

JEU

RVG

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 1996/97

Z

7 8 2 6

J 12

7826

Unternehmen der  Finanzgruppe



**UNTER VORWÄRTSKOMMEN
VERSTEHEN WIR WAS ANDERES.**

● Der „Erfolgsplan für junge Leute“:

Individueller Vermögensaufbau, Konto, Karten und Kredite. Fragen Sie uns einfach direkt. Wir beraten Sie gern.

wenn's um Geld geht
**Sparkasse
Osnabrück** 

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG

OSNABRÜCK

Jahresheft 1996/97



Jahresheft
der
Internationalen Juristenvereinigung
Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
Heger-Tor-Wall 12, D-49074 Osnabrück
Telefon 0541/969-4471 - Telefax 0541/969-4466

Schriftleitung:
Petra Haselier, Dirk Stagge

Zitierweise: IJVO 6 (1996/97), S. ...

Erscheinungsart: Jährlich. *Bandpreis:* Für Mitglieder DM 10,-; für Nichtmitglieder DM 15,- zuzüglich Versandkosten. *Vertrieb:* Buchhandlung Jonscher (Osnabrück) sowie über die Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 1997 Internationale Juristenvereinigung Osnabrück. Das Jahresheft und alle in ihm enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung mit elektronischen Systemen.

Druck: Lit Verlag Hamburg/Münster

Vorwort

Dieses sechste Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) berichtet über die Aktivitäten der IJVO im Jahre 1996. Es umfaßt die Vorträge von Herrn Dr. *Martin Franzen*, Herrn Prof. Dr. *Carel Stolker* und Herrn Prof. Dr. *Anton K. Schmyder*. Den schon traditionellen Abschluß bildet Herrn Prof. Dr. *Christian v. Bars* Bericht über die aktuelle Tätigkeit des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück.

Unter den Veranstaltungen des Jahres 1996 ragt der Vortrag von Herrn Dr. *Franzen* heraus. Mit ihm ist es ausnahmsweise geglückt, das richtige Thema zur richtigen Zeit mit dem richtigen Referenten zu präsentieren. Dieses Glück haben wir nicht zu oft. Die Resonanz auch außerhalb der engeren Osnabrücker Universitätskreise war ausgesprochen erfreulich. Im übrigen setzte der Vortrag von Herrn Prof. Dr. *Stolker* eine nun schon mehrere Jahre währende Tradition fort, mindestens eine Veranstaltung mit Bezug zu den Niederlanden anzubieten. Die projektierte und angebotene Fahrt nach Leiden fand - wie ihr angedachter Vorgänger, das Südtirol-Projekt aus dem Jahre 1995 - leider nicht statt, weil sich nicht genug Interessenten fanden. Auch 1996 fehlte wieder der kleinere Rahmen der informellen Veranstaltungen.

Unser herzlicher Dank gilt dem Redaktionskomitee, ohne dessen aufopferungsvolle Arbeit dieses Jahresheft nicht erschienen wäre. In diesem Jahr hatte sich freundlicherweise *Petra Haselier*, assistiert von *Dirk Stagge*, bereit gefunden. Dieses Jahresheft wäre nicht erschienen ohne die großzügige Unterstützung durch die Sparkasse Osnabrück und den Lit-Verlag, denen dafür auch an dieser Stelle herzlich gedankt sei. Zu danken ist darüber hinaus allen Mitgliedern, die durch ihr Engagement, ihre Unterstützung und ihre Anregungen unsere Vereinigung bereichert haben, z.B. *Guido Plafmeier* und *Jeroen Antonides* für das Einrichten der IJVO-Homepage (<<http://www.jura.uni-osnabrueck.de/ijvo/ijvo.html>>).

Osnabrück, im Juli 1997

für das Präsidium 1996/97
Dr. Peter Mankowski

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	III
--------------	-----

Vorträge und Veranstaltungen

Franzen, Martin

"Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort"? - Die Entsendung von Arbeitnehmern aus EU-Staaten nach Deutschland	1
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Stolker, C.J.J.M.

Drafting the New Civil Code for Albania.....	29
----------------------------------------------	----

Schwyder, Anton K.

Revision des schweizerischen Haftpflichtrechts - Realität oder Wunsch?.....	48
-----------------------------------------------------------------------------	----

Miszellen

v. Bar, Christian

Nachrichten aus dem Institut	57
------------------------------------	----

"Gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort"? - Die Entsendung von Arbeitnehmern aus EU-Staaten nach Deutschland*

von Martin Franzen**

I. Einführung

Der vorübergehende Einsatz ausländischer Arbeitnehmer aus EU-Staaten mit niedrigem Lohnniveau in Hochlohnländern wie Deutschland im Rahmen von Dienstleistungen ausländischer Unternehmen wirft komplexe ökonomische und rechtliche Fragen auf. Während die einen die damit verbundene Ausnutzung von Arbeitskostenvorteilen als unerwünschtes "Lohndumping"¹ brandmarken und staatliche Regulierungen fordern, halten andere die Statuierung solcher Schutzmechanismen für einen ordnungspolitischen Sündenfall². Die Thematik ist im Grunde nicht neu, geht es doch um die Reaktion von Unternehmen auf veränderte Wettbewerbsbedingungen, und unter dem Schlagwort der "run away industries" bereits seit langem geläufig. Neu dagegen ist die spezifische Ausgestaltung des Phänomens: es werden nicht Produktionen in Länder mit niedrigem Lohnniveau verlagert; vielmehr nutzen Unternehmen aus Staaten mit geringeren Arbeitskosten die Anbieterfreiheit im Binnenmarkt zur Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen. Die ausländischen Arbeitskräfte kommen zu diesem Zweck vorübergehend an den Produktionsort im Hochlohnland und werden zu Arbeitsbedingungen des Niedriglohnlandes beschäftigt³.

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 22. 1. 1996 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück gehalten hat. Das Manuskript wurde am 26. 1. 1996 abgeschlossen.

** Dr. iur., Wiss. Mitarbeiter, Freie Universität Berlin.

1 Etwa *Hofmann*, Bundesarbeitsblatt 4/1995, 14. Dumping im Rechtssinne liegt allerdings nur vor, wenn ein Unternehmen den Preis seiner Dienstleistung niedriger festsetzt als es dem Normalwert in seinem Heimatland entspricht, vgl. für Art. 91, 113 EGV etwa *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Weniger*, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl. 1991, Art. 91 Rdn. 3; *Geiger*, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1995, Art. 113 Rdn. 31. Darum geht es bei den vorliegenden Fallgestaltungen jedoch nicht, so auch *Däubler*, EuZW 1993, 370; *Steinmeyer*, DVBl. 1995, 962, 966. Deshalb sollte in der Diskussion auf die polemische Benutzung solcher Unwerturteile verzichtet werden. *Hanau*, FS Everling, 1995, S. 415 spricht zurückhaltender von "Lohnunterbietung".

2 *Schlecht*, FAZ v. 28.6.1995, S. 15; *Hank*, Ein Tarifkartell in Europa, FAZ v. 16.1.1995, S. 13.

3 Arbeitslaubnisrechtliches Instrumentarium - die Erteilung der Arbeitslaubnis unter der Voraussetzung, daß ausländische Arbeitnehmer gleichen Arbeitsbedingungen wie deutsche

Die beiden augenfälligen Branchen, in denen derzeit in nennenswertem Umfang solche gespaltenen Arbeitsmärkte zu entstehen scheinen, sind die Bauwirtschaft - darum wird es im folgenden in erster Linie gehen - und die Seeschifffahrt. Bei der Bauwirtschaft fallen Produktions- und Nachfrageort notwendigerweise zusammen, so daß sich dort die Frage der Produktionsverlagerung in Länder mit geringeren Arbeitskosten in der Vergangenheit - anders als bei zahlreichen anderen Branchen - nicht stellte. Dagegen befindet sich die deutsche Seeschifffahrt in einer völlig anderen Situation, welche durch die Internationalität dieses Marktes gekennzeichnet ist: "Produktionsverlagerung" bedeutet in diesem Kontext Ausflagung. Die deutsche Seeschifffahrt erlebte seit dem Ende der 60er Jahre einen Trend zur Ausflagung deutscher Handelsschiffe⁴. Mit der Einführung eines Zweitregisters für im internationalen Verkehr eingesetzte Seeschiffe versuchte der Gesetzgeber diesen Trend aufzuhalten, indem die Möglichkeit geschaffen wurde, daß trotz deutscher Flagge partiell ausländisches Recht und damit auch ausländisches Lohnniveau für ausländische Matrosen zur Anwendung gelangt. Ungleicher Lohn für gleiche Arbeit sogar beim selben Arbeitgeber auf dem selben Schiff⁵ hat der Gesetzgeber für die Seeschifffahrt intendiert; das Bundesverfassungsgericht hat dies im wesentlichen gebilligt⁶.

Im folgenden sollen die aktuellen, die Entsendeproblematik betreffenden gesetzgeberischen Vorhaben kurz vorgestellt (unten III) und ihre rechtliche Zulässigkeit untersucht werden (unten IV und V). Zunächst ist aber auf den derzeitigen Rechtszustand einzugehen, um den Regelungsbedarf zu beleuchten. Dabei spielen kollisions- und materielle rechtliche Gesichtspunkte eine Rolle.

II. Derzeitiger Rechtszustand

1. Kollisionsrecht

a) Vertragsstatut

Die auf Arbeitsverhältnisse anzuwendende Rechtsordnung bestimmt sich nach der international-privatrechtlichen Vorschrift des Art. 30 EGBGB, welcher auf Art. 6 des Römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980 (im folgenden: EVÜ)⁷ zurückgeht⁸. Danach gilt folgendes: Durch an

unterliegen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 Arbeitserlaubnisverordnung oder vergleichbare Vorschriften in den Werkvertragsabkommen mit osteuropäischen Staaten) - greift im Rahmen der EU nicht ein.

4 Die Handelsschiffstonnage unter deutscher Flagge ist von 1977 bis 1987 von 9,3 auf 3,8 Millionen Bruttoregister-tonnen geschrumpft, vgl. die Begründung des Gesetzes zur Einführung eines Seeschiffregisters für deutsche Handelsschiffe im internationalen Verkehr, BT-Drs. 11/2161, S. 4. Zu den Gründen für die Ausflagung siehe *Werbke*, TransportR 1995, 405 ff.

5 Vgl. etwa BAG vom 3.5.1995 - 5 AZR 15/94 - EzA Art. 30 EGBGB Nr. 3 mit Anm. *Franzen*.

6 Siehe die "Zweitregisterentscheidung" des BVerfG vom 10.1.1995 - AP Nr. 76 zu Art. 9 GG.

7 BGBl. 1986 II, S. 810.

sich zulässige Rechtswahl können sich die Arbeitsvertragsparteien nicht den günstigeren zwingenden Bestimmungen des objektiven Vertragsstatuts entziehen (Art. 30 Abs. 1 EGBGB). Objektiv - ohne Rechtswahl - wird das Arbeitsverhältnis von der Rechtsordnung des Staates beherrscht, in welchem der Ort der gewöhnlichen Arbeitsleistung liegt oder - falls es an einem gewöhnlichen Arbeitsort in einem Staat fehlt - in welchem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Ergänzt wird diese Anknüpfungsleiter durch eine Ausnahmebestimmung, die eingreift, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände eine engere Verbindung zu einem anderen Staat ergibt. Werden also Arbeitnehmer von vornherein für ständig wechselnde Einsatzorte in verschiedenen Staaten eingestellt, ist die einstellende Niederlassung maßgebend, anderenfalls der gewöhnliche Arbeitsort. Dieser bleibt als Anknüpfungspunkt auch erhalten, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend in einen anderen Staat entsandt wird (Art. 30 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB); dadurch wird ein unwillkommener, aber ansonsten zwangsläufiger Statutenwechsel vermieden.

Ob in vorliegenden Fallgestaltungen deutsches oder ausländisches Vertragsstatut berufen ist, hängt also in erster Linie von den Voraussetzungen ab, unter denen eine vorübergehende Entsendung angenommen werden kann. Auseinandergehalten werden muß die zeitliche (Tatbestandsmerkmal "vorübergehend") und die räumliche Dimension (Tatbestandsmerkmal "Entsendung"): Eine Entsendung liegt bereits sprachlich nicht vor, wenn der Arbeitnehmer von vornherein ausschließlich im Ausland beschäftigt werden soll; Vorbeschäftigung im Inland und Rückkehrabsicht ins Inland sind also konstitutiv⁹. Hinsichtlich des zeitlichen Rahmens (Tatbestandsmerkmal vorübergehend) besteht weitgehende Übereinstimmung, daß feste zeitliche Schranken nicht statuiert werden können¹⁰ - dies schon deshalb, weil eine Entsendung auch aufgabenbezogen bestimmt und die Dauer der Aufgabenerfüllung ungewiß sein kann. Die Diskussion dreht sich also eher um die Frage, ob das Gegenteil einer "vorübergehenden" Entsendung die "länger dauernde"¹¹ oder die "endgültige"¹² ist. Vom Zweck der Vorschrift her gesehen, einen Statutenwechsel für begrenzte Auslandseinsätze zu vermeiden, dürfte dem Gegensatzbegriff "länger dauernd" der Vorzug gegeben werden. Bei einem zeitlich oder gegenständlich von

8 Art. 36 EGBGB schreibt vor, daß die Kollisionsnormen über vertragliche Schuldverhältnisse einheitlich ausgelegt werden sollen; das EVÜ ist daher bei Auslegungsfragen des schuldvertraglichen innerstaatlichen Kollisionsrechts immer heranzuziehen, vgl. *Martiny*, ZEuP 1995, 67, 71.

9 BAG AP Nr. 17 zu IPR-Arbeitsrecht mit Anm. *Beitzke*; BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwöG mit Anm. *Gamillscheg*; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern, 1992, S. 182; *Lyon-Caen*, RMC 1991, 108, 110; anders im Europäischen Sozialrecht, vgl. *Steinmeyer*, Nomos-Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, I.14 Rdn. 6 f.

10 *Behr*, IPRax 1989, 319, 322; *Birk*, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 1992, § 19 Rdz.39; *Däubler*, RIW 1987, 249, 251; *Junker*, aaO (Fn 9), S. 183; *E. Lorenz*, RdA 1989, 220, 223; MünchKomm/Martiny, Art. 30 EGBGB Rdn. 36.

11 Dafür *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 333; *Sack*, FS Steindorff, 1990, S. 1333, 1341.

12 Dafür *Birk*, aaO (Fn 10), § 19 Rdz.37; *Junker*, aaO (Fn 9), S. 183; *Palandt/Heldrich*, BGB, 55. Aufl. 1996, Art. 30 EGBGB Rdn. 7.

vornherein eindeutig beschränkten Auslandsaufenthalt kann die "vorübergehende" Entsendung nach ihrer Dauer bestimmt werden. Hierbei wird die Annahme einer Obergrenze von etwa zwei Jahren zu sachgerechten Ergebnissen führen, da die meisten Auslandsprojekte in dieser Zeit abgeschlossen sein werden. Falls dagegen für die Arbeitsvertragsparteien der Zeitraum des Auslandseinsatzes nicht im voraus bestimmbar ist, fehlt es an einem "vorübergehenden" Charakter von vornherein¹³. Bei diesen Vorgaben wird deutsches Arbeitsrecht auf Baukolonnen aus Portugal oder Irland etwa dann Anwendung finden, wenn die Bauarbeiter im Heimatstaat ausschließlich zur Arbeitsleistung in Deutschland angeworben wurden¹⁴.

b) Sonderanknüpfungen

aa) Staatliche Normen

Das Arbeitsvertragsstatut erfährt Durchbrechungen in mehrerlei Hinsicht. Zum einen ist für Erfüllungsmodalitäten das Recht des Staates zu berücksichtigen, in welchem erfüllt wird (Art. 32 Abs. 2 EGBGB, Art. 10 Abs. 2 EVÜ). Für das Gebiet des Arbeitsrechts werden darunter vor allem Feiertagsregelungen, Arbeitszeit und sonstige Umstände der Arbeiterbringung wie Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitssicherheit gefaßt¹⁵.

Außerdem greift Art. 34 EGBGB (Art. 7 Abs. 2 EVÜ) ein und beruft Bestimmungen des deutschen Rechts, welche ohne Rücksicht auf das auf den Vertrag anzuwendende Recht den Sachverhalt zwingend regeln. Im Arbeitsrecht ist noch nicht abschließend geklärt, welche inländischen Vorschriften als international zwingend zu betrachten sind¹⁶. Allgemein konsentiertere Kriterien, die für die Qualifizierung als Eingriffsnormen (lois d'application immédiate) sprechen, sind noch nicht entwickelt¹⁷. Das BAG unterscheidet in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur zwischen solchen Vorschriften, die nur den Interessenausgleich zwischen Privaten regeln, und Bestimmungen, welche überindividuelle, außerhalb des Schuldverhältnisses liegende wirtschafts- und sozialpolitische Ordnungsvorstellungen verwirklichen - nur letztere seien einer Sonderanknüpfung über Art.

- 13 Siehe auch *Heilmann*, Das Arbeitsvertragsstatut, 1991, S. 143 ff.; *Oberklus*, Die rechtlichen Beziehungen des zu einem Tochterunternehmens im Ausland entsandten Mitarbeiters zum Stammunternehmen, 1991, S. 57 ff.
- 14 *Hanau*, FS Everling, 1995, S. 415, 426; *Hohloch*, FS Heiermann, 1995, S. 143, 151. Für das Sozialversicherungsrecht gilt im Rahmen der EG Art. 14 VO (EWG) Nr. 1408/71: Danach bleibt ein entsandter Arbeitnehmer für die Dauer von 12 Monaten in das Sozialversicherungssystem des Entsendestaats eingebunden. Für Drittstaaten sind häufig bilaterale Sozialversicherungsabkommen maßgeblich, die bei entsandten Arbeitskräften eine Höchstsfrist für die Entsendung von 6 bis 24 Monaten vorsehen, vgl. *Steinmeyer*, DVBl. 1995, 962, 966; im übrigen gilt § 5 SGB IV, dazu näher *Steinmeyer*, Die Einstrahlung im internationalen Sozialversicherungsrecht, 1981, S. 41 ff.
- 15 *Junker*, aaO (Fn 9), S. 197 f.; siehe auch *Franzen*, AR-Blattei SD 920, Internationales Arbeitsrecht, Rdn. 132 f. m. w. N.
- 16 Siehe *Gamillscheg*, ZfA 1983, 307, 345; *Junker*, IPRax 1989, 69.
- 17 *Martiny*, ZEuP 1995, 67, 84.

34 EGBGB zugänglich¹⁸. Teilweise wird dieser Ansatz dahingehend modifiziert, daß eine einseitige Sonderanknüpfung nur bei Normen in Betracht kommt, die nicht über die allseitige Kollisionsnorm des Art. 30 EGBGB berufen werden¹⁹. *Junker* hat zwei allgemeine Feststellungen für den Eingriffscharakter arbeitsrechtlicher Normen im Sinne von Art. 34 EGBGB herausgearbeitet: Sei die betreffende Norm arbeitsrechtlich halbzwingend, erlaube sie also Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers, spreche eine Vermutung gegen die Charakterisierung als Eingriffsnorm; wolle eine Norm bei Auslandsarbeit nicht angewendet werden, sei ihre Geltung bei Inlandsarbeit unabhängig vom Vertragsstatut zu vermuten²⁰. Bei diesen Ansatzpunkten können weite Teile des Arbeitsschutzrechts - Schwerbehinderten-, Mutterschutz-, Jugendarbeitsschutzrecht sowie das Arbeitszeit- und Arbeitssicherheitsrecht²¹ - einer Sonderanknüpfung über Art. 34 EGBGB zugeführt werden, da es hier um die Verwirklichung objektiver sozialpolitischer Ordnungsvorstellungen des Staates geht. Allerdings muß immer ermittelt werden, ob die konkrete Norm aus dem jeweiligen Rechtsgebiet die entwickelten Kriterien erfüllt²².

bb) Tarifnormen

Eine Sonderanknüpfung tariflicher Normen über Art. 34 EGBGB lehnt die überwiegende Auffassung in der Literatur mit unterschiedlichen Begründungen ab²³. Legt man die oben eingeführte abstrakte Definition von gesondert anzuknüpfenden Eingriffsnormen zugrunde, sind Tarifnormen nur äußerst selten mit einem derartigen internationalen Eingriffswillen ausgestattet: Tarifnormen - signifikant für das weite Feld der Inhalts-, Abschluß- und Beendigungsnormen - wollen primär widerstreitende Interessen der Arbeitsvertragsparteien ausgleichen, wobei der Interessenkonflikt lediglich auf die kollektive Ebene der Tarifvertragspartner verlagert wird. Anders könnte man allenfalls bei für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen entscheiden²⁴. Nach § 5 Abs. 1 TVG muß ein öffentliches Interesse oder ein sozialer Nötstand bestehen, damit ein Tarifvertrag für

- 18 BAG AP Nr. 30 (unter A II 6) und 31 (unter IV 1) zu IPR-Arbeitsrecht; MünchKomm/Martiny, Art. 34 EGBGB Rdn. 12 m. w. N.; großzügiger möglicherweise BGH vom 23.10.1993 - JZ 1994, 363, 366 mit Anm. *Fischer* für Verbraucherschützende Normen.
- 19 *Mankowski*, IPRax 1994, 88, 94; vgl. auch *Schurig*, RabelsZ 54 (1990), 217 ff.
- 20 *Junker*, aaO (Fn 9), S. 290 f.
- 21 Wenn man dies nicht bereits über Art. 32 EGBGB (Art. 10 Abs. 2 EVÜ) erfassen will. Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften gelten als autonomes Satzungsrecht nur für Mitglieder. Zur Mitgliedschaft verpflichtet sind aber nur Unternehmen mit Sitz im Geltungsbereich der Berufsgenossenschaft. Hierzu aber nunmehr der Entwurf eines Gesetzes zur Einordnung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung in das SGB, BT-Drs. 13/2204 und 13/2333.
- 22 *Junker*, aaO (Fn 9), S. 292.
- 23 *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl. 1993, Rdn. 1698; *Heilmann*, aaO (Fn 13), S. 136; *Hergenröder*, AR-Blattei SD, Internationales Tarifvertragsrecht, 1550.15 Rdn. 76 f.; *Junker*, aaO (Fn 9), S. 430 ff.; a. A. *Stiller*, ZIAS 1991, 194, 217 f.; *Wimmer*, Die Gestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse durch kollektive Normenverträge, 1992, S. 198; *ders.*, IPRax 1995, 207, 213.
- 24 So etwa *Däubler*, aaO (Fn 23), Rdn. 1698; *Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius*, TVG, 2. Aufl. 1989, § 4 Rdn. 65; *Hanau*, FS Everling, 1995, S. 415, 427; differenzierend *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht, 1959, S. 363 zum alten Recht.

allgemeinverbindlich erklärt werden kann; solche Tarifnormen dürften sich damit nicht mehr auf einen Interessenausgleich der am Vertragsverhältnis beteiligten Parteien beschränken, sondern weitergehende Ziele verfolgen. Eine schematische Antwort verbietet sich jedoch genauso wie bei der Frage der Eingriffsnormqualität von staatlich gesetzten Normen.

An dieser Bewertung ändert - entgegen vereinzelt geäußelter Auffassung²⁵ - auch die Zweitregisterentscheidung des BVerfG nichts. In dieser Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt, der Abschluß von Tarifverträgen für alle bei deutschen Gewerkschaften organisierten Mitglieder sei zentraler Bestandteil ihrer Koalitionsfreiheit²⁶. Diese Ausführungen sind erkennbar auf die Fallkonstellation zugeschnitten, in welcher die Anwendungsvoraussetzungen des Tarifvertrags - mitgliederschaftliche Tarifbindung und Geltungsbereich des Tarifvertrags - vorliegen und es lediglich an der Kongruenz von Tarifvertrags- und Arbeitsvertragsstatut fehlt. In solchen Fällen werden Tarifnormen nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung in der Literatur gerade im Hinblick auf den Schutzauftrag aus Art. 9 Abs. 3 GG²⁷ ohnehin angewandt; die Frage nach der Tarifbindung ist unabhängig davon zu beurteilen, ob für die tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse dasselbe Recht berufen ist, welches auch den Tarifvertrag beherrscht²⁸. Demgegenüber hat das BAG in der Baukassenentscheidung noch im Jahr 1977 die Anwendung eines deutschen Tarifvertrags auf ein jugoslawischem Arbeitsrecht unterliegendes und in Deutschland realisiertes Arbeitsverhältnis abgelehnt; mit der Wahl jugoslawischen Rechts würden auch deutsche Tarifverträge "abgewählt"²⁹. Diese Entscheidung dürfte allerdings spätestens mit dem Zweitregistergesetz (§ 21 Abs. 4 FIRG) aus dem Jahr 1989 überholt sein. Der Gesetzgeber und auch das Bundesverfassungsgericht in der Zweitregisterentscheidung haben zu erkennen gegeben, daß deutsche Gewerkschaften nicht gehindert sind, ausländischem Recht unterliegende Arbeitsverhältnisse ihrer Mitglieder durch Tarifverträge zu gestalten³⁰. Dahin tendiert auch die jüngere BAG-Rechtsprechung, ohne allerdings von der Baukassenentscheidung ausdrücklich abzurücken³¹.

2. Materielles Recht

- 25 Wimmer, NZA 1995, 250, 253; ders., IPRax 1995, 207, 213.
 26 BVerfG vom 10.1.1995 - AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (unter B II 1b, aa).
 27 Darauf weist Däubler, aaO (Fn 23), Rdn. 1662 hin.
 28 Vgl. Basedow, BerDGesVölkR 31 (1990), S. 75, 97 f.; Birk, FS Beitzke, 1979, S. 831, 860; Däubler, aaO (Fn 23) Rdn. 1662 ff.; Hergenröder, aaO (Fn 23), Rdn. 66 ff.; ders., Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung, 1987, S. 211; a.A. Junker, aaO (Fn 9), S. 430 ff.
 29 BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau mit Anm. E. Lorenz = SAE 1977, 302 mit Anm. Beitzke; zustimmend Junker, aaO (Fn 9), S. 413 f.; Löwisch/Rieble, Kommentar zum Tarifvertragsgesetz, 1992, Einl. Rdn. 72.
 30 Vgl. BVerfG AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (unter B II 1b, aa); Basedow, BerDGesVölkR 31 (1990), S. 75, 97 f.; Däubler, aaO (Fn 23) Rdn. 1644, 1662 ff.; Hergenröder, aaO (Fn 23), Rdn. 67.
 31 Vgl. etwa BAG vom 11.9.1991 - AR-Blattei ES 340 Nr. 14 mit Anm. Hergenröder (unter II 2b); BAG AP Nr. 3 zu § 117 BetrVG 1972 (unter B IV 1a) mit Anm. Beitzke.

Selbst wenn das internationale Privatrecht im Einzelfall deutsches Arbeitsrecht beruft, müssen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der jeweils anzuwendenden Norm vorliegen. Für die hier besonders interessierenden Tarifnormen bedeutet dies: Tarifbindung und Unterfallen des betreffenden Arbeitsverhältnisses unter den räumlichen, persönlichen und betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags. Daran fehlt es in vorliegenden Fallkonstellationen jedoch zumeist³². Der räumliche Geltungsbereich eines Tarifvertrags wird zumeist geographisch nach politischen Grenzen festgelegt. Als Anknüpfungspunkt gilt in der Regel der Betrieb, da dort das vom Tarifvertrag zu gestaltende Arbeitsverhältnis seinen Schwerpunkt hat³³. Baukolonnen ausländischer Arbeitnehmer bilden keine eigenständige Betriebsstätten; außerdem liegt der Schwerpunkt ihrer Arbeitsverhältnisse gerade nicht im räumlichen Geltungsbereich deutscher Tarifverträge, so daß ihre Arbeitsverhältnisse bereits deshalb nicht diesen Tarifverträgen erfaßt werden.

