

Jahresheft

der

Internationalen Juristenvereinigung

Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück

Heger-Tor-Wall 12, D-49069 Osnabrück

Telefon 0541/969-4402 - Telefax 0541/969-4466

Schriftleitung:

Carmen Assmann, Nicole Streitz

Zitierweise: IVO 8 (1998/99), S. ...

Erscheinungsart: Jährlich. *Bandpreis:* Für Mitglieder DM 10,-; für Nichtmitglieder DM 15,-
zuzüglich Versandkosten. *Vertrieb:* Internationale Juristenvereinigung Osnabrück.

© 1999 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 Münster/Hamburg/London

Vorwort

Das jetzt vorliegende achte Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IVO) berichtet über die Aktivitäten der IVO im Jahre 1998. Es umfaßt die Vorträge von Herrn Prof. Dr. Klaus Peter Berger, Herrn Prof. Dr. Eberhard Eichenhofer und Herrn Rüdiger Dr. Hartmut Linke. Den schon traditionellen Abschluß bildet Herrn Prof. Dr. Christian v. Bars Bericht über die aktuelle Tätigkeit des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück.

Ausgehend von einem thematisch durchweg internationalen Bezug, ist es wiederum gelungen, hochrangige Referenten zu den verschiedensten Themen zu gewinnen. So wurde in den Vorträgen des Jahres 1998 die Frage einer schlechenden Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts behandelt, der Umbau des Sozialstaates aus internationaler Perspektive beleuchtet und schließlich das Kollisions- und Auslandsrecht in der anwaltlich-forensischen Praxis dargestellt. Allen Referenten sei an dieser Stelle nochmals herzlich gedankt.

Wie üblich gilt unser Dank auch denjenigen, die in finanzieller Hinsicht zum Erscheinen dieses Jahresheftes beigetragen haben. In diesem Zusammenhang seien die Sparkasse Osnabrück und der Lit-Verlag erwähnt, die uns durch Anzeigen unterstützt haben. Wir danken darüber hinaus herzlich dem Redaktionskomitee, ohne dessen Arbeit diese Ausgabe des Jahresheftes nicht erschienen wäre. In diesem Jahr hatten sich freundlicherweise Carmen Assmann und Nicole Streitz bereit gefunden. Schließlich gilt ein Dank allen Mitgliedern, die durch ihr Engagement und ihre Anregungen unsere Vereinigung unterstützt und bereichert haben.

Osnabrück, im September 1999

für das Präsidium 1998/99
Mathias Hüner

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....	III
Vorträge und Veranstaltungen	
<i>Berger, Klaus Peter</i>	
Die schleichende Kodifizierung des Transnationalen Wirtschaftsrechts	1
<i>Eichenhofer, Eberhard</i>	
Der Umbau des Sozialstaates aus internationaler Perspektive	17
<i>Linke, Hartmut</i>	
Kollisions- und Auslandsrecht in der anwaltlich-forensischen Praxis	35
Miszellen	
<i>v. Bar, Christian</i>	
Nachrichten aus dem Institut	62

Die Schleichende Kodifizierung des Transnationalen Wirtschaftsrechts*

vom

Klaus Peter Berger**

Einleitung

Die Frage, ob es das transnationale Handelsrecht, eine neue "lex mercatoria" gibt, gehört wohl zu den unsritensten Problemen des internationalen Wirtschaftsrechts. Sie wird gerade von großen Teilen der deutschen IPR-Lehre sehr kritisch gesehen. Gerade wegen dieser Kritik an den Grundlagen der Lehre vom transnationalen Wirtschaftsrecht steckt die Diskussion über die Frage, wie sich dieses Recht, sollte es denn tatsächlich existieren, kodifizieren läßt, noch in den Kinderschuhen. Dies ist noch milde formuliert. Tatsächlich findet diese Diskussion in der deutschen Literatur nicht statt. Sie sehen also, die Ausgangslage für einen geruhamen Abend des Referenten ist alles andere als ermutigend. Ich würde mich dennoch freuen, wenn mein Vortrag hier vor Ihnen einen Beitrag dazu leisten kann, diesen weißen Fleck auf der ansonsten erschlossenen deutschen juristischen Landkarte mit Inhalt zu füllen oder zumindest eine neue Diskussion über dieses Thema anregen kann.

Um dies zu erreichen, möchte ich das Thema gerne in drei Schritten angehen. Zunächst ein kurzer Blick auf die Gründe, warum dieses Thema eigentlich seit jeher so umstritten ist.

Danach werde ich kurz die methodischen Grundlagen der Lehre vom transnationalen Wirtschaftsrecht beleuchten. Dies kann jedoch nicht mehr als ein "Spotlight" sein, denn eigentlich bräuche man hierfür eine mehrtägige interdisziplinäre Konferenz.

Abschließen möchte ich meine Betrachtungen mit einigen Ausführungen zur Frage der Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts. Dabei werde ich auch auf den von mir entwickelten Ansatz der "schleichenden Kodifizierung" der lex mercatoria eingehen.

* Vortrag gehalten am 6. Mai 1998 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück.

** Professor Dr. iur., LL.M., Direktor des Instituts für Internationales Wirtschaftsrecht und des Center for Transnational Law (CENTRAL), Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

1. Die gegenwärtige Diskussion über das "Transnationale Wirtschaftsrecht"

Lassen Sie uns zunächst ein kurzen Blick auf die gegenwärtige Diskussion um das transnationale Wirtschaftsrecht, die moderne *lex mercatoria* oder ein neues "law merchant" werfen. Hier stoßen wir bereits auf zwei Probleme.

1. Die verwendete Terminologie

Zum einen erinnert die hier verwendete Terminologie mehr an juristische Grabenkämpfe denn an eine ernsthafte wissenschaftliche Diskussion. So ist die Rede von "einem bloßen soziologischen Phänomen", einem "Trip in die juristische Schwerelosigkeit", von einer "rechtlichen Utopie" oder "rechtlichen Zukunftsträumen", von "Wunschdenken" und von einem "Feigenblatt für die Vermarktung eigener rechtlicher Lösungen". Die *lex mercatoria* führt angeblich zu einem "contrat sans loi" und wird daher auch als "Kokospalmen-Justiz", als "begrifflich verschwommen und rechtspolitisch verfehlt", als "laissez-faire-Doktrin" und als "nicht immer aufrichtige juristische Laune" oder einfach als "degeneriert" and daher völlig "indiskutabel" beschrieben. Bankjuristen lebten, so wird behauptet, gar in einem "horror legis mercatoria".

Es ist leider ein Grundübel der Diskussion um die *lex mercatoria*, daß sie vielfach zu leidenschaftlich geführt wird. Die damit verbundenen hierarchischen Grabenkämpfe verdecken zumeist die Sicht auf die eigentlichen Probleme und damit auch auf mögliche Lösungswege.

2. Ursprung und Bedeutung des Terminus "Lex Mercatoria"

Ein zweites Problem ist terminologischer Natur. Was ist überhaupt die *lex mercatoria*? Inwieweit indiziert der Terminus die Transnationalisierung des Wirtschaftsrechts?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines kurzen Blickes in die Geschichte. Die "*lex mercatoria*" war das Handelsrecht der Kaufleute des Mittelalters. Es ist allerdings schon problematisch, von "der" mittelalterlichen *lex mercatoria* zu sprechen. Die darin enthaltenen Regeln, Praktiken und Gebrauche waren stets eingebunden in den individuellen Rahmen der jeweiligen Zünfte und Gilden des Mittelalters. Im Jahr 1622 definierte *Gerard Malynes* die *lex mercatoria* in seinem berühmten Grundlagenwerk "*Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant*" als "*customary law of merchants... more ancient than any written law... [and] built upon the foundations of Reason and Justice*". In dieser Definition finden wir bereits Anklänge an die beiden auch heute noch gültigen wesentlichen Grundzüge dieses Rechts:

1. Es geht um Recht, daß nicht durch ein gesetzgebendes Organ im Sinn der klassischen Rechtsquellenlehre gesetzt ("kodifiziert") ist, sondern dessen Entstehungsbestand mehr an das Gewohnheitsrecht erinnert.

2. Dieses Recht wird im wesentlichen Maße durch Aspekte der kaufmännischen Vernünftigkeit, Angemessenheit und Praktikabilität geprägt.

Mit der Kodifikationswelle des 19. Jahrhunderts und dem Untergang des Gilden- und Zunftwesens verschwand dieses "überregionale" Recht und wurde in den großen Handelsrechtskodifikationen dieser Zeit absorbiert.

Seit Anfang der 60er Jahre dieses Jahrhunderts ist nun dieser Gedanke des internationalen Handelsrechts wiederbelebt worden. Dies geschah zunächst durch die beiden herausragenden Protagonisten dieser Denkrichtung aus dem französischen und englischen Rechtskreis, *Berthold Goldman* und *Clive Schmitthoff*. Die Lehre wurde dann später durch *Eugen Langen*, *Ole Lando*, meinen akademischen Lehrer *Norbert Horn* und andere ausgebaut und konsolidiert.

Das Problem war aber stets, daß jeder unter dem Terminus "*lex mercatoria*" etwas anderes verstand. So habe ich etwa heute mit meinem Vorgänger am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Münster, Herrn Sandrock, ein stets gleich laufendes Diskussionsmuster über dieses Thema. Es endet immer damit, daß Herr Sandrock meint, die Unterschiede zwischen uns seien ohnehin nur terminologischer Natur. Ich pflege dem dann nicht zu widersprechen, obwohl ich genau weiß, daß er der Idee eines transnationalen Rechts eigentlich ablehnend gegenübersteht.

Welche Bedeutungsinhalte werden gewöhnlich mit dem Begriff "*lex mercatoria*" verbunden?

Zum Teil wird er nur als Sammelbegriff für "internationale Handelsbräuche" verwendet. Eine Abkopplung vom nationalen Recht findet damit nicht statt, ein Streit um die Transnationalisierung des Wirtschaftsrechts kann von vornherein nicht aufkommen. Handelsbräuche sind und bleiben in das nationale Recht eingebunden. Denken Sie an § 346 HGB. Handelsbräuche sind selbst noch kein Handelsrecht. Sie können aber zusammen mit anderen faktischen Rechtsquellen zu Recht werden. Es gilt die Formulierung von *Dasser*: "Alles Gewohnheitsrecht des Handels ist zwar Handelsbrauch, nicht alle Handelsbräuche sind aber Gewohnheitsrecht".

Zum Teil wird die Bezeichnung "*lex mercatoria*" lediglich als Terminus für gleiche Strukturen in nationalen Rechten verwendet. Diese Strukturen entstehen etwa durch Umsetzung internationaler Konventionen in nationales Recht oder durch die Kodifizierung von Modellsätzen. Denken Sie etwa an die Rechtssetzung im skandinavischen Raum oder in den Vereinigten Staaten, wo das American Law Institute und andere Institutionen maßgeblich an der Rechtsbildung durch Modellsätze beteiligt sind. Auch in Deutschland finden sich derartige Strukturen, denken wir nur an das Wechsel- und Scheckrecht. Seit dem 1. Januar 1998 hat Deutschland auch ein Modellsatz der Handelsrechtskommission der Vereinten Nationen (UNCTRAL) rezipiert. Nach mehrjährigen Vorarbeiten, an denen ich die Freude hatte mitzuwirken, ist das 10. Buch der ZPO völlig reformiert worden. Das

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ist nunmehr in diesem 10. Buch enthalten. Es wurde 1985 von der Vollversammlung der Vereinten Nationen ihren Mitgliedsländern zur Annahme empfohlen und ist auch in 34 anderen Ländern auf der Welt rezipiert worden. Heute hat das deutsche Schiedsrecht also in weitem Umfang denselben Wortlaut wie das kalifornische, zypriotische, ägyptische ungarische und demnächst auch das südafrikanische Schiedsrecht.

Hat der deutsche Gesetzgeber damit etwa die *lex mercatoria* anerkannt? Beginnt das transnationale Recht etwa leise und fast unbemerkt unser traditionelles Verständnis von Recht und Gesetz zu unterwandern?

Die Antwort lautet natürlich nein. Wir haben es ja hier mit nationalem Recht zu tun, das lediglich einem internationalen Vorbild folgt und zwar aufgrund einer Empfehlung der Vollversammlung der Vereinten Nationen von 1986, auf der die Annahme dieses Gesetzes allen Mitgliedsländern nahegelegt wurde.

Bei der *lex mercatoria* geht es also um mehr als um bloße Privatrechtsvereinheitlichung, die heute vor allem in Europa in aller Munde ist. Man denke nur an die Pläne (oder Träume?) von einem European Civil Code.

Wenn ich im Folgenden von *lex mercatoria* spreche, dann meine ich weder eine bloße Sammlung von Handelsbräuchen, noch gleiche Strukturen in nationalen Rechten. Ich spreche vielmehr von einer dritten Rechtsordnung, einem von nationalen Rechtsordnungen gelösten Handels- und Wirtschaftsrecht.

3. Der Paradigmenwechsel im internationalen Wirtschaftsrecht: Rechtssetzung durch die "Societas Mercatorum"

Wenn wir uns heute die internationale Wirtschaftspraxis anschauen, so muß man konstatieren, daß die Rechtsbildung, -angleichung und -harmonisierung nicht mehr, um eine Formulierung von Kötz aufzugreifen, "im prächtigen Gewande des Gesetzes" daherkommt. Es hat vielmehr ein Paradigmenwechsel stattgefunden. Die Wirtschaftspraxis versucht zunehmend, den vielfältigen materiellrechtlichen und kollisionsrechtlichen Reibungspunkten und Untiefen aus dem Weg zu gehen und stattdessen im Wege der "Selbsthilfe" (*Schritzer*) den Weg des geringsten Widerstandes zu gehen. Die Rechtsbildung geschieht nicht mehr im formalisierten Gesetzgebungsverfahren, sondern durch die sich stets wiederholende Ausarbeitung, Verwendung und Verfeinerung von international üblichen AGB (man denke nur an die Standardbedingungen für den Im- und Export von Industrieanlagen der Wirtschaftskommission der UNO für Europa), von Standardverträgen (wie etwa die verschiedenen FIDIC Verträge) und von sonstigen international üblichen Klauselwerken. Zu nennen sind hier insbesondere die von der Internationalen Handelskammer (ICC) in Paris herausgegebenen und in der Wirtschafts- und Bankpraxis weltweit ständig verwendeten Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche

für Dokumentenakkreditive (ERA) und die INCOTERMS, sowie andere von internationalen sog. "formulating agencies" herausgebrachten Bedingungsnetze (Modellgesetz der UNCITRAL über EDI, die ORGALIME Bedingungen für den internationalen Handel mit Elektroanlagen- und verwandten Erzeugnissen).

Auf diesen informellen Wegen und vor allem durch die massenhafte Verwendung dieser Instrumente im internationalen Handel, also durch die "Verdichtung" ihres Regelungsgehalts, werden die nationalen Rechte mehr und mehr in den Hintergrund gedrängt. Die Rechtserzeugung im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts wird "privatisiert" und zugleich dezentralisiert. Diese Privatisierung der Rechtsbildung schafft nicht nur praxistaufere Lösungen von internationalen Rechtsstreitigkeiten, wie etwa in internationalen Schiedsverfahren. Sie vermeidet zugleich die mangelnde Ökonomie des in die Krise geratenen IPR, wo ständig versucht wird, die IPR-Wissenschaft gegen jegliche Einbrüche materiellrechtlicher Wertungen abzuschützen. Denken Sie nur an Kegels berühmte Formel: "die internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit geht vor der materiellrechtlichen", denken Sie auch an den better law approach und andere Konzepte der "american conflicts revolution", die Diskussion um die Interessenjurisprudenz im IPR, oder die Frage nach der Handhabung von Eingriffsnormen, der sog. "lois d'application immédiate", wo gerade die Frage nach materiellen Wertungen im IPR im Mittelpunkt der Diskussion steht.

II. Gründe für die fehlende Akzeptanz der *Lex Mercatoria*

Diese erste grobe Skizze dessen, was nach meiner Meinung die *lex mercatoria* ausmacht, führt nun zwangsläufig zur Brisanz des Themas und zur Antwort auf die Frage:

Warum ist die Frage nach der Existenz dieser Rechtsordnung so umstritten?

Hierfür gibt es wohl vor allem drei Gründe.

Der erste Grund liegt in der überkommenen klassischen Rechtsquellenlehre. Wer behauptet, die internationale Kaufmannschaft, die "societas mercatorum", könne selbst rechtssetzend tätig werden, schafft zugleich ein Legitimationsproblem. Die Vorstellung, daß die internationale Kaufmannschaft rechtssetzend tätig ist, rüttelt an den Grundfesten rechtstheoretischer Vorstellungen des Rechts als staatlich-souverän dekretierte und sanktionierte Sozialkontrolle, als, so *Jhering*: "Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen". Die so verstandene *lex mercatoria* sieht sich stets mit dem Vorwurf konfrontiert, sie diene lediglich als Mittel zur Relativierung des Inhalts des kodifizierten Rechts oder gar der Beseitigung gesetzlicher Wertungen unter dem Deckmantel der methodischen Rechtfertigung durch die normative Kraft des Faktischen. Es ist daher kein Wunder, daß bereits in den 30 Jahren unseres Jahrhunderts *Großmann-Doerflinger* feststellen mußte, die Diskussion um transnationale Rechtsstrukturen vermittelte den Eindruck, als ginge es um "letzte Fragen des Staatsgefühls".

Der zweite und dritte Grund für die Ablehnung der *lex mercatoria* hängt unmittelbar mit dem ersten zusammen. Es wird häufig argumentiert, daß die Kreation eines supranationalen Handels- und Wirtschaftsrechts auf der Grundlage subtiler politischer und ökonomischer Beeinflussungen des Rechtsfindungsprozesses geschah und geschieht, um zu einer für bestimmte Parteien nachteiligen Rechtsanwendung zu gelangen. Darüber hinaus wird die Diskussion um das transnationale Recht auch dazu mißbraucht, um scheinbare Schwächen der Streitschlichtung durch internationale Schiedsgerichte aufzudecken. Schließlich werden die beiden zuletzt genannten Aspekte auch kombiniert, indem behauptet wird, daß die *lex mercatoria* von westlichen Schiedsrechtsexperten in den frühen siebziger Jahren "erfunden" wurde, um es westlichen Regierungen zu ermöglichen, in den damals anhängen Schiedsverfahren um die Enteignung von Ölbohrkonzessionen (TOPCO, ALSING, ARAMCO etc.) der Anwendung des für sie nachteiligen Rechts der Enteignungsländer zu entgehen. Die mit der Bezugnahme auf den Nord-Süd-Konflikt verbundene Politisierung der Diskussion um die *lex mercatoria* ist natürlich einer ernsthaften wissenschaftlichen Diskussion nicht gerade förderlich.

Ich möchte nunmehr diese aufgeheizte Diskussion hinter mir lassen und einen kurzen Blick auf einige ausgewählte methodische Aspekte der *Lex Mercatoria*-Lehre werfen.

Diese Aspekte sind:

1. die Legitimation der *lex mercatoria* durch Verfahren,
2. die Anerkennung transnationaler Rechtsstrukturen durch nationale Gesetzgeber und Gerichte,
3. die oft behauptete große Lückenhaftigkeit des transnationalen Wirtschaftsrechts und schließlich
4. die Betrachtung der *lex mercatoria* im Lichte eines funktionalen Rechtsbegriffs.

1. Legitimation der *Lex Mercatoria* durch Verfahren

Zunächst zur Legitimation der *lex mercatoria* durch Verfahren. Der *lex mercatoria* werden gemeinhin die für die Überprüfung des Gerechtigkeitsgehalts des Rechts unverzichtbaren verfahrensrechtlichen Kontrollstandards abgesprochen. Dieser Vorwurf ist aus dem Völkerrecht bekannt, dem auch gelegentlich die demokratische Legitimation abgesprochen wird, weil es lediglich von internationalen Richtern und Wissenschaftlern "entdeckt" wird. Im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts sieht hinter diesem Vorwurf die Furcht vor der Integrität der Schiedsgerichtsbarkeit. Der Verdacht wurde schon 1963 von *Heinrich Kronstein* plastisch mit der Formulierung: "*arbitration is power*" geäußert.

Heute ist diese Befürchtung aber nicht mehr gerechtfertigt. In über 90% aller internationalen Wirtschaftsverträge sind Schiedsvereinbarungen enthalten. Der Schiedsrichter ist heute so sehr zum "natürlichen Richter" des internationalen Handels

geworden, daß der deutsche Bundesgerichtshof gar zur Annahme einer kraft Handelsbrauchs bestehenden Schiedsvereinbarung in bestimmten Branchen des Stapelwarenhandels gelangt. Das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit beginnt sich zudem unter dem Einfluß der UNCTRAL weltweit immer mehr anzunähern. Die Schiedsgerichtsbarkeit wird im Sog dieser Entwicklung immer mehr als "echte" Rechtsprechung anerkannt, die durch sie vermittelte Gerechtigkeitseigenschaft dem Streitschlichtungsmechanismus der staatlichen Gerichte gleichgestellt. Dieser Gedanke zieht sich wie ein roter Faden durch die offizielle Begründung zum neuen deutschen Schiedsrecht. Innerhalb des internationalen Schiedsrechts besteht zudem seit langem ein dichtes Netz von Präjudizien, das sich zu einem horizontalen Kontrollsystem entwickelt hat. Die zwangsläufig rechtsvergleichende Ausrichtung internationaler Schiedsgerichte liefert damit zugleich den verfahrensrechtlichen Nährboden für die Entwicklung transnationaler Strukturen des materiellen Rechts. Es gilt das inzwischen berühmte Zitat von *Clive Schmitthoff*:

"Substantive law is often born in the womb of procedure. In keeping with their international character, the law which these international arbitral bodies create is transnational. It is the new lex mercatoria"

2. Anerkennung transnationaler Rechtsstrukturen durch nationale Gesetzgeber und Gerichte

Zum zweiten Punkt, der Anerkennung transnationaler Rechtsstrukturen durch nationale Gesetzgeber und Gerichte.

Was die Gesetzgebung betrifft, so möchte ich vor allem auf zwei Entwicklungen hinweisen. Zum einen enthalten die neuen Schiedsgesetze auch spezielle Kollisionsnormen für internationale Schiedsverfahren. Hier wird, etwa in Art. 28 des UNCTRAL Modellgesetzes den Parteien erlaubt, statt des anwendbaren "Rechts" die anwendbaren "Rechtsvorschriften" ("*Rules of law*", "*règles du droit*") zu wählen. Auch § 1051 Abs.1 ZPO in der ab dem 1. Januar 1998 geltenden Fassung enthält eine solche Kollisionsnorm. Mit dieser Terminologie hat es eine besondere Bewandnis. Mit ihr wird nicht nur auf die Möglichkeit der *dépeçage* hingewiesen. Vielmehr werden die Parteien nach international völlig einhelliger Meinung auf die Möglichkeit der Wahl transnationaler, von nationalen Recht gelöster Rechtsregeln hingewiesen. Damit ist zwar keineswegs eine Stellungnahme zur Rechtsnatur dieser Regeln verbunden. In jedem Fall stellen diese Vorschriften aber einen ersten Schritt hin zu einer durch staatliche Gesetzgeber anerkannten Transnationalisierung des internationalen Wirtschaftsrechts dar. Das zweite Beispiel betrifft Art. 9 Abs. 1 der Mexico City Convention on Private International Law (CIDIP-V). Die Vorschrift erlaubt, bei der Bestimmung der engsten Verbindung eines Vertrages mit einem bestimmten Recht auch "general principles of

international commercial law recognized by international organizations" in Betracht zu ziehen. *Juenger* hat zu Recht auf die Brisanz dieser Bestimmung hingewiesen. Mit ihr wird zum ersten mal in der Geschichte des IPR der klassische, von *Savigny* entwickelte Test zur "Stizbestimmung" eines Rechtsverhältnisses mit transnationalem Recht in Verbindung gebracht. Den Parteien soll mit dieser weiten Regel dieselbe Freiheit bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts gewährt werden, wie dies vor internationalen Schiedsgerichten der Fall ist. Interessanterweise handelte es sich bei dieser Regel noch um eine Kompromißlösung. Die nordamerikanische Delegation hatte dafür votiert, in den Fällen, in denen keine Rechtswahl der Parteien vorliegt, die UNIDROIT Prinzipien für Internationale Handelsverträge für anwendbar zu erklären.

Dieser Trend zur Transnationalisierung IPR-rechtlicher Anknüpfungsmomente trifft sich im übrigen mit Entwicklungen in Europa, wo vorgeschlagen wird, die Rom Konvention über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht dahingehend zu reformieren, daß es den Parteien ermöglicht wird, auch transnationale Rechtsgrundsätze wie die eben erwähnten UNIDROIT Prinzipien oder die von der Lando Kommission entwickelten Grundsätze zum Europäischen Vertragsrecht für anwendbar zu erklären. Sie sehen also, auch im Bereich des klassischen IPR beginnt sich eine Grundtendenz zugunsten der Öffnung zum transnationalen Recht zu entwickeln, die über das weit hinausgeht, was *Rabel* durch seine Gedanken zur rechtsvergleichenden Qualifikation begonnen hat.

Was die Anerkennung der *lex mercatoria* durch staatliche Gerichte angeht, so ist festzustellen, daß es inzwischen eine Reihe von Gerichtsentscheidungen gibt, in denen die Anwendung transnationalen Wirtschaftsrechts durch internationale Schiedsgerichte nicht beanstandet wurde. Dies gilt etwa für den französischen Cour de Cassation (*Société Fongereole c. Banque de Proche Orient*, Rev.d'Arb. 1982, S. 183), den Österreichischen Gerichtshof (*NORSOLOR S. A. v. Pabalk Ticaret Ltd. of November 18, 1982*, YCA 1984, S. 159), den englischen Court of Appeal in der Sache *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. v. Ras al Khaimah National Oil Company* ('*Rakoll*') [1987] 2 Lloyd's L.Rep. 246, 252 und den italienischen Corte di Cassazione, *Fratelli Damiano s.r.l. v. August Topfer GmbH* (Rdipp 1982, at 529). In der zuletzt genannten Entscheidung stelle das italienische Gericht fest:

"Ein Recht, in dem die Schiedsgerichtsbarkeit unabhängig von den nationalen Rechtsordnungen operiert, sollte als transnational anerkannt werden. Dies gilt für das 'mercantile law', welches nur deshalb existiert, weil die internationale Gemeinschaft der Kaufleute nach bestimmten Werten operiert und agiert, die von einer gemeinsamen Grundüberzeugung im Hinblick auf ihre bindende Kraft getragen werden. Da die Gemeinschaft der Kaufleute, wenn auch nur aus praktischen Gründen, eine grundsätzliche Übereinstimmung über diese Werte und

die notwendige *opinio necessitatis* im Hinblick auf ihr Geschäftsgebaren bereits erzielt hat, *sollten wir zugeben, daß die lex mercatoria existiert*".
Abschließend möchte ich noch darauf hinweisen, daß im letzten Jahr ein Gericht in Grenoble erstmals die UNIDROIT Prinzipien für Internationale Handelsverträge statt eines nationalen Rechts zur Fallslösung herangezogen hat.

3. "Lückenhaftigkeit" des transnationalen Wirtschaftsrechts

Zum dritten Punkt, der oft behaupteten Lückenhaftigkeit der *lex mercatoria*. Dies ist in der Tat "das" Standardargument gegen die Haltbarkeit der These vom transnationalen Wirtschaftsrecht. Es wird gesagt, mit solch allgemeinen, plattidehhaften Grundsätzen wie "pacta sunt servanda", "Treu und Glauben" oder dem Prinzip der Privatautonomie ließen sich keine konkreten Fälle lösen. Diese Kritik übersieht allerdings zwei Dinge.

