

Münsteraner Studien zur Rechtsvergleichung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Otto Sandrock Prof. Dr. Bernhard Großfeld
und Dr. Claus Luttermann

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

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

Markus Conrads

Verjährung im englischen Recht

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

Claus Burkardt

Der Schutz der Familie in der französischen Zwangsvollstreckung

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

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

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

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

Lutz Münnich

Landrechte der Ureinwohner Australiens

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

Martin Tobias Frevert

Kontrollstrukturen im Unternehmensrecht der Republik Irland

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

Jens Liebert

Europäische Integration und nationales Recht am Beispiel des englischen und irischen Fischereistrets

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

Ralph Beckmann

Übernahmeangebote in Europa

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

Kristin Eike Krumstiek

Die rechtliche Organisationsstruktur des Deutschen und des Internationalen

Roten Kreuzes

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

Joachim Lang

Die Entwicklung des tschechischen Aktienrechts

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

Buchbestellung über den Buchhandel und den

LIT Verlag Münster – Hamburg – London

Dieckstr. 73 48145 Münster Tel.: 0251/23 50 91 Fax: 0251/23 19 72

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 1995/96

Jahresheft

der

Internationalen Juristenvereinigung

Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
Katharinenstraße 24, D-49069 Osnabrück
Telefon 0541/969-4471 - Telefax 0541/969-4466

Schriftleitung: Hans Jürgen Hilling und Guido Plaßmeier

Zitierweise: IJVO 5 (1995/96), S. ...

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

© 1996 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

Das jetzt vorliegende fünfte Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) berichtet über die Aktivitäten der IJVO im Jahre 1995. Es umfaßt die Vorträge von Herrn Dr. *Oliver Remien*, Herrn Prof. Dr. *J.H.M. van Erp* und Herrn *Jürgen Thieme*. Außerdem enthält das Jahresheft in Fortführung der Tradition seiner Vorgänger Herrn Prof. Dr. *Christian v. Bars* Bericht über die aktuelle Tätigkeit des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück.

Dieses Jahresheft ist nicht so umfangreich wie sein Vorgänger, und es erscheint relativ später. Für das letztere sind in der Hauptsache technische Schwierigkeiten bei der Erstellung der Manuskripte verantwortlich gewesen, die wir zu entschuldigen bitten. Möge das Resultat der Bemühungen dieser Mühen um so mehr wert gewesen sein! Der geringere Umfang ist dadurch bedingt, daß die Zahl von Veranstaltungen, über die zu berichten ist, geringer ist als 1994. Leider hat z.B. die projektierte und angebotene Fahrt nach Südtirol nicht stattfinden können, weil sich nicht genug Interessenten fanden. Der kleinere Rahmen der informellen Veranstaltungen schließlichschließlich fehlt völlig. Auch die IJVO ist gezwungen, im Zeitalter der viel beschäftigten Menschen und der gut gefüllten Terminkalender lange im Voraus zu planen. Darüber scheint die Möglichkeit zu kleineren, gleichsam eingeschobenen Angeboten bedauerlicherweise zu verschwinden.

Wie üblich gilt unser herzlicher Dank dem Redaktionskomitee, ohne dessen Arbeit dieses Jahresheft nicht erschienen wäre. In diesem Jahr hatten sich freundlicherweise *Guido Plaßmeier* und *Hans-Jürgen Hilling* bereit erklärt. Zu danken ist darüber hinaus allen Mitgliedern, die durch ihr Engagement und ihre Unterstützung geholfen haben, unsere inzwischen von der Mitgliederzahl nicht mehr ganz so kleine Vereinigung am Leben zu erhalten.

Osnabrück, im August 1995

für das Präsidium 1995/96
Dr. Peter Mankowski

Inhalt dieses Heftes

Vorwort

Vorträge und Veranstaltungen

Remien, Oliver
Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union?
Legislative und gerichtliche Wege 1

van Erp, J.H.M.
Der Einfluß des neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek außerhalb
der Niederlande 37

Thieme, Jürgen
Vermögensgerichtsstände, Inlandsbezug und Partikularkonkurs.
Auf den Spuren eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im deutschen
und im europäischen Internationalen Konkursrecht
(§ 238 KO, § 22 GesO, Art. 102 EGVinsO, Artt. 3, 29, 32 EuKÜ 1995) 44

Miszellen

v. Bar, Christian
Nachrichten aus dem Institut 96

Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union?

- Legislative und gerichtliche Wege -*

Von OLIVER REMIEN, Hamburg

I. Nation - Europa - Privatrecht

Die Europäische Gemeinschaft und Union wächst, am 1.1.1995 um Österreich, Schweden und Finnland, künftig vielleicht um weitere Staaten, die derzeit noch draußen vor der Tür stehen. In vielerlei Hinsicht gewachsen sind auch die Felder und die Bedeutung der Tätigkeit der europäischen Institutionen. In den vergangenen Jahren ist zunehmend klarer geworden, daß Europa nicht mehr nur das Wirtschaftsverwaltungsrecht betrifft, sondern bald alle Rechtsgebiete, auch das Privatrecht. In einigen Ländern hat sich darum schon eine schäumende Woge von Beiträgen zum europäischen Privatrecht über die Leser ergossen¹. In strahlenden Zukunftsentwürfen werden Probleme der föderalen Kompetenzverteilung und der juristischen Infrastruktur gelegentlich kleingeschrieben. Aber schöne Worte reichen nicht, man muß die Frage stellen: Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union?

Man könnte statt von der Denationalisierung auch von der Europäisierung des Privatrechts sprechen². Dies ist sogar der übliche Sprachgebrauch, soweit von einem solchen überhaupt schon

* Überarbeitete Fassung eines Vortrages vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück am 1.2.1995.
1 Nachweise etwa bei Reiner Schulze, Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht: ZEuP 1 (1993) 442-474 (459f.), der bemerkt: "Innerhalb weniger Jahre hat sich damit ein neues Arbeitsfeld der Privatrechtswissenschaft zu konstituieren begonnen". Rechtshistoriker sehen hier zum Teil eine neue Aufgabe, - so Schulze ebd. 466; Reinhard Zimmermann, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit: JZ 1992, 8-20; ders., "Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...", Conditio tacita, implied condition and the Fortbildung des europäischen Vertragsrechts: AcP 193 (1993) 120-173 (169-173) -, zum Teil eine Gefährdung und Verkürzung ihrer Disziplin, - etwa Pio Caroni, Der Schlußbruch der Geschichtlichkeit, Anmerkungen zum Neo-Pandektismus: ZNR 16(1994) 85-100 (dort 99: "fiktive) Vergangenheit zur Beeinflussung einer ungewissen Zukunft"); Tomášz Gárg, Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermengung: IUS COMMUNE XXI (1994) 1-43; Friedrich Kübler, Traumpfade oder Holzwege nach Europa? Oder: Was wir uns von der Rechtsgeschichte wünschen sollten: Rechtshistorisches Journal 12 (1993) 307-314 (311), sowie diverse weitere Beiträge in jener Zeitschrift; praktische Beispiele für eine europäische Nutzung des ius commune bei Rolf Knütel, Rechtseinheit in Europa und das römische Recht: ZEuP 1994, 244-276. Die Rechtssoziologie scheint hinterherzuhinken, vgl. Armin Höland, Die Rechtssoziologie und der unbekannt Kontinent Europa, in: ZIRsoz. 14 (1993) 177-189.

2 Zugleich gibt es eine Amerikanisierung, manchmal in europäischem Gewand, siehe Wolfgang Wiegand, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988 (1988) 229-262; ders., The reception of American Law in Europe: Am. J. Comp. L. 39 (1991) 229-248; Rolf Stürner, Die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: FS. Rebmann (1989) 839-860; auch Ernst A. Kramer, Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsrechts im ausgehenden Jahrhundert: Schweiz. Z. WirtR 1990, 249-256 (255). Vgl. auch Ugo Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law.

die Rede sein kann³. Ein künftiges europäisches ius commune sei, so wird uns gesagt, "vor allem in Deutschland in den letzten Jahren en vogue"⁴; "vor Sonntagsreden" wird jedoch zugleich, und zu Recht, gewarnt⁵. Allerdings nicht nur Deutsche, mindestens auch Italiener⁶, Niederländer und Flamen⁷ reden und schreiben viel und gern über Europäisches Privatrecht.

Von der Denationalisierung des Privatrechts - der Anklang an "decodificazione"⁸ ist nicht ganz zufällig - spricht, soweit zu sehen, noch niemand⁹. Jedenfalls ein fast neues Wort also. Aber Europäisierung und Denationalisierung sind natürlich doch nur die zwei Seiten derselben Medaille oder dieselbe Sache in verschiedenfarbigem Licht. "Europäisierung" scheint zu betonen, was wir gewinnen, "Denationalisierung" scheint zu bedenken, was wir vielleicht verlieren.

Von Denationalisierung zu sprechen ist selbstverständlich nur sinnvoll, wenn man den gegenwärtigen oder bisherigen Zustand des Privatrechts in einigem Umfang als national bezeichnen muß. Daran mag man gerade in Österreich mit seiner großen Naturrechtskodifikation ABGB zweifeln. Wenn das ABGB, wie ein österreichischer Rechtshistoriker sagt, "[m]it seinen nicht territorial fixierten systematisch-logischen Konstruktionen ... eine tatsächlich von Zeit und Ort unabhängige Kodifikation"¹⁰ ist, so könnte es scheinen, als betreffe die Denationalisierung durch Europäisierung vielleicht die anderen, Österreich jedoch nicht. Aber ganz so idealtypisch wird die Realität nicht sein.¹¹

Am. J. Comp. L. 42 (1994) 195-218 (mit der These einer "inverse relationship between leadership in Western law and the degree of positivism and localism").

³ "Eingebürgert" nennt diese Bezeichnung Willibald Posch, Über "Europäisierung" und "Dekodifikation" des Privatrechts als Konsequenz der Teilnahme Österreichs am Europäischen Wirtschaftsraum, in: Recht und Politik in einem größeren Europa, Libellus Amicorum Graecensium Hans-Joachim Glaesner (1993) 13-31 (20).

⁴ Sonnenberger, Vorwort S. 5 zu M. Ferid/H.J. Sonnenberger, Das Französische Zivilrecht, Band 1/1 (2. Aufl. 1994).

⁵ Ders. ebd.

⁶ Etwa Il diritto privato europeo: Problemi e prospettive, Atti del convegno internazionale Maccratta 8-10 giugno 1989, a cura di Luigi Moccia (1993). Giuseppe Gandolfi, L'unificazione del diritto dei contratti in Europa: mediante o senza la legge? Riv. dir. civ. 39 (1993) II. 149-158.

⁷ Etwa Filip De Ly, Europese Gemeenschap en privaatrecht, Uitwerking van de rede uitgesproken ... te Rotterdam op donderdag 7 oktober 1993 (1993); E. H. Hondius, Naar een Europees Burgerlijk Recht, sowie L.A.D. Keus, Europees privaatrecht - Een bonte lappendeken, beide in: Preadviezen, uitgebracht voor de Vereniging Burgerlijk Recht en de Nederlandse Vereniging voor Europees Recht (1993), alle mit vielen Nachw.

⁸ Natalino Irti, L'età della decodificazione, in: diritto e società 1978, 613-639, sowie das gleichnamige Buch (3. Aufl. 1989); kritisch dazu Salvatore Patti, Zivilgesetzbücher in Europa - Krise und Reform (Saarbrücken 1983) 4ff. (Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, 23).

⁹ Hein Kötz, Europäische Juristenusbildung, in: Privatrechtsvergleichung und IPR an der Universität Innsbruck (1992) 21-33 (29) (Veröffentlichungen der Universität Innsbruck, 186) gebraucht den Ausdruck einmal im Zusammenhang mit dem Rechtsunterricht; Uwe Blaurock, Wege zur Rechtseinheit im Zivilrecht Europas, in: Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, - Bedingungen, Ziele, Methoden - (1992) 90-116 (115) erwähnt die "Entnationalisierung" von Rechtsgebieten.

¹⁰ W. Braunerder, Faktoren der Privatrechtsvereinheitlichungen um 1800 und um 1900, in: Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit, Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992 (Lund 1993) 1-11 (3).

¹¹ Vgl. auch Wilhelm Braunerder, Europäisches Privatrecht - aber was ist es? (Anmerkungen zu Coing und Zimmermann). ZNR 15 (1993) 225-235, der 229, 235 eine "Etiatisierung" anerkennt, wenn er auch den Ausdruck "Nationalisierung des Privatrechts" ablehnt, den Helmut Coing, Europäisches Privatrecht II: 19.

Denkt man an die drei Bereiche Gesetzgebung, Rechtsprechung, Rechtswissenschaft, so treten die nationalen Züge der europäischen Privatrechtsordnungen im allgemeinen, allem universalistischen Idealismus zum Trotz, klar hervor: Ein Beispiel aus der Gesetzgebung ist etwa das neue österreichische Privatstiftungsgesetz¹², wie man es in Deutschland nicht kennt¹³, die Rechtsprechung etwa ist in Österreich, Italien und England in ihrem Stil¹⁴, ihrer Effizienz¹⁵, ihrer Zugänglichkeit¹⁶ sicher unterschiedlich, die Rechtswissenschaften schließlich sind nicht nur in Stil und Methode verschieden, sondern nehmen in den größeren Ländern voneinander zudem kaum Notiz. Natürlich kann man Rechtskreise, Rechtsfamilien oder Privatrechtsgruppen bilden und in ihnen jeweils einige eng verwandte nationale Rechtsordnungen zusammenfassen¹⁷. Ferner kann man auf die grundlegenden Gemeinsamkeiten der europäischen Privatrechtsordnungen hinweisen: Vertragsfreiheit, Privateigentum usw.¹⁸. Schließlich gibt es gegenseitige Beeinflussungen und über den Kontinent wandernde Reformtrends¹⁹. Aber am Ergebnis ändert dies nichts. Spätestens seit Einführung der großen nationalen Kodifikationen - oder, in England, der Herausbildung des common law der Königlichen Gerichte - wird im Privatrecht national entschieden. Privatrecht war daher bisher in Europa weithin eine nationale Veranstaltung. Es wird ein "nationales

Jahrhundert (1989) 1, vgl. auch I. Altes Gemeines Recht (1500-1800) (1985) 79ff., gebraucht. - "Das materielle Zivilrecht ist ... in weiten Bereichen noch immer eine rein nationale Angelegenheit", bemerkt in Österreich zur Gegenwart etwa Gottfried Musger. Das Überkommen von Lugano: Internationales Zivilverfahrensrecht für den europäischen Wirtschaftsraum. ÖRZ 1993, 192-207 (207, ähnl. 192). "Mit den naturrechtlichen Kodifikationen des Privatrechts wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Kontinentaleuropa eine Phase von zweihundert Jahren autonomer national-staatlicher Rechtsentwicklung eingeleitet", sagen Franz Mähnhardt/Wilfried Posch, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht, Eine Einführung in die internationalen Dimensionen des Privatrechts (1994) 127.

¹² Bundesgesetz über Privatstiftungen, öBGBI. 694/1993, ausführlich dazu Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, hrg. von Peter Csoklich/Michael J. Müller/Bernhard Gröhs/Franz Heibich (1994).

¹³ Vgl. Arndt Stengel, Das zukünftige österreichische Privatstiftungsgesetz aus deutscher Sicht: RIW 1993, 818-821. Über private Stiftungen in der Gemeinschaft Schriftliche Anfrage E-422/94 (Bru Purón) und Antwort von Herrn Vanni d'Archirafi im Namen der Kommission (29.4.1994), ABI. 1994 C 306/35.

¹⁴ Hein Kötz, Der Stil höchstrichterlicher Entscheidungen (1973); siehe auch den Band La sentenza in Europa, Metodo, tecnica e stile, Ferrara 10-12 Ottobre 1985, hrg. von der Università degli studi di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza (1988).

¹⁵ Allgemein zum "Rechtsklima" Reinhold Geimer, Internationales Zivilprozessrecht (2. Aufl. 1993) Rz. 96, 1102, 1926.

¹⁶ - etwa: Kostenregelung, einstweiliger Rechtsschutz, Mahnverfahren, instruktiv die Länderberichte bei Stephen O'Malley/Alexander Layton, European Civil Practice (1989) 1169ff.; siehe auch das unten Fn. 153 genannte Grünbuch.

¹⁷ Etwa Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, I: Grundlagen (2. Aufl. 1984) 72ff. Franz Böhm in: Ernst-Joachim Messmacker, Über die Rolle der Politik in der Marktwirtschaft, Dargestellt anhand eines unveröffentlichten Briefes von Franz Böhm: ORDO 29 (1978) 1-13 (11); Peter-Christian Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen, in: Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, FS Böhrer (1992) 303-343 (307); Fritz Rittner, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht: JZ 1991, 838-846 (842); siehe auch Christian Schmidt-Leithoff, Gedanken über die Privatrechtsordnungen als Grundlage zum EWG-Vertrag, in: Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, FS Rittner (1991) 596-611 (604-607).

¹⁸ Von Osmose zwischen den nationalen Gesetzgebungen in Europa spricht Olivier Beaud, Ouverture, L'Europe entre droit commun et droit communautaire: Droits, Revue française de théorie juridique 14/1991, 3-16 (9).

Privatrechtsparadigma" diagnostiziert²⁰. Und man findet sogar den Satz: "die Pluralität der nationalen Rechte ist ein Teil der Identität der europäischen Rechtskultur."²¹

Bringt nun die Europäische Union die Denationalisierung des Privatrechts? Wenn ja, so ist es wohl keine Übertreibung, sondern bloß eine Beschreibung, wenn man sagt: Dies bedeutet den Anfang einer neuen Epoche in der Privatrechtsentwicklung in Europa.

Denationalisierung alias Europäisierung des Privatrechts ist auf verschiedenen Wegen denkbar. Die zwei neben der wünschenswerten Europäisierung der Rechtswissenschaft²² vielleicht wichtigsten Wege, jedenfalls die mit unmittelbar und verbindlicher Wirkung, sollen hier näher analysiert werden: der legislative Weg (sogleich II.) und der gerichtliche Weg (unten III.).

II. Legislativer Weg

Die unendliche Vielzahl der Aspekte legislativ geschaffenen europäischen Privatrechts läßt sich in drei Sequenzen bündeln: Rechtsangleichung in EGV und Gemeinschaftspraxis (1); Europäisches Zivilgesetzbuch? (2); Europäische juristische Infrastruktur (3). Danach können die weiteren Aussichten betrachtet werden (4).

1. Rechtsangleichung im EGV und die Gemeinschaftspraxis

Grundlage muß eine Bestandsaufnahme sein. Wie bekannt, hat der EWG-Vertrag schon in seiner ursprünglichen Fassung eine Rechtsangleichung vorgesehen. Ganz wichtig war das Zollrecht nach Art. 27 EGV, und es ist wohl kein Zufall, daß die EG in diesem Bereich jetzt über ihre erste Kodifikation verfügt, den am 1.1.1994 in Kraft getretenen Zollexkodex²³. Von Anfang an war von der Rechtsangleichung aber das Privatrecht mit erfäht, etwa in dem speziellen gesellschaftsrechtlichen Angleichungsauftrag des Art. 54 Abs. 3 lit. g²⁴, ferner auch mittels der allgemeinen Vorschriften der Art. 3 lit. h, 100 EWGV. Ferner sind die Art. 220 und 235 EWGV

²⁰ Ernst A. Kramer, Vielfalt und Einheit der Wertungen im Europäischen Privatrecht, in: Recht, Staat und Politik am Ende des Zweiten Jahrtausends, FS Arnold Koller (1993) 729-750 (731ff.) mit eindrucksvollen Zitaten.

²¹ Peter Häberle, Europäische Rechtskultur, Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten (1994) 27.

²² Dazu Axel Flessner, Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung: RabelsZ 56 (1992) 243-260; Helmut Coing, Europäisierung der Rechtswissenschaft, NJW 1990, 937-941; Oliver Remien, Europäische Rechtswissenschaft - Voraussetzung oder Folge europäischer Rechtsangleichung? in: Europäische Integration als Herausforderung des Rechts: Mehr Marktrecht - weniger Einzelgesetze (1991) 124-131/138 (Veröffentlichungen des Hanns Martin Schleyer-Stiftung, 32); ferner Heinz-Peter Mansel, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit: JZ 1991, 529-534.

²³ Verordnung (EWG) Nr. 2913/92 des Rates vom 12.10.1992 zur Festlegung des Zollexkodex der Gemeinschaften, ABl. 1992 L 302/1-50 und Verordnung (EWG) Nr. 2454/93 der Kommission vom 2.7.1993 zur Durchführung des Zollexkodex, ABl. 1993 L 253/1-749; dazu Michael Ivens, Der Zollexkodex der Europäischen Union: WiB 1995, 104-109.

²⁴ Peter Behrens, Gesellschaftsrecht, in: Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, hrg. von Manfred A. Dauses (1993) 575-628; Marcus Lutter, Europäisches Unternehmensrecht (3. Aufl. 1991); Klaus J. Hopt, Harmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, - Status quo, Probleme, Perspektiven - ZGR 1992, 265-295.

zu nennen. Walter Hallstein, von dem auch das - heute angesichts der Praxis und des Maastrichter Vertrages allerdings nicht mehr so treffsichere²⁵ - Wort von der EWG als "Rechtsgemeinschaft" stammt²⁶, hat dazu fast emphatische Worte gefunden. Er stellt die Rechtsangleichungspolitik vorgefundenen, veralteten, versteinerten Regelungen gegenüber, indem er sagt:

"Hier setzt die Rechtsangleichung ein, die den Organen der Europäischen Gemeinschaften aufgegeben ist. Welch eine Aufgabe, und welch eine Chance! Zum erstenmal ist die Rechtsvereinheitlichung nicht dem Zufall, dem freien Spiel der ungebundenen volkerrechtlichen Verständigung anheimgegeben, sondern es sind Zuständigkeiten dafür, Verpflichtungen dazu geschaffen; es ist ein Interessengefälle in dieser Richtung, es ist ein mächtiger organisierter Impuls dazu hergestellt worden."²⁷

Diese institutionalisierte Rechtsangleichung ist als "etwas Außerordentliches"²⁸ bezeichnet worden, als ein "Integrationsinstrument"²⁹, ja "ein Integrationsfaktor von hervorragender eigenständiger Bedeutung"³⁰. Und in der Tat zeigt ein Blick auf die vielen einzelnen Rechtsangleichungsmaßnahmen, daß viel, wenngleich nicht alles, erreicht worden ist. Das Privatrecht hat dabei nicht im Vordergrund gestanden, doch wurden schon 1965 auch privatrechtliche Materien genannt, so das Patent- und Warenzeichenrecht, das Gesellschaftsrecht³¹, die Versicherungsverträge³², und auch für das Recht des unlauteren Wettbewerbs waren schon damals Arbeiten im Gange³³. Später kam die Verbraucherpolitik hinzu, und schon das 1. Verbraucherprogramm von 1975³⁴ nannte unter der Überschrift "Schutz der

²⁵ Vgl. dazu Ernst-Joachim Mestmäcker, Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur Wirtschafts- und Währungsunion, in: Der Staatenverbund der Europäischen Union, hrg. von Hommelhoff und Kirchhof (1994) 113-130 (120ff.); ders., Rom oder Maastricht, in: ders., Recht in der offenen Gesellschaft (1993) 618-624 (622f.) spricht von einer Gefährdung der "normativen Legitimation" der Gemeinschaft; ferner Ernst Steindorff, Quo vadis Europa? Freiheit, Regulierung und soziale Grundrechte nach den erweiterten Zielen der EG-Verfassung, in: Weiterentwicklung der Europäischen Gemeinschaften und der Marktwirtschaft, Referate des XXV. FIW-Symposiums (1992) 11-86 (12) (FIW-Schriftenreihe, 148).

²⁶ Walter Hallstein, Die EWG - Eine Rechtsgemeinschaft, Ehrenpromotion, Universität Padua 12.3.1962, in: ders., Europäische Reden (1979) 341-348.

²⁷ Walter Hallstein, Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: RabelsZ 28 (1964) 211-231 (230).

²⁸ Hans Claudius Taschner, Privatrechtsentwicklung durch die Europäische Gemeinschaft - Rechtsgrundlagen, Ziele, Sachgebiete, Verfahren, in: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, hrg. von Peter-Christian Müller-Graff (1993) 155-165 (157).

²⁹ Vgl. Pieter Verloren Van Themaat, Rechtsangleichung als Integrationsinstrument, in: Zur Integration Europas, FS Ophüls (1965) 243-256.

³⁰ EWG, Kommission, 8. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft (1.4.1964-31.3.1965) (1965) 85.

³¹ EWG, 8. Gesamtbericht 84f.

³² Ebd. 88 unter 4. der Tabelle. Zum geringen Erfolg dieses Vorhabens Fritz Reichert-Facilides/Bernhard Rudisch, Auswirkungen des EWR auf das österreichische Versicherungsrecht. Zugleich ein Beitrag zum Recht der Dienstleistungen in EWG und EWR, in: Der Europäische Wirtschaftsraum und Österreich, Rechtliche und ökonomische Auswirkungen des EWR (1994), hrg. von Waldemar Hummer 175-191 (182) m.Nachw.; kritisch Rudolf Gärtner, EG-Versicherungsinnenmarkt und Versicherungsvertragsrecht: EWS 1994, 114-123.

³³ Ebd. 93 unter 11. der Tabelle.

³⁴ Entschliessung des Rates vom 14.4.1975 betreffend ein erstes Programm der EWG für eine Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher, ABl. 1975 C 92/1-16.

wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher³⁵ legislative Maßnahmen im Bereich der allgemeinen Geschäftsbedingungen³⁶, der Schädigung durch fehlerhafte Waren oder unzureichende Dienstleistungen, der irreführenden Werbung, des Kundendienstes bei langlebigen Konsumgütern, des Verbraucherkredits. Die zahlreichen Maßnahmen nicht nur bei Gesellschaftsrecht und gewerblichem Rechtsschutz, sondern auch im Arbeitsrecht, im Verbrauchervertragsrecht und im Haftungsrecht sind bekannt. Die Liste der privatrechtlichen Rechtsangleichungsakte ist lang, zu lang, um sie hier aufzumachen³⁷.

Allerdings ist der Weg der Rechtsangleichung nicht gerade verlaufen: Ende der siebziger Jahre, also einige Zeit nach dem britischen Beitritt, kam es - nach, wie es heißt, "jährlichen Kampagnen"³⁸ gegen einige Angleichungsvorhaben - zu einem gewissen Stillstand der Rechtsangleichung. Die Kommission faßte 1978 auf einer inoffiziellen Sitzung im belgischen Comblain-la-Tour³⁹ einen Beschluß, der aus aktuellen Subsidiaritätsdebatten stammen könnte:

"Zweitens sollten wir strengere Maßstäbe als bisher anlegen, wenn die Kommission Vorschläge für Rechtsvorschriften erstellt, die häufig von untergeordneter Bedeutung sind. Wir sind übereingekommen, uns bei der Beurteilung, ob Harmonisierungsvorschläge notwendig sind, auf folgende Kriterien zu stützen.

Fördern die Vorschläge den Handel in der Gemeinschaft? Festigen sie die Grundlagen der Wirtschafts- und Währungsunion? Sind sie wirklich notwendig und ist die Kommission hierfür die geeignete Stelle? Sind sie vom Personalbedarf her gesehen im Rahmen unserer begrenzten Möglichkeiten zu rechtfertigen?"

In der Folge wurden einige Richtlinienvorschläge zurückgezogen und eine große Anzahl begonnener Arbeiten eingestellt: von AGB über Bürgschaftsrecht, Fernunterrichtsschutz und Versicherungsvertragsrecht bis zu unlauterem Wettbewerb oder Insidergeschäften⁴⁰.

Einen neuen Start brachte dann die *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung von 1979⁴¹, die nun auch technische Handelshemmnisse der unmittelbar anwendbaren Warenverkehrsfreiheit des Art. 30 EWG unterstellte, das Bedürfnis nach legislativer Rechtsangleichung also einschränkte "Weniger ... Rechtsgemeinschaft, sondern mehr ... Marktgemeinschaft" ist dazu bemerkt worden⁴².

³⁵ Ebd. S. 6.

³⁶ - die Formulierung ist weiter -

³⁷ Lange Liste bei *De Ly* (oben Fn. 7) 4-13, viele Angaben bei Peter-Christian Müller-Graff, *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, - Ansatzpunkte, Ausgangspunkte, Ausfaltungen - in: *Gemeinsames Privatrecht* (oben Fn. 28) 7-44; ein Überblick schon bei Oliver Remien, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*: JZ 1992, 277-284; für ihre Bereiche umfassend *Lutter*, *Europäisches Unternehmensrecht* (oben Fn. 24); *Norbert Reich*, *Europäisches Verbraucherschutzrecht*, Binnemarkt und Verbraucherinteresse (2. Aufl. 1993).

³⁸ Ivo E. Schwartz, 30 Jahre EG-Rechtsangleichung, in: *Eine Ordnungspolitik für Europa*, FS von der Groeben (1987) 333-368 (344).

³⁹ Dazu Schwartz, 30 Jahre (vorige Fn.) 348.

⁴⁰ Vgl. Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 349.

⁴¹ EuGH 20.2.1979 - Rs. 120/78 (*REWE* / *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*/Slg. 1979, 649 (662) Erw. 8).

⁴² Jürgen Ensthaler, *Rechtsharmonisierung zur Verwirklichung des Binnenmarktes - Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Gesellschaftsrecht*, in: *Europäischer Binnenmarkt - Stand und Perspektiven der*

Hauptaufgabe der Rechtsangleichung war nun "nur" noch die Festlegung der "zwingenden Erfordernisse", die nach der Rechtsprechung Beschränkungen der Grundfreiheiten rechtfertigten⁴³. Das war der sogenannte "Neue Ansatz"⁴⁴, der in der Einheitlichen Europäische Akte von 1986 und dem Binnenmarktprogramm umgesetzt wurde⁴⁵.

Wie sich die Rechtsangleichung unter dem Maastrichter Unions-Vertrag entwickeln wird, wird man sehen. Das Subsidiaritätsprinzip des Art. 3b, die Verbraucherschutzvorschrift des Art. 129a EG-Vertrag und die "justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen" des Art. K.1 Nr. 6 EUV könnten neue Akzente setzen - aber welche? Das beleuchtet man am besten erst nach einem Rundblick auch auf die anderen Entwicklungen im legislativen wie gerichtlichen Bereich (II. 4 und IV.).

2. Europäisches Zivilgesetzbuch?

a) Initiativen

Einen deutlichen Akzent setzen Initiativen zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch. Das Europäische Parlament hat in einer Entschließung vom 26. Mai 1989⁴⁶ u.a. gefordert,

"daß mit den erforderlichen Vorbereitungsarbeiten zur Ausarbeitung eines einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht begonnen wird, wobei alle Mitgliedsstaaten ersucht werden, nach angemessenen Beratungen zu erklären, ob sie sich an der geplanten Vereinheitlichung beteiligen möchten."

Dies hat zunächst keiner gehört, und nichts ist erfolgt. Das Europaparlament hat dann wie von einigen gewünscht⁴⁷ im Frühjahr 1994 noch eine weitere Entschließung gefaßt⁴⁸, und zwar u.a. "in der Erwägung, daß eine allmähliche Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts für die Vollendung des Binnenmarktes von wesentlicher Bedeutung ist."⁴⁹ In dieser Entschließung vom 6. Mai 1994 heißt es, das Europaparlament

Rechtsharmonisierung, hrsg. von Jürgen Ensthaler (1989) (Grundlagen und Praxis des Wirtschaftsrechts, 8) 18-48 (27f.).

⁴³ Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 356f.

⁴⁴ Dazu Thomas Bruha, *Rechtsangleichung in der EWG*, Deregulierung durch »Neue Strategien« ZaöRV 46 (1986) 1-33.»

⁴⁵ Renaud Dehoussé/Giandomenico Majone, *The Institutional Dynamics of European Integration: From the Single Act to the Maastricht Treaty*, in: *The Construction of Europe*, Essays in Honour of Emile Noël (1994) 91-112 (103).

⁴⁶ Europäisches Parlament, *Entschließung zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedsstaaten* (A2-157/89) vom 26.5.1989: ABl. 1989 C 158/400; kritisch dazu etwa Luigi Mengoni, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* (1993) 3 (*Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Rom: Saggi, conferenze e seminari, 7).

⁴⁷ - schon Winfried Tilmann, *EG-Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts*: JZ 1991, 1023 = EuR 1991, 379-381 (380f.) -

⁴⁸ Europäisches Parlament, *Entschließung zur Angleichung bestimmter Bereiche des Privatrechts der Mitgliedsstaaten* (A3-0329/94) vom 6.5.1994: ABl. 1994 C 205/518.

⁴⁹ Erwägung D.

1. fordert die Kommission auf, die Arbeiten im Zusammenhang mit der möglichen Ausarbeitung eines Einheitlichen Europäischen Gesetzbuches für das Privatrecht in Angriff zu nehmen;

2. fordert die Einsetzung eines Ausschusses, der sich aus qualifizierten Wissenschaftlern zusammensetzt, zur Unterbreitung von Vorschlägen betreffend die Prioritäten für eine kurzfristige vorzunehmende teilweise Angleichung und eine langfristige allgemeine Angleichung. [...]"

In der Zwischenzeit hatte die erste Entschliebung auch schon wissenschaftliche Aufmerksamkeit gefunden. So ist in den Niederlanden ein eher enthusiastischer Band voller Einzelstudien mit dem Titel "Towards a European Civil Code" veröffentlicht worden.⁵⁰ Eifrigster Propagandist einer europäischen privatrechtlichen Kodifikation ist der Düsseldorfer Anwalt Tilmann, der schon 1979 ein "Bonner Rundgespräch Ansätze und Leitlinien für ein Europäisches Zivilrecht" veröffentlichte⁵¹, verschiedentlich ein Wirtschaftsgesetzbuch für Europa vorgeschlagen⁵² und jüngst ein interessantes Programm für eine "zwischen den Jahren 2000 und 2010" zu erlassende Kodifikation des wirtschaftsnahen Privatrechts vorgelegt hat.⁵³ Andere sagen, eine europäische Kodifikation sei "gesetzgebungspolitisch gegenwärtig nicht aktuell"⁵⁴, keine realistische Alternative⁵⁵, ein erheblicher Verlust an kultureller Vielfalt⁵⁶, "zum jetzigen Zeitpunkt kaum

realistisch oder auch nur erstrebenswert"⁵⁷, sondern Wunschtraum und politische Utopie⁵⁸ - ja, "eine Schimäre"⁵⁹.

b) Bewertung

Meines Erachtens sollte man die Frage weder als europäischer Heißsporn noch als nationaler Heimatkämpfer betrachten, sondern unideologisch. Es geht nämlich nur um eins: ums Recht, mit dem die Menschen leben. Nüchternheit war dabei schon immer ein guter Ratgeber.

Einigkeit sollte darin bestehen, daß eine groß angelegte schnelle Vereinheitlichung nicht möglich ist. Manche sehen zwar schon eine Neuauflage des im Jahre 1814 in Deutschland geführten Streits zwischen Thibaut und Savigny über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung.⁶⁰ Kurzfristige Erfolge schienen jedoch höchstens bei Übernahme oder Orientierung an einer bestehenden nationalen Regelung möglich. Dafür sind das Buch 4 des italienischen *Codice civile*⁶¹ oder auch das neue niederländische *Burgerlijk Wetboek*⁶², das zwischen 1947 und 1992 entstanden ist, genannt worden. Aber warum sollte man dem in den anderen Ländern zustimmen? Daß bei diesen Gesetzgebungsvorhaben in beachtlichem Umfang europäisch-rechtsvergleichend vorgearbeitet worden sein mag, bedeutet noch keine automatische europaweite Akzeptanz der gewählten Lösungen. Erforderlich ist daher vor allem Zeit, doch wird sie allein nicht genügen.

Gesetzgebung ist ein schwieriges Geschäft, noch mehr aber Kodifizierung und Rechtsvereinheitlichung. Schwierigkeiten lassen sich überwinden, wenn der Anreiz oder Druck groß genug ist. Woher aber soll der Impuls für eine größere europäische Kodifikation kommen?

⁵⁷ Jochen Taupitz, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen (1993) 46, 71, ähnl. 60

⁵⁸ De Ly (oben Fn. 7) 24; "quite utopian" sagt auch Thomas Wilhelmsson, European Contract Law Harmonization: Aims and Tools: *Tulane Int. Comp. L. J.* (1993) 23-45 (43); "Zur Stunde ... sollten wir an anderes denken", sagt Kötz, Juristenausbildung (oben Fn. 9) 24.

⁵⁹ Kühler (oben Fn. 1) 307.

⁶⁰ "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft" schrieb Friedrich Carl von Savigny (1814); bezugnehmend Hein Kötz, Rechtsvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, *Methoden*, *RabelsZ* 50 (1986) 1-17 (17); P. Ulmer (oben Fn. 55); Bernhard Großfeld/Karen Bilda, Europäische Rechtsangleichung: *ZRvgl. CC* (1992) 421-433 (426) = in: Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, Deutsch-japanisches Symposium in Kyoto vom 1.-3.10.1992 (1994) 91-109 (98); auch W.J. Zwabe, Het privaatrecht naar 2100: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1994, 180-184 (184). Peter-Christian Müller-Graff, Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, in: Staat und Wirtschaft in der EG, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Bodo Börner (1987) 17-52 (51) urteilt: "Freilich wäre einem europäischen Thibaut auch heute mit der Skeptis Savignys zu begegnen ...". Alle Wege nach Europa gehen will Marcel Storme, *Lord Mansfield, Portalis of von Savigny? Überlegungen over de eenmaking van het recht in Europa*, i.h.b. via de vergelijkende rechtspraak: *Tijdschrift voor Privaatrecht* 28 (1991) 849-887 (mit deutscher Zusammenfassung 882-883).

⁶¹ Giuseppe Gandolfi, Per un codice europeo dei contratti: Rivista trimestrale di diritto e procedura civile 45 (1991) 781-813; Beiträge und Berichte zu einer von ihm dazu veranstalteten Tagung gesammelt in: *Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti*, Pavia, 20-21 ottobre 1990, hrsg. von Peter Stein (1993). Vgl. auch Gandolfi, *Unificazione* (oben Fn. 6).

⁶² Gerard-René de Groot, Export van ons Nieuw BW: Tijdschrift voor Nederlands Burgerlijk Recht 1992, 26-28; über die Marktlage für den Gesetzbuchexport Bob Wessels, *Civil Code Revision in the Netherlands: System, Contents and Future*: *Neth. Int. L. Rev.* 1994, 163-199 (196f.), der das neue BW aber gerade auch als Ausdruck der niederländischen Gesellschaft sieht.

⁵⁰ Towards a European Civil Code, hrsg. von A.S. Hartkamp u.a. (1994).

⁵¹ Winfried Tilmann, Ansätze und Leitlinien für ein europäisches Zivilrecht, *Bonner Rundgespräch* am 27. April 1979 (o.J.).

⁵² Winfried Tilmann, *Wirtschaftsrecht*, Studienausgabe (1986) 301-315, auch 26-27 und 34; siehe auch ders., Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts, in: *FS Oppenhoff* zum 80. Geburtstag (1985) 497-507.

⁵³ Winfried Tilmann, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft?, in: *Gemeinsames Privatrecht* (oben Fn. 28) 485-500.

⁵⁴ Müller-Graff, *Privatrecht* (oben Fn. 18) 337; ähnlich ders., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht*, Das Privatrecht in der europäischen Integration: *NJW* 1993, 13-23 (23). "[Z]ur Zeit ... nicht angebracht", meint Uwe Blaurock, *Europäisches Privatrecht*: *JZ* 1994, 270-276 (271). Für ein *EuzGB* "auf lange Sicht" Peter Hommelhoff, *Zivilrecht* unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung: *AcP* 192 (1992) 71-107 (99); von einer "als Fernziel ... schon heute ins Auge zu fassenden Kodifikation" spricht Kramer, *Vielfalt* (oben Fn. 20) 748.

⁵⁵ Mengoni (oben Fn. 46) 3; ähnlich Peter Ulmer, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht? *JZ* 1992, 1-8 (5). Schmitt-Leithoff (oben Fn. 18) 611 meint: "Einer supranationalen Privatrechtsordnung sollte auch im Hinblick auf die Idee des Wettbewerbs der Rechtsordnungen nicht vorsehnel das Wort geredet werden." "Es wird keinen 'European Uniform Commercial Code' oder 'European Uniform Civil Code' geben", sagt Uwe H. Schneider, Zur europäischen und internationalen Angleichung im Privatrecht - dargestellt am Beispiel des Bankvertragsrechts, Der Weg in die Harmonie oder in die neue Unordnung? Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Recht und Wirtschaft im Binnenmarkt der EG", Bonn 4.11.1991 (1992) 18 (Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, 10). "Wir haben mit Sicherheit keine europäische Zivilrechtskodifikation zu erwarten", weiß Volkmar Götz, Auf dem Weg zur Rechtseinheit in Europa? Drei Thesen zur europäischen Rechtsordnung: *JZ* 1994, 265-269 (266).

⁵⁶ Otto Sandrock, Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten: Einheit oder Vielfalt? *EWS* 1994, 1-8 (5ff.). Ähnlich Blaurock, *Wege* (oben Fn. 9) 93: Eine europäische Kodifikation des gesamten Zivilrechts sei "zur Zeit unmöglich und in E. angesichts der kulturellen Vielfalt in Europa auch überhaupt nicht wünschenswert".

Er ist einseitig - wohl glücklicherweise - nicht zu sehen. Daher ist nüchternes Abwägen angezeigt. Etwas schablonenhaft läßt sich dies kurz in sieben Sätze fassen⁶³:

- 1. Nicht künstliche Suche nach juristischer europäischer Identität, nicht Ideologie⁶⁴, sondern nur Sachgründe sollten zählen⁶⁵.
- 2. Kompetenzfragen und das Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV) sprechen gegen eine generelle europäische Zentralisierung und für den Erhalt gewisser nationaler Regelungsmöglichkeiten.
- 3. Der Mangel an Demokratie und allgemeiner öffentlicher Kontrolle der Gemeinschaftsgesetzgebung mahnt ebenfalls zur Vorsicht. Das Mitentscheidungsverfahren des Art. 189b EGV bringt zwar eine verstärkte Mitwirkung des Europaparlaments, dieses ist aber nicht entsprechend dem Grundsatz der Gleichheit der Stimmen zusammengesetzt. Außerdem leben Europaparlament und die öffentlichen Meinungen in den europäischen Nationen munter nebeneinander her⁶⁶. Die für die Demokratie "schlechthin konstituierende" Meinungsfreiheit ist zwar gewährleistet, muß aber mühsam die Sprachhürde überwinden⁶⁷.

4. Einheitsrechtsetzung wird vielfach als die Flexibilität gefährdend angesehen. Allerdings legen neuere Beispiele wie wohl die Ergänzung der Verbraucherkredit-Richtlinie⁶⁸, jedenfalls aber die auch in Reaktion auf die uferlose Rechtsprechung des EuGH⁶⁹ geplante Änderung der Betriebsübergangs-Richtlinie⁷⁰ nahe, daß die EG doch über einigermaßen flexibilitätswahrende Gesetzgebungsstrukturen verfügt.

⁶³ Ausführlich Oliver Remien, Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1991, 11-42 (23ff.).

⁶⁴ "Het gevaar is levensgroot aanwezig dat men zich op grond van dit soort retoriek stort in een onsmakelijke vorm van 'Europeanisme', op dezelfde wijze als men zich in het verleden op grond van dezelfde frasen overgaaf aan een even déguisant nationalisme." bemerkt W.J. Zwalve. De natie en de toekomst van haar codificatie, in: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1992, 92-97 (94).

⁶⁵ Eher neutral zur "ideological harmonization" Wilhelmsson (oben Fn. 58) 25, 39-41.
⁶⁶ "Ein gemeinschaftsweiter Diskurs, der die Gesetzgebung kritisch begleitet und in eine Art "volomé générale" münden könnte, findet nicht statt", bemerkt Wernhard Mösel, Europapolitik zwischen deutscher Romantik und gallischer Klarheit, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 3-4/95 vom 13.1.1995, S. 10-16 (13); ähnlich ders., Eine Verfassungskonzeption für die Europäische Union, in: Die europäische Integration als ordnungspolitische Aufgabe, hrsg. von Helmut Gröner und Alfred Schüller (1993) 21-39 (29) (Schriften zum Vergleich von Wirtschaftsordnungen, 43) [Eur. 1849/100].

⁶⁷ Zu diesem Zusammenhang Ernst-Joachim Mestmäcker, Can there be a European law?, European Review 2 (1994) 1-13 (9) mit Berufung auf Kant und Bentham. Hingegen meint Ulrich Fastenrath, Die Struktur der erweiterten Europäischen Union, Eur. Beiheft 1/1994, 101-126 (117): "Aber Demokratie verlangt ja nicht, daß jeder mit jedem reden kann, sondern nur, daß man in Kontakt mit 'seinem' Abgeordneten treten kann ... und daß ein öffentlicher Diskurs stattfindet, der eine Verständigung über Normen erlaubt".

⁶⁸ Richtlinie des Rates (90/88/EWG) vom 22.2.1990 zur Änderung der Richtlinie 87/102/EWG zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. 1990 L 61/14-18; Richtlinie des Rates (87/102/EWG) vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. 1987 L 42/48-53.

⁶⁹ EuGH 14.4.1994 - Rs. C-392/92 (Christel Schmidt / Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen), Slg. 1994 I-1311.

⁷⁰ Vorschlag der Kommission vom 8.9.1994, abgedruckt in: DB 1994, 1979 m. Anm. von Jobst-Hubertus Bauer ebd. 1982-1983; dazu auch S Stefan Köck, Betriebsübergang durch "Funktionsnachfolge": eolox 1994, 777-778; Bernd Waas, Richtlinienvorschlag zum Betriebsübergang: EuZW 1995, 52-53.

- 5. Der Marktbezug der Regelungen wird immer noch im Vordergrund zu stehen haben.
- 6. Dispositive Regelungen dürften wenig nach Vereinheitlichung verlangen; hier können sich die Beteiligten selbst helfen.

7. Einige Rechtsverhältnisse sind regionaler geprägt als andere; für sie drängt sich die Vereinheitlichung weniger auf.

Anhand dieser Kriterien kann man für verschiedene Bereiche unterschiedliche Europäisierungseignung ermitteln⁷¹. Tätigwerden scheint etwa im Bereich der Mobiliarsicherheiten angezeigt⁷²: marktbezogen, zwingend, überregional - also ein Kandidat für einheitliche Regelung. Argumente für eine Europäisierung allerdings lassen sich in jedem Bereich finden, beim scheinbar regionalen Liegenschaftserwerb⁷³ und Hypothekenrecht⁷⁴, scheinbar marktfernen Versorgungsausgleich⁷⁵ und Familienrecht⁷⁶ oder möglicherweise gar beim Erbrecht⁷⁷. Letztlich geht es wie früher in den heutigen Nationalstaaten um eine verfassungspolitische Entscheidung.

⁷¹ Dazu schon Remien, Möglichkeiten (oben Fn. 63) 28ff.. Nach der Vereinheitlichungsmöglichkeit verschiedener Gebiete fragt auch E.H. Hondius, Naar een Europees burgerlijk recht (oben Fn. 7) 1-31.

⁷² So auch Hans Werner Hinz, Das Interesse der Wirtschaft an einer Europäisierung des Privatrechts: ZEuP 2 (1994) 553-558 (558); Uwe H. Schneider, Europäische und internationale Rechtsangleichung und ihre Bedeutung für die Kreditwirtschaft, in: Rechtsfragen bei Bankleistungen im Europäischen Binnenmarkt/Legal Issues .../Problèmes juridiques ..., hrsg. von Walther Hadding und Reinhard Welter (1994) 9-23 (21) (Schriftenreihe der Europäischen Rechtsakademie Trier, 5); auch Ivo E. Schwart, Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft, in: ZEuP 1994, 559-584 (569); Zwölve, natie (oben Fn. 64) 96; zum Eigentumsvorbehalt war bereits 1979 ein "Vorschlag einer Richtlinie des Rates über die rechtlichen Folgen von Vereinbarungen eines einfachen Eigentumsvorbehalts an Waren" (Dok. III/872/79-DE) vorgelegt worden, englische Fassung abgedruckt in: Hague-Zagreb Essays 5 on the Law of International Trade, Reservation of Title, - Domestic Law, - Conflict of Laws, Multiparty Arbitration, hrsg. von C.C.A. Voskuil/J.A. Wade (1985) 114-116; nach Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 350 wurde dieses Projekt nach Comblain-la-Tour als geeigneterer Stelle "dem Europarat überlassen", siehe ferner Karl F. Kreuzer, Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrechts, in: Conflits et harmonisation/Kollision und Vereinheitlichung..., FS von Ovebeck (1990) 613-641 (insbes. 631 Fn. 51). Die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung hat nunmehr ein "Model Law on Secured Transactions" vorgelegt.

⁷³ Vgl. Franz Urlesberger, Europarechtlicher Schutz im Baurägerrecht? Österr. NotZ 1994, 168-172 (169 m.Nachw.).

⁷⁴ Olmar M. Stöcker, Die "Eurohypothek" (1992); Hans G. Wehrns, Überlegungen zu einer Eurohypothek: WM 1992, 557-563; Rudolf Kaindl, Die Eurohypothek, in: Österr. NotZ 1993, 277-280; Überlegungen zu Gemeinschaftsmaßnahmen gegen unredliche Praktiken bei grenzüberschreitenden Immobiliengeschäften in der Antwort von Frau Scrivener im Namen der Kommission (19.12.1994) auf die Schriftliche Anfrage E-2419/94 von Anne André-Leonard, ABl. 1995 C 36/59f.

⁷⁵ Dazu aber Europäisches Parlament, Entscheidung zum Anteil geschiedener und getrennt lebender Frauen an den Rentenansprüchen in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft (A3-0418/93) vom 21.1.1994, ABl. 1994 C 44/218. Dort sagt das EP, (Nr. 1) es "ist der Auffassung, daß die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Einführung eines Systems zur Aufteilung der Rentenansprüche bei Trennung oder Scheidung ergreifen sollten" und (Nr. 3) es empfehle gewisse Grundlinien einer Regelung des Versorgungsausgleichs (u.a.: alle Rentenansprüche, Nachkaufmöglichkeit, Irrelevanz des Verschuldens, bestimmte Berechnungsfragen, "Aufteilung ... obligatorisch, unabhängig vom Ehestand und ohne Eingreifen des Zivilrichters").

⁷⁶ Vgl. Europäisches Parlament, Entscheidung zu Frauen und der gemeinsamen Verantwortung der Eltern (A3-0122/93), ABl. 1993 C 315/62-655: Dort werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, "nach

Bisher läßt die faktische Unbestimmtheit der Angleichungskompetenzen nach dem EGV fast alles im Ungewissen.⁷⁸ Immerhin wird jetzt gelegentlich bemerkt, daß eine "originäre Regelungskompetenz zur vollständigen Angleichung der nationalen Privatrechtssysteme" nicht gegeben sei.⁷⁹ Vielleicht wird die Regierungskonferenz 1996 zu Maastricht II einen klaren Kompetenzkatalog bringen,⁸⁰ und vielleicht wird er etwas über das Privatrecht sagen? Die Zweifel werden hier wohl die Hoffnungen überwiegen.

Wird das ABGB im Jahre 2011 noch in voller Kraft sein? Jubiläum feiern können? Wie wird es in 30 Jahren, zum Jahre 2025 sein? Ich bin weder Prophet noch Science-Fiction-Autor - aber es ist vielleicht gut möglich, daß wesentliche Teile Europas dann - etwa durch äußeren Druck - so an Einheit gewonnen haben werden, daß dies auch privatrechtlich einen stärkeren Ausdruck findet.

c) Modelle

Stellt man sich vor, daß es dann ein Europäisches Obligationenrecht oder ein Europäisches Wirtschaftsrecht geben könnte, so wäre aber immer noch eine entscheidende Frage, welchen Rang ein solcher Kodex haben sollte.

Dafür gibt es verschiedene Modelle:

Möglichkeiten zu suchen, das Familienrecht auf Gemeinschaftsebene zu harmonisieren", und weitere Empfehlungen ausgesprochen.

⁷⁷ Die Kommission plant eine Empfehlung, die "wahrscheinlich einige Aspekte der Beteiligungsgesetzgebung umfassen (dürfte), z.B. Maßnahmen zur Erleichterung der Fortsetzung einer Beteiligung nach dem Tod eines Partners". Antwort von Herrn Vanni d'Archirafi im Namen der Kommission (5.5.1994) auf die Schriftliche Anfrage E-959/94 (Oddy), ABl. 1994 C.349/49, vgl. im übrigen Remien, Möglichkeiten (oben Fn. 63) 34.

⁷⁸ Zu Kompetenzfragen Ernst Steindorff, Grenzen der EG-Kompetenzen (1990) (Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 65); ders., Das Maastricht-Urteil zwischen Grundgesetz und europäischer Integration: EWS 1993, 341-346 (343f.); ders., Quo vadis (oben Fn. 25) 13 spricht von "faktischer Inanspruchnahme der Kompetenz-Kompetenz"; so auch René Barents, The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation: C.M.L.Rev. 30 (1993) 85-109 (106ff.); vgl. ferner Hans-Jürgen Rabe, Europäische Gesetzgebung - das unbekannte Wesen: NJW 1993, 1-5 (2). Von Art. 235 EGV als einem "Kompetenzselbstbedienungsladen" spricht Michael Schweizer, Stütungen aus der Sicht des EG-Rechts - bestehende und wünschenswerte Regelungen: Österr.Noz 1993, 217-223 (221). Kompetenzrechtliche Kritik der Produkthaftungs-RL bei Bodo Börner, Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht, in: Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit, FS Kutscher (1981) 43-54 = Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht IV (1985) 21-33 (Köln)er Schriften zum Europarecht, 33), allgemein bei Christoph E. Hauschka, Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft: JZ 1990 521-532 (524ff.); vgl. ferner Götz (oben Fn. 55) 267 mit Fn. 17.

⁷⁹ Martin Bangemann, Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union: ZEuP 1994, 377-380 (378). So schon Günther Beitzke, Probleme der Privatrechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft: ZfRvgl. 5 (1964) 80-93

⁸⁰ Dafür Erwin Vetter, Subsidiarität - Zaubervort für Europaskulptur: EU-Magazin 11/1994, S. 14 - 16 (16); siehe auch Europa '96, Reformprogramm für die Europäische Union, Erarbeitet von der Europäischen Strukturkommission, hrsg. von Werner Weidentfeld (1994) 14ff.; skeptisch etwa Mestmäcker, European law (oben Fn. 67) 10f.

- Das erste Modell ist das der klassischen Kodifikation, nur diesmal europäisch: grundsätzlich abschließend und überall in Europa gleich geltend. Dies ist die Maximallösung.⁸¹

- Das zweite Modell ist das sogenannte "13. Modell"⁸², jetzt vielleicht in 16. Modell umzubenennen: Neben den 15 nationalen Privatrechtsordnungen⁸³ eine 16., europäische Kodifikation für grenzüberschreitende, also für Binnenmarktsachverhalte - ein "Alternativrecht zum nationalen Privatrecht"⁸⁴. Das Vorbild des Wiener UNO-Kaufrechts liegt nahe und wird auch herangezogen.⁸⁵ Die Technik findet man auch zum Teil im Gesellschaftsrecht, nämlich bei der EWIV und den Vorschlägen für SE, EUGEN, EUGGES und EUV⁸⁶, ebenso liegt es beim gewerblichen Rechtsschutz. Manchmal heißt es, man solle sich "vorerst" auf internationale Sachverhalte beschränken.⁸⁷ Dieses "Vorerst" scheint ehrlich. Es ist "eine Art Sogwirkung einer einmal eingeführten Teilvereinheitlichung auf andere Teilgebiete" festgestellt worden⁸⁸ - hätte nicht auch eine europäische Binnenmarkt-Privatrechtskodifikation eine solche "Sogwirkung"? Welche Sachverhalte sind in einem Binnenmarkt eigentlich noch national?⁸⁹

- Als weiteres Modell sollte man meines Erachtens "Einheitsrecht mit nationaler Abänderungsbefugnis" in Betracht ziehen.⁹⁰ Ähnlich dem Uniform Commercial Code könnte man "state variations" zulassen. Man hätte dann ein einheitliches Gesetzbuch - das nicht nur ein Modellgesetz sein sollte -, und erhalte den nationalen oder regionalen Gesetzgebern doch legislativen Spielraum. "A terme, il y aura sans doute ... un Code civil commun avec des variations ou des variantes nationales ou régionales", ist bereits prophezeit worden.⁹¹

Vorbild für die Abänderungsbefugnis könnte Art. 23 des römischen Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sein.⁹² Er mag zwar Auslegungsfragen aufwerfen⁹³, schafft für die Vertragsstaaten aber ein interessantes, innovationsförderliches⁹⁴ "système de liberté surveillée"⁹⁵, indem er sagt:

⁸¹ Zu recht ablehnend Marcel Storme, Lord Mansfield (oben Fn. 60) 862.

⁸² De Ly (oben Fn. 7) 36, 37.

⁸³ - diese Zählweise ist üblich, aber wegen der Rechtsspaltung im Vereinigten Königreich und den spanischen Foralrechten vereinfachend -

⁸⁴ Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 562, auch 564f.

⁸⁵ Etwa von Uwe H. Schneider, Rechtsangleichung (oben Fn. 72) 20.

⁸⁶ - Europäische Wirtschaftliche Interessensvereinigung (EWIV), Europäische Aktiengesellschaft (SE), Europäische Genossenschaft (EUGEN), Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft (EUGGES) und Europäischer Verein (EUV); zu Einschränkungen der Supranationalität dieser Gesellschaftsformen wegen Rückgriffen auf nationales Recht etwa Blaurock, Europäisches Privatrecht (oben Fn. 54) 273f. - Kramer, Vielfalt (oben Fn. 20) 749.

⁸⁷ Brauner, Faktoren (oben Fn. 10) 9 und 10.

⁸⁸ Zu Undeutlichkeiten des EuGH bei der Bestimmung des Binnenmarktschverhalts Oliver Remien, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages: JZ 1994, 349-353 O.

⁸⁹ Siehe schon Remien, Illusion (oben Fn. 37) 282.

⁹⁰ So Joseph Rovay, Citoyen d'Europe, Comment le devenir? Les devoirs avant les droits (1993) 130, mit ebd. 224 sogar noch stärker Betonung regionaler wie nationaler Besonderheiten.

⁹¹ ABl. 1980 L 266/1-19; den Hinweis auf diese zu meinem schon an anderer Stelle gemachten Vorschlag - Remien, Illusion (oben Fn. 37) 282 - passende Bestimmung verdanke ich Christian Kohler.

⁹² Dazu schon Mario Giuliano/Paul Lagarde, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABl. EG 1980 C 282/1-47 (40); zu negativ Michel Pelletier,

Artikel 23

"(1) Wünscht ein Vertragsstaat, nachdem dieses Übereinkommen für ihn in Kraft getreten ist, eine neue Kollisionsnorm für eine bestimmte Gruppe von Verträgen einzuführen, die in den Anwendungsbereich des Übereinkommens fallen, so teilt er seine Absicht den anderen Unterzeichnerstaaten über den Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaften mit.

