

Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache

Auch als
CD-ROM

Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung
und Gutachten 1980–1992

Von Professor Dr. Christian v. Bar
Direktor des Instituts für Internationales
Privatrecht und Rechtsvergleichung an der
Universität Osnabrück

Unter Mitarbeit von Petra Haseliter, Kerstin
Hölter, Dr. Angela Könnig, Michael
v. Lengerke, Jürgen Mertz, Franz Nieper,
Martina Oelkers und Wolfgang Vogt

Buch-Ausgabe:

1993. *LIII*, 983 Seiten. *Kunststoff DM 180,-*
ISBN 3-452-22479-1

CD-ROM-Ausgabe:

1993. *CD-ROM mit Arbeitsbandbuch DM 250,-*
ISBN 3-452-22706-5

Die Sammlung . . .

... enthält ca. 20 000 deutschsprachige
Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung
und Gutachten zum ausländischen Privat-
und Privatverfahrensrecht.

... beantwortet Fragen wie: Was gibt es
zum Gesellschaftsrecht von Frankreich,
zum Deliktsrecht von Dänemark oder zum
Erbrecht von New York?

... beginnt mit dem Jahre 1980 und ist in
dem Buch bis 31. März 1992, auf der CD
bis 31. Dezember 1992 fortgeführt.

... ist nach Ländern aufgebaut, für jedes
Land in die drei Hauptgruppen Internatio-
nales Privatrecht, Sachrecht und Verfah-
rensrecht und innerhalb dieser Hauptgrup-
pen nach Sachgebieten untergliedert.

Benutzer sind . . .

... Hochschulbibliotheken, Juristische Se-
minare, Institute für Internationales Privat-
recht und Institute für Rechtsvergleichung.

... Familien- und Vormundschaftsrichter,
Rechtspfleger, Jugendämter und Standes-
ämter.

... Rechtsabteilungen größerer Unterneh-
men.

... mit Auslandssachen beschäftigte Rechts-
anwälte.

Buch und CD-ROM . . .

... sind über alle Buchhandlungen erhält-
lich. Weitere Informationen auch von Carl
Heymanns Verlag, Lektorat Elektronische
Publikationen, Luxemburger Straße 449,
50939 Köln, Telefon 02 21/4 60 10-0, Tele-
fax 02 21/4 60 10-69

INTERNATIONALE JURISTENVEREINIGUNG
OSNABRÜCK

Jahresheft 1992/93

Jahresheft

der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück

Redaktion: Internationale Juristenvereinigung Osnabrück
Katharinenstraße 24, D-49072 Osnabrück
Telefon 0541/969-4209 - Telefax 0541/969-4466

Schriftleitung und verantwortlich für den Inhalt:
Henning Moritz, Guido Plabmeier, Albert Reemt Schuster

Zitierweise: IJVO 3 (1992/93), S. ...

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

© 1994 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: Wolfgang Klein Druck, Osnabrück

Vorwort

Dieses (dritte) Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) umfaßt den Zeitraum Ende 1992 und das gesamte Jahr 1993 und gibt damit - freilich nur in Ausschnitten - Einblick in die Tätigkeit der IJVO. Es berichtet über den Vortrag von Prof. Dr. Peter Hay vor der IJVO in Osnabrück und gibt den Vortrag von Herrn Dr. Dr. Wilhelm Röhl wieder. Der Beitrag von Herrn Prof. Dr. Walter Pintens basiert auf einem Referat, das anlässlich eines Treffens der Belgisch-Deutschen Juristenvereinigung im September 1992 in Leuven gehalten worden ist. Dieses Treffen war Bestandteil einer juristischen Exkursion der IJVO nach Eupen, Leuven und Brüssel. Wir danken der Belgisch-Deutschen Juristenvereinigung für die Genehmigung des Abdrucks. Ganz besonders danken wir aber Herrn Prof. Pintens für die Mühe, eigens zu diesem Zweck den Vortrag überarbeitet und uns zur Verfügung gestellt zu haben.

Aus dem im Juni 1993 veranstalteten Seminar zur "Einführung in das niederländische Bürgerliche Recht" stammen die Beiträge von Mr. Jeroen Antonides, Dr. Jürgen Mertz und Mr. Arjen Westerdijk. Einblicke in die (Ausbildungs-) Praxis geben Frank Zahn und Jeroen Antonides. Über die aktuelle Tätigkeit des Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück berichtet Herr Prof. Dr. Christian v. Bar. Den vorliegenden Band schließt das Haager "Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Internationale Zusammenarbeit bei grenzüberschreitenden Adoptionen" in Übersetzung und mit einer Einleitung von Wolfgang P. Vogt.

Auch diese Ausgabe hätte ganz ohne Förderer nicht erscheinen können. Insbesondere danken wir der Firma Jurasoft, der Allianz-Versicherung und dem Carl Heymanns Verlag dafür, daß sie uns durch Anzeigen unterstützt haben.

Unser Dank gilt schließlich dem Redaktionsteam und allen anderen Helfern, ohne deren Initiative und ehrenamtliche Arbeit dieses Jahresheft nicht realisierbar wäre.

Osnabrück, im Dezember 1993

für das Präsidium 1992/93
Franz Nieper

Miszellen

v. Bar, Christian
Nachrichten aus dem Institut..... 93

Inhalt dieses Heftes

Vorwort.....III

Vorträge

Pintens, Walter
Binationales Ehegüterrecht aus belgischer Sicht - Gestaltungsmöglichkeiten und
Gefahren.....1

Röhl, Wilhelm
Das Recht in der japanischen Kultur18

Hannhorst, Sabine
Vortragsbericht Prof. Dr. Peter Hay : "Strafschadensersatz im US-Amerikanischen
Zivilprozeß"34

Antonides, Jeroen
Die Grundlagen des niederländischen Deliktsrechts.....38

Merz, Jürgen
Der Schutz primärer Vermögensinteressen im niederländischen Deliktsrecht.....47

Westerdijk, Arjen
Grundzüge des niederländischen Gesellschaftsrechts.....60

Juristenausbildung im In- und Ausland

Zahn, Frank
Something Different, Lah ? - Einjähriger LL.M.-Kurs an der University of Hong Kong.....83

Antonides, Jeroen
Die Schadensabwicklung bei einer Spedition88

hoffentlich...

Allianz 

versichert

Allianz Versicherungs - AG
Filialdirektion
Osnabrück
Gr. Straße 84/85
49074 Osnabrück
Telefon: 0541 / 3 31 15 - 0
Telefax: 0541 / 3 31 15 27

Allianz 

Binationales Ehegüterrecht aus belgischer Sicht. Gestaltungsmöglichkeiten und Gefahren.*

von Prof. Dr. Walter Pintens, Leuven

I. Einführung

1) Das Gesetz vom 14.7.1976 über die allgemeinen Ehwirkungen und das Ehegüterrecht.

a) Das belgische Ehegüterrecht ist im Jahre 1976 neu kodifiziert worden. Das Gesetz vom 14. Juli 1976 regelt sowohl die allgemeinen Ehwirkungen (*régime primaire*) als auch das Ehegüterrecht (*régime secondaire*) und hat, gemäss der *Code civil*-Tradition, die beschränkte Gütergemeinschaft als gesetzlichen Güterstand bestätigt. Sowohl für die allgemeinen Ehwirkungen als für den gesetzlichen Güterstand war das wichtigste Ziel der Novellierung, eine weitgehende Gleichberechtigung der Ehegatten durchzusetzen.

b) Bibliographie

Casman/Van Look, *Huwelijksvermogensstelsel*, Brüssel, Ced. Samsom, 1976 (Loseblattsang.).

Dillemans, *Huwelijksvermogensrecht*, 3. Aufl., Antwerpen, Standaard, 1977.

Gerlo, *Handboek huwelijksvermogensrecht*, 2. Aufl., Brüggel, Die Keure, 1992.

Pintens (Hgb.), *Verreffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap*, Antwerpen, Maklu, 1987.

Raucent u.a., *Régimes matrimoniaux (Droit interne)*, in *Répertoire Pratique de Droit Belge*, Comp. VI, Brüssel, Bruylant, 1983.

2) Das nicht kodifizierte internationale Privatrecht Belgiens

a) Im Bereich des internationalen Privatrechts ist darauf hinzuweisen, daß das internationale Ehegüterrecht sowie die meisten anderen Gebiete des belgischen internationalen Privatrechts nicht kodifiziert sind. Die anzuwendenden Rechtsregeln sind der Rechtsprechung und der

* Erweiterte Fassung eines Vortrags am 18. September 1992 in Leuven gehalten vor der Belgisch-Deutschen Juristenvereinigung

Lehre zu entnehmen. Zwar haben die Benelux-Staaten im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung einen Entwurf zur Kodifizierung des internationalen Privatrechts fertig gestellt, eine Ratifizierung ist aber ausgeblieben⁰.

b) Bibliographie

- Erauw, Beginnselen van internationaal privaatrecht, Gent, Story, 1985.
 Rigaux/Fallon, Droit international privé, 2 Bde, 2. Aufl., Brüssel, Larcier, 1991-1993.
 Vander Elst/Weser/Jenard, Droit international privé belge et droit conventionnel international, 2 Bde, Brüssel, Bruylant, 1983-85.
 van Hecke/Lenaerts, Internationaal Privaatrecht, in Algemene Praktische Rechtsverzameling, 2. Aufl., Brüssel, Story, 1989.
 Verwilghen/Van den Eynden, Régimes matrimoniaux (Droit international), in Répertoire Pratique de Droit Belge, Comp. VI, Brüssel, Bruylant, 1985.

II. Das materielle Ehegüterrecht

1) Das Recht der allgemeinen Ehwirkungen

a) Das Recht der allgemeinen Ehwirkungen (art. 212-224)¹ beinhaltet die Rechte und Pflichten der Ehegatten. Die Bestimmungen sind zwingend vorgeschrieben, haben sogar teilweise einen ordre public-Charakter² und sind auf jede Ehe anwendbar, unabhängig davon, ob die Ehegatten unter dem gesetzlichen Güterstand leben oder einen Güterstand vereinbart haben.

b) Wichtigste Bestimmung ist der Artikel 215 zum Schutz von Ehwohnung und Hausrat³. Anders als im deutschen Recht, das die nur Ehwohnung schützt und in dem insoweit § 1365 BGB über Verfügungen über das Vermögen im ganzen Anwendung findet, wird die Ehwohnung

⁰ Traité entre la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas concernant une loi uniforme relative au droit international privé, unterzeichnet in Den Haag am 11.5.1951. Das Abkommen wurde 1969 geändert. Der Text ist abgedruckt in Erauw/Watté, Les sources du droit international privé belge et communautaire, Antwerpen/Brüssel, Maklu/Bruylant, 1993, S. 7 ff. Hierzu Rigaux, Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé, Journal de droit international 1969, 334 ff.

¹ Gesetzartikel ohne weitere Angaben sind solche des bürgerlichen Gesetzbuches (Burgerlijk Wetboek / Code civil).

² Siehe Gerlo, S. 23 ff.

³ Hierzu Baeteman, De bescherming van de gezinswoning, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1985, 335 ff.

nung nach belgischem Recht autonom geschützt. Der Ehegatte, der Eigentumsrechte an der Ehwohnung hat, kann ohne Einwilligung des anderen Ehegatten weder diese Rechte gegen Entgelt oder unentgeltlich veräußern, noch diese Wohnung mit einer Hypothek belasten. Ebensowenig kann er über den Hausrat, der sich in der Ehwohnung befindet, ohne Einwilligung des anderen Ehegatten, verfügen oder diesen verpfänden. Der Schutz gilt weder gegenüber einem Gläubiger noch im Konkursfall. Wenn ein Ehegatte seine Einwilligung ohne wichtigen Grund verweigert, kann der andere Gatte sich vom Gericht ermächtigen lassen, das Rechtsgeschäft allein durchzuführen.

Auch die gemietete Ehwohnung wird geschützt. Das Mietrecht steht beiden Ehegatten zu, auch wenn die Wohnung, z.B. vor der Ehe, von einem Ehegatten gemietet worden ist. Die Kündigung hat von beiden Ehegatten auszugehen. Möchte der Vermieter kündigen, hat er beiden Ehegatten getrennt die Kündigung zu übermitteln⁴. Dies ist auch der Fall, wenn die Wohnung durch einen Ehegatten vor der Ehe gemietet worden ist. In diesem Fall entsteht kraft Gesetzes ein zweites Mietverhältnis zwischen Vermieter und dem Ehegatten des Mieters. Das Mietgesetz vom 20.2.1991 hat diese Regelung ergänzt, indem es bestimmt, dass der zweite Ehegatte die Kündigung, die ausschliesslich dem ursprünglichen Mieter zugeschiedt worden ist, nur anfechten kann, wenn er beweist, dass der Vermieter Kenntnis von der Eheschliessung hatte⁵. Der Schutz der Ehwohnung gilt nicht bei Handelsmiete oder Pacht.

c) Jeder Ehegatte hat das Recht, einen Beruf auszuüben ohne Einwilligung seines Partners (Art. 216, § 1). Meint dieser aber, dass die Ausübung Nachteile für ihn oder die Kinder mit sich bringt, dann verfügt er über die Möglichkeit, dagegen Einspruch beim Gericht einzulegen. Das Gericht hat nicht nur die Möglichkeit, die Berufsausübung zu erlauben oder zu verbieten, sondern es kann die Ausübung des Berufs von einer Änderung des Güterstandes abhängig machen.

d) Das régime primaire beinhaltet in seinem Artikel 217 eine Bestimmung über die Einkassierung und die Verwendung des Einkommens der Ehegatten. Diese Regel betrifft allerdings nur die Verwaltung und nicht das Eigentum des Einkommens. Letzteres wird durch den Güterstand bestimmt. In der gesetzlichen Gütergemeinschaft gehört das Einkommen von Anfang an beiden Ehepartnern, bei vertraglicher Gütertrennung dagegen dem jeweiligen verdienenenden

⁴ Hierzu Cass., 6.10.1978, Rechtskundig Weekblad 1978-79, 1641; vgl. Cass., 22.3.1991, Bulletin de la Cour de Cassation 1991, 693 = Rechtskundig Weekblad, 1991-92, 845.

⁵ Hierzu Van der Elst, De nieuwe huurwet en het huwelijksvermogensrecht, Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht, 1991, 351 ff.

Partner. In der vertraglichen Gütergemeinschaft sind die Bestimmungen des Ehevertrages massgebend.

Der Artikel 217 bestimmt, daß jeder Ehegatte sein Einkommen allein empfängt. Darüber hinaus wird eine Rangordnung für die Verwendung dieser Einkommen festgelegt. Es ist an erster Stelle für die Haushaltsführung und für die Kindeserziehung zu verwenden. Den Überschuss kann der Ehegatte verwenden, um Berufsgüter zu kaufen, die für seine Berufstätigkeit notwendig sind. Diese Berufsgüter stehen unter der ausschliesslichen Verwaltung dieses Ehegatten. Was dann noch übrig bleibt, wird verwaltet, wie es der Güterstand vorsieht.

e) Der Artikel 222 handelt von der die Schlüsselgewalt. Jeder Ehegatte haftet nicht nur für Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die von dem anderen Ehegatten für den gemeinsamen Haushalt vorgenommen worden sind, sondern auch für Schulden aus Rechtsgeschäften, die für die Kindererziehung abgeschlossen wurden. Er haftet nicht für Schulden, die im Verhältnis zu den Erwerbsmitteln der Familie als übermässig zu qualifizieren sind.

f) Das Recht der allgemeinen Ehwirkungen kennt noch weitere Bestimmungen bezüglich der Kontoeröffnung durch einen Ehegatten (Art. 218), der Vollmacht zwischen Ehegatten (Art. 219), der Beitragspflicht für Haushalt und Kindeserziehung mit Einklagemöglichkeit beim Friedensrichter (Art. 221), der Zuständigkeit des Friedensrichters für einstweilige Verfügungen, wenn ein Ehegatte seine Pflichten verletzt oder das Einvernehmen zwischen den Ehegatten ernsthaft gestört ist (Art. 223), und der Möglichkeit, bestimmte Rechtsgeschäfte, wie z.B. eine Schenkung oder eine Bürgschaft, für nichtig erklären zu lassen, wenn sie den Interessen der Familie schaden (Art. 224).

2) Die Güterstände

a) Die Änderung des Güterstandes

aa) Das Gesetz von 1976 hat die Möglichkeit eingeführt, den Güterstand während der Ehe zu ändern (Art. 1394-1396)⁶. Hierzu ist das Einvernehmen der Ehegatten erforderlich. Überdies ist ein kompliziertes Verfahren vorgeschrieben. Hat die Änderung eine sofortige Änderung der Zusammenstellung der Vermögen (z.B. ein Grundstück aus dem eigenen Vermögen des Mannes wird in das gemeinschaftliche Vermögen der Eheleute eingebracht) oder eine Auseinan-

6 Hierzu Coene, Actuele problemen inzake conventionele wijziging van huwelijksvermogensstandsels, Tijdschrift voor Privaatrecht 1985, 175-226; De Busschere, Rechtskundig Weekblad 1993-94; Jongmans, Changement de régime matrimonial, intérêt de la famille et droits des tiers, *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1980, 177 ff.

dersetzung des früheren Güterstandes (z.B. Übergang von Gütergemeinschaft zur Gütertrennung) zur Folge, dann ist neben dem neuen Ehevertrag ein Inventar mit einer Beschreibung der Vermögen und der Verbindlichkeiten beider Ehegatten sowie eine Vermögensauseinandersetzung erforderlich. In anderen Fällen (z.B. die Ehegatten behalten die Gütergemeinschaft bei und vereinbaren lediglich, dass bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod das gemeinschaftliche Vermögen dem überlebenden Ehegatten zukommen wird) sind Inventar und Vermögensauseinandersetzung nicht vorgeschrieben, sondern es ist nur ein neuer Ehevertrag erforderlich.

bb) In allen Fällen bedarf der neue Ehevertrag der Homologierung durch das Gericht. Dieses hat zu überprüfen, ob die Änderung den Interessen der Familie und der Kinder oder den Rechten Dritter schadet. In deren Interesse sind überdies Bekanntmachungen im Belgischen Staatsblatt vorgeschrieben.

b) Der gesetzliche Güterstand

aa) Der neue gesetzliche Güterstand ist eine Gütergemeinschaft, beschränkt auf die Errungenschaften (Art. 1398-1450)⁷. Der gesetzliche Güterstand beruht auf drei Vermögensgruppen: Dem eigenen Vermögen des Mannes, dem Vermögen der Frau und dem gemeinschaftlichen Vermögen der beiden Eheleute (Art. 1398).

bb) Das eigene Vermögen enthält alle Güter und Forderungen, die einem Ehegatten gehören am Tage der Eheschliessung sowie alles, was jeder Ehegatte während der Ehe durch Schenkung, Erbschaft oder Vermächtnis bekommen hat. Weitere Güter, die zum eigenen Vermögen gehören, sind u.a. das Zubehör der eigenen unbeweglichen Güter und der eigenen Wertpapiere, die Güter, welche durch Surrogation erworben worden sind, die Geräte und Werkzeuge zur Ausübung des Berufes und die Güter und Rechte, die einen höchstpersönlichen Charakter haben (Art. 1399-1401).

Der Artikel 1401 zählt diese persönlichen Güter auf. So ist z.B. ausdrücklich festgelegt worden, dass Schmerzensgeld zum persönlichen Vermögen gehört (Art. 1401 Nr. 3). In dem deutschen gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verhindern die von der Rechtsprechung restriktiv ausgelegten § 1374 II und 1381 BGB den Ausschluss aus der Zugewinnngemeinschaft⁸. Das Schmerzensgeld wird infolgedessen nicht dem Anfangsvermö-

7 Siehe die Bibliographie bei Gerlo, S. 103 ff.

8 Siehe Battes, Ehegewinn und eheneutraler Erwerb. Eine Grundsatzfrage des gesetzlichen Ehegüterrechts, in Bosch (Hgb.), Neuere Entwicklungen im Familienrecht, in Schriften zum

gen, wohl dem Endvermögen zugerechnet, obwohl es weder unmittelbar noch mittelbar auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht. Das belgische Recht orientiert sich hier mehr an dem Rechtsgedanken der Redlichkeit und Billigkeit.

cc) Das gemeinschaftliche Vermögen umfasst das Einkommen aus Arbeit oder Vergütungen, die dieses Einkommen ersetzen sowie das Einkommen aus eigenem Vermögen (z.B. Zinsen, Mietgelder, usw.) und die Schenkungen oder Vermächtnisse an beide Ehegatten gemeinsam. Schliesslich sind Bestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens alle diese Güter, wovon nicht bewiesen ist, dass sie auf Grund einer Gesetzesbestimmung dem eigenen Vermögen eines Ehegatten gehören (Art. 1405).

dd) Die Regelung der Verbindlichkeiten knüpft bei dem persönlichen oder gemeinschaftlichen Charakter der Güter an (Art. 1406-1408). Eigene Verbindlichkeiten sind solche, die vor der Ehe entstanden sind oder diejenigen, die Schenkungen, Erbschaften oder Vermächtnisse an einem Ehegatten belasten, sowie die Verbindlichkeiten, die im ausschliessenden Interesse des eigenen Vermögens eines Ehegatten entstanden sind. Auch Schulden aus einer persönlichen oder sachlichen Sicherheitsleistung, die ein Ehegatte nicht im Interesse des gemeinsamen Vermögens eingegangen ist, sowie Verbindlichkeiten aus einer strafrechtlichen Verurteilung oder aus einer unerlaubten Handlung stellen eigene Verbindlichkeiten dar.

Als gemeinschaftliche Schulden gelten Verbindlichkeiten, die von beiden Ehegatten zusammen oder als Gesamtschuldner oder im Interesse des Haushalts, der Kindeserziehung oder des gemeinschaftlichen Vermögens eingegangen worden sind.

ee) Gegenüber Dritten haftet das eigene Vermögen für eigene Schulden. Für gemeinschaftliche Schulden haften die drei Vermögen (Art. 1409-1414). Für diese beiden Grundregeln sind verschiedene Korrekturen vorgesehen. So haftet für eine Schuld aus einer unerlaubten Handlung nicht nur das eigene Vermögen, sondern ebenfalls das gemeinschaftliche Vermögen bis zur Hälfte der Netto-Aktivs. Für Berufsschulden haften nicht die drei Vermögen, sondern ausserdem das eigene Vermögen des Schuldners sowie das gemeinschaftliche Vermögen.⁹

ff) Jeder Ehegatte verwaltet sein eigenes Vermögen (Art. 1425). Für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens gilt als Prinzip die gleichzeitige konkurrente Verwaltung (Art. 1416)¹⁰. Auf Grund dieser Regel kann jeder Ehegatte das gemeinschaftliche Vermögen

⁹ Bürgerlichen Recht, Bd. 122, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, S. 53 ff.

¹⁰ Für weitere Korrekturen siehe Art. 1411 und 1414.

¹¹ Hierzu Baeteman, 'L'historique de la gestion dans le nouveau régime légal', Revue du Notariat belge

selbstständig verwalten und hat die vom anderen Ehegatten vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu dulden. Die Verwaltung umfasst alle Befugnisse der eigentlichen Verwaltung *sensu stricto*, der Verfügung und der Nutzung. Allerdings ist das Vermögen im Interesse der Familie zu verwalten.

Der Grundsatz der konkurrenten Verwaltung kennt Korrekturen. Vorerst ist für eine Anzahl von wichtigen Rechtsgeschäften, die als Verfügungen zu qualifizieren sind, die Einwilligung von beiden Ehegatten erforderlich (Art. 1418-1419). Diese gemeinsame Verwaltung gilt z.B. für den Kauf und Verkauf von unbeweglichem Vermögen. Der Ehegatte, der einen Beruf ausübt, ist berechtigt, alle Rechtsgeschäfte, auch wenn sie als Verfügungsgeschäfte gelten, allein vorzunehmen, insoweit das Rechtsgeschäft für diese Berufsausübung erforderlich ist. So kann der Anwalt z.B. allein Büroräume für seine Kanzlei ankaufen.

gg) Die Gütergemeinschaft wird aufgelöst durch den Tod eines Ehegatten, durch Ehescheidung, Scheidung von Tisch und Bett, gerichtliche Gütertrennung oder durch die einvernehmliche Änderung des Güterstandes¹¹.

Bei der vermögensrechtlichen Auseinandersetzung sind Ausgleichszahlungen zu leisten, wenn z.B. Gelder aus dem gemeinschaftlichen Vermögen in das eigene Vermögen eines Ehegatten investiert worden sind. Diese Ausgleichszahlung darf nicht geringer sein als die Verarmung des ausgleichsberechtigten Vermögens. Haben die in das Schuldnervermögen gefallenen Beträge und Gelder dazu gedient, ein Gut zu erwerben, zu erhalten oder zu verbessern, dann soll die Ausgleichszahlung gleich dem Wert oder gleich dem Wertzuwachs sein, den es durch das Gut erfahren hat, sei es bei Auflösung des Güterstandes, wenn sich das Gut zu diesem Zeitpunkt im Schuldnervermögen befindet, sei es am Tage seiner Veräußerung, wenn es vorher veräußert wurde; ersetzt ein neues Gut das veräußerte, dann wird die Ausgleichszahlung anhand des neuen Guts berechnet (Art. 1435)¹².

c) Eheverträge

aa) Das bürgerliche Gesetzbuch beinhaltet Wahlgüterstände mit einer erweiterten Gütergemeinschaft bis zur Universalgemeinschaft (Art. 1451-1456) sowie den Güterstand der Güter-

1984, 270 ff.; Cassman, Het wettelijk stelsel. Bestuursbevoegdheden en sanctieregeling, Tijdschrift voor Privaatrecht 1978, 399 ff.

¹¹ Hierzu Pintens, De ontbinding van de huwelijks-gemeenschap, in Pintens (Hgb.), S. 15 ff.

¹² Siehe Van Oosterwijk, Civielrechtelijke aspecten van de vereffening-verdeling, in Pintens (Hgb.), S. 30 ff.

trennung (Art. 1466-1469)¹³. Überdies bietet das Gesetz die Möglichkeit, Ausnahmen von der Regel der gleichen Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens zu vereinbaren (Art. 1457-1465)¹⁴. Besonders diese letzte Möglichkeit ist der Grund für viele Eheverträge, da auf diese Weise die Position des überlebenden Ehegatten zum Nachteil der Kinder verstärkt werden kann.

bb) Bei der Ausarbeitung eines vertraglichen Güterstandes genießen die Ehegatten eine gro-
se Freiheit und können nicht nur die vom Gesetzgeber ausgearbeiteten Güterstände wählen,
sondern auch eigene Systeme entwickeln oder einen ausländischen Güterstand annehmen. Fol-
gende Bedingungen sind im jeden Fall zu erfüllen:

1. Der Ehevertrag darf keine Klauseln beinhalten, die gegen den ordre public oder gegen die
guten Sitten verstossen (Art. 1387).

2. Er darf nicht abweichen von den Gesetzesbestimmungen über die allgemeinen Ehwirkun-
gen, über die elterliche Sorge und die Vormundschaft und über die gesetzliche Erbfolge (Art.
1388).

3. Die Ehegatten dürfen keinen Ehevertrag abschliessen durch einfache Verweisung auf eine
aufgehobene Gesetzgebung oder, wenn ein Ehegatte Belgier ist, durch Verweisung auf eine
ausländische Gesetzgebung. Diese letzte Regel bedeutet, dass z.B. in einer deutsch-belgischen
Ehe ein deutscher Güterstand nur gewählt werden kann, wenn die gesetzlichen Bestimmungen
dieses Güterstandes vollständig im Ehevertrag übernommen werden. Eine zusammenfassende
Beschreibung oder eine Beschreibung an Hand von Stichwörtern (*par mots clés*) ist nicht
zulässig (Art. 1389)¹⁵.

4. Wird Gütergemeinschaft gewählt, dann darf nicht abgewichen werden von den Regeln des
gesetzlichen Güterstandes bezüglich der Verwaltung des eigenen oder des gemeinsamen Ver-
mögens (Art. 1451). Mit dieser Bestimmung versucht der Gesetzgeber zu vermeiden, dass

13 Hierzu Delva, De conventionele huwelijksvermogensstelsels, *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1978, 355
ff.

14 Siehe Van Oosterwijck, Huwelijksvoordelen en contractuele erfstellingen, *Tijdschrift voor
Privaatrecht* 1985, 227 e.v.

15 Internationalprivatrechtlich ist diese Regel als eine Formregel zu betrachten. Sie ist z.B. in einer
deutsch-belgischen Ehe nur zu beachten, wenn der Ehevertrag in Belgien vereinbart wird. Im Ausland
gilt diese Formvorschrift nicht. Hierzu Rigaux/Fallon II, S. 641; Für Deutschland: vgl. § 1409 BGB.

Verträge geschlossen werden, die gegen die Gleichberechtigung von Mann und Frau verstos-
sen. Die Regel findet auch Anwendung auf ausländische Güterstände. Dies bedeutet, dass es
belgischen Ehegatten nicht erlaubt ist, z.B. folgende ausländische Güterstände ohne die er-
forderlichen Korrekturen zu vereinbaren :

a) Der niederländische gesetzliche Güterstand der Universalgemeinschaft, da hier jeder
Vermögensbestandteil unter der Verwaltung des Ehegatten bleibt, der ihn eingebracht hat.

b) Die Gütergemeinschaft nach deutschem Recht, da § 1421 BGB den Ehegatten vorschreibt,
im Ehevertrag festzulegen, ob das Gesamtgut von dem Mann oder der Frau oder von ihnen
gemeinschaftlich verwaltet wird. Enthält der Ehevertrag keine Bestimmung hierüber, so ver-
walten die Ehegatten das Gesamtgut gemeinschaftlich. Die konkurrierende Einzelverwal-
tungsmacht für beide Ehegatten sind durch diesen Text ausgeschlossen.

c) Der französische gesetzliche Güterstand, da der Artikel 1421 C.c. keine mit dem belgischem
Artikel 1417 vergleichbare Ausnahme für die Berufsgüter kennt. Der Ehegatte, der einen
Beruf ausübt, kann nach französischen Recht nicht allein über seine Berufsgüter verfügen.

III. Das internationale Ehegüterrecht

1) Internationale Zuständigkeit

a) Die internationale Zuständigkeit im Bereich des Ehegüterrechts ist nicht im EEX-Vertrag
vom 27. September 1968 geregelt. Diese Materie wurde ausdrücklich ausgeschlossen durch
Artikel 1 Nr. 1 dieses Vertrags. Auch das deutsch-belgische Abkommen vom 30. Juni 1958
beinhaltet keine eigentliche Zuständigkeitsregelung¹⁶. Die im Artikel 3 aufgenommene Rege-
lung ist nur eine Bedingung für die Anerkennung und die Vollziehung von richterlichen Ent-
scheidungen. Der belgische Richter kann sich hierauf nicht berufen, um seine internationale
Zuständigkeit festzustellen oder abzulehnen. Nur die interne Regelung der Zivilprozessord-
nung über die internationale Zuständigkeit ist hier massgebend (Art. 635-638 Ger.W. und 15
B.W.)¹⁷.

b) Die belgischen Gerichte sind z.B. für die Auseinandersetzung und die Güterteilung zu-
ständig, wenn der ausländische Ehegatte seinen Wohnsitz oder Aufenthalt in Belgien hat (Art.

16 *Moniteur Belge*, 18.11.1960. Zu diesem Abkommen: Harries, Das Deutsch-Belgische Anerkennungs-
und Vollstreckungsabkommen, *RabelsZ* 1961, 629 ff.

17 Siehe Lenaerts, De vereffening-verdeling van de huwelijksgemeenschap in het internationaal
privaatrecht, in Pintens (Hgb.), S. 141 ff.

635, 2° 210) oder wenn der Antragsgegner Belgier (Art. 15) ist. Obwohl jede internationale Zuständigkeit für eine totale Aufteilung eines Güterstandes mit Gütern ausserhalb Belgiens fehlt, darf angenommen werden, dass der belgische Richter zuständig ist, um eine Teilung der in Belgien gelegenen unbeweglichen Güter anzuordnen nach von Artikel 635, 1° ZPO¹⁸.

2) Verweisungsregel

Die internationale Zuständigkeit der belgischen Gerichte führt nicht von Rechtswegen zur Anwendung des belgischen materiellen Rechts. Das belgische Recht kennt den Gleichlauf zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht nicht. Das anwendbare Recht bestimmt sich nach einer Verweisungsregel, die am Schwerpunkt der Rechtsbeziehungen¹⁹ anknüpft.

a) Das "régime primaire"

aa) Vermögensrechtliche Bestimmungen des "régime primaire" gehören nicht zum Ehegüterrechtsstatut, sondern unterliegen dem Gesetz, das auf die Ehefolgen anzuwenden ist²⁰. Haben die Ehegatten die gleiche Staatsangehörigkeit, dann unterliegen die allgemeinen Ehwirkungen dem gemeinschaftlichen nationalen Gesetz der Ehegatten. Fehlt eine gemeinschaftliche Staatsangehörigkeit, dann ist nicht mehr wie früher anzuknüpfen an der Staatsangehörigkeit des Mannes, sondern am letzten ehelichen Wohnsitz. Ist kein gemeinschaftlicher ehelicher Wohnsitz zustande gekommen, dann findet die *lex fori* Anwendung.

bb) Bestimmte Regel des *régime primaire*, z.B. solche, die auf der Gleichberechtigung der Ehegatten beruhen, sind allerdings als eine Minimumgarantie anzusehen. Kommt aufgrund der Verweisungsregel ausländisches Recht zur Anwendung, das gegen diese Minimumgarantie verstösst, wird dieses fremde Recht ausgeschaltet durch den internationalen ordre public, und es kommt die *lex fori* zur Anwendung²¹. Es wird ebenfalls angenommen, dass der Schutz der Ehwohnung nicht abhängig sein kann vom Personalstatut, sondern dass jede Ehwohnung, die sich auf belgischem Gebiet befindet, den gleichen Schutz haben muss. Dies bedeutet, dass

18 Lenaerts, in Pintens (Hgb.), S. 144.

19 Cass., 12.6.1941, *Pasicrisie* 1941, I, 217, mit Schlussanträgen von Generalprokurator Cornil.

20 Rigaux/Fallon II, S. 651 ff. Siehe neuestens Verwilghen, Du neuf sur la loi régissant le régime matrimonial primaire, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Brüssel, Bruylant, 1993, S. 581 ff.

21 Siehe Vander Elst I, S. 86.

jeder Ehegatten, der in Belgien wohnt, sich unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit auf Artikel 215 berufen kann²². Für eine deutsch-deutsche Ehe bedeutet dies, dass die Ehwohnung unter Anwendung des belgischen Rechts besser geschützt wird als wenn deutsches Recht zur Anwendung käme.

cc) Die gleiche Regel wurde angenommen für die Nichtigerklärung einer Bürgschaft auf Grund des Artikels 224. Eine Entscheidung des Appellationshofs Mons, die den Artikel 224 auf ausländische Ehegatten angewandt hatte²³, wurde vom Kassationshof aufgehoben²⁴. Der Kassationshof knüpft dagegen an bei der gemeinsamen Staatsangehörigkeit der Ehegatten und, im Falle verschiedener Staatsangehörigkeit, beim ersten ehelichen Aufenthaltsort der Ehegatten. Mit dieser letzten Anknüpfung hat der Kassationshof die Anknüpfung des *régime primaire*, wo laut herrschender Meinung nicht bei dem ersten, sondern bei dem letzten ehelichen Aufenthaltsort angeknüpft wird, nicht geändert. Nur hat der Kassationshof die Problematik der Bürgschaft dem Ehegüterrechtsstatut unterstellt²⁵.

b) Der gesetzliche Güterstand

aa) Auch für die Frage, welches Recht den gesetzlichen Güterstand in einer Ehe mit Auslandsberührung beherrscht, kennt das belgische Recht keine gesetzliche Regelung. In 1980 hat der Kassationshof den gesetzlichen Güterstand dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten unterstellt²⁶. Der Sachverhalt war folgender: Ein Belgier hatte 1945 ohne Ehevertrag eine Deutsche in Linz geheiratet, welche durch die Eheschliessung die belgische Staatsangehörigkeit erwarb und deshalb die deutsche verlor. Die Parteien stritten sich um Rechte an einem La-

22 Rigaux/Fallon II, S. 653 nr. 1455. Siehe auch Watté, Le statut du logement familial en droit international privé et les articles 214 et 215 du Code civil, *Revue du Notariat belge* 1986, 174 ff.