Allerdings können die Tarifpartner den Geltungsbereich ihrer Verträge abweichend zuschneiden³⁴. So gilt der hier besonders interessierende (allgemeinverbindliche) Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe etwa räumlich für die Bundesrepublik Deutschland (§ 1 Abs. 1 BRTV); er knüpft grundsätzlich an den Sitz der Betriebsstätte an. Für (innerdeutsche) Entsendungsfälle ist jedoch die interlokaltarifrechtliche Vorschrift von § 5 Nr. 6 BRTV maßgeblich: Danach ist bei einer Beschäftigung in einer auswärtigen, d. h. außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs des jeweiligen bezirklichen Lohntarifvertrags liegenden Arbeitsstelle der Lohntarifvertrag der Arbeitsstelle anzuwenden, sofern dieser für den Arbeitnehmer günstiger ist³⁵.

3. Fazit

Für Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitnehmer, die von ihren Arbeitgebern für einen begrenzten Zeitraum nach Deutschland entsandt werden, ist grundsätzlich das Heimat-arbeitsrecht als Vertragsstatut berufen. In Ausnahmefällen kann deutsches Arbeitsrecht anwendbar sein, etwa dann, wenn die ausländischen Arbeitnehmer im Heimatstaat ausschließlich für die Arbeit in Deutschland eingestellt werden. Zwingendes deutsches Arbeitsrecht - etwa der technische und soziale Arbeitsschutz und das Arbeitszeitrecht, nicht aber einfache Tarifverträge - setzen sich gegen das Vertragsstatut im

- 32 Birk, in Köbele/Sahl (Hrsg.), Die Zukunft der Sozialkassensysteme der Bauwirtschaft im europäischen Binnenmarkt, 1993, S. 143, 162; Däubler, DB 1995, 726, 728; Feuerborn, in Scholz (Hrsg.), Deutschland auf dem Weg in die Europäische Union - wieviel Eurozentrismus, wieviel Subsidiarität?, 1994, S. 248, 252; Hanau/Heyer, Die Mitbestimmung, 1993, 16, 19; Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 95; a. A. offenbar Wimmer, IPRax 1995, 207, 214.
 33 Siehe Däubler, aaO (Fn 23), Rdn. 256, 261; Löwisch/Rieble, aaO, (Fn 29), § 4 Rdn. 28; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl. 1977, § 4 Rdn. 62; siehe auch LAG Hamm BB 1970, 753: Sitz des Betriebs maßgebend, wenn Arbeitnehmer nur vorübergehend auf eine außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs liegende Baustelle entsandt wurden.
 34 Vgl. Däubler, aaO (Fn 23) Rdn. 262; Junker, RdA 1992, 265, 267.
 35 Siehe hierzu BAG AP Nr. 169 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau.

Wege der Sonderanknüpfung nach Art. 34 EGBGB durch. Ob inländische für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge diese Arbeitsverhältnisse erfassen, hängt kollisionsrechtlich vom Eingriffsnormcharakter der entsprechenden Regelungen und materiellrechtlich vom Geltungsbereich der Tarifverträge ab. Für die Kostensituation deutscher Bauunternehmen ergeben sich aus dem vorwiegend tariflich geregelten Kernbereich der materiellen Arbeitsbedingungen - vor allem bei Lohn- und Urlaubsansprüchen - erhebliche Unterschiede gegenüber hier ihre Dienste anbietenden Unternehmen aus sog. "Niedriglohnländern".

III. Vorschläge zur Änderung der *lex lata*

1. Der Vorschlag einer EG-Entsenderichtlinie

a) Wesentlicher Inhalt

Die EG-Kommission unterbreitete bereits im Jahre 1991 dem Ministerrat einen Vorschlag für eine Entsenderichtlinie, der dann mehrmals verändert wurde³⁶. Im Kern verpflichtet dieser Richtlinienvorschlag die Mitgliedstaaten, im Fall der grenzüberschreitenden Entsendung von Arbeitnehmern in einen anderen Mitgliedstaat der EU nach Ablauf einer noch nicht bestimmten Schwellenfrist die am Arbeitsort geltenden Arbeitsbedingungen ohne sektorale Begrenzung zwingend anzuwenden, insbesondere Vorschriften über Arbeitszeit, Mindesturlaub, Mindestlohn und sonstige Vergütungen, Arbeitnehmerüberlassung, Gesundheitsschutz und Arbeitsschutz von Schwangeren und Jugendlichen sowie die Gleichbehandlung der Geschlechter. Für die Arbeitnehmer günstigere Arbeitsbedingungen des Heimatarbeitsrecht sollen allerdings unberührt bleiben.

b) Rechtsgrundlage

Der Entwurf der Entsenderichtlinie stützt sich auf Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EGV. Nach Art. 57 Abs. 2 EGV erläßt der Rat, um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeit zu erleichtern, mit qualifizierter Mehrheit³⁷ Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten. Art. 66 EGV erklärt diese auf die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit zugeschnittene Vorschrift auch auf die Dienstleistungsfreiheit für anwendbar. Unter Dienstleistungsverkehr ist die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung in einem anderen Mitgliedstaat von einer festen Niederlassung im Heimat- oder Herkunftsstaat zu verstehen³⁸. Die Entsenderichtlinie regelt allerdings nicht die Aufnahme und Ausübung der Dienstleistung, also inhaltliche

36 Vorschlag der EG-Kommission vom 13.6.1993, Abl. EG C.187/5 vom 9.7.1993; geänderter Vorschlag abgedruckt in RdA 1994, 237 f.

37 Art. 57 Abs. 2 S. 3 i. V. m. Art. 189b EGV.

38 Grabitz/Hilf/Randelzhofer, Kommentar zur Europäischen Union, Loseblatt Stand Mai 1995 Art. 60 Rdn. 26.

Aspekte von Modalitäten der Dienstleistungserbringung in einem anderen Staat, sondern betrifft allein das Innenverhältnis des Dienstleisters zu seinen Arbeitnehmern, die Frage nämlich, welche Arbeitsbedingungen auf entsandte Kräfte anzuwenden sind. Im übrigen würde die Verwirklichung der Richtlinie nicht auf eine Erleichterung der Erbringung grenzüberschreitender Dienste, sondern wegen des Erfordernisses, die Arbeitsbedingungen im Empfangsstaat zu beachten, eher eine Erschwerung der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen mit sich bringen. In der deutschen Literatur wird daher die von der Kommission gewählte Rechtsgrundlage zum Teil abgelehnt³⁹.

Vorzugswürdig erscheint es, die allgemeine Grundlage zur Rechtsangleichung nach Art. 100 EGV⁴⁰ für den Gemeinsamen Markt heranzuziehen⁴¹. Danach wird die Europäische Gemeinschaft zur Angleichung derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ermächtigt, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Zu den Grundelementen des Gemeinsamen Marktes gehören unter anderem die Verwirklichung der vertraglichen Grundfreiheiten sowie ein System unverfälschten Wettbewerbs⁴². Die Frage, ob entsandte Arbeitnehmer zu den Arbeitsbedingungen des Herkunfts- oder Produktionsortes beschäftigt werden sollen, hat entscheidende Auswirkungen auf das System des Wettbewerbs, so daß insoweit für Art. 100 EGV keine Bedenken bestehen würden. Allerdings versucht die Entsenderichtlinie keine Angleichung der materiellen Arbeitsbedingungen, sondern geht von dem Fortbestehen von erheblichen Unterschieden zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten aus. Anzugleichender Tatbestand wäre indes nicht die Arbeitsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer als solche, sondern das durch die Entsenderichtlinie verwirklichte Produktionsortprinzip hinsichtlich der Arbeitsbedingungen: Nach Umsetzung der Richtlinie wären die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten insoweit angeglichen, als in allen Staaten im sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie das Produktionsortprinzip für die anzuwendenden Arbeitsbedingungen gilt. Folgt man diesem Befund hinsichtlich der Rechtsgrundlage, dürften sich allerdings die Chancen zur Verabschiedung der Richtlinie wegen des Einstimmigkeitserfordernisses drastisch minimieren.

Inwieweit die Entsenderichtlinie auf das Abkommen zur Sozialpolitik, an dem sich bekanntlich Großbritannien nicht beteiligt hat, gestützt werden könnte, ist eine offene Frage. Wegen Art. 2 Abs. 6 des Abkommens (keine Kompetenz für Fragen des Arbeitsentgelts) kann dieser Weg für das Arbeitsentgelt nicht beschritten werden. Aber

39 Eichenhofer, ZIAS 1996, Manuskript unter II 2b, aa; Feuerborn, aaO (Fn 32), S. 248, 254; Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 92; Steck, EuZW 1994, 140, 141; zustimmend wohl Däubler, EuZW 1993, 370, 373.

40 Art. 100a EGV kann nicht herangezogen werden, da dessen Abs. 2 die Möglichkeit einer qualifizierten Mehrheit für Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer ausschließt. Darum geht es aber im Kern der Entsenderichtlinie.

41 Dafür Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 92.

42 Grabitz/Hilf/Langeheine, aaO (Fn 38), Art. 100 Rdn. 25.

auch im übrigen könnte gegen die Heranziehung des Abkommens seine primär sozialpolitisch motivierte Schutzrichtung sprechen, während die Entsenderichtlinie in erster Linie vermeintliche Wettbewerbsverzerrungen beseitigen möchte und erst sekundär dem Arbeitnehmerschutz dient⁴³. Dieser derzeit eher theoretischen Frage soll hier nicht weiter nachgegangen werden.

2. Innerstaatliche Regelungsentwürfe

In Deutschland liegen zur Zeit Entwürfe von Bundesregierung, Bundesrat und SPD-Fraktion vor. Alle Entwürfe bezwecken, die Entstehung gespaltener Arbeitsmärkte zu verhindern, die Tarifautonomie zu schützen und die Wettbewerbsbedingungen insbesondere der heimischen Bauwirtschaft zu verbessern⁴⁴. Die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion sind bis auf den branchenmäßigen Anwendungsbereich im wesentlichen identisch und verfolgen die gleiche Regelungstechnik: sie sehen einen zwingenden Anspruch eines von einem Arbeitgeber ohne Sitz in Deutschland entsandten Arbeitnehmers auf die gesetzlichen oder ortsüblichen Arbeitsbedingungen vor, u. a. Arbeitsentgelt einschließlich Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsrecht, Arbeitsschutz- und Arbeitszeitrecht, Gleichbehandlungsgrundsatz und Gleichbehandlung der Geschlechter. Als ortsüblich gelten diejenigen Arbeitsbedingungen, welche in allgemein anwendbaren Tarifverträgen festgelegt sind, oder in Ermangelung solcher Tarifverträge diejenigen Arbeitsbedingungen, die vergleichbaren Arbeitnehmern am Einsatzort für eine vergleichbare Tätigkeit üblicherweise gewährt werden. Der Bundesratsentwurf beschränkt sich dabei auf die derzeit besonders betroffene Baubranche, während die SPD-Fraktion keine Branchenbeschränkung anstrebt. Diese Regelungstechnik weist einen materiell- und kollisionsrechtlichen Aspekt auf. Materiellrechtlich werden die ortsüblichen Arbeitsbedingungen zum zwingenden gesetzlichen Anspruchsinhalt, kollisionsrechtlich soll sich ein derartiger Anspruch auch gegen ein ausländisches Arbeitsvertragsstatut durchsetzen.

Demgegenüber hat der Entwurf der Bundesregierung lediglich kollisionsrechtlichen Gehalt. Er erklärt die Normen von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen für international zwingend im Sinne des internationalen Privatrechts, die ein einheitliches Mindestentgelt für alle im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmer vorschreiben und auch inländische Arbeitgeber erfassen, welche ihren Sitz in einem anderen Tarifgebiet haben und Arbeitnehmer in den räumlichen Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags entsenden. Diese Regelung soll auch für allgemeinverbindliche Tarifverträge über die Dauer des Erholungsurlaubs, Urlaubsentgelt und Urlaubsgeld gelten.

43 Vgl. Erwägungsgrund 6 des Vorschlags der Kommission für eine Entsenderichtlinie, ABl. EG Nr. C 187/5 vom 9.7.1993.

44 Siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 13/2414, S. 7, des Bundesrats BT-Drs. 13/2834, S. 2 und der SPD-Fraktion BT-Drs. 13/2418, S. 7.

Alle Entwürfe erfassen die in der Bauwirtschaft besonders wichtigen gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien - der Regierungsentwurf seiner Regelungstechnik entsprechend allerdings nur allgemeinverbindliche Tarifverträge im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen, die anderen Entwürfe umfassender auch "einfache" Tarifverträge bezüglich aller Arbeitsbedingungen. Dispensmöglichkeiten bestehen jedoch, sofern der ausländische Arbeitgeber verpflichtet ist, an vergleichbare Sozialkassen in seiner Heimat Beiträge zu entrichten. Die Kontrollmöglichkeiten zwischen den Entwürfen von Bundesrat und SPD-Fraktion einerseits und Bundesregierung andererseits differieren stark: Während der Regierungsentwurf die nach Landesrecht zuständigen Behörden in die Pflicht nimmt, betrauen die anderen Entwürfe die Bundesanstalt für Arbeit mit der Durchführung der Kontrolle. Außerdem sehen sie eine bürgerähnliche Haftung des Generalunternehmers vor, der ausländische Subunternehmen beauftragt.

IV. Europa- und völkerrechtliche Fragen

1. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EGV)?

a) Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen festgestellt, daß das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften oder Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne unabhängig davon, in welchem Land der Arbeitgeber ansässig ist, auf alle Personen auszudehnen, die in ihrem Hoheitsgebiet eine auch nur vorübergehende Tätigkeit ausüben; dies gelte auch für die Durchsetzung dieser Regeln mit den geeigneten Mitteln⁴⁵. Bei diesen Aussagen handelt es sich allerdings um obiter dicta. In den entschiedenen Fällen erbrachten Unternehmen aus EG-Mitgliedstaaten in anderen EG-Staaten Dienstleistungen - in allen Fällen handelte es sich um Bauleistungen - mit bei ihnen dauerhaft beschäftigten Arbeitnehmern, die sie vorübergehend im Zielstaat einsetzten - also den klassischen Fall einer Entsendung. Es ging dann um die Frage, ob der jeweilige Aufnahmestaat eine kostenpflichtige Arbeitserlaubnis für Angehörige von Drittstaaten unter den entsandten Arbeitnehmern⁴⁶ oder die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verlangen darf⁴⁷, wenn diese Unternehmen bereits die im Herkunftsland dafür vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt haben. Der EuGH hat jeweils entschieden, daß solche

45 EuGH vom 9.8.1994 - Rs. C-43/93 - Slg. 1994, I-3803, 3826 Rdn. 23 ("Vander Elst/OMI"); EuGH vom 27.3.1990 - Rs. C-113/89 - Slg. 1990, I-1417, 1445 Rdn. 18 ("Rush Portuguesa/Office national d'immigration"); zuerst EuGH vom 3.2.1982 - Rs. 62, 63/81 - Slg. 1982, 223, 236 f. Rdn. 14 ("Seco/EVI").

46 So in den Fällen EuGH vom 9.8.1994 - Rs. C-43/93 - Slg. 1994, I-3803, 3826 Rdn. 23 ("Vander Elst/OMI"); EuGH vom 27.3.1990 - Rs. C-113/89 - Slg. 1990, I-1417, 1445 Rdn. 18 ("Rush Portuguesa/Office national d'immigration").

47 So im Fall EuGH vom 3.2.1982 - Rs. 62, 63/81 - Slg. 1982, 223 ("Seco/EVI").

Anforderungen mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar sind und bei diesen Gelegenheiten das zitierte obiter dictum ausgesprochen.

In jüngerer Zeit nähert der EuGH die Dienstleistungsfreiheit an die zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten Grundsätze an⁴⁸. Diese lauten - auf eine bündige Formel gebracht -, daß Waren, die in einem Mitgliedstaat zulässigerweise in den Verkehr gebracht wurden, in der gesamten Gemeinschaft grundsätzlich zirkulationsfähig sein müssen, beschränkende, unterschiedslos auf in- und ausländische Produkte anwendbare Regelungen im Zielstaat müssen durch zwingende Erfordernisse des Gemeinwohls gerechtfertigt sein (sog. Herkunftsland- bzw. Anerkennungsprinzip)⁴⁹. Vor diesem Hintergrund überrascht die Selbstverständlichkeit, mit welcher der EuGH einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit für die zu behandelnden Fallgestaltungen negiert. Schließlich könnte argumentiert werden, während ein Warenhersteller auf der Grundlage seiner heimischen Arbeitsbedingungen kalkulieren und die Ware zu diesem Preis in der EU vertreiben könne, sei dies dem Dienstleister verwehrt. So mehren sich in jüngerer Zeit die Stimmen derer, die eine Entsenderegelung unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit problematisieren⁵⁰.

Aufschlußreich erscheint ein Blick auf die Genese des zitierten obiter dictum. Es taucht erstmals in der Entscheidung "Seco" auf, einem luxemburgischen sozialrechtlichen Fall aus dem Jahr 1982⁵¹. Nach luxemburgischem Sozialversicherungsrecht sind ausländische Arbeitnehmer, die nur vorübergehend in Luxemburg beschäftigt werden, von der Sozialversicherungspflicht befreit, weil sie keine Leistungen aus der Sozialversicherung beanspruchen können. Demgegenüber mußte der Arbeitgeber den auf ihn entfallenden Beitragsanteil entrichten, was sich als diskriminierende Beschränkung für ausländische Dienstleister erweist, wenn und soweit sie korrespondierende Beiträge bereits in ihrem Heimatland bezahlt haben. Die luxemburgische Sozialversicherungsanstalt argumentierte nun, diese Belastung sei als Ausgleich dafür gerechtfertigt, daß die Einhaltung des in Luxemburg vorgeschriebenen sozialen Mindestlohns für alle dort abhängig Beschäftigten durch die ausländischen Unternehmen nicht hinreichend sichergestellt werden könne⁵². Der EuGH weist diesen Einwand mit der Feststellung zurück, daß das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, ihre Rechtsvorschriften bzw. Tarifverträge der Sozialpartner über die Mindestlöhne auf alle in ihrem Staatsgebiet arbeitenden Personen

48 Vgl. etwa EuGH vom 25.7.1991 - Rs C-76/90 - Slg. 1991, I-4221 (Säger/Dennemeyer); zu dieser Konvergenz der Grundfreiheiten Behrens, EuR 1992, 152, 156; Classen, EWS 1995, 97; Khan, EuZW 1994, 602.

49 Zum Herkunftsprinzip Steindorff, ZHR 150 (1986), 687.

50 So etwa Eichenhofer, ZIAS 1996, Manuskript unter II 1a, cc; Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370; 2373; Koenigs, DB 1995, 1710.

51 EuGH vom 3.2.1982 - Rs. 62, 63/81 - Slg. 1982, 223, 236 f. Rdn. 14 ("Seco/EVI").

52 EuGH vom 3.2.1982 - Rs. 62, 63/81 - Slg. 1982, 223, 236 Rdn. 13 ("Seco/EVI").

auszudehnen und dies auch wirksam zu kontrollieren⁵³. Das zitierte dictum des EuGH entstand also vor dem Hintergrund einer bestimmten nationalen Regelung, welche einen echten sozialpolitisch motivierten Mindestlohn für alle Beschäftigten vorsieht⁵⁴. Bei diesem Kontext dürften gegenüber der verbreiteten Auffassung, der EuGH halte jegliche innerstaatliche Entsenderegelung für gemeinschaftsrechtlich unbedenklich⁵⁵, erhebliche Vorbehalte gemacht werden.

b) Dogmatik der Dienstleistungsfreiheit

aa) Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit

Nationale Bestimmungen, die unterschiedslos für in und EG-ausländische Dienstleistungserbringer gelten, können - vorbehaltlich der Rechtfertigungsmöglichkeit durch im Allgemeininteresse liegende Regelungszwecke - dann eine mit Art. 59 EGV unvereinbare Beschränkung darstellen, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des nicht ansässigen Dienstleiters zu unterbinden oder zu behindern⁵⁶. Die zwingende Anwendung der in Deutschland üblichen Tariflöhne - unabhängig von der Regelungstechnik - nimmt ausländischen Anbietern die Möglichkeit, auf der Grundlage ihrer zumeist niedrigeren Arbeitskosten zu kalkulieren und damit einen wesentlichen Vorteil, den sie im Wettbewerb auf einem fremden Dienstleistungsmarkt gegenüber inländischen Konkurrenten haben. Eine Erschwerung des Marktzugangs und damit eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit liegt demnach vor.

bb) Rechtfertigung durch im Allgemeininteresse liegende Gründe

Der freie Dienstleistungsverkehr darf nur durch nationale Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und die für alle im Hoheitsgebiet des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, tätigen Personen und Unternehmer gelten, und zwar nur insoweit, als dem Allgemeininteresse nicht bereits durch Rechtsvorschriften Rechnung getragen ist, denen der Dienstleistende in dem Staat unterliegt, in dem er ansässig ist⁵⁷. Zu prüfen ist also, welche im Allgemeininteresse liegenden Gründe vorliegende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen können. Aufschlußreich erscheint auch an dieser Stelle, sich die in bezug genommenen Entscheidungen genau zu vergegenwärtigen. Im Fall "Vander Elst" führt der EuGH

53 EuGH vom 3.2.1982 - Rs. 62, 63/81 - Slg. 1982, 223, 236 f. Rdn. 14 ("Seco/EVI").

54 Zum staatlichen Mindestlohn in Luxemburg siehe Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt: Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Vergleich, 1990, S. 116.

55 Vgl. etwa Däubler, DB 1995, 726 ff.; ders., EuZW 1993, 370, 373; Hanau, FS Everling, 1995, S. 415, 418; Hofmann, Bundesarbeitsblatt 4/1995, 14 ff.; Wimmer, IPRax 1995, 207, 210; ders., NZA 1995, 250, 255; a. A. demgegenüber Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2372 ff.; Koenigs, DB 1995, 1710 f.; kritisch auch Eichenhofer, ZIAS 1996, Manuskript III 2c, cc.

56 EuGH vom 25.7.1991 - Rs C-76/90 - Slg. 1991, I-4221, 4243 Rdn. 12 ("Säger/Dennemeyer").

57 St. Rspr. EuGH vom 17.12.1981 - Rs. 279/80 - Slg. 1981, I-3305, 3325 Rdn. 17 ("Webb"); Grabitz/Hilf/Randelzhofer, aaO (Rdn 38), Art. 60 Rdn. 22.

Arbeitnehmerschutz und Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen als Rechtfertigungsgründe an und hält die Bestimmungen des Herkunftsstaats des Dienstleisters (Belgien) für genügend, um diese Schutzzwecke zu erfüllen⁵⁸.

Allen Entwürfen für ein Arbeitnehmerentsendegesetz geht es weniger um den Schutz der entsandten Arbeitnehmer, sondern primär um den Schutz der heimischen Wirtschaft bzw. einiger Branchen vor angeblichen Wettbewerbsverfälschungen. Nun stellt das Ausnutzen eines Kostenvorteils im Rahmen der Rechtsordnung⁵⁹ prinzipiell keine Wettbewerbsverfälschung dar, sondern ist gerade Ausdruck des Wettbewerbs⁶⁰. Der möglicherweise ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteil ausländischer Unternehmen aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau könnte sich in den Fällen, in denen wie hier Produktions- und Nachfrageort im Hochlohnland zusammenfallen, aus der Kombination der Kostenvorteile von mitgebrachten niedrigen Löhnen mit der gehobenen Infrastrukturausstattung am Produktionsort im Hochlohnland ergeben: Die Höhe der Löhne in einem Land wird von zahlreichen Faktoren bestimmt, Arbeitsproduktivität, Existenz einer ausgebauten Infrastruktur usw. Dem Vorteil niedriger Löhne in Ländern mit weniger entwickelten Volkswirtschaften stehen Nachteile in der Infrastrukturausstattung gegenüber. Diese Kompensation entfällt allerdings bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen, welche der Dienstleister in einem Zielstaat mit hohem Lohnniveau erbringt. So hat der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung bereits 1989 auf Unterschiede zwischen grenzüberschreitenden Warenlieferungen und grenzüberschreitenden Dienstleistungen hingewiesen und für letztere hinsichtlich arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Regelungssysteme nicht das Sitzland-, sondern das Produktionsortprinzip befürwortet⁶¹. Das Sitzlandprinzip - also die Anwendung der am Sitz des Unternehmens geltenden Regelungen - führe zu gespaltenen Arbeitsmärkten mit seinen sozialen Spannungen, die inländische Tarifautonomie und die Sozialversicherungssysteme würden geschwächt⁶². Außerdem hätten mittlere und kleinere Bauunternehmen wesentlich eingeschränktere Möglichkeiten als Großunternehmen, durch Gründung von Tochtergesellschaften im Ausland oder durch Beauftragung von EU-Subunternehmen die Lohnkostenvorteile aus anderen EU-Staaten zu nutzen; die Folge wäre das Ausscheiden dieser Unternehmen aus dem Wettbewerb und damit ein verzerrtes Angebotsspektrum auf

58 EuGH vom 9.8.1994 - Rs. C-43/93 - Slg. 1994, I-3803, 3826 Rdn. 25 ("Vander Elst/OMI").

59 Vgl. Fn. 1.

60 So für die Entsendeproblematik dezidiert Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370.

61 Siehe Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Rdn. 464.

62 Siehe Jahresgutachten 1989/90 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung Rdn. 465.

dem inländischen Bauanbietermarkt⁶³. Ungerechtfertigte Wettbewerbsverfälschungen scheinen sich in diesen Fällen demnach ökonomisch begründen zu lassen⁶⁴.

Bei diesen Argumenten zur Rechtfertigung einer die Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Regelung handelt es sich allerdings um wirtschaftliche Gründe, die jedenfalls im Bereich der Warenverkehrsfreiheit nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt sind⁶⁵. Letztlich stellt diese Rechtfertigungsmöglichkeit - vom EuGH in "Vander Elst" offenbar akzeptiert - ein Bekenntnis zu einem unvollkommenen Binnenmarkt dar⁶⁶. Dieser kann erst dann zu einem vollkommenen mutieren, wenn das wirtschaftliche Gefälle in der Europäischen Union, welches verantwortlich ist für das extrem unterschiedliche Lohnniveau, abgebaut wird. Dies entzieht sich jedoch weitgehend rechtlicher Gestaltung. Im übrigen hat der EuGH bereits in früheren Entscheidungen den Schutz von "gedeihlichen Verhältnissen auf dem Arbeitsmarkt" als Rechtfertigungsgrund für die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Regelungen anerkannt⁶⁷. Damit korrespondiert auch, daß der EuGH den Mitgliedstaaten in der Sozialpolitik einen weiten Beurteilungsspielraum eröffnet⁶⁸.

cc) *Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Regelungen*

Für die Prüfung, ob die beabsichtigten Regelungen eine verhältnismäßige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, könnte die Erkenntnis fruchtbar gemacht werden, daß Dienstleistungen in ganz unterschiedlichen Formen erbracht werden und je nach Ausgestaltung die rechtliche Bewertung differieren kann⁶⁹. Herkömmlich werden nach der Art der Grenzüberschreitung vier Konstellationen unterschieden⁷⁰. Vorliegend überschreitet der Leistungserbringer die Grenze und begibt sich zum Empfänger. Dann ist der Dienstleister zwar besonders auf die diskriminierungsfreie Behandlung angewiesen, andererseits zeichnet sich diese Form durch eine unverkennbare Nähe zur Niederlassungsfreiheit aus - häufig hängt es nur vom Grad der Verfestigung der Beziehungen des Leistungserbringers zum Empfangsstaat ab, ob bereits Art. 52 EGV

63 Vgl. Hofmann, BArbBl. 4/1995, S. 14, 16.

64 Dezidiert a. A. Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370 ff.

65 Groeben/Thiesing/Ehlermann/Müller-Graff, aaO (Fn 1), Art. 36 Rdn. 29 f.

66 So in Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit der plastische Ausdruck von Steindorff, ZHR 158 (1994), 149.

67 EuGH vom 17.12.1981 - Rs. 279/80 - Slg. 1981, 3305, 3325 Rdn. 19 ("Webb").

68 Vgl. EuGH vom 14.12.1995 - Rs. C-317/93 Rdn. 33 ("Nolte/LVA Hannover") zur mittelbaren Diskriminierung wegen der Sozialversicherungsfreiheit geringfügig Beschäftigter nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV.