(2) Innerhalb von sechs Monaten nach der Mitteilung an den Generalsekretär des Rates kann jeder Unterzeichnerstaat bei diesem beantragen, Konsultationen mit den Unterzeichnerstaaten einzuleiten, um zu einem Einvernehmen zu gelangen.

(3) Hat innerhalb dieser Frist kein Unterzeichnerstaat Konsultationen beantragt oder haben die Konsultationen innerhalb von zwei Jahren nach Mitteilung an den Generalsekretär des Rates nicht zu einem Einvernehmen geführt, so kann der betreffende Vertragsstaat sein Recht ändern. Die von diesem Staat getroffene Maßnahme wird den anderen Unterzeichnerstaaten über den Generalsekretär des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Kenntnis gebracht."

Dieses Europäische Einheitsgesetzbuch mit nationalen Änderungen hätte den großen Vorteil, daß es eine gemeineuropäische Basis des Privatrechts schufte, die unmittelbar praktisch angewandt werden kann. Transparenz wäre europaweit gegeben, der Zugang zum Recht wäre leicht, gleich ob in Portugal, der Tschechischen Republik oder Finnland. Trotzdem blieben Autonomie, Flexibilität und Innovation national möglich.

Vielleicht liegt man richtig, wenn man diese verschiedenen Modelle nicht als einander ausschließend, sondern einander ergänzend betrachtet: Für unterschiedliche Sachgebiete werden unterschiedliche Modelle empfehlenswert sein: etwa gemeineuropäisches Einheitsrecht bei gewerblichem Rechtsschutz und wesentlichen Fragen des Werberechts, vielleicht eine auf Binnenmarktsachverhalte beschränkte Eurohypothek, ein Obligationenrecht mit einer eingeschränkten nationalen Abänderungsbefugnis.

Aber auch dies ist wohl noch Zukunftsmusik. Probleme bereitet nämlich schon die europäische juristische Infrastruktur.

3 Europäische juristische Infrastruktur

Eine juristische Infrastruktur setzt sich aus mehreren Elementen zusammen: Organisation der Gesetzgebung, Justiz, juristisches Personal, Rechtswissenschaft und -literatur. Nur wenn die

Quelques réflexions sur l'article 23 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, in: Grensvorschridend privaatrecht, Een bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband, Aangeboden aan J. van Rijn van Alkemade (1993) 175-187; auch Richard Plender, The European Contracts Convention, The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts (1991) 183ff. Rdnr. 12.01ff.

⁹⁴ "Es wurde an den Fall gedacht, in dem sich ein Staat gezwungen sieht, aus politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Gründen eine Kollisionsnorm zu ändern", heißt es im Bericht Giuliano/Lagarde ebd.

⁹⁵ Th. van Sasse van Ysselt in den Bemerkungen zu Art. 26 des Entwurfs im: Rapport concernant l'avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles, abgedruckt in: European Private International Law of Obligations, hrsg. von Ole Lando/Bernd von Hoffmann/Kurt Siehr (1975) 241ff. (313).

europäische juristische Infrastruktur mit nationalen juristischen Infrastrukturen vergleichbar ist, kann man erwarten, daß europäisches Recht dasselbe leistet wie nationales Recht. Es scheint aber noch gewichtige Unterschiede zu geben.

a) Organisation der Gesetzgebung

Aus den Mitgliedstaaten sind einem mehr oder weniger große Justizministerien mit einer Zahl von spezialisierten Referaten vertraut, die über die Kohärenz ihres jeweiligen rechtlichen Teilgebietes wachen. Bei der Europäischen Kommission in Brüssel gab es einmal eine Generaldirektion XIV Binnenmarkt und Rechtsangleichung⁹⁶, die große Rechtsangleichungspläne verfolgte und vielleicht ein Ansatz zu einer Art "Justizministerium mit sorgfältig aufgefächerten Zuständigkeitsbereichen" war⁹⁷. Comblain-La-Tour brachte auch organisatorisch Zusammenlegungen und Stellenstreichungen⁹⁸.

Heute wird Rechtsangleichung in der Kommission von den verschiedensten Abteilungen betrieben, es herrscht organisatorische Zersplitterung, und es wird gelegentlich umorganisiert. Wesentliche privatrechtsrelevante Richtlinien stammen nicht aus der Binnenmarktdirektion, sondern aus dem speziellen Dienst Verbraucherpolitik. Das Gesellschaftsrecht war zeitweise in einer anderen Generaldirektion untergebracht⁹⁹. Über "Zahlungsfristen im Handelsverkehr" macht sich die Generaldirektion XXIII Unternehmenspolitik, Handel, Tourismus und Sozialwirtschaft Gedanken¹⁰⁰. Zwar thront über allem der Juristische Dienst der Kommission. Er wird aber kaum ein allgemeines Konzept für die Rechtsetzung bestimmen können¹⁰¹, ein Anlauf der Binnenmarkt-Generaldirektion, bei der Rechtsangleichung im Rahmen eines horizontalen Ansatzes koordinierend über die Grundsätze des Wirtschaftsprivatrechts zu wachen, ist vor wenigen Jahren anscheinend sogleich abgeblockt worden¹⁰². Stattdessen werden subjektive Einflüsse bei der EG-Rechtsangleichung beklagt¹⁰³, das Verfahren der Rechtsetzung wird manchmal für "unsachgemäß" erklärt¹⁰⁴. Die Organisation der europäischen Gesetzgebung dürfte somit heterogener sein, als in den Mitgliedsstaaten. Das häufig kritisierte eklektische Vorgehen bei der Rechtsangleichung ist

⁹⁶ ab 1967, vorher gab es eine Direktion Rechtsangleichung und eine Direktion Steuerangleichung in der GD IV Wettbewerb, näher Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 338.

⁹⁷ Hans Claudius Taschner, Privatrechtsentwicklung (oben Fn. 28) 160.

⁹⁸ Vgl. Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 350.

⁹⁹ GD XV Finanzinstitutionen und Gesellschaftsrecht, wohl ab 1986, vgl. Organisationsplan der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Oktober 1986, S. 63 - anders noch ebd., Januar 1986. Zu Hintergründen Hopt (oben Fn. 24) 273f.

¹⁰⁰ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über Zahlungsfristen im Handelsverkehr, SEK(92) 2214 vom 18.11.1992.

¹⁰¹ Für die "Ausarbeitung eines europäischen Harmonisierungsprogramms" Schneider, Angleichung (oben Fn. 55) 27; für eine Gesamtkonzeption auch Blaurock, Europäisches Privatrecht (oben Fn. 54) 271, 276, ferner Hinz (oben Fn. 72) 557.

¹⁰² Eine "spezielle Einheit zur Koordinierung der Rechtssetzungsarbeit" fordert auch der sog. Sutherland-Bericht: Der Binnenmarkt, nach 1992, Die Herausforderung aufnehmen, Bericht der hochrangigen "Beratergruppe Binnenmarkt" an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften (1992) Empfehlung 15.

¹⁰³ Blaurock, Wege (oben Fn. 9) 111, 116; ders., Europäisches Privatrecht (oben Fn. 54) 275; Steindorff, Quo vadis (oben Fn. 25) 66, ferner 42, 77. Zu wechselnden nationalen Einflüssen bei der Gesellschaftsrechtsangleichung Hopt (oben Fn. 24) 272ff.

¹⁰⁴ Rabe (oben Fn. 78) 5.

daher schon organisatorisch vorprogrammiert¹⁰⁵. Will man ein klares Konzept, und - erst recht - will man große Kodifikation, so muß man auch dies ändern wollen. Daß in den Niederlanden kürzlich gefragt worden ist, ob das europäische Recht das neue Bürgerlijk Wetboek "verhuzze", ist alarmierend¹⁰⁶. Die Pläne zur Kodifizierung des Gemeinschaftsrechts¹⁰⁷ kommen leider spät, können aber vielleicht den "undurchsichtigen und verworrenen Charakter" der Gemeinschaftsgesetzgebung bessern¹⁰⁸.

b) Justiz

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften und die nationalen Gerichtsbarkeiten sind bekanntlich durch das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 177 EGV miteinander verbunden. Dieses "Instrument der Zusammenarbeit"¹⁰⁹ ist im groben und ganzen gewiß ein Erfolg¹¹⁰. Der Mechanismus funktioniert - auf Grund eines besonderen Protokolls - etwa auch für das Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen. Allerdings dauert das Vorlageverfahren durchschnittlich schon knapp 18 Monate¹¹¹. Privatrechtliche Vorlagen waren bisher eher selten¹¹², einige neuere Rechtsakte - man denke an die Klausel-RiL - scheinen aber durchaus vorlagenträchtig¹¹³, jedenfalls würde eine europäische Privatrechtskodifikation auch neue

¹⁰⁵ Vgl. schon Rehmann in Tilmann, Ansätze (oben Fn. 51) 39f.; ferner Müller-Graff, Privatrecht (oben Fn. 18) 335; Steindorff, Quo vadis (oben Fn. 25) 25, 63f.

¹⁰⁶ Carlos Bollen/Gerard-René de Groot, Verknoot het Europese recht ons Burgerlijk Wetboek? Voorstel wijziging bescherminng van deren te goeder trouw en wijziging verjaringsbepalingen: Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht 1995, 1-8, es geht dort um die Umsetzung der Richtlinie 93/7/EWG des Rates vom 15.3.1993 über die Rückgabe von unrechtmäßig aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbrachten Kulturgütern, ABl. 1993 L 74/74-77.

¹⁰⁷ Sutherland-Bericht (oben Fn. 102) Empfehlung 10; detailliert Europäisches Parlament, Entschliebung zur Transparenz des Gemeinschaftsrechts und der Notwendigkeit seiner Kodifizierung (A3-0266/94) vom 6.5.1994, ABl. 1994 C 205/514-518.

¹⁰⁸ Vgl. die eben genannte Entschliebung unter C.

¹⁰⁹ Etwa EuGH 9.8.1994 - Rs. C-378/93 (La Pyramide), Slg. 1994 I-3999 (I-4007 Erw. 10); schon EuGH 1.12.1965 - Rs. 16/65 (Schwarze ./ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1965, 1151 (1165) spricht von "richterliche(m) Zusammenwirken nach Artikel 177". "Instrument des juristischen Dialogs und der Zusammenarbeit" sagt Manfred A. Dauess, Empfehle es sich, das System des Rechtsschutzes und der Gerichtsbarkeit in der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere die Aufgaben der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte, weiterzuentwickeln? Gutachten D zum 60. Deutschen Juristentag Münster 1994: Verh. DJT 60 (1994) D (D 119).

¹¹⁰ Über (und gegen) Einschränkungen Carl Otto Lenz, Firmis oder Rechtsgemeinschaft - Einschränkungen des Vorlagerechts nach Art. 177 EWGV auf letztinstanzliche Gerichte? NJW 1993, 2664-2665; Editorial Comment, Quis custodit the European Court of Justice? C.M.L.Rev. 30 (1993) 899-903; Manfred Zuleeg, Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration: JZ 1994, 1-8 (7f.); Eike Ullmann, Die Europäische Union und das nationale Wettbewerbs- und Urheberrecht: JZ 1994, 928-937 (929).

¹¹¹ 17,5 Monate laut Carl Otto Lenz (-Borchardt), EG-Vertrag, Kommentar (1994) Art. 177 Rz. 60; vgl. ferner Ulrich Everling, L'avenir de l'organisation juridictionnelle de l'Union européenne, in: La réforme du système juridictionnel communautaire, hrsg. von Georges Vandensanden (1994) 19-34 (21).

¹¹² - neuesten BGH 30.1.1995, WM 1995, 390: Inhaltskontrolle bei Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage und 2. gesellschaftsrechtliche RiL.?

¹¹³ Oliver Remien, AGB-Gesetz und Richtlinie über mißbräuchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld: ZEuP 1994, 34-66 (58ff.); Uwe H. Schneider/H. Burgard, Die zunehmende Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet des Privatrechts: EuZW 1993, 617; Hugh Collins, Good Faith in European Contract Law: Oxford J.Leg.Studies 14 (1994) 229-254 (254); Wilhelmsson (oben Fn. 58) 29f.,

gerichtliche Strukturen erfordern. Derzeit könnte der EuGH die Rolle eines obersten europäischen Zivil- und Handelsgerichts sicher nicht ausfüllen¹¹⁴.

Gelegentlich wird bereits der Gedanke befürwortet, künftig regionale Gemeinschaftsgerichtshöfe¹¹⁵ oder gar erstinstanzliche Unionsgerichte nach dem Vorbild der Bundesgerichte der USA zu schaffen, also ein paralleles Gerichtssystem neben dem nationalen¹¹⁶. Dies dürfte kompetenzziel aber eine problematische Zentralisierung sein. Veränderungen bei der europäischen Gerichtsbarkeit sind zu erwarten¹¹⁷. Aus der Sicht des Privatrechts aber scheint es fraglich, ob es reicht, mehr oder effektivere Gerichte zu schaffen. In den Mitgliedsstaaten arbeitet man meistens mit einer - beschränkten - Spezialisierung der Gerichte. Vielleicht wird dies auch der Weg für die Europäische Union sein. Wer europäische Kodifikation will, muß auch darüber nachdenken.

c) Juristisches Personal

Angeblick gibt es eine "Einheit der Profession", die darin bestehe, daß diejenigen, die in verschiedenen Ländern die gleiche juristische Tätigkeit ausüben, einander deshalb ohne zu große Probleme verstehen, weil sie die gleiche Rolle bekleiden¹¹⁸. Das wird in den USA gelten und ist auf einer abstrakt-grundsätzlichen Ebene auch sonst eindrucksvoll plausibel, ist im konkreten Rechtsgeschäft außerhalb der global legal services oder vergemeinschafteter Materien wie dem Wettbewerbsrecht aber zweifelhaft. Schon die juristische Ausbildung ist in den verschiedenen Ländern sehr unterschiedlich, entsprechend vielförmig sind die juristischen Arbeitsstile¹¹⁹. Selbst "European Law Schools"¹²⁰ werden daran so schnell nichts ändern, es sei denn, daß sie auch so

¹¹⁴ 41. Vgl. Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29-34.

¹¹⁵ Unter der Überschrift "Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?" sucht Claudio Wilhelm Canaris, EuZW 1994, 4172 schon nach Möglichkeiten zur Begrenzung der Prüfungskompetenz des EuGH; kritisch auch Steindorff, Quo vadis (oben Fn. 25) 45, 66. "Europäisches Privatrecht: Das UN-Kaufrecht vor den EuGH" fordert hingegen Jürgen Basedow, EuZW 1992, 489.

¹¹⁶ Jean Paul Jacquet/Joseph H.H. Weiler, On the Road to European Union - A New Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference: C.M.L.Rev. 27 (1990) 185-207 (192ff.), frz. in Rev.trim.dr.eur. 26 (1990) 441-456; Gordon Slynn, Introducing a European Legal Order (1992) (Hamlyn Lectures, 43) 6, 8, 145f.; zustimmend Michel Waëlbroeck, Conclusions, in: La réforme (oben Fn. 111) 99-101 (101); krit. Dauess (oben Fn. 109) D100; ablehnend Everling (oben Fn. 111) 28f.; ferner Georges Vandensanden, Introduction, in: La réforme (oben Fn. 111) 11-17 (13).

¹¹⁷ Diskussionsbeitrag von Schanze, vgl. Oliver Remien, Rechtseinheit ohne Einheitsetzter? - Zum Symposium »Alternativen zur legislativischen Rechtsvereinheitlichung« Rabelsz 56 (1992) 300-316 (314); vielleicht auch Christian Joerges/Gert Brüggemeier, Die Europäisierung des Vertragsrechts und Haftungsrechts, in: Gemeinsames Privatrecht (oben Fn. 28) 233-286 (283).

¹¹⁸ Vgl. Slynn (oben Fn. 115) 171; ferner Dauess (oben Fn. 109) D93ff.

¹¹⁹ Hans-Jürgen Puff, Droit commun législatif und die Einheit der Profession, Eine ketzerische Reflexion zur Rechtsvereinheitlichung: Rabelsz 45 (1981) 91-105 (insbes. 97ff.).

¹²⁰ Vgl. Filippo Raniere, Juristische Arbeitsstile in historischem Vergleich: Beschleunigende Faktoren oder Hindernisse einer europäischen Rechtseinheit? in: Il diritto privato europeo: problemi e prospettive, hrsg. von Luigi Moccia (1993) 59-68; ders., Der europäische Jurist, Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe: IUS COMMUNE XVII (1990) 9-25 (16ff.).

Verschiedene Beiträge dazu in: The common law of Europe and the future of legal education/Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique, hrsg. von Bruno de Witte/Caroline Forder

ungleiche Unterrichtsmethoden wie Anspruchsaufbau einer Klausur nebst Relationstechnik¹²¹ und Memorieren eines polycopyé miteinander versöhnten¹²². Schwerwiegend ist auch der mangelnde Eifer wohl der meisten europäischen Juristen, eine größere Zahl anderer europäischer Sprachen zu lernen¹²³. Die alltäglichen Arbeitsergebnisse der Mehrzahl ihrer europäischen Kollegen können sie dann ohne Übersetzung gar nicht zur Kenntnis nehmen. Können sie sich dann einem "gesamteuropäischen Argumentationszusammenhang zugehörig"¹²⁴ fühlen? Ein praktisches Zetreiben einer legislativ hergestellten europäischen Rechteinheit wäre daher zu befürchten. Möglicherweise erhalte man nur eine Scheineinheit. Um dies zu vermeiden, mußte sich in Europa wohl noch einiges ändern¹²⁵. Die europäischen Juristen müßten in der Lage sein, den vielsprachigen buntgen Regenbogen des alltäglichen nationalen, regionalen Rechtsverkehrs zur Kenntnis zu nehmen. Denn anders als von dem Ausführlichen Sitzungsbericht des Europäischen Parlaments, dessen "Regenbogenfassung" die Reden in der Sprache wiedergibt, in der sie gehalten wurden¹²⁶, kann es für die Rechtspraxis keine vollständige Übersetzung geben.

d) Wissenschaft

Zur juristischen Infrastruktur gehört auch die Rechtswissenschaft. Die Rechtswissenschaft in Europa ist bisher aber weithin national¹²⁷; einzig ist sie zum Teil vielleicht in Werten und Traditionen - und möglicherweise darin, daß "eine() führende() Rolle" allenfalls der

(1992). Siehe auch schon Wolfgang Freiherr Marschall von Bieberstein, Überlegungen zum Gegenstand der Lehre des Privatrechts, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, FS Helmut Coing (1982) II 341-360.

¹²¹ Zum Anspruchsaufbau Dieter Medicus, Bürgerliches Recht (16. Aufl. 1993), zur Relationstechnik vor allem Paul Sattelmacher/Wilhelm Sirp, Bericht, Gutachten und Urteil, Eine Einführung in die Rechtspraxis (32. Aufl. 1994).

¹²² In eine sozialwissenschaftlich-juristische Ausbildung mit europäischem Etikett, die aber "does not bridge the real gaps between the various countries in the EC", flüchten Lawrence M. Friedmann/Gunther Teubner, Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience, in: Integration through Law, Europe and the American Federal Experience, Vol. 1: Methods, Tools and Institutions, Book 3: Forces and Potential for a European Identity (1986) 345-380 (Europäisches Hochschulinstitut, Series A, Recht 2.1.3); plausibel gefunden von Kübler (oben Fn. 1) 312f., abgelehnt von Hein Kötz, Über die Methode der Verfertigung von Pappkameraden: Rechtshistorisches Journal 13 (1994) 505-509 (508f.: "Parfümierter Qualm, in dem es blüht").

¹²³ "Wer die Sprache bestinmt und sie besser spricht, hat das Sagen - und damit die Macht." sagen Großfeld/Bilda (oben Fn. 60) 430; "The choice of the working language is not innocent: it gives an unconscious preference to the legal system expressed in this language." bemerkt Denis Tallon, Breach of Contract and reparation of Damages, in: Towards a European Civil Code (oben Fn. 50) 223-235 (234). Siehe auch Marie-Theres Fögen, Brüssel, Beirut und Byzanz, Viele Sprachen, ein Recht? Rechtshistorisches Journal 12 (1993) 349-363.

¹²⁴ So für die Zeit des 16.-18. Jahrhunderts Ranieri, Jurist (oben Fn. 119) 13.

¹²⁵ Vorbildlich insoweit der dreisprachige Ansatz der European Review of Private Law, die indes auch eine Sprache bevorzugt, dazu Ewoud Hondius/Marcel Storme, Europäisches Privatrecht, Zur Entwicklung eines Europäischen Privatrechts in den neunziger Jahren: ERPL 1 (1993) 21-29 (27f.). Als eingeführte mehrsprachige Zeitschriften sind etwa das Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie sowie einige schweizerische Publikationen zu nennen.

¹²⁶ Vgl. Der Zugang zur Dokumentation des Europäischen Parlaments, hrsg. vom Europaparlament, Generaldirektion Wissenschaft (1993) 51.

¹²⁷ Deutlich Zimmermann, ius commune (oben Fn. 1) 10; Kramer, Vielfalt (oben Fn. 20) 735f.; Storme, Lord Mansfield (oben Fn. 60) 866; auch Hondius/Storme (oben Fn. 125) 22.

amerikanischen Rechtswissenschaft zukomme¹²⁸. Sie begleite, so wird gerügt, zu wenig die europäische und internationale Rechtsangleichung¹²⁹, ja vernachlässige manchmal sogar den europäischen Ursprung nationaler Umsetzungsnormen¹³⁰.

Die geforderte "Europäisierung der Rechtswissenschaft"¹³¹ gibt es inzwischen in Ansätzen, so sind Lehrbücher des Europäischen Vertragsrechts und des Europäischen Deliktsrechts im Entstehen¹³², wissenschaftliche Arbeitsgruppen arbeiten an Restatements oder Grundsätzen des Europäischen Vertragsrechts¹³³ oder des Europäischen Prozeßrechts¹³⁴. Ob dies wirklich eine hoffnungsvolle Morgenröte einer europäischen Rechtswissenschaft ist, ist jedoch noch abzuwarten. Es könnte sich auch um eine aktuelle europäische Mode der klassischen Rechtsvergleichung handeln; jedenfalls fehlt bisher die wirkliche europäische Durchdringung der nationalen Rechtswissenschaften. Die aber wird durch die nur durch Sprachkenntnisse lösbare Sprachenfrage behindert¹³⁵, und - so banal es klingen mag - durch die schiere Fülle an juristischen Publikationen in Europa bei gleichzeitigem Mangel der Zugänglichkeit ausländischer Veröffentlichungen. Wer außerhalb Schottlands liest die Scots Law Times, welcher Nichtgriechen Nomikon Vima? Zum Teil können vielleicht Zeitschriften

¹²⁸ Vgl. Wiegand (oben Fn. 2) 258; "das Bologna der Gegenwart" seien einige US-Law Schools, sagt Stürmer (oben Fn. 2) 843.

¹²⁹ Uwe H. Schneider, Rechtsangleichung (oben Fn. 72) 22.

¹³⁰ Siehe Peter O. Mühlbert, Die EG-Richtlinien über den Verbraucherkredit und ihre Umsetzung durch das geplante Verbraucherkreditgesetz, in: Europäische Integration als Herausforderung des Rechts (oben Fn. 22) 105-112/124 (111).

¹³¹ Vgl. oben Fn. 22.

¹³² Von Kötz/Flessner bzw. von Bar; siehe vorab Hein Kötz, Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit, Eine rechtsvergleichende Skizze, in: RabelsZ 58 (1994) 209-231; Christian von Bar, Vereinfachung und Angleichung von Deliktsrecht in der Europäischen Union: ZRV 35 (1994) 221-232, dort 231 auch zu weiteren Projekten; dérs, Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte: RabelsZ 59 (1995) 203-2AA; allgemein Hein Kötz, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: FS Zweigert (1981) 481-500.

¹³³ The Principles of European Contract Law, Prepared by the Commission on European Contract Law (chairman: Ole Lando) [im Druck], dazu Ole Lando, European Contract Law: Am J Comp L, 31 (1983) 653-659; Oliver Remien, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht: ZVglRWiss 87 (1988) 105-122 (117); Ulrich Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, in: FS Stendorf zum 70. Geburtstag (1990) 1141-1154 (1148); Denis Tallon, Vers un droit européen du contrat? in: Mélanges offerts à André Colomer (1993) 485-494; eine Beurteilung bei Helmut Heiss, Europäisches Vertragsrecht: in statu nascendi? Z.f.Rvgl. 1995 (im Druck, sub IV.); Bedenken bei Ludwig Krämer, EWG-Verbraucherrecht (1985) 421-423 Rz. 413f. - Parallelprojekt mit weltweitem Anspruch: Principles of International Commercial Contracts, hrsg. von Unidroit (Rom 1994); Zwalye, privatrecht (oben Fn. 60) 183f.

¹³⁴ Draft Directive Approximation Judiciary Law/ Rapprochement droit judiciaire, Projet de directive (Gen 18/2/1993), jetzt veröffentlicht als Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union, edited by Marcel Storme (1994) (Bibliothek von Gerechtigkeit Recht, 19); zu dem Vorhaben schon Hanns Prütting, Auf dem Weg zu einer Europäischen Zivilprozeßordnung, Dargestellt am Beispiel des Mahnverfahrens, in: FS Baumgärtel zum 70. Geburtstag (1990) 457-469; auch Marcel Storme, Perorazione per un diritto giudiziario europeo: Riv.dir.proc. 41 (1986) 293-307; kritisch Rolf Stürmer, Das Europäische Zivilprozeßrecht - Einheit oder Vielfalt?, in: Wege zu einem europäischen Zivilprozeßrecht, Tübinger Symposium zum 80. Geburtstag von Fritz Baur (1992) 1-20; dérs. Der schweizerische Zivilprozeß und die europäische Prozeßkultur, in: Gedächtnisschrift für Peter Arens (1993) 399-416 (410ff., 415f.); auch Haimo Schack, Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Zivilprozeßrecht: ZPP 107 (1994) 279-300 (299f.). Nach Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 570 Fn. 33 hat sich die zuständige Generaldirektion die Vorschläge der Gruppe Ende 1993 "nicht zu eigen gemacht".

¹³⁵ Siehe auch Flessner (oben Fn. 22) 57f.

wie die "Zeitschrift für Europäisches Privatrecht"¹³⁶ und die dreisprachige "European Review of Private Law"¹³⁷ helfen. Vielleicht aber ist es auch so, daß ein europäisches Rechtssystem einfach wegen der beachtlichen Größe Europas nicht denselben Stil haben kann, wie unsere gewohnten nationalen Systeme. Verliert womöglich die Rechtssicherheit sich in der Weite des Kontinents? Einfach, weil auch beim besten Willen keiner mehr den Überblick haben kann? Skeptisch stimmt zudem, daß selbst Europarechtslehrbücher in ihrer Literaturauswahl manchmal alles andere als europäisch sind.¹³⁸

4. Aussichten

Was bedeutet dies nun? Beachtliche Kompetenzen, aber erhebliche praktische Probleme - so mag man die bisherige Analyse zusammenzufassen. Dies mag pessimistisch klingen, aber ich beabsichtige keine Schwarzmalerei. Die Probleme sind real, und konstruktiv ist man nur, wenn man Probleme erkennt, ausspricht und - so es geht - löst. Ob diese Bereitschaft überall vorhanden ist, mag hier offenbleiben.

Auf mittlere Sicht werden wir mit diesen Problemen zu leben haben, und so stellt sich die Frage, wie es während der nächsten Zeit mit der legislativen Rechtsangleichung bestellt sein soll. Die weiten Vorgaben vom EG-Vertrag und Unionsvertrag wurden bereits angesprochen¹³⁹; auf ihre mögliche Bedeutung ist noch kurz einzugehen.

a) Subsidiarität

Viele Worte sind über das Subsidiaritätsprinzip gemacht worden¹⁴⁰, verankert jetzt in Art. 3b Abs. 2 EGV und angedeutet wohl auch in Art. A Abs. 2 a.E. EUV ("Union ... in der die Entscheidungen möglichst bürgernah getroffen werden."). Was bedeutet es für die Rechtsangleichung im Privatrecht? Das Subsidiaritätsprinzip gilt für die Gemeinschaft nur "in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen"¹⁴¹. Nach einer Auffassung, die auch von der Kommission vertreten worden ist, soll die Errichtung des Binnenmarktes in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen¹⁴². Meines Erachtens kann das nicht richtig

sein¹⁴³, denn es würde den nationalen Abbau nationaler Hindernisse verbieten und im übrigen das viel gepriesene Subsidiaritätsprinzip mangels Anwendungsbereichs zu einer - politisch verderblichen - europäischen Mogelpackung machen. Wäre es richtig, so hätte Art. 3b Abs. 2 EGV kaum Relevanz für die privatrechtliche Rechtsangleichung¹⁴⁴, da diese stets auf die Binnenmarktkompetenzen gestützt wird. Mit seiner Überprüfung einiger Rechtsangleichungsmaßnahmen auf dem Europäischen Rat in Edinburgh Ende 1992 hat der Rat das Subsidiaritätsprinzip auch in diesem Bereich gelten lassen, und auch bei einzelnen Angleichungsmaßnahmen scheinen von nationalen Regierungen Subsidiaritätseinwände vorgebracht zu werden, so jüngst bei der neuen Timesharing-RIL¹⁴⁵. Dennoch sollte man vom Subsidiaritätsprinzip außer sorgfältiger Vorbereitung und besserer Begründung nicht allzuviel erwarten. Es bleibt unbestimmt und auch bei Bejahung der Justiziabilität bleibt eine wirkungsvolle Kompetenzkontrolle durch den EuGH, so wünschenswert sie ist, zweifelhaft.

b) Sektorielle Politiken

Der Maastrichter Vertrag hat eine Reihe von neuen auf einzelne Aufgabenfelder bezogenen, sog. sektoriellen Politiken gebracht, bei denen zum Teil ausdrücklich eine Rechtsangleichung ausgeschlossen ist. Eine einschlägige Angleichung aufgrund der Binnenmarktmächtigung des Art. 100a EGV wird dies jedoch nicht grundsätzlich hindern¹⁴⁶.

Dem Verbraucherschutz ist der neue Art. 129a EGV gewidmet, der zweierlei vorsieht: Erstens, nicht definierte "spezifische Aktionen"¹⁴⁷, und zweitens, "Maßnahmen, die [die Gemeinschaft] im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 100a erläßt". Die Bestimmung bringt, wie bemerkt worden ist, "wohl eher Fragen als Antworten"¹⁴⁸. Vielleicht wird die Kommission uns näheren Aufschluß geben. Sie hat dem Rat alle 5 Jahre einen

Bericht über die Anwendung der Produkthaftungs-RIL¹⁴⁹, vor dem 1.1.1995 einen Bericht zur Verbraucherkredit-RIL¹⁵⁰ und vor dem 1.1.2000 einen Bericht zur Klausel-RIL¹⁵¹ vorzulegen. Darin kann sie ihren Kurs konkretisieren. Auch die Stellungnahmen zu ihren Grünbüchern über

¹⁴³ Kritisch auch Wernhard Möschel, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht: NJW 1993, 3025-3028 (3026).

¹⁴⁴ So in der Tat pauschal Ullmann (oben Fn. 110) 929: "Im Wirtschaftsrecht, zu welchem das Wettbewerbsrecht zählt, hat das Subsidiaritätsprinzip keine Bedeutung"; differenzierend Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 575.

¹⁴⁵ Vgl. Agence Europe Nr. 6344 vom 26.10.1994, S. 8; siehe nun die RIL 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeittunungsrechten an Immobilien, ABl. 1994 L 280/83-87.

¹⁴⁶ So auch Schwartz, Subsidiarität (oben Fn. 142) 417; ders., Perspektiven (oben Fn. 72) 572.

¹⁴⁷ - für eine weite Auslegung Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 571 -

¹⁴⁸ Taschner, Privatrechtsentwicklung (oben Fn. 28) 161.

¹⁴⁹ Art. 2 Produkthaftungs-RIL (Richtlinie des Rates (85/374/EWG) vom 25.7.1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABl. EG 1985 L 210/29-33).

¹⁵⁰ Art. 17 Verbraucherkredit-RIL (oben Fn. 68).

¹⁵¹ Art. 9 Klausel-RIL (oben Fn. 113).

¹³⁶ (1) 1993ff.; einleitend das Editorial der Herausgeber ebd. 1-3.

¹³⁷ (1) 1993ff.; einleitend Hondius/Storme (oben Fn. 125).

¹³⁸ Extrem, aber kein Einzelfall Josephine Shaw, European Community Law (1993), wo in der Bibliographie S. 338-344 überhaupt nur englische Titel genannt werden, und S. 17-20 selbst unter den Überschriften "Legal Literature" und "Making the Most of Studying Community Law" anderssprachige Literatur praktisch nicht vorkommt.

¹³⁹ Oben bei Fn. 78.

¹⁴⁰ Einleitend Jorn Piskorn, Das Subsidiaritätsprinzip im Vertrag über die Europäische Union - rechtliche Bedeutung und gerichtliche Überprüfbarkeit: EuZW 1992, 697-700.

¹⁴¹ Art. 3b Abs. 2 EGV.

¹⁴² Das Subsidiaritätsprinzip, Mitteilung der Kommission, SEK (92) 1990 endg. S. 7; wohl auch Lenz (-Langguth) (oben Fn. 111) Art. 3b Rz. 18; dazu Ivo E. Schwartz, Subsidiarität und EG-Kompetenzen, Der neue Titel "Kultur", Medienvielfalt und Binnenmarkt: AIP 1993, 409-421 (413f., insbes. Fn. 39).

Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst¹⁵², sowie über den Zugang der Verbraucher zum Recht¹⁵³ werden ihr dazu Gelegenheit geben.

c) Justizielle Zusammenarbeit

Schließlich ist im Unionsvertrag im Art. K.1 Nr. 6 "die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen" zur Angelegenheit von gemeinsamem Interesse in der Union erklärt worden¹⁵⁴. Die möglichen Handlungsformen des Rates werden in Art. K.3 genannt, Bedeutung entfalten könnte insbesondere das Übereinkommen¹⁵⁵. Vielleicht deutet sich hier ein Weg zur organisieren und doch behutsamen Schaffung von Einheitsrecht, insbesondere für grenzüberschreitende Sachverhalte an, im Sinne des vorhin genannten "13. Modells". Mindestens sollte man die justizielle Zusammenarbeit nutzen, um in Europa endlich das IPR über den Bereich der Schuldverträge hinaus zu vereinheitlichen¹⁵⁶, und dabei nicht bei prozessualen Regelungen stehenbleiben¹⁵⁷. Der gegenwärtige Zustand mit nationalen IPR-Regeln, manchmal fehlender Entscheidungsharmonie - die bekannten "hinkenden Ehen", "gespaltenen Nachlässe"¹⁵⁸ und dergleichen - ist in einem "Europäischen Rechtsraum" ein Skandal! Bei der IPR-Vereinheitlichung sollte man auch die Frage der Anwendung der Kollisionsnormen von Amts wegen, der Fremdrechtsanwendung und der Auslandsrechtsauskunft bedenken¹⁵⁹ - denn sonst bleibt einheitliches IPR Theorie.

¹⁵² Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, KOM(93) 509endg. vom 15.11.1993; dazu der Aufsatz des Kommissionsbeamten Mario Tenreiro, *Garanties et services après-vente: brève analyse du Livre Vert présenté par la Commission européenne*: Rev.eur.dr.consom. 1994, 3-26.

¹⁵³ Grünbuch Zugang der Verbraucher zum Recht und Beteiligung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt, KOM(93) 576endg. vom 16.11.1993.

¹⁵⁴ Zum Verhältnis von Art. K.1 EUV zu Art. 100 EGV Peter-Christian Müller-Graff, *The legal basis of the third pillar and its position in the framework of the Union Treaty*, in: C.M.L.Rev. 31 (1994) 493-510 (503f.)
Gegen - kundbare - Übereinkommen Taschner, *Privatrechtsentwicklung* (oben Fn. 28) 163ff.

¹⁵⁵ Dazu Karl Friedrich Kreuzer, *Die Europäisierung des Internationalen Privatrechts - Vorgaben des Gemeinschaftsrechts*, in: *Gemeinsames Privatrecht* (oben Fn. 28) 373-447; auch Erik Jayme, *Ein Internationales Privatrecht für Europa*, *Reden zur Verleihung des Landesforschungspreises Baden-Württemberg 1989*, Mit einem Beitrag über Internationales Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt (1991) (Heidelberger Forum, 70); für ein "abgestuftes System der Sachrechts- und Kollisionsrechtsvereinheitlichung" schon Remien, *Illusion* (oben Fn. 37) 277, 281; ebenso Taupitz (oben Fn. 57) 60ff. und ders., *Privatrechtsvereinheitlichung durch die EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung?* JZ 1993, 533-539.

¹⁵⁷ Nach Jim Cloos/Gaston Reinesch/Daniel Vignes/Joseph Weyland, *Le traité de Maastricht, Genèse, analyse, commentaires* (2. Aufl. 1994) 499 wird an "conventions ... notamment dans le domaine du droit international privé" gedacht. Dabei dürfte es sich bisher aber um eine Ergänzung des GVÜ für Ehesachen sowie das Insolvenz-Übereinkommen handeln, vgl. *Agence Europe* Nr. 6366 vom 28./29.11.1994 S. 9; beim GVÜ für Ehesachen (Brüssel II) sind bereits beachtliche Fortschritte zu verzeichnen, vgl. *Agence Europe* Nr. 6435 vom 8.3.1995 S. 11, Nr. 6436 vom 9.3.1995 S. 8, Nr. 6438 vom 11.3.1995 S. 7; Bis Juni 1995 soll eine neue Expertenvorlage beschlußreif sein. Vgl. auch Erik Jayme/Christian Kohler, *Europäisches Kollisionsrecht 1994: Quellenpluralismus und offene Kontraste*: IPRax 1994, 405-415 (406 m.Nachw.).

¹⁵⁸ Vgl. jüngst Brigitte Lurger, *Doppelstaatsbürgerschaft im deutsch-österreichischen Spaltnachlaß und Beschränkung durch Nachberschaft* (zu OGH, 21.12.1992 - 7 Ob 633/92): IPRax 1994, 235-241.

¹⁵⁹ Dazu Peter Hay/Ole Lando/Ronald Rotunda, *Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration*, in: *Integration Through Law, Europe and the American Federal Experience*, vol. 1: *Methods, Tools and Institutions*, Book 2: *Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, hrsg. von Muro Cappelletti u.a. (1986) 161-258 (insbes. 183ff., 256ff.); Remien, *Illusion* (oben Fn. 37) 282.

d) Summe

In den vergangenen Jahren und Jahrzehnten ist eine Rechtsangleichungspolitik betrieben worden, die doch einiges an Einheit erreicht hat. Zum Teil ist europäisches Privatrecht eine Realität geworden. Wenn man sich nun im Wege der "justitiellen Zusammenarbeit" verstärkt der juristischen Infrastruktur annimmt, so mag dies nicht das Flair des "grand projet" haben, aber eine kluge Sicherung und Vertiefung des legislativ bereits Erreichten sein.

Wie ist es aber mit dem zweiten Weg, dem gerichtlichen?

III. Gerichtlicher Weg

Neben dem legislativen Weg zur Rechtsangleichung, zur Europäisierung und damit Denationalisierung des Privatrechts, steht der gerichtliche Weg. Lehrreich ist die Geschichte der englischen zentralen königlichen Gerichte in Westminster, über die es heißt¹⁶⁰:

"It is this centralised judicial system which will gradually reduce the local courts to insignificance, and substitute one common law for that confused mass of local customs of which the law of England had formerly consisted."

Kann dementsprechend der EuGH in Luxemburg mit der "confused mass" nationaler Privatrechte aufräumen und so gerichtlich europäisches Privatrecht schaffen? Im EG-Vertrag finden sich drei Geleise, auf denen das eventuell möglich sein könnte: das eine Geleis könnte das System unverfälschten Wettbewerbs mit dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen oder Beschlüsse sein (sogleich 1.), das andere die Grundfreiheiten des EGV (unten 2.); schließlich ist noch an das subsidiäre allgemeine Diskriminierungsverbot zu denken (unten 3.).

I. Unverfälschter Wettbewerb nach Art. 3 lit. g. 85 EGV

Es ist eine alte und wohl zutreffende These, daß Rechtsunterschiede den Wettbewerb verfälschen können. Sie liegt der "binnenmarktfinalen" legislativen Rechtsangleichung der EG zugrunde¹⁶¹. Auch schon mancher nationale Gesetzgeber ist mit ähnlichen Gedanken im internationalen Standortwettbewerb legislativ aktiv geworden. Der EGV sieht nun nach Art. 3 lit. g "ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt", vor - ein grundlegendes Ziel des Vertrages¹⁶². Die Art. 85ff. EGV enthalten dieses Ziel konkretisierende einzelne wettbewerbsrechtliche Bestimmungen, und insoweit einheitliches europäisches Wettbewerbsrecht. So verfügt Art. 85 EGV ein Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen, das im Absatz 2 der Vorschrift bekanntlich mit einer

¹⁶⁰ William Holdsworth, *A History of English Law I* (7. Aufl. 1956) 4f.

¹⁶¹ Vgl. Müller-Graff, *Gemeinschaftsrecht* (oben Fn. 54) 18; ferner Hommelhoff (oben Fn. 54) 72f.; auch Schwartz, *Perspektiven* (oben Fn. 72) 568f.

¹⁶² EuGH 21.2.1973 - Rs. 6/72 (*Europemballage und Continental Can*), Slg. 1973, 215 (245f. Erw. 25.).

privatrechtlichen Nichtigkeitsanktion versehen wird¹⁶³; nationalem Privatrecht unterliegende Verträge können daher auf Grund europäischen Kartellrechts nichtig sein¹⁶⁴. Hier interessiert eine ganz andere Frage, nämlich die, ob mitgliedstaatliche Privatrechtsnormen gegen Art. 85 EGV verstoßen können.

Ist schon die Frage abwegig? Wie auch immer, sie ist gestellt worden. So hat das Tribunal de commerce Paris den EuGH im Fall *Alsthom Atlantique* u.a. gefragt, ob die Regel der französischen Rechtsprechung, daß ein gewerblicher Verkäufer seine Haftung für Sachmängel nicht ausschließen kann, es sei denn gegenüber Käufern der gleichen Branche, gegen Art. 85 EGV verstoße¹⁶⁵. Der EuGH hat erwidert:

"Hinsichtlich der vorliegenden Rechtssache ist festzustellen, daß die vom vorliegenden Gericht angesprochene unwiderlegliche Vermutung der Kenntnis der Mängel der verkauften Sache durch die Rechtsprechung aus Gründen des Käuferschutzes entwickelt wurde und nicht geeignet ist, den Abschluß von gegen Artikel 85 verstoßenden Vereinbarungen zu begünstigen oder zu erleichtern.¹⁶⁶"

Die Frage hat also eine ernsthafte, im konkreten Fall allerdings verneinende Antwort erhalten. Die Art. 85 und 86 EGV gelten für Unternehmer, doch hat der EuGH aus ihnen auch Pflichten der Mitgliedstaaten gefolgert:

"Nach ständiger Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten [...] aufgrund von Art. 85 i. V. mit Art. 5 EWG keine Maßnahmen, und zwar auch nicht in Form von Gesetzen oder Verordnungen, treffen oder beibehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten."¹⁶⁷

Das gilt etwa, wenn der Mitgliedstaat eine Kartellabspache "vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder ..."¹⁶⁸ Der EuGH hat kürzlich gemeint, dies sei bei dem deutschen staatlichen Provisionsabgabeverbot für Versicherungsvermittler nicht der Fall¹⁶⁹. Wenn jeder Zusammenhang mit einem von Art. 85 I EWG erfaßten Verhalten von Unternehmern fehlt, greift Art. 85 nach dieser Rechtsprechung also nicht. Damit dürfte eine eukartellrechtliche Kontrolle nationaler Privatrechtsnormen jedenfalls zum Teil verhindert sein, insoweit nämlich, als sie allein darauf gegründet wird, daß die Norm eine Wettbewerbsverfälschung gegenüber Unternehmen aus Mitgliedstaaten mit einer abweichenden Privatrechtsnorm bewirke. So lag es im Sachmängelhaftungs-Fall *Alsthom Atlantique*: Art. 85 EGV hat dort keine europäische Kontrolle

¹⁶³ Dazu Ernst-Joachim Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht* (1974) 572f.

¹⁶⁴ Nachweise aus der Rechtsprechung bei Lenz (-Grill) (oben Fn. 111) Art. 85 Rz. 35.

¹⁶⁵ EuGH 24.1.1991 - Rs. C-339/89 (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991 I-107.

¹⁶⁶ Ebd. I-124 Erw. 12.

¹⁶⁷ EuGH 17.11.1993 - Rs. C-2/91 (Meng), Slg. 1993 I-5751 (I-5797 Erw. 14) = NJW 1994, 1717; EuGH 17.11.1993 - Rs. C-185/91 (Reiff), Slg. 1993 I-5801 (I-5847 Erw. 14); EuGH 9.2.1995 - Rs. C-412/93 (*Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec / TFI Publicité und M6 Publicité SA*), noch nicht in Slg. (Erw. 25).

¹⁶⁸ EuGH 21.9.1988 - Rs. 267/86 (van Eycke / ASPA), Slg. 1988, 4769 (4791 Erw. 16).

¹⁶⁹ EuGH 17.11.1993 - Rs. C-2/91 (Meng), zum GuKG EuGH 17.11.1993 - Rs. C-185/91 (Reiff), (beide oben Fn. 167).

der allein stehenden französischen Lösung bewirkt. Der Grundsatz unverfälschten Wettbewerbs wirkt sich also wohl nicht unmittelbar auf nationale Privatrechtsnormen aus¹⁷⁰.

Das schließt allerdings nicht aus, daß die wettbewerbliche Wertung des Art. 85 EGV dort durchschlägt, wo die Gemeinschaft europäisches Privatrecht gesetzt hat, etwa im Handelsvertreterrecht¹⁷¹. Das aber steht auf einem anderen Blatt¹⁷², nämlich dem über die rechtlichen Grenzen der Gemeinschaftsrechtssetzung allgemein¹⁷³. Ein allgemeines privatrechtliches Denationalisierungsinstrument dürften die Art. 3 lit. g, 85 EGV also nicht sein.

2. Grundfreiheiten

Privatrechtlich ergebiger mögen aber die Grundfreiheiten sein. Schon 1979 ist insoweit von einem "schleichenden Vortrab des Gemeinschaftsrechts in das Zivilrecht der Mitgliedstaaten hinein" gesprochen worden¹⁷⁴.

Vier Freiheiten enthält der EGV: "Die Tätigkeit der Gemeinschaft ... umfaßt ... einen Binnenmarkt, der durch die Beseitigung der Hindernisse für den freien Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten gekennzeichnet ist", sagt Art. 3 lit. c EGV, beinahe das gleiche steht noch einmal in Art. 7a Abs. 2 EGV. Es handelt sich um die Warenverkehrsfreiheit des Art. 30 EGV, den freien Personenverkehr mit Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit (Artt. 48ff. bzw. Artt. 52ff.), die Dienstleistungsfreiheit der Artt. 59ff., sowie den freien Kapital- und Zahlungsverkehr (jetzt Artt. 73b ff. EGV n.F.). Diese sogenannten Grundfreiheiten sind heute unmittelbar anwendbar¹⁷⁵. Die Anwendung nationalen Rechts ist daher gegebenenfalls an ihnen zu messen. Drei Fragen stellen sich:

- zuerst, ob dies etwas mit Rechtsangleichung, mit Denationalisierung bzw. Europäisierung von Rechtsgebieten zu tun haben kann,

- sodann, wie weit die Grundfreiheiten dabei reichen, insbesondere welche Auswirkungen sie auf das Privatrecht haben,

- schließlich, was davon zu halten ist.

¹⁷⁰ Vgl. zu Art. 3 lit. g EGV Ernst Steindorff, *Privatrecht und europäischer Binnenmarkt*, in: *Verfassungen für ein Ziviles Europa*, Hrsg. von Gert Brüggemeier (1994) 131-148 (145).

¹⁷¹ Steindorff ebd. 135f.

¹⁷² So wohl auch Steindorff a. a. O., der die beiden Fragen getrennt behandelt.

¹⁷³ Dazu Mestmäcker, *European law* (oben Fn. 67), ders., *Zur Wirtschaftsrechtsverfassung in der Europäischen Union*, in: *Ordnung und Freiheit*, Festgabe Willgerodt (1994) 263-292; Steindorff, *Quo vadis* (oben Fn. 25) 63, 71ff.; P.J.G. Kapteyn/P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen* (4. Aufl. 1987) 261f. Keinerlei Grenzen sieht anscheinend Manfred Zuleeg. Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des EuGH, in: *Marktwirtschaft und Wettbewerb in sich erweiternden europäischen Raum*, Referate des XXVII. FIW-Symposiums (1994) 73-88 (86f.) (FIW-Schriftenreihe, 160).

¹⁷⁴ So Tilmann in: Tilmann, *Ansätze* (oben Fn. 51) 20.

¹⁷⁵ Für den Kapital- und Zahlungsverkehr nun Lenz (-R.H. Weber) (oben Fn. 111) Art. 73b Rz. 18.

a) Gerichtliche Privatrechtsangleichung?

Die Grundfreiheiten erfassen nur Binnenmarktsachverhalte, nicht auch pur interne Fälle. Die Inländerdiskriminierung soll, so jüngst der EuGH, zulässig sein, d.h. der Inländer soll zu Hause schlechter behandelt werden dürfen als der in den Genuß der EG-Grundfreiheiten kommende Binnenmarktbürger¹⁷⁶. Man könnte daher meinen, es gehe hier bloß um Importierfreiheit¹⁷⁷, um so etwas ähnliches wie Kollisionsrecht, nämlich allein um Fälle mit Schwerpunkt in anderen Mitgliedstaaten¹⁷⁸. Jedoch wird anders als im IPR nicht nach dem Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses gesucht, der Binnenmarktsachverhalt soll genügen. Dies zeigt der bekannte Fall Yves Rocher¹⁷⁹: Die deutsche Tochtergesellschaft der französischen Yves Rocher S.A. warb in Deutschland unter blickfängmässiger Herausstellung einer Preisreduzierung für die überwiegend in Frankreich hergestellten Produkte ihrer Muttergesellschaft, wie es heißt entsprechend einer gemeinschaftsweit einheitlich konzipierten Werbung. Der damalige § 6e des deutschen UWG verbot solche Werbung, weshalb der Schutzverein gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V. Unterlassungsklage erhob. Der EuGH meinte aber, Art. 30 greife ein - § 6e UWG konnte infolge der Warenverkehrsfreiheit nicht angewandt werden. Ob es dafür auf den Ursprung der Ware, der Werbekonzeption oder der - gar nicht verfahrensbeteiligten - Konzernmuttergesellschaft ankommt, hat der EuGH nicht einmal geprüft¹⁸⁰.

Grotesk wäre es, auf den Warenursprung abzustellen: dasselbe Unternehmen könnte dann die eine Ware nach deutschem UWG, die andere nach belgischem Handelspraktikengesetz und eine weitere nach portugiesischem Lauterkeitsrecht bewerben. Vielleicht sollte die - wegen des deutschen Prospektes der deutschen GmbH allerdings zweifelhafte - gemeinschaftsweite Werbekonzeption ausschlaggebend sein. Ob das auch dann gelten soll, wenn kein Konzernverhältnis zwischen werbendem Unternehmen und werbekonzipierendem Hersteller gegeben ist? Wie auch immer: die Rechtsprechung des EuGH setzt mittels der Warenverkehrsfreiheit einen einheitlichen Standard für das Werberecht¹⁸¹, schafft also einheitliches Recht für Binnenmarktsachverhalte - ähnlich dem vorhin erörterten "13. Modell". Meines Erachtens kann man daher von gerichtlicher

¹⁷⁶ EuGH 28.1.1992 - Rs. C-332/90 (Steen I), Slg. 1992 I-341; EuGH 16.6.1994 - Rs. C-132/93 (Steen II), Slg. 1994 I-2715 (2724 Erw. 9); EuGH 16.2.1995 - verb. Rs. C-29/94 bis C-35/94 (Aubertin) Erw. 8ff., dazu Schlussanträge Generalanwalt Lenz vom 15.12.1994.

¹⁷⁷ So Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 584.

¹⁷⁸ Zu IPR und Grundfreiheiten jüngst Jürgen Basedow, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis; RabelsZ 59 (1995) 1-55; Wulf-Henning Roth, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht. Zur Entwicklung internationaler Sachnormen für europäische Sachverhalte. ZEuP 2 (1994) 5-33; Eckart Brödermann, Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle und Schranke des IPR (Primärrecht, Verordnungen, Richterrecht). Unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Gesellschaftsrechts (Art. 58 EG-Vertrag), in: Brödermann/Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR (1995).

¹⁷⁹ EuGH 18.5.1993 - Rs. C-125/91 (Yves Rocher), Slg. 1993 I-2361; sodann BGH 14.10.1993, NJW-RR 1994, 232.

¹⁸⁰ Zur Kritik Remien, Grenzen (oben Fn. 89) 350f.

¹⁸¹ "Damit wird das deutsche UWG durch den EuGH reformiert und eine zweite gültige Fassung des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, das "UWG(EG)" geschaffen." sagt Peter Chroczel, Die eingeschränkte Geltung des Gesetzes gegen Unlauteren Wettbewerb für EG-Ausländer. EWS 1991, 173-179 (179).

Rechtsangleichung sprechen¹⁸², - das aber heißt von Denationalisierung bzw. Europäisierung auf gerichtlichem Wege.

b) Reichweite der Grundfreiheiten im Privatrecht

Die Frage ist nun, wie groß die Reichweite der Grundfreiheiten im Privatrecht - und damit die der gerichtlichen Rechtsangleichung - ist. Um diese Frage zu beantworten, muß ganz kurz in einigen allgemeinen Worten das Grundmuster der Dogmatik der Grundfreiheiten entwickelt werden; dann sind die einzelnen Grundfreiheiten zu untersuchen.

aa) Dogmatik der Grundfreiheiten

Am weitesten fortgeschritten ist die Entwicklung der Grundfreiheiten bei der Freiheit des Warenverkehrs des Art. 30 EGV. Sie ist Vorbild bei der Entwicklung auch der anderen Freiheiten. Vorbehaltlich noch zu erörternder neuester Entwicklungen sind zwei Stufen zu beachten:

Als verbotene "Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen" betrachtet der EuGH seit seiner Dassonville-Entscheidung "jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern."¹⁸³ Darunter fallen also auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen, d.h. Maßnahmen, die fremde Waren an sich nicht diskriminieren, sondern ihre Einfuhr nur auf andere Weise faktisch behindern, somit beschränken. Nicht bloß Diskriminierungsverbot also, sondern Beschränkungsverbot. Gewisse Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung, Sicherheit usw. erkennt bereits Art. 36 EGV an. Entsprechend der Weite des Beschränkungsverbots gemäß der Dassonville-Formel hat der EuGH jedoch anerkannt¹⁸⁴ daß zudem zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses eine Beschränkung rechtfertigen können, wobei jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren ist. Privatrechtsnormen sind nicht grundsätzlich davon befreit, als unverhältnismäßige Beschränkungen angesehen zu werden¹⁸⁵. Was bedeutet dies nun konkret für die Denationalisierung bzw. Europäisierung des Privatrechts? Zunächst ist die Warenverkehrsfreiheit zu analysieren.

¹⁸² Anders Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 584. Von "Rechtsangleichung durch gegenseitige Anerkennung" spricht Hommelhoff (oben Fn. 54) 99ff.; ein "Zweiklassenprivatrecht mit unterschiedlichen Inhalten für inländische und für grenzüberschreitende Sachverhalte" befürchtet Ernst Steindorff, Anmerkung zu EuGH 2.8.1993 (Altaf II): JZ 1994, 95-98 (97).

¹⁸³ EuGH 11.7.1974 - Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837 (852 Erw. 5).

¹⁸⁴ EuGH 20.2.1979 - Rs. 120/78 oben Fn. 41.

¹⁸⁵ Früh schon Norbert Reich, Rechte der Grundlagen zur Schaffung eines Konsumentenschutzrechtes innerhalb der Europäischen Gemeinschaften, in: FS Cong (oben Fn. 120) II 441-467 (453): "Man wird in Zukunft davon ausgehen müssen, daß auch zwingende vertragsrechtliche Vorschriften etwa über die Mängelhaftung oder über Garantien sowie deliktrechtliche Regelungen (Produkthaftung) nach Art. 30 überprüft werden." Ferner ders., Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, Eine problemorientierte Einführung in das europäische Wirtschaftsrecht (1987) 55f.: "Auch traditionelle zivilrechtliche Regelungen zum Verbraucherschutz, etwa über Gewährleistung, Garantien, Geschäftsbedingungen und Produkthaftung müssen nach heutiger Rechtspraxis als Maßnahmen gleicher Wirkung

bb) Freiheit des Warenverkehrs

Altestes Beispiel zur Wirkung der Warenverkehrsfreiheit im klassischen Privatrecht ist die Importeurshaftung. Der deutsche BGH hat schon 1979 beiläufig bemerkt: "Jedenfalls können denjenigen Importeuren, die technische Geräte aus dem Bereich der EG, zumindest aus einem der sechs ursprünglichen Mitgliedstaaten, einführen, im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB keine Pflichten auferlegt werden, die über die Pflichten der Großhändler, die im Inland erzeugte Produkte vertreiben, hinausgehen."¹⁸⁶ Dies kann, wie im Schrifttum alsbald ausgeführt, an Art. 30 EGV festgemacht werden. Die zusätzliche Haftung macht den Vertrieb des ausländischen Produkts für den Importeur riskanter und wegen der erforderlichen Sicherungsvorkehrungen und Versicherungen teurer. Daher kann sie den Warenverkehr tatsächlich beschränken. Sie ist auch nicht durch zwingende Allgemeininteressen geboten, denn es haftet schon der ausländische Hersteller, und die Rechtsverfolgung gegen diesen wird durch das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsubereinkommen auch in effizienter Weise sichergestellt.

Vor den EuGH gekommen sind Kaufrecht und Warenverkehrsfreiheit im bereits genannten Fall Alsthom Atlantique; es ging dort allerdings um die Ausführfreiheit des Art. 34 EGV, die enger interpretiert wird. Die Ausführungen des EuGH sind hochinteressant. In der Erwägung 15 heißt es¹⁸⁷:

"Die in der vorliegenden Rechtssache angeführte Rechtsprechung der französischen Cour de cassation gilt jedoch unterschiedslos für alle dem französischen Recht unterliegenden Handelsbeziehungen und hat weder den Zweck noch die Wirkung, speziell die Ausfuhrströme zu beschränken und somit die nationale Produktion oder den nationalen Binnenmarkt zu begünstigen. Im übrigen steht es den Parteien eines internationalen Kaufvertrags im allgemeinen frei, das auf ihre Vertragsbeziehungen anwendbare Recht zu bestimmen und so die Unterwerfung unter das französische Recht zu vermeiden."

Besonders der Hinweis auf die kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist - über Art. 34 EGV hinaus - bedenkenswert. Kann man sagen, daß eine Privatrechtsnorm dann keine Beschränkung einer Grundfreiheit darstellt, wenn das Recht, dem sie entstammt, kollisionsrechtlich abgedungen werden kann? Ich möchte dies grundsätzlich bejahen. Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie legt die staatliche Beschränkung nämlich in die Hände der Parteien¹⁸⁸. Lassen diese sie gelten, so liegt keine Beschränkung mehr vor, sondern der Rahmen ihres Handelns, den die Parteien selbst gewollt haben.