23 Mons, 20.6.1989, *Revue du Notariat belge* 1990, 245.

24 Cass., 25.5.1992, *Jurisprudence de Liège*, Mons et Bruxelles 1992, 938 mit Anm. Nudelhohe/Liénard-Ligny = *Tijdschrift voor Notarissen* 1992, 432 mit Anm. Bouckaert = *Rechtskundig Weekblad* 1992, 93, 332.

25 Vgl. Verwilghen, in *Hommage à François Rigaux*, S. 616 ff.

26 Cass., 10.4.1980, *Pasicrisie* 1980, I, 968 mit Schlussanträgen von Generalanwalt Vélou = *Rechtskundig Weekblad* 1980-81, 918 mit Anm. Erauw = *Revue Trimestrielle de Droit Familial* 1980, 390 mit Anm. Renchon = *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1981, 309 mit Anm. Rigaux. Hierzu Jayme, Zum gesetzlichen Güterstand in einer deutsch-belgischen Ehe, *IPRax* 1981, 184.

bor für medizinische Analysen, das mit Mitteln der Ehefrau erworben und gemeinsam betrieben worden war. Die Gütertrennung des österreichischen Rechts wäre für die Ehefrau günstiger gewesen als die Errungenschaftsgemeinschaft des belgischen Rechts. Der Kassationshof hielt belgisches Recht für massgebend.

Mit dieser Entscheidung erteilt der Kassationshof dem französischen System des vermuteten Parteiwillens eine deutliche Absage (Anknüpfung am ersten ehelichen Wohnsitz)²⁷. Der Güterstand wird als so eng mit der Ehe verbunden angesehen, dass er der Anwendung des Artikels 3 III untersteht und nicht einem Vertragsstatut. Für die gemeinsame Staatsangehörigkeit verlangt der Kassationshof nicht, dass die gemeinsame Staatsangehörigkeit vor der Ehe erworben ist. Es genügt, dass die Ehefrau mit der Eheschliessung die Staatsangehörigkeit des Mannes erwirbt, um sie als gemeinsame Staatsangehörigkeit zu betrachten. Es ist fraglich, ob dieses letzte Element nach Inkrafttreten des neuen Staatsangehörigkeitgesetzes (1.1.85) noch Geltung haben kann²⁸. Heute erwirbt die Frau nach belgischem Recht die Staatsangehörigkeit ihres Mannes nicht mehr durch die Eheschliessung. Ein ausländisches Staatsangehörigkeitsrecht, das diese Regel weiter berücksichtigt, wird heute als diskriminierend angesehen und würde dazu führen, dass das internationalprivatrechtliche Verweisungssystem weit von der internen Staatsangehörigkeitsregel entfernt ist. Deshalb muss die Kassationsentscheidung heute anders gelesen werden, und zwar in der Weise, dass der gesetzliche Güterstand anknüpft bei der gemeinsamen effektiven Staatsangehörigkeit, soweit sie bei Eingehen der Ehe vorhanden ist. Ist die gemeinsame Staatsangehörigkeit entstanden als Folge der Eheschliessung, dann hat die Kassationsentscheidung keine Geltung mehr und die Ehegatten sind die Anknüpfung des gesetzlichen Güterstandes als Ehegatten mit verschiedener Staatsangehörigkeit einzustufen²⁹.

bb) Bei verschiedener Staatsangehörigkeit wird nicht mehr wie noch in den Siebziger Jahren an der Staatsangehörigkeit des Mannes angeknüpft, sondern es optieren Rechtsprechung und Lehre für die Anknüpfung am ersten gemeinsamen Ehemohnsitz³⁰.

27 Siehe Batifol/Lagarde, Droit international privé II, Paris, L.G.D.J., 1983, Nr. 619.

28 Gesetz vom 28.6.1984, Moniteur Belge 12.7.84.

29 Lenaerts, in Pintens (Hgb.), S. 150, Nr. 230. Siehe jedoch Gericht Brüssel 19.10.1990, Revue du Notariat belge 1992, 218, Anm. D.S., das auch nach Inkrafttreten des neuen Staatsangehörigkeitgesetzes die Kassationsentscheidung von 1980 unterschreibt und die durch die Ehe erworbene Staatsangehörigkeit berücksichtigt.

30 Siehe die Verweisungen bei Lenaerts, in Pintens (Hgb.), S. 150-151, Nr. 231. Diese Tendenz ist nun

cc) Die Anknüpfung, die im Augenblick der Eheschliessung durchgeführt wird, gilt für die gesamte Ehe. Wenn die Staatsangehörigkeit oder der Ehemohnsitz sich ändern, hat dies keine Folgen für das Ehegüterrecht. Eine Änderung des Anknüpfungsfaktors hat im Prinzip keinen Einfluss auf das anzuwendende Recht. Diese Regel kennt nur eine Ausnahme: Das Gesetz der neuen gemeinsamen Staatsangehörigkeit oder des neuen gemeinsamen Ehemohnsitzes entscheidet darüber, ob eine freiwillige Änderung des Güterstandes möglich ist. Die Theorie des conflict mobile hat also nur ein sehr beschränktes Anwendungsgebiet³¹.

c) Eheverträge

Das Personalstatut jedes Ehegatten entscheidet über die Frage der Handlungsfähigkeit, einen Ehevertrag zu schliessen³². Auf die Form des Ehevertrags findet die Regel locus regit actum Anwendung³³. Für die Wahl des Güterstandes gilt keine uneingeschränkte Privatautonomie. Das Gesetz, das den gesetzlichen Güterstand beherrscht, bestimmt den Freiraum der Privatautonomie und ist zugleich massgebend für die imperativen Bestimmungen und das ergänzende Recht³⁴.

3) Möglichkeiten und Gefahren einer Rechtswahl

a) Die Darstellung des belgischen materiellen Güterrechts hat gezeigt, dass eine Anzahl von Regeln als Grundregeln einzuordnen sind und dass diese Regeln zu beachten sind, solange belgisches Recht als Güterrechtstatut gilt. Dies ist z.B. der Fall für die vorher besprochene Regel des Artikels 1451, die bestimmte vertragliche Abweichungen vom gesetzlichen Güterstand nicht zulässt (cf. supra Nr. 21).

b) Der Artikel 15 II EGBGB bietet belgischen Ehegatten in Deutschland die Möglichkeit, diese Bestimmungen zu umgehen, indem den Ehegatten auch nach der Eheschliessung eine

vom Kassationshof in seiner Entscheidung von 25.5.1992 bestätigt worden (cf. supra Nr. 31). Siehe auch Rigaux/Fallon II, Nr. 1444.

31 Rigaux/Fallon II, Nr. 1446.

32 Rigaux/Fallon II, Nr. 1439.

33 Rigaux/Fallon II, Nr. 1440.

34 Hierzu Bouckaert, Internationaal privaatrecht, in Notariële actualiteit. Familierecht en familiaal vermogensrecht, Brügge, Die Keure, 1991, S. 41 mit weiteren Nachweisen.

Rechtswahl erlaubt wird³⁵. Die Ehegatten können die güterrechtliche Wirkungen ihrer Ehe dem massgebenden Recht für die allgemeinen Wirkungen der Ehe entziehen und stattdessen als anwendbares Recht wählen:

1. Das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört;
2. das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat;
3. für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageorts³⁶.

Die deutsche vorherrschende Meinung vertritt die Auffassung, dass das ursprünglich geltende Güterrechtsstatut diese Rechtswahl nicht verhindern kann. Ob eine Rechtswahl zulässig ist, bestimmt ausschliesslich das deutsche IPR³⁷. Diese Möglichkeit des Artikels 15 EGBGB bietet den Vorteil, dass Ehegatten, auch wenn beide die belgische Staatsangehörigkeit haben, sich dem deutschen Recht unterwerfen können und auf diese Weise einige Nachteile Ihres Rechtes vermeiden können.

c) Allerdings muss auf die Gefahr des hinkenden Rechtsverhältnisses hingewiesen werden. Das belgische Recht kennt diese Rechtswahl nicht und die Lehre leitet teilweise aus der Anwendung eines bestimmten materiellen Rechts das Verbot der *dépeçage* ab. Allerdings werden meistens keine Schwierigkeiten auftauchen bei der Anerkennung oder Exequatur einer deutschen Entscheidung oder Urkunde in Belgien, die aufgrund einer Rechtswahl in Deutschland zustande gekommen ist. Die Vorschriften des deutsch-belgischen Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommens vom 30.6.58 schreiben nur bei Statusentscheidungen vor, zu prüfen, ob das deutsche Gericht nach seinem internationalen Privatrecht andere Gesetze angewandt hat als diejenigen, welche nach belgischem internationalem Privatrecht massgebend gewesen wären. Für das Ehegüterrecht findet diese Vorschrift keine Anwendung, so dass nur der belgische ordre public international im Betracht kommt, um einer ausländischen Entscheidung oder Urkunde ihre Wirksamkeit zu untersagen. Die belgische Rechtsprechung unterscheidet hier zwischen "ordre public interne" und "ordre public international". Nur dann, wenn eine Regel des internen ordre public als ein tragendes Prinzip der moralischen, politischen und wirtschaftlichen Ordnung Belgiens anzusehen ist, wird die ordre public international gefährdet

35 Vor der Eheschliessung ist eine Rechtswahl nach Art. 14 EGBGB möglich.

36 Siehe Henrich, Internationales Familienrecht, Frankfurt am Main, Verlag für Standesamtswesen 1989, S. 65 ff.; MunchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB.

37 MunchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB, Nr. 32.

und ist die Anwendung des ausländischen Rechts abzulehnen³⁸. Dies scheint hier nicht der Fall zu sein.

d) Umgekehrt bietet die Rechtswahl deutschen Ehegatten, die z.B. unbewegliches Vermögen in Belgien erwerben möchten die Möglichkeit, sich für diesen Erwerb belgischem Recht zu unterwerfen, Gütergemeinschaft zu vereinbaren und Ehevertragsbegünstigungen abzuschliessen, um auf diese Weise den Zugewinnausgleich zu korrigieren³⁹.

Nichts deutet darauf hin, dass das belgische Rechtssystem bei einer Rechtswahl, nach der sich der deutsche Ehegatten belgischem Recht unterstellen möchten, die Anwendung seines eigenen Rechts abweisen würde⁴⁰. Überdies ist die Verweisung des belgischen IPR eine Gesamtverweisung, so daß die IPR-Regel des deutschen Rechts zu berücksichtigen sind und die Rechtswahl nicht abgelehnt werden kann⁴¹.

e) Bei einer Vornahme in Belgien genügt die Form, die dort vorgeschrieben ist⁴². Da diese Erklärungen im belgischen Recht unbekannt sind, ist die Form, die dort für Eheverträge vorgeschrieben ist, zu respektieren (Art. 15 III i. V.m. Art. 14 IV EGBGB)⁴³. Dies gilt nicht nur für eine allgemeine Rechtswahl, die eher als Ehevertragsänderung zu betrachten ist, sondern auch für eine beschränkte Rechtswahl nach Artikel 15 II Nr. 3 EGBGB. Auch wenn nur eine Rechtswahl bezüglich einer Transaktion getroffen wird, ist es zu empfehlen nicht nur die Rechtswahl z.B. im Kaufvertrag deutlich zum Ausdruck zu bringen, sondern hierzu die für den

38 Cass., 24.3.1960, Pastorie 1960, I, 80. Siehe van Hecke/Lenaerts, Nr. 133 ff.

39 Siehe Bouckaert, Het verdrag van Den Haag van 14 maart 1978 op de huwelijksvermogens en het belgisch internationaal privaatrecht m.b.t. het huwelijksvermogensrecht. Een gemiste kans, Tijdschrift voor Notarissen 1993, 343 ff.; Van Hove, Eenheid of splitsing in het huwelijksvermogensstelsel, Tijdschrift voor Notarissen 1991, 338 ff.

40 Van Hove, Tijdschrift voor Notarissen, 1991, 339.

41 Siehe Bouckaert, A propos de l'unicité du régime matrimonial en droit international privé : deux cas pratiques, in Liber Amicorum Léon Raucent, Louvain-la-Neuve/Brüssel, Academia/Bruylant, 1992, S. 73 ff.

42 MunchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB, Nr. 35.

43 MunchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB, Nr. 35.

Ehevertrag vorgeschriebene Form zu wählen⁴⁴. Nur auf diese Weise wird es möglich sein, die Publizitätsvorschriften des belgischen Rechts zu erfüllen, wodurch die Rechtswahl in Belgien Dritten entgegengestellt werden kann.

4) Die Qualifikation des Zugewinnausgleichs

a) Die Qualifikation des Zugewinnausgleichs ist nicht unumstritten und konfrontiert uns mit der schwierigen Abgrenzung zwischen Ehegüterrecht und Erbrecht, einem Problem, das uns seit der berühmten französischen Entscheidung Bartholo vom 24.12.1889⁴⁵ bekannt ist. Die Ehegatten Aquilino-Bartholo hatten in Malta ohne Ehevertrag geheiratet und waren später nach Algerien gezogen. Herr Aquilino starb in Algier. Nach französischem internationalen Privatrecht unterlag das Ehegüterrecht dem Recht Malτας und das Erbrecht französischem Recht. Es wurde entschieden, dass die Ansprüche der Witwe Bartholo aufgrund des Code Rohan, der auf Malta galt, ehgüterrechtlicher Natur waren und deshalb maltesisches Recht anwendbar war.

Ein vergleichbares Problem stellt sich beim Zugewinnausgleich. Obwohl die Ansprüche aus dem Zugewinnausgleich von der deutschen Lehre und Rechtsprechung teilweise als ehgüterrechtlich qualifiziert werden⁴⁶, wird diese Qualifikation im belgischen Recht meistens nicht übernommen. Anschliessend bei der Kegelschen Lehre wird eingewandt, dass der Ehegüterstand als solcher nicht von Bedeutung ist, sondern nur den Zweck hat, dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht zu verschaffen⁴⁷. Laut der von Raape formulierten Regel "L'état étranger caractérise ses règles, l'état du for les classe"⁴⁸ wird die Regel als erbrechtlich qualifiziert, so dass sie nur Anwendung findet, wenn sie durch die erbrechtliche Verweis-

44 Siehe Bouckaert, Liber amicorum Raucent, S. 77 mit weiteren Nachweisen.

45 Clunet 1891, 1171.

46 Siehe MünchKomm-Siehr, Art. 15 EGBGB, Nr. 102 ff. mit weiteren Nachweisen.

47 Lenaerts, in Pintens (Hgb.), Nr. 234. Siehe auch Jacobs, De erfgerichtigheid en de aard van de erfrechten van de langstlevende echtgenoot in het internationaal privaatrecht, Tijdschrift voor Notarissen 1991, 55 ff.

48 Raape, Les rapports juridiques entre parents et enfants comme points de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé, Recueil des Cours de l'Académie de droit international 1934, IV, 517; Raape/Sturm, Internationales Privatrecht, Allgemeine Lehren I, München, Vahlen Verlag, 1977, S. 275 ff.

ungsregel angewiesen wird.

b) Es gibt aber Argumente, um güterrechtlich zu qualifizieren : 1) Erstens findet der erbrechtliche Zugewinnausgleich nur Anwendung, wenn die Ehegatten unter dem Güterstand der Zugewinngemeinschaft leben; 2) Ein Teil der belgischen Lehre weist darauf hin, dass die Ehevorteile (*les avantages matrimoniaux*) nicht auf den Güterstand der Gütergemeinschaft beschränkt bleiben. Auch in einem Güterstand, der als "participation aux acquets/wettelijk deelgenootschap" zu umschreiben ist, wird die Verteilung der Errungenschaften als ein Ehevorteil qualifiziert⁴⁹. Dies würde dazu führen, dass solche Ansprüche eher als ehgüterrechtlich zu qualifizieren sind.

49 Bouckaert, Wisseloplossingen voor de scheiding van goederen: verdelings- en verrekeningsbedingen of deelgenootschap, Tijdschrift voor Notarissen 1990, 348.

Das Recht in der japanischen Kultur

Dr. Wilhelm Röhl, Hamburg

Seit in Europa und Amerika die Blüte der japanischen Wirtschaft größte Aufmerksamkeit findet und vielfach zu Sorgen und Befürchtungen Anlaß gibt, ist in Diskussionen, in der Literatur und in den Medien die Beschäftigung mit Japan sehr intensiv geworden. Manche Autoren befassen sich mit der Frage, ob die aus westlicher Sicht mit Verwunderung beobachteten japanischen Verhältnisse auf kulturellen Besonderheiten beruhen, die uns nicht vertraut sind. Dabei werden Stimmen laut, die solchen Zusammenhang als Behauptung verstehen, die als Vorwand dient, Gegenargumenten nicht zugänglich ist und deshalb auf japanischer Seite gern aufgestellt wird. Ich zitiere nur aus dem Buch des Holländers van Wolferen "Vom Mythos der Unbesiegbaren":

"Für die meisten Japaner, die über diese Dinge nachdenken, kommen die koordinierenden und vorwärtstreibenden Kräfte ihrer Gesellschaft aus der 'japanischen Kultur'."

Die Erklärung anhand der Kultur findet sich überall, wo man Erhellung sucht. Sie hat sogar die Mehrheit ausländischer Wissenschaftler fest im Griff, die Japans soziale, wirtschaftliche und politische Aspekte untersuchen. Und wenn "Kultur" in die Diskussion gebracht wird, wird erwartet, daß alle Gegenargumente schweigen, denn dann haben wir es mit einer unwandelbaren Gegebenheit zu tun ... Man bekommt das Gefühl, daß für kritische, nicht bewundernde oder auf andere Art negative Kommentare absolut kein Raum ist ..."

Mein Referat heute ist nicht als Antwort auf diese Beurteilung entstanden. Ich versuche, unabhängig davon geschichtliche, soziale und psychologische Erscheinungen darzustellen, die ihren Einfluß auch im gegenwärtigen Rechtsleben Japans geltend machen - vielleicht mit abnehmender Tendenz, aber doch noch deutlich wahrnehmbar. Damit gehöre ich wohl in den Kreis der Ausländer, die sich nach dem eben zitierten Autor fest im Griff der Erklärung anhand der Kultur befinden; eine gleichwertige Alternativerklärung ist mir aber noch nicht begegnet.

Das Thema "Das Recht in der japanischen Kultur" bedarf einer kurzen einführenden Erläuterung. Unter "Kultur" verstehe ich in diesem Zusammenhang die Gesamtheit der Lebensäußerungen eines Volkes (als einer Menschengruppe von einheitlichem Gepräge) mit zeitlicher und räumlicher Erstreckung. Zur Kultur gehören nicht nur Werke materieller Gestalt, sondern auch Bereiche wie Religion, Wissenschaft, Wirtschaft, Erziehung, soziale Ordnung - und das Recht, das ich für mein Thema ebenfalls definieren muß. Ich meine damit nicht nur im engeren Sinne die Rechtsordnung als die an der Idee der Gerechtigkeit ausgerichtete, allgemeinverbindliche abstrakte Ordnung typischer zwischenmenschlicher Beziehungen innerhalb einer politisch-sozialen Gruppe, für welche die Kodifizierung und die Ausstattung mit Zwangsmitteln zu ihrer Erzwungung wesentlich sind. Vielmehr sind auch gemeint die

ungeschriebenen Regeln über die Beziehungen des Menschen zum anderen Menschen, des Menschen zu einer Sache und des Menschen zur Macht, soweit sie eben Regeln, d.h. Musterabläufe sind - ob sie nun freiwillig oder kraft Zwanges befolgt werden.

Ist das Recht Teil der Kultur, kann es sich bei dem was ich ausführen will, nur darum handeln, das Recht in seinen Zusammenhängen mit den übrigen Erscheinungen der Kultur darzustellen. Weil Japan das Thema ist, brauche ich mich bei dem Merkmal "räumliche Erstreckung" aus dem anfangs beschriebenen Kulturbegriff nicht aufzuhalten. Trotz der Insellage sind in Japan schon frühe Einflüsse fremder Kulturen wirksam geworden, aber daraus ist durch Akkulturation jeweils eine Kultur geworden, die in Japan heimisch und typisch ist. Wohl aber können wir, gerade beim Recht, Verschiedenartigkeiten nach zeitlichen Abschnitten wahrnehmen. Ich muß ein wenig auf die japanische Geschichte eingehen; aus ihr wird manches von dem begreiflich, was wir von unserem juristischen Verständnis her in der Gegenwart als auffällig empfinden.

Die älteste für die Historiker sichtbare Zeit, in der es kein geschriebenes Recht gab, weist das Merkmal auf, daß religiöse Zaubermacht weltliche Herrschaft mit sich brachte und religiöse Riten das sich aus zahlreichen Sippen zusammensetzende Volk vereinigte. Die Macht des Sippenoberhauptes beruhte darauf, daß er (oder sie) in einer bestimmten Zeremonie Mitteilungen der Sippengottheit empfing und sie den Sippenangehörigen verkündete. Im Verlauf des Zeitraums vom 2. bis 5. Jahrhundert unserer Zeitrechnung gewann eine Sippe die erste Stellung unter allen, so daß das von ihrem Oberhaupt Verkündete über die eigene Sippe hinaus Verbindlichkeit erlangte und unter allmählicher Trennung von Religion und Recht als kaiserliches Recht Geltung hatte. Wesentliche Förderung fanden Staatsidee und Staatsorganisation in dem genannten Zeitraum durch den Verkehr mit China und Korea und die Bekanntheit mit dem Konfuzianismus, dem in China entstandenen vielschichtigen Maximengebilde mit seinen religiösen, philosophischen, sozialethischen und lebensanschaulichen Aspekten. Von den Inhalten dieser Lehre erwähne ich - ihrer Wirkungen auch in Japan wegen - den Ahnenkult, die Grundthese der Harmonie zwischen Mensch und Kosmos, Betonung einer geistig-moralischen Aristokratie in Gestalt einer Beamteneite, die in erster Linie zur Loyalität gegenüber dem Kaiserhaus verpflichtet war, und schließlich die Regeln für das richtige Verhältnis und Verhalten im menschlichen Verkehr mit der Großfamilie als Grundlage der gesellschaftlichen Ordnung - die Haupttugend ist hier Ehrfurcht bzw. Gehorsam gegenüber den Eltern. Der Konfuzianismus liste fünf "menschliche Beziehungen" auf: Fürst und Untertan, Vater und Sohn, Mann und Frau, älterer und jüngerer Bruder, Freund und Freund. Die rechte Haltung innerhalb dieser Kategorien ist die soziale Anforderung an den Einzelnen und das Fundament des Zusammenlebens in der Gesellschaft.

Schon im 4. Jahrhundert drang der Konfuzianismus in Japan ein und fand in den höheren Schichten rasch Aufnahme. Zugleich wurde die chinesische Schrift in Japan bekannt, so daß das neue Gedankengut an Hand der Quellen rezipiert werden konnte.

Im 6. Jahrhundert folgte der Buddhismus über China und Korea. Wirkte der Konfuzianismus mehr im politisch-ethischen Sinne, brachte der Buddhismus die Lehre von der individuellen Erlösung aus dem leidvollen Dasein und erwies sich als Religion dem heimischen Götter- und Ahnenkult (Shintoismus) weit überlegen. Nach Japan kam die Mahâyâna-Richtung des Buddhismus, die in China und Korea vorherrschend(e). Während die südlich von China geltende Richtung Hîmayâna den Gläubigen ganz persönlich zur höchsten Erkenntnis führt und ihm das Nirvâna, den überweltlich-glückseligen Zustand des von Begierde, Haß und Verblendung Befreiten beschert, verzichten die Anhänger des Mahâyâna auf das Nirvâna und wirken durch ungezählte Lebensläufe, die vom "Karma", der wirkenden Tat, durchzogen sind, zum Heil aller Wesen, werden dadurch sittlich immer vollkommener und nähern sich so der Würde des Buddha (Erleuchteten). Der Buddhismus hatte es anfangs schwer, sich durchzusetzen, fand aber den Weg zu einer Verschmelzung mit dem Shintoismus, gewann Gleichrangigkeit mit diesem und dem Konfuzianismus und erlangte in seiner dreifachen Gestalt als Mönchsorden, Philosophie und Volksreligion die Rolle eines Kulturträgers erster Ordnung viele Jahrhunderte hindurch.

Diese knappe Darstellung der anfänglichen Geistesgeschichte war für mein Thema notwendig, denn hier sind Grundlagen auch für die äußere Rechtsordnung und für das Rechtsdenken in Japan zu finden. Als Teilbeleg hierfür erwähne ich nur das Thema eines Vortrags, den ein japanischer Jurist vor kurzem in Hamburg gehalten hat: "Das Rechtsbewußtsein der Japaner und der Mahâyâna-Buddhismus".

Bis zu den ältesten Aufzeichnungen von Weisungen mit Rechtsqualität im 7. Jahrhundert herrschte überwiegend Gewohnheitsrecht, das wir nur teilweise einigermaßen sicher kennen. Der Zusammenhang mit religiösen Vorstellungen wird in Gottesurteilen bei der Beweisführung und den im Vokabular nicht unterschiedenen strafrechtlichen Begriffen "Schuld" und "Verbrechen" deutlich, die als eine die Götter erzürnende Beschmutzung verstanden und durch ein Reinigungsritual beseitigt wurden. Wenn bei einem schweren Verbrechen die gewöhnliche Reinigungszeremonie nicht ausreichen schien, den Zorn der Götter zu besänftigen, wurde der Täter vertrieben, d.h. aus Familie, Sippe und Heimat verstoßen. Mir scheint diese Maßnahme, die über viele Jahrhunderte als Kriminalstrafe erhalten blieb, schon in ganz früher Zeit auf eine Erscheinung hinzuweisen, die in der japanischen Kultur eine erhebliche Bedeutung hatte und noch hat: die starke Gruppenorientierung, die einerseits Schutz und Geborgenheit für den Einzelnen bewirkte, andererseits - jedenfalls in der Geschichte - die rechtliche Gruppenverantwortung für das Individuum zur Folge hatte. Die Vertreibung des Übeltäters dürfte daher auch die Befreiung der Gruppe von der Mitverantwortlichkeit an der Tat zum Ziel gehabt haben. Ich komme auf dieses Thema noch zurück.

Das Eindringen der chinesischen Kultur führte im 7. und 8. Jahrhundert zur ersten der drei Rechtsrezeptionen in Japan: der Übernahme chinesischen Rechts. Anfangs waren es Vorschriften zur Schaffung eines zentralistischen Staates - begleitet von der Formulierung

konfuzianischer und buddhistischer Grundsätze, die mit der Forderung von Gehorsam der Untergebenen gegenüber den Vorgeordneten, mit der Betonung der Pflichten der Vorgeordneten gegenüber den Untergebenen und - an vorderster Stelle - mit der nachdrücklichen Mahnung zu Harmonie in der Gemeinschaft als Stützpfiler des Staatswesens angesehen wurden. Die im 8. Jahrhundert entstandenen *codices* übernehmen in der äußeren Form ein chinesisches Muster bei der Einteilung in vier Kategorien: 1. Strafbestimmungen für Verstoße gegen 2. gesetzliche Gebote hauptsächlich zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Inhalts (Rangklassen, Beamtenernennung, Religion und Geistlichkeit, private Haushaltungen mit Familien- und Erbrecht, Reisfelder, Steuern, Ausbildungswesen, Zeremonien, Kleidung, Bauten, richtige Form der Schriftstücke, Grenzen, Märkte), 3. Änderungsvorschriften, 4. Ausführungsbestimmungen und Einzelregelungen. Materiell wurde das chinesische Recht nicht unbesehen übernommen, sondern schon in den Strafbestimmungen und den Geboten den japanischen Verhältnissen angepaßt, und insbesondere die Einzelregelungen und Ausführungsvorschriften boten die Möglichkeit zu einer Japanisierung des Rechts. Dennoch kann man insgesamt von einer Rezeption chinesischen Rechts sprechen, und darin unterschied sich das Rechtswesen nicht von anderen Gebieten der Kultur wie handwerklichen Techniken, Bauten, Schrift, Philosophie, Religion, Hofetikette.

Das alles berührte hauptsächlich eine aristokratische Oberschicht und hatte seine Blüte im 8. und 9. Jahrhundert. In dieser Zeit setzte eine Entwicklung ein, die für das politische und wirtschaftliche Bild des Landes im Mittelalter bestimmend wurde:

Die Nutzung von Grund und Boden war die Grundlage für die Besteuerung. Gewisse Grundstücke waren von der Steuerpflicht ausgenommen, darunter Tempelland, das Land von Hofangehörigen und hohen Beamten sowie zu kultivierende Grundstücke. Viele kleinere und mittlere steuerpflichtige Benutzer mußten wegen des Steuerdrucks ihr Land aufgeben und es größeren Eigentümern überlassen, die es ihrem steuerfreien Besitz zuschlugen und die bisherigen Besitzer in Dienst nahmen oder Teile des Grund und Bodens als Lehen ausgaben. Es bildeten sich ausgedehnte Latifundien mit steuerlicher Immunität; das schmälerte die Einnahmen der Zentralregierung und schuf Boden- und Abhängigkeitsverhältnisse, die kaum noch durchschaubar, wenn nicht sogar chaotisch waren. Vielschichtige herrschende Positionen in diesem Netz wurden erblich und entzogen sich der Kontrolle durch die Zentralregierung. Die Grundherren der Latifundien übten in ihren Gebieten *de facto* unbeschränkte Herrschaft aus und schufen sich eigene Rechtsordnungen, über die nichts Näheres bekannt ist. Sie dürften örtliche Gewohnheiten zum Mittelpunkt gehabt haben, die von Region zu Region verschieden waren. Wichtiges Merkmal ist, daß die Grundherren sich eigene Verwaltungsapparate zulegten und die Jurisdiktion in ihrem Herrschaftsbereich wahrnahmen. Dies war der zweite Rechtskreis, der neben das von China übernommene und zunehmend japanisierte kaiserliche Recht trat. Der dritte Rechtskreis entwickelte sich in der Kriegerklasse, den soldatischen Vasallen der Grundherren und ab Ende des 12. Jahrhunderts speziell des *shōgun*, des politischen Machthabers aus dem Militärstand, der 1185 vom Kaiser die Befugnis erhielt, in

allen Landesteilen durch seine eigenen Beamten Aufsicht und Kontrolle auszuüben. Diese Beamten waren auf das von der Shogunatsregierung gesetzte oder als Gewohnheitsrecht anerkannte Recht verpflichtet, und weil sie es bei Streitentscheidungen anzuwenden hatten, äußerte dieses Recht über die Kriegerklasse hinaus Wirkungen auf das Volk. Ihre Gesetzgebung war bis vor etwas mehr als 100 Jahren maßgebend, wenn auch regionales Recht daneben gesetzt werden konnte, sofern es dem Shogunatsrecht nicht widersprach. Ein bedeutender Teil der schriftlich fixierten Bestimmungen diente dem Ziel, durch Regelung der Vasallitätsverhältnisse die Machtstrukturen zu festigen; wir gewinnen aus den Vorschriften aber auch einen Einblick in das Rechtsleben des Volkes.

Einige Grundsätze stehen am Beginn der Neuzeit (16. Jahrhundert) einheitlich fest. Im Zivilrecht spielten die Verhältnisse an Grundstücken die Hauptrolle. Sie waren in starkem Maße mit öffentlichem Interesse vermengt, d.h. mit dem alles beherrschenden Streben der feudalen Obrigkeit, Übersicht und Einfluß im Grundstücksverkehr zu sichern. Denn weil über die Vergabe von Grundstücken Vasallitätsbindungen aufgerichtet wurden und die Abgaben aus der Bewirtschaftung von Grund und Boden in Form von Natural-, Geld- oder Dienstleistungen eine Säule der Herrschaft darstellten, mußten der zentrale Landesherr und die Regionalfürsten über das Schicksal der Grundstücke wachen. Es gab wohl ziemlich viele Streitigkeiten um Grundstücksgrenzen, Nutzungsrechte und Pfandrecht an Grundstücken, denn davon handeln die prozessualen Vorschriften in erster Linie. Wir finden Bestimmungen in der Feudalzeit, nach denen das Klagebegehren zunächst einem im Feudal- oder Gruppenverhältnis Vorgesetzten bekanntzugeben war. Dieser sollte einmal darüber unterrichtet werden, daß in seinem Aufsichtsbereich ein Prozeß drohte, zum anderen war es seine Aufgabe, eine Schlichtung herbeizuführen und die Parteien zu versöhnen oder kraft seiner Autorität eine außergerichtliche Regelung herbeizuführen. Bis heute ist es ein wesentlicher Zug japanischer Rechtskultur, Streitigkeiten nicht durch Gerichtsurteil entscheiden zu lassen, sondern ohne Anrufung staatlicher Institutionen - oft mit Hilfe von Vermittlern aus dem Bekanntenkreis - eine gütliche Lösung zu suchen.

Aus dem Strafrecht der Feudalzeit möchte ich drei Punkte hervorheben:

1) Das aus China übernommene Recht kannte komplizierte und kasuistische Strafbestimmungen mit genau bezeichneten Strafen. Die ab Ende des 12. Jahrhunderts herrschende Kriegerklasse beschrieb in ihren Gesetzen zwar auch einzelne Tatbestände, gab dem Richter aber - außer der Todesstrafe bei einzelnen Delikten - keine konkreten oder rahmenmäßigen Strafen vor. Es heißt in den Gesetzen überwiegend nur "soll bestraft werden" oder "soll schwer bestraft werden"; vielfach fehlt auch eine solche Aussage - es war selbstverständlich, daß der verbotswidrig Handelnde bestraft wurde. Der Grundgedanke des Strafrechts war, das Volk zu konfuzianisch-moralischem Verhalten zu erziehen; dieses Verhalten wurde an den für die Bewahrung des Feudalsystems notwendigen Tugenden gemessen, das heißt: Harmonie unter den Menschen und Gehorsam gegenüber den

vorgeordneten Personen und Einrichtungen. Bemerkenswert ist, daß sich die Funktion des Strafrechts als gesellschaftsformendes Erziehungsmittel bis heute erhalten hat: das Opportunitätsprinzip hat ein weitergehendes Ermessen schon in der polizeilichen Instanz zur Folge, und auch wenig genau definierte Strafvorschriften haben die Prüfung auf ihre Verfassungsmäßigkeit vor dem Obersten Gerichtshof bestanden.

