. Another suggestion is to establish this obligation by the agreement of the parties rather than by law. Lastly, the enforceability of the outcome of a mediation process shall be considered in order to promote the use of mediation in international business transactions.

### **A. An Obligation on Litigants to Mediate**

There are still considerable discussions as to whether mediation should be mandatory applied to all or some disputes prior to applying most desirable ADR method. In most jurisdictions, the choice to engage in mediation remains entirely that of the parties – on the whole, courts do not have the power to force parties to enter into settlement negotiations. Some argue that the success of mediation relies on the willingness of parties to compromise their positions, so it would run contrary to the spirit of the process for unwilling disputants to be forced to enter into such discussions. Others disagree, and some studies indicate the settlement rate of enforced mediation is comparable to that of purely voluntary mediation<sup>25</sup>.

It may be suggested that obligatory mediation may be beneficial for some disputes with respect to family and simple commercial disputes because usage of such method shall decrease docket numbers in courts and also provide considerable efficiency (with respect to time and cost) to disputants. However, it is vital to bear in mind that unsuccessful mediation process may cause delay in process and waste of economic resources.

---

<sup>24</sup> Stelle, p. 1394.

<sup>25</sup> Tamara Relis, *Perceptions in Litigation and Mediation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 65-89.

## B. Providing for Mediation in the Dispute Resolution Clause

Mediation can be used successfully together with arbitration or litigation - where parties agree to seek to resolve a dispute by mediation first and only proceed to arbitration or litigation if the mediation fails to produce a settlement. In other words, parties establish an obligation to mediate before commencing arbitration or court proceedings. These obligations are referred to as escalation clauses or multi-tier clauses<sup>26</sup>.

When drafting a contract it is possible to build mediation into the contractual dispute resolution process. This not only ensures that mediation is automatically considered once a dispute arises but means that parties do not lose face by suggesting mediation; it is simply the operation of the contract. The parties entering into an agreement that includes an obligation to mediate may have a strong interest in being able to resolve their disputes without having to resort to arbitration or litigation. It is clear that the time, expenses and reputational burdens associated with arbitration far exceed the costs of mediation. Consequently, the parties should be mindful about the inclusion of mediation clause in the agreement. However, one should also keep in mind that the timing as the beginning of the dispute may be too early for the parties to realistically agree a compromise.

Building on the effectiveness of the process, commercial contracts now often include an obligation on parties to attempt to solve any disputes by mediation before launching arbitration proceedings (so called medarb clauses). For example, parties can draft their dispute resolution clause as following: *In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties shall first refer the dispute to proceedings under the ICC Mediation Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within [45] days following the filing of a Request for Mediation or within such other period as the parties may agree in writing, such*

<sup>26</sup> Uria Menendez, Multi-Step Dispute Resolution Clauses, *Liber amicorum*. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor). Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010 y en Mondaq, p. 1.

*dispute shall thereafter be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules of Arbitration.*

If the contractual provision to mediate simply expresses an intention or desire to reach a voluntary settlement before instituting arbitration or litigation proceedings, then it is unenforceable as an agreement to agree. However, provided the clause is sufficiently clear as to what the parties have to do, for example, by naming a specific ADR procedure, it will be held to be sufficiently certain and thus enforceable. If enforceable, the courts may order any proceedings to be stayed pending mediation. If the dispute is to be arbitrated it may well be that an arbitrator will not have jurisdiction to determine the dispute until the mediation process has been gone through. Where there is a breach of a mediation clause, as well as a stay of proceedings, parties may be entitled to specific performance and/or damages.

### **C. Enforcement of Settlement Agreements**

Parties considering mediation for international disputes consider their enforcement options as well. Businesses may be more likely to choose international commercial mediation over international commercial arbitration and litigation if mediation agreements and settlement agreements were as easily enforceable as arbitration agreements and arbitral awards<sup>27</sup>. A settlement agreement entered into during mediation governs the contractual relationship between the parties and is therefore enforced as a contract. In some jurisdictions like Turkey, a settlement agreement approved by the court will be deemed a court judgement and may be enforced accordingly (Turkish Mediation Act Art. 18).

Many people believe that the key benefit of international commercial arbitration relates to the easy enforceability of arbitral awards<sup>28</sup>. Over the last fifty years, the international legal community has established a highly effective system of treaties and other mechanisms that promote

<sup>27</sup> Steele, p. 1387.

<sup>28</sup> Gary Born, International Commercial Arbitration 2009, p.76-78.

the recognition and enforcement of foreign arbitral awards. As a result, arbitral awards are far easier to enforce internationally than court judgments, since there is no similar network of treaties relating to the enforcement of foreign judgments.

International commercial arbitration is therefore distinguishable from both international litigation and international mediation with respect to enforceability issues. Furthermore, the experience of international commercial arbitration suggests that mediation may be more attractive to parties if international mediation and settlement agreements are as easily enforceable as international arbitration agreements and awards.