69 So hat der EuGH im Gutachten 1/94 vom 15.11.1994 Korrespondenzdienstleistung und Auslandserbringung unterschiedlich behandelt und eine Kompetenz der Gemeinschaft nach Art. 113 EGV nur für die Korrespondenzdienstleistung anerkannt, da diese Form der Dienstleistung dem Warenverkehr nicht unähnlich sei und damit noch unter den Terminus "Handelspolitik" falle, vgl. EuGH vom 15.11.1994 - EWS 1995, 31, 34 Rdn. 44 ff.; vgl. auch EuGH vom 5.10.1994 - Rs. C-23/93, Slg. 1994, I-4795, 4832 Rdn. 20 ("TV10"); EuGH vom 3.12.1974 - Rs. 33/74 - Slg. 1974, 1299, 1309 Rdn. 13; Weber, EWS 1995, 292.

70 Grabitz/Hilf/Randelzhofer, aaO (Fn 38), Art. 59 Rdn. 4.

einschlägig ist⁷¹. Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 52 EGV ist zumindest nach der noch überwiegenden Auffassung⁷² anders als die Dienstleistungsfreiheit noch nicht zu einem Beschränkungsverbot ausgebaut. Dafür sprechen gute Gründe: Wer sich in einem anderen EG-Mitgliedstaat niederlassen will, weil er meint, dort seien die Voraussetzungen für seine wirtschaftliche Betätigung günstiger als in dem bisherigen Heimatstaat, muß die dort geltenden Bedingungen annehmen, es sei denn, sie haben diskriminierenden Charakter⁷³. Je mehr sich also der Dienstleister in ein fremdes rechtliches Umfeld begibt - und damit die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit in die Nähe der Niederlassungsfreiheit gerät -, desto stärker muß er innerstaatliche, seine Tätigkeit beschränkende Regelungen akzeptieren und desto geringere Anforderungen werden an die Verhältnismäßigkeit solcher innerstaatlicher Regelungen gestellt. Insofern bestehen durchaus sachliche Unterschiede zwischen Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit, die auch der EG-Vertrag anerkennt, wie Art. 60 Abs. 3 EGV zeigt⁷⁴.

c) Anwendung dieser Grundsätze auf die vorgeschlagenen Regelungen

Jede inländische Regelung, die auf entsandte Arbeitnehmer angewandt werden soll, muß zunächst diskriminierungsfrei sein, verglichen werden müssen die Anforderungen an inländische und ausländische Unternehmen am selben Markt⁷⁵. Die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion verpflichten ausländische Unternehmen zur Anwendung inländischer Tarifverträge, indem sie den bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmern einen zwingenden Anspruch gewähren. Eine gesetzliche Bindung der Außenseiter an tarifliche Normierungen besteht für inländische Arbeitgeber nach dem TVG verfassungsrechtlich zulässig⁷⁶ im Rahmen von §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 TVG für betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Normen, nach § 3 Abs. 3 TVG für den Fall des Verbandsaustritts sowie nach § 5 Abs. 1 TVG für den Fall der Allgemeinverbindlicherklärung. Außerhalb des Regelungsbereichs dieser Vorschriften sind untertarifliche Arbeitsbedingungen und insbesondere Entlohnung bis zur Grenze von § 138 BGB zulässig. Der Gesetzentwurf der Opposition führt dazu, daß ausländische Arbeitgeber und Arbeitnehmer rechtlich stärker an tariflich geregelte Arbeitsbedingungen gebunden werden als inländische Arbeitsvertragsparteien. Ob diese Gestaltungsmöglichkeiten von den inländischen Unternehmen in nennenswertem Umfang faktisch genutzt werden, ist dabei

71 Vgl. den Befund bei Grabitz/Hilf/Randelzhofer, aaO (Fn 38), Art. 52 Rdn. 10: "Unterschiede zwischen beiden Freiheiten sind nicht immer genau auszumachen".

72 Vgl. etwa *Classen*, EWS 1995, 97, 103; *Everling*, DB 1990, 1853; differenzierend *Jarass*, FS Everling, 1995, S. 593, 598.

73 Groeben/Thiesing/Ehlermann/Troberg, aaO (Fn 1), Art. 52 Rdn. 38.

74 Darauf weist auch EuGH vom 25.7.1991 - Rs C-76/90 - Slg. 1991, I-4221, 4243 Rdn. 13 ("Säger/Dennemeyer") hin.

75 Groeben/Thiesing/Ehlermann/Troberg, aaO (Fn 1) Art. 59 Rdn. 15.

76 Vgl. BVerfGE 28, 295, 304; BVerfGE 44, 322, 338.

irrelevant⁷⁷, da es um die rechtliche Gleichstellung von In- und Ausländern geht. Eine Ausländerdiskriminierung und damit ein Verstoß gegen Art. 59 EGV liegt insoweit vor⁷⁸. Bereits deshalb sind die Gesetzentwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Der Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen kann als Rechtfertigungsgrund für nicht diskriminierende Regelungen nur dort eingreifen, wo solche Wettbewerbsverfälschungen plausibel dargetan werden können, zur Zeit also wohl nur in der Baubranche. Weitergehende Vorschriften wären aus diesem Grund nicht zu rechtfertigen. Außerdem müssen die auf die entsandten Arbeitnehmer erstreckten Arbeitsbedingungen einen Gleichwertigkeitstest mit den Arbeitsbedingungen des Herkunftslandes aushalten⁷⁹ sowie gemessen an ihrem Zweck die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Anbieter nicht unverhältnismäßig einschränken. Für die Konzeption der Bundesregierung kommt es wesentlich darauf an, wie die Tarifpartner im einzelnen ihre für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifverträge ausgestalten; würden die Tarifpartner den zwingenden Mindestlohn etwa an die niedrigste tarifliche Lohngruppe knüpfen, welche im Baugewerbe erheblich über den Ecklöhnen anderer Branchen liegt, dürfte dies insoweit gemeinschaftsrechtlich nicht unbedenklich sein. Der Rechtfertigungsgrund des Schutzes der entsandten Arbeitnehmer trägt insbesondere sozialpolitisch motivierte, in Deutschland in dieser Form unbekannte Mindestlohnvorschriften, die den entsandten Arbeitnehmer für die Dauer ihres Aufenthalts im Zielstaat eine angemessene wirtschaftliche Existenz sichern würden⁸⁰.

2. Verstoß gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 48 EGV)?

Vereinzelt wird ein Arbeitnehmerentsendegesetz an Art. 48 EGV gemessen und argumentiert, nach dem Gesetzeszweck solle der Zugang ausländischer Arbeitnehmer zum Bauarbeitsmarkt erschwert werden⁸¹. Ausländische, im Rahmen einer Dienstleistung entsandte Arbeitnehmer begehren jedoch wegen der vorübergehenden Natur ihres Einsatzes keinen Zugang zum hiesigen Arbeitsmarkt⁸²; sie bleiben vielmehr in ihren heimischen Arbeitsmarkt integriert und nehmen kein eigenständiges Recht auf Freizügigkeit im Sinne von Art. 48 EGV wahr. Der von der Freizügigkeit Gebrauch machende Arbeitnehmer läßt

77 Anders aber offenbar die Begründung der EG-Kommission zu Art. 3 des geänderten Vorschlags für eine Entsenderichtlinie KOM (93) 225 endg. SYN 346.

78 So auch für die vergleichbare Problematik in Frankreich im Rahmen von Art. 341-5 Code du Travail in der seit 1993 geltenden Fassung *Robin*, Dr. soc. 1994, 127, 132 f.

79 Vgl. EuGH vom 9.8.1994 - Rs. C-43/93 - Slg. 1994, I-3803, 3826 Rdn. 25 ("Vander Elst/OMI").

80 In diese Richtung tendiert der Vorschlag von *Löwisch*, FS Zeuner, 1994, S. 91, 98, das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11.1.1952 (BGBI I S. 17) heranzuziehen; so auch *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2374.

81 So *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2373.

82 Ausdrücklich EuGH vom 9.8.1994 - Rs. C-43/93 - Slg. 1994, I-3803, 3825 Rdn. 21 ("Vander Elst/OMI").

sich in einem anderen Staat nieder, um dort als abhängig Beschäftigter tätig zu werden; insofern sind Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit parallel strukturiert. Der aufnehmende Mitgliedstaat ist dann nach Art. 48 Abs. 3 EGV sogar verpflichtet, seine für Inländer geltenden Rechtsvorschriften auf ausländische Arbeitnehmer anzuwenden, die im Inland beschäftigt werden. Für Entsendungsfälle ist der Anwendungsbereich von Art. 48 EGV wegen der fehlenden dauerhaften Niederlassung des Arbeitnehmers im Zielstaat nicht eröffnet⁸³.

3. Vereinbarkeit mit dem EVÜ

Erwogen werden könnte noch ein Verstoß gegen das Europäische Schuldvertragsrechtsübereinkommen. Immerhin derogiert jede legislative Maßnahme auf dem Gebiet der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerentsendung - wie gezeigt - partiell deutsches internationales Privatrecht und damit, soweit das internationale Schuldvertragsrecht betroffen ist, das EVÜ. Art. 23 EVÜ sieht für den Fall, daß ein Mitgliedstaat neue Kollisionsnormen für Verträge in seinem Geltungsbereich einzuführen wünscht, ein Konsultationsverfahren mit den anderen Signatarstaaten über den Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaft vor. Dies zeigt bereits, daß legislative Abweichungen vom sachlichen Gehalt des EVÜ auch vom Übereinkommen selbst nicht verworfen werden⁸⁴. Aus dem Bericht zum EVÜ von *Giuliano und Lagarde*⁸⁵ ergibt sich überdies, daß der Erlaß zwingender Vorschriften im Sinne von Art. 7 EVÜ (Art. 34 EGBGB) kein derartiges Konsultationsverfahren voraussetzt⁸⁶; die Mitgliedstaaten sollen frei sein, zur Verwirklichung grundlegender wirtschafts- bzw. sozialpolitischer Zielvorstellungen international zwingende Vorschriften zu erlassen, ohne Rücksprache mit den anderen Signatarstaaten nehmen zu müssen. Allerdings muß die beabsichtigte Norm den in Art. 7 EVÜ festgelegten Kriterien genügen; ob dies für allgemeinverbindliche Tarifnormen zutrifft, erscheint angesichts der oben dargelegten Problematik nicht zweifelsfrei⁸⁷.

Selbst wenn man davon ausgeht, es bestehe nach Art. 23 EVÜ eine Konsultationspflicht, würde die mögliche Verletzung dieser völkerrechtlichen Pflicht nicht die innerstaatliche Unwirksamkeit einer erlassenen Kollisionsnorm zur Folge haben⁸⁸. Das EVÜ ist

83 So im Ergebnis auch *Eichenhofer*, ZIAS 1996, Manuskript unter II 1a, bb; vgl. *Hailbronner*, in Dausen (Hrsg.), Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, D I Rdn. 1.

84 *Mankowski*, RabelsZ 53 (1989), 487, 521.

85 Der Bericht v. *Giuliano/Lagarde*, abgedruckt in BT-Drs. 10/503, S. 33 ff., gibt die Intentionen der Verfasser des EVÜ wieder und stellt eine Auslegungsquelle ersten Ranges dar, vgl. *MünchKomm/Martiny*, Art. 36 EGBGB Rdn. 18.

86 Bericht v. *Giuliano/Lagarde*, BT-Drs. 10/503, S. 72.

87 Siehe oben II 1b, bb.

88 Vgl. allgemein Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 2. Aufl. 1994, S. 177; zur ähnlichen Problematik bei § 21 Abs. 4 FIRG *Mankowski*, RabelsZ 53 (1989), 487, 521 f.; *Herber*, Hansa 1988, 645, 647; a. A. aber *Putfarken*, RIW 1995, 617, 625 f.

innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar, die lex posterior-Regel gilt uneingeschränkt⁸⁹. Ein Arbeitnehmerentsendegesetz würde also insoweit den Begriff "zwingende Bestimmung" nach Art. 34 EGBG für seinen Anwendungsbereich konkretisieren.

V. Innerstaatliches Recht

1. Erstreckung von tariflichen Regelungen auf ausländische Arbeitnehmer

a) Regierungsentwurf

aa) Materieell-rechtliche Voraussetzungen

Eine nach dem Regierungsentwurf für die Erstreckung inländischer Arbeitsbedingungen auf entsandte ausländische Arbeitnehmer erforderliche Allgemeinverbindlicherklärung des einschlägigen Tarifvertrags setzt nach § 5 Abs. 1 S. 1 TVG voraus, daß ein öffentliches Interesse an der Allgemeinverbindlicherklärung besteht und daß die tarifgebundenen Arbeitgeber mindestens 50% der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen; diese Erfordernisse sind suspendiert, wenn ein sozialer Notstand vorliegt (§ 5 Abs. 1 S. 2 TVG). Zuständig ist der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, der das Einvernehmen mit dem paritätisch besetzten Tarifausschuß herstellen muß.

Für die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs "öffentliches Interesse" ist dem Bundesarbeitsminister ein Beurteilungsspielraum eröffnet⁹⁰. Zur Ausfüllung dieses Spielraums hat er die zu berücksichtigenden Belange gegeneinander abzuwägen und nur solche Umstände heranzuziehen, die unter den Schutzzweck der Allgemeinverbindlicherklärung fallen⁹¹. Hierzu gehört nach überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung der Schutz der Tarifautonomie vor der Unterwanderung durch Außenseiter, die sich durch untertarifliche Löhne Wettbewerbsvorteile verschaffen können⁹². Für die vorliegende Fragestellung, ob Mindestlöhne enthaltende Tarifverträge des Baugewerbes für allgemeinverbindlich erklärt werden können, ist eine rechtlich zwingende Antwort daher nicht vorprogrammiert. Der Tarifausschuß beim Bundesarbeitsminister kann entweder die Wettbewerbsverzerrungen, welche die Beschäftigung von ausländischen Arbeitnehmern zu Heimatbedingungen auf dem

89 A. A. offenbar *Gerken/Löwisch/Rieble*, BB 1995, 2370, 2374 f.

90 BVerfGE 44, 322, 344.

91 BVerwG AP Nr. 23 zu § 5 TVG; BAG AP Nr. 25 zu § 5 TVG.

92 BVerfGE 44, 322, 323 f., 342; BVerwG AP Nr. 23 zu § 5 TVG (unter II 4a); BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge Bau (Bl. 4 R); *Löwisch/Rieble*, aaO, (Fn 29), § 5 Rdn. 89, 6; *Wiedemann/Stumpf*, aaO (Fn 33), § 5 Rdn. 2; *Wonneberger*, Die Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, 1992, S. 83 f.; abweichend allerdings BAG AP Nr. 16 zu § 5 TVG (Bl. 5) mit insoweit krit. Anm. *Wiedemann* (Bl. 8 R); BGHZ 120, 320, 324.

Arbeitsmarkt mit sich bringen, oder den Gesichtspunkt des völlig ungehinderten europäischen Dienstleistungsverkehrs stärker gewichten⁹³.

bb) *Verfassungsrechtliche Aspekte*

(1) *Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) der ausländischen Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber*

Der Entwurf wirft einige verfassungsrechtliche Fragen auf. Zunächst kann an die Tarifautonomie der nach Deutschland entsandten Ausländer - sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer - gedacht werden. Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionsfreiheit von "jedermann" und somit auch die Tarifautonomie von Ausländern, die sich in den Geltungsbereich des Grundgesetzes begeben⁹⁴. Löwisch hat nun die Auffassung vertreten, eine Allgemeinverbindlicherklärung von deutschen Tarifverträgen beeinträchtigt die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Koalitionsfreiheit der nach Deutschland entsandten ausländischen Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber⁹⁵. Dies begegnet Bedenken.

Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung ist der Aussagegehalt der Grundrechte im Wege der Auslegung zu ermitteln⁹⁶. Für Art. 9 Abs. 3 GG hat das BVerfG in der Zweitregisterentscheidung jüngst ausgesprochen, daß die Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers größer ist, wenn die Ausübung des Grundrechts zwangsläufig die Rechtsordnungen mehrerer Staaten berührt, als bei Rechtsbeziehungen mit inländischem Schwerpunkt⁹⁷. Zur Strukturierung der Problematik ist vorgeschlagen worden, den personellen, räumlichen und sachlichen Aspekt der Koalitionsfreiheit abzuschichten⁹⁸. Art. 9 Abs. 3 GG schützt selbstverständlich in personeller Hinsicht die Koalitionsfreiheit von In- und Ausländern. Auch der räumliche Anwendungsbereich von Art. 9 Abs. 3 GG ist bei einer - wenn auch nur vorübergehenden - Arbeiterbringung im Inland zu bejahen. Problematisch erscheint allerdings insoweit der sachliche Aspekt: Art. 9 Abs. 3 GG schützt die autonome Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Beachtet man, daß Verfassungen in erster Linie Rechtsverhältnisse mit Sitz im Inland schützen wollen, muß es von der Zielsetzung der Tarifautonomie her gesehen um den Schutz der inländischen

93 Das Präsidium der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände am 26. 9. 1995 beschlossen, den Arbeitgebervertretern im Tarifausschuß zu empfehlen, einem etwaigen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung der untersten Lohngruppe des Baugewerbes nicht zuzustimmen: ein allgemeinverbindlicher, bundesweit einheitlicher Tariflohn stelle ein Novum in der Tarifgeschichte dar, der in Aussicht genommene Mindeststundenlohn für die Bauwirtschaft liege deutlich über den tariflichen Ecklöhnen der meisten Branchen (Presseerklärung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände zum Entsendegesetz Nr. 26 vom 27.9.1995).

94 Löwisch, in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 1992, § 236 Rdn. 34 ff.

95 Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 95; ebenso Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2374.

96 Grundlegend der sog. "Spanier"-Beschuß BVerfGE 31, 58, 73.

97 BVerfG AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (unter B II 1b, bb) = AR-Blattei ES 1550.15 Nr. 1 mit Anm. Franzen; hierzu auch Erbuth, JuS 1996, 18; Lagoni, JZ 1995, 499; Puttfarcken, RIW 1995, 617; Werbke, TransportR 1995, 405; Wimmer, NZA 1995, 250.

98 Hergenröder, in Heinemann (Hrsg.), Das kollektive Arbeitsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1991, S. 49, 65; vgl. auch Birk, FS Beitzke, 1979, S. 831, 836.

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gehen⁹⁹. Ausländische Tarifverträge, die für Unternehmen mit Sitz im Ausland gelten und wegen der Entsendung lediglich ins Inland "einstrahlen", wollen prinzipiell die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in ihrer Heimat regeln und haben insoweit bereits nur einen eingeschränkten sachlichen Bezug zur Regelung der hiesigen, durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Möchte nun ein Staat bestimmte Arbeitsbedingungen in seinem Territorium für dort auch nur vorübergehend beschäftigte Arbeitnehmer vorschreiben, dürfte ihm dies unter dem Gesichtspunkt der (inländischen) Koalitionsfreiheit der Ausländer insoweit nicht verwehrt werden können. Der Ausländer, der sich hier - wenn auch nur vorübergehend - betätigt, hat gewissermaßen zu gewärtigen, daß ihn inländische Vorschriften unabhängig vom Vertragsstatut treffen können.

Für die spiegelbildliche Fallgestaltung - deutscher Tarifvertrag trifft auf zwingendes ausländisches Recht - wurde dies vom BAG in der Entscheidung über die Anwendung des Tarifvertrags zwischen der GEW und dem Goethe-Institut in Mexiko allerdings ohne besondere Problematisierung anerkannt: "Deutsche Tarifvertragsparteien können für ausschließlich im Ausland zu erfüllende Arbeitsverträge Tarifverträge abschließen. Diese Tarifverträge treten nur hinter zwingendes ausländisches Recht zurück"¹⁰⁰. Die Aussage des zweiten Satzes ist so sicher unzutreffend¹⁰¹: Die Art und Weise, wie zwingendes Recht berücksichtigt oder gar angewandt werden muß, hängt vom angerufenen Forum und dessen internationalem Privatrecht ab; der ausländische Richter wird sein zwingendes Heimatrecht anwenden müssen, für den inländischen Richter stellt sich die Frage, inwieweit (aus dessen Sicht dann) drittstaatliche Eingriffsnormen hinzunehmen sind¹⁰². Für die vorliegende Fallgestaltung gilt, daß inländische Gerichte jedenfalls ihre eigenen zwingenden Normen anwenden müssen, wenn ausländische, auf entsandte Arbeitnehmer anwendbare Tarifverträge in Konkurrenz mit inländischen allgemeinverbindlichen Tarifverträgen treten. Das Zusammentreffen von ausländischen Tarifverträgen mit inländischen (unter Umständen allgemeinverbindlichen) Tarifverträgen stellt materiell-rechtlich betrachtet ein Problem der

99 Siehe Hergenröder, Anm. zu BAG vom 11.9.1991 - AR-Blattei ES 340 Nr. 14 unter II Id, cc; ders., aaO (Fn 28), S. 183 f.

100 BAG vom 11.9.1991 - AR-Blattei ES 340 Nr. 14 Ls. 1 mit insoweit krit. Anm. Hergenröder = IPRax 1994, 44 mit Anm. Junker, 21 = SAE 1993, 181 mit Anm. Otto; bei diesem Fall ging es um die international zwingende Natur des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz nach mexikanischem Recht; hierzu für das deutsche IPR Bittner, NZA 1993, 161; Junker IPRax 1994, 21, 25. Der Sachverhalt ist allerdings insoweit nicht ganz spiegelbildlich, als es dort nicht um entsandte, sondern dauerhaft Beschäftigte ging, die jedoch wegen ihrer deutschen Staatsangehörigkeit einen besonderen Bezug zur deutschen Rechtsordnung unterhielten.

101 Vgl. Hergenröder, Anm. zu BAG vom 11.9.1991, aaO (Fn 99), unter II 2.

102 Überwiegend wird die Anwendung zwingenden ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte abgelehnt und lediglich seine Berücksichtigung im Rahmen des deutschen materiellen Rechts (§§ 138, 826 BGB) befürwortet, vgl. hierzu allgemein BGH NJW 1991, 634; grundlegend Wengler, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft 54 (1941), 168; aus neuerer Zeit Zimmer, IPRax 1993, 65 m. w. N.; speziell für das Arbeitsrecht Hergenröder, aaO (Fn 23) Rdn. 91 ff.

(internationalen) Tarifkonkurrenz dar. In der deutschen Literatur wurde vorgeschlagen, die für internrechtliche Konkurrenzfragen entwickelten Regeln der *lex fori* anzuwenden¹⁰³. Vor einem deutschen Gericht würden demnach die deutschen Regeln zur Lösung von Problemen der Tarifkonkurrenz Anwendung finden, was regelmäßig zum sachnäheren¹⁰⁴ - hier also ausländischen - Tarifvertrag führen würde. Denkbar wäre auch die Heranziehung des Günstigkeitsprinzips, was wohl im Ausland einige Befürworter findet¹⁰⁵ und auch den Rechtsgedanken des Art. 30 Abs. 1 EGBGB hinter sich hätte. Dagegen spricht jedoch, daß das Günstigkeitsprinzip rechtsquellentheoretisch nur auf Konkurrenzen von Regelungen unterschiedlichen Ranges Anwendung findet. Allerdings haben die rechtsfortbildend entwickelten Prinzipien zur Lösung von Tarifkonkurrenzen¹⁰⁶ keinen Verfassungsrang. Der Gesetzgeber eines Entsendegesetzes kann also abweichend von solchen Grundsätzen Regelungen normieren, die bei Zusammentreffen von ausländischen und inländischen Tarifverträgen zum Vorrang der inländischen führen - dies umso mehr, als die von den ausländischen Tarifverträgen geregelten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach der hier vertretenen Konzeption nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG privilegiert sind¹⁰⁷.

(2) Positive Koalitionsfreiheit der inländischen Koalitionen

Außerdem kann die positive Koalitionsfreiheit inländischer Koalitionen betroffen sein, falls durch staatlichen Eingriff die satzungsmäßige Tarifzuständigkeit der tarifschließenden Parteien geändert würde¹⁰⁸. Ein wesentlicher Bestandteil der Tarifautonomie stellt die Festlegung der Tarifzuständigkeit durch die Satzung der Koalition dar¹⁰⁹. Diesem Bedenken hat der Gesetzentwurf der Bundesregierung dadurch Rechnung getragen, daß er an einen für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag, der entsprechende Mindestbedingungen enthalten muß, anknüpft. Damit überläßt der Entwurf die erforderlichen Umsetzungsschritte hinsichtlich der Festlegung des tariflichen Geltungsbereichs und der satzungsmäßigen Zuständigkeit den beteiligten Koalitionen; der Entwurf will lediglich normieren, daß die entsprechenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge sich im Wege der Sonderanknüpfung nach Art. 34 EGBGB auch gegen ein entgegenstehendes Vertragsstatut durchsetzen¹¹⁰. Eine weitere Schwierigkeit im Hinblick

103 Birk, FS Beitzke, 1979, S. 831, 863; Hergenröder, aaO (Fn 23) Rdn. 77.

104 BAG AP Nr. 3 zu § 3 TVG Ls. 1; BAG AP Nr. 16 und 19 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1992, § 37 IV 1, S. 378.

105 Vgl. die Nachweise bei Birk, FS Beitzke, 1979, S. 831, 863 Fn. 129; dafür auch Daubler, aaO (Fn 23), Rdn. 1682.

106 Zum rechtsfortbildenden Charakter der BAG-Rechtsprechung zur Tarifkonkurrenz Fenn, FS Kissel, 1994, S. 213 ff.

107 Im Ergebnis wie hier Hanau, FS Everling, 1995, S. 415, 430; a. A. Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2374.

108 Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 95 f.; so auch Daubler, DB 1995, 726, 728; Feuerborn, aaO (Fn 32), S. 248, 253; Hanau, FS Everling, 1995, S. 415, 430.

109 BAG AP Nr. 3 (unter II 1b), 4 (unter B IV 1 und 3a) zu § 3 TVG Tarifzuständigkeit; Zöllner/Loritz, aaO (Fn 104), S. 345.

110 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/2414, S. 7, unter II.

auf die Anwendung inländischer Tarifverträge auf entsandte ausländische Arbeitnehmer will der Gesetzentwurf durch eine Fiktion vermeiden: für die Zuordnung zum betrieblichen Geltungsbereich des Tarifvertrags gelten alle von einem Arbeitgeber entsandten ausländischen Arbeitnehmer als Betrieb¹¹¹.

b) Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion

aa) Inländergleichbehandlung

Bereits oben wurde ausgeführt, daß die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion ausländische Arbeitgeber intensiver an inländische Tarifverträge binden als inländische Unternehmen¹¹². Für diese Ungleichbehandlung von In- und Ausländern besteht kein sachlicher Grund; der Gesetzeszweck - Schutz vor Wettbewerbsverfälschungen - könnte ebenso auf anderem Wege - etwa über die Anknüpfung an allgemeinverbindliche Tarifverträge oder über ein staatliches Mindestlohngesetz¹¹³ - erreicht werden. Insoweit schlägt die Ausländerdiskriminierung auch verfassungsrechtlich durch; der Gesetzentwurf der Opposition verstößt ebenso gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

bb) Dynamische Verweisung von Gesetzen auf Tarifverträge¹¹⁴

Die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Bundestagsfraktion gewähren ausländischen entsandten Arbeitnehmern einen zwingenden gesetzlichen Anspruch auf "ortsübliche Arbeitsbedingungen". Diese werden zum einen charakterisiert durch allgemein angewandte Tarifverträge, in Ermangelung solcher sollen die ausländischen Arbeitnehmer die Arbeitsbedingungen beanspruchen können, die vergleichbaren Arbeitnehmern für vergleichbare Tätigkeit gewährt wird. Soweit mit dieser gesetzgeberischen Regelungstechnik andere Gesetze in Bezug genommen werden, bestehen gegen eine derartige Verweisung keine verfassungsrechtlichen Bedenken: Der Normgeber bleibt identisch¹¹⁵, und durch die Bezugnahme auf die entsprechenden Gesetze und Rechtsgebiete werden die Verweisungsobjekte hinreichend genau bestimmt¹¹⁶. Dies gilt ebenso für allgemeinverbindliche Tarifverträge; zwar wechselt hier der Normgeber, eine staatliche Stelle wirkt jedoch an der Allgemeinverbindlicherklärung mit und legitimiert damit die Normsetzung gegenüber Außenseitern.