Oder ist schon allein die damit verbundene Last der Rechtswahl eine Beschränkung?¹⁸⁹ Wollte man so argumentieren, so müßte man letzten Endes jeden gewichtigen Rechtsunterschied als Beschränkung ansehen. Das aber wäre Zentralismus, und so ist der Binnenmarkt nie verstanden worden. Damit fallen wesentliche Bereiche des vertraglichen Schuldrechts aus der gerichtlichen

¹⁸⁶ BGH 11.12.1979, DB 1980, 775 (776) m. Anm. Brinkmann; dazu auch Norbert Reich, Rechtliche Grundlagen (vorige Fn.) 453f.

¹⁸⁷ Oben Fn. 165 S. 1-124 Erw. 15

¹⁸⁸ Ähnlich wohl Uwe H. Schneider, (oben Fn.) 1992.

¹⁸⁹ So wohl Peter O. Müllert, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt, Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt: ZHR 159 (1995) 2-33 (10).

Angleichung heraus, denn das römische Schuldvertrags-IPR-Übereinkommen gewährt ja grundsätzlich Rechtswahlfreiheit. Es bleiben die wenig zahlreichen international zwingenden Normen, das Verbraucher- und das Arbeitsrecht.

Im Produkthaftungsrecht ist schon eine Angleichung erfolgt. Man könnte zwar daran denken, die Ausübung der Wahlrechte der Produkthaftungs-Richtlinie anhand von Art. 30 EGV zu kontrollieren, doch scheint dies eine recht theoretische Möglichkeit. Aber warum sollte man nicht an Art. 30 EGV denken, wenn in einem Mitgliedstaat punitive damages amerikanischen Ausmaßes verhängt würden? Unmittelbar betroffen sein könnten jedoch Vertragsschluß und Sachenrecht. Manfred Wolf hat zur Bankenrechtskoordinierung die These aufgestellt, daß eine Pflicht zur Anerkennung der dienstleistungsspezifischen zivilrechtlichen Institute bestehe¹⁹⁰. In der Kreditsicherung konkurrieren jedoch mit den sicherungsbestrebten Kreditdienstleistern die ebenfalls gefährdeten kreditierenden Warenlieferanten. Da es um ein Mehrpersonenverhältnis geht, kann, was für den einen eine Beschränkung ist, dem anderen eine Freiheit eröffnen¹⁹¹. "Wat dem eenen sien Uhl", is dem annern sien Nachtigal", heißt es in Norddeutschland - daran kann auch Europa nichts ändern¹⁹².

Die neueste EuGH-Rechtsprechung gibt aber ohnehin Anlaß, die Möglichkeiten der gerichtlichen Privatrechtsangleichung via Warenverkehrsfreiheit zurückhaltend zu bewerten. Dies führt zum Werberecht zurück: In dem sofort berührt gewordenen Keck-Urteil vom 24.11.1993 hat der EuGH seine Dassonville- und Cassis de Dijon-Rechtsprechung eingeschränkt. "Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten" fielen, wenn sie nicht diskriminierten, nicht in den Anwendungsbereich des Artikel. Für produktbezogene Maßnahmen gelte Art. 30, für "bestimmte Verkaufsmodalitäten" dagegen nicht.

Im Fall Keck ging es um das französische Verbot des Weiterverkaufs mit Verlust, im kurz darauf entschiedenen Fall Hünermund um ein apothekenrechtliches Werbeverbot in Baden-Württemberg. Schon dies sprach dafür, daß Werberecht eine Verkaufsmodalität ist, sofern es nicht wie bei der Produktbezeichnung direkt produktbezogen wirkt¹⁹³. Letzteres war in der Sache Clinique der Fall, so daß dort das deutsche UWG wieder an Art. 30 EGV gemessen wurde¹⁹⁴. Neuestens hat nun der EuGH wie erwartet bestätigt, daß ein Verbot der Fernsehwerbung für eine bestimmte

¹⁹⁰ Manfred Wolf, Privates Bankvertragsrecht im EG-Binnenmarkt, Auswirkungen der II. EG-Bankrechts-Richtlinie auf privatrechtliche Bankgeschäfte: WM 1990, 1941-1952. Vgl. auch Stefan Grundmann, Das Europäische Bankaufsichtsrecht wächst zum System, Wie weit reicht fortan die nationale Rechtssetzungsmacht? (1990) 42ff. (Heidelberger Forum, 68).

¹⁹¹ Vgl. schon Remien, Möglichkeiten (oben Fn. 63) 36f.

¹⁹² Hiergegen Müllert (oben Fn. 189) 10f.: Eine denkbare Beschränkung des Warenkredits durch schrankenlose Zulassung von Vorausabtretungen beruhe allein auf dem Nichtvorhandensein einer Regelung und der privatautonomem Vereinbarung von Markbürgern. - Dabei wird übersehen, daß die Rechtsordnung erst durch §§ 398ff. BGB die Übertragbarkeit von Forderungsrechten, hier der Abtretung der Erlösforderung, zugunsten von Geld- oder Warenkreditgebern ermöglicht; zur rechtsgeschichtlichen Entwicklung Komrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, II: Institutionen (2. Aufl. 1984) 142ff.

¹⁹³ Ähnlich Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 581; vgl. auch Ullmann (oben Fn. 110) 934. Siehe auch Wulf, Henning Roth, Rückzug des EuGH vom Binnenmarktkonzept? in: Marktwirtschaft und Wettbewerb im sich erweiternden europäischen Raum, Referate des XXVII. FIW-Symposiums (1994) 21-42 (30), jedoch ferner 37ff., 41) (FIW-Schriftenreihe, 160).

¹⁹⁴ EuGH 2.2.1994 - Rs. C-315/92 (Verband sozialer Wettbewerb e.V. / Clinique Laboratoires SNC und Estée Lauder Cosmetics GmbH), Slg. 1994 I-317.

Absatzmethode, nämlich im Einzelhandel, eine "Verkaufsmodalität" im Sinne der Keck-Rechtsprechung betrifft¹⁹⁵.

Wenn Werbemittel vielfach bloße Verkaufsmodalität ist, so wird aber auch das übrige Zivilrecht vielfach bloße Verkaufsmodalität sein¹⁹⁶. Dafür spricht auch der schon vor Keck entschiedene Yamaha-Fall CMC Motorradcenter¹⁹⁷. Eine auf culpa in contrahendo gestützte Aufklärungspflicht über Schwierigkeiten bei Garantietarbeiten für Parallelimporte stelle allenfalls eine zu ungewisse und zu mittelbare Behinderung des Warenverkehrs dar. Art. 30 EGV greife nicht ein. Ähnlich wird der deutsche Warenlieferant im anderen Mitgliedstaat nicht rundweg Anerkennung seines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts gestützt auf Art. 30 EGV geltend machen können, denn diese Sicherheiten sind Verkaufsmodalitäten. Verlangen kann er, nicht diskriminiert zu werden. Das aber wird dann eher ein IPR-Problem sein¹⁹⁸, und nicht mehr gerichtliche Rechtsangleichung.

cc) Dienstleistungsfreiheit

Neben der schon lange prominenten Warenverkehrsfreiheit ist mit dem Boom des sogenannten tertiären Sektors die Dienstleistungsfreiheit des Art. 59 EGV in den Vordergrund gerückt. Gilt hier dasselbe wie bei Art. 30?

Dogmatisch wohl schon. Auch Art. 59 ist zum Beschränkungsverbot ausgebaut worden, die Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses ist von der Rechtsprechung angewandt und etwa in den Versicherungsurteilen¹⁹⁹ konkretisiert worden. Jedenfalls für Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit hat man daher eine "Konvergenz der Freiheiten" feststellen können²⁰⁰. Ob dies auch die Übertragung der Keck-Rechtsprechung zu den Verkaufsmodalitäten umfaßt, scheint noch nicht von EuGH entschieden. Dafür spricht aber alles²⁰¹. Jedenfalls spricht die Sache Schindler nicht, wie gelegentlich gesagt wird, dagegen. Der EuGH hat dort britische Bestimmungen, die die Einfuhr von Werbematerial für Lotterien verboten, anhand von Art. 59 geprüft²⁰². Ein solches totales Werbeverbot ist aber keine Verkaufsmodalität mehr, sondern faktisch ein Vertriebsverbot. Mit Keck hat der Fall Schindler daher nichts zu tun.

¹⁹⁵ EuGH 9.2.1995 - Rs. C-412/93 (Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec. / TFI Publicité und M6 Publicité SA), noch nicht in Slg. (Erw. 22).

¹⁹⁶ Remien, Grenzen (oben Fn. 89) 353; ähnlich auch Norbert Reich, Grundgesetz und internationales Vertragsrecht: NJW 1994 2128-2131 (2131); vgl. ferner Roth, Freiheiten (oben Fn. 193) 28f., 33.

¹⁹⁷ EuGH 13.10.1993 - Rs. C-93/92 (CMC Motorradcenter GmbH / Baskiogiullari), Slg. 1993, I-5009.

¹⁹⁸ Vgl. auch Easedow, Gehalt (oben Fn. 178) 48.

¹⁹⁹ EuGH 4.12.1986 - Rs. 220/83, 252/83, 205/84 und 206/84 (Kommission / Frankreich bzw. Dänemark bzw. Deutschland bzw. Irland), Slg. 1986, 3663 bzw. 3713 bzw. 3755 bzw. 3817.

²⁰⁰ Peter Behrens, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht: EuR 1992, 145-162.

²⁰¹ Im Ergebnis wohl auch Müllbert (oben Fn. 189) 29f. m.Nachw.; zweifelnd Generalanwalt Jacobs, Schlussanträge vom 26.1.1995 zu EuGH Rs. C-384/93 (Alpine Investments BV / Minister van Financiën) Erw. 60f.

²⁰² EuGH 24.3.1994 - Rs. C-275/92 (Schindler), Slg. 1994 I-1039 = EuZW 1994, 311 m. Anm. Torsten Stein ebd. 315.

Das Problem liegt woanders. Manche Dienstleistungen sind nämlich stärker rechtlich geprägt als Warenlieferungen. "Die Versicherung als Rechtsprodukt"²⁰³ ist ein schon lange gängiges Bild, bei einigen Bankdienstleistungen mag vielleicht ähnliches gelten²⁰⁴. Das heißt, manche spezielle Regeln über Dienstleistungsverträge werden produktgestaltet sein, und nicht bloße Vertriebsmodalitäten. Die Abgrenzung, was noch Verkaufsmodalität ist und was schon produktgestaltend, wird jedoch schwierig sein.

Greift bei produktgestaltenden Regelungen die Dienstleistungsfreiheit ein, so stellt sich allerdings auch hier die Frage der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie. Sie ist wie oben bei der Warenverkehrsfreiheit zu beantworten. Im Schuldvertragsrecht ist daher selbst bei produktbezogen wirkenden Regelungen eine Beschränkung nur zu bejahen, wenn die Norm auch international zwingend ist²⁰⁵. Bei Verbrauchergeschäften ist das nach Art. 5 Römer Übereinkommen, Art. 29 EGBGB bekanntlich der Fall, wenn der Unternehmer im Staat des Verbrauchers für den Geschäftsabschluß kausale Vertriebsaktivitäten entfaltet hat. Hier könnten die Grundfreiheiten daher eingreifen. Sonst werden im allgemeinen bürgerlichen Recht die Beispiele wohl eher selten sein. Der internationale Anwendungsbereich des Differenzinzwandes nach § 764 BGB ist drastisch zurückgenommen worden; der neue § 609a BGB, der zwingend ein Kündigungsrecht für Darlehen mit festem Zinssatz für einen bestimmten Zeitraum gewährt²⁰⁶, soll nur für Darlehen an natürliche Personen ohne grundpfandrechtliche Sicherung international zwingend sein²⁰⁷.

So mag die Dienstleistungsfreiheit zwar eine gewisse gerichtliche Privatrechtsangleichung gestatten, aber doch auch nur eine begrenzte.

dd) Freizügigkeit

Der freie Personenverkehr, so könnte man meinen, wird durch Privatrecht eher gefördert als gehindert. Aber aus der Rechtsprechung des EuGH sind doch Fälle zu vermelden, in denen privatrechtliche Normen an der Freizügigkeitserleichterung des Art. 48 EGV gemessen worden sind, allerdings sehr spezielle Normen.

Es ging um Fremdsprachenkreditoren an Universitäten. Für ihre Anstellungsverträge erlaubte ein italienisches Präsidialdekret nur eine jeweils einjährige Dauer und gewährte - an derselben Universität - nur eine fünfmalige Erneuerungsmöglichkeit. Da andere Universitätsstellen nicht in gleicher Weise zu befristeten waren, Fremdsprachenkreditoren aber zu 75% Nichtitaliener waren, sah der EuGH hierin eine versteckte Diskriminierung, also Verstoß gegen Art. 48 Abs. 2 EGV. Nicht

²⁰³ So der Titel des Buches von Meinrad Dreher (1991); kritisch allerdings R. Gärtner (oben Fn. 32) 117.

²⁰⁴ Uwe H. Schneider, Europäische und internationale Harmonisierung des Bankvertragsrechts, zugleich ein Beitrag zur Angleichung des Privatrechts in der Europäischen Gemeinschaft: NJW 1991, 1985-1993 (1991); Roth, Rückzug (oben Fn. 193) 42.

²⁰⁵ Siehe schon oben im Text bei Fn. 187ff.; anders Müllbert (oben Fn. 189) 30 Fn. 124.

²⁰⁶ - dazu schon Uwe H. Schneider, Harmonisierung (oben Fn. 204) 1992 -

²⁰⁷ Klaus Hopf/Peter O. Müllbert, Die Darlehenskündigung nach § 609a BGB, - Eine Bilanz der ersten drei Jahre -; WM 1990 Sonderbeilage Nr. 3 S. 19; Palandt (-Putzo), BGB (54. Aufl. 1995) § 609a Rz. 5; etwas weiter Bernard von Hoffmann, Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalen Anwendungsbereich: IPRax 1989, 261-271 (271).

nur die Maximalgrenze von sechs Jahren²⁰⁸, sondern in einer zweiten Entscheidung auch die jährliche Befristung²⁰⁹ wurde als diskriminierend angesehen. In einer wenig später entschiedenen deutschen Sache wurde wohl sogar die bloße Befristungsmöglichkeit kritisiert²¹⁰.

Ein Verdict also über Zeitverträge²¹¹. Steindorff befürchtet, dies könne zu einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitskontrolle führen, die auch vor Privatrechtsnormen nicht Halt mache²¹². Womöglich stehe eine "gemeinschaftsrechtliche" Verhältnismäßigkeitskontrolle über alles Zivilrecht²¹³ bevor.

Der Befürchtung, daß die Konsequenzen so weitreichend sein könnten, ist hoffnungsvoll Gelassenheit entgegenzusetzen²¹⁴. Die Fremdsprachenlektorenfälle gehen davon aus, daß eine verschleierte Diskriminierung der in der Regel ausländischen Lektoren vorliege. Schon dies kann man kritisieren. Bei allgemeinen Zivilrechtsnormen wird eine versteckte Diskriminierung aber jedenfalls viel ferner liegen als bei den speziellen Normen über die in Italien zu 75% mit Ausländern abgeschlossenen Lektorenverträge. Auch die personenstandsrechtliche Entscheidung im Fall Konstantinidis, in der die - einer ISO-Norm folgende - Verweigerung der phonetischen Transliteration des griechischen Namens als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gewertet wurde, stütze sich auf eine Diskriminierung des in Deutschland niedergelassenen griechischen Masseurs²¹⁵. Die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Privatrechtskontrolle wäre daher nur voraussetzen, wenn sich die Freiheit des Personenverkehrs - Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit - vom Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot entwickelte. Man mag sagen, eben dafür gebe es Anzeichen. In der Tat liest man in der Entscheidung in der Sache Kraus²¹⁶ - es ging nicht um Privatrecht, sondern die Anerkennung eines LL.M.-Grades in Deutschland - folgendes:

Folglich stehen die Artikel 48 und 52 jeder nationalen Maßnahme ... entgegen, die, auch wenn sie ohne Unterscheidung nach der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, geeignet ist, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten ... zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

"Zu behindern oder weniger attraktiv zu machen" - das sind sehr weite Worte, und jede staatliche Regelung, auch privatrechtliche, könnte darunter fallen²¹⁷. Der EuGH hätte dann wirklich ein

208

EuGH 30.05.1989 - Rs. 33/88 (Allué), Slg. 1989, 1591.

209

EuGH 2.8.1993 - Rs. C-259, 331 und 332/91 (Allué II), Slg. 1993, I-4309 = JZ 1994, 94 m. Ann. Steindorff ebd. 95-98.

210

EuGH 20.10.1993 - Rs. C-272/92 (Spotti./Freistaat Bayern), Slg. 1993, I-5185 = JZ 1994, 250 m. Ann. Rupp.

211

Vgl. Steindorff, Anmerkung (oben Fn. 209) 96.

212

Ebd. 96.

213

Ebd. 97.

214

Als kaum absehbar betrachtet die weitere Entwicklung aber Müllert (oben Fn. 189) 3.

215

EuGH 30.3.1993 - Rs. C-168/91 (Konstantinidis./Stadt Altensteig, Standesamt, und Landratsamt Calw, Ordnungsamt), Slg. 1993 I-1191 (Erw. 12 und 13 auf S. I-1218) = ZEuP 1995, 89 m. Ann. Pintens; dazu auch Jürgen Basedow, Konstantinidis v. Bangemann, oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht: ZEuP 1994, 197-199.

216

EuGH 31.3.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus), Slg. 1993, I-1663.

217

Beispiel von Steindorff, Anmerkung (oben Fn. 209) 97; Deutscher Mieterschutz als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit eines Ausländers, der in Deutschland Eigentumswohnung erwirbt, aber den Mieter

allgemeines Deregulierungsinstrument, mit dem staatliche Gesetzgebung flächendeckend kontrolliert werden könnte. Zwar sollte man allgemein den EuGH beim Wort nehmen - aber so kann es doch nicht gemeint sein, und zwar aus zwei Gründen:

- erstens stünde ein so weites Verständnis des freien Personenverkehrs mit der durch den Namen Keck gekennzeichneten Einschränkung der Rechtsprechung zum freien Warenverkehr im Widerspruch, ja wäre nach Keck grotesk - man kann nicht einmal allgemein darauf abstellen, ob die Ausübung einer Freiheit weniger attraktiv gemacht wird, und ein andermal "Verkaufsmodalitäten" mit einem Schlag aus dem Anwendungsbereich einer Grundfreiheit herausdefinieren!

- zum zweiten müßte jedenfalls eine Beschränkung der Freizügigkeit oder der Niederlassungsfreiheit vorliegen; dafür kann nicht jede Unliebsamkeit reichen, sondern es müßte eine spezifische Beschränkung gerade der geprüften Freiheit vorliegen. Das wird manchmal fernliegen, wengleich man einräumen muß, daß das Wohnungsmietrecht oder Wohnungseigentumsrecht potentiell Freizügigkeit von Personen - und anzulegendem Kapital - behindern können.

Insbesondere unter Berufung auf Keck also ist eine einschränkende Auslegung der Freizügigkeit nicht nur angebracht, sondern einzig konsequent - das aber heißt dann, eine gerichtliche Privatrechtsangleichung großen Stils via Freizügigkeit ist nicht zu sehen.

c) Summe

Gerichtliche Rechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten scheint also doch nicht so immanent, wie gelegentlich gedacht. Keck hat ihr verdienstvollerweise die Spitze genommen, sie allerdings nicht ganz ausgeschlossen. Vor allem die Dienstleistungsfreiheit könnte auch privatrechtlich Folgen haben.

3 Diskriminierungsverbot des Art. 6 EGV

Kurz einzugehen ist noch auf das allgemeine Diskriminierungsverbot. Schon 1964 hat bei einem Vortrag in Österreich Beitzke gesagt: "Weit in das Privatrecht geht das Grundprinzip des Art. 7 (heute 6) des Vertrages, welches alle Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet."²¹⁸ Er dachte dabei an privatrechtliches Fremdenrecht und hat auch Einflüsse auf das IPR²¹⁹ geprüft. Ausdrücklich diskriminierende privatrechtliche Vorschriften sind jedoch selten. Zwar ist der Ausländerarrest des § 917 Abs. 2 der deutschen ZPO nun durch Art. 6 EGV

nicht herausbekommen. Immerhin ist "es nach dem EWG-Vertrag nicht untersagt ... einen griechischen Namen in den Personenstandsbüchern eines Mitgliedstaats, der das lateinische Alphabet verwendet, in lateinische Schriftzeichen umzuschreiben", EuGH 30.3.1993 (Konstantinidis) (oben Fn. 215) I-1218 Erw. 14, die Frage ist nur, wie.

218

Beitzke (oben Fn. 79) 89.

219

Dazu ausführliche Ulrich Drobnig, Verstößt das Staatsangehörigkeitsprinzip gegen das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages? RabelsZ 34 (1970) 636-662.

mindestens stark beschädigt²²⁰, und auch die Ausländersicherheit des § 110 ZPO hätte man besser an Art. 6 EGV geprüft²²¹, aber vergleichbare Eingriffe ins allgemeine Privatrecht sind nicht zu sehen, weil dieses - anders als manchmal das Internationale Zivilprozeßrecht - in der Regel nicht diskriminiert.

IV. Zukunftsperspektiven

Was eröffnet dies alles an Zukunftsperspektiven? Bei dem legislativen Weg der Rechtsangleichung - der Denationalisierung und Europäisierung des Privatrechts - sind einige Erfolge zu sehen, aber die Zukunftsprognose deutet eher in Richtung auf verhaltenen Fortschritt, Konsolidierung, und neue Initiativen bei der justitiellen Zusammenarbeit. Bei dem gerichtlichen Weg - der meines Erachtens auch Rechtsangleichung bewirkt - scheint die Keck-Entscheidung eine gewisse Umkehr gebracht zu haben. Sie wird nicht nur für die Warenverkehrsfreiheit gelten können, sondern muß auch die anderen Freiheiten erfassen. Auch beim Einsatz des Kartellrechts, des Prinzips des unverfälschten Wettbewerbs, als Kontrollinstrument staatlicher Maßnahmen zeigt der EuGH nun Zurückhaltung. Die andernfalls denkbare gerichtliche Denationalisierung und Europäisierung des Privatrechts ist damit in Grenzen gewiesen, ihr ist die Spitze genommen²²², auch wenn sie - gerade im Bereich der Dienstleistungsfreiheit - bei den produktbezogenen Regeln keineswegs ausgeschlossen ist.

Diese Eingrenzung sollte man nicht bedauern, sondern begrüßen. Rechtsicherheit und demokratische, föderalistische Rechtsetzung sind im Wege gerichtlicher Rechtsangleichung kaum sicherzustellen. Wenn das vielbeschworene Subsidiaritätsprinzip wirklich die Kompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten abgrenzen soll, so muß es auch für die Gemeinschaftsgerichtsbarkeit gelten. Der EuGH hat dies in Keck wohl erkannt, und dies verdient Anerkennung²²³.

Es bleibt aber manche Frage, so die nach den Anknüpfungspunkten der Grundfreiheiten zur Bestimmung des Binnenmarktsachverhaltes²²⁴, in diesem Zusammenhang vor allem die nach Auswirkungen der Grundfreiheiten-Rechtsprechung auf legislative Rechtsangleichung. Es ist pointiert gesagt worden, daß die "neue Strategie" des Binnenmarktes "ihre Grundlage" in der Dassonville und Cassis-Rechtsprechung zu Art. 30 EGV gehabt habe²²⁵, daß Cassis de Dijon die Grenzlinie zwischen Art. 30 und Art. 100 verschoben habe²²⁶. Legislative Rechtsangleichung und Grundfreiheitenrechtsprechung sind zwei Instrumente der europäischen Integration, "verbunden in

²²⁰ EuGH 10.2.1994 - Rs. C-398/92 (Mund & Fester), Slg. 1994 I-467.

²²¹ Art. 59 EGV wendet hingegen an EuGH 1.7.1993 - Rs. C-20/92 (Hubbard / Hamburger), Slg. 1993 I-3777 = RIW 1993, 855.

²²² Schon Remien, Grenzen (oben Fn. 89) 353; im Ergebnis zustimmend Müllbert (oben Fn. 189) 4, 33. Siehe auch Roth, Rückzug (oben Fn. 193) 42.

²²³ Siehe schon Remien, Grenzen (oben Fn. 89) 353. Der EuGH "erkennt, mit Einzelentscheidungen kein Gemeinschaftsrecht schaffen zu können", meint Ullmann (oben Fn. 110) 937.

²²⁴ Dazu oben bei Fn. 177ff.

²²⁵ Josef Aicher, Aushöhlung höherer Verbraucherschutzstandards durch Art. 30 EWGV? in: Verbraucherschutz in Österreich und in der EG, hrsg. von Wolfgang Schuhmacher (1992) 89-124 (94) (Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft, 30).

²²⁶ Schwartz, 30 Jahre (oben Fn. 38) 356.

einem Verhältnis von Interdependenz und Komplementarität²²⁷: ein Wechselspiel also. Die Frage ist, ob nach Keck die legislative Rechtsangleichung wieder einen neuen Aufschwung nehmen wird. Auch wenn man ein Anhänger echter Subsidiarität ist, wäre dies beim Recht des unlauteren Wettbewerbs²²⁸, bei den Mobiliarsicherheiten²²⁹ wohl zu begrüßen. Dies könnte über Art. 100, 100a EGV erfolgen, wenn man nicht die Ansicht vertritt, daß die Keck-Rechtsprechung auch den Anwendungsbereich dieser Artikel eingeschränkt habe²³⁰. Diese Ansicht scheint jedoch nicht zwingend, denn Keck könnte auch einfach die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 30 EGV partiell eingeschränkt haben, und davon blieben die Art. 100, 100a EGV unberührt²³¹.

Auch wenn man aber Keck auf die legislative Rechtsangleichung nach dem EGV erstrecken will, so bleibt doch die "justitielle Zusammenarbeit" des Art. K.1 Nr. 6 des Unions-Vertrages. Es ist zwar nicht ganz leicht zu verstehen, wieso Rechtsangleichung "justitielle Zusammenarbeit" sein soll²³², aber was vielleicht nicht mehr unter Art. 100, 100a EGV fällt, wird doch jedenfalls unter Art. K.1 Nr. 6 EGV fallen. Das Initiativrecht kommt für die justitielle Zusammenarbeit in Zivilsachen, anders als bei denjenigen in Strafsachen, nicht nur den Mitgliedstaaten, sondern auch der Kommission zu (Art. K.3 Abs. 2, 1. Spiegelstrich) - ein gewisser "organisierter Impuls" im Hallsteinischen Sinne²³³ bleibt also; eine Auslegungszuständigkeit des EuGH ist allerdings nur fakultativ (Art. K.3 Abs. 2 lit. c). Wie lange der Art. K. EUV gelten wird, ist im Hinblick auf die neue Regierungskonferenz offen.

Perspektiven für eine weitere Denationalisierung und Europäisierung scheinen insgesamt durchaus gegeben²³⁴, auch wenn man sich nicht an der großen Idee des Europäischen Zivilgesetzbuches berauscht und die gerichtliche Rechtsangleichung eindämmt. Mindestens einseitigen werden uns vielmehr die nationalen Kodifikationen erhalten bleiben, unter ihnen als würdigste das österreichische ABGB. Wenn Europa viele andere Probleme gelöst haben wird, mag es eines Tages vielleicht auch in der Lage sein, so wie nach dem Kundmachungspatent zum ABGB²³⁵

²²⁷ Alfonso Motta, Le marche unique européen (2. Aufl. 1990) 197.

²²⁸ Hinz (oben Fn. 72) 558 ("wäre für die gemeinschaftsweit tätigen Unternehmen, die sich in ihren Vertriebskonzepten jetzt auf 12 unterschiedliche nationale Wettbewerbsrechte einstellen müssen, ein erheblicher Fortschritt"); so wohl auch Ullmann (oben Fn. 110) 934; wohl auch Bangemann (oben Fn. 79) 379. Fragen zur grenzüberschreitenden Werbung will die Kommission demnächst in ihrem "Grünbuch über kommerzielle Kommunikation" behandeln, vgl. Gemeinsame Antwort von Frau Scrivener im Namen der Kommission auf die schriftlichen Anfragen E-2517/93, E-2518/93 und E-2519/93 (Kostopoulos) vom 11.2.1994, ABl. 1994 C 352/10-11.

²²⁹ Hinz (oben Fn. 72) 558; Uwe H. Schneider, Rechtsangleichung (oben Fn. 72) 21: "All dies schreit nach einer Rechtsangleichung des Sicherheitsrechts einerseits und des Konkursrechts andererseits.", siehe auch schon Remien, Möglichkeiten (oben Fn. 63) 31; zu verschiedenen möglichen Modellen auch Bassedow, Gehalt (oben Fn. 178) 48.

²³⁰ In diese Richtung neigend wohl Roth, Rückzug (oben Fn. 193) 42.

²³¹ So im Ergebnis, doch mit anderer Begründung, auch Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 581ff.

²³² Vgl. Oliver Remien, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, - Tagung in Trier, 2.-4.1.1992 - /JZ 1993, 301-302 (302).

²³³ - oben bei Fn. 27 -

²³⁴ Ebenso Schwartz, Perspektiven (oben Fn. 72) 583.

²³⁵ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, I. Theil (Wien, Aus der k. k. Hof- und Staatsdruckerei, 1811) S. 1f.

"die bürgerlichen Gesetze, um den Bürgern volle Beruhigung über den gesicherten Genuß ihrer Privat-Rechte zu verschaffen, nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit, sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner [zu] bestimm[en], in einer ihnen verständlichen Sprache bekannt [zu] mach[en], und durch eine ordentliche Sammlung in stättem Andenken [zu] erhalten [...]".

Solange der Tag aber noch nicht da ist, sollte man die gleiche Aufgabe hier auf der nationalen, da auf der europäischen Ebene verfolgen, je nachdem, wie es angemessen ist, welches Modell sich empfiehlt, was die Infrastruktur gestattet. Ich könnte mir vorstellen, daß dies auch österreichischem Sinn entspricht.

Der Einfluß des neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek außerhalb der Niederlande¹

J.H.M. van ERP²

1. Einleitung

Sobald man beginnt, eine andere juristische Sprache zu sprechen, beginnt man auch, als Rechtsvergleicher zu denken. Das ist der Fall bei der sogenannten internen Rechtsvergleichung (man vergleicht innerhalb eines nationalen Rechtssystems zwei oder mehr Rechtsgebiete) und - sogar in verstärktem Maße - bei der externen Rechtsvergleichung (das heißt: eine Vergleichung zwischen zwei oder mehr nationalen Rechtsordnungen).

Das bedeutet, daß ein Vortrag wie dieser von einem Niederländer, der in deutscher Sprache über den Einfluß des niederländischen neuen Bürgerlichen Gesetzbuches außerhalb der Niederlande, insbesondere Osteuropa, Rußland und die Mongolei, spricht, wo dieses Gesetzbuch in englischer Übersetzung sowohl von osteuropäischen, russischen und mongolischen Juristen wie auch von ausländischen (meist amerikanischen) Ratgebern benutzt wird, also ein rechtsvergleichender Vortrag im Quadrat ist. Damit trägt dieser Vortrag ein entsprechendes Potential an Mißverständnissen in sich.

Es ist aber das Schicksal des Rechtsvergleichers, daß er lernen muß, mit Dilemmas zu leben. Das Dilemma, daß er sich nicht genau in einer Fremdsprache ausdrücken kann, weil Konzepte aus seinem Heimatrecht sich nicht getreu übersetzen lassen. Oder das Dilemma, daß er sich im Prozeß der Rechtsvergleichung über seine eigenen Vorurteile nicht ganz bewußt geworden ist wie vielleicht nötig gewesen wäre, um das ausländische Recht so zu verstehen, wie es von Juristen aus dem entsprechenden Land erfahren wird. Dilemmas auch, die dadurch verursacht werden können, daß man einfach nicht genügend Materialien finden kann und doch Aussagen treffen möchte im Rahmen dieser äußeren Schranken. Also unproblematisch ist solch ein Vortrag wie der heutige ganz gewiß nicht, im Gegenteil! Dennoch - welche andere Wahl bleibt dem Rechtsvergleicher? - möchte ich gerne versuchen, mit Ihnen zu einem Gedankenaustausch zu kommen über die Bedeutung einer Neukodifikation des gesamten Privatrechts (bürgerliches und Handelsrecht) für die Länder, die sich in einer Übergangssituation befinden auf dem Weg von der Planwirtschaft zu einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat und zu einer sozialen Marktwirtschaft.

2. Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch

a. Entstehungsgeschichte

Wie vielleicht bekannt ist, stellt die Entstehungsgeschichte des neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek einen langen Weg dar. Das Projekt dauert inzwischen schon mehr als vierzig Jahre an und sein Ende scheint noch nicht gänzlich in Sicht. Einer der Gründe dafür

¹ Dies ist der ausgearbeitete und leicht geänderte Text eines Vortrages, der am 29.3.1995 vor der IIVO in Osnabrück gehalten wurde. Die Vortragsform wurde beibehalten. Ich danke Herrn F. Nieper, Osnabrück, für die sprachliche Unterstützung bei der Erstellung der schriftlichen Fassung.

² Dr. iur., Universitair hoofdocent für Privatrecht, sowie Englisches und Amerikanisches Recht, Katholieke Universiteit Brabant, Tilburg, Niederlande

ergibt sich aus den erheblichen gesellschaftlichen Veränderungen in den Niederlanden wie im übrigen auch überall anderswo in der westlichen Welt. Diese gesellschaftlichen Veränderungen haben dazu geführt, daß Gesetze, gar schon bevor sie eingeführt werden konnten, Veränderungen zu unterziehen waren. Ein anderer Grund ist jedoch, daß die Verzögerung ihrerseits Verzögerung bewirkte: durch die lange Dauer entwickelte sich Literatur um einen Regelungsgegenstand herum, die wiederum dazu Anlaß gab, frühere Gesetzestexte zu überdenken. Hiermit verglichen ist der Kodifikationsprozeß, bzw. der Prozeß zur Erneuerung von Kodifikationen, in Ländern wie Rußland sehr schnell verlaufen.

b. Struktur des neuen Gesetzbuches

Das neue niederländische Burgerlijk Wetboek (kurz: BW) zeichnet sich aus durch eine in starkem Maße dogmatische und hochabstrakte Struktur. Diese besitzt drei typische Merkmale:

- (1) Das BW beginnt mit den Rechtssubjekten (natürliche Personen und juristische Personen: Bücher 1 und 2), gefolgt von Rechtsobjekten (Bücher 3 bis 9) und wird mit Vorschriften über den räumlichen Anwendungsbereich des Gesetzbuches enden (Internationales Privatrecht, Buch 10).
- (2) Das Gesetzbuch ist vom Allgemeinen zum Besonderen hin aufgebaut (Buch 3, zum Beispiel, enthält Vorschriften über das Vermögensrecht im allgemeinen, gefolgt von Buch 6, das den allgemeinen Teil des Schuldrechts enthält). Diese Struktur wird von sogenannten "schakelbepalingen" (Verbindungsbestimmungen) durchbrochen, die den gerade umgekehrten Effekt bewirken. Sie bringen mit sich, daß beispielsweise ein bestimmter Abschnitt auch Anwendung auf Fragen findet, auf die sich jener Abschnitt eigentlich nicht bezieht. So finden die Vorschriften über die Übertragung eines Gutes (Abschnitt 3.4.2) auch anwendbar auf u.a. die Begründung eines beschränkten Rechtes an einem solchen Gut (Art. 3:98).

(3) Die Regelungen des Gesetzbuches sind auf der einen Seite manchmal sehr genau und detailliert (vergleiche die Regelung über die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten: Art. 6:74 ff.), andererseits manchmal völlig offen (vgl. die zahllosen Verweisungen auf "redelijkheid en billijkheid" (Treu und Glauben) und Art. 6:162, der eine unerlaubte Handlung u.a. als ein Handeln beschreibt, das gegen das verstößt, was "volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt" (Verkehrssitten). Letztlich wird also anerkannt, daß der Gesetzgeber und der Richter hier nicht Konkurrenten sind, sondern daß sowohl Gesetzgebung als auch Rechtsprechung eine grundlegend rechtsetzende Aufgabe erfüllen).

Bevor ich auf die mögliche Bedeutung, die dieses neue Gesetzbuch für die Rechtsentwicklung in Osteuropa, Rußland und die Mongolei haben kann, erscheint es mir sinnvoll, zunächst eine kurze Beschreibung der Umbruchsituation zu geben, die man heute in diesen Ländern antrifft.

3. Rechtslage in Osteuropa, Rußland und der Mongolei

a. Einführende Bemerkungen

Meines Erachtens muß in Anbetracht der Rechtslage in Osteuropa, Rußland und der Mongolei ein Unterschied je nach Land auf der Grundlage ihrer unterschiedlichen rechtshistorischen Entwicklung gemacht werden. Die Lage in der vormaligen DDR ist eine völlig andere als die in den Ländern, die früher zu dem österreichisch-ungarischen Reich gehörten. Die Lage ist

wiederum anders in Rußland bzw. der Mongolei. Fragen, die man sich hier stellen kann, sind: Gab es bereits ein Gesetzbuch vor der kommunistischen Machtübernahme? Gibt es dort noch Juristen, die wissen, wie das Recht früher war?

Nehmen wir als Beispiel die DDR, dann sehen wir, daß dort vor dem zweiten Weltkrieg das BGB galt. Dieses Gesetzbuch konnte dann auch ohne weiteres wieder eingeführt werden, freilich auch, weil das "alte" Recht in der Bundesrepublik nicht verloren gegangen war. Einer ganz anderen Situation begegnet man in Rußland. Hier existierte wohl ein Entwurf für ein bürgerliches Gesetzbuch, aber dieses Gesetzbuch ist in der Zeit, in der Rußland noch Marktwirtschaft kannte, niemals als solches in Kraft getreten. Darüberhinaus ist in Rußland die Kenntnis vom vor-sozialistischen Recht bei heute noch lebenden Juristen nicht mehr vorhanden, was bedeutet, daß die Einführung von am Markt orientierten Recht in erster Linie ein intellektueller, theoretischer und nicht gesellschaftlich nachvollzogener Prozess ist. Mir fällt dabei auf - dies ist jedenfalls mein Eindruck -, daß in Rußland die rechtswissenschaftliche Diskussion in gewisser Weise die Denkprozesse, die in Westeuropa nach der industriellen Revolution stattgefunden haben, erst jetzt durchmacht.³ Ich denke dabei an die Durchdringung der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht und die sogenannte Vergesellschaftlichung des Privatrechts.

b. Von der Planwirtschaft zur Marktwirtschaft

Ganz kurz zusammengefaßt sind die wichtigsten juristischen Merkmale einer Planwirtschaft die folgenden. Es gibt kaum Privateigentum; der Staat ist als Kollektiv Eigentümer der Produktionsmittel. Vertragsfreiheit besteht annähernd gar nicht, weil innerhalb des Staatsapparates der Wirtschaftsplan auszuführen ist, wobei die verschiedenen Staatsbetriebe verwaltungsrechtlich gefärbte Verträge schließen. Desweiteren hat der Staat ein Monopol, was den Handel mit anderen Staaten betrifft.

Dem gegenüber stehen die wichtigsten juristischen Merkmale der Marktwirtschaft. Ausgangspunkt ist das Privateigentum (der natürlichen und der juristischen Personen), wobei dieses Eigentum auf verschiedene Weisen Gestalt annehmen kann, je nach der Rechtsstradition (common law oder civil law). Neben dem Grundsatz des Privateigentums sind es zwei weitere typische Merkmale einer freien Marktwirtschaft, daß Vertragsfreiheit besteht, wenn auch nicht unbeschränkt, und desweiteren der Außenhandel nicht einem Staatsmonopol unterfällt.

Ein wichtiger Faktor, der neben dem Wirtschaftssystem eine nicht zu unterschätzende Rolle bei der Bestimmung von Form und Inhalt des Privatrechts erfüllt, ist das politische System, innerhalb dessen sich das Wirtschaften vollzieht. Die westlichen Marktwirtschaften sind alle auf den Gedanken eines sozialen und demokratischen Rechtsstaates gebaut, unter Beachtung der Gewaltenteilung. Die Planwirtschaften Osteuropas und Rußlands hingegen vollzogen sich in einer politischen Lage, in der eine Partei alleine an der Macht war, die obendrein den Staatsapparat so durchdrungen hatte, daß Staat und Partei de facto als Einheit funktionierten, geleitet von einer zentralen Stelle: der Spitze von Staat und kommunistischer Partei. Diese stark gemischte juristisch-politische Kultur verschwindet nicht unvermittelt, gewiß nicht in einem Land wie Rußland, wo diese Kultur mehr als 70 Jahre das gesamte gesellschaftliche Leben durchdrungen hat. Man sieht denn auch, daß noch stets daran gedacht wird, mittels Dekreten einige Probleme von der Hauptstadt aus lösen zu können, oder daß freiere

³ Vgl. M.V. Antokolskaya, Place of Russian family law in the system of branches of law and correlation between family and civil law, 5 Tilburg Foreign Law Review 53 (part 1) (1996). Der zweite Teil dieses Artikels wird in der zweiten Ausgabe dieses Jahrgangs publiziert werden.

Regelungen da ihre Grenzen finden, wo dies politisch opportun ist. So wurde mir erzählt, daß Mietverträge, die von kleineren Unternehmern in Moskau geschlossen werden, juristisch höchst ungewiß seien, weil der Bürgermeister von Moskau diese per Dekret jederzeit (in jedem Falle: faktisch) beenden könnte.

Die heutige politische, wirtschaftlich-soziale und juristische Situation insbesondere in Rußland wird in dieser Zeit durch das Leben in zwei Welten charakterisiert: Einerseits die Welt der alten kommunistischen Denkstrukturen und andererseits die Welt des modernen westlichen (gemäßigten) Kapitalismus. Die Folge ist, daß dieses moderne westliche Recht in einer Gesellschaft implementiert wird, die eigentlich nur teilweise den wirtschaftlichen und sozialen wie politischen Prämissen entspricht, von denen das westliche Recht ausgeht. Dies sei durch ein Beispiel erhellt. Die heutige politische, wirtschaftliche und soziale Unsicherheit, der enorme Umlauf von schwarzem Geld und die zunehmende Kriminalität sind Phänomene, die Länder in Westeuropa nicht, jedenfalls nicht in dem Maße kennen, in dem sie sich heute in Rußland hervortun. Dies führt beispielsweise dazu, daß bei manchen russischen Juristen große Sorge über Angaben besteht, die durch öffentliche Register allgemein bekannt werden, weil man hier Mißbrauch befürchtet. Wenn bekannt ist, daß ein altes Ehepaar Eigentümer einer Wohnung ist, ist es möglich, daß dieses Ehepaar unter Druck gesetzt wird, diese Wohnung zu verkaufen. Aus diesem Grund stellt man sich die Frage, ob Register wirklich öffentlich sein müssen oder ob jemand, der die Register einsehen will, nachzuweisen hat, ein wirkliches Interesse an den Daten zu haben. Demgegenüber läßt sich jedoch eine starke Neigung feststellen, Rechtsgeschäfte zu registrieren und an die notarielle Form zu binden. Informeller Kommunikation wie Faxen vertraut man schlichtweg nicht, weil hier vom Empfänger nicht wahrzunehmen ist, ob eine Verfälschung stattgefunden hat. Das minimale gegenseitige Vertrauen, das die westlichen Wirtschaften aufzuweisen haben, ist hier, augenscheinlich, in viel geringerem Maße vorhanden.

c. Die Psychologie der alten Denkstrukturen

Vielleicht ist das Vorhergehende mit der Frage gleichzusetzen: Was kennzeichnet die Psychologie einer Umbruchwirtschaft? Diese Frage soll nicht in abstracto, sondern durch die Nennung einer Anzahl von Aspekten, die mir aufgefallen sind, zu beantworten versucht werden.

Zuallererst muß berücksichtigt werden, was G. Ajani in seinem Artikel "La circulation des modèles juridiques dans le droit post-socialiste" bemerkt hat⁴:

"Le droit comparé qui s'en remet à la discussion entre la lecture des normes et l'analyse des "styles" et de la "culture juridique" des systèmes doit en effet se méfier des affirmations concernant la fracture totale ou la discontinuité entre systèmes, anciens et nouveaux."

In der Tat: eine vollständige und radikale Veränderung der (juristischen) Gedankenwelt als Folge einer veränderten politischen Situation wäre, auch historisch betrachtet, erstaunlich. Was man - soweit ich das heute beurteilen kann - denn auch sieht, ist, daß alte und neue Denkstrukturen manchmal bunt durcheinander laufen. Noch immer ist der sozialistische Optimismus vorhanden, daß durch eine (zentral gesteuerte) Gesetzgebung das gesellschaftliche Leben entscheidend beeinflusst werden kann. Zudem lebt noch immer sehr stark der Gedanke, daß die Form oft wesentlich für die Rechtswirksamkeit von Rechtsgeschäften ist. Das

⁴ R.I.D.C. 1994, S. 1087 (1090).

Privatrecht wird noch immer öffentlichrechtlich betrachtet. So habe ich russische Juristen gehört, die verteidigen, daß das Privatrecht im Grundsatz zwingend sein muß, wenn nicht das Gesetz den Bürgern ausdrücklich Handlungsfreiheit gewährt. Das heutige neue Privatrecht wird zudem gesehen als Übergangsgesetzgebung und wegen dieser Übergangssituation hat das Privatrecht manchmal auch eine strafrechtliche Funktion, beispielsweise die Verhinderung verbotener Transaktionen. Schließlich fällt auf, daß die Grundbegriffe westeuropäischen Rechts beinahe im Stil des 19. Jahrhunderts betrachtet werden. Eigentum und Vertrag sind absolute Begriffe und schaffen im Grundsatz unbegrenzte Freiheit. Sehr mißtrauisch steht man der Judikative gegenüber und auch aus diesem Grund mißtraut man Generalklauseln im neuen Privatrecht, die die vorgenannte, eher absolute Betrachtung grundliegender Rechtsbegriffe relativieren könnte.

Ob das Privatrecht hierbei eine erzieherische Rolle spielen kann, bezweifle ich jedoch: Wer nicht seit seiner Jugend gelernt hat, eine wirtschaftlich fundierte Wahl zu treffen, wird dies nicht innerhalb weniger Jahre noch lernen. Es handelt sich um einen Prozeß, der, meines Erachtens, nur über eine Generation hinweg zu allgemein wahrnehmbaren Folgen führen wird.

Es ist übrigens wohl erkennbar, daß das russische Recht zu den, mit einem englischen Begriff gesagt, "western legal traditions" gehören wird. Aber es entwickelt sich schon zu einer Tradition hin, die merklich eine sogenannte gemischte Rechtsordnung wird: altes sozialistisches Recht, vermischt mit westeuropäischem kodifiziertem Recht und, auf einzelnen Gebieten noch wieder vermischt mit anglo-amerikanischem Recht. Ich denke bei diesem letzteren zum Beispiel den *trust*. Dies bringt mich zu dem folgenden Thema: ein Markt für Rechtssysteme.

d. Ein Markt für Rechtssysteme

Osteuropa, Rußland und die Mongolei sind gute Beispiele für das, was man - eher idealistisch - als "circulation des modèles", oder - eher pragmatisch - als einen Markt für Rechtssysteme betitelt.

Eine Illustration zur Verdeutlichung: Bei der Frage, welches Grundbuchsystem gewählt werden solle, stehen das deutsche Grundbuch, das ein sogenanntes positives System der Grundbuchführung kennt, dem niederländischen System öffentlicher Register gegenüber, das sich durch ein negatives System auszeichnet. Mit anderen Worten: Das eine System hat als Ausgangspunkt, daß die Eintragungen als mit der Rechtswirklichkeit übereinzustimmen betrachtet werden, das andere System geht davon aus, daß Sicherheit über die Eintragung bestimmter Rechtsgeschäfte besteht. In der täglichen Praxis kommen sich die beiden Systeme übrigens sehr nahe. Welches System verdient den Vorzug? Ein Jurist dürfte geneigt sein, das System als das bessere zu betrachten, mit dem er aufgewachsen ist. Eine objektive Wahl erscheint mir hier unmöglich. Allerdings kann ich mich nicht des Eindrucks erwehren, daß jedes System in einer Weise verteidigt wird, die suggeriert, daß es eine objektive Wahl wirklich gebe. Die Einschaltung ausländischer Experten aus verschiedenen Ländern führt hier wahrscheinlich zu mehr anstatt zu weniger Verwirrung.

Was kann nun auf diesem "Markt der Rechtssysteme" als die starken Seiten des neuen niederländischen Bürgerlijk Wetboek ansehen? Zuallererst: Es ist ein modernes Gesetzbuch, in dem die zuvor genannte Vergesellschaftung des Privatrechts auch in Form u.a. weitgehenden Verbraucherschutzes zum Ausdruck kommt, während es auch ansonsten auf die heutige Gesellschaft abgestimmt ist. Bei dem Zustandekommen des Gesetzbuches hat man fortwährend den Entwicklungen im Ausland Andacht gewidmet. In der Entwurfsphase (aber auch danach)

ist jeweils mittels Rechtsvergleichung untersucht worden, ob eine ausländische Regelung als Vorbild dienen konnte.

Neben diesen Aspekten, die das Gesetzbuch selbst betreffen, ist auch eine Anzahl von BW selbst unabhängiger Faktoren bei der Antwort auf die Frage, warum das niederländische BW als Modell dienen könnte, von Bedeutung. Die Niederlande sind eine alte, gefestigte Demokratie und sie weisen eine stabile wirtschaftliche Entwicklung auf. Zugleich spielt das Land auf der Ebene der internationalen Politik eine bescheidene Rolle. Dies bedeutet, daß das niederländische Recht in diesem Punkt ein "neutrales" Modell darstellt.

Mir ist aufgefallen, daß das niederländische BW insbesondere in jenen Punkten als Modell betrachtet wird, wo es die klassischen Teile des Privatrechts betrifft: Vertrag (z.B. die Regeln von Antrag und Annahme), Eigentum und beschränkte Rechte. Das Gesetzbuch wurde nicht als Modell angesehen auf den Gebieten, wo die Bestimmungen als zu abstrakt oder als nicht für ein Land von der Größe Rußlands geeignet angesehen wurden, oder auch nicht geeignet für die Wirtschaft in einer Umbruchphase.

5. Problembereiche

Zum Schluß dieses Vortrages seien eine Anzahl von Problembereichen der Rechtsreform genannt, ohne Anspruch, hierfür Lösungen anbieten zu können.

(1) Der "Markt für Rechtssysteme" kann zur Folge haben, daß eine gemischte Rechtsordnung entsteht, in der die verschiedenen Teile des Rechtes nicht mehr aufeinander abgestimmt sind. Ich denke hier an das Beispiel Anglo-Amerikanischer Rechtsfiguren wie dem *trust*, ohne daß die Folgen hinreichend berücksichtigt werden, die dies für den im übrigen verwendeten absoluten Eigentumsbegriff hat.

Alle Länder in Osteuropa, wie auch Rußland und die Mongolei waren (uns sind nun erneut) sogenannte "civil law" Länder; jedenfalls waren sie keine "common law" Länder, bevor sie kommunistisch wurden. Dies bedeutet, daß die Fragmentierung von Eigentum, die man im common law antrifft nicht an eine eventuell noch lebende, vorkommunistische Rechtstradition anschließen kann. Vielmehr machen Typenzwang und Typenfestsetzung, die man im civil law antrifft, für diese Länder den Übergang von einer Planwirtschaft zu einer Marktwirtschaft einfacher, weil auf diese Weise Eigentum und Eigentumsverhältnisse in gewissem Sinne noch steuerbar sind (zwar nicht mehr durch den Staat, aber mittels eines zwingendrechtlichen Gesetzessystems). Im common law ist die Fragmentierung des Eigentums derart, daß dieses allein dort zu einer gut funktionierenden Wirtschaft beitragen kann, wo weitgezogene Gesetzgebung die Folgen dieser Zersplitterung regelt und ein Richterstand funktioniert, der mittels Rechtsprechung die komplizierte und manchmal, was ihre Folgen betrifft, unberechenbare Fragmentierung im übrigen in gute Bahnen zu führen weiß.

(2) Teile des Rechts, die in Westeuropa doch oft als "politisch neutral" angesehen werden (z.B. die Regelung der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten), müssen in einem Land wie Rußland keineswegs so betrachtet werden. Die im Leistungsstörungenrecht niedergelegte Abwägung der kollidierenden Interessen von Schuldner und Gläubiger steht unter einer ganz anderen Spannung in einem Land, in dem die Wirtschaft infolge z.B. des erheblichen Maßes an Schattenwirtschaft teilweise noch nicht auf eine transparente und wirklich freie Weise vonstatten geht.

(3) Das neue Privatrecht wird, dies habe ich schon angedeutet, als Übergangsrecht betrachtet. Ein "big bang", also ein Urknall, durch den das sozialistische Recht mit einem Schlag durch westliches Recht ersetzt wird (dies scheint, so wurde mir gesagt, in der Mongolei der Fall zu sein), wird nur an der Oberfläche zu einer Veränderung der Rechtskultur führen. Alte Denkstrukturen verlieren ihre Kraft nicht vom einen Tag auf den anderen, gewiß nicht in einer Situation, in der mit einem gewissen Maß an Nostalgie und die Zeit vor den wirtschaftlichen Reformen zurückgedacht wird.

(4) Nach dem, was ich von einigen russischen Juristen verstanden habe, mit denen ich gesprochen habe, hat man in Rußland Bedarf an einem nicht all zu ausführlichen Gesetzbuch. Ausreichend ist, daß die Entwicklungen einigermaßen gesteuert werden. Das Gesetzbuch ist mehr ein Ausdruck des Wunsches zur Veränderung, denn eine Veränderung, die schon stattgefunden hat. Ich weise hierzu nur auf das, was U. Drobnig nach der deutschen Wiedervereinigung angemerkt hat. Nachdem er zunächst die allgemeinen Grundlagen eines auf freier Marktwirtschaft basierenden Rechtes besprochen hat, fährt er fort:

"Attractive as the aforementioned high principles may be for an academic mind, legal practice requires precise rules. Also it is necessary to adjust the existing institutions of the socialist economy to the new conditions. This is easily done with planning: that is simply stopped. More effort is needed in order to turn socialist into ordinary property. And it is even more difficult to convert state enterprises into private enterprises."

Der vorgenannte Bedarf an einem Gesetzbuch, das man "Programm-Gesetzbuch" nennen könnte, scheint sich im Gegensatz zu dem Wunsch zu befinden, der bei einigen Juristen aus Westeuropa und Nordamerika vorhanden ist. Dort hört man oftmals den Wunsch, der neuen Gesetzgebung einen solchen Inhalt zu geben, daß grundsätzliche Gesetzesänderungen nicht innerhalb absehbarer Zeit erforderlich werden. Der dahinter liegende Gedanke dieses Wunsches ist unzweifelhaft der, daß man Deutlichkeit und Sicherheit erreichen will. Es ist allerdings die Frage, ob einige Länder in Osteuropa, wie auch Rußland, zu dieser Deutlichkeit und Sicherheit schon fähig sind.

6. Schlußbemerkungen

Der Gebrauch der rechtsvergleichenden Methode bei der (Wieder-)Einführung eines Rechtssystems, das auf eine freie Marktwirtschaft abgestimmt ist, ist sinnvoll und erschien zum Teil auch effektiv. Vor allem in der Situation, in der die meisten Ländern in Osteuropa, Rußland und die Mongolei sich befanden: die politischen Umwälzungen brachten die unmittelbare Notwendigkeit mit sich, das Wirtschaftssystem und die dazu gehörenden Rechtsregeln in möglichst kurzer Frist anzupassen. Die rechtsvergleichende Methode muß dabei allerdings aus der Perspektive des Landes angewendet werden, dessen Recht reformiert wird. Die kulturelle Identität eines Landes muß dabei respektiert werden, schlichtweg auch weil die Negation dieser Kultur zu unverbindlicher Rechtsetzung führen würde. Wird die rechtsvergleichende Methode gleichsam von außen auferlegt, dann wird - das befürchte ich jedenfalls - eine wirkliche Reform bedeutend weniger stattfinden als es der Fall hätte sein können.

Vermögensgerichtsstände, Inlandsbezug und Partikularkonkurs

Auf den Spuren eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes im deutschen und im europäischen Internationalen Konkursrecht

(§ 238 KO, § 22 GesO, Art. 102 EGVinsO, Art. 3, 29, 32 EuKÜ 1995)

Von JÜRGEN THIEME, Hamburg/Zeit*

Osnaabrück besaß vor Zeiten, so haben es ältere Germanisten noch berichtet¹, für freie Landsassen eine interlokale Sonderregelung eines bestimmten, heute noch in § 21 II ZPO

Ausarbeitung des Vortrages vom 30. November 1995 in Osnaabrück. Diesen Beitrag widme ich dott. Peter Mankowski, den ich seinerzeit als den wohl allzeit jüngsten Autor von Rabels Zeitschrift betreut habe, weil ich mich über seinen weiteren Weg freue. - Die Nachweisungen erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

Abgekürzt zitierte Literatur: Stellungnahmen und Gutachten zur Reform des deutschen Internationalen Insolvenzrechts, Im Auftrag der Sonderkommission "Internationales Insolvenzrecht" des Deutschen Rates für IPR vorgelegt von Hans Stoll, bearb. von *Folios Karatzemis/Gerwin Janke* (1992)(Materialien zum ausl. und int. Privatrecht, 35)(zitiert: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht); Vorschläge und Gutachten zum Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens, Im Auftrag einer Sonderkommission des Deutschen Rates für internationales Privatrecht, vorgelegt von *Gerhard Kegel*, bearb. von *Jürgen Thieme* (1988)(Mat. zum ausl. und int. Privatrecht, 32)(zitiert: Vorschläge und Gutachten EG-KÜ).