Therefore, it may be necessary to adopt an international enforcement regime similar to that which applies in international arbitration to support the use of mediation in cross-border commercial disputes. In order to promote mediation, efforts by the United Nations Commission on International Trade Law are currently taking place to find a solution. In July 2015, UNCITRAL approved giving Working Group II a mandate to work on the topic of enforcement of settlement agreements resulting from international commercial conciliation. Working Group II has a mandate to prepare a convention on the enforceability of international commercial settlement agreements resulting from mediation. This is the core of the aforementioned Proposal and is supported by the international community including the International Mediation Institute. The idea of the Proposal is based on the successful role played by the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (“NY Convention”) in the development, promotion and use of international arbitration worldwide. Questions logically arise as to what elements should be included in an international convention on international commercial mediation. Experience in the arbitral realm suggests that simplicity is key<sup>29</sup>. Therefore, drafters of any proposed treaty on international commercial mediation should likely limit themselves to two basic elements that are also reflected in the key conventions on international commercial arbitration: enforcement of

<sup>29</sup> Born, p.95-96.

the agreement to engage in a particular type of dispute resolution process and enforcement of the end product of the dispute resolution process<sup>30</sup>.

#### **IV. Conclusion**

When striking deals and drafting contracts, little importance is typically given to the dispute resolution method which form part of the boilerplate clauses at the end of the contract. It is important, however, that this clause receives as much attention as the substantive provisions of the contract. Failure by parties to agree or to include a suitable dispute resolution clause may lead to lengthy and potentially expensive disputes over the dispute resolution procedures to be applied to a given contract. Regardless of their choice of rules, the parties should always specifically indicate their preference for dispute resolution in their contracts before any dispute arises. Otherwise, it may be more difficult for the parties to reach an agreement after a dispute has arisen.

In the area of international dispute resolution, voluntary forms of settlement are often more appropriate than adjudicative approaches in order to maintain lasting international relationships. Unlike adjudicative methods, mediation allows the parties to have complete control over the process and direct contact between the parties. It also affords the parties an opportunity for optimal creativity in their solutions. Mediation allows the parties to keep control of a dispute and to aim at a commercial solution rather than legal remedies. It can turn a dispute from a business threat into a business opportunity. Therefore, mediation is a first option – arbitration and litigation are alternatives.

---

<sup>30</sup> Born, p.95-96.



## Bibliography

- Brette Steele, *Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention*, 54 *UCLA Law Review* 1385 (2007).
- Carrie Menkel Meadow, *Mediation, arbitration, and alternative dispute resolution (ADR)*, *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, Elsevier Ltd (2015).
- Eric M Runesson & Marie-Laurence Guy, *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes* (Global Corporate Governance Forum 2007).
- Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2009).
- Ivan Bernier & Nathalie Latulippe, *Conciliation as a Dispute Resolution Method in the Cultural Sector*, *The International Convention on The Protection and Promotion of The Diversity of Cultural Expressions*.
- John G Bruhn & Howard M Rebach, *Handbook of Clinical Sociology* (Springer Science & Business Media. 2012).
- Mary F. Radford, *Advantages and Disadvantages of Mediation in Probate, Trust, and Guardianship Matters*, 1 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* (2012).
- Michael L. Moffitt & Andrea Kupfer Schneider, *Dispute Resolution: Examples & Explanations* (New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2nd Edition. 2011).
- Peter Rutledge, *Convergence and Divergence in International Dispute Resolution*, *J. Disp. Resol.* (2012).
- Robert E Wells Jr, *Alternative Dispute Resolution-What Is It-Where Is It Now*, 28 *Southern Illinois University Law Journal* (2003).
- S. I. Strong, *Beyond International Commercial Arbitration: The Promise of International Commercial Mediation*, 45 *Washington University Journal Law & Policy* (2014).
- Tamara Relis, *Perceptions in Litigation and Mediation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), p. 65-89.

- Thomas D. Cavenagh & Lucille M. Ponte, *Alternative Dispute Resolution in Business* (Ohio : West Educational Publications. 1999).
- Uria Menendez, *Multi-Step Dispute Resolution Clauses*, Liber amicorum. Bernardo Cremades David Arias (Editor), Miguel Ángel Fernández-Ballesteros (Editor). Las Rozas (Madrid): La Ley, 2010 y en Mondaq (available at <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=117062>).
- W. Michael Reisman, *International Commercial Arbitration : Cases, Materials, and Notes On The Resolution of International Business Disputes* (Westbury, N.Y. : Foundation Press, 1997. 1997).
- Yona Shamir & Ran Kutner, *Alternative Dispute Resolution Approaches and Their Application* (Unesco. 2003).