Zum einen besteht die *lex mercatoria* heute nicht mehr bloß aus diesen allgemeinen Rechtsprinzipien. Es gehören heute vielmehr auch eine Reihe von konkreten Rechtsregeln (etwa zur Berechnung von Zinsansprüchen, zur *force majeure*, zu Zeitbestimmungen, zur Vertragsauslegung oder zur Best efforts-Vereinbarung) dazu, die in Zusammenwirken mit den genannten allgemeinen Prinzipien eine dem nationalen Recht vergleichbare axiomatische Entwicklung von neuen Grundsätzen und damit zugleich auch eine praktikable Fallslösung ermöglichen. Die Dynamik des internationalen Wirtschaftsrechts als "law in action" verlangt gerade nach einer derartigen Offenheit des anwendbaren Rechts.

Dies führt zugleich zum zweiten Argument, daß ich dieser Kritik entgegenhalten möchte. Das Ideal vom "geschlossenen" Rechtssystem ist schon seit den Tagen des Preußischen ALR als bloßes Wunschenken entlarvt worden. Die Erwartung, daß eine Kodifikation die "tausend unerwarteten Fragen" (so *Portalis*, einer der Väter des franz. Code Civil) der Lebenswirklichkeit materiell vollkommen und deduktiv erschöpfend regelt, ist heute wiederlegt. Keine Rechtsordnung kommt heute mehr ohne Öffnungsklauseln aus. Ich erinnere nur an den berühmten Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen ZGB und die im neuen niederländischen Zivilgesetzbuch enthaltenen weiten Eingriffsbefugnisse des Richters, etwa in Fällen treuwidriger Vertragsklauseln. Gleiches gilt für § 7 des österreichischen ABGB, Art. 6 Abs. 2 des spanischen Código Civil. Wenn Sie heute Kommentare zu § 242 BGB, zur c.i.c. oder zu den §§ 1 und 3 UWG lesen, sehen Sie sich mit reinem Case law konfrontiert, welches die Lücken des kodifizierten Rechts füllt. Die Rechtsprechungsfunktionen der Gerichte im common law und im civil law nähern sich immer mehr an. Der BGH ist heute nicht mehr so sehr für die dogmatisch zutreffende Lösung, sondern für die im Einzelfall richtige und gerechte Entscheidung zuständig. Die Rechtsfindung vollzieht sich heute bei uns nunmehr nach dem Motto des "arguing from case to case". Jüngstes Beispiel für die zunehmende case law-Qualität unseres Rechtssystems war der vom großen Zivilsenat schließlich entschiedene Streit

verschiedener Senate des BGH zum Freigabeanspruch bei revolvierenden Globalisierungen. *Canaris* hat in diesem Zusammenhang häufig vom *case law* und der Notwendigkeit des "distinguishing" gesprochen, die Bankjuristen betrachten den XI. Zivilsenat des BGH, den "Bankrechtsenat", als ihren "Gesetzgeber".

Offene, einzelfallbezogene Argumentation und Falllösung, abgesichert durch axiomatische Überprüfungen, vom allgemeinen Rechtsgrundsatz zum konkreten Normsatz und zurück zum allgemeinen Prinzip, ist damit kein Spezifikum des transnationalen Rechts, sondern typisches Charakteristikum der modernen Rechtsfindung.

4. Die *Lex Mercatoria* im Lichte eines funktionalen Rechtsbegriffs

Damit komme ich zum vierten Einwand gegen die Lehre vom transnationalen Recht, die *lex mercatoria* sei kein "Rechtssystem" im eigentlichen Sinn.

Hier muß ich mich nun sehr kurz fassen, um nicht der Versuchung zu erliegen, in breite rechtstheoretische Erwägungen auszuweichen. Lassen Sie mich daher nur soviel sagen: Sicher genügt für die Rechtsqualität der *lex mercatoria* nicht das bloße gemeinsame Interesse der internationalen Kaufmannschaft, durch grenzüberschreitenden Handel Gewinn und damit einen eigenen Vorteil zu erzielen. Für die Rechtsgeltung ist vielmehr ein Grundkonsens über gemeinschaftliche Werte und die Bereitschaft zur Befolgung dieser Bewertungen auch um den Preis des jeweiligen Eigeninteresses erforderlich. Das Recht trägt daher in der Form des Zwangscharakters seiner Vorschriften ein unerfreuliches Moment in die Regelung des sozialen Lebens hinein. Im internationalen Wirtschaftsverkehr finden wir aber gerade dieses unerfreuliche Moment in vielfältigen Erscheinungsformen, wie z.B. durch schwarze Listen, Entzug von Mitgliedschaften, Verlust von Good Will, Verfall von Kauttionen und schließlich durch die weltweite Vollstreckbarkeit internationaler Schiedssprüche nach der New Yorker Konvention von 1958 bewirkt.

Beispiele dafür, wie diese Phänomene in der Wirtschaftspraxis ohne Rückgriff auf nationales Recht "funktionieren", liefern etwa der Diamantenhandel im belgischen Antwerpen, der Stapelwarenhandel in den großen internationalen Häfen oder der Handel mit Swaps, Optionen oder anderen hochspezialisierten Derivaten.

Letzlich nehmen die Parteien dieses unerfreuliche Moment, also die Geltung der in ihren Kreisen herrschenden Rechtsüberzeugungen, mit ihrem Vertragskonsens in Kauf. Dieser Konsens, gekoppelt mit dem Vertrauen beider Teile in die Einhaltung der gegenseitigen Verpflichtungen, die Lösung der Vertragswerke vom nationalen Recht durch umfangreiche, oft hundert Seiten umfassende Klauselwerke, die meist einen Rückgriff auf das vereinbarte nationale Recht überflüssig machen und der Gedanke des "my word is my bond" liefert den Nukleus für die Rechtsbildung im transnationalen Raum. Der Vertrag ist zudem nicht isoliert zu betrachten. Er ist vielmehr in einen vertikalen oder horizontalen

wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang eingebettet, man denke nur an Durchlieferungsverträge, komplexe und häufig aufeinander abgestimmte Konsortialvertrags- oder Anlagenbauvertragsnetze. Der Konsens der Vertragsparteien des Einzelvertrages wirkt daher weit über die Grenzen der individuellen Übereinkunft hinaus. *Galgano* hat diese rechtsbildende Wirkung des Vertrages jüngst wie folgt zusammengefaßt:

"It is the contract which now constitutes a legal change. Traditional legal concepts do not include the contract among the sources of law. But if we continue to conceive of the contract as a mere application of the law, and not as a source of law, we will preclude the possibility of understanding how the law of our times is changing. The contract is taking the place of the law, even in the organization of society. Some decades ago Millibad wrote that, more than ever, people considered the state as source of all provisions and even as a source of their happiness. Today we must say that this notion is disappearing. Society now looks after itself and tends towards self-organization..."

The inadequacy of the law to make changes derives from two characteristics of contemporary economy. The first is the meta-national nature of the economy which is antithetical to the national character of the legal systems. The second is that the economy is in continuous change which demands flexible instruments of adaptation from the law to change, in antithesis to the rigidity of the laws".

So viel zu den mit der *Lex Mercatoria*-Lehre verbundenen methodischen Grundfragen.

III. *Läßt sich die Lex Mercatoria "kodifizieren"?*

Ich komme damit zum dritten Teil meiner Ausführungen, der Frage nach einer Kodifikation dieser Rechtsordnung.

Akzeptiert man auf der Grundlage des bisher Gesagten die Existenz des transnationalen Wirtschaftsrechts, so bleibt die Frage, wie sich dieses Recht praktikabel handhaben läßt. Hier scheint ein unauf lösbarer Widerspruch zwischen der bereits angesprochenen Offenheit der *lex mercatoria* und dem Bedürfnis der Praxis nach handhabbaren Normsätzen zu bestehen. Die Praxis, etwa die internationaler Schiedsrichter in großen (oder kleinen) Schiedsverfahren, bietet nicht die Zeit, in umfangreiche rechtsvergleichende Untersuchungen darüber einzutreten, ob der oder dieser Rechtssatz tatsächlich Bestandteil des transnationalen Rechts ist.

Wie kann man diesen Widerspruch auflösen? Wie kann man vor allem das Problem lösen, daß es im transnationalen Bereich gerade keinen Gesetzgeber gibt, entwickelt sich doch diese Rechtsordnung gerade unabhängig von nationalen Rechten?

Nun, es gibt heute zwei Entwicklungen aus jüngster Zeit, die sich diese Aufgaben gestellt haben.

1. Die Restatements des internationalen Vertragsrechts

Zum einen sind dies die Restatements des internationalen Vertragsrechts, die heute in zwei Erscheinungsformen bekannt sind.

Das Internationale Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts UNIDROIT in Rom hat im Jahr 1994 die UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts veröffentlicht. Die Principles sind von einer Arbeitsgruppe aus international anerkannten Spezialisten des internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts unter der Führung des Rechtsberaters der UNIDROIT, *Professor Michael Joachim Bonell* aus Rom, verfaßt worden. Die Arbeitsgruppe konnte auf Vorarbeiten von *Schnitthoff, David* und *Popesca* aus den frühen achtziger Jahren zurückgreifen. Ihre Väter sehen in den Principles eine Art "modernes ius commune...oder einen modernen Ausdruck dessen...", was gemeinhin *lex mercatoria* genannt wird". Obwohl das Projekt eine direkte Stellungnahme zur Haltbarkeit der *lex mercatoria* Lehre bewußt vermeidet (man wolle den Erfolg des Vorhabens nicht durch die Entscheidung dieser kontroversen Streitfrage gefährden), besteht doch ein unmittelbarer Bezug zu ihr.

Nach der Präambel der Principles "können (nicht müssen!) sie angewendet werden, wenn die Vertragsparteien übereingekommen sind, daß auf ihren Vertrag allgemeine Rechtsgrundsätze, die *lex mercatoria* oder ähnliches Anwendung finden soll". Wir kommen hierauf am Ende meiner Ausführungen noch einmal zurück. Die Prinzipien bestehen aus 119 Artikeln. Neben allgemeinen Bestimmungen finden sich darin Vorschriften über den Vertragsabschluß, die Wirksamkeit des Vertrages, die Vertragsauslegung, den Vertragsinhalt, die Vertragserfüllung sowie die Rechtsfolgen der Nichterfüllung. Der Aufbau der Principles folgt dem amerikanischen Restatement of the Law of Contracts: Einer als Normsatz formulierten Regel folgen kurze, kommentarartige Erläuterungen und konkrete Beispiele. Auch in seiner Rechtsnatur folgen die Principles dem Restatement. Sie sind weder Konvention noch Modellgesetz. Vielmehr verstehen sie sich als *ratio scripta* des internationalen Wirtschaftsrechts, ihre Geltungskraft ziehen sie allein aus der Reputation der Arbeitsgruppe und des sie tragenden Instituts.

Die Prinzipien enthalten bereits die Grundbausteine einer selbstständigen Rechtsordnung, allgemeine Rechtsgrundsätze, Prinzipien und Standards. So soll nicht nur eine axiomatische Falllösung ermöglicht werden. Art. 1.6 der Principles bestimmt, daß "Rechtsprobleme, die zwar im Anwendungsbereich der Principles liegen, aber in ihnen nicht ausdrücklich geregelt sind, soweit wie möglich im Einklang mit den allgemeinen Grundsätzen zu lösen sind, die den UNIDROIT Principles zugrundeliegen". Diese Grundsätze sind etwa *pacta sunt servanda*, *good faith and fair dealing* in international trade und der Standard der Reasonableness (Vernünftigkeit). Diese Offenheit des durch die Principles gebildeten Systems entspricht genau dem von mir bereits skizzierten Rechtsfindungsprozess innerhalb des transnationalen Wirtschaftsrechts.

Das zweite Phänomen, auf das ich gerne hinweisen möchte, sind die unter der Leitung des dänischen Professors *Ole Lando* entwickelten Grundsätze über Europäisches Vertragsrecht. Sie wurden in einer ersten unvollkommenen Version kurz nach den UNIDROIT Principles veröffentlicht. Ihre Entwicklung geht zurück auf Vorschläge von *van Hecke* und *Rene David* in den sechziger Jahren. Auch sie wollen ein Restatement des europäischen Vertragsrechts darstellen und damit zur Entwicklung eines europäischen *ius commune* beitragen. Leider erhalten sie durch die EU-Kommission nicht die notwendige Unterstützung, die Kommission hat sogar die an sich vorgesehenen Gelder eingefroren.

Sowohl die UNIDROIT Principles als auch die Lando-Grundsätze gehen in die richtige Richtung der informellen Feststellung des Inhalts der *lex mercatoria* und damit der Neubestimmung des Kodifikationsbegriffs im Bereich des transnationalen Rechts. Der Kodifikationsbegriff folgt damit der Neubestimmung und Neuorientierung der Rechtsquellenlehre. Beide Projekte leiden jedoch an zwei Mängeln:

1. Sie bringen ein statisches Moment in das im besonderen Maße auf Dynamik und Flexibilität angelegte transnationale Recht als "law in action". Das Festhalten an einem Restatement durch eine Arbeitsgruppe kann nicht mehr als eine Momentaufnahme des damals geltenden Rechtszustandes sein. Schon im nächsten Moment schreitet die Entwicklung voran und die Restatements sind veraltet. Den Beweis für diese These liefert die zur Zeit nur im Internet zugängliche neue Version der Lando-Grundsätze. Sie enthält nicht nur mehr Vorschriften, sondern auch Neuformulierungen der bereits in der ersten Version enthaltenen Grundsätze. Auch bei der UNIDROIT wird zur Zeit eine neue Auflage der Principles vorbereitet, die dann neue Abschnitte über Verjährung, Abtretung und ähnliche Rechtsgebiete enthalten soll. Hierfür wäre jedoch eigentlich eine neue Arbeitsgruppe notwendig, was wiederum mehrere Jahre dauern müßte. Die Offenheit der *lex mercatoria* verlangt auch eine entsprechende Offenheit der Kodifikationsmethode.

2. Die UNIDROIT Prinzipien enthalten keinerlei rechtsvergleichenden Nachweise. Auf sie wurde bei ihrer Abfassung bewußt verzichtet, um keine Anbindung an nationales Recht zu suggerieren. Damit entsteht aber ein erhebliches Legitimationsproblem: der Anwender muß sich darauf verlassen, daß die Arbeitsgruppe tatsächlich das Recht kodifiziert hat, wie es ist und nicht das Recht, wie es sein sollte. Das beides aber nicht scharf zu trennen ist, zeigt (trotz des Namens: Re-statement) die Erfahrung der amerikanischen Restatements. Auch dort wurde neben der bloßen Wiedergabe des *case law* des *common law* auch neues Recht "gesetz", man nennt dies bezeichnenderweise "*gentle pushing*". Im amerikanischen Restatement ist diese progressive Funktion allerdings auch transparenter. Während nämlich die erste Auflage noch keine Anmerkungen enthielt, hat man diese in der zweiten Auflage eingeführt, um eine größere Akzeptanz in der Gerichtspraxis zu erreichen.

2. Das Konzept der "Schleichenden Kodifizierung" des transnationalen Wirtschaftsrechts

Einen Ausweg aus diesem Dilemma bietet (vielleicht) der von mir vorgeschlagene Weg der "schleichenden Kodifizierung durch Listenbildung".
Was ist damit gemeint?

Nun, wie die Bezeichnung dieses Prozesses schon andeutet, geht es um einen informellen aber doch dauerhaften Kodifikationsprozeß. Dieser soll durch Aufstellung einer Liste von allgemeinen Grundsätzen, Regeln und Standards des transnationalen Rechts nebst umfangreichen Nachweisen erreicht werden. Die Liste ist offen und damit der jederzeitigen Ergänzung zugänglich.

Der Gedanke der Listenbildung ist sicher nicht neu, bisher wurde ihr aber kein eigenständiger Kodifikationszweck zugesprochen. So hat bereits *Ripert* im Jahr 1933 eine umfangreiche Liste von allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Regeln des Zivilrechts veröffentlicht, die er als für das Völkerrecht verwertbar erachtete. Im Jahr 1953 hat *Bir Cheng* der Zusammenstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze des Völkerrechts eine ganze Monographie gewidmet. Im Jahr 1956 zeigte sich *Esser*, dessen privatrechtliche Forschungen wesentlich durch die Arbeiten *Riperts* beeinflusst wurde, erstaunt darüber, "welch lange Liste solch universitärrechtlicher Einrichtungen sich allein schon im Zivilrecht finden" (Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts).

Auch die Väter der modernen *Lex Mercatoria*-Lehre, *Schmitthoff* und *Goldman*, haben ihren theoretischen Erwägungen stets auch Listen mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen des transnationalen Wirtschaftsrechts beigefügt. *Goldman* war sogar so optimistisch zu behaupten, daß sich mit Hilfe der in der Liste enthaltenen Grundsätze bereits die überwiegende Mehrzahl der in einem internationalen Rechtsstreit auftretenden Rechtsfragen lösen ließen. Tatsächlich kam diesen Listen aber wohl mehr Rechtsfertigungsfunktion zu, als das sie einen eigenständigen Ansatz verfolgten.

Die von uns am Center for Transnational Law (CENTRAL) der Universität Münster verwaltete Liste beinhaltet zur Zeit über siebzig Grundsätze und Regeln. Sie reichen von so allgemeinen Formeln wie *pacis servanda* und *good faith* bis hin zu konkreten Regeln über die Berechnung des Zinsschadens, die gesellschaftsrechtliche Durchgriffshaftung oder die Enteignungsschädigung. Die Liste wird ständig ergänzt und aufgearbeitet. Sie ist also nie "fertig" oder "abgeschlossen", sondern gibt die *lex mercatoria* stets nur in ihrer momentanen Form wieder. Zur dauerhaften Aktualisierung steht ein Team aus international anerkannten Experten des internationalen Wirtschaftsrechts zur Verfügung. Sie sind im "Board of Trustees" des CENTRAL zusammengefaßt. Die Arbeit an der Liste beruht auf der funktional-rechtsvergleichenden Methodik. Diese Methode ist topisch ausgerichtet. Ausgangspunkt der Überlegungen ist

also nicht eine abstrakte Rechtsnorm, sondern stets ein konkretes Rechtsproblem aus der internationalen Wirtschaftspraxis. Nach Erfassung des Problems wird untersucht, wie dieses Problem in den verschiedenen Rechtsordnungen, internationalen Regelwerken und Schiedsprüchen gelöst wird. Hieraus wird ein Normsatz formuliert. Die untersuchten Gesetze, Konventionen, Regelwerke und sonstigen Materialien und Schiedssprüche werden dem jeweiligen Grundsatz als Anmerkung beigefügt. Die Liste hat bereits in einigen ICC-Schiedsprüchen Verwendung gefunden.

Schlußwort

Damit komme ich zum Schluß meiner Ausführungen. Statt eines Fazits möchte ich die Frage beantworten, ob dieser Gedanke der informellen oder schleichenden Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts bereits in der Praxis Akzeptanz gefunden hat. Um es vorwegzunehmen, die Antwort lautet: ja!

So hatten es vor kurzem die Schiedsrichter in zwei ICC-Schiedsverfahren mit Verträgen zu tun, in denen sich die Parteien auf die Anwendung von "*anglo-saxon principles of law*" bzw. "*principles of natural justice*" geeinigt hatten. In beiden Fällen zögerten die Schiedsrichter nicht, in Ausführung dieser vagen Rechtswahlklauseln die UNIDROIT-Principles heranzuziehen. In einem Fall wiesen sie dabei darauf hin, daß dieses Regelwerk im Gegensatz zu dem sonst in Bezug genommenen Art. 38 IGH-Statut einen praktikablen Inhalt habe.

Ein weiteres instruktives Beispiel finden wir in dem wohl bekanntesten und größten europäischen Infrastrukturprojekt dieses Jahrhunderts, dem Eurotunnel-Anlagenbauvertrag. Die Parteien (England und Frankreich) hatten hier eine inzwischen berühmte-berühmte Rechtswahlklausel eingefügt, die gerade für Verträge mit staatlichen Parteien eine lange Tradition hat (Souveränität). So war im Konzessionsvertrag zwischen der iranischen Regierung und der National Iranian Oil Company von 1970 eine derartige Klausel ebenso enthalten wie in dem berühmten Eisenbahnvertrag aus dem Jahr 1872 zwischen der Türkei und der österreichischen Gesellschaft "*Compagnie générale pour l'exploitation des chemins de fer de la Turquie Europe*". Nach der im Kanalunnevertrag enthaltenen Klausel waren auf den Vertrag primär die dem englischen und französischen Recht gemeinsamen Rechtsgrundsätze anzuwenden. Dort, wo solche gemeinsamen Grundsätze nicht existieren oder nicht auszumachen sind, sollen die Prinzipien Anwendung finden, die internationale Tribunale gewöhnlich in solchen Fällen anzuwenden pflegen. Ein Schiedsgericht, das sich mit einem aus dem Anlagenbauvertrag entstandenen Streit zu befassen hatte, entschied, daß dies als Verweis auf die UNIDROIT-Principles aufzufassen sei.

Aber auch die Technik der schleichenden Kodifizierung durch Listenbildung findet mittlerweile Eingang in die Praxis. So fiel mir vor einem Jahr der Newsletter des Cairo

Regional Center for International Commercial Arbitration (CRCICA) in die Hände. Dieses Center genießt hohes Ansehen im arabischen Raum und darüber hinaus. Als ich den Newsletter aufschlug, staunte ich nicht schlecht, als ich dort eine Liste von 25 Rechtsgrundsätzen und Regeln fand, die von Schiedsgerichten des Center in den letzten Jahren zur Streitentscheidung angewendet worden waren. Neben allgemeinen Grundsätzen wie *pacata sunt servanda* und *good faith* fanden sich dort auch konkrete Haftungsregeln aus dem Bereich des Seerechts. Eine Bezugnahme auf nationales Recht fehlte. Auf meine Anfrage teilte man mir mit, daß man vorhabe, diese Liste in regelmäßigen Abständen zu veröffentlichen.

Schließlich ist in einem 1996 ergangenen ICC-Schiedsspruch erstmals eine Liste von acht Grundsätzen der *lex mercatoria* enthalten, die der Schiedsrichter zur Lösung seines Rechtsproblems benötigte. Zur Begründung stellte das Schiedsgericht fest:

„Die Anwendung dieser transnationalen Rechtsgrundsätze bietet eine Reihe von Vorteilen. Ihre Anwendung ist einheitlich und unabhängig von den Eigenheiten der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen. Sie berücksichtigen in verstärktem Maß die besonderen Bedürfnisse der internationalen Wirtschaft und ermöglichen so einen fruchtbaren Austausch zwischen den Rechtssystemen, die häufig zu sehr an unterschiedlichen dogmatischen Konzeptionen angekernt sind einerseits und denjenigen, die eine gerechte und pragmatische Lösung eines Einzelfalles aus dem internationalen Wirtschaftsrecht suchen andererseits. Der Fall bietet damit eine ideale Gelegenheit für die Anwendung dessen, was heute mehr und mehr als 'lex mercatoria' bezeichnet wird.“

Meine Damen und Herren, sie sehen also, der Gedanke der schleichenden Kodifizierung der *lex mercatoria* ist keineswegs juristische Zukunftsmusik. Die Zukunft hat vielmehr bereits begonnen!

Der Umbau des Sozialstaates aus internationaler

Perspektive*

von

Eberhard Eichenhofer***

I. Einleitung

1. *Der deutsche Sozialstaat in der Krise*

Die Landkreise Osnabrück und Emsland verzeichnen bei der Wiedereingliederung von Sozialhilfeempfängern in das Erwerbsleben bundesweit beachtete Erfolge. Die Zukunftskommission der Freistaaten Bayern und Sachsen legten Vorschläge zur Ablösung der gesetzlichen Rentenversicherung vor¹. Der stellvertretende IG-Metall-Vorsitzende Walter Rießer sprach sich für die Einführung einer Mindestsicherung im Alter für jedermann aus. Bündnis 90/Die Grünen unterbreiteten Vorschläge zur Einführung eines Mindesteinkommens für jedermann; diese Vorschläge ähneln den Beschlüssen der FDP für ein Bürgergeld. Ärzteverbände, BDA und BDI forderten, daß sich der Staat aus der sozialen Vorsorge zurückziehen und auf die Bereitstellung einer Mindestsicherung beschränken solle. Nachrichten wie diese bezeugen beispielhaft: Der deutsche Sozialstaat steckt in einer Krise. Denn die Kritik richtet sich nicht gegen vereinzelte Auswüchse und die Anregungen beschränken sich nicht auf begrenzte, moderate Korrekturen. Die historisch überkommenen Institutionen des deutschen Sozialstaates - von der Sozialversicherung über die Sozialhilfe bis zur Arbeitsmarktpolitik - ja, alle Bemühungen zur staatlichen Daseinsvorsorge und Daseinsgestaltung stehen gegenwärtig vielmehr insgesamt auf dem Prüfstand. Natürlich hat dies damit zu tun, daß die in den 1970er Jahren

* Überarbeitete Fassung eines am 26. Juni 1998 vor der Internationalen Juristenversammlung Genabritsch

im angelsächsischen Sprachraum zunächst im akademischen Milieu heimisch geworden neoliberaler, ja anarcho-liberaler Ideenwelt, die während der 1980er Jahre unter Ronald Reagan und Margaret Thatcher in den USA und Großbritannien auch politisch wirksam geworden ist, inzwischen mit einiger Verspätung auch das deutsche Publikum erreicht hat.

Aber der Zustand des deutschen Sozialstaates bereitet ja nicht nur den neoliberalen Dogmatikern Sorgen. Deutschland gibt gegenwärtig etwa 1/3 seines Bruttozialproduktes für Sozialleistungen aus. Die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, in der Medizin und der Altersaufbau der inländischen Wohnbevölkerung deuten allesamt eher auf die künftige Steigerung, als auf die baldige Senkung dieses Anteils hin. Und diese Sorgen werden nicht schon dadurch gegenstandslos, daß sämtliche in Deutschland um die Gunst des Wählers werbenden Parteien versprechen, sie hätten das Patentrezept gefunden, mittels dessen sie die Kosten des deutschen Sozialstaates senken könnten.

2. Die Krise des Sozialstaates - ein weltweites Phänomen

Diskussionen, wie die soeben angesprochenen, werden freilich gegenwärtig nicht in Deutschland, sondern weltweit geführt. In manchen Staaten werden auch schon einschneidende Veränderungen in deren Sozialleistungssystemen vorgenommen. So hat manches Reformprojekt über die nationalen Grenzen hinaus für internationales Aufsehen gesorgt: etwa die Privatisierung der Krankenversicherung sowie die drastische Einschränkung der Bezugsvoraussetzungen für die Invalidenrente verbunden mit einem tariflichen Eingliederungskonzept für leistungsgeminderte Arbeitnehmer auf Teilzeitarbeitsplätze in den Niederlanden² oder der Aufbau einer obligatorischen zweiten Säule der Alterssicherung und die die Eigenverantwortung der Arbeitslosen für ihre Eingliederung in den Arbeitsmarkt betonenden Reformen in Großbritannien³. Dies ist auch nicht verwunderlich, weil auch außerhalb Deutschlands die Sozialkosten einen erheblichen Anteil am Bruttozialprodukt ausmachen. Und auch außerhalb Deutschlands zeigen sich in gleicher Weise jene Trends, die in Zukunft eine Erhöhung der Sozialkosten wahrscheinlich werden lassen. Sozialpolitik ist in allen entwickelten Staaten des Westens ganz ebenso wie in den im Umbruch begriffenen Transformationsgesellschaften des Ostens zu einer wirtschaftspolitisch zentralen Größe geworden.