2) Bis ins 18. Jahrhundert hat sich die Kollektivverantwortung aus dem chinesischen Recht erhalten, die in Japan aber wohl schon vor dessen Einführung bekannt war. Außer dem Täter wurden auch dessen Familienangehörige bestimmten Grades bzw. Nichtverwandte, z.B. bei Antisdelikten andere Beamte derselben Behörde, bestraft, die unschuldig, ja nicht einmal mitwissend waren. Zweck der Kollektivverantwortung war zum einen die allgemeine Verbrechensvorbeugung, zum anderen die Verhinderung der Privatrache an dem Täter nahestehenden Personen. Daneben gab es noch eine Art Ersatzverantwortung. Der Ersatzverantwortliche wurde wie der Täter bestraft, dessen man nicht habhaft werden konnte. Dadurch sollten schwierige oder aussichtslose Ermittlungen vermieden und dennoch das Sühnebedürfnis befriedigt werden. Vielleicht spielte hierbei auch die alte Vorstellung vom Verbrechen als eine den Zorn der Götter erregende Befleckung eine Rolle, die es auf jeden Fall zu beseitigen galt. Die Befleckung traf eben auch die Gruppe, in deren Bereich sich die Tat ereignet hatte. Ein Beispiel: Wenn ein Wanderpriester oder ein fremder herumreisender Kaufmann getötet wurde, verfielen alle Bewohner des Tatorts der Bestrafung. In einer anderen Bestimmung heißt es, daß als Dieb bestraft wird, wer auf Grund eines Kaufs empfangene Sachen nicht bezahlt; entzieht der säumige Käufer sich der Bezahlung durch die Flucht, trifft die Diebstahlsstrafe alle Bewohner seines Wohnortes. In den meisten Fällen dieser Art entfiel die Ersatzverantwortung, wenn die Dorfbewohner den Täter benennen konnten. Die strafrechtliche Gruppenhaftung galt - jetzt sehr einheitlich institutionalisiert - ab dem 17. Jahrhundert in den aus jeweils fünf Häusern organisierten sogen. Fünferschaften als den kleinsten Verwaltungseinheiten mit vielerlei Aufgaben, darunter der polizeilichen, durch gegenseitige Überwachung Straftaten innerhalb der Gruppe zu verhüten; ggfls. war die ganze Fünferschaft zu bestrafen. Mit der Fünferschaft entstand durch obrigkeitliche Vorschriften eine Gruppe, die nur auf Nachbarschaft beruhte, nicht auf verwandtschaftlicher oder spezieller sozialer Bindung.

3) Als eines der Kardinalgesetze des Reiches hat man die Bestimmung bezeichnet, daß im Falle eines Streits - sei er handgreiflich oder verbal - beide Streitparteien bestraft werden - ohne Rücksicht darauf, wer bei dem Streit im Recht und im Unrecht ist. Die Vorschrift zielte darauf, Streit zu vermeiden, einen ausbrechenden Streit schnell zu erledigen, die Streitparteien zur Verständigung zu bringen und Schaden zu verhüten. Das Motiv, im 14. Jahrhundert diese Regel einzuführen, waren sicher die unruhigen Zeiten, in denen neben all den kriegerischen Auseinandersetzungen im Innern Ruhe und Ordnung bewahrt werden mußten; aber es ist wohl anzunehmen, daß die moralische Forderung nach Harmonie unter den Menschen einen

fruchtbaren Boden für die Regelung abgab. Eng verwandt mit der Strafvorschrift für Streitende ist das gesetzliche Verbot der Einmischung der Eltern in den Zank unter Kindern.

Das westliche Recht, das in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts übernommen wurde, paßte nicht zu der japanischen Rechtstradition. Die Rezeption war aber notwendig, weil in dem nun eröffneten Verkehr mit den Ländern des Westens ein diesen vergleichbares Rechtssystem auf schnellstem Wege geschaffen werden mußte. Wenn auch die Wissenschaft sich bemühte, System und Methodik des übernommenen Rechts zu erfassen und verständlich zu machen, blieb die Neuerung dem Volk doch weitgehend verschlossen. Wie sollte der Bürger z.B. mit dem "subjektiven Recht" umgehen, das er nie gekannt hatte; wie sollte er sich in seiner herkömmlichen Welt auf den Individualismus, Liberalismus und Universalismus einrichten, den römisches Recht und Christentum der kontinental-europäischen Rechtskultur eingepflanzt hatten? Von etwa 1890 bis 1920 interpretierten die Gelehrten und die Rechtsanwender das importierte Recht nach den in Deutschland entwickelten Theorien; die Niederlage Deutschlands im 1. Weltkrieg war gewissermaßen ein Fingerzeig, daß dort auch nicht alles zum besten geriet, und verstärkte die Tendenz, sich von den Fesseln der deutschrechtlichen Doktrinen zu lösen. Fortan suchte man nach einer japanischem Denken und japanischen Realitäten gemäßigen Auslegung des übernommenen Rechts. Schon bei der Rezeption waren das Familien- und Erbrecht den fremden Einflüssen weitgehend entzogen worden. Im Familienrecht blieb die sehr alte Sozial Einheit "Haus" bestehen, das über die engere Familie (Vater, Mutter, ledige Kinder) hinaus auch fernere Familienmitglieder umfaßte, die alle nur die Stellung von Hausangehörigen hatten und unter der Gewalt des Oberhauptes des Hauses standen (meist des ältesten Mannes der Einheit), auch wenn sie nicht mit ihm zusammenlebten. Das Haussystem ist ein Beispiel dafür, wie eine Lebensform von der Rechtsordnung anerkannt, übernommen und zusätzlich fundiert wird. Aber diese Institution geht über das sozial Organisatorische hinaus. Das "Haus" ist die Grundeinheit der zwischenmenschlichen Beziehungen in der Gruppengesellschaft, in der das Individuum überdeckt war von der Gebundenheit in der Gruppe mit ihrer hierarchischen Struktur. Es ist sehr oft beschrieben worden, daß und wie sich das durch die historische Großfamilie geprägte Denken und Verhalten auf andere Einrichtungen - ebenfalls mit rechtlicher Relevanz - übertragen hat und noch heute wirksam ist, obwohl die Gesetzgebung nach 1945 unter amerikanischem Einfluß das Haussystem aus der geschriebenen Rechtsordnung entfernt hat und die Verfassung sowie die einfachen Gesetze es mit den Rechten und Freiheiten eines jeden sowie mit der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ernst meinen. Die aus dem Familienverhältnis stammende, von konfuzianischer Moral näher bestimmte Vater-Sohn-Beziehung findet sich mit eben diesen Vokabeln in den Gruppierungen außerhalb der Familie, z.B. zwischen Hausbesitzern und Mietern, Grundbesitzern und Pächtern, Meistern und Lehrlingen, Professoren und Studenten, und auch in den Betrieben. Man hat deswegen die japanischen Arbeitsbeziehungen "patriarchalisch" genannt; der Ausdruck "partnerschaftlich" ist wohl besser. Denn er weist darauf hin, daß das Führungs- und Folgeverhältnis auf der Führungsseite nicht diktatorisch ausgeübt werden darf,

sondern daß der "Vater", um seine Rolle in der Gruppe zu legitimieren und zu erhalten, den Konsens mit den Gruppenangehörigen zu suchen hat. In die Gesamtkonzeption der Partnerschaft paßt nur das Streben jedes einzelnen Partners nach Ansehen und Erfolg seiner Gruppe unter Hintansetzung der eigenen Person. Hieraus erklären sich die meisten Besonderheiten im japanischen Arbeitsrecht und Arbeitsleben, die uns im Vergleich mit der hiesigen Lage auffallen. Sowohl im kollektiven wie im individuellen Arbeitsrecht herrscht das Prinzip "Kooperationsbereitschaft" mit konformem Verhalten des Einzelnen. Das ist - auch auf anderen Gebieten - ein traditioneller Kulturwert, zu dem in der neueren Sozialwissenschaft allerdings die Ansicht geäußert wird, daß er heute nicht allein aus sich heraus wirkt, sondern auch ganz bewußt von der Arbeitgeberseite in den Dienst unternehmerischer Politik gestellt wird.

Mit der äußeren kulturellen Entwicklung und Umgebung sind die Verhaltensweisen verwoben. Ich habe schon von der Gruppenorientierung und Folgen daraus gesprochen. Für das Bestehen jeder Gruppe, deren Vorteil für das Mitglied vor allem in dem Gefühl der Geborgenheit, des Geschütztseins liegt, ist die Harmonie unter den Gruppenangehörigen notwendig. Die Eintracht innerhalb des nach außen deutlich abgegrenzten Kreises, in dem jeder seinen Platz hat und alle letztlich aufeinander angewiesen sind, hat immer als soziales Grundnorm der japanischen Lebensform gegolten (unter den Gruppen kann freilich heftige Rivalität und Konkurrenz walten). Die Grundnorm trifft sich als tatsächliches Erfordernis mit dem konfuzianischen (und auch buddhistischen) Gebot der Harmonie. Ein führender japanischer Rechtssoziologe nennt den Geist der Harmonie den präzisen Ausdruck des überkommenen japanischen Rechtsbewußtseins. Weil die Harmonie sich nur dann verwirklichen läßt, wenn der Einzelne sein Ich zugunsten der Einfügung in die Gruppe zurückstellt, ist für die Entwicklung und Behauptung persönlicher Rechte, die mit juristischen Mitteln durchsetzbar wären, innerhalb dieses sozialen Gebildes kein Raum. - Ich habe schon auf die historische Funktion der Gruppe als Verantwortungsverband hingewiesen. Die moderne soziologische Analyse zeigt auf, daß auch heute die Gruppe, wenn sie nicht zu groß ist, eine intensive und subtile soziale Kontrolle ausüben kann. Das brachte und bringt mit sich, daß der Einzelne danach strebt, den anderen günstig zu stimmen, und ein Bedürfnis nach Zuneigung entwickelt. Das hiernach bestimmte Handeln (jap.: amae = Anlehnungsbedürfnis, Einschmeicheln (nicht negativ)) gilt als grundlegendes Verhaltensmuster der Japaner, die um 1970 herum in Fülle erschienenen Abhandlungen über die Japaner, die Eigenheiten der japanischen Kultur, Gesellschaft und Persönlichkeitsstruktur stellen dieses Verhalten besonders heraus. Es kann auch auf die Rechtswirksamkeit Einfluß haben, ebenso wie das den Japanern eigene Einfühlungsvermögen, d.h. die Fähigkeit, sich in den anderen hineinzuversetzen und auch ohne verbale Kommunikation die Bedürfnisse und Erwartungen des anderen zu erfassen und auf sie einzugehen (jap.: sasshi). Im Zusammenhang hiermit steht die giri-Norm, über die auch in europäischen Sprachen viel geschrieben worden ist. Giri ist die Dankspflicht, die durch eine besondere Zuwendung begründet wird und auf dem Empfänger lastet, bis er ihr durch eine

konkrete, inhaltlich jedoch nicht spezifizierte Dankestat Genüge getan hat. Dabei ist der Wohltäter aber nicht berechtigt, die Erfüllung dieser sozialethischen Verpflichtung von dem Begünstigten zu fordern. Dieser weiß, was der andere und die Gemeinschaft von ihm erwarten und daß es eine Schande bedeutet - er sein Gesicht verliert -, wenn er giri nicht nachkommt. Die Relevanz für das japanische Rechtsleben kann ich nicht besser beschreiben, als die Juristen Kitagawa (Japan) und Rahn (Deutschland) es getan haben, deshalb zitiere ich:

Kitagawa:

Die giri-Norm ist mit dem westlichen juristischen Denken nicht zu vereinbaren. Dort, wo sie wirksam ist, bleibt kein Platz mehr für das westliche Rechtsbewußtsein übrig. Darin lag eine wesentliche Ursache dafür, daß man in Japan außer in gewissen Sozialschichten (z.B. Handelsleute, Unternehmer) von dem staatlichen Rechtssystem nicht so sehr Gebrauch gemacht hat. Die Rechtsnorm kann sich also nur in dem Maße mehr und mehr durchsetzen, in dem die traditionellen Sozialbeziehungen durch die Modernisierung und Industrialisierung Japans allmählich aufgelöst werden und die Geltungsbereiche der giri-Norm damit verkleinert werden.

Rahn:

Die Interaktionsdeterminanten sashi und giri lassen verständlich werden, daß nach traditioneller japanischer Denkweise das, was einem zukommt, nicht mit Rechtsansprüchen durchzusetzen ist. Wer den anderen "anspricht", um von ihm im Eigeninteresse ein Tun oder ein Unterlassen zu "verlangen", verstößt selbst gegen normative Erwartungen der Gemeinschaft. Der Geltendmachung des Rechtsanspruchs entspricht vielmehr die Erwartung, daß der andere durch sashi weiß, wie er seine Pflicht (giri) konkret zu erfüllen hat; und ihre Erfüllung ist gesichert durch beider Erwartung, daß die Gemeinschaft mit Sanktionen reagiert, wenn er sie nicht erfüllt.

Auf die Durchsetzung individueller Interessen wird in der traditionellen japanischen Gesellschaft wegen des Harmoniegebots nicht etwa verzichtet, sofern sie nur potentiell vom Gruppenkonsens getragen sind. Das "suum cuique tribuere" funktioniert jedoch auf Grund des Zusammenwirkens von psychischen und sozialen Mechanismen, die subjektive Rechte und die Auseinandersetzung der Parteien im westlichen Sinne nicht voraussetzen, ja, mit ihnen vereinbar sind.

Schon aus diesem Grunde mußte eine durch sashii und giri geprägte Mentalität zu einer auf individualistischen Rechtsansprüchen basierenden gesetzlichen Sozialordnung in Widerspruch geraten.

Es kann bei der Befolgung dieser Verhaltensmuster nicht ausbleiben, daß sich in dem Einzelnen erhebliche Spannung aufbaut, weil seine wahren Gefühle und Wünsche der von ihm erwarteten Haltung widersprechen. Jeder muß lernen, wie er auf der äußeren und der inneren Seite alternierend oder kumulierend und integrierend zu handeln hat. Die äußere und die innere, also

zweifache Wirklichkeit hat im Bereich des Rechts ihre Folgen: zum einen sollen Konflikte nicht die Harmonie stören, daher werden sie vorzugsweise "hinter den Kulissen" bereinigt; zum anderen kann sich in der inneren Wirklichkeit eine Mißstimmung oder ein Mißtrauen gegen die Autorität des Vorgeordneten und seine Maßnahmen bilden, das schließlich ganz allgemein dazu führt, daß die wörtliche Befolgung genereller Anordnungen von "oben", d.h. der Gesetze nicht als höchstes Ziel des Lebens angesehen wird.

Bei dem Versuch, wichtige Merkmale der japanischen Rechtswirklichkeit zu verstehen, müssen wir außer den genannten Eigenheiten die japanische Denkungsart einbeziehen, die ebenfalls in Verbindung mit der Gruppenorientierung gebracht werden kann. Wenn das Hauptaugenmerk auf die gegenseitigen subjektiven Beziehungen gelegt und das Verhalten auf der Grundlage gegenseitigen Verständnisses und Vertrauens zwischen den "Subjekten" eingerichtet wird, besteht keine Notwendigkeit, bei Auffassungen und Äußerungen eines Menschen nach Logik und exakter Meßbarkeit zu verlangen; sie neigen vielmehr dazu, intuitiv und emotional zu sein. Gegenüber abstrakten, denkgesetzlichen Betrachtungen bevorzugen die Japaner in ihren Gedankenabläufen wirklich vorhandene, d.h. konkrete Gegenstände, die der unmittelbaren Anschauung zugänglich sind. Die rein japanische, d.h. nicht mit chinesischen Vokabeln durchsetzte Sprache ist nach Wörtern und Struktur schon nicht geeignet, logische Denkegebilde auszudrücken. Aus diesem Denkstil läßt sich die Abneigung gegen theoretisches Argumentieren herleiten; er ermöglicht zugleich eine Auswahl des Standpunkts aus Nützlichkeitserwägungen und führt zu pragmatischem Empirismus. Nüchterne Vernunft und Logik haben einen ganz untergeordneten Rang. Das Denken wird nicht vom Intellekt beherrscht, sondern ist gefühlsbetont, und damit geht eine gewisse poetische Unbestimmtheit und schwebende Vieldeutigkeit einher. Es besteht eine deutliche Aversion gegen "Schwarz-Weiß-Malen".

Alle diese miteinander verknüpften geistigen Rahmenbedingungen beeinflussen auch den Umgang mit dem vor rund 100 Jahren rezipierten westlichen Recht. Daß sich soziologische und psychologische Phänomene der geschilderten Art auch in unserem Rechtsdenken finden, möchte ich ausdrücklich anmerken; sie haben hier aber nicht den Rang und die Qualität, die ihnen in Japan zukommen. Die Rolle alles dessen, was ich - leider nur kurz - andeuten konnte, will ich beispielhaft in den drei klassischen Rechtsgebieten aufzeigen.

Im öffentlichen Recht verdient das Verwaltungshandeln durch *gyōsei-shidō* besondere Aufmerksamkeit. Diesen Begriff kann man übersetzen mit "Anleitung durch die Verwaltung". Es ist eine Handlungsform der Verwaltung, bei der ein Verwaltungsträger zur Erlangung eines Verwaltungszwecks mittels eines formal rechtswirksungslosen Verhaltens direkt auf einen Verwaltungsadressaten einwirkt mit der Erwartung, beim Verwaltungssadressaten ein gewisses Verhalten (Tun oder Unterlassen) zu erzielen. Dieses Handeln kommt beratend, regelnd oder richtend oder auch in einer Zusammensetzung dieser Funktionen vor. Als Beratung ist z.B. in der Umweltschutzpolitik die Konsultation zwischen Verwaltung und Unternehmen vor der

Inbetriebnahme von Produktionsanlagen zu nennen. Für eine regelnde Anleitung bietet der Nachbarschutz im Baurecht ein Beispiel: die Gebietskörperschaft setzt Maßstäbe für Bauvorhaben, die enger sind als die insoweit unzureichenden Vorschriften des Baurichtliniengesetzes. Die Maßstäbe können in der Gemeinde nicht rechtlich geregelt werden, weil das Baurichtliniengesetz als abschließende Regelung angesehen wird. Die regelnde Funktion wird zur schlichtenden, wenn ein Nachbarschaftsstreit droht oder entstanden ist. Die "Anleitung" kann in Auflagen bestehen, wie wir sie kennen, nur daß es sich eben nicht um einen Verwaltungsakt handelt, sondern um eine rechtsunverbindliche Empfehlung. Es ist in Japan nämlich sehr selten, daß die Behörde sofort einen Befehl erläßt oder einen begünstigenden Verwaltungsakt widerruft oder zurücknimmt. Für uns liegt es nahe, in der Verwaltungsform *gyōsei-shidō* einen inneren Widerspruch oder gar eine ihr innewohnende Absurdität zu sehen: die Verwaltung will steuernd eingreifen, appelliert aber an die Freiwilligkeit des Adressaten. Ganz so freiwillig ist die Entscheidung des Adressaten aber nicht immer: der Adressat als Unternehmer möchte sich für seine künftigen Aktivitäten das Wohlwollen der Verwaltung erhalten, der nicht kooperative Bauherr muß damit rechnen, daß sich die Baugenehmigung beträchtlich verzögert; oder die Behörde kündigt dem Unternehmen an, daß bei Nichtbefolgung der Anleitung der Fall unter Namensnennung öffentlich bekanntgemacht wird; oder die Subventionierung wird unerwartet problematisch. Einige örtliche Richtlinien für Bauvorhaben sehen sogar vor, daß der Nichtbefolger von der städtischen Wasserlieferung abgeschnitten wird (das ist in einem konkreten Fall vom Gericht allerdings nicht gebilligt worden). Vereinzelt findet sich eine gesetzliche Grundlage für solche Sanktionen, überwiegend aber nicht. Es sind keine rechtlichen Sanktionen. Der außergesetzliche Druck wird mit einer Erwägung gerechtfertigt, die unseren rechtsstaatlichen Vorstellungen nicht behagen will: die Befolgung der Anleitung liege ja durchaus im Interesse des Adressaten - er möchte doch schnell eine positive Entscheidung auf seinen Antrag haben und nach der Bewilligung Konflikte mit der Behörde oder interessierten Personen möglichst vermeiden. Festzuhalten ist aber, daß man fast stets zur Befolgung der Anleitungen grundsätzlich bereit ist, und diese Bereitschaft fließt aus hergebrachtem kooperativen Vertrauen in die Angemessenheit behördlicher Intentionen.

Gyōsei-shidō hat Vorteile (problemangemessene und flexible Reaktion der Verwaltung, Begünstigung politischer Initiativbereitschaft der Kommunen) und Nachteile (Zweifel an der Vereinbarkeit mit den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats). Auch bei uns gibt es informelles Verwaltungshandeln; dazu gehören auch Warnungen oder Empfehlungen des Staates, die vor allem dem Umwelt- und Gesundheitsschutz dienen. Und Ähnlichkeiten zum *gyōsei-shidō* finden wir in den "Zielfestlegungen" nach dem Abfallgesetz von 1986. Aber abgesehen von äußeren Verschiedenheiten beruht die Effektivität des informellen Verwaltungshandelns in Japan auf kulturellen, soziologischen und psychologischen Besonderheiten, von denen ich gesprochen habe. Japanische und deutsche Gelehrte weisen auf die vertikale Gesellschaftsordnung und auf die zweifache Wirklichkeit hin (s.o.). Ich meine,

daß auch weitere der vorhin genannten Merkmale dabei wirksam sind. Ich muß auch erwähnen, daß Beobachter der Praxis den Erfolg dieses Handelns nicht auf der Seite der Verwaltung sehen, wenn ganz große Unternehmen beteiligt sind, gegen deren Macht die Verwaltung nicht viel ausrichten kann.

Auf dem Gebiet des Zivilrechts möchte ich anknüpfen an das, was ich vorhin über die Herrschaft der deutsch-rechtlichen Methodik im Verlauf der Rezeption, gesagt habe. Die Methode der begrifflichen Argumentation durch ein lückenloses Verbinden logisch-deduktiver Aussagen mußte der japanischen Denkweise fremd bleiben. Die Kritik an der "deutschen Begriffsjurisprudenz" wurde immer lauter und brachte diese mehr und mehr in die Isolierung. Auf die einzelnen Entwicklungsabschnitte kann ich hier nicht eingehen. Seit etwa 20 Jahren ist die Methodendiskussion zur Ruhe gekommen und herrscht die Interessenabwägungslehre, die in der Rechtsanwendung zu zwei Verfahrensschritten führt: dem vorangehenden subjektiven Werturteil des Richters, das den Rechtsstreit entscheidet, und der anschließenden juristischen Begründung anhand des Gesetzes. Die juristische Konstruktion hat die rhetorische Funktion des Mittels der Überzeugung und ist austauschbar, wenn sie diese Funktion nicht erfüllt. Der substantielle Entscheidungsgrund, nämlich das Werturteil, muß nicht grundsätzlich offengelegt werden. Maßstab für das fallentscheidende Werturteil ist der gesunde Menschenverstand des japanischen Volkes, den der Richter unter Berücksichtigung aller vom Rechtsstreit berührter Interessen, nicht nur jener der unmittelbaren Parteien, erkennt. Welches Interesse ist schützenswert? lautet die zu beantwortende Frage. Dabei betrachtet der Richter die gesetzliche Regelung nicht als verbindlich.

Die großen - Aufsehen erregenden - Umweltschadenprozesse der 70er Jahre sind Beispiele für die Erfüllung der Forderung der Zivilrechtsmethodik, daß die Entscheidung des Gerichts an den gesunden Menschenverstand in der Gesellschaft oder die Wertvorstellungen der Mehrheit gebunden sein soll. Weitere Beispiele sind auch in der deutschsprachigen Literatur vermerkt. Eindrucksvoll ist in diesem Zusammenhang ein Urteil zu § 711 jap. BGB, der lautet:

Wer einen anderen getötet hat, ist dessen Eltern, Ehegatten und Kindern auch in dem Fall, daß sie keinen Vermögensschaden erlitten haben, zum Schadensersatz verpflichtet.

Das Landgericht Tokyo sprach auch der Großmutter eines Getöteten Schadensersatz zu, wie wenn das die selbstverständliche Folge der Gesetzesvorschrift wäre, und in einer Diskussion über dieses Urteil erläuterte ein Richter, unter den gegebenen Umständen wäre es doch zu bedauerlich gewesen, dies nicht zu tun, bloß weil die Großmutter in § 711 nicht genannt ist. Der Oberste Gerichtshof hat den Schmerzensgeldanspruch der nahen Verwandten auch auf die Schwägerin einer Getöteten erstreckt. Nur am Rande mache ich auf die Reihenfolge aufmerksam, in der das Gesetz die ersatzberechtigten Verwandten nennt: als erste erscheinen die Eltern!

Solcher Rechtsfindung entspricht der Stil der Urteile, die das Schwergewicht auf die Tatsachenschilderung legen; Kritiker sehen dabei das Problem, daß die Tatsachenfeststellung schon von dem richterlichen Werturteil beeinflußt sei. Rechtsprechung wird wohl berücksichtigt, aber wenig zitiert; die Lehre wird wenig berücksichtigt und gar nicht zitiert.

Auch diese Art der Entscheidungsfindung ist aus der japanischen Denkweise zu erklären. Der deutsche Rechtsanwender hätte insoweit starke Hemmungen zu überwinden. Ein erfahrener Jurist kann sich zwar oft auf sein Judiz verlassen; aber vor allem im Kollegialgericht bereitet er seinen Entscheidungsvorschlag durch ein sorgfältig auf das Gesetz, die Rechtsprechung und die Literatur gegründetes Gutachten vor, und wenn dieses Ergebnis mit dem Judiz nicht übereinstimmt, tritt dieses zurück. Zum Strafrecht habe ich schon vorhin etwas gesagt. Während die Rezeption westlichen Zivilrechts drei aufeinander folgende Schritte erkennen läßt

- Gesetzesrezeption, Theorienrezeption und die amerikanisch beeinflusste Übernahme problemorientierter Denkansätze, waren im Strafrecht die Theorienrezeption und die auf das konkrete Problem gerichtete Sicht zeitgleich und miteinander verwoben. Das noch geltende StGB von 1904 lehnt sich zwar an das deutsche Reichsstrafgesetzbuch an. Aber man kann sagen, daß für die Kodifikation derselbe Grundsatz galt, wie ihn Itô Hirobumi für die Meiji-Verfassung von 1889 ausgegeben hatte: einfache, unkomplizierte Bestimmungen, die genügend Flexibilität in der Anwendung bieten. Ziel des deutschen Strafrechts - jedenfalls in der Entwicklung seit dem Reichsstrafgesetzbuch - ist es dagegen, den Bereich des Verbotenen mit begrifflicher Schärfe genau zu erfassen. Es ist auf Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit ausgerichtet; das japanische StGB soll geschmeidige Ergebnisse ermöglichen, es ist auf die Gewinnung von Einzelfällgerechtigkeit angelegt. Es steckt nur den äußeren Rahmen für die Tätigkeit der Strafjustiz ab. Ein Beispiel zum Vergleich kann das deutlich machen: wenn ein deutsches Gericht die für Mord angedrohte absolute Strafe als unbillig vermeiden möchte, greift es zu einer auf die Spitze getriebenen Konstruktion, um den Täter zum Gehilfen herabzustufen (BGH im Staschinskij-Fall); der japanische Richter erreicht das billige Ergebnis mit dem gesetzlichen Strafrahmen für vorsätzliche Tötung (eine Unterscheidung in Mord und Totschlag gibt es nicht); er reicht von der Todesstrafe bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe, und eine Freiheitsstrafe von 3 Jahren kann sogar zur Bewährung ausgesetzt werden.

Für die japanische Auffassung vom StGB ist aus der Dogmatik die Lehre von der Strafunwürdigkeit von besonderem Interesse; sie spielte in den 60er Jahren und anfangs der 70er Jahre eine große Rolle. Sie besagt, daß nicht jede Rechtswidrigkeit für die Strafbarkeit genüge, sondern eine qualitativ und quantitativ gesteigerte Rechtswidrigkeit erforderlich sei. Eine verbreitete Meinung ging davon aus, daß Taten mit geringem Handlungs- oder Erfolgswert zwar tatbestandsmäßig, aber nicht rechtswidrig seien. Andere schlossen sogar den Tatbestand aus, weil dieser nur strafwürdiges Unrecht umschreibe. Bei der Erörterung dazu wurde der Gedanke der Sozialadäquanz herangezogen oder das römische Sprichwort "minimal non curat praetor". Diese Lehre macht das Gericht flexibel, das keine Möglichkeit hat, das Verfahren einzustellen, wenn es zu dem Ergebnis kommt, daß die angeklagte Tat zwar

rechtswidrig, aber aus irgendeinem Grunde nicht strafwürdig ist. Auch in der deutschen Lehre sind Gedanken zur Strafwürdigkeit entwickelt worden, und bei unseren Gerichten gibt es unterschiedliche Rechtswidrigkeitsbeurteilungen im Zusammenhang mit der "Verwerflichkeit" bei der Nötigung (Sitzstreiks, Verkehrsblockaden).

Der mehr symbolische Charakter und die wenig praxisbezogene Rolle des japanischen StGB zeigen sich darin, daß Kriminalisierung und Entkriminalisierung vielfach durch Nebengesetze bestimmt werden. Umweltverschmutzung, Geiselnahme und Luftpiraterie z.B. sind nach Nebengesetzen unter Strafe gestellt. Die Schwangerschaftsunterbrechung, die das japanische StGB kategorisch poenalisiert, um sie als Untat zu kennzeichnen, wird durch die Bescheidung von Indikationen im Eugenetik-Schutzgesetz, das nicht dem Strafrecht, sondern dem Sozialrecht angehört, weitgehend entkriminalisiert.

Die bei der Verfolgung von Straftaten gewünschte Elastizität findet im Opportunitätsprinzip der StPO ihren Ausdruck. Und schon die Polizei hat bei der Strafverfolgung ein weites Ermessen: Einsicht und eine schriftliche Entschuldigung erledigen viele Bagatelldfälle (ich sehe mich noch vor 30 Jahren am Tresen einer Polizeirevierwache, zu der ich wegen irgendeines Verstoßes gegen eine Bestimmung des Ausländerrechts vorgeladen war. Ich schrieb auf Anraten des Polizisten an Ort und Stelle eine demütige Entschuldigung, und höchst zufrieden klapperte der Beamte die Akte als abgeschlossen zu. Ich hatte das gezeigt, was vom Straftäter erwartet wird: Geständnis, Einsicht und Reue). Die Entschuldigung ist - auch beim zivilrechtlichen Schadensersatz - ein Mittel zur Wiederherstellung des gestörten Friedens; dabei kommt es nicht darauf an, daß man einen geringen Verschuldensgrad oder einen Rechtfertigungsgrund ins Feld führt. Die Geständniserwartung ist Ausfluß der starken Tendenz, Konflikte einverständlich zu lösen und nicht durch Konfrontation in der Hauptverhandlung. Die Geständnisbereitschaft bewirkt eine Verurteilungsquote von 99,6%. Das Protokoll über das Geständnis im Vorverfahren wird in der Hauptverhandlung verlesen; es wird als verlässlich angesehen, sei es vom Staatsanwalt oder einem Polizeibeamten aufgenommen worden. Die Strafrechtler werten diesen Umstand als ein Zeichen des Vertrauens der Bevölkerung in die Strafverfolgungsorgane, auch die Polizei, und das trifft sich mit dem, was ich zur Kooperation des Bürgers mit der Verwaltung gesagt habe.

Ich nähere mich dem Schluß. Wer einmal eine Sozial- und Rechtsgeschichte Deutschlands und Japans miteinander vergleicht, wird auf manche institutionelle Parallelen stoßen, die freilich nicht zeitgleich auftreten müssen. Das ist insbesondere für den langen Geschichtsabschnitt bemerkenswert, in dem beide Kulturkreise nichts voneinander wußten und eine gegenseitige Beeinflussung ausscheidet. Die Identität von Religion und Recht, die Einbindung des Menschen in eine oder mehrere Gruppen nach Verwandtschaft, Stand, Beruf, das Feudalwesen mit Lehen und Vasallentum, das Nutzungsrecht am Grundstück als Kern der sachenrechtlichen Beziehungen, die Herrschaft des Wohnheitsrechts neben dem gesetzten Recht der Regierenden und anderes mehr ist zu nennen. Golo Mann hat die Vermutung formuliert, es

müßte der Mensch, nachdem er sich einmal auf das Abenteuer der Kultur eingelassen, nicht gleiche, aber vergleichbare Wege gehen. Unsere Wege haben sich dann aber getrennt. Japan hat eine geistige und kulturelle Bewegung entsprechend der europäischen Renaissance nicht erlebt. Sie brachte im Abendland die Wiederentdeckung des Menschen - seine von ihm selber frei zu schaffende Würde trat an die Stelle der Gewißheit, daß die Aufgabe des Menschen darin bestehe, einen festen Platz in der von Gott geschaffenen Ordnung auszufüllen; sie brach mit dem Einverständnis, das den Menschen des Mittelalters in seiner Umwelt hielt. Als die Renaissance in Europa um 1600 in voller Blüte stand, waren schon einige Jahrzehnte lang portugiesische, spanische, holländische und englische Handelsleute und jesuitische Missionare nach Japan gekommen, auch waren japanische Reisende bis nach Rom gelangt. Der Geist der Renaissance fand jedoch keinen Eingang in Japan, und als sich das Land bald darauf gegen den Verkehr mit dem Ausland verschloß, war die Möglichkeit abgeschnitten, europäische Kulturströmungen kennenzulernen. Will man von einer Renaissance in Japan sprechen, kann man nur an die vehemente Rückbesinnung auf den Konfuzianismus ab dem 17. Jahrhundert denken, der das Mittelalter hindurch hinter dem herrschenden Buddhismus zurückgestanden hatte, nun aber gerade das verhärtete, von dem die europäische Renaissance den Menschen freigesetzt hatte. Auch hat Japan nichts erfahren, was der Aufklärung entspräche, der Befreiung des wissenschaftlichen und philosophierenden Geistes von den Banden der Theologie, der Auflösung des Zusammenhangs mit göttlicher Offenbarung, mit Autorität und Tradition, der Entzündung des Lichts der Vernunft. Ja, selbst als Japan im vorigen Jahrhundert daran ging, die Errungenschaften der westlichen Kultur aufzusaugen, blieben herkömmliche Werte, die in Europa ihre Dominanz verloren hätten, bewußt erhalten, allen voran das *kokutai*, jenes spezifisch japanische Nationalwesen, das auf den Kern gebracht die Auffassung ist, daß Japan seit seiner Entstehung als Staat von einer Linie der Abkömmlinge der Sonnengöttin regiert worden ist und regiert werden soll, daß Treue gegenüber dem Herrscher und kindlich-ehrfürchtige Liebe gegenüber den Eltern die Grundlage aller Sittlichkeit ist. Shintoistischer Glaube und konfuzianische Lehre reichen sich hier die Hand. *Kokutai* als Staatsgedanke hat religiöse, moralische und politische Aspekte; es war das alles umfassende Medium zu gesellschaftlicher Einheit und Ordnung. Die erste moderne Verfassung von 1889 stellte es an den Anfang ihres Textes, und der kaiserliche Erziehungserlaß von 1890, der diese Ideologie zusammenfaßte, wurde die Grundlage allen Unterrichts in Moral und Staatsbürgerkunde. Im geschriebenen Staatsrecht findet sich heute nichts von der *kokutai*-Ideologie, ob sie dennoch - vielleicht inhaltlich verändert - fortlebt, wird als Frage immerhin gestellt.

Ich habe an Beispielen aus dem heutigen Rechtsverständnis in Japan darzustellen versucht, daß althergebrachte Kulturerscheinungen bei der Auslegung und Anwendung des modernen Rechts noch wirksam sind. Wenn wir japanische Gesetze lesen, begegnen uns bekannte juristische Begriffe und Gestaltungen. Aber wir dürfen nicht sicher sein, daß Interpretation und Praxis denselben Weg gehen und zu demselben Ergebnis führen, wie wir es erwarten, denn wir haben

es eben nicht mit deutschem, französischem oder amerikanischem, sondern japanischem Recht zu tun.

Prof. Dr. Peter Hay: "Strafschadensersatz im U.S.-amerikanischen Zivilprozeß"*

Veranstaltungsbericht

von Rechtsreferendarin Dr. Sabine Haunhorst, Osnabrück

Am 12. Februar 1993 durfte die IJVO - nunmehr bereits zum zweiten Male - Prof. Peter Hay, Atlanta/Bonn, in Osnabrück begrüßen.

Sein neuerlicher Vortrag beschäftigte sich mit der Anerkennung und Vollstreckung eines auf sog. punitive damages erکنnenden US-amerikanischen Urteils in der Bundesrepublik Deutschland. Anlaß gab eine Entscheidung des BGH v. 04. Juni 1992**, die sich in ungewöhnlicher Breite mit diesem Problem auseinandersetzt.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Beklagte, ein Deutscher Amerikaner, den - zum Tatzeitpunkt noch minderjährigen - Kläger (Amerikaner) in Kalifornien sexuell mißbraucht, woraufhin der Beklagte zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde.