Problematisch erscheint die Verweisungstechnik dagegen bei den vom Gesetzentwurf sogenannten "allgemein Anwendung findenden" Tarifverträgen. Hier wird sowohl auf einen

111 Siehe hierzu bereits oben II 2.

112 Siehe oben IV 1c.

113 Siehe dazu Gerken/Löwisch/Rieble, BB 1995, 2370, 2375; Löwisch, FS Zeuner, 1994, S. 91, 98.

114 Ausführlich zum Problemkreis Verweisung von Gesetz auf Tarifverträge Scholz, FS Gerhard Müller, 1981, S. 509, 521 ff.

115 Vgl. dazu BVerfGE 26, 338, 366 f.

116 Vgl. etwa § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bis 6 des Entwurfs des Bundesrats für ein Entsendegesetz, BT-Drs. 13/2834, S. 8.

anderen Normgeber verwiesen als auch die Bezugsnormen nicht bestimmt festgelegt. Dies gilt in besonderem Maße für die sonstigen ortsüblichen Arbeitsbedingungen; in diesen Fällen stellt ein staatliches Gesetz für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern verbindlich, was andere Private für ihre Rechtsbeziehungen privatautonom vereinbart haben, sofern diese privatautonomen Dispositionen eine gewisse Häufigkeit erreichen. Die Verweisungstechnik in diesen zuletzt genannten Fällen begegnet daher Bedenken im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip, da weder Bezugsnorm noch die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen auch nur annähernd bestimmt sind¹¹⁷. Außerdem werden die ausländischen Unternehmen einer Rechtssetzungsmacht unterworfen, die ihnen gegenüber nicht hinreichend legitimiert ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von § 9 Abs. 1 des Gesetzes über einen Bergmannsversorgungsschein Nordrhein-Westfalen ausgesprochen, eine Verweisung von staatlichen Gesetzen auf tarifvertragliche Regelungen dürfe nicht dazuführen, daß der Bürger schrankenlos der normsetzenden Gewalt der Tarifvertragsparteien ausgeliefert werde, die ihm gegenüber weder staatlich-demokratisch noch mitgliederschaftlich legitimiert seien. Deshalb müsse bei dynamischen Verweisungen von Gesetzen auf Tarifverträgen der Inhalt der tarifvertraglichen Regelungen im wesentlichen feststehen. Zwar habe der Staat im Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG seine Rechtssetzungsbefugnis zurückgenommen und die Ausgestaltung der Rechtsordnung im weitem Maße den Tarifvertragsparteien überlassen. Art. 9 Abs. 3 GG lasse Rechtssetzung durch die Tarifvertragsparteien aber grundsätzlich nur gegenüber Verbandsmitgliedern zu; zur Erstreckung der tariflichen Regelungen auf Außenseiter bedürfe es eines normierenden Aktes einer staatlichen Stelle, der in Gestalt des Rechtsinstituts der Allgemeinverbindlicherklärung zur Verfügung stehe¹¹⁸. Legt man diese Erwägungen zugrunde, verstößt die pauschale gesetzliche Erstreckung der tariflichen Regelung von Arbeitsbedingungen auf Außenseiter ohne die Inanspruchnahme des dafür an sich vorgesehenen Instituts der Allgemeinverbindlicherklärung insoweit gegen das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip. Während eine Allgemeinverbindlicherklärung einen bestimmten Tarifvertrag benennt, aus dem sich Rechte und Pflichten der Normunterworfenen sowie Geltungsdauer genau ergeben, ist einer zwingenden gesetzlichen Verweisung auf "allgemein anwendbare" Tarifverträge nicht zu entnehmen, welche Tarifverträge denn im einzelnen in Bezug genommen werden sollen; die darin festgelegten Arbeitsbedingungen stehen im wesentlichen nicht fest. Die entsandten Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber werden insoweit Regelungen unterworfen, die nicht hinreichend bestimmt sind und die von Rechtserzeugern stammen, welche ihnen gegenüber keine Legitimation besitzen.

¹¹⁷ Vgl. zum Bestimmtheitsgebot *Schneider*, Gesetzgebung, 2. Aufl. 1991, Rdn. 391.

¹¹⁸ BVerfGE 64, 209, 214 f.; siehe auch BVerfGE 78, 32, 36; BAG NZA 1992, 607, 609.

c) Zwischenergebnis

Der Regierungsentwurf zum Arbeitnehmerendegesetz ist im Ergebnis verfassungskonform. Er verlangt wegen des Erfordernisses der Allgemeinverbindlicherklärung sowie der Notwendigkeit, die Tarifzuständigkeit in den Satzungen der Koalitionen sowie unter Umständen den Geltungsbereich des einschlägigen Tarifvertrags anzupassen, eine Mitwirkung der Tarifpartner. Die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion sind dagegen erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt, unter anderem aus dem Rechtsstaatsprinzip, aus Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus Art. 59 EGV. Überdies erweisen sich ihre Regelungen zum Teil als überflüssig, da sich der angestrebte Rechtszustand - etwa im Arbeitszeit- und Arbeitsschutzrecht - bereits durch sachgerechte Anwendung des Kollisionsrechts erreichen läßt.

2. Die Problematik der Selbständigen

Häufig kommen Arbeitskräfte - vor allem aus Großbritannien - als "self employed persons" nach Deutschland; sie werden als Ein-Personen-Betriebe behandelt und auf Werkvertragsbasis beschäftigt. International-privatrechtlich gesprochen wird durch solche Erscheinungen die Frage der Qualifikation des Systembegriffs "Arbeitnehmer" aufgeworfen¹¹⁹. Üblicherweise wird nach der *lex fori* qualifiziert¹²⁰, vor einem deutschen Gericht mithin nach deutschem Recht¹²¹. Wegen des Erfordernisses der einheitlichen Auslegung des EVÜ, das mit Art. 36 EGBGB auch Eingang ins deutsche Recht gefunden hat, wird die Qualifikation nach der *lex fori* kritisiert und eine autonome Auslegung verlangt¹²². Allerdings dürfte auch im europäischen Kontext prinzipiell Konsens über die maßgeblichen Kriterien bestehen: die Weisungsgebundenheit der Tätigkeit sowie die persönliche Abhängigkeit¹²³.

Die kollisionsrechtliche Fragestellung wird allerdings von einer gemeinschaftsrechtlichen Überlagerung: Die hier auf Werkvertragsbasis eingesetzten Personen führen zumeist eine Bescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers ihres Heimatlandes mit sich, die feststellt, daß die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften des Herkunftsstaats - und damit auch die dort vorgenommene Einordnung als Selbständiger - während der vorübergehenden Tätigkeit im Ausland weitergelten¹²⁴. Nicht gesichert ist, inwieweit der

¹¹⁹ *Kegel*, Internationales Privatrecht, 7. Aufl. 1995, § 7 I.

¹²⁰ *Gamillscheg*, aaO (Fn 24), S. 53; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 1994, § 16 I.

¹²¹ Hierzu nach internem Recht *Bauschke*, RdA 1994, 209; *Wank*, DB 1992, 90.

¹²² Vgl. *Junker*, aaO (Fn 9), S. 170; *Heilmann*, aaO (Fn 13), 1991, S. 40 ff.

¹²³ *V. Bar*, Internationales Privatrecht, Bd. 2, 1991, § 4 II 3c, Rdn. 446; *Junker*, aaO (Fn 9), S. 172; zum autonom zu bestimmenden Arbeitnehmerbegriff bei Art. 48 EGV siehe *Groeben/Thiesing/Ehlermann/Wolker*, aaO (Fn 1), Art. Vor 48-50 Rdn. 22.

¹²⁴ Grundlage hierfür ist Art. 11a Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21.3.1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der System der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige, die innerhalb der EG zu- und abwandern (ABl. EG Nr. L 74 vom 27.3.1972).

Empfangsstaat dadurch in seiner sozialversicherungsrechtlichen, möglicherweise aber auch arbeitsrechtlichen Beurteilung gebunden ist. Die einschlägigen Koordinierungsvorschriften des Europäischen Sozialrechts sind gerade zur Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und Arbeitnehmerfreizügigkeit entstanden; dieses Koordinierungssystem kann aber nur funktionieren, wenn wenigstens im Grundsatz solche Bescheinigungen jedenfalls für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gegenseitig anerkannt werden. Andererseits muß zumindest in Mißbrauchsfällen die Möglichkeit bestehen, zu einer eigenständigen Beurteilung im Staat der vorübergehenden Tätigkeit zu gelangen¹²⁵.

3. Inländischer Gerichtsstand für Lohnzahlungsklagen eines entsandten ausländischen Arbeitnehmers?

Jede Regelung ist - unabhängig von der Regelungstechnik - nur soviel wert, wie ihre Einhaltung kontrolliert werden kann. Da die zuständigen Behörden bereits jetzt mit der Überwachung von illegaler Beschäftigung auf dem Bau überfordert zu sein scheinen¹²⁶, hängt die praktische Wirksamkeit der geplanten Maßnahmen nicht unerheblich davon ab, ob die entsandten Arbeitnehmer ihre eingeräumten Rechte auch vor inländischen Gerichten geltend machen können. Bei einer Klage im Heimatstaat wäre nicht gesichert, daß dortige Richter die hiesigen zwingenden Bestimmungen beachtet. Immerhin haben neben Deutschland auch Großbritannien, Irland und Luxemburg Vorbehalte gegen Art. 7 Abs. 1 EVÜ, welcher von der Anwendung zwingenden ausländischen Rechts handelt, eingelegt¹²⁷. Überdies setzt Art. 7 Abs. 1 EVÜ eine enge Verbindung des Sachverhalts mit dem Staat voraus, welcher die zwingende Bestimmung erlassen hat. Daran könnte es bei einer nur vorübergehenden Arbeitsleistung in diesem Staat durchaus fehlen. Ein fehlender inländischer Gerichtsstand würde die geplanten Regelungen, unabhängig davon, welche Rechtstechnik man für zulässig hält, mit weiteren Unsicherheitsfaktoren belasten.

Nach Art. 5 Nr. 1 1. Hs. des für hiesige Fallgestaltungen einschlägigen Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ) kann vor dem Gericht des Erfüllungsorts geklagt werden. Sofern es um Lohnansprüche geht und diese in Deutschland zu erfüllen wären, könnte die internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts mit dem Gesichtspunkt der Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers begründet werden¹²⁸. Allerdings

125 Im Ergebnis ähnlich Generalanwalt *Lenz*, Schlußantrag EuGH vom 16.2.1995 - Rs. C-425/93 - Slg. 1995, I-269, 280 ff., 286 Rdn. 62 ff.; der EuGH hat diese Frage offen gelassen. Zur ähnlichen Problematik der Anerkennung ausländischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen EuGH vom 12.3.1987 - Rs. 22/86 - Slg. 1987, 1339 ("Rindone"); EuGH vom 3.6.1992 - Rs. C-45/90 - Slg. 1992, I-3423 ("Paletta"); BAG vom 27.4.1994 - SAE 1995, 55 mit Anm. *Franzen*, *Steinmeyer*, FS Kissel, 1994, S. 1165.

126 Vgl. dazu *Hanau/Heyer*, Die Mitbestimmung, 10/1993, 16, 19; *Schütt*, Die Mitbestimmung 12/1992, 29.

127 Vgl. *MünchKomm/Martiny*, Art. 34 EGBGB Rdn. 44.

128 So wohl *Däubler*, DB 1995, 726, 730.

hat der EuGH - abweichend von sonstiger Rechtsprechung¹²⁹ - für den Fall der Klagehäufung mehrerer Ansprüche des klägerischen Arbeitnehmers ausgesprochen, daß für Arbeitsverträge ein einheitlicher Gerichtsstand des Erfüllungsorts besteht, der sich nach der vertragscharakteristischen Leistung, insbesondere nach dem Arbeitsort, richtet¹³⁰. Damit ist noch nicht endgültig geklärt, ob die alleinige Geltendmachung des Lohnanspruchs eine Rückkehr zur Grundregel des Art. 5 Nr. 1 1. Hs. EuGVÜ ermöglichen könnte¹³¹. Die Begründung des EuGH, der die soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers in den Vordergrund gestellt hat, spricht eher dagegen¹³².

Der Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung (Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 1 2. Hs. EuGVÜ) wird bei nur vorübergehenden Arbeitnehmerentsendungen wegen der wünschenswerten Parallelität zum EVÜ nicht auf den Ziel-, sondern auf den Herkunftsstaat verweisen. Dies gilt auch für Art. 5 Nr. 1 3. Hs. EuGVÜ mit seiner Anknüpfung an die einstellende Niederlassung, wenn die Arbeit vom Arbeitnehmer in verschiedenen Staaten erbracht wird. Gedacht werden könnte noch an den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ. Dies würde voraussetzen, Verstöße gegen die Regelungen im Entsendegesetz als unerlaubte Handlung nach § 823 Abs. 2 BGB und das Entsendegesetz als Schutzgesetz zugunsten der ausländischen Arbeitnehmer zu betrachten¹³³. Die Schutzrichtung der geplanten Regelungen zielt allerdings mehr auf den heimischen Arbeitsmarkt als auf Gewährung eines hohen Lohnniveaus der entsandten ausländischen Arbeitnehmer. Außerdem wird der Begriff der unerlaubten Handlung nach dem EuGVÜ autonom qualifiziert¹³⁴, so daß diese Frage letztverbindlich nur der EuGH klären könnte. Schließlich kommt Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ in Betracht, wenn im Entsendestaat eine Agentur oder Zweigniederlassung besteht. Damit knüpft das EuGVÜ an eine dauernde Außenstelle eines Stammhauses an, die auf Dauer geplant Mittelpunkt geschäftlicher Aktivitäten und so ausgestattet ist, daß von ihr aus Geschäfte mit Dritten betrieben werden können¹³⁵. Aus tatsächlichen Gründen scheidet dies in aller Regel aus. Bei diesem Befund erscheint nicht gesichert, daß sich ein inländischer Gerichtsstand für Lohnzahlungsklagen entsandter ausländischer Arbeitnehmer begründen läßt. Damit bestehen aber ernsthafte Zweifel an der praktischen Durchsetzbarkeit der geplanten Regelungen.

129 Für andere Verträge bindet der EuGH den Gerichtsstand des Erfüllungsorts an die jeweils streitige Verpflichtung, deren Erfüllungsort nach der *lex causae* bestimmt wird, vgl. EuGH vom 6.10.1976 - Rs. 14/76 - Slg. 1976, 1497 ("De Bloos"); EuGH vom 15.1.1987 - Rs. 266/85 - Slg. 1987, 239 ("Shenavai"); *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, Bd. 3, 1992, IZPR, Art. 5 Rdn. 7, 13.

130 EuGH vom 26.5.1982 - Rs. 133/81 - Slg. 1982, 1891 ("Ivenel/Schwab"); bestätigt von EuGH vom 15.2.1989 - Rs. 32/88 - IPRax 1990, 173 ("Six Construction/Humbert").

131 In diese Richtung tendieren etwa *Coester-Waltjen*, IPRax 1986, 88; *Mezger*, IPRax 1983, 153, 155; *Zöller/Geimer*, ZPO, 19. Aufl. 1994, Anh. I Art. 5 GVÜ Rdn. 4.

132 *Rauscher*, IPRax 1990, 152, 153.

133 Dafür wohl *Däubler*, DB 1995, 726, 730.

134 *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, aaO (Fn 129), Art. 5 Rdn. 26.

135 *MünchKomm-ZPO/Gottwald*, aaO (Fn 129), Art. 5 Rdn. 40.

VI. Zusammenfassung

Für Arbeitsverhältnisse ausländischer Arbeitnehmer, die von ihren Arbeitgebern für einen begrenzten Zeitraum nach Deutschland entsandt werden, gilt grundsätzlich das Heimatarbeitsrecht. Zwingendes deutsches, meist öffentlich-rechtliches Arbeitsrecht - etwa das Arbeitszeitrecht, technisches oder soziales Arbeitsschutzrecht - bleibt anwendbar; dazu gehören grundsätzlich nicht tarifvertragliche Regelungen und damit ein Kernbereich der - kostenträchtigen - materiellen Arbeitsbedingungen, wie etwa Entlohnung, Lohnfortzahlung und Erholungsurlaub. Bundesregierung, Bundesrat und SPD-Fraktion haben Gesetzentwürfe vorgelegt, um auch für diesen Bereich zum Schutz der heimischen Wirtschaft deutsches Arbeitsrecht durchzusetzen. Der Regierungsentwurf hält im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Er beschränkt zwar die Dienstleistungsfreiheit ausländischer Unternehmen nach Art. 59 EGV, dies ist zum Schutz des heimischen Arbeitsmarkts vor Wettbewerbsverfälschungen jedoch gerechtfertigt. Die Entwürfe von Bundesrat und SPD-Fraktion sind demgegenüber erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt; insbesondere verstoßen die vorgesehenen Regelungen gegen Art. 59 EGV, da die ausländischen Dienstleistungserbringer zur Beachtung von in Deutschland bestehenden Tarifverträgen verpflichtet werden, während inländische Unternehmen rechtlich an einen Tarifvertrag nur bei Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband oder bei Allgemeinverbindlicherklärung gebunden sind.

Drafting a new Civil Code for Albania

Some personal experiences contrasted with the World Bank's 'Initial lessons'

von C.J.J.M. Stolker¹

1. Introduction

Flying out to Albania, one finds oneself in the company of politicians, engineers, American lawyers, trade union leaders, salesmen, agriculturists, captains of industry, government representatives, bailiffs, human rights activists and teachers. Albania is inundated with consultants; it is almost to the breaking point. At first glance this flood does not seem to help much. Although the country is part of Europe, Albania is one of the poorest countries in the world. Public health care hardly exists and the infant mortality rate is high. Albania has all the characteristics of a third world country. That the Albanians do not starve probably has to do with the fact that the many Albanians who live abroad are financially supporting their relatives.

The roads and general infrastructure are very bad. There are frequent power cuts in Tirana and communication by telephone or fax is often extremely difficult. The only thing Albania is rich in are little two man army bunkers; former President Enver Hoxha built approximately 750.000 bunkers for a population of about 3.2 million. The landscape is scattered with them, concrete reminders of the time the country only thought to have enemies. An American (who else?) I met, suggested that the Albanian government should sell these useless bunkers for the price of 2000 dollars each: a bit of Albanian real estate for the person who really has got everything.

Let me start out by providing some background information. The first democratic general elections which were held in 1991, resulted in the majority of the vote going to the Socialist Party (the former Communist Party). This party, however, soon proved incapable of

¹ Dr. jur., Prof., Director of the E.M. Meijers Institute of Legal Studies, ad hoc judge in the District Court of Haarlem and ad hoc justice in the Court of Appeals of 's-Hertogenbosch. It was an honor for him to be invited by IJVO; this article is a rewrite of his speech. During the time this article was being prepared the future of Albania seemed very promising. As the article went to publication, there was a widespread outbreak of violence and human suffering. It is not clear at this time what the prospect will be for the people of Albania

governing the country without the support of other parties. The Socialist Party and other parties formed tentative coalitions.

However in view of the increase of political chaos, new elections were called in March 1992 due to the pressure of active groups of the population. It turned out that the Albanian people had still to learn to accept some of the basic rules of parliamentary democracy, and particularly that its elected representatives can legitimately represent the people for the term of their mandate. Citizen pressure groups which played an active role in the struggle for democracy were having difficulty in accepting the limits of their role in a democracy.

2. *The economists came*

The country has a high unemployment rate. Whatever the country did possess under the communists, in the way of economic activity, disappeared. It seemed to be the general sentiment that to help Albania's economy on its feet, economists were required. Everyone in Albania mentions foreign investment and all political parties are in favor of free enterprise. What else can they do with a population that, to stay alive, is dependent on donations of the 400.000-600.000 Albanians who are living abroad? Indeed what else can they do? Yet by the Albanian leadership something else *was expected* of them:

'The Albanians will sooner eat grass than betray the principles of Marxism and Leninism.'

Few foreign investors came to Albania and the 'helping' West reached a conclusion: not economists, but lawyers had to come first. Large institutions such as the World Bank and the European Bank increasingly saw the importance of a decent legal infrastructure. What benefit are economists to a country where there is no adequate legal infrastructure, no reliable register of real estate or land, no contract law or discipline in fulfilling contractual obligations, no law of securities? Not only for Albania, quite the opposite, as it seemed to be Albania in last place, but also for the many Republics of the former Soviet Union.

Two years ago the World Bank presented a Policy Research Working Paper 'The World Bank and Legal Technical Assistance' (January 1995)². The report is an effort to synthesize the experience acquired and address issues and dilemmas involved in the financing of technical assistance in legal reform efforts in its borrowing members.³ The World Bank's report argues that only in a stable and predictable environment resources can be efficiently allocated, business risk rationally assessed and transactional costs kept at low levels.

² The World Bank and Legal Technical Assistance, Initial Lessons, The World Bank Legal Department, Policy Research Working Paper 1414.

³ World Bank, *op.cit.* 1995, preface.

Inability to enforce private contracts hinder the efficiency of economic discourse and thus have a negative impact on the economic development of a country. In that sense, reform of the judiciary and the establishment and strengthening of arbitral or other dispute settlement mechanisms which help achieve efficient and expedient enforcement of agreements between private parties, resolution of disputes and enforcement of laws and regulations is intrinsically tied to economic progress.⁴ And although the Bank was, as far as I know, not involved in the area of civil law in Albania, the lessons that are being drawn in the Bank's report, fit amazingly well in my experience as a member of another sponsor of legal reform: the Council of Europe. This presentation is my personal experience as a member of one of the Council of Europe's drafting teams.

3. *Albania's legal tradition*

Albania has a troubled history. For centuries there was the threat posed by the Turks. Then Albania was a puppet of the Great Powers, tucked away in the Warsaw Pact. From there it flirted with the Chinese and became an odd outpost of Mao in Europe. The country made its foreign affairs and foreign trade the responsibility of a carpenter, as the great Albanian author Ismail Kadare wrote in his 'Albanian Spring'⁵: it appeared to be a very efficient way to reduce to nil the few relations with other countries. A country whose constitution declared atheism as its new religion. A country that has suffered under an improbable dictatorship. The top man was Enver Hoxha. He died in the nineteen eighties, but his regime outlasted him. In 1991 the dictatorship also collapsed in this country, the last remaining in Eastern- and Middle Europe.

In one of his articles the bright Italian legal comparatist Ajani studied the sources of Albanian civil law.⁶ During its existence as an independent State, Albania had two different Civil Codes. The first, adopted in 1928, was a draft prepared by a Commission of five members, which was strongly patterned on the French (1804 Code Civil) and Italian (1865 Codice Civile) models. The second Civil Code of Albania, adopted in 1981, was inspired by Marxist-Leninist doctrine. Technically, it contained elements of the Soviet model, but it also followed a German ... pattern which was also reflected in Soviet codifications. After World War II, and before 1981, Albanian civil legislation ... was enacted in the form of separate statutes (...)

After 1945, as an indirect result of the transition towards a command economy, Albanian civil law moved away from the original French pattern towards a German oriented

⁴ World Bank, *op.cit.* 1995, p. 15.

⁵ Ismail Kadare, *Nga nje dhjetor ne tjetrin/Printemps Albanais*, Fayard, Paris 1991

⁶ Gianmaria F. Ajani, Codification of civil law in Albania, speech held in Leiden August 1993. See for a written version his article *Die Kodifikation des Zivilrechts in Albanien*, *Recht in Ost und West* 1993, pp. 257ff.

(pandectist) one. The 1981 Civil Code was unsatisfactory.⁷ In certain important respects, it is inferior to other 'socialist codes' because it lacks even those fundamental rules on 'private' or individual activity that were found in most other socialist legislation. Those rules permitted in some cases the incorporation of new market-oriented solutions.

Under those circumstances, jurists working at the Codification Committee of the Ministry of Justice shared the opinion that a mere renovation of the 1981 Code was not sufficient. Such revision would have eliminated the prerogatives and privileges granted to the State and to State organizations, but would not have provided Albania with a complete and modern Civil Code. The problem, in other words, was not only what had to be repealed in the 1981 Civil Code, but also what had to be added to a currently legal structure.⁸

4. *Task Force Albania*

In response to a request from President Berisha for specific aid to Albania in the form of a permanent presence of foreign legal experts at the side of the Albanian authorities, including the Presidency of the Republic, the Secretary General of the Council of Europe has set up a group of staff members mandated to respond to the request formulated by the Albanian president. This group, and more especially of one of its coordinators, Markus Jaeger, initiated in 1993 a comprehensive program: the Task Force Albania. The projects were aimed at (i) establishing a basic legal framework; (ii) ensuring the proper application of the Rule of Law; and (iii) guaranteeing respect for basic human rights. In principle a Human Rights organization (the European Convention for the protection of Human Rights and fundamental freedoms) the Council now also targeted legislation, a revision of the judiciary, the elementary protection of Human Rights, a new Civil Code, Criminal Code and Code of Criminal Procedure and the strengthening of the Ministry of Justice.

I was involved in the project of the new Civil Code in conjunction with the aforementioned Italian lawyer, prof. Gianmaria Ajani and the French law professor Georges Wiederkehr (who was the head of the team and who was also participating in the drafting of a Code of Civil Procedure (1996)). A complete Civil Code had to be achieved within one year. And I still remember the bewilderment of the Albanians during the first meeting at the Ministry of Justice, when we happened to mention the 45 years it took to create a new Civil Code in the Netherlands. The Dutch have had a completely new Civil Code since 1992; work on it started just after World War II.

⁷ For more details on the Code of 1981, see Christine Hocker-Weyand, *Grundzüge und Besonderheiten des Albanischen Zivilgesetzbuches von 1981*, WGO.Mfor 1986, pp. 101ff.

⁸ Ajani, *op.cit.* 1993. For a much more elaborated study of the possible models for a new civil code, I must refer to the article of Ajani.

As far as I can see, the help of the Task Force Albania has provided a modest contribution towards the drafting of a new Albanian civil code.⁹ The Task Force itself has been dissolved in 1995.

5. *Why not copy a Code?*

Many countries in Eastern Europe are in need of a new Civil Code, if only to attract those elusive foreign investors. So why not just copy the new Dutch Civil Code, the Italian one or the German BGB? When I was asked to offer my assistance, this was my first idea: copy the part on Company Law, and then you immediately encompass Brussels law. In Europe the Dutch Civil Code is regarded as the most recent codification of present ideas on Civil Law. (This is no news for the Law Faculty of Osnabrück, since one of the distinguished scholars of your law school, Franz Nieper, has been writing a translation of a large part of it into German). In this way these countries would gain an enormous head start.

Furthermore one has to bear in mind that in a country as Albania there are only a handful of legislators at the Ministry of Justice. In Albania they are expected to make up for approximately 50 years of inactivity, as the Ministry of Justice was abolished under the communists. As inexperienced as I was, I was quick to understand: copy as much as you can and do not try to re-invent the wheel.

However, this is not what happened in Albania. Even a new Civil Code specially tailored to suit Albania (and paid for by the IMF) was rejected. Why? There are several reasons.

6. *Legal reform can not be imposed*

Many countries have several competent lawyers, and that's especially true for the Russian Federation.¹⁰ With respect to Albania some were even trained in the pre-communist style, but for them the (legal) world has stood still for fifty years. A few young Albanians have already had the benefit of some study abroad, sometimes as a part of their university education (aided by programs of the European Community) and others have been sent later (see also par. 16).

Another factor is that the Civil Code is 'the Queen of codes', one likes to keep control. The question of 'authorship' plays also an important role, especially with the older lawyers. Legal reform goes to the core of the social fabric of a society. Legal reform *cannot be*

⁹ See for more information about legal reform in Albania, e.g. Cristina Boglia, *The new Albanian act on business associations: ongoing legal reforms in commercial and private law*, in *Review of Central and East European Law*, 1994, pp. 657ff; Wim A. Timmermans, *The 1992 Albanian foreign investment law*, in *Review of Central and East European Law* 1993, pp. 553ff.