3. Der Umbau des Sozialstaates - ein internationales Projekt

Weil daher die Krise des Sozialstaates nicht auf Deutschland zu beschränken, sondern vielmehr Ausdruck eines weltweiten Phänomens ist, nehmen auch in wachsendem Maße

internationale Organisationen an der Krisenbewältigung teil. Sie empfehlen, stellen Bedingungen oder statuieren Mindeststandards. Der oftmals eingeforderte "Umbau des Sozialstaats" wird so zu einem wahrhaft internationalem Vorhaben. Die wichtigsten internationalen Akteure in diesem Prozeß sind OECD, Weltbank, ILO und schließlich für die Staaten Europas die EU. Im folgenden soll zunächst die Aufgabenstellung der Akteure umrissen (II), sodann deren Diagnose von der Krise des Sozialstaates (III) vorgestellt und schließlich deren Therapievorschlage umrissen (IV) und auf ihre Übertragbarkeit auf Deutschland untersucht werden (V).

II. Die Akteure

1. OECD

Die in Paris angesiedelte OECD verbindet die Handelsnationen Nordamerikas, Europas, Asiens und Ozeaniens⁴. Die OECD ist der Intensivierung des Welthandels verpflichtet, namentlich der Vertiefung des grenzüberschreitenden Handels unter den Mitgliedsstaaten. Zu Ihren Aufgaben gehört die Bewertung der Wirtschaftspolitik aller oder einzelner Mitgliedsstaaten. In diesem Zusammenhang nimmt die OECD auch regelmäßig zu Fragen der Sozialpolitik der einzelnen Mitgliedsstaaten Stellung. In der jüngsten Zeit befaßte sich die OECD deshalb intensiv namentlich mit Entwicklung der Arbeitsmärkte⁵. Ferner organisierte die OECD 1996 in Paris eine Konferenz unter dem Leitthema "Beyond 2000: The New Social Policy Agenda"⁶.

2. Die Weltbank

Die Weltbank ist die operative Organisation des Internationalen Währungsfonds. Dieser ist seinerseits Garant eines funktionierenden Weltwährungssystems, das Grundlage jeglichen Welthandels ist. Aus dem Abkommen von Bretton Woods (1944) hervorgegangen, hat die Weltbank heute eine zentrale entwicklungspolitische Funktion: Sie gewährt Kredite an Staaten, um so deren Volkswirtschaft in die Weltwirtschaft einbeziehen zu helfen. In dieser Rolle war die Weltbank in den vergangenen Jahren vor allem mit der Vergabe von Finanzhilfen an die Transformationsgesellschaften der vormals staatswirtschaftlich organisierten Staaten Mittel- und Osteuropa befaßt. In diesen Staaten beanspruchten die Sozialausgaben einen erheblichen Teil des Volkseinkommens. Bei der Kreditvergabe stand die Weltbank regelmäßig vor der Frage, wie gesichert werden könne, daß die zu vergebenden Mittel investiv - also für den Aufbau der weltmarktfähigen Unternehmen -

⁴ Hugo J. Hahn/Albrecht Weber, Die OECD/Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Baden-Baden 1976

⁵ The OECD Jobs Study, Paris 1994.

⁶ Paris 1998.

² Bertelsmann Stiftung (Hg.), Internationales Beschäftigungsranking, Gütersloh 1998, S. 97 ff.

³ Ebd., S. 141 ff.

statt konsumtiv - also für die Befriedigung sozialstaatlicher Anliegen - ausgegeben werden. Die Weltbank gewährte die Darlehen regelmäßig nur unter der Auflage, daß die Sozialleistungen in den Empfängerländern zu beschränken seien. In den unter solchen Auflagen geförderten Staaten führte dies zu innen- und gesellschaftspolitischen Konflikten. Bemühungen zur Integration dieser Staaten in die Weltwirtschaft schienen nur durch Preisgabe der "heißen Welt der Diktatur"⁷ - jener schlampigen Gemüthlichkeit der spätsozialistischen Mangelwirtschaft - möglich. Postkommunisten vermochten sich in den Transformationsstaaten als Gralshüter vermeintlicher Errungenschaften und damit als Traditionsbewahrer eines untergegangenen Systems wirksam zu artikulieren. Eine vergleichbare Rolle spielt - am Rande bemerkt - in den neuen Bundesländern die PDS.

3. Die ILO

Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) wurde 1919 als Nachfolgerin der aus Privatinitiativen hervorgegangenen Internationalen Vereinigung für den gesetzlichen Arbeiterschutz in Genf gegründet⁸. Ihr Ziel ist es seitdem, das Arbeits- und Sozialrecht der Mitgliedsstaaten zu harmonisieren, einheitliche Grundregeln für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit weltweit einzuführen: Si vis pacem cole iustitiam! ist ihr Leitmotiv. In annähernd 200 Übereinkommen und Empfehlungen hat die Organisation - die nicht nur von den Regierungen der Mitgliedsstaaten, sondern auch von den Tarifvertragsparteien der einzelnen Mitgliedsstaaten getragen wird - zahlreiche Grundregeln für das Arbeits- und Sozialrecht der Mitgliedsstaaten - und dies sind alle Mitgliedsstaaten der Vereinten Nationen - formuliert. Diese Regeln werden in einer Sammlung, die im Sprachgebrauch der ILO als "International Labor Code" bezeichnet wird.

4. Die EU

Für die noch 15 in der EU zusammengeschlossenen und die meisten in die EU drängenden europäischen Staaten erfüllt die EG - künftig "EU" genannt - eine Schlüsselfunktion bei der Bewältigung der Krise des Sozialstaates. Seit Gründung der EWG im Jahre 1958 besteht eine anerkannte und ausgemachte Zuständigkeit der Gemeinschaft, sozialpolitische Fragen zu erörtern und Vorschläge für deren Lösungen gegenüber den Mitgliedsstaaten zu unterbreiten (vgl. Art. 117 EGV). Indessen fehlt der EU bis zum heutigen Tag die Einzelermächtigung zur Gestaltung des Rechts der sozialen Sicherheit. Art. 51 EGV beschränkt die Gestaltungsmacht der EG auf die Koordination der sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedsstaaten - also auf die zwischenstaatliche Verflechtung der

Systeme der sozialen Sicherheit. Durch die Leistungsausfälle, den Leistungsexport sowie die Zusammenrechnung der Versicherungszeiten. Hingegen fehlt bis zum heutigen Tag eine Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Harmonisierung der nationalen Sozialrechte. Selbst sozialpolitische Mindeststandards kann die EG nur auf den Gebieten des Arbeitsschutzes (Art. 118 a EGV) - also des Schutzes der Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren - sowie der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 119 EGV) formuliert werden.

Diese Ohnmacht erschien jedoch den meisten Mitgliedsstaaten in den 80er Jahren als Mißstand. Deshalb steht der noch in dem Verfahren der Ratifikation befindliche Amsterdamer Vertrag - der das Recht der EU grundlegend neu gestalten wird - auch eine deutliche Zunahme der Kompetenzen der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Sozialpolitik vor. Sie überwindet jenen Zustand, daß Sozialpolitik ausschließlich Domäne nationaler Politik bleibt, wiewohl national unterschiedliche Sozialpolitiken die Wettbewerbsbedingungen innerhalb eines immer stärker zusammenwachsenden Binnenmarktes beeinträchtigen, ja verfälschen können. Der Amsterdamer Vertrag begründet eine originäre Rechtssetzungszuständigkeit für die EU auf nahezu allen Feldern der Sozialpolitik beschränkt diese jedoch auf die Formulierung von Mindeststandards, welche außerdem nur bei Einstimmigkeit verabschiedet werden können.

III. Diagnose: Worin liegen die Schwächen im gegenwärtigen Zuschnitt der sozialen Sicherheit?

In der internationalen Debatte zeichnet sich ab, daß die Krise des Sozialstaates Ergebnis und Ausdruck zahlreicher und tiefgreifender Veränderungen in den Lebensbedingungen der Menschen ist. Diese zeigen sich in fünf Größen, nämlich der Altersstruktur (1), den Familienverhältnissen (2), der medizinischen Entwicklung (3), dem Arbeitsmarkt (4) und schließlich der Stellung des die soziale Sicherheit gegenwärtig noch bereitstellenden und organisierenden Staates in einer auf weltweiter Arbeitsteilung und wirtschaftlichem Austausch beruhenden Welt (5).

1. Altersstruktur

Für den hergebrachten Sozialstaat war Alter ein Restrisiko. Die meisten Menschen erreichen selten das Sechste, höchstens das Siebente Lebensjahrzehnt. Wer diese Grenze überschritt, wurde zu einer herausragenden Gestalt, galt als Methusalem. Heute steigt die Lebenserwartung weltweit. Nur in wenigen Staaten, in denen die Transformation von der staatswirtschaftlichen zur marktwirtschaftlichen Ordnung für erhebliche Teile der Bevölkerung zu einer Verarmung und Verschlechterung der Lebensbedingungen führte, ist ein gegenläufiger Trend zu verzeichnen. Gleichzeitig stagniert oder sinkt die Geburtenrate auf niedrigerem, als für die Reproduktion nötigen Niveau. Dies führt langfristig zu einer

⁷ vgl. Stefan Wölle, Die heiße Welt der Diktatur, Berlin 1998.

⁸ Guy Perrin, Die Ursprünge des internationalen Rechts der sozialen Sicherheit, 1983.

Stagnation oder gar zu einem Absinken der Weltbevölkerung. Dies ist aus ökologischen und entwicklungspolitischen Gründen sicher begründenswert; andererseits - und dies macht die Entwicklung sozialpolitisch bedenklich - verschlechtern die demographischen Entwicklungen das zu erwartende Zahlenverhältnis zwischen aktiven Erwerbstätigen und den älteren Menschen: Die Zahl der alten Menschen wächst und gleichzeitig sinkt die Zahl der jüngeren, im Erwerbsleben stehenden oder in das Erwerbsleben drängenden Menschen. In den vergangenen Jahrzehnten konnte die Altersarmut gesenkt werden. Weltweit zeichnet sich schon die umgekehrte Tendenz immer deutlicher: aus den einst needy elderly sind längst die greedy elderly geworden. Es wird deshalb befürchtet, daß eine größer werdende Gruppe von Alten der kleiner werdenden nachwachsenden Generation tendenziell steigende Lasten auferlegen wird. Dieser Trend geht mit der weiteren Tendenz einer zunehmenden Konzentration und Verdichtung der Erwerbsphase einher, die im Lebenszyklus der Menschen immer später beginnt und immer früher endet. Der *troisième âge*, ein wesentlich auf Sozialtransfer und Vermögensverzehr gründender Lebensabschnitt wird daher für eine wachsende Zahl von Menschen zu einem eigenem Lebensabschnitt werden, der alle vorangegangenen Lebensabschnitte an Länge und auch Intensität zu übertreffen scheint.

2. Familie

Der hergebrachte Wohlfahrtsstaat gründete auf die Annahme, Erwachsene lebten in der als grundsätzlich unauflösbar gedachten Ehe, in der ein Ehegatte den Lebensunterhalt für die Familie erwirtschaftet und der andere Ehegatte den Haushalt führt und die Kinder betreut. Auf diesem Sozialmodell beruht auch noch die gegenwärtige deutsche Sozialversicherung - die in der Familienversicherung, Hinterbliebenenversorgung und sozialhilferechtlichen Bedarfsgemeinschaft den Strukturen des hergebrachten Familienmodells verpflichtet. Auch diese Annahme gerät durch eine wachsende Zahl nichtehelicher Lebensgemeinschaften und wachsende Ansprüche der Frauen auf Teilhabe am Erwerbsleben weltweit ins Wanken. Familienarbeit wird zunehmend kommerzialisiert. Die gestiegenen Ansprüche auf Erwerbstätigkeit beider Elenteile führt zu der Notwendigkeit, die nichterwerbswirtschaftlichen Formen der Familienarbeit zu kommerzialisieren. Da diese kostspielig ist, nehmen die sozialrechtlichen Modelle der Bereitstellung dieser Dienste zu.

3. Medizin

Im hergebrachten Wohlfahrtsstaat begleiteten die Einrichtungen der gesundheitlichen Vorsorge Kinder, Jugendliche, Männer und Frauen durch ein von der Erwerbsarbeit geprägtes Leben. Die diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten waren begrenzt. Infolge der beachtlichen Entwicklungsschritten in der Medizin während der

vergangenen Jahrzehnte sind die Diagnose- und Therapiemöglichkeiten deutlich ausgeweitet worden. Die neuen Möglichkeiten tragen nicht nur wesentlich zur Steigerung der Lebensfreude bei. Sie führen auch zu einer deutlichen Verlängerung der Lebenserwartung. Gleichzeitig ändern sich die Lebensumstände in der letzten Phase des Lebens: die physischen Beeinträchtigungen verlieren - weil zunehmend reparabel - an lebensprägender Bedeutung; im Gegenzug werden mentale Ausfallerscheinungen und wachsende Hilflosigkeit, gesteigerte Pflegebedürftigkeit immer verbreiteter.

4. Arbeit

Der hergebrachte Sozialstaat war auf den männlichen Vollzeitbeschäftigten gegründet. Die auf diesem Modell beruhende Arbeitswelt hat sich in den vergangenen Jahrzehnten ebenfalls tiefgreifend verändert. Zwar wuchs zwischen 1972 und 1995 der Anteil der Erwerbstätigen an der Gesamtbevölkerung von 63 % auf 66 % an⁹. Aber damit ging eine bemerkenswerte Veränderung der Erwerbstätigkeit einher. Ein weltweiter Trend geht zu einer starken Konzentration der Erwerbsphase auf eine später beginnende und früher endenden Lebensabschnitt. Dies erschwert den Zugang jüngerer Jahrgänge in das Erwerbsleben und erschwert die Beschäftigung älterer Menschen. Außerdem erodiert das einst klassische, weil typische Normalarbeitsverhältnis. Prekäre Arbeitsverhältnisse - Leiharbeit, befristete Arbeit, projektbezogene Arbeit, Saison- und Aushilfsarbeit - nehmen weltweit zu. Mit der Zunahme der Arbeitsformen geht auch eine Differenzierung der Arbeitserträge einher. Ein hohes Schutzniveau von den im Normalarbeitsverhältnis Stehenden steht ein sinkendes Schutzniveau für die in atypischen und prekären Beschäftigungen Tätigen gegenüber. Mit der zunehmenden Differenzierung des Erwerbslebens geht eine Zunahme der Arbeitslosigkeit einher sowie einer wachsenden Zahl offener und nichtbesetzter Stellen andererseits einher. Umgekehrt zeigt das US-amerikanische Beschäftigungswunder, daß eine hohe Anpassungsfähigkeit von Arbeitnehmern mit geringer oder nicht vorhandener Qualifikation an das im steten Wandel befindliche Anforderungsprofil an Arbeit zu einer Senkung der Arbeitslosenquote führt. Diese Flexibilität hängt damit zusammen, daß die USA im Gegensatz zu Europa für Arbeitsfähige keine Ansprüche auf Sozialhilfe vorsehen. Dies entspricht der Tradition einer Einwanderungsgesellschaft, in der der arbeitsfähige Einzelne primär auf sich selbst gestellt ist.

5. Krise des Nationalstaates

Der klassische Sozialstaat stand in enger Affinität zum Nationalstaat. Im Sozialstaat wurde die Nation zum Solidarverband geformt. Nicht von ungefähr heißt es in der

⁹ OECD, *Beyond 2000: The New Social Policy Agenda*, Paris 1996.

französischen Jakobiner-Verfassung vom 24. Juni 1793: "Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler". Für den Nationalstaat klassischer Provenienz sind Beschäftigungs- und Daseinsicherung seiner Bürger daher eine heilige Pflicht. In diesem Denken ist der Staat primär Garant der sozialen Ordnung. Der Staat ist wesentlich eine Körperschaft der Gleichen und Freien, die sich primär in ethnischer Gleichheit miteinander verbunden sehen und füreinander einstehen. Die Welt umfaßt in diesem Denken je selbständige und voneinander unabhängige Nationen, die sich zu solidarischen Verbänden zusammengeschlossen haben und die Mitglieder anderer Nationalstaaten in ihren Reihen nicht dulden, sondern sie tendenziell ausschließen.

In einer auf Handel und wirtschaftlich bedingter Migration gründenden Welt verliert ein solches Denken jegliche Grundlage. Der Staat ist nicht länger Garant einer homogenen sozialen Ordnung. Das Scheitern des kommunistischen Projekts in den staatswirtschaftlichen Ländern hat die Brüchigkeit eines solchen Staatsverständnisses ein für allemal offenbart. Der Staat ist allenfalls noch Garant individueller Freiheiten. Mit einem solchen Staatsverständnis ist es zunehmend unvereinbar, daß der Staat dem Einzelnen die Formen der Daseinsvorsorge zwingend vorgibt.

IV. Therapien

1. Alter

In Anbetracht der dargelegten demographischen Entwicklungen sind die Wirkungen einer durch Umlage finanzierten Alterssicherung der Zukunft unsicher auszumachen: eine wachsende Zahl von Alten wird höhere Sozialtransfers als gegenwärtig beanspruchen und dieser wird von einer sinkenden Zahl von Erwerbstätigen zu erwirtschaften sein. Die schon heute als untragbar hoch empfundene Last der Sozialkosten wird unter diesen Gegebenheiten weiter ansteigen. Wird soziale Sicherheit weiter - wie vornehmlich in Deutschland - durch Abgaben auf den Lohn finanziert, so wird sich der bereits gegenwärtig als skandalös empfundene Zustand in Zukunft sogar noch verschärfen, weil immer höhere Einkommensbestandteile vom Staat für den Sozialtransfer beansprucht werden müssen. Dieses Modell führt deshalb nahezu zwangsläufig in eine Krise.

Die Nettorendite von Arbeit wird tendenziell sinken, jedenfalls hinter die Nettorendite von Kapital zurückfallen. Politische Versuche, diesen Effekt durch Minderung der Rentenhöhe und damit Versuche zur Stabilisierung des Beitragssatzes entgegenzuwirken - ein Ansatz, den das Rentenreformgesetz 1999 in Deutschland ebenfalls beschreitet¹⁰, führt notwendig zur Absenkung des Ertragswertes von Beitragszahlungen. Das Dilemma des auf Umlagefinanzierung beruhenden Rentenversicherungsrechts wird also offenkundig:

angesichts der demographischen Gegebenheiten ist eine Stabilisierung der Beitragsbelastung nur um den Preis der Niveauabsenkung bei den Leistungen zu haben. Diese senkt indessen den Ertragswert von Beitragszahlungen und entwertet damit die Akzeptanz des Umlageverfahrens, zumal falls im Vergleich auf dem Kapitalmarkt wachsende Nettorenditen zu erwirtschaften sind. Weltweit wird daher dem auf Umlagefinanzierung beruhenden Alterssicherungssystem der Vorwurf entgegengehalten, es gestalte sich angesichts der sich abzeichnenden demographischen Entwicklungen zunehmend als versicherungsmathematisch unfair.¹⁰ Am klarsten gelangt dieser Zusammenhang an der viel beachteten Studie der Weltbank¹¹ "Averting the Old Age Crisis" zum Ausdruck, worin es heißt: "The pay-as-you-go method of finance.... inevitably produces low costs and positive transfers to the first covered generations. It also inevitably produces negative transfers for later cohorts because of the system maturation and population ageing, increasing labour market distortions and incentives to evade."

Die demographische Entwicklung ist aber der sozialpolitischen Entwicklung nicht nur abträglich, sondern sie birgt zugleich Chancen. Die steigende Lebenserwartung der Menschen eröffnet die Chance zu einer Neubestimmung der Kriterien von Arbeitsfähigkeit und Erwerbsfähigkeit. Eine Anhebung des Rentenalters und damit verbunden eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit wären deshalb eine angemessene Zielvorstellung, um auf systemkonforme Weise die offenkundigen Folgeprobleme der auf Umlagefinanzierung beruhenden Rentenversicherung zu meistern. Denn eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit nutzt der auf Umlagefinanzierung beruhenden Rentenversicherung gleich zweifach: Sie verbreitert die Beitragsbasis und vermindert gleichzeitig die Zahl der Leistungsempfänger. Deshalb plädieren sowohl die OECD als auch die Weltbank für eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit als eine weitgehend systemkonforme Maßnahme zur langfristigen Sanierung der auf Umlagefinanzierung beruhenden Rentenversicherung.

So formulieren Boorenberg/von der Linden¹²: "Indexing the retirement age to life expectancy is a most natural way to ensure society against a longer average life of citizen so that people spend part of their longer life in work and part in retirement". Und auch die Weltbank¹³ sieht in der Verlängerung der Lebensarbeitszeit zumindest einen ersten Schritt zu einer Reform der auf Umlagefinanzierung ruhenden Rentenversicherung: "The first step is to reform the public pillar by raising the retirement age, diminishing awards for early retirement and penalties, downsizing benefit levels, making the benefits structure flatter (to emphasize the poverty reduction function) and the tax rate lower and the tax base

¹⁰ Boorenberg/von der Linden, OECD, Beyond 2000: The New Policy Agenda, Paris 1996.

¹¹ World Bank, Averting the Old Age Crisis, 1994, p. 13.

¹² Boorenberg/von der Linden, OECD, Beyond 2000: The New Policy Agenda, Paris 1996.

¹³ World Bank, p. 22.

broader". Infolge einer solchen Politik wird zwar die Rendite der aus der Umlagefinanzierung stammenden Leistungen ebenfalls sinken. Die Senkung könnte aber aufgewogen werden, wenn und soweit sich der Arbeitsmarkt der Zukunft für die Beschäftigung aufnahmefähiger als der heutige Arbeitsmarkt erweisen sollte.

Zu dieser optimistischen Annahme gibt es zureichende Gründe. Heute wird außerhalb Deutschlands besorgt die Frage aufgeworfen: Kann angesichts sinkender Geburtenraten der Arbeitskräftebedarf der Zukunft überhaupt noch gedeckt werden? Die einst von Hannah Arendt¹⁴ und Herbert Marcuse¹⁵ verfochtene These vom Ende der Arbeitsgesellschaft bestimmt die internationale Debatte also keineswegs. Vielmehr wird trotz aller Rationalisierungsbestrebungen in Industrie und Verwaltung weit überwiegend angenommen, daß die nachindustrielle, primär auf Dienstleistung beruhende Wirtschaft der Zukunft zahlreiche neue Beschäftigungsmöglichkeiten hervorbringen werde.¹⁶ So gelangt auch die OECD in ihrem 1994 erstellten Jobs Study zu dem Ergebnis: Die Nachfrage nach beruflichen Qualifikationen sei in allen Wirtschaftszweigen während der vergangenen Jahrzehnte stark angestiegen.¹⁷ Das Risiko der Arbeitslosigkeit sei der Qualifikation des Beschäftigten umgekehrt proportional: je niedriger die Qualifikation, desto höher das Risiko der Arbeitslosigkeit. Der technologische Wandel bringe mehr neue Arbeitsplätze hervor als er alte Arbeitsplätze beseitige.¹⁸ Die ILO¹⁹ verspricht sich von einer internationalen Strategie - getragen von den Staaten, Verbänden und internationalen Organisationen - einen Beitrag zur Überwindung der Beschäftigungskrise. Namentlich sollten international einheitliche Mindeststandards für die Beschäftigung gesetzt und die nationalen Beschäftigungspolitiken international abgestimmt werden. Dagegen besteht seit dem Amsterdamer Vertrag für die EU eine originäre Zuständigkeit zur Beschäftigungspolitik. Eine EU-weite Abstimmung der nationalen Beschäftigungspolitiken verbunden mit einer Koordination der EU-rechtlichen Initiativen sollen die Beschäftigungskrise langfristig überwinden.

Wird also der Arbeitsmarkt der Zukunft für Beschäftigte namentlich mit höherer beruflicher Qualifikation, langjähriger beruflicher Erfahrung und ausgeprägten Fachkenntnissen: also wesentlich für ältere Arbeitnehmer immer aufnahmefähiger sein, so wird damit eine Voraussetzung für eine Verlängerung der Lebensarbeitszeit erfüllt sein. Aber auch für die weniger oder geringer qualifizierten Arbeitskräften könnten

¹⁴ Hannah Arendt, Vom Sinn der Arbeit, in: dies., *Vita Activa*, 1956.

¹⁵ Herbert Marcuse, *Der eindimensionale Mensch*, 1967.

¹⁶ Johanni Linnroth, *Global Employment Issues in the Year 2000*, 117 (1994), *Monthly Labor Review*, September No. 9, p. 5.

¹⁷ OECD, *The Jobs Study*, 1994, pp. 49 ff., 113 ff.

¹⁸ Ebd., p. 165.

¹⁹ Report of the Director General, *International Labour Conference 82nd Session 1995*, pp. 65 ff.

Beteiligungsmöglichkeiten ausgeweitet werden, wenn sich die Nationalstaaten mehr als bisher notfalls öffentliche Subventionen für geringbezahlte Beschäftigungen zu vergeben.²⁰ Die jüngsten Reformen des Sozialhilferechts in den USA und Großbritannien, die unter der Devise *Welfare to Work* stehen, sind diesem Ziel jedenfalls verpflichtet.

Angesichts dieser Trends sei schon im nächsten Jahrzehnt eher die Verknappung des Arbeitskräfteangebots als eine Zunahme der Arbeitslosigkeit zu erwarten. Werde aber das Arbeitskräfteangebot relativ knapper, sei ferner mit einer Erhöhung des Ertrages aus Arbeit im Vergleich zum Ertrag aus Kapital zu rechnen. Dementsprechend sei in Zukunft auch wieder mit einer Reallohnsteigerung zu rechnen, insbesondere falls es durch die angeordneten Maßnahmen gelinge, die Beitragssätze für die Aufwendungen zur Alterssicherung relativ stabil zu halten.²¹

2. Insbesondere ein Systemwechsel in der Alterssicherung?

Unter den dargestellten demographischen Bedingungen wird ferner weltweit ein Systemwechsel in der Alterssicherung erwogen. Fordert die demographische Entwicklung den Umbau von Alterssicherung von der Umlagefinanzierung zur Kapitaldeckung, und, was damit zwar nicht denknotwendig, aber praktisch als Folge verbunden wäre: von der öffentlichen zur privaten Altersvorsorge? Die Auffassungen sind geteilt. Die Weltbank hat in der vielbeachteten Studie "Averting the Old Age Crisis" dezidiert für den Systemwechsel plädiert; andere Organisationen stehen einem Systemwechsel dagegen eher skeptisch oder gar ablehnend gegenüber.

Die Weltbank²² schlägt als Modell einer künftigen Alterssicherung ein auf drei Säulen beruhendes System vor:

- 1) Eine auf Steuerfinanzierung beruhende, einzig die Abwendung von Altersarmut bezweckende öffentliche Grund- oder Mindestsicherung, sei es in Gestalt der Sozialhilfe, sei es einer unabhängigen von der Bedürftigkeit gewährten Grund- oder Mindestrente, die nur bezahlt werden soll, wenn der Empfänger nicht über ein existenzsicheres Mindesteinkommen verfügt;
- 2) eine für alle Erwerbstätige obligatorische zweite Säule, die als *defined contribution plan* auf Kapitaldeckung beruht und von privaten Versicherungen verwaltet werden soll, sei es in Gestalt von Betriebsrenten, sei es in Gestalt privater Leibrentenversprechen, und
- 3) freiwillige Vorsorgeleistungen oder die private Ersparnisbildung.