Er entzog sich der Strafe durch Flucht in die Bundesrepublik. Dort erwirkte der Kläger eine Verurteilung in einem zivilrechtlichen Verfahren, das zur gleichen Zeit wie das strafrechtliche in Kalifornien rechtshängig geworden war. Das kalifornische Gericht sprach ihm einen Schadensersatzanspruch in Höhe von insgesamt 750.000 US-Dollar zu. Über 50% der Summe, 400.000 US-Dollar, machten die sog. "exemplary and punitive damages" aus.

Der Versuch des Klägers, die Vollstreckbarkeit des Urteils in der Bundesrepublik zu erreichen, war nur teilweise erfolgreich.

Zwar erkannte das Landgericht das Urteil insgesamt für vollstreckbar, doch urteilte das OLG zurückhaltender. Es erklärte die Vollstreckbarkeit nur in Höhe von 275.325 US-Dollar. Diese Quote orientierte sich maßgeblich an den durch den Superior Court ausgeteilten Anwalts-

* Vortrag, gehalten am 9. Februar 1993; vgl. Peter Hay: The recognition and enforcement of American-Money-Judgements in Germany abgedruckt in The American Journal of Comp. Law 1993, S. 729

** Aktz. - IX ZR 149/91 -, abgedruckt in NJW 1992, S. 3096

kosten. So wie das US-Gericht hatte sicherstellen wollen, daß der Schadensersatz den Kläger auch tatsächlich erreicht, wollte das OLG dem Kläger auf diese Weise wohl mindestens die Kostenlast abnehmen.

Der 11. Senat des BGH schließlich führte aus, ein ausländisches Urteil auf Strafschadensersatz von nicht unerheblicher Höhe, der über den Ausgleich erlittener materieller und immaterieller Schäden hinaus pauschal zuerkannt werde, könne insoweit in Deutschland regelmäßig insgesamt nicht für vollstreckbar erklärt werden.

Die Karlsruher Richter verneinten die Anerkennungsfähigkeit des Urteils in Bezug auf die punitive damages unter Hinweis auf den deutschen materiellen ordre public gem. §§ 723 II 2, 328 I Nr. 4 ZPO. Die moderne deutsche Zivilrechtsordnung sehe als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich (§§ 249 ff. BGB), nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor. Die Bestrafung und schuldangemessene Abschreckung sei dem Strafrecht vorbehalten. Die Tatsache, daß anstelle des Staates der einzelne als privater Staatsanwalt aufträte, sei mit dem deutschen Bestrafungsmonopol des Staates nicht zu vereinbaren. Daran ändere auch die Existenz einer Vertragsstrafe oder die anerkannte Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes im deutschen Recht nichts.

Ferner könne keine Anerkennung unter dem Gesichtspunkt der Abwälzung der Kostenlast in Betracht kommen.

Die von Prof. Hay im Ergebnis befürwortete Entscheidung des BGH ist sowohl in dogmatischer als auch in rechtspolitischer Sicht interessant.

Einerseits sind die punitive damages wegen ihrer mittlerweile erreichten Dimensionen in den USA alles andere als unumstritten. Ihrer Funktion nach sind die punitive damages einerseits Schadensersatz, andererseits aber auch Sanktionsmittel, für den Fall, daß dem Täter ein absichtliches, bösertiges oder rücksichtsloses Fehlverhalten vorzuwerfen ist. Darüberhinaus dienen punitive damages auch der Prävention, zur Rechtsdurchsetzung und zum Ausgleich einer als unzureichend empfundenen Schadensbeseitigung. Die Verhängung steht regelmäßig im Ermessen des Gerichts. Die Höhe der jeweils zuerkannten Beträge wird dabei unter Berücksichtigung des Charakters der Verletzungshandlung, der Art und des Ausmaßes der Beeinträchtigung für den Kläger aber auch der Vermögensverhältnisse des Schädigers festgesetzt. Andererseits handelt es sich dabei unzweifelhaft jedoch - auch nach Ansicht des BGH - um einen zivilrechtlichen Anspruch.

Die hinter dem Strafschadensersatz stehende Überlegung, insbesondere im praktisch relevanten Bereich der Produkthaftung Einsparungen auf Kosten der Produktsicherheit finanziell unattraktiv werden zu lassen, ist zweifellos begrüßenswert. Auch mit Blick auf das andersartige Kostensystem der USA ist eine Schadensersatzhöhung angebracht. Das US-amerikanische Gericht hat in der o.g. Entscheidung - wie Prof. Hay betonte erstmals explizit - einen quotalen Anteil von hier 40 % des ausgeteilten Betrages dem Anwalt zugewiesen. Regelmäßig vereinbart der Mandat mit seinem Anwalt ein Erfolgshonorar, das sich prozentual an dem erzielten Schadensersatzanspruch Betrag orientiert. Gewinnt der Kläger den Prozeß, - nur dann - verdient auch der Anwalt. Soll also dem Geschädigten ein Betrag in bestimmter Höhe zum Schadensausgleich zukommen, muß das dem Anwalt zustehende Honorar auf diese Summe aufgeschlagen werden. Dennoch erscheint es fraglich, ob die Schaffung eines Strafschadensersatzes der rechte Weg ist, diesen Umständen Rechnung zu tragen.

Ungeachtet dieser Problematik muß die Entscheidung des BGH aus zweierlei Gesichtspunkten in Frage gestellt werden.

Nicht nur, daß das deutsche Gericht bei der Prüfung der Anerkennungsfähigkeit dadurch über den erlaubten Prüfungsumfang hinausgegangen ist, daß es Vermutungen über Natur und Höhe der durch Schmerzensgeld und punitive damages abzugelenden Ansprüche anstellte. Seine Entscheidung scheint weniger eine Ergebniskontrolle zur Ermittlung der ordre public-Widrigkeit, als vielmehr eine erneute Sachentscheidung zu sein. Dies ist zwar auf der Grundlage der §§ 328 I Nr. 4, 723 II 2 ZPO an sich nicht zulässig, wohl aber praktisch unvermeidbar. Wie hätte auch der BGH im Rahmen einer bloßen Ergebniskontrolle begründen sollen, daß ein auf Geldzahlung gerichteter Schadensersatzanspruch mit der deutschen Rechtsordnung unvereinbar sei. Allein die Höhe des Anspruchs kann aber wohl kaum der deutschen Rechtsordnung entgegenstehen, es sei denn, alles das wäre ordre public-widrig, was ein deutscher Richter bei der Anwendung deutschen Rechts nicht zugesprochen hätte.

Dabei ist es auch bemerkenswert, daß der fehlende "Inlandsbezug" des Sachverhalts, den der BGH für die Anerkennung des hohen Schmerzensgeldanspruchs entscheidungserheblich war, bei der Beurteilung der punitive damages unberücksichtigt blieb.

Auch das dogmatische Argument, der Strafschadensersatz passe nicht in das deutsche Rechtssystem, überzeugt wenig. Schon die Qualifikation der punitive damages als zivilrechtlichen Anspruch im deutschen wie im amerikanischen Recht läßt insoweit bereits zweifeln. Endgültig läuft dieses Argument leer, wenn man die im deutschen Recht zu findenden Rechtsinstitute der Vertragsstrafe, des Schmerzensgeldes und der entgangenen Lizenzgebühr betrachtet - jeweils Instrumente - auch - der Sanktion. Ferner kennt das deutsche Strafrecht mit dem Institut der Nebenklage gleichfalls eine Schnittstelle zum Zivilrecht, in der die Partei - systemwidrig - als "Staatsanwalt in eigener Sache" auftritt.

Somit kennt das deutsche Recht nicht nur systemdurchbrechende Rechtsinstitute zwischen Zivil- und Strafrecht, sondern auch die den punitive damages zugrundeliegenden Haftungsgründe und -folgen. Allein in ihrer konkreten Ausgestaltung sind die punitive damages dem deutschen Recht unbekannt. Daraus jedoch zu folgern, es bestehe ein so starker Widerspruch zu den im deutschen Recht vorhandenen Regelungen und ihren Gerechtigkeitsvorstellungen, daß die Anwendung des ausländischen Rechts untragbar sei, erscheint äußerst fragwürdig.

Resumierend bleibt festzuhalten, daß die im Ergebnis wohlmöglich richtige Entscheidung des BGH argumentativ nicht zu überzeugen vermag.

Die Grundlagen des niederländischen Deliktsrechts

von mr. Jeroen Antonides, Osnabrück

Es möge klar sein, daß das Thema dieses Aufsatzes zu breit angelegt ist, um alles, was das niederländische Deliktsrecht anbelangt, heute für Sie im Detail erläutern zu können⁽¹⁾. Daher werde ich mich auf die Systematik, die unerlaubte Handlung für eigenes Fehlverhalten und die Haftung für Personen und Sachen nach dem neuen *Burgerlijk Wetboek*⁽²⁾ beschränken. Abschließend werde ich Ihnen noch einiges über die Haftung im Straßenverkehr sagen.

I. SYSTEMATIK DES DELIKTSRECHTS

Das neue *Burgerlijk Wetboek* ist in 8 Bücher aufgliedert worden. Buch 6 behandelt das allgemeine Schuldrecht, und in dessen Abteilung 6.1.10 (Artt. 6:95-6:110) ist das Schadensersatzrecht geregelt, das sowohl für die vertragliche als für die außervertragliche Haftung gilt. In Titel 6.3 (Artt. 6:162-197) findet das Recht der unerlaubten Handlung in fünf Abteilungen seine Regelung⁽³⁾:

Abt. 1 Allgemeine Bestimmungen (Artt. 6:162-168)

Abt. 2 Die Haftung für Personen und Sachen (Artt. 6:169-184)

Abt. 3 Die Produkthaftung (Artt. 6:185-193)

1 Deutschesprachiges Schrifttum über die unerlaubte Handlung u.a.: Holbein, Die neuere Entwicklung des niederländischen außervertraglichen Haftungsrechts (Diss. 1980); Vranken, Einführung in das neue Niederländische Schuldrecht. Teil II: Das Recht der unerlaubten Handlung, Schadensersatz- und Bereicherungsrecht (AcP 191, 1991, S. 411 ff.); Hondius/van Dam, Länderbericht Niederlande, in: Bar, Christian v. (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa (Köln 1993)

2 Das niederländische Zivilgesetzbuch, im folgenden auch mit BW abgekürzt, Buch 3, 5 und 6 am 1.1.1992 in Kraft getreten

3 Neben der Regelung im Titel 6.3 *Burgerlijk Wetboek* gibt es Sondergesetze, die Haftungsfragen behandeln, wie z.B. das Straßenverkehrsgesetz, das Eisenbahngesetz, das Gesetz zur Haftung bei atomaren Unfällen und das Jagdgesetz. Im Buch 8 des *Burgerlijk Wetboek* sind Sonderbestimmungen für die Haftung im Sportrecht zu finden.

Abt. 4 Die irreführende Werbung (Artt. 6:194-196)

Abt. 5 Vorläufige Regelung der Regreßansprüche (Art. 6:197)

II. DIE HAFTUNG FÜR EIGENES FEHLVERHALTEN

Die Voraussetzungen für die Haftung aus unerlaubter Handlung sind:

(folgend aus Art. 6:162 Abs.2 BW:)

1. eine *onrechtmatige daad* (unerlaubte Handlung)

2. Zurechenbarkeit der unerlaubten Handlung zum Täter

3. Schaden bei dem Opfer

(folgend aus Art. 6:98 BW:)

4. Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und der unerlaubten Handlung

(und folgend aus Art.6:163 BW:)

5. Zusammenhang zwischen dem Zweck der verletzten Norm und den geschädigten Interessen: 'Normschutzzweck'

Ad 1 *onrechtmatige daad*

Was unter einer unerlaubten Handlung verstanden wird, beschreibt Art. 6:162 Abs.2 in drei Kategorien(4):

a. die Verletzung eines subjektiven Rechts(5)

4 Auch vor dem Inkrafttreten des *Burgerlijk Wetboek* von 1992 wurde bereits seit 1919 (HR 3.1.1.1919, NJ 1919, 161 'Lindenbaum/Cohen') 'de onrechtmatige daad' (die unerlaubte Handlung) in Art. 1401 BW (alt) mit den jetzt in Art. 6:162 Abs.2 kodifizierten Kategorien ausgelegt.

5 Als subjektive Rechte sind in der Rechtsprechung anerkannt worden: 1. Die dinglichen und anderen absoluten Rechte, 2. Die Persönlichkeitsrechte, 3. Besondere Rechte, wie das Bewohnungsrecht eines Mieters.

b. die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht des Handelnden(6)

c. die Verletzung des ungeschriebenen Rechts oder der im gesellschaftlichen Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

Die letzte Kategorie hat eine große praktische Bedeutung für die Fälle, in denen keine Verletzung eines subjektiven Rechts und auch kein Verstoß gegen gesetzliche Pflichten vorliegen.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist z.B. der Fall eines entwurzelten Baumes(7).

In einem Sturm fiel ein Baum von dem benachbarten Grundstück des X auf das Dach des Nachbarn Y. Um das Dach reparieren zu können, sollte der Baum direkt entfernt werden. Der X unterließ aber, auch nachdem er in Kenntnis gesetzt worden war, die Entfernung des Baumes. Das Eigentumsrecht des Y war verletzt worden, und der Nachbar X sollte diese Eigentumsverletzung aufgrund der im gesellschaftlichen Verkehr erforderlichen Sorgfalt rückgängig machen. Da X das nicht tat, handelte er gegenüber Y unerlaubt.

Ad 2 *Zurechenbarkeit der unerlaubten Handlung*

Art. 6:162 Abs.3 BW geht von dem Prinzip der Zurechenbarkeit aus. Eine unerlaubte Handlung ist dem Täter zuzurechnen, wenn sie:

A. schuldhaft verursacht worden ist, B. kraft Gesetzes, oder C. kraft Verkehrsauffassung ihrer Risikosphäre zuzuordnen ist.

Ob eine unerlaubte Handlung schuldhaft begangen worden ist, ist zu beurteilen anhand der Person des Täters. Also wird hier ein subjektiver Schuldbegriff angewendet. Jedoch besagt dies nicht alles, da Kinder unter 14 Jahren nie für ihre unerlaubten Handlungen haften (Art. 6:164 BW), obwohl das Fehlverhalten ihnen in vielen Fällen im Grunde doch vorgeworfen werden kann(8). Dagegen kann in den Fällen, in denen einem Täter subjektiv die unerlaubte Handlung nicht vorgeworfen werden kann, die unerlaubte Handlung ihm doch zugerechnet werden, wenn sie nach dem Gesetz oder der Verkehrsauffassung ihm angelastet werden soll. Nach dem Gesetz kann z.B. dem körperlich Behinderten oder dem Geistesgestörten eine unerlaubte Handlung zugerechnet werden, obwohl sein Handeln ihm nicht vorzuwerfen ist (Art. 6:165

6 Unter Handeln ist ein Tun oder Unterlassen zu verstehen.

7 HR 7.5.1982, NJ 1983, 478

8 Vgl. für das alte BW (Art. 1401 BW) z.B. HR 9.12.1966, NJ 1967, 69 Joke Stapper.

BW). Der Gedanke des Gesetzgebers ist, daß der Behinderte oder sein Betreuer die Risiken der Behinderung am besten kennt und der Behinderte dagegen versichert werden kann.

Ad 3 *Schaden*

Für die Begründung der außervertraglichen Haftung reicht es, daß der Kläger irgendeinen Nachteil erlitten hat. Welche Schäden genau ersetzbar sind, regeln die Artt. 6:95 ff. BW. Erlittener Verlust und entgangener Gewinn stellen die ersetzbaren Vermögensschäden dar. Immaterieller Schadensersatz kann nur unter bestimmten Voraussetzungen, die das Gesetz bestimmt, zugewiesen werden (Art. 6:106 BW). So sind die Fälle zu erwähnen, in denen der Täter vorsätzlich dem anderen immateriellen Schaden zufügt, oder der für die Praxis wichtige Fall, daß die Person des Geschädigten verletzt worden ist, also bei einer Körperverletzung oder einer Verletzung der Ehre. Die Höhe des Schadensersatzes bei immateriellen Schäden kann der Richter nach Redlichkeit und Billigkeit feststellen (Art. 6:106 S.1 BW). Auch bei den Vermögensschäden hat der Richter die Möglichkeit, den Schadensersatz zu ermäßigen (Art. 6:109 BW). Wichtige Umstände für die gerichtliche Ermäßigung des Schadensersatzes können die Art der Haftung, die Beziehung zwischen den Parteien und die finanzielle Tragkraft der Parteien sein. Auch wenn eine Versicherung dem Geschädigten ausgezahlt hat, kann das Einfluß auf die Höhe des Schadensersatzes haben.

Ad 4 *Kausalzusammenhang*

Zwischen der unerlaubten Handlung und dem erlittenen Schaden soll es selbstverständlich einen Kausalzusammenhang geben, um den Beklagten haften zu lassen. Das Kausalzusammenhangskriterium der *Conditio sine qua non* ist wesentlich zu breit, da jede Handlung in der Kausalkette eine Ursache für den erlittenen Schaden begründet. Bei dem Kriterium der *Conditio sine qua non* wird immer die Frage gestellt: wäre der Schaden auch eingetreten, wenn die umstrittene Handlung nicht durchgeführt worden wäre? Wenn nein, dann haftet der Beklagte. Übertrieben gesagt stellt sogar die Erzeugnisstat der Eltern des Beklagten eine *Conditio sine qua non* dar, und nach dieser Lehre wären die Eltern haftbar, weil ohne diese Tat auch der Täter nicht geboren wäre und damit auch der Schaden nicht entstanden wäre. Das Kriterium der *Conditio sine qua non* wird in Art. 6:98 BW korrigiert durch das Kausalitätskriterium der Zurechnung nach Redlichkeit. Der juristisch relevante Kausalzusammenhang nach dem Kriterium der Zurechnung nach Redlichkeit wird nach der Art der Haftung und der Art des Schadens beurteilt. So wird ein Kausalzusammenhang eher angenommen, wenn eine Person verletzt oder getötet worden ist, als wenn es Sachschaden gibt. Je größer das Verschulden der unerlaubten Handlung ist, desto eher wird ein juristischer Kausalzusammenhang zwischen der unerlaubten Handlung und dem Schaden angenommen.

Ad 5 *Normschutzzweck*

In Art. 6:163 BW ist die Lehre vom Schutzzweck der Norm kodifiziert worden. Für die Haftung aus unerlaubter Handlung ist es erforderlich, daß die verletzte geschriebene oder ungeschriebene Norm den Zweck hat, den Geschädigten und seine Interessen zu schützen.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung ist der sog. Zahnarztfall(9).

In einer größeren Gemeinde mit 15 praktizierenden Zahnärzten fing eine Person ohne Befugnis und damit im Streit mit dem Strafgesetz (Art. 436 Sr) an, eine Zahnarztpraxis auszuüben. Die 15 legal ihre Praxis ausübenden Zahnärzte verklagten den 'illegalen' Zahnarzt aus einer unerlaubten Handlung wegen erlittenen Schadens, bestehend aus den entgangenen Einnahmen. Die verletzte Norm im Strafgesetz schützt nicht die Interessen der Zahnärzte, sondern die Interessen der Patienten und der Öffentlichkeit. Der Hoge Raad urteilte weiter, daß zwar Art. 436 Sr die Interessen der Zahnärzte nicht schützt, aber daß der 'illegale' Zahnarzt möglicherweise ungeschriebene Normen verletzt habe, die den Zweck haben, die legalen Zahnärzte gegen illegale Kollegen zu schützen. Das angewiesene Gericht(10) urteilte, daß der illegale Zahnarzt eine ungeschriebene Schutznorm verletzt habe, und gab der Klage statt.

III. DIE HAFTUNG FÜR ANDERE

1. Haftung von und für Kinder

1.1 Kinder jünger als 14 Jahre

Ein Kind jünger als 14 Jahre alt kann nach Art. 6:164 BW nie für sein Fehlverhalten selbst haftbar gemacht werden. Dagegen kann das Opfer einer unerlaubten Handlung eines Kindes die Eltern oder den Vormund aus Art. 6:169 BW verklagen. Art. 6:169 Abs.1 BW belastet damit die Eltern mit einer echten *Risiko-aansprakelijkheid* (Gefährdungshaftung) für das Fehlverhalten ihres Kindes. Das Verhalten des Kindes wird verglichen mit dem Verhalten eines Erwachsenen. Die Eltern des Kindes haften, wenn das Verhalten des Kindes auch bei einem Erwachsenen eine zurechenbare unerlaubte Handlung ergeben würde. Erwähnenswert ist, daß die Handlung des Kindes aus einem 'Tun' bestehen muß. Damit haften die Eltern nicht in den

9 HR 17.1.1958, NJ 1961, 568

10 Hof 's-Hertogenbosch 3.3.1959, NJ 1959, 545

Fällen, in denen das Fehlverhalten des Kindes aus einem Unterlassen besteht. In diesem Zusammenhang wird immer wieder der Fall des stürzenden Bäckers(11) erwähnt.

Zwei spielende Kinder unterließen es, den Bäcker vor einer über der Straße gespannten Schnur zu warnen. Der Bäcker stürzte und erlitt Schaden. Der Hoge Raad urteilte, daß das Bewußtsein einer Gefahr bei den Kindern nicht vorhanden war und damit eine unerlaubte Handlung der Kinder nicht vorlag.

1.2 Kinder von 14 oder 15 Jahren

Wenn das Kind 14 oder 15 Jahre alt ist und eine unerlaubte Handlung begangen hat, haften im Prinzip die Eltern oder der Vormund nach Art. 6:169 Abs.2 BW. Hier wird vermutet, daß die Eltern ihre Aufsichtspflicht verletzt haben. Die Eltern oder der Vormund können sich entlasten durch den Beweis, daß sie die unerlaubte Handlung des Kindes nicht verhindern konnten. In der Regel wird ein solcher Beweis nicht schwer zu liefern sein, da allgemein bekannt ist, daß 14- und 15jährige praktisch nicht ständig beaufsichtigt werden können. Unverringert bleibt für den Geschädigten die Möglichkeit bestehen, den jugendlichen Täter aus Art. 6:162 BW zu verklagen, wenn ihm die unerlaubte Handlung zugerechnet werden kann.

1.3 Kinder von 16 Jahren und älter

Kinder von 16 Jahren oder älter haften normal für ihr eigenes Fehlverhalten aus Art. 6:162 BW. Möglicherweise haften die Eltern aus Art. 6:162 Abs.2 wegen einer Verletzung der Aufsichtspflichten. Ob die Eltern noch Aufsichtspflichten haben, soll an der Selbständigkeit des Kindes beurteilt werden. So kann es vorkommen, daß die Eltern nach Art. 6:162 Abs.2 haften, wenn das Kind ohne Führerschein mit einem Auto einen Unfall verursacht, weil die Eltern ihre Aufsichtspflichten verletzt haben.

2. Haftung für Arbeitnehmer, Hilfspersonen und Vertreter

2.1 Haftung für Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer, der durch ein Fehlverhalten, oder anders gesagt, durch eine zurechenbare unerlaubte Handlung in der Ausübung seiner Arbeit einem Dritten Schaden zufügt, haftet nach Art. 6:170 Abs.1 i.V.m. Art. 6:102 BW gesamtschuldnerisch mit dem Arbeitgeber. In dem Innenverhältnis kann der angesprochene Arbeitnehmer, soweit ihm keine grobe Fahrlässigkeit oder vorsätzliches Handeln vorgeworfen werden kann, Rückgriff auf den Arbeitgeber nehmen. Umgekehrt kann der angesprochene Arbeitgeber Rückgriff auf den Arbeitnehmer nehmen,

wenn dieser den Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht hat (Art. 6:170 Abs.3 i.V.m. 7A:1639 da BW).

2.2 Haftung für Hilfspersonen

Der Auftraggeber haftet, wie nach der Regelung für die Haftung für Arbeitnehmer, gemäß Art. 6:171 BW für die zurechenbaren unerlaubten Handlungen für selbständige Hilfspersonen, d.h. in der Regel für Subunternehmer, in der Ausübung des Betriebes des Auftraggebers.

2.3 Haftung für Vertreter

Der Auftraggeber haftet gem. Art. 6:172 BW für die zurechenbare unerlaubte Handlung seines Vertreters in der Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse. Die Haftung des Vertreters für eigenes Fehlverhalten aus Art. 6:162 Abs.2 BW bleibt unvermindert bestehen.

IV. DIE HAFTUNG OHNE VERSCHULDEN

1. Die Haftung für Sachen

Der Besitzer einer mangelhaften beweglichen Sache haftet nach Art. 6:173 BW aus einer Gefährdungshaftung für den durch diese Sache bei Dritten verursachten Schaden. Eine Sache wird als mangelhaft betrachtet, wenn sie nicht den Anforderungen entspricht, die man unter den gegebenen Umständen an die Sache stellen darf. Ein Verschulden oder eine Rechtswidrigkeit wird hier für die Haftung des Besitzers nicht verlangt. Auch der Besitzer einer mangelhaften unbeweglichen Sache haftet aus einer Gefährdungshaftung, und zwar nach Art. 6:174 BW. In diesem Artikel wird der Begriff des 'Bauwerkes' verwendet. Unter Bauwerk werden Gebäude und Einrichtungen verstanden, die mittelbar oder unmittelbar mit dem Boden dauerhaft verbunden sind.

2. Die Haftung für Tiere

Auch der Tierbesitzer haftet aus einer Gefährdungshaftung. Art. 6:179 BW bestimmt, daß der Halter des Tieres für den erlittenen Schaden des Geschädigten haftet, wenn das Tier den Schaden durch eigenmächtiges Verhalten verursacht hat. Wenn das Tier auf einen Befehl des Halters reagiert, haftet der Halter nach Art. 6:162 Abs.2 BW.

V. DIE HAFTUNG IM STRASSENVERKEHR

1. Allgemeine Regelung

Die Hauptregel ist, daß bei einem Straßenverkehrsunfall Art. 6:162 Abs.2 BW anzuwenden ist. Eine besondere Regelung gibt es aber in Art. 31 *Wegenverkeerswet* (WVW)(12) für die Fälle, in denen ein Fußgänger oder ein Fahrradfahrer mit einem Kraftfahrzeug zusammenstößt.

Art. 31 WVW hat zum Ziel, diese Gruppen, als die schwächeren im Verkehr, besonderes gegen den motorisierten Verkehr zu schützen.

2. Art. 31 WVW

Art. 31 WVW bestimmt, daß der Eigentümer bzw. der Halter (im nachfolgenden auch als Eigentümer angedeutet) des Kraftfahrzeuges bei einem Zusammenstoß mit einem Fußgänger oder einem Fahrradfahrer für den Schaden haftet. Der Eigentümer des Kraftfahrzeuges kann sich nur von der Haftung befreien, wenn der Zusammenstoß auf höherer Gewalt beruht. Unter höherer Gewalt in Art. 31 Abs. 1 WVW ist auch ein Verschulden von anderen zu verstehen.

3. Die neueste Rechtsprechung

In der letzten Zeit hat der Hoge Raad eine Reihe von Urteilen erlassen, die die Haftung zu Lasten des Eigentümers des Kraftfahrzeuges erschweren. Der Hoge Raad hat geurteilt, daß der Eigentümer des schadenverursachenden Fahrzeugs grundsätzlich für den Schaden des jugendlichen Fußgängers oder Radfahrers unter 14 Jahren voll haftet. Nur wenn das Kind den Unfall vorsätzlich oder durch bewußt fahrlässiges Handeln verursacht hat, kann der Eigentümer des Kraftfahrzeuges sich von der Haftung befreien (13). Wenn der Fahrradfahrer oder Fußgänger älter als 14 Jahre ist, haftet der Eigentümer des Kraftfahrzeuges mindestens für 50% des erlittenen Schadens des Fahrradfahrers oder Fußgängers. Auch hier gilt wieder, daß der Eigentümer sich entlasten kann, wenn der Fahrradfahrer den Unfall grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat. Für die übrigen 50% des Schadens ist es entscheidend, inwiefern der Fahrradfahrer oder Fußgänger zu der Verursachung des Unfalls beigetragen hat (14).

12 Straßenverkehrsgesetz, Stb. 1935, 554, geändert bei Stb. 1989 und am 1.1.1992 in Kraft getreten

13 HR 1.6.1990, NJ 1991, 720; HR 31.5.1991, NJ 1991, 721

14 HR 28.2.1992, RvdW 1992, 72, VR 1992, Nr. 93

Diese von dem Hoge Raad gebildete Regelung gilt aber nicht für Versicherer oder Krankenkassen, die Rückgriff aufeinander zu nehmen versuchen (15).

Der Schutz primärer Vermögensinteressen im niederländischen Deliktsrecht*

von Rechtsreferendar Dr. Jürgen Mertz, Berlin

I. Einleitung

Mit dem Referat "Der Schutz primärer Vermögensinteressen im niederländischen Deliktsrecht" möchte ich Sie in eine Thematik einführen, die für den deutschen Juristen von besonderem Interesse ist. Der Schutz primärer Vermögensschäden, d.h. von Vermögensschäden, "die nicht durch die Verletzung des Eigentums, der körperlichen Integrität oder eines sonstigen jedermann gegenüber wirkenden (und deshalb in der deutschen Rechtsterminologie 'absolut' genannten Rechtes) vermittelt wurden"¹, war nach der Konzeption des Deliktsrechts des BGB nicht vorgesehen. Das hatte in Deutschland zur Folge, daß mit einer Vielzahl von Hilfskonstruktionen gearbeitet werden mußte, um entstandene Lücken im Rechtsschutz zu schließen. So wurde von der Rechtsprechung schon früh das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschaffen, um den Unternehmensschutz abzurufen; als neuere Entwicklung ist der stillschweigend geschlossene Auskunftsvertrag zu nennen, mit dem die Fälle der Expertenhaftung erfaßt werden können.

Ich möchte nun versuchen, Ihnen aufzuzeigen, welche Entwicklung das niederländische Recht auf diesen Gebieten genommen hat. Zuvor sollen die Grundbausteine des Rechts der unerlaubten Handlung der Niederlanden dargestellt werden, danach werde ich näher auf den Begriff der "onrechtmatige daad" eingehen, wobei Schwerpunkt die primären Vermögensinteressen bilden werden. Zum Schluß soll am Beispiel der "Kabelfälle" der Unterschied zwischen der deutschen und der niederländischen Systematik verdeutlicht werden.

* Referat, gehalten anlässlich des Seminars "Einführung in das niederländische Bürgerliche Recht" am 12.

Juni 1993 veranstaltet von der IJVO in Osnabrück

Christian v. Bar, Liability for Information and Opinions Causing Pure Economic Loss to Third Parties, in: Basil S. Markesinis (Hrsg.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21 st Century* (erscheint 1993 im Verlag der Oxford University Press).

II. Die Grundbausteine des Rechts der unerlaubten Handlung (Artt. 6:162, 163 BW)

Nach dem (vorläufigen) Abschluß der Neukodifikation des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuches am 1. Januar 1992² ist die Haftung für die eigene unerlaubte Handlung in den Artt. 6:162 - 168 BW festgeschrieben. In unserem Zusammenhang sind die Artt. 6:162 und 163 BW von Interesse. Sie lauten:

"Art. 6:162 BW:

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens omgeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt."³

"Art. 6:163 BW:

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden."⁴

2 Stbl. 1991, Nr. 600.

3 "Art. 6:162 BW:

1. Derjenige, der gegen einen anderen eine unerlaubte Handlung begeht, die ihm zugerechnet werden kann, ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen, den der andere dadurch erleidet.

2. Als unerlaubte Handlung werden angesehen ein Eingriff in ein Recht und ein Tun oder Unterlassen, das einer gesetzlichen Pflicht oder dem, was sich nach ungeschriebenen Regeln im gesellschaftlichen Verkehr gehört, widerspricht, vorbehaltlich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes.

3. Eine unerlaubte Handlung kann dem Täter zugerechnet werden, falls er schuldhaft gehandelt hat oder wenn die Ursache kraft Gesetzes oder nach der Verkehrsauffassung seiner Risikosphäre zuzuordnen ist."

4 "Art. 6:163 BW:

Ein Ersatzanspruch aus Artt. 6:162, 163 BW entsteht, wenn folgende fünf Voraussetzungen erfüllt sind:⁵

- eine unerlaubte Handlung (vorbehaltlich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes);
 - die Handlung muß dem Täter zugerechnet werden könne;
 - Schaden;
 - Kausalität zwischen Handlung und Schaden;
 - "relativität", d.h. Schutzzweckzusammenhang zwischen verletzter Norm und Schaden des Opfers.
- Während sich die ersten vier Voraussetzungen aus Art. 6:162 BW ergeben, ist der Schutzzweckzusammenhang in Art. 6:163 BW geregelt.

III. Der Begriff der "onrechtmatige daad" in Art. 6:162 lid 2 BW

Lid 2 des Art. 6:162 BW enthält die Legaldefinition einer "onrechtmatige daad". Er nennt drei Rubriken:

1. ein Eingriff in ein Recht;
2. ein Tun oder Unterlassen, das einer gesetzlichen Pflicht widerspricht;
3. ein Tun oder Unterlassen das dem widerspricht, was sich nach ungeschriebenen Regeln im gesellschaftlichen Verkehr gehört.

zu 1: Eingriff in ein Recht:

Das Gesetz erklärt den Begriff "inbreuk op een recht" nicht näher. Seine Ausgestaltung wird also der Literatur und der Rechtsprechung überlassen.⁶ Der Begriff "Recht" bedeutet in diesem

Eine Verpflichtung zum Schadensersatz besteht nicht, wenn der Schaden des Opfers nicht im Schutzbereich der verletzten Norm liegt."

5 J.H. Nieuwenhuis / C.J.J.M. Stolker / W.L. Valk (Hrsg.), Nieuw Burgerlijk Wetboek: tekst & commentaar: de tekst van de Boeken 3, 5, en 6, en de titels 1, 7, 9 en 14 van Boek 7, voorzaten van commentaar, Deventer 1990 - Steketee, Anm. 1 Art. 162 Boek 6.

Zusammenhang nicht das objektive Recht als Summe aller Rechtsnormen, sondern eine auf Rechtsnormen basierende Befugnis.⁷ Um diesen Zusammenhang anzudeuten, spricht man in den Niederlanden von einem "subjectief recht". Diese lassen sich in drei Gruppen unterteilen.

Die erste Gruppe wird unter den Begriff "persoonlijksrechten" gefaßt, was mit "persönliche Rechte" übersetzt werden kann. Darunter fallen die Integrität von Leib und Leben, das Recht auf persönliche Freiheit und der Schutz der Ehre und des guten Namens.⁸ Zudem wird daneben noch der Schutz der "privacy" genannt.⁹

Unter die zweite Gruppe fallen die "absolute rechten". Kennzeichnend für diese ist, daß sie jedermann gegenüber wirken.¹⁰ Sie entsprechen somit dem gleichlautenden Begriff der deutschen Rechtsterminologie. Darunter werden die dinglichen Rechte, wie beispielsweise das Eigentumsrecht, sowie die Rechte auf das geistige Eigentum gefaßt, wie z.B. das Patentrecht, das Markenrecht oder das Urheberrecht.¹¹ Aufgrund ihres "verdinglichten Charakters"¹² werden als dritte Gruppe die Rechte der Mieter und der Pächter zu den subjektiven Rechten gezählt.

Seiner Struktur nach entspricht diese Gruppe dem Regelungsbereich des § 823 Abs. 1 BGB.

zu 2: Verletzung einer gesetzlichen Pflicht

Als zweite Rubrik ist die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht zu nennen. Hier läßt sich eine Parallele zu § 823 Abs. 2 BGB ziehen. Im Prinzip ist die Art der Gesetzesvorschrift, in der die Pflicht umschrieben ist, irrelevant. Die Pflicht braucht sich also nicht aus einem Gesetz im formellen Sinn zu ergeben. Vielmehr ist jede in einer allgemeinen Vorschrift umschriebene Pflicht eine gesetzliche Pflicht im Sinne des Art. 6:162 lid 2 BW.¹³ Liegt eine Pflichtverletzung

6 Jac. Hijma / M.M. Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht - Leidraad voor het NBW met verwijzingen naar het BW, 3. Auflage, Deventer 1988, Nr. 408.