¹⁰ See Editorial, *The New Civil Code of the Russian Federation*, *Review of Central and East European Law* 1995, p. 238.

imposed in a country. Unless the country is committed to reforming its legal regime, and either requests assistance for its reform process or agrees with assistance providers, legal technical assistance may be a waste of resources. This was also one of the most important conclusions made by the World Bank.¹¹

In the country itself you need a receptiveness, a willingness to receive advice. Each society has to make fundamental choices about the structure and the direction of its legal system. These should be guided by the legal as well as social, religious, customary, geographic, historical traditions and characteristics of the country¹². This was another lesson that could be drawn: it is important for the success of legal reforms that each country prioritize its reform needs to reflect the particular circumstances of the country.

These lessons correspond with the Russian experience. Prof. Sukhanov, Dean of the Law Faculty of Moscow State University and one of the members of the drafting team of that country concluded:

'The Russian economy greatly needs skillfully drafted modern legislative acts that reflect both the peculiarities of the national legal system and the experience of commercial activity of developed foreign countries. The new Civil Code will create precise and clear 'rules of the game' under the conditions of Russia's transformation to market organization.'¹³

It is very difficult to transplant legal systems and impose ready-made solutions on countries. However, in the World Bank report we also find the recommendation that it may be worth considering whether countries that need to build up their entire legal and regulatory frameworks would not be well advised to adopt suitable international conventions and model laws or follow closely examples that have proven functional in other societies. There are famous examples: Japan and China adopted the same code from Germany. Turkey and Greece adopted the Swiss Code of Obligations and parts of the German Civil Code. Nevertheless, ownership of reform is a key issue.

Working on a draft for Albania, we came across the Albanian psychology. Although one might expect this would play a more important role in the fields of Criminal Law or the Law of Persons and Family, it still is a factor not to be underestimated. We are dealing with *Civil Law*.

On top of that, it is important that assistance with legal reform in a country is really supported by the ministers and other high ranking persons. Lawyers in the government usually recognize the need for legal reform and technical assistance to support it, but often

¹¹ World Bank, *op.cit.* 1995, p. 18.

¹² World Bank, *op.cit.* 1995, p. 9.

¹³ E.A. Sukhanov, *Russia's New Civil Code*, Parker Sch. J.E. Eur. L. 1994, p. 636.

they are unable to convince the decisionmakers to allocate funds or to borrow for such purposes. One of the problems in Albania at that time was that ministers and high ranking decisionmakers easily could be replaced by others. That made the process of legal reform difficult. Therefore the conclusion by the World Bank is very true: in order for legal technical assistance to bring about the desired results, the recipient governments need to demonstrate a clear commitment to legal reform and take full ownership of the legal reform process.

7. *The difference in legal infrastructure*

The legal infrastructure in many countries in Eastern and Middle Europe is so different from the rest of Europe or the United States. First the judiciary, the quality and experience of the judges vary strongly — to put it mildly. That's especially true for Albania, where you also find the results of fifty years of self-inflicted isolation.¹⁴ In addition, a number of experienced judges were also dismissed shortly after the revolution. I remember a visit to the District Court of Tirana where we were to meet with the vice-president of the Court. We were received by a young man, wearing a pair of jeans and sneakers and who would escort us to the vice-president's office. When we were shown into his room the young man took his place behind the desk: *he* was the vice-president of the Court of Tirana.

The position of judge is not very popular at present. It is badly paid and is not free of danger. To ease the shortage of judges there is now a six month course to become a judge. No previous legal training is required. So, the educational system is not able to deliver lawyers of a calibre we are used to in Western-Europe and the United States.

Here we come across a very important issue. What is crucial in many of the former communist countries is the strengthening of the judiciary and the establishment of extrajudicial bodies and various regulatory agencies. According to the World Bank's report, the issues that most frequently need to be addressed in these sectors are:

- a. the removal of barriers in access to justice, such as inordinate delays in juridical proceedings, excessive costs associated with pursuing legal claims and the lack of alternative dispute resolution mechanisms;
- b. improvement of court administration and case management;
- c. reducing corruption and raising ethical standards in the judiciary and legal profession at large;

¹⁴ See Winston P. Nagan, Artan Hoxha and Paul J. Dirks, *Strengthening the rule of law in Albania: impartiality, independence, and the transformation of the legal profession*, in *Review of Central and East European Law* 1994, pp. 677ff.

- d. depoliticization of the judicial branch , especially with respect to selection and promotion of judges;
- e. modernization of procedural codes;
- f. to establish a professional bar, licensing, etc.¹⁵

Therefore, legal assistance is much more than only assisting in the drafting of a new law. It is furthermore of the utmost importance that the law and, more particularly the Civil law, is in line with the tradition of the country in question.

8. *Conclusions so far*

So, the conclusion so far is, that it is not feasible under these circumstances, as the lack of quality and experience of many judges, to produce a Western European Code such as the Dutch Code. The Dutch Code has many so called open rules (or norms), such as requirements of 'reasonableness and equity'. With this the judge can even put crystal-clear contractual clauses aside. It goes without saying that to do this, years of experience or maybe even a lifetime of experience is necessary.

So, for us in the Task Force Albania, but also for the experts in the Russian drafting team, to copy the Dutch Civil Code, as it stood, was just not possible. The same applies to the Italian Civil Code. Even, though, if it is true that the Albanian government does not wish to copy someone else's Code, a foreign Code can be very valuable as reference material. And this is their function. Ideas can be taken from everywhere.

Quite often the three of us were astonished by certain concepts that were drafted by the Albanians. For example, the Albanians provided that the Frenchman did not recognize his Code Civil. The Italian not his Codice Civile, and I was unable to recognize either the Dutch or German Civil Code. It emerged to be a rule taken from the Swiss Civil Code of 1912, in an Italian translation. This was explainable as the Albanians have little problem reading Italian. Furthermore it was a rather recent Code and had nothing from the fascist tradition of the Italian Civil Code (of 1942). But on the table the Albanian legislators had the Italian Civil Code, the Swiss Civil Code in an Italian translation, the French Civil Code, the new Dutch Civil Code in a French and English translation, the old Communist code and the IMF draft prepared by professor Ajani¹⁶.

Using all these sources, finally a draft was composed which we then discussed in several sessions during the year 1994. One example was a discussion about the way in which the articles of an association should be altered. The draft provided that for such an alteration a minimum of 60% of the members should vote in favor. For a very small association this

¹⁵ World Bank, *op.cit.* 1995, p. 12.

¹⁶ See before, par. 5.

might not be a problem, however, modern Codes prefer a system where a certain number of members attending the meeting is required. It took some time to convince our respected Albanian colleagues that it would be very difficult to get all the members to attend the meeting, and that in case of a large football club or Unionit might be even impossible to find a meeting room large enough.

Assisting in the drafting of a new civil code, with such speed, is an unusual experience for someone who is accustomed to confer with dozens of other scholars for months on end about a word and a half in a text, or studies for weeks to find the right interpretation of the observations made by the Supreme Court in a piece of case law. This is why offering technical assistance to another country is such a valuable experience. It puts one's own legal certainties in perspective, no doubt one of the most important aspects of comparing legal systems. These new statutes are also exciting from a legal theoretical view. Ajani argues in a study of legal transplants in Russia:

The study of foreign and uniform influences in post-socialist law adds a new reason for changing the static approach of Comparative law, based on a conventional division in Legal Families, into a dynamic examination of the converging flows between the two major systems; such dynamic examination is called not only to give order to the outcome of legal transplants at the level of 'positive law,' but also to analyse the influence of the new factors of circulation, both normative or scholarly, on the legal process, and on the implementation of the new solutions.¹⁷

That brings us to the Russian Federation, for a small excursion.

9. *How did they go about it in Russia?*

With respect to the Russian civil code, early on, a bilateral legislation team was formed, composed of Russians and Dutchmen. The head of the Dutch delegation is Dr. W. Snijders, vice-president of the Supreme Court and Royal Commissioner. For many years he was responsible for the realization of the new Dutch Civil Code. Snijders was assisted by a small team of professional legislators, but in the meantime he on his own, being one of the foremost civil law authorities in the Netherlands, is capable of perceiving the totality of civil legislation. On top of that, the team was assisted by several experts on Russian law, the substantive contribution of the Leiden Institute for Eastern European law and Russian

¹⁷ Gianmaria Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, *The American Journal of Comparative Law* 1995, p. 116. The same, with Ugo Mattei, raises the question whether Eastern and Central European Countries are still a family of legal systems, *Codifying Property Law in the Process of Transition: Some Suggestions from Comparative Law and Economics*, *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 1995, p. 1117ff.

Studies¹⁸, and a very capable interpreter.¹⁹ They were taking their time. Work started over four or five years ago, alternating between Moscow and the Netherlands.

It is considered to be a completely Russian product and none of it has been written by foreign advisors.²⁰ Although in the framework of this continuous collaboration between Russian and Dutch lawyers, the new Dutch Civil Code has been translated into Russian as a reference tool for the Russian drafting team, the Dutch themselves have not drafted any part of the new Russian Civil Code. Rather, the numerous meetings that have been held in Russia as well as in the Netherlands have been prepared by circulating in advance to the Dutch experts the most recent Russian drafts in English and/or in Dutch with specific written questions on these draft texts posed by the Russian drafting team members; and intensive full-day sessions at which Dutch lawyers provide answers to these written questions orally (rather than in writing) to maximize the exchange of information and ideas in as effective and efficient a manner as possible.²¹

The standard question in the consultation process was therefore: how have you solved this problem? and: what do you think of our solution?²² Here also allowances had to be made for the relative inexperience of judges and lawyers, and the limitations of the training facilities. Therefore the *experience* of the Dutch is of more importance to the Russians than the *contents* of the new Dutch Civil Code.

10. A model code for the CIS countries

What makes working on the Russian Civil Code even more interesting is the fact that it will more than likely be copied by other CIS countries.²³ In the Soviet past, major laws would be drafted as principles or fundamentals of legislation in Moscow. The union republics would usually adopt such legislation with only modest amendments. Nowadays, the

¹⁸ I want to mention the head of the institute, prof. Feldbrugge, furthermore dr. Van den Berg and mr. Simons. They played, together with other people of the institute, a role that can not easily be overestimated.

¹⁹ The funding for the first Russian-Dutch session on the draft of the Civil Code was provided by the Dutch Ministry of Justice. Subsequent larger-scale funding was obtained through Dutch technical assistance programs coordinated by the Dutch Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Development and Cooperation, respectively. A Dutch-German program in The Ukraine has been funded by the European Commission's TACIS facility.

²⁰ See for a short outline: Russia promulgates a New Civil Code, Parker Sch. J.E. Eur. L. 1994, pp. 706ff and 'Land Ownership in the Russian Civil Code, *ibid.* 1995, pp. 127ff. See also Christine Hüper, Das Einföhrungsgesetz zum neuen Russischen Zivilgesetzbuch, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa* 1995, pp. 161ff.

²¹ Speech held by William B. Simons of the Institute for East European Law and Russian Studies of Leiden University, New Civil Legislation for the Newly-Independent States of the Former Soviet Union, April 12, 1996. For more information about the members of the Russian team, the Editorial, *op.cit.* p. 238.

²² Editorial, The New Civil Code of the Russian Federation, *Review of Central and East European Law* 1995, No. 3/4, pp. 239.

²³ See Simons, *op.cit.* (speech New Civil Legislation); see also the Editorial, *op.cit.* 1995, p. 239-240.

members of the CIS are more free to go their own way. Their desire of independence is quite understandable. But if the adoption of the model could succeed in spite of nationalistic feelings, these countries will have an instant advantage over Western Europe with its diversity of Civil Codes. The Interparliamentary Assembly of the CIS had therefore decided, already in 1994, that a Model Civil Code for the CIS member states would be prepared. In October 1994 such a Model Civil Code was adopted by the Interparliamentary Assembly. It is not so that the Model Civil Code of the CIS is a copy of the Russian Civil Code, but in practice they end up to come very close to one another.

The Model Civil Code has been put together by working groups consisting of members of the Civil Code drafting teams of most of the CIS members. In the non-Russian republics, the Russian draft has always been the principal source for domestic drafting. But sometimes other legislative solutions are preferred, other words are used, or matters have been covered which had been left unregulated in the Russian Code. The CIS Model Civil Code is therefore truly the product of joint efforts, while at the same time its direct and indirect links with the Russian Code are very strong.²⁴

This Model is not the end of the drafting activities of the CIS countries. They understand very well the need to view the new codes as the start, and not the end, of serious legal reform in their respective countries; the subject at some time in the not-so-distant future to possible further change and amendment; and the keystone of the civil law system which, nevertheless, will need to be complemented by other pieces of key economic legislation.²⁵ This last consideration has resulted in a consensus to begin work in 1996, along with finalizing the Model Civil Code, on three important model laws; i.e. laws on companies, bankruptcy, and mortgage.

And there are other projects that have been begun, both in the context of model legislation as well as on bilateral basis, e.g. in the field of criminal law and criminal procedure. These convocations generally follow the pattern that has been set in the civil law field: texts of draft laws and questions, oral responses by the Dutch as well as US experts and then the work to refine and complete the texts is carried on after the national representatives returned to their home countries. Further areas that could lend themselves to the model legislation approach are: labor law, environmental protection, economic (and organized) crime, and administrative procedure.²⁶

²⁴ See the Editorial, *op.cit.* 1995, p. 239.

²⁵ Simons, *op.cit.* (speech New Civil Legislation).

²⁶ Simons, *op.cit.* (speech New Civil Legislation).

11. *The differences with Albania*

First, there was the language problem. The differences with the realization of the Albanian Code (and this equally applies to all other legislation projects there) are considerable. In this case there was a multilateral team rather than a bilateral one. Four Albanians, amongst which was the aged vice-president of the Constitutional Court, professor Ghilani, and the Head of legislation at the Ministry of Justice, dr. Vasili. As I said before, the team of foreign experts consisted of an Italian, professor Ajani, a Frenchman, professor Wiederkehr and myself. Besides the instant language problem — deliberations were held in Albanian and French — the team consisted of people from various legal traditions. Although in a broader perspective the Netherlands, Italy and French all belong to the Roman legal tradition, it is questionable whether this still applies to the new Dutch Civil Code. The Italian Codice Civile of 1942 and the French Civil Code of 1804 are also quite different. All this required some harmonization between the foreign experts before work could start.

The lesson drawn by the World Bank, however, was that for quality legal technical assistance at affordable rates, it is important to diversify the selection of advisers to include local lawyers as well as consultants from different legal systems. But they add that the selection of consultants should, however, be consistent with the chosen direction of the country's legal reforms.

12. *The coordination problem*

I would like to underline the problems one encounters in working together in teams that consist of people from different traditions. Many times, the receiving countries are not accustomed to foreign assistance. Many Eastern European countries and the republics of the former Soviet Union do not have institutional structures set up to receive legal technical assistance. That can lead to unnecessary waste of resources. A lesson was that was drawn by the World Bank:

It is crucial for the success of legal technical assistance to have proper counterparts in the government implementing such assistance. Some countries may benefit from the establishment of legal reform units within the partner governments that coordinate between economic and legal reforms in order to ensure continuity and avoid duplication of legal reform activities.²⁷

²⁷ World Bank, *op.cit.* 1995, p. iii.

So coordination on the part of the receiving country is important. But the same is true for the assisting country. This is a good opportunity to mention the Dutch *Centre for International Legal Co-operation*. The Centre has its office in Leiden, The Netherlands. It is a non-profit organization, providing means of communication between countries wishing to involve foreign legal expertise in re-structuring their legal systems, on the one hand, and Dutch expertise relevant to this process, on the other hand. The members on the Centre's Board represent delegates from nearly all the Law Faculties in the Netherlands, the Ministry of Justice, the Bar Association, the Association of Judges, and various institutes specializing in foreign law. The staff of the Centre provides a diversity of experience in project management, fund-raising and budgeting. It draws heavily on the various Law Faculties, ministries and professional organizations. The largest undertakings in the past few years were undoubtedly the projects aimed at a new Civil Code for Russia and a Model (Recommended) Civil Code for the US states. This project came into being through contacts established through the Institute for East European Law and Russian Studies. Additional programs were instituted in 1994/5 between The Netherlands and, e.g., The Ukraine, Kazakhstan, Belarus, Kirghistan, and a Leiden-Beijing project for Legal Transformation.²⁸ A relatively new development of international legal cooperation is the growing willingness of parties involved to combine their efforts in order to reach a higher level of effect and to prevent doublings of programmes or even clashes between programs. The Centre has good relations with the Legal Department of the World Bank in Washington D.C.; I could also mention the cooperation in some projects between the Dutch Centre and the German *Stiftung für rechtliche Zusammenarbeit*.

The *Council of Europe*, on the other hand, hardly ever works on a bilateral basis. Often a prerequisite is that lawyers of various European countries are involved. Of course, a bilateral team has certain advantages. One can not, however, underestimate the international competition and the need of many Middle- and Eastern European countries to ask for 'second opinions'.

Various examples can be given of countries who have shopped at numerous universities and Ministries of many countries to get just that bit of additional advice. Often it stems from genuine doubt about a certain concept. Co-operation, both nationally and internationally, with other countries and teams is then inevitable and constructive.

13. *The differences between the drafting teams*

Another difference between the experiences in Albania and in the Russian Federation lies in the difference between the Russian legislation team, affiliated *inter alia* with the prestigious

²⁸ See Centre for International Legal Cooperation, Annual Report 1995 — Approach and projects. Directors of the Centre are Jan van Olden and ms Hester Minnema.

University of Lomonosov on the one hand, and the Albanians on the other. This is hardly surprising since the small legislation department in Tirana not only carried the responsibility for the Civil Code, but also had to cover such widely differing subjects as Criminal Law, Criminal Procedure, Family Law, Intellectual Property, etc., etc. At the same time the project was put under considerable pressure by the Albanian Minister of Justice Cela (who has now been promoted to dean of the law school in Tirana.) He thought in weeks and months rather than years.

The Russian Code, however, was prepared by a distinguished group of Russian lawyers and administrators whose political and economic outlook as reflected in the Code is consistently democratic and market oriented.

The difference was also caused by the fact that for many years Albania did not possess a Ministry of Justice, and because the existing Civil Code of 1981 was so alien to Western tradition. More so than the Soviet-Russian Civil Code, which had some adaptations that would make the transition easier.²⁹ The old Albanian Civil Code of 1921 never functioned in an industrial society. It had been copied more or less directly from the French Code Civil. Already upon its adoption in 1928 the Albanian civil code was in large part some hundred and twenty years old. It should be emphasized that the 1928 code was not itself an 'old' one because it was adopted 65 years ago, but because it was based on an old model. In France, since the initial adoption of the Code Civil in 1804, there had been continuous legislative and judicial efforts to keep it up-to-date.³⁰

Although unsystematic, such efforts had helped the 1804 code keep abreast with the evolution of France into an industrial country. In contrast, in Albania, the 1804 model had not been updated either through legislative or intense judicial activity since its introduction.³¹ As I quoted Ajani earlier in this presentation, the 1981 Civil Code was unsatisfactory. In certain important respects, it is inferior to other 'socialist codes' because it lacks even those fundamental rules on 'private' of individual activity that were found in most other socialist legislation. Those rules permitted in some cases the incorporation of new market-oriented solutions.³²

Moreover, the self-sufficient Albanian regime run by Party leaders for many decades isolated the country from international trade and world markets. It did not permit the survival of a legal culture concerning international transactions, as was the case in all other European socialist countries. The unique isolation of Albania from the world economy, in sum, did not permit the 1981 Civil Code to adapt to changing circumstances and, therefore,

²⁹ Ajani, *op.cit.* 1993.

³⁰ See Hocker-Weyand, *op.cit.* 1986.

³¹ See Ajani, *op.cit.* 1993.

³² Ajani, *op.cit.* 1993.

the Code has, in fact, outlived the legal culture that created it. For all these reasons a mere renovation of the 1981 Code was not sufficient.

A difference also existed on the side of the *experts*. During its drafting numerous agencies and institutions of the Russian Federation, as well as specialists from the Netherlands, Germany, the United States, Italy and France, were consulted. Besides that, dr. Snijders and his team are experienced legislators plus the added advantage of Snijders' overall knowledge of the whole Civil Code. Nevertheless, the result is definitely not a copy of the new Dutch Civil Code.

14. *How to proceed — legal education*

The few universities in Albania are hardly popular and yet it is from there that a lot will have to be done to ease the acceptance of the Civil Code. How? It is difficult to say. It even remains to be seen if the country will be able to *publish* its new legislation in a proper and accessible way. The most important users are of course the judiciary and the Universities. The judges I spoke with told me that they will, every now and then, step on their bicycle to go to the Ministry of Justice to consult a certain piece of legislation in the statute-books, but that on the whole they would just apply a kind of customary law.

This also turns out to be one of the warnings of the World Bank: because in many other countries in the world it is very cumbersome to gather legal information and even obtain copies of published laws and regulations. Apart from making it difficult for people to comply with laws and regulations they can not obtain, the lack of access to relevant legislation can be a major hindrance to private foreign investment in the country, as well as a source of corruption by government officials who control access to unpublished laws.³³

Let alone that commentaries have been written on this new law. The academics can not be expected to do so, they are too busy surviving. Our Albanian colleagues at the law school earn a maximum of \$75 per month and are forced to have odd-jobs on the side. Proper training for judges is not to be expected. Additionally, the Code has been written in a great rush, however knowledgeable the Albanian lawyers may be, it can not be avoided that the Code contains contradictions or is in discord with other laws. So, it seems absolutely crucial for a successful transition into a democratic society that all sorts of training is provided for judges. They will have to get acquainted with the new laws (civil law, criminal law etc.) and, on top of that, they will have to be trained in being a judge in a democratic society. That brings us to the importance of legal education. In many Eastern European countries legal education is not adapted to the new situation.

³³ World Bank, *op.cit.* 1995, p. 13

This problem applies even more to Albania. There is something that can be done, though. Two Dutch universities, Leiden being one of them, have already established a smooth running exchange program. Here, international co-operation is vital. One of the many projects that were started in the early nineties, was our university-cooperation program. The project was set up by the law faculties of Tirana, Trento (Italy) and Leiden. It was one of the first, so called, 'TEMPUS' projects, a project financed by the European Communities. (As far as I know there are not many *legal* projects under TEMPUS³⁴). In fact it started with my Italian colleague Gianmaria Ajani³⁵, who somewhere in 1991 was asked by the IMF and the Albanian government to draft a new civil code for Albania. He worked in close cooperation with some bright Albanian lawyers at the Ministry of Justice.

The relationship between Albania and (Italy) Trento was quite natural. There have always been good relations between the Italian legal and judicial culture and the Albanian one. E.g. most Albanian law professors speak Italian. Also, the only foreign television the Albanian people was able to get, for so many years was the Italian one. The aim of the TEMPUS-project was and is to assist the Law Faculty of Tirana in its efforts to reform the teaching programs; of course in view of the change of Albania into a democratic, market-oriented society. The Tirana law faculty receives about 300 students every year. But by now the number of students is increasing, because the demand is increasing, in order to set up and implement legal reforms which are so urgently needed in almost all areas of life.

The project stressed as particularly important the adoption of new legislation in the field of civil and commercial law for three main reasons. It is hoped that (i) it will provide the legal framework for developing a market-oriented economy; (ii) it will be a guarantee of social order; and (iii) that it will encourage economic cooperation with other countries and international organizations. The general purpose of the project is to realize a reform of the teaching program offered to Albanian students. An important activity is the retraining of staff, supported and related to an update of the library and of the teaching materials. Student exchange contributes to speeding up the university studies reform.

With respect to *staff mobility*, two different activities lead to retraining of the Albanian staff (i) first, self-study abroad under consultancy of EC-colleagues; (ii) and second, the involvement of seminars on Eastern Europe reforms with the participation of Western and Eastern staff. Since the process of legal reforms requires continuous updating and an interdisciplinary approach, the organization of seminars is an efficient way to face these challenges. Both activities are directed to the production of new teaching materials. Under the program, the library has been equipped with foreign legal documentation, periodicals

³⁴ Another TEMPUS project is in its last year now: is a joint project of the Moscow Lomonosov University, Leuven, Nijmegen en Leiden.

³⁵ The program was set up by the Universities of Trento (Gianmaria Ajani) and Leiden (Paul Dirks and dr. Wim Timmermans).

and books. Furthermore the library service has been provided with a copy center and the organization of a professional training seminar for the library employees.

So far I focused on staff mobility. But another important objective of the project is *student mobility*. Studying abroad is an important moment in a student's curriculum and, at the same time, stimulates the implementation of teaching reforms. We should not forget that many Albanian students had never been abroad, although their ability to speak foreign languages was often remarkably good. What they needed was a breath of fresh air and to open their windows to Western societies. Of course that is true for all former socialist states, but it is especially true for Albanians who have lived in 'splendid isolation' or should I call it 'tragic isolation', for such a long time.

The largest number of students was hosted by Trento (ten each year), while the others (five each year) followed courses taught in English in the Leiden Law Courses. The classes they took very often provide internationally oriented subjects such as international law, EC-law, human rights, etc.

The students all had their far-reaching aspirations and expectations. They all want to change Albania into a free, market-oriented, state; they wanted to get rid of the tragic isolation of so many years; they wanted to promote human rights. After arriving in Holland, the Leiden law faculty tried to keep the Albanian students together. There was not only a profound legal shock; the main shock is a cultural one. We should not forget that the regime, up until a few years ago, had been very oppressive. In a physical way (students from universities and colleges easily faced eight years in prison for just an unfortunate remark); and in a psychological way. I quote from of a speech by Enver Hoxha from May 13, 1970:

'I am fully confident that the Party and youth organizations in the schools and universities will throw themselves more vigorously into this struggle to carry out all-round communist education of the school and student youth, especially for their ideological and political education, will become still more vigorous and militant and will further revolutionize their entire life and activity.'

But in spite of the cultural shock the students had to cope with, it was remarkable to see that their results were usually good. Two of the students we have had in Leiden last year have become assistant-professors at the Law Faculty in Tirana. Two others have become judges in a district court. We should not forget, though, that there are so few good lawyers in Albania, that a judicial career is easily made. One other interesting example: since my first visit to Tirana in September last year, two very young and bright colleagues from the Ministry of Justice have been appointed justices in the Albanian Court of Cassation. One of them was a participant in the civil code drafting committee.

So what we see here is that the effect of the students foreign training is a very direct, and hopefully a lasting one! And that makes the cooperation with Albania so exciting.

15. *Will the people abide?*

And then the maybe most important factor: one can only speculate in how far the people will actually abide by the new Code. Vladimir Fedorov, of the EBRD, discusses this in the magazine *Law in Transition* that gave a brief outline of the new Russian legislation.

'The most serious problem that Russia will face after the Civil Code is enacted by the parliament, is how to make business operators and any other subjects of civil law relations respect and abide by the norms and principles it contains. This may not be an easy task and it may take some time.'

Is that already the case for Russia, it applies even more for Albania.

16. *Main conclusions*

The main conclusion is that financing and assisting in legal reform is not just the drafting of a new code. In fact it is much more than that: it is providing technical assistance, training activities, the provision of goods like computers, fax-machines, e-mail, etc., providing textbooks for law libraries, and also things as the building of a court room. Besides, legal reform is too important for lawyers only. It is, e.g., very much related to economic reforms. The implementation is important. Legal reform is not only passing laws, it is also implementing them. And so, legal reform is a long term process.

It was a curious experience, this Task Force Albania: Ybo Buruma (my Leiden colleague of the Criminal Law team) and I often had strange conversations at the end of the day. His stories were often a lot more spectacular than mine, because he, for example, had advised in a particular case to convert a death penalty into a life long sentence. In contrast, I had concluded the day with the decision that cancellation of a judicial act would not be retro-active.