²⁰ Scharpf

²¹ Boorenberg/von der Linden

²² World Bank, p. 16 ff.

Die gegenwärtige Umlagefinanzierung der Alterssicherung verhindern wegen ihrer Belastung des Faktors Arbeit, daß reguläre steuer- und beitragspflichtige Arbeit hinreichend wirtschaftlich attraktiv sei.²³ Außerdem komme der Finanztransfer von den Jüngeren zu den Alten weit überwiegend den Besserverdienenden unter der älteren Bevölkerung zugute, weil deren Lebenserwartung signifikant höher als die Lebenserwartung der durchschnittlichen oder undurchschnittlichen verdienenden Versicherten sei. Die Umlagefinanzierung sei daher sowohl wirtschafts- als auch verteilungspolitisch fragwürdig geworden. Demgegenüber hätte eine öffentliche Mindestsicherung den Vorteil höherer Zielgenauigkeit und geringerer Kosten. Fehlallokationen öffentlicher Mittel würden so vermieden werden können.²⁴ Andererseits würde der Umverteilungseffekt öffentlicher Sicherungen offenbarmacht, der im gegenwärtigen System von einer die eigentlichen Finanzierungsbedingungen letztlich verdeckenden Versicherungsrhetorik camouffiert würden. Außerdem stärke eine obligatorische, privat finanzierte, auf Kapitaldeckung beruhende zweite Säule die Ersparnisbildung, erhöhe so die Investitionskraft von Unternehmen und trage damit auch zu einer Erhöhung des Wirtschaftswachstums bei.

Diesem Vorschlag wird entgegengehalten, daß auch bei einer weitgehenden Privatisierung der Alterssicherung der Staat seine beherrschende Rolle bei der Garantie privatrechtlicher Ansprüche - namentlich also bei der Versicherungsaufsicht - künftig spielen müßte. Außerdem treffe den Staat die Ausfallbürgschaft für die bei jeder privatrechtlichen Lösung möglichen Insolvenz der Versicherungen.²⁵ Außerdem führe eine als Betriebsrente ausgestaltete zweite Säule zu einer unmittelbaren Belastung des einzelnen Arbeitgebers mit Aufwendungen für die Alterssicherung der Arbeitnehmer. Diese Technik verminderte also nicht die Lohnnebenkosten, sondern erhöhte sie und führte im übrigen zu einer ungleichmäßigen Verteilung der Alterssicherungslasten, jedenfalls einer weit ungleichmäßigeren Verteilung unter den verschiedenen Unternehmen als das öffentliche System. Ferner zeichnet die Erfahrung mit der privaten Krankenversicherung in den USA, daß deren Leistungen eher teurer seien als öffentliche Leistungen und vielfach auch der Schutz weit größere Ungleichheiten aufweise als in der öffentlichen Sicherung.²⁶ Außerdem träten die als Defizite²⁷ des öffentlichen Systems gekennzeichneten Verteilungseffekte in gleicher Weise bei der privaten Vorsorge auf.²⁸ Ferner seien die

Staaten, wie Großbritannien und den USA, in denen bereits heute die öffentlichen Leistungen deutlich unter dem Durchschnitt aller Wohlfahrtsstaaten liegen und die private Vorsorge deshalb eine höhere Bedeutung hat, die Sparquote deutlich niedriger als in Staaten wie Japan und Deutschland, in denen der Anteil der öffentlichen Alterssicherung überdurchschnittlich sei.²⁹

Die Vorschläge der Weltbank sind insbesondere aus dem chilenischen Modell entwickelt worden.³⁰ Dieses ist unter dem Diktator Pinochet Ende der 1970er Jahre eingeführt worden. Gerade dieser Testfall zeigt freilich, daß die "Privatisierung" nur mit erheblichen Staatszuschüssen gelingt. Ferner beanspruchten bei der Privatisierung die Versicherungen einen deutlich höheren Teil als bei öffentlichen Leistungen für die Verwaltung, namentlich die Werbung.³¹ Die demographischen Risiken sind in der Altersstruktur der Bevölkerung angelegt. Sie stellen sich daher unabhängig vom System. Denn auch die Privatversicherung muß eine wachsende Zahl von Berechtigten durch eine tendenziell sinkende Zahl von Versicherten stützen.³² Des weiteren werde die Annahme, die private Vorsorge sei vor der Gefahr der Geldentwertung mehr als das öffentliche System gefeit, durch die entgegengesetzten Erfahrungen Europas in mehreren Inflationen widerlegt worden.

Es geht also letztlich weltweit um die Frage: Liegt die Zukunft der Alterssicherung in einer Reform im System oder zwingen die angedeuteten sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten zur Reform des Systems? Die Weltbank plädiert für letzteres; andere - namentlich die ILO - hält den ersteren für den überzeugenderen Weg.³³

Eine wesentliche Kritik der Weltbank an der auf Umlagefinanzierung beruhenden Alterssicherung liegt in dem Vorwurf begründet, diese sei gegen "politische Risiken" anfällig. Denn deren Ausgestaltung sei das Ergebnis gesetzgeberischer Entscheidungen ist. Angesichts der langfristigen Änderung der für die Alterssicherung wesentlichen Parameter sei deshalb in Permanenz mit Korrekturen durch den Gesetzgeber zu rechnen.³⁴ Die Rente werde unter diesen Umständen unsicherer und diese Unsicherheit könne auch nicht dadurch überwunden werden, daß die für das System politisch Verantwortlichen das Gegenteil fast gebetsmühlenartig beteuerten und auf Plakatwänden werbewirksam verkündeten. Freilich gehört schon Mut dazu - mit den Vorwurf, die Umlagefinanzierung sei politischen Risiken ausgesetzt, ihre vollkommene Ersetzung durch eine Grundversicherung zu fordern. Denn aus der Optik der Umlagefinanzierung ist die

Beseitigung der hergebrachten Sicherung der Eintritt des elementaren Risikos - der größte anzunehmende Unfall.

3. Der Systemwechsel und dessen Kosten

Die Weltbank plädiert aus den dargelegten Gründen für den Systemwechsel. Freilich werden in einer demokratischen Gesellschaft der Systemwechsel nur zustandegebracht werden können, wenn von ihm mehr Personen gewinnen als durch ihn verlieren würden. Gewinner des Wechsels scheint auf dem ersten Blick zunächst primär die junge Generation zu sein, die durch den Aufstieg aus der Umlagefinanzierung aus den zunehmend schweren Lasten des Generationenvertrages befreit zu werden scheint. Verlierer wären dagegen jedenfalls die Bestandrentner, deren Ansprüche auf das Niveau der Sozialhilfe abgesenkt würden. Verlierer wären aber auch die Beitragszahler, die in der jüngsten Vergangenheit das System der Umlagefinanzierung in der Erwartung getragen haben, daß sie selbst im Alter von diesem System getragen würden.

Durch die Beitragszahlungen werden zwar keine dem einzelnen zuzuordnenden Vermögenswerte begründet - gerade hierin liegt ja der Unterschied zwischen Kapitaldeckung und Umlagefinanzierung begründet. Aber dennoch begründet auch die Umlagefinanzierung eine den kapitalgedeckten Systemen vergleichbare Erwartungsstruktur, daß nämlich die in der Vergangenheit geleisteten Beiträge zur Finanzierung des Systems den Beitragszahlen bei Eintritt des Versicherungsfalls in eigener Person in der Zukunft durch Leistungen proportional entgolten werden würden. Die Weltbank nennt den vermögensrechtlichen Ausdruck einer solchen Erwartung „The implicit social security debt“.³⁵ Der Systemwechsel könne daher auch nach den Plänen der Weltbank in einer demokratischen Gesellschaft in mehrheitlicher Weise nur vollzogen werden, falls die jüngere Generation die für die Bestandrentner begründeten Leistungsansprüche und die von den Beitragszahlern begründeten Anwartschaften abgibt. Der Systemwechsel sei unter dieser Vorgabe mehrheitlich, wenn die für Bestandrentner und Beitragszahler begründete implicit social security debt niedriger sei als die Gewinne, die durch den Systemwechsel vor allem und wesentlich der jüngeren Generation zuteil würden.

Nach Ansicht der Weltbank könnte diese Voraussetzungen erfüllt werden. Die Ablösung der unter der Umlagefinanzierung begründeten Rechte werde möglich durch die Effizienzsteigerung, die der Systemwechsel selbst auslöse. Dieser führe nämlich wesentlich zu einer Erhöhung der Beschäftigtenzahl. Die Folge der Erhöhung der Lebensarbeitszeit, der Verbesserung der Kapitalausstattung der Volkswirtschaft infolge des Aufbaus kapitalgedeckter Vorsorgerechte und damit der Bereitstellung von

Investitionsmitteln und schließlich die Aussicht auf das tendenzielle Auslaufen der implicit social security debt lasse außergewöhnliche Belastungen auch als eher tragbar erscheinen.³⁶ Die noch verbleibende Schuld sollte durch die Inkaufnahme einer höheren Staatsverschuldung getragen werden. Darin liege keine zusätzliche Belastung der Volkswirtschaft. Vielmehr werde lediglich eine implizite Verschuldung der Volkswirtschaft explizit gemacht.³⁷

Kritiker halten dieser Überlegung entgegen, daß die jüngere Generation - die durch den Systemwechsel doch vorgelicht entlasten werden soll - bei Lichte besehen zusätzlich belastet werde. Denn sie wäre bei Verwirklichung des Reformplanes gehalten, die Vorsorge für das eigene Alter durch Kapitalbildung aufzubauen. Gleichzeitig habe sie jedoch die Kosten der unter dem bisherigen System begründeten Anrechte und Anwartschaften aufzubringen.³⁸ Die durch den Systemwechsel vorgelicht begünstigte Generation wäre auf diese Weise bei Lichte gesehen dreifach belastet:

- 1) Mit der Abgeltung der unter dem alten System erworbenen Anrechte und Anwartschaften,
- 2) dem Aufbau eines Kapitalstocks für die eigene Vorsorge und
- 3) schließlich mit Einkommensverlusten aus Erwerbstätigkeit. Denn diese sind die notwendige Folge und Voraussetzung einer auf die größere Rentierlichkeit von Kapitalträgern setzenden Strategie der Alterssicherung.

4. Krankheit

Die gestiegene Lebenserwartung der Menschen sowie die Entwicklung der Medizin verändern auch die Anforderungen an die Gesundheitspolitik. Die Pflegedienste werden angesichts der aufgezeigten Entwicklung von wachsender Bedeutung.³⁹ Daher werden in vielen Staaten Anstrengungen zum Ausbau der Pflegedienste unternommen. Der Generaldirektor der ILO⁴⁰ notiert, daß in der Krankenversicherung tiefgreifende Unterschiede zwischen den entwickelten und Entwicklungsländern bestehen. Während in den entwickelten Ländern für jedermann Anspruch auf eine gesundheitliche Versorgung von hoher Qualität bestehe, indessen der Gesellschaft einen hohen und in der Tendenz steigenden Aufwand abforderten, sei die gesundheitliche Versorgung in den Entwicklungsländern chronisch unterfinanziert. Die Kostenentwicklung sei Folge der medizinischen Entwicklung. Der Patient könne die Kosten der Behandlung freilich nicht wirksam kontrollieren, und zwar nicht entscheidend, weil diese nicht offengelegt werden

³⁶ Ebd., p. 266 f.

³⁷ Ebd., p. 267.

³⁸ Beattie/Gillivray, IRSS, 1995, 22.

³⁹ Kobajischi, OECD, Beyond 2000.

⁴⁰ Report of the Director General, International Labour Conference, 18th Session, 1993, pp. 62 f.

würden, sondern weil der Patient sich im Arzt einen medizinischen Experten gegenüber sehe, der den Behandlungsbedarf selbst festlege, ohne daß die Angemessenheit der Behandlung von dem grundsätzlich medizinisch unkundigen Patienten überprüft werden könne. In den entwickelten Ländern könne daher der Kostenentwicklung nur durch eine Bemühung durch eine stärkere Effizienz des Gesundheitswesens entgegengewirkt werden. Der Generaldirektor kommt zu der nüchternen Feststellung: "If anything, health care in such countries is overfunded".⁴¹

5. Familie

Die wachsende Instabilität von Familien gilt weltweit als die entscheidende sozialpolitische Herausforderung der Gegenwart. Die Instabilität von Familien gilt als eine wesentliche Ursache für die Armut von Frauen und Kindern.⁴² Der hergebrachte Wohlfahrtsstaat habe bislang auf diese Herausforderung keine zureichende Antwort gefunden. Auch das überkommene Familienrecht, das dem leistungsfähigen Vater und vormaligen Ehemann Unterhaltspflichten gegenüber Kind und vormaliger Ehefrau auferlege, weise horrende Vollzugsdefizite auf. Die beste Antwort auf diese Herausforderung liege in der Einbeziehung der arbeitsfähigen Frauen in den Arbeitsmarkt, wie dies etwa in den USA durch die jüngst beschlossene Reform der Sozialhilfe, die unter dem Motto "From Welfare to Work" stand - geschehen sei. Der Erfolg einer solchen Strategie hänge jedoch wesentlich davon ab, inwieweit es gelinge, die öffentlichen Einrichtungen zur Kindererziehung auf- und auszubauen.⁴³

6. Arbeitsmarkt

Der Arbeitsmarkt steht vor tiefgreifenden Veränderungen. Der Wandel von der Industrie zur Dienstleistungsgesellschaft und die damit einhergehenden technologischen Veränderungen führen zu radikal gewandelten Bedingungen auf dem Arbeitsmarkt der Zukunft. Dieser werde höhere Anforderungen an die Qualifikation von Arbeitnehmern richten. Das Risiko der Arbeitslosigkeit wird daher - wie bereits gegenwärtig⁴⁴ - auch in der Zukunft höchst ungleich verteilt sein: die geringqualifizierten, wenig gebildeten und jungen Menschen haben weit größere Schwierigkeiten, Arbeit zu finden, als die gut ausgebildeten, hoch gebildeten und erfahrenen Arbeitskräfte. Die Arbeitskräfte der Zukunft werden sich auf ein lebenslanges Lernen einzurichten haben,⁴⁵ was das Bildungswesen zu entsprechenden Anpassungsleistungen veranlassen muß. Die zentrale

Frage der künftigen Arbeitsmarktentwicklung lautet demgemäß: Wie kann denjenigen Menschen geholfen werden, die mangels hinreichender Fertigkeiten auf dem Arbeitsmarkt der Zukunft nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen zum Zuge kommen können? Aus Sicht des Generaldirektors der ILO⁴⁶ gäbe es für diese Herausforderung keinen Königsweg. Weltweit seien vielmehr drei unterschiedliche Strategien verbreitet, die ihrerseits unterschiedliche sozialpolitische Wirkungen hervorbrächten:

- das US-amerikanische Modell einer auf niedrige Löhne für geringqualifizierende Tätigkeiten setzenden Strategie, beschwöre die Gefahr herauf, daß eine Unterklasse der arbeitenden Armen entstehe;
- das skandinavische Modell, das Arbeitslose durch öffentlich geförderte Arbeitsplätze Beschäftigungschancen eröffne, laufe Gefahr, die Inflation und die Staatsverschuldung zu fördern.

- Das zentraluropäische Modell, das Arbeitslose durch vergleichsweise großzügige Sozialleistungen ausstatte, führe die Empfänger in die Armutsfalle, weil angesichts hoher Sozialleistungen ein zu geringer Anreiz für die Aufnahme einer geringbezahlten Erwerbstätigkeit ausgehe; Arbeitslose also langfristig jegliche Qualifikation und Arbeitsfähigkeit verlören.

Die ILO erwartet sich angemessene Lösungen von folgenden Strategien:

- Ausbau der beruflichen Bildung durch Anhebung des allgemeinen Qualifikationsniveaus,⁴⁷
- Verbesserung der Strategien zur Bewältigung struktureller Anpassungsprozesse und schließlich
- zeitlich befristete Lohnsubventionen an Arbeitgeber, die Arbeitslose in das Erwerbsleben eingliedern. Entsprechende Vorschläge wurden auch innerhalb der OECD unterbreitet.⁴⁸

V. Nutzenwendungen der internationalen Debatte für Deutschland

Weltweit wird mit denselben Argumenten eine Problematik erörtert, die auch die deutsche Politik gegenwärtig und wohl auch in Zukunft beschäftigen wird. Kein einziger Lösungsvorschlag, der in Deutschland vorgebracht wurde, hat nicht im Ausland längst Vorbilder gefunden und zeitweise auch einschlägige praktische Erfahrungen hervorgerufen. Die allermeisten Diskussionen und auch Lösungsvorschläge sind von ausländischen Trends, Entwicklungen und Erfahrungen geleitet und angestoßen. Der Streit zwischen der Weltbank und der ILO über die zuträgliche Fortentwicklung der auf

Umlagefinanzierung beruhenden Alterssicherung entspricht der Auseinandersetzung zwischen Kurt Biedenkopf und Norbert Blüm in der CDU oder Walter Riester und Oskar Lafontaine in der SPD über die Zukunft der deutschen Rentenversicherung. Welfare to Work ist ein weltweites Thema und auch ein weltweites Anliegen, nicht nur in den USA und Großbritannien, sondern auch in den Landkreisen Osnabrück und Emsland. Sozialpolitik, die landläufig als die spezifische Antwort eines spezifischen Nationalstaates auf spezifische gesellschaftliche Herausforderungen verstanden wurde, ist längst zum Gegenstand internationaler Politik geworden: Institutionell, insoweit zahlreiche internationale Organisationen sich inzwischen mit Fragen der Sozialpolitik beschäftigen, und operational, insoweit in wachsendem Maße Lösungen für nationale Probleme auf internationalen Absprachen und Empfehlungen beruhen. Die Beschäftigungspolitik beherrscht inzwischen die Rats tagungen der EU. Die Ausgestaltung der Alterssicherung beherrscht die Kreditvergabe der Weltbank. Sozialpolitik, die hergebracht als Gesellschaftspolitik der zentrale Gegenstand von Innenpolitik war, wird unter den Bedingungen von Globalisierung des Wirtschaftens zum zentralen Gegenstand der Welt politik oder genauer gesprochen: der Weltpolitik. Der oftmals angekündigte Umbau des deutschen Sozialstaates wird also das Ergebnis internationaler Entwicklungen sein. Internationale Perspektiven sind für diesen Umbau also nicht nur gefragt oder auch nur wünschenswert, sondern sie sind vielmehr in jedem einzelnen Schritt allgegenwärtig.

Kollisions- und Auslandsrecht in der anwaltlich-forensischen Praxis*

Von Hartmut Linke**

Vorbemerkung

Die vielleicht nicht ganz gelungene Themenbezeichnung soll verdeutlichen, daß mein Vortrag sich nicht primär mit den einschlägigen klassischen Themen befaßt, nämlich der "Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts durch die Gerichte", nachzulesen in den ZPO-Kommentaren unter § 293 sowie in zahlreichen Monographien und Aufsätzen, und auch nicht mit den Ratschlägen für die Kautelarpraxis, also für die Gestaltung von Verträgen im internationalen oder jedenfalls grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, wie z.B. im *Sandrock'schen* Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung und auf zahlreichen Veranstaltungen von und für interessierte Rechtsanwälte. Mir geht in erster Linie darum aufzuzeigen, was ein Anwalt alles beachten muß, wenn er ein Mandat mit offenem oder verdecktem Auslandsbezug erhält. Der Auslandsbezug kann sich z.B. aus dem Wohnsitz einer der Parteien, der grenzüberschreitenden Natur des Rechtsgeschäfts (Export-Import-Geschäft) oder der "Belegenheit" eines Beweismittels im Ausland ergeben. Ausgangslage ist die Mandatierung zur Vorbereitung und Durchführung einer gerichtlichen Auseinandersetzung, zunächst durch den Kläger.

I. Die Klägerseite

1. Fristen

Zuerst stellt sich die Frage, ob etwas "anbrennen" kann, denn die Vorbereitung der Klageerhebung erfordert wegen der u.U. schwierigen Fragen der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts mehr Zeit. Läßt sich die Anwendung ausländischen Rechts nicht mit Sicherheit ausschließen - und diese Sicherheit verschafft nicht notwendigerweise schon eine Rechtswahlklausel zugunsten deutschen Rechts -, dann sollte man sich über die **Verjährungs- oder Ausschlussfristen** des eventuell

* Überarbeiteter Vortrag vom 19. November 1998 vor der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück; die Vortragsform wurde beibehalten.

** Dr. jur., Richter am Oberlandesgericht Hamm, Lehrbeauftragter an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

anwendbaren fremden Rechts informieren oder vom ausländischen Verkehrsanwalt informieren lassen.

a) Einer der Referenten zum Thema "Anwaltschaftung bei grenzüberschreitender Tätigkeit" für den Anwaltsstag 1991 hat als Beispiel auf die Vielfalt der Verjährungsfristen im italienischen Recht verwiesen¹: Danach beträgt die allgemeine Verjährungsfrist für zivilrechtliche Ansprüche 10 Jahre, für Schadensersatz aus unerlaubter Handlung 5 Jahre, aus dem Betrieb von Fahrzeugen 2 Jahre. Man muß also stets einkalkulieren, daß andere Rechtsordnungen ähnlich unübersichtliche Regelungen aufweisen, wie die deutsche. Zeitnot können aber auch die kurzen Verjährungsfristen des deutschen Rechts bereiten, wenn die Klage im Ausland gestellt werden muß.

Mein Senat hatte über eine Klage zu befinden, bei der es um die Ersatzansprüche eines BMW-Besitzers ging, der seinen in New York studierenden Freund anlässlich eines "Heimurlaubes" den Wagen ausgeliehen hatte, der dann auf einer deutschen Autobahn unter mysteriösen Umständen ohne Beteiligung anderer Fahrzeuge einen Unfall mit Totalschaden erlitt². Die Klage ist zwar noch am letzten Tag der sechsmonatigen Verjährungsfrist für Ansprüche aus Leihe eingereicht worden, die Zustellung ließ sich aber erst 13 Monate später bewirken, was auch ohne die Versäumnisse des Klägers bzw. seiner Anwälte kaum noch als "demnächst" im Sinne von § 270 Abs.3 ZPO hätte gewertet werden können, so daß die Verjährung nicht durch Klageerhebung unterbrochen worden war. Es stelle sich nämlich die Frage, ob angesichts eines Zeitraums zwischen Klageeinreichung und Klagezustellung, der doppelt so lang war wie die einschlägige Verjährungsfrist, die gläubigerfreundliche Funktion des § 270 Abs.3 ZPO nicht überzogen worden wäre³.

b) „Anbrennen“ kann auch eine **Vaterschaftsanfechtung**, die nach fast allen Rechtsordnungen mehr oder weniger kurzen Klagefristen unterliegt, häufig kürzeren als im deutschen Recht, z.B. ein Monat nach türkischem Recht. Man sollte nicht darauf vertrauen, daß die deutschen Gerichte das für ordre-public-widrig halten⁴. Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Art.20 und 19 EGBGB in der seit dem 1. Juli 1998 geltenden Fassung des Kinderschaftsreformgesetzes mit dem Primat des

Aufenthaltsrechts führt zwar häufiger zu deutschem Recht, aber die deutschen Gerichte können auch für Anfechtungsklagen gegen Kinder, die im Ausland leben, zuständig sein (vgl. § 640 a Abs.2 ZPO), und dann kommt deutsches Recht jedenfalls nicht als Aufenthaltsrecht in Betracht.

c) Bei Klagen auf **Abänderung ausländischer Urteile** kommt es nach herrschender Meinung ungeachtet des in der Sache anzuwendenden ausländischen Rechts auf die Zeitschranke des § 323 Abs. 3 ZPO, also wiederum auf die Klageerhebung an⁵.

Für den Hauptanwendungsfall, die Abänderung ausländischer Unterhaltstitel⁶, stellt sich die Frage, wie die Auflockerung der Zeitschranke durch das Kindesunterhaltsgesetz (§ 323 Abs.3 S.2 ZPO) zu qualifizieren ist. Die herrschende prozessuale Qualifikation heißt sich mit den in Bezug genommenen materiellechtlichen Vorschriften über Unterhalt für die Vergangenheit⁷

d) Eilt also die Klageerhebung, sollte man ggf. von der Möglichkeit des § 65 Abs.7 Nr.4 GKG Gebrauch machen und die **Zustellung vor Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses** beantragen. Das bietet sich vor allem dann an, wenn man eine Überweisung aus dem Ausland abwarten muß oder wenn die Klage von der vorherigen Bewilligung von Prozeßkostenhilfe abhängig gemacht wird.

2. Internationale Zuständigkeit

Zu allererst stellt sich im Regelfall aber die Frage nach der internationalen Zuständigkeit. Auch wenn die Rechtsbeziehungen eine schriftliche Grundlage mit Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten eines deutschen Gerichts aufweisen, sollte man die Prüfung keineswegs vernachlässigen⁸. Bei Formalklauseln darf man sich fast nie in Sicherheit wiegen. Die Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs zu Art.17 EuGVÜ sind strenger als die der deutschen Gerichte zu § 38 ZPO. Man muß hier aber auch noch mit einem gewissen Einfallreicherum des BGH rechnen.

Damit spiele ich auf ein drastisches Beispiel aus dem Jahre 1983 im deutsch-indischen Rechtsverkehr an⁹. Ein deutscher Transportversicherer verklagte einen indischen Verfrachter, der sich auf eine Gerichtsstandsklausel zugunsten Bombays im Komossement berief. Alle Instanzen hatten im Hinblick darauf die Klage

abgewiesen. Der BGH prüfte - ebenso üblich¹⁰ wie ungerechtfertigt¹¹ - die Zulässigkeit der Derogation zugunsten eines Forums, das möglicherweise die strengen deutschen bzw. Haager Regeln über die Reederhaftung nicht respektieren würde, sowie die Vereinbarkeit der Klausel mit dem deutschen AGBG, alles ohne Beanstandung. Kippte die Zuständigkeitswahl dann aber wegen der zugegebenermaßen winzigen Schriftgröße von 1 mm mit der Bemerkung: "Drucktechnisch derart gestaltete AGB werden nicht Vertragsinhalt", auch wenn es sich um eine im Überserverkehr gebräuchliche Klausel handele, die für den Vertragspartner nicht überraschend gewesen sei. Der BGH ahnte zwar, daß das kraft Rechtswahlklausel maßgebliche indische Recht das anders sehen könnte, glaube daran aber wegen der von ihm angenommenen Unverbindlichkeit der AGB nicht gebunden zu sein. Auch damals ging man aber schon von der Anwendbarkeit des "präsumptiven Vertragsstatus" auf Fragen des Zustandekommens eines Vertrages aus, wie es jetzt in Art.31 Abs.1 EGBGB kodifiziert ist.

Dieses Beispiel sollte aber auch nicht zu der Annahme verleiten, daß es in der Rechtsprechung eine Tendenz gegen die Abwahl der deutschen Gerichte gäbe. Das gilt auch für "ineffektive" Gerichtsstandsvereinbarungen, wie ein Fall aus dem Jahre 1971 zeigt, der zugleich ein Musterbeispiel für Nachlässigkeit bei der Vertragsgestaltung darstellt¹².