7 J.H. Nieuwenhuis, Hoofdstukken verbintenissenrecht, 3. Auflage, Deventer 1986, S. 133.

8 Nieuwenhuis, Hoofdstukken verbintenissenrecht, S. 133.

9 Hijma/Olthof, Nr. 408.

10 Hijma/Olthof, Nr. 16.

11 Nieuwenhuis, Hoofdstukken verbintenissenrecht, S. 133.

12 Hijma/Olthof, Nr. 408.

13 Toelichting Meijers, Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, (TM, PG 6) S. 615.

vor, ist im nächsten Schritt der in Art. 6:163 BW festgelegte Schutzzweckzusammenhang zu prüfen. Danach besteht eine Verpflichtung zum Schadensersatz nicht, wenn der Schaden des Opfers nicht im Schutzbereich der verletzten Norm liegt.

zu 3: Verletzung ungeschriebener Verhaltensregeln

Das Kriterium der Verletzung ungeschriebener Verhaltensregeln oder der Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist in den Niederlanden der wichtigste Maßstab zur Bestimmung der Unrechtmäßigkeit einer Handlung.¹⁴ Während das neu eingeführte Bürgerlijk Wetboek die drei genannten Gruppen grundsätzlich als selbständige Kategorien ansieht¹⁵, benutzt die Rechtsprechung in manchen Fällen die dritte Gruppe auch dazu, um festzustellen, ob die Verletzung eines subjektiven Rechtes unrechtmäßig ist. Als Beispiel die in den Niederlanden bekannte Entscheidung des Hoge Raad "Breda/Nijs"¹⁶ aus dem Jahre 1981¹⁶:

Johannes Petrus Nijs war Eigentümer einer besetzten Wohnung in Breda. Die Besetzung seiner Wohnung teilte er dem Energie- und Wasserbetrieb der Gemeinde mit und machte auch deutlich, daß er nicht wünsche, daß weiterhin Wasser und Energie durch die in seinem Eigentum befindlichen Leitungen geliefert werden. Der Energie- und Wasserbetrieb sah sich durch seine Lieferbedingungen gehindert, die Lieferungen einzustellen, nachdem von dritter Seite um Lieferung gebeten wurde.

In der Klage gegen die Gemeinde Breda als Trägerin des Energie- und Wasserbetriebes führte J.P. Nijs an, daß durch die Lieferungen sein Eigentum an den Leitungen verletzt wird.

Die unteren Instanzen gaben der Klage statt. Der Hoge Raad urteilte wie folgt:

"Niet elk gebruik (...) dat een ander tegen de wil van de eigenaar van diens zaak maakt, kan als een inbreuk op diens eigendomsrecht worden beschouwd. Of het onderhavige gebruik van de voormelde leidingen door de gemeente een zodanige inbreuk opleverde, kan niet worden beoordeeld los van de vraag of de gemeente door de voortzetting van de voormelde levering jegens Nijs onzorgvuldig handelde."¹⁷

14 Hijma/Olthof, Nr. 408.

15 vgl. TM, PG 6, S. 614.

16 HR, 25. September 1981, NJ 1982, Nr. 315 ("Breda/Nijs").

17 HR, 25. September 1981, NJ 1982, Nr. 315, S. 1153, 1162: "Nicht jeder Gebrauch einer Sache (...) durch einen anderen gegen den Willen des Eigentümers kann als eine Verletzung seines Eigentumsrechtes angesehen werden. Ob der vorliegende Gebrauch der genannten Leitungen durch die

Der Hoge Raad sieht also nicht allein in der Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache eine Eigentumsverletzung. Vielmehr gibt in bestimmten Fällen erst die Beurteilung der "zorgvuldigheid" der Handlung Aufschluß darüber, ob eine "onrechtmatige daad" im Sinne des Art. 6:162 BW vorliegt. Die weiteren Entscheidungsgründe lassen erkennen, daß der Hoge Raad die Eigentumsverletzung auch deshalb nicht als alleiniges Kriterium verwendet hat, weil er verhindern wollte, daß der Eigentümer eines besetzten Hauses auf diese Weise die Räumung erzwingen kann.

Der mit dem BGB vertraute Jurist bewegt sich auch hier auf bekanntem Boden, dient doch auch in Deutschland die allgemeine Verkehrspflicht in bestimmten Fällen zur Begründung einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. So wird in Deutschland in den Verkehrspflichten "eine partielle Generalklausel zum Schutz vor und zum Ausgleich von mitteilbaren Rechts- und Rechtsgutsverletzungen" gesehen.¹⁸

Der Hoge Raad ging aber noch einen Schritt weiter. Er sah die allgemeine Verkehrspflicht auch als Instrument an, in bestimmten Situationen dem Schutz primärer Vermögensinteressen zu dienen. Der Schutz im Einzelfall ergibt sich durch die Abwägung widerstreitender Interessen nach dem Güter- und Pflichtenabwägungsprinzip. Es geht darum, daß der Mensch "zijn eigen belangen en die van een ander tegen elkaar (moet) afwegen en zich daarbij laten leiden door hetgeen in de maatschappij als behoorlijk wordt aanvaard."¹⁹ Diesen Schritt hat die Rechtsprechung in Deutschland nicht mitgemacht. Hier gingen die Rechtsordnungen also getrennte Wege. Der BGH versteht "die Verkehrs(sicherungs)pflichten allein als durch die Schutzgüter des § 823 I BGB festgelegte, auf den sozialen Umgang bezogene Verhaltenspflichten."²⁰ Damit steht fest, daß die allgemeine Verkehrspflichten in Deutschland eine Funktion nicht teilen sollen: "die Funktion nämlich, unter bestimmten Voraussetzungen den Schutz primärer Vermögensinteressen zu übernehmen."²¹ Wie die Entwicklung des niederländischen Rechts auf diesem Gebiet verlaufen ist, soll im nächsten Kapitel (in groben Zügen) nachgezeichnet werden:

IV. Primäre Vermögensinteressen im niederländischen Deliktsrecht

18 Gemeinde eine derartige Verletzung darstellte, kann nicht losgelöst von der Frage beantwortet werden, ob die Gemeinde durch die Fortsetzung der genannten Lieferung gegen Nijis unsorgfältig gehandelt hat."

19 Christian v. Bar, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten, in: JUS 1988, S. 169, 170.

20 Asser-Hartkamp III, Nr. 43: "... seine eigenen Belange und die eines anderen gegeneinander abwägen muß und sich dabei durch dasjenige leiten läßt, das in der Gesellschaft als gehörig angesehen wird."

21 BGH, NJW 1987, S. 2671, 2672.

22 v. Bar, in: JUS 1988, S. 169, 171.

I. Die geschichtliche Entwicklung

a) Die Einführung der Artt. 1401 und 1402 BW (alt)

Bei der Einführung des Burgerlijk Wetboek im Jahre 1838 war die außervertragliche Haftung in den Artt. 1401 - 1415 BW (alt) festgeschrieben. Die persönliche Haftung war in den Artt. 1401 und 1402 BW (alt) geregelt. Sie lauteten:

"Art. 1401 BW (alt):

Elke onregmatige daad, waardoor aan een ander schade wordt toegebracht, stelt dengenen door wiens schuld die schade veroorzaakt is in de verplichting om dezelve te vergoeden."²²

"Art. 1402 BW (alt):

Een ieder is verantwoordelijk, niet alleen voor de schade welke hij door zijne daad, maar ook voor die welke hij door zijne nalatigheid of onvoorzichtigheid veroorzaakt heeft."²³

Bei der Entstehung des Art. 1401 BW (alt) hat die französische Generalklausel (Art. 1382 Cc) Pate gestanden. Der Unterschied zu dieser besteht darin, daß in den Niederlanden das Tatbestandsmerkmal "onregmatig" eingefügt wurde. Damit sollte deutlich werden, daß nicht jede, sondern nur die unerlaubte Handlung zum Schadensersatz verpflichtet.

b) Carel Asser zu "verbindenissen uit eene onregmatige daad"

Carel Asser, ein führendes Mitglied der Gesetzgebungskommission, wollte Art. 1401 BW (alt) folgendermaßen verstanden wissen:

22 Übersetzung nach Bernhard Hohlbein, Die neuere Entwicklung des niederländischen außervertraglichen Haftungsrecht, Diss. Münster 1981, S. 123:

"Art. 1401 BW (alt):

Jede unerlaubte Handlung, durch die einem anderen Schaden zugefügt wird, verpflichtet denjenigen, durch dessen Schuld der Schaden entsteht, zum Schadensersatz."

"Art. 1402 BW (alt):

Jeder haftet nicht nur für den durch seine vorsätzliche, sondern auch für den durch seine fahrlässige Handlung verursachten Schaden."

"Ten einde de verplichting tot schadevergoeding te doen geboren worden, vereischt de Nederlandsche wetgever het plegen eener ONREGTMATIGE daad, en alzoo, hetzij een misdrijf, of zoodanige handeling, welke daarmede wordt gelijk gesteld."²⁴

Nur eine gesetzwidrige Handlung sollte also eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 1401 BW (alt) sein. Zur Verdeutlichung führt er folgendes Beispiel an: Wenn jemand hinsichtlich der Kreditwürdigkeit eines anderen ein zu gutes Zeugnis abgibt, so haftet er einem anderen, der dieser Aussage Vertrauen entgegenbringt und einen (Vermögens-)schaden erleidet, selbst dann nicht, wenn er wider besseres Wissen gehandelt hat. Assers Begründung war einfach: Das Gesetz hat niemanden die Verpflichtung auferlegt, einem Dritten gegenüber der Wahrheit entsprechend das mitzuteilen, was ihm bezüglich eines anderen bekannt sein mag. Eine Handlung stellte also keine "onrechtmatige daad" im Sinne des Art. 1401 BW (alt) dar, es sei denn, sie wurde ausdrücklich in einem Gesetz als unerlaubt angesehen. Für die Fälle primärer Vermögensinteressen hätte dies bedeutet, daß sie regelmäßig nicht ersatzfähig gewesen wären, weil keine Gesetzesverletzung vorgelegen hätte.

c) Die Rechtsprechung in der Periode 1838 - 1883

Soweit sich bei den wenigen Fällen eine allgemeingültige Aussage machen läßt, scheint die Rechtsprechung Assers Linie nicht gefolgt zu haben. Sie vertrat für Art. 1401 BW (alt) die Auffassung, daß eine Handlung grundsätzlich verboten ist, es sei denn, sie ist ausdrücklich erlaubt. Beispielsweise wurde der Klage eines Herstellers von Eau de Cologne gegen einen Konkurrenten, der das Parfum imitiert hatte, mit der Begründung stattgegeben, daß unrechtmäßig handelt, wer ohne Rechtsgrund handelt.²⁵

Außerdem wurde in der Zeit nach Einführung des Bürgerlijk Wetboek Art. 1402 BW (alt) als selbständige Anspruchgrundlage angesehen.²⁶ Hatte eine Handlung nicht gegen eine ausdrücklich festgeschriebene gesetzliche Verhaltensregel verstoßen, so konnte ein Ersatzanspruch nicht auf Art. 1401 BW (alt) gegründet werden, weil die Handlung gesetzmäßig und damit erlaubt war. Dadurch war aber eine Verantwortlichkeit aus Art. 1402 BW (alt) nicht

24 Carel Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 2. Auflage, Den Haag Amsterdam 1838, S. 488: "Damit eine Verpflichtung zum Schadensersatz entsteht, verlangt der niederländische Gesetzgeber das Begehen einer 'onrechtmatige daad', also entweder einer Straftat oder einer derartigen Handlung, die damit gleichgestellt wird."

25 HR, 21. April 1882, Ned. Regtspraak 1882 (130), S. 375, 381.

26 Mr. Carel Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht = Asser serie. *Verbindenissenrecht - Deel III: De verbintenissen uit de wet*, (8. Auflage, Zwolle 1990, bearbeitet von A.S. Hartkamp.

Asser-Hartkamp III, Nr. 29.

ausgeschlossen. Diese kam in Betracht, wenn unvorsichtig gehandelt worden war. Zur Verdeutlichung soll folgender Fall dienen: Ein Beamter war mit der Ermittlung von Verbrechen beauftragt. Auf seine Anzeige hin wurde eine Person verhaftet, die, wie sich später herausstellte, an den Gewalttaten nicht beteiligt gewesen war. Nach achtstägiger Haft wurde sie entlassen und verlangte Schadensersatz. Der Beamte hatte durch sein Handeln zwar nicht gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen, jedoch hatte er unvorsichtig gehandelt. Daraus resultierte nun seine Haftung.²⁷

In der Zeit nach Einführung des Bürgerlijk Wetboek bereiteten Fälle primärer Vermögensinteressen - soweit sie überhaupt vorkamen - wenig Schwierigkeiten, weil sich regelmäßig keine Befugnis zu einem entsprechenden Handeln aus einem Gesetz ergab.

d) Die "notaris"-Entscheidung vom 6. April 1883

Diese Linie wurde vom Hoge Raad bis zur "notaris"-Entscheidung vom 6. April 1883²⁸ beibehalten. Folgendes war geschehen:

Ein Notar hatte ein mit Sicherheiten belastetes Schiff verkauft. Zuvor hatte er erklärt, daß das Schiff frei von Belastungen sei. Zwar wurde sein Handeln von den Instanzen als unvorsichtig und unbedacht angesehen, was nach der alten Interpretation des Art. 1402 BW (alt) einen Ersatzanspruch begründet hätte. Der Hoge Raad hat aber in dieser das Ende der ersten Periode einleitenden Entscheidung eindeutig entschieden, daß auch für Art. 1402 BW (alt) die Beschränkung gilt, daß die Tat unrechtmäßig i.S.v. gesetzwidrig sein muß. In der Entscheidung heißt es, daß "in elk geval voor de toepassing van beide artikelen onrechtmatigheid (van de daad of het verzuim) een vereischte is; dat toch art. 1402 niets anders is dan eene aanvulling van art. 1401, om allen twijfel weg te nemen; dat verzuim om te doen wat men rechtens moet verrichten, negatieve rechtsschennis, hetzelfde gevolg heeft als de positieve onrechtmatige handeling; dat beide artikelen dus omschrijven verschillende vormen van het dattuim injuria dattuim, en dat alzoo geen van beide toepasselijk is, waar hetzij de daad of het verzuim niet in strijd is met des daders rechtsplicht of inbreuk maakt op eens anders recht."²⁹

27 HR, 18. Februar 1853, W 1415, S. 1, 2.

28 HR, 6. April 1883, Ned. Rechtspraak, 1883 (133), S. 358 - 366 = W 4901, S. 1 ("notaris").

29 HR, 6. April 1883, Ned. Rechtspraak, 1883 (133), S. 358, 365/366 = W 4901, S. 1 ("notaris"): "... in jedem Fall für die Anwendbarkeit beider Artikel die Unrechtmäßigkeit (des Tuns oder des Unterlassens) eine Voraussetzung ist; daß Art. 1402 BW (alt) ja nichts anderes ist als eine Ergänzung von Art. 1401 BW (alt) um jeden Zweifel wegzunehmen, daß das Unterlassen das zu tun, was man von Rechts wegen tun muß, die negative Rechtsverletzung, die gleiche Folgen hat wie die positive unerlaubte Handlung; daß beide Artikel also verschiedene Formen von dattuim injuria dattuim umschreiben und daß also keiner von beiden einschlägig ist, wo entweder das Tun oder das Unterlassen nicht gegen eine Rechtspflicht des Täters verstößt oder das Recht eines anderen verletzt."

Die Entscheidung des Hoge Raad beinhaltet also zwei Veränderungen. Zum einen wurde Art. 1402 BW (alt) als Ergänzung des Art. 1401 BW (alt) für Fälle des Unterlassens angesehen, wobei die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 1401 BW (alt) auch für Art. 1402 BW (alt) gelten sollten. Zum anderen wurde entschieden, daß Art. 1401 BW (alt) nicht nur bei der Verletzung einer gesetzlich umschriebenen Pflicht, sondern auch bei der Verletzung eines (subjektiven) Rechts einschlägig ist.³⁰ Ihre Ausgestaltung nach entsprechen die Artt. 1401 und 1402 BW (alt) nunmehr dem § 823 Abs. 1 und 2 BGB.

Primäre Vermögensinteressen als Folge einer Fahrlässigkeit oder einer Unachtsamkeit ("nalatigheid of onvoorzichtigheid") waren nach dieser Entscheidung nur insoweit ersatzfähig, als es gesetzlich bestimmt war.

e) Die Folgen der "notaris"-Entscheidung

In Fällen der Verletzung des Eigentums, der körperlichen Integrität oder eines sonstigen jermann gegenüber wirkenden Rechtes führten beide Auslegungen des Merkmals "onrechtmatig" zu einem Anspruch aus unerlaubter Handlung. Um die Jahrhundertwende kamen in den Niederlanden ebenso wie in Deutschland vermehrt Fälle unlauteren Wettbewerbes zu den Gerichten, bei denen der Frage, wie der Begriff der Unrechtmäßigkeit aufzufassen war, eine entscheidende Bedeutung zukam. Legte man die Wertung der "notaris"-Entscheidung zugrunde, so kam man zu keiner Haftung aus unerlaubter Handlung, da es an einer Gesetzesverletzung fehlte. Nach der älteren Interpretation wäre ein Anspruch zu bejahen gewesen, da ein unbefugtes Handeln vorlag.

Als Beispiel soll eine Entscheidung des Hoge Raad aus dem Jahre 1902³¹ dienen:

Herr J.J.B. Ivens hatte unter anderem "Singer - Verbesserte Nähmaschinen" verkauft, die jedoch nicht von The Singer Manufacturing Company niedergelassen in New York und Amsterdam gefertigt worden waren, sondern größtenteils von den Firmen Seidel & Naumann aus Dresden und von Gritzner aus Durlach in Baden stammten. Auf der Vorderseite der Maschinen stand in großer Schrift das Wort "Singer" während auf der Rückseite in kleiner Schrift die anderen Worte standen. Der Hoge Raad hat die Klage von Singer abgewiesen, weil weder eine Gesetzesverletzung vorlag, noch das subjektive Recht eines anderen verletzt war. Die Entscheidung wurde in der Anmerkung der Redaktion als apodiktisch bezeichnet, weil der Hoge

30 Gerrit Evert van Maanen, *Onrechtmatige daad, aspecten van den ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk*, Deventer 1986, S. 53.

31 HR, 6. Januar 1905, W 8163, S. 1 - 2 ("Singer-Ivens").

Raad keinerlei Veranlassung gesehen hatte, seine Auffassung zu begründen, und der Gesetzgeber wurde zum Handeln aufgefordert.³²

Zwar blieb der Gesetzgeber nicht untätig und brachte mehrere Entwürfe³³ ein, die jedoch nicht Gesetz wurden. Die Wende brachte erst 1919 die wohl bekannteste Entscheidung des Hoge Raad: Die Entscheidung "Lindenbaum-Cohen". Ihr soll nun das Augenmerk gelten.

f) Die Entscheidung "Lindenbaum-Cohen" vom 31. Januar 1919

Die Entscheidung³⁴ betraf einen Fall der Betriebsespionage. Der Beklagte Samuel Cohen war Angestellter des Klägers Max Lindenbaum, eines gewerblichen Druckers aus Amsterdam. Nachdem der Beklagte sich selbständig gemacht und als Kommissionär für Druckwerke in Amsterdam niedergelassen hatte, überredete er einen Mitarbeiter seines früheren Arbeitgebers mittels Geschenken und Versprechungen, ihm Einsicht in die Geschehnisse im Büro des Lindenbaum zu verschaffen, ihm Kopien von getätigten Offerten zu geben und Angaben über die Kunden zu machen, die Bestellungen aufgaben oder nach Preisen fragten.

Der Hoge Raad hat entschieden,

"dat onder onrechtmatige daad is te verstaan een handelen of nalaten, dat of inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht of indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, terwijl hij door wiens schuld tengevolge dier daad aan een ander schade wordt toegebracht, tot vergoeding daarvan is verplicht."³⁵

Lapidar stellte der Hoge Raad danach fest, daß unter Zugrundelegung dieser Auffassung die Handlung des S. Cohen sicherlich als unrechtmäßig angesehen werden muß. Durch die Einführung der dritten Kategorie konnten Fälle primärer Vermögensinteressen (wieder) erfaßt werden.

32 Onrechtmatige daad en oneerlijke mededinging, Anmerkung zu HR, 6. Januar 1905, W 8163, S. 1 - 2, in: W 8168, S. 1.

33 Entwurf Regout aus dem Jahre 1911, veröffentlicht in W 9099, S. 1 - 3, W 9312, S. 1 - 5; Entwurf Heemskerk aus dem Jahre 1913, veröffentlicht in W 9459, S. 1 - 5.

34 HR, 31. Januar 1919, NJ 1919, S. 161 - 163 = W 10365 (korrektie in W 10368) ("Lindenbaum-Cohen").

35 HR, 31. Januar 1919, NJ 1919, S. 161, 163 ("Lindenbaum-Cohen"). "... daß unter einer unerlaubten Handlung ein Tun oder Unterlassen zu verstehen ist, das entweder das Recht eines anderen verletzt, oder einer Rechtspflicht des Täters zuwiderläuft, oder entweder gegen die guten Sitten oder gegen die Sorgfalt verstößt, welche sich im gesellschaftlichen Verkehr einer anderen Person oder einem Gut gegenüber zielt, während derjenige, durch dessen Schuld als Folge der Tat einem anderen ein Schaden zugefügt wurde, zum Ersatz dessen verpflichtet ist."

g) Die Einführung des neuen Burgerlijk Wetboek am 1. Januar 1992

Mit wenigen redaktionellen Änderungen versehen fand diese Auslegung des Begriffes der unerlaubten Handlung bei der Neukodifikation des Burgerlijk Wetboek am 1. Januar 1992 Eingang in die Legaldefinition des Art. 6:162 lid 2 BW.³⁶

2. Die "Kabelfälle"

Der Unterschied zwischen der deutschen und der niederländischen Systematik zeigt sich deutlich bei den "Kabelfällen".

a) Die deutsche Rechtsprechung

Wird die Energieversorgung unterbrochen, so stellt sich für den Abnehmer die Frage, inwiefern er für die entstandenen Schäden Ersatz verlangen kann. Die Versorgungswerke zeichnen sich gegenüber ihren Abnehmern in ihren Lieferbedingungen regelmäßig umfassend für Schäden frei. Damit stellt sich die Frage, ob sich der geschädigte Abnehmer an einen Dritten halten kann, wenn dieser schuldhaft die Versorgungsleitungen unterbrochen hat. In Deutschland wird in ständiger Rechtsprechung die Betriebsbezogenheit eines Eingriffs in den Gewerbebetrieb verneint, wenn ein Dritter außerhalb des Betriebsgeländes fahrlässig die im Eigentum des Versorgungswerkes stehende Leitung beschädigt und durch den Ausfall der Versorgungsleitung ein Betrieb vorübergehend stillgelegt wird.³⁷

Anders beurteilt der BGH die Fälle, bei denen es infolge der unterbrochenen Energiezufuhr zu einer Eigentumsverletzung gekommen ist. Verdirbt durch eine schuldhafte Durchtrennung der Kabel ein Produkt und sinkt oder entfällt dadurch dessen Verkaufswert, so ist dieser Vermögensverlust ein aus der Eigentumsverletzung hervorgehender Folgeschaden, der im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzen ist.³⁸ So hat der BGH Ersatz für die wegen der Stromunterbrechung am Brutapparat nicht geschlüpften oder verkrüppelten Küken gewährt.

Die dargestellte Differenzierung der "Kabelfälle" in der deutschen Rechtsprechung nach reinen Vermögensschäden und Sachschäden ist sogar nach Einschätzung des BGH eine "etwas zufällige"³⁹, oder wie v. Caemmerer sich ausdrückte, "pauschal und roh"⁴⁰, "beruht aber auf einer verbindlichen allgemeinen Entscheidung des geltenden Deliktsrechts."⁴¹

36 vgl. Asser-Hartkamp III, Nr. 29.

37 BGHZ 29, S. 65, 75.

38 BGHZ 41, S. 123, 126.

39 BGHZ 66, S. 388, 394.

b) Die niederländische Rechtsprechung

Kommen wir zur niederländischen Rechtsprechung. Bei Grabungsarbeiten hatte ein Maschinist mit seinem Bagger eine öffentliche Gasleitung beschädigt. Aufgrund dieser Beschädigung war die Gaszufuhr zu einem benachbarten Betrieb sieben Stunden unterbrochen, wodurch die Produktion zum Stillstand gekommen war. Es ging nun um die Frage, ob das Bauunternehmen diesen Ausfallschaden zu verantworten hatte. Der Hoge Raad hat entschieden, daß die Pflicht des Maschinisten, sich vor den Grabungsarbeiten über den Verlauf der Leitungen zu informieren, auch den Zweck hat, die Belange der Abnehmer auf ungestörte Energieversorgung zu schützen. Somit besteht auch gegenüber den Abnehmern die Verpflichtung, die notwendige Sorgfalt zu beachten, um derartige Schäden zu vermeiden.⁴² Ein Ersatzanspruch wurde in diesem Fall gewährt.

Während sich in Deutschland die Rechtsprechung durch die verbindliche Festlegung des Gesetzgebers außerstande sieht, in diesen Fällen einen Ersatzanspruch zu gewähren, ist der Ersatz eines reinen Vermögensschadens in den Niederlanden unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls möglich, weil eine "onrechtmatige daad" auch vorliegen kann, wenn der Schaden nicht durch die Verletzung eines absoluten Rechtes oder Rechtsgutes vermittelt wurde.

V. Zusammenfassung

Ich komme zum Schluß und fasse zusammen. Die persönliche Haftung ist in den Niederlanden seit dem 1. Januar 1992 in den Art. 162, 163 BW festgeschrieben. Ebenso wie in Deutschland führt eine Verletzung eines Rechtes oder eines Rechtsgutes und die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht zu einer unerlaubten Handlung. In den Niederlanden kann darüber hinaus allein die Verletzung einer allgemeinen Verkehrspflicht einen Ersatzanspruch begründen, worunter insbesondere die Fälle primärer Vermögensinteressen fallen. Diesen Schritt hat die Rechtsprechung in Deutschland nicht vollzogen. Das hat zur Folge, daß die Fälle primärer Vermögensinteressen in Deutschland Schwierigkeiten machen. In den Niederlanden dagegen werden sie von Art. 6:162 BW mit umfaßt. Der Schutz ergibt sich im Einzelfall durch eine - wie Schutz so schön formuliert hat - "subtile afweging van belangen."⁴³

40 Ernst v. Caemmerer, Das Problem des Drittschadensersatzes, in: Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften Band I: Rechtsvergleichung und Schuldrecht, Tübingen 1968, S. 597, 602.

41 BGHZ 66, S. 388, 394.

42 HR, 1. Juli 1977, NJ 1978, Nr. 84, S. 266, 270/271.

43 G.H.A. Schut, Onrechtmatige daad volgens BW en NBW, 3. Auflage, Zwolle 1985, S. 73: "subtile Afweging van Belangen".

Grundzüge des niederländischen Gesellschaftsrechts

von mr. Arjen Westerdijk, Leiden

A EINFÜHRUNG

In diesem Vortrag werde ich versuchen, die Grundlagen des niederländischen Gesellschaftsrechts zu erläutern. Nicht behandeln werde ich die Stiftung, die verschiedenen Vereine, die sog. "coöperatie" (Genossenschaft) und die "onderlinge waarborgmaatschappij" (Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit).

Wie auch im deutschen Recht bestehen im niederländischen Recht Personengesellschaften einerseits und Kapitalgesellschaften andererseits.

B DIE NIEDERLÄNDISCHEN PERSONENGESELLSCHAFTEN

I ALLGEMEIN - DER "MAATSCHAPS"-BEGRIFF

Im niederländischen Gesellschaftsrecht unterscheidet man drei Formen der Personengesellschaften: die maatschap, die vennootschap onder firma und die commanditaire vennootschap. Die beiden letzten Gesellschaftstypen sind besondere Formen der maatschap.

Eine maatschap ist ein Vertrag, bei dem zwei oder mehr Personen sich verpflichten, etwas in Gemeinschaft zu erbringen, mit dem Zweck, den daraus entstehenden Vorteil untereinander zu verteilen (Art. 7A: 1655 BW, Bürgerliches Gesetzbuch). Die Absicht zur Zusammenarbeit ("affectio societatis") ist das wichtigste Merkmal der Personengesellschaften. Diese Gesellschaften, der Name besagt es schon, beruhen auf den Persönlichkeiten der Gesellschafter. Wenn ein Gesellschafter stirbt oder aus der Gesellschaft austritt, gilt die Gesellschaft grundsätzlich als beendet, es sei denn, daß die übrigen Gesellschafter eine Fortsetzungsregelung festgelegt haben (vgl. Art. 7A: 1678; Art. 7:13.1.15.-17. Entwurf NBW, Neues Bürgerliches Gesetzbuch).

Die Geschäftsführung. Jeder Gesellschafter ist allein geschäftsführungsbefugt. Jeder

Gesellschafter hat aber ein Widerspruchsrecht (Art. 7A: 1676 unter 1° Ende). Mittels abweichender Vereinbarung kann einem (oder einigen) Gesellschafter(n) die ausschließliche Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden (z.B. Artt. 7A: 1673 Abs. 1 und 2, 1674, 1675). Auch ein Dritter, Nicht-gesellschafter, kann Geschäftsführer sein⁰.

Die Einlagepflicht: Jeder Gesellschafter muß etwas in die Gesellschaft einbringen, z.B. Geld, Sachen oder Dienstleistungen (Art. 7A: 1662). Auch Geschäftsbeziehungen, goodwill und know-how können eingebracht werden. Jeder Gesellschafter kann von den anderen Gesellschaftern auf Leistung seines Beitrages angesprochen werden.

Die Personengesellschaften haben einen gemeinsamen Zweck, und zwar die Gewinnerzielung (Art. 7A: 1655). Sie können keinen ideellen Zweck verfolgen. Der Gewinn muß unter die Gesellschafter verteilt werden. Eine Gesellschaft, bei der ein Gesellschafter keinen Gewinnanteil bekommt, die sog. "societas leonina", ist auch nach niederländischem Recht verboten (Art. 7A: 1672 Abs. 1). Zulässig aber ist, daß ein Gesellschafter, neben einer Beteiligung am Gewinn, alle Verluste auf sich nimmt (Art. 7A: 1672 Abs. 2). Wenn der Gesellschaftsvertrag die Gewinnverteilung nicht geregelt hat, bekommt jeder Gesellschafter einen Anteil gemäß seiner geleisteten Beiträge. Das gilt auch für die Beteiligung am Verlust.

Auflösung: Die Personengesellschaften werden aufgelöst in den folgenden Fällen (siehe auch Art. 7:13.1.12. Entwurf NBW):

- a. durch Regelung im Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Gesellschafter;
- b. durch Ablauf des Zeitraums, Art. 7A: 1683 unter 1°;
- c. durch Untergang der Sache der Gesellschaft oder Vollendung der Handlung, die der Gegenstand der Gesellschaft ist, Art. 7A: 1683 unter 2°;
- d. durch Kündigung von Gesellschaftern, Art. 7A: 1683 unter 3°, verboten ist eine Kündigung, die gegen die Redlichkeit und Billigkeit verstößt, Art. 7A: 1686 Abs. 1;
- e. vom Richter aus wichtigen Gründen, Art. 7A: 1684 (Art. 7:13.1.14. Entwurf NBW);
- f. durch Tod, Entmündigung oder Konkurs eines der Gesellschafter, Art. 7A: 1683 unter 4°;
- g. durch Änderung aufgrund anderer, unvorhersehbarer Umstände als in Art. 6: 258 BW benannt.

Die obengenannten Regeln gelten teilweise nicht für die Kommanditisten in einer commanditaire vennootschap, siehe unten.

II DIE VERSCHIEDENEN FORMEN DER PERSONENGESELLSCHAFTEN

1. Die stille maatschap

Diese Gesellschaft ist die maatschap zum Betrieb eines Handelsgewerbes oder der freien Berufe, die nicht unter einem für Dritte erkennbaren gemeinschaftlichen Namen am Rechtsverkehr teilnimmt (Art. 7A: 1655-1688).

Die Vertretung: Ein Gesellschafter verpflichtet grundsätzlich nur sich selbst. Zur Vertretung seiner Mitgesellschafter ist er nur befugt, wenn diese ihn ausdrücklich dazu bevollmächtigen (vgl. Art. 7A: 1679, 1681). Außer dieser Vollmacht sind die übrigen Gesellschafter nur gebunden, wenn sie die Handlung bestätigen (Art. 3: 69) oder im Falle des bei gutgläubigen Dritten erweckten Vertrauens.

Eine Ausnahme ergibt sich aus dem Ende des Art. 7A: 1681: Wenn ein Gesellschafter ohne Vollmacht für Rechnung der maatschap gehandelt hat, so kann der Vertragspartner alle Gesellschafter in Anspruch nehmen, wenn sich das ganze Geschäft zum Vorteil der maatschap ausgewirkt hat¹.

Die Haftung: Der Gesellschafter verpflichtet, wie gesagt, im Prinzip nur sich selbst und haftet auch selbst. Wenn aber die Mitgesellschafter aufgrund einer Vollmacht, einer Bestätigung oder dem Rechtsschein nach haften, haften alle nach gleichen Teilen (Art. 7A: 1680). Der Gesellschaftsvertrag kann eine abweichende Regelung vorsehen.

Allgemein angenommen wird, daß die stille maatschap kein abgesonderetes Vermögen hat².

2. Die offene maatschap

Diese Gesellschaft ist die maatschap, in der auf eine für Dritte erkennbare Weise unter einem gemeinschaftlichen Namen ein freier Beruf ausgeübt wird, z.B. Ärzte, Rechtsanwälte oder Steuerberater.

Die offene maatschap ist nicht parteifähig, sie kann aber unter ihrem Namen klagen und

1 Hoge Raad 13. Juni 1958, NJ 1958, 352, Dieselgarage

2 A.L. Mohr, Van maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap, Arnhem, 1992, S. 94 f.; W.J. Slagter, Compendium van het ondernemingsrecht, Deventer, 1990, S. 151

verklagt werden³.

Die Vertretung und die Haftung: Im Prinzip gilt das zur stillen maatschap Gesagte. Problematisch bei der offenen maatschap ist jedoch, daß bei Dritten viel schneller der gerechtfertigte Eindruck erweckt werden kann und wird, daß ein Gesellschafter im Namen der Gesellschaft handelt. In diesem Zusammenhang wird manchmal die Meinung vertreten, daß im allgemeinen ein Gesellschafter einer offenen maatschap, geschäftsführungsbefugt auch vertretungsberechtigt gilt⁴.

Die Gläubiger können nur die Gesellschafter in Anspruch nehmen, nicht die maatschap als solche. Auch für die offene maatschap gilt, daß sie kein abgesonderetes Vermögen hat. Diese Auffassung ist aber streitig. Vorgeschlagen wird, die offene maatschap einer vennootschap onder firma gleichzustellen⁵.

3. Die vennootschap onder firma

Diese Gesellschaft ist die maatschap, in der unter einem gemeinschaftlichen Namen ein Handelsgewerbe betrieben wird. In den Niederlanden gibt es ungefähr 77000 vennootschappen onder firma.

Neben den Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (Art. 7A: 1655-1688) gelten für sie einige Bestimmungen im niederländischen Handelsgesetzbuch: die Artt. 15 ff. Wetboek van Koophandel (WvK).