In 1994 the *Kodin Civil te Repuklikes se Shqiperise* was signed into law.³⁶

³⁶ It has been published in the issues 11-14 of the *Fletorja Zyrtare*. It replaces the Communist Civil Code of 1981 (with a few exceptions) and is – in a way – the successor of the first Albanian Civil Code of 1928, that was based upon the French *Code Civil* of 1804 and the Italian *Codice Civile* of 1865. The new Civil Code is subdivided into five books: General Part, Ownership and Property, Law of Inheritance, Obligations, Agreements. An unofficial English translation is available at the Library of the Leiden Institute of East European Law and Russian Studies. An English translation of the 1992

Law on foreign Investments (made public by Decree Nr. 280 of 11 August 1992) can be found in the *RCEEL*, 1993, pp. 561-567. The Penal Code and the Code of Penal Procedure have been adopted in 1995-1996. A Code of Civil Procedure was adopted on March 31, 1996.

Revision des schweizerischen Haftpflichtrechts - Realität oder Wunsch?*

von Anton K. Schnyder**

I. Ausgangslage

Das *ausservertragliche* Haftpflichtrecht der Schweiz kennzeichnet sich durch zwei unterschiedliche Entwicklungslinien. Zum einen besteht für das *allgemeine* Deliktsrecht eine jahrzehntelange Tradition gestützt auf die Artt. 41 ff. des sog. Obligationenrechts vom 30. März 1911¹⁾. Die allgemeinen Bestimmungen erfuhren eine reichhaltige Rechtsprechung durch das Schweizerische Bundesgericht und wurden nachhaltig kommentiert und interpretiert durch ein kaum mehr überschaubares Schrifttum. Was das letztere betrifft, ist hier vor allem auf das epochale Standardwerk von *Karl Otfinger* hinzuweisen²⁾.

Daneben charakterisiert sich die Entwicklung des schweizerischen Haftpflichtrechts in diesem Jahrhundert durch zahlreiche *Spezialerlasse* für einzelne Haftungsbereiche. Den Neuerungen der Technik sowie den daraus entstehenden Gefahren folgend, erliess der Gesetzgeber partikuläre Gefährdungshaftungen, die zwar weitgehend funktional waren und sind, deren Defizit - von einzelnen materialen Punkten abgesehen - aber vor allem darin bestand, dass sie in wichtigen regulatorischen Fragen im Verhältnis zueinander sowie gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht des Obligationenrechts (OR) als zuwenig koordiniert erscheinen. Andererseits ist verständlich, dass nicht bei jeder Novelle - etwa in den Bereichen Gewässerschutz oder Umweltschutz - früher etablierte Gefährdungshaftungen - beispielsweise hinsichtlich Eisenbahn und Strassenverkehr - stets

wieder einer Überarbeitung unterzogen werden konnten. Akzentuiert wird dieser Befund durch (nicht zwingend konstante) Postulate des jeweiligen Zeitgeistes - zuletzt ganz deutlich beim legislatorischen Erfordernis der „Eurokompatibilität“, welche im Rahmen helvetischer Gesetzgebung Wettbewerbsverzerrungen und -nachteile gegenüber EU und EWR ausschliessen soll. Kind dieser Denkweise ist das neue, am 1. Januar 1994 in Kraft getretene Produkthaftpflichtgesetz (PrHG), das die einschlägige EG-Richtlinie in schweizerisches Recht übernommen hat.

Die Heterogenität und teilweise Disparität des Haftpflichtrechts ist in der Schweiz ein immer wieder gern aufgegriffenes Thema. Zentral und nicht wirkungslos damit beschäftigt hat sich der 101. *Schweizerische Juristentag* im Jahr 1967 in Neuenburg. Als Berichterstatter fungierten damals die Professoren *Emil W. Stark* und *François Gilliard*, welche in einem „umfassenden Aufwisch... alle Fragen angesprochen [hatten], in denen das schweizerische Haftpflichtrecht entweder uneinheitliche oder problematische Lösungen oder aber eigentliche Lücken aufwies.“³⁾ Der Juristentag stellte entsprechend legislatorischen Handlungsbedarf fest und gab in einer Resolution dem Wunsch Ausdruck, der Gesetzgeber möge eine umfassende Revision des Haftpflichtrechts in die Wege leiten⁴⁾.

Die Bundesregierung (in der Schweiz: der Bundesrat) zeigte sich indessen noch eher zögerlich, und es bedurfte - im Sinne äusserer Anlässe - der tragischen Unglücksfälle in Tschernobyl und von Sandoz/Basel, bis der Stein wirklich ins Rollen kam⁵⁾. Am 26. August 1988 wurde vom Eidgen. Justiz- und Polizeidepartement eine *Studienkommission* für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts eingesetzt. Von der Studienkommission sollten insbesondere folgende Problembereiche behandelt werden⁶⁾:

- Funktion des Haftpflichtrechts und seine Rolle im gesamten Schadenausgleichssystem;
- Grundlagen und Voraussetzungen des ausservertraglichen Haftpflichtrechts (sowie dessen Verhältnis zur Vertragshaftung);
- etwaige neue Gefährdungstatbestände, einschliesslich die mögliche Generalisierung einer Gefährdungshaftung.

* Schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Autor am 4. Juli 1996 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück gehalten hat.

** Dr.iur., LL.M., Ordinarius an der Universität Basel

1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), mit letzterem am 1. Januar 1912 in Kraft getreten; System. Gesetzeslg. (SR) 220. Vorläuferin war das alte Obligationenrecht (aOR) aus dem Jahr 1881, in Kraft getreten am 1. Januar 1883. Das alte OR war das erste *gesamteidgenössische* (bundesrechtliche) Gesetzgebungswerk gewesen; vgl. dazu E. Bucher, in: H. Honsell/N.P. Vogt/W. Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I, 2. Aufl. Basel/Frankfurt a.M. 1996, Einleitung vor Art. 1 ff. Rz. 1.

2 Vgl. jetzt Otfinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, mehrere Bde., mehrere Aufl.

3 P. Widmer, Die Vereinheitlichung des schweizerischen Haftpflichtrechts - Brennpunkte eines Projekts, in: Zeitschr. des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1994, 385 ff., 386.

4 Die Resolution lautet (vgl. Zeitschr. für Schweiz. Recht 1967 II 819): „Die in Neuenburg versammelten Mitglieder des Schweizerischen Juristenvereins halten die Vereinheitlichung des in einer grösseren Zahl von Gesetzen aufgesplitterten Haftpflichtrechtes und damit auch seine materielle Überprüfung und Verbesserung für notwendig. Sie geben dem Wunsch Ausdruck, der Gesetzgeber möge diese wissenschaftlich schon gut vorbereitete Revision an die Hand nehmen.“

5 Vgl. Widmer (Anm. 3), 388.

6 Widmer (Anm. 3), 389.

Nach rund dreijähriger Arbeit konnte die Expertengruppe ihre Ergebnisse vorlegen; diese sind veröffentlicht im *Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts* (August 1991).

II. Ergebnisse der Studienkommission und Vorentwurf von 1995

Der 233, zum Teil eng beschriebene Textseiten umfassende Expertenbericht ist ein äusserst wertvolles Dokument. Er widerspiegelt die Vielfalt von Meinungen und Regelungsmöglichkeiten zu einer (Neu-)Kodifizierung des schweizerischen Haftpflichtrechts. Zusammengefasst sind die Ergebnisse und konkreten (eigenen) Vorschläge der Kommission in einem *Katalog von Thesen* (Anhang II).

In bezug auf die Systematik einer Revision wird grundsätzlich für ein Beibehalten der *Dualität* von allgemeinem Obligationenrecht und Spezialgesetzen plädiert. Allerdings sollen die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts „ein einheitliches Dach für das gesamte Schadenersatzrecht bilden und alle Fragen behandeln, die für das Haftpflichtrecht generell von Bedeutung sind. Es soll deutlich zum Ausdruck gebracht werden, dass diese allgemeinen Regeln auch für die Spezialgesetze gelten, soweit dort nicht ausdrücklich anderslautende Bestimmungen enthalten sind.“⁷⁾ In Übereinstimmung damit listet die Kommission die bestehenden Spezialerlasse auf und konkretisiert den von ihr jeweils eruierten Revisionsbedarf. Häufig schlägt sie die Ersetzung einzelner Bestimmungen durch eine Verweisung auf das Obligationenrecht (*de lege ferenda*) vor. Selbst wenn letzteres im Sinne der Expertenauffassungen revidiert werden sollte, verbliebe darüber hinaus bezüglich der Spezialgesetze also eine immense Anpassungsarbeit für den Gesetzgeber.

Verfahrensmässig erleiden die Vorschläge der Studienkommission insofern eine gewisse „Cruce“, als der im Herbst 1995 vorgelegte, auf diese sich abstützende *Vorentwurf* zu einem neuen Zweiten Abschnitt des Ersten Titels des OR - „Die Entstehung durch Schädigungen (Allgemeiner Teil des Haftpflichtrechts)“ - nicht direkt von der Gesamtkommission stammt. Vielmehr wurde der ausformulierte Vorschlag lediglich von zwei Kommissionsmitgliedern geschaffen - den Herren Professoren *Pierre Widmer* (Lausanne, früher Bern) und *Pierre-A. Wessner* (Neuenburg). Dabei ist allerdings hinzuzufügen, dass P. Widmer Präsident der Studienkommission war und als langjähriger „spiritus rector“ der Gesamtrevision wirkt. Just diese - in der Schweiz häufig skeptisch beobachtete - gewisse Personalisierung der Revision zeitigt ihre eigenen Probleme, wenn auch in der Sache nicht zu verkennen ist, dass

⁷ Bericht Studienkommission, 32.

ein weitgehend individueller, in sich geschlossener Entwurfswortlaut in einer ersten Runde als durchaus sinnvoll erscheint⁸⁾. Kompliziert wird die Situation jedoch des weiteren dadurch, dass der Vorentwurf Widmer/Wessner in einzelnen Punkten von den Thesen der Studienkommission abweicht. Es bleibt abzuwarten und ist gegenwärtig *völlig offen*, welches Schicksal der ausformulierte Vorentwurf erfahren wird. Naheliegender wäre als nächster Schritt - nachdem die öffentliche Diskussion seit einiger Zeit angelaufen ist - das Einbringen des Dokuments in ein breiteres Vernehmlassungsverfahren durch die Bundesregierung. Nach Durchführung eines solchen könnte dem Parlament ein bereinigter Gesetzentwurf vorgelegt werden.

Es sollen im folgenden *wichtige Einzelpunkte* und Charakteristika des Vorentwurfs erwähnt werden, ohne dass an dieser Stelle ein Anspruch auf Vollständigkeit erhoben werden kann und soll⁹⁾.

1.) Keine „Umwälzung“ des Haftpflichtrechts

Der Vorentwurf bleibt auf dem Boden schweizerischer Tradition des Haftpflichtrechts, entwickelt dieses aber in wichtigen Punkten fort. Damit ist indessen für ein etwaiges Gesetzgebungsverfahren genügend Diskussionsstoff gegeben.

Speziell zu vermerken ist der Umstand, dass die Studienkommission am Konzept *haftpflichtrechtlicher Verantwortlichkeit* festgehalten und dieses namentlich nicht durch eine wie immer geartete Versicherungslösung („no fault“-System) ersetzt hat. Die Abwälzung des Schadens auf eine andere Person bedarf daher auch in Zukunft einer besonderen sachlichen Rechtfertigung; entsprechend lautet Art. 1 Abs. 1 des Vorentwurfs von 1995 (im folgenden VE): „Eine Person ist zum Ersatz des einer anderen [Person] zugefügten Schadens insoweit verpflichtet, als er ihr nach dem Gesetz zugerechnet werden kann.“

2.) Anwendungsbereich des allgemeinen Haftpflichtrechts

Art. 2 ff. VE befassen sich mit dem Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Bestimmungen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass nach überwiegender (wenn auch nicht einhelliger) Auffassung der Studienkommission in die Neukodifikation *nicht* auch das *vertragliche* Haftpflichtrecht aufgenommen werden soll. Dies könnte einerseits bedauert werden, weil es zwischen vertraglicher und ausservertraglicher Haftung in zentralen Fragen Überschneidungen gibt und insbesondere auch in systematischer Hinsicht - ähnlich wie

⁸ Vgl. aber auch den eigenen Entwurf von P. Stein (hinten Anm. 20).

⁹ Vgl. (neben der in Anm. 3 genannten Abhandlung) insbes. P. Widmer, *La réforme du droit de la responsabilité civile*, in: Aktuelle Juristische Praxis 1992, 1086 ff.

gegenüber den Spezialgesetzen (vgl. vorne) - eine Vereinheitlichung wünschenswert wäre. Andererseits ist der Vorschlag der Studienkommission angebracht, müsste doch in eine umfassende Lösung wohl das gesamte Recht der Vertragsabwicklung (Erfüllung, Störung, Haftung) mit einbezogen werden. Dann aber würde eine Revision völlig unabsehbar.

Art. 2 des VE scheint der Kommission zu folgen, erstreckt dann aber doch - für die Schlechterfüllung - die als wünschenswert erachteten Neuregelungen auf die vertragliche Haftung: „Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schäden anwendbar, die durch vertragswidriges Verhalten verursacht werden; vorbehalten bleiben die Bestimmungen über die Haftung des Schuldners wegen Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung sowie Bestimmungen, welche für einzelne Vertragsverhältnisse eine für die geschädigte Person günstigere [!] Haftungsordnung vorsehen.“

Bemerkenswert ist die möglichst weite Ausdehnung des Anwendungsbereiches der geplanten Novellierung auf die *Haftung der Gemeinwesen* (Art. 3 f. VE). Öffentliches Haftungsrecht soll nur noch dann zum Zuge kommen, wenn eine genuin (ausschliesslich) hoheitliche Tätigkeit betroffen ist.

3.) Allgemeine Voraussetzungen der Haftung

Allgemeine Voraussetzungen ausservertraglicher Haftung sind nach dem Konzept des Vorentwurfs:

- Schaden (Art. 6 ff.)
- Rechtswidrigkeit (Art. 13 f.)
- Ursachenzusammenhang (Kausalität: Art. 15 f.)

Systematisch in einem besonderen Unterabschnitt den allgemeinen Voraussetzungen gleich- bzw. beigestellt sind die subjektiven Haftungsgründe (dazu hiernach 4.)

Bezüglich des Schadensbegriffs fällt auf, dass es nach Ansicht der Studienkommission „der Rechtsprechung überlassen bleiben soll, das rechte Mass [!] in der Ersatzpflicht für *Reflex- und andere reine Vermögensschäden* zu finden (sei es durch Anerkennung entsprechender Schutznormen, sei es durch Annahme eines Direktschadens [...])“¹⁰. Immerhin sollen Sachschäden und reine Vermögensschäden grundsätzlich einheitlich geregelt werden¹¹. Ist das schweizerische Haftpflichtrecht gesetzlich zu revidieren, wäre es m.E. angebracht, auch die umstrittenen Fragen - wie Reflex- und Vermögensschäden - zu klären. Dies gilt etwa für die von der Kommission angeführte Schutznormtheorie schon deshalb, weil diese in der

¹⁰ Bericht Studienkommission, 43 f.
¹¹ These 61-2 der Studienkommission.

Schweiz hinsichtlich ihrer Tragweite und insbesondere auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung alles andere als gefestigt ist¹².

Als besondere Schadenskategorie expliziert wird der *immaterielle Schaden* („tort moral“: Art. 11 VE). Ein solcher besteht in einer Persönlichkeitsverletzung und führt zu *Genugtuung*, „sofern die Schwere der Verletzung, insbesondere der körperliche oder seelische Schmerz, es rechtfertigt“ (Art. 11 Abs. 1). Neu ist hieran nicht die Rechtsfolge, sondern die Einordnung des „tort moral“ in die Schadensarten.

Interessant ist die ausdrückliche Umschreibung der *Rechtswidrigkeit*: Art. 13 VE. Dabei folgte die Expertengruppe herrschender Lehre und Rechtsprechung in der Schweiz und berücksichtigte „die beiden Hauptansätze“¹³ - einerseits Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut, andererseits Verletzung einer Schutznorm. Im Rahmen der Verschuldenshaftung wurde der haftpflichtrechtlich relevante *Kreis der Schutznormen* - der bis heute umstritten ist (vgl. hiervor) - sehr weit gezogen (Art. 13 Abs. 2 VE). Insbesondere sollen danach explizit auch Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben oder gegen eine vertragliche Pflicht [!] (objektiv) rechtswidrig sein. Demgegenüber lehnt es das Schweizer Bundesgericht nach wie vor ab, bei einem Verstoß gegen Art. 2 Zivilgesetzbuch (Treu und Glauben) Widerrechtlichkeit im objektiven Sinne anzunehmen¹⁴. Immerhin bejaht es nunmehr eine ausservertragliche Schadenersatzpflicht im Rahmen von *Sonderbeziehungen* bei Verhalten „contraire aux règles de la bonne foi“¹⁵ sowie im Einzelfall gestützt auf eine *allgemeine Vertrauenshaftung*¹⁶.

Was den *Kausalzusammenhang* (Art. 15 f. VE) betrifft, ergeben sich gegenüber der *lex lata* im Ergebnis keine Neuerungen. Im Unterschied zum jetzt vorliegenden Entwurf erachtete es die Kommission „nicht als opportun, eine positive Definition der adäquaten Kausalität im Gesetz festzuschreiben“¹⁷. Zu beachten ist immerhin die relativ offene Umschreibung der Unterbrechungs- bzw. *Entlastungsgründe* in Art. 16 VE: „Eine Person wird von jeglicher Haftpflicht entlastet, wenn ein Sachverhalt, der ihr nicht zugerechnet werden kann, in offensichtlich überwiegender Weise zum Eintritt oder zur Verschlimmerung des Schadens beigetragen hat, namentlich höhere Gewalt, das Verhalten einer dritten oder der geschädigten Person oder ein diesen Personen zuzurechnendes charakteristisches Risiko.“

¹² S. z.B. die Nachweise bei A.K. Schnyder, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Anm. 1), Art. 41 Rz. 35.
¹³ Bericht Studienkommission, 41.

¹⁴ BGE 121 III 350, 354.

¹⁵ BGE 121 III 357.

¹⁶ S. BGE 120 II 331: Haftung der Mutter- bzw. Beteiligungsholdinggesellschaft im Konzern; dieser Entscheid hat erhebliche Kritik und Kontroversen ausgelöst.

¹⁷ Bericht Studienkommission, 47.

4.) (Subjektive) Haftungsgründe

Als *haftpflichtbegründende Tatbestände* auf seiten eines (potentiell) Verantwortlichen sind im VE drei Haftungsgründe genannt:

- Haftung aus Verschulden (Art. 17 ff.)
- Haftung für Hilfspersonen (Art. 20 f.)
- Gefährdungshaftung (Art. 22).

Ergänzt werden diese Normen durch „Gemeinsame Bestimmungen für verschuldensunabhängige Haftung“ (Art. 23 f. VE).

Bemerkenswert - und in der schweizerischen Diskussion entsprechend kontrovers - ist bei den Haftungsgründen die postulierte Einführung einer verschuldensunabhängigen *allgemeinen Gefährdungshaftung*. Verwirklicht sich danach „das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit“, „so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt“ (Art. 22 Abs. 1 VE). Die Einführung einer generellen Gefährdungshaftung wird von der Kommission als „ein Kernpunkt des Revisionskonzepts“ betrachtet¹⁸. Die Generalklausel soll insbesondere als allgemeine Auffangbestimmung der Haftung aus Gefahr dienen und mögliche Haftungslücken ausschliessen¹⁹. Das Konzept mag von der Intention her bestechend erscheinen, enthält aber selbst für den ermessensoffenen und -gewohnten Schweizer Juristen zu viele Imponderabilien und hat wohl kaum Aussicht darauf, Gesetz zu werden.

Demgegenüber ist die im Bericht der Kommission (Seiten 55, 69 ff.) vorgesehene allgemeine *Organisationshaftung* im Vorentwurf Widmer/Wessner wieder entfallen bzw. in die *Haftung für Hilfspersonen* eingefügt worden. So statuiert die Sondernorm des Art. 21 eine Haftung für Unternehmen bzw. deren Träger, wenn im Betrieb Hilfspersonen eingesetzt sind und im Rahmen „der unternehmerischen Tätigkeiten“ ein Schaden verursacht wird - es sei denn, es werde bewiesen, „dass die Organisation der Unternehmung geeignet war, den Schaden zu verhüten.“ Die vorgeschlagene Hilfspersonenhaftung wirkt etwas schwerfällig, und es fragt sich in der Tat, ob sie nicht in einer generelleren Organisationshaftung - wie im Anschluss an die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung von der Studienkommission vorgesehen - aufgehen sollte²⁰.

¹⁸ Bericht Studienkommission, 60.

¹⁹ Bericht Studienkommission, 61.

²⁰ Ebenso P. Stein (vormaliges Mitglied der Studienkommission), Vorentwurf [...], in: Schweiz. Versicherungs-Zeitschrift 1996, 289 ff., 305.

5.) Regress

Zunächst befassen sich die Art. 27-30 VE mit einer Mehrheit von Haftungen, insbesondere mit *Haftungskollision* (Art. 28) und *Haftungskonkurrenz* (Art. 29 f.). Augenfällig ist sowohl mit Bezug auf das Aussen- als auch auf das Innenverhältnis eine Verteilung der Schadenersatzpflicht(en) „nach Massgabe aller Umstände“; zu berücksichtigen sind in erster Linie die Schwere des Verschuldens und „die Intensität des charakteristischen Risikos, welche jeder einzelnen Person zuzurechnen“ ist (Art. 28, 30 Abs. 1 VE). Auf eine eigentliche Regressordnung - wie im geltenden Recht (Art. 51 OR in bezug auf eine Haftung mehrerer Personen aus verschiedenen Rechtsgründen) - wird damit verzichtet. Was die *Solidarität* im Aussenverhältnis betrifft, soll diese für jede beteiligte Person nicht weiter gehen als „bis zu dem Ersatzbetrag, den sie zu leisten hätte, wenn sie allein haftpflichtig wäre“ (Art. 29 Abs. 2 VE). Würde dieser Vorschlag Gesetz, wäre damit eine de lege lata anhaltende Kontroverse beseitigt und eine Angleichung an das revidierte aktienrechtliche Verantwortlichkeitsrecht geschaffen (vgl. Art. 759 Abs. 1 OR).

Was das Verhältnis von Haftpflicht und *Privatversicherung* betrifft, soll ein Versicherungsunternehmen ebenfalls in die vorgeschlagene Regressregelung aufgenommen werden (Art. 31 ff. VE). Die neuen Bestimmungen würden wesentlich zur Klärung des Regresses von Versicherern nach schweizerischem Recht beitragen.

6.) Haftungsbeschränkende Vereinbarungen

Mit Bezug auf den (kontroversen) Fragenkomplex vertraglicher *Freizeichnungsklauseln* und deren Wirkungen für ausservertragliche Haftungsansprüche erachtet es die Expertenkommission als unerlässlich, eine ausdrückliche Regelung zu treffen²¹. Während die Kommission noch verschiedene Lösungsvarianten formuliert hatte, enthält der Vorentwurf nunmehr eine detailliert-klare Bestimmung (Art. 54). Generell *nichtig* sollen Freizeichnungsklauseln sein, welche die Haftung für folgende Fälle ausschliessen oder beschränken:

- Tötung von Menschen
- Einwirkung auf die körperliche oder geistige Unversehrtheit einer Person
- Einwirkung auf die Umwelt [!].

Art. 54 Abs. 2 VE enthält bezüglich anderer Schädigungen ebenfalls Nichtigkeitsgründe (insbes. bei grobem Verschulden des Schädigers oder bei Stipulierung der Ausschlussklausel in vorformulierten AGB)²².

²¹ Bericht Studienkommission, 150 ff.

²² Die Schweiz kennt noch kein allgemeines AGB-Gesetz.

Art. 55 VE sieht schliesslich eine Regelung für *Vergleichsvereinbarungen* vor, die nach Eintritt einer Schädigung getroffen werden.

III. Ausblick

Die Revision des (allgemeinen) schweizerischen Haftpflichtrechts kann begrüsst werden. Die durch Studienkommission und Vorentwurf Widmer/Wessner vorgeschlagene Stossrichtung ermöglicht eine Diskussion, welche zum „Schnüren“ eines machbaren Reformwerks - Vollzug und Bereinigung überfälliger Korrekturen und Koordinationen; Implementieren von neuen Erkenntnissen der Schadensausgleichstheorie(n) - führen sollte. Nach gut schweizerischer Gesetzgebungsmanier werden indessen Kritik und Kontroversen nicht ausbleiben; das gilt namentlich mit Bezug auf vorgeschlagene General- und Ermessensklauseln, dann aber auch für Spezialbestimmungen wie solche zu verbraucher-, versicherungs- oder verfahrensrechtlichen Fragen (in letzterer Hinsicht Tangierung kantonaler Prozessrechtshoheit). Sodann dürfte ein an sich anzustrebendes Gesetzgebungsverfahren qualifiziert geprägt werden von Auseinandersetzungen über die sich stets wieder artikulierende Dialektik von Verschuldens- und Gefährdungshaftung.

Nachrichten aus dem Institut*

von Christian v. Bar**

1. Ein neues Institutsgebäude in Sicht

Im Mai 1997 wird es soweit sein: Wir ziehen in das Gebäude Heger-Tor-Wall 12 um. Alle Ehemaligen kann ich aber beruhigen: die Postanschrift des Instituts bleibt dieselbe, weil sich unsere Postleitzahl ja ohnehin nicht auf eine Straße, sondern auf das Postfach der Universität bezieht (D-49069 Osnabrück). Nur Paketsendungen sind direkt an die neue Anschrift zu richten (unter der Postleitzahl D-49074 Osnabrück). Auch die Telefonnummern und die Faxnummer bleiben aller Voraussicht nach dieselben.

In dem neuen Gebäude werden wir erstmals unsere inzwischen auf knapp 35.000 Bände angewachsene Bibliothek vollständig aufstellen können. Die Gesetzblätter und die amerikanischen Entscheidungssammlungen kommen in den Keller, große Teile des sonstigen Zeitschriftenbestandes werden im Erdgeschoß aufgestellt, und die Monographiensammlung wird bis auf wenige Ausnahmen in den beiden Obergeschossen zu finden sein. Die Aufstellung erfolgt nach Ländern. Im Erdgeschoß werden wir über einen großzügigen Seminar- und Leseraum verfügen. Die gesamten technischen Installationen sind auf dem modernsten Stand, alles ist licht und freundlich hergerichtet. Derzeit (April 1997) warten wir nur noch auf das Bibliotheksregalsystem.

2. Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache

Unsere Datenbank läuft unverändert weiter. Im Herbst 1996 erschien die CD-ROM bei Heymanns in Köln in 3. Auflage; die Datenbestände für die vierte Auflage sind inzwischen schon wieder beim Verlag. Auch die Druckfahnen der zweiten Papierausgabe, die den

* Im Anschluß an den Bericht in IJVO 1995/96 S. 96-104.

** Dr. jur., Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück; Honorary Master of the Bench, Gray's Inn, London.

Zeitraum Anfang 1992 - Anfang 1997 erschließt, sind inzwischen beim Verlag. Wir rechnen Mitte des Jahres mit dem Erscheinen des Buches. Herr Halter vom Heymanns Verlag plant, unsere Datenbank aufs Internet zu legen, so daß Online-Abfragen (gegen Gebühr) möglich werden. Die Betreuung der Datenbank lag 1996 weiterhin bei *Herrn Roman Czech* (bis Ende September), *Frau Andrea Schneider*, *Frau Anja Lemkemeyer* und *Frau Anna Ohlenburg*.

3. Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert

Dieses Projekt wird voraussichtlich auch noch in den nächsten beiden Jahresberichten Erwähnung finden: Wir haben inzwischen die Bearbeitungen von Berlich, Coccejus und Cothmann abgeschlossen; sie liegen zur sogen. "Erstkorrektur" bei Dr. Dopffel in Hamburg. Stryck ist bereits korrigiert und befindet sich zur "Zweitkorrektur" bei Herrn Dopffel, während wir noch seine Erstkorrekturen von Hert und Coler ausführen müssen. Bei uns in Erstbearbeitung befinden sich noch Lauterbach, Carpzov und Musaeus. Ende 1997 müßten *Herr Hilling* und *Herr Kirchoff* mit allen wesentlichen Arbeiten "durch" sein, auch mit dem Personenregister. Der Rest ist dann Abwicklung, die aber erfahrungsgemäß noch geraume Zeit in Anspruch nehmen wird. Der erste Band ist sehr freundlich aufgenommen worden.

4. Internationales Ehe- und Unterhaltsrecht

Die Kommentierung der Artt. 13-18 EGBGB im "Staudinger" ist Ende 1996 in einem Umfang von 953 Druckseiten erschienen. Das Projekt ist damit abgeschlossen. Rezensionen liegen noch nicht vor. Die Rezeption im Schrifttum ist aber schon heute erfreulich. Über Rezensionen der Kommentierung durch die Gerichte läßt sich zu diesem Zeitpunkt noch nichts sagen.

5. Gemeineuropäisches Deliktsrecht

Der erste Band ist Ende 1996 bei Beck erschienen. Er findet, wie ich höre, in ganz Europa erhebliche Aufmerksamkeit. Für Rezensionen ist es freilich noch zu früh; es gibt bislang nur einige wenige "Schnellschüsse", die zwar außergewöhnlich positiv sind, auf die man aber nicht allzu viel geben sollte.

Die Arbeiten an dem zweiten Bande sind in vollem Gange. Der § 1 ("Schaden, ersatzfähiger Schaden und Schadensersatz") ist geschrieben (350 MS), muß in seinem letzten Teil aber noch durch den "Umlauf" in der Gruppe. Die personale Zusammensetzung des Ständigen Seminars hat sich im Vergleich mit dem Vorjahr nicht geändert. Im Frühjahr 1997 kommt *Herr Francesco Giglio* hinzu. Ich hoffe, im Jahre 1997 vielleicht noch die §§ 2 (Verschuldenshaftung) und 3 (Gefährdungshaftung) schreiben zu können. Die Finanzierung der Gruppe für das Jahr 1998 ist gesichert. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat mir eine Sachbeihilfe in Höhe von 8 halben Mitarbeiterstellen BAT IIa für ein Jahr gewährt. Auch bei der Literaturversorgung droht ein Abgeschnittenwerden von neuesten Veröffentlichungen nicht mehr, seit mir die Thyssen-Stiftung in Köln für das Jahr 1998 eine Sachbeihilfe in Höhe von 50.000,- DM zugesagt hat. Das "Gemeineuropäische Deliktsrecht" steht unverändert im Zentrum der Arbeit des Instituts.

6. Sachenrecht in Europa

Mit dem hiesigen Universitätsverlag habe ich ein weiteres Großprojekt verabredet, das, obwohl es erst im Jahre 1999 verwirklicht werden soll, inzwischen erste Schatten voraus wirft. Es handelt sich um Landesberichte zu den europäischen Sachenrechten. Eine große Zahl von Autoren, unter ihnen auch einige Mitglieder des Ständigen Seminars, soll in einem umfangreichen Bande vereinigt werden, der in systematischen Einführungen und Übersetzungen der wichtigsten gesetzlichen Texte die nationalen Sachenrechte der EU erschließt und so vielleicht zum Steinbruch für ein dereinst noch zu leistendes "Gemeineuropäisches Sachenrecht" wird. Abgabedatum der Manuskripte ist Februar 1999; das Buch wird also frühestens im Herbst 1999 erscheinen können.

7. Internationales Umwelthaftungsrecht

Unter diesem Titel werde ich 1998 in englischer Sprache eine Vorlesung an der Haager Akademie für internationales Recht halten. Die Arbeiten an dem zur Veröffentlichung in dem *Recueil des Cours* vorgesehenen Manuskript sind angelaufen.

8. Massenschäden

Der Deutsche Juristentag e.V. hat mich gebeten, für den Juristentag 1998 (in Hamburg) ein Gutachten zu der Frage zu erstatten, ob sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen

Bewältigung der Haftung für Massenschäden empfehlen. Es wäre schlechter Stil gewesen, diese Bitte abzuschlagen. Ohne die Mitarbeit von *Herrn Hünert* wäre es jedenfalls ausgeschlossen, diese Aufgabe auch noch zu bewältigen. Wir werden uns im wesentlichen mit fünf Komplexen befassen: Massenunfälle im Straßenverkehr, Unfälle mit großen Personenbeförderungsmitteln (Stichwort "Estonia"), Umwelthaftung, Produkthaftung und Veranstalterhaftung.

9. Islamisches Recht vor europäischen Gerichten

Mit dem Ständigen Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht habe ich inzwischen - vorbehaltlich der Finanzierung - verabredet, daß wir hier in Osnabrück im Oktober 1998 eine große internationale Tagung zu diesem Problemkomplex veranstalten werden. Das müßte eigentlich eine spannende Sache werden. Vor allem wollen wir versuchen, Brücken zwischen den verschiedenen rechtlichen Kulturen zu schlagen.

10. Übersetzungen

Einen nicht unerheblichen Teil unserer Arbeitszeit haben wir auf Übersetzungen juristischer Texte verwendet, eine der mühevollsten Tätigkeiten, die es in unserem Wissenschaftsbereich gibt. Ihre unerhörten Schwierigkeiten sind bislang nur wenigen gewärtig.

a. Übersetzung des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches

Die Übersetzung des gesamten niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches unter der Ägide von *Herrn Nieper* und *Herrn Westerdijk* wurde in den ersten Januartagen 1997 damit vollendet, daß die Bearbeitung von Buch 8 BW fertiggestellt wurde.

Anfang 1996 waren die Übersetzung der Bücher 3, 4 und 5 BW, Mitte des Jahres die Arbeiten an Buch 1 BW abgeschlossen worden. Durch die Übernahme des Satzes (ab dem vierten Band) ins eigene Haus gelang es nicht nur, erhebliche Umbruch-Korrekturen einzusparen, sondern vor allem die Produktionszeit um ein Vierteljahr zu verkürzen. Die zusätzlichen Mühen des geschickten Computereinsatzes lohnten sich damit vor allem in Form sonst nicht zu erreichender - aber für Gesetzestexte essentieller - Aktualität.

Die Übersetzung des achten Buches des BW bedeutete noch einmal einen erheblichen Kraftakt, zumal das Transportrecht eine besondere Sprache pflegt und einen durchaus erheblichen Umfang aufweist. Der Satz ließ dann auch schon erkennen, daß der fünfte Band der Ausgabe bei Kluwer Law International und C.H. Beck auch der seitenreichste sein würde.

b. Übersetzung skandinavischer Gesetzestexte

Frau *Malene Stein Poulsen* hat das dänische Vertragsgesetz übersetzt; der Text ist im Druck. Ihre Übersetzung des dänischen Versicherungsvertragsgesetzes steht kurz vor dem Abschluß. Im Druck befindet sich ebenfalls die von *Herrn Björn FASTERLING* geschaffene Übersetzung des schwedischen Patientenschadensgesetzes. Das finnische Schadensersatzgesetz hat er schon früher übersetzt.

c. Übersetzungen des Gemeineuropäischen Deliktsrechts, Vol. 1 und 2

Eine gewaltige Aufgabe bleibt die Übersetzung des Gemeineuropäischen Deliktsrechts von der deutschen in die englische Sprache. Sie vollzieht sich in fünf Arbeitsschritten. *Frau Doris Paterson-Czech* hat den schwierigsten Part. Sie fertigt den ersten englischen Text. Er wird sodann von *Mrs. Catherine Hughes* und *Mrs. Jenny Sweetnam* sprachlich überarbeitet. Anschließend gehen die beiden Kolleginnen und ich den Text - laut lesend - Zeile für Zeile durch, und *Frau cand. iur. Nicola Everitt* gibt gleichzeitig die Korrekturen in die Datenverarbeitung ein. Anschließend geht der Text nach Oxford, wird dort noch einmal überarbeitet, und am Ende korrigiere ich, ob die dortigen Verbesserungen wirklich Verbesserungen sind. Ein herzliches Dankeschön geht in diesem Zusammenhang an *Herrn barrister-at-law Benedict K. Leonard*, der mir seine Sprachkenntnisse vor allem bei der Überarbeitung der Übersetzung von § 5 zur Verfügung gestellt hat. *Frau Paterson-Czech* arbeitet inzwischen bereits an der Übersetzung des ersten Paragraphen des Zweiten Bandes.

Ich hoffe, daß die japanische Übersetzung des ersten Bandes in etwa einem Jahr erscheinen kann. Wir haben zudem Aussicht, daß sich auch ein Übersetzer in die italienische Sprache finden könnte.

11. Weitere Planungen

Sobald die Arbeiten an dem Gemeineuropäischen Deliktsrecht abgeschlossen sein werden, werde ich mich als erstes um die Neuauflage der beiden Bände meines Internationalen Privatrechts kümmern müssen. *Professor Peter Hay* (Dresden/Atlanta) und ich haben uns zudem verabredet, auf der Basis unserer beiden IPR-Bücher (das seine natürlich zum IPR der Vereinigten Staaten) ein rechtsvergleichendes Lehrbuch in englischer Sprache zu erstellen.

12. Habilitations- und Promotionsvorhaben

Neben den genannten Projekten, die alle in irgendeiner Weise in Teamarbeit verfolgt werden, findet im Institut natürlich auch viel Individualforschung statt. Neben den Habilitationsvorhaben von *Herrn Dr. Grothe* (Fremdwährungsverbindlichkeiten) und *Herrn Dr. Mankowski* (Haftungsschulden für fremde Verbindlichkeiten) nenne ich die folgenden, z.Zt. in der Entstehung befindlichen Dissertationen: "Die Stellung des Generalanwalts beim Hoge Raad der Niederlande" (*Franz Nieper*), "Haftung gegenüber dem schwächeren Verkehrsteilnehmer" (*Jeroen Antonides*), "Anwalt und Richter in Deutschland und England" (*Petra Haselier*), "HIV durch Bluttransfusionen im französischen Haftungsrecht" (*Hilde Billiet*), "Haftung für Verkehrspflichtverletzungen im griechischen Deliktsrecht" (*Evlalia Eleftheriadou*), "Das dänische und norwegische Schadensersatzgesetz" (*Malene Stein Poulsen*), "Rechtsfragen des internationalen Kunsthandels" (*Evangelos Spinellis*), "Restitutionary damages im englischen und deutschen Recht" (*Melanie Schrewe*), "Europäisches Bereicherungsrecht und *condictio proprietaria*" (*Francesco Giglio*), "Internationale Franchising-Systeme" (*Guido Plafmeier*), "Der entgangene Gewinn" (*Frank Halfpap*), "Haftung für andere im deutschen und koreanischen Vertrags- und Deliktsrecht" (*Ho-Yong Song*), "Der Schutz der Persönlichkeit im englischen Recht" (*Nico Nolte*), "Kausalität im englischen und deutschen Deliktsrecht - ein Konzept für juristische Laien" (*Benedict Knightley Leonard*), "Kollisionsrechtliche Probleme des Industrieanlagenvertrages" (*Volker Steves*), "Chinesisches Deliktsrecht" (*Mario Feuerstein*), "Veranstalterhaftung" (*Lukas Plancker*), "Haftungsfreizeichnung im Deliktsrecht" (*Bernd Thyssen*), "Parteiautonomie im deutschen und ägyptischen Internationalen Vertragsrecht" (*Yussuf Aglan*), "Die Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit in Singapur - Parallelen und Unterschiede zum deutschen System" (*Niels Reder*), "Die deutsche mittelständische GmbH im Vergleich mit der türkischen GmbH und AG" (*Faliha Dilek Peter*).

13. Schriftenreihe des Instituts

Im Universitätsverlag Rasch (Bramsche) ist im Jahre 1996 der erste Band unserer Schriftenreihe erschienen, die den Titel trägt "Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung". Der Band enthält die Dissertation von *Herrn Dr. Volker Hustedt* (s. das Veröffentlichungsverzeichnis). Band 2 wird die Arbeit von *Herrn Dr. Karl-Joseph Hermanns-Engel* bringen ("Zur vorgeburtlichen Stellung des Menschen: Der Nondum Conceptus im bürgerlichen Recht mit vergleichendem Blick auf Frankreich und England"). Auch das "Sachenrecht in Europa" wird in der Reihe erscheinen.

14. Veröffentlichungen aus dem Institut im Jahre 1996

Christian v. Bar

- Limitation and Mitigation in German Tort Law, in: Spier (ed.), *The Limits of Liability* (The Hague 1996) S. 17-25
- A Common European Law of Torts. Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M.J. Bonell, Saggi, Conferenze e Seminari, vol. 19 (Roma 1996) 19 S.
- Die Haftung von Nebentätern, Teilnehmern und Beteiligten in den kontinentalen Deliktsrechten der Europäischen Union, in: Festschrift für Hideo Nakamura (Tokyo 1996) S. 17-39
- Gemeineuropäisches Deliktsrecht. Ein Forschungsprojekt an der Universität Osnabrück, in: Rengeling (Hrsg.), *Europäisierung des Rechts. Ringvorlesung anlässlich des zehnjährigen Bestehens des Instituts für Europarecht der Universität Osnabrück* (Köln u.a. 1996) S. 167-182
- Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1: Die Kernbereiche des Deliktsrechts, seine Angleichung in Europa und seine Einbettung in die Gesamtrechtsordnungen. LXVIII, 704 S., München: Beck 1996 (Jus Commune Europaeum)
- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache, 3. Aufl. (CD-ROM), Köln u.a. 1996

Christian v. Bar und Peter Mankowski

- Internationales Ehe- und Unterhaltsrecht. J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. EGBGB (IPR. Art. 13-18 EGBGB; Anhang zu Art. 13 EGBGB; Anhang I-II zu Art. 18 EGBGB (13. Bearbeitung Berlin 1996) 953 S.

Volker Hustedt

- Grundzüge des costaricanischen Rechts der Handelsgesellschaften sowie des Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung (Schriften zum internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Bd. 1), Osnabrück: Rasch, 1996; zugleich Diss. Univ. Osnabrück 1995

Peter Mankowski

- Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht!: RIW 1996, S. 8-12
- Himalaya Clause, independent contractor und Internationales Privatrecht: TranspR 1996, S. 10-15
- Timesharing und internationale Zuständigkeit am Belegenheitsort: EuZW 1996, S. 177-180
- Die Aufrechnung in der Sequestrationsphase, insbesondere unter der GesO: JZ 1996, S. 392-398
- Widerrufsrecht und Art. 31 Abs. 2 EGBGB: RIW 1996, S. 382-387
- „Gegenaufrechnung“ des Klägers und Teilklage: JR 1996, S. 223-230
- Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzrechts über Art. 34 EGBGB: DZWir 1996, S. 273-281
- Der Heimathafen - Ein geeigneter Anknüpfungspunkt für das Internationale Seesachenrecht?: TranspR 1996, S. 228-235
- Spezialabkommen und EuGVÜ: EWS 1996, S. 301-305
- Internationales Seeschiffregister, Anknüpfung von Heuerverträgen und Qualifikationsfragen im Internationalen Arbeitsrecht: IPRax 1996, S. 405-410
- Versicherungsverträge zu Gunsten Dritter, Internationales Privatrecht und Art. 17 EuGVÜ: IPRax 1996, S. 427-432
- Aspekte des internationalrechtlichen Verbraucherschutzes bei Timesharinggeschäften: VuR 1996, S. 392-396
- Zu einigen internationalprivat- und internationalprozeßrechtlichen Aspekten bei Börsentermingeschäften: RIW 1996, S. 1001-1005
- Kein Fortsetzungszusammenhang bei der Unterlassungsvollstreckung!: WRP 1996, S. 1144-1148
- Anwaltsvertrag, in: *Christoph Reithmann / Dieter Martiny*, Internationales Vertragsrecht⁵ (Köln 1996) Rn. 1470-1535 (S. 1193-1233)
- Übungshausarbeit WF IPR: Schuhe für England und die mobile GmbH: Jura 1996, S. 145-155

- Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf 4.5.1995 - 6 U 93/94 (NJW-RR 1995, S. 1184): EWiR § 25 HGB 1/96, S. 29-30
- Kurzkomentar zu OLG Frankfurt 22.6.1995 - 3 U 181/94 (NJW-RR 1995, S. 1506): EWiR § 134 BGB 1/96, S. 55-56
- Anmerkung zu OLG Düsseldorf 18.9.1995 - 4 U 231/93 (ZIP 1995, S. 1667): WuB VII A. § 108 ZPO 1.96, S. 187-189
- Kurzkomentar zu BFH 1.8.1995 - VII R 80/94 (BFH/NV 1996, S. 5): EWiR § 37 AO 1/96, S. 149-150
- Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf 10.1.1996 - 3 VA 11/95 (ZIP 1996, S. 294): EWiR Art. 13 HZÜ 1/96, S. 321-322
- Kurzkomentar zu BGH 10.1.1996 - XII ZR 271/94 (ZIP 1996, S. 462): EWiR § 9 AGBG 9/96, S. 337-338
- Anmerkung zu BGH 3.11.1995 - V ZR 102/94 (WM 1996, S. 262): WuB IV A. § 138 BGB 2.96, S. 480-481
- Anmerkung zu BAG 26.7.1995 - 5 AZR 216/94 (AR-Blattei ES 340 Nr. 15): AR-Blattei ES 340 Nr. 15 S. 4-10 (April 1996)
- Kurzkomentar zu LG Duisburg 26.9.1995 - 16 O 113/95 und 10.10.1995 - 16 O 130/95 (Bericht in WRP 1996, S. 166): EWiR § 1 UWG 8/96, S. 473-474
- Anmerkung zu EuGH 19.10.1995 - Rs. C-128/94 (Slg. 1995, S. I-3389): DZWir 1996, S. 200-202
- Anmerkung zu OLG Oldenburg 26.10.1995 - 1 U 103/95 (WRP 1996, S. 612): WRP 1996, S. 620-622
- Anmerkung zu BGH 24.4.1996 - IV ZR 263/95 (ZEV 1996, S. 225): ZEV 1996, S. 227-228
- Kurzkomentar zu OLG Düsseldorf 8.3.1996 - 17 U 179/95 (WM 1996, S. 1489): EWiR § 3 AGBG 1/96, S. 577-578
- Anmerkung zu FG Münster 16.2.1996 - 4 V 502/96 (ZIP 1996, S. 1353): ZIP 1996, S. 1354-1356
- Anmerkung zu BGH 21.3.1996 - IX ZR 195/95 (WM 1996, S. 834): WiB 1996, S. 689-690
- Kurzkomentar zu BGH 28.3.1996 - III ZR 95/95 (NJW 1996, S. 1819): EWiR Art. 17 EuGVÜ 1/96, S. 739-740
- Anmerkung zu BGH 2.11.1995 - IX ZR 141/94 (BGHZ 131, S. 141): JR 1996, S. 375-376
- Kurzkomentar zu OLG München 10.7.1996 - 7 U 4729/95 (DB 1996, S. 1666): EWiR § 161 HGB 2/96, S. 891-892
- Anmerkung zu EuGH 13.7.1995 - Rs. C-341/93 (Slg. 1995, S. I-2053): ZZZP 109 (1996), S. 376-394

- Kurzkömmntar zu LG Hamburg 14.8.1996 - 317 S 144/96 (EWS 1996, S. 367): EWiR § 917 ZPO 1/96, S. 1007-1008
- Anmerkung zu BGH 25.4.1996 - I ZR 106/94 (ZIP 1996, S. 1314): WiB 1996, S. 1019-1020
- Anmerkung zu LG Düsseldorf 10.4.1996 - 26 O 245/95 (ZIP 1996, S. 1390): WiB 1996, S. 1056-1057
- Kurzhinweis zu OLG Bremen 2.8.1996 - 5 WF 81/96 (OLG-Report Bremen/Hamburg/Schleswig 1996, S. 282): WiB 1996, S. 1072
- Kurzkömmntar zu BAG 19.3.1996 - 9 AZR 656/94 (ZIP 1996, S. 2082): EWiR § 829 ZPO 1/96, S. 1055-1056
- Kurzkömmntar zu OLG Frankfurt 25.7.1996 - 16 U 157/95 (WM 1996, S. 2107): EWiR § 61 BörsG 1/96, S. 1071-1072
- Kurzkömmntar zu EuGH 26.9.1996 - Rs. C-43/95 (Slg. 1996, S. I-): EWiR § 110 ZPO 1/96, S. 1151-1152
- Anmerkung zu LG Duisburg 17.4.1996 - 45 (19) O 80/94 (RIW 1996, S. 774): WiB 1996, S. 1083-1084
- Besprechung von Thomas Pfeiffer, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit (Frankfurt 1995): NJW 1996, S. 576
- Besprechung von Ulrich Kramer, Internationales Versicherungsvertragsrecht (Karlsruhe 1995): VersR 1996, S. 435-437
- Besprechung von Hartwin Bungert, Das Recht ausländischer Kapitalgesellschaften auf Gleichbehandlung im deutschen und US-amerikanischen Recht (München 1994): DVBl 1996, S. 638-640
- Besprechung von Ulrich Stefan Grandtner, Die Aufrechnung als Handlungsinstrument im öffentlichen Recht (Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1995): DVBl 1996, S. 878-880
- Besprechung von Oliver Sieg, Internationale Anwaltshaftung (Heidelberg 1996): NJW 1996, S. 2218-2219

Franz Nieper

- Mißglückte Sterilisation des Mannes, Schmerzensgeld für die Frau und 'Kind als Schaden', Aansprakelijkheid & Verzekering 1996, S. 88-91
- Besprechung von Schäfer, Der internationale Anwendungsbereich der präventiven Zusammenschlußkontrolle nach deutschem und europäischem Recht, Rabels Zeitschrift 60 (1996) S. 559-567.

Franz Nieper/Arjen Westerdijk (unter Mitarbeit von S. Capari und C. Hein)

- Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 3 - Allgemeiner Teil des Vermögensrechts, Buch 4 - Erbrecht, Buch 5 - Sachenrecht (Series of Legislation in Translation, 10), Den Haag/London/Boston (Kluwer Law International) und München (C.H. Beck) 1996

Franz Nieper/Arjen Westerdijk (unter Mitarbeit von V. Heise und F. Moos)

- Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 1 - Personen- und Familienrecht (Series of Legislation in Translation, 12), Den Haag/ London/ Boston und München 1996

Yanko Marcus de Alencar Xavier

- Die EG-Produkthaftungsrichtlinie - ein mögliches Modell für den MERCOSUL? (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft; Bd. 2073), Frankfurt a.M., Berlin u.a.: Lang 1997; zugleich Diss. Univ. Osnabrück, 1996

15. Europäische Kommissionen

Außerordentlich anregend, gleichzeitig aber auch sehr zeitaufwendig ist meine Mitarbeit in verschiedenen europäischen Kommissionen, in denen es in der einen oder anderen Weise stets um Fragen der Rechtsangleichung in Europa geht. Die zweite Kommission der European Commission on Contract Law hat ihre letzte Sitzung im Mai 1996 in Stockholm gehabt. Eine dritte Kommission ist inzwischen eingerichtet. Die ganze Gruppe wird sich erstmalig im Herbst 1997 zu einer Arbeitswoche in Regensburg treffen. Daneben bin ich Mitglied der European Group on Private International Law, die sich 1996 in Venedig traf, sowie der Gruppe zum europäischen Haftungsrecht, die Herr Professor Spier von Tilburg aus leitet. Die Gruppe trifft sich 1997 in München; vorbereitende Gespräche finden bei uns im Institut statt.

16. Forschungsförderung

Erhebliche Zeit nimmt meine Tätigkeit als Fachgutachter für IPR und Rechtsvergleichung und als Fachgruppenvorsitzender Rechtswissenschaften bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft in Anspruch. Gelegentlich fungiere ich auch noch als Gutachter für andere Stiftungen.

17. Gerichtsgutachten

Die Gerichtsgutachten des Instituts betrafen u.a. polnisches Unterhaltsrecht, niederländisches Konkurs- und Anfechtungsrecht (*Mr Jeroen Antonides, LL.M*) sowie italienisches Frachtrecht.

18. Lehre und Prüfungen

Herr Dr. Mankowski hat eine Übung und ein Seminar im Internationalen Privatrecht und Übungen im Bürgerlichen Recht für Anfänger gehalten. Ich habe, soweit es um den Arbeitsbereich des Instituts geht, IPR I und II sowie Gemeineuropäisches Deliktsrecht gelesen, ferner das Examenrepetitorium, eine Einführung in das Privat- und Privatverfahrensrecht und Familienrecht. Außerdem habe ich die Übungen im Bürgerlichen Recht für Fortgeschrittene abgehalten. *Herr Leonard* hat seine Kurse zum englischen Verfassungs- und zum englischen Obligationenrecht fortgesetzt, *Herr Hermanns* die entsprechenden Veranstaltungen für Frankreich. All diese Kurse wurden auf englisch bzw. auf französisch gegeben. *Frau Petra Haselier* hat mehrere Arbeitsgemeinschaften geleitet.

Die Prüfungsbelastung nimmt weiterhin kontinuierlich zu. Ich habe im Jahre 1996 13 juristische Examenshausarbeiten und 99 Klausuren korrigiert, ferner an 3 mündlichen Prüfungen als Vorsitzender Prüfer mitgewirkt, 15 Dissertationen und 5 Magisterarbeiten betreut und eine ganze Reihe von Studierenden anderer Fachbereiche mündlich geprüft.

19. Nachrichten von Mitgliedern und Gästen des Instituts

Herr Professor Atsumi Kubota hat uns im September 1996 nach zweijährigem Forschungsaufenthalt im Institut wieder verlassen. Sein Abschiedsfest fiel auf den Tag, an dem ich das Bindemuster des ersten Bandes des Gemeineuropäischen Deliktsrechts erhielt. Auf einer zehntägigen Vortragsreise durch Japan konnte ich mich Anfang Oktober in Kobe davon überzeugen, daß es Kubotas gut geht. Inzwischen ist ihnen eine Tochter, *Nanami*, geboren. Mitte März 1997 war auch die Zeit des Forschungsaufenthaltes von *Herrn Professor Mitsutaka Tsunoda* um, der sich in seiner Zeit hier mit Fragen des europäischen Privatrechts befaßt hat. Das Land der aufgehenden Sonne ist aber noch vertreten: *Herr Professor Seiji Ikeda* wird zu unserer Freude und Ehre noch einige Zeit bei uns bleiben.

Von Oktober 1996 bis Januar 1997 hatten wir *Frau Dr. Ella Frenkel* aus Moskau bei uns zu Gast, die sich über Fragen des deutschen Sozialrechts informieren wollte.

Frau Assessorin Petra Haselier und *Herr Assessor Matthias Hünert* haben die beiden Stellen für wissenschaftliche Mitarbeiter inne. *Frau Haselier* hat die Nachfolge von *Herrn Dr. Ingo Rogge* angetreten, der Rechtsanwalt geworden ist. *Herr Hünert* ist der Nachfolger von *Frau Claudia Warmuth*, die sich im Mutterschaftsurlaub befindet.

Herr Franz Nieper und ich haben an einer Tagung des niederländischen Justizministeriums zu der Frage eines Europäischen Zivilgesetzbuches teilgenommen. Ich selber habe ferner an Arbeitssitzungen bzw. Tagungen in Stockholm, Venedig, Oxford und Karlsruhe teilgenommen und in Rom, Himeji, Osaka, Tokyo und Leverkusen Vorträge gehalten. In Gray's Inn haben wir Anfang des Jahres den Bundespräsidenten, Professor Roman Herzog, als Honorary Bencher eingeführt.