Eljite Aderhold, Auslandskonkurs im Inland, Entwicklung und System des deutschen Rechts mit praktischen Beispielen unter bes. Berücks. des Konkursrechts der Vereinigten Staaten von Amerika, Englands, Frankreichs sowie der Schweiz (1992)(Schr. zum Wirtschaftsrecht, 72); *Balz*, Das neue Europäische Insolvenzübereinkommen: ZIP 1996, 948-955; *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen und Kooperation im internationalen Insolvenzfall, in: FS Bosch (1976) 381-392; *ders.*, Einheit oder Pluralität oder ein kombiniertes Modell beim grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren? ZIP 1994, 1-9 (zitiert: Einheit); *Jahr*, s.v. Internationales Konkursrecht, in: Ergänzbare Lexikon des Rechts VII/18/145 (1996) 1-9 (zitiert: IKR); *Till Kleinstück*, Due-process-Beschränkungen des Vermögensgerichtsstandes durch hinreichende Inlandsbezug und Minimum-Contacts, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen und österreichischen Rechts (1994)(Münchener Universitätschr., Reihe der Jur. Fak., 103); *Landfermann*, Das internationale Insolvenzrecht in der GesO, in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht 314-321; *Leipold*, Miniatur oder Bagatelle - das internationale Insolvenzrecht im deutschen Reformwerk 1994, in: FS Wolfram Henckel (1995) 533-548; *Robert Leitner*, Der grenzüberschreitende Konkurs, Lösungsmöglichkeiten und -modelle aus österreichischer Sicht (1995)(Öst. Rechtswiss. Stud., 31); *Mankowski*, Konkursgründe beim inländischen Partikularkonkurs: ZIP 1995, 1650-1660; *Ingrid Metzger*, Die Umsetzung des Istanbul Konkursübereinkommens in das deutsche internationale Insolvenzrecht (1994)(Reihe Rechtswiss., 172); *Michael Pielorz*, Auslandskonkurs und Disposition über Inlandsvermögen (1977)(Schriften zum Prozessrecht, 55); *Schlosser*, Europäische Wege aus der Sackgasse des deutschen internationalen Insolvenzrechts: RIW/AWD 1983, 473-485; *Cornelia Summ*, Anerkennung ausländischer Konkurse in der Bundesrepublik Deutschland, Eine Darstellung am Beispiel englischer, italienischer und französischer Insolvenzverfahren (1992)(Unters. über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Abt. B: Rechtswiss., 77); *Thieme*, Grundsätze des EG-Konkursübereinkommens, Allgemeine Stellungnahme zum Entwurf von 1980, in: Vorschläge und Gutachten EG-KÜ (1988) 213-297 (zitiert: Grundsätze); *ders.*, Inlandsvollstreckung und Auslandskonkurs, Zur Auslegung des § 237 KO: RabelsZ 37 (1973) 682-718 (zitiert: Inlandsvollstreckung); *ders.*, Partikularkonkurs - Stellungnahme zu den Art. 1, 2, 9, 10, 11, 1, 16, 1, 20, 21 Satz 2, 26-34 des Vorentwurfs zur Neuordnung des Internationalen Insolvenzrechts von 1989 (1989), in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht 212-285 (zitiert: Partikularkonkurs); *Trunk*, Arbeitnehmer im Niederlassungskonkurs - international-insolvenzrechtliche Aspekte, zugleich eine Besprechung des BCCI-Urteils des LArbG Frankfurt/M. 28.3.1994 ... ZIP 1994, 1586-1591 (zitiert: Arbeitnehmer); *ders.*, Internationale Aspekte von Insolvenzverfahren/International Aspects of Insolvency Proceedings, in: Transnationales Prozeßrecht/Transnational Aspects of Procedural Law, Deutsche Landesreferate zur Weltkonferenz für Prozeßrecht in Taormina, Sizilien, 1995/German Reports ..., hrsg. von *Peter Gilles* (1995) 157-222 (zitiert: Internationale Aspekte).

Vgl. *Ferdinand Walter*, Deutsche Rechtsgeschichte² I/II (Bonn 1857) II 85f.

sowie in § 238 II KO rudimentär erhalten gebliebenen Archetypus vermögensgestützter Fremdengerichtsstände - es wiesen also wohl schon früher kollisionsrechtliche Wegzeichen zu diesem Ort. Aber auch Niedersachsen, besser: Hannover, hat einen besonderen Beitrag zur Entwicklung der Vermögensgerichtsstände geleistet. Der schnelle Übergang von Planck Seniors und v. Baermeisters Allgemeiner Bürgerlicher Prozeßordnung von 1847 zu Leonhardts Bürgerlicher Prozeßordnung von 1850 ist auch ein Wechsel gewesen von der vielleicht besten aller Kodifikationen des deutschen gemeinen Prozesses, gekennzeichnet unter anderem durch die typische Zurückhaltung bei der Inanspruchnahme von Gerichtsbarkeit gegenüber Gästen (vgl. § 6 II ABPO: Vermögensbelegenheit nur bei Vertragsklagen, §§ 186, 194 ABPO: Arrestschlag grundsätzlich nur bei Hauptsachezuständigkeit), zum vom Zeitgeist geforderten französischen Prozeßrechtsmodell, mit dem - eher pauschal - auch die rücksichtslose Unterwerfung der Fremden unter die inländische Gerichtsgewalt wenigstens prinzipiell rezipiert wurde (§ 15, vgl. § 508 BPO: Ausländereigenschaft begründet Hauptsachezuständigkeit kraft Arrestschlages). In Hannover wurde zum deutschen Normalfall, was in Preußens beruhtm-berühmten § 34 des Anhanges zur Allgemeinen Gerichtsordnung³ eigentlich nur als volkrechtliche Retorsionsmöglichkeit gerade gegen die französischen Rechtsgebiete gedacht gewesen war⁴. Von diesem Mißverständnis beziehungsweise durch jenen (halben) rechtspolitischen Umschwung von der deutschen zur französischen Konzeption⁵, auch in Preußen selbst, ist das deutsche Internationale Zivilverfahrensrecht (IZVR) im Punkt des Vermögensgerichtsstands und ähnlicher Regelungen für Prozeß, Zwangsvollstreckung, Arrest und Konkurs bis heute geprägt. Charakteristisch ist der inhaltliche Widerstand gegen die Reduktion, Restriktion oder Extinktion exorbitanter Regelungen. Der deutsche Gesetzgeber zielt sich mit der legislativen Bereinigung, § 23 ZPO und § 237 KO sind unverändert geltendes deutsches Internationales Zivilprozeßrecht (IZPR) bzw. Internationales Konkursrecht (IKR). Gelegentlicher legislativer Verzicht auf eine solche Regelungen wie im Fall des § 237 KO für Ostdeutschland und ab 1999 in Gesamtdeutschland wird flugs durch neue Vermögensgerichtsstände ausgeglichen, wie beim sog. Partikularkonkurs (vgl. § 238 KO) gem. § 22 II GesO und Art. 102 III I EGVinsO. Dafür hat Deutschland in Europa aber allerjüngst eins auf die Finger bekommen und muß nun gem. Art. 3 II I des EU-Insolvenzübereinkommens vom 23. November 1995 (im Folgenden: EuKÜ bzw. EuKÜ 1995) ebenso zurückstecken wie vordem bei § 23 ZPO gem. Art. 3 II EUGVU. Ein deutsches Dilemma ist unverkennbar. Auswege hat bislang vor allem die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mit glanzvollen "Wendeentscheidungen" gewiesen. Von diesen bietet die bislang letzte, die von 1991 zum Erfordernis eines sog. Inlandsbezuges bei § 23 ZPO, über das IZPR hinaus ein bedeutendes Korrekturmittel im Range eines allgemeinen Rechtsgedankens. Dies kann hier für jenen ganz besonders aktuellen Partikularkonkurs zwar nicht systematisch

² Siehe die betreffenden Texte in der Ausgabe "Allgemeine Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 4.12.1847 - Bürgerliche Prozeßordnung für das Königreich Hannover vom 8.11.1850, Neudruck mit ausführlicher Einleitung und einer Auswahlbibliographie von *Gerhard J. Dahlmann* (1971)(Neudr. Kod. des 19. Jahrhunderts - Mat. zur Entwicklungsgesch. der ZPO, 1); dazu etwa *Rudolf Waizenegger*, Der Gerichtsstand des 23 ZPO und seine geschichtliche Entwicklung (Diss. Göttingen 1915) 48f.

³ Dazu *Waizenegger* (vorige Note) 42-45; *Jochen Schröder*, Internationale Zuständigkeit ... (1971) 388-391; *Kleinstück* 95-97. Das internationalkonkursrechtliche Gegenstück zu Anh. § 34 AGO bildet Anh. § 379 AGO.

⁴ Siehe hierzu die weniger bekannte, wohl offiziöse Darstellung "Über die Ausübung des Wiederverwaltungsrechts (Retorsionsrechts) gegen Ausländer, insbesondere gegen Angehörige der Bundesstaaten": PrJMBI 1862, 319-324.

⁵ Siehe für das heutige Frankreich, gänzlich unverdrossen, Cass. (1re civ.) 31.1.1995 (*Sieé Guy Couch Plascoa c/ Martabano*), D.S. 1995 Jur. 471 mit Anm. *Courbe*; zur internationalkonkursrechtlichen Ausprägung des Jurisdiktionsprivilegs als "faillite locale" zuletzt *Martin-Serf*, La faillite internationale - Une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant: Clunet 122 (1995) 31-99 (44).

entwickelt, wohl aber in der Zusammenschau der jüngeren rechts- und umifikationspolitischen Entwicklungen angedeutet werden.

I. Grundlagen

Die Wendeentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2.7.1991⁶ hat den "Vermögensgerichtsstand" des § 23 Satz 1 Fall 1 ZPO auf einen Gerichtsstand des Inländers gegen einen Ausländer reduziert. Sachlich eröffnet dies für den dem § 23 ZPO direkt korrespondierenden § 237 KO die Möglichkeit der Beschränkung auf Inlandsgläubiger⁷ und darüberhinaus mittelbar die Beschränkung des Partikularkonkurses des § 238 KO auf Inlandsgläubiger⁸. Der BGH hat solche Zusammenhänge und Weiterungen nicht ersichtlich im Auge gehabt (siehe noch unten II 1 b). Dazu hat dem Gericht vielleicht bloß ein Blick in die Motive zur Konkursordnung gefehlt. Diese hätten zugleich verdeutlichen können, daß die Entscheidung mehr als in ihr selbst eingestanden⁹ eine historisch legitimierte und zugleich progressive Rückkehr zu den Primärfunktionen von Vermögensgerichtsständen und ähnlichem bedeutet.

1. § 23 ZPO und § 237 KO

Die Inlandsvermögenstatbestände des deutschen IZVR sind vom Reichsgesetzgeber seinerzeit für das IZPR und das IKR im wesentlichen symmetrisch geregelt worden: Der § 23 ZPO nimmt in der Hierarchie der Gerichtsstände dieselbe Stellung ein wie der § 237 KO in der Hierarchie der zulässigen Inlandsverfahren. Daß die beiden Vorschriften innerlich zusam-

⁶ BGH 2.7.1991 - XI ZR 206/90, BGHZ 115, 90 = IPRspr. 1991 Nr. 166b = WM 1991, 1692 = MDR 1991, 962 = RIW/AWD 1991, 856 = NJW 1991, 3092 mit Aufs. Geimer, ebd. 3072-3074 = DZWIRL 1991, 245 mit Aufs. Schütze = JZ 1992, 51 mit Anm. Schack = WuB VII A, § 23 ZPO 2.91 mit Anm. Thode = (L) JuS 1992, 349 mit Anm. Hohloch; vgl. Bull. Leg. Dev. 1991, 267 mit Hinw. auf *Mudabrogulu v. Ziraat Bankaasi*, [1986] 3 All E. R. 682 (C.A.) (zu dieser Entscheidung insbes. *Harwig*, Forum Shopping zwischen Forum Non Conveniens und "hinreichendem Inlandsbezug", Ein realer Fall-Vergleich: JZ 1996, 109-118) = IPRax 1992, 160 mit Anm. P. Schlosser, ders., Jurisdiction in International Litigation, The Issue of Human Rights in Relation to National Law and to the Brussels Convention: Riv. dir. int. 74 (1991) 5-34 (25-28); *Dannemann*, Int. Comp. L. Q. 41 (1992) 632-637 = ZJP 105 (1992) 314 mit Anm. Löke = LM Nr. 7 zu § 23 ZPO mit Anm. Th. Pfeiffer; ferner ders., BGH-Rechtsprechung aktuell - Internationales Zivilprozessrecht (Teil I: Internationale Zuständigkeit, ...): NJW 1994, 1454-1456; ders., Internationale Zuständigkeit (Teil I: Internationale Zuständigkeit, ...): NJW 1995, 523-650 (Jur. Abh., 26); weiterhin: *Mark/Ziegenhain*, Der Gerichtsstand des Vermögens im Spannungsfeld zwischen Völkerrecht und deutschem internationalen Prozessrecht: NJW 1992, 3062-3066; *Fricke*, Neues vom Vermögensgerichtsstand?: ebd. 3066-3069; *Harald Müller*, Die Gerichtspflichtigkeit wegen "doing business", Ein Vergleich zwischen dem US-amerikanischen und dem deutschen Zuständigkeitsystem (1992) 192-203 (Proz. Abh., 89); *Grothe*, "Exorbitante" Gerichtszuständigkeiten im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA: Rabalsz 58 (1994) 686-726 (insbes. 707-716); *Andreas M. Bittighofer*, Der internationale Gerichtsstand des Vermögens, Eine rechtsvergleichende Studie zur Zuständigkeit deutscher Gerichte aufgrund inländischer Vermögensbelegenheit (1994) 168-236, 238-240 (Eur. Hochschulschriften, II/1561); *Kleinstack* (oben N. *), insbes. 123-166 (§ 11), und zu ihm rechtsvergleichend *Larger*, ZKvgl. 36 (1995) 61-64. Vorentscheidung: OLG Stuttgart 6.8.1990 - 5 U 77/89, RIW/AWD 1990, 829 mit abl. Aufs. K. Fischer = IPRax 1991, 179, mit abl. Aufs. *Fricke* = IPRspr. 1991 Nr. 166a.

⁷ *Thieme*, Inlandsvollstreckung (oben N. *) 711.

⁸ *Thieme*, Inlandsvollstreckung 693; *ders.*, Grundsätze 231 N. 79; *ders.*, Partikularkonkurs 250f. (251), vgl. 214, 216-218, 225, 230-233, 235f. (de lege lata vel ferenda)(beides oben N. *); vgl. außerdem ergänzend unten in N. 43 sowie bei N. 61.

⁹ Siehe BGH 2.7.1991 (oben N. 6), unter B. I) 1. aa), wo lediglich auf die insoweit blossen Motive zu § 23 ZPO und im übrigen verwiesen worden ist auf RG 28.3.1882 - III 241/82 (T. & Co. w. *Geestmünder Bank* - "Ankerketten-Fall"), RGZ 6, 400 (403, 405). Das Reichsgericht hatte sich jedoch seinerseits auf die Motive zur KO gestützt; siehe ergänzend zunächst unten in N. 14 sowie auch noch unten II 1. b), bei und in N. 75.

mengedören, wird in den Motiven zur Konkursordnung ausdrücklich gesagt¹⁰. Dort wird ebenso gesagt, daß die Vorschriften dem Schutz inländischer Gläubiger dienen sollten¹¹. Dabei ist in § 23 ZPO ausdrücklich vorausgesetzt, daß der Beklagte oder Schuldner im Inland keinen Wohnsitz hat und in diesem Sinne "Ausländer" ist. Entsprechend ist "Inländer" jemand mit inländischem Wohnsitz. Dies meinte auch nicht von ungefähr jeweils nur natürliche Personen¹².

Diesen systemimmanenten Inlandsbezug ausdrücklich in die beiden Normen hineinzu-schreiben, hat man sicherlich auch außenpolitisch vermeiden wollen, obwohl man ihn gar nicht verstecken mußte. Andere Vorschriften machten klar, daß es auf die Staatsangehörigkeit nicht ankommt (vgl. z.B. §§ 5 II, 237 II KO, Art. 24 EGZPO, § 110 ZPO). Es genügte nach den Verhältnissen der Zeit insoweit jedoch die soziotypische Erwartung¹³, jene Inlandsvermögenstatbestände würden nur von Inländern in Anspruch genommen werden¹⁴.

¹⁰ Motive dKO/E 1875, 458 = Die gesamten Materialien IV 403:

"Der § 207 [a.F., § 237 n.F. KO] stellt nur eine Beschränkung [scil., des "freieren internationalen Standpunkts" der KO] auf, in Verfolg des § 24 [a.F. = § 23 n.F.] der Zivilprozessordnung. Der von dieser gegen Ausländer [!] zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens soll die inländischen [!] Gläubiger schützen, vorzugsweise dadurch, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können. (Vergl. Motive zur Civ. Proz. Ord. S. 58. [= Die gesamten Materialien II/1, 154])."

Siehe zu einem exegetisch wie sachlich etwas befremdlichen Gebrauch dieses Zitats die unten in N. 98 zitierte USL-Entscheidung des BGH vom 11.7.1991.

¹¹ Siehe das Zitat in der vorigen Note. Es erscheint typisch für die unzulänglichen Wechselwirkungen zwischen IZPR und IKR, daß die Wendeentscheidung des BGH vom 2.7.1991 (oben N. 6) diesen unterstützenden Beleg nicht angeführt hat.

¹² Daß § 23 Satz 1 ZPO nur vom "Wohnsitz" und nicht auch von "Sitz" oder vom fehlenden allgemeinen Gerichtsstand spricht wie von Anfang an die §§ 64 a.F., 71 n.F., 208 a.F., 238 n.F. KO, ist kein Redaktionsversehen, sondern bewußte und soziotypisch begründete Qualifizierung des Inlandsbefalles. Diese ist allerdings schon früh der ausweitenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Opfer gefallen ist, scheint aber wieder aktuell zu werden, vgl. RG 20.6.1882 - III 309/82 (L.H. & Co. in London w. M.), RGZ 7, 321 (322); *Waizenecker* (oben N. 2) 58f.; *G. Rommos*, Der Gerichtsstand des Vermögens und das Ausländer-Forum nach vergleichendem Recht (1930) 16; *Stein/Lonas(-Schumann)*, Komm. zur ZPO²⁰ (1979) § 23 ZPO Rz. 9 (nur für § 17 III ZPO); *Bittighofer* (oben N. 6) 135f.; *Thomas/Putzo*, Komm. z ZPO¹⁹ (1995) § 23 ZPO Rz. 2 a.E.; vgl. auch *Schröder* (oben N. 3) 377f. (vgl. auch 379 zu Abweichungen im Interzonalen Recht). Der Reichsgesetzgeber dürfte zunächst eine Differenzierung zwischen Privaten und Geschäftstätigen im Auge gehabt haben, was die Fassungsunterschiede zur KO (und übrigens auch das Fehlen eines Vermögensgerichtsstandes für den Konkurs) erklärt: In Prozessen Geschäftstätiger im Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit ist (nur) der Niederlassungsgerichtsstand des § 21 ZPO das forum speciale, aktiv wie passiv. In solchem Zusammenhang bekommt auch die Kennzeichnung des Vermögensgerichtsstandes als "Gerichtsstand armer Leute" Sinn. Gesellschaften und juristische Personen sind fast unausweichlich Geschäftstätige. Bei ihnen kommt aber vielleicht noch der Gesichtspunkt hinzu, daß sie zum Handeln, auch prozessualen, auf ihre Organisation angewiesen sind, aktiv wie passiv. Besitzt keine inländische Organisation, kann ein Prozeß zum Eingriff werden, passiv die Verweigerung des Vermögensgerichtsstandes also Schutz bedeuten. In der umgekehrten Rollenverteilung bedarf der (private) ausländische Beklagte hingegen Vermögensschutz vor (inländischer) Organisationsgewalt. - Dazu, daß bei Schaffung des § 22 II (sowie § II GesO) übersehen worden ist, jenes die internationale Zuständigkeit überhaupt erst sinnvoll abgrenzende Merkmal des fehlenden inländischen allgemeinen Gerichtsstandes in § 238 KO zu übernehmen und dem Ergebnis, daß in § 22 II GesO - judikativ wohl irrefärrabel - eine (sinnvolle) Zuständigkeitsregelung fehlt, siehe unten 3.) c)2), in N. 151.

¹³ - weshalb es lohnend wäre, anhand des Entscheidungsmaterials einmal Sachverhaltsforschungen in dieser Richtung anzustellen; Ansätze und reiches Material bei *Schröder* (oben N. 3) 374-405. Dasselbe gilt für die Frage nach der Rolle der Privaten bzw. Geschäftstätigen; siehe die vorige Note. Ohnedies herrscht ja in den internationalrechtlichen Materialien durchweg ein statistisches und empirisches Defizit, so daß Deformationen schwer zu erkennen sind; siehe auch noch unten bei N. 51.

¹⁴ So ganz selbstverständlich etwa noch RG 28.3.1882 (oben N. 9) 407; notierenswert auch das obiter dictum in RG 16.7.1886, RGZ 16, 61, den Motiven zufolge (!) enthielten die §§ 238, 237 KO "besondere Ausnahmen" vom Universalitätsprinzip "zum Schutze inländischer Beteiligter" - nur ein Jahr später sollte derselbe (!) Zivilsenat wohl irrefärrabel - eine (sinnvolle) Zuständigkeitsregelung im Fall

Der eingebaute Inlandsbezug der beiden Vermögenstatbestände ging jedoch in einer Woge extensiver Auslegung unter, und zwar bereits durch die frühe reichsgerichtliche Rechtsprechung unter breiter Zustimmung der Literatur. Bei § 23 ZPO hat sich dies namentlich in den berühmten Entscheidungen zu den überaus geringen Anforderungen an Beschaffenheit und Wert des Inlandsvermögens gezeigt¹⁵. Bei § 237 KO hat die extensive Auslegung in ihrer extremen Variante zur Annahme eines allgemeinen Territorialitätsprinzips für den Auslandskonkurs geführt¹⁶. Der § 23 ZPO und der § 237 KO verkamen aber erst durch diese Praxis zu Tragsäulen eines Raubsystems.

2. § 21 ZPO und § 238 KO

Auch § 21 ZPO und § 238 KO sind symmetrisch angelegt. Dem Niederlassungsgerichtsstand des § 21 ZPO entspricht an sich - ebenfalls den Motiven zufolge¹⁷ - der Partikularkonkurs¹⁸ des

¹⁵ "Bankenfalliment in Lüneville" fallen, bei der es aber ebenfalls um einen Inländer ging; siehe zu RG 14.10.1887 unten in N. 27.

¹⁶ Siehe bei *Kleinstück* 92-123 (§ 10).

¹⁷ Vgl. bei *Mankowski* 1655. Wörtlich heißt es in den Motiven (Motive dKOE 1875, 456-459 [458f.] = Die gesammelten Materialien IV 402-404 [404]).

"Eine blos scheinbare Ausnahme von dem internationalen Rechtsprinzip enthält die Bestimmung des § 208, welcher gegen den ausländischen Schuldner ein Konkursverfahren im Inlande zuläßt, wenn derselbe hier eine selbständige Niederlassung hat oder ein Gut selbständig bewirtschaftet. Die Preussische Konkursordnung enthält in § 292 eine ähnliche Vorschrift, sie beschränkt sich aber auf Ausländer, welche eine Handelsniederlassung haben. Die Beschränkung auf Handelsniederlassungen ist Geschäftsniederlassungen anderer Art gegenüber nicht gerechtfertigt. Ferner wird es unbedenklich sein, das Kriterium für die Selbständigkeit der Niederlassung und eines Konkurses in dem Betrieb selbständiger Geschäfte von der Niederlassung aus zu finden, nicht in einer Ausstattung derselben mit besonderen Fonds; nur der Betrieb ist leicht erkennbar, der letztere Umstand entzieht sich der äußeren Erkennbarkeit und ist im Begriff schwankend. Man darf auch nicht die Fälle außer Acht lassen, daß ein Ausländer im Inlande ein ... Gut bewirtschaftet. Die Niederlassung und das Gut vertreten insoweit einen Wohnsitz. Während der Entwurf sonach in dem § 22 der Civ.Proz. Ord. [= § 21 n.F. ZPO] seine Grundlage findet, baut er denselben insofern aus [...], als er das Konkursverfahren nicht auf die Forderungen beschränkt, welche den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder die Bewirtschaftung des Guts ... betreffen, sondern auf alle Forderungen inländischer und ausländischer Gläubiger ausdehnt; und dementsprechend soll das Konkursverfahren und die Konkursmasse nicht blos auf das Niederlassungs- oder Gutsvermögen sich erstrecken, sondern auf alles Vermögen des Schuldners, welches sich im Inlande befindet. Dadurch gewinnt, wie Eingangs angedeutet [...], das Verfahren das Ansehen [...] eines allgemeinen Konkurses."

Die Hervorhebungen sollen die sprachlich erkennbaren Verlegenheiten in der Sache andeuten. In § 217 II des vorausgegangenen Entwurfs einer Gemeinschaftsordnung war noch eine Beschränkung auf Niederlassungsgläubiger vorgesehen gewesen (vgl. ebenfalls *Mankowski* 1654f.) und von Franz Förster bei im übrigen gleichem Text wie folgt begründet worden (Motive zum Entwurf einer Deutschen Gemeinschaftsordnung (1873) II 204f.):

"... Die Fassung des §. 216. [= § 208 a.F. KO] schließt sich wortgetreu an den §. 22. des Entwurfs der Civilprozeßordnung, welcher den Gerichtsstand der Niederlassung anerkennt. ... Daß an dem Verfahren sich nur die sogenannten Niederlassungsgläubiger beteiligen können, rechtfertigt sich durch den Grund wie durch den Ausnahme-Charakter eines solchen Partikularkonkurses; wenn dieser schon überhaupt zur Einschränkung des Umkreises der Gläubiger hindrängt, so liegt insbesondere jener in dem für Niederlassungsgläubiger ausschließlich gebotenen Schutze. ..."

Anders war in Försters Entwurf auch die grundsätzliche Haltung zum Partikularkonkurs gewesen, der bejaht wurde (Motive GSO/E 1873 a.O. 201). "... Verfahren über einen Vermögensstheil ... neben dem inländischen Vermögen des Ausländers steht dessen mitverhaftetes ausländisches Vermögen; ... Dagegen die späteren Motive in prononcierter Partikularkonkursfeindlichkeit (Motive dKOE 1875, 440 = 389):

"Das inländische Vermögen ... ist ... juristisch kaum [...] als Vermögenstheil zu betrachten, es umfaßt den Inbegriff aller im Lande befindlichen Vermögensstücke, gleichviel von welcher rechtlichen oder tatsächlichen Beschaffenheit; das Konkursverfahren läßt sich daher flüchtig [...] als Universalkonkurs auffassen. ..."

§ 238 KO, früher häufiger "Ausländerkonkurs" und heute zuweilen wieder "Niederlassungskonkurs" genannt.

Die Eigenart des § 21 ZPO besteht, rechtspolitisch ganz unbeanstandet (vgl. auch Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ), ebenfalls in einem eingebauten Inlandsbezug, nämlich der hier ausdrücklich genannten Niederlassungs- bzw. Landgutsbezüglichkeit des Anspruchs. Daß es bei § 238 KO nicht entsprechend beim Niederlassungs-Partikularkonkurs der Niederlassungsgläubiger über das Niederlassungsvermögen geblieben ist und dieses Rechtsinstitut durch Ausdehnung zum Beinahe-Universalkonkurs zu einer weiteren Tragsäule jenes Raubsystems geworden ist, hat eine uralte Geschichte, doch muß hier der Blick auf unsere jüngere Entwicklung genügen.

Der § 21 I ZPO knüpft an die inländische Geschäftstätigkeit an, nicht an Inlandsvermögen; ein eigentliches Niederlassungsvermögen wird nicht vorausgesetzt¹⁹. Die Privilegierung der Niederlassungsgläubiger durch einen besonderen Gerichtsstand beruht hier auf der Geschäftsbeziehung mit der Niederlassung als objektivem Kriterium²⁰. Eine weitere Differenzierung nach Inländern oder Ausländern ist konstruktiv möglich, jedoch ist die Beschränkung auf Klagen inländischer Niederlassungsgläubiger zu § 21 I ZPO wohl niemals ernsthaft erwogen worden. Zu recht. Aus demselben Grund gälte § 5 I KO ohne weiteres im Partikularkonkurs der Niederlassung. Der Ausländer, also jeder mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland ohne Rücksicht auf seine Staatsangehörigkeit (arg. § 5 II KO), ist als solcher gleichberechtigt, weil die notwendige besondere Inlandsbeziehung durch die Geschäftsbeziehung mit der inländischen Niederlassung hergestellt ist. Umgekehrt gehört ein Inländer als solcher nicht zum Kreis der Partikularkonkursgläubiger, sondern muß Niederlassungsgläubiger sein. Dies ist das klassische, einfache und zugleich enge System des reinen Partikularkonkurses der Niederlassung²¹, das genau dem § 21 I ZPO entspräche, fehlte

Dies ging und geht aber als Vermögensspaltung zu weit und ist eine Nokonstruktion (siehe noch unten bei N. 22). Daß das Inlandsvermögen in diesem Sinne nicht als juristisch selbständiges Gesamtvermögen aufgefaßt werden darf, bedeutet aber keine Nutzlosigkeit der Rechtsfigur des Vermögensinbegriffs als Kennzeichnung eines komplexen Vermögens. Dies ist auch für § 23 ZPO von Interesse; siehe unten in N. 86.

¹⁸ Zur heute völlig uneinheitlich gewordenen Terminologie siehe *Thieme*, Partikularkonkurs 244f.; *Trunk*, Internationale Aspekte 161f.

¹⁹ Vgl. *Müller* (oben N. 6) 135-128 (136); vgl. im übrigen das Zitat aus den Motiven oben in N. 17. Eine andere Frage ist es, daß Niederlassungsvermögen (Betriebsvermögen) tatsächlich zumeist vorhanden sein wird (*Kleinstück* 195f., vgl. 208f.). Dies darf aber nicht zu dem Mißverständnis führen, die Fälle des § 21 ZPO und des § 238 KO seien eine besondere Art von Vermögensgerichtsstand und insofern mit diesem austauschbar, statt handlungsbestimmte Gerichtsstände infolge Geschäftstätigkeit zu sein. Dieses Mißverständnis spielt bei vielen Fragen des Partikularkonkurses eine Rolle, nicht zuletzt in der deutschen Reform und heute bei § 22 II GesO und Art. 102 EGVmsO eine Rolle, was aber zu den hier nicht auszuführenden exegetischen Details gehört; siehe allgemein unten II. 2.) c(2), bei N. 151. Der Partikularkonkurs kann wie jeder andere Konkurs wichtige auch dann Funktionen erfüllen, wenn er quotenlos bleibt, vgl. dazu noch die Bemerkungen unten in N. 28.

²⁰ Siehe dazu *Müller* (oben N. 6) 145-147.

²¹ Siehe etwa die Angaben bei *Mankowski* 1655 N. 50; aus der kollisionsrechtlichen Literatur möchte ich hinzufügen *Ludwig v. Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts² (1889) II 567-575, und zum Sachrecht *Strauch*, Unternehmensrecht im 19. Jahrhundert, in: Vom Gewerbe zum Unternehmen, Studien zum Recht der gewerblichen Wirtschaft im 18. und 19. Jahrhundert, von *Günther Bernert u.a.*, hrsg. von *Karl Otto Schermer/Dietmar Willoweit* (1982) 208-250 (248f.). Ein gute, aber weniger bekannte Definition eines Partikularkonkurses findet sich in dem preußischen Entwurf eines einheitlichen ("Rechtshilfe")-Gesetzes von 1850 der Erfurter Union ("Entwurf eines Gesetzes über den Gerichtsstand" von 1850, abgedr. in: PrJMBI. 1850, 366-371 [367-370, Verfasser: *Friedrich Bischoff*]). Der § 16 RHG/prE 1850 lautet:

"Einem Partikularkonkurs wird nicht Statt gegeben, ausgenommen, wenn ein gesetzlich begründetes Separations-Recht geltend gemacht wird, namentlich wenn der Gemeinschuldner in dem anderen Unionsstaate, wo er seinen Wohnsitz nicht hatte, eine abgesonderte Handlung, Fabrik, oder ein anderes dergleichen Etablissement, welches als ein eigenes Ganzes einen besonderen Inbegriff von Rechten

in § 238 I KO nicht jenes ausdrückliche Erfordernis der Niederlassungsbezüglichkeit und würde nicht auch der Konkursbeschluss ausdrücklich auf das gesamte Inlandsvermögen statt auf das Niederlassungsvermögen erstreckt sein. Der Niederlassungskonkurs scheint daher bloß ein auf der Aktivseite kuppierter Universalkonkurs und das Band mit § 21 ZPO zerrissen zu sein.

Dies war vom Gesetzgeber so gewollt. Dessen Partikularkonkursfeindschaft hatte jedoch zeitbedingt noch andere, wichtige Gründe als speziell das IKR²². Die Konzeption der Motive ist auch nicht widerspruchsfrei, insbesondere schloß und schließt diese die Möglichkeit eines dann eben weiter aufzufassenden Partikularkonkurses über das Inlandsvermögen unter Beschränkung auf die Inlandsgläubiger²³ nicht aus²⁴. Die Abkoppelung von § 21 KO ist - zumal nach der Fassungsänderung von 1898 - mehr als zweifelhaft²⁵.

Anders bis heute die herrschende Auffassung. Sie tradiert weithin die Konzeption der Motive und verneint einen Partikularkonkurs²⁶. Unter Berufung zumeist auf § 1 KO ging man schon früh von der Zulassung aller Gläubiger aus²⁷. Abweichende Meinungen in diesem neutralistischen

und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners bildet, besitzt, welchen Falls zum Vortheile derjenigen Gläubiger, welche in Ansehung dieses Etablissemments besonders kreditirt haben, ein Partikularkonkurs eröffnet werden darf."

Der § 18 RHG/prE 1850 enthielt für die dinglichen Gläubiger übrigens noch die ausdrückliche Differenzierung: "... und es findet kein Unterschied zwischen in- und ausländischen, als solche [!], statt."

22

Wichtig war vor allem den Kampf um die (übrigens wieder "französische") juristische Selbständigkeit der Personengesellschaften einerseits und andererseits gegen die Selbständigkeit von Handlungsniederlassungen und Handlungsvermögen; siehe außer den Motiven selbst (oben N. 17) die Andeutungen bei *Thieme*, Partikularkonkurs 245. Diese Partikularkonkursfeindschaft des deutschen Gesetzgebers hält übrigens an; siehe zur Rechtsbereinigung und zur Reform unten in N. 175 sowie N. 204. Die Dogmatik sowohl der Sonderkonkurse wie des Partikularkonkurses des IKR baut dagegen auf Sondervermögen, nicht auf Vermögensspaltung.

23

Der fremdenrechtliche § 1 KO versagt im Partikularkonkurs, wenn dessen Passivmasse statt über die Niederlassungsbezüglichkeit (dazu oben vor N. 23) nur über die Inländer/Ausländereigenschaft definiert wird, wie herrschend. Dies bedeutet jedoch keine Verletzung des § 1 KO, sondern die Nichtgeltung folgt aus der Natur des "Ausländerkonkurses" selbst; vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 250f.; vgl. *Metzger* 170.

24

- ferner nicht Mischformen (vgl. *Trunk*, Arbeitnehmer 1590 mit N. 43), was aber stets zu Disharmonien führt, wie nunmehr auch im Rahmen des Art. 3 IV lit. b) EuKÜ; siehe unten II. 3.) c)(3)(c), nach N. 283.

25

Siehe hierzu - entstanden aus Rechtsgutachten - *Friedrich Weber*, Zur Zulässigkeit eines Vergleichsverfahrens über das deutsche Vermögen eines ausländischen Schuldners, Zugleich ein Beitrag zum Wirkungsbereich der §§ 237, 238 KO: KTS 26 (1965) 95-140; *Baumgärtel*, Die Grenzen der deutschen internationalen Konkurszuständigkeit im Falle des § 238 Abs. 1 KO, Zugleich ein Beitrag zur Zuständigkeitsregelung des Art. 4 des EWG-Vorentwurfs eines Übereinkommens über den Konkurs, Vergleiche und ähnliche Verfahren: AWD 1971, 557-568 (= in: Afieroma is Charalambos [Festschrift] N. Fragistas [(1966)] 321-355); vgl. LG Freiburg i.Br. 10.4.1964, LG Freiburg i.Br. 10.4.1964, KTS 25 (1964) 189 = IPRspr. 1964-65 Nr. 300, und zu dem Fall auch *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen 381.

26

Siehe statt aller *Jaeger/Henckel*⁹ (1977) § 1 KO Rz. 154, aus neuester Zeit *Jahr*, IKR 5f., 8, der den Fall nicht zu den Sonderkonkursen zählen will; *Trunk*, Internationale Aspekte 188(f): "kein eigenständiger Verfahrenstyp"; vgl. *ders.*, Arbeitnehmer 1587; anders aber z.B. *Summ* 96 mit N. 20 und passim; für "Sonderkonkurs" neuerdings LAG Frankfurt a.M. 28.3.1994 - 10 Sa 595/93, ZIP 1994, 1626 = AR-Blattei ES 920 Nr. 4 mit Ann. *Mankowski*, und dazu *Trunk*, Arbeitnehmer, vgl. aber zunächst noch unten in N. 28.

27

Für eine unbeschränkte Zulassung von Gläubigern zum Partikularkonkurs bereits RG 14.10.1887 - 172/87 II (*Mézère c. Soc. gen. Alsac. de Banque - "Falliment in Laneville"*), ELSLothZ 13 (1888) 55 = [LSJ] Bolze 5 (1888) Nr. 1413f. = [B] JW 1887, 475, die Vorentscheidung OLG Kolmar 3.5.1887. Entscheidungsgründe (Auszug) in: ELSLothZ a.O. 56-58 bestätigend. In dem Fall war es um eine inländische (!) Gläubigerbank gegangen, die nur mit der französischen Zentrale kontrahiert und ihre auch Forderung im französischen Hauptkonkurs angemeldet hatte. Dennoch durfte sie am inländischen

Punkt sind rar²⁸. Aus dem herrschenden Ansatz entstehen ganze Ketten von inlandsbezugssträchtigen Problempunkten wie die bislang fehlende Differenzierung der Partikularkonkursantragsrechte²⁹ einschließlich der Frage des Rechtsschutzinteresses³⁰ und der

Partikularkonkurs teilnehmen. Das OLG Kolmar und das RG erachteten weder die fehlende Niederlassungsbezüglichkeit noch die Mehrfachteilnahme bzw. -anmeldung (noch die Sammelanmeldung des französischen Konkursverwalters) als Hindernisse der Individualteilnahme am Partikularkonkurs, wobei sich beide Gerichte im Ausgangspunkt eng an die in den Motiven (oben N. 17) insoweit zu §§ 237, 238 KO entwickelte Konzeption des Quasi-Universalkonkurses hielten. Dieser Richtung ist die gesamte spätere Rechtsprechung gefolgt; RG 10.4.1888 - Rep. II 41/88 (*Ch. und Gen. v. d. Konkursverwalter der Hüttenwerksgesellschaft A.F., L.Z. & Co. - "Luxemburger Hütten"*), RGZ 21, 21 (23); 24.2.1891 - 1/691 (*Razik und Comp. Konkurs - "Osterreicher in Santsch"*), JW 1891, 200; ebenso wieder der BGH im Jahre 1991 (unten in N. 98); LG Freiburg i. Br. 10.4.1964 (oben N. 25); dahingestellt LARbG Frankfurt a.M. 28.3.1994 (oben N. 26) und zu dieser Entscheidung noch unten II. 1.) c), bei N. 107; siehe aus der Literatur lediglich *Jaeger/Leit* § 238 KO Bem. 1 und 3, vgl. § 1 KO Bem. 67 a.E., ebenso *Jaeger/Leit* § 1 KO Bem. 67 a.E., ebenso *Jaeger/Henckel* § 1 KO Rz. 154 a.E.; *Kuhn/Henbrück/Laer* II (1994) §§ 237, 238 KO Rz. 104; *Kilger/K. Schmidt* 16 (1993) § 238 KO Bem. 1, vgl. aber auch Bem. 4 b); *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen 385; *Grassmann*, Inlandswirkungen des Auslandskonkurses über das Vermögen eines im Konkursöffnungsstaat ansässigen Gemeinschuldners. KTS 51 (1990) 157-182 (177, aber wohl nur de lege lata) (zitiert Inlandswirkungen), Rechtsvergleichend *ders.*, Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (...): *Rev.crit.d.i.p.* 79 (1990) 421-480 (429f. mit N. 15, 436); *Baur/Stürner* 12 II (1990) Rz. 37-31; *Aderhold* 212f.; *Metzger* 158, vgl. 168-172; im Ergebnis auch *Mankowski* 1655f. und passim; *Trunk*, Arbeitnehmer 1588f. (vgl. aber die folgende Note), *ders.*, Internationale Aspekte 190.

28

Vgl. in diesem Zusammenhang erneut RG 28.3.1882 a.O. (oben N. 9), und RG 16.7.1886 a.O. (oben N. 14); dahingestellt LAG Frankfurt a.M. 28.3.1994, ZIP 1994, 1626, und dazu noch unten II. 1. c) bei a.F. KO Bem. 1; *Petersen/Kleinfeiler* § 5 KO Bem. 2.; vgl. v. *Wilimowski* § 207 a.F. KO Bem. 2. In der neueren Literatur spricht *Summ* (95f., 96) ohne weiteres nur von inländischen Gläubigern. Vgl. insoweit auch *Mankowski* 1655: "theoretisch möglich", "keineswegs unüberwindliche Schwierigkeiten". Leider kommt *Mankowski* (1655f.) zu einem anderen Ergebnis, und zwar (a.a.O.) schon auf Grund der Interessenlage, über die man freilich stets streiten kann. Das vielbenutzte Vertrauen auf das Niederlassungsvermögen als Haftungssubstrat ist schon mangels Selbständigkeit der Niederlassung und mangels des Erfordernisses eines Niederlassungsvermögens (siehe oben bei und in N. 19) nicht ausschlaggebend, sondern das Interesse am niederlassungsbezogenen Rechtsschutz selbst. Interesse ist nicht dasselbe wie Geld. Erhalt der inländische Gläubiger im Niederlassungskonkurs keinen Pfennig, aber einen Tabellenausatz als rechtskräftigen Titel, kann ihm damit mehr gedient sein als mit einer Quote. Hauptächlich spielt *Mankowski* (1656ff.) mit der (unzweifelhaften fehlenden) Rechtspersönlichkeit der Niederlassung und überspringt dabei die Zwischenstufe des Sondervermögens. Entgegen *Mankowski* (a.a.O.) ist der Partikularkonkurs gerade deshalb Sonderkonkurs, weil er "Teilkonkurs" eines Gesamtkonkurses des "Gesamtunternehmens" ist, also gleichsam nicht außerhalb stehend, sondern innerhalb. Sondervermögen ist zwar als Folge ein und derselben Rechtsträgerschaft kein selbständiges Vermögen, hat aber trotzdem sein eigenes rechtliches Schicksal etwa in Gestalt eines Nachlab-, Gesellschafts-, Niederlassungs- oder eben auch eines Inlandsvermögenskonkurses. Siehe ergänzend zu den Auswirkungen bei § 238 III KO noch unten in N. 32. - *Trunk* (Arbeitnehmer 1588) kommt zur unbeschränkten Passivmasse schon wegen des Mangels einer Sonderregelung in der KO, dabei außer acht lassend systematische und dogmatische Argumente. "Teleologischer Reduktion" für den Autor (1588f.) aber ebenfalls nicht zur Beschränkung des Teilnahmerechts (wohl aber eines Vorrechts!; siehe unten in N. 108) - natürlich wegen der par condicio creditorum. *Trunk* übersieht, wie die meisten, daß die par condicio creditorum primär eine Sachnorm ist, und daß es eben auch eine partikuläre par condicio gibt; vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 250f., 252.

29

Vgl. *Trunk*, Internationale Aspekte 189. Auf Seiten der Gläubiger würde sich das Problem durch Beschränkung auf Inlandsgläubiger von selbst lösen. Auch in diesem Fall, und allemal bei Aufrechterhaltung der unbeschränkten Teilnahme, ist aber ein (besonderes) Rechtsschutzinteresse (siehe auch zu § 237 KO unten bei N. 61) im Sinne auch der späteren Referatearbeiten zu fordern; siehe *Schlösser* 479; *Thieme*, Partikularkonkurs 230-233 und ergänzend zunächst unten 3.) c)(1), bei N. 141. Auf Schuldnerseite ist die Ausübung seiner Antragsbefugnisse durch den ausländischen Universalkonkursverwalter, obwohl aus allgemeinen Grundsätzen folgend (*Hanisch*, Parallel-Insolvenzen 166; *Schlösser* 479; *Thieme*, Partikularkonkurs 229f.), "ungeklärt" für *Trunk*, Internationale Aspekte a.a.O. Siehe zum EuKÜ unten II. 3.) c)(3)(b), insbesondere in N. 268.

30

Stehe die vorige Note und etwa *Aderhold* 213f.

Eröffnungsgründe³¹, die nach ganz herrschender Auffassung in § 238 III KO verankerte unbedingte Zulässigkeit eines "isolierten" Partikularkonkurses³² und des - übrigens erst wendzeitlichen (siehe unten II 1 a) - "Vorrangs" von Inlandsverfahren³³, die Frage der lex fori concursus particularis³⁴ einschließlich spezieller Fragen wie die der Sicherungsrechte, Privilegien und ihrer Rangordnung³⁵, Probleme der Mehrfachteilnahme³⁶, die Auslieferung von Restvermögen an den Universalkonkurs³⁷; endlich formelle und informelle Kooperation³⁸. Eine stete Quelle des Mißverständnisses ist auch die Anerkennung bzw. "Wirkung" von

31 Dazu *Thieme*, Partikularkonkurs 233f., 254f.; *Trunk*, Internationale Aspekte 189, neuerdings namentlich *Mankowski* 1654-1658 und passim. Der Autor begründet das insoweit wichtige - auch von mir behauptete (siehe bei *Mankowski* 1654 N. 47) - "Globalbilanzprinzip" (oder Universal- bzw. Weltbilanzprinzip) freilich auch mit der Zulassung aller Gläubiger zum Partikularkonkurs bzw. letzteres mit dem ersteren. Dieser Zusammenhang besteht aber nur einseitig bzw. gerade im gegenteiligen Sinne; siehe unten bei N. 104.

32 Ganz h.M.; abweichend *Thieme*, Partikularkonkurs 221f., 254f., vgl. 247f.; dafür *Trunk*, Arbeitnehmer 1587; *ders.*, Internationale Aspekte 186; vgl. *Schlosser* 479. Andeutend möchte ich hier nur, daß m.E. Vorschriften wie § 238 III KO (vgl. § 22 III GesO, Art. 102 III 2 EGVsO) noch über die bei *Mankowski* (insbes. 1652, 1654) zu Recht herausgestellten Grenzen hinaus restringiert werden können: Zum einen regelt § 238 III KO der Rechtsfolge nach nicht allgemein die Zulässigkeit des Partikularkonkurses, sondern nur die des Antrags, und innerhalb dessen wieder nur einen von mehreren Konkursgründen, und in diesem Rahmen wiederum bloß den Nachweis, genauer: die Beweisforderungen. Nur insoweit sind aber auch die Feststellungen bzw. die Entscheidungen des Partikularkonkurses berührt, nicht aber im übrigen. Zu behaupten, aus einer Beweisregel eine so gravierende Folgerung wie den "isolierten" Partikularkonkurs ableiten zu können, geht schon konstruktiv zu weit. Unterstellt man, zum anderen, erlaube, sondern nur den akzessorischen Partikularkonkurs erleichtern will, behält die Vorschrift (rechtskräftiger) Eröffnung: Bedacht werden muß rein praktisch, daß beim isolierten Partikularkonkurs vom Antragsteller (auch vom Schuldner!) der volle Nachweis der ausländischen bzw. Globalinsolvenz gefordert wird und schon dies im Normalfall eine Überforderung darstellt. Nimmt man rein praktisch vorhandene Informationserschwerungen und -verzögerungen im Verhältnis zum Ausland, Wochen und Monate vergehen können, bevor es zur dort zur Verfahrenseröffnung kommt, erlaubt es eben § 238 III KO, schon vor Verfahrenseröffnung im Ausland den inländischen Partikularkonkurs zu beantragen. Auch wenn die Eröffnung nach der - übrigens zu beweisenden! - Eröffnung des Auslandsverfahrens erfolgen darf, verbleiben dem Antragsteller immer noch drei wesentliche Vorteile: die Möglichkeit von Sicherungsmaßnahmen, eine schnelle, weil vorbereitete Eröffnung, und eine dann eintretende wesentliche Beweisvereinfachung. M.a.W.: § 238 III KO betrifft nur das Eröffnungs- bzw. 238 III KO, die Eröffnung eines Partikularkonkurses zu erleichtern, wird auch bei dieser Beschränkung gewährt.

33 Dazu *Trunk*, Internationale Aspekte 183f., 195f.; dagegen *Thieme*, Partikularkonkurs 221f.

34 Siehe bei *Thieme*, Partikularkonkurs 218f., 247f.; *Trunk*, Internationale Aspekte 192f.

35 Dazu *Schlosser* 479; *Trunk*, Internationale Aspekte 192, der für die Geltendmachung von Vorrchten im Partikularkonkurs generell einen Inlandsbezug fordert (*ders.*, Arbeitnehmer 1589f., und dazu näher unten II 1) c), bei und in N. 108).

36 Siehe zu diesem vielörterten Problem zahlreiche Arbeiten von *Hanisch* (unten N. 45); ferner *Thieme*, Partikularkonkurs 226, 251-254; *Trunk*, Internationale Aspekte 191f.; zum EuKu siehe unten II 3) c) (3) a E., bei und in N. 3020.

37 Siehe *Thieme*, Partikularkonkurs 241f.; *Trunk* 192. Hervorzuheben hier aus einem Entscheidungsbündel RG 7.11.1916 - Rep. VII 179/16 (*Kompagnie Nadeshda*, vertreten durch die *Liquidationskommission in St. Petersburg*) J. E.S. - "Nadeshda III (III)", RGZ 89, 181 - die dogmatisch wohl kniffligste Entscheidung des deutschen IKR (Freigabe von Niederlassungs- bzw. Inlandsvermögen aus dem Partikularkonkurs mit anschließender Vollstreckung gem. § 237 KO).

38 Siehe *Thieme*, Inlandsvollstreckung 697 bei N. 38; *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen 388-392 und danach vielfach (siehe unten N. 45) vielfach; *Schlosser* 479; *Thieme*, Partikularkonkurs 234-244, 255f.; *Trunk*, Internationale Aspekte 194f.

Partikularkonkursen³⁹ Verscharft oder verdeckt, je nachdem, wurden diese Probleme durch das herrschende Territorialitätsprinzip. Insoweit stand § 238 KO bloß in einer Reihe mit den anderen Tragsäulen des deutschen Raubsystems.

Die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Partikularkonkurs des IKR und mit dem § 238 KO hat sich in diesem Klima nur sehr zögernd entwickelt. Lange war ein Mangel an Ideen⁴⁰, ja, überhaupt der Aufmerksamkeit zu verzeichnen⁴¹. Nach dem 2. Weltkrieg erbrachte die (Gutachter-)Kontroverse zwischen Friedrich Weber und Gottfried Baumgärtel⁴² erstmals eine nähere Beschäftigung mit dem Partikularkonkurs und der Rolle der Novelle von 1898. Allerdings war damals vor allem noch mit den Prinzipienproblemen des deutschen IKR und mehr als mit dem § 238 KO mit dem § 237 KO zu kämpfen⁴³. Verdienstvoll und wichtig sind dann aber schon in den siebziger Jahren⁴⁴, unter dem Eindruck des Herstatt-Verfahrens, vor allem Hans Hanischs zahlreiche Untersuchungen zu "Parallel-Konkursen" gewesen⁴⁵. Ferner gab und gibt

39 *Thieme*, Der Entwurf eines Konkursübereinkommens der EG-Staaten von 1980, Überblick und allgemeine Kritik: RabelsZ 45 (1981) 459-498 (488 N. 124); *ders.*, Grundsätze 231 N. 82; *ders.*, Partikularkonkurs 219-221, 248; *Metzger* 154-157; vgl. *Schlosser* 478. Zu den insoweit wieder schillernden Begriffen im EuKu siehe unten 3.) c) (3) (a), in N. 217.

40 Siehe außerhalb der konkursrechtlichen Kommentarliteratur *Ludwig v. Bar* a.a.O. (oben N. 23); *Gramming*. Die Wirkungen des ausländischen Konkurses auf das Inland nach deutschem Reichsrecht: NiemZ 5 (1895) 344-363 (360-362); *Köhler* (unten N. 95) 84-86, 632-635; *Nußbaum*, Deutsches IPR (1932) 449-465 (452f. und passim); *Ludwig Niederstetter*, Die Zahlungseinstellung von deutschen Niederlassungen im Ausland und ausländischen in Deutschland, unter besonderer Berücksichtigung des französischen und schweizerischen Rechts (Diss. Hamburg 1934) Zeulenroda 1934), primär sachrechtlich *Waldemar Hogenguth*, Beitrag zur Lehre vom Sonderkonkurs (Diss. Heidelberg 1912); *Arno Eberhard*, Der Sonderkonkurs (Diss. Tübingen 1915).

41 - abzulesen etwa an der fast unveränderten Kommentierung in den Vorkriegsaufgaben des Jaegerschen Kommentars.

42 Siehe oben in N. 25.

43 Vgl. aus diesen Zusammenhängen heraus *Müller-Freienfels*, Auslandskonkurs und Inlandsfolgen, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, FS Dölle (1963) II 359-398 (360-362); *Henrik-Michael Ringel*, Universalität und Territorialität im deutschen internationalen Konkursrecht (Diss. Frankfurt a.M. 1968) 50, vgl. 54; *Heinz Willer*, Die inländische Anerkennung des im Ausland eröffneten Konkurses einer ausländischen Gesellschaft (Diss. München 1972) 103f., 128-133; *Reithmann v. Hoffmann*, Internationales Vertragsrecht² (1972) Rz. 723; *Jürgen Schmidt*, System des deutschen internationalen Konkursrechts (1972) 18-20, 152-158; *ders.*, Internationales Konkursrecht, Einige Gedanken zu einem dogmatischen Neuansatz: SchwZ AG [SAG] 1974, 153-160 (159f.); *Jaeger(-Jahrb)* 8 (1972) §§ 237, 238 KO Rz. 75-100 und passim; *Thieme*, Inlandsvollstreckung 685 N. 8, 692f., 696-698; *ders.*, Bespr. von L. Ganshof (1969), M. Trochu (1967) und J. Schmidt (1972); RabelsZ 38 (1974) 650-662 (insbes. 652-654); *ders.*, Entwurf (oben N. 39) 493 mit N. 140, 495 N. 146 a.E.; *ders.*, Grundsätze 231 N. 79 (ff) et passim; *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen (oben N. 45); und ergänzend zu den zahlreichen weiteren Arbeiten Hanischs über dieses Thema unten N. 45; *Pielorz* 68-71; *Gert Spennemann*, Insolvenzverfahren in Deutschland - Vermögen in Amerika: Das Beispiel Herstatt, Fragen des Internationalen Insolvenzrechtes der Bundesrepublik Deutschland und der USA (1981) 61f., 73 und passim, 323-325 (Gesetzgebungsvorschlag) (Jur. Schr., 13: Int. Insolvenzrecht); *Schlosser* 477, 479f.

44 Einen selbständigen Ansatz brachte zuerst *Willer* (vorige Note), aber lediglich de lege ferenda.

45 - bei denen es aber bald nicht mehr eigentlich um § 238 KO oder Partikularkonkurs im systematischen Verhältnis zu einem Universalkonkurs, sondern um die Koordinierung einer irgendwie vorhandenen Konkursmehrheit in einem "mobilen System" ging; siehe seit 1976 als Auswahl *Hanisch*, Parallel-Insolvenzen; *ders.*, Auslandsvermögen des Schuldners im Inlandsinsolvenzverfahren und vice versa, in: FS Einhundert Jahre KO (1977) 139-167 (165f.) (zitiert: Auslandsvermögen); *ders.*, Gegenseitigkeit, comitas und Glaubergleichbehandlung im internationalen Insolvenzrecht: KTS 39 (1978) 193-200 (0: *ders.*, Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts: SchwZ Jb Int R. 36 (1980) 109-136 (117, 118-124); *ders.*, Probleme des internationalen Insolvenzrechts, Generalreferat - Einleitung, in: Probleme des internationalen Insolvenzrechts (1982) 9-29 (13, 17, 22f., 23-29); *ders.*, Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht [Zu BGH 11.7.1985] ebd. 1985, 1233-1243 (1236) (zitiert: Wende); *ders.*, Erlöse aus der Teilnahme an einem ausländischen Parallel-Insolvenzverfahren - Ableitung an die inländische Konkursmasse oder Anrechnung auf die Inlandsdividende? ZIP 1989, 273-279 (278) (zitiert: Erlöse); siehe aus neuerer Zeit insbesondere *ders.*, Einheit.

es Vorschläge zur Ausweitung des § 238 KO auf Kosten des - extensiv ausgelegten (oben 1) - § 237 KO mit dem Grundgedanken, das Territorialitätsprinzip jedenfalls in der Weise zu unterlaufen, daß im Inland weitmöglichst Insolvenzverfahren statt Einzelzwangsvollstreckungen durchgeführt werden.⁴⁶

3. Systembildung und Inlandsbezug

Jene herrschenden Rechtsauffassungen über die Bedeutung der §§ 237, 238 KO sowie die des § 23 ZPO haben sich ebenso in Deutschland erstaunlich lange, nämlich fast 100 Jahre und ohne allzu fühlbare Kritik und praktisch ohne gesetzgeberische Reformansätze behaupten können. Die ihnen zugrundeliegenden Rechtsvorstellungen erweisen sich trotz dramatischer Umschwünge in der Rechtsprechung (unten II 2) als durchhaltende Muster, wie sich nämlich in der jüngsten deutschen Reform des deutschen IKR gezeigt hat (unten II 3 b). Das muß nachdenklich stimmen.

Daß man das Erfordernis eines Inlandsbezuges, das ja prima facie die Inländer nicht bloß zu schützen, sondern sogar zu begünstigen und privilegieren scheint⁴⁷, selbst in den wildesten Zeiten des Territorialitätsprinzips nicht vermißt und gleichsam zur Abrundung territorialer Abschottung benutzt hat, scheint ein Argument gegen den Inlandsbezug zu begründen. Denn wenn der Inlandsbezug ein Territorialitätssystem verschärfen würde, kann er auf der Grundlage der Universalität erst recht nichts taugen, decouvierte sich als blanke Ausländerdiskriminierung oder als chauvinistisch⁴⁸, hieß, den Teufel mit Beelzebub auszukehren⁴⁹ und, schlimmer noch, erscheint als Beschneidung der Glaubigerfreiheit und der par condicio creditorum, verstanden als Recht, den Schuldner überall, unbeschränkt, allseitig und gleichberechtigt mit Klage, Vollstreckung und Konkurs überziehen zu können.

Nichts scheint dem Ideal einer universalen Haftungsverwirklichung mehr zu entsprechen als ein solcher universaler Glaubigerbetrieb, nichts könnte jedoch falscher sein. Die Vorstellung eines lückenlosen territorialen Rechts- und Gerichtsschutzes ist vielmehr die Leugnung eines Kollisionsrechts der universalen Haftungsverwirklichung, also einer räumlich gerechten Ordnung. Auch die par condicio creditorum ist keine Kollisionsnorm oder Anknüpfung, sondern wird durch diese nur als eine Sachrechtsfolge, wenn auch eine wichtige, gewährleistet. Die größtmögliche Quote ist nicht notwendig auch die höchste räumliche Gerechtigkeit. Wer also nur ans Geld und an Quoten denkt, macht sich selber zum Feind kollisionsrechtlicher Lösungen. Zu diesen gehört aber der Partikularkonkurs als Anknüpfungsgegenstand oder Anknüpfungsergebnis. Auch bei solchen Verfahren geht es - wie von Hans Hamisch neulich auf

⁴⁶ - insbesondere durch Ausdehnung der Zuständigkeiten gem. § 238 I KO auf Vermögensgesamtheiten und "verwaltete Vermögen"; Thieme, Inlandsvollstreckung 697f. mit N. 40 (vgl. aber in Nachwendestituation ders., Grundsatze 267; ders., Partikularkonkurs 217f.); Hamisch, Parallelinsolvenzen 384-388; ders., Auslandsvermögen a.a.O. (vorige Note); zuletzt ders., Einheit 3, 5f.; Schlosser 479; Summ 97f.; Aderholdt 211-213; vgl. ergänzend und dazu, daß nach der Wende zum Universalitätsprinzip bzw. der Reduktion des § 237 KO diese provisorischen Vorschläge an Fundament verloren haben, zunächst noch unten II.) 1. a), bei N. 71, sowie im Kontext des § 23 ZPO unten in N. 86. Für einen konkursrechtlichen Vermögensgerichtsstand im Vorgriff auf die Reform etwa Henckens, Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht: RabelsZ. 56 (1992) 624-695 (681f.); desgleichen de lege ferenda Otte (unten N. 84) 310f.

⁴⁷ Siehe zu dieser Unterscheidung, in der damals wie heute verbreiteten Glaubigerschutzwecktheorie im IKR Thieme, Inlandsvollstreckung 691f.

⁴⁸ Aderholdt 244 N. 14.

⁴⁹ Aderholdt 244.

den Punkt gebracht - um die "Realisierung des allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsatzes der Anwendung desjenigen Rechts, zu dem die engste Beziehung besteht."⁵⁰

Die internationale Zuständigkeitsordnung ist in der Tat unverzichtbar, um die Interessen aller privaten Beteiligten auszugleichen und nicht zuletzt auch effizient zu allozieren. Unbeschränkte Glaubigerfreiheit wäre nicht bloß die Ausschaltung des Kollisionsrechts als eines Markthindernisses, sondern stets auch eine Subvention seitens der nationalen Rechtsschutzsysteme sowie die Absicherung einer bestimmten Marktmacht bzw. der Marktmacht bestimmter Gläubiger. Im IZVR ist insoweit in der Tat theoretisch zweifelhaft (empirisch aber, soweit ersichtlich, nicht untersucht⁵¹), um welche Interessen es hier eigentlich geht. Der Hinweis etwa für das IKR, die entscheidende Linie verlaufe nicht zwischen Inländern und Ausländern, sondern zwischen Großgläubigern und anderen⁵², ist wichtig und der Anfang einer Typologie. In der Tat: Den informierten, finanzstarken, mobilen und omnipräsenten Gläubigern sind flächendeckende Einzelrechtsverfolgung und Konkursmehrheitnahme kein Problem, ihnen gehört nicht nur der Schuldner, sondern die Welt, wenigstens der Binnenmarkt. Die Ahnungslosen, Leistungsschwachen, Inflexiblen, Immobilien und Autochthonen unter den Gläubigerkollegen verdienen es aus dem Blickwinkel der Kommandohöhen nicht besser, und "kompensatorischer Gläubigerschutz"⁵³ ist nur Verschwendung oder eine Wettbewerbsbeschränkung. Weder die par condicio creditorum der Abzocker noch die Binnenmärkte der Raptorkreditoren können jedoch Leitbilder des IKR sein⁵⁴. Jene Akteure müssen im Gegenteil nichts so sehr fürchten wie die Universalität und Einheit des Konkurses, oder selbst geordnete Pluralität, weil jede Ordnung der Dinge die Gläubiger jener Freiheit beraubt, die auf der Unordnung beruht.

In diesem Zusammenhang sind auch die deutschen rechts- und wirtschaftspolitischen Entwicklungen von Interesse. Sie sind im IKR nicht so sehr durch Mangel an amtlich bekundetem Enthusiasmus für das Universalitätsprinzip, sondern durch die stets territorialistisch gefärbte Normensetzungsrealität gekennzeichnet. Gelegentliche historische und aktuelle Einblicke in die Arkana der deutschen Konkursgesetzgebung ergeben eine in der Tat erstaunliche Kontinuität in den justizministeriellen Konzeptionen trotz Wechsels der Couleur: Es halten sich territorialistische Grundeinstellungen. Diese speisen sich jedoch nicht primär aus nationalen Souveränitätsvorstellungen, sondern aus Wirtschaftsprotektionismus. Das BMJ neigt heute wie früher schon das RMJ politisch zur Nachgiebigkeit, gelegentlich vielleicht sogar zur Willfährigkeit gegenüber den Wünschen der heimischen Wirtschaft, genauer: denen ihrer Spitzenverbände. Das bedeutet nicht nur eine Übernahme von eher kindlich zu nennenden Fehlvorstellungen, so wenn der Schutz deutscher Eigentumsvorbehalte zum Kriterium eines funktionierenden Welthandels erhoben wird, sondern auch gefährlicher und in Verkenennung des Wesens einer exportorientierten Wirtschaft selbstgefährdender Konzepte, wenn für die Aufrechterhaltung von Vorschriften wie § 23 ZPO und §§ 237, 238 KO plädiert wird. Die moderne Version heißt Pluralität. Die Inbrunst und Schärfe, mit der das

⁵⁰ Hamisch, Einheit 3. Von den vielen Schriften Hans Hamischs ist mir diese übrigens inzwischen fast die liebste, weil sie die par condicio creditorum unter den Bedingungen der Pluralität sehr zurückhaltend einordnet - nicht mehr an erster Stelle, aber auch nicht am Rand.

⁵¹ Siehe die Bemerkung oben in N. 13.

⁵² So Pielorz 57 in Interpretation von Jürgen Schmidt, System (oben N. 43) 147-151, wo plastisch gesagt wird (148): "Jeder ausländische Konzern mit einer einigermaßen gut ausgebauten Rechtsabteilung ist jedem kleinen Handwerker in Deutschland ... überlegen."

⁵³ Treffender Ausdruck bei Pielorz 56.

⁵⁴ Siehe dazu noch die Bemerkungen zum analogen Problem im Rahmen des EuKÜ unten II.) 3.) c) 5).

IMJ in der jüngsten Reform das deutsche "Raubsystem" modernisiert und bis nach Europa zu fragen versucht hat (unten II 2 und 3), beweist jenes durchhaltende protektionistische Muster.

Dies ist das deutsche Dilemma, von dem gleich zu Eingang die Rede war (oben, pr. vor I). Was Peter Schlosser am Vorwendeprinzip der Territorialität als "peinlichen Wertungswiderspruch" zur Universalität des Inlandskonkurses gebrauchte⁵⁵, läßt sich auch für den hier erörterten Zusammenhang bemerken. Der Widerspruch zwischen dem Universalitätsprinzip und der universalen Öffnung und Verbreiterung lokaler Schutzinstrumente ist unerträglich. Der Gedanke des Inlandsbezuges kann hier zu einem klaren Konzept verhelfen: Lediglich inlandsbezogene Befriedigungsinteressen sind legitime lokale Sonderinteressen. Diese Kanalisierungsfunktion bedingt speziell beim Niederlassungs- oder Inlandsvermögenskonkurs die strenge Auffassung als Partikularkonkurs⁵⁶. Der Inlandsbezug ist damit systembildend.

Auf drei Gesichtspunkte ist meines Erachtens schon bei einem ersten Spaziergang durch die neue Normenlandschaft zu achten:

In der Hauptsache geht es um die richtige Anknüpfung. Hinreichende Auslandsberührung und hinreichende Inlandsbeziehung berühren sich, sind vielleicht nur zwei Seiten der Münze räumlicher Gerechtigkeit. Dies gilt für allgemeine und besondere Anknüpfungen, Regeln wie Ausnahmen gleichermaßen, jedoch wird man sagen können, daß die Regelanknüpfungen (wie die für den allgemeinen Gerichtsstand oder den Universalkonkurs) stets eine starke Auslandsberührung, Ausnahmen wie Vermögensgerichtsstände und Inlandsvermögensregelungen eine enge Inlandsbeziehung repräsentieren.

Deshalb kann und sollte, zweitens, zwischen allgemeinem und besonderem Inlandsbezug unterschieden werden. Bei dem ersteren handelt es sich um die räumliche Verknüpfung, die der betreffende Norm überhaupt zugrundeliegt und ihre Ratio bildet. Dieser eingebaute Inlandsbezug ist das gemeinsame Kennzeichen aller Sondertatbestände wie besondere Gerichtsständen und Inlandsvermögensregelungen und ist insofern allgemein. Je nach Spezialität und Eigenart des besonderen Anknüpfungsgegenstandes können seine Erscheinungsformen des allgemeinen Inlandsbezuges etwa für Prozeß, Zwangsvollstreckung oder Konkurs untereinander verschieden sein und außerdem noch differenziert werden. Insbesondere kann zwischen subjektivem und objektivem Inlandsbezug unterschieden werden. Um allgemeine Inlandsbezüge solcher Art handelt es sich namentlich bei der Unterscheidung zwischen Inländern und Ausländern oder zwischen Niederlassungsgläubigern und anderen Gläubigern beziehungsweise zwischen inlandsbezogenen und anderen Ansprüchen. Im Unterschied zu solchen Fällen eines allgemeinen, regelungsimmanenten Inlandsbezuges der Sondertatbestände lassen sich als besonderer Inlandsbezug alle solchen Momente kennzeichnen, die konkret, im Einzelfall, der Korrektur dienen. Beispiele hierfür sind besondere Mißbrauchstatbestände, besondere Anforderungen an das Rechtsschutzinteresse sowie sonstige sonderrechtliche Normen namentlich des Fremden- bzw. des Inländerrechts. Dies erlaubt es, zwischen anknüpfungstragendem und anknüpfungskorrigierendem Inlandsbezug, also den Ausnahmen zu den Ausnahmen zu unterscheiden.

Wertungswidersprüche sind, drittens, zu vermeiden. Diese drohen, wenn Vermögensgerichtsstands- und Inlandsvermögensregelungen ohne Rücksicht auf den Inlandsbezug, auf dem sie beruhen, generalisiert werden. Denn die Tatbestände betreffen das Inlandsvermögen eines Gebietsfremden und die besonderen Verfahrensinteressen der

⁵⁵ Schlosser 484

⁵⁶ Siehe Thieme, Partikularkonkurs 214.

Gebietsansässigen oder der mit dem Ausländer im oder durch das Inland sonst besonders Verbundenen als Sonderberechtigte, Besser- oder Näherberechtigte. Kläger und Gläubiger ohne einen solchen Inlandsbezug sind in diesem Sinne Nichtberechtigte, schlechter oder nur fernherin (subsidiär) Berechtigte. Das gilt grundsätzlich auch umgekehrt für die Sonderberechtigten gegenüber den sonstigen, allgemeinen Gläubigern und im Verhältnis zum sonstigen Vermögen (und zu weiteren Sonderberechtigten) Eine *par condicio creditorum* kann es nur zwischen den Gruppenmitgliedern geben, nicht zwischen den Gruppen. Eine universale *par condicio creditorum* ist nur mit strikter Einheit und Universalität zu erlangen. Wer diese nicht will oder vermag und trotzdem Gleichheit beansprucht, verlangt von sich zu wenig und von anderen zuviel. Pluralität baut auf Ungleichheit und in diesem Sinne auf einen Widerspruch, ist aber in Kenntnis dessen systemfähig. Die Alternative sind Widersprüche ohne System, die sich nicht als Grundlage des IKR eignen.

II. Die neueren Entwicklungen im Überblick

Fortschreiten ist hier nicht mit Fragen der Systematik, sondern mit ihren möglichen Bausteinen in einer sich immer rascher entwickelnden Realität. Zu berichten ist über die sog. Wendeentscheidungen des BGH als die modernen Grundlagen des deutschen IZVR in dem hier erörterten Bereich (unten 1), sodann über die weit weniger progressiven Bemühungen des deutschen Gesetzgebers im Rahmen der Insolvenzrechtsreform (unten 2) und schließlich, ganz aktuell, über die europäischen Korrekturen am deutschen Modell als positive Chance (unten 3).

1. Wendeentscheidungen (1985-1991)

Die achtziger Jahre waren bekanntlich durch "Wendeentscheidungen" des Bundesgerichtshofs sowohl zum IKR wie zum IZPR gekennzeichnet. Sie alle verhalten entgegen jener herrschenden territorialistisch-protektionistischen Tradition einer aufgeklärten, universalistischen Tendenz zum Durchbruch.

a) Die Wende im IKR (§ 237 KO)

Den Anfang hat das IKR gemacht. Mit seinen beiden Grundsatzentscheidungen von 1983⁵⁷ und 1985⁵⁸ hat der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs dem § 237 KO nach Vorgang des Schrifttums eine konkrete Auslegung gegeben, die nicht bloß jenes gesetz- und systemwidrige Territorialitätsprinzip beseitigte, sondern die Vorschrift auch im übrigen auf die Funktion als bloße Zulässigkeitsregelung der Einzelzwangsvollstreckung beschränkte⁵⁹.

Von einem Inlandsbezug war dem bei dem allen jedoch keine Rede. Der frühere Vorschlag, das konkurswidrige Vollstreckungsprivileg des § 237 KO abgesehen vom Erfordernis eines besonderen Rechtsschutzinteresses⁶⁰ auf "Inländer" zu beschränken⁶¹, also einen (allgemeinen)

⁵⁷ BGH 13.7.1983 - VIII ZR 246/82, BGHZ 88, 147 = NJW 1983, 2147 = IPRspr. 1983 Nr. 205b = WM 1983, 858 = RIW/AWD 1983, 691 = IPRax 1984, 264 mit Aufs. Pielorz ebd. 241-244 = JZ 1983, 898 mit Ann. Grunsky = Betrieb 1983, 1973 = ZIP 1983, 961 mit Aufs. Hanisch ebd. 1289-1301 = MDR 1983, 930 = LM Nr. 4 zu § 3 KO.

⁵⁸ BGH 11.7.1985 - IX ZR 178/84, BGHZ 95, 256 = NJW 1985, 2897 = IPRspr. 1985 Nr. 218 = RIW/AWD 1985, 729 = WM 1985, 1004 = Betrieb 1985, 2187 = ZIP 1985, 944 = JZ 1986, 91 mit Ann. Lüderitz = LM Nr. 4 zu § 237 KO mit Ann. Merz = EWIR 1985, 605 mit Ann. Merz = JuS 1986, 68 mit Ann. Hohloch; dazu unter anderem Hanisch, Wende (oben N. 45), W. Lüke, KTS 47 (1986) 1-19; Lau, Betriebs-Berater 1986, 1450-1453.

⁵⁹ Siehe zur heutigen Rechtslage und zum Streitstand etwa Kuhn/Uhlenbruck/Laer 11 §§ 237, 238 KO Rz. 72, 77-94, Summ 30-44 (ff.), 58ff., 101-108, Aderhold 50-52, 242-249, Leiner 142-153.

⁶⁰ Thieme, Inlandsvollstreckung 710.

⁶¹ Thieme, Inlandsvollstreckung 711f.; siehe bereits oben bei N. 7f.

Inlandsbezug für die inländische Sonderrechtsverfolgung zu fordern, ist so ziemlich als einziger meiner früheren Auslegungsvorschläge Mindermeinung geblieben.⁶² Das ist weniger wegen der Abweichung von den in diesem Punkt einmal deutlichen Motiven⁶³ als wegen des Verbleibens der Vorschrift im Dilemma des mangelnden Inlandsbezuges zu bedauern. Notieren muß man aber, daß die frühere der beiden Wendeentscheidungen die Herausgabepflicht des im Ausland entgegen den deutschen Universalkonkurs vollstreckenden Gläubigers auf Inländer beschränken wollte. Dies erscheint wegen §§ 3 I, 5 KO unrichtig⁶⁴, impliziert aber immerhin, daß im umgekehrten Fall eines Auslandskonkurses die deutsche Zwangsvollstreckung gem. § 237 KO auf die hiesigen Gläubiger beschränkt werden könnte.

Daß es bei § 238 KO um den ausnahmsweisen Schutz inländischer Gläubiger geht, hat der BGH im Jahre 1985 ebenfalls bestätigt⁶⁵, zugleich aber in anderer Hinsicht einen Rückschritt bewirkt: Diese Entscheidung hat das neue Schlagwort vom "Vorrang" des inländischen Partikularkonkurses höchststrichförmig verwendet⁶⁶ und damit, wenn auch möglicherweise ungewollt⁶⁷, der Praxis und dem BMJ bei den späteren Reformarbeiten eine territoriale Keule in die Hand gegeben.

Das zeigte sich schon bald in der Literatur, wo die Wende zum Universalitätsprinzip eine stärkere Beschäftigung mit dem Partikularkonkurs als vormem⁶⁸ anregte⁶⁹. Jedoch lag der

⁶² Siehe aber noch *Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck*⁹ (1979) § 237 KO Rz. 3; vgl. jetzt *Kuhn/Uhlenbruck/Lüer* 11 §§ 237, 238 KO Rz. 81; *Pielorz* 89f.; *Aderhold* 244; nachdenklich *Baur/Stürmer* 12 II Rz. 37.15-19; *Grasmann*, Inlandswirkungen (oben N. 27) 162-166; ferner *Metzger* 71f., 72-80, *Otte* (unten N. 84) 308f.

⁶³ Aufmerksam *Metzger* 70; siehe das Zitat oben in N. 10.
⁶⁴ Dazu etwa *Aderhold* 245-247.

⁶⁵ - aber vielleicht nur obiter; vgl. BGH 11.7.1985 (oben N. 58), unter I.) 4.) f).
⁶⁶ - aber vielleicht ebenfalls nur obiter. Dort heißt es: "... Andererseits ist ein wirksamer Gläubigerschutz (§ 238 KO)", BGH 11.7.1985 (oben N. 58), unter I. 4.) f) a.E. Soweit sich der BGH auf meine Ausführungen (*Thieme*, Inlandsvollstreckung 693) gestützt hat, muß ich mir in der Tat den Vorwurf relativ auf den Partikularkonkurs des Universalitätsprinzips als eine funktional (oder Formulierung "in wichtigen Beziehungen beschränkt nicht klar herausgestellt zu haben als mit der daraus gemacht *Pielorz* 60ff., 64f., 68-74 (73 mit N. 226); vgl. auch *Schlosser* 479. Der BGH hat diesen Aspekt aber wohl offenlassen wollen. Siehe zum Ganzen auch *Summ* 99, *Aderhold* 215 mit N. 247; *Trunk*, Arbeitnehmer 1588.

⁶⁷ Siehe die vorige Note.
⁶⁸ Siehe oben bei und in N. 43.
⁶⁹ Vgl. aus der Nachwendzeit etwa *Klöcker*, Foreign Debtors and Creditors Under United States and West German Bankruptcy Laws, An Analysis and Comparison. Texas Int.L.J. 20 (1985) 55-96 (81f., 91-93); *Hansch*, Wende a.O.; vgl. aber *ders.*, Erlöse a.O. (beides oben N. 45); *Lau* (oben N. 27) 1452, vgl. *Lüke* (oben N. 58) 2, 14, 18, *Kuhn/Uhlenbruck/Lüer* 10 §§ 237, 238 KO Rz. 95-101; primär sachrechtlich *Dieter Neumann*, Der Konkurs der BGB-Gesellschaft (1986) (Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, 110); *Ebenroth*, Die Inlandswirkungen der deutschen und lex fori concursus bei Insolvenz einer Gesellschaft: ZFP 101 (1988) 121-151 (125f., 128, 128-131); *ders.*, Die Qualifikation der "action en complement du passif" nach Art. 180 des neuen französischen Insolvenzrechts, Eine Studie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zum Universalitätsprinzip: KTS 49 (1988) 19-48 (24f., 26f., 28f.); *ders.*, Neuere Entwicklungen im deutschen internationalen Gesellschaftsrecht: JZ 1988, 18-30, 75-88 (28); *Leipold*, Wege zu einem funktionalen internationalen Konkursrecht, Ein Vergleich zwischen der neueren deutschen Rechtsprechung, dem deutsch-österreichischen Konkursvertrag und den Projekten europäischen Konkursabkommens, in: Law in East and West, On the Occasion of the 30th Anniversary of the Institute of Comparative Law, Waseda University/Recht in Ost und West, Festschrift zum 30jährigen Jubiläum des Instituts für Rechtsvergleichung der Waseda Universität, hrsg. vom Institute for Comparative Law, Waseda University (Tokio 1988) 787-820 (797, vgl. 805); *Fleischer*, Entwicklungen im internationalen Konkursrecht, besonders im Verhältnis Deutschland-Frankreich: ZIP 1989, 749-757 (754).

Schwerpunkt nach wie vor bei der bekannten Prinzipien Diskussion um Universalität und Territorialität mit jetzt mehr Pluralität. Dabei wurde vielfach übersehen, daß mit der Reduktion des § 237 KO der innere Grund für extensive Auffassungen des § 238 KO⁷⁰ entfallen und nunmehr an die Reduktion dieser Vorschrift zu gehen war⁷¹. Neue Impulse gab 1989 erst die Reform⁷². Die Diskussion konkreter Probleme beginnt erst jetzt⁷³.

b) Die Wende im IZPR (§ 23 ZPO)

Die eingangs angeführte Entscheidung des XI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs von 1991⁷⁴ erbrachte für den § 23 ZPO erstmals und ähnlich revolutionär wie für § 237 KO eine drastische Restriktion dieser Vorschrift, und zwar eben mit Hilfe jenes bei § 237 KO bislang vermißten Moments des Inlandsbezuges.

Diese restriktive Interpretation des § 23 ZPO durch den XI. Zivilsenat folgte der des § 237 KO durch den IX. Zivilsenat in der zweiten "Wende-Entscheidung" aus dem Jahre 1985 an sich nur nach. Dabei erscheint aufschlußreich, daß der XI. Zivilsenat trotz einer breiten Prüfung des Für und Wider des prozessualen Vermögensgerichtsstandes jene Entwicklung im IKR mit keinem Wort erwähnt hat⁷⁵. Dieselbe Unterlassung war auch schon im zivilprozessualen Schrifttum zu beobachten gewesen⁷⁶. Damit ist aber versäumt worden, übergreifende Aspekte

Baur/Stürmer 12 II Rz. 37.1, 37.31 und passim; *E. Habscheid*, Internationales Konkursrecht und Einzelrechtsverfolgung: KTS 50 (1989) 593-623 (616f.); *ders.*, Unterbrechung oder Aussetzung des Inlandsprozesses bei ausländischem Konkursverfahren: ebd. 51 (1990) 403-428 (416f., 420); *W. Habscheid*, Entwicklungstendenzen des internationalen Konkursrechts: ZaöRV 50 (1990) 282-308 (286); *KTS* 51 (1990) 429-436 (433-436); *Grasmann*, Inlandsarrest und § 238 KO, Anm. zu BGH 11.1.1990: oben N. 27; *Lüer*, Überlegungen zu einem künftigen deutschen Internationalen Insolvenzrecht: KTS 51 (1990) 377-402 (389, 392-394, 397, 401f.).
Dazu oben in N. 46.

⁷⁰ Insoweit berechtigt daher die scharfe Kritik von *Lüer* a.O. (oben N. 69).
⁷¹ Siehe die unten in N. 138 zitierten, aber erst 1992 veröffentlichten Gutachten von *Drobnig*, *Leipold*, *Lüer* und *Thieme* (Partikularkonkurs), *Trunk* (Arbeitnehmer 1588 mit N. 14 und N. 26) faßt meine damaligen Ausführungen lediglich als solche de lege ferenda auf. Das trifft nicht zu.

⁷² Erfreulicherweise mehrten sich Mitte der Neunziger solche Studien; siehe namentlich *Metzger*, *Trunk*, Arbeitnehmer, sowie *Mankowski* (alle oben N.*); siehe auch *Werner* (oben N. 24) sowie *Otte* (unten N. 84). Noch nicht gesehen habe ich: *Schollmeyer*, Diskriminierung deutscher Gläubiger in amerikanischen Insolvenzverfahren, Bem. zu Baugart v. Fairchild Aircraft Corp.: ZFP 108 (1995) 525ff. - Bei den jüngeren (vgl. *Metzger* 146-154; *Trunk*, Arbeitnehmer 1587f.) scheint im Gefolge einer entsprechenden Äußerung aus dem BMJ beruhend) die teleologische "Funktionsanalyse" des Partikularkonkurses nach Ersatzfunktion, Unterstützungsfunktion und Vorrangfunktion an die Stelle traditioneller Prinzipien Diskussionen zu treten. Jedoch muß man mit der Projektion auf das geltende Recht vorsichtig sein. Zu sagen (*Trunk*, Arbeitnehmer 1588), die KO schlosse keine dieser Funktionen aus, räume aber auch keiner von ihnen den Vorrang ein, ist schon deshalb problematisch, weil schon jene Funktionen selbst sich untereinander vielfach ausschließen. Auch de lege lata (siehe die vorige Note) möchte ich widersprechen: § 238 KO hat primär "Vorrangfunktion" und keinesfalls Ersatzfunktion.

⁷³ BGH 2.7.1992 (oben N. 6).
⁷⁴ nicht einmal im Zusammenhang mit der zustimmenden Anfechtung der grundlegenden international-konkursrechtlichen Entscheidung RG 28.3.1882 (oben N. 9) 403, 405; vgl. BGH 2.7.1991 (oben N. 6), unter III 1.) a) sowie b) aa); siehe bereits oben in N. 9. Natürlich mag man streiten, ob § 237 KO, der zweifellos eine "Vollstreckungsnorm" ist (vgl. auch *Thieme*, Inlandsvollstreckung 686f., 699-704), nicht besser in der ZPO im Rahmen der Zwangsvollstreckung angedeutet gewesen wäre. An den sachlichen Zusammenhängen würde aber keine gesetzssystematische Anordnung etwas ändern, daher auch nicht die gegenwärtige in der KO.

⁷⁵ Das verwendete am meisten bei dem für die Neudeutung des § 23 ZPO grundlegenden, von der "Restriktionsmethode" geprägten Beitrag von *Schumann*, Der internationale Gerichtsstand des Vermögens und seine Einschränkungen, in: Studi in onore di Tullio Liebman II (1979) 839-870, siehe aber früher *Schröder* (oben N. 3) 378.

⁷⁶ Das verwendete am meisten bei dem für die Neudeutung des § 23 ZPO grundlegenden, von der "Restriktionsmethode" geprägten Beitrag von *Schumann*, Der internationale Gerichtsstand des Vermögens und seine Einschränkungen, in: Studi in onore di Tullio Liebman II (1979) 839-870, siehe aber früher *Schröder* (oben N. 3) 378.

zum Tragen zu bringen, obwohl die Gemeinsamkeiten zwischen § 23 ZPO und § 237 KO mit Händen zu greifen sind.

Die Wendeentscheidung zu § 23 ZPO hat zwar Gefolgschaft in der Rechtsprechung⁷⁷, nicht aber durchweg in der internationalprivatrechtlichen Literatur gefunden⁷⁸. Die traditionellen Argumente erscheinen, betrachtet man etwa die Dissertation von Till Kleinstück⁷⁹, im wesentlichen ausgetauscht. Methodische Argumentationen stoßen ebenso wie solche mit höherrangigem Recht - Völkerrecht und Verfassungsrecht - bereits an ihre Erkenntnisgrenzen, dasselbe gilt wohl für die Rechtsvergleichung. Dennoch erscheint auch diese Diskussion unnötig verengt.

Zu den noch nicht voll ausgeschöpften Argumentationsfeldern zählt neben der Rechtsgeschichte die Systematik und Dogmatik der internationalen Zuständigkeit sowohl im engeren Zusammenhang des IZPR wie im Gesamtzusammenhang des IZVR. Hierzu zählt eine Gesamtbetrachtung aller Vermögensgerichtsstände, Inlandsvermögensregelungen und Inlandsbezugsregelungen des deutschen IZVR⁸⁰. Zu einer solchen Kontextanalyse des § 23 ZPO gehören neben den allfälligen §§ 237, 238 KO vor allem der § 21 ZPO⁸¹, sowie gewisse Sonderregelungen des 8. Buchs der ZPO wie die §§ 722f. ZPO⁸², der § 828 II ZPO⁸³ sowie der § 917 II ZPO⁸⁴, gerade weil sie teilweise auf anderem Gebiet liegen.

Auf Einzelheiten des § 23 ZPO ist hier nicht einzugehen. Anzudeuten ist lediglich, daß schon methodisch das offene Bekenntnis zu dem ungeschriebenen, aber eingebauten, systemimmanenten Tatbestandsmerkmal des Inlandsbezuges den § 23 ZPO hinsichtlich seiner übrigen Merkmale von interpretatorischem Ballast befreien würde⁸⁵. Erfährt die Vorschrift ihre wesentliche Korrektur durch das Moment des Inlandsbezuges, kommt es z.B. auf manche

77 OLG Frankfurt a.M. 4.6.1992 - 16 U 140/91, NJW-RR 1993, 304 = IPRspr. 1993 Nr. 182b, vgl. aber OLG Frankfurt a.M. 27.9.1995 - 17 U 165/94, NJW-RR 1996, 186; OLG München 7.10.1992 - 7 U 2583/92, RIW/AWD 1993, 66 = IPRax 1993, 237 mit Aufs. *Greimer*, ebd. 216-219 = IPRspr. 1992 Nr. 198, OLG Düsseldorf 11.8.1994 - 6 U 227/93, RIW/AWD 1996, 598 (rechtskräftig; vgl. zum Nichtannahmeheschl. BGH 17.1.1995 - XI ZR 182/94 die redaktionelle Notiz RIW/AWD a.O. N. 1).

78 Zum Streitstand zuletzt *Hartwig* (oben N. 6) 109f.

79 *Kleinstück* (oben N.*).

80 - nur als Ansatz berücksichtigt bei *Thomas Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Genetikalität, Die internationale Zuständigkeit im Zivilprozeß zwischen effektivem Rechtsschutz und nationaler Zuständigkeitspolitik (1995) 31-35, vgl. etwa auch 166f. (*Jur. Abh.*, 26).

81 Siehe zu dieser, wie eingangs gesagt, viel weniger als der § 23 ZPO problematisierten Vorschrift aus neuerer Zeit *Müller* (oben N. 6).

82 Hierzu *Mankowski*, Auslegung des Vermögensgerichtsstandes in Vollstreckbarerklärungsverfahren, Ann. zu LG Heilbronn 15.8.1994; RIW/AWD 1995, 56-60.

83 Vgl. *Jahr*, s.v. Internationales Zwangsvollstreckungsrecht, in: *Ergänzbare Lexikon* des Rechts VII/18/160* (1988) 1-12 (8f.); *Gotwald*, Die internationale Zwangsvollstreckung; IPRax 1991, 285-292 (288-290); *Karen Ika Mössle*, Internationale Forderungspfändung, unter besonderer Berücksichtigung der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs (1991) 100-107 (Schriften zum int. Recht, 54); vgl. auch *Stürner*, Das grenzübergreifende Vollstreckungsverfahren in der Europäischen Union, in: FS Wolfram Henckel (1995) 863-875.

84 Vgl. *Thümmel*, Inlandsvermögen - Achillesferse des Arrestgrundes für das Internationale Privatrecht, in: FS Rothoff (1994) 97-109, siehe aber auch *Mankowski* 1657; zu den Querverbindungen mit dem IKR *Schlosser* (oben N.*) 481-485; *Mankowski*, Zum Arrestgrund der Auslandsvollstreckung in § 917 II ZPO; NJW 1992, 599-602 (600f. unter Hinweis auf *Putz/Arken/Thieme*, Rechtsauskunft, erstattet im Rechtsstreit LG Hamburg 18 S 1477/75 im Oktober 1975, S.31); *Otte*, Inländischer einstweiliger Rechtsschutz im Inland [sic] bei Auslandskonkurs - ein neuer internationaler Justizkonflikt?, *RabelsZ* 58 (1994) 292-324.

85 - und auch die scheinbare methodische Alternative erörtern. Das Rechtsschutzinteresse wird freigesetzt und kann als eigenständiges, besonderes Inlandsbezugsmoment dienen, wie oben I.) 3.) c) a.E. dargelegt und wie im IKR schon gang und gäbe.

dogmatisch gewagte und rechtsunsichere Definition, Qualifizierung und Sonderregel zum Vermögensbegriff⁸⁶, zu Wertrelationen und Vollstreckungsprognosen⁸⁷ nicht oder nicht mehr wesentlich an.

Inhaltlich ist allerdings auf die Definition des Inlandsbezuges großer Wert zu legen. Insoweit ist der XI. Zivilsenat eher dafür zu kritisieren, daß er die breitgefächerte Kriterienliste der Vorentscheidung des OLG Stuttgart⁸⁸ nicht behetzter gefiltert und Untunliches wie die leicht manipulierbare Rechts- und Beweisaufnahme, sprich die Maßgeblichkeit deutschen Rechts übernommen hat. Solche und ähnliche Momente erscheinen nämlich nicht ausreichend, um den Inlandsbezug über eine reine Inländerklausel hinauszuhoben. Dies ist aus heutiger Sicht schon in der Furcht des EuGH⁹⁰ nicht rätlich.

86 Daß insofern eine Lücke vorliegt, ist schon früh behauptet worden; *Waisenegger* (oben N. 2) 62 (unter Berufung auf *Zielmann*, Lücken im Recht 45 N. 18). In der Tat kennt das deutsche Recht keinen einheitlichen Vermögensbegriff, so daß bei § 23 ZPO juristische und wirtschaftliche, statische und dynamische Vermögensbegriffe ins Spiel gebracht werden können. M.E. liegt ein nützlicher, auch für das IKR nutzbarer Ansatz bei komplexen Vermögensbegriffen, nämlich "Vermögen" (§ 23 ZPO, §§ 237, 238 KO) im Unterschied zu (einzeln) "Vermögensgegenständen" (wie im vollstreckungsrechtlichen § 237 KO, vgl. auch § 23 I Fall 2. ZPO). Zu denken ist vor allem an die alte Vorstellung vom "Vermögensbegriff", mit der auch der Gesetzgeber der KO hantiert hat; siehe oben in N. 17. Als Erfordernis ist dies für den Prozeß sinnvoller als die eher vollstreckungsrelevanten Wertrelationen und ähnliches (siehe auch bei der folgenden Note). Hierauf können dann weitergehende Begriffe wie "verwaltetes Vermögen" (*Thieme*, Inlandsvollstreckung 698 N. 40), "komplexes Vermögen" (*Hanisch*, Einheit 3, 6) oder etwa ein Doing-business-Erfordernis (*Kleinstück* 209f.) aufbauen. Alles dies wäre nicht nötig, könnte man entgegen der üblichen Auffassung das Vermögen komplex unter Einbeziehung der Passiva definieren. Für § 23 ZPO könnte dies plausibel das Erfordernis eines Zusammenhangs zwischen Klagsanspruch und Inlandsvermögen (dazu *Kleinstück* 193-198) oder im IKR den zwischen Forderung und Konkurssteinabnahme (vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 251) als objektiven Inlandsbezug erklären. Für das Konkursrecht bzw. für das IKR ist ein Aktiv-/Passiva-Vermögensbegriff allemal sachgerecht, um beispielsweise in § 238 I KO zugleich eine Passivmassenbeschränkung zu finden. Letzteres Konzept läßt sich übrigens auch zu Art. 3 II 2 EuKÜ 1995 als Frage nach einer übereinkommensautonomen Regelung stellen; siehe unten 3.) c(3)(b), in N. 253. Zu beachten ist, daß sich dieses mit dem Begriff des Sondervermögens nur überschneidet, nicht aber mit einem solchen identisch ist.

87 Vgl. aus neuerer Zeit etwa OLG Düsseldorf 1.8.1991 - 10 U 8/91, NJW 1991, 3103 = RIW/AWD 1991, 767 = WM 1991, 1697 = JR 1991, 467 = IPRspr. 1991 Nr. 176; OLG Saarbrücken 16.9.1993 - 6 UF 110/91, FamRZ 1994, 579 = IPRspr. 1993 Nr. 83.

88 Der Inlandsbezug als flexibler, um den inländischen Klägerwohnsitz kreisender Tatbestand erscheint auch gewissen alternativen Lösungen überlegen, wie man sie beispielsweise aus der Rückbesinnung auf den historischen Ursprung des § 23 ZPO aus der (völkerrechtlichen) Relativitätstheorie des § 34 Anh. AGO (siehe oben bei N. 4) etwa durch die Hinzufügung eines Gegenseitigkeitserfordernisses - Vermögensgerichtsstand nur gegenüber Beklagten aus Staaten mit exorbitanten Zuständigkeiten gegeben - gewinnen könnte (vgl. auch §§ 5 II, 237 II KO). Denn dies wäre entweder zu stark oder wegen der Beweisanforderungen unpraktisch. Der Inlandsbezug bleibt die einseitigen beste Lösung.

89 OLG Stuttgart 6.8.1990 (oben N. 6).

90 EuGH 10.2.1994 - Rs. C-398/92 (*Mund & Fester* / *Hatrec International Transport*) Slg. 1994, I-467 = EWS 1994, 95 mit Aufs. *Giesecke*, ebd., 149-154 und *Mankowski*, EWS 1996 = NJW 1994, 1271 mit Aufs. *Mankowski*, NJW 1995, 306-308 = JZ 1994, 1165 mit Aufs. *Christian Wolf*, ebd., 1151-1159 = ZEuP 1995, 250 mit Ann. *Peter Schlosser* = NJ 1994 Nr. 385 mit Ann. *Jan C. Schultz* und *ter Kuile* = Rev.crit.d.i.p. 83 (1994) 388 mit Ann. *Gaudemet-Tallon* = (B) *Chunet* 121 (1994) 535 mit obs. *Bischoff* = (B) *ERPL* 1995, 613 mit Ann. *Ameli, Ehrliche, van Haegenborgh de Baets, Kennett und Verschuur*. Der vom EuGH (unter Nr. 16) angestellte Ergebnisvergleich ist m.E. ganz falsch - es kommt gerade und nur auf die Begründung mit der Staatsangehörigkeit an. Unrichtig daher auch im Zusammenhang des IKR Argumentationen mit Art. 7 EWGV = Art. 6 EGV, die Wohnsitz genügen lassen wollen; so *Trunk*, Arbeitnehmer 1590. Dergleichen würde das gesamte IPR und IZVR vernünftigen und auch tertiäres Gemeinschaftsrecht wie jetzt die Art. 3 IV lit. b), 39ff. EuKÜ (dazu unten 3 c(3)) treffen. Richtig ist dagegen, an und für sich gesehen, die Forderung des EuGH (unter Nr. 17) nach einer Temporenerreiner (subjektiver) Inländerklauseln durch objektive Momente, vgl. oben den Text und passim.

Mein Vorschlag geht allgemein dahin, neben dem subjektiven Inlandsbezug der Inländergerechtigkeit die objektive Inlandsbezüglichkeit des Anspruchs zu fordern. Inlandsbezug Inlandsbezugselementen sollten zu § 23 ZPO auch besondere wie das Rechtsschutzinteresse oder Mißbrauchstatbestände herausgearbeitet werden.⁹²

Wechselwirkungen vom IKR auf das IZPR im Punkt des Inlandsbezuges sind heute schon möglich. Das IKR dürfte in der Ausdifferenzierung von Inlandsbezügen in dem hier angeregten Sinne derzeit mehr zu bieten haben als das IZPR, wie die neueren Entwicklungen bei Reform und Vereinheitlichung des IKR selbst noch in den Mißerfolgen zeigen (unten 3).

c) Wendezeichen für § 238 KO?

Die vom XI. Zivilsenat herbeigeführte Wende in der Handhabung des § 23 ZPO ist aber vor allem für das IKR von großer methodischer und inhaltlicher Bedeutung. Die restriktive Reinterpretation des § 237 KO ist nämlich im internationalkonkursrechtlichen Schrifttum durchaus nicht unbestritten. Kritiker versuchen, die frühere breite Anwendung der Vorschrift wieder herbeizubeschwören.⁹³ Die direkte oder indirekte Argumentation mit der Existenz oder den legislativen und rechtspolitischen Gründen des § 23 ZPO spielt dabei einerseits eine Rolle.⁹⁴ Wenn jetzt in der Gestalt der Entscheidung des XI. Zivilsenats diese Bastion gefallen ist, so bedeutet dies auch für das IKR eine große Entlastung von unnötig prinzipiellen Positionen und ermutigt allgemein, in allen denjenigen Fragen des § 237 KO, zu denen bisher schon ein gewisser Konsens gefunden worden ist, diese Linie weiterzuverfolgen.

Die spezifische Bedeutung der Wendeentscheidung von 1991 zu § 23 ZPO liegt in der Ermütigung zur direkten Übernahme des "Inlandsbezuges" in die entsprechenden und verwandten Tatbestände des IKR.⁹⁵ Dies betrifft im IKR de lege lata vor allem die bislang offe-

⁹¹ Siehe dazu Thieme, Partikularkonkurs 251 und passim; vgl. *Trunk*, Arbeitnehmer 1590; siehe ferner durchgehend im gesamten folgenden Text.

⁹² Ein gutes Beispiel ist die erst jüngst bekannt gewordene Entscheidung OLG Düsseldorf 11 8 1994 (oben N. 77) betr. Verweigerung des Gerichtsstands gegenüber Inländer wegen Zuständigkeitserschleichung. Daß der Kläger offenbar ausländischer (türkischer) Staatsangehöriger war, aber "seit langem" in der Bundesrepublik Deutschland wohnte, ist eine typische Konstellation und zeigt gut den nichtdiskriminatorischen Charakter des Inlandsbezuges.

⁹³ Siehe zuletzt *Jahr*, IKR 6.
⁹⁴ Siehe etwa *Flessner/Schulz*, Zusammenhänge zwischen Konkurs, Arrest und internationaler Zuständigkeit (zu BGH 11.1.1990, ...); *IPRax* 1991, 162-166; *Flessner*, Ausländischer Konkurs und inländischer Arrest, in: FS Franz Merz (1992) 93-104; extrem *Klaus-Peter Pothast*, Probleme eines Europäischen Konkursbereinkommens, Das Internationale Insolvenzrecht in den Entwürfen der Europäischen Gemeinschaften für ein Abkommen über Konkurse, Vergleiche und sonstige Verfahren (1995) 15-17 (Eur. Hochschulschriften, II/1786).

⁹⁵ *Trunk* (Arbeitnehmer 1589) lehnt dies für das "Konkurssteuermehrrecht" (gemeint auch Passivmassebeschlag?) ab, nicht aber für die Konkursvorrechte, siehe dazu sowie darüber, daß eher umgekehrt ein Schluß daraus wird, unten in N. 108. Die Ablehnung begründet der Autor (a.a.O.) mit dem Unterschied zwischen der gemäß § 23 ZPO erst zu begründenden Gerichtspflichtigkeit des Beklagten, während "bei § 238 KO [feststeht], daß ein Konkurs durchgeführt" wird. Hieran stimmt schon nicht, daß es beim Teilnehmerrecht auch um das Antragsrecht geht und damit doch um das Ob eines Verfahrens. Direkt um die Gerichtspflichtigkeit des Schuldners geht es, wenn man die Prozeßfunktion des Konkurses berücksichtigt und postuliert, "... in einem Specialconcurs [sollten] nur solche Gläubiger zugelassen werden, die in dem Lande dieses Specialconcurs einen [speziellen] Gerichtsstand nachzuweisen vermögen"; *Ludwig v. Bar* a.a.O. (oben N. 23) 573 und passim; ebenso de lege lata *ders.*, Lehrbuch des Internationalen Privat- und Strafrechts (1892) 200f., siehe auch 205, und passim; dagegen *Josef Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts (1891) 85. Zu denken ist auch an die Gerichtspflichtigkeit des Gläubigers. Der Inlandsbezug schützt also auch den allgemeinen Gläubiger des Schuldners davor, kraft unbeschränkter Passivmassebeschlags mit seinen auch negativen Folgen an einen besonderen

nen Fragen einer Beschränkung sowohl des § 237 KO auf Inlandsgläubiger⁹⁶ wie die der Beschränkung des § 238 KO auf Niederlassungs- oder doch wenigstens Inlandsgläubiger⁹⁷.

Was die letztere Frage betrifft, so hat die sog. USL-Entscheidung des IX. Zivilsenats von 1991⁹⁸ noch nicht die Wende für § 238 KO, sondern durch die Festschreibung der herrschenden Konzeption des Partikularkonkurses zunächst bestenfalls einen Stillstand und mit einer Einschränkung des Globalprinzips bei der Beurteilung der Zahlungseinstellung⁹⁹ einen erneuten¹⁰⁰ und gegenüber der reichsgerichtlichen Rechtsprechung¹⁰¹ sogar einen doppelten Rückschritt gebracht. Trotzdem enthält die Entscheidung¹⁰² sogar einen doppelten also einen Fortschritt: Der Senat mißt dem "gegenständiglich beschränkten Konkurs" gemäß den Motiven¹⁰² gerade "insoweit den Charakter eines allgemeinen Konkurses" zu, als dieser für "alle Forderungen in- und ausländischer Gläubiger offensteht". Bei aller entstellungsgeschichtlichen Axiomatik wird man sich hierzu dogmatisch merken müssen, daß die Frage des Gläubigerkreises des Partikularkonkurses essentiell für das Rechtsinstitut ist. Die Entscheidung greift insoweit methodisch jedoch wieder zum längst vergessenen geglaubten, unreflektierten Rekurs auf die Motive und die dort herausgestellten gläubigerprivilegierten Gemeinsamkeiten zwischen den §§ 237 und 238 KO¹⁰³, statt die sich aus den Wendeentscheidungen desselben Senats von 1983 und 1985 (oben a) aufdrängende Reduktion auf eine lediglich gläubigerschützende lokale Institution vorzunehmen. Prompt zeigt sich das typische Dilemma extensiver Auffassungen auch bei der entscheidenden Sachfrage: Das - wie Peter Mankowski überzeugend ausgeführt hat - richtige Globalbilanzprinzip¹⁰⁴ bei der Beurteilung der Zahlungseinstellung als Eröffnungsgrund¹⁰⁵ aus dem unbeschränkten Gläubigerkreis des § 238 KO zu folgern (BGH: "dementsprechend"), ist jedoch besser als Eröffnungsgrundabhängigkeit vom aktuellen oder potentiellen ausländischen Universal Konkurs zu verstehen und ist so gesehen ein Ausnahmetatbestand, nämlich eine Beschränkung der Partikularkonkursorptionen für die besonderen Partikularkonkursgläubiger durch Abhängigkeit

Konkursgerichtsstand gezwungen zu werden. *Trunk* (a.a.O.) sieht mithin den Inlandsbezug des BGH zu technisch und verkennt dessen Charakter als besondere Anknüpfung.

⁹⁶ Siehe oben nach N. 61.

⁹⁷ Siehe oben nach N. 28.

⁹⁸ BGH 11.7.1991 - IX ZR 230/90, BGHWarn 1991 Nr. 253 = IPRspr. 1991 Nr. 237b = ZIP 1991, 1014 = RIW/AWD 1991, 769 = MDR 1991, 962 = Betrieb 1991, 2659 = KTS 52 (1991) 589 = EWIR 1991, 1107 mit Anm. *Flessner* = WuB VI B § 30 Nr. 1 KO 2.91 mit Anm. *Thode* = LM Nr. 53 zu § 30 KO = NJW 1992, 624 = IZ 1992, 264 mit Anm. *Paulus*, *Otte* (oben N. 84). Die Entscheidung ist nicht in die amtliche Sammlung aufgenommen worden.

⁹⁹ Dazu *Mankowski* 1654, 1657, sowie bereits oben in N. 31.

¹⁰⁰ Siehe zu BGH 11.7.1985 (oben N. 58) im Punkt des ominösen "Vorrangs" oben bei und in N. 66. Immerhin hat die hier besprochene Entscheidung des Senats vom 11.7.1991 nicht auch noch den "Vorrang" strapaziert, was die fehlende Anführung der eigenen früheren Entscheidung an der hier interessierenden Stelle erklären würde. Ein Signal gegen den Vorrang?

¹⁰¹ RG 10.4.1888 (oben N. 27) 23f., 12.5.1914 - VII 11/14 ("*Nadeschda*"), WarnRspr 1915 Nr. 63; vgl. 4.4.1911 - VII 427/10 ("*Sorgen mit Stockholm*"), LZ 1911 Sp. 947 - alles konkursanfechtungsrechtlichen aber die Zahlungseinstellung unstrittig war.

¹⁰² Siehe das Zitat oben in N. 17.

¹⁰³ - wobei der Senat an dieser Stelle die oben in N. 10 wiedergegebene, sonst nicht eben häufig beachtete Passage wohl nicht von ungefähr wörtlich, also einschließlich der Inländerschutzbezeichnung wiedergegeben hat, vgl. oben im folgenden Text. Wäre nicht aber eine offene Auseinandersetzung mit den *prima facie* widersprüchlichen Motiven angezeigt gewesen? Und weshalb fehlte in jenem Zitat ausgerechnet der originale Zusammenhang mit § 23 ZPO?

¹⁰⁴ Siehe oben in N. 31.

¹⁰⁵ Die besprochene Entscheidung betraf wie die meisten reichsgerichtlichen Judikate (oben N. 101) die konkursanfechtungsrechtlichen Gebrauch der "Zahlungseinstellung" in § 30 KO, was hier jedoch außer Betracht bleiben kann, § 102 II KO.

von der Gesamtsolvenz. Ein isoliertes oder Territorialbilanzprinzip würde sich nämlich schon durch seine Konsequenzen richten, weil die Insolvenz z.B. der Niederlassung als solche nicht zur Gesamtsolvenz führen kann oder darf und die Gesamtsolvenzabwicklung auch bei Solvenz der Niederlassung möglich sein muß. Der IX. Zivilsenat hat dieses nicht allein genau entgegengesetzt gesehen, sondern dann auch noch, doppelt mißlich, das Globalprinzip wieder zugunsten eines gemilderten Territorialbilanzprinzips eingeschränkt, und zwar zugunsten kreditierender (inländischer) Niederlassungsgläubiger. Hier stimmt weder das Prinzip noch der Untersatz mit dem Obersatz zusammen - dennoch war dies die erste Entscheidung, die, wenn auch am untauglichen Objekt, einen einschränkenden Inlandsbezug zur Geltung gebracht hat.

Daß der IX. Zivilsenat bereits auf die seinerzeit schon weit gediehenen Reformarbeiten (unten b) geschaut hat, wird man unterstellen dürfen. Zu gerne wüßte man jedoch, ob diese Entscheidung vom 11. Juli und die ganz zeitnah ergangene Wendeentscheidung des XI. Zivilsenats zu § 23 ZPO vom 2. Juli (oben b) auf Beratungen eines Kantinensensats des BGH beruhen. Immerhin ist der IX. Zivilsenat im folgenden Jahr noch einmal auf den Inlandsbezug zurückgekommen¹⁰⁶.

Eine jüngere Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Frankfurt a.M. bezeichnet den Fall des § 238 KO inzwischen wieder als Sonderkonkurs, konnte aber die Frage der Niederlassungsbezogenheit dahinstehen lassen¹⁰⁷. Alexander Trunk ist von der Entscheidung zu der These angeregt worden, jedenfalls (Arbeitnehmer)Vorrechte seien von einem Inlandsbezug abhängig zu machen¹⁰⁸. Die klassische Partikularkonkursproblematik liegt also wieder auf dem Tisch - dem Inlandsbezug sei Dank.

¹⁰⁶ Der IX. Zivilsenat hat hier den ("überwiegenden") Inlandsbezug als unterstützenden Gesichtspunkt für die alleinige, nicht kumulative Anwendung deutschen Konkursanfechtungsrechts als *lex fori concursus* herangezogen; BGH 30.4.1992 - IX ZR 233/90, BGHZ 118, 151 = IPRspr. 1992 Nr. 265 = WM 1992, 1040 = Betrieb 1992, 1471 = NJW 1992, 2026 = MDR 1992, 765 = RfW/AWD 1992, 761 = IPRax 1993, 87 mit Anfs. *Hansisch*, ebd. 69-74 = DRpf. 1992, 404 = KTS 52 (1992) 613 = LM Nr. 9 zu § 106 KO mit Anm. *Geimer* = Wob VI B. § 106 KO Nr. 1.92 mit Anm. *Stamm* = EWIR 1992, 589 mit Anm. *Hansisch* = EinZW 1993, 104; vgl. auch *Trunk*, Internationale Aspekte 171. Die Heranziehung des Inlandsbezuges bei der Entscheidung einer internationalkonkursprivatrechtlichen Anknüpfungfrage ist wohl ebenfalls eine Novität und möglicherweise allein durch die Abwehr von - in der Tat fragwürdigen - Kumulationslösungen motiviert. Dies mag im vorliegenden, im wesentlichen internationalkonkursverfahrensrechtlich gerichteten Zusammenhang jedoch dahinstehen. Von allgemeinem Interesse ist dagegen, ob der Senat den Inlandsbezug gegen den neuen Art. 102 II EGVsO aufrechterhalten wird - Besonderer Untersuchung (die hier noch nicht geleistet werden kann) bedürfte auch die Rolle des § 23 ZPO bei Konkursanfechtungsklagen.

¹⁰⁷ L-ArbG Frankfurt a.M. 28.3.1994 (oben N. 28).

¹⁰⁸ - in jenem verdienstvollen Beitrag (*Trunk*, Arbeitnehmer [1588f., 1588-1590]), der ein Plädoyer für den echten Partikularkonkurs sein könnte, hätte der Autor sich nicht - wie aus den bisherigen Nachweisen im jeweiligen Zusammenhang ersichtlich - im wesentlichen auf die herrschende Auffassung festgelegt. Den Inlandsbezug statt für die Forderung für das Vorrecht zu fordern, verschiebt das Problem nur in anderen, zudem wegen der möglichen positiven Ordre-public-Funktion der Vorrechtsordnung heiklen Bereich. Umgekehrt wird doch ein Schuß daraus. Wenn am Partikularkonkurs nur inlands- bzw. niederlassungsbezügliche Forderungen teilnehmen können, entsteht das Problem gar nicht erst. Die Bevorrechtigung ist zwingenden Rechts und kann selbst dann nicht zweifelhaft sein, wenn es sich um einen Ausländer handelt oder wenn die Vorrechtsnorm neutral gefaßt ist. Außerdem: Das Vorrecht wird sachrechtlich - übrigens nicht nur in Deutschland - als ein der Forderung innewohnendes Recht angesehen (siehe statt aller *Küiger/K. Schmidt* 16 § 61 KO Bem. 2 [ff.] angesehen, so daß man auch von daher insoweit gleich auf die Forderung abstellen kann (unbeschadet jeweils der kollisionsrechtlichen Fragen). Ein interessanter Vorschlag (Beschränkung des Partikularkonkurs auf kollisionsrechtliche inländischer Vorrechtsgläubiger) auch bei *Grasmann*, Inlandswirkungen (oben N. 27) 178-180.

2. Gesetzgeberische Reformen in Deutschland

Die Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Inlandsbezug stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zur deutschen Gesetzgebung und Reformpolitik. Dies ist überraschend, irritierend und aufschlußreich.

a) IZPR-Reform und EuGVÜ

Die Wendeentscheidung des BGH von 1991 enthält eine Korrektur der Nichtreform des § 23 ZPO im Rahmen der Neuordnung des deutschen IPR und IZVR im Jahre 1986. Damals hat man den § 23 ZPO trotz seit 1977 vorliegender Anregungen der ZPO-Kommission¹⁰⁹ und trotz starker literarischer Kritik¹¹⁰ unverändert gelassen. Zusammen mit der Beibehaltung des Gegenseitigkeitserfordernisses für die Anerkennung (§ 328 I Nr. 5 ZPO) zeigte die Beibehaltung des § 23 ZPO jene seit der Reichsgründungszeit ungebrochene protektionistische Tradition namentlich des federführenden Justizministeriums. Erleichtert wurde diese Haltung gewiß durch den Art. 3 II EuGVÜ, der u.a. den § 23 ZPO gegenüber Drittstaaten intakt gelassen hat - ein europäisches Ruhekissen für schlechte nationale Gewissen.

Gerade diese Haltung und die fehlende Aussicht auf Wiederaufnahme der IZPR-Reform verleiht der Rechtsprechung des BGH ihre besondere Bedeutung für diese Materie.

b) Reform des IKR

Das IKR war von der IPR-Reform von 1986 ausgeklammert geblieben - eine gesetzgebungspolitische Fehlentscheidung vor allem unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auf den Gebieten des IPR und des IZVR. Es war eine Fehlentscheidung um so mehr, als sich die Insolvenzrechtskommission (1978-1985) insoweit bekanntlich als Zéro erwiesen hatte¹¹¹. Die verspätete IKR-Reform blieb damit fast zwangsläufig Teil der Insolvenzrechtsreform und damit eines Gesetzgebungsvorgangs mit bemerkenswert ideologischen Vorzeichen: Auch das IKR sollte in Zukunft "marktkonform" und außerdem binnenmarktkonform sein und damit unter dem dunklen Stern verabsolutierter Gläubigerherrschaft stehen.

(1) Vorentwürfe 1989

Dem Vorentwurf I 1989¹¹² zufolge sollte das in den §§ 237, 238 KO verkörperte protektionistische Potential unter dem Strich sogar noch verstärkt werden, jedoch auf besondere Weise:

Auf der einen Seite sollte das inländische Einzelwangsvollstreckungsprivileg des § 237 KO institutionell aufrechterhalten und "weiterentwickelt"¹¹³ werden, nämlich eingeschränkt durch

¹⁰⁹ Dazu *Kleinsteck* 109-111.

¹¹⁰ Aus dieser Zeit kritisch und konzipiert *Kropholler*, Internationale Zuständigkeit, in: Hdb. IZVR I (1982) Kap. III Rz. 295-343; vgl. später *ders.*, IPR² (1994) 500, der Wendeentscheidung des BGH 2.7.1991 (oben N. 6) zustimmend.

¹¹¹ Vgl. Zweiter Bericht der Insolvenzrechtskommission, hrsg. vom BMJ (1986) 14f.

¹¹² Vorentwurf von Vorschritten zur Neuordnung des Internationalen Insolvenzrechts, 34 Art., mit Begründung, Stand: 1. März 1989 (Korr.) Verträulich - BMJ AGIns MR Dr. Balz - BMJ-Dok., 89 S., abgedr. in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht 2-50 (zitiert: VE I 1989 und Begründung VE I 1989). Auf die früheren Fassungen (en) komme es hier nicht an.