Die vennootschap onder firma ist nach heutigem Recht keine juristische Person. Wie im deutschen Recht die offene Handelsgesellschaft (Par. 124 Handelsgesetzbuch, HGB) ist die vennootschap onder firma dermaßen verselbständigt, daß sie eigentlich einer juristischen Person gleichgestellt ist. So hat sie ein abgesonderetes Vermögen⁶ und kann selbständig Prozeßpartei sein (Art. 5 Abs. 2 Rv, niederländische Zivilprozeßordnung). Auch ist sie buchführungspflichtig (Art. 6 WvK).

3 Hoge Raad 5. November 1976, NJ 1977, 586, Moret Gudde Brinkman

4 J.M.M. Maeijer in Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Bijzondere overeenkomsten, Deel V, maatschap, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap, Zwolle, 1989, Nr. 110

5 Mohr (Fußnote 3), S. 117 ff.

6 Hoge Raad 26. November 1897, W 7047, Boeschoten/Besier

Die Vertretung: Jeder Gesellschafter ist grundsätzlich vertretungsberechtigt (Art. 17 WvK). Beschränkungen dieser Vertretungsmacht können gutgläubigen Dritten nur entgegengehalten werden, wenn diese ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen worden sind (Art. 31 Handelsregisterwet, niederländisches Handelsregistergesetz). Wenn über eine vennootschap onder firma überhaupt nichts eingetragen worden ist, werden sogar Dritte in bösem Glauben geschützt. Die Vertretungsmacht gilt dann als unbeschränkt (Art. 29 WvK).

Die Haftung: Jeder Gesellschafter haftet neben der Gesellschaft persönlich, primär und unbeschränkt als Gesamtschuldner für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Art. 18 WvK). Ein Gesellschaftsgläubiger ist also nicht verpflichtet, vor der Inanspruchnahme eines Gesellschafters den Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen zu versuchen. Auch hier ist eine Haftung aufgrund Rechtsscheins, einer Bestätigung oder eines Vorteils für die Gesellschaft möglich.

Gesellschafterwechsel: Die Gesellschaft haftet trotz des Wechsels in ihrem Gesellschafterbestand für die bestehenden Verbindlichkeiten weiter. Bestehen bleibt auch die persönliche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für die alten Gesellschaftsschulden; diese Haftung ist aber nicht beschränkt, wie im deutschen Recht auf 5 Jahre (Par. 159 HGB). Streitig ist die Haftung eines neu eingetretenen Gesellschafters für die bis dahin bereits begründeten Gesellschaftsschulden (im deutschen Recht Par. 130 HGB). Nach dem Entwurf NBW wird der Eingetretene nicht haften für die alten Gesellschaftsschulden (Art. 7.13.1.6. Abs. 2).

Der Konkurs der Gesellschaft hat den Konkurs aller Gesellschafter notwendig zur Folge⁷.

4. Die commanditaire vennootschap

Nicht für jede Person ist die persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden akzeptabel. Es besteht deshalb schon seit langem die Möglichkeit, sich als "commanditaire vennoot", d.h. als Kommanditist, an einer Gesellschaft zu beteiligen, mit der Folge, daß ein solcher Gesellschafter nicht haftet für die Gesellschaftsschulden. In den Niederlanden gibt es ungefähr 4500 commanditaire vennootschappen.

Zwischen den Komplementären untereinander besteht eine vennootschap onder firma (Art. 19 Abs. 2 WvK); für sie gilt das zur vorigen Gesellschaft Gesagte. Spezielle Vorschriften für die Kommanditisten finden wir in den Artt. 19-21 WvK.

Geschäftsführung, Vertretung und Haftung: Ein Kommanditist ist nur bis zur Höhe seiner

⁷ Hoge Raad 14. April 1927, NJ 1927, 725, De Eendracht

Einlage intern ausgleichspflichtig bei eventuellen Verlusten der Gesellschaft (Art. 20 Abs. 3 WvK). Der Name des Kommanditisten darf nicht in den Handelsnamen der Gesellschaft aufgenommen werden (Art. 20 Abs. 1 WvK, siehe auch Art. 7.13.3.2. Abs. 4 Entwurf NBW). Der Kommanditist ist sowohl von der Geschäftsführung, als auch von der Vertretung ausgeschlossen (Art. 20 Abs. 2 WvK). Wenn er diesem Verbot zuwiderhandelt, haftet er für alle Gesellschaftsschulden (Art. 21 WvK; siehe auch die Artt. 7.13.3.1. Abs. 2 und 7.13.3.2. Abs. 3 Entwurf NBW).

Die "Strafhaftung" des Kommanditisten (Art. 21 WvK) wird streng angelegt. Einige Regeln:

- nicht nur der Dritte, mit dem der Kommanditist verhandelt hat, sondern auch alle anderen Gläubiger können ihn in Anspruch nehmen⁸;

- auch die Gläubiger in bösem Glauben können ihn in Anspruch nehmen⁹;

- auch Gläubiger, deren Forderungen entstanden waren, bevor der Kommanditist dem Verbot zuwiderhandelte, können ihn in Anspruch nehmen¹⁰.

Der Konkurs der Gesellschaft hat den Konkurs der Kommanditisten nicht zur Folge. Im Gegensatz zum deutschen Recht ist eine commanditaire vennootschap auf Aktien ("op aandelen") nicht mehr möglich. Seit 1975 bestimmt Art. 19 Abs. 3 WvK, daß die commanditaire vennootschap kein in Aktien zerlegtes Kapital hat.

III DER ENTWURF NBW

In den Entwurf zum "Nieuw Burgerlijk Wetboek" ist der Begriff "maatschap" nicht mehr aufgenommen worden. Stattdessen wird der allgemeine Begriff "vennootschap" (Gesellschaft) benutzt. Es wird ein Unterschied gemacht zwischen stillen und offenen Gesellschaften: die stillen handeln ohne, die offenen mit einem gemeinschaftlichen Namen (Artt. 7.13.1.1., 7.13.1.2. Abs. 1).

Die offenen Gesellschaften sind juristische Personen (Art. 7.13.1.2. Abs. 2). Das Gesellschaftsvermögen ist also ein eigenes Vermögen der Gesellschaft.

Nach dem Entwurf gibt es vier verschiedene Gesellschaftstypen:

⁸ Gerechtshof Leeuwarden 3. Dezember 1941, NJ 1942, 242

⁹ Hoge Raad 15. Januar 1943, NJ 1943, 201, Walvius

¹⁰ Hoge Raad 20. April 1970, NJ 1970, 406, Romano Import

1. die stille vennootschap, in der ein freier Beruf oder ein Handelsgewerbe betrieben wird, ohne die Benutzung eines gemeinschaftlichen Namens;
2. die offene vennootschap, in der unter einem gemeinschaftlichen Namen ein freier Beruf ausgeübt wird;
3. die vennootschap onder firma: die offene vennootschap zum Betrieb eines Handelsgewerbes (Art. 7.13.2.1.);
4. die commanditaire vennootschap: die offene vennootschap zum Betrieb eines Handelsgewerbes, in der es auch einen oder einige Gesellschafter gibt, die nur intern haften bis zur Höhe ihrer Einlage (Art. 7.13.3.1.).

Einige Punkte möchte ich aus dem Entwurf erwähnen.

Die Geschäftsführung: Im Gesellschaftsvertrag wird geregelt, wer geschäftsführungsbefugt ist; wenn das nicht geregelt worden ist, sind alle Gesellschafter zusammen befugt: Gesamtgeschäftsführung. Auch möglich: einige Gesellschafter, eventuell mit einem Dritten, Nicht-gesellschafter, oder sogar nur ein Dritter sind/ist geschäftsführungsbefugt (alles Art. 7.13.1.4).

C DIE NIEDERLÄNDISCHEN KAPITALGESELLSCHAFTEN¹¹

I ALLGEMEIN

Wie das deutsche Recht die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung kennt, kennt das niederländische Recht die "naamloze vennootschap" (nv) und die "besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" (bv). Die bv und die nv sind juristische Personen (Art. 2: 3 BW, d.h. Art. 3 des zweiten Buches, wird kein Buch erwähnt, dann ist das zweite gemeint; Art. 175 (64) BW). Die nv und die bv handeln mittels ihrer Organe, von denen die Hauptversammlung und der Vorstand zwingend vorgeschrieben sind (Art. 217 (107) ff. und 239 (129) ff.). Das Recht über die Kapitalgesellschaften ist grundsätzlich zwingend (Art. 25), wie auch im deutschen Recht. Die bv besteht erst seit 1971. In den Niederlanden gibt es ungefähr 325000 bv's und 8250 nv's.

11. Siehe P. van Schilfgaarde, Van de bv en de nv, Arnhem, 1992

Die größten Unterschiede zwischen der bv und der nv sind:

1. die Übertragbarkeit der Aktien. In der Satzung der bv muß eine sog. Sperregelung ("blokkeringsregeling", Art. 195 Abs. 2) aufgenommen werden, d.h., die freie Übertragbarkeit der Aktien muß ausgeschlossen werden. Die Satzung der nv darf/kann eine solche Regelung enthalten (Art. 87), muß es aber nicht. Darüber hinaus kann die nv Inhaberaktien ausgeben, im Gegensatz zur bv; nur die Aktien der nv sind börsenfähig;
2. die bv darf keine Anteilsurkunden ausgeben, im Gegensatz zur nv (Art. 175 (64) Abs. 1);
3. das Minimumgrundkapital der bv beträgt f40.000, das der nv f100.000 (Art. 178 (67) Abs. 2).

Die Unterschiede bezüglich der Publikationspflicht sind 1984 aufgehoben worden.

II GRÜNDUNG EINER BV/NV

Die Errichtung der bv/nv wird geregelt in Art. 175 (64) Abs. 2. Erforderlich sind:

1. eine Errichtungshandlung: Seit 1987 reicht es, wenn es nur einen Gründer gibt;
2. eine Gründungsurkunde: Diese muß notariell beurkundet werden. Die Satzung muß einen bestimmten Mindestinhalt haben (Art. 177 (66) f.);
3. eine ministerielle Unbedenklichkeitserklärung: Der Justizminister kann diese nur aus 3 limitativen Gründen verweigern, Art. 179 (68) Abs. 2:

- a. die Akte steht nicht im Einklang mit dem Gesetz oder mit der öffentlichen Ordnung;
- b. die Prüfungsgebühr (f175) ist nicht eingezahlt worden;
- c. es besteht die Gefahr, daß die Personen, welche die Leitung der bv/nv innehaben sollen, die Gesellschaft zu unerlaubten Zwecken benutzen werden, oder daß ihre Tätigkeit zur Gläubigerbenachteiligung führen wird.
4. die Teilnahme aller Gesellschafter am Gesellschaftskapital.

Die Vorstandsmitglieder sind verpflichtet die Gesellschaft in das Handelsregister eintragen zu lassen (Art. 180 (69), 1 Abs. 7 Hrgw.). Diese Eintragung ist im Gegensatz zum deutschen Recht nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch.

Die persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder bei Nicht-eintragung (Art. 180 (69) Abs. 2) beschleunigt aber die Eintragung.

Wenn die notarielle Beurkundung oder die ministerielle Unbedenklichkeitserklärung fehlen, entsteht die bv/nv nicht (Art. 4 Abs. 1). Andere Gründungsmängel können nur zur Auflösung der Gesellschaft führen (Art. 21).

Über die sog. Vorgesellschaft folgendes: Die Gesellschaft ist erst gebunden, wenn sie die in ihrem Namen verrichteten Rechtshandlungen bestätigt hat oder direkt gebunden wird durch bestimmte Handlungen, z.B. Aktienaussgabe (Art. 203 (93)). Bis zu dieser Genehmigung haften die handelnden Gesellschafter persönlich.

III KAPITAL UND VERMÖGEN

Das Gesellschaftskapital ist die Summe der Nennwerte derjenigen Aktien, die von der Gesellschaft gemäß ihrer Satzung ausgegeben werden durften.

Das gezeichnete Kapital ist die Summe der Nennwerte derjenigen Aktien, die von den Gesellschaftern übernommen worden sind. Werden die Aktien zu pari (= Nennwert) ausgegeben, dann ist die Einzahlung der Nennwert. Werden die Aktien über pari emittiert, dann entsteht ein agio. Ausgabe unter pari, disagio, ist verboten¹².

Das eingezahlte Kapital ist derjenige Betrag, den die Gesellschafter auf die von ihnen übernommenen Aktien als Einlagen geleistet haben.

Das Gesellschaftskapital, das gezeichnete Kapital und das eingezahlte Kapital müssen bei der Gründung mindestens f40.000 für die bv bzw. f100.000 für die nv betragen (Art. 178 (67) Abs. 2). Das gezeichnete Kapital muß mindestens ein Fünftel des Gesellschaftskapitals betragen (Art. 178 (67) Abs. 4). Auf jede Aktie müssen mindestens 25% des Nennwertes eingezahlt werden (Art. 191 (80) Abs. 1). Wenn diese Vorschriften nicht beachtet werden, droht eine persönliche Haftung der Vorstandsmitglieder aufgrund der Art. 180 (69) Abs. 2. Die Einzahlung kann mittels Geld- oder Sacheinlage erfolgen (Art. 191a,b (80a,b)). Bei Sachgründungen entstehen häufig Bewertungsprobleme. Im Gegensatz zu den Personengesellschaften können keine Dienstleistungen als Einlage eingebracht werden.

Das gebundene Vermögen darf nicht an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Dividenden dürfen nur ausgezahlt werden, wenn das eigene Vermögen erhalten bleibt (Art. 216 (105) Abs. 2, 185 (74) Abs. 2). Der Rückwerb eigener Aktien ist strengen Vorschriften unterworfen: nicht voll eingezahlte Aktien dürfen nicht zurückgekauft werden, voll eingezahlte nur beschränkt. Die Gesellschaft darf niemals mehr als 50% (bv; für die nv 10%) eigene Aktien haben (Art. 207 (98)). Als Sanktion gilt der Erwerb als nichtig; die

12 Es gibt nur eine Ausnahme für die Börsennv, Art. 80 Abs. 2

Vorstandsmitglieder haften gutgläubigen Dritten gegenüber persönlich (Art. 207a (98a)).

Kapitalherabsetzung (Art. 208 f. (99 f.)) kann stattfinden mittels Einziehung eigener Aktien oder Herabsetzung des Nennwertes der Aktien. Die Hauptversammlung beschließt darüber. Auch hier gilt die Pflicht zur Beibehaltung des gebundenen Vermögens. Die Gläubiger können Einspruch erheben gegen eine vorgenommene Kapitalherabsetzung.

Kapitalerhöhung (Art. 206 (96)) wird auch durch die Hauptversammlung beschlossen, es sei denn, daß die Satzung ein anderes Organ für befugt erklärt¹³. Kapitalerhöhung ist nur möglich, wenn das Gesellschaftskapital das zuläßt.

Wenn nicht, dann muß zuerst durch Satzungsänderung das Gesellschaftskapital erhöht werden. Die Aktionäre haben bei der Ausgabe ein Bezugsrecht, das aber unter bestimmten Voraussetzungen in der Satzung beschränkt oder ausgeschlossen werden kann (Art. 206a). Bei der nv hat das Bezugsrecht (Art. 96a) eine besondere Bedeutung: es ist frei übertragbar, es wird auch "claim" genannt. Im Gegensatz zur bv kann bei der nv das Bezugsrecht nicht in der Satzung beschränkt oder ausgeschlossen werden. Die Hauptversammlung kann das für eine bestimmte Ausgabe (Art. 96a Abs. 6); dafür ist jedoch eine qualifizierte Mehrheit erforderlich (Art. 96a Abs. 7).

IV DIE AKTIEN

Das Kapital der Gesellschaft ist in Aktien zerlegt (Art. 175 (64), 190 (79)). Es gibt Namensaktien und Inhaberaktien ("aandelen op naam" und "aandelen aan toonder"). Die Übertragung und die Ausgabe der Namensaktien bedürfen der notariellen Beurkundung seit dem 1. Januar 1993 (Art. 196 (86)). Nur die nv kann Inhaberaktien ausgeben, nur die nv kann Anteilssurkunden ausgeben. Die bv kann das alles nicht; die Aktien sind nicht frei übertragbar¹⁴. Die Übertragung oder Ausgabe der Inhaberaktien findet statt mittels der Lieferung des Papiers: das Recht ist im Papier inkorporiert (Art. 3:93 BW).

V DIE GESELLSCHAFTSORGANE

1. Der Vorstand

Der Vorstand hat als Aufgabe die Geschäftsführung der Gesellschaft (Art. 239 (129)). Beschränkungen dieser Befugnis können aus dem Gesetz, aus der Zweckumschreibung und

13 Bei der nv nur möglich für eine Periode von 5 Jahren

14 Siehe oben

aus der Satzung folgen. Der Vorstand ist grundsätzlich selbständig.¹⁵

Die Bestellung erfolgt im Prinzip durch die Hauptversammlung (Artt. 242 (132)), es sei denn, daß die sog. Strukturregelung anwendbar ist (Artt. 272 (162)); dann bestellt der Aufsichtsrat den Vorstand. Die Möglichkeit besteht, daß andere Organe oder sogar Personen außerhalb der Gesellschaft, z.B. der Staat, einen Vorschlag machen (Artt. 243 (133)). Die Satzung kann bestimmte Eigenschaftserfordernisse festlegen.

Die Beurlaubung und die Entlassung erfolgen durch dasselbe Organ, das zur Bestellung berechtigt ist (Artt. 244 (134)). Der Aufsichtsrat ist auch immer befugt, Vorstandsmitglieder zu beurlauben, die Hauptversammlung ist daran aber nicht gebunden (Artt. 257 (147)). Ein Vorstandsmitglied kann seine Entlassung gesellschaftsrechtlich, z.B. aufgrund des Art. 8 (Redlichkeit und Billigkeit), oder arbeitsrechtlich anfechten. Im letzteren Fall kann aber keine Wiederherstellung des Dienstverhältnisses gefordert werden (Artt. 244 (134) Abs. 3). Die Klage auf Schadensersatz ist die geeignetste.

Die Haftung der Vorstandsmitglieder

Intern: Die Vorstandsmitglieder haften gegenüber der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat. Sie müssen ihre Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Erledigung der ihnen übertragenen Aufgaben nachkommen (Art. 9).

Extern: Seit 1987 gilt Art. 248 (138), in dem den Vorstandsmitgliedern eine Haftung auferlegt wird im Fall des von ihnen (mit)verschuldeten Gesellschaftskonkurses. Abs. 7 bestimmt, daß als Vorstandsmitglied in diesem Fall auch derjenige gilt, der die Leitung der Gesellschaft hatte oder teilweise hatte, "als wäre er Vorstandsmitglied". Auf diese Weise wird also auch dem tatsächlichen Vorstandsmitglied die Haftung auferlegt.

Weitere Haftungsgründe sind z.B.: aufgrund der unerlaubten Handlung (Art. 6: 162 BW); die Haftung für die Richtigkeit des publizierten Jahresabschlusses; dieser darf nicht irreführend sein (Artt. 249 (139)), es bestehen aber gewisse Exkulpationsmöglichkeiten; persönliche Haftung für bestimmte Prämien- und Steuerschulden, Haftung im Konzern: Art. 11: eine juristische Person ist Vorstandsmitglied einer anderen juristischen Person.

Die Vertretung

Die Vertretung ist geregelt worden in den Artt. 240 (130). Der Vorstand und jedes Vorstandsmitglied (Abs. 2) sind berechtigt, die bv bzw. die nv zu vertreten. Die Satzung kann

¹⁵

Hoge Raad 21. Januar 1955, NJ 1959, 43, Forumbank

aber bestimmen, daß neben dem Vorstand nur eines oder einige Vorstandsmitglieder oder diese mit einem oder mehreren anderen Personen vertretungsberechtigt sind. Die Vertretungsmacht ist unbeschränkt und bedingungslos, es sei denn, daß das Gesetz etwas anderes besagt. Die 'normalen' Vertretungsregeln gelten auch: Scheinvertretungsmacht, Bestätigung usw. (Artt. 3: 61, 69, 70, 78, 79 BW). Nach den Artt. 240 (130) Abs. 3 kann nur die Gesellschaft sich auf gesetzliche Beschränkungen berufen, aber nur wenn sie ordnungsgemäß in das Handelsregister eingetragen worden sind (Art. 31 Hrgw., Art. 2: 6 Abs. 2 und 3 BW).

Bei Überschreitung des Gesellschaftszweckes gilt Art. 7: hier gibt es keine Untersuchungsspflicht des Dritten, und die Handlung kann vernichtet werden (Artt. 3: 49 ff. BW).

2. Die Hauptversammlung

Nach der Forumbank-Entscheidung¹⁶ ist die Hauptversammlung nicht die höchste Macht in der Gesellschaft. Auch die Hauptversammlung ist an das Gesetz und an die Satzung gebunden.

Das wichtigste Recht der Hauptversammlung ist das Stimmrecht (Artt. 227 (117)). Die Hauptversammlung trifft sich jährlich mindestens einmal (Artt. 218 (108)), in jedem Fall 6 Monate nach dem Geschäftsjahr.

Die Einberufung geschieht durch den Vorstand oder den Aufsichtsrat (Artt. 219 (109)). Machen sie das nicht, dann kann jeder Aktionär nach Ermächtigung des Oberlandesgerichts die jährliche Hauptversammlung einberufen (Artt. 222 (112)).

Die normalen Hauptversammlungen können von Aktionären, die mindestens 10% des Gesellschaftskapitals aufbringen, einberufen werden (Artt. 220 (110)).

Die Beschlußfassung: eine Stimme pro Aktie (die Satzung kann aber anderes bestimmen, Artt. 228 (118)). Man beschließt durch einfache Mehrheit der Stimmen, es sei denn, daß die Satzung oder das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit vorschreiben. Quorumfordernisse werden selten gestellt (alles Artt. 230 (120)). Neu ist die Regelung, daß der Vorstand die von der Hauptversammlung gefaßten Beschlüsse aufzeichnet; Aktionäre können diese einsehen und eine Kopie bekommen (Artt. 230 (120) Abs. 4).

Die Satzung kann bestimmen, daß Aktionäre auch außerhalb der Hauptversammlung

16

Siehe Fußnote 16

Beschlüsse fassen können, vorausgesetzt, daß dies einstimmig geschieht und daß es keine Inhaberaktien gibt. Die Stimmen müssen in diesem Fall schriftlich abgegeben werden (Artt. 238 (128)). Nicht-beachtung dieser Formvorschrift führt zur Nichtigkeit (Art. 3: 39 BW).

Schutzmaßnahmen/"oligarchische" Regelungen

- a. Ausgabe von Vorzugsaktien an eine "befreundete" juristische Person;
- b. Zertifizierung der Aktien (Kein Stimmrecht!);
- c. Ausgabe von Prioritätsaktien, die Weisungsbefugnisse enthalten, z.B. Art. 243 (133): Vorschlagsrecht bei der Bestellung von Vorstandsmitgliedern/Mitgliedern des Aufsichtsrats;
- d. Beschränkung der Anzahl der Stimmen (Artt. 228 (118) Abs. 4 und 5);
- e. die "Holding"-Konstruktion.

Die Gründe sind häufig verschiedener Art. Für die Börsennv z.B. um einen "feindlichen Übergift" zu verhindern; für die Nicht-börsennv und die bv, um die Macht der Hauptversammlung einzuschränken.

Die Gültigkeit der Stimmverträge:

- a. Vertrag zur Regelung einer 50/50 Position, unabhängiger Dritter entscheidet;
- b. Vorversammlungsvertrag;
- c. Vertrag mit einem Dritten, um gemäß seinen Weisungen zu stimmen;

Kritik: Diese Verträge sind nichtig, wenn der Aktionär von jeder Möglichkeit zur selbständigen Interessenabwägung aufgrund der vor oder in der Hauptversammlung erhaltenen Information beraubt wird¹⁷. Stimmen zu verkaufen ist außerdem gesetzwidrig und sittenwidrig und verstößt gegen das, was im gesellschaftlichen Verkehr schicklich ist. Der "Hoge Raad" hat das Stimmrecht bezeichnet als ein eigenes Recht des Aktionärs, das dem eigenen Interesse in der Gesellschaft dient.

3. Der Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat wird im niederländischen Recht "raad van commissarissen", Rat der Kommissare, genannt. Dieses Organ hat als Aufgabe: die Aufsicht des Vorstands und die

Beratung des Vorstands. Der Aufsichtsrat ist nur verpflichtet bei der Strukturgesellschaft. In der Zukunft wird er für die nv verpflichtet, aufgrund der 5. Richtlinie der EG. Der Aufsichtsrat kann jedes Vorstandsmitglied zu jeder Zeit beurlauben; die Hauptversammlung kann diese Beurlaubung aber aufheben (Artt. 257 (147)). Art. 393: Der Aufsichtsrat kann, wenn die Hauptversammlung das nicht tut, einen Abschlußprüfer bestellen. Art. 219 (109): Der Aufsichtsrat kann die Hauptversammlung einberufen. Übrige Befugnisse können in der Satzung festgelegt werden (Artt. 250 (140) Abs. 3).

Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder: nach Errichtung durch die Hauptversammlung (Artt. 252 (142); die Satzung kann aber bestimmen, daß ein oder mehrere, höchstens ein Drittel, durch andere Organe bestellt werden, Artt. 253 (143)). Ein Kommissar muß jünger sein als 72 Jahre (Artt. 252 (142) Abs. 4); eine juristische Person kann kein Kommissar sein (Artt. 250 (140) Abs. 1).

Die Haftung der Kommissare

Intern: Art. 9, siehe oben bei der Haftung der Vorstandsmitglieder (siehe Art. 259 (149)). Art. 261 (151): Ein Kommissar, der aufgrund einer Bestimmung in der Satzung oder kraft eines Beschlusses der Hauptversammlung beiläufig Vorstandshandlungen verrichtet, haftet nicht als Kommissar, sondern als Vorstandsmitglied.

Extern: Art. 260 (150): Wenn der Jahresabschluß irreführend ist über den Zustand der Gesellschaft, haftet der Kommissar neben dem Vorstand persönlich gegenüber den Dritten, die dadurch Schaden erlitten haben. Auch hier besteht die Haftung bei Konkurs nach den Artt. 248 (138)¹⁸. Die Haftung folgt direkt aus Abs. 7, nicht also über Artt. 262 (151). Weiter die Haftung aus unerlaubter Handlung, Art. 6: 162 BW.

4. Der Betriebsrat

Ein Betriebsrat muß bestellt werden von jedem Unternehmer, der ein Unternehmen betreibt, in dem in der Regel mindestens 100 Personen arbeiten (Art. 2 Abs. 1 WOR). Art. 6 Abs. 1: Der Betriebsrat besteht aus 3 bis 25 Mitgliedern, abhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer. Sie werden von den Arbeitnehmern direkt gewählt.

Für die Mitglieder, ehemaligen und künftigen Mitglieder gibt es einen Kündigungsschutz (Art. 21 Abs. 2 und 3 WOR). In bestimmten Fällen ist die Zustimmung des Landgerichts nötig.

Der Betriebsrat kommt mindestens sechsmal jährlich zusammen (Art. 23 Abs. 2 WOR).

Rechte des Betriebsrats

a. Vorschlagsrecht. Die Artt. 25 und 30 WOR beinhalten ein Vorschlagsrecht für den Betriebsrat. Art. 25 gibt dem Betriebsrat ein solches Recht in bezug auf vorgenommene Beschlüsse des Unternehmers über wichtige Investitionen, Kredite, Beschlüsse, die die Macht in der Gesellschaft ändern können usw.

Der Vorschlag des Betriebsrats muß zu einem solchen Zeitpunkt gefragt werden, daß er einen wesentlichen Einfluß haben kann auf den zu fassenden Beschluß (Art. 25 Abs. 2).

Bei Abweichung vom Vorschlag oder wenn nach dem Vorschlag Tatsachen oder Umstände bekannt geworden sind, die, wären sie dem Betriebsrat bekannt gewesen, Anlaß gewesen sein könnten anderes vorzuschlagen, kann der Betriebsrat Klage erheben bei der Unternehmenskammer des Gerichtshofs Amsterdam (Art. 26 WOR). Eine Klage kann nur erhoben werden aufgrund der Tatsache, daß der Unternehmer bei der Abwägung der Interessen in Redlichkeit nicht zu seinem Beschluß hätte kommen können (Abs. 4). Die Unternehmenskammer kann die Klage zusprechen und eventuell Vorkehrungen treffen (Abs. 5). Abs. 8 bietet noch die Möglichkeit der vorläufigen Vorkehrungen.

Art. 30 gibt dem Betriebsrat ein ähnliches Vorschlagsrecht bei der Bestellung oder Entlassung eines Vorstandsmitglieds. Bei Abweichung gibt es hier aber keine Berufungsmöglichkeit.

b. Zustimmungrecht. Art. 27 WOR gibt dem Betriebsrat ein Zustimmungrecht bei Beschlüssen über das Unternehmensreglement oder über Regelungen der sonstigen Arbeitsbedingungen. Wenn der Betriebsrat die Zustimmung verweigert, kann der Unternehmer sich an das Landgericht wenden und dieses um Zustimmung bitten. Abs. 4. Bei unredlicher Weigerung des Betriebsrats oder bei schwerwiegenden betriebsorganisatorischen, -sozialen oder -wirtschaftlichen Gründen wird das Landgericht die Zustimmung erteilen. Abs. 5. Nichtig ist der Beschluß ohne die Zustimmung des Betriebsrats oder des Landgerichts. Die Nichtigkeit tritt jedoch nur ein, wenn der Betriebsrat innerhalb eines Monats Klage erhebt.

c. Der Betriebsrat hat ein Informationsrecht: Artt. 31a-c.

Unter bestimmten Voraussetzungen sind zentrale Betriebsräte oder Gruppenbetriebsräte möglich: Artt. 33-35. Es muß dann ein gemeinschaftliches Interesse vorliegen.

In die Artt. 36-36a ist eine allgemeine Konfliktregelung aufgenommen worden. Im Prinzip müssen die Konflikte zuerst der Unternehmenskommission, erst danach dem Landgericht vorgelegt werden.

Für kleine Unternehmen gelten einige abweichende Regelungen. Hat ein Unternehmen mehr als 35, aber weniger als 100 Personen in Dienst, die mehr als ein Drittel der normalen

Arbeitszeit arbeiten, dann ist ein Betriebsrat zwar verpflichtet, er hat aber weniger Befugnisse.

Das Vorschlagsrecht gilt nur bei Gefahr für Verlust von Arbeitsplätzen oder bei einer wichtigen Änderung der Arbeit oder der Arbeitsbedingungen von mindestens einem Viertel der Arbeitnehmer (Art. 2 Abs. 1, 35a).

In Unternehmen mit mindestens 10 und höchstens 35 Arbeitnehmern, die mehr als ein Drittel der normalen Arbeitszeit arbeiten, ist ein Betriebsrat nicht zwingend. Wohl aber besteht eine Beratungsverpflichtung (Art. 35b).

VINICHTIGKEIT UND AUFHEBUNG DER BESCHLÜSSE

Eine Stimme kann nichtig sein, sie kann aber nicht vernichtet werden. Das Urteil des Vorsitzenden der Hauptversammlung ist entscheidend. Eventuell folgt eine neue Abstimmung (alles Art. 13).

Art. 14 behandelt die Nichtigkeit der Beschlüsse. Ein Beschluß ist nichtig:

- a. wenn der Beschluß nicht im Einklang mit dem Gesetz oder mit der Satzung steht.
- b. wenn der Beschluß nicht im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen oder mit den Bestimmungen in der Satzung, die die Befugnisse der verschiedenen Organe regeln, steht.
- c. wenn der Beschluß gefaßt ist, obwohl eine bestimmte Handlung eines anderen Organs oder die Mitteilung an ein anderes Organ fehlt.

Art. 15: Ein Beschluß ist für nichtig zu erklären:

- a. wenn das Zustandekommen des Beschlusses gesetzwidrig oder sittenwidrig ist.
- b. wenn der Beschluß nicht im Einklang mit der von Art. 8 verlangten Redlichkeit und Billigkeit steht.

c. wenn der Beschluß nicht im Einklang mit dem Unternehmensreglement steht.

d. wegen Willensmängel.

Die Nichtigkeit wirkt ab initio. Die Vernichtung wirkt zurück, sie hat ex-tunc-Wirkung. Art. 15 Abs. 5 bestimmt, daß die Verjährung nur ein Jahr beträgt. Ein redliches Interesse ist erforderlich. Nichtigkeit und für nichtig zu erklärende Beschlüsse können geheilt, bestätigt werden. In bestimmten Fällen werden gutgläubige Dritte geschützt (Art. 16 Abs. 2).

VII DER JAHRESABSCHLUß

Der Jahresabschluß besteht aus der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung, einschließlich einer Erklärung (Art. 361). Er wird aufgestellt durch den Vorstand, innerhalb von 5 Monaten nach dem Geschäftsjahr (Art. 210 (101)).

Die Hauptversammlung stellt dann den Jahresabschluß fest, es sei denn, daß er eine Strukturgesellschaft betrifft; hier stellt der Aufsichtsrat den Jahresabschluß fest; die Hauptversammlung genehmigt.

Der Jahresabschluß muß überprüft werden von einem Abschlußprüfer (registeraccountant, Art. 393). Wichtig ist die Publikationspflicht: Seit 1971 gilt für alle nv's die Pflicht, den Jahresabschluß zu veröffentlichen (aufgrund der 1. Richtlinie der EG, vor 1971 nur Börsennv publikationspflichtig). Da die bv ihren Jahresabschluß nicht publizieren mußte, wurden viele nv's in bv's umgewandelt. Aufgrund der 4. Richtlinie der EG von 1984 muß jetzt auch die bv ihren Jahresabschluß veröffentlichen. Diese Veröffentlichung muß spätestens 13 Monate nach dem Geschäftsjahr geschehen (Art. 394 Abs. 3).

Freistellungen:

- a. die sog. Gruppenbv's und -nv's (Art. 403);
- b. die kleinen bv's/nv's (Art. 396): diese müssen bei einigen Bilanzdaten mindestens zwei der drei folgenden Kriterien erfüllen:
 1. der Wert der Aktiva beträgt nicht mehr als f5 Mio.;
 2. der Nettoumsatz beträgt nicht mehr als f10 Mio.;
 3. der Personalbestand besteht durchschnittlich aus weniger als 50 Personen;
- c. die mittelgroßen bv's/nv's (Art. 397): für diese Unternehmen gelten die folgenden Zahlen:

1. f20 Mio.;

2. f40 Mio.;

3. 250 Personen.

Diese Unternehmen brauchen nur einen vereinfachten Jahresabschluß aufzustellen und zu publizieren; die kleinen Unternehmen brauchen den Jahresabschluß übrigens nicht prüfen zu lassen.

Auch der Wirtschaftsminister kann in bestimmten Fällen an 'normale' Unternehmen eine Freistellung erteilen (Art. 394 Abs. 5, 210 (101) Abs. 4).

VIII KONFLIKTREGELUNG UND ENQUETE

In den Artt. 336-341 wird die gezwungene Übertragung der Aktien ("Ausschluß des Aktionärs") geregelt. Diese Regelung gilt für die bv und die NichtbBörsennv. Ein oder mehr Aktionäre, die allein oder zusammen mehr als ein Drittel des Gesellschaftskapitals aufbringen, können vom Aktionär, der durch sein Verhalten dem Interesse der Gesellschaft dermaßen schadet, daß das Fortdauern seines Aktionärs in Redlichkeit nicht verlangt werden kann, rechtens fordern, daß er ihnen seine Aktien überträgt. In Art. 343 gibt es noch eine Regelung der gezwungenen Übernahme ("Austritt des Aktionärs").

In den Artt. 350 ff. wird die sog. Enquete oder Sonderprüfung geregelt. Die Unternehmenskammer des Gerichtshofs Amsterdam kann dazu beschließen. Befugt zum Antrag einer Enquete sind: der Oberstaatsanwalt bei dem Gerichtshof Amsterdam im öffentlichen Interesse; Aktionäre, die mindestens ein Zehntel des Gesellschaftskapitals aufbringen; die Gewerkschaften. Zuerst müssen sie aber ihre Beschwerden dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat mitteilen.