Ein Hamburger Importeur schloß mit einer thailändischen Reederei einen Seefrachtvertrag über eine Schiffsladung Reis mit Gerichtsstandsklausel für Bangkok. Bei Ankunft in Hamburg war der Reis durch Einwirkung von Seewasser verdorben. Als der deutsche Importeur vereinbarungsgemäß in Bangkok klagen wollte, teilten ihm die dortigen Anwälte mit, daß die Reederei in Thailand über keinerlei Vermögen verfüge, wohl aber Bankguthaben in Deutschland besitze. Ein thailändisches Urteil würde ihm aber nicht nützen, weil es in Deutschland wegen fehlender Gegenseitigkeit¹³ nicht anerkannt werden würde. Die in Hamburg erhobene Klage wurde in allen drei Instanzen wegen der wirksamen Derogation abgewiesen.

Es ist also immer ratsam, die internationale Zuständigkeit für den Fall zu abzuklären, daß die Gerichtsstandsvereinbarung nicht anerkannt wird. Die Gegenseite wird in vielen Fällen die Wirksamkeit bestreiten und dann dient es der Verfahrensbeschleunigung, wenn man

¹⁰ Vgl. noch BGH NJW 1971, 985; AWD 1974, 221

¹¹ Mann NJW 1984, 2270, 2274; Geimer, IZPR, Rz.1770; Schack, IZVR, 2. Aufl., Rz.452 f

¹² BGH WM 1971, 390 = IPRspr. 1971 Nr.131

¹³ Daran hat sich ausweislich der Übersichten zu 328 I Nr.5 ZPO nichts geändert; vgl. Zoller/Geimer, 21. Aufl., Anh III

den Einwand umgehend durch Darlegung der Zuständigkeit nach objektivem Recht, Staatsvertrag oder autonomem Recht, ausräumen kann.

3. Inlands- oder Auslandsklage/Forum Shopping

Je nach Sach- und Rechtslage kann sich die vorrangige Frage stellen, ob man dem Mandanten überhaupt zur Klage vor deutschen Gerichten raten soll. Das setzt natürlich voraus, daß die internationale Zuständigkeit für eine anderweitige Klage gesichert ist.

(1) Die Frage stellt sich zum einen dann, wenn die Rechtfertigung der deutschen internationalen Zuständigkeit problematisch ist, z.B. bei mehr oder weniger untergeschobenen Formulklauseln, beim Vermögensgerichtsstand wegen des zusätzlicher Inlandsbezugs, beim Vertragsgerichtsstand wegen der Bestimmung des Erfüllungsortes oder beim Deliktsgerichtsstand, wenn es um sogenannte Streudelikte, also z.B. um Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Presseveröffentlichungen oder Wettbewerbsverstöße, geht.

(2) Aber auch ohne solche Schwierigkeiten steht am Anfang einer jeden gerichtlichen Auseinandersetzung aus grenzüberschreitender Geschäfts- oder Rechtsbeziehung die Frage, ob es konkurrierende internationale Zuständigkeiten gibt und welche man zum eigenen Vorteil in Anspruch nehmen sollte. Die Frage nach anderweitiger internationaler Zuständigkeit läßt sich vom deutschen Anwalt mit den notwendigen Hilfsmitteln noch beantworten. Die Beantwortung der Frage, ob es wegen verfahrens- oder sachrechtlicher Vorteile sinnvoll ist, im Ausland zu klagen, also die Zweckmäßigkeit des Forum Shopping, bedarf in aller Regel der Zuziehung ausländischer Experten bzw. eines in jenem Recht Kundigen.

Ein Beispiel für die unterschiedlichen Erfolgchancen ist durch den anschließenden Streit um die Anerkennung des im Ausland erzielten Urteils bekannt geworden. Eine junge Deutsche war im Urlaub in Italien bei einem Autounfall als Beifahrerin schwer verunglückt; sie erlitt eine Querschnittslähmung. Für die in Frankfurt gegen Fahrer und Halter, ebenfalls Deutsche, anhängige gemachte Klage wurde ihr in zwei Instanzen mangels hinreichender Erfolgsaussicht keine Prozeßkostenhilfe bewilligt, vermutlich unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des stillschweigenden Haftungsausschlusses. Sie versuchte es dann in Italien, und erhielt ein Urteil über rd. 300.000 DM Schadensersatz und Schmerzensgeld, gegen dessen Vollstreckbarerklärung in Deutschland sich die Beklagten erfolglos zur Wehr setzten¹⁴.

¹⁴ BGHZ 88, 17 = JZ 1983, 903 Anm. Kroppholzer = IPRax 1984, 202 Rez. Roth, ebd. S.183

4. Verwertbarkeit des Urteils

a) Muß man nicht schon wegen der besseren Chancen im Erkenntnisverfahren die Inanspruchnahme eines ausländischen Gerichts in Erwägung ziehen, dann kann dies doch wegen der Verwertbarkeit der gerichtlichen Entscheidung erforderlich sein. Kommt nur die **Zwangsvollstreckung im Ausland** in Betracht, lohnt sich der Zeit- und Kostenaufwand für das Inlandsverfahren nicht, wenn deutsche Urteile in dem betreffenden Staat nicht anerkannt werden. Das läßt sich im Groben an Hand der Angaben zur "Gegenseitigkeit" im Sinne von § 328 Abs.1 Nr.5 ZPO in den Kommentaren zur ZPO¹⁵ abklären. Dort ist zwar in erster Linie die deutsche Sicht wiedergegeben und man hat in der Regel auch nicht den aktuellsten Stand, die Information kann aber vor unliebsamen Überraschungen bewahren, denn die Gegenseitigkeit fehlt keineswegs nur im Verhältnis zu Exoten. Weisen die genannten Länderübersichten die Gegenseitigkeit als verbürgt aus, so garantiert das allerdings nicht die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung der konkreten Entscheidung.

b) Bei der Scheidung von Ausländern garantiert § 606 a Abs.1 S.1 Nr.4 ZPO eine gewisse Vorkontrolle der Verwertbarkeit des Urteils, weil das Familiengericht zur Prüfung der internationalen Zuständigkeit von Amts wegen feststellen muß, ob die zu fällende Entscheidung im Heimatstaat der Parteien oder einer der Parteien "offensichtlich nicht anerkannt würde". Das betrifft aber nur die Fallgestaltung, wenn eine der Parteien über keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland verfügt, für die sich daher zugleich die Frage aufdrängt, ob man das **Scheidungsverfahren** nicht besser im Ausland vor dem Wohnsitzgericht des anderen Partners durchführt. So lange beide Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, sowie bei deutsch-ausländischen Ehepartnern stellt sich die Frage für das Familiengericht nicht (vgl. § 606 a Abs.1 S.1 Nr.1 u.2 ZPO), aber auch dann kann Informationsbedarf bestehen, ob das deutsche Urteil im Ausland anerkannt wird, allemal für diejenigen, der dort wieder heiraten will. Auch dazu gibt es Länderübersichten¹⁶.

c) Man sollte bei der Abwägung zwischen Inland- oder Auslandsklage nicht vergessen, daß auch der obsiegende Kläger **Kostenschuldner** im Sinne des GKG ist und die Subsidiarität zum Urteilsschuldner nach § 58 Abs.2 GKG von der Gerichtskasse schon

dann nicht mehr berücksichtigt wird, wenn die Kosten nicht ohne Aufwand im Ausland begetrieben werden müßten¹⁷.

5. Zustellung

Die Klageerhebung gegen eine im Ausland ansässige Partei kann schon deshalb scheitern oder sich zumindest verzögern, weil sich die förmliche Zustellung nicht ohne weiteres bewirken läßt.

(1) Das sollte man auf keinen Fall zum Anlaß nehmen, durch mehr oder weniger manipulative Angaben inländischer Adressen eine Inlandszustellung zu veranlassen, z.B. an eine frühere Wohnung oder die der Eltern in der Hoffnung auf Nachsendung¹⁸ oder an eine inländische Ferienwohnung ohne Qualität eines Zweitwohnsitzes. Vorsicht ist auch geboten bei der Zustellung von Klagen gegen ausländische Unternehmen an die Adresse einer inländischen Niederlassung. Es könnte zum einen eine rechtlich selbständige Tochter sein; zum anderen sind die Voraussetzungen des Niederlassungsgerichtsstands nach § 21 ZPO oder Art.5 Nr.5 EuGVÜ/LugÜ nicht notwendig deckungsgleich mit denen einer wirksamen Ersatzzustellung¹⁹.

(2) Hat man schon mit inländischen **Prozessvollmächtigten** der Gegenseite korrespondiert und haben diese die übliche Formularvollmacht beigefügt kann man sie als **Zustellungsbefugmächtige** in Anspruch nehmen²⁰, auch wenn sie sich dagegen wehren, weil sie ihrer Partei den zeitlichen Vorteil einer im Ausland zu bewirkenden Klagezustellung erhalten möchten.

(3) Ist die Auslandszustellung unumgänglich, sollte man sich über die jeweils zulässige Art der Durchführung informieren und ggf. intervenieren. Das gilt insbesondere dann, wenn aus dem Urteil im Ausland vollstreckt werden soll und damit die Prüfung der "Ordnungsmäßigkeit" der Klagezustellung als Anerkennungs voraussetzung - geregelt z.B. in Art.27 Nr.2 EuGVÜ/LugÜ oder § 328 Abs.1 Nr.2 ZPO - ansteht. Aber auch die Prüfung der korrekten Klageerhebung "durch Zustellung eines Schriftsatzes" i.S.v. § 253 ZPO durch das deutsche Gericht kann zu einem bösen Erwachen führen, wenn bei der Zustellung ein Fehler unterlaufen ist, denn man muß damit rechnen, daß in Gefolgschaft

¹⁷ Vgl. OLG Hamburg RiW 1988,980; *Hartmann*, Kostengesetze, 27. Aufl., § 58 GKG Rz.14.

¹⁸ Vgl. OLG Köln PRax 1991,114 (Rz. Linke, ebd. S.92); OLG Hamm FamRZ 1988,1293

¹⁹ Die Zulässigkeit der Zustellung an die inländische Zweigniederlassung wird damit gerechtfertigt, daß es sich dabei um ein Geschäftskontak des Stammmutternehmens handelt, vgl. RGZ 109,265,267. In der Leitentscheidung BGHZ 4,62,65, war die Zustellung in der Filiale schon deshalb unproblematisch, weil das Unternehmen unter der Firma der Filiale verklagt worden war.

²⁰ *Zöllner/Stöber*, § 176 Rz.6; vgl. BGH MDR 1981,126

¹⁵ *Zoller/Geimer*, Anh. III; *Mitschkonn/Gonwald*, § 328 Rz.99-120; *Stein/Doms/Roth*, § 328 Rz. 161 ff; *Baumhach/Lauerbach/Hormann*, Anh. nach § 328; ausländischer *Geimer/Schilke*, Internat. Urteilsanerkennung, Bd.12, S.1780 ff (Stand 1984)

¹⁶ Ausführende Länderbereiche bei *Saudinger/Spielberg*, Internat. Verfahrensrecht in Eheachen, 13. Beab. 1997, § 606 ff Rz.321; *Rehm/Kinkel/Brewer*, Hdb.d. Familiengerichtsverfahrens, 4.Aufl.1994, Kap. VIII Rz.154

zum Bundesgerichtshof die Heilung durch tatsächlichen Zugang analog § 187 ZPO nicht anerkannt wird²¹. Solche Fehler oder vermeintlichen Fehler kommen namentlich bei der sogenannten formlosen Zustellung unter Mitwirkung der deutschen Auslandsvertretungen, in erster Linie also des konsularischen Dienstes, vor.

So hat z.B. das OLG Hamm²² ein Urteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen, weil das deutsche Konsulat in Kanada die Klage auf dem - innerkanadischen - Postweg zugestellt hatte, so daß sie nicht zuerst in die Hände des Adressaten oder einer für die "freiwillige" Entgegennahme kompetenten Person gelangt war, sondern in die einer für die allgemeine Postannahme zuständigen Angestellten.

(4) Die formlose Zustellung kann erfolglos sein, weil der Adressat die Annahme verweigert, was er im Gegensatz zu der nach § 186 ZPO im Inlandsfall eintretenden Zustellungsfiktion sanktionlos tun kann²³, oder weil er einfach nicht erreicht worden ist, denn Ersatzzustellung ist hier nicht zulässig²⁴. Deshalb ist es ratsam, entweder sofort oder jedenfalls hilfsweise die förmliche Zustellung durch Behörden des betreffenden Staates anzuregen. Der Verzicht auf den vorherigen Versuch der formlosen Zustellung hat nur dann Sinn, wenn die förmliche Zustellung nach den Erfahrungswerten²⁵ innerhalb einer der Eilbedürftigkeit des jeweiligen Verfahrens angemessenen Frist bewirkt zu werden pflegt.

Die förmliche Zustellung macht allerdings Übersetzungen notwendig. Auch insoweit kann unnötiger Verzögerung entgegen gewirkt werden, indem man eine knappe Fassung der Klageschrift mit zusätzlichen Abschriften vorbereitet und entweder sofort einen Kostenvorschuß einzahlt oder selbst Übersetzungen eines vereidigten Dolmetschers oder Übersetzers beifügt. Erfahrene Anwälte versehen die Klageschrift mit einem Deckblatt, das auf die erforderliche Auslandszustellung hinweist und damit die Verunstaltung des Originals durch Eingangsstempel und Verfügungen verhindert. Der Zeitverlust ohne solche Mithilfe ist beträchtlich (Anforderung zusätzlicher, zustellungsgeeigneter, d.h. abkürzungsfreier Abschriften, Anforderung des Kostenvorschusses, Übersetzung).

21 Ständ. Rspr. seit BGHZ 58,177 = NJW 1972,1004; speziell zu Verstößen gegen Staatsvertragsrecht BGH RIW 1990,1010; BGHZ 120,305 = JZ 1993,618 (Amm. Schack) = ZZZ 106 (1993) 391 (Amm. Schilke)

22 RIW 1996,156, zust. *Kondring*, obd. S.722

23 Jedenfalls aus deutscher Sicht, vgl. § 68 II ZRHG; OLG Schleswig NJW 1988,3104; *Pfenning*, Die internationale Zustellung in Zivil- und Handelsachen, 1988, S.68,78; *Hau*, IPRax 1998,456,457. Anders wohl *Schlosser*, FS Matscher, 1993, S.388, und *ders.*, EuGVÜ/HZÜ Art.5 Rz.7; Rechtsmittelbroschüre.

24 OLG Hamm RIW 1996,156

25 Siehe die Länderübersicht zur Dauer von Auslandszustellungen von *Breuer* in: Rahm/Kinkel, Hdb. des Familienrechtsverfahrens, Kap. VIII Rz.42.

(5) Läuft das Zustellungsersuchen, hat es wenig Sinn, das deutsche Gericht mit Sachstandsfragen zu behelligen. Nützlich ist es aber, sich nach dem Datum der Absendemitteilung der Prüfungsstelle - das ist normalerweise der Präsident des Landgerichts²⁶ - zu erkundigen. Von da ab läuft nämlich die Frist des Art.15 Abs. 2 Haager Zustellungsübereinkommen²⁷, die mindestens sechs Monate beträgt²⁸, und nach deren Ablauf das Verfahren fortgesetzt werden kann, wenn der Nachweis durchgeführter Zustellung - wörtlich: "trotz aller zumutbaren Schritte bei den zuständigen Behörden des ersuchten Staates" nicht erlangt werden kann. Die wenigsten werden eine Vorstellung davon haben, was solche "zumutbaren Schritte" sein können. Sie dürfen sich regelmäßig auf eine Mahnung oder Nachfrage über die zuständigen Übermittlungstellen beschränken²⁹, die wiederum der Übersetzung bedarf. Wenn das Verfahren fortgeführt wird, erhält der Kläger ein Versäumnisurteil, das er im Ausland mangels Zustellungsnachweis nicht als Grundlage eines Vollstreckungstitels verwerten kann. Wenn es darauf ankommt, ist es sinnvoller, die Auslandszustellung wiederholen zu lassen oder nach § 203 Abs.2 ZPO die öffentliche Zustellung zu beantragen³⁰. In letzterem Falle sollte man sich vergewissern, daß das Gericht den Beklagten parallel zur öffentlichen Zustellung formlos benachrichtigt, was aus verfassungsrechtlicher Sicht eigentlich unverzichtbar³¹, weithin auch üblich ist³² und im Zuge der Reform des deutschen Zustellungsrechts auch gesetzlich vorgeschrieben wird³³. Eine solche Mitteilung kann erfahrungsgemäß zur Folge haben, daß der Beklagte sich einlößt.

(6) Ich möchte den Stichpunkt Auslandszustellung mit weiteren Details des bereits erwähnten Falles aus eigener Praxis³⁴ abschließen, die weitere Aspekt aufzeigen, die zur Sorgfalt mahnen. Ich meine den Fall des Studenten in New York, der bei einem Heimaturlaub mit dem von einem Bekannten entliehenen BMW verunfallt war. Die am letzten Tag der sechsmonatigen Verjährungsfrist eingereichte Klage war an die Anschrift

26 Vgl. §§ 9,28,29 ZRHG

27 Text als Anhang zu § 202 ZPO bei *Baumhach/Lauterbach* und im *Mitfischer-Kommentar*, als Anhang zu § 199 ZPO bei *Strohmann*.

28 Bek. v. 11.3.1993, BGBl. 1993 II S.703 = FamRZ 1993,648

29 Vgl. *Schlosser*, EuGVÜ/HZÜ, Art.15 Rz.7; OLG Hamm NJW 1989,2203, vgl. Rdschr. des BMDI v.20.1.1993 zum Rechtsmittelverkehr mit Spanien.

30 So die Empfehlung des ztl. Rdschr. des BMDI

31 Ebenso *Geiner*, IZRR, Rz. 252 u. 2087. Die Forderung nach Ergänzung des § 203 II ZPO hatte bereits *Höhnlein* in seiner vom BMDI initiierten Untersuchung (Die Übermittlung von Schriftstücken in der Zivil-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, 1977, S.215) gestellt.

32 Z.B. OLG Köln FamRZ 1985,1278

33 § 193 IV des Diskussionsentwurfs eines ZustellungsreformG vom 30.1.1997

34 Oben Fn.2.

der Eltern adressiert, was der Kläger wußte, da er darüber auch sonst mit dem Beklagten korrespondiert hatte. Die Sendung kam mit einem Vermerk des Zustellers zurück, daß der Adressat seit zwei Jahren in New York wohne. Daraufhin ließen die Prozessbeteiligten des Klägers die Klage an die deutschen Anwälte zustellen, die den Beklagten vorprozessual vertreten hatten; diese schickten die Sendung mit dem Vermerk zurück, ihr Mandat sei beendet. Die nunmehr beantragte Auslandszustellung wurde - mit Kenntnis des Klägers, der sich vorsorglich nach dem erforderlichen Kostenvorschuß erkundigt hatte, - von Amts wegen zunächst formlos versucht, war jedoch erfolglos, weil zwei vom New Yorker Generalkonsulat an die angegebene Anschrift versandte Einschreiben nach Niederlegung nicht abgeholt worden waren. Die - jetzt erst nach wiederholter Anforderung des Kostenvorschusses - in die Wege geleitete förmliche Zustellung wurde knapp 13 Monate nach Klageeinreichung bewirkt (im Verfahren des "Nail & Mail"³⁵). Dieser Ablauf, der noch weitere Feinheiten aufweist, warf in mehrfacher Hinsicht die Frage auf, ob das noch "demnächst" im Sinne von § 270 Abs. 3 ZPO und damit fristwährend war, ob also die Verzögerung der die Klageerhebung ersi perfektionierenden Zustellung in keine Weise auf nachlässiges Verhalten des Klägers oder seiner Prozessbeteiligten zurückzuführen ist. Die Anforderungen sind hier bekanntlich recht streng³⁶.

6. Prozeßkostensicherheit

Wenn man einen ausländischen Kläger vertritt, muß man mit der Forderung des Beklagten nach Prozeßkostensicherheit rechnen und man sollte sich darauf vorbereiten. Mit dem schlichten Hinweis auf die Unvereinbarkeit der Regelung des § 110 ZPO mit EG- bzw. EU-Recht³⁷ ist es zukünftig nicht mehr getan, denn die Vorschrift ist im Zuge des 3. Gesetzes zur Änderung des Rechtspflegergesetzes³⁸ mit Wirkung vom 1.10.1998 EG-konform entschärft worden. Sie trifft jetzt nur noch Kläger, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in einem Mitgliedsstaat der EU oder einem Vertragsstaat des EWR haben. Diese müssen nicht mehr die Gegenseitigkeit, also den Verzicht ihres Heimatrechts auf Prozeßkostensicherheit zumindest für deutsche Kläger, darlegen. Nunmehr muß entweder ein staatsvertraglicher Verzicht vorliegen, wie z.B. nach Art. 17 Haager Zivilprozessübereinkommen von 1954, oder eine staatsvertragliche Garantie der Vollstreckbarkeit der Kostenscheidung, wie z.B. nach Art. 18 f HZPÜ 1954, oder aber der

Kläger muß nachweisen, daß er im Inland ein zur Deckung der Prozeßkosten hinreichendes, dinglich gesichertes Vermögen besitzt³⁹. Vertragsstaaten des Haager Zivilprozessübereinkommens, die nicht ohnedies als EU- oder EWR-Mitglieder privilegiert sind, sind vor allem die osteuropäischen Staaten und die Nachfolgestaaten der UdSSR⁴⁰. Vollstreckungsverträge gibt es außerhalb der ohnedies betroffenen Staaten nur mit Israel und Tunesien⁴¹. Daraus ergibt sich, daß die Verpflichtung zur Prozeßkostensicherheitsleistung auf der einen Seite (EU und EWR) verringert, auf der anderen aber ausgedehnt worden ist, was insbesondere die Staaten verstimmen wird, die keine Prozeßkostensicherheit verlangen, zu denen also die Gegenseitigkeit verbürgt war.

7. Exkurs: Prozeßbürgschaft ausländische Banken

Sicherheiten werden heutzutage durch Bankbürgschaften gestellt, aber nur auf Antrag und nicht jede wird akzeptiert. Zwar mehrten sich auch die Stimmen und die Gerichte, die die Sicherheitsleistung durch Prozeßbürgschaft einer ausländischen Bank zulassen wollen, aber das beschränkt sich vorerst auf Banken aus EU-Staaten bzw. aus Vertragsstaaten des EuGVU/LugÜ⁴² und auch dann nur unter gewissen Voraussetzungen, die die Durchsetzbarkeit des Bürgschaftsanspruchs sicherstellen sollen⁴³. Das Problem liegt bei § 239 BGB, der die Tauglichkeit als Bürge vom inländischen Gerichtsstand abhängig macht. Es ist schon lange geplant, das Problem durch eine Ergänzung des § 108 ZPO, der einschlägigen Vorschrift für prozessuale Sicherheitsleistungen, zu lösen, und das sollte im Zuge des Gesetzes zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens in der Weise geschehen, daß die Bankbürgschaft einer Grobbank, die ihren Sitz in einem Mitgliedsstaat der EU hat, als Regelsicherheit normiert wird⁴⁴.

8. Parteifähigkeit

Vertritt man eine ausländische juristische Person muß mit der Rüge der fehlenden Parteifähigkeit gerechnet⁴⁵ werden, sei es, weil der Gesellschaftstyp sich nicht ohne weiteres aus dem Namen erschließt, sei es, weil eine Briefkastenfirma unterstellt wird. Die Frage nach dem Gesellschaftstyp läßt sich in der Regel mühelos beantworten; den

³⁹ Das entspricht den bisher gestellten Anforderungen der englischen RspT., in deren Rahmen dann auch die deutschen Gerichte die Gegenseitigkeit bejaht haben, vgl. OLG Hamm RIW 1997, 236 = IPPrax 1998, 358.

⁴⁰ Zum Stand der Vertragsstaaten vgl. Schütze RIW 1999, 11; *Joyrnal/Hausmann*, Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht, 9. Aufl., Nr. 106 Fn. 3.

⁴¹ Texte und Erläuterung bei Nagel, IZPR, 3. Aufl.

⁴² Vgl. OLG Hamburg, RIW 1995, 775; OLG Düsseldorf, WM 1995, 1993 = RIW 1996, 512; *Fuchs*, RIW 1996, 280 ff; weitergehend *Taupitz*, FS Linke, 1997, 845 ff (862).

⁴³ Vgl. *Taupitz*, aAO S. 855.

⁴⁴ Vgl. BT-DS 13/6598.

⁴⁵ Vgl. dazu bes. *Furtak*, Die Parteifähigkeit in Zivilverfahren mit Auslandsberührung, Heidelberg 1995.

³⁵ Zurücklassen einer Kopie der Dokumente an der Haustür und Übersendung der Originale einer weiteren Ausfertigung mit einfacher Post.

³⁶ Vgl. BGH NJW 1993, 2614.

³⁷ Vgl. die Entscheidungen des EuGH Slg. 1993 I 3790 = NJW 1993, 2431, und Slg. 1997 I 1718 = NJW 1998, 2127.

³⁸ vom 6.8.1998 BGBl. I 2030.

Verdacht einer Briefkastengesellschaft auszuräumen, kann sich sehr zeit- und kostenaufwendig gestalten⁴⁶.

Das OLG Hamm⁴⁷ hatte über die Klage einer Kapitalgesellschaft mit Sitz auf den Cayman Islands zu befinden, deren Geschäftstätigkeit sich auf ein in Deutschland belegenes Einkaufszentrum beschränkte, das sie von einem deutschen Unternehmen verwalten ließ. Sie klagte gegen ihre deutschen Mieter auf Schadensersatz wegen Vertragsbruchs. Ihre Anwälte nahmen die Unterstellung, sie sei eine Briefkastenfirma mit effektivem Verwaltungssitz im Inland und nach dem damit als Personalstatut anzuwendenden deutschen Recht überhaupt nicht rechtsfähig, nicht ernst genug, so daß die Klage abgewiesen wurde. Mit ausschlaggebend war der Umstand, daß die Terminladung, die von der Gerichtskanzlei ohne Bedenken an die angegebene Anschrift auf Grand Cayman versandt worden war, als unzustellbar zurückkam, weil die Post-Box-Nummer fehlte. Wie sich herausstellte gab es unter dieser Anschrift noch ein paar hundert weitere Briefkästen. Der Klägerin gelang es dann aber, das Gericht von ihrer Existenz und der effektiven Geschäftsführung auf Grand Cayman zu überzeugen, indem Fotos des Büros und Korrespondenz mit dem deutschen Verwalter vorgelegt wurden, sowie die Abrechnungen der Telefongesellschaft mit dem Nachweis zahlreicher Telefongespräche mit dem Verwalter. Außerdem nahm der Alleingesellschafter den Prozeß zum Anlaß einer seit langem geplanten Europareise, in Begleitung der Familie einschließlich des Schwiegersohnes, der zugleich eine maßgebliche Funktion in der Gesellschaft ausübte, so daß die Herren vor Gericht als Zeugen befragt werden konnten. Das beruhte alles auf der Initiative der klägerischen Anwälte, die die erstinstanzliche Nachlässigkeit wieder gut machen wollten, so daß das Gericht sich nicht mit der Frage zu befassen brauche, wer eigentlich die Beweislast trägt, d.h. ob es einen vom Gegner zu widerlegenden Erfahrungssatz gibt, daß der Verwaltungssitz einer juristischen Person regelmäßig im Gründungsstaat liegt⁴⁸.

II. Die Beklagenseite

Bei der Mandatierung durch einen ausländischen Beklagten stellen sich korrespondierende Fragen, wenngleich mit anderen Akzenten:

⁴⁶ Vgl. *Bungerl*, Zum Nachweis des effektiven Verwaltungssitzes der ausländischen Kapitalgesellschaft: Die Briefkastengesellschaft als Vorrteil, IPRax 1998,339 ff.; *Kindler* in: Münchener Kommentar, 3. Aufl., Bd. 11, IntGesR Rz.327 ff.

⁴⁷ RIW 1997,236 = IPRax 1998,358 (Rez. *Bungerl*, S.339).

⁴⁸ So z.B. OLG München NIW 1986,2197; OLG Oldenburg NIW 1990,1422; ausführlich *Bungerl*, Betrieb 1995, 963 f und IPRax 1998,339, 341 f; krit. *Kindler*, *naO* (Fn.46), Rz. 329 f.

1. Zustellungsrüge oder Einlassung

a) Wenn die Sache bereits vor dem Gang zum Gericht ausgeschrieben worden ist, haben der Beklagte oder sein ausländischer Anwalt in der Regel schon einen deutschen Rechtsanwalt eingeschaltet. Er wird dann zumeist als Zustellungsratssat in Anspruch genommen, was er nach dem Wortlaut des Gesetzes, also der §§ 176 u. 174 ZPO, vor offizieller Bestellung noch nicht ist. Dennoch sollte er es vermeiden, die Bestellung oder die Zustellungsvollmacht zu bestreiten, jedenfalls aber dann, wenn er vorprozessual eine Vollmacht überreicht hat⁴⁹.

b) Bei Klagen gegen ausländische Beklagte gibt es bei der Zustellung eine Vielzahl von Fehlermöglichkeiten, angefangen bei der Zustellung an eine Inlandsanschrift, die keinen Wohnsitz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs repräsentiert, über unzulässige Ersatzzustellung bei der formlosen Zustellung bis zu Fehlern ausländischer Behörden bei der förmlichen Zustellung⁵⁰. Während man als Kläger daran interessiert ist, daß solche Fehler vermieden werden, stellt sich für den Beklagten die Frage, ob und wie man den Zustellungsfehler zum eigenen Vorteil nutzen kann.

Hier hat zuerst die Überlegung anzusetzen, ob man sich besser überhaupt nicht einläßt, entweder in der Hoffnung, daß das Gericht Art.15 des Haager Zustellungsübereinkommens von 1965/51 oder jedenfalls § 335 Abs.1 Nr.2 ZPO beachtet und den Erlaß eine Versumnisurteils ablehnt, oder unter Inkaufnahme dieses Risikos. Das Risiko ist gering, wenn der Beklagte in Deutschland über kein vollstreckungsrelevantes Vermögen verfügt. Es dürfte aber sinnvoller sein, den Zustellungsfehler zu rügen, denn auch das erhält dem Beklagten, der in einem Vertragsstaat des EuGVÜ/LugÜ wohnt, die Rüge "nicht ordnungsgemäßer Zustellung" als Anerkennungshindernis, obwohl die einschlägige Bestimmung des Art.27 Nr.2 EuGVÜ/LugÜ zugleich die Nichteinlassung voraussetzt. Die Rüge allein des Zustellungsmanagements stellt nämlich noch keine Einlassung dar⁵². Wohnt der Beklagte außerhalb der EU und des EWR, kann das riskanter sein.

⁴⁹ Das LG Dortmund hat bei einer Vollstreckungsgegenklage einen solchen Versuch der Verfahrensverzögerung damit beantwortet, daß es dem Kläger für die bereits bewilligte Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 769 ZPO von Amts wegen die schon angeordnete Sicherheitsleistung erlassen hat (7 O 42/98 = OLG Hamm 29 W 91/98).

⁵⁰ Vgl. die Zusammenstellung in meinem Tagungsreferat "Probleme der internationalen Zustellung" in Bd.10 der Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht, Bielefeld 1999; abgedr. auch bei *G. Geimer*, Neuordnung des internationalen Zustellungsrechts, 1998, S.105 ff.

⁵¹ Vgl. oben Fn. 27.

⁵² *Kropholler*, Europäisches Zivilprozeßrecht, 6. Aufl., Art.27 Rz.22.

Bernstein hat von einem ihm zur Begutachtung vorgelegten Fall berichtet⁵³, in dem eine deutsche Partei von einem Geschäftspartner in New York wegen einer Forderung von 300.000 \$ verklagt wurde. Sie legte die ohne Inanspruchnahme von Rechtshilfe und nur in englischer Fassung zugestellte Klage ihrem Anwalt vor, der sich umgehend an das Gericht in New York wandte und um Übersendung einer deutschen Übersetzung oder eine Garantie für die Erstattung der Übersetzungskosten ersuchte. Das war jedoch nach New Yorker Recht eine "voluntary appearance" oder "submission", die sowohl die internationale Zuständigkeit als auch den Erlass eines Versäumnisurteils eröffnete.

c) Schließlich muß man auch einkalkulieren, daß der vermeintliche Zustellungsfehler gar nicht als Fehler gewertet oder daß er als geheilt angesehen wird. Zwar steht die Rechtsprechung insoweit eher auf der Seite des Beklagten, lehnt also die Heilung ab⁵⁴, aber wenn die Sache nicht revisibel ist, sollte man sich darauf nicht verlassen.

2. Zuständigkeitstrüge oder Einlassung

Wenn die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte nicht zweifelhaft ist, stellt sich die Frage, ob der Beklagte das monieren oder ob er sich rügelos einlassen soll. Die Frage muß alsbald entschieden werden, denn für Art.18 EUGVÜ/LugÜ verlangt der EuGH⁵⁵, "daß die Rüge der fehlenden Zuständigkeit, soweit sie nicht vor jedem Vortrag zur Hauptsache vorgebracht wird, keinesfalls mehr nach Abgabe derjenigen Stellungnahme erhoben werden kann, die nach dem innerstaatlichen Prozeßrecht als das erste Verteidigungsvorbringen vor dem angerufenen Gericht anzusehen ist." Das deckte sich mit der deutschen Praxis zu § 39 ZPO, für die die herrschende Meinung bislang von der Anwendbarkeit der Verspätungsregeln ausging⁵⁶. Der BGH⁵⁷ hat jedoch unlängst entschieden, daß die Zuständigkeitstrüge noch in der mündlichen Verhandlung erhoben werden könne, weil ein international unzuständiges Gericht keine verbindlichen Fristen setzen könne.

Wenn man sich der Berechtigung der Zuständigkeitstrüge nicht völlig sicher ist, sollte man sich nach dem "nuisance value" eines Zuständigkeitsstreits, der zu einem antechbaren Zwischenurteil führen kann, fragen. "Nuisance value" ist - frei übersetzt - der "Belästigungswert", der bei amerikanischen Anwälten im Rahmen der pre trial discovery

⁵³ FS Fend, 1978,75 (79/80)

⁵⁴ Vgl. oben zu Fn.21

⁵⁵ Slg. 1981,1671 = IPRax 1982,234 (Rez. Leipold, S.222)

⁵⁶ §§ 282 Abs.3 und 296 Abs.3 ZPO. Vgl. MünchKomm-Prüfung, § 296 Rz.153

⁵⁷ BGHZ 134,127 = NJW 1997,397 = ZRP 110 (1997) 353 (Anm. Pfeiffer)

einen erheblichen Stellenwert für die Erzielung eines Vergleichs auf der Grundlage einer sachlich zweifelhaften Klage darstellt⁵⁸. Übertragen auf den Zuständigkeitsstreit steht der Begriff für die Frage, ob der Zeitgewinn und der Belästigungseffekt die Sache lohnt, zumal - anders als bei der pre trial discovery - auch das Gericht sich belästigt fühlen könnte.

3. Rüge ordnungsgemäßer Bevollmächtigung/Vertretung

Einen ähnlichen Stellenwert hat die Rüge ordnungsgemäßer Bevollmächtigung der klägerischen Anwälte, wenn sie eine ausländische juristische Person vertreten. Das zwingt den gegnerischen Anwalt entweder zu mehr oder weniger sachkundigen Ausführungen zum ausländischen Recht oder aber zur Rückfrage beim ausländischen Mandanten über den ausländischen Verkehrsanwalt und - nach eingeholter Information - zur Darlegung der Organisationsstruktur der vertretenen juristischen Person sowie zum urkundlichen Beleg der Vertretungsmacht derjenigen Person, die die Anwälte beauftragt hat. Es kann aber durchaus sinnvoll sein, auf eine korrekte und vollständige Bezeichnung der ausländischen juristischen Person samt gesetzlicher Vertretung zu dringen, um evtl. Schwierigkeiten bei der Geltendmachung titulierter Forderungen zu vermeiden.

4. Prozeßkostensicherheit

Auf die geänderten gesetzlichen Vorgaben für die Prozeßkostensicherheit bin ich schon eingegangen (oben I.6.). Man sollte vermeiden, sich durch eine offensichtlich unberechtigte Forderung lächerlich zu machen. Das droht nicht nur bei Unkenntnis der Gesetzesänderung, sondern auch dann, wenn man sich die Einrede zu lange überlegt hat, denn sie unterliegt der Präklusion nach § 282 Abs.3 ZPO⁵⁹, muß also vor der Verhandlung zur Sache geltend gemacht werden. Die Forderung kann sich als äußerst wirkungsvoll erweisen, wenn der Kläger Schwierigkeiten mit der Beschaffung einer hinreichenden Sicherheitsleistung hat und die vom Gericht zu setzende Frist versäumt, denn die Klage wird dann für zurückgenommen erklärt (§ 113 ZPO) und verliert ihre materielle rechtlichen Wirkungen, wenn sie nicht binnen sechs Monaten wiederholt wird (§ 212 Abs.2 BGB).

III. Vortrag und Verhandlung zur Sache

Wenn die verfahrensrechtlichen Klippen überwunden sind, stellt sich die Frage nach dem Umgang mit Kollisions- und Auslandsrecht beim Vortrag und bei der Verhandlung zur Sache.

⁵⁸ Vgl. von Hülsen, RiW 1982,225.

⁵⁹ BGH NJW 1982,2646; WM 1993,355; OLG Hamm RiW 1994,513 = IPRax 1996,33; RiW 1997,236 = IPRax 1998,358

1. Rechtswahl

Das betrifft zunächst die Rechtswahl in ihren verschiedenen Ausprägungen.

a) Die Existenz einer **Rechtswahlklausel** erledigt das Problem nicht in jedem Falle, denn ihre Wirksamkeit, namentlich als Formalklausel, kann eine komplizierte und zeitaufwendige Prüfung erfordern, die nicht nur dem "präsumptiven" Vertragsstaat, also dem im Falle gültiger Rechtswahl gewählten Recht, (Art.27 Abs.4 i.V.m. Art.31 Abs.1 EGBGB), sondern auch dem Aufenthaltsrecht einer Partei unterliegen kann (Art.31 Abs.2 EGBGB), also dem berührt-berichtigten "Umweltrecht"⁶⁰. Man sollte immer vorsorglich prüfen, welches Recht bei objektiver Anknüpfung anzuwenden wäre, denn

- es könnte mit dem gewählten identisch sein, so daß sich der Streit um die Wirksamkeit der Rechtswahl nicht lohnt;
- es könne deutsches Recht sein, was das Gericht - bewußt oder unbewußt - zu einer strengeren Prüfung der "Abwahlvereinbarung" verführen könnte;
- es könnte ein drittes Recht sein, an dem keine der Parteien ihre rechte Freude hätte.

Man sollte aber auch nicht vorschnell darauf spekulieren, daß das Gericht die Rechtswahlvereinbarung für unwirksam oder teilunwirksam nach Maßgabe des Art.27 Abs.3 EGBGB hält, wie es gelegentlich geschehen ist, um deutschen Auslandsurlauben aus Kaufverträgen herauszuhelfen⁶¹. Andererseits muß man damit rechnen, daß trotz anerkannter Rechtswahl über Art.34 EGBGB deutsches Verbraucherschutzrecht angewandt wird⁶², obwohl das angesichts der neueren Rechtsprechung des BGH⁶³ hinsichtlich des HTWiG ausgedehnt sein dürfte.

b) Die Behauptung einer **konkludenten oder stillschweigenden Rechtswahl** setzt eine besonders sorgsame Formulierung der Klageschrift voraus, um Indizatsachen für die Wahl dieses Rechts hervorzuheben und keine Indizien für die stillschweigende Wahl eines anderen Rechts zu setzen. Art.27 Abs.1 S.2 EGBGB verlangt *hinreichend sichere* Anhaltspunkte im Vertrag oder aus den Umständen, was die Erforschung eines hypothetischen Parteiwillens

alter	Art	verboten ⁶⁴ .
Parteiwillens	alter	Art
Parteiwillens	alter	Art

⁶⁰ Der Begriff stammt möglicherweise von *Raape*, vgl. sein IPR, 1. Aufl. 1938, S.266. Zur Diskussion um die Sonderanknüpfung vor der IPR-Reform vgl. *Linke*, ZVGIRWiss 79(1980)1 ff.
⁶¹ Vgl. schon *Ekke*, in: von Bar (Hrsg.), Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1991, S.99.

⁶² Z.B. OLG Celle NIWE-MiAR 1996,78 = DZWIR 1996,299 m. abl. Aufs. *Mankowski*, S.273 ff.

⁶³ Urt. v. 19.3.1997, RIW 1997,875 (Aufs. *Mankowski*, ebd. S.287) = IPRax 1998,284 (Rez. *Ekke*, ebd. S.263)

⁶⁴ *MinchKomm-Martyty*, 3. Aufl., Art.27 Rz.42; *Thode*, WuB I FamRZ 1 a.-8.93.

c) Eine **nachträgliche stillschweigende Rechtswahl im Prozeß** kann den Parteien leicht aufgetrieben werden, wenn sie die Anwendbarkeit ausländischen Rechts übersehen haben und auf der Grundlage deutschen Rechts argumentieren⁶⁵. Die Rechtsprechung neigt - oder neigte jedenfalls - zu vorschneller Annahme einer solchen Rechtswahl⁶⁶ unter Vernachlässigung hinreichender Feststellungen zum Erklärungsbevollmächtigten. Manche Gerichte berufen sich zur Stützung einer solchen Rechtswahl auch auf Präjudizien aus der Zeit vor der IPR-Reform in Verkennung des Umstandes, daß Art.27 Abs.1 S.2 EGBGB strengere Anforderungen an die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl stellt, die selbstverständlich auch für eine Rechtswahl im Prozeß gelten.⁶⁷ Erklärende sind in dieser Konstellation in der Regel nicht die Parteien, sondern ihre Anwälte, deren Handeln den Parteien jedoch nach § 85 ZPO zugerechnet werden darf⁶⁸, was wiederum die Frage aufwirft, ob die Prozeßvollmacht eine solche u.U. vertragsgestaltende Erklärung deckt⁶⁹.

Der Oktroi wird vermieden, wenn die Problematik rechtzeitig angesprochen wird, was nach § 139 ZPO als Ausfluß richterlicher Hinweispflicht eigentlich geboten ist⁷⁰, jedoch voraussetzt, daß das Gericht die Anwendbarkeit ausländischen Rechts bemerkt. Das sollte dann aber nicht so aussehen, daß das Gericht den Parteien - mehr oder weniger nachdrücklich - vorschlägt, "sich mit der Anwendung deutschen Rechts einverstanden zu erklären"⁷¹. Wird die Frage angesprochen, dürfte es eigentlich nicht zu einer nachträglichen Rechtswahl kommen, weil die Anwälte in aller Regel so ad hoc gar nicht überblicken können, wie die Rechtslage bei Anwendung des fremden Rechts aussieht. Also muß zumindest der Anwalt der Partei, die bei Anwendung deutschen Rechts die schlechteren Karten hätte, die Rechtswahl zugunsten der *lex fori* verweigern, andernfalls macht er sich haftbar⁷².

⁶⁵ Vgl. *Schröder/Werner*, Internationales Vertragsrecht, 2. Aufl., Rz.246 ff mit Hinweisen zur abweichenden Praxis in der Schweiz und Österreich.

⁶⁶ Korrekt z.B. OLG München RIW 1996,329; OLG Köln IPRax 1994,213 (Rez. *Pfliz*, S.191); kritisch jetzt auch der BGH (BGHZ 121,224 = NJW 1993,126 = WuB I FamRZ 1 a.-8.93, Anm. *Thode*)

⁶⁷ von Bar, IPR Bd.II, Rz.461; *Thode* ZfBR 1989,43 (45); *Steinle*, ZVGIRWiss 93(1994)301, 308 f. u. 313.

⁶⁸ Als "andere tatsächliche Erklärung". Es geht um die "Tatsache" einer konkludenten Rechtswahl, vgl. *MinchKomm-Martyty*, Art.27 Rz.40; *Hay*, RIW 1998,760,762 Fn.24.

⁶⁹ *Schack*, NJW 1984,2736 (2739); *Mansel* ZVGIRWiss 86(1987)1,13; *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl im Prozeß, Frankfurt/M. 1998, S.134 ff.

⁷⁰ *Schack*, NJW 1984,2739; *Hay*, RIW 1998,760,762 f.; aA *Steiner*, aO, S.126.

⁷¹ So z.B. das LG Aachen in einem Fall, in dem andernfalls in germanisches Recht anzuwenden gewesen wäre, vgl. *Reinhardt*, IPRax 1995,365,366

⁷² Vgl. *Sieg*, Internat. Anwaltschaftung, 1996, S.139; *Schack*, NJW 1984,2739; *Schröder/Werner*, aO, Rz.253

2. Ermittlung ausländischen Rechts

a) Steht die Maßgeblichkeit eines fremden Rechts fest, ist für seine Ermittlung in erster Linie das Gericht gefordert. Entgegen dem Wortlaut des § 293 ZPO brauchen die Parteien ausländisches Recht weder im einzelnen darzulegen, noch zu belegen, geschweige denn zu "beweisen"⁷³. Sie sind jedoch zur Mitarbeit aufgerufen, die ihnen vom Gericht auch abgefordert werden kann⁷⁴. Vertreten wird auch die Beitragslast für gewähltes und den Parteien leichter zugängliches Recht⁷⁵. Der BGH hat es gebilligt, daß ein OLG sich nicht selbst um die Beschaffung von neueren Entscheidungen des türkischen Kassationshofs gekümmert hat, die die Partei lediglich mit Datum und Aktenzeichen als einschlägig eingeführt hatte⁷⁶. Es liegt letztlich im Interesse der Parteien sicherzustellen, daß das Gericht die neueste Fassung eines ausländischen Gesetzes oder die neueste Rechtsprechung vorliegen hat⁷⁷.

Ob man ein **Privatgutachten** erstellen läßt, ist u.a. eine Kostenfrage⁷⁸. Man sollte es aber nicht einfach überreichen, sondern eine schriftsätzliche Diskussion zur Rechtslage auslösen und das Gutachten als Anlage und zum Beleg der dem Gutachten entnommenen Behauptungen beifügen. Auch der BGH hat sich schon einmal - zur Ermittlung einer begrenzten Rechtsfrage - mit solchem auf ein **Privatgutachten** gestützten Parteivortrag begnügt⁷⁹.

Vertreter, aber wenig sinnvoll sind das schlichte "Bestreiten" einer vom Gegner geäußerten Rechtsauffassung und die unqualifizierte Behauptung, die Rechtslage nach dem anzuwendenden fremden Recht entspreche exakt der nach deutschem Recht⁸⁰.

b) Das Gericht kann sich zur Ermittlung des ausländischen Rechts in den Grenzen pflichtgemäßen Ermessens aller ihm zugänglichen Erkenntnisquellen bedienen, bei deren Auswahl, Auswertung und Würdigung es keinen festen Regeln, insbesondere keinen Beweisregeln unterliegt.⁸¹ Dasselbe meint der in diesem Zusammenhang vertretete, aber mißverständliche Hinweis auf den Freibeweis⁸².

⁷³ Linke, IZPR, Rz.269 m.Nw.

⁷⁴ BGH NJW 1976,1581; OLG Frankfurt MDR 1983,410; Huzl, IPRax 1990,77 ff.

⁷⁵ Wengler, JR 1983,221(225); BGHZ 118,151 = NJW 1992,2026,2029

⁷⁶ NJW 1976,1581.

⁷⁷ Vgl. *Graf von Westphalen*, NJW 1994,2116.

⁷⁸ Zur Erstattungsfähigkeit solcher Kosten vgl. OLG Frankfurt IPRspr.1978 Nr.186 = Rpfleger 1978,385; das., RIW 1994,70; enger wohl OLG Koblenz RIW 1996,432 a.E.

⁷⁹ RIW 1996,666

⁸⁰ Vgl. *Rinsche/Schiller*, ZAP 1992 Fench 23 S.115,118.

⁸¹ BGH NJW 1992,2026,2029; vgl. schon OGH BfZ NJW 1951,73.

⁸² Z.B. BGH NJW 1976,1581,1583

Das kann auch eine telefonische Auskunft sein, wenn man einen kompetenten Informanten hat⁸³; man sollte aber nicht vernachlässigen, die Parteien von dem Ergebnis in Kenntnis zu setzen.

Ein Anwalt sollte sich also nicht blind darauf verlassen, daß jedwede nach ausländischem Recht zu beantwortende Rechtsfrage die Einholung eines förmlichen Gutachtens auslöst, auch wenn es noch so stereotyp beantragt wird. Jedenfalls bei den Oberlandesgerichten verfügt man über die Zeit und die Mittel, einfachere Fragen gängiger Rechtsordnungen selbst zu beantworten⁸⁴.

c) Die Vergabe eines **Gutachterauftrags** an einen in Deutschland ansässigen Experten, also einen Universitätsprofessor mit Institut oder Lehrstuhl, die Direktoren und Referenten des Hamburger Max-Planck-Institut oder auch einen spezialisierten Rechtsanwalt⁸⁵ ist nach wie vor die anerkannteste Ermittlungsart. Einer der ständig wiederholten Vorurteile ist die durch die Aktenversendung bedingte Kenntnis des Bearbeiters, worauf es ankommt, was allerdings voraussetzt, daß er das zutreffend sieht, so daß ein aufmerksamer Prozeßbeteiligten der vorsorglich schriftsätzlich einbringen sollte, wenn das Gericht im Beweisschluß keine hinreichenden Vorgaben gemacht hat.

Die Einholung eines Gutachtens bedeutet nach herrschender Auffassung⁸⁶ ein **Überraschen** in das formelle Beweisverfahren der §§ 402 ff ZPO einschließlich der Anhörung nach § 411 Abs.3 ZPO. Sie ist von der Rechtsprechung zu einem kaum zu umgehenden Anhörungsrecht ausgebaut worden, das den Besonderheiten des Rechtsgutachtens nicht angemessen ist. Solche Gutachten werden regelmäßig zumindest unter Mitwirkung Dritter (wiss. Mitarbeiter, ausländische Kollegen) erstellt. Selbst ein Alleinverfasser kann ohne seinen "Apparat" keine befriedigenden Antworten auf mündliche Detailfragen geben. Die Anhörung läßt sich nicht dadurch umgehen, daß den Parteien aufgegeben wird, ihre Fragen vorher schriftlich einzureichen; denn der Bundesgerichtshof hält es für ausreichend, wenn die Partei angibt, "in welcher Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht"⁸⁷. Ein Anwalt sollte aber damit rechnen, daß ein Anhörungsantrag, der nicht begründet ist, vom Gericht

⁸³ Auf eine solche Auskunft hat sich z.B. das OLG Hamm, FamRZ 1993,211, berufen.

⁸⁴ Vgl. z.B. zum franz. Recht OLG Koblenz, RIW 1993,934,937; zum türk. Recht OLG Köln, RIW 1995,858; zum mauretan. Recht OLG Hamm, RIW 1994,513 = IPRax 1996,33 (Rez. Dirk Otto, S.22)

⁸⁵ Z.B. aus dem Kreise der Mitglieder des Ausländischen Anwaltsvereins in Hamburg, der mitunter in der NJW wirkt.

⁸⁶ BGH in ständ. Rep. seit NJW 1975,2142; vgl. noch NJW 1994,2959 = IPRax 1995,322; zust. Otto, IPRax 1995,299,304 f. *Nagel/Gonwald*, § 10 Rz.16; *MünchKomm-Prithing*, § 293 Rz.32; *StenJonas/Leipold*, 21. Aufl., § 293 Rz.44; *AA Geigler*, ZRP 91(1978) 181 ff; *Schütze*, IZPR, S.119; *Schack*, IZVR, Rz.636; *Linke*, IZPR, Rz.276.

⁸⁷ NJW 1994,2959,2960.

als rechtsmißbräuchlich empfunden wird und - wenn die Aufforderung, die beabsichtigten Fragen vorbereitend schriftlich vorzutragen, nicht befolgt wird - unter diesem Gesichtspunkt auch zurückgewiesen werden kann.

d) Wenn es um punktuelle Rechtsfragen geht, die mehr oder weniger abstrakt beantwortet werden können, sind Auskünfte nach dem Europäischen Rechtsankunftsübereinkommen vom 7.6.1968⁸⁸ kostengünstiger und nicht unbedingt zeitaufwendiger⁸⁹. Ihre Effizienz ist je nach Land unterschiedlich und hängt ganz entscheidend von der Qualität der Übersetzungen ab. Ein Anwalt sollte diese Erkennnisquelle, die eigentlich die authentischste Information über den aktuellen Rechtszustand darstellt, jedenfalls im Auge behalten. Er selbst kann sich ihrer allerdings nicht bedienen; sie ist den Gerichten vorbehalten⁹⁰.

3. Eilverfahren

Auf die amtsweilige Ermittlung und Anwendung eines kraft Rechtswahl oder kraft Gesetzes anwendbaren ausländischen Rechts darf das Gericht jedenfalls im Grundsatz auch in den Eilverfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht verzichten⁹¹. Dessen ungeachtet ist die Ansicht verbreitet, der Antragsteller müsse nicht nur seinen Anspruch, sondern auch das ausländische Recht darlegen und glaubhaft machen, wenn er den Anspruch auf ein solches Recht stützt⁹². Das kann den Anwalt vor eine schwierige Entscheidung stellen: Läßt er das anzuwendende ausländische Recht unerwähnt, wird ihm der Gegner das möglicherweise entgegenhalten, sobald das Verfahren zweiseitig geworden ist. Gewährt das zu Unrecht angewandte deutsche Recht mehr, wird seine Partei u.U. schadenersatzpflichtig, wenn im Hauptverfahren auf korrekter Rechtsgrundlage entschieden wird⁹³. Gewährt es weniger, wird seine Partei ihm in Anspruch nehmen. Die Entscheidung des Richters, inwieweit die Ermittlung des ausländischen Rechts sich mit der Eilbedürftigkeit verträgt, ist zwar auch nicht einfacher, aber jedenfalls nicht haftungsbewehrt. Deshalb ist es sinnvoll, das Problem sofort anzusprechen und die Entscheidung, ob in die Darlegung oder Ermittlung des ausländischen Rechts eingetreten werden soll, dem Gericht zu überlassen. Der Antragsteller muß bejahendenfalls in

verstärktem Maße mit der Inanspruchnahme zur Mitwirkung rechnen, und das um so mehr, wenn hinter dem deutschen Verkehrsanwalt ein mit dem fremden Recht vertrauter ausländischer Korrespondenzanwalt steht.

IV. Beweisaufnahme

1. Zeugen im Ausland

Die Auslandsberührung kann sich auf die Beweisaufnahme wie auch auf die Beweismittel auswirken. Zeugen, die im Ausland wohnen, sind grundsätzlich dort im Wege der Rechtsilfe zu vernehmen⁹⁴. Das ist zum einen zeitaufwendig und zum anderen ineffektiv, wenn es auf den persönlichen Einruck oder auf gezieltes Nachfragen ankommt. Es kann sich also die Frage stellen, wie man eine Vernehmung vor dem deutschen Gericht erreicht.

a) Man kann den Zeugen stellen, wenn er dazu bereit ist, was in aller Regel davon abhängen wird, daß ihm die Reisekosten vorgeschossen werden. Jedoch ist die Erstattung dieser Kosten problematisch, denn das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen gilt grundsätzlich nur für Zeugen, die das Gericht geladen hat (§ 1 ZSEG)⁹⁵. Es kommt also darauf an, ob die Stellung vom Gericht veranlaßt worden ist oder jedenfalls für zweckdienlich gehalten wird, was bei auswärtigen Zeugen regelmäßig nicht der Fall sein soll⁹⁶.

b) Man kann auch die Ladung des Zeugen zur Vernehmung vor dem deutschen Gericht beantragen, richtiger: anregen, denn eine Verpflichtung, so zu verfahren, besteht nicht⁹⁷. Es ist nicht einmal unstrittig, ob das überhaupt zulässig ist, wobei man zwischen förmlicher Ladung und der "Einladung", also der bloßen Bitte, unterscheiden muß. Erstere kommt - wenn überhaupt - nur bei deutschen Staatsangehörigen in Betracht⁹⁸, letztere wird überwiegend auch bei fremden Staatsangehörigen für zulässig gehalten⁹⁹. Hat man das Gericht überredet, den Versuch zu wagen¹⁰⁰, wird es vermutlich auch bereit sein, die

⁹⁴ BGH IPRax 1981, 57; LG Aachen NJW-RR 1993, 1407; Linke, IZPR, Rz. 310; E. Geimer, Internationale Beweisaufnahme, 1998, S. 47.

⁹⁵ OLG Koblenz NJW 1967, 1866.

⁹⁶ So z.B. Meyer/Höwer/Bach, ZSEG, 20. Aufl., § 1 Rz. 38-2; Zoller/Gröger, § 401 Rz. 2

⁹⁷ BGH IPRax 1981, 57. Andererseits hat der BGH es als Verfahrensfehler erachtet, daß ein Gericht dem überbestimmenden Antrag der Parteien auf Wiederholung der bereits im Rechtsilfverfahren durchgeführten Vernehmung vor dem Prozeßgericht nicht nachgegeben ist (NJW 1990, 3088, 3090). Vgl. auch BGH ZZP 105 (1992) 500 m. Anm. Leipzig.

⁹⁸ E. Geimer, Internationale Beweisaufnahme, S. 38 ff. 43; Zoller/R. Geimer, § 363 Rz. 5

⁹⁹ Stiehl/Omas/Schumann³⁰, § 377 Rz. 33; MünchKomm-Damrau, § 377 Rz. 5; Geimer, IZPR, Rz. 2320, 416; Schack, IZVR, Rz. 716; aa. Wicoronek², § 377 Anm. A I a 1; Leipzig, Lex fori, Souveränität, Discovery, 1989, S. 63.

¹⁰⁰ Abgesehen z.B. von OLG Hamm (NJW-RR 1987, 703) für eine Ladung in Polen ebenso wie die schriftliche Befragung, obwohl der Rechtsilfverkehr seinerzeit ruhte.

⁸⁸ In Kraft seit dem 19.3.1975. Text mit Einführung und Anmerkungen von Pirung in: Bilow/Böckstiegel/Gelmer/Schütz, Internat. Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen, Nr. 380-382

⁸⁹ Ota, IPRax 1995, 302; Linke IZPR, Rz. 277; Schellack, Selbstermittlung oder ausländische Auskunfte unter dem europäischen Rechtsankunftsübereinkommen, Berlin 1998, S. 136 ff.

⁹⁰ Art. 3 Rechtsankunftsübk.

⁹¹ Vgl. Linke, IZPR, Rz. 273; Menkowsky/Kerfack, IPRax 1990, 372; Sommerlad/Schrey, NJW 1991, 1381 ff.; MünchKomm-Prüfung, § 293 Rz. 56

⁹² Z.B. OLG Frankfurt NJW 1969, 911, OLG Hamm, AWD 1970, 31; Schack, IPRax 1995, 158, 161

⁹³ Schack, IZVR, Rz. 627; Menkowsky/Kerfack, IPRax 1990, 376/7.

"Einladung" unmittelbar per Post zu verschicken, anstatt doch noch den zeitaufwendigen, aber wohl korrekteren¹⁰¹ Rechtshilfsweg zu beschreiten.

2. Fremdsprachige Urkunden

Fremdsprachige Urkunden können zu Beweis Zwecken wie zu Informationszwecken überreicht werden. Will man sicherstellen, daß der Inhalt zur Kenntnis genommen wird, sollte man eine Übersetzung beifügen, nicht nur anregen. Man sollte sich - als Anwalt der Gegenseite - aber auch nicht darauf verlassen, daß sie - mangels Übersetzung - nicht zur Kenntnis genommen werden. Ich habe mehrfach erlebt, daß erfahrende Anwälte wie auch Richter sich auf die Position zurückgezogen haben, sie brauchen fremdsprachige Urkunden nicht zur Kenntnis zu nehmen. Das haben sie mit der zwar überwiegenden, aber verfehlten Haltung zur Relevanz fremdsprachiger Schriftsätze¹⁰² verwechselt. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung, gestützt auf § 142 Abs.3 ZPO, darf ein Gericht fremdsprachige Urkunden, öffentliche wie private, auch ohne Übersetzung verwerten.¹⁰³ Nach der Leitenscheidung des Reichsgerichts steht § 184 GVG dem nicht entgegen, weil die Vorschrift sich nach *Wortsin und Zweck nur auf die Verhandlung und Schriftsätze der Parteien sowie auf das Verhandeln des Gerichtes, seine Beschlüsse, Urteile und Verfügungen bezieht, aber für den prozessordnungsgemäßen Gebrauch von Urkunden, die in fremden Sprachen abgefaßt worden sind, Raum läßt und damit der sachlichen Notwendigkeit Rechnung trägt*. Sicherer ist die Beifügung von Übersetzungen, deren Berücksichtigung nicht daran scheitern sollte, daß sie nicht von einem "nach den Richtlinien der Landesjustizverwaltung ermächtigten" Übersetzer stammen, wie das in § 142 Abs.3 ZPO vorgesehen ist, also von einem öffentlich bestellten und allgemein vereidigten Übersetzer. Wenn das Gericht auf Übersetzung überhaupt verzichten darf, kann es sich zunächst auch mit einer weniger offiziellen begnügen¹⁰⁴, zumal der öffentlich bestellte Übersetzer auch keine Garantie für die Richtigkeit der Übersetzung bietet.

V. Geltendmachung ausländischer Gerichtsentscheidungen

1. Rechtsgrundlagen

Ein typisches "Auslandsmandat" ist die Geltendmachung einer ausländischen Gerichtsentscheidung oder ihre Abwehr. In der Position des Urteilsgläubigers ist das Wichtigste zunächst die Ermittlung der maßgeblichen Rechtsgrundlage, also Staatsvertrag oder autonomes Recht. Wenn man das zu leicht nimmt, landet man u.U. beim fälschen

¹⁰¹ Vgl. *Stein/Jonas/Schumann*, § 377 Rz.33; *Linke*, IZPR, Rz.311; *E. Geimer*, aao, S.45

¹⁰² Vgl. *Linke*, IZPR, Rz.260 f. m.Nw.

¹⁰³ RGZ RGZ 162,282,287; BGH NJW 1989,1432. Vgl. noch OLG Hamm RiW 1994,513; RiW 1997,236 = PRax 1998,358 (Rez. *Bungert*, S.339)

¹⁰⁴ *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 142 Rz.20; vgl. BayObLG FamRZ 1997,318.

Gericht, und selbst der Wechsel der Verfahrensart wird nicht immer toleriert.¹⁰⁵ Primärer Orientierungspunkt ist die "Nationalität" der Entscheidung, also ihr Herkunftsstaat, der zweite ihr Gegenstand, und zwar allgemeine "Zivil- oder Handelsache", Unterhalt oder internationaler Transport, den typischen Gegenständen staatsvertraglicher Regelung. Da eine staatsvertragliche Regelung mit dem Herkunftsstaat zugleich die Gegenseitigkeit belegt oder begründet, findet man den Nachweis in den Großkommentaren zur ZPO bei den Länderverzeichnissen zu § 328¹⁰⁶.

2. Klauselteilungsverfahren

Entscheidungen aus Vertragsstaaten des EuGVÜ und des LugÜ sowie Unterhaltsentscheidungen aus Vertragsstaaten des Haager Unterhaltsvollstreckungsübereinkommen von 1973 werden im einseitigen Klauselerteilungsverfahren, dessen Einzelheiten sich aus den Art.31 ff EuGVÜ/LugÜ und dem Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz (AAVG)¹⁰⁷ ergeben, für vollstreckbar erklärt. Den Zuwachs der Vertragsstaaten nachzuhalten, ist nicht ganz einfach. Man sollte deshalb nicht versäumen, das Datum der Entscheidung mit dem des Inkrafttretens des vermeintlich anzuwendenden Staatsvertrages zu vergleichen. Wenn man sich schon die Mühe gemacht hat, die formalen Voraussetzungen durchzugehen, kann es nichts schaden, sie im Antrag anzuführen. Die Alleinständigkeit des Kammervorsitzenden und die Einseitigkeit des Verfahrens in erster Instanz¹⁰⁸ sind ungewöhnlich und könnten übersehen werden.

3. Vollstreckungsklage

Gibt es keinen Staatsvertrag oder kommt er nicht zur Anwendung, muß Vollstreckungsklage nach § 722 ZPO erhoben werden. Das ist eine schlichte Gestaltungsklage, deren Antrag eigentlich kein Kopfschreiben bereiten sollte, zumal man ihn nachschlagen kann¹⁰⁹. Sie wird aber von manchen Gerichten unter Führung des einstmaligen IVb und heutigen XII. BGH-Senats für so exotisch erachtet, daß dem Gläubiger statt dessen auch eine Leistungsklage gestattet wird, gerichtet und beschränkt

¹⁰⁵ Nicht vom Antrag nach Art.31 EuGVÜ zur Klage nach § 722 ZPO, vgl. BGH NJW 1979,2477; RiW 1995,150.

¹⁰⁶ *MünchKommZornwald*, § 328 Rz.99 ff; *Stein/Jonas/Roh*, § 328 Rz. 161 ff; knapper bei *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, Anh nach § 328

¹⁰⁷ Text des AAVG z.B. bei *Baumbach/Lauterbach*, Schlussanhang V.E; *Zöllner/Geimer*, Anh II

¹⁰⁸ Vgl. Art.32, 43 Abs.1 EuGVÜ/LugÜ, § 5 AAVG.
¹⁰⁹ Z.B. bei *Zöllner/Geimer*, § 722 Rz.35; *Schilke* in: *Locher/Mes* (Hrsg.), *Beck'sches Prozessformulartbuch*, 8. Aufl., Abschn. I T Nr.4.

auf die im Ausland bereits titulierte Leistung¹¹⁰. Das ist jedoch unzulässig (ne bis in idem)¹¹¹, so daß es ratsam ist, bei der auf jeden Fall statthafter Vollstreckungsklage zu bleiben.

4. Abwehrmöglichkeiten

Der Urteilsschuldner wird u.U. daran interessiert sein, die Vollstreckbarerklärung abzuwehren oder zumindest hinauszuzögern. Er steht allerdings unter Zeitdruck, wenn das Gericht von sich aus oder auf Hinweis des Gläubigers erkannt hat, daß solche Verfahren per se eilbedürftig sind. Sind der Antrag oder die Klage nachlässig vorbereitet, fehlt häufig irgendeine Urkunde, die aus dem Ausland besorgt und übersetzt werden muß. Manch Kopferbrechen kann man dem Gegner wie dem Gericht bereiten, wenn man unter Hinweis auf Art.47 Nr.1 EuGVÜ/LugÜ auf der Vorlage der Urkunden besteht, aus denen sich ergibt, daß die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar ist... Das ergibt sich nämlich nicht immer aus Urkunden, z.B. wenn die vorläufige Vollstreckbarkeit kraft Gesetzes eintritt oder die endgültige Vollstreckbarkeit mit dem Ablauf von Rechtsmittelfristen oder wegen fehlender Rechtsmittelfähigkeit. Der Gesetzgeber ist den Gläubigern deutscher Titel, die an sich keiner Vollstreckungsklausel bedürfen, mit der Auflage einer entsprechenden Titelergänzung entgegengekommen (§ 33 AVAG). Bei ausländischen Titeln muß der Gläubiger dem deutschen Gericht die Rechtslage darlegen¹¹², denn der Hinweis auf die Amtsermittlungspflicht würde voraussichtlich mit der Vorschanforderung für ein Sachverständigengutachten beantwortet werden. Im Klauselerteilungsverfahren kann der Urteilsschuldner erst im Beschwerdeverfahren vor dem OLG aktiv werden¹¹³ und es hängt dann von den Fähigkeiten und Kenntnissen des Anwalts ab, die Gesichtspunkte aufzulisten, die gegen die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus dem ausländischen Urteil sprechen¹¹⁴.

¹¹⁰ Z.B. BGH NJW 1964,1626; NJW 1979,2477; OLG Nürnberg IPRspr. 1983 Nr.179; OLG Stuttgart IPRspr. 1987 Nr.161; OLG Karlsruhe FamRZ 1991,600.

¹¹¹ Vgl. Link, ZPR, Rz. 359 f. u. 434 m.w.Nw., sowie aus der Rspr. noch OLG Nürnberg ZPR 75 (1962) 281; OLG Oldenburg IPRspr. 1984 Nr.167.

¹¹² Die Ablichtung von Gesetzestexten und Leihbuchauszügen als den an sich geschuldeten urkundlichen Nachweisen zu fügen (so Schlasser, EuGVÜ/LugÜ Art.47 Rz.1), erscheint sehr konstruiert. Hilfreich sind immer noch die Darstellungen von Schlaffer in: Bülow/Böckstiegel, Internationaler Rechtswörterbuch in Zivil- und Handelsachen, Art.47 Erl. II (wenn man sie nicht mit der 19. Erg.Lfg. aussortiert hat); Wolff im Hdb. ZVVR Bd.III/2 Kap.IV Rz.246 ff.

¹¹³ Vgl. Art. 34 Abs.1, 36 ff. EuGVÜ, §§ 11 ff. AVAG

¹¹⁴ Illustrativ dafür ist ein vor dem OLG Hamm geführtes Beschwerdeverfahren, in dem das Gericht mit einer Vielzahl von Argumenten bombardiert worden ist, die im Grunde zwar abwegig oder unerheblich waren, soweit sie auf eine Sachprüfung abzielden, die aber so geschickt verpackt waren, daß es erhebliche Zeit und Mühe kostete, die Einwände auszuräumen (RIW 1994,234).

VI. Beispiele haftungsrelevanter Anwaltsfehler

Die dogmatischen Fragen der Anwaltshaftung für Fehler bei der Wahrnehmung eines auslandsbezogenen Mandats sind nicht Gegenstand dieses Vortrags¹¹⁵. Was ich aufgezeigt habe, war eine Mischung aus haftungsrelevanten Fehlerquellen und bloßen Nachlässigkeiten oder taktischen Ungeschicklichkeiten. Zu den haftungsrelevanten Fehlern bei forensischer Tätigkeit gibt es wenig veröffentlichte Rechtsprechung. Die zwei bekanntesten betreffen die ersten Punkte meiner "Checkliste", die Wahrung von Fristen:

(1) Das OLG Bamberg¹¹⁶ hat den deutschen Verkehrsanwalt von der Verantwortung für den vom Schweizer Korrespondenzanwalt übersehenen Ablauf der Verjährungsfrist des schweizerischen Obligationenrechts freigesprochen. Daraus ergibt sich, daß der deutsche Korrespondenzanwalt eines ausländischen Verkehrsanwalts zumindest für die Verjährung nach deutschem Recht verantwortlich gemacht werden kann. Das wird man auf den Fall ausdehnen können, daß bei Mandatsübernahme die Frage des anzuwendenden Rechts noch ungeklärt ist, denn sie ist nach deutschem Kollisionsrecht zu beantworten.

(2) Das OLG Hamm¹¹⁷ hat einen Anwalt zur Freistellung seines Mandanten von den Unterhaltsansprüchen eines Kindes verurteilt, weil er die Frist zur Vaterschaftsanfechtung nach italienischem Recht nicht gewahrt hatte. Nach Ansicht des Gerichts hätte er sich entweder informieren oder sofort nach Mandatserteilung Klage erheben müssen.

(3) Die Unkenntnis des EuGVÜ im allgemeinen und der Feinheiten des Vertragsgerichtsstands im besonderen war Grundlage der Anwaltschaftung in einem vom OLG Koblenz im Jahre 1989 entschiedenen Fall¹¹⁸, in dem es dann aber an der Kausalität für den insolvenzbedingten Schaden fehlte. Das Bemerkenswerte an diesem Fall ist der Umstand, daß dem Anwalt - mit Recht - zum Vorwurf gemacht wurde, keine eigenen Feststellungen zur internationalen Zuständigkeit getroffen zu haben, nachdem das Gericht Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Gerichtsstandsklausel erhoben hatte. Daß das Gericht selbst den Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art.5 Nr.1 EuGVÜ i.V.m. Art.59 EKG übersahen hatte, konnte ihn nicht entlasten.

¹¹⁵ Vgl. dazu Hüb, JBuro 1990,155 ff.; Tepper, IPRax 1991,98 ff.; Raiser, NJW 1991,2049 ff.; Rinsche/Schlüter, ZAP 1992 Fach 23 S.115,121 f.; Sieg, Internat. Anwaltschaftung, 1996, S.135 ff.

¹¹⁶ MDR 1989,542 = IPRspr.1988 Nr.215

¹¹⁷ OLG Report Hamm 1995,250

¹¹⁸ OLG Koblenz NJW 1989,2699 = IPRax 1991,116 (Rez. Tepper, S.96); vgl. dazu auch Raiser, NJW 1991,2051.

(4) Die Verantwortung des deutschen Anwalts für den weltweit günstigsten Standort der Rechtsverfolgung, also für das **Forum Shopping**, ist m.E. begrenzt. Zwar geht es regelmäßig nur um die Alternative der Klage in Deutschland oder in einem anderen Land, aber auch dafür kann nur der hafte, der sich zumindest den Anschein ersprechender Kompetenz gegeben hat¹¹⁹. Höher ist das Haftungsrisiko, wenn man zur Klage in Deutschland geraten hat, das Urteil sich aber als mehr oder weniger wertlos erweist, weil es - erkennbar - im Ausland geltend gemacht werden muß, dort aber nicht anerkannt wird, sei es generell wegen fehlender Gegenseitigkeit, sei es punktuell, wegen eines Verfahrensmangels, z.B. der ordnungsgemäßen und rechtzeitigen Klagezustellung.

Auch dafür gibt es ein Beispiel aus der Praxis¹²⁰. Ein Anwalt hatte seinem Mandanten zur rückgelassen Einlassung vor dem deutschen Gericht geraten hat, um eine zur Aufrechnung gestellte Forderung geltend machen zu können. Den Geschäftsbeziehungen der Parteien lag aber eine wirksame Gerichtsstandsklausel zugunsten Helsinki zugrunde und deshalb wurde die Aufrechnung vom BGH - auf der Grundlage einer nicht unumstrittenen Rechtsprechung - nicht zugelassen. Das war aber nicht das Gravierende, sondern der Umstand, daß der Kläger auf diese Weise an einen unverwertbaren deutschen Titel gelangt war, denn ein finnisches Urteil hätte er mangels Gegenseitigkeit im Sinne von § 328 BGB in Deutschland nicht verwerten können¹²¹.

(5) Wer vorbehaltlos auf eine Klage erwidert, ohne sich vergewissert zu haben, ob man die internationale Zuständigkeit rügen kann und ob es tunlich ist, macht sich Schadensersatzpflichtig¹²².

(6) Die **Zustellung**, obwohl Amtssache, ist eine besonders gefährliche Quelle haftungsrelevanter Fehler, insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, ob sie im Sinne von § 270 Abs.3 ZPO noch "demnächst" erfolgt ist (vgl. oben zu I.5.).

(7) Läuft ein Anwalt in die Falle der **nachträglichen Rechtswahl** durch prozessuales Verhalten, also durch die unüberlegte Argumentation auf der Grundlage deutschen Rechts, macht er sich haftbar, wenn sie sich für den Mandanten nachteilig auswirkt¹²³. Es ist also fehlerhaft, wenn nicht im ersten Schriftsatz auf das anzuwendende Recht eingegangen wird. Daß das unschädlich wäre, wenn die Rechtsprechung nicht auf die Feststellung des

¹¹⁹ Ebenso Sieg, aaO, S.136 ff.; vgl. *Hök*, *IBüro* 1990,158; *Raiser*, *NiW* 1991,2054.

¹²⁰ BGH *NiW-RR* 1986,1281 = *EWIR* § 675 BGB 2/86, 139 (I.S. u. Ann. *Geimer*)

¹²¹ Anders jetzt nach Inkrafttreten des LugÜ am 1.3.1995 (BGBl. II 221).

¹²² *Schröder/Werner*, *Internat. Vertragsrecht*, Rz.253; *enger Sieg*, aaO, S.139.

¹²³ Ebenso Sieg, aaO, S.139 ff.

Erklärungsbewußtseins verzichten würde (vgl. oben III.1.c), entlastet den Anwalt nicht; damit muß er rechnen.

(8) Erst unlängst ist ein Anwalt an der Haftung für den aus der Anerkennung eines österreichischen Urteils resultierenden Schaden vorbeigekommen, weil der BGH¹²⁴, die an sich fehlerhafte Entscheidung des Landgerichts über die Vollstreckbarkeit des Titels im Zuge veränderter Rechtsprechung bestätigt hat. Der Fehler des Anwalts lag darin, daß er wegen Unkenntnis des spezifischen Verfahrens nach § 2 AusFG zum deutsch-österreichischen Vollstreckungsvertrag von 1960 i.V.m. § 1042 c/d ZPO die zweifelhafte **Widerspruchsfrist** versäumt hatte, so daß die Vollstreckbarerklärung rechtskräftig geworden war. Das Lugano-Übereinkommen spielte für dieses Verfahren noch keine Rolle. Aus dem Widerspruch ist seit dem 1.7.1998 die sofortige Beschwerde geworden¹²⁵.

¹²⁴ *NiW* 1998, S. 2358.

¹²⁵ § 2 AusFG i.d.F.d. *SchiedsverfG v. 30.12.1997* (BGBl. I 3234).

erschienen, gegen die rechtliche Schritte erwogen, dann jedoch aus finanziellen Gründen wieder verworfen worden sind.

Das Ständige Seminar zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht hat noch das ganze Jahr 1998 getagt. Das Manuskript ging Anfang Februar 1999 zum Verlag.

Nachrichten aus dem Institut*

von Christian v. Bar**

1. Die Bibliothek

Die Institutsbibliothek ist inzwischen auf ca. 36.000 Bände gewachsen, davon ca. 25.500 Zeitschriftenbände und ca. 10.500 Monographien. Durch eine Sonderzuweisung des niederländischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur für die Jahre 2000, 2001 und 2002 über je 100.000,- DM aus Anlaß des zum 1. Juli 1999 angelaufenen Forschungsprojektes "European Civil Code" (unten Nr. 3) müßten wir in der Lage sein, das bislang zum modernen europäischen Privatrecht erreichte Niveau zu halten.

2. Gemeineuropäisches Deliktsrecht

Unser Anfang 1993 begonnenes Forschungsprojekt "Gemeineuropäisches Deliktsrecht" ist mit dem Erscheinen des zweiten Bandes (s. das Veröffentlichungsverzeichnis unten Nr. 13) so gut wie abgeschlossen. Wir arbeiten allerdings noch an der Übersetzung dieses zweiten Bandes in die englische Sprache. Die Rohübersetzung der §§ 1, 2 und 5 stammt von Frau *Paterson Czech*, diejenige der §§ 3 und 4 von Herrn *Benedict K. Leonard*. Frau *Henrietta Marriot* und ich gehen diese Übersetzungen Wort für Wort (und Fußnote für Fußnote) durch, arbeiten unsere Korrekturen am Schirm ein und senden das Ergebnis dann an Frau *Anna Rayne*, die für die Oxford University Press das "subediting" übernimmt. Wir hoffen, daß die Übersetzung um die Jahreswende zum Druck gehen kann.

Der erste Band liegt in japanischer und in englischer Übersetzung bereits vor. Eine italienische und eine koreanische Übersetzung sind in Arbeit. Eine französische Übersetzung ist geplant. Von der japanischen Übersetzung sind in Korea Raubdrucke

3. European Civil Code

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) und die Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO) haben um die Jahreswende 1998/1999 umfangreiche Mittel für ein juristisches Großprojekt zur Verfügung gestellt, nämlich für einen Professorenentwurf für ein "Europäisches Zivilgesetzbuch". Weitere Zusagen liegen (wenngleich in geringerem Umfang) inzwischen von der Onassisstiftung Athen und von der Flämischen Wissenschaftsorganisation (FWO) vor. Antragstellerin war jeweils die 1998 gegründete "Study Group on a European Civil Code", deren Steering Committee seine Geschäftsstelle bei uns im Institut hat.

Ziel des Projektes, dessen Einzelheiten ich in unserem Gutachten für das Europäische Parlament (unten Nr. 4) näher beschrieben habe, ist es, einen gemeinsamen Bestand vermögensrechtlicher Prinzipien regelmäßig zu fixieren. Sie sollen später - auf welchem legislatatorischen Wege auch immer - von den nationalen Rechten adaptiert werden. Es handelt sich also nicht darum, ein geschlossenes Zivilgesetzbuch i.S.d. kontinentaleuropäischen Tradition zu verfassen, das darauf angelegt wäre, die existierenden Zivilgesetzbücher sozusagen auf einen Schlag abzulösen. Sie werden fortexistieren, aber sie sollen in Zukunft einen gemeinsamen Kernbestand vermögensrechtlicher Regeln enthalten. Unter Vermögensrecht in diesem Sinne verstehen wir wiederum das Obligationenrecht und mindestens auch das Recht der Kreditinstitute (wenngleich vorerst wahrscheinlich noch unter Ausschuß der Kreditinstituten an Immobilien).

Zur Verwirklichung dieses anspruchsvollen Zieles haben wir eine verhältnismäßig aufwendige Organisationsstruktur entworfen. Es gibt ein Leitungsgremium (das Steering Committee) und eine aus Mitgliedern aller EU-Jurisdiktionen bestehende Koordinierungsgruppe (die Coordinating Group), in der die "großen Linien" und später auch die Textentwürfe im Einzelnen beraten und abgestimmt werden. Die Vorlagen für diese Coordinating Group werden wiederum von Arbeitsgruppen (den Permanent Working Teams) erstellt, denen ihrerseits ein internationales Team von Beratern (Advisors) zur

* Im Anschluß an den Bericht in IVO 7 (1997/98) S. 118-136.

** 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.

Verfügung steht. Die Working Teams werden in Hamburg (Kreditsicherheiten und Versicherungsvertragsrecht), in den Niederlanden (Tilburg, Utrecht und Amsterdam: Kaufrecht und Recht der Dienstleistungsverträge) und bei uns in Osnabrück (gesetzliche Schuldverhältnisse) installiert. Eine weitere Arbeitsgruppe soll nach den derzeitigen Planungen in Frankreich oder Luxemburg aufgebaut werden. Die Working Teams bestehen ihrerseits aus examinierten jungen Juristen (postgraduate researchers) aus möglichst vielen EU-Jurisdiktionen. In unserem Osnabrücker Team, das seine Arbeit Anfang Juli 1999 aufgenommen hat, werden mitarbeiten: *Begonia Alfonso de la Riva* (Spanien), *Erwin Beyens* (Belgien und Frankreich), *Evelia Eleftheriadaou* (Griechenland), *Ina El Kobbia* (Schottland, ferner Zuständigkeit für organisatorische Fragen), *Silvia Fedrizzi* (Italien), *Andreas Fötschl* (Österreich), *Mathias Hüner* (Deutschland), *Franz Nieper* (Niederlande), *Stephen Swann* (England und Irland), ferner voraussichtlich *José Carlos de Medeiros Nóbrega* (Portugal) und *Mårten Schultz* (Skandinavien).

4. Gutachten für das Europäische Parlament

In Absprache mit der Study Group on a European Civil Code haben die Professoren *Christian v. Bar*, *Maurits Barendrecht* (Tilburg), *Jürgen Basedow* (Hamburg), *Ulrich Drobnig* (Hamburg), *Walter van Gerven* (Leuven/Maastricht), *Ewoud Hondius* (Utrecht), *Konstantinos Kerameus* (Athen), *Stelios Koussoulis* (Athen), *Ole Lando* (Kopenhagen), *Marco Loos* (Tilburg) und *Winfried Tilmann* (Düsseldorf) Ende Juni 1999 der Generaldirektion Wissenschaft des Europäischen Parlaments eine "Vergleichende Untersuchung der Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU im Hinblick auf Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie zur Möglichkeit und Notwendigkeit der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches" vorgelegt. Die Gesamtreaktion lag bei mir. Dieses Gutachten wird vom Europäischen Parlament als Arbeitsdokument in der "Reihe Rechtsfragen" veröffentlicht werden. Es kommt zu dem Ergebnis, daß die Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches in dem von der Study Group in Aussicht genommenen Umfang möglich und nötig sei.

5. Sachenrecht in Europa

Im Universitätsverlag Rasch (Osnabrück) gebe ich ein auf voraussichtlich vier Teilbände und insgesamt über 1.500 Druckseiten angelegtes Gemeinschaftswerk "Sachenrecht in Europa" heraus. Es wird systematische Einführungen in die Sachenrechte fast aller Jurisdiktionen der EU (mit Ausnahme lediglich von Irland und Luxemburg) sowie Polens,

Tschechiens und Ungarns enthalten, ferner die wichtigsten Gesetzesbestimmungen in deutscher Sprache abdrucken. Etwa die Hälfte der Manuskripte liegen mir inzwischen vor. Ihre sprachliche und editorische Aufbereitung erweist sich als ungewöhnlich aufwendig. Bis Ende des Jahres 1999 soll das Vorhaben abgeschlossen sein. Es handelt sich um einen rechten Steinbruch, der Licht in ein Rechtsgebiet bringen soll, das von der Rechtsvergleichung bislang zu großen Teilen noch sträflich vernachlässigt worden ist. Ich hoffe, daß sich eines Tages die Gelegenheit ergibt, dieses derzeit konkurrenzlose Ausgangsmaterial zu einem "Gemeineuropäischen Sachenrecht" zu verdichten. Im Deliktisrecht sind wir anfangs ebenso verfahren. Mit Frau *Susanne Franzkei* habe ich im Universitätsverlag einen Partner gefunden, dessen Energie und Know how schier unüberbietbar scheinen.

6. Sonstige laufende Projekte

Unsere Datenbank zum "Ausländischen Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache" wird unverändert fortgeführt. Sie soll - als CD-ROM - noch im laufenden Jahr in 5. Auflage erscheinen. Unsere Edition "Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert" (Band 2) ist leider ins Stocken geraten, weil unser Partner, Herr Dr. *Peter Dopffel* (Hamburg), zunächst ein Gutachten für die Bundesregierung vorziehen mußte. Was wir hier im Hause leisten konnten, ist geschehen. Ich hoffe, im nächsten Jahre über den Abschluß berichten zu können. Verzögert hat sich leider auch die Veröffentlichung meiner Haager Vorlesung 1998 über das Internationale Privatrecht der Umwelthaftung. Mit ihrem Erscheinen in den *Recueil des Cours* ist jetzt täglich zu rechnen.

Unbedingt der Neuaufgabe bedarf mein zweibändiges "Internationales Privatrecht". Ich will versuchen, in diesem Jahr wenigstens die Neuaufgabe des ersten Bandes zu schaffen. Herr Dr. *Markowski* wird dann möglicherweise die Neuaufgabe des zweiten Bandes betreuen. Ich selber will versuchen, das in unserem Osnabrücker "Permanent Working Team" (oben Nr. 3) zutage geforderte Material zu einem Lehrbuch des europäischen Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag zu verdichten.

7. Tagungen

Im September 1998 fand in Bremen der 62. Deutsche Juristentag statt, für den ich mit Unterstützung durch Herrn *Mathias Hüner* das zivilrechtliche Gutachten zur Reform des Rechts der Massenschäden verfaßt hatte. Während die Diskussionen auf erfreulich hohem

Niveau verliefen, war das Abstimmungsverhalten doch einigermaßen ernüchternd. Offenbar ist es so, daß Interessengruppen und -verbände ihre Vertreter ausschließlich zu dem Zweck auf solche Juristentage schicken, in einer vorher festgelegten Weise abzustimmen. Im Grunde kann man sich dann seine Arbeit aber eben auch sparen.

Ein außerordentlich beglückendes Ereignis war dagegen unsere Osnabrücker Tagung vom 23. und 24. Oktober 1998 (dem Tag der 350jährigen Wiederkehr des westfälischen Friedens). Das Generalthema dieser wiederum gemeinsam mit der Haager Konferenz für internationales Privatrecht veranstalteten Tagung lautete: "Islamic Law and its Reception by the Courts in the West". Wir waren um die 100 Konferenzteilnehmer aus knapp 30 Nationen. Die Europäer und die Nordamerikaner unter ihnen waren tief beeindruckt von dem intellektuellen und kulturellen Niveau unserer Gäste aus Nordafrika, Arabien und Vorderasien. Die Tagungsreferate und die Diskussionen werden in den nächsten Wochen im Carl Heymanns Verlag in einem Band der Osnabrücker Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen erscheinen.

Kleinere Treffen galten vor allem der Vorbereitung der Arbeiten der Study Group on a European Civil Code, u.a. in Oxford im Februar 1999. Anfang Juli 1999 fand zu diesem Thema eine große internationale Tagung in Rom statt, die unser dortiger Kollege Professor *Guido Alpa* organisiert hat.

8. Europäische Kommissionen, Forschungsförderung, Gerichtsgutachten

Anfang Januar 1999 traf sich die Commission on European Contract Law zu einer Sitzungswoche in Edinburgh, an der ich teilnahm.

Während des ganzen Berichtszeitraumes war ich weiterhin als Vorsitzender des Fachausschusses Rechtswissenschaften der Deutschen Forschungsgemeinschaft tätig, ferner als ad hoc-Gutachter für mehrere andere Forschungsförderungseinrichtungen (u.a. für die Volkswagenstiftung) und für juristische Fakultäten als auswärtiger Gutachter im Rahmen von Berufungsverfahren.

Wir haben zudem wiederum eine Reihe von Gerichtsgutachten verfaßt, u.a. zu Fragen des niederländischen Unterhalts- und des italienischen Scheidungsrechts. Immer wieder erreichen uns auch (an sich unzulässige) Fragen zum Inhalt des deutschen Internationalen Privatrechts. Gutachten von grundsätzlicher Bedeutung wurden in den "IPG", den vom

Kölner Institut aus betreuen "Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht" veröffentlicht.

9. Habilitations- und Promotionsvorhaben

Die Habilitationsschrift von Herrn Dr. *Peter Mankowski* ("Die Beseitigung von Erklärungsirrtümern") macht gute Fortschritte. Wir hoffen, das Habilitationsverfahren im kommenden Wintersemester durchführen zu können.

Abgeschlossen werden konnten die Promotionen von Frau *Hilde Billiet* ("Schadensersatz für fehlerhafte Blutprodukte in Frankreich"), Frau *Malene Stein Poulsen* ("Haftung, Haftungsübertragung und Versicherung unter dem dänischen Schadensersatzgesetz. Mit vergleichenden Hinweisen auf das norwegische Recht"), Herrn *Evangelos Spinellis* ("Rechtsfragen des internationalen Kunsthandels"), Herrn *Guido Pläßmeier* ("Die kollisionsrechtliche Behandlung internationaler Franchisesysteme"), Herrn *Francoesco Giglio* ("Condictio proprietaria und europäisches Bereicherungsrecht"), Herrn *Ho-Young Song* ("Die Vorseibändigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht"), Herrn *Nico Nolte* ("Der zivilrechtliche Schutz der Privatsphäre in England") und Herrn *Wessel Heukamp* ("Wirtschaftsprüferhaftung im deutschen und niederländischen Recht").

Aus dem Kreis der derzeit laufenden Dissertationen vorhaben nenne ich u.a. "Die Stellung des Generalanwaltes beim Hoge Raad der Niederlande" (*Franz Nieper*), "Anwalt und Richter in Deutschland und in England" (*Petra Haseliter*), "Haftung für Altlasten beim Grundstückskauf" (*Mathias Hüner*), "Haftung für Verkehrspflichtverletzungen im griechischen Deliktsrecht" (*Evelina Eleftheriadou*), "Kausalität im englischen und deutschen Deliktsrecht" (*Benedict K. Leonard*), "Kollisionsrechtliche Probleme des Industrieanlagenvertrages" (*Volker Steves*), "Chinesisches Deliktsrecht" (*Mario Feuerstein*), "Die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Singapur" (*Niels Reder*), "Die deutsche mittelasiatische GmbH im Vergleich mit der türkischen GmbH und AG" (*Falha Diek Peter*), "Das irische Scheidungsrecht" (*Nicola Everitt*), "Das Regrebrecht des Schadensversicherers in den nordischen Rechten" (*Björn Festerling*), "Auskunftsansprüche im Internationalen Umwelthaftungsrecht" (*Wolf Osthaus*), "Die Haftung von Richtern und Staatsanwälten in rechtsvergleichender Perspektive" (*Anna Ohlenburg*), "Tilgung fremder Schuld" (*Birgit Matzke*), "Japanisches Deliktsrecht" (*Dirk Schüller-Langseth*), "Domain Names im Internet" (*Diman Dimov*), "Lauterkeitsrecht im deutschen und italienischen IPR" (*Mirko Vianello*), "Verfügungen über fremde

Forderungen im deutschen, französischen und englischen Recht" (*Friedrich Isenbar*),
 "Das kollisionsrechtliche Werk Heinrich von Coccejus" (*Hans-Jürgen Hilling*).

10. Schriftenreihe des Instituts

In den "Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung" sind
 inzwischen erschienen:

- Bd. 1: *Hustedt*, Grundzüge des costaricanischen Rechts der Handelsgesellschaften sowie
 des Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung (1996)
- Bd. 2: *Hermanns-Engel*, Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung:
 eine Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Zivilrecht (1997)
- Bd. 3: *Reckhorn-Hengemühle*, Die neue spanische GmbH nach dem Gesetz 2/1995 vom
 23. März 1995 (1997)
- Bd. 4: *Poulsen*, Haftung, Haftungsherabsetzung und Versicherung unter dem dänischen
 Schadensersatzgesetz. Mit vergleichenden Hinweisen auf das norwegische Recht (1998)
- Bd. 5: *Song*, Die Vervollständigung der juristischen Person im deutschen und
 koreanischen Recht (1999)
- Bd. 6: *Plagmeier*, Kollisionsrechtliche Probleme internationaler Franchisesysteme (1999)
- Bd. 7: *Jabs*, Die Emigration deutscher Juristen nach Großbritannien
- Bd. 8: *Nolle*, Der zivilrechtliche Schutz der Privatsphäre in England.

11. Lehre und Prüfungen

Herr Dr. *Mankowski* hat im Wintersemester 1998/99 Internationales Privatrecht I gelesen;
 im Sommersemester 1999 hat er eine Übung im Internationalen Privatrecht abgehalten.
 Frau *Ewalia Eleftheriadou* und Herr *Mathias Hüner* haben im Wintersemester 1998/99 je
 zwei Arbeitsgemeinschaften zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts und im
 Sommersemester je zwei Arbeitsgemeinschaften zum Allgemeinen Teil des Schuldrechts
 geleitet. Ich habe in den vergangenen zwei Semestern das Examenstutorium im
 Zivilrecht gehalten, ferner die Einführung in das Privatrecht, den Besonderen Teil des
 Internationalen Privatrechts und Rechtsvergleichung gelesen, und außerdem eine
 Vertiefungsvorlesung Deliktrecht gehalten.

Ich habe 16 juristische Examenshausarbeiten und 45 Examenksklausuren korrigiert, ferner
 an 2 mündlichen Prüfungen mitgewirkt, 8 Dissertationen votiert und 20 weitere

Doktoranden betreut. Zu meinen Aufgaben zählte ferner die Mitwirkung an dem LL.M.-
 Studiengang für ausländische Studierende mit einem in ihrem Lande erworbenen ersten
 Studienabschluss.

12. Nachrichten von Mitgliedern und Gästen des Instituts

Frau *Ewalia Eleftheriadou* hat den DAAD-Preis für ausländische Studierende erhalten.
 Frau *Petra Haseler* war ein Jahr in Newcastle (UK), um dort an einem LL.M.-Kurs
 teilzunehmen und Material für ihre Dissertation zu sammeln. Ab dem 1.9.1999 wird sie als
 Rechtsanwältin in Hull tätig sein. Frau Dr. *Malene Stein Poulsen* hat nach Abschluß ihrer
 Promotion und dem Ende des Deliktsrechtsprojekts eine Stelle als Justitiarin bei der Firma
 Sunburst Merchandising AG in Osnabrück angenommen. Frau Dr. *Hilde Billiet* leistet ein
 Praktikum bei der Deutsch-Belgischen Handelskammer in Köln ab; sie wird alsbald zur
 belgischen Botschaft nach Berlin wechseln. Herr *Hilling* hat sein Assessorexamen
 bestanden und eine Stelle als Anwalt in der Kanzlei Schindhelm angenommen. Herr Dr.
Mankowski hat an der Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Kiel, an der
 Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht in Berlin
 und an der Verleihung der Festschrift an Herrn Professor *Herber* in Hamburg
 teilgenommen, ferner auf dem Treffen Junger Informationsrechtler und auf dem
 Außenwirtschaftsrechtstag (beide in Münster) referiert. Herr *Nieper* und Herr *Byesen*
 haben an einer Brüsseler Tagung über die Konsistenz des Zivilrechts in der EU
 teilgenommen. Außerdem hat Herr *Nieper* die deutsch-niederländische Juristenkonferenz
 sowie die Tagung "Niederländisches Privatrecht im 21. Jahrhundert" besucht, beide in den
 Haag. Herr Dr. *Giglio* hat seine Studien zum europäischen Privatrecht in Oxford
 fortgesetzt. Ihm wurden inzwischen ein Faculty Assistant Lectureship in Comparative Law
 und ein Fellowship am Wolfson College in Cambridge angeboten. Frau *Margarida Seabra*
 hat ihren Referendariatsdienst in Lissabon angetreten. Herr Dr. *Evangelos Spinellis* ist als
 Anwalt in Athen tätig. Herr Dr. *Ho-Young Song* wurde zum Professor an der Kwangwoon
 University School of Law in Seoul ernannt, Herr Dr. *Yanko Marcus de Alencar Xavier*
 zum Professor an der Universidade Federal do Rio Grande do Norte in Natal (Brasilien).
 Herr *Diman Dinov* hat ein Stipendium des DAAD erhalten. Herr Dr. *Guido Plagmeier*
 wurde Rechtsanwalt in Bonn. Herr Dr. *Wessel Heukamp* ist Referendar in Berlin, Frau
Anna Ohlenburg Referendarin in Bonn. Frau *Nicole Streit* und Frau *Arya Lenkemeyer*
 haben ihr erstes Staatsexamen bestanden. Herr *Wolf Osthaus* wirkt neben den von der
 DFG geförderten Arbeiten an seiner Dissertation an der von Professor Engel geführten
 Max-Planck-Projektgruppe zum Recht der Gemeinschaftsgüter (Bonn) mit. Frau *Naray*
Eksi teilt mit, daß sie der Istanbuler Fakultät ihre Dissertation eingereicht und außerdem

ein Buch "Legal Materials on International Trade Law" veröffentlicht habe. Herrn Professor *Atsumi Kubota* (Kobe) wurde die seltene Ehre zuteil, von der Universität Kyoto die Doktorurkunde ausgehändigt zu bekommen.

Als neue Gäste im Institut konnten wir Frau *Katia Fach Gomes* (Saragossa) und Herrn Professor *Yoshiyuki Hashimoto* (Kyoto) begrüßen. Herr *Hashimoto* kommt als Humboldt-Stipendiat für zwei Jahre zu uns.

Ich selber habe u.a. in Palermo, Utrecht, Brüssel, Karlsruhe (Karlsruher Forum, Februar 1999), Rom, Oxford, Sheffield und Wrawick Vorträge gehalten. Auf Einladung der Karlsruher Juristischen Studiengesellschaft habe ich im April 1999 im Plenarsaal des Bundesgerichtshofes über Besonderheiten des deutschen Schadensersatzrechtes in gemeineuropäischer Perspektive gesprochen. Von Mitte Februar bis Mitte März 1999 war ich vier Wochen als Gastprofessor und Fellow des Bräsenose College in Oxford, um am dortigen Institut für Rechtsvergleichung (Direktor: Professor Markesinis) Vorlesungen zu halten. Die ungarische Justizministerin hat mich in den internationalen Beraterstab berufen, der die Überarbeitung des ungarischen Zivilgesetzbuches begleiten soll. An der Festwoche zum 25-jährigen Bestehen der Universität habe ich mich mit einem Vortrag aus unserem Arbeitsgebiet beteiligt. Im April 1999 überreichten wir Schiller unserem Lehrer *Erwin Deutsch* in Göttingen seine Festschrift zum 70-jährigen Geburtstag. Obwohl (der Tradition gemäß) alle seine Schüler als Herausgeber der Festschrift in Erscheinung treten, traf doch die Arbeitslast des Herausgebers in Wirklichkeit Herrn Professor *Hans-Jürgen Ahrens* (Osnabrück) allein.

13. Veröffentlichungen aus dem Institut August 1998 bis Juli 1999

Christian von Bar

- The Common European Law of Torts, Volume One (Oxford: Oxford University Press 1998) (CXLV, 661 S.)
- Subjektive Familienrechte im Europäischen Deliktrecht, in: Festschrift für Ulrich Drobnig (Tübingen 1998), S. 3-17
- Schmerzensgeld in Europa, in: Festschrift für Erwin Deutsch (Köln 1999), S. 27-43
- Gemeineuropäisches Deliktrecht. Zweiter Band: Schaden und Schadensersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalität und Verteidigungsgründe (München: Beck 1999) (LVI, 698 S.)

Dimar Dimov

- Die Erschöpfung des Markenrechts im EU-Recht und im Entwurf des bulgarischen Markengesetzes, in: *Savremeno Pravo* Nr. 6 / 1998, S. 69-78

Evalia Eleftheriadou

- Neue Produktkataloge in Griechenland, in: *PHI* 1999, S. 102-108

Peter Mankowski

- Islamic Law and its Reception by the Courts in the West - Osnabrücker Tagung vom 22.-24. Oktober 1998, in: *ZERV* 1999, S. 18-21
- Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktrecht, in: *RabelsZ* (63) 1999, S. 203-294
- Internet und Internationales Vertragsrecht, in: *IIVO* 7 (1997/98), S. 69-117
- EuGVÜ-Gerichtsstand für Gesellschaftshaftungsklage des Insolvenzverwalters, in: *NZI* 1999, S. 56-58
- Fiscus non conveniens - Oder: Einzug der Lehre vom *forum non conveniens* in das deutsche Recht der Prozesskostenhilfe?, in: *IPRax* 1999, S. 155-158
- § 12 AGBG im System des internationalen Verbrauchervertragsrechts, in: *BB* 1999, S. 1225-1230
- Warenübergang durch Dokumentenübertragung und Internationales Privatrecht, in: *Seehandelsrecht und Secrecht* - FS Rolf Herber zum 70. Geburtstag (Hamburg 1999), S. 147-186
- Anmerkung zu BAG 20.11.1997 - 2 AZR 631/96 (AR-Blattei ES 920 Nr. 5): AR-Blattei ES 920 Nr. 5 S. 6-12 (Juli 1998)
- Kurzkomentar zu OLG Celle 27.2.1998 - 4 U 130/97 (ZIP 1998, S. 1144): EWIR § 823 BGB 6/98, S. 733-734
- Kurzkomentar zu LG Koblenz 15.4.1998 - 3 HO 157/97 (VJR 1998, S. 266): EWIR § 2 VerbrKG 1/98, S. 811-812
- Anmerkung zu EuGH 3.7.1997 - Rs. C-269/95 (Slg. 1997, I-3767): JZ 1998, S. 898-902
- Kurzkomentar zu LG Kleve 15.6.1998 - 7 O 33/98 (ZIP 1998, S. 1635): EWIR § 765 BGB 9/98, S. 831-832
- Kurzkomentar zu FG Baden-Württemberg 17.3.1998 - 7 K 144/96 (EFG 1998, S. 963): EWIR § 30 KO 3/98, S. 903-904
- Kurzkomentar zu OLG Karlsruhe 11.3.1998 - 6 U 141/97 (CR 1998, S. 361): EWIR § 1 UWG 12/98, S. 959-960

- Kurzkomm. zu OLG München 2.6.1998 - 7 W 1461/98 (RIW 1998, S. 631):
EWIR Art. 21 EuGVÜ 2/98, S. 977-978
- Kurzkomm. zu OLG Stuttgart 6.7.1998 - 5 U 2/98 (RIW 1998, S. 809):
EWIR Art. 5 EuGVÜ 3/98, S. 1085-1086
- Kurzkomm. zu BGH 19.11.1998 - VII ZR 424/97 (ZIP 1999, S. ??):
EWIR § 1 HWiG 1/99, S. 75-76
- Anmerkung zu BGH 8.10.1998 - IX ZR 337/97 (ZIP 1998, S. 2008):
WuB VI G, § 10 GesO 1/99, S. 182-184
- Kurzkomm. zu BGH 23.7.1998 - II ZR 286/97 (ZIP 1998, S. 1889):
EWIR Art. 17 EuGVÜ 1/99, S. 167-168
- Kurzkomm. zu LG München I 13.8.1998 - 7 O 22251/97 (BB 1998, S. 2599):
EWIR § 7 VerbrKG 1/99, S. 233-234
- Kurzkomm. zu OLG Köln 30.9.1998 - 2 Wx 22/98 (DB 1999, S. 38):
EWIR § 6 GmbHG 1/99, S. 261-262
- Anmerkung zu KG 21.1.1998 - 11 U 6378/9799 (MDR 1998, 760): VAR 1999, S. 140-142
- Anmerkung zu BAG 6.11.1997 - 2 AZR 162/97 (AP Nr. 45 zu § 242 BGB Verwirkung):
EZA § 242 BGB Prozeßverwirkung Nr. 2 S. 9-19 (März 1999)
- Kurzkomm. zu LG Hamburg 15.9.1998 - 410 O 44/95 (Transpr 1999, S. 35):
EWIR § 477 BGB 1/99, S. 345-346
- Anmerkung zu BGH 17.12.1998 - IX ZR 196/97 (WM 1999, S. 226):
WuB VI D, § 3 AnfG 2/99, S. 524-526
- Kurzkomm. zu LG Hamburg 22.10.1998 - 327 S 103/97 (VuR 1999, 47):
EWIR § 2 HWiG 1/99, S. 413-414
- Kurzkomm. zu OLG Frankfurt a.M. 3.12.1998 - 6 W 122/98 (K&R 1998, 138):
EWIR § 1 UWG 7/99, S. 471-472
- Besprechung von *Burkard Jörg Göpfert*, Antechbare Aufrechnungslagen im deutsch-amerikanischen Insolvenzrechtsverkehr (München 1996): ZRP 111 (1998), S. 227-234
- Besprechung von *Andreas Spahlinger*, Sekundäre Insolvenzverfahren bei grenzüberschreitenden Insolvenzen (Tübingen 1998): NZI 1998, S. 117
- Besprechung von *Armin Dürsricht*, Werbung und Verbrauchergarantien (München 1997): WRP 1999, S. 241-242
- Besprechung von *Volker Epping*, Die Außenwirtschaftsfreiheit (Tübingen 1998):
RIW 1999 Heft 3, VI-VII = EWS 1999 Heft 2, V-VI
- Besprechung von *Rüdiger Werner*, Der Nachweis des Verwaltungssitzes ausländischer Gesellschaften (Frankfurt a.M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1998): ZHR 163 (1999), S. 141-146

Franz Nieper

- Buchbesprechungen von *Van Boom / Hartlief / Spier* (Hrsg.), Regesrechten - abschaffen, handhaven of uitbreiden. Deventer: W. E. J. Tjeenk Willink, 1996 und *Van Boom / Jansen / Linszen* (Hrsg.), Tussen 'Alles' en 'Niets' - van toedeling naar verdeling van nadeel. Deventer: W. E. J. Tjeenk Willink, 1997, in: VersRAI 1998, S. 47-48
- Buchbesprechung von *Kerschner* (Hrsg.), Haftung bei Deponien, Schriftenreihe Recht der Umwelt, Wien 1996, in: DVBl 1999, S. 486-487
- Die Übersetzung eines Gesetzbuches am Beispiel der deutschen Übersetzung des niederländischen Bürgerlijk Wetboek, in: *de Groot, Schulze* (Hrsg.) Recht und Übersetzen, Baden-Baden 1999, S. 175-187

Franz Nieper/Willem van Boom

- Gesetzliche Reform des niederländischen Verkehrshaftungsrechts, in: VersRAI 1998, S. 60-64
- Recente ontwikkelingen in het Duitse vermogensrecht, in: NTBR 1999, S. 105-112

Nico Nolle

- Der zivilrechtliche Schutz der Privatsphäre in England. Osnabrück: Rasch 1999 (Schriften zum internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 8)

Lukas Plancker

- Rechtswidrigkeitsmerkmal in der deliktischen Generalklausel des italienischen Rechts, in: Jahrbuch für italienisches Recht 11 (1999), S. 221-235

Guido Plaßmeier

- Kollisionsrechtliche Probleme internationaler Franchisesysteme. Osnabrück: Rasch 1999 (Schriften zum Internationalen Privatrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 6)

Maria Margarida do Rosário Apetato Correia de Seabra

- Gefährdungshaftung in Portugal, in: VersRAI 1998, S. 37-42 (Teil 1) und S. 54-59 (Teil 2)

Ho-Young Song

- Die Verselbständigung der juristischen Person im deutschen und koreanischen Recht,
Osnabrück: Rasch 1999 (Schriften zum internationalen Privatrecht und zur
Rechtsvergleichung, Band 5)