¹¹³ Vgl. Begründung VE I 1989 (vorjige Note) 37 (= 16).

einen gesetzlich geregelten Inlandsbezug¹¹⁴: Gemäß Art. 17 I Nr. 1-4 VE I 1989, Art. 18 I Nr. 1-4 VE II 1989 sollten nur bestimmte (inländische) Gläubiger (öffentlich-rechtliche, Arbeitnehmer, Niederlassungsgläubiger) trotz des Auslandskonkurses vollstreckungsbefähigt sein. Auf der anderen Seite sollte der - institutionell ebenfalls aufrechterhaltene, "aktualisierte"¹¹⁵ (Art. 26-34 VE I 1989) - § 238 KO nicht in gleicher Weise durch das Erfordernis eines Inlandsbezuges (insbesondere durch die Zulassung lediglich von Niederlassungs- oder sonstigen Inlandsgläubigern¹¹⁶) eingeschränkt werden. Der Partikularkonkurs sollte sogar außer am Ort der - erweiternd neudefinierten - inländischen Zweigniederlassung¹¹⁷ am Ort der inländischen Vermögensbelegenheit eröffnet werden können, wobei diese Zuständigkeitsregelungen nicht durch Verweisung auf die ZPO, sondern selbstständig geregelt werden sollten (Art. 1 II, 26 II VE I 1989).¹¹⁸ Da zugleich auch die "isolierte" Eröffnung eines Partikularkonkurses ermöglicht werden sollte, lief dieser Regelungsvorschlag auf eine insolvenzrechtliche Verdoppelung des § 237 KO¹¹⁹ und jedenfalls auf eine Verbreiterung dessen hinaus, was von Anfang an unverblümt als "unverzichtbarer Schutz inländischer Interessen" zu einem Grundanliegen erklärt wurde¹²⁰ und bis zum beschiedenen Ende in Gestalt des Art. 102 EGIInSO - unten (3) - stehende Rede bleiben sollte.¹²¹

Im Zusammenhang des Partikularkonkurses war sogar ganz direkt von den "schutzwürdigen Interessen der inländischen Verfahrensbeteiligten" gegenüber dem anzuerkennenden Hauptkonkurs die Rede.¹²² Darunter konnten zwar nach dem genannten Grundansatz¹²³ die am Insolvenzverfahren inländischen wie ausländischen Beteiligten gemeint sein, mußten es aber nicht. Und sind "inländische Interessen", die gleichermaßen Ausländern zugute kommen, überhaupt noch solche? Selbst wenn, würde man nicht jedenfalls den Inländern ein primäres oder typisches Interesse zuerkennen müssen? Schlimmer noch: Gemeint sind nicht Interessen gegenüber dem Schuldner, sondern solche gegenüber dem (anerkannten!) ausländischen Hauptkonkurs. In diesem dem sind die betreffenden Ausländer im Zweifel kraft zwingender

114 - als solcher ausdrücklich und nota bene ohne den Vorgang der Wendeentscheidung BGH 2.7.1991 (oben N. 6) bezeichnet in Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 45 (= 21).
 115 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 37 (= 16).
 116 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 47 (= 22). Die Gleichstellung ausländischer Gläubiger gem. § 5 I KO, § 37 VglO wurde in Art. 20 VE I 1989 wiederholt, die gewollte Erstreckung auf Sonderverfahren Referentenentwurf - unten (3) - und wurde danach nimmer gesehen, auch nicht in der InSO als Hauptgesetz. Einerseits wird das deutsche positive IKR damit ab 1999 eine seiner universalistischen und andererseits ist hiermit wie überhaupt dem Fehlen von Sonderregeln für den Passivbeschlag de lege lata vel ferenda auch der Vorteil der Geltung immanenter oder deduzierter Beschlagsgrenzen verbunden; siehe ergänzend zunächst noch unten N. 185.
 117 Siehe auch die Bemerkung zu den "Privatgläubigern" eines Kaufmanns beim Niederlassungskonkurs in Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 37 (= 15).
 118 Zu beachten ist aber eine mit der Zuständigkeitsanordnung gekoppelte besondere Kostendeckungsregel in Art. 26 II VE I 1989, die aber nicht unbedingt als Verfahrensbremse, sondern nur als Kriterium für die Wahl zwischen Konkurs und Vollstreckung, vgl. Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 84 (= 47f.), vgl. ergänzend unten bei und in N. 161.
 119 - sowie "in der Sache" einem "Ausbau des § 237 KO zur allseitigen Kollisionsnorm" (Begründung VE I 1989 [oben N. 112], 80 [= 44]), damit einer besonders fragwürdigen Konzeption folgend.
 120 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 42 (= 19).
 121 In der Begründung InsO/RegE 1992 (unten N. 178) 246, sollte es dann zu § 396 InsO/RegE heißen: "... der erforderliche Schutz inländischer [!] Interessen [wird] gewährt. Ein Sonderinsolvenzverfahren kann auch von den Gläubigern erreicht werden, wenn die Teilnahme an dem ausländischen Verfahren zu einer erheblichen Schlechterstellung dieser Gläubiger führen würde."
 122 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 47 (= 22); vgl. 45 (= 21): "hoch bewertete Inlandsinteressen".
 123 Siehe oben bei und in N. 116.

Beschlagswirkungen Verfahrensbeteiligte als Hauptkonkursgläubiger. Im Klartext bedeutet die Phrase also den Schutz mehrfachbeteiligter Hauptkonkursgläubiger gegen den Hauptkonkurs und damit gegen sich selbst - eine feine Universalität. Und wie beeindruckend das Bekenntnis zur par condicio creditorum! Hinzu kommt, daß der "unverzichtbare Schutz inländischer Interessen" nicht einmal direkt die privaten Interessen, sondern die staatlichen Interessen an der Abwehr unerwünschter ausländischer rechts-, wirtschafts- und sozialpolitischer Rechtsgestaltungen¹²⁴ meint, also Protektionismus im Gewand der Ordnungspolitik, und das Ganze "in nächster Zeit selbst unter den Staaten der Europäischen Gemeinschaften"¹²⁵. So grüßten denn der Ordre public und die Ausländergleichbehandlung als Verlobte.

Das deutsche Dilemma, Institute wie die §§ 237, 238 KO als allgemeine lokale Rechtsschutzinstrumente statt als Schutzinstrumente für die Lokalen aufzufassen, wurde wieder sichtbar¹²⁶. Nicht zufällig war das Bekenntnis zur Wenderechtsprechung des BGH (oben I a) verhalten, betonte die dort aufgestellten Schranken mehr als den Grundsatz der Anerkennung¹²⁷. Geradezu erschreckend aber der Satz (der in dieser Form später wegfiel), trotz des entscheidenden Schritts zur Modernisierung des IKR "ohne jeden Anstoß durch den Gesetzgeber" könne die "Entwicklung dieses Rechtsgebiets ... der Rechtsprechung und richterlichen Rechtsfortbildung jedoch nicht allein überlassen bleiben"¹²⁸. Hier war sie wieder, die alte, einfallslose justizministerielle Linie des Wirtschaftsprotektionismus, hier sogar offengelegt als Modernisierungsschranke und als Fesselung der Gerichte. Von sublimiertem Neo-Territorialismus durfte man insgesamt sprechen.

Eine legislative Rechtsvergleichung hat, im auffälligen Gegensatz zum Entwurf des Hauptgesetzes, der Insolvenzordnung, bei dem sich das BMJ mit Hilfe der Rechtsvergleichung um Anschluß an ausländische Entwicklung bemüht gezeigt und nicht zuletzt eine starke Orientierungshilfe im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika gefunden hat¹²⁹, ausweislich der Begründung des Vorentwurfs zum IKR nicht stattgefunden¹³⁰. Dabei hatten es seit dem Beginn der deutschen Insolvenzrechtsreform in bedeutenden ausländischen Rechtsordnungen auch gesetzgeberische Reformen gegeben. Viele, vor allem aber die gut vergleichbaren amerikanischen¹³¹ und schweizerischen¹³² Systeme wiesen eng gefaßte, insbesondere "inländische" Gläubiger bevorzugende Modelle des Partikularkonkurses auf. Hiervon in den Materialien des deutschen BMJ kein Wort!¹³³

124 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 39 (= 17).

125 Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 42 (= 19).

126 - wobei zugleich sozusagen Mißbrauch mit den erweiterten Auslegungen des § 238 KO (siehe zuletzt oben bei N. 71) getrieben wurde.; vgl. ergänzend zu § 22 II GesO unten bei N. 138.

127 Vgl. Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 36 (= 15).

128 Begründung VE I 1989 a.a.O. (vorige Note).

129 Vgl. Begründung InsO/RegE 1989, 118.

130 Vgl. Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 38-52 (= 16-25), wo an keiner Stelle auf ausländische Lösungen verwiesen wird.

131 Siehe aus der überreichen Literatur lediglich *Hanisch*, Einheit 4f.; *Aderhold* 68-91; *Metzger* 148f.

132 Vgl. *Hanisch*, Einheit 5; *Metzger* 149f.; *Leitner* 117-126, 170-173.

133 Heute nachzutragende legislative Beispiele sind die Konkursordnungen von Albanien (1995) und Georgien (1996), die auf meine Vorschläge hin in Anlehnung an § 22 GesO - unten (2) - im Rahmen des Abschnitts "Besondere Insolvenzverfahren" - vorbehaltlich der Rückübersetzungen - folgende gleichlautende Regelung enthalten:

"Artikel 40/34 [Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren und albanisches/georgisches Partikularinsolvenzverfahren]
 (1) Ein ausländisches Insolvenz-, Konkurs- oder Vergleichsverfahren ist auch ohne Vorliegen eines internationalen Vertrages mit allen seinen Wirkungen hinsichtlich des in Albanien/Georgien belegenen Vermögens sowie albanischer/georgischer Gläubiger anzuerkennen, ausgenommen

Die Vorarbeiten des BMJ von 1989 waren aber insofern von rechtsvergleichenden Erfahrungen beeinflusst, als sie in unmittelbarem Zusammenhang der deutschen Mitarbeit am späteren (Istanbul) Europaratübereinkommen von 1990¹³⁴ (im Folgenden: ER-KÜ) verfaßt worden waren. Die Arbeiten an diesem Übereinkommen hatten nach 1984 in der Schwachphase des EG-Konkurrenzübereinkommensprojekts begonnen und sich zuletzt eiligzeitig auch auf eine Regelung der "Sekundärkonkurse" erstreckt¹³⁵. Die deutsche Position war hier jedoch - übrigens wohl unabhängig vom Übergang der Verhandlungsführung von Hans Arnold auf Manfred Balz - wegen unerwünschter Straßburger Lösungen gerade im Punkte

1. daß das ausländische Insolvenzgericht nach den Maßstäben des albanischen/georgischen Rechts nicht zuständig ist;
2. daß das ausländische Verfahren den wesentlichen Grundsätzen des albanischen/georgischen Rechts und insbesondere den Grundrechten der albanischen/georgischen Verfassung widerspricht;
- (2) Betreibt der Gemeinschuldner, über dessen Vermögen im Ausland das gemäß Absatz 1 anzuwendende Verfahren eröffnet worden ist, in Albanien/Georgien eine Niederlassung, von der aus Geschäfte geschlossen werden, oder eine landwirtschaftliche Produktionsstätte, so schließt die Anerkennung des ausländischen Verfahrens nicht aus, daß in Albanien/Georgien ein gesondertes Insolvenzverfahren eröffnet wird, das nur das im Inland belegene Vermögen des Gemeinschuldners erfährt und an dem sich nur solche Insolvenzgläubiger beteiligen dürfen, deren Forderungen direkt aus (Partikularinsolvenzverfahren).
- (3) Zum Insolvenzantrag (Art. ...) ist statt des Gemeinschuldners persönlich der Insolvenzverwalter des ausländischen Verfahrens berechtigt. Ein Gläubiger kann den Antrag stellen, wenn zu den in Abs. 2 genannten Personen gehört und er ein besonderes Interesse an der Durchführung des Partikularinsolvenzverfahrens glaubhaft macht. Der Glaubhaftmachung oder Feststellung eines Insolvenzgrundes bedarf es nicht.
- (4) Insolvenzgläubiger, die am ausländischen Insolvenzverfahren beteiligt sind, können wegen des im ausländischen Verfahren unbefriedigt gebliebenen Teils ihrer Forderung (Ausfallforderung) am albanischen/georgischen Partikularinsolvenzverfahren nur teilnehmen, wenn sie ein besonderes Interesse glaubhaft machen.
- (5) Für das Partikularinsolvenzverfahren ist im Zweifel ein eigener Insolvenzverwalter zu ernennen. Dieser soll eng mit dem ausländischen Insolvenzverfahrens-verwalter kooperieren. Der ausländische Insolvenzverwalter ist am Partikularverfahren als Vertreter des Interesses des ausländischen Verwalters beteiligt und kann als solcher jeden sachdienlichen Antrag stellen sowie insbesondere Vorschläge unterbreiten.
- (6) Restvermögen ist an den ausländischen Insolvenzverwalter herauszugeben¹³⁶.

European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, as Adopted by the Committee of Ministers at its 434th Meeting (19-23 February 1990)/Convention européenne sur certains aspects internationaux de la faillite, adoptée par le Comité [sic] des Ministres à sa 434^e réunion (19-23 février 1990) (ouvert à la signature le 5 ou 13 juin 1990), Eur. Treaty Ser. Nr. 136, abgedr. unter anderem in: Int. Leg. Mat. 30 (1991) 167 (165ff.; Background/Content Summary) = Int. Insolv. L. Rev. 1 (1991) 233, 249; Rev. crit. d. p. 82 (1993) 121 = II Fallimento ... 1991, 1021-1029 = Metzger 216/235; dazu "International Aspects of Bankruptcy, Explanatory Report on the Istanbul Convention ...", "Aspects internationaux de la faillite, Rapport explicatif ... (Strasbourg 1991) (Traité et Reports/Traité et rapports) (zitiert: Explanatory Report).

Siehe zur damaligen Entwicklung bei Thieme, Der revidierte Entwurf eines EG-Konkurrenzübereinkommens von 1984, Allgemeine Stellungnahme zu den Vorschlägen zweiter Lesung der Arbeitsgruppe beim Rat der EG, in: Vorschläge und Gutachten EG-KÜ (1988) 465-490 (468f. mit N. 14, 472 mit N. 17)/(zitiert: Revidierter Entwurf); siehe ferner zum ER-KÜ etwa "Neuerungen im internationalen Insolvenzrecht" - Deutschland, Liechtenstein, Schweiz, USA, Österreich, Europarat - hrsg. von Bruno Wiesbauer (Wien 1988)/Jur. Schriftenreihe, 13; Wiesbauer, ebd. 64-71 (mit Text: 116ff.); Frank, ebd. 90-115; de Dios, Rev. Esp. Der. Int. 42 (1990) 709-710; Boffiau, Rev. proc. coll. 5 (1990) 97-118 (mit frz. Text: 107-118); Picardo, Gjur. comm. 17 (1990) 602-612; Manouvil, Fall. 1991, 1020-1031; Proto, ebd. 1113-1116; ders., Riv. dir. fall. 67 (1992) 1468ff.; Güneşyü, YB. Eur. L. 11 (1991) 295ff.; Lauer, AnwBl. 1990, 444-446; H. Schumacher, Neue Entwicklungen im internationalen Insolvenzrecht: ÖRWirt. 1991, 36-40; Fietler, in: Der Handel zwischen deutschen und französischen Unternehmen (1992) 418-64; W. Habscheid, Riv. trim. dir. proc. civ. 47 (1993) 1105-1115; Ramackers, JCP ed. gen. 1993 I Nr. 3685 S. 277-284; Vallens, Rev. crit. d. p. 82 (1993) 136-166 (mit frz. Text: 121ff.); Daniele, Riv. dir. int. priv. proc. 30 (1994) 499-510 (mit ital. Text: 712-727); Hanisch, Einheit (oben N. 45) 8; Fietler, in: FS Hans Hanisch (1994) 89ff.; Metzger, insbes. 4-7; Leitner 127-139. Vgl. auch die Stellungnahme der EG-Kommission zum ER-KÜ, ABl. EG 1992, C 141/38, und dazu Kurzinfr. ZIP-aktuell 1992 Nr. 202.

nichtisolierter Sonderverfahren und ihrer Beschränkung auf Inlandsgläubiger¹³⁶ immer zwiespältiger und zuletzt praktisch zu einer ablehnenden geworden¹³⁷. Schon die deutschen Vorentwürfe waren daher ein Gegenmodell zur Europaratskonzeption.

Das wesentliche Ergebnis der Diskussionen der beiden Vorentwürfe namentlich im Schoß der Sonderkommission des Deutschen Rates für IPR¹³⁸ war noch im Jahre 1989 immerhin die radikale Entfernung aller Nachfolgeregelungen für den § 237 KO gewesen, wozu das BMJ sich schließlich durchgehen lassen hatte¹³⁹. Um so strikter wollte es an jenem extensiven Konzept des Partikularkonkurses einschließlich des Vermögensgerichtsstandes festhalten, akzeptierte aber noch im Laufe der Diskussionen ein wichtiges Korrektiv: In der "Neuformulierung" des Vorentwurfs¹⁴⁰ (VE II 1989) wurde entsprechend einem Beschluß der Sonderkommission der Gläubigerantrag von einem besonderen, durch die typische Situation eines Inlandsgläubigers geprägten Rechtsschutzinteresses abhängig gemacht (Art. 29 I 2 VE II 1989)¹⁴¹. Im wesentlichen blieb es hierbei auch später - siehe unten (3).

(2) Unkeusches Intermezzo: § 22 II GesO

Mitten in die Umarbeitung der Vorentwürfe von 1989 zum Referentenentwurf von 1990 hinein platzte die Wiedervereinigung und gebar einen insolvenzrechtlichen Bankert, die Gesamtvollstreckungsordnung¹⁴². Dieses Gesetz mit seiner Lakonie, ein ideologisch geprägtes Erbe der GesVVO 1975 der DDR, war in nicht nur einer Hinsicht als Provisorium gedacht. Immerhin erbrachte es schon mit § 22 GesVVO 1990 der DDR die erste eindeutige Anerkennungsnorm des deutschen IKR auf der Grundlage der westdeutschen Wendeentscheidungen, vermischt allerdings mit Reformelementen¹⁴³. Auch der § 22 GesVVO

¹³⁶ Siehe noch unten 3.) b)

¹³⁷ Siehe bereits Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 52f. (= 26).

¹³⁸ Siehe "Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht" (oben N.*), und darin zu den hier erörterten Fragen namentlich Drobzig. Die in grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren anwendbaren Rechtsordnungen: ebd. 51-71 (70f.); Leopold, ebd. 72-95 (78-82); Lauer, ebd. 96-143 (125-132); Thieme, (ebd.) Partikularkonkurs 213f., 217f., 227-233, 244-260.

¹³⁹

- und obwohl gerade insoweit das Istanbul Übereinkommen deutschen Vorstellungen gefolgt war, siehe zu Art. 11 II ER-KÜ und auch den Auswirkungen des dort vorgesehenen Inlandsbezuges auf den deutschen § 237 KO im Falle der Ratifikation Metzger 67-85; ferner Leitner 174f. [Vorentwurf von Vorschriften zur Neuordnung des internationalen Insolvenzrechts, Neufassung] Art. 1, 3, 3a (neu), 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 (neu), 17a (neu), 18 (bisher Art. 17), 28, 29 [VE I 1989 (oben N. 112)] [mit Anmerkungen], Stand: 22.9.1989 - [BMJ AGIns MR Dr. Balz], BMJ-Dok., abgedr. in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht 146-155 (zitiert: VE II 1989).

¹⁴⁰

Anmerkungen (Begründung) VE II 1989 (vorige Note) 16 (= 155). Der Deutsche Rat für IPR hat dieses Element als einziges ausführlich erörtert und ausdrücklich gebilligt. "Stellungnahme der Sonderkommission Internationales Insolvenzrecht" des deutschen Rates für IPR zum Vorentwurf des BMJ von Vorschriften zur Neuordnung des internationalen Insolvenzrechts von 1989 (Zusammenfassung), in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht (1992) 265-276 (267). Daß die Kommission den Dritten Abschnitt der Vorentwürfe im Punkt des Partikularkonkurses von 1989 Zeitgründen praktisch nicht mehr beraten zu können gemeint hat (siehe auch a.a.O. 268 N. 1), hat sie aber nicht davon abgehalten, sich "mit großer Mehrheit" für eine Beteiligung aller Gläubiger am Partikularkonkurs auszusprechen (268). Dies muß hier auf sich beruhen, da es der Übung des Deutschen Rates entspricht, seine Beratungen vertraulich zu halten.

¹⁴²

Siehe zur anderen Seite aus unmittelbarer Anschauung und allgemein Landfermann (oben N.* 315f.; ders., Elemente der Insolvenzrechtsreform in der Gesamtvollstreckungsordnung, in: FS Franz Metz (1992) 367-386 (368f.).

¹⁴³

Siehe zum internationalen Gesamtvollstreckungsrecht bislang am ausführlichsten und auch am besten: Insolvenzrechts-Handbuch (-Arnold), Nachtrag "Gesamtvollstreckungsordnung" (1993) XI A (Rz. 1-41), hinter die Wendeentscheidungen des BGH und den Reformansatz zurückzuführen, weiterhin: Smid/Zeuner (-Zeuner), Komm. zur GesO² (1994) § 22 GesO Rz. 1-26.

1990/§ 22 GesO 1990/1991 gehörte damit zur Strategie des BMI, die GesO bzw. die totale Insolvenzrechtsspaltung¹⁴⁴ gesamtdeutsch als rechtspolitisches Druckmittel für die damals bereits wackelige Insolvenzrechtsreform einzusetzen¹⁴⁵. Inhaltlich handelte es sich bei § 22 GesO jedoch bloß um eine Art Zwischenbilanz der Reformüberlegungen des BMJ¹⁴⁶ und damit um ein Provisorium innerhalb des Provisoriums. Daß dieses doppelte Provisorium durch die Laune des Gesetzgebers in Gestalt des Art. 102 EGI^{ns}O 1994 - siehe noch unten (3) - zu bleibendem gesamtdeutschen Recht gewinnen sollte, gehört zu den Ironien der äußeren deutschen Konkursgesetzgebungsgeschichte¹⁴⁷, daß aber die Vorschriften in innerer Hinsicht taube Nüsse enthalten könnten, macht die Sache zur Posse.

Die gesetzliche Normierung des sog. Sondergesamtvollstreckungsverfahrens in § 22 II und III GesO ist nämlich derart bruchstückhaft, daß die Nichtigkeit oder Unbeachtlichkeit der gesetzlichen Vorschriften infolge Unbestimmtheit und Unausführbarkeit in Betracht gezogen werden muß¹⁴⁸. Der Zweifel am Regelungscharakter des § 22 II GesO stützt sich nicht zuletzt auf das Fehlen einer besonderen Zuständigkeitsnorm für das Partikularverfahren. Entgegen verbreitetem Eindruck¹⁴⁹ erscheint nämlich kein Vermögensgerichtsstand eröffnet¹⁵⁰. Dies nachzuweisen, ist ein exegetisches Problem, das angesichts der Ausführungen von Dieter Leipold zum Problem an dieser Stelle auf sich beruhen kann¹⁵¹.

¹⁴⁴ - was übrigens auch für die hier skizzierten Fragen Komplikationen mit sich bringt, weil m.E. Rechts-spaltung auch im IKR besteht. Dies stehle hier jedoch dahin.

¹⁴⁵ Siehe dazu *Smid*, Gesamtvollstreckung - Arbeitsbuch ... (1992) 5f.; *Smid/Ziemer*² Einl. Rz. 25-39; ausführlich *Haarmeyer/Wutke/Förster*, Komm. zur GesO³ (1995) Einl. Rz. 1-64; neuerdings *Thieme*, Reform und Transformation des Insolvenzrechts/Gakotrebis samarit's reforma da transformacia, in: FS Djobenadse - Sergio Djobenadse 70, Saubileo krebali/Festschrift, hrsg. von *Rolf Knieper/Lado Tschanturia* (Tbilissi: Norma 1996) 279-308/309-346 (299-301/336-339).

¹⁴⁶ Die gemeinsamen "Erörterungen" der beiden Justizministerien für die bereits am 1.6.1990 verabschiedete GesO hatten Mitte Mai 1990 stattgefunden und konnten im allgemeinen bereits auf dem Referentenentwurf zur InsO vom November 1989 fußen. *Landfermann* 315f. Im Bereich des IKR war der EGI^{ns}O/Refe aber erst am 1.9.1990 fertiggestellt worden, so daß formell nicht davon gesprochen werden kann, den Erörterungen mit der DDR habe insoweit der Referentenentwurf zugrunde gelegen; so aber *Landfermann* 316 N. 9. Zumindestens vom äußeren Ablauf her ist nicht auszuschließen, daß man im EGI^{ns}O/Refe 1990 bereits Erfahrungen mit dem § 22 GesVVO 1990 verarbeitet hat.

¹⁴⁷ - und stellt historisch übrigens auch den ersten Fall der Rückwirkung einer Transformationsgesetzgebung auf den Westen dar; siehe *Thieme* (oben N. 145) 301/319.

¹⁴⁸ Siehe hierzu, etwas weniger weitgehend, *Leipold* 538, 538-541 (vornehmlich zu Art. 102 III EGI^{ns}O); vgl. auch *Smid/Ziemer/Zeuner*² § 22 GesO Rz. 10.

¹⁴⁹ So Insolvenzrechts-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 19 (aber nur kraft Ableitung aus § 1 II GesO); *Meitzger* 138; ohne weitere Begründung *Trunk*, Internationale Aspekte 163f., 168, weiterhin 189; keine Stellungnahme insoweit bei *Kilger/K. Schmid* 16 § 22 GesO Bem. 3; unklar *Haarmeyer/Wutke/Förster*³ § 22 GesO Rz. 7; *Aderhold* 208f., 211; unsinnig *Hess/Binz/Wienberg*, Komm. zur GesO³ (1993) § 22 GesO Rz. 12. Betrachtet man die befristeten Stellungnahmen, so fällt bei vielen insoweit nicht allein der formelhafte Gebrauch des Gesetzeswortlauts ("nicht ausgeschlossen") wie der häufige Gebrauch von "Zulässigkeit" statt klarer Aussagen zu einer Vermögenszuständigkeit auf. Das gilt auch für die Entwurfsfasser, man lese sorgfältigst *Landfermann* 316, 318f.; *Lübchen/Landfermann*, Das neue Insolvenzrecht der DDR: ZIP 1990, 829-838; *Lübchen*, Erläuterungen zur Gesamtvollstreckungsordnung (GesO) ... in: Das fortgeltende Recht der DDR (Losebl. Stand: Juni 1991) 1-24 (24).

¹⁵⁰ So schon *Smid/Ziemer*¹ (1991) § 22 GesO Rz. 23f. (unverändert in *Smid/Ziemer/Zeuner*² a.a.O.). *Leipold* 539f.; vgl. *Schölmeyer*, Partikularinsolvenzverfahren am Ort der Belegenheit von Massebestandteilen? IP/Rax 1995, 150-152 (150) (beide auch zu Art. 102 III EGI^{ns}O).

¹⁵¹ *Leipold* a.o. (oben N. 148). Der Autor will konstruktiv auf eine lückenfüllende Auslegung und in der Sache eher auf einen Niederlassungsgerichtsstand wie in § 238 KO hinaus, was in der Tat nahegelegt, was aber der Gesetzgeber dezidiert nicht gewollt hat; siehe *Landfermann* 316, 318f. Andere konstruktive Wege zur Überwindung der ganzen Schwierigkeit könnten angesichts der Fassungsunterschiede zwischen § 238 I KO und § 22 II GesO (fehlender Hinweis auf allgemeinen Gerichtsstand, vgl. bereits oben in N. 12) m.E. über die Annahme einer mittelbaren Zuständigkeitsregelung in § 22 I 2 Nr. 1 GesO

Der § 22 II GesO hängt also wahrscheinlich entweder in Luft oder ist selber welche. Dennoch sollten die progressiven Momente, die auch nach der Absicht der Gesetzesverfasser mit der Vorschrift verbunden sein sollten, nicht verschwiegen werden. Am wichtigsten: Der § 237 KO gilt nicht in Ostdeutschland¹⁵². Überdies: Die daraus und wegen des (angeblichen) Vermögensgerichtsstandes resultierende Stärkung des (angeblichen) Sondergesamtvollstreckungsverfahrens soll mittels gewisser Inlandsbezugsmomente korrigiert werden können.

Freilich ist auch hier von vornherein formell die Nichtregelung dieser Elemente in § 22 II GesO (und auch in Art. 102 EGI^{ns}O) zu konstatieren. Die Regelung ist insoweit nicht weniger nackt als § 238 KO. Um so aufschlußreicher ist, daß die Kombination jener neuartigen Elemente mit bestehenden gesetzlichen Regelungen für möglich gehalten wird - eine völlig zustimmende Ermunterung zur Reinterpretation. Dabei kommt es nicht einmal auf die teils umständlichsten, teils dann doch schwankenden Stellungnahmen der Gesetzesverfasser, sondern methodisch auf die Einsicht an, daß man es hier auch mangels positiver gesetzlicher Festlegung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder sonstigen Rechtssätzen allgemeiner Natur zu tun hat, die wegen dieser Natur nicht positiv regelungsbedürftig sind bzw. die deshalb gegebenenfalls positiv ausgeschlossen werden müßten. Daher ist es nur eine Klarstellung, daß § 22 II GesO ebensowenig wie § 238 KO die Berücksichtigung eines Inlandsbezuges bei der Zuständigkeit, beim Konkursbeschlagnahme, bei Antragsrechten oder bei Teilnahmerechten ausschließt. Das Sonder-Gesamtvollstreckungsverfahren, wenn es denn ein solches gibt, ist dogmatisch Partikularkonkurs und entsprechend interpretierbar¹⁵³. Hiergegen dann den Glaubigerschutz zweck des Sondergesamtvollstreckungsverfahrens ins Feld zu führen¹⁵⁴, entspricht den bekannten diematischen Argumentationen. Auch bei § 22 II GesO bleibt es aber ein teleologisches Rätsel, wie man eine weite Auslegung mit dem Charakter lokaler Schutzinstrumente oder mit dem Prinzip des Schutzes inländischer Interessen¹⁵⁵ vereinbaren will.

Was des näheren den (angeblichen) Vermögensgerichtsstand in § 22 II GesO betrifft, so ist entstehungsgeschichtlich zu berücksichtigen, daß dieser wie die Reformentwürfe bis Referentenentwurf 1990 noch vor der Wendeentscheidung des XI. Zivilsenats von 1991¹⁵⁵ zu § 23 KO lagen. Diesen älteren Entwicklungsstand merkt man den zu § 22 II GesO gemachten Vorschlägen an, so wenn ein wirtschaftlich sinnvoller Vermögenswert verlangt wird¹⁵⁶. Das bezeugt aber wie bei § 23 ZPO¹⁵⁷ wegen der Unbestimmtheit des verwendeten Maßstabes doch Bedenken. Zu denken wäre im übrigen eher an einen qualifizierten, insbesondere komplexen Vermögensbegriff als Anknüpfungsmoment¹⁵⁸. Unbeholfen wäre es jedenfalls, für

oder über die Konstruktion einer Annexregelung zum anerkannten Hauptkonkurs bzw. als Eröffnungsaufmachung gehen. Außerdem hat *Leipold* (a.a.O.), weil er sich auf Art. 102 EGI^{ns}O konzentriert hat, die sich für § 22 II GesO vielleicht aus dem Einigungsvertrag ergebenden Möglichkeiten nicht erörtert.

¹⁵² *Smid/Ziemer/Zeuner*² § 22 GesO Rz. 19 a.E.; Insolvenzrechts-Handbuch(-Gierhardt) Nachtrag III 4.) b) Rz. 8; *Aderhold* 247; *Trunk*, Internationale Aspekte 183; anders nur Insolvenzrechts-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 27-29.

¹⁵³ Bemerkenswert insoweit, daß *Kilger/K. Schmid*¹⁶ § 22 GesO Bem. 3, das Inlandsvermögen immerhin als Sondervermögen bezeichnet.

¹⁵⁴ Namentlich Insolvenzrechts-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 24.

¹⁵⁵ BGH 2.7.1991 (oben N. 6).

¹⁵⁶ Insolvenzrechts-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 19; *Trunk*, Internationale Aspekte 189.

¹⁵⁷ Siehe oben 2.) b), bei N. 87.

¹⁵⁸ In diesem Zusammenhang ist der - ursprünglich ebenfalls bloß zur Schwächung des § 237 KO zu Gunsten des § 238 KO gedachte - Vorschlag, das "verwaltete Vermögen" als Anknüpfungsmoment im (west- bzw. gesamtdeutschen) IKR zu verwenden (*Thieme*, Inlandsvollstreckung 697f., vgl. *ders.*,

den Gerichtsstand selbst¹⁵⁹ Vermögen im Umfang mindestens einer Verfahrenskostendeckung zu verlangen¹⁶⁰. Dergleichen gehört unbeschadet der sachlichen Bedeutung als Verfahrensbremse besser in den Bereich sonstiger Verfahrensvoraussetzungen¹⁶¹.

Zusätzlich und aktualisierend ist, wenn nicht nach Maßgabe so doch in Orientierung an der Wendeentscheidung des Bundesgerichtshofes zu § 23 ZPO¹⁶², ein hinreichender (allgemeiner) Inlandsbezug zu fordern. Danach ist ein Sondergesamtvollstreckungsverfahren als Inlandsvermögenskonkurs subjektiv nur bei Vorhandensein bzw. zugunsten von Inlandsgläubigern überhaupt zulässig. Daraus ergeben sich im einzelnen, aber stichwortartig, dieselben, fast durchweg gegen die herrschenden Anschauungen gehenden Konsequenzen wie bei § 238 KO. Der Passivmasseschlag umfaßt wie der Aktivmasseschlag des § 22 II GesO (oder aus diesem folgenden¹⁶³) nicht alle¹⁶⁴, sondern nur die Inlandsgläubiger. Die "Auslandsgläubiger" sind grundsätzlich vom Sondergesamtvollstreckungsverfahren ausgeschlossen. Korrekturen über eine objektive Inlandsbezüglichkeit sind jedoch wünschenswert¹⁶⁵.

Zu den sowohl von den Entwurfsverfassern wie auch vom Schrifttum akzeptiertem besonderen Inlandsbezugsmomenten gehört bei § 22 II GesO das für den Gläubigerantrag zu fordernde (besondere) Rechtsschutzinteresse¹⁶⁶. Dieses soll in allgemeiner Formulierung nur dann gegeben sein, wenn die Durchsetzung der Glaubigeransprüche im ausländischen

Partikularkonkurs 217, 217f.; dazu in neuerer Zeit Metzger 159), sowie bereits oben in N. 46, für den neuen Vermögensgerichtsstand des § 22 II GesO, wenn sich dieser denn als unaußweichlich erweisen sollte, zu erneuern, jedoch in der Gestalt als alleiniger Vermögensbegriff. Es geht dabei um eine Anknüpfung, die wie die an die Niederlassung auf der tatsächlichen Annahme beruht, daß verwaltes Vermögen schon dem Umfang oder Wert nach eine Gesamtvollstreckung verfahrenswirtschaftlich rechtfertigt, von dem Gerechtigkeitsgesichtspunkt der stärkeren Inlandsbeziehung kraft Verwaltungsvermögen sind insbesondere anzusehen; vgl. auch Hanisch, Einheit 3, 5; Kleinstück 209f. Als verwaltetes Vermögen sind insbesondere Warenlager, Mietshäuser, Bankguthaben, Effektdépôts. In allen diesen Fällen werden nicht bloß Kauf- und Geschäftslente sowie sonstige Gewerbetreibende, sondern auch Private, die mit dem Inland voraussichtlich in vertrauensschutzauslösende Rechtsbeziehungen mit inländischen Dritten treten erfaßt, und damit die Fälle, die dem Sinn und Zweck des (angebliehen) Sonder-Gesamtvollstreckungsverfahrens als Inlandsvermögensverfahren.

Dogmatisch sei angemerkt, daß mein Vorschlag zur Berücksichtigung des Gesichtspunkts der Verfahrenskostendeckung (und überhaupt der Quantität) ursprünglich als (tatsächliches) Argument gegen eine Durchführung des § 23 ZPO im IKR, nämlich in Verbindung mit § 237 KO zugunsten des § 238 KO gedacht war, Thieme, Inlandsvollstreckung 692f., 696-698. Die Verwendung des Arguments zur Differenzierung des insolvenzrechtlichen Vermögensgerichtsstandes beim Partikularkonkurs stellt somit eigentlich seine Perversion dar.

Vgl. Begründung VE I 1989 (oben N. 112) 84 (= 46); Insolvenzschrift-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 19 unter Hinweis auf § 4 II GesO; Trunk, Internationale Aspekte 189; vgl. schon früher Thieme, Grundzüge 267.

Gesetzestheoretisch und auch sonst (siehe oben in N. 118) unendlich war insoweit Art. 26 II I VE I und II 1989; dazu Thieme, Partikularkonkurs 226. Konstruktiv richtig dürfte Art. 14 EGIinsO/RefE, der jene besondere Beschränkung nicht mehr enthielt, weil dies durch § 27 I I EInsO/RefE allgemein abgedeckt sei; Begründung EGIinsO/RefE 1990, 38 (= 309); ebenso zu § 393 InsO/RefE unter Hinweis auf § 30 I I InsO/RefE die Begründung InsO/RefE, 420f. (= 245).

Siehe zu BGH 2.7.1991 (oben N. 6) oben 1.) b) und c), insbesondere bei N. 89.

Zur dogmatischen Ableitung aus der Bezogenheit der beiden Massen aufeinander aus dem Sonderkonkursbegriff siehe ganz allgemein oben 1.) 1.) b).

So aber Smid/Zeuner/Zeuner³ § 22 GesO Rz. 26, unter Hinweis auf § 5 Nr. 3 GesO, der aber oben wenigstens wie § 3 I KO entgegensteht. Es darf in diesem Zusammenhang übrigens auch das Fehlen einer dem § 5 KO entsprechenden Norm in der GesO bemerkt werden.

Zu "Inlandsforderungen" allgemein bereits oben nach N. 89.

Landfermann 319; zurückhaltend vor allem Insolvenzschrift-Handbuch(-Arnold) Nachtrag XI A Rz. 24.

Hauptkonkurs "auf Schwierigkeiten stößt"¹⁶⁷. Das entspricht dem in Art. 29 I 2 VE II 1989, Art. 17 II EGIinsO/RefE 1990 sowie dem in § 396 II InsO/Reg 1992 - unten (3) - in jeweils unterschiedlicher Formulierung und Konkretisierung verankerten und von dort übrigens ebenfalls in wechselnden Formulierungen, in Art. 22 II EuKÜ/E 1992 und 1994¹⁶⁸ eingeflossenen Grundsatz. Andere bringen hier auch den Gesichtspunkt des wirtschaftlichen Wertes des Inlandsvermögens¹⁶⁹ bzw. das Vorhandensein lediglich eines einzelnen Vermögensgegenstandes ins Spiel¹⁷⁰.

Dieses Rechtsschutzinteresse mag man noch anders formulieren, für das Gesamtkonzept ist dieses Element von großem Wert. Formell ist mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung jene Verankerung in allgemeinen Grundsätzen¹⁷¹ methodisch noch wichtiger geworden, nachdem sowohl die gesamtdeutsche Reform - sogleich unten (3) - wie auch das fertige EuKÜ 1995 ohne ausdrückliche Regelung auskommen wollen.

(3) Vom Referententwurf 1990 zum Art. 102 EGIinsO 1994

Der § 22 GesO ist, um eine lange Geschichte zunächst kurz zu fassen, in den hier interessierenden Teilen in Gestalt des Art. 102 EGIinsO¹⁷² im Jahre 1994 gesamtdeutsches Recht mit Wirkung ab 1999 geworden. Sachlich sind damit gegenüber Art. 102 EGIinsO ganz dieselben Einwände zu erheben wie gegen § 22 GesO - oben (2): Der Art. 102 III I EGIinsO enthält keine Anordnung eines Vermögensgerichtsstandes¹⁷³ und deshalb womöglich auch keine effektive Normierung¹⁷⁴ eines Partikularkonkurses¹⁷⁵. Die Ärmlichkeit des Art. 102 EGIinsO tritt um so schärfer hervor, als die InsO als Hauptgesetz keine nennenswerte Bezugnahme auf internationale Sachverhalte mehr enthält. Damit würden die Verhältnisse gegenüber früher umgekehrt sein, indem heute von der erkennbaren Universalität des

¹⁶⁷ Landfermann a.a.O. (vorige Note).

¹⁶⁸ Siehe dazu unten in N. 184 und zum EuKÜ 1995 noch unten 3.) c) (3)(b), insbes. vor und in N. 290.

¹⁶⁹ Labchen/Landfermann 838; Labchen, Erläuterungen (beides oben N. 149); vgl. Haarmeyer/Wutzke/Forster³ § 22 GesO Rz. 7 N. 24 (wohl entstell).

¹⁷⁰ Leipold 540f. (zu Art. 102 EGIinsO).

¹⁷¹ Siehe dazu besonders Leipold 541.

¹⁷² Dazu Leipold 161-163.

¹⁷³ Zutreffend Leipold 538f.; lediglich rechtspolitisch kritisch Mankowski 1659. Ohne Bedenken gegen eine wirksame gesetzliche Anordnung eines Vermögensgerichtsstandes z.B. Trunk, Arbeitnehmer 1590; ders., Internationale Aspekte 168; Leiner 162; Jahr, IKR 5. Hinzufügen kann man noch, daß eine Einführung des Vermögensgerichtsstandes für den Partikularkonkurs jedenfalls auf das IKR beschränkt geblieben ist und keine Entsprechung bei der örtlichen Zuständigkeit gem. § 3 I InsO findet. Es würde sich damit um einen der ganz wenigen, wenn nicht den einzigen reinen Fall einer nicht doppel funktionalen internationalen Zuständigkeit im deutschen IZVR handeln - auch dies ein unerfreulicher Systembruch. Siehe hierzu auch Leipold 537. Daß der Rechtsausschuß des Bundesrates statt den § 22 II GesO zu ändern den Art. 102 EGIinsO dahingehend aufgefaßt hat, dieser enthalte "wie nach § 22 II GesO" einen Gerichtsstand ("Bereich des Rechtsausschlusses..."; BT-Drucks. 12/7303, auf S. 17, ebenso Begründung InsO/Reg 1992, unten N. 178), 237), ist legislativ unerhört und logisch ein Zirkel; vorwurfsvoll auch Leipold 539. Bei dieser Lage ist auch ein Redaktionsversuchen ausgeschlossen.

¹⁷⁴ Siehe auch Leipold 538-541.

¹⁷⁵ - nicht allein wegen des Mangels einer örtlichen Niederlassungszuständigkeit in der InsO, generell wegen einer gewissen Zurückhaltung der InsO bei der Herausstellung der Sonderinsolvenzverfahren im Aufbau des Gesetzes; vgl. Achter Teil: "Besondere Arten des Insolvenzverfahrens" (§§ 331-378 InsO). Das erschwert - beabsichtigt? - noch mehr als in den §§ 207-238 KO die Bildung eines Sonderverfahrensbegriffs. Die Vorschriften der geltenden KO sind übrigens auch rechtsbreitungs geschädigt, indem in der Neubekanntmachung der Konkursordnung - BGBl. III, Folge 2/1958, Sachgebiet 311-4, S. 177-202 (198-201) - jene römischen Zahlen, mit deren Hilfe die früheren Gesetzgeber die "Besonderen Bestimmungen" der §§ 207-238 KO sinnfällig strukturiert hatten, fühllos beseitigt wurden; siehe ergänzend unten in N. 204.

deutschen Hauptkonkurses auf die Anerkennung von Auslandskonkursen zu schließen ist, während die Rechtslage des Inlandskonkurses ab 1999 mittelbar nach Art. 102 EGinsO zu beurteilt sein wird. Die detaillierten, vielfach positiv zu beurteilenden Detailnormen der Entwürfe werden uns noch sehr fehlen.

Dieser Ausgang des Reformprozesses im Jahre 1994 ist eine Überraschung gewesen, denn beim IKR war äußerlich alles glatt und kontinuierlich gegangen. Am 1.9.1990 war der Referentenentwurf der Art. 1-20 des Einführungsgesetzes zur InsO (EGinsO/RefE 1990) fertiggestellt und alsbald publiziert worden¹⁷⁶. Ein gutes Jahr später war der Regierungsentwurf gefolgt, dem zufolge das IKR doch wieder im Hauptgesetz geregelt werden sollte¹⁷⁷ (Neunter Teil: "Internationales Insolvenzrecht", §§ 379-399 InsO/RegE 1992)¹⁷⁸.

Als gleichsam dritter Entwurf hatte sich im Frühjahr 1992 - zwischen Einbringung des Regierungsentwurfs in Bundesrat und der Einbringung in den Bundestag¹⁷⁹ - allerdings ein EG-Entwurf hinzugesellt. Die Arbeiten an diesem schon fast verloren geglaubten Altpjekt waren im Rat der EG ab 1990 unter deutschem Vorsitz (Manfred Balz) wieder aufgenommen und fast exakt nach dem Modell der deutschen Reform umformuliert worden¹⁸⁰. Dies zeigte jener Anfang April 1992 beschlossene und alsbald auch lancierte EG-Übereinkommensentwurf von 1992¹⁸¹ (EuKÜ/E 1992).

Trotz Abweichungen in Details entsprachen sich alle Entwürfe gerade in den Regesungsvorschlägen für das "Sonderinsolvenzverfahren" (Artt. 14-20 EGinsO 1990, §§ 393-399 InsO/RegE 1992) bzw. das "Sekundärinsolvenzverfahren" (Artt. 2 II, III, 19-30 EuKÜ/E 1992). Für diese Verfahren blieb neben dem vereinfachten, nichtgewerblichen

176

Referentenentwurf, Einführungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts. Mit Begründung, Stand: 1. September 1990 (Köln: BANZ-Verl. o.J. [1990]) (BANZ 1990, Beil. 195a), Artt. 1-20 mit Begründung abgedr. in: Stellungnahmen und Gutachten Int. Insolvenzrecht 278-313, sowie in: ZIP 1990, 1298.

177

Zu diesen Fragen *Thieme*, Partikularkonkurs 257-259.

178

Entwurf einer Insolvenzordnung - InsO -, Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: BT-Drucks. 12/2443 (15.4.1992), Anl. 1 (Entwurf: S. 5-70, Begründung: S. 71-247) = Entwurf ... (Bonn: Bundesdruckerei 1992)(Separatum). Siehe zu dem Entwurf, noch frohgemut, *Trunk*, Zur bevorstehenden Neuregelung des deutschen Internationalen Insolvenzrechts: KTS 54 (1994) 33-48, vgl. *Leitner* 155-161.

179

- also möglicherweise wieder, wie schon bei der GesO, der Versuch, ein *Fait accompli* zu schaffen - Siehe zur Entwicklung bis zur vorläufigen Einstellung der Arbeiten 1986/88 die Darstellung bei *Thieme*, *Convention and the Revised Draft of 1984*, in: *Hague-Zagreb-Ghent Essays* 7 (1989) 109-121; siehe zu den Entwürfen von 1980 und 1984 noch *Leitner* 86-116; *Metzger* 3f.; *Pothast* (oben N. 94).

180

"Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens" vom 3.4.1992, EG-Dok. SN/1831/2/92 DRS (CFC) Orig. D, mit Anhang: "Erläuterungen zum Entwurf ...", 12 S., abgedr. ohne die "Erläuterungen" in: ZIP 1992, Border Insolvencies (1994) 14-32; dazu *Woodland*, ebd. 1-13; ferner in der Folgezeit namentlich *Dine*, *Insolv.L.Pract.* 7 (1992) 178-180; *Warin*, *Sirey* 1992 Chron. 98-100; *Balz*, *Int.Financ.L.Rev.* July 1994, 17-19; *ders.*, [Vienna Colloquium on Cross-Border Insolvency 1994, Session II - What has been Done and What is Proposed?] *The European Union*: *Int. Insolv.L.Rev.* 4 (1995) Special Conference Issue 60-71; *Hanisich*, *Einheit* (oben N. 45) 8f.; *Drobnig*, *Cross-border Insolvency - General Problems*, in: Forum int. Seminar on Cross-border Insolvency (1994) 9-19; *Fletcher*, *The Istanbul Convention and the Draft EEC Convention*, in: FS *Hanisich* (1994) 89ff.; *Proto*, *Fall*, 1994, 1101-1104; *Strib*, *Insolvenzverfahren im Binnenmarkt*; *EuZW* 1994, 424-427 (426f.); *Virgós Soriano*, *Europäisches Kollisionsrecht - Wechselwirkungen zwischen Integrationsrecht und nationalem Rechtsystem* - Das zukünftige europäische Konkursabkommen, in: *Eur. Binnenmarkt, IPR und Rechtsgleichung* (1994) 51-69, vgl. Bericht über dt.-span. Symp. Heidelberg 25-26.2.1994, IPRax 1994, 253 (*Jayme*), *Idot*, *Dr prat.com.int.* 21 (1995) 34-55; *Metzger* 7f.; *Leitner* 163-167.

Niederlassungsgerichtsstand der Vermögensgerichtsstand vorgesehen¹⁸² (Art. 14 EGinsO/RefE, § 393 InsO/RegE, Art. 2 II EuKÜ/E 1992), und es blieb ein Sonderverfahren isoliert vom ausländischen Hauptkonkurs möglich (arg. Art. 16 EGinsO/RefE, § 395 InsO/RegE, Artt. 2 III, 29 EuKÜ/E 1992). Für das einem ausländischen Hauptkonkurs nachteilende Sonderverfahren (Artt. 16-20 EGinsO/RefE, §§ 395-399 InsO/RegE, Artt. 19-30 EuKÜ/E 1992), in Deutschland "Parallelinsolvenzverfahren" genannt, wurde - in unterschiedlicher Formulierung - ein besonderes Rechtsschutzinteresse für den Gläubigerantrag gefordert¹⁸³ (Art. 17 II EGinsO/RefE, § 396 II InsO/RegE, Art. 22 II¹⁸⁴ EuKÜ/E 1992). Alle Entwürfe enthielten sich ausdrücklicher und allgemeiner Regelungen des Passivbeschlages bzw. des Teilnahmereichs an den Sonderinsolvenzverfahren und beschränkten sich insoweit auf das Bekenntnis zur unbeschränkten Teilnahme in der Begründung¹⁸⁵ - nach dem Muster des Reichsgesetzgebers¹⁸⁶, und wohlweislich. Meines Erachtens hatte auch der Bundesgesetzgeber anhand der Vorüberlegungen und Beratungen allen Anlaß zur ausdrücklichen Regelung¹⁸⁷. Die Nichtregelung läßt die Frage bewußt offen, weil sie streitig, schwierig und noch in der Entwicklung befindlich ist. Diese Zurückhaltung ehrt die Entwurfsverfasser.

182

Siehe die Begründung EGinsO/RefE 1990 (oben N. 176) 38f., 12-16 (= 309, 292-295). Die Sonderkommission des Deutschen Rates für IPR hat den Vermögensgerichtsstand "mehrheitlich" praktisch gebilligt, Stellungnahme der Sonderkommission (oben N. 141) 267f.; siehe dagegen die Gutachten von *Leipold*, ebd. 81f.; *Lieber*, ebd. 129-132 (vgl. *ders.*, KTS 51 [1990] 377-402); *Thieme*, (ebd.) Partikularkonkurs 217f.

183

Zu Begründung EGinsO/RefE 1990 (oben N. 176) 40f. (= 310f.).

184

In späteren Entwürfen wurde von den im Text genannten Vorschriften der Art. 22 II als einziger veränd. und zwar mehrfach: Zunächst sollte der dem § 396 II InsO/RegE entsprechende, exemplifizierende Nachsatz ("... insbesondere ...") entfallen, siehe den unveröffentlichten "Entwurf eines EG-Konkursübereinkommens", Anlage zum Übermittlungsvermerk des Generalsekretariats des Rates vom 2.8.1993 (10.09)(OR f), EG-Dok. 8108/93 Restreint DRS 11 (CFC); ebenso noch der am 20.9.1994 (05.10)(OR f) - 9257/94 Restreint DRS 22 (CFC) - übermittelte Entwurf. Konkretisierend dann wieder die folgenden Entwürfe; siehe zu einem Entwurf vom 17.11.1994 - 10406/94 DRS 28 (CFC) - *Leitner* 163 mit N. 659, 165f.; der folgende Entwurf, übermittelt am gleichen Tage - 11013/94 Restreint DRS 30 (CFC) - enthielt gleich drei Unterabsätze:

"2. La demande d'un créancier n'est recevable que s'il justifie un intérêt spécifique d'ordre juridique à l'ouverture de la procédure secondaire.
Cet intérêt existe lorsque la situation du créancier sur le plan juridique à l'égard des autres créanciers (notamment quant au rang des créanciers) est moins favorable dans la procédure principale qu'elle ne le serait dans la procédure secondaire.
L'intérêt spécifique d'ordre juridique est présumé exister, sauf preuve du contraire, dans le chef du Trésor (autorité fiscale) et dans celui des travailleurs du débiteur, ayant une créance régie par la loi de l'Etat contractant où l'ouverture de la procédure secondaire est demandée."

Dazu, daß der Art. 22 II im fertigen Übereinkommen von 1995 ganz entfallen ist, unten 3.) c)(I), bei N. 227, sowie (3)(b), bei N. 173.
Begründung EGinsO/RefE 1990 (oben N. 176) 7 (= 290): "wie nach geltendem Recht (§ 238 KO) und in Kontraposition zum ER-KÜ (siehe oben bei N. 136) seien alle Gläubiger zugelassen, ähnlich Begründung InsO/RegE 1992 (oben N. 178) 237, vgl. auch oben in N. 116. Das BMJ wollte sich also angesichts der Nichtregelung im Gesetz selbst (siehe noch unten bei und in N. 187) wie seinerzeit vielleicht - der Reichsgesetzgeber wenigstens auf die faktische Bindungswirkung seiner Motive verlassen. Es ist aber genau diese Absicht, die verstümmt. Über einen ähnlichen Versuch im Zusammenhang mit dem angebliehen Vermögensgerichtsstand in § 22 II GesO oben (2), bei N. 173.

185

Siehe oben I. 2, insbesondere in und nach N. 17.
- zuletzt noch angesichts der Nr. 41 der Stellungnahme des Bundesrates vom 14.2.1992 (BT-Drucks. 12/2443 [oben N. 178], Anl. 2, S. 248-260 [260]), in der die "Gewährleistung der Gegenseitigkeit" (!) verlangt worden war: "Inlandsgläubiger sollten im Falle eines Auslandskonkurses ebenso weitgehende Rechte haben wie Auslandsgläubiger bei einem Inlandskonkurs". Die Gegenüberlegung der Bundesregierung (BT-Drucks. 12/2443 [diese Note], Anl. 3, S. 261-269 [269]) war ein musterhafter Nebelwurf gewesen.

186

187

Zu einer Neuauflage des § 237 KO ist es nicht mehr gekommen¹⁸⁸. Damit ist die dem § 23 ZPO direkt korrespondierende Inlandsvermögensregelung des deutschen IKR beseitigt und dadurch, wie bereits gesagt, zugleich der § 23 ZPO rechtspolitisch abgewertet worden. Die spezifische Ratio der Beseitigung des § 237 KO besteht, wie auch das BMJ anerkannt hat¹⁸⁹, in der Eliminierung eines dem Konkursrecht fremden Elements und seine Ersetzung gegebenenfalls durch ein Sonderinsolvenzverfahren. Insofern ist das neue Recht konkurssystemgetreuer als das alte. Die Systemtreue des neuen Rechts ist freilich mit einem anderen Systemverstoß erkauft worden, nämlich mit einem beträchtlich ausgeweiteten Partikularkonkurs. Dieser soll ab 1999 praktisch die Aufgaben des § 237 KO mitübernehmen. Insofern ist Deutschland bei seinem berühmten "Raubsystem" geblieben, wenn auch nunmehr mit rein insolvenzrechtlichen Mitteln.

Die Deckungsgleichheit des europäischen Entwurfs mit den §§ 379-399 InsO/RegE 1992 ist für den Rechtsausschuß des Bundestages nach eigener Darstellung der ausschlaggebende Gesichtspunkt für den überraschenden - aber vorläufigen¹⁹⁰ - Verzicht auf die vorgeschlagene ausführliche Regelung gewesen¹⁹¹. Ob dies die volle Wahrheit war¹⁹², wird man irgendwann einmal erfahren. Entscheidend ist ex post, daß es auf der europäischen Ebene gerade in wichtigen Punkten anders gekommen ist - siehe unten 3.) c), was man ex ante vielleicht nicht im Jahre 1992, wohl aber 1994 hätte voraussehen können¹⁹³.

c) Wiederaufnahme der Reform?

Der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages hat zusammen mit dem BMJ rechts- und unifikationspolitisches Va banque gespielt und hat teilweise verloren. Gewonnen hat unter anderem, aber auch nur teilweise, der echte europäische Partikularkonkurs. Die Folgen sind einigermaßen dramatisch.

Europäisch wird der deutsche Gesetzgeber, da mangelnde Zustimmung zum EuKÜ 1995 politisch wohl auszuschließen ist, durch das Übereinkommen gebunden sein und wird unter

¹⁸⁸ Dazu *Leitner* 162.

¹⁸⁹ Begründung InsO/RegE 1992 (oben N. 178) 234.

¹⁹⁰ Siehe noch unten bei N. 195.

¹⁹¹ Siehe "Bericht des Rechtsausschusses ..." a. O. (oben N. 173); dazu auch bei *Leipold* 535f.; vgl. *Trunk*, Internationale Aspekte 171; *Leitner* 161. Interessant insoweit die Vermutung *Leipold*s, man habe "widerstrebenden Prestige-Erwägungen anderer Staaten" (535) Rechnung getragen. Schwierig war in der Tat das unifikationspolitische Kalkül. Denn was schien Deutschland in der konkreten Situation mehr Nachteile zu bringen, das Vorrutschen und deutsche Präjudizierung und damit zugleich Gefährdung der EG-Lösung oder Billard mit ungelegten Eiern, da doch spätestens seit 1993 (siehe die oben in N. 184 zitierten Texte) die zahlreichen Vorbehalte anderer Mitgliedstaaten bekannt waren? Eingetreten ist der aus der Sicht mancher schlimmste Fall - die Annahme der deutschen Konstruktion unter Umkehrung ihrer Konzeption, soweit es den isolierten Partikularkonkurs und den Vermögensgerichtsstand betrifft, also: Deutschland in der eigenen europäischen Falle; siehe oben im folgenden Text, und näher unten 3.) c). Die andere Vermutung *Leipold*s (536), der Rechtsausschuß sei nur über eine "halbwegs passable Begründung", sich nicht noch mit dem IKR befassen zu müssen, froh gewesen, hat ebenfalls etwas für sich, besonders wenn bereits größere Änderungen etwa angesichts der Stellungnahme des Bundesrates (oben N. 187) zur Diskussion gestanden haben sollten. Eine nicht geringe Rolle hat aber sachfremder, kosmetischer Kürzungszwang gespielt, siehe allgemein *Landfermann*, Zur Gestaltung und Formulierung der Insolvenzordnung, in: FS Henckel (1995) 517-532 (528-530). Aber auch das ist nicht wirklich gelungen, weil der gesamte Normenstoff der InsO umfangreicher ist als der jener - leider - beseitigten alten Gesetz.

¹⁹² Siehe die vorige Note. Ich neige zu der Erklärung, daß das IKR insgesamt zum Opfer der bis zur letzten Minute höchst wackeligen Sachrechtsreform geworden ist.

¹⁹³ - hätte es aber angesichts der zahlreichen Vorbehalte anderer Vertragsstaaten, nicht zuletzt solcher gegen die "deutschen" Elemente der hier besprochenen Art, stärker in Rechnung stellen müssen.

anderem das beträchtliche Potential einer anderen, echten Partikularkonkurskonzeption für das geltende und das bald geltende Recht (näher unten III 1) hinnehmen müssen. Korrekturmöglichkeiten im Zustimmungsgesetz oder Ausführungsgesetz dürften enge Grenzen gesetzt sein, eine unveränderte Verwendung der §§ 393-399 InsO/RegE erscheint grundsätzlich ausgeschlossen¹⁹⁴.

Der Rechtsausschuß hat für das im Verhältnis zu EG/EU-Drittstaaten wenigstens formal erforderliche deutsche autonome IKR durch allerlei vorsichtige Formulierungen¹⁹⁵ auch politisch nicht ausgeschlossen, statt einer "im wesentlichen unveränderten" Aufnahme des EuKÜ in das Zustimmungsgesetz¹⁹⁶ doch noch ein ausführlichere nationale Regelung des IKR als die des Art. 102 III EGVinsO (und des § 22 GesO und des § 238 KO) zu schaffen. Dazu ist der Gesetzgeber auch schon aufgerufen worden¹⁹⁷. Hier würde sich dann in der Tat zeigen, wie ernst es dem BMJ und dem Rechtsausschuß des Bundestages mit der europäischen Perspektive gewesen ist. Die Bundesrepublik Deutschland hatte sich seinerzeit aber auch gegen das Istanbul Übereinkommen gestellt und hat überhaupt mit den beiden europäischen Optionen und der nationalen wie mit bunten Ballen jongliert. Deshalb ist es nicht für undenkbar zu halten, daß man verschärfend noch hinter die §§ 379-399 InsO/RegE zurückgeht.

Die Problematik erscheint jedoch insgesamt noch nicht ausreichend durchdacht. Auch die Inkorporation des EG-Übereinkommens als nationales IKR ist durchaus nicht unproblematisch¹⁹⁸. Im Kern steht geht es jedenfalls um ein insolvenzrechtliches Urproblem - die Komplexität des Konkurses, die weder sachlich noch räumlich eine Aufspaltung oder Relativierung ein und desselben Verfahrens erlaubt. Die meisten "europäischen" Konkurse werden Drittstaatenberührungen haben und sehr viele Drittstaatenkonkurse europäische Verknüpfungen. Wegen des größeren Gewichts des EuKÜ wird am Ende wohl doch nur eine Inkorporationslösung übrig bleiben, die zu erarbeiten noch manche Mühe kosten wird.

3. Rechtsvereinheitlichung und Staatsverträge

Die deutsche IKR-Reform ist, wie soeben gezeigt, zeitlich, personell und politisch teilweise auf höchst intrikate Weise mit bilateralen und multilateralen Rechtsvereinheitlichungsbestrebungen in Europa verwoben gewesen. Die deutsche Reformlinie hat sich hierbei nicht voll durchsetzen können. Der Gedanke des Inlandsbezuges ist unifikationspolitisch gestärkt worden. Dies ist namentlich beim neuen EU-Insolvenzübereinkommen wegen des er- wählten deutschen autonomen Reformkalküls, noch mehr aber naturgemäß für die überragend wichtigen innerkommunitären Insolvenzkonflikte von größter Bedeutung und soll hier deshalb auch ausführlicher behandelt werden - siehe unten c).

a) Deutsch-österreichischer Konkursvertrag von 1979

Der deutsch-österreichische Konkursstaatsvertrag von 1979¹⁹⁹ kommt gemäß seinem Art. 2 einerseits ohne vertragsautonomen Vermögensgerichtsstand aus²⁰⁰, andererseits aber

¹⁹⁴ Soweit vorgeschlagen worden ist, die Lücken in § 22 II GesO und Art. 102 EGVinsO durch Rückgriff auf den Entwurf zu interpretieren (namentlich *Leipold* 538, 538-541), ist dem durch den Gang der Dinge ebenfalls der Boden entzogen worden. Guter Rat ist hier teuer.

¹⁹⁵ Siehe "Bericht des Rechtsausschusses ..." a. O. (oben N. 173); "Der Rechtsausschuß geht davon aus, ..." "nach dem gegenwärtigen Stand der Verhandlungen ...", unter diesen Umständen ...", "vorausichtlich".

¹⁹⁶ Siehe "Bericht des Rechtsausschusses ..." a. O. (oben N. 173).

¹⁹⁷ *Leipold* 548; *Mankowski* 1660.

¹⁹⁸ Siehe *Leipold* 535f.

¹⁹⁹ Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich auf dem Gebiet des Konkurs- und Vergleichs-(Ausgleichs-)Rechts vom 25.5.1979, BGBl. 1985 II 410, 712, in Kraft seit dem

vertragsautonom auch ohne einen Partikularkonkurs. Überdies soll in Deutschland gem. § 1 AusführungsG²⁰¹ der im Gerichtsstand der Niederlassung gemäß Art. 2 III 1 Abk. eröffnete Konkurs "abweichend von § 238 KO ... auch das außerhalb des Geltungsbereiches dieses Gesetzes befindliche Vermögen des Gemeinschuldners [erfassen]." Diese Regel soll einerseits auch für das in Drittstaaten belegene Vermögen²⁰², andererseits jedoch nicht allgemein für das deutsche IKR, sondern nur für Konventionsfälle gelten²⁰³. Es handelt sich hierbei zwar nur um einen begrenzten Federstrich, der aber dem damals vom Einheitsprinzip der EG-Entwürfe 1970-1984 geprägten Zeitgeist²⁰⁴ im BMJ entsprach - bis das Ministerium in den Reformarbeiten den Partikularkonkurs als nützlich Instrument wiederentdeckte, siehe oben 2.) b).

Das deutsch-österreichische Insolvenzabkommen hat sich bislang nicht als belebendes Element im deutschen oder europäischen IKR erwiesen und kann hier für die weitere Betrachtung ausscheiden.

b) Istanbuler Konkursübereinkommen von 1990

Das Istanbuler Europaratsübereinkommen von 1990²⁰⁵ kommt dem geltenden deutschen IKR und den nur unwillig aufgegebenen amtlichen Vorstellungen insoweit entgegen, als es in Art. 11 II ER-KÜ wie § 237 KO die Einzelrechtsverfolgung trotz anzuerkennenden Auslandskonkurses gestattet, wenn auch nur für eine bestimmte Zeit und reserviert für Inlandsgläubiger²⁰⁶.

Das ER-KÜ kennt auch den Vermögensgerichtsstand für den "Sekundärkonkurs" gem. Art. 17 Satz 2 ER-KÜ²⁰⁷. Dies wird im Bericht zu diesem Übereinkommen nicht besonders gerechtfertigt²⁰⁸. Es ist anzunehmen, daß dieses Element nicht zuletzt auf deutschen Druck in das Übereinkommen aufgenommen worden ist.

Zu beachten ist freilich, daß das Übereinkommen auf der anderen Seite für die Sekundärkonkurse in nemenswertem Umfang einen Inlandsbezug fordert. Unmittelbar kommt dies in Art. 21 ER-KÜ in der gewissen Privilegierung der Niederlassungsgläubiger und anderer

1.7.1985; dazu vor allem Hans Arnold, Der deutsch-österreichische Konkursvertrag (1987) (BAnz. 1987, Beil. Nr. 43a), inhaltlich *Schubmacher*. Die Entwicklung österreichisch-deutscher Insolvenzrechtsbeziehungen, Ein Rückblick anlässlich des Insolvenzvertrages aus österreichischer Sicht: ZZP 103 (1990) 418-463; aus neuerer Zeit *Leitner* 58-74.

Zur Nichtanerkennung österreichischer Belegenheitskonkurse (gem. § 63 II 6KO) außerhalb des Abkommens in Deutschland zuletzt *Leitner* 62f. Man beachte im übrigen Art. 2 II Abk., wonach der gewöhnliche Aufenthalt die (Regel-)Konkurszuständigkeit begründet - eine ungewöhnliche Auflockerung, die einem Vermögensgerichtsstand nahekommen kann und deshalb wohl zusätzliche (objektive) Inlandsbezugsmerkmale verlangt.

AusführungsG vom 8.3.1985 zum deutsch-österreichischen Konkursvertrag, BGBl. 1985 I 535, 780. Begründung zum Entwurf eines Ausführungsgesetzes ..., in: Entwurf eines Ausführungsgesetzes ..., Drucks. Bundesrat 195/84, hier zitiert nach *Arnold* (oben N. 199) 44.

Begründung a. O. (vorige Note); anders - zu Unrecht - *Leipold* (oben N. 182) 79-81.

Dem entspricht es seinerzeit auch, daß die Insolvenzrechtskommission, trotz der von ihr intendierten Aufrechterhaltung des Niederlassungsgerichtsstandes im Sinne des § 21 ZPO die Beseitigung der in § 238 I und II KO enthaltenen Beschränkung auf das Inlandsvermögen mit allzu knapper Begründung als "nicht mehr zeitgemäß" empfahl; Zweiter Bericht der Insolvenzrechtskommission (oben N. 111) 51 (zu Leitsatz 1.2.2). Zur davor erfolgten fehlhlosen Rechtsvereinigung oben in N. 175.

Siehe bereits oben 2.) a) bei und in N. 134.

Siehe ebenfalls bereits oben 2.) a) bei N. 139.

Dazu *Metzger* 159, 164-168.

Explanatory Report (oben N. 134) Nr. 103.

besonderer Inlandsgläubiger (Fiskus, Realisierungsgläubiger und Arbeitnehmer) zum Ausdruck²⁰⁹. Mittelbar öffnet beim Konkursantragsrecht die Verweisung des Art. 18 lit. b) ER-KÜ auf die *lex fori concursus particularis* den Weg zu nationalen Beschränkungen des Sekundärkonkursantragsrechts, und sei es auch nur in der Gestalt eines besonderen Rechtsschutzinteresses deutscher Prägung²¹⁰.

Ein weiteres besonderes Merkmal des Übereinkommens ist gem. Art. 16 ER-KÜ zwar wohl kein Ausschluss "isolierter" Sonderverfahren²¹¹, aber doch die Anschauung des Sekundärverfahrens als ein dem Hauptverfahren typischerweise nachteilendes und von ihm vielfach abhängiges Folgeverfahren. Dies bedeutete mindestens eine andere Akzentuierung als in den deutschen Reformvorstellungen.

Die letzten beiden Momente haben in besonderem Maße die deutschen Vorbehalte gegenüber dem Istanbuler Übereinkommen geprägt²¹². Daß das ER-KÜ aber inzwischen doch in den hier interessierenden Fragen einen europäischen Standard darstellt, hat sich schließlich auch bei den nach Fertigstellung des Europaratsübereinkommen wiederaufgenommenen Arbeiten im Rahmen der EG/EU gezeigt.

c) EU-Insolvenzübereinkommen von 1995

Seit ganz kurzem und wider manches verfrühte Unken ist das EG-Konkursübereinkommen, genau: das "Übereinkommen über Insolvenzverfahren" vom 23.11.1995²¹³ ins Leben getreten, wenn auch britischer Rindviecher wegen - wohl vorübergehend²¹⁴ - noch einmal in den Bruckkasten gekommen. Das Übereinkommen weicht bedeutsamerweise sowohl in den Einzelheiten seiner Sonderverfahren wie im Punkt des Vermögensgerichtsstandes von den seit

209

Vgl. Explanatory Report (oben N. 134) Nr. 112; *Metzger* 161f.; *Leitner* 175f.

210

Die Begründung ist dieselbe wie beim gleichlautenden Art. 29 Nr. 2 EuKÜ; siehe unten c)(3)(b), bei und nach N. 268f.

211

So *Metzger* 162f. mit Nachw., 183, vgl. aber 184-197; vgl. *Petel* (oben N. 135); ferner *Leitner* 136 ff. Gegen den Ausschluss isolierter Sonderverfahren spricht außer Art. 16 a. E. ER-KÜ und Art. 28 I ER-KÜ vor allem die (deutschstämmige?) Vorbehaltsmöglichkeit nach Art. 40 ER-KÜ; vgl. dazu *Metzger* 18.

212

Siehe den Hinweis auf die formale Vorbehaltsmöglichkeit (gem. Art. 40 ER-KÜ) bereits in der Begründung EGInsO/RefE 1990 (oben N. 176) 7 (= 290) und zuletzt noch in der Begründung InsO/RegE (oben N. 178) 390 (= 235).

213

"Europäisches [sic] Übereinkommen über Insolvenzverfahren" vom 23.11.1995, hier zitiert nach dem Abdruck in: ZIP 1996, 976-983. Vorausgegangen war im Anschluß an die Texte von 1994 (oben in N. 184) ein "Übereinkommen über Insolvenzverfahren", Anlage zum Vermerk des Rates der EU vom 20.9.1995, EG-Dok. 9213/1/95 REV 1 Limite DRS 19 (CFC), paraphrasiert am 23.9.1995. Der maßgebliche Text vom November weicht nur wenig (z.B. Wegfall des Art. 37 I) von der Septemberrfassung ab. Einen umfangreichen amtlichen Bericht zum Übereinkommen haben der Spanier *Virgos Soriano* und der Luxemburger *Étienne Schmit* erstellt; "Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen über Insolvenzverfahren [konsolidierte Fassung], Verfasser: Miguel Virgos; Vorgesichtete, Art. 1 bis 26; Artikel 43 bis 46, territorialer Anwendungsbereich und Artikel 48, Étienne Schmit; Artikel 3 Absätze 2, 3 und 4, Artikel 27 bis 42, Artikel 47 und Artikel 49 bis 55", 145 S. Anlage zum Übermittlungsschreiben vom 12.12.1995 (19.01)(OR, f), EG-Dok. 12830 LIMITE DRS 32 (CFC) (vorläufig zitiert als *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht [Abschn.] ... [I/II/III] Nr. ...). Dieser Text ist noch nicht veröffentlicht worden. Sieht man von der redaktionell unglücklichen und deshalb nur umständlich zu zitierenden Aufgliederung in drei selbständig durchnummerierte Abschnitte ab, erscheint der Bericht nach erster Lektüre sehr gut gelungen zu sein. Gewisse Besonderheiten wie Leerstellen und Alternativbegründungen in eckigen Klammern deuten harte politische Kämpfe an. - Literarisch zum EuKÜ 1995 bislang allein *Balz* (oben N.*), *dérs*, Einleitung [Das Übereinkommen der Europäischen Union über Insolvenzverfahren (Dokumentation - Materialien)]: ZEuP 1996, 325-331 (mit Text: 331ff.) (zitiert: Einleitung).

214

Dazu *Balz* 948, 955.

1990 erstellten "deutschen" Entwürfen für die EG/EU²¹⁵ einschließlich des EuKÜ/E 1994²¹⁶ geradezu dramatisch ab. Das soll hier abschließend betrachtet werden, aber nur im Umriss.

(1) Hauptverfahren und Sonderverfahren

Das EuKÜ 1995 kennt anders als die Vorentwürfe von 1992 und 1994 auch terminologisch drei statt zwei Insolvenzverfahrenstypen. Sachlich sollte man nur zwischen zwei Grundtypen mit zwei Untertypen bei den Sonderinsolvenzverfahren unterscheiden.

Das "Hauptinsolvenzverfahren" soll schon seiner Bezeichnung nach den Grundtypus darstellen. Hierzu bestätigt die Legaldefinition in Art. 27 I 1 EuKÜ, daß das Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Hauptinsolvenzverfahren den beiden Sonderinsolvenzverfahrenstypen nicht in der Universalität der (automatischen) Wirkungen, Anerkennung oder Anerkennung liegt (vgl. Art. 16 I EuKÜ²¹⁷, sondern im Zuständigkeitsgrund des Interessenmittelpunkts (Art. 3 I EuKÜ) in Verbindung mit der Erstreckung des Verfahrens auf das gesamte Vermögen (arg. Art. 3 II 2 EuKÜ). Das Hauptinsolvenzverfahren ist also Universalkonkurs²¹⁸, wenn auch mit beträchtlichen und gefährlichen Durchbrechungen nicht nur durch die Sonderverfahren, sondern besonders auch durch die - hier nicht zu betrachtende - Herausnahme der Sicherungsrechte²¹⁹.

Das Übereinkommen von 1995 perpetuiert sodann zwar jene bereits im ursprünglichen deutschen Reformmodell enthalten gewesene Dichotomie zweier besonderer

²¹⁵ Siehe zum Entwurf von 1992 oben bei und in N. 181.

²¹⁶ Zu diesem oben in N. 184.

²¹⁷ Zum ewigen Verständnisproblem der universalen oder besser: ubiquitären Anerkennung territorial beschränkter Sonderverfahren (siehe bereits oben die Nachweise in N. 39, ferner die Bemerkungen in N. 66) tragen die Art. 16 II, 17 I und II sowie 27 EuKÜ neuerlich undeutliche Formulierungen bei, vgl. auch *Balz* 949 ("Verdrängung" von Wirkungen), 953 (einerseits Wirkungsstreckung "gehindert", andererseits "Unterordnung" des Sonderinsolvenzverfahrens unter das Hauptinsolvenzverfahren) sowie 954 ("Verzahnung"; vgl. *ders.*, Einleitung (oben N. 213); klarer dagegen *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 126, 129, 140, 195-207. Das Problem soll jedoch an dieser Stelle unerörtert bleiben.

²¹⁸ - wobei allerdings zweifelhaft ist, wie weit eine übereinkommensautonome Regelung reicht, weil das Übereinkommen einerseits zwar bestimmte Verfahrenstypen bezeichnet (Art. 1 EuKÜ), andererseits gem. Art. 4 II 2 lit. b) EuKÜ der Aktivmassebeschlag und gem. lit. g) der Passivmassebeschlag mangels anderweitiger Regelung im Übereinkommen von der lex fori concursus bestimmt werden soll. Diese Grenzfrage zwischen sachlichem und räumlichen Anwendungsnormen kann vielleicht schwierig zu beantworten sein. Beim Hauptinsolvenzverfahren scheint der Bericht trotz Fehlens einer dem Art. 3 II 2 EuKÜ vergleichbaren ausdrücklichen Regelung von der übereinkommensautonomen Festlegung des Universalkonkurses auszugehen: Dieses Verfahren "hat stets universale Geltung. ...", *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 12, vgl. Nr. 13a und 14b. Folgt dies *ce contrario* aus Art. 3 II 2 EuKÜ, wie bei der deutschen Argumentation mit §§ 1 I in Verb. mit 238 I KO, oder handelt es sich lediglich um einen übereinkommensautonomen Typus, der von der einzelstaatlichen lex fori konkretisiert werden darf? Siehe zur Problematik bei den Sonderverfahren zunächst unten in N. 222.

²¹⁹ Die dinglichen Sicherungsrechte (Art. 5 EuKÜ) einschließlich der Aufrechnung (Art. 6 EuKÜ) von den europäischen Wirkungen der Insolvenzfverfahren, wird im Bericht als "von den Wirkungen des Hauptinsolvenzverfahrens ausgenommene Rechte" bezeichnet; allgemein dazu *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 21-23 (21); vgl. auch *Balz* 950. Dieser übereinkommensautonomen Ausklammerung als praktisch wohl wichtigstem, hoffentlich nicht tödlichen Ausnahmeeffekt werden bloße Fälle der Anwendung der lex causae statt der lex fori concursus gegenübergestellt (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 24-28 [Nr. 24]), was jenen Effekt noch verstärkt. Dieser hat auch Auswirkungen auf die Sonderverfahren des EuKÜ, indem dort anders als im ER-KÜ die Sicherungsgläubiger als privilegierte Sonderverfahrensgläubiger nirgendwo mehr erwähnt werden. Dies bezweckt eine Ausweitung des Kreises der Inlandsgläubiger über institutionelle Privilegierung definierter Inlandsgläubigerbegriffs und letztendlich die Aussteuerung lokaler (einzelstaatlicher) Vorzugsgläubiger zugunsten dinglichen Sicherungsgläubiger; dies war ein deutsches Hauptanliegen (*Balz* 953 mit N. 34) in gewohnter, wirtschaftsprotektionistischer Absicht.

Verfahrenstypen²²⁰, nämlich des ("isolierten") "Partikularverfahrens" (Art. 3 II in Verb. mit IV EuKÜ) einerseits und des ("akzessorischen") "Sekundärinsolvenzverfahrens" (Art. 27-38 EuKÜ) andererseits. Die Gemeinsamkeiten beider Verfahren reichen jedoch aus, um sie bloß als Unterfälle eines - im Übereinkommen nicht als solchen herausgestellten - Grundtypus des Sonderinsolvenzverfahrens als Gegenstück zum Hauptinsolvenzverfahren aufzufassen²²¹. Gemeinsam sind diesen Verfahren nämlich die Anknüpfung an die "Niederlassung" (Art. 3 II 1 EuKÜ) - unten (2) - sowie die gegenständliche Beschränkung auf das im Niederlassungsstaat belegene Vermögen (Art. 3 II 2 EuKÜ) - unten (3). Die Verwendung eines zweitrangigen, besonderen Konkursgerichtsstandes verbunden mit der territorialen Beschränkung der Masse stellen (vgl. § 238 I KO, § 22 II GesO, Art. 102 III 1 EGIInsO) Grundelemente des "deutschen" Partikularkonkursbegriffs im "Europäischen Insolvenzrecht" des EuKÜ²²² und damit die wesentliche Neuerung im EuKÜ 1995 gegenüber den "französischen" oder romanischen früheren EG-Entwürfen vor 1990 dar. In historischer Perspektive handelt es sich freilich eher um die Rückkehr zu alten gemeinsamen europäischen Rechtstraditionen. Mit diesem europäischen, nicht nur dem deutschen Pfund sollte man wuchern.

Dem "Sekundärinsolvenzverfahren" ist das gesamte Kap. III des EuKÜ gewidmet. Diese systematische Heraushebung rechtfertigt es alleine schon, diesen Typus ähnlich dem "Sekundärkonkurs" des Kap. III, Art. 16-28 ER-KÜ 1990 als Regelform der Sonderinsolvenzverfahren anzusehen. Die gefundene Regelung bildet ein Gemisch aus den Art. 16-28 ER-KÜ - oben b) - und den deutschen Reformentwürfen - oben 2) b) -, orientiert sich insgesamt, strukturell und in den Wertungen, aber wohl eher am Europaratmodell²²³. Dazu gehört (vgl. Art. 16 ER-KÜ) eine Eröffnungsgrundabhängigkeit²²⁴ infolge Entbehrlichkeit nicht nur des Nachweises (vgl. § 238 III KO, § 22 III GesO, Art. 102 III 2 EGIInsO), sondern sogar der Prüfung der Insolvenz (Art. 27 Satz 1 EuKÜ), was vorbehaltlich allfälliger Anträge einer Eröffnungsautomatik gleichkommt²²⁵. Wie im ER-KÜ und in Abweichung von den deutschen Reformvorstellungen²²⁶ (§ 396 II InsO/RegE 1992) und den entsprechenden neueren EG/EU-Entwürfen (vgl. zuletzt Art. 22 II EG/EU 1994²²⁷) fehlt eine Vorschrift über das besondere Rechtsschutzinteresse für den Gläubigerantrag, siehe noch unten (3)(b). Aus dem Istanbul Übereinkommen fehlt im EuKÜ 1995 demgegenüber eine dem Art. 21 EG-KÜ entsprechende

²²⁰ Siehe grundsätzlich *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 6-8, 29-45, III Nr. 53; *Balz* 949f., 953f.

²²¹ *Balz* (949) spricht zusammenfassend von "Territorialverfahren", der Bericht (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht, vor Nr. 29) mißverständlich von "inländischen Insolvenzfverfahren", was aber wohl nur auf eine unglückliche Eindeutschung von "territorial" zurückzuführen ist.

²²² Ob und inwieweit das EuKÜ den Partikularkonkursbegriff übereinkommensautonom festlegt, ist wie beim Universalkonkursbegriff als Grundlage des Hauptinsolvenzverfahrens eine schwierige Frage (siehe oben in N. 218) und bei den Sonderverfahren wegen des positiven Art. 3 II 2 EuKÜ noch schwieriger (siehe dazu unten in N. 253).

²²³ Die Einzelheiten sind hier nicht zu erörtern.

²²⁴ Dazu *Thieme*, Partikularkonkurs 254f. und zum Problem bereits oben in N. 32 sowie in N. 31. Zu den Merkmaligkeiten des erläuternden Berichts gehört eine alternative Formulierung (in eckigen Klammern), aus der ich schließe, daß mehrheitlich keine, zudem prozessual aufgelafte Eröffnungsgrundabhängigkeit, sondern weitgehend die Eröffnungsabhängigkeit als "besondere Wirkung" des Hauptinsolvenzverfahrens zugrundelegen sein soll; *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 195, vgl. 201. Bei der Formulierung des Art. 16 ER-KÜ ("by this fact alone" "de ce seul fait") geht es wohl nur um eine Beweisregel wie in § 238 III KO. Bericht ER-KÜ/E 1989 Nr. 98. Interessant und zutreffend dagegen in dem Sinne, daß es für Art. 27 Satz 1 EuKÜ nicht auf die Insolvenz im Niederlassungsstaat bzw. der Niederlassung ankommen soll; *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 201.

²²⁵ Siehe die vorige Note, und hinsichtlich der verbleibenden Prüfungsbefugnisse des Gerichts *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 196-201.

²²⁶ Siehe oben b)(1), bei N. 141.

²²⁷ Siehe dazu b)(3), in N. 184.

ausdrückliche Sonderung der Passivmasse durch Privilegierung der Inlandsgläubiger²²⁸ (vgl. aber Art. 33 EuKÜ²²⁹).

Das "Partikularverfahren" ist wie das Sekundärinsolvenzverfahren lediglich Sonderverfahren (Art. 3 IV i.V.m. II EuKÜ), für das aber anders als für das Sekundärinsolvenzverfahren keine ausführenden Sonderregelungen gegeben worden sind. Das Partikularverfahren unterliegt vielmehr wie das Hauptinsolvenzverfahren anscheinend primär den allgemeinen Normen des Kap. I, Artt. 1-26 EuKÜ. Dies wie der Umstand, daß das Partikularverfahren anders als das Sekundärinsolvenzverfahren²³⁰ kein Liquidationsverfahren sein muß (vgl. Art. 3 III EuKÜ²³¹, vgl. auch Art. 37 EuKÜ)²³² zeigt, daß es, jedenfalls nach der ursprünglichen Absicht (vgl. §§ 393f. InsO/RegE 1992 sowie auch Art. 2 III EuKÜ/E 1992), als Quasi-Hauptverfahren angesehen ist²³³. Neu, aber ebenfalls problematisch sind demgegenüber die Konversionen des Partikularverfahrens zu Sekundärinsolvenzverfahren im Falle des nachfolgenden Hauptinsolvenzverfahrens (Art. 36 sowie Art. 37 EuKÜ). Als Grundkonzept bleibt das "deutsche" isolierte Partikularverfahren trotz des neuen terminologischen und begrifflichen Ausweises als Sonderverfahren in Art. 3 IV EuKÜ eindeutig kritikwürdig²³⁴. Dieses Grundkonzept ist im EuKÜ 1995 selbst nun allerdings drastisch eingeschränkt, ja vielleicht sogar in sein Gegenteil verkehrt worden. Dies ergibt sich aus Art. 3 IV lit. b) EuKÜ und dem dort in Gestalt eines für Inlands- und Niederlassungsgläubiger vorbehaltenen Partikularverfahrensanspruchsrecht, also durch die Hinzufügung eines Inlandsbezuges. Damit läßt das EuKÜ 1995 in der Tat erkennen, daß das isolierte Partikularverfahren "vermieden"²³⁵ werden soll, daß es "unerwünscht"²³⁶ ist. Ob die Prophezeiung, "in der Praxis" werde "von diesem Grundsatz [I] nicht allzu viel übrig bleiben"²³⁷, sich erfüllt, hängt wesentlich von zukünftigen Interpretationen des besonderen Art. 3 IV lit. b) EuKÜ ab, siehe unten (3)(b).

Insgesamt hat das EuKÜ 1995 mit dem neuen Art. 3 IV EuKÜ beim Partikularverfahren wie mit der Beseitigung des übereinkommensautonomen besonderen Rechtsschutzinteresses beim Sekundärinsolvenzverfahren das System der "deutschen" Vorentwürfe zum EuKÜ praktisch auf den Kopf gestellt. Soweit dies zu Lasten des isolierten Partikularverfahrens geht, verdient dies nahezu vorbehaltlos²³⁸ Beifall. Die Erleichterung des Sekundärinsolvenzverfahrens durch

²²⁸ Siehe oben bei N. 209.

²²⁹ Zur Bedeutung speziell des Art. 33 EuKÜ noch unten bei und in N. 266.

²³⁰ Siehe *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 32 und 53, III Nr. 204 (dort mit teilweise kryptischen Bemerkungen).

²³¹ Anders als beim Sekundärinsolvenzverfahren handelt es sich daher beim Partikularverfahren in Art. 3 III 1 und 2 EuKÜ um keine bloße Verdoppelung des Art. 27 Satz 2 EuKÜ; vgl. auch *Balz* 950.

²³² Dazu verächtlicher Weise ohne den Versuch einer Begründung *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 34.

²³³ Insofern ist interessant, daß der Ausdruck "Hauptinsolvenzverfahren" erst in Art. 27 Satz 1 EuKÜ erscheint. Die Begründung (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 53, vgl. Nr. 204) bezeichnet die "normale Anwendung der einzelstaatlichen Vorschriften für die Eröffnung des Verfahrens" als ein Charakteristikum des isolierten Partikularverfahrens und läßt hinsichtlich der Rolle der Sanierungsverfahren einen weiteren Hauptstreitpunkt erkennen, und zwar einen "deutschen" (vgl. bereits Art. 27 VE I 1989, Art. 15 EGlinsO/ReE 1990, § 394 InsO/RegE 1992, Art. 1 I EuKÜ/E 1992) wie einen "französischen" (mit der Erwähnung des "Allgemeininteresses an einem Partikularverfahren zur Sanierung einer Niederlassung, die in dem betreffenden Staat in sozialer und wirtschaftlicher Hinsicht von Bedeutung ist"). Dies ist wichtig, muß aber hier auf sich beruhen; vgl. aber ergänzend noch unten in N. 274.

²³⁴ - ebenso wie das entsprechende deutsche Reformkonzept, siehe bereits oben bei N. 120.

²³⁵ *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 33.

²³⁶ *Balz* 949, *ders.*, Einleitung (oben N. 213) 328.

²³⁷ *Balz* 949.

²³⁸ - nämlich mit Ausnahme des neuen Art. 3 IV lit. a) EuKÜ, worüber näher unten (3)(b), nach N. 276 -

Wegfall von übereinkommensautonomen Inlandsbezugsmomenten - vielleicht der deutsche Preis für den Art. 3 IV lit. b) EuKÜ - begegnet jedoch ebenfalls Bedenken. Hier wird viel auf die Herausarbeitung eines stimmigen Systems²³⁹ des EuKÜ einschließlich der jeweils notwendigen Inlandsbezugsmomente ankommen.

(2) Besondere Zuständigkeit

Ein wesentliches neues Moment im EuKÜ 1995 ist das Fehlen einer Vermögenszuständigkeit. Die in Art. 3 II EuKÜ angeordnete Niederlassungszuständigkeit gilt für beide Typen von Sonderverfahren gleichermaßen und ist zugleich die einzige neben der Hauptinsolvenzverfahrenszuständigkeit des Art. 3 I EuKÜ zugelassene besondere Zuständigkeit. Tertium non datur! Aus der Sicht des deutschen Rechts ist damit die drohende Kombination der Fälle des Partikularverfahrens mit dem § 23 ZPO gebannt, wobei der § 22 II GesO und der Art. 102 III 1 EGlinsO insoweit ins Leere laufen (siehe noch unten III 1). Aus deutscher amtlicher Sicht stellt dies angesichts des rechtspolitischen Kalküls von 1994 - oben 2.) b(3) - einen Schock dar.

Der Verzicht auf den konkursrechtlichen Vermögensgerichtsstand soll Deutschland allerdings durch eine weite Fassung der Niederlassung abgekauft worden sein und soll jedenfalls ein "Kompromiß" darstellen²⁴⁰. Das EuKÜ 1995 ist - dem Vermehren nach übrigens in letzter Minute - auch insoweit wieder zur Legaldefinitionstechnik früherer EG-Entwürfe zurückgekehrt (vgl. Art. 4 II E 1980 und E 1984)²⁴¹. Nach der neuen Definition in Art. 2 lit. h) EuKÜ²⁴² ist "Niederlassung" jeder Tätigkeitsort, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Tätigkeit von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt.²⁴³

Ist nun aber dieses Anknüpfungsmoment wirklich "denkbar weit"²⁴³ definiert? Formell soll mit Hilfe der insolvenzübereinkommensautonomen Definition der Niederlassungsbegriffs des europäischen IKR von dem EuGVU (Art. 5 Nr. 5) abgekoppelt werden²⁴⁴. Das ist an und für sich mäßig, weil die Einheit des europäischen IZVR von vornherein verhindert wird²⁴⁵. Materiell erscheint jedenfalls durchaus nicht sicher, ob die neue Formulierung der Definition des EuGH zu Art. 5 Nr. 5 EuGVU²⁴⁶ nicht doch näher steht als - vielleicht - beabsichtigt oder deutscherseits erhofft, ja, mit ihr sogar übereinstimmt. Der Umstand, daß der erläuternde *Virgos/Schmit*-Bericht auf die politische Begründung der Eigenständigkeit ebensoviel Raum

²³⁹ Von einem "neutralen Mechanismus" sprechen in einem offenbar eher politischen Sinne *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 6.

²⁴⁰ *Balz* 949.

²⁴¹ Ohne Definition noch der Entwurf von 1994 (oben N. 184). Das hätte womöglich die schlichte Übernahme des deutschen Reformkonzepts bedeutet. Spuren davon, etwa zur Geltung für freiberufliche Dienstleister finden sich zwar im Bericht (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 40; vgl. *Balz* 949), meines Erachtens aber nicht ohne weiteres im Regelungstext. Näheres kann ich hier nicht ausführen.

²⁴² - "... eine der Vorschriften ... über die im Laufe der Verhandlungen am meisten beraten wurde"; *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 39.

²⁴³ *Balz* 949.

²⁴⁴ *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 39 (mit der Begründung, der EuGH fasse die Vorschrift "streng" auf).
²⁴⁵ Siehe zum Problem beim Entwurf von 1980 *Thieme*, Grundsätze 226f. Meine damalige Anregung (a.a.O. 266; vgl. *ders.*, Revidierter Entwurf [oben N. 180] 478), den Niederlassungsbegriff "möglichst dehnbar" zu gestalten, sollte die vorgesehenen exorbitanten Zuständigkeiten aussteuern helfen, was nach dem EuKÜ nicht mehr erforderlich ist.

²⁴⁶ Siehe EuGH 22.11.1978 - Rs. 33/78 (*Somafer / Saar Ferngas*), Slg. 1978, 2183 = RIW/AWD 1979, 56 - [1979] C.M.L.R. 490, aus neuerer Zeit EuGH 6.4.1995 - Rs. C-439/93 (*Lloyd's Register of Shipping / Soc. Campenon Bernard*), Slg. 1995, I-961 = EWS 1995, 194.

verwendet wie auf die angeblich neue Definition²⁴⁷, indiziert, daß es mit jener nicht weit her ist. Liegt aber doch Eigenständigkeit vor, so beinhaltet die Definition eher eine Verstärkung²⁴⁸. Eine weite Auffassung ginge eben zu weit; einen Quasi-Vermögensgerichtsstand gibt es im EuKÜ nicht²⁴⁹.

Die Niederlassungszuständigkeit für alle Sonderverfahren ist, Belgien sei Dank, ein Fortschritt gegenüber der Vermögenszuständigkeit. Die Regelung läßt auch gegenüber Drittstaaten jene Zuständigkeitslücken²⁵⁰, die das internationale Insolvenzwesen zum Atmen benötigt. Ob eine Anbindung an Art. 5 Nr. 5 EuGVÜ oder eine eigenständige, aber möglichst enge Begriffsbildung vorzuziehen ist, wird an diesem Zweck zu messen sein.

(3) Besondere Beschlags- und Teilnahmeregelungen

Die Niederlassungszuständigkeit macht alle Sonderverfahren des EuKÜ zu Niederlassungsinvenzverfahren, ohne freilich zugleich den Aktivmasseschlag auf das (inländische) Niederlassungsvermögen und den Passivmasseschlag auf die Niederlassungsgläubiger zu beschränken. Es geht immer um das gesamte Inlandsvermögen (Art. 3 II 2 EuKÜ) und auch um andere Gläubiger (Art. 3 IV lit. b Fall 1 EuKÜ). Damit weist die Regelung ähnliche konstruktive Eigenheiten (oder Konstruktionsfehler) wie der deutsche § 238 KO auf. Wie bei diesem wird aber durch solche Unebenheiten, die entweder hinzunehmen oder korrigierbar sind, ein echter Partikularkonkurs nicht verhindert. Dies zeigen die Sonderregeln für die Sonderverfahren. Hier geht es namentlich um den Umfang des Aktiv- und Passivbeschlages - unten (a) -, die Antragsrechte - unten (b) - sowie um sonstige Teilnahmerechte²⁵¹ - unten (c).

(a) Massebeschränkungen

Der Art. 3 II 2 EuKÜ entspricht dem deutschen § 238 I KO und bedarf hier inhaltlich vorerst keines Kommentars²⁵², soweit es die partikularkonkursartige Aktivmasseschlagung

247

Vgl. *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 39 mit Nr. 40.

248

Dies ist hier nicht auszuführen, sondern allein auf jene in Art. 2 lit. b) EuKÜ enthaltene Kumulierung - "Einsatz von Personal und [] Vermögenswerten" - hinzuweisen, die - so unrichtig wie sie ist - doch viel strenger ist als die "sachliche Ausstattung" im Sinne des EuGH.

249

- um so mehr, als an anderer Stelle des Berichts (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 202) noch positiv festgestellt wird, Vermögensbelegenheit genüge für die Zuständigkeit nicht, und auch das "Vorhandensein von Bankguthaben" komme "keiner Niederlassung gleich". Das Vorhandensein von "Vermögenswerten (die für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit eingesetzt werden)" genügt also nicht (a.a.O. Nr. 39). Dies ist eine Absage an das "verwaltete Vermögen" (siehe zuletzt oben in N. 158) im EuKÜ. Der "weite Begriff" zielt aber vielleicht auch in ganze andere Richtungen, etwa auf Grundsätze des EuGH, vgl. auch *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 40 a.E., doch mag auch das hier erst einmal auf sich beruhen.

250

Das Übereinkommen läßt "konkurrierende" Sonderverfahren in allen Vertragsstaaten zu, in denen eine Niederlassung begründet ist. Diese Pluralität ist an und für sich natürlich und im Falle von Sekundärinsolvenzverfahren infolge des Hauptkonkurses ein vom EuKÜ geregeltes Problem. Daß sich bei den isolierten, gleichsam mütterlosen Partikularverfahren Konflikte ergeben können, begründet einen Einwand gegen das Konzept, ist aber nicht, wie es noch in den EG-Vorentwürfen versucht worden war (vgl. *Thieme*, Grundsätze 271-275), über die Zuständigkeitskonkurrenz, sondern über eine Zurückdrängung der Voreröffnungen und im übrigen durch eine möglichst weitgehende - normenanaloge oder verfahrensantizipierende - Anwendung der Koordinations- und Kooperationsregeln für die Sekundärinsolvenzverfahren zu lösen.

251

Nicht behandelt wird auch hier die sog. Mehrfachteilnahme, weil sie keine eigentliche Teilnahmeregelung darstellt, siehe zu Art. 20 EuKÜ lediglich noch die Bemerkungen unten bei N. 302.

252

Vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 249.

handelt²⁵³. Es handelt sich bei Art. 3 II 2 EuKÜ um eine übereinkommensautonome Regelung²⁵⁴, von der die Vertragsstaaten nicht abrücken können²⁵⁵. Für einige von ihnen bringt die Vorschrift daher neues Recht, für andere eine Klarstellung.

Ein potentieller Streipunkt ist dann jedoch die gleichermaßen partikularkonkursartige Passivmasseschlagung auf Niederlassungsgläubiger und eventuell auf andere Inlandsgläubiger. Hierzu liegt bereits eine ablehnende Deutung vor: Das Übereinkommen lasse für das Sekundärinsolvenzverfahren die "Konkursaufnahme aller Gläubiger zu"²⁵⁶, und weil das Recht zur Forderungsanmeldung gem. Art. 32 I EuKÜ in allen Verfahren übereinkommensautonom gewährleistet werde, könnten die einzelnen Vertragsstaaten die Verfahrensteilnahme nach nationalem Recht als anwendbarer *lex fori concursus secundaria* (Art. 28 EuKÜ) auch "nicht einschränken oder ausweiten"²⁵⁷.

Es erscheint in mehrfacher Hinsicht wenigstens ungenau, auf diese Weise die deutscherseits besonders advozierte allgemeine Teilnahmefreiheit über den konkreten Regelungsgehalt hinaus in den Rang einer Marktfreiheit und eines Superprinzips des EuKÜ zu erheben. Selbst die Präambel ist da mit der Erwägung hinsichtlich der "Gläubiger und deren Recht zur Anmeldung [] der Forderungen" präziser²⁵⁸.

Daß der EG-Binnenmarkt durch das EuKÜ gerade nicht zum Jurassic Park der Rap-tokreditoren werden soll, garantiert geradezu die allgemeine Unterscheidung zwischen Konkursbeschlagnahme und Teilnahmerechten. Diese zeigt sich gerade auch in jenem Art. 32 I EuKÜ, der seiner Rechtsfolge nämlich nicht den Passivbeschlagnahme, sondern nur ein

253

Sprachlich und konstruktiv ist es möglich, Normen wie den Art. 3 II 2 EuKÜ und den § 238 I KO (und übrigens auch den § 23 Satz 1 Fall 1 ZPO) schon dann zugleich als Regelung der Passiva anzusehen, wenn man einen entsprechenden Vermögensbegriff, Sondervermögensbegriff oder Partikularkonkursbegriff zugrundelegt. Sowohl im deutschen Recht wie wohl auch im Übereinkommen werden Regelungen dieser Art jedoch heute nur als solche der Aktiva verstanden, so daß man hier dogmatisch sehr prinzipiell ansetzen mußte. Die daraus vielleicht resultierende übereinkommensautonome Festlegung eines Sonderverfahrensbegriffs einschließlich Passivbeschlagnahmeregeln soll hier jedoch ebenfalls auf sich beruhen (siehe allgemein oben in N. 222 und zum Universalverfahren bereits oben in N. 218). Das Fehlen einer übereinkommensautonomen Regelung bedeutet keinen übereinkommensautonomen Ausschluss von Passivmasseschlagungen der *lex fori concursus*; siehe sogleich unten bei N. 265, sowie zu § 238 KO bereits oben 1.) b), bei N. 28, siehe auch zu § 23 ZPO oben in N. 86.

254

- und zwar eine einheitliche Sachnorm als Sonderrechtsnorm *ratione materiae* des IKR -

255

Die Abgrenzung des übereinkommensautonomen Regelungsgehalts vom im übrigen anwendbaren Recht der Vertragsstaaten ist kein spezifisches Problem des EuKÜ, aber wegen der spezifischen Komplexität des Insolvenzrechts als Materie und falls der Regelungen des EuKÜ besonders wichtig. Der *Virgos/Schmit*-Bericht zum EuKÜ scheint, jedenfalls bei erster Lektüre, in diesem Punkt sehr problembewußt zu sein und ist stets vor dem Hintergrund der subsidiären Geltung der einzelstaatlichen *lex fori concursus* zu lesen. Das ist wichtig für das Verständnis von Erläuterungen streitiger Fragen. Eine Nichtregelung oder Nichtbeschränkung durch das Übereinkommen bedeutet daher im Zweifel nicht auch Nichtregelung oder Nichtregelung im Übereinkommen, nämlich nach der übereinkommensautonomen maßgeblichen *lex fori concursus*.

256

Balz 953 (unter VII 1, a.E.).

257

Balz 953 (unter VII 3, a.E.); anders noch *ders.*, Einleitung (oben N. 213) 328 mit N. 11.

258

Siehe zu dieser mit dem von *Balz* a.o. (vorige Note) herangezogenen Art. 32 I EuKÜ übereinstimmenden Formulierung Engerer, technischer Bedeutung mehrfach in oben folgenden Text. Der Bericht zählt denn auch dieses Element von vornherein nicht zu den "wichtigen Angaben" in der Präambel (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 1, 2-10) und betont als Eigenart der Gesamtvorgänge: "Bei einem kollektiven Vorgehen [scil., der Gläubiger] bedarf es genau bestimmter und durchsetzbarer Rechtspositionen (einer klaren Rechtslage) ..." hinsichtlich der "Rechte im Konkursverfahren" (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 2). Der Bericht bekundet sich im weiteren zwar allgemein zur Beteiligungsfreiheit im Binnenmarkt (a.a.O. Nr. 35), ist aber bei jeder konkreten Rechtsfrage bemerkenswert präzise in Sprachgebrauch und Aussage (einschließlich Auslassungen).

Teilnahmerecht, und innerhalb der verschiedenen Teilnahmerechte nur ein einzelnes, nämlich das zur Anmeldung betrifft und nur "Formalitäten" meint, und der außerdem nur für das Sekundärsolvenzverfahren, nicht für das Partikularverfahren gilt.²⁵⁹ Der These vom übereinkommensautonomen allgemeinen, umfassenden "Teilnahmerecht" aller Gläubiger an allen Verfahren ist daher die These von der sachlich wie kollisionsrechtlich differenzierten Gläubigerbeteiligung entgegenzustellen.

Daß das Übereinkommen weder übereinkommenseinheitlich ein über das Anmelderecht gem. Art. 32 I EuKÜ hinausgehendes allgemeines Konkursteilnahmerecht, noch sachlich ein einheitliches, unteilbares derartiges Recht regelt, ergibt sich auch schon aus Art. 4 II 2 (lit. g)-i) (in Verb. mit Art. 28²⁶⁰) EuKÜ. Danach sind der Kreis der anmeldbaren Forderungen (lit. g)²⁶¹ deren Anmeldung²⁶², Prüfung und Feststellung (lit. h) sowie u. a. die Erlösverteilung (lit. i)²⁶³ jeweils unterschiedene Anknüpfungsgegenstände, die außerdem noch überwiegend dem Sachrecht der Vertragsstaaten als lex fori concursus zugewiesen werden.²⁶⁴ Diese kann dann Passivbeschränkungen vorsehen²⁶⁵, aber auch bloße Teilnahmebeschränkungen einschließlich Gruppenbildungen²⁶⁶. Hier wird einzelstaatlich, aber übereinkommensgestützt noch viel einzelstaatliche Überzeugungsarbeit zu leisten sein. Das gilt auch für das deutsche Recht mit seiner unentwickelten Dogmatik des geltenden § 238 KO²⁶⁷ und seinen Gesetzeslücken in § 22 II GesO und Art. 102 III 1 EGVsO. Es ist jedoch zu behaupten, wenn auch wie gesagt hier nicht auszuführen, daß das deutsche Recht es im Zusammenhang aller genannten Vorschriften des EuKÜ gebietet, wenigstens aber zuläßt, die Sonderverfahren des deutschen Rechts im Rahmen des EuKÜ als echte Partikularkonkurse auszugestalten und sie unter anderem auf Inlandsgläubiger zu beschränken.

(b) Antragsrechte

Die wichtigen Antragsbefugnisse sind für die Sonderverfahren des EuKÜ nicht einheitlich, sondern getrennt für das Sekundärsolvenzverfahren in Art. 29 EuKÜ und für das Parti-

²⁵⁹ Siehe näher unten nach N. 291.

²⁶⁰ Daß Art. 28 EuKÜ keine Sonderregelung, sondern "eigentlich nur eine Wiederholung" darstellt, besagt auch der Bericht: *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 208.

²⁶¹ - also, cum grano salis, der Passivmasseschlag -

²⁶² Terminologisch dürfte es sich empfehlen, im Blick auf die voranstehende lit. g) (siehe die vorige Note) streng zwischen "Anmeldbarkeit" und der "Anmeldung" selbst zu unterscheiden, wobei gerade auch die Anmeldung bzw. das Anmelderecht wieder zu differenzieren ist; vgl. *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 69, 217 a. E., 221 a. E., 249, 250-253, und näher unten nach N. 291.

²⁶³ Hinzuzählen könnte man übrigens noch sowohl den Vergleich (lit. j) und die Wirkungen der Konkursbeendigung auf Gläubigerrechte (lit. k).

²⁶⁴ Siehe hierzu im einzelnen *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 68-71.

²⁶⁵ Der Bericht bestätigt an keiner Stelle ein Verbot einzelstaatlicher Massebeschränkungen (siehe dazu auch oben in N. 253), sondern unterstellt - klugerweise stillschweigend - die Maßgeblichkeit der lex fori concursus; siehe etwa für das Sekundärsolvenzverfahren *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 206f. Auch hier stellt sich dennoch wieder die prinzipielle Frage nach den übereinkommensautonomen Grenzen einzelstaatlicher Ausgestaltungen, der hier aber nicht weiter nachgegangen werden soll.

²⁶⁶ Letzteres zeigt Art. 33 EuKÜ I 1 Halbs. 2 EuKÜ für den - wichtigen (siehe *Thieme*, Partikularkonkurs 237f.) - Fall der Aussetzung von Verwertungsmaßnahmen im Sekundärsolvenzverfahren, wonach dem Gericht (!) ... das Recht zusteht, ... vom [beantragenden] Verwalter des Hauptinsolvenzverfahrens alle angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Gläubiger des Sekundärsolvenzverfahrens (!) sowie einzelner Gruppen von Gläubigern (!) zu verlangen. "Übereinkommensautonomie ist hier die Möglichkeit unterschiedlicher Behandlung garantiert, die Gruppenbildung selbst unterliegt aber der nationalen lex fori concursus; vgl. *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 228, 231 a. E., und ergänzend unten bei N. 297.

²⁶⁷ Dazu oben 1.) b), sowie 2.) b), bei N. 106.

kularverfahren in Art. 3 IV EuKÜ und sachlich prima facie auch unterschiedlich geregelt worden.

Für das Sekundärsolvenzverfahren enthält Art. 29 EuKÜ eine dem Art. 18 ER-KÜ 1990 wortgleiche Regelung. Übereinkommensautonomie ist danach lediglich das Verwalterantragsrecht geregelt (Art. 29 Nr. 1 EuKÜ), das freilich übereinkommensautonom und ipso iure das Schuldnerantragsrecht ausschließen dürfte.²⁶⁸ Für alle anderen Antragsbefugnisse gilt gem. Art. 29 Nr. 2 EuKÜ übereinkommensautonom unbeschränkt die lex fori concursus secundaria.²⁶⁹ Diese kann die Antragsrechte wieder beschränken²⁷⁰, insbesondere entsprechend gegebenenfalls den einzelstaatlichen Passivbeschränkungen²⁷¹. Bestehen solche Beschränkungen nicht, ist die Maßgeblichkeit der nationalen Rechte für die Antragsbefugnis gleichsam eine Lizenz zum Töten der Universalität des Hauptinsolvenzverfahrens mit Hilfe freizügiger Antragsrechte für Sekundärsolvenzverfahren nach einzelstaatlichem Recht²⁷². Die übereinkommensautonome Regelung eines besonderen Rechtsschutzinteresses, wie von deutscher Seite lange angestrebt (vgl. Art. 17 II EGVsO/RefE, § 396 II InsO/RegE, Art. 22 EuKÜ/E 1992 und 1994²⁷³), wäre nützlich²⁷⁴, ein übereinkommensautonomer Abschluß dieses

²⁶⁸ Der Bericht besagt dies in typischer Manier nur mittelbar, aber klar: Zur Nr. 1 wird nur das Verwalterantragsrecht behandelt und erläutert gesagt: "Diese Vorschrift bringt das Verhältnis der Abhängigkeit des Sekundärverfahrens gegenüber dem Hauptverfahren zum Ausdruck" (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 209). Genau dieses Verhältnis schlägt sich im Verlust der Verfügungs-, Verwaltungs- und Antragsbefugnis des Schuldners infolge Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens nieder, vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 230, 247 (siehe bereits oben in N. 29). Deshalb formuliert der Bericht zur Nr. 2: "Das Recht dieser (scil. nach der lex fori concursus antragsbefugten) Personen und damit (!) das Recht der Gläubiger (!), eine Verfahrensöffnung zu beantragen, ..."; *Virgos/Schmit* a. O. Nr. 210.

²⁶⁹ Vgl. *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 210, wo zwar gleich ein Dreifaches versichert wird - Fehlen eines besonderen Rechtsschutzinteresses, Antragsrecht für "jedermann unterschiedlos", Beschränkungen nur bei Art. 3 IV lit. b) EuKÜ -, dies aber wie üblich (siehe oben N. 255) nur die übereinkommensautonome Nichtregelung bzw. Nichtbeschränkung klärt. Daß die betreffenden Fragen durch die lex fori concursus geregelt werden (und eventuell in anderem Sinne), besagt das EuKÜ in Art. 29 lit. b) und der Bericht noch an anderer Stelle; *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht II Nr. 31. Wie sehr (und wie geschickt) der Bericht allerdings der politischen Beruhigung der Vertragsstaaten dient, insbesondere der akut gläubigerfeindlichen wie Deutschland, ergibt sich aus einem Vergleich mit der Begründung zum vorliegenden Art. 18 lit. b) ER-KÜ, wo das Interesse (bis hin zu angeordneten Souveränitätsbedenken) anderer, nämlich der romanischen Staaten, an der Bewahrung ihrer öffentlich-rechtlichen Antragsbefugnisse zum Ausdruck kommt; vgl. Explanatory Report (oben N. 134) Nr. 105. Daß das Übereinkommen diese Spannweite hat, ist nur wünschenswert.

²⁷⁰ Nichts Gegenteiliges besagt, nicht von ungefähr, der *Virgos/Schmit*-Bericht a. O. (vorige Note).

²⁷¹ Siehe zu diesen oben nach N. 256.

²⁷² - verstärkt übrigens noch durch die oben bei N. 224 berührte Eröffnungsautomatik gemäß Art. 27 Satz 1 EuKÜ.

²⁷³ Siehe oben b(3), in N. 184.

²⁷⁴ Daß man nach dem Wegfall des Vermögensgerichtsstandes für das Sekundärsolvenzverfahren "im Rahmen des Gesamtkompromisses" auf dieses Erfordernis im Hinblick auf die durch Art. 27 Satz 2 EuKÜ (Sekundärsolvenzverfahren ist notwendig Liquidationsverfahren) veränderte Situation bei den Schuldneranträgen verzichtet hat (*Balz* 953 N. 35), ist nicht plausibel, denn Eigenanträge wird es hier nicht geben (siehe oben im Text bei N. 268), und es geht doch gerade um die Zurückdrängung von Gläubigerrechten zugunsten der Universalität. *Balz* (a. O. und auch sonst stets) sieht letzteres grundsätzlich anders. Der Autor (*Balz*, Einleitung [oben N. 213] 328) spricht dem von Art. 27 Satz 2 EuKÜ auch noch als von dem Preis, der für die Einbeziehung der meisten Sanierungsverfahren in das EuKÜ zu zahlen gewesen sei, indem "die Staaten (!) davor geschützt werden (sollen), daß auf ihrem Gebiet belagene Vermögenswerte zu Lasten der Gläubiger für wirtschaftspolitisch motivierte Sanierungen anderer Staaten verwendet werden." Dies ist, nota bene, seinerseits wirtschaftspolitisch, und zwar ebenfalls nur Protektionismus; siehe oben 2. b) (1) vor N. 124. Überdies würde der von *Balz* (a. O.) akzentuierte Gesichtspunkt doch vor allem gegen die als Sanierungsverfahren möglichen isolierten Partikularverfahren sprechen, weil es Sanierungen gegen die Zentrale in der Tat nicht geben darf. Doch müssen die - womöglich widersprüchlichen - Sanierungspolitik des EuKÜ hier ebenfalls dahinstehen; vgl. jedoch ergänzend unten in N. 302.

Moments jedoch übereinkommensautonom ausdrücklich festzuschreiben gewesen, hätte man es wirklich gewollt²⁷⁵. Somit verbleibt es auch insoweit bei der Maßgeblichkeit einzelstaatlichen Rechts.

Die Antragsbefugnisse für das Partikularverfahren sind, wie bereits vermerkt, im EuKÜ 1995 ganz abweichend sowohl von den früheren Entwürfen wie von denen des Sekundärsolvenzverfahrens geregelt, Art. 3 IV lit. b) EuKÜ. Hinzu kommen noch Zulässigkeitsregeln (nicht Antragsrechte) für die besonderen Fälle des Art. 3 IV lit. a) EuKÜ²⁷⁶. Der Art. 3 IV EuKÜ als Ganzes ist Teil und wesentliches Element jenes "Gesamtkompromisses" mit Belgien²⁷⁷ (bzw. unter der Ägide der belgischen Präsidentschaft). Diese neuartige und übereinkommensautonome Beschränkung von Gläubigerantragsrechten²⁷⁸ auf solche von "einheimischen Gläubigern"²⁷⁹ ist wegen des Repressioneffekts auf isolierte Partikularverfahren neutralisierend für das Funktionieren des EuKÜ und ist wegen ihres Charakters als Inlandsbezugsregelung auch sonst von Interesse.

Gemäß Art. 3 IV lit. b) EuKÜ ist das Partikularverfahren nur zu eröffnen, "falls die Eröffnung des Partikularverfahrens von einem Gläubiger beantragt wird, der seinen Wohnsitz, Niederlassung befindet, oder dessen Forderung auf einer sich aus dem Betrieb der Niederlassung ergebenden Verbindlichkeit beruht."

Zunächst: Konstruktiv handelt es sich nicht um ein besonderes Rechtsschutzinteresse für den Antrag, sondern um eine Beschränkung des Antragsrechts selbst, andere Gläubiger als die genannten haben gar kein Antragsrecht²⁸⁰.

Daß für den Niederlassungskonkurs die Niederlassungsgläubiger antragsbefugt sind, Art. 3 IV lit. b) Fall 2 EuKÜ, erscheint selbstverständlich. Der Inlandsbezug liegt hier in der objektiven Niederlassungsbezüglichkeit der Forderung selbst²⁸¹, also mindestens auch in der Eigenschaft als "Inlandsforderung"²⁸² und nicht allein in einer persönlichen Eigenschaft des Gläubigers. Die Harmonie ist freilich dadurch getrübt, daß sich das Partikularverfahren nicht etwa auf das Niederlassungsvermögen beschränkt, sondern gem. Art. 3 II 2 EuKÜ das gesamte Inlandsvermögen erfaßt²⁸³. Die Niederlassungsgläubiger können also auch auf das sonstige

²⁷⁵ - was auch gar nicht der Fall ist (siehe oben in N. 255).

²⁷⁶ Dazu nur anhangsweise unten bei N. 302.

²⁷⁷ Vgl. Balz 953 N. 35, und dazu bereits oben in N. 274.

²⁷⁸ - und auf Gläubigeranträge? Antragsrechte anderer Beteiligter sollen nach dem Wortlaut des Art. 3 IV lit. b) EuKÜ offenbar ausgeschlossen sein, vgl. auch *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 210 a.E. Mangels des Schuldners. Selbst wenn dies konstruktiv möglich und nach der *lex fori concursus* gegeben sein sollte, was hier nicht untersucht werden soll, wäre hier wegen der Gefährlichkeit von Schuldneranträgen ausnahmsweise auch ein besonderes Rechtsschutzinteresse für den Eigenantrag zu fordern.

²⁷⁹ - so die zusammenfassende Bezeichnung bei *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 54 -

²⁸⁰ - im Bericht (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 54) ausnahmsweise unbestimmt ausgedrückt: Abgesehen von diesen beiden Fällen dürfte das zuständige Gericht vor Eröffnung des Hauptinsolvenzverfahrens kein Partikularverfahren eröffnen. Bedeutet dies, wie für den deutschen § 238 III KO zu erwägen (oben in N. 32), daß andere Gläubigeranträge wirksam gestellt und nur nicht positiv beschieden werden können? Zu anderen als Gläubigeranträgen bereits oben in N. 278.

²⁸¹ Im Bericht (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 54) werden als Beispiele genannt: "Forderungen von Angestellten dieser Niederlassung, von Verkäufern, die der Niederlassung aufgrund eines mit ihr geschlossenen Vertrags Waren geliefert haben, sowie von Steuerbehörden und Sozialversicherungsträgern".

²⁸² Hierzu *Thieme*, Partikularkonkurs 250f. (251) und bereits oben I. 1. b) und passim.

²⁸³ Siehe zur dem entsprechenden deutschen Rechtslage oben I. 1. b), bei N. 24.

(Privat-)Vermögen des Schuldners greifen, was zu Lasten anderer Gläubiger, und zwar sowohl von "Inlandsgläubigern" als auch der Hauptinsolvenzverfahrensgläubiger geht. Das wäre spätestens beim Rechtsschutzinteresse zu berücksichtigen²⁸⁴.

Der Erstreckung auf das gesamte Inlandsvermögen entspricht die Antragsbefugnis auch solcher Inlandsgläubiger, die nicht Niederlassungsgläubiger sind, sondern lediglich ihren "Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz" im Vertragsstaat der Niederlassung haben²⁸⁵. Die Besonderheit des Art. 3 lit. b) Fall 1 EuKÜ gegenüber Fall 1 ist das hier fehlende ausdrückliche Erfordernis der Inlandsbezüglichkeit der Forderung des Gläubigers als Korrelat der Niederlassungsbezüglichkeit bei den Niederlassungsgläubigern. Der Inlandsbezug wird rein subjektiv bestimmt, nämlich über die persönliche Eigenschaft des Gläubigers. Damit geht das EuKÜ 1995 jetzt einen anderen Weg als das Istanbul Übereinkommen, das in Art. 21 ER-KÜ neben den Niederlassungsgläubigern lediglich bestimmte Gruppen bzw. Forderungsarten von Inlandsgläubigern (Sicherungsgläubiger, Vorrechtsgläubiger, Abgabengläubiger und Arbeitnehmer) privilegiert²⁸⁶ und insofern auch auf jenem wünschenswerten objektiven Element der Inlandsbezüglichkeit der Forderung selbst, als "Inlandsforderung"²⁸⁷, beruht. Diese Straßburger Konzeption erscheint gegenüber der des EuKÜ im Ergebnis vorzugswürdig und daher vorzuschlagen, den Art. 3 IV lit. b) Fall 1 EuKÜ im Wege der übereinkommensautonomen²⁸⁸ Auslegung um das Erfordernis zu ergänzen, daß die dem Antrag zugrundeliegende Forderung des Inländers auch einen objektiven Inlandsbezug haben muß. "Private" Arbeitnehmer (wie Hauspersonal), Verbraucher, Unterhaltsberechtigte, Kleingläubiger und Kleinunternehmer, Versicherungsgläubiger, aber auch der Fiskus und Sozialversicherungsträger würden danach wahrscheinlich typischerweise Inlandsgläubiger sein müssen, weil bei ihnen jeweils sachliche Gründe für die Einräumung des Antragsprivilegs sprechen.

Wie stets, muß auch im Falle des Art. 3 IV lit. b) Fall 1 EuKÜ dem Antragenden außerdem noch ein (besonderes) Rechtsschutzinteresse zur Seite stehen. Dieses erhält bei den sonstigen Inlandsgläubigern seine Bedeutung durch die vorgegebene Asymmetrie, derzufolge ein Nicht-Niederlassungsgläubiger, allein weil er Inländer ist (und ein womöglich schwach verknüpfter dazu, siehe oben), ein Partikularverfahren der Niederlassung herbeiführen kann, auch wenn keiner der sachnäheren Niederlassungsgläubiger einen solchen Antrag stellt. Daher ist hier nur bei Niederlassungsgläubigern ein Rechtsschutzinteresse indiziert²⁸⁹, während es sich bei den anderen Inlandsgläubigern fast schon um ein Notantragsrecht handelt²⁹⁰.

284

Im Normalfall indiziert die Niederlassungsbezüglichkeit der Forderung gerade das Rechtsschutzinteresse. Es dürfte auch der Regelfall sein, daß nur Niederlassungsvermögen vorhanden ist. Liegt aber erhebliches sonstiges Inlandsvermögen und kein nennenswertes Niederlassungsvermögen vor, wird dies einer der eher seltenen Fälle sein, den Antrag eines Niederlassungsgläubigers zurückzuweisen. Siehe ergänzend unten bei N. 289.

285

Welcher Gläubigerkreis hier, gleichsam als Privatgläubiger, neben den Niederlassungsgläubigern überhaupt in Betracht kommt, kann zweifelhaft sein, weil infolge der hier stets vorhandenen Niederlassung die meisten Forderungen niederlassungsbezüglich sein werden. Viel hängt hier noch vom Niederlassungsbegriff ab; siehe oben (2).

286

Siehe dazu bereits oben (1), bei N. 209.

287

Siehe dazu oben bei N. 282.

288

- sonst der einzelstaatlichen -

289

Dazu bereits oben in N. 284.

290

Typischerweise geht es hier um (vgl. auch § 396 II InsO/RegE, Art. 22 EuKÜ/E 1992 und 1994 [dazu etwa bereits oben in N. 184]): Gläubiger, die nicht mit dem Hauptsitz kontrahiert haben, Fälle der Unmöglichkeit der Teilnahme am Hauptinsolvenzverfahren, einschließlich sozialer oder persönlicher Schwäche sowie der Aussichtslosigkeit, Unzumutbarkeit oder (extremen) Unwirtschaftlichkeit der Teilnahme an dem eigentlich statt des Partikularverfahrens zu beantragenden Hauptinsolvenzverfahren.

(c) Anmelde- und sonstige Teilnahmerechte

Ein klarstellendes Wort sodann noch zu den anderen Teilnahmerechten, namentlich der "Anmeldung"²⁹¹.

Beim Sekundärsolvenzverfahren ist in Art. 32 I EuKÜ ausdrücklich bestimmt: "Jeder Gläubiger kann seine Forderung im Hauptinsolvenzverfahren und in jedem Sekundärsolvenzverfahren anmelden". Entgegen erster Lektüre der Vorschrift und bereits anzutreffender erster Kommentare²⁹² läßt sich Art. 32 I EuKÜ mit einer Passivmassbeschränkung des Sekundärsolvenzverfahrens ebenso vereinbaren wie etwa mit beschränkten Antragsrechten. Das ist im wesentlichen eine Folge des Charakters dieser Art. 20 ER-KÜ entsprechenden Vorschrift, die der Rechtsfolge nach nicht die gesamte Konkurserteilnahme, sondern nur die "Anmeldung" betrifft, und auch insoweit nur "Formalitäten"²⁹³ im Sinne des Kap. IV, Art. 39-42 EuKÜ²⁹⁴ (ebenso Kap. IV, Artt. 30-32 ER-KÜ). Daher bleiben etwa "die Anmeldefristen, die Folgen einer verspäteten Anmeldung, die Zulässigkeit [!] und die Begründetheit [!] der Anmeldung durch einzelstaatliches Recht geregelt."²⁹⁵

Wenn Art. 32 I EuKÜ die Anmeldung zwar für jedermann²⁹⁶, aber lediglich als "Formalität" erlaubt, kann folglich materiell und auch im übrigen differenziert werden, übereinkommensautonom insbesondere die Zulassung, Feststellung und Verteilung auf Inlandsgläubiger beschränkt werden. Im Istanbuler Übereinkommen sagt dies ausdrücklich der Art. 21. Daß diese Vorschrift im EuKÜ fehlt, heißt aber, übrigens auch trotz der durch Art. 32 II eingeräumten Sammelanmeldungsbefugnis, nicht, daß das EuKÜ eine solche Möglichkeit nicht eröffnet. Hatte man am Prinzip der Art. 20f. ER-KÜ 1990 etwas ändern wollen, hätte die Rechtsfolge des Art. 32 EuKÜ geändert und z.B. auf die volle "Teilnahme" erweitert werden müssen. Außerdem erlaubt im direkten Regelungszusammenhang des Art. 32 der Art. 33 EuKÜ I I Halbs. 2 EuKÜ eine Sonderbehandlung von Sekundärsolvenzverfahrensgläubigern und sogar eine Gruppenbildung.²⁹⁷

Schließlich und vor allem kann kein Zweifel bestehen, daß mangels einer übereinkommensautonomen Regelung jegliche Teilnahmerechtigung der *lex fori concursus* (hier: *secundaria*) unterliegt.²⁹⁸

²⁹¹ Siehe bereits oben bei N. 259 und ergänzend namentlich noch unten in N. 296.
²⁹² *Balz* 953; vgl. bereits oben bei N. 257.

²⁹³ So der Explanatory Report (Ioban N. 134) Nr. 111) zum Istanbuler Art. 20 (vgl. das Zitat unten N. 298).
²⁹⁴ In der Sache ebenso *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 69, 217 a E., 221 a E., 249, 250-253.
²⁹⁵ *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 249. "Kapitel IV legt fest, ... welche Regeln für die Forderungsanmeldung gelten."

²⁹⁶ *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 251b, unter Hinweis auf Art. 4 II 2 lit. h) EuKÜ.
Der Bericht (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 252) spricht sogar davon, daß "das Anmeldeverfahren im Staat der Verfahrenseröffnung ansässigen Gläubiger ... durch dessen Recht geregelt" werde, ebenso dasjenige von Gläubigern aus Drittstaaten nach dortigem Recht. Das geht m.E. zu weit - das Anmeldeverfahren nach Art. 32 I EuKÜ ist als solches übereinkommensautonom als allgemeines garantiert, auch für Drittstaaten. Möglicherweise ist hier aber Anmeldebarkeit gemeint; siehe noch unten in N. 298. Solche Zweifel sollten schleunigst mit dem Ziel einer übereinkommensautonomen Begriffsbestimmung geklärt werden, beginnend bei Übersetzungsfragen, fübend auf Rechtsvergleichung, aber mündend in einer dogmatisch glasklaren Kategorie, verstehbar für den Sizilianer wie für den Finnen.
²⁹⁷ Siehe bereits oben in N. 266. Eine solche Vorschrift fehlt im ER-KÜ. Im EuKÜ fehlt zwar der Art. 21 ER-KÜ, jedoch kann der Art. 33 EuKÜ ihn wohl vertreten, indem die Gruppenbildung nach der Inlandsbezüglichkeit bzw. anhand einer Privilegierung von Inlandsgläubigern erfolgen kann.

²⁹⁸ So richtig noch *Balz*, Einleitung (oben N. 213) 328f. mit N. 11 (mit Hinweis auf Art. 28 EuKÜ), gegen *Balz* 953 (unter VII 3); richtig auch schon der von *Balz* verfabte deutsche Art. 31 I VE 1989, wonach auch der Konkursverwalter des Hauptinsolvenzverfahrens die Forderung eines

Die Konsequenzen sind bedeutend: Die Anmeldung als Formalität selber reimt sich mit dem übrigen System, indem es schon aus praktischen Gründen (etwa zur Fristwahrung) hinnehmbar ist, daß jeder Gläubiger seine Forderung vorsorglich in allen Verfahren des Schuldners anmeldet, allerdings wohlwissend, daß er womöglich nur in einem der Verfahren teilnahmerechtigt ist und jedenfalls wissend, daß er trotz Mehrfachanmeldung nicht mehr bekommen wird als bei Einfachanmeldung, er aber bei Einfachanmeldung vielleicht ganz ausfiel.²⁹⁹ Mit dem allen reimt sich in letzter Konsequenz, daß nach der anwendbaren *lex fori concursus secundaria* nur Inlandsgläubiger überhaupt beteiligt werden müssen, also eine echte Passivmassbeschränkung stattfinden kann und die Hauptinsolvenzverfahrensgläubiger eben nur in den Genuß einer übereinkommensautonomen Formalität kommen. Mit der konkreten Auslegung des Art. 32 EuKÜ reimt sich schließlich das Fehlen einer allgemeinen übereinkommensautonomen Antragsbefugnis für jedermann.

Der Art. 32 I EuKÜ gilt im übrigen nicht für das Partikularverfahren, solange dieses isoliert bleibt.³⁰⁰ Damit kommen die Hauptinsolvenzverfahrensgläubiger übereinkommensautonom dort nicht einmal in den Genuß jener "Formalität" der Mehrfachanmeldung. Über ihre Verfahrensbeteiligung entscheidet gem. Art. 4 II 2 lit. g)-i) EuKÜ allein die *lex fori concursus particularis*. Damit ist einzelstaatlichen Passivmassbeschränkungen und Teilnahmerechtsbeschränkungen beim Partikularverfahren ebenfalls Tür und Tor geöffnet.³⁰¹

So weit das Grundsystem. Sieht man von Sonderregeln innerhalb der Sonderverfahrensregeln wie der in Art. 3 IV lit. a) EuKÜ statuierten Zulässigkeit des Partikularverfahrens in

Hauptinsolvenzverfahrensgläubigers nur anmelden können sollte, "soweit sie zur Teilnahme an dem inländischen Verfahren berechtigt", siehe dazu Begründung VE 1989, 87 (= 48), teilweise verkannt bei *Thieme*, Partikularkonkurs 235. Jener Regelungsvorschlag könnte als Korrektur Straßburger Irrwege ER-KÜ 1990 (Explanatory Report a O. Ioban N. 134))

"Since this article concerns only formalities, it is self-evident that, if the law of the Party where the main bankruptcy is opened does not permit a lodgement of claims of that type, such claims cannot be admitted for payment."

Daß es im Sekundärsolvenzverfahren allein um die Teilnahmerechtigung am Hauptinsolvenzverfahren und nicht in erster Linie um die dortige Teilnahmerechtigung gehen soll, ist mindestens zweifelhaft, wahrscheinlich sogar falsch. Denn wie, wenn der Hauptinsolvenzverfahrensverwalter die Forderung gerade deshalb im Sekundärsolvenzverfahren anmelden muß, weil sie als solche oder wegen anderer Gründe im Hauptinsolvenzverfahren nicht teilnahmefähig ("anmeldbar") ist? Und könnte umgekehrt eine Forderung im Sekundärsolvenzverfahren angemeldet werden, die in diesem ganz und gar nicht teilnahmefähig ist? Wohl nicht; vgl. zum *Virgos/Schmit*-Bericht das Zitat oben in N. 296. Anders nur, wenn es in Gesamtgefüge überhaupt nicht mehr auf die Teilnahmefähigkeit ankommen sollte. Doch steht dem entgegen, daß damit trotz der Maßgeblichkeit der *lex fori concursus specialis* (Art. 28 EuKÜ, Art. 19 ER-KÜ 1990) reine Sachrechtsgründe auf der Strecke bleiben würden, was nicht geht. Es kann insoweit also immer nur um internationale Momente wie oben Inlands- oder Auslandsbezug gehen. In den späteren deutschen Reformentwürfen ist keine vergleichbare Regelung mehr aufgetaucht. Diese Entwürfe wollten überhaupt nur noch die Anmeldebefugnis des (deutschen) Parallelinsolvenzverfahrensverwalters im (ausländischen) Hauptinsolvenzverfahren (Art. 18 I EGInsO/RefE, § 397 I InsO/RegE) regeln - m. E. ein viel weitergehendes Prinzip, nämlich eine in den Begründungen eher kaschierte Passivmassbeschränkung, verbunden mit einem Ausfallprinzip; siehe zu letzterem noch unten bei N. 302.

²⁹⁹ Siehe zur Mehrfachteilnahme aber lediglich die Bemerkungen unten bei N. 302.

³⁰⁰ Anders nach der Konversion gem. Art. 36 EuKÜ. Auf einem anderen Blatt steht, daß diese Verfahrensanpassung so erhebliche Probleme aufwerfen dürfte, daß sie vielleicht gar nicht umsetzbar ist. Die Konversionsproblematik zeigt auch deutlich den Unsinn isolierter Partikularverfahren.

³⁰¹ Hier ergibt sich zugunsten einer echten Passivmassbeschränkung sogar noch eine mögliche Rückkoppelung mit dem Übereinkommen, indem das dort für den (Normal-)Fall gem. Art. 3 IV lit. b) EuKÜ auf Inlands- und Niederlassungsgläubiger beschränkte Antragsrecht eine entsprechende Passivmassbeschränkung indiziert.

"besonderen Fällen"³⁰² sowie vom Problem der sog. Mehrfachteilnahme gem. Art. 20 EuKÜ³⁰³ ab, zeigt sich in summa: Das EuKÜ ist letztlich und in letzter Minute dem Einfluß der deutschen neoterritorialistischen Richtung grundsätzlich oder wenigstens teilweise entzogen und dem klassischen Pluralitätsprinzip auf Grundlage des Einheits- und Universalitätsprinzips angenähert worden. Das Übereinkommen ist zugleich für die wichtigen Elemente des echten, strengen Partikularkonkurses sowie den Gesichtspunkt des Inlandsbezuges wenigstens offengehalten worden. Das befriedigt.

302

Siehe bereits oben bei N. 276. Es geht hier um die Fälle der "Unmöglichkeit" eines Hauptinsolvenzverfahrens im Vertragsstaat des Interessensmittelpunkts, wobei an die Konkursfähigkeit von Nichtkaufleuten oder von öffentlichen Unternehmen gedacht ist: *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. N. 54. Die Regelung ist eine alte Bekannte aus den früheren Entwürfen (siehe zuletzt Art. 10 EG-KÜ/E 1980 und 1984, vgl. auch Art. 4 II ER-KÜ und dazu *Metzger 29f*) und war schon damals kritikwürdig; siehe bei *Thieme*, Grundsätze, insbes. 269f., vgl. 266f. und passim: *ders.*, Revidierter Entwurf (oben N. 180) 478f. Hauptgründe: Ein absolut isolierter Partikularkonkurs (d.h. ein Sonderverfahren ohne jede Aussicht auf ein Hauptverfahren) ist systemwidrig, die wenigen Anwendungsfälle aber normalerweise hinnehmbar und bei krasser Anomalie Folgewirkungen über den ordre public abwehrbar. Es geht aber mindestens ebensosehr um die Möglichkeit für andere Vertragsstaaten, Konkurse und Sanierungsverfahren (!) gegen die Zentrale durchzuführen, was Anathema sein sollte; vgl. auch oben in N. 274. Daß die Regelung jetzt wiederbegegnung, ist also ärgerlich. Man wird die lege lata den Art. 3 IV lit. a) EuKÜ darauf hin zu prüfen haben, ob er formell oder materiell aufzufassen ist. Letzterenfalls wäre die "Unmöglichkeit" funktional-vergleichend am erzielten Ergebnis zu messen (Resultatvergleich). Anderenfalls bleibt immer noch die Verwendung des Art. 3 IV lit. a) EuKÜ als spezielle Ordre-public-Klausel und damit die Beschränkung ihrer Anwendbarkeit auf krasse Einzelfälle und bei hinreichendem Inlandsbezug (im Sinne des ordre public). Zu ähnlichen Ergebnissen würde die Ergänzung der Vorschrift um das Erfordernis eines als fehlend indizierten besonderen Rechtsschutzinteresses für Konkursanträge führen - ein Erfordernis, das sich um so eher vertreten läßt, als hier anders als im Fall des Art. 3 IV lit. a) EuKÜ jedermann antragsbefugt ist.

303

Ein schwieriger, hier ausgeklammerter Aspekt der Konkurserteilnahme des Gläubigers ist die Mehrfachteilnahme; Vgl. *Thieme*, Partikularkonkurs 251-254 und allgemein zum deutschen Recht die Nachweise oben I, b), in N. 36. Ausführlich und mit Rechenbeispielen auch der Bericht: *Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 157-162. Der Art. 20 EuKÜ entspricht in den Grundzügen dem deutschen § 383 InsO/RegE sowie Art. 12 EuKÜ/E 1992. Die Reichweite dieser übereinkommensautonomen Regelung gegenüber der lex fori concursus, die an sich über die Verteilung und ihre Rangfolge bestimmt, muß noch näher untersucht werden. Die Vorschrift, die übrigens nicht sonderverfahrensspezifisch ist, gebietet ebensowenig wie Art. 32 I EuKÜ rechtlich und übereinkommensautonom die Mehrfachteilnahme, sondern trifft nur eine Folgerregelung für faktische Mehrfachteilnahme in Gestalt einer bloßen Anrechnungsregel. Diese steht einzelstaatlichen Passivmasse- und Teilnahmebeschränkungen und den darin liegenden Behaltens- und Nichtbehaltensgründen wohl nicht im Wege. Ausnahmsweise bedenklich, weil inkonsequent erscheint es daher, wenn der Bericht im Zusammenhang der Folgerregelung einer Mehrfachteilnahme gem. Art. 20 II EuKÜ das Anmeldeverbot zum übereinkommensautonomen Behaltensgrund erhebt (*Virgos/Schmit*, Erl. Bericht III Nr. 160): "... nach dem Übereinkommen list es) zulässig, daß parallele Insolvenzverfahren eröffnet werden (siehe Artikel 3) Aus diesem Grund verstößt ein Gläubiger, der im Rahmen eines in einem anderen Vertragsstaat eröffneten Insolvenzverfahrens (...) befriedigt wird, gegen keine Vorschrift, sondern macht einfach nur ein Recht geltend (vgl. Artikel 32 Abs. 1). Demgemäß ist es gemäß Artikel 20 Absatz 2 zulässig, daß dieser Gläubiger behält, was er im ersten Verfahren, ..., erlangte, ..."

Die Erwähnung des ideologischen Prinzips der "europaweiten Gleichbehandlung der Gläubiger" (a.a.O.) zeigt jedoch die politische Zwickmühle und gehört gerade deshalb ins Reich der Binnenmarktpoesie. Wenigstens möglich bleibt ein einzelstaatliches Ausfallprinzip. Die Lage ist hier konstruktiv vielleicht der bei der sog. Doppelmeldung des deutschen Konkursrechts im Falle gleichzeitigen Gesellschafts- und Gesellschafterkonkurses ("Doppelkonkurs") vergleichbar, dazu statt aller Insolvenzhandbücher (*Timm/Köber*) § 84 Rz. 26 ff. Hiernach wird es insbesondere möglich sein, im inländischen Sekundärsolvenzverfahren ein besonderes Ausfallprinzip der IKR zur Anwendung zu bringen; *Thieme*, Partikularkonkurs 251-254. Meines Erachtens beruhen die oben in N. 298 berührten Art. 18 I EGInsO/RegE, § 397 I InsO/RegE auf diesem Gedanken.

III. Fazit

1. EuKÜ und deutsches IKR

Das EuKÜ von 1995 bedeutet einen Quantensprung im IKR. Deutschland ist angemessen beteiligt und in Brüssel verdientvoll vertreten worden. Es war prinzipiell richtig, von Anfang an die deutschen Reformarbeiten in die europäische Perspektive zu stellen und die Ergebnisse in die Arbeiten am Übereinkommen nachdrücklich einzubringen. Manfred Balz und Hans-Georg Landfermann ist dafür Lob und Respekt zu zollen. Aber gerade weil zugleich manches deutsche rechtspolitische Hazardspiel und manches unifikationspolitische Powerplay gescheitert ist und die jetzt erfolgte europäische Festlegung, Belgien sei noch einmal Dank, gewisse deutsche Reißzähne und Widerhaken entfernt hat, erscheint die Konvention als angenehm europäisch, ohne dem deutschen Recht fremd zu sein.

Sollte das Übereinkommen noch vor dem Außerkräften der § 238 KO und § 22 GesO Geltung erlangen, würden westdeutscher Niederlassungs-Partikularkonkurs und (gegebenenfalls) ostdeutsches Sondergesamtvollstreckungsverfahren im Rahmen der EU solche Verfahren sein, die als Partikularverfahren oder als Sekundärsolvenzverfahren im Sinne des EuKÜ fungieren und die durch das Übereinkommen eine gewisse, das deutsche Recht teils korrigierende, teils ergänzende Regelung erhalten haben. Dasselbe würde ab 1999 für den Art. 102 III EGInsO gelten. Der Niederlassungsgerichtsstand des Art. 3 II I EuKÜ wird dann den in § 22 II GesO und in Art. 102 III EGInsO fehlenden besonderen Gerichtsstand ausfüllen. Des weiteren würden für alle "isolierten" deutschen Sonderverfahren die repressiven Antragsbefugnisregelungen des Art. 3 IV lit. b) EuKÜ gelten und sie auf Inlands- und Niederlassungsgläubiger beschränken. Dergleichen würden bei den Sekundärverfahren hinsichtlich der Antragsbefugnisse und der Teilnahmeregelungen weitere Beschränkungen möglich und namentlich Weiterentwicklungen des Inlandsbezuges im deutschen Recht nicht allein nicht ausgeschlossen, sondern geradezu europäisch gefordert, siehe noch unten 2.)

Eine besondere Frage ist die nach dem frühesten Zeitpunkt einer antizipierenden Anwendung des EuKÜ 1995. Das ist wichtig wegen des womöglich unbrauchbaren § 22 II GesO und des ebenso unbrauchbaren Art. 102 EGInsO. Die grundsätzliche Legitimation zur antizipierenden Anwendung ergibt sich aus jener stets besonders betonten Ausrichtung der deutschen Reform des IKR an dem EG/EU-Projekt und dessen prospektiver Übereinstimmung mit deutschen Reformelementen. Diese Übereinstimmung kann man trotz der Brüsseler Änderungen als immer noch gegeben ansehen. Wenn und soweit vorgeschlagen worden ist, den § 22 II GesO und den Art. 102 III EGInsO im Lichte der §§ 393-399 InsO/RegE auszulegen, braucht dies gleichsam nur auf das EuKÜ umgestellt zu werden. Für eine antizipierende Anwendung wäre aber formell die Ratifizierung durch die Bundesrepublik Deutschland abzuwarten.

Von der Inkorporation des Übereinkommens als nationales IKR für das Verhältnis kann man, wie gesagt (oben 2 c), nicht wie selbstverständlich auszugehen. Der Sache nach wird dies aber das Ziel sein müssen.

2. Geltendes deutsches Recht

Der Griff nach dem EuKÜ, zumal der antizipierende, ist derzeit noch problematisch. Der deutsche Napf wird zunächst noch näher bleiben als der europäische Trog. Die Heranziehung des Übereinkommens als Auslegungshilfe ist jedoch sofort möglich und wünschenswert, um das deutsche Recht für das EuKÜ fit zu machen. Dabei ist besonders auf die Freiräume zu achten, die von der Konvention im Rahmen des Grundsatzes der lex fori concursus gelassen werden.

Für die deutsche Theorie und Praxis des IKR besteht nunmehr der heilsame Zwang, sich auf dem Umweg über das europäische Übereinkommen der eigenen, lange vernachlässigten Rechts Traditionen des Partikularkonkurses wieder zu versichern. Zu allen hier nur angedeuteten wichtigen Fragen - Begriff und Systematik, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Teleologie, isolierter oder akzessorischer Partikularkonkurs, beschränkter Konkursbeschluss und beschränkte Teilnahme einschließlich der Lösungen für die Mehrfachteilnahme, Koordination und Kooperation zwischen Haupt- und Hauptkonkurs und Partikularkonkurs einschließlich der Erklärung der in einander verschränkten, sich überlappenden Anerkennung beider - erscheinen weniger neue Prinzipialdiskussionen, sondern auf der sicheren Grundlage moderner Universalität vor allem Studien zu konkreten Fragen notwendig. Der Empirie sollte ebenfalls mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Die §§ 393-399 InsO/RegE nebst Vorarbeiten werden zunächst Lager und Widerlager sein müssen und stets schätzbares Material bleiben. Mein Plädoyer gilt neben einer loyalen Interpretation des EuKÜ nach wie vor der Rückführung des Partikularkonkurses zu einem begrifflich streng und von daher auch im übrigen eng aufgefäßen, vom Gedanken eines notwendigen Inlandsbezuges getragenen Ausnahmetatbestand zum Einheits- und Universaliskonkurs, weil nur dies der Universalität eine Chance läßt.

3. Ausblick

Der "Inlandsbezug" ist keine Besonderheit des deutschen § 23 ZPO in der Auslegung der Rechtsprechung, sondern erscheint nach allem als ein allgemeiner Rechtsgedanke, der nicht zuletzt im IKR anzutreffen ist und dort wichtige Korrektivfunktionen entfaltet. Dies gilt für das deutsche Recht ebenso wie das europäische.

Vermögensgerichtsstände und andere Inlandsvermögensregelungen sind nicht als solche und von vornherein abzulehnen, sondern erfüllen wichtige, aber ausnahmsweise Funktionen unter dem Gesichtspunkt des lokalen, genauer: territorialen Rechtsschutzes. Gerade deshalb sind sie aber auf diese Funktion beschränkt und stehen daher lediglich den territorial Geschützten, den "Inländern" in einem ebenfalls funktional bestimmten und damit doppelt beschränkendem, jedenfalls differenzierten Sinne zur Verfügung. Es ist demgegenüber ein tiefgreifendes Mißverständnis, das Wesen des territorialen Rechtsschutzes in der unbeschränkten Rechtsdurchsetzung in jedem Territorium statt im Schutz der Territorien zu erblicken. Dieses Mißverständnis korrigiert grundsätzlich der (allgemeine) "Inlandsbezug" als subjektive Zulässigkeitsvoraussetzung für die Inanspruchnahme lokaler Schutzinstrumente.

Vertretbar ist nur der Schutz, nicht die Bevorzugung. Eine automatische Privilegierung jedes Inländers ist ebenso unerwünscht wie ohnedies die blinde Diskriminierung von Ausländern. Dieser Gesichtspunkt verlangt nach einer objektiven Korrektur des Inlandsbezuges, eventuell auch seiner Ersetzung durch einen objektiven. Am nächsten liegt im vermögensrechtlichen Bereich für Prozeß, Zwangsvollstreckung und Konkurs die Voraussetzung der "Inlandsbezüglichkeit" des betreffenden Rechts, Anspruchs oder der Forderung als Inlandsforderung. Niederlassungsbezügliche Forderungen sind stets Inlandsforderungen. Eine Beschränkung auf inländische Niederlassungsgläubiger wird im allgemeinen nicht zu vertreten sein.

Besondere Inlandsbezugs Momente wie das (besondere) Rechtsschutzinteresse treten noch zum (allgemeinen) Inlandsbezug hinzu.

Die Formeln und Formulierungen des Inlandsbezuges sind noch weiterzuentwickeln. Dazu erscheint weniger die Herausarbeitung einer Kasuistik für die Kautelarpraxis als das vertiefte Studium namentlich zu den gemeinsamen historischen und systematischen Wurzeln der

Vermögensgerichtsstände und Inlandsvermögensregelungen sowie der Querverbindungen und Parallelercheinungen des IPR nötig. Alles zusammen wird mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit ergeben, daß der richtig verstandene Inlandsbezug nicht mehr und nicht weniger bedeutet als die räumlich engste Beziehung für die erfaßten Fälle und damit nichts anderes als ein weiteres Stück verwirklichten Kollisionsrechtsdenkens im IZVR.

Nachrichten aus dem Institut

von Christian v. Bar**

1. Auf- und Ausbau der Bibliothek; räumliche Unterbringung

Nach einer von *Frau Zuther* durchgeführten Zählung bestand die Institutsbibliothek am 15. Januar 1996 aus insgesamt 30650 Bänden, davon 22085 Zeitschriftenbände und 8565 Monographien. Das Institut hält z.Zt. ca. 260 Zeitschriften und Entscheidungssammlungen, die meisten davon stammen aus dem Bereich der Staaten der Europäischen Union. Auch im Bereich der Monographien haben wir - neben dem IPR - vorwiegend europäisches Privatrecht gesammelt. Das Gebäude in der Katharinenstraße kann den Bibliotheksbestand längst schon nicht mehr aufnehmen, ca. 10.000 Bände sind inzwischen ausgelagert. Aber es ist Besserung in Sicht. Sollte sich die Finanzierung wirklich auf die Beine stellen lassen, wird das Institut um die Jahreswende 1996/97 umziehen, nicht unbedingt in ein schöneres, aber jedenfalls in ein größeres Gebäude. Die Planungen sind in vollem Gange. Es handelt sich um den roten Backsteinbau an der Ecke Heger-Tor-Wall/Neuer Graben. Das Gebäude wird es uns ermöglichen, jedenfalls die Zeitschriften in zwei verbundenen Etagen zusammenhängend aufzustellen. Außerdem werden wir einen vernünftigen Seminarraum erhalten, der gleichzeitig Bibliotheksfläche sein wird.

2. Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache

Unsere Datenbank läuft weiterhin auf vollen Touren. Von Herrn *Halter* vom Carl Heymanns Verlag erhalten wir in diesen Tagen ein neues Programm, das die Arbeit mit der Datenbank erleichtern soll. Die Daten für die 4. CD-ROM-Auflage haben Mitte März 1996 das Haus verlassen. Hoffentlich geht die Produktion dieses Mal schneller als 1995. Anfang 1997 geben wir eine neue Papierausgabe heraus, die die Daten der Jahre 1992-1996 incl. enthalten wird. In der Datenbank sind derzeit ca. 17250 Datensätze enthalten. In dem Datenbankteam arbeiten z.Zt. *Herr Roman Czech*, *Frau Anja Lemkemeyer*, *Frau Andrea Schneider* und *Frau Sandra Velhorst*, technisch hervorragend unterstützt von *Herrn Dirk Staggge*. *Frau Anna Ohlenburg*, die bis dahin noch weiterhin französische Rechtsprechung ausgewertet, wird ab April 1996 dazukommen.

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

Der erste Band unserer Edition ist nach gut 7 1/2 Jahren Arbeit im November 1995 erschienen. Die Druckfahnenkorrektur und die Korrektur des Umbruches hatten insgesamt noch einmal fast ein ganzes Jahr in Anspruch genommen. Der Mohr-Verlag in Tübingen kann für seinen

Langmut gar nicht genug gerühmt werden. Herausgekommen ist aber nun ein richtig "schönes" Buch, das die viele Arbeit, die wir in es investiert haben, rechtfertigt.

Wir hoffen, den zweiten Band in spätestens vier Jahren auf die Beine gebracht zu haben. Er wird Texte enthalten von *Stryck*, *Hert*, *Coccejus*, *Coler*, *Cothmann*, *Carpzov*, *Lauterbach*, *Musaeus* und *Berlich*. Die ersten drei sind schon zur Erstkorrektur an *Herrn Dopffel* nach Hamburg gegangen. *Herr Hilling* und *Herr Kirchhoff* arbeiten z.Zt. mit Hochdruck an *Coler* und *Cothmann*; *Herr Hilling* hat außerdem das sehr arbeitsintensive und schwierige Autorenregister auf den laufenden Stand gebracht.

4. Internationales Ehe- und Unterhaltsrecht

Herr Dr. Mankowski hat mit bewunderungswürdiger Energie und Ausdauer die Neuauflage der Kommentierung der Artt. 13-18 EGBGB für den "Staudinger" soweit vorangebracht, daß wir Aussicht haben, den Ableferungstermin im Mai 1996 zu halten. Die Kommentierung wächst sich zu einem veritablen Buch aus, das zwischen 500 und 600 Druckseiten stark werden wird. Wir hoffen, daß die Kommentierung noch im Jahre 1996 erscheinen wird.

5. Internationales Umwelthaftungsrecht

Ob es im Anschluß an die 94er Tagung noch zu einer Folgetagung kommen wird, steht derzeit noch nicht fest. Die Dinge werden sich im Laufe des Jahres 1996 klären. Im Sommer 1998 werde ich an der Haager Akademie für Internationales Recht eine einwöchige Vorlesung zu dem Thema halten.

6. Neuauflage des Internationalen Privatrechts

Die Neuauflage meines zweibändigen Internationalen Privatrechts (I 1987, II 1991) ist für die Zeit nach Beendigung des Projektes zum Gemeineuropäischen Deliktsrechts geplant. Es wird also voraussichtlich 1999 werden. Die Oxford University Press plant eine Übersetzung der zweiten Auflage in die englische Sprache.

7. Übersetzung des niederländischen Burgerlijk Wetboek

Die Übersetzung des gesamten niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches ist gut gediehen. Anfang 1995 erschien der erste Band, der die juristischen Personen (Buch 2 BW) zum Gegenstand hat. Ende 1995 war der zweite Band verfügbar, der die Bücher 6 (Allgemeines Schuldrecht) und 7 bzw. 7A (Besondere Verträge) enthält. Im April 1996 schließlich erschien der dritte Band mit den Büchern 3 (Allgemeines Vermögensrecht), 4 (Erbrecht) und 5 (Sachenrecht). Neben *Herrn Franz Nieper* und *Herrn Arjen Westerdijk* sind nun an den Arbeiten wesentlich beteiligt *Herr Stefan Caspari* und *Frau Claudia Heim* sowie die Herren *Volker Heise* und *Flemming Moos*.

Noch in diesem Jahr wird auch Buch 1 (Familienrecht) verfügbar sein. Buch 8 (Transportrecht) wird den fünften Band füllen und den Gesamtumfang auf über 2000 Seiten bringen. Die

** Im Anschluß an den Bericht IJVO 1994/95 S. 109-123
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.

Geschwindigkeit der verlegerischen Produktion dürfte sich erhöhen, weil die Arbeit das Haus bereits "camera ready" verlassen wird. Die großen Umwälzungen im Hause Kluwer sind überstanden. Sie erzeugten so manche Reflexwirkungen, die die Arbeit zeitweilig kaum überwindbar erscheinen ließen. Insbesondere die Gesetzgebungsfreude des niederländischen Parlamentes und die Schwierigkeit, des wirklich aktuellen Gesetzestextes habhaft zu werden, brachten Probleme mit sich, die nur durch die ständige Lektüre des niederländischen Staatsblad gelöst werden konnten.

Diese Übersetzung des gesamten BW, die sich bewußt nicht nur auf die bereits reformierten Teile beschränkt und deswegen etwa auch das Erbrecht und das Arbeitsrecht enthält, ist vom niederländischen Justizministerium autorisiert worden. Sie stößt, wie eine Vielzahl von Anfragen zeigt, in Deutschland und den Niederlanden, erstaunlicherweise aber auch in Japan auf eine zuvor nicht erwartete Resonanz.

8. Gemeineuropäisches Deliktsrecht

Im Januar konnten wir den ersten Band an den Beck-Verlag nach München schicken. Wir rechnen alsbald mit den Druckfahnen, die dann von der gesamten Gruppe noch einmal Korrektur gelesen werden müssen. Zu guter letzt erfahren wir, daß im April 1996 der neue spanische Código Penal in Kraft treten wird, was leider noch einmal eine ganze Reihe Eingriffe in das Typoskript erforderlich machen wird. Es hat incl. der römischen Seiten und der Register, die ich *Frau Petra Haseleiter* verdanke, einen Umfang von insgesamt 1360 Maschinenscriptseiten.

Aus der ursprünglichen Gruppe sind inzwischen *Herr Karl Pfeifer*, *Herr Sean Middleton*, *Herr Ingo Rogge* und *Frau Elena Garrido Martin* ausgeschieden. Das Referat Italien wird ab Mitte April 1996 *Herr Lukas Planker* übernehmen, das Referat England hat schon seit einem Jahr *Herr Benedict Leonard* inne, das Referat Schottland übernahm *Herr Guido Pfaffmeier*. *Frau Elena Rodriguez Mariscal* hat Spanien übernommen; für Portugal ist *Herr Yanko M. de Alencar Xavier* in die Gruppe gekommen. Belgien, Frankreich und Luxemburg betreuen in Zukunft wieder gemeinsam *Frau Hilde Billiet* und *Herr Arjen Westerdijk*, der lange Zeit auch für Italien verantwortlich zeichnete. Griechenland liegt weiter in den Händen von *Frau Eyalita Eleftheriadou*, Österreich in den Händen von *Herrn Franz Nieper* und Dänemark bei *Frau Malene Stein Poulsen*. *Herr stud. jur. Björn FASTERLING* versorgt mich mit finnischen und schwedischen Entscheidungen, *Frau Nicola Everitt* mit irischem Material.

Für den zweiten Band rechne ich insgesamt noch einmal mit gut 2 1/2 bis 3 Jahren. Inzwischen ist immerhin das Material für den § 1 des zweiten Bandes ("Vom Schaden zum Schadensersatz") weitgehend erschlossen. Die weiteren Abschnitte gelten der Verschuldens- und der Gefährdungshaftung, Kausalität und Zurechnung, den selbständigen Haftungsbefreiungsgründen sowie dem gegenseitigen Einfluß von Haftung und Versicherung. Jeden Dienstag ist unverändert Seminar. Wir haben inzwischen um die 150mal getagt.

9. Übersetzungen des Gemeineuropäischen Deliktsrechts, Vol. I

Im Hause wird z.Zt. an zwei Übersetzungen des ersten Bandes unseres Gemeineuropäischen Deliktsrechts gearbeitet. *Herr Professor Atsumi Kubota* bereitet eine Übersetzung in die japanische Sprache vor. *Frau Doris Paterson-Czech* erarbeitet im Zusammenwirken mit *Frau Catherine Hughes* die Übersetzung in die englische Sprache. Den § 3 hat *Herr Sean Middleton*

übersetzt. Die §§ 1 und 4 sind bereits durch die gestrengen Kontrollen von *Mrs. Anna Rayne*, sub-editor bei der Oxford University Press, gelaufen. Der § 3, in den *Jamie Wisemann-Clarke* viel redaktionelle Arbeit investiert hat, ist in Oxford. Der § 2 soll in einigen Wochen folgen.

10. Islamisches Recht vor europäischen Gerichten

Die Planungen für eine entsprechende Tagung sind angelaufen. Leider habe ich bislang die Finanzierung nicht auf die Beine stellen können, so daß ich das Vorhaben von 1997 auf 1998 habe verschieben müssen. Ich bleibe mit dem Ständigen Büro der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht in Kontakt.

11. Schriftenreihe des Instituts

Im Universitätsverlag Rasch (Bramsche) erscheint ab 1996 unsere eigene Schriftenreihe unter dem Titel "Schriften zum ausländischen und internationalen Privatrecht". Der Pilotband wird die Dissertation von *Herrn Volker Hastedt* zum Gesellschaftsrecht von Costa Rica bringen.

12. Stipendien und berufliche Entwicklungen

Die Fritz-Thyssen-Stiftung in Köln hat für das Projekt "Gemeineuropäisches Deliktsrecht" eine zweite Förderung gewährt. Die DFG hat das Habilitationsspendium von *Herrn Dr. Grothe* um ein Jahr verlängert. *Herr Nico Nolte* hat ein Stipendium des DAAD für einen Forschungsaufenthalt in Oxford erhalten. Die VG Wort hat für den Druck des ersten Bandes unseres "Deutsches Internationales Privatrechts im 16. und 17. Jahrhundert" einen erheblichen Druckkostenschuß zur Verfügung gestellt. Sie hat auch den Druck der Dissertation von *Herrn Dr. Manikowski* in großzügiger Weise gefördert. *Herr Yanko M. de Alencar Xavier* erhält ein Stipendium des Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Herr Ingo Rogge ist zum 1.3.1996 in die Kanzlei Schindhelm und Partner, Osnabrück gewechselt. *Herr Dr. Hans-Ulrich v. Schroeter* ist in den Auswärtigen Dienst übernommen worden. Von 1.600 Bewerbern ist das nur 14 gelungen! *Herr Anthony Webster* ist nach Deutschland zurückgekehrt und arbeitet jetzt bei Clifford Chance in Frankfurt. *Herr Sean Middleton* ist Barrister in London. *Frau Elena Garrido Martin* bereitet sich mit einem Praktikum in Frankfurt auf ihre Anwaltsstätigkeit in Madrid vor. *Herr Franz Nieper* wechselt zum 1.5.1996 in den Referendariatsdienst. Seine Stelle übernimmt *Frau Ass. Claudia Warmuth*. *Herr Dr. Niels Kämpny* ist seit Oktober 1995 Referent bei der CDU-Landtagsfraktion in Sachsen-Anhalt. *Herr Dr. Jürgen Mertz* ist Rechtsanwalt in Leipzig, *Herr Dot. Karl Pfeifer* Anwalt in Bozen. *Frau Dr. Martina Oelkers* ist im niedersächsischen Referendariatsdienst.

13. Auslandsaufenthalte

Herr Dr. Mankowski und *Frau Malene Stein Poulsen* waren zu einer Tagung in Maastricht. *Herr Nico Nolte* hat in London den LL.M. erworben. Ich selber war zu einer Sitzung der European Commission on Contract Law in Galway (Irland) und zu einem Vortrag über unser Deliktsrechtsprojekt an der Universität Rom. *Frau Petra Haseleiter* war vom Dezember 1995

bis Februar 1996 in Newcastle upon Tyne (UK). Sie hat dort ihre Wahlstation bei *Broad Chare Chambers* verbracht und gleichzeitig Material für ihre Dissertation zur Stellung des Richters und des Rechtsanwaltes im englischen und deutschen Zivilprozeß gesammelt.

14. Sonstige Forschungsvorhaben

Neben den genannten Projekten, die alle in irgendeiner Weise in Teamarbeit verfolgt werden, findet im Institut natürlich auch viel Individualforschung statt. Neben den Habilitationvorhaben von *Herrn Dr. Grothe* (Fremdwährungsverbindlichkeiten) und *Herrn Dr. Mankowski* (Aufrechnung) nenne ich die folgenden, z.Zt. in der Entstehung begriffenen Dissertationen: Internationales Finanzierungsleasing" (*Holger Giese*); "Deutsche Eheverträge vor amerikanischen Gerichten" (*Wolfgang Vogt*); "Die Rechtsstellung der nondum concepti im deutschen, romanischen und englischen Recht" (*Karl-Joseph Hermanns-Engel*); "Die postmortale Eheschließung im französischen und internationalen Privatrecht" (*Kerstin Höller*); "Verschuldensunabhängige Haftung in Europa" (*Franz Nieper*); "Schadensrechtliche Fragen bei Bluttransfusionen" (*Hilde Billiet*); "Produkthaftung EG/Lateinamerika" (*Yanko Marcus de Alencar Xavier*); "Haftung gegenüber schwächeren Straßenverkehrsteilnehmern" (*Jeroen Antonides*); "Adhäsionsverfahren" (*Elena Garrido Martin*); "Haftung für Unterlassen im griechischen Deliktsrecht" (*Evlatia Eleftheriadou*); "Anwalt und Richter in Deutschland und England" (*Petra Haseliter*); "Deutsch-niederländische Ehen" (*Ariette van Maas de Bie*); "Körperverletzung und Nichtvermögensschaden im deutschen und italienischen Recht" (*Karl Pfeifer*); "Selbstversicherung des Opfers und Haftung Dritter aus Delikt" (*Malene Stein Poulsen*); "Vererbung von Anteilen an Personengesellschaften im IPR" (*Albert Reemt Schuster*); "Die Billigkeitshaftung" (*Roland Kühnemann*); "Rechtsfragen des internationalen Kunsthandels" (*Evangelos Spinellis*); "Restitutionary damages" im englischen und deutschen Recht" (*Melanie Schrewe*); "Internationale Franchising-Systeme" (*Guido Pfaffmeier*); "Bereicherungsausgleich bei Persönlichkeitsverletzungen" (*Francesco Giglio*); "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*); "Transfer of Title by Non-Owners in English and German Law" (*Benedict Knightley Leonard*).

Noch nicht veröffentlicht, aber fertiggestellt ist die Dissertation von *Ingo Rogge* ("Selbständige Verkehrspflichten bei Tätigkeiten im Interesse Dritter").

Eine ganze Reihe von kleineren Arbeiten ist außerdem aus dem Teilnehmerkreis des Ständigen Seminars zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht hervorgegangen. *Herr Dr. Mankowski* hat zahlreiche Publikationen insbesondere zum Internationalen Privat- und Privatverfahrensrecht vorgelegt. Die Einzelangaben finden sich in der Publikationsliste unten zu Nr. 15. Die Publikationsfähigkeit zu internationalprivat-, internationalverfahrens-, zivil- und verfahrensrechtlichen Themen wird *Herr Dr. Mankowski* 1996 fortsetzen, u.a. mit dem schon im letzten Jahresbericht avisierten Beitrag zur 5. Auflage von *Reithmann/ Martiny*, Internationales Vertragsrecht und einigen Arbeiten zu seinem „Stammgebiet“, dem Internationalen Seeprivatrecht.

15. Veröffentlichungen aus dem Institut im Jahre 1995

Jeroen Antonides

- Verkehrssicherungspflichten für Busschleusen, *VersRAI* 1995, S. 31-32

Christian v. Bar

- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache (Bibliographie), Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns 1993. LJII, 903 S., als CD-ROM, 3. Aufl. 1995 auf dem Stand v. 2.1.1995
- Internationales Umwelthaftungsrecht
- Bd. I: Auf dem Wege zu einer Konvention über Fragen des Internationalen Umwelthaftungsrechts. 295 S.
- Bd. II: Joachim Schmidt-Salzer, Individueller und kollektiver Schadensausgleich. 178 S.
- (Köln, Berlin, Bonn, München: Heymanns 1995) (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bände 48 und 49)
- Wettbewerbsrechtlicher Verbraucherschutz und internationales Lauterkeitsrecht, in: Schneider/Heiss/Rudisch (Hrsg.), Internationales Verbraucherschutzrecht (Tübingen 1995) S. 75-86
- Der Einfluß des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte, *Vierte Ernst-Rabel-Gedächtnisvorlesung*, in: *RabelsZ.* 59 (1995) S. 203-228

Christian v. Bar und Peter Dopffel

- Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen (Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 39), Tübingen 1995

Björn Festerling

- Das finnische Schadensersatzgesetz (Übersetzung), *VersRAI* 1995 S.14-16

Peter Mankowski

- Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 58), Tübingen 1995
- Der Arrestgrund der Auslandsvollstreckung und das Europäische Gemeinschaftsrecht, *NJW* 1995, S. 306-308
- Timesharing-Verträge und Internationales Vertragsrecht, *RIW* 1995, S. 364-370
- Spezielle vertragsrechtliche Gesetze und Internationales Vertragsrecht, *IPRax* 1995, S. 230-234
- Rechtsstellung von Destinatären einer Stiftung und Auslegung eines Alt-Hamburger Testaments, *FamRZ* 1995, S. 851-854
- Preisangaben in ausländischer Währung und deutscher Werbemarkt, *GRUR* 1995, S. 539-548
- Konkursgründe beim inländischen Partikularkonkurs, *ZIP* 1995, S. 1650-1660
- Kurzkomm. zu LG Nürnberg 16.3.1994 - 4 HK/T 3189/93, *EWIR* § 8 GmbHG 1/95, S. 67-68
- Anmerkung zu LG Dortmund 22.7.1994 - 21 S 21/94, *WuB I.F.4 - 2.95*, S. 128-129
- Kurzkomm. zu BVerfG 10.1.1995 - 1 BvF 1/90 u.a., *EWIR* § 21 FlaggRG 1/95, S. 145-146
- Kurzkomm. zu LG Frankfurt/Main 13.7.1994 - 3/13 O 3/94, *EWIR* Art. 39 CISG 1/95, S. 249-250

- Anmerkung zu LAG Frankfurt/Main 28.3.1994 - 10 Sa 595/93, AR-Blattei ES 920 Nr 4 S. 8-16 (März 1995)
- Kurzkomm. zu LG Berlin 22.6.1994 - 28 O 588/93, EWIR § 2, AntG 1/95, S. 319-320
- Anmerkung zu BGH 17.11.1994 - III ZR 70/93, WuB IV B. Art. 34 EGBGB 1.95, S. 453-454
- Kurzkomm. zu LG Detmold 29.9.1994 - 9 O 57/94, EWIR Art. 34 EGBGB 1/95, S. 453-454
- Kurzkomm. zu BGH 6.3.1995 - II ZR 37/94, EWIR Art. 5 EuGVÜ 2/95, S. 577-578
- Anmerkung zu OLG Stuttgart 30.3.1995 - 8 W 355/94, ZIP 1995, S. 1006-1008
- Kurzkomm. zu LG Köln 6.1.1995 - 87 T 38/94, EWIR § 8 GmbHG 1/95, S. 673-674
- Kurzkomm. zu LG Zwickau 22.3.1995 - 6 T 17/95, EWIR § 899 ZPO 1/95, S. 935-936
- Kurzkomm. zu OLG Hamburg 4.5.1995 - 5 U 118/93, EWIR § 108 ZPO 1/95, S. 1035-1036
- Kurzkomm. zu OLG Frankfurt 6.6.1995 - 6 W 30, 38/95, EWIR § 890 ZPO 1/95, S. 1143-1144
- Anmerkung zu OLG Frankfurt 30.11.1994 - 13 U 180/93, RIW 1995, S. 1034-1038
- Kurzkomm. zu OLG Köln 5.5.1995 - 19 U 151/94, EWIR § 433 BGB 2/95, S. 1169-1170
- Kurzkomm. zu BAG 3.5.1995 - 5 AZR 15/94, EWIR § 21 FlaggRG 2/95, S. 1191-1192
- Besprechung von Frank Eßlinger, Die Anknüpfung des Heuervertrages (1991), RabelsZ 59 (1995), S. 148-156
- Besprechung von Michael Metschkoll, Eingriffe in Außenhandelsverträge (1992), RabelsZ 59 (1995), S. 352-359
- Besprechung von Harald Müller/Hans-Hermann Otto, Allgemeine Geschäftsbedingungen im internationalen Wirtschaftsverkehr (1994), DZWIR 1995, S. 219-220
- Besprechung von Jan Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht (1994), NJW 1995, S. 1535
- Besprechung von Laurent Killias, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen (1993), ZEP 108 (1995), S. 272-279
- Besprechung von Frank Fabian, Erstattung, Erlaß und Nacherhebung von Einfuhr- und Ausfuhrabgaben der Europäischen Gemeinschaft (1994), DVBI 1995, S. 763
- Besprechung von Stephan Teklote, Die Einheitlichen Kaufgesetze und das deutsche AGB-Gesetz (1994), NJW 1995, S. 2151
- Besprechung von Marco Núñez-Müller, Die Staatszugehörigkeit von Handelsschiffen im Völkerrecht (1994), DVBI 1995, S. 944
- Sabine Schulte-Beckhausen, Internationale Zuständigkeit durch rügelose Einlassung im Europäischen Zivilprozeßrecht (1994), NJW 1995, S. 2540
- Besprechung von Eckart Brödermann/Holger Iversen, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht (1994), DVBI 1995, S. 1029-1031
- Besprechung von Joachim Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate (2. Aufl. 1994), DZWIR 1995, S. 439-440
- Besprechung von Giorgio Sacerdoti/Manlio Frigo (eds.), La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali (1993), RabelsZ 59 (1995), S. 730-739

Franz Nieper

- Italien - Produkthaftung: Ersatz des immateriellen Schadens, VersRAI 1995, S. 26 f.

- Schets van het Duitse aansprakelijkheidsrecht in de jaren 1993 en 1994, A&V 1995, S. 78-83

Franz Nieper und Arjen Westerdijk

- Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2 - Juristische Personen (Series of Legislation in Translation, 4), Deventer/London/Boston und München 1995
- Italien - Produkthaftung: Urteil des Tribunale Monza v. 20.7.1993 (Übs.), VersRAI 1995, S. 25 f.
- Niederlande/Umwelthaftung: Zur Haftung des Verursachers für dem Staat entstandene Kosten für Altlastensanierungen, VersRAI 1995, S. 58-64
- Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6 - Allgemeiner Teil des Schuldrechts, Bücher 7 und 7A - Besondere Verträge (Series of Legislation in Translation, 7), Den Haag/London/Boston und München 1995

Karl Pfeifer

- Die Haftung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft in der italienischen Rechtsprechung, Jahrb. ital.R. 8 (1995) S. 203-209

Malene Stein Poulsen

- Das dänische Patientenversicherungsgesetz, VersRAI 1995, S. 19-25

Ingo Rogge

- Verkehrssicherungspflichtender Arbeitnehmer auf Baustellen, JuS 1995 S. 581-585

Hans-Ulrich v. Schroeter

- Die Drittschadensliquidation in europäischen Privatrechten und im deutschen Kollisionsrecht (Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien 1995) (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 1736)

16. Gutachten

Die Gutachtungten des Instituts betrafen u.a. sudkoreanisches Aktienrecht (Alleinvertretungsmacht des Vorstandsvorsitzenden), italienisches Frachtrecht (*Herr Arjen Westerdijk*), spanisches Schuldrecht (Allgemeines Schuldrecht, Recht der Geschäftsbesorgungsverträge, Schuldanerkennnis; *Frau Elena Garrido Martin*) und portugiesisches Internationales und sachliches Erbrecht (*Frau Elena Rodriguez Mariscal*).

Neben diesen Gutachtungten habe ich in meiner Eigenschaft als Fachgutachter der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) wieder zahlreiche Stellungnahmen zu Forschungsförderungsanträgen verfaßt. Anfang 1996 wurde ich für eine zweite Amtsperiode gewählt.

17. Lehre

Im SS 1995 habe ich erstmalig eine Vorlesung "Gemeineuropäisches Deliktsrecht" gehalten, außerdem wie üblich Internationales Privatrecht gelesen und das Examenrepetitorium abgehalten. *Herr Dr. Mankowski* hat im SS 1995 eine Übung im Internationalen Privat- und Privatverfahrensrecht veranstaltet. Dieses Novum im Veranstaltungsplan der Fakultät hat vergleichsweise großen Anklang gefunden. Im WS 1995/96 hat er neben der Übung im

Bürgerlichen Recht für Anfänger ein Seminar zum Internationalen Privatrecht gehalten. *Herr Franz Nieper* und *Herr Ingo Rogge* haben im WS 1994/95 und im WS 1995/96 jeweils zwei Arbeitsgemeinschaften im Bürgerlichen Recht geleitet. Im WS 1995/96 hat mich *Herr Privatdozent Dr. Dieter Martiny* (Hamburg) vertreten. *Herr Benedict Leonard* hat die Kurse zur englischen, *Herr Karl-Joseph Hermanns-Engel* diejenigen zur französischen Rechtssprache abgehalten. Ich habe mehrere ausländische Studierende im Magisterstudiengang "Magister Legum" betreut.

18. Gäste

Im Sommer 1995 hat *Frau Dr. Tsvetana Kamenova* (Bulgarische Akademie der Wissenschaften, Sofia) auf Einladung der DFG bei uns gearbeitet. *Herr Professor Atsumi Kubota* wird noch bis Herbst 1996 bei uns bleiben. *Herr Professor Mitsutaka Tsunoda* verlängert seinen Aufenthalt bis Ende März 1997. Aus Ägypten ist *Herr Youssouf Aqlan* zu uns gestoßen. *Herr Evangelos Spinelis* (Athen) und *Herr Ho Yong Song* (Taegu/Korea) sind promovendi causa im Institut. Ab Oktober 1996 erwarten wir Herrn Professor *Seiji Ikeda* (Sapporo), der für zwei Jahre bei uns sein wird.