Die Unternehmenskammer weist eine Klage nur zu, wenn sich gegründete Gründe herausstellen, um an einer richtigen Unternehmenspolitik zu zweifeln (Art. 350). Es werden dann Berichterstatler ernannt.

Bei Verletzung der elementaren Grundsätze verantwortlichen Unternehmertums¹⁹ kann die Unternehmenskammer Mißwirtschaft oder schlechte Verwaltung feststellen (Art. 355). In diesem Fall kann die Unternehmenskammer Vorkehrungen treffen (Art. 356), z.B.: Beurteilung/Entlassung der Vorstandsmitglieder oder der Aufsichtsratsmitglieder; Nichtigerklären der Beschlüsse; Auflösung der Gesellschaft. Diese letzte Sanktion ist aber ein ultimum remedium, die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer und Dritter müssen berücksichtigt werden (Art. 357 Abs. 6). Da es häufig besser ist, daß die Gesellschaft selbst ihre Mißstände korrigiert, kann die Unternehmenskammer aufgrund des Art. 355 Abs. 5 ihr eine sog. "terme de grace" erteilen.

IX SATZUNGSÄNDERUNG; UMWANDLUNG UND AUFLÖSUNG

1. Satzungsänderung

In den Artt. 231-237 wird bestimmt, daß die Hauptversammlung befugt ist, eine

¹⁹ Unternehmenskammer 22. Dezember 1983, NJ 1985, 383

Satzungsänderung zu beschließen. Erforderlich sind eine notarielle Beurkundung und eine ministerielle Unbedenklichkeitserklärung, wie bei der Gründung der Gesellschaft. Auch die Weigerungsgründe des Ministers sind sehr ähnlich (Art. 179 (68), 235 (125)). Zusätzlich wird geprüft, ob die Gesellschaft durch Satzungsänderung einen verbotenen Charakter oder einen unerlaubten Zweck haben wird. Ein wichtiger Unterschied ist, daß der Minister bei der Gründung prüft, ob die Akte im Einklang steht mit der öffentlichen Ordnung und dem Gesetz, während er bei der Satzungsänderung nicht nur die Änderung, sondern auch die Weise ihres Zustandekommens prüft.

2. Umwandlung

Art. 18 sieht die Möglichkeit vor, daß eine bv in eine nv oder eine nv in eine bv umgewandelt wird. Zur Umwandlung ist ein Beschluß durch einfache Mehrheit der Hauptversammlung erforderlich.

Auch benötigt wird eine Erklärung eines Wirtschaftsprüfers über das Vermögen der Gesellschaft (Art. 183 (72)).

3. Auflösung

Nach Art. 19 Abs. 1 wird die Gesellschaft aufgelöst:

- a. zu einem von der Satzung bestimmten Zeitpunkt (Art. 184 (73));
- b. durch Beschluß der Hauptversammlung;
- c. nach Konkurs der Gesellschaft;
- d. vom Richter in bestimmten Fällen, z.B. Art. 20: Streit mit der öffentlichen Ordnung. Art. 21 nennt noch einige Auflösungsgründe. Außerdem z.B. nach einer Enquete, Art. 356; wenn das eigene Vermögen zu niedrig wird, Art. 185 (74) Abs. 2. Art. 185 (74) Abs. 1 dient dazu, die sog. "leeren" bv's/nv's zu bekämpfen: Der Richter muß die Gesellschaft auflösen, wenn sie ihren Zweck nicht mehr erreichen kann wegen des Mangels an einem positiven Saldo oder wenn sie ihre Aktivitäten zur Erreichung ihres Zweckes eingestellt hat.

Die Liquidation der Gesellschaft bleibt hier außer Betracht. Ich möchte nur bemerken, daß die Gesellschaft bestehen bleibt zur Liquidation ihres Vermögens (Art. 19 Abs. 4). Über die Weise der Liquidation enthalten die Artt. 23a-b eine Regelung.

X FUSION

Es gibt verschiedene Formen einer Fusion.

Zuerst die Betriebsfusion: Gesellschaft A übernimmt Gesellschaft B. Die Rechte der Arbeitnehmer der Gesellschaft A werden in diesem Fall geschützt (Art. 7A: 1639aa ff. BW).

Bei der Aktienfusion übernimmt die Gesellschaft A die Aktien der Gesellschaft B oder eine von A und B errichtete Gesellschaft C übernimmt die Aktien von A und B. Das Interesse der Minderheitsaktionäre ist in diesem Fall sehr wichtig. Seit 1988 besteht eine Abfindungsregelung in Art. 201 (92a): Derjenige, der als Aktionär 95% des Gesellschaftskapitals aufbringt, hat das Recht, die (d.h. alle) übrigen Aktionäre abzufinden. Nach Abs. 4 wird diese Forderung abgelehnt:

- a. wenn einer von den übrigen Aktionären erheblichen Schaden erleidet, trotz der Vergütung;
- b. wenn einer der übrigen Aktionäre ein Vorzugsaktionär ist; c. wenn der Kläger den übrigen Aktionären gegenüber die Befugnis zur Klageerhebung abgetreten hat.

Juristische Fusion: Die Artt. 308-334 sind entstanden aufgrund der 3. Richtlinie der EG und beinhalten eine vollständige juristische Verschmelzung. Es gibt erwerbende und verschwindende Gesellschaften: Das Vermögen der verschwindenden Gesellschaft erwirbt die erwerbende Gesellschaft auf dem Wesen der Gesamtnachfolge, Art. 309. Die Aktionäre der verschwindenden Gesellschaft werden Aktionäre der erwerbenden Gesellschaft, Art. 311 Abs. 2. Die juristische Fusion beschließt die Hauptversammlung, Art. 317. Voraussetzung ist unter anderem die notarielle Beurkundung, Art. 318, 330 Abs. 4.

Der Fusionscode

Für die juristische Fusion gibt es weiterhin eine besondere Regelung, und zwar den Fusionscode. Diese Regelung enthält nicht verbindliche Verhaltensnormen, aufgestellt durch den sog. Sozialwirtschaftsrat. Die "Sanktionen" sind (Art. 32): ein öffentlicher Verweis oder eine öffentliche Bekanntmachung des Verstosses. Wichtiger ist eine indirekte Sanktion: Der Verein für den Effektenhandel hat seine Mitglieder verpflichtet, nicht mitzuwirken beim Bieten für Aktien, wenn der Code mißachtet worden ist. Das Bieten ist dann praktisch unmöglich, weil die Mitwirkung unentbehrlich ist.

Der Code kann auch im Kollektivvertrag für anwendbar erklärt werden, Art. 15 Abs. 2.

Die Verletzung der Verhaltensnormen des Codes können in bestimmten Fällen eine unerlaubte Handlung darstellen (Art. 6: 162 BW).

Kapitel I des Codes behandelt den Schutz der Aktionärsinteressen: Ein öffentliches Angebot kann gemacht werden bis höchstens 30% der Aktien. Will der Bieter mehr, dann muß er ein festes Angebot machen für alle Aktien. Das Ziel der Regelung ist unter anderem, dem Mißbrauch von Vorkenntnissen zuvorkommen.

Kapitel II regelt den Schutz der Arbeitnehmerinteressen: Mindestens ein Unternehmen muß seinen Sitz in den Niederlanden haben, mit mindestens 100 Arbeitnehmern, Art. 15. Ein wichtiges Problem ist hier die Geheimhaltungspflicht der Gewerkschaften, Art. 18, 19.

Aufgrund der 13. Richtlinie der EG muß dieser Code wahrscheinlich vor allem, was das öffentliche Angebot betrifft, geändert werden.

XI-DIE STRUKTURGESELLSCHAFT

Die Strukturgesellschaft wird auch die große bv oder nv genannt. Wir sprechen von einer Strukturgesellschaft, wenn (Art. 263 (153) Abs. 2):

- a. das gezeichnete Kapital zusammen mit den Reserven mindestens f25 Mio. beträgt;
- b. die Gesellschaft oder eine abhängige Gesellschaft (Art. 262 (152): entweder auch eine juristische Person oder eine Personengesellschaft) kraft einer bestehenden gesetzlichen Verpflichtung einen Betriebsrat hat;
- c. bei der Gesellschaft und ihren abhängigen Gesellschaften zusammen mindestens 100 Arbeitnehmer in den Niederlanden arbeiten.

Für diese Gesellschaften gilt eine verpflichtende Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister. Erst wenn die Gesellschaft 3 Jahre ununterbrochen eingetragen ist, gelten die Strukturbestimmungen für sie (Art. 264 (154)).

Bestellung der Kommissare (der Aufsichtsratsmitglieder, mindestens 3, Art. 268 (158) Abs. 3): Es besteht ein System der "kontrollierten Kooptation" (Art. 268 (158)), eine originale Erfindung des niederländischen Gesetzgebers. Kooptation bedeutet, daß der Aufsichtsrat selbst seine Kommissare bestellt (Abs. 2). Gibt es keine Kommissare (mehr), dann bestellt die Hauptversammlung sie, Art. 269 (159). Die Satzung kann bestimmen, daß ein oder mehr Kommissare durch den Staat bestellt werden können (Art. 268 Abs. 12). Der Aufsichtsrat erteilt der Hauptversammlung und dem Betriebsrat mit, daß es eine freie Stelle gibt (Abs. 4).

Die Hauptversammlung, der Betriebsrat (und auch der Vorstand) können dann einen Vorschlag/eine Empfehlung machen. Der Aufsichtsrat teilt ihnen daraufhin mit, welche Person er bestellen möchte (Abs. 5). Die Hauptversammlung und der Betriebsrat können dagegen Einspruch erheben bei der Unternehmenskammer des Gerichtshofs Amsterdam (Abs. 6). Die Unternehmenskammer kann die Bestellung verhindern, in dem sie die Einsprüche für begründet erklärt. Das Recht der Hauptversammlung und des Betriebsrats ist also ein "verklaustriertes Vetorecht".

Einspruchsgründe sind:

- a. die Vorschriften der Absätze 4 und 5 des Art. 268 (158) sind nicht beachtet worden,
- b. es besteht die Erwartung, daß die durch den Aufsichtsrat vorgeschlagene Person unfähig sein wird für die Bekleidung der Stellung eines Kommissars;
- c. der Aufsichtsrat wird bei Bestellung gemäß dem Vorhaben nicht gebührendermaßen zusammengesetzt sein.

Beurlaubung und Entlassung: Ein Kommissar tritt spätestens nach 4 Jahren zurück, Art. 271 (161). Entlassung ist nur möglich durch die Unternehmenskammer, Art. 271 (161) Abs. 2 wegen:

- a. Vernachlässigung seiner Aufgabe;
- b. anderer wichtiger Gründe;
- c. einer tiefgreifenden Änderung der Umstände, so daß die Aufrechterhaltung als Kommissar von der Gesellschaft redlicherweise nicht verlangt werden kann (Fusion z.B.).

Die Gesellschaft selbst, die Hauptversammlung und der Betriebsrat können die Entlassung beantragen. Die Beurlaubung geschieht durch den Aufsichtsrat selbst, Art. 271 (161) Abs. 3.

Aufgabe des Aufsichtsrats

Wie jeder Aufsichtsrat muß er den Vorstand beaufsichtigen und Rat geben, Art. 250 (140). Zusätzlich hat der Aufsichtsrat einer Strukturgesellschaft einige weitgehende Befugnisse:

- a. die Bestellung und die Entlassung der Vorstandsmitglieder, Art. 271 (162);
 - b. die Feststellung des Jahresabschlusses, Art. 273 (163);
 - c. die Genehmigung mehrerer Beschlüsse des Vorstands, Art. 274 (164), z.B. bezüglich einer Satzungsänderung, einer Emission usw. Im zweiten Absatz wird der Drittschutz geregelt.
- Einige Regeln noch: Ein Kommissar muß jünger sein als 72 Jahre (Art. 252 (142)); in Art. 270 (160) werden die Personen genannt, die kein Kommissar werden können wegen Inkompetenzen. Ein verbindlicher Vorschlag ist unzulässig (Art. 268 (158) Abs. 2).

Vollständige Freistellung

Vollkommen freigestellt von der Strukturregelung wird (Art. 263 (153) Abs. 3):

- a. die Gesellschaft, die abhängige Gesellschaft ist einer juristischen Person, die entweder der vollständigen oder der abgeschwächten Regelung unterworfen ist;

- b die Gesellschaft, die einem internationalen Konzern angehört und darin nur als "Holding" funktioniert;
- c. die Gesellschaft, die einem internationalen Konzern angehört und darin nur interne Dienstleistungen erfüllt;
- d. die 50% oder mehr joint venture von juristischen Personen, die der Strukturregelung unterworfen sind oder die abhängige Gesellschaften sind einer solchen juristischen Person.

Abgeschwächte Strukturregelung

Nach Art. 265 (155) gilt eine abgeschwächte Regelung für die niederländische Strukturgesellschaft, die einem internationalen Konzern angehört. Voraussetzungen sind:

- a. die niederländische Gesellschaft ist eine Strukturgesellschaft;
- b. 50% oder mehr des Kapitals werden gehalten durch eine (niederländische/ausländische) juristische Person (die Muttergesellschaft) oder eine abhängige Gesellschaft davon;
- c. die Mehrheit der Arbeitnehmer der Muttergesellschaft und ihrer Gruppengesellschaften arbeitet außerhalb der Niederlande (erste Zählung).

Absatz 2 hat nur Bedeutung, wenn die niederländische Strukturgesellschaft nicht zur Gruppe der Mutter gehört. Dann erfolgt eine zweite Zählung, bei der die Arbeitnehmer der Gruppe der Mutter zu den Arbeitnehmern der Gesellschaft selbst hinzugezählt werden. Auch von dieser Anzahl muß die Mehrheit im Ausland arbeiten.

Absatz 1 unter b gilt für joint ventures; Absatz 1 unter c gilt, wenn ein oder mehrere Partner selbst auch eine Strukturgesellschaft sind oder freigestellt worden sind.

Die Bestellung und Entlassung und die Feststellung des Jahresabschlusses bleiben Aufgabe der Hauptversammlung. Der Aufsichtsrat hat aber die Aufgabe, einige Beschlüsse des Vorstands zu genehmigen, Art. 274 (164).

Auch möglich schließlich ist die Befreiung durch den Justizminister von einigen Strukturbestimmungen (Art. 266 (156)); der Minister kann eine Gesellschaft aber nicht befreien von der Verpflichtung zur Eintragung in das Handelsregister (Art. 263 (153)). Eine Gesellschaft kann auch freiwillig die Strukturregelung für anwendbar erklären (Art. 267 (157)). Voraussetzung dann ist, daß die Gesellschaft einen Betriebsrat hat.

SOMETHING DIFFERENT, LAH?

Einjähriger LL.M.-Kurs an der University of Hong Kong.

von Rechtsreferendar Frank Zahn, Berlin

Für den an einem Auslandsaufenthalt interessierten deutschen Juristen stellt sich zu Beginn der Planung eines solchen Vorhabens eine entscheidende Frage: Will ich bei meinem Aufenthalt auf Nummer sicher gehen und ihn als eintausendsiebenhundertdreißigtausendzweihundertzwanzigster Teilnehmer an einer der von deutschen Juristen stark frequentierten Universitäten etwa in den USA oder England verbringen, oder bringe ich den dazu erforderlichen Pioniergeist auf und versuche mich an etwas völlig Neuem? All diejenigen, die diese Frage zu Gunsten der letzteren Alternative beantwortet haben, eint vermutlich die Erfahrung, daß ein solcher Aufenthalt eine besonders intensive Phase der Vorbereitung und Planung erfordert, dafür aber auch Möglichkeiten bietet, die weit über die bloße Kursteilnahme hinausgehen.

Die 1912 gegründete University of Hong Kong¹ bietet seit dem akademischen Jahr 1987/88 einen Master of Laws (LL.M.) Kurs an, der sich zunächst vornehmlich an in Hong Kong arbeitende Praktiker gewandt hat, die diesen Kurs als Weiterbildungsveranstaltung als part-time Studenten über zwei Jahre hinweg belegt haben. In den letzten Jahren und insbesondere im akademischen Jahr 1992/93 sind aber auch zunehmend ausländische Teilnehmer als full-time Studenten immatrikuliert. Obwohl die überwiegende Mehrzahl der Teilnehmer aus Hong Kong selbst kam, verließen Studenten aus Australien, Neuseeland, Indien, der Schweiz, England.

1) Angaben zum LL.M. Kurs.

Der Kurs kann im Wege eines Vollzeitstudiums (1 akademisches Jahr/4 Fächer) oder als Zeitstudium (2 Jahre/2 Fächer pro Jahr) absolviert werden. Zeitlich unterteilt sich der Kurs in zwei Semester, von September bis Dezember und von Januar bis April. Während der Weihnachtspause, über das chinesische Neujahrsfest und einigen anderen regionalen Feiertagen bleibt ausreichend Zeit für andere Aktivitäten, wie z.B. Reisen im asiatischen Raum. Dies ist, bei mittlerer Arbeitsbelastung während des Semesters zum Lernen und Anfertigen der Research-papers durchaus zu bewerkstelligen.

a) Teilnehmer und zeitliche Abfolge.

Bei den Kursteilnehmern handelte es sich überwiegend um in Hong Kong tätige Rechtsanwälte, vornehmlich aus großen internationalen Kanzleien, die den LL.M. Kurs als Part-time Studenten über zwei akademische Jahre betreiben. Vollzeitstudenten waren bei einem Verhältnis 1:10 in

¹ Informationen zum LL.M. Kurs sowie sonstigen Postgraduiertenprogrammen sind erhältlich bei: The Academic Secretary, University of Hong Kong, Pokfulam Road, Hong Kong.

der Minderheit. Die Vollzeitstudenten kamen aus dem Ausland, namentlich aus der Schweiz, Australien, den USA, England und der Bundesrepublik.

Aufgrund der vielen teilnehmenden berufstätigen Praktiker finden die Vorlesungen in den Abendstunden statt (18.00-21.00 h bzw. 18.30-21.30 h). Dies hat Vor- und Nachteile. Einerseits ist es aufgrund dieser Zeiten möglich, tagsüber umfangreiche Forschungstätigkeiten durchzuführen oder im Rahmen eines Praktikums Einblicke in die anwaltliche Tätigkeit in Hong Kong zu gewinnen. Auch bietet Hong Kong selbst vielfältige touristische sowie sonstige Möglichkeiten, seine Zeit zu verbringen, die Universität bietet z.B. Sprachkurse in Kantonesisch und Mandarin an.

Andererseits sind bei einem Vollzeitstudium vier Abende in der Woche mit Kursen belegt und man ist oft verhindert, dem reichhaltigen Angebot gesellschaftlicher Veranstaltungen nachzukommen. Auch sind bei abendlichen Vorlesungen mit Teilnehmern, die zum Zeitpunkt des Vorlesungsbeginns bereits einen vollen Arbeitstag hinter sich haben, Ermüdungserscheinungen gelegentlich nicht zu leugnen. Die Teilnahme von Praktikern hat aber den Vorteil, daß diese ihren Erfahrungsschatz in die Erörterung theoretischer rechtlicher Probleme einbringen können, was die Vorlesungen und die Gesamtdarstellung des Stoffes erheblich bereichert.

Mit einem erwarteten Anstieg von Vollzeitstudenten ist nach Angaben der Organisatoren damit zu rechnen, daß den Bedürfnissen dieser Teilnehmergruppe durch die zeitliche Verlagerung der Veranstaltung in den Nach- oder Vormittag mehr entsprochen wird.

Ein erhebliches, durch die Teilnahme von Praktikern bedingtes Plus ist die sehr viel stärkere Praxisausrichtung der Vorlesungen, als deutsche Jurastudenten dies von Vorlesungen an deutschen Universitäten gewohnt sind. Dies war meiner Meinung nach auch einer der Hauptvorteile dieses Programms, weil man von der pathologischen Falllösung weg hingeführt wurde zum Denken in Alternativen und dem Finden verschiedener Lösungsvorschläge. In einer der Abschlußklausuren folgte nach der Sachverhaltschilderung zum Beispiel nicht der gewohnte Satz "Welche Ansprüche hat X gegen Y?", sondern "Entwerfen Sie eine Vertragsklausel, in der die im Sachverhalt angesprochenen Probleme berücksichtigt werden, und erläutern Sie ihren Lösungsvorschlag."

b) Zu erbringende Leistungen.

Voraussetzung für die Erlangung des LL.M.-Grades ist die erfolgreiche Kursteilnahme. Hierzu war die Anfertigung einer Research-paper (wie eine juristische Seminararbeit, 20-35 Seiten zu einem frei zu wählenden Thema) in jedem der vier Fächer (!) sowie das Bestehen einer Abschlußklausur in jedem Fach.

Die Research-papers stellten sich als der arbeitsintensivste Teil der abzuleistenden Arbeiten heraus, da es galt, sich in wenigen Monaten in vier Problembereiche einzuarbeiten, diese zu erörtern und in einer schriftlichen Arbeit überzeugend darzustellen bzw. zu lösen. Da regelmäßig bereits einige Monate für die Wahl des Themas in den einzelnen Fächern

erforderlich waren, verblieben für die Bearbeitung selbst nur wenige Wochen pro Thema, weswegen an einigen Stellen die akademische Ausführlichkeit der Bearbeitung schlichten zeitlichen Engpässen weichen mußte. Nützlicher wäre es gewesen, die Zahl der Research-papers auf zwei zu begrenzen, diese wären dann allerdings umfangreicher zu bearbeiten gewesen, da das anfängliche "sich-einlesen" in eine Materie besonders zeitaufwendig ist. Hat man sich erst einmal mit einem bestimmten Gebiet vertraut gemacht, fällt es leichter, in diesem eine ausführlichere und detailliertere Arbeit zu erstellen.

Die Abschlußklausuren wurden ca. vier Wochen nach dem Ende der Vorlesungen geschrieben. Vorlesungsschluß war Anfang April, die Klausuren begannen in der letzten Aprilwoche. Die Klausuren erstreckten sich auf den gesamten während des Kurses behandelten Stoff, allerdings war die Aufgabenstellung so, daß der Bearbeiter aus einem Katalog von Prüfungsfragen zu einzelnen Gebieten die Frage auswählen konnte, die er beantworten wollte.

c) Thematische Ausrichtung und Forschungsmöglichkeiten.

In der thematischen Ausrichtung ist der Kurs an der University of Hong Kong, der Stellung Hong Kongs als führendes Wirtschaftszentrum im asiatischen Raum entsprechend, ausgerichtet auf wirtschaftsrechtliche Themen. Beispiele sind Shipping Law, International Commercial Transactions, Credit and Security Law, Remedies, Intellectual Property Law in East Asia. Darüber hinaus besteht ein zweiter Schwerpunkt auf im Bereich des Rechts der Volksrepublik China, das in verschiedenen Kursen dargestellt wird, z.B. Chinese Economic and Civil Law, Trade and Investment in the People's Republic of China, Dispute Resolution in China, Intellectual Property Law in the People's Republic of China, Introduction into China's Legal System. Besonderes die Teilnahme an diesen Veranstaltungen empfiehlt sich für deutsche Juristen, da das chinesische Recht in weiten Teilen auf Gedanken aus dem deutschen Recht aufbaut, was das Verständnis erheblich erleichtert. Der LL.M. Kurs der University of Hong Kong bietet überdies die Möglichkeit, Einblicke in das chinesische Recht zu gewinnen, ohne vorher die Sprache gelernt zu haben, da alle Kurse in Englisch gehalten werden.

Die juristische Fakultät der University of Hong Kong verfügt über eine eigene Bibliothek, die neben Literatur zum Recht von Hong Kong umfangreiches Material zum Recht der Volksrepublik China, darüber hinaus aber auch weitreichendes Material zu den Bereichen internationales Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht sowie den Rechten der USA, Australiens und diverser anderer asiatischer Staaten enthielt. Darüber hinaus gab es weiteres Material in der allgemeinen Universitätsbibliothek sowie im Zentrum für asiatische Studien. Teilweise waren Bücher in unzureichender Anzahl oder nur in alten Auflagen vorhanden. Die Tatsache, daß es sich nicht um eine Präsenz- sondern eine Leihbibliothek handelte verschärfte zeitweilig das Problem, aktuelle Literatur zu bekommen.

d) Kosten.

Im internationalen Vergleich muß der Kurs in Hong Kong wohl als absolutes "Schnäppchen" bezeichnet werden, liegen doch die Studiengebühren mit HK \$ 11.600,-² (1992/93) weit unter denen vergleichbarer Kurse in England oder den USA. Hinzu kommen noch diverse Immatrikulationsgebühren und Semesterbeiträge, die aber insgesamt unter DM 150,- liegen.

Jeder Teilnehmer des LL.M. Kurses erhält zu dessen Beginn umfangreiche Kursmaterialien in jedem der von ihm belegten Fächer. Hierbei handelt es sich um Entscheidungen, Gesetzestexte, Aufsätze etc., die von den Dozenten zusammengestellt und zur Vorbereitung auf den Kurs zur Lektüre empfohlen werden. Der Preis hierfür beträgt HK \$ 1300,-, ist aber allemal angemessen, da die bereitgestellten Materialien überaus umfangreich und hilfreich sind.

Die sonstigen Lebenshaltungskosten hängen selbstverständlich von den jeweiligen Bedürfnissen ab, weswegen nähere Angaben hier nicht gemacht werden können (zum Wohnungsmarkt siehe unten). Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß Hong Kong als größtes Kaufhaus der Welt zahllose Möglichkeiten zum Discount-Shopping bietet, die, wenn sie gehäuft wahrgenommen werden, trotz der im Einzelfall günstigen Preise zu erheblichen Belastungen des Budgets führen können.

II) Lebensverhältnisse in Hong Kong.

Hong Kong gehört zu den am dichtesten besiedelten Flecken der Welt, und das wirkt sich selbstverständlich auf den Wohnungsmarkt aus. Während ansonsten die Preise in Hong Kong für deutsche Verhältnisse als günstig bezeichnet werden können (sofern man nicht gerade in den Touristenzentren einkauft), sind Wohnungen auf dem freien Wohnungsmarkt extrem teuer. Es ist schwer, hier Richtwerte anzugeben, aber laut Auskunft der Overseas Student's Unit der University of Hong Kong betragen die Kosten für ein Appartement ca. HK \$ 7000,-/Monat ohne Nebenkosten.

Die University of Hong Kong liegt, in wunderschöner Hanglage mit Blick auf den Hafen, auf Hong Kong Island, der dichtbesiedeltesten Insel Hong Kongs, auf der auch das Stadtzentrum gelegen ist. Das Stadtzentrum ist bequem mit öffentlichen Verkehrsmitteln in weniger als 10 Minuten zu erreichen. Rund um den Kampus gibt es eine Vielzahl kleiner chinesischer und westlicher Restaurants, Supermärkte, Copy-Shops, Wäschereien etc. In unmittelbarer Nähe befinden sich auch diverse chinesische Märkte, auf denen frische Mangos und Lychees ebenso erhältlich sind wie Schweinenasen, Hühnerfüße, Entenzungen und andere kantonnesische Delikatessen.

² HK \$ 1,- = ca. 0,20 DM. Nach Angaben der University of Hong Kong ist in den nächsten Jahren mit einer Anhebung der Studiengebühren zu rechnen. Für das akademische Jahr 1993/94 betrug die Studiengebühr HK \$ 17.000,-.

Neben akademischen Einrichtungen verfügt die Universität über großzügige Sportanlagen, deren Benutzung allen Studenten kostenlos und jederzeit möglich ist. Neben zwei Pools gehören hierzu Sporthallen, Krafräume, Tennis-, Squash- und Fußballplätze.

Ein Studienaufenthalt in Hong Kong ist für jeden wirtschaftlich interessierten Studenten unbedingt empfehlenswert, was vor allem daran liegt, daß das Leben in dieser interessanten, lebendigen und bunten Metropole unglaublich stimulierend auf die Leistungsbereitschaft eines jeden wirken wird, der an den Gründen und Voraussetzungen erfolgreichen unternehmerischen Handelns interessiert ist. Hong Kong ist wohl einer der letzten Orte auf dieser Welt, in dem man heute noch puren Kapitalismus - mit allen Nachteilen, aber auch mit allen Vorteilen - erleben kann.

Die Nachteile reichen von der Anwendung frühkapitalistischer Ausbeutungsmethoden in den Bereichen Arbeits- und Wohnungsmietwesen bis hin zur jederzeit willig in Kauf genommenen Umweltzerstörung allein um des materiellen Gewinns wegen.

Vorteilhaft ist vor allem die Leistungsbereitschaft und der Fleiß der in Hong Kong lebenden und arbeitenden Menschen, sowie ihre Fähigkeit, sich wechselnden Bedingungen und steigenden Anforderungen im Wettbewerb anpassen zu können. Insbesondere letztere Fähigkeit ist darauf zurückzuführen, daß die Menschen in Hong Kong wissen, daß der Hong Kong seine führende Rolle als Wirtschaftszentrum nur dann wird verteidigen können, wenn man sich nicht auf irgendwann einmal erreichten Errungenschaften und Besitzständen ausruht, sondern im wirtschaftlichen Erfolg zugleich die Herausforderung sieht, diesen Erfolg zu steigern und die dafür erforderlichen Veränderungen in der Gesellschaft vorzunehmen. Eine Einstellung, von der mancher in der Bundesrepublik angesichts der momentanen politischen Diskussion um den Standort Deutschland viel dazu lernen könnte.

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist ein Studienaufenthalt in Hong Kong unbedingt empfehlenswert.

DIE SCHADENSABWICKLUNG BEI EINER SPEDITION

von Mr. Jeroen J.L. Antonides LL.M., Leiden/Osnabrück

Bei der Beförderung vieler größerer und kleinerer Packstücke kann man sich relativ leicht vorstellen, daß es nicht immer zu vermeiden ist, daß einige Packstücke während der Beförderung und des Umschlags im Lager beschädigt werden oder verloren gehen. Als Jurist ist man dann besonders an der Schadensabwicklung interessiert. Schäden können durch verschiedene Umstände verursacht werden. Der Absender spart manchmal an der Verpackung, so daß manche Packstücke auch bereits bei einer ordentlichen Beförderung sehr schnell beschädigt werden. Eine falsche Beladung des LKW kann die Fracht während der Fahrt ins Rutschen bringen, wodurch schwerere Packstücke kleinere unter sich erdrücken können. Auch auf der Seite des Speditors können Fehler für Schaden sorgen, z.B. wenn die Entlader am Umschlaglager nicht sorgfältig mit der Fracht umgehen. Durch die doch zumeist langweilige Arbeit sind die Entlader nicht immer optimal konzentriert, wodurch ab und zu ein Packstück auf den Boden fällt.

Gabelstaplerfahrer zeigen ihren Kollegen gerne, wie gut sie fahren können, und beschädigen somit nicht selten Frachtstücke mit der Gabel. Speditionsgut ist manchmal sehr klein, und die Packstücke haben häufig auch einen wertvollen Inhalt, so daß einige LKW-Fahrer oder Lagerarbeiter sich gerne durch Diebstahl bereichern.

Eine Differenzierung der verschiedenen Dienstleistungen und Kontrollen bei sogenannten Schmittstellen danach, ob die Pakete bei einem Übergang, z.B. Absender-LKW-Lager-LKW-Lager-LKW-Empfänger, äußerlich noch in Ordnung sind, schränken die Möglichkeit einer Schadensverursachung erheblich ein.

Bei der Spedition Gebr. Hellmann GmbH aus Osnabrück hat man die Differenzierung der Dienstleistungen z.B. durch die Einstellung eines Paketdienstes (DPD), eines ähnlichen Dienstes für die Beförderung von Paletten (Systemgut) und für Teppiche (Teppichkurier) eingeführt. Auf diese Weise wird u.a. bei der Be- und Entladung die Chance auf Beschädigung durch größeres und schwieriger zu handhabendes Stückgut stark reduziert.

Der DPD und das Systemgut verpflichten die Absender, die Frachtstücke mit Barcodes zu versehen. Mit einem Scangerät können so der Eingang und Ausgang der Frachtstücke überwacht werden. Auf diese Weise ist auf dem Bildschirm leicht nachzuvollziehen, in welchem Depot das verlorengegangene oder beschädigte Frachtstück zuletzt noch in Ordnung war. Dies ist wichtig für erhobene Ansprüche auf Schadensersatz, da die verschiedenen Depots von verschiedenen Speditoren aus der Kooperation betrieben werden.

Versicherung der Packstücke

In den meisten Fällen werden die Packstücke durch den Spediteur auf Kosten des Begünstigten automatisch SVS/RVS-versichert (§ 39 ADSp). Der Begünstigte bezahlt eine nach dem Warenwert der Packstücke gestaffelte Prämie (ungefähr DM 5 pro DM 5000 Warenwert) (§ 14 SVS/RVS). Die im gewerblichen Gütermahverkehr (und im Umschlaglager) entstandenen Schäden sind nach den gesetzlichen Bestimmungen und nicht nach der ADSp auszugleichen. Die durch den Spediteur verursachten Güterschäden, Sachfolge- und Vermögensschäden (§ 3 SVS/RVS) werden durch die SVS/RVS-Versicherung gedeckt, jedoch trägt der Spediteur eine Schadensbeteiligung von mindestens DM 150 (§ 15 SVS/RVS). Die durch den Güterfernverkehrsunternehmer verursachten Schäden können auch den SVS/RVS-Versicherer gemeldet werden, die anschließend Regreß auf den KVO-Versicherer nehmen können (§ 5.2 SVS/RVS).

Transportversicherung

Es gibt aber auch Kunden, die aus Prämiensparnis eine eigene Transportversicherung haben. Diese Kunden erklären, sogen. Verbotskunde der SVS/RVS (§ 39a ADSp) zu sein. Bei eventuellen Schäden hat der Transportversicherer den Schadensverursacher für den Regreß herauszufinden. Der verantwortliche Spediteur kann sich auf die Haftungsbeschränkung der ADSp (§ 51b ADSp) berufen.

ADSp

Der Spediteur handelt, wie ein Kommissionär, im eigenen Namen und für Rechnung eines anderen. Mit dem Speditionsvertrag, welcher nach §§ 407 ff. HGB ein Dienstvertrag ist, verpflichtet sich der Spediteur zur Besorgung von Gütersendungen. Die Rechte und Pflichten des Speditors richten sich nach Kommissionsrecht, und der Spediteur soll die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes erbringen (§ 347 HGB).

Die Regelungen des BGB und HGB geben keine Haftungsbegrenzungen, sind aber auch nicht zwingend vorgeschrieben, so daß die ADSp u.a. für diesen Zweck geschaffen worden sind. Die Haftung des Speditors ist in den §§ 51 ff. ADSp geregelt. Die ADSp enthält den Grundsatz der Verschuldungshaftung. Bei eventuellen Schäden hat der Spediteur dem Anspruchsteller zu beweisen, daß er das Gut abgeliefert hat, wie es erhalten hat. Diese Regelung hat praktische Bedeutung, falls der Empfänger des Gutes die Annahme verweigert oder mit einem Verlust- oder Beschädigungsvermerk auf dem Speditorsübergabeschein quittiert.

Mit DM 5 je kg brutto jedes in Verlust geratenen oder beschädigten Packstücks, mit einer Höchstgrenze von DM 4.750 pro Schadensfall, haftet der Spediteur nach der ADSp (§54a ADSp). Wenn der Spediteur eine reine Quittung vorlegen kann, ist er sogar von der ganzen Haftung befreit. Keine Quittung heißt, daß der Empfänger, ohne Bemerkungen auf den Spediteursübernahmeschein geschrieben zu haben, die Packstücke in Empfang genommen hat. Eventuelle später durch den Empfänger entdeckte (verdeckte) Transportschäden oder Fehlmengen kann der Spediteur in der Regel zurückweisen. Die Beweislast hat sich nach der Annahme und der reinen Quittierung nämlich umgedreht. Der Empfänger hat dem Spediteur zu beweisen, daß die Schäden unter der Obhut des Speditors entstanden sind: eine Aufgabe, die praktisch unmöglich ist.

Die Transportversicherung deckt erlittene Schäden, gleichgültig durch welches Ereignis verursacht, in Höhe des Wertes des Gutes. Nicht versichert sind also Sachfolge- und Vermögensschäden. Eine Transportversicherung wird, wie schon erwähnt, aus Prämiensparnis abgeschlossen. Die beförderten Waren haben zumeist keinen hohen Wert (pro kg), so daß eine Regulierung nach der AdSp schon zufriedenstellend sein kann.

Die AdSp läßt den Spediteur aber in voller Höhe haften, wenn die Schäden durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit entstanden sind (§ 51b ADSp). Hier taucht der Begriff des 'groben Organisationsverschulden' auf. Nicht zufriedengestellte Kunden oder ihre Transportversicherer, die Regreß nehmen wollen, versuchen mit der Behauptung, daß beim Spediteur ein grobes Organisationsverschulden vorlag, die haftungsbeschränkenden Regeln der ADSp außer Kraft zu setzen. Wird solches grobes Organisationsverschulden festgestellt, so wird der Spediteur ohne Haftungsgrenzen nach den gesetzlichen Regeln haften (vgl. § 823 I BGB).

Ein Organisationsverschulden weist nicht auf ein gelegentliches Verschulden hin, sondern mehr auf strukturelle Schwächen des Betriebes. Eine Verletzung der Verkehrssicherungs- und Aufsichtspflichten kann in diesem Rahmen als Beispiel erwähnt werden. Zur Zeit ist es in Rechtsprechung und in Lehre umstritten, ob der Anspruchsteller seine Behauptung zu beweisen hat oder ob der Spediteur die Behauptung entkräften muß. Die wohl herrschende Rechtsprechung legt die Beweislast dem Anspruchsteller auf (z.B. OLG Düsseldorf vom 2.4.1992, TranspR 1992, S. 331 ff.). Das OLG Hamburg (Urteil vom 9.7.1992, TranspR 1992, S.333 f.) will aber einen anderen Weg gehen und verlangt von dem Spediteur den Beweis, daß der Schaden nicht durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Speditors verursacht worden ist.

Mit dem Inkrafttreten der neuen ADSp hat die Frage der groben Fahrlässigkeit des Speditors eine neue Dimension bekommen. § 7b lit. 1 ADSp (1993) verpflichtet den Spediteur, an sogenannten Schnittstellen die Vollständigkeit und Identität der Packstücke zu überprüfen. Eine Schnittstelle ist jeder Übergang der Packstücke von einer Rechtsperson auf eine andere. Bei der Entladung der von den Unternehmern beförderten Stückfracht gibt es am Umschlaglager eine solche Schnittstelle, an der zur Zeit bei den meisten Speditoren aber noch keine ständige

Kontrolle auf Vollständigkeit der Packstücke durchgeführt wird, was eventuelle Folgen für die Aufhebung der Haftungsbeschränkung nach der ADSp haben kann.

EIN PRAKTIKUM BEI DER SPEDITION GEBR. HELLMANN GMBH IN OSNABRÜCK

Persönliche Erfahrungen eines niederländischen Juristen

Das Transportrecht hat für den niederländischen Juristen einen besonderen Reiz. Das kleine Land lebt zum Großteil vom Export, was schon bei dem Anblick des größten Seehafens der Welt in Rotterdam und dem sich immer weiter ausdehnenden Flughafen Schiphol in Amsterdam deutlich wird. Auf den Autobahnen Deutschlands fahren täglich Kolonnen niederländischer Lastkraftwagen, voll beladen mit der unterschiedlichsten Fracht.

Juristen wird oft vorgeworfen, daß sie sich über Dinge Gedanken machen, von denen sie eigentlich keine Ahnung haben, da die Kenntnisse aus der Praxis fehlen. Als Jurist mit theoretischen Kenntnissen über das internationale Transportrecht auf der Straße wollte ich die Praxisseite der Spedition kennenlernen. Mit der Spedition Gebr. Hellmann GmbH, einem der größten Unternehmen dieser Art in Deutschland, bot sich eine gute Gelegenheit zur Aufnahme eines Praktikums.

Nach 3 1/2 Monaten bei Hellmann kam ich zu dem Ergebnis, daß das Praktikum aus juristischer Sicht für mich wenig gebracht hat. Zwar war es interessant zu sehen, wie ein großes Unternehmen wie Hellmann wirtschaftlich organisiert ist. Auch war er sehr aufschlußreich die Arbeitsmentalität kennenzulernen, aber als Jurist fühlte ich mich eher als Fremdkörper im sozialen Gefüge des Betriebs. Ich führe die aus meiner Sicht fehlende Akzeptanz von Akademikern vor allem darauf zurück, daß die Belegschaft sich vom Arbeiter bis zum Abteilungsleiter fast ausschließlich aus Personen zusammensetzt, die eine Berufsausbildung absolviert haben, ansonsten ihre berufliche Karriere nur innerhalb des Betriebes fortgesetzt haben. Der Einstieg in einen Beruf nach einem akademischen Bildungsweg ist den Angehörigen des Betriebes weitgehend fremd.

Juristisch betrachtet, war eigentlich nur die, im obigen Aufsatz skizzierte, Schadensabwicklung und die Versicherungsabteilung bei der Spedition Hellmann interessant. Die im Laufe der 3 1/2 Monate erworbenen juristischen Kenntnisse hätten meines Erachtens auch in einem zweiwöchigen Praktikum vermittelt werden können.

Es ist schade, daß die Betreuung von Praktikanten bei der Spedition Hellmann mangelhaft ist, obwohl die Firma eigentlich viel für Praktikanten bieten und sie sogar die eingebrachten Kennt-

nisse der Praktikanten nutzen könnte. Statt, in meinem Fall, die vorhandenen juristischen, transportrechtlichen und sprachlichen Kenntnisse anzuwenden, ließ man mich abends, um meinen Lebensunterhalt verdienen zu können, im Lager LKW's entladen.

An sich ist es interessant zu sehen, wie in der Praxis Schäden entstehen und vermieden werden können, aber man erhält als ausländischer Jurist leider keinen positiven Eindruck, wenn am Ende des Praktikums ein Arbeitsunfall im Lager passiert und das einzige Interesse des Arbeitgebers darin besteht, die bei Einlieferung ins Krankenhaus vom Praktikanten aufgewandten 11 DM nicht erstatten zu müssen. Nach 3 1/2 Monaten Praktikum bei der Spedition Hellmann bleibt für mich als wichtigster Lernerfolg der Vorsatz, es selbst als Arbeitgeber anders machen zu wollen. Von einem juristischen Praktikum bei der Spedition Hellmann möchte ich nach allen Erfahrungen, die ich dort gemacht habe, abraten.

Nachrichten aus dem Institut*

von Prof. Dr. Christian v. Bar**

I. Auf- und Ausbau der Bibliothek

Das Herzstück des Instituts, seine Bibliothek, ist im vergangenen Jahr erfreulich gewachsen - so sehr, daß wir, obwohl nun auch der Keller randvoll belegt ist, schon die ersten 2.000 Bände haben auslagern müssen und wir derzeit händeringend nach weiteren Zwischenlösungen suchen. Während überall um uns herum dramatische Kürzungen in den Bibliotheksetats Forschung und Lehre ernsthaft zu beeinträchtigen beginnen, ist es uns möglich gewesen, aus Mitteln des niedersächsischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur, die mir im Zuge von Bleibebehandlungen zugesagt worden sind, aus Mitteln der Fritz-Thyssen-Stiftung (s. unten zu 6.) sowie aus den Mitteln des mir Anfang des Jahres zugesprochenen Leibniz-Preises der Deutschen Forschungsgemeinschaft den Bibliotheksbestand auf derzeit (1. August 1993) rund 21.100 Bände (davon 16.300 Zeitschriftenbände) zu erhöhen. Fest bestellt sind für das laufende Jahr weitere 2.600 Bände, davon ca. 2.000 Zeitschriftenbände. Bis Ende des Jahres werden noch weitere ca. 2.500 Bände hinzukommen. Das Institut bezieht derzeit laufend ca. 250 Zeitschriften. Bei den Gesetzblättern ausländischer Staaten (ca. 400 großvolumige Bände pro Jahr) befinden wir uns in der glücklichen Lage, die Jahrgänge des jeweils abgelaufenen Jahres von der *Bundesstelle für Außenhandelsinformation* (Köln) übernehmen zu können. Für 1994 sind im übrigen schon jetzt ca. 2000 Bände zur Bestellung vorgemerkt. In etwa vier Jahren müßten wir über eine wirklich leistungsfähige moderne Bibliothek von dann ca. 50.000 Bänden verfügen. Ihrem Schwerpunkt nach wird es eine Bibliothek zum europäischen Privatrecht sein; wir haben inzwischen aber auch wichtige Literatur (neben Monographien vor allem Entscheidungssammlungen sowie die wichtigsten Zeitschriften) aus Australien, Brasilien (diese mit Unterstützung der *Karman-Stiftung*), China und Ostasien (hier half uns die *Sibo-Gruppe*), Indien, Kanada, Neuseeland, den Philippinen, Südafrika und natürlich aus den USA beschafft bzw. ergänzt. Eingetroffen sind ferner neben einer Reihe wichtiger Materialien zur Rechtsvergleichung und zum Internationalen Privatrecht weitere bedeutende belgische, dänische, französische, griechische, luxemburgische, niederländische, italienische, irische, portugiesische und spanische Zeitschriften und Entscheidungssammlungen, auf die wir lange gewartet haben. Im Monographienbereich haben wir über die normalen Sammelgebiete des Institutes hinaus viel ausländisches Schuldrecht beschaffen können, vor allem die Mittel der *Fritz-Thyssen-Stiftung* sind in diesen Bereich geflossen. Die mannigfache Arbeit, die auf diese

* Im Anschluß an den Bericht in IIVO 1991/92, S. 82-89

** Dr. jur., Universitätsprofessor und Direktor des Instituts für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung in Osnabrück

Weise auf uns zukam, hat in erster Linie Frau *Zulher* bewältigt; ohne sie wäre das alles nicht möglich gewesen.

2. Unterbringung; sächliche Ausstattung

Räumlich platzen wir aus allen Nähten! In schöner Regelmäßigkeit werden Bücher gerückt und die viel zu geringen Arbeitsplätze im Institut neu vergeben. Die Zimmer sind fast durchweg zu stark belegt; manch einer flüchtet schon wieder nach Hause, weil er dort ruhiger arbeiten zu können glaubt. Auch das Gewicht und das oft ungewöhnlich hohe (und dicke!) Format vieler Zeitschriften machen uns Kummer. Beinahe jede neu eintreffende Lieferung stellt Frau *Zulher* und mich vor die Frage, ob wir ältere Bestände an einem anderen Ort unterbringen müssen (und können). Aber natürlich kann die Auslagerung nicht der Sinn eines Institutsaufbaus sein, und außerdem ist auch im *Juridicum* praktisch kein Platz mehr. So müssen wir unverändert auf die Hoffnung setzen, in Absprache mit der Universität, den beteiligten Ministerien der niedersächsischen Landesregierung und vor allem mit Hilfe eines privaten Investors alsbald einen Neubau zu verwirklichen. Erste Vorverhandlungen in dieser Richtung haben immerhin begonnen.

Was unsere sonstige sächliche Ausstattung angeht, so haben wir noch einmal erheblich im EDV-Bereich investiert. Herr *Nieper* hat neben seinen eigentlichen Aufgaben in der Jurisprudenz ein lokales Netzwerk installiert, das sich als unschätzbare Hilfe erweist. Unsere Datenbank zum ausländischen Privat- und Privatverfahrensrecht (unten zu 4.) wird voraussichtlich Weihnachten über das Netz verfügbar sein. Außerdem wurde die Zahl der PCs erhöht, u. a. in Erwartung einer Online-Verbindung mit der Universitätsbibliothek. Für sie muß aber noch ein teures Erdkabel verlegt werden, für das die Gespräche mit dem Staatshochbauamt laufen. Den EDV-Bestand hat in der ersten Jahreshälfte Herr stud. oec. *Michael Wittke* mitbetreut; jetzt hat Herr stud. jur. *Christian Bloom* diese Aufgabe übernommen.

3. Deliktsrecht in Europa

Zu meiner großen Erleichterung ist nun endlich das von mir in Zusammenarbeit mit den Herren wiss. Assistenten Ass. Dres. *Grotte* (Osnabrück) und *Spickhoff* (Göttingen) herausgegebene Gemeinschaftswerk "Deliktsrecht in Europa" (s. unter Veröffentlichungen) erschienen. Der Band, der Einführungen in vierzehn europäische Deliktsrechte und neben den Originaltexten auch die Übersetzungen der einschlägigen gesetzlichen Quellen bringt, hat uns bald zwei Jahre in Atem gehalten. Er wird auf der Frankfurter Buchmesse der Öffentlichkeit vorgestellt werden; die Werbung läuft im September an. Im Bereich des Deliktsrechts ist es m. W. die erste Publikation dieser Art. Sie umfaßt weit über 1200 Druckseiten und erscheint in (einzeln beziehbaren) Heften, zu denen es aber auch eine sie alle umfassende Einbanddecke geben wird.

4. Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache

Ebenfalls erschienen ist die Papierausgabe unserer großen Bibliographie zum ausländischen Privat- und Privatverfahrensrecht (s. unter Veröffentlichungen), an der ein großes Team fast fünf Jahre lang gearbeitet hat. Anfangs gab es verlagsseitig zwar noch einige Pannen (in den ersten Bänden stimmten die Seitenzahlen im Inhaltsverzeichnis nicht, es waren keine Kolumnenmittel aufgenommen worden, und es konnte, weil man das Verfahren des ständigen Nachdrucks gewählt hatte, vorübergehend kein Buch mehr ausgeliefert werden), doch konnten diese Probleme inzwischen behoben werden. Die CD ROM-Ausgabe, die sich bei ihrem ersten Probelauf im Institut als außergewöhnlich leistungsfähig erwiesen hat, wird ebenfalls zur Buchmesse in Frankfurt vorgestellt werden. Das Team, das die Sammlung fortführt und die nächste CD ROM (für 1994, von dann ab jährlich) bzw. die nächste Papierausgabe (1998) ermöglicht, besteht aus den Herren stud. jur. *Czech*, *Plafmeier*, *Schuster*, *Stevens* und *Tollkühn*.

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

Einen langen Atem verlangt noch immer die Schlußphase schon des ersten Bandes des von Herrn Dr. *Peter Dopffel* (Hamburg) und mir herauszugebenen Werkes "Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert". Uns fehlt noch die abschließende Bearbeitung (Korrektur) der Schriften von Schultes sowie die Einleitung. Herr Dr. *Dirk Effertz* hat inzwischen aber seine mühevollen Forschungen im Zusammenhang mit dem Namens- und Schriftenverzeichnis abgeschlossen, die Lebensläufe unserer Autoren noch einmal überarbeitet und die Fußnoten auf neuere Erkenntnisse abgestimmt. Das hat noch einmal fast 6 Monate in Anspruch genommen.

Gleichzeitig laufen die Vorarbeiten für den zweiten Band. Coccejus, Coler, und Cothmann sind transkribiert und übersetzt, die noch ausstehenden Texte von Carpov endlich eingetroffen, Stryck schon seit einiger Zeit im ersten Entwurf bearbeitet, Hert wenigstens transkribiert. Herr stud. jur. *Hans Jürgen Hilling* und Herr stud. jur. *Volker Lüdemann* haben sich hier unter der Federführung von Herrn Dr. *Effertz* große Verdienste erworben. Ich hoffe, den Band I der Edition 1994 erscheinen zu sehen; für den Band II wage ich keine Vorhersage.

6. Gemeineuropäisches Deliktsrecht

Mit großem Schwung haben wir seit etwa Dezember letzten Jahres an den Arbeiten zu unserem großen Vorhaben "Gemeineuropäisches Deliktsrecht" begonnen, das in Angriff zu nehmen uns eine Förderung der *Fritz-Thyssen-Stiftung* erlaubt hat. Es geht darum, die Deliktsrechte der EG-Staaten inhaltlich zu erfassen und so zueinander in Beziehung zu setzen, daß die Rechtssätze, die *jure commune europaeum* sind, sichtbar werden. Dieser gemeinsame Nenner kann dann ohne weiteres "gemeineuropäisch" genannt werden. Oft ist es aber auch mehr, weil

man in vielen Bereichen Entwicklungstendenzen ausmachen kann und sich vor einem europäischen Horizont "herrschende Meinungen" abzeichnen; darüber hinaus werden wir immer sicherer in der rechtspolitischen Bewertung mancher (oft recht zufällig wirkenden) Entwicklung in den nationalen Rechten. Wichtig ist in erster Linie, das wirklich gelebte Recht auf der Basis der Rechtsprechung einzufangen und nicht auf der oft blassen Ebene des Gesetzesrechts zu verharren. Die Sammlung "Deliktsrecht in Europa" (oben zu 3.) ist uns natürlich eine nicht geringe Hilfe.

Gegenständiglich sind wir immer noch mit der Bestandaufnahme des Rechts der Kodifikationen und der zu ihnen ergangenen Rechtsprechung beschäftigt. Umfangreiche Karteien, Entscheidungsanalysen und Literaturrecherchen sind angelegt bzw. durchgeführt. Wir treffen uns wöchentlich zu Seminaren, tauschen uns in der Gruppe auch zwischendurch ständig aus, werten alle Neueingänge systematisch aus und kontrollieren unsere gegenseitigen Forschungsergebnisse. Mein Text (derzeit etwa 175 Schreibmaschinenseiten) läuft unter den Teilnehmern des Ständigen Seminars regelmäßig um, so daß Fehler, Unsauberkeiten und unvollständige Belege kontinuierlich bereinigt bzw. ergänzt werden können. Menschlich wie fachlich ist dieses Projekt eine ganz ungewöhnliche Bereicherung, mögen wir auch immer noch ein wenig zittern, ob es wirklich gelingen kann. Mitglieder des Ständigen Seminars sind (in Klammern die Namen der Länder, für die sie jeweils zuständig sind):

Herr *mr Jeroen Antonides* LL.M (Niederlande)

Frau *Hilde Billiet* lic.jur. (Belgien, Frankreich, Luxemburg)

Frau *Maria Colbert* M.A., LL.M. (England und Wales, Irland, ab 1.10.1993)

Frau *Evlalia Eleftheriadou* lic.jur. (Griechenland)

Frau *Maria Elena Garrido Martin* lic.jur. (Spanien)

Herr *wiss. Mitarbeiter Franz Nieper* (Deutschland)

Frau *Maria Elena Rodriguez Mariscal* lic.jur. (Portugal)

Herr *wiss. Mitarbeiter Ass. Ingo Rogge* (Schottland)

Herr *Dott. Karl Pfeifer* prat. proc. leg. (Italien)

Frau *Malene Stein Poulsen*, cand. jur. (Dänemark, ab 2.8. 1993).

An dem Abkürzungs- und dem allgemeinen Schriftenverzeichnis wirkt Frau *Ref. Kerstin Höller*, an den verschiedenen Registern Frau *cand.jur. Petra Haselner* mit. Ich hoffe, im Jahre 1996 jedenfalls den ersten Band vorlegen zu können.

7. Veranstaltungen

a.) Vom 23. - 25. September 1993 veranstalten wir mit finanzieller Unterstützung des *Haftpflichtverbandes der deutschen Industrie (HDI)*, der *Öffentlichen Sachversicherung Braunschweig*, der *Minimax GmbH* Bad Oldesloe und der *Deutsche Kontinentale Rückversicherungsgesellschaft* Hannover eine Tagung für hohe englische und deutsche Richter. Es wird um Fragen des materiellen Haftpflichtrechtes sowie des Gerichtsverfassungs- und des Zivilverfahrensrechts gehen. Wir werden um die 30 Personen sein, davon 11 Gäste aus England. Wir erwarten hohen Besuch, u.a. den Präsidenten des Bundesgerichtshofes, den Master of the Rolls, mehrere Senatspräsidenten sowie Herren aus dem House of Lords und dem Court of Appeal. Die Aussprache zu den materiellechtlichen Fragen wird durch die Herren Prof. *Kötz* (Hamburg) und *Cane* (Oxford) eingeleitet werden, diejenige zu den verfahrensrechtlichen Gegenständen durch Herrn *RIBGH H.P. Kirchhof* und *Lord Goff of Chieveley*. Dolmetscher des Sprachendienstes des Bundesministeriums der Justiz leisten uns Amtshilfe.

Einen großen Teil der Last der Vorbereitung hat wieder einmal Frau *I. Spreen* getragen. Herr *Nieper* wird mich vor Ort unterstützen. Viel Dank für die Vorbereitung und vor allem für das fund raising schulden wir Herrn Professor Dr. *Schmidt-Salzer*, Hannover.

b.) In der Woche vom 6. bis 10. 12. 1993 tagt auf meine Einladung die *European Commission on Contract Law*, die sogen. *Lando-Gruppe*, in Osnabrück.

c.) Derzeit gehen schließlich auch die Einladungen für die dritte große IPR-Tagung des Institutes heraus, die Anfang April 1994 stattfinden wird. In Zusammenarbeit mit der *Haager Konferenz für Internationales Privatrecht* haben wir die Tagung unter das Thema "Auf dem Wege zu einer Konvention über das Internationale Umwelthaftungsrecht" gestellt. Wir erwarten wieder Teilnehmer aus aller Welt und hoffen auf etwa 120 Gäste. Die Tagung findet diesmal in der Stadthalle statt. Sie auszurichten wurde uns möglich, weil uns die *Bundesstiftung Umwelt* (Osnabrück) mit einer großzügigen Zuwendung unterstützt. Ohne sie wäre der erhebliche Finanzbedarf für eine solche Tagung nicht zu decken gewesen. Das Internationale Umwelthaftungsrecht steht inzwischen fest im Aufgabenkatalog der Haager Konferenz, wir hoffen, mit unserer Tagung einen Baustein zur Verwirklichung einer entsprechenden multilateralen Konvention beisteuern zu können.

8. Stipendien

Die Onassis-Stiftung (Athen) hat das Stipendium von Herrn *D. Stamatiadis* verlängert, der DAAD das Stipendium für Herrn *K.-J. Hermanns*. Von der Fritz Thyssen Stiftung erhalten die ausländischen Teilnehmer des Ständigen Seminars zum Gemeineuropäischen Deliktsrecht insgesamt sieben Stipendien mit einer Laufzeit von je 30 Monaten (oben zu 6.).

9. Auslandsaufenthalte

Herr *Wolfgang Vogt* war für ein Jahr am Queen Mary College in London. Im Sommer dieses Jahres konnte er als Redaktionssekretär an den Arbeiten der 17. Haager Konferenz mitwirken. Herr *Franz Nieper* war drei Wochen zu Studienzwecken in Oxford. Herr *Volker Hustedt* war zu einem Studienaufenthalt längere Zeit in Costa Rica, Herr *Frank Zahn* für ein Jahr in Hongkong. Herr *Volker Lüdemann* befindet sich zu Ausbildungszwecken in Moskau. Herr stud. jur. *Roman Czech* nutzt die Möglichkeiten des Kooperationsvertrages der Universität Osnabrück mit der Universität Twer (Rußland), um sich in das dortige Zivilrecht und in das russische IPR hineinzuarbeiten. Herr *Bernd Heringhaus* hat eine Referendarstange in Kanada verbracht. Herr Dr. *Grothe* nimmt im Oktober an einer wissenschaftlichen Tagung in Fukuoka (Japan) zu Fragen des internationalen Zivilprozessrechts teil. Ich selber habe an einer Arbeitssitzung der European Commission on Contract Law in Brüssel teilgenommen und in Wien vor der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht referiert. Sehr würdig war die Feierstunde zum hundertjährigen Bestehen der Haager Konferenz in Anwesenheit der Königin, und eine besondere Freude war es mir, miterleben zu dürfen, wie der seinerzeitige deutsche Botschafter in London, Dr. Frhr. v. *Richthofen*, meinem Freunde und engen Fachkollegen, Professor *Basil Markesinis* (London/Cambridge), das ihm vom Bundespräsidenten verliehene Bundesverdienstkreuz überreichte.

10. Berufliche Entwicklungen

Herr Dr. *Rembert Süß* ist als Lektor für deutsches Recht an die Sendai Universität in Japan gegangen. Frau *Arlette van Maas de Bie* hat eine Stelle als Universitätsdozentin an der Reichsuniversität zu Leiden erhalten. Herr *Bernd Heringhaus* ist Anwalt in Osnabrück geworden.

11. Forschung

a. Das Spektrum der individuellen Forschungsprojekte, die derzeit im Institut in Form von Habilitations- und Dissertationsvorhaben verfolgt werden, umfaßt die folgenden Themen: Fremdwährungsverbindlichkeiten (Dr. *Helmut Grothe*), Internationales Produkthaftungsrecht (*Wolfgang Vogt*), das IPR der postmortalen Eheschließung (*Kerstin Höller*), Rechtsfragen deutsch-niederländischer (Univ. Doz. A. van *Maas de Bie*) und deutsch-griechischer Ehen (*D. Stamatiadis*), rechtsvergleichende Untersuchungen zum Konzept der Gefährdungshaftung (*Franz Nieper*), Joint Ventures in China (*Frank Zahn*), brasilianisches und europäisches Produkthaftungsrecht im Vergleich (*Y.M. de Alencar Xavier*), Rechtsfragen des Schadensbegriffs in Belgien, Deutschland und Frankreich (*Hilde Billiet*), Internationales Umwelthaftungsrecht (*Karl Pfeifer*), rechtsvergleichende Untersuchungen zur Stellung des *nondum conceptus* (K.-J. *Hermanns*), Untersuchungen zum Umwelthaftungsrecht in den USA (*N. Kämpny*), zum In-

ternationalen Privatrecht des Vergleichs (*C. Roden*), zum IPR des Leasingvertrages (*H. Giese*), zum Ineingreifen von Lauterkeits- und Verbraucherschutzrecht im IPR (*J. van Meenen*), zur Drittschadensliquidation im IPR (*H.-U. v. Schröter*), zur Produkthaftung für landwirtschaftliche Erzeugnisse (*B. Heringhaus*), zur Außenhaftung der Arbeitnehmer aus Delikt (*J. Rogge*), zur Haftungsfreizeichnung im Deliktsrecht (*B. Thyssen*), zur Stellung von Kindern im Deliktsrecht (*R. Borgeft*), zum costaricanischen Gesellschaftsrecht (*V. Hustedt*), zur Stiftung & Co KG (*P. Höfner*), zu Störungen aus dem Immobilieneigentum nach deutschem und niederländischem Recht (*J. Antonides*), zur Betreuung im IPR (*M. Oelkers*) und zur Stellung der juristischen Person im Deliktsrecht (*K. Stein*).

Mit der mündlichen Prüfung abgeschlossen haben ihre Dissertationsvorhaben Herr Ref. *Jürgen Merz* (jetzt Berlin) (Der Schutz primärer Vermögensinteressen im niederländischen Deliktsrecht im Vergleich zur deutschen Rechtsprechung), Herr Ass. *Eckehardt Rosien* (Der Schutz des Vormerkungsberechtigten vor Einwirkungen tasächlicher Art auf das vormerkungsbetroffene Grundstück) und Herr Rechtsanwalt *Omno van Veldhuizen* (jetzt Rotterdam) (Die privatrechtsgestaltende Wirkung des öffentlichen Rechts im Umwelthaftungsrecht)). Diese Arbeiten erscheinen erst demnächst im Druck, konnten also noch nicht im Veröffentlichungsverzeichnis berücksichtigt werden.

Magisterarbeiten werden unter meiner Betreuung derzeit im Institut verfaßt zu Fragen der Anspruchskonkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsrecht im deutschen und griechischen Recht (*E. Eleftheriadou*), zur Umkehr der Beweislast im deutschen und spanischen Haftungsrecht (*E. Garrido Martin*) und zum *danno biologico* im Vergleich mit der neueren Rechtsprechung des BGH zum Schmerzensgeld (*K. Pfeifer*).

Frau *Billiet* und Herr *Nieper* sitzen an einer rechtsvergleichenden Studie zu Fragen des Schmerzensgeldes; Herr *Nieper* hat darüber hinaus einen Aufsatz zum englischen Vertragsrecht abgeschlossen. Herr Dr. *Helmut Grothe* hat neben mehreren Rezensionen eine größere Arbeit zu den exorbitanten Gerichtsständen auf rechtsvergleichender Grundlage (Deutschland/USA) fertiggestellt. Die Teilnehmer des Ständigen Seminars zum Gemeinrechtlichen Deliktsrecht verfassen laufend Übersetzungen und Anmerkungen zu interessanten neueren Entscheidungen aus dem Recht ihrer Länder.

Ich selber habe mich neben dem laufenden "Geschäft" der Rezensionen und Urteilsanmerkungen, neben meiner Herausgebertätigkeit, einer größeren rechtsvergleichenden Studie zum Recht der Auskunftschaftung und einem Vortrag über "Menschenrechte und Internationales Privatrecht" ganz auf mein Vorhaben zum Gemeinrechtlichen Deliktsrecht konzentriert. Im bevorstehenden Wintersemester wird mich Herr Privatdozent Dr. *P. Gotthardt* in der Lehre vertreten, im anschließenden SS 1994 habe ich ein reguläres Forschungsfreisemester. In dieser Zeit werde ich mich mit aller Kraft auf jenes Projekt konzentrieren.

12. Veröffentlichungen aus dem Institut 1992 und 1993

Christian v. Bar:

- Negligence, Eigentumsverletzung und reiner Vermögensschaden. Zu den Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden in der neueren Entwicklung des Common Law, in: *RabelsZ* 56 (1992) S. 410-443
- Besprechung von Triantafyllou, Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft, in: *DVBI* 1992 S. 989
- Besprechung von Karolus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, in: *AcP* 192 (1992) S. 441-445
- Besprechung von Selmer, Umwelthaftungsrecht und öffentliches Gefahrenabwehrrecht, in: *DVBI* 1992 S. 1180
- Perspektiven des Internationalen Privatrechts nach dem Ende der Spaltung Europas (Hrsg.): *Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Bd. 37 (Köln u.a. 1993)
- Ausländisches Privat- und Privatverfahrensrecht in deutscher Sprache. Systematische Nachweise aus Schrifttum, Rechtsprechung und Gutachten 1980-1992 (Köln u.a. 1993)
- Wie vor, aber als CD ROM und auf dem Stand vom 1.1.1993 (Köln u.a. 1993)
- Besprechung von Remien, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld, in: *JZ* 1993 S. 303
- Die ehrerechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en), in: *RabelsZ* 57 (1993) S. 63-123

- Deliktsrecht in Europa (Hrsg.) (Köln u.a. 1993); mit den Landesberichten Dänemark (*J. Nørgaard* und *H.H. Vagner*), England und Wales (*J. Shaw*), Frankreich (*P. Gothardt*), Griechenland (*S. Vrellis*), Italien (*F. Busnelli*), Jugoslawien (*J. Radisic*), Niederlande (*E. Hondius* und *C. van Dam*), Norwegen (*P. Lødrup* und *V. Høgstrom*), Österreich (*B. Schilcher* und *W. Kleewein*), Polen (*J. Poczobut*), Schweden (*H. Witte*), Schweiz (*A. Keller*), Spanien (*J. Santidmunge*) und Türkei (*S. Ertas*)

Christian v. Bar und *Ingo Rogge*

- Anmerkung zu BGH 20.10.1992 - VI ZR 361/91 - (betr. die Haftung aus § 826 BGB für die Umgehung eines thailändischen Südafrika-Embargos), in: *EWIR* § 826 BGB 1/93, S. 33-34

Helmut Grothe

- Besprechung von Christian Starck (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, in: *DVBI* 1993 S. 330-331

Kerstin Hölter

- *Perspektiven des IPR nach dem Ende der Spaltung Europas - Internationale* Tagung in Osnabrück vom 2. bis 4. 4-1992, Berichte in: *RabelsZ* 57 (1993) S. 303 - 305 und in *NJW* 1992 S.

Franz Nieper

- Besprechung von Karl-Heinz Kunz, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., in: *DVBI* 1993 S. 568

Ingo Rogge

- "Othello und die Reiter". Examensklausur. In: *JA-Übungsblätter* 1993 S. 121-125

13. Gutachten

Von Bitten um Sachverständigengutachten zum ausländischen Recht sind wir im Berichtszeitraum glücklicherweise erneut weitgehend verschont worden. Einen guten Teil dieser "Entlastung" haben aber wiederum Gutachtenbitten der Deutschen Forschungsgemeinschaft, für die ich als Fachgutachter tätig bin, Gutachten für andere Forschungsförderungseinrichtungen sowie meine Tätigkeit als Redaktor in Staudingers Kommentar zum BGB wieder aufgezehrt.

Bei den Gutachten, die wir für Gerichte und Anwälte verfaßt haben, ging es um brasilianisches Abstammungsrecht (*Y. M. de Alencar Xavier*), spanisches (mallorcinisches) Ehegüterrecht (*K. Höller*), türkisches Zivilverfahrensrecht (Probleme der Rechtshängigkeit) (hier half uns freundlicherweise Herr *Cebecioglu*, Hamburg), um Fragen des Vertrags- und des Bereicherungsrechts des Staates New York (Dr. *Grothe; cand. jur. Schuster*) und um die Namensführung deutschstämmiger russischer Aussiedler (stud. jur. *R. Czech*) (in Klammern jeweils die Namen der Mitarbeiter).

14. Lehre

Im WS 1992/93 haben Herr Prof. Dr. *Malte Schindhelm* und ich ein Seminar zu Rechtsfragen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit Osteuropa, im SS 1993 ein Seminar zum Deliktsrecht im Unternehmensbereich veranstaltet. Ständig durchgelaufen (auch in den Semesterferien) ist das Seminar zum gemeineuropäischen Deliktsrecht. Im WS 1992/93 habe ich turnusmäßig IPR II, im SS 1993 IPR I gelesen. Herr *Hermanns* hat seine beiden Kurse (für Anfänger und Fortgeschrittene) Einführung in die französische Rechtssprache gehalten. Herr *Stamatiades* hat Griechisch unterrichtet. Herr *Nieper* hat französischen Erasmus-Studenten eine rechtsvergleichende Einführung in das deutsche Zivilrecht gegeben.

15. Gäste

Herr *Sinopoulos* (Athen) hat im Institut sechs Monate lang an seiner Dissertation zum Gewohnheitsrecht gearbeitet. Ab 1. September setzt Herr Dr. *H. P. Mansel* (Heidelberg) seine Untersuchungen zur Auskunftschaftung im Institut fort. Vom 1. Oktober bis Ende Dezember geht Frau Dr. *T. Kamenova* (Sofia) im Rahmen des Tempus-Programmes der EG ihren Forschungen zur Modernisierung des bulgarischen IPR nach. Herr Professor Dr. *K.-Y. Yeun* (Seoul, derzeit Göttingen) wird für einige Zeit Material zu Fragen des Produkthaftungsrechts sammeln. Im Februar 1994 wird Herr Assistenzprofessor *M. Tsunoda* (Oknawa, Japan) für ca. ein Jahr zu uns kommen.

RA-MICRO

- mit Sicherheit!

die Zukunft Ihrer Kanzlei

RA-MICRO, die Lösung für Ihre Kanzlei.
Seit 1978 entwickeln wir Ihre Lösung weiter, denn als Marktführer können wir auf die Erfahrung aus über 3500 Kanzleien zurückgreifen.
RA-MICRO ist schnell, sicher, ausgereift und paßt sich Ihrer Kanzlei an.
RA-MIRCO steigert Ihre Produktivität.
Dafür stehen wir mit unserer ganzen Erfahrung als Marktführer in der Kanzlei-EDV.

Machen Sie unseren Erfolg zu Ihrem Erfolg!



JURASOFT GmbH Serrahnstraße 3 21029 Hamburg
Telefon: 040 / 7245300