Herr Dr. Helmut Grothe hat seine Habilitationsschrift soweit voran gebracht, daß er im Jahre 1997 wird abgeben können. Daneben hat er seine Spezialkenntnisse auf dem Gebiet der Fremdwährungsverbindlichkeiten in die weltweite Umfrage von Unidroit (Rom) zur Überarbeitung der dortigen "Principles of International Commercial Contracts" eingebracht (s. Bonell, Uniform Law Review 1997 S. 30-41). *Herr Karl Pfeifer* wurde zum Advokaten in Bozen bestellt. *Herr Nico Nolte* hat sich länger in Oxford aufgehalten und dort in Kooperation mit englischen und kanadischen Kollegen zwei rechtsvergleichende Studien zum Persönlichkeitsschutz verfaßt, die 1997 publiziert werden sollen. *Frau Elena Garrido Martin* hat sich als Anwältin auf Mallorca niedergelassen. *Herr Benedict K. Leonard* ("Bedeutung und Rolle des Damage-Begriffs im englischen Deliktsrecht"), *Herr Lukas Plancker* ("Mitspielerverletzung bei sportlichen Wettkämpfen im italienischen Haftungsrecht") und *Herr A.Y. Aglan* ("Das ägyptische Familienrecht vor den deutschen Gerichten unter besonderer Berücksichtigung der Scheidung durch Verstoßung 'Talaq'") haben unter meiner Betreuung den akademischen Grad eines Magister Legum (LL.M) erworben.

Juristische Schriftenreihe

Martin Hoeft

Die Entschädigungsansprüche des Störers im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht

Bd. 55, 1995, 320 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2396-2

Albrecht Drobnig

Tätigkeit und Haftung von Klassifikationsgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland am Beispiel des Germanischen Lloyd

Bd. 56, 1995, 248 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2406-3

Jens-Christian Posselt

Umweltschutz in umschlossenen und halbumschlossenen Meeren

Bd. 57, 1995, 410 S., 88,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2408-X

Harrison George Mwakymbe

Tanzania's Eighth Constitutional Amendment and Its Implications on Constitutionalism, Democracy and the Union Question

Bd. 58, 1995, 272 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2424-1

Stefan Späth

Die Parteiöffentlichkeit des Zivilprozesses Die Informationspflichten des Gerichts gegenüber den Parteien

Bd. 59, 1995, 250 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2486-1

Mei-Lin Hsu

Haftungsprobleme beim Containerseeverkehr im Seefrachtrecht Taiwans (= Republik China) im Vergleich mit der Bundesrepublik Deutschland

Bd. 60, 1995, 232 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2486-1

Andreas Kerath

Maßstäbe zur Auslegung und Anwendung von Doppelbesteuerungsabkommen unter besonderer Berücksichtigung des Verständigungsverfahrens

Bd. 61, 1995, 464 S., 88,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2523-X

Kai Schwenke

Die Berücksichtigung der Marktmacht bei "Mißbrauch" und "Diskriminierung" (insbesondere nach der vierten GWB-Novelle)

Bd. 62, 1995, 264 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2544-2

Jürgen Langosch

Ausgewählte Probleme im Verbandswesen der Sozialversicherung

Bd. 63, 1995, 272 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2548-5

Reimer Groth

Verdeckte Ermittlung und Gewinnabschöpfung

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der gesetzlichen Regelungen
Bd. 64, 1996, 288 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2576-0

Thomas Röh

Die allgemeinen und besonderen Gesellschaften des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794

Grundlagen und Weiterentwicklung von der Gesetzesrevision (1825 – 1848) über das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (1861) bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch (1900)

Bd. 66, 1995, 168 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2583-3

Lars Kröner

Titelmerchandising durch öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten

Bd. 67, 1995, 248 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2617-1

Thomas Fresemann

Die formularmäßige Überbürdung der Zufallhaftung als Form verschuldensunabhängiger Haftung

Ein Beitrag zur Risikoverteilung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen
Bd. 68, 1995, 192 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2620-1

Stefan Kortenkamp

Der Abschluß privatrechtlicher Verträge durch ausländische Staaten: Internationale Vertretungs- und Haftungsgrundsätze

Bd. 69, 1995, 320 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2623-6

Eva Scheller

Die Verantwortlichkeit des Herstellers für seine Ware nach ihrer Auslieferung in Deutschland, den USA und nach der EG-Sicherheitsrichtlinie

Bd. 70, 1995, 472 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2639-2

Lukas Lenz

Haftung ohne Verschulden in deutscher Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts

Untersuchungen zur Entstehung des Haftungsrechts im BGB
Bd. 71, 1995, 336 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2710-0

Thomas Ax

Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland und Frankreich Eine rechtsvergleichende Untersuchung

Bd. 72, 1997, 512 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2722-4

Berit Kann

Musikpiraterie

Ansätze zur Lösung der praktischen und juristischen Probleme unter besonderer Berücksichtigung des Urheberstrafrechts
Bd. 73, 1996, 208 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2735-6

Volker Bähnen

Das Hamburgische Feierabend-Parlament und der Status der Bürgerschaftsabgeordneten

Mit einem Vorwort von Ingo Münch
Bd. 74, 1996, 288 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2759-3

Claus Dieter Becker

Die Aufhebung des Verbotes der Werbung mit Preisgegenüberstellungen gemäß §6e UWG und das neue EG-Recht – ein "Schnellschuß" oder notwendiges Korrektiv?

Bd. 75, 1996, 192 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2791-7

Frank Müller

Grenzen erbrechtlicher Verwirkungsklauseln

Bd. 76, 1996, 232 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2793-3

Anja Jänsch

Prozessuale Auswirkungen der Übertragung der Mitgliedschaft

Bd. 77, 1996, 224 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2798-4

Martha Dagmar Müller

Auswirkungen der Grundgesetzrevision von 1994 auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern

Bd. 78, 1996, 168 S., 44,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2814-x

Peter C. F. Altenburger

Die zivilrechtliche Haftung des Architekten für Vermögensschäden Dritter
Eine Untersuchung zu den dogmatischen Grundlagen der Expertenhaftung anhand ausgewählter Probleme des Architektenrechts
Bd. 79, 1996, 296 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2816-6

Frank Venjakob

Das Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren

Bd. 80, 1996, 192 S., 48,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2839-5

Petra Popp

Ministerverantwortlichkeit und Ministeranklage im Spannungsfeld zwischen Verfassungsgebung und Verfassungswirklichkeit

Ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte des Kurfürstentums Hessen
Bd. 81, 1996, 440 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2847-6

Peter Steven Dickstein

Die Merkmale der Lebensversicherung im europäischen Binnenmarkt

Bd. 82, 1996, 320 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2849-2

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

Staffan Wedgell
Die nationalen skandinavischen Straßengütertransportrechte und die Haftung des Spediteurs nach schwedischem, norwegischem, finnischem und dänischem Recht
Bd. 83, 1996, 296 S., 78,80 DM, br., ISBN 3-8258-2856-5

William H. Willms
Das Spannungsverhältnis von internationalem Wettbewerbs- und Vertragsrecht bei Ausnutzung eines Verbraucherschutzgefälles
Bd. 84, 1997, 320 S., 88,80 DM, br., ISBN 3-8258-2888-3

Olaf Meinking
Kontrahierungszwang für private Fernsehveranstalter
Bd. 85, 1996, 136 S., 68,80 DM, br., ISBN 3-8258-2899-9

Kurt Zwingenberger
Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte in ihrer Auswirkung auf die Bundesrepublik Deutschland
Der Verfasser hat dieses Thema von dem Heidelberger Verfassungs- und Verwaltungsrechtler Walter Jellinek 1955 erhalten.
Dem Hauptteil der Arbeit, der sich mit der Auslegung der Europäischen Menschenrechtskonvention und des sachlich entsprechenden deutschen Rechts beschäftigt, sind ein Abriss der geschichtlichen Entwicklung der Menschenrechte, eine Darstellung der Entstehung der Konvention und kurze Ausführungen philosophischer Art vorangestellt.
Der historische Abriss befaßt sich mit den geistesgeschichtlichen Hintergründen. Diesem folgt ein eingehender und gut dokumentierter Bericht der Entstehungsgeschichte der Menschenrechtskonvention (EMRK), die ohne die Bemühungen der europäischen Bewegung und des Europarates 1948/49 wie der europäischen Regierungen der frühen fünfziger Jahre dieses Jahrhunderts nicht zu denken gewesen wäre. Der kurze philosophische Versuch verdeutlicht die naturrechtliche Position des Verfassers.
Der Hauptteil behandelt nacheinander die allgemeinen Probleme dieser Konvention: das parlamentarische Verfahren in der Bundesrepublik Deutschland, die Ratifikation, der personelle, sachliche, räumliche und zeitliche Geltungsbereich, die rechtliche Einordnung der EMRK in das Staats- und Völkerrecht der deutschen Bundesrepublik, das Verhältnis der einzelnen Tatbestände der EMRK zum deutschen Recht, das Rechtsschutzsystem und die Auslegung.
Der Kern der materiellen Tatbestände der EMRK

wird dem deutschen Verfassungsrecht vorgeordnet, als Präzisierungen des Grundsatzes der Menschenrechte (Art. 1 GG) gedeutet und als gemäß Art. 79 Abs. 3 GG unabänderliche Rechte angesehen.
Übereinstimmungen und Abweichungen zwischen dem deutschen Recht und den materiellen Artikeln der EMRK sind ausführlich behandelt. Der Abschnitt VII: Inhalt der Konvention und des ersten Zusatzprotokolls als der erste ist Versuch einer Gesamtdarstellung der EMRK.
Bd. 87, Herbst 1997, 368 S., 78,80 DM, gb., ISBN 3-8258-2916-2

Wolfhart Nitsch
Die Haftungsverhältnisse in der bilanzrechtlichen Systematik unter besonderer Berücksichtigung der Rechnungslegungsvorschriften für Kreditinstitute
Bd. 88, 1996, 352 S., 78,80 DM, br., ISBN 3-8258-2952-9

Shyr-Hau Shyr
Die Konzentrationsbekämpfung durch Fusionskontrolle im Rundfunkbereich
Vergleich zwischen den Rechtssystemen in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik China (Taiwan)
Bd. 89, 1996, 216 S., 68,80 DM, br., ISBN 3-8258-2979-0

Andreas Wehlau
Die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zur Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht
Ein Beitrag zur Funktion des Gerichtshofes im Rechtssystem der Gemeinschaft
Bd. 90, 1996, 168 S., 68,80 DM, br., ISBN 3-8258-3038-1

Jürgen W. Hidien
Ergänzungszuweisungen des Bundes gem. Art. 107 Abs. 2 Satz 3 des Grundgesetzes
Bd. 91, 1997, 328 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3319-4

Anselm Brandi-Dohrn
Berechnung und heutige Berechtigung der Haftungssumme im internationalen Luftfrachttransport
Unter besonderer Berücksichtigung des Luftfrachtsammelladungsverkehrs
Bd. 92, 1997, 192 S., 88,80 DM, bf., ISBN 3-8258-3204-x

Nicola Gragert
Möglichkeiten und Grenzen der Flexibilisierung von Tarifverträgen zugunsten betrieblicher Regelungen
Bd. 93, Herbst 1997, 248 S., 68,80 DM, br., ISBN 3-8258-3337-2

Michael Preiß-Jankowski
Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung im Lichte des Bonner Grundgesetzes und des Subsidiaritätsprinzips (Artikel 23 GG und Artikel 3b EGV)
Bd. 94, 1997, 296 S., 78,80 DM, br., ISBN 3-8258-3370-4

Jürgen Hidien
Die horizontale Steuerverteilung gem. Art. 107 Absatz 1 des Grundgesetzes
Bd. 95, 1997, 328 S., 58,80 DM, br., ISBN 3-8258-3475-1

Nils Thun
Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Stockwerkseigentums
Ein Beitrag zur deutschen Privatrechtsgeschichte
Bd. 96, Herbst 1997, 200 S., 69,80 DM, br., ISBN 3-8258-3493-x

Ulf Müller
Die rechtliche Stellung der Fachschaften
Bd. 97, Herbst 1997, 352 S., 59,80 DM, br., ISBN 3-8258-3502-2

Schriften zum Zivilrecht

Karin Triebold
Schadenersatzansprüche bei Tötung oder Verletzung einer Hausfrau und Mutter und Bewertung der Haushaltsarbeit
Bd. 7, 1995, 216 S., 48,80 DM, br., ISBN 3-8258-2381-4

Thomas Hufnagel
Wirtschaftsplan, Jahresabrechnung und die Beitragspflichten der Wohnungseigentümer
Die Arbeit beschäftigt sich mit zwei Komplexen, die für die Wirtschaftsführung in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer von entscheidender Bedeutung sind: Die Art und Weise der Erstellung von Wirtschaftsplan und Jahresabrechnung sowie die Entstehung von Beitragspflichten. Innerhalb beider Komplexe sind eine Vielzahl von Einzelfragen umstritten, zu deren Klärung die Arbeit einen Beitrag leistet.
Bd. 8, 1997, 232 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3308-9

Ulrich Temme
Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung
Bd. 9, Herbst 1997, 240 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3480-8

Kriminologie und Rechtspsychologie
Erträge interdisziplinärer Forschung
herausgegeben von Prof. Dr. Hans Joachim Schneider
(Institut für Kriminalwissenschaften, Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Jochen Niesing
Die Bedeutung der Lerntheorien für die Kriminalätiologie, Verbrechensprävention und -sanktionierung
Bd. 1, 1996, 328 S., 58,80 DM, br., ISBN 3-8258-2103-X

Gabriela M. Sierck
Kriminalität und Soziale Kontrolle in Peru
Als Antwort auf die Behauptung der amerikanischen Kriminologin Freda Adler, Peru habe geringe Kriminalitätsprobleme, versteht sich die Untersuchung von Gabriela M. Sierck. Sie gibt eine Darstellung der allgemeinen sowie der politisch motivierten Kriminalität und der Menschenrechtsverletzungen und geht der Frage der Ursachen von Kriminalität und Gewalt im Entwicklungskontext nach.
Bd. 2, 1997, 560 S., 78,80 DM, br., ISBN 3-8258-3071-3

Reimer Hinrichs
Chronic Crime Victims
A German-American Comparative Study on Theory and Practice of Psychoanalytic Victimology
Bd. 3, 1997, 248 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3220-1

Maria Meyer-Höger
Der Jugendarrest – Genese und Kritik
Zur Entstehungsgeschichte einer Norm
Bd. 4, Herbst 1997, 288 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3235-x

Manfred Laumann
Ursachen der Verkehrsunfallflucht
Bd. 5, Herbst 1997, 280 S., 49,80 DM, br., ISBN 3-8258-3320-8

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

**Münsteraner Studien zur
Rechtsvergleichung**

herausgegeben von
Otto Sandrock, Bernhard Großfeld und
Claus Luttermann

Gregor Gundlach

**Die extraterritoriale Gesetzgebung der
USA für Tochtergesellschaften im Ausland**

Bd. 1, 1994, 256 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-89473-782-4

Rochus Schmitz

Zinsrecht

Zum Recht der Zinsen in Deutschland und in
der Europäischen Union

Bd. 2, 1994, 344 S., 59,80 DM, br., ISBN 3-8258-2004-1

Christian Strotmann

**Feindliche Unternehmensübernahmen in
den USA**

Bd. 3, 1994, 300 S., 58,80 DM, br., ISBN 3-8258-2195-1

Alexander S. Metallinos

Die europarechtskonforme Auslegung

Bd. 4, 1995, 208 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2133-1

Bernhard Großfeld; Herbert Roth (Hrsg.)

Verfassungsrichter

Rechtsfindung am U. S. Supreme Court und
am Bundesverfassungsgericht

Bd. 5, 2. Aufl. 1997, 550 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2264-8

Beatrix Jahn

**Das Urheberpersönlichkeitsrecht im
deutschen und britischen Recht**

Bd. 6, 1994, 208 S., 48,80 DM, br., ISBN 3-8258-2194-3

Julia Güthoff

**Organhandeln und Interessenkonflikt im
englischen Recht der Kapitalgesellschaften**

Bd. 7, 1995, 266 S., 58,80 DM, br., ISBN 3-8258-2207-9

Joachim Lang

**Die Entwicklung des tschechischen
Aktienrechts**

Bd. 8, 1995, 176 S., 44,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2392-X

Kristin Eike Krumsiek

**Die rechtliche Organisationsstruktur des
Deutschen und des Internationalen Roten
Kreuzes**

Bd. 9, 1995, 184 S., 48,80 DM, br., ISBN 3-8258-2520-5

Ralph Beckmann

Übernahmeangebote in Europa

Bd. 10, 1995, 248 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2584-1

Jens Liebert

**Europäische Integration und nationales
Recht am Beispiel des englischen und
irischen Fischereirechts**

Bd. 11, 1995, 192 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2696-1

Martin Tobias Frevert

**Kontrollstrukturen im Unternehmensrecht
der Republik Irland**

Bd. 12, 1996, 176 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2912-X

Lutz Münnich

Landrechte der Ureinwohner Australiens

Bd. 13, 1996, 184 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2770-4

Jochen Millentrup

**Aktionärsgruppen und
Entscheidungsmacht in der spanischen
Aktiengesellschaft**

Eine Untersuchung der spanischen
Rechtslage mit rechtsvergleichenden
Bezügen zum deutschen Aktiengesetz

Bd. 14, 1996, 304 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2790-9

Annette Kaffsack

**Die Stellung des Rechtsanwalts und der
Rechtsanwaltschaft in Japan**

Bd. 15, 1996, 320 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2821-2

Kai T. Boin

**Die Partnerschaftsgesellschaft für
Rechtsanwälte**

Am Beispiel des deutschen, englischen und
europäischen Rechts

Bd. 16, 1996, 496 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2823-9

Claus Burkardt

**Der Schutz der Familie in der
französischen Zwangsvollstreckung**

Bd. 17, 1996, 272 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2962-6

Markus Conrads

Verjährung im englischen Recht

Bd. 18, 1996, 248 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2964-2

Margitta Boin

**Die Erforschung der Rechtsverhältnisse
in den "Schutzgebieten" des Deutschen
Reiches**

Bd. 19, 1996, 224 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2290-7

Yingxia Su

**Die vertragsgemäße Beschaffenheit der
Ware im UNCITRAL-Kaufrecht im
Vergleich zum deutschen und chinesischen
Recht**

Bd. 20, 1996, 256 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3070-5

Carsten Christmann

**Englisches und schottisches Erbrecht im
Vergleich**

Bd. 21, 1997, 264 S., 59,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3306-2

Bernhard Großfeld; Oliver Sieg (Hrsg.)

Internationales Patentrecht

Bd. 22, Herbst 1997, 300 S., 49,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3376-3

Nico Olbrisch

**Die südafrikanische close corporation
und ihre strukturellen Unterschiede zur
deutschen GmbH**

Bd. 23, Herbst 1997, 240 S., 49,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3190-6

Sonderbände

Otto Sandrock

**Internationales Wirtschaftsrecht in
Theorie und Praxis/ International
Business Law in Theory and Practice**

Sonderband 1, 1995, 650 S., 78,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2253-2

IUS VIVENS

Abteilung A: Quellentexte zur Rechtsgeschichte
herausgegeben von Dr. Wolf-Dieter Barz (Karlsruhe),
Prof. Dr. Andreas Roth (Mainz) und Dr. Stefan Chr. Saar
(Münster)

Wolf-Dieter Barz

**Das Wesen des Malteserordens und die
Person des Christian von Osterhausen
Eine Einführung für das Lehrbuch
Osterhausens von 1644 zum Recht dieses
Ordens**

Bd. 1, Teilband 1, 1995, 60 S., br., gb.,
ISBN 3-8258-2119-6

Christian von Osterhausen

**Statuta, Ordnungen und Gebrauche/
deß Hochloeblichen Ritterlichen Ordens
S. Johannis von Jerusalem/ zu Malta/
Wobey zu gleich Von Stiftung und Anfang
dieses Hochloeblichen Ordens berichtet/
die Insul vnd Statt Malta beschrieben/
die Großmeister/ deren Erwehlung vnd
Ableiben/**

die Namen vnd Election der Priorn vnd
Groß Balleyen von Teutschland/ seyter der
Orden die Insul Rhodis verlohren/ erzehlet/
vnd etliche Paepste vnd Kaeyserliche
Privilegia angedeutet werden
Bd. 1, Teilband 2, 1995, 60 S., 320 S., br.,
ISBN 3-8258-2120-X/Teilband 1 + 2 zusammen 48,80 DM

Nikolas Heinrich Julius

**Vorlesungen ueber die Gefaengnis-Kunde
oder ueber die Verbesserung der**

Gefaengnisse und sittliche Besserung
der Gefangenen, entlassenen Straefflinge
u. s. w., gehalten im Fruehlinge 1827 zu
Berlin. Erweitert herausgegeben, nebst einer
Einleitung ueber die Zahlen, Arten und
Ursachen der Verbrechen in verschiedenen
europaeischen und amerikanischen Staaten
u. s. w.

Mit einem aktualisierten Nachwort
herausgegeben von Andreas Roth und
Stephan Chr. Saar

Bd. 2, 1997, 416 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2673-2

Reinhard von Hippel; Stefan Chr. Saar
(Hrsg.)

Kirchen zur Detention

Reprint mit Hinführung und Begleittexten
Bd. 3, 1997, 104 S., 29,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3080-2

IUS VIVENS

Abteilung B: Rechtsgeschichtliche Abhandlungen
herausgegeben von Prof. Dr. Heinz Holzhauser
(Westfälische Wilhelms-Universität Münster)

Karl Michael Eising

**Aspekte des englischen 'de facto'-Gesetzes
vom 14. Oktober 1495 (11 Henry VII c. 1)**

Das englische 'de facto'-Gesetz ist 500 Jahre alt.
Ursprünglich vom Parlament des ersten Tudorkönigs
Heinrich VII. als "Friedensinstrument" zum
Abschluß der Rosenkriege beschlossen, ist es bald
in Vergessenheit geraten. Unverdient – denn es
versuchte, humanitäre Erwägungen in die Thron-
kämpfe des 15. Jahrhunderts einzubringen. Doch

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

seine Mängel, die in der vorliegenden Arbeit dargestellt werden, verhinderten seine Festigung im Verfassungsbewußtsein der Engländer: die *Rule of Law* hat es nicht in ihren Wirkungskreis aufgenommen.

Bd. 2, 1995, 160 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2521-3

Emanuel Prinz zu Salm-Salm
Die Entstehung des fürstlich Salm-Salm'schen Fideikommisses unter besonderer Berücksichtigung der vor den höchsten Reichsgerichten geführten Prozesse bis zum Pariser Brüdervergleich vom 5. Juli 1771

Bd. 3, 1996, 224 S., 48,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2605-8

Aloys Nacke
Markenrecht und Markengerichtsbarkeit im Münsterland
Von den Anfängen bis zum Beginn der Neuzeit

"Die gemeinen Marken – auch Allmende genannt – sind eine in der Geschichte verbreitete Erscheinung, die in der vorliegenden Arbeit unter räumlicher Beschränkung auf das Münsterland behandelt werden. Es wird die Entstehung der Marken, ihre Verwaltung, Verfassung und Rechtsprechung in der Zeit, für die uns Quellen in Form von Weistümern und Markenordnungen vorliegen, untersucht. Diese spezifischen Quellen versiegen schrittweise mit Beginn des 17. Jahrhunderts. Durch das Hervortreten der Erbxen – so wurden die an der Mark berechtigten Gutsherren bezeichnet – als bestimmender Schicht gegen Ende des 15. Jahrhunderts und der Romanisierung der Holzgerichte im 16. Jahrhundert erfuhren die gemeinen Marken eine tiefgreifende Änderung."

Bd. 4, 1996, 208 S., 58,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2736-4

Dieter Krimphove
"Wir haben ein Gesetz ...!"
Rechtliche Anmerkungen zum Strafverfahren gegen Jesus

Bd. 5, 1997, 192 S., 39,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2706-2

Stefan Chr. Saar
Ehe, Scheidung, Wiederheirat
Studien zur Geschichte der Ehe und des Ehescheidens vom 6. bis zum 15. Jahrhundert

Bd. 6, Herbst 1997, 850 S., 98,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3081-0

Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht

herausgegeben von Prof. Dr. Marian Paschke
(Universität Hamburg)

Andreas W. Renck
Der Einfluß der INCOTERMS 1990 auf das UN-Kaufrecht
Eine Untersuchung zu den rechtlichen Wirkungen der INCOTERMS 1990 im Recht des internationalen Warenkaufs

Bd. 1, 1995, 304 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2582-5

Peter Seemann
Schranken des EG-Kartellrechts für die Ausgestaltung von Handelsvertreterverträgen
Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Erschließung von Artikel 85 Abs. 1 EG-Vertrag

Bd. 2, 1995, 288 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2658-9

Plamen Djilianov
Umwandlung und Privatisierung staatlicher und gemeindlicher Unternehmen nach dem bulgarischen Recht

Bd. 3, 1996, 376 S., 88,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2712-7

Björn-Axel Dißars
Das Negativtest nach europäischem Kartellrecht

Bd. 4, 1996, 416 S., 88,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2887-5

Christine Reisinger
Die Anerkennung von Konkursverfahren im deutsch-ungarischen Rechtsverkehr

Bd. 5, 1996, 216 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2895-6

Volker Knies
Der wettbewerbliche Leistungsschutz – eine unzulässige Rechtsfortbildung?

Bd. 6, 1996, 216 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2922-7

Ralph Ulrich Knist
Kapitalvermögen und Steuerhinterziehung
Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuer- und Verfahrensrechts in Österreich, Luxemburg, Deutschland und der Schweiz

Bd. 7, 1996, 296 S., 88,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2960-x

Notker Lützenrath Designschutz im Europäischen Binnenmarkt

Das Geschmacksmusterrecht auf dem Wege zur Supranationalität

Bd. 8, 1996, 288 S., 78,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2988-x

Jan Kreikenbohm
Die Kapitalkostenumlage auf den Mieter nach §5 MHG

Bd. 9, 1997, 208 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-3176-0

Jessica Annabell Ebert
Die Gegendarstellung in Deutschland und den USA

Das Gegendarstellungsrecht als Beitrag zur Gewährleistung von Persönlichkeitsschutz und Meinungsvielfalt in den Massenmedien

Bd. 10, 1997, 272 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-3226-0

Dieter Strubenhoff
Die Klageberechtigung im UWG nach der Novelle 1994

Bd. 11, 1997, 240 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-3241-4

Peter Lucke
Internationaler Währungsfonds
Strukturen, Finanztransaktionen und Konditionalität aus völkerrechtlicher Sicht

Bd. 12, 1997, 368 S., 59,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-3263-5

Beate Schürmann
Rechtsformwahl freiberuflicher Zusammenarbeit am Beispiel der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe

Bd. 13, 1997, 296 S., 68,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-2161-7

Martin Georges Eckert
Die Liberalisierung internationaler Finanzdienstleistungen durch das General Agreement on Trade in Services (GATS)
Unter besonderer Berücksichtigung internationaler Bankdienstleistungen

Bd. 14, Herbst 1997, 216 S., 69,80 DM, gb.,
ISBN 3-8258-3521-9

Schriften zum Seehandelsrecht

herausgegeben von Prof. Dr. Rolf Herber
(Hamburg)

Imke Wulfmeyer
Das niederländische Recht des multimodalen Transportvertrages
Eine Analyse seiner Eignung als Vorbild für den deutschen Gesetzgeber

Bd. 1, 1996, 188 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2870-0

Christine Wersel
Das Übereinkommen über Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypotheken der UNCTAD und der IMO vom 6. Mai 1993

Bd. 2, 1996, 216 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-2914-6

Gesa Bemm
Rechtsprobleme der großen Haverei und des Dispatcheverfahrens

Bd. 3, 1997, 184 S., 69,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3232-5

Silke Nieschulz
Der Arrest in Seeschiffen
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen, niederländischen und englischen Rechts

Bd. 4, 1997, 184 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3277-5

Kay Uwe Bahnen
Internationales Übereinkommen von 1989 über Bergung

Bd. 5, 1997, 256 S., 78,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3371-2

Maren Eilenberger-Czwalinna
Haftung des Verfrachters nach dem Zweiten Seerechtsänderungsgesetz
Rechtshistorische und entstehungsgeschichtliche Hintergründe der Neuregelung

Bd. 6, Herbst 1997, 208 S., 68,80 DM, br.,
ISBN 3-8258-3402-6

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Bestellungen über: Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251 – 23 50 91 Fax: 0251 – 23 19 72