

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht sowie Kostenrecht

Inhaltsübersicht

- A. Aktivierung der Rechtsgebiete im Zeitalter der Europäisierung und Ökonomisierung
- B. Zwangsvollstreckungsrecht und die frühen Glanzpunkte verlegerischer Aktivität zwischen Statik und Neuaufbruch
 - I. Rahmen der prozessualen Rechtsentwicklung
 - II. Lehrbücher als Bannerträger national ausgerichteter Dogmatik
 - 1. Rosenberg'sches Vollstreckungsrecht und seine Dogmatik
 - 2. Perfektion der Neubearbeitung
 - 3. Lehrbuchliteratur und der europäische Aufbruch
 - 4. Studienbuchliteratur
 - III. Die solide Handwerklichkeit der Kommentarliteratur und ihre europäische Öffnung
 - 1. Schicksal des Baumbach'schen Kurzkommentars zur ZPO in drei politischen Regimen
 - 2. Charakteristik der Kurzkommentarliteratur zum Zwangsvollstreckungsrecht
 - 3. Kommentarliteratur mit starker dogmatischer Überformung
 - 4. Frühe europäische Öffnung
 - IV. Das Handbuch
 - V. Traditionsgebundenheit des Vollstreckungsrecht
- C. Späte Entwicklung des Insolvenzrechts vom Liquidations- zum Reorganisationsinstrument und seine verlegerischen Folgen
 - I. Rahmen der insolvenzrechtlichen Rechtsentwicklung
 - 1. Traditioneller Grundansatz
 - 2. Aufschwung des Sanierungsgedankens und die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts
 - 3. Veröffentlichungsboom
 - II. Verlegerische Aktivitäten
 - 1. Kommentare des Hauses Beck in der alten und neuen Kommentarlandschaft
 - 2. Lehrbuchliteratur
 - 3. Handbuchliteratur
 - III. Kodifikationsbedingter Neuaufbruch
- D. Kostenrecht im Zeitalter der Dienstleistungsfreiheit
 - I. Vom regulierten Recht der freien Berufe zum freien Unternehmertum
 - II. Verlegerische Begleitung
- E. Rechtskultur und ihr technisches Recht

A. Aktivierung der Rechtsgebiete im Zeitalter der Europäisierung und Ökonomisierung

Das Thema „Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht sowie Kostenrecht“, das in diesem Beitrag vor dem Hintergrund des hundertjährigen Bemühens des Hauses Beck um die Rechtswissenschaft gewürdigt werden soll, erscheint auf den ersten Blick merkwürdig disparat und zugleich etwas subaltern-handwerklichen Materien gewidmet. Das Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht mag man noch unter dem Titel „Einzel- und Gesamtvolleistung“¹ zusammenfassen und dabei auf gemeinsame Grundlinien verweisen können, wenngleich das Insolvenzrecht in anderen Rechtskulturen meist nicht dem Prozeßrecht, sondern eher dem Gesellschaftsrecht zugeordnet ist² und auch meist nicht von Prozessualisten, sondern von Handels- und Gesellschaftsrechtlern betrieben wird. Das Kostenrecht hat mit diesen Gebieten auf den ersten Blick inhaltlich wenig zu tun, es teilt mit ihnen allenfalls den Charakter einer Annexmaterie zum prozessualen Erkenntnisverfahren, das sich seinerseits als Verfahren der Rechtsverwirklichung stets höheren Ansehens erfreute, während Vollstreckungs- und Kostenrecht mehr den niedrigen Bütteldiensten gewidmet schien. Das wissenschaftliche Ansehen aller drei Gebiete war über Jahrzehnte traditionell gering. Noch mehr als für das Prozeßrecht des Erkenntnisverfahrens hielt man die berühmte Charakterisierung *Friedrich Steins* für richtig, es handle sich um ein eher technisches Recht, der „Ewigkeitswerte bar“³. Allerdings sind vor allem zwei der drei ausgewählten Rechtsbereiche die letzten Jahrzehnte aus ihrem Schattendasein herausgetreten: schon früher das Insolvenzrecht, erst vor kurzem das Kostenrecht. Nur das Einzenvollstreckungsrecht geht seiner Renaissance erst noch entgegen.

Es ist letztlich die Ökonomisierung des Rechtsdenkens und seine Europäisierung, der alle drei Gebiete ihre Reaktivierung verdanken. Dem Insolvenzrecht und seiner Reform gab die Orientierung am neu belebten Gedanken der Marktgerechtigkeit neue Form und Bedeutung.⁴ Das Kostenrecht erfährt als marktgerechtes Steuerungsinstrument rechtsverwirklichender Dienstleistung neue Aufmerksamkeit.⁵ Und im Zwangsvollstreckungsrecht bahnen sich unter dem Topos deregulierter und effektiver Rechtsverwirklichung und grenzüberschreitender europäischer Vollstreckung gewichtige Veränderungen an.⁶ Es ist die unmittelbare Nähe aller drei Gebiete zur Rechtsbewährung und Rechtsverwirklichung, die sie

¹ So etwa die Diktion bei *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Aufl. 2006, § 1 IV, Rn. 1.9.

² Z.B. für England *Goode*, Corporate Insolvency, in: Commercial Law, 2001; für Frankreich *Derrida/Godé/Sortais*, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, 3. Aufl. 1991.

³ *Stein*, Grundriß des Zivilprozeßrechts, 1921, Vorwort.

⁴ Dazu MünchKomm-InsO/*Stürner*, Band 1, 2001, Einl. Rn. 39.

⁵ Dazu insbesondere *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006; kritisch *Bermann* ZZPInt 8 (2003), 3 ff., 46 ff., 51 f.

⁶ Dazu insbesondere *Heß*, in: *Andenas/Heß/Oberhammer*, Enforcement Agency Practice in Europe, 2005, S. 1 ff.; ders., Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006 S. 1 ff. und den Bericht DGVZ 2005, 177 ff.

in der jüngsten Gegenwart rechtskulturellem Wandel stärker unterwirft als viele Gebiete des materiellen Rechts. So ist es letztlich doch eine durchaus reizvolle Aufgabe, die Entwicklung dieser Rechtsgebiete im Laufe des letzten Jahrhunderts anhand der Publikationen eines repräsentativen juristischen Verlags nachzuzeichnen.

B. Zwangsvollstreckungsrecht und die frühen Glanzpunkte verlegerischer Aktivität zwischen Statik und Neuaufbruch

I. Rahmen der prozessualen Rechtsentwicklung

Frühe Glanzpunkte verlegerischer Aktivität sind im zunächst einmal eher statischen Bereich des Einzelvollstreckungsrechts angesiedelt. Das Einzelvollstreckungsrecht teilt im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts weithin das wissenschaftliche Schicksal des Zivilprozeßrechts überhaupt. Es ist durch eine deutliche Nationalisierung und eine Hinwendung zum dogmatischen Systemdenken gekennzeichnet, Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung spielen eine eher marginale Rolle. Nachdem im 19. Jahrhundert die historischen Bezüge des Rechts und die vergleichende Rechtsgeschichte noch eine prägende Bedeutung hatten, wie sie sich etwa in den Werken *Wetzells*,⁷ *Wachs*,⁸ oder *Kohlers*⁹ niederschlägt, beginnt nach der nationalen Kodifikation der ZPO im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts der Rückzug auf das kodifizierte System, das man als Ausdruck geronnener Weisheit von Jahrhunderten und einen vorläufigen Endpunkt zu betrachten schien. Die großen Vertreter des gemeinen Prozesses und seiner Wissenschaft haben diesen Wandel gespürt und ihm zu trotzen versucht. So schreibt etwa *Wetzell* im Vorwort zur dritten Auflage seines Lehrbuchs des gemeinen Prozesses, die 1878 noch kurz vor Inkrafttreten der Reichszivilprozeßordnung publiziert wurde: „Der Zeitpunkt, in welchem diese dritte Auflage erscheint, läßt sich als einen besonders günstigen nicht ansehen“;¹⁰ trotzdem hat er sein Werk noch veröffentlicht. Es hat überlebt, prägende Wirkung aber nicht mehr entfalten können. Das erste Drittel des 20. Jahrhunderts brachte noch gewichtige monographische Werke, welche die Verknüpfung mit der überkommenen wissenschaftlichen Tradition zu leisten versuchten, wobei vor allem das Werk von *James Goldschmidt* (Der Prozeß als Rechtslage, 1924) als Höhe- und Endpunkt besondere Erwähnung verdient. Dann aber überwog eine Dogmatik, die Prozeßrechtswissenschaft mehr und mehr als Systembildung auf der Basis der Neukodifikation und seines Fallrechts zu begreifen geneigt war und Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung als bildungsbürgerliches Accessoire betrachtete. Der ZPO-Entwurf 1931, der auch für das Zwangsvollstreckungsrecht gewichtige Änderungen vorsah, hatte in diesem Umfeld kaum eine Umsetzungschance, wie immer man dies im Ergebnis bewerten mag.¹¹

⁷ *Wetzell*, System des ordentlichen Prozesses, 3. Aufl. 1878.

⁸ *Wach*, Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechtes, 1885.

⁹ *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.

¹⁰ *Wetzell*, System, S. V.

¹¹ Eher kritisch *Baur/Stürner/Brunn*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 4 III, Rn. 4.8 f.

Im Dritten Reich bot die dogmatische Selbstbeschränkung dem Zivilprozeßrecht in gewisser Weise Schutz vor politischen Übergriffen auf das prozessuale Normengefüge selbst, die in offener Form auch eher ausblieben – die „unpolitische“ ZPO überlebte kodifikatorische Angriffe des völkischen Rechts und seiner Primitivitäten.¹² Entgleisungen im Zivilrecht waren überwiegend ein Ergebnis richterlicher Spruchpraxis oder gesetzgeberischer Sondermaßnahmen in Spezialgebieten, wie etwa im Familien- oder Erbrecht. Es bleibt allerdings die Frage, inwieweit die dogmatische Selbstgenügsamkeit der deutschen Rechtswissenschaft, wie sie mit dem Zeitalter nationaler Kodifikation einsetzte, die Widerstandskraft der deutschen Rechtskultur gegenüber Übergriffen auf den Rechtsstaat bis hin zur politischen Katastrophe schwächte oder Ausdruck einer vorausgehenden bedenklichen Schwächung war. Die persönlichen Verluste an namhaften Prozessualisten als Folge rassistischer Verirrung waren hingegen zahlreich, nachdem die Prozeßrechtswissenschaft gerade jüdischen Kollegen der Weimarer Epoche viele bedeutende Werke verdankte.¹³

Die Nachkriegszeit bevorzugte wiederum ein auf den ersten Blick eher unpolitisches Prozeßrecht.¹⁴ Man knüpfte dabei an die Zeit vor dem Dritten Reich an und widmete seine Monographien und Beiträge eher dogmatischen Themen wie Streitgegenstand, Rechtskraft, Pfandrechtstheorien. Der Prozeßrechtswissenschaft und ihren prominenten Vertretern gelang – vielleicht gerade wegen ihres hohen dogmatischen Niveaus, das sich zunächst von prozeßideologischen Diskussionen fernhielt – erstaunlich rasch die internationale Öffnung und die Wiederanerkennung im Kreise der ausländischen Kollegen. Unmittelbaren Ertrag für die Entwicklung des deutschen Rechts brachte diese Form rechtsvergleichender Internationalisierung nur zögerlich und verhalten. Erst die Europäisierung führte am Ende des 20. Jahrhunderts zu unmittelbarem rechtsvergleichendem Einfluß auf das nationale Recht. Allerdings ist es nunmehr in Europa eher eine etwas technokratisch wirkende, klug mischende Rechtsvergleichung, welche die Arbeit der europäischen Institutionen bestimmt. Für eine Rechtsvergleichung mit historischem Atem und Tiefgang scheinen Zeit und Kraft zu fehlen, sie paßt auch wenig zu einem Europa, in dem Integration und „effet utile“ eine eher formale Maßstabslichkeit abgeben. Die Wissenschaft errichtet Länderberichte und versucht dann teilweise, einheitliche Grundlinien zu erarbeiten.¹⁵

¹² Zusammenfassend *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2004, Ch. 2 F, S. 31 f. m. w. N.

¹³ Eindrucksvoll in diesem Zusammenhang die frühe Geschichte der Zivilprozeßrechtslehrervereinigung und ihrer Mitglieder oft jüdischer Herkunft, wie sie *Henckel*, Zur Geschichte der Zivilprozeßrechtslehrervereinigung 1920–1933, FS Hans W. Fasching, 1988, S. 213 ff., wieder gibt.

¹⁴ Zur Entwicklung der deutschen Prozeßrechtswissenschaft der Nachkriegszeit *Stürner*, Der deutsche Prozeßrechtslehrer am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Gerhard Lüke, 1997, S. 829 ff.

¹⁵ Z. B. *Snijders et al.*, Access to Civil Procedure Abroad, 1996; *Fazzalari* (Hrsg.), Civil Justice in the Countries of the European Union, 1998; *Basedow/Hopt/Kötz/Baetge*, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß, 1999; *Nagel/Bajons*, Beweis – Preuve – Evidence. Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa, 2003.

II. Lehrbücher als Bannerträger national ausgerichteter Dogmatik

Das Verlagshaus Beck hat vor allem mit zwei Lehrbüchern zur Gestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts beigetragen: dem großen Lehrbuch „Rosenberg/Gaul/Schilken“ und dem Kurzlehrbuch „Lent/Jauernig“.

1. Rosenberg'sches Vollstreckungsrecht und seine Dogmatik

Im Rosenberg'schen Zivilprozeßrecht, aus dessen drittem Buch als vollstreckungsrechtlichem Teil das heutige Lehrbuch hervorgegangen ist,¹⁶ begegnet – und dies verdient besondere Erwähnung – ein Stück deutscher politischer Geschichte mit all ihren Höhen und Tiefen. Zunächst einmal ist das Rosenberg'sche Werk Zeugnis einer Blüte deutsch-jüdischer Kultur, wie sie im Zivilprozeßrecht durch Persönlichkeiten wie *Leo Rosenberg*, *James Goldschmidt* und *Albrecht Mendelsohn-Bartholdy* wesentlich geprägt war. Das Rosenberg'sche Lehrbuch erschien auch in der Lehrbuchreihe des sehr innovativen Verlages Otto Liebmann, Berlin, der neben Lehrbüchern die Deutsche Juristenzeitung und – eine zukunftsträchtige Idee – Kurzkommentare verlegte. Die dritte Auflage des Lehrbuchs veröffentlichte noch der gleiche Verlag 1931, mit dem Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft war dem Verlag Otto Liebmann die Weiterarbeit verunmöglich, *Leo Rosenberg* überlebte mühsam auf deutschem Boden¹⁷ und veröffentlichte die vierte Auflage seines Lehrbuchs 1949 beim Beck-Verlag, der am Anfang des Dritten Reiches den Verlag Otto Liebmann oder doch zumindest Teile seines Verlagsprogramms übernommen hatte.¹⁸ „Alt ist die Form, in der sie erscheint, neu ihr Gewand und der Verlag, vergrößert ihr Umfang“ – hinter diesen Worten *Leo Rosenbergs*¹⁹ in seinem Vorwort verbergen sich 15 Jahre persönlicher Verfolgung des Autors und seiner Verwandten, des Untertauchens und schwerster politischer Zusammen- und Umbrüche.

Das Rosenberg'sche Lehrbuch ist ein Werk, in dem sich das Bekenntnis zum liberalen Prozeß hinter der kongenialen prozessualen Dogmatik ebenso verbirgt wie die menschliche Erschütterung hinter der klassischen Nüchternheit seines Vorwortes zur ersten Nachkriegsausgabe. Die Erstaufgabe schildert in einem relativ knappen Kapitel (S. 5–10) die Geschichte des Prozesses vom römischen und germanischen Recht bis zum Erlaß der ZPO, ein rechtsvergleichendes Kapitel fehlt ganz, und bei der Darstellung des geltenden Rechts sind historische und rechtsvergleichende Dimensionen kaum angesprochen. Umso brillanter erscheint die Darstellung eines selbsttragenden dogmatischen Gebäudes, das nach seinem Selbstver-

¹⁶ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1927, S. 535–655.

¹⁷ Zu Rosenbergs Lebensgeschichte *Schwab*, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis, Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, S. 667ff.

¹⁸ Ob es sich dabei bereits ganz am Anfang des Dritten Reichs wirklich um eine typische Arisierung – so Ingo Müller, Die Vertreibung des Rechts aus Deutschland, BRAK Mitt. 2003/3 – handelte, mag dahinstehen. Immerhin war Otto Liebmann, wiewohl jüdischer Abstammung, zumindest äußerlich stark nationalsozialistischem Gedankengut verfallen; dazu aufschlußreich Rüthers/Schmitt, JZ 1988, 369ff., 370 f. m. w. N.

¹⁹ Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 1949, Vorwort, S. III.

ständnis aus sich heraus prozessuale Gerechtigkeit zu verkörpern in der Lage ist und höchsten Anforderungen an Systemlogik und wissenschaftliche Ästhetik genügt. Wenngleich die dogmatische Kraft des Autors hauptsächlich dem Erkenntnisverfahren gewidmet ist, zeigt doch der Teil zum Zwangsvollstreckungsrecht dogmatische Grundstrukturen, die vielen anderen späteren Darstellungen in Aufbau und dogmatischer Figürlichkeit Vorbild waren. Insbesondere beeindruckt der Versuch, allgemeine Lehren des Vollstreckungsrechts zu schaffen (S. 535 ff.), wobei das breit behandelte Anfechtungsrecht (S. 571–578) und das gesamte Recht der Rechtsbehelfe (S. 580 ff.) im allgemeinen Teil angesiedelt sind. Natürlich ist auch der Theorie des Pfändungspfandrechts breiterer Raum gewidmet, allerdings erst in den Folgeauflagen²⁰. Die Grundstruktur der Darstellung des Vollstreckungsrechts hat sich bis zur 9. Auflage 1961 des Werkes erhalten, die letzte von Rosenberg selbst verantwortete Neubearbeitung.

Man mag sich fragen, was gerade einen Autor zur kommentarlosen Rückkehr zum status quo und zur ideologischen und rechtspolitischen Enthaltsamkeit veranlaßt hat, der das Dritte Reich nur mühsam und leidend überlebt hat. „Legal Realism“ und Interessenjurisprudenz hatten bereits vorher den Alleingeltungsanspruch des Systemdenkens kräftig erschüttert. Die Anknüpfung an die Dogmatik der Weimarer Zeit, „als sei nichts geschehen“, wird ja oft als Verdrängungsakt einer versagenden Generation analysiert und kritisiert.²¹ Man sieht bei Leo Rosenberg, daß dies allenfalls eine Teilwahrheit sein kann. Vielleicht gerade weil das Dritte Reich die zerstörerische Kraft der Ideologie am Gebäude des Rechts gezeigt hatte, versuchte man dieses Gebäude nunmehr „sauber“ zu halten. Grundlegung in Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung oder Soziologie und Politologie als notwendiges Postulat rechtsstaatlicher Verteidigungsbereitschaft – dieser Gedanke blieb der deutschen Prozeßrechtslehre zunächst einmal eher verschlossen.

2. Perfektion der Neubearbeitung

Eine Wendung brachte in gewisser Weise die Neubearbeitung in der 10. Auflage 1987 durch Hans Friedhelm Gaul und seinen Schüler Eberhard Schilken. Unter beiden Autoren erwuchs aus dem dritten Buch des vormals Rosenberg'schen Lehrbuches, das sich des Zwangsvollstreckungsrechts eher anhangsweise angenommen hatte, ein selbständiges großes Lehrbuch mit über tausend Seiten. Das Rosenberg'sche Lehrbuch zum Erkenntnisverfahren war bereits vorher in der Schwab'schen Bearbeitung selbständig erschienen. Der Gedanke an eine selbständige Darstellung des Zwangsvollstreckungsrechts war nicht ohne Vorbild. Bereits 1939 verfaßte Adolf Schönke ein selbständiges Lehrbuch des Zwangsvollstreckungsrechts,²² das – streng an der traditionellen Dogmatik ausgerichtet und ohne ideologische Verirrung – bis in die Nachkriegszeit fünf Auflagen erlebte, nach Schönkes Tod von Fritz Baur mit Beginn der sechziger Jahre übernommen und um das In-

²⁰ Insbesondere 3. Aufl. 1931, S. 683 ff.

²¹ Dazu schon früh Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 1968, S. 431ff.

²² Schönke, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 1939.

solvenzrecht erweitert wurde.²³ Getrennte Darstellungen des Vollstreckungsrechts existierten vor allem noch aus der Feder *Karl Blomeyers* (2. Aufl. 1956) und aus der Feder von *Bruns* (1963). Der Entwicklung zur Verbindung des Zwangsvollstreckungsrechts mit dem Insolvenzrecht, wie sie das Lent'sche Lehrbuch (1948) im Hause Beck für die Nachkriegszeit einleitete und wie sie vor allem im Schönke/Baur'schen Lehrbuch Nachahmung fand, folgten die neuen Autoren des Rosenberg'schen Lehrbuchs nicht.

Die Neubearbeitung durch *Gaul* und *Schilken* war insoweit revolutionär, als sie gewichtige dogmatische Vorarbeiten beider Autoren im Lehrbuch fruchtbar werden und auf diese Weise ein gültiges Gesamtwerk vollstreckungsrechtlicher Dogmatik entstehen ließ, das an Geschlossenheit kaum Wünsche offenlässt. Vor allem *Hans Friedhelm Gaul* hatte in zahlreichen Einzelbeiträgen die Entwicklung der vollstreckungsrechtlichen Dogmatik vorangetrieben, dabei intensive rechtshistorische Aufarbeitung geleistet und zudem die stets laufende Reformdiskussion maßgeblich gefördert.²⁴ Aber auch sein Schüler *Eberhard Schilken* war durch seine Habilitationsschrift zur Befriedigungsverfügung (1976) als kongenialer Koautor bestens ausgewiesen. So ist ein Gesamtwerk entstanden, das hohe und gestrenge dogmatische Systematik mit der erschöpfenden Darstellung praktisch aller Details verbindet, vorbildlich Rechtsprechung und Literatur verarbeitet und darüber hinaus das Zwangsvollstreckungsrecht in vielen Teilen um die rechtshistorische und rechtspolitische Dimension bereichert. Zwar ist die Gliederung des Rosenberg'schen Werkes im großen und ganzen beibehalten, jedoch sind viele früher nur knappe und kurze Abschnitte zu habhaften Paragraphen umgearbeitet, die dogmatisches Urgestein schaffen. Dies gilt etwa für die Erörterungen zum Vollstreckungsanspruch und zur rechtswidrigen Vollstreckung, zum Vollstreckungsrechtsverhältnis oder zu den Rechtsbehelfen. Moderne Entwicklungen mit stark rechtspolitischem Einschlag sind im – wohltuend nüchternen – Kapitel zum Verhältnis von Vollstreckung und Verfassung oder in den Bemerkungen zu den Vollstreckungsorganen behandelt. So ist ein vollstreckungsrechtliches Werk entstanden, das unter den nationalen Darstellungen des Vollstreckungsrechts weltweit seingesgleichen sucht. Dem Versuch zu einer stärkeren Systematisierung des Vollstreckungsrechts anhand von Verfahrensgrundsätzen²⁵ ist das Lehrbuch allerdings nicht gefolgt – vielleicht erschien dies den Autoren allzu umstürzend.

Im Jahr vor dieser Neuauflage des Rosenberg'schen Lehrbuchs war im Carl Heymanns Verlag bereits ein anderes neues Lehrbuch zum Vollstreckungsrecht erschienen, nämlich das Werk von *Brox/Walker*. Ursprünglich als Lehrbuch für fortgeschrittene Studenten und Referendare gedacht, hat es sich um seiner erschöpfenden Darstellung willen, die das Detail durchaus mit Transparenz und gefälliger Gliederung verbindet, sehr rasch zu einem großen wissenschaftlichen

²³ *Schönke/Baur*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, 6. Aufl. 1961.

²⁴ Beispielhaft etwa *Gaul*, Das Rechtsbehelfssystem der Zwangsvollstreckung – Möglichkeiten und Grenzen einer Vereinfachung, ZZP 85 (1972), 251ff.; ders., Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung, ZZP 112 (1999), 135 ff.

²⁵ Dazu *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.1ff., S. 56ff.; eher kritisch *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 5 VI 1, S. 62ff.

Lehrbuch entwickelt, das im Zitat der Rechtsprechung mit dem Rosenberg'schen Lehrbuch konkurriert (nunmehr 7. Aufl. 2003). Die Gegenwartsgebundenheit dieses Werkes, das seine Aufgabe wohl ganz überwiegend in der traditionellen dogmatischen Verarbeitung der Kasuistik sieht, unterscheidet es bei sehr hohem Darstellungs niveau vor allem von der Gaul'schen Intention, eine eher zeitlose Dogmatik zu entwickeln.

3. Lehrbuchliteratur und der europäische Aufbruch

Der Diskussion um die Europäisierung des Vollstreckungsrechts schafft das deutsche Recht bisher nur zögerlich Gehör, was sich auch im Rosenberg'schen Lehrbuch widerspiegelt. Ähnlich wie im Erkenntnisverfahren fanden rechtsvergleichende Denkanstöße, wie sie etwa seit der 12. Auflage das Zwangsvollstreckungsrecht des Baur'schen Lehrbuchs auch auf breiterer rechtshistorischer Basis präsentiert,²⁶ in der nationalen Diskussion nur sehr eingeschränkt Aufmerksamkeit. Auf der Ebene der EU dominiert im Vollstreckungsrecht wie überall ein Arbeiten, das etwas technokratisch von Länderberichten ausgeht, um dann zu einem Harmonisierungsvorschlag zu kommen, der rechtshistorische und rechtskulturelle Erkenntnisse nur sehr bedingt berücksichtigen kann, falls sie überhaupt wissenschaftlich aufbereitet sind. Die europäischen Bemühungen konzentrieren sich gegenwärtig auf die vollstreckungsrechtliche Sachaufklärung und auf Dauer sicher auch auf Fragen grenzüberschreitender Vollstreckung. Auch die nationale wissenschaftliche Diskussion, wie sie sich in anspruchsvollen Lehrbüchern niederschlägt, wird sich hierauf einzustellen haben, will sie den Anschluß an die europäische Entwicklung nicht verlieren. Allerdings hat das Haus Beck in Gestalt des Schack'schen Lehrbuchs zum Internationalen Verfahrensrecht ein herausragendes Werk in seinem Verlagsprogramm, das in strenger Systematik und großer gedanklicher Schärfe Fragen des internationalen Vollstreckungsrechts behandelt.²⁷ Gleichwohl bleibt auch für das nationale Lehrbuch der Wunsch nach Öffnung und Beteiligung an der europäischen Gesamtentwicklung. Die stärkere Orientierung an Verfahrensgrundsätzen, die letztlich als elementare Gestaltungsmittel jeden Verfahrens überhaupt in gewisser Weise vorrechtlicher Natur sind, käme einer solchen Öffnung durchaus zugute.

4. Studienbuchliteratur

Die Studienbuchliteratur, wie sie sich auch im Hause Beck findet, ist in gewisser Weise getreues Abbild der Statik traditioneller Dogmatik und zögerlicher Öffnung, welche die deutsche Situation charakterisiert. Das Lent'sche Lehrbuch zum Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht war 1948 eines der ersten Bücher der neu gegründeten Reihe „Kurzlehrbücher für das Juristische Studium“. Es folgt in seiner Gliederung und Darstellungsweise stark dem Rosenberg'schen Vorbild. In der späteren Bearbeitung von Othmar Jauernig ist es zum erfolgreichsten Studien-

²⁶ Baur/Stürner/Brunns, *Zwangsvollstreckungsrecht*, § 3 und §§ 55 ff. sowie § 59.

²⁷ Schack, *Internationales Civilverfahrensrecht*, 4. Aufl. 2006, §§ 18 ff.

buch des Vollstreckungsrechts geworden (21. Aufl. 1999), obwohl es mit der dichten Systematik seiner Darstellung und der Prägnanz seiner Sprache an die Leserschaft hohe Anforderungen stellt. Wie die eher anhangsweise Darstellung des Einzelvollstreckungsrechts im Arens'schen Zivilprozeßrecht der Grundrißreihe²⁸ verzichtet dieses Werk weithin auf rechtshistorische, rechtsvergleichende oder rechtssoziologische Bemerkungen und widmet sich ganz überwiegend dem geltenden System und seiner ausgefeilten Präsentation, wobei übrigens auf breiter ausgeführte Beispiele weithin verzichtet ist. Es ist interessant festzustellen, daß das Parallelwerk von *Peter Schlosser*, das 1984 im mit dem Hause Beck verbundenen Verlag Vahlen erschienen ist, in mehrfacher Hinsicht neue Wege zu gehen versuchte und dabei aber nicht auf dauerhafte Gegenliebe der studentischen Leserschaft gestoßen zu sein scheint.²⁹ Dieses stark innovative Studienbuch schließt rechtsvergleichende und rechtsgeschichtliche Analysen ein und versucht die Vollstreckung auch als Ausdruck rechtskultureller Entwicklung und Varianz verständlich zu machen. Es bemüht sich zudem darum, anhand von detailliert entfalteten Beispielen den Studenten an die Fallbearbeitung heranzuführen. Trotzdem hat der Markt diese Innovation letztlich nicht angenommen und hat die überkommene abstrakt-systematische und national beschränkte Darstellungsweise vorgezogen. Dies mag auch daran liegen, daß das Vollstreckungsrecht in der Ausbildung immer mehr an den Rand gedrängt wird und in diesem Gebiet die Steuerungswirkung eher rechtstechnischer Examensgestaltung durch die Landesjustizprüfungsämter besonders deutliche und verhängnisvolle Wirkung zeigt. Für das Verständnis der Vollstreckung als rechtskulturelles Phänomen bleibt kaum Raum.

III. Die solide Handwerklichkeit der Kommentarliteratur und ihre europäische Öffnung

Es gibt wenige Gebiete, in denen das Angebot des Verlages C.H. Beck an traditioneller und neuer Kommentarliteratur so flächendeckend ist wie im Zwangsvollstreckungsrecht.

1. Schicksal des Baumbach'schen Kurzkommentars zur ZPO in drei politischen Regimen

Die frühe vollstreckungsrechtliche Kommentarliteratur in Gestalt der Kurzkommentare ist wiederum vom Verlag Otto Liebmann übernommen. Die Geschichte des Baumbach'schen Kommentars zur ZPO mit seinen vollstreckungsrechtlichen Vorschriften dokumentiert einmal mehr eindrucksvoll die Methoden nationalsozialistischer Machtübernahme. 1924 erschien die erste Auflage des Senatspräsidenten beim Kammergericht *Adolf Baumbach* im Otto Liebmann Verlag. Dieser Verlag überlebte den von Rassismus begleiteten Machtwechsel 1933 nicht. Seine

²⁸ Arens, Zivilprozeßrecht, 1978. Nach dem Tode von Arens im Jahre 1991 von seinem Schüler Wolfgang Lüke später als Lüke, Zivilprozeßrecht, fortgeführt (9. Aufl. 2006).

²⁹ Neuere Verlagskataloge führen dieses bedeutende Studienbuch bereits nicht mehr auf.

renommierte Fachzeitschrift, die „Deutsche Juristen-Zeitung“, erschien zwar noch im Frühjahr 1933 unter der persönlichen Herausgeberschaft Otto Liebmanns im angestammten eigenen Hause, allerdings in der Aprilnummer bereits mit einem programmatischen nationalsozialistischen Spitzenaufsatz von Koellreutter, Jena, zum „nationalen“ Rechtsstaat.³⁰ Im Januar 1934 firmiert dann Adolf Baumbach als Herausgeber³¹ und wie beim Rosenberg'schen Lehrbuch ist es nunmehr der Beck Verlag, der die Zeitschrift verlegt. Spitzenaufsatz ist ein an Primitivität kaum zu überbietender Beitrag des Reichsministers Frick zur „Rassenfrage in der deutschen Gesetzgebung“, mit dessen Sprache das kurze zurückhaltende Geleitwort Baumbachs deutlich kontrastiert: „.... niemals war es nötiger, daß alle Berufenen das Recht mitformen helfen. Auch auf diesem Gebiet stellt die neue Zeit höchste Anforderungen ...“ Wenig später war dann der eher zurückhaltende, offenbar auf mäßigende Entwicklungen hoffende Baumbach von dem ehrgeizigen und durchaus opportunistisch nationalsozialistisch agierenden Carl Schmitt als Herausgeber verdrängt.³² Der Baumbach'sche Kommentar zur ZPO, der in der Weimarer Zeit fast jährlich erschien, wurde wie andere Teile des Liebmann'schen Verlagsprogramms vom Hause Beck verlegt und erlebte dort auch während des Nationalsozialismus eine Vielzahl von Auflagen, um dann 1947 mit der 18. Auflage einen Neuanfang zu machen.

2. Charakteristik der Kurzkommentarliteratur zum Zwangsvollstreckungsrecht

Natürlich ist die Kurzkommentarliteratur sehr pragmatisch orientiert und steht damit sehr stark im Dienste prozessualer Handwerklichkeit. So hat der Baumbach'sche Kommentar in den späteren Bearbeitungen durch Lauterbach, Hartmann und Albers seine Aufgabe vor allem darin gesehen, dem Praktiker möglichst alle Fundstellen in systematisierter Form greifbar zu machen, die Systematik und dogmatische Überformung ist weithin den Anregungen traditioneller Lehrbuchliteratur entnommen. In dieser Informationsfunktion liegt ein hohes Verdienst, und sie verlangt den Autoren einen überwiegend jährlichen Kraftakt ab, dessen Bedeutung für die Praxis nicht hoch genug veranschlagt werden kann – mancher akademischen Kritik zum Trotz. Gerade auch im Vollstreckungsrecht war die Hartmann'sche Kommentierung vielen Praktikern eine unentbehrliche aktuelle Fundstelle für neueste Rechtsprechung und neueste Gesetzesänderungen in der ZPO und ihren Nebengebieten.³³ So konnte sich diese Kommentierung trotz der starken Zöller'schen Konkurrenz (Geimer, Herget, Stöber/Völlkommer)³⁴ und der neuesten Konkurrenz – mehr oder weniger im eigenen Hause – durch den Musielak'schen Kommentar (Lackmann, Becker, Huber, Voit)³⁵ im Ansehen der Praxis gut

³⁰ DJZ 1933, 518ff.; zur Geschichte dieser Zeitschrift beim Machtwechsel zum Nationalsozialismus und zur eigenartigen Rolle Otto Liebmanns selbst Rüthers/Schmitt, JZ 1988, 369ff., 370f.

³¹ DJZ 1934, 1ff.

³² Rüthers/Schmitt, JZ 1988, 369ff., 372.

³³ Nunmehr 65. Aufl. 2007.

³⁴ Zuletzt 25. Aufl. 2005.

³⁵ Letzte 5. Aufl. 2007.

halten, obwohl die Konkurrenten den Vorteil eines Neuanfangs ganz oder teilweise für sich nutzen konnten, diesen Vorteil allerdings gerade im Vollstreckungsrecht nicht immer konsequent wahrgenommen haben.

Der Eindruck stark pragmatischer Orientierung gilt auch für die Kurzkommentierung des Immobiliarvollstreckungsrechts in einem Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. Seine Geschichte beginnt mit der Autorenschaft *Walter Wilhelmis* im Dritten Reich und zeigt dann vor allem in der 2. Auflage 1939 die Zersplitterung dieses Rechtsgebiets, die neben das ZVG notrechtliche und landesrechtliche Bestimmungen treten ließ und dabei die sozialen und wirtschaftlichen Verwerfungen dieser Zeit widerspiegelt. Für ideologische Anfälligkeit lässt die hohe Technizität wenig Raum, wenngleich über das „Notrecht“ das Eindringen eines „gesunden Volksempfindens“ gutgeheißen wird (2. Aufl. 1939, Einl. VII, S. 9), das dann in der Realität des totalitären Staates auch für richterliche politische Willkür bei Anordnung, Einstellung oder Zuschlag ein geeignetes Einfallstor gewesen sein mag. Im Vorwort der ersten Nachkriegsausgabe (3. Aufl. 1952) betont der neue Bearbeiter *Vogel* die Kontinuität zu den Altauflagen vielleicht etwas unkritisch; immerhin ist in der Einleitung (sub VII, S. 9/10) die Passage zum gesunden Volksempfinden herausgenommen und durch „allgemeines Rechtsempfinden“ ersetzt, die Parteiherrschaft sieht der Autor allerdings letztlich nicht als Grundsatz der Immobiliarvollstreckung, vielmehr geht er von einer starken richterlichen Stellung aus, die zur Wahrung der Interessen aller Beteiligter eingesetzt werden soll. Die spätere Bearbeitung durch *Zeller* (6. Aufl. 1965) vermeidet grundsätzlichere Stellungnahmen zunächst ganz (dazu die „Stichwortkommentierung“ zu § 1 ZVG). Erst unter dem Eindruck der Rechtsprechung des *BVerfG* zur richterlichen Fürsorgepflicht beginnt dann später die erneute Bemühung um Grundsätze der Vollstreckung (auf heutigem Stand *Stöber*, 18. Aufl. 2006, der dieses Werk seit der 11. Auflage fortführt, Einl. III, Rn. 20ff.). Ob sie zu einem klaren Bild führt, ist eine andere Frage. Wenn man – wozu die Praxis naturgemäß neigt – die verfassungsrechtlichen Einbruchsversuche, wie sie vor allem Verfassungsrichter *Böhmer* vorangetrieben hat,³⁶ allzu unkritisch aufnimmt, wird die Formulierung klarer vollstreckungsrechtlicher Grundsätze erschwert oder gar unmöglich.³⁷ Es entsteht in vielen Bereichen das etwas diffuse Bild eines Billigkeitsrechtes, das klarer Struktur entbehrt, obwohl dies einem ausgewogenen Rechtsschutz des Gläubigers und des Schuldners gar nicht förderlich erscheint.³⁸ So hat die vollstreckungsrechtliche Kurzkommentarliteratur das Erstarken des modernen Schuldnerschutzes unter sozialstaatlichen Erwägungen nur unter großen Schwierigkeiten in das vollstreckungsrechtliche Gesamtsystem integrieren können.

Der Überblick über die vollstreckungsrechtliche Kurzkommentarliteratur wäre unvollständig, bliebe der Kommentar zum Anfechtungsgesetz unerwähnt, der – in der Nachkriegszeit von *Böhle-Stamschräder* 1951 begründet – mehrere Auflagen

³⁶ Berühmt – allerdings unter Vollstreckungsrechtlern eher im negativen Sinne – *BVerfGE* 49, 232 ff.

³⁷ Dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 3 II 1 u. III; *Baur/Stürner/Brunn*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 7 V, Rn. 7.40 ff.

³⁸ *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 3 III m. w. N.; *Baur/Stürner/Brunn*, § 7 V 2 d, Rn. 7.45.

erlebt hat, – auch in der Bearbeitung durch *Kilger* – und nunmehr in 10. Auflage (2006) in der Huber'schen Bearbeitung vorliegt, die das an die Anfechtungsvorschriften der Insolvenzordnung angepaßte neue Recht berücksichtigt. Es ist erstaunlich, wie sehr das gemeineuropäische Recht der *Actio Pauliana*³⁹ in der deutschen Rechtsentwicklung zu einer Spezialmaterie geworden ist, die ihren systematischen Bezug zum Haftungsregime des allgemeinen bürgerlichen Rechts ziemlich verloren hat, obwohl der umentschiedene Streit zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Theorie⁴⁰ bis heute an ihre zutiefst bürgerlichrechtliche Grundlegung erinnert.⁴¹

3. Kommentarliteratur mit starker dogmatischer Überformung

Als im Jahre 1963 der Thomas/Putzo'sche Kommentar zur ZPO erschien, ging in gewisser Weise ein Aufatmen durch Theorie und Praxis, war es doch den Autoren besonders vorbildlich gelungen, übersichtliche Systematik mit praktischer Brauchbarkeit zu verbinden und die Kommentarliteratur von einer überquellenden Kasuistik zu entschlacken. Beide Kommentatoren haben sich mit ihrer Kommentierung hohes wissenschaftliches Ansehen erworben und sind für neuere Entwicklungen der Wissenschaft stets offen gewesen. Die Putzo'sche Kommentierung des Vollstreckungsrechts beginnt mit einem vorzüglichen Aufriß des Gesamtsystems der Einzelvollstreckung und nimmt dabei Anregungen der neueren Literatur, z.B. die Entwicklung von Grundprinzipien des Vollstreckungsrechts, in sehr innovativer Weise auf.⁴² Auch die neuen Koautoren *Reichold* und *Hüßige* sind bis zur letzten Neuauflage (27. Aufl. 2005) in die Grundkonzeption des Kommentars voll integriert. Die Dogmatik wird hier ihrer Funktion gerecht, durch Systembildung dem Gleichheitssatz als einem Grundpostulat der Gerechtigkeit immer wieder neu Gelting zu verschaffen und gleichzeitig den Rechtsanwender bei Auslegung und Analogiebildung durch konstruktive Vorgaben zu entlasten.⁴³

Der Münchener Kommentar zur ZPO, dessen Vollstreckungsrecht nunmehr wie der Gesamtkommentar in 2. Auflage (2000) vorliegt, hatte es sich erklärtermaßen zum Ziel gesetzt, nicht nur Sammelbedürfnisse justizieller Pragmatik zu befriedigen, sondern auch dogmatische Grundlagen zu legen, um so ein „Gesamtwerk aus einem Guß“⁴⁴ zu schaffen. Die Einleitung zum Zwangsvollstreckungsrecht durch *Gerhard Lüke* arbeitet sehr klar die herkömmliche Dogmatik des Vollstreckungsrechts heraus, wobei die Ausrichtung an den Gliederungsgesichtspunkten und Inhalten auffällt, die bereits das Rosenberg'sche Lehrbuch vorge-

³⁹ In Frankreich ist die „Action Paulienne“ noch heute im Code civil integriert (Art. 1167 C.c.).

⁴⁰ Dazu *Rosenberg/Gaul/Schilken*, § 35 II, S. 534 ff. m. w. N.

⁴¹ Im Lehrbuch von *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl. 2003, § 12 V, Rn. 258 ff. bleiben die historischen Wurzeln des Anfechtungsrechtes mehr oder weniger unerwähnt.

⁴² *Thomas/Putzo*, ZPO, 27. Aufl. 2005, Vor § 704 Rn. 30 ff.; eher zurückhaltend insoweit z. B. *HK-ZPO/Saenger*, 2006, Einf. Rn. 73 ff.

⁴³ Zu dieser Funktion der Dogmatik noch heute grundlegend *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970.

⁴⁴ Vorwort 2. Aufl., 1. Band, 2000.

zeichnet hat.⁴⁵ Neue gedankliche Anstöße sind eher zurückhaltend aufgenommen.⁴⁶ In den Einzelkommentierungen finden sich überragende dogmatische Leistungen, die alle Ansprüche erfüllen. Herausragend etwa die Darstellung der Rechtsbehelfe durch *Karsten Schmidt*,⁴⁷ der z.B. bei der eigennützigen Treuhand die Drittwiderspruchsklage des Treuhänders auch mit Hinweis auf die InsO in Frage stellt⁴⁸ und damit nicht nur überkommene Dogmatik präsentiert, sondern neue Rechtsentwicklungen aufnimmt; oder die *Wolfsteiner*'sche Kommentierung der vollstreckbaren Urkunde, die sich nach wohlerwogener Abwägung zum prozessualen Anspruch als Gegenstand der Unterwerfung bekennt⁴⁹ und damit neuen dogmatischen Arbeiten Anerkennung verschafft;⁵⁰ oder die Kommentierung *Schilkens* zum Pfändungspfandrecht, die in mustergültiger Gründlichkeit die dogmatische Funktion des Theorienstreits erarbeitet und seine Auswirkungen auf die Einzelfragen analysiert.⁵¹ Es ist auf diese Weise ein Kommentar entstanden, der neben die Münzberg'sche bzw. Brehm'sche Kommentierung des Stein/Jonas'schen Klassikers treten konnte, ohne abzufallen.⁵² Dabei ist dem neuen Kommentar sicher die Vorbildfunktion des „Stein/Jonas“ in vielfältiger Weise zugute gekommen, der allerdings gerade im Vollstreckungsrecht unter seiner Stofflast zu ächzen begann, so daß die etwas verschlanke Version vollstreckungsrechtlicher Großkommentierung den Vorzug klarerer Linie haben mag.

Beiden Großkommentaren zur ZPO ist in Gestalt der Teilkomentierung durch *Schuschke/Walker* eine ebenbürtige Konkurrenz erwachsen, die sich des Ansehens vor allem der Praxis durchgängig erfreut und im Carl Heymanns-Verlag nunmehr in 3. Auflage erschienen ist.⁵³

4. Frühe europäische Öffnung

Eine besondere Leistung der Kommentarliteratur zum Zwangsvollstreckungsrecht liegt in ihrer frühen europäischen Öffnung und Internationalisierung, die sie der insoweit zurückhaltenden und eher nachhinkenden Lehrbuchliteratur voraus hat. Der Baumbach'sche Kommentar hat – vielleicht unter dem Einfluß des konkurrierenden *Zöller*, in dem sich *Geimer* sehr konsequent dem europäischen Vollstreckungsrecht und der internationalen Vollstreckung überhaupt gewidmet hat⁵⁴ – die

⁴⁵ MünchKomm-ZPO/*Lüke*, 2. Aufl. 2000, Einl. Rn. 300ff.

⁴⁶ Auffallend insbesondere bei der Darstellung der Verfahrensgrundsätze und der Verfassungsfragen Einl. Rn. 359 ff.

⁴⁷ MünchKomm-ZPO/*K. Schmidt*, 2. Aufl. 2000, §§ 766–793.

⁴⁸ MünchKomm-ZPO/*K. Schmidt*, § 771 Rn. 29.

⁴⁹ MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 794 Rn. 182ff.; schon vorher *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, §§ 14.1, 21.1.

⁵⁰ Insbesondere *Münch*, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, 1989; ablehnend dagegen insbesondere *Gaul ZZP* 112 (1999), 135 ff., 177 ff.

⁵¹ MünchKomm-ZPO/*Schilken*, 2. Aufl. 2001, § 804 Rn. 4ff.

⁵² Vgl. *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl. 2002, §§ 704–827 sowie 22. Aufl. 2004, §§ 899–915; ferner *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, 22. Aufl. 2004, §§ 828–898.

⁵³ *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Bd. I, 3. Aufl. 2002 und Bd. II, 3. Aufl. 2005.

⁵⁴ Zuletzt *Zöller/Geimer*, ZPO, 25. Aufl. 2005, §§ 183, 328, 363, 722f., 1060 ff., 1067 ff., Anh. I und II zum Europäischen Internationalen Vollstreckungsrecht.

Notwendigkeit einer Mitkommentierung des EuGVÜ und anderer Vertragswerke rechzeitig erkannt.⁵⁵ Im Münchener Kommentar findet sich von Anfang an die vorbildliche und nahezu erschöpfende Darstellung des europäischen und internationalen Prozeß- und Vollstreckungsrechts durch Gottwald.⁵⁶ Der Thomas/Putzo'sche Kommentar hat – der „gelben“ Reihe entsprechend bei Erweiterungen zurückhaltend – mit zeitlicher Verzögerung die EuGVVO und andere europäische Regelwerke miteinbezogen, wobei die Hüßtege'sche Bearbeitung in Übersichtlichkeit und überzeugender Schwerpunktsetzung keine Wünsche offenläßt.⁵⁷ So haben die Standardkommentare speziell zum europäischen internationalen Verfahrensrecht, nämlich das Europäische Zivilverfahrensrecht von Geimer/Schütze (2. Aufl. 2004) und die Schlosser'sche Kommentierung (2. Aufl. 2003) in den „Allgemeinkommentaren“ Mitstreiter und Konkurrenten bekommen. Dabei handelt es sich um eine Entwicklung auf breiter Front, die andere neuere Kommentare mitvollzogen haben, z.B. der Musielak'sche Kommentar (5. Aufl. 2007)⁵⁸ oder der Saenger'sche Kommentar (2006).⁵⁹ Die Teilintegration des europäischen internationalen Zivilprozeßrechts in die neue ZPO 2004 (§§ 1067ff.) bestätigt die Richtigkeit dieser frühen Mitkommentierung.

IV. Das Handbuch

In der gegenwärtigen Häufigkeit eher eine Erscheinung der Nachkriegszeit ist das moderne „Handbuch“, das sich anders als ein ausführliches Lehrbuch nicht der Fortentwicklung wissenschaftlicher Dogmatik oder gar rechtsvergleichenden Erkenntnissen widmet, sondern die herrschende Dogmatik als Instrument einer systematischen Darstellung aller Einzelheiten nutzt, um so neben dem paragrafenorientierten Kommentar eine Lücke zu füllen. Meist wird diese Darstellung um gängige formularmäßige Abwicklungsvorschläge ergänzt. Auch im Vollstreckungsrecht hat der Verlag diese neuere Gattung rechtswissenschaftlicher Literatur eingesetzt. Davon zeugen vor allem das ZVG-Handbuch Stöbers (7. Aufl. 1999) und das Handbuch zur Zwangsverwaltung (Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, 2. Aufl. 2005).

V. Traditionsgebundenheit des Vollstreckungsrecht

Insgesamt verharrt das Vollstreckungsrecht des letzten Jahrhunderts eher in herkömmlichen Traditionen, deren Rechtsformen vorsichtig fortentwickelt werden. Der rechtstechnische Eindruck überwiegt. Wie vordergründig er sein könnte, wird sich zeigen, wenn im Rahmen der EU unterschiedliche Rechtskulturen zusammenstoßen und Änderungen herbeiführen.⁶⁰ Sie stehen vor allem im Bereich

⁵⁵ Nunmehr vor allem Baumbach/Albers, ZPO, 65. Aufl. 2007 Schlußanhang V.

⁵⁶ Vor allem MünchKomm-ZPO/Gottwald, 2. Aufl. 2001, Schlußanhang IZPR.

⁵⁷ Jetzt Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 27. Aufl. 2005, §§ 1067ff., Anh. § 1071, Anh. § 1086.

⁵⁸ Nunmehr Musielak/Weth, ZPO, 5. Aufl. 2007, EG-VO.

⁵⁹ HK-ZPO/Dörner, 2006, EuVVO.

⁶⁰ Vorbildliche Rechtsvergleichung zum Vollstreckungsrecht bei Kerameus, Enforcement in the International Context, Recueil des Cours 264 (1997), 183ff.

der Sachaufklärung und der Organisation der Vollstreckungsorgane an.⁶¹ In der Literatur ist davon aber bisher nur wenig zu spüren. Einzig der Aufbruch zu einem gemeinsamen europäischen internationalen Vollstreckungsrecht hat deutliche Spuren hinterlassen.

C. Späte Entwicklung des Insolvenzrechts vom Liquidations- zum Reorganisationsinstrument und seine verlegerischen Folgen

I. Rahmen der insolvenzrechtlichen Rechtsentwicklung

1. Traditioneller Grundansatz

In der Reichskonkursordnung von 1877 überwog ursprünglich das Verständnis der Insolvenz als Instrument vermögensmäßiger Abwicklung des „bürgerlichen Todes“. Ein liquidationsabwendendes Vergleichsverfahren war zunächst gar nicht vorgesehen, lediglich der „Zwangsvergleich“ nach Konkurseröffnung mit durchaus erschwerenden Verfahrensvoraussetzungen (Mindestvergleichsquote, Redlichkeit, hohe qualifizierte Gläubigermehrheiten, etc.). Erst die Wirtschaftskrisen der Zeit nach dem 1. Weltkrieg ließen unter langwierigen Geburtswehen die Vergleichsordnung entstehen, die den konkursabwendenden Vergleich ermöglichen sollte und damit anfänglich auch recht erfolgreich war, spätestens in den Jahrzehnten nach dem 2. Weltkrieg aber mehr und mehr ihren Zweck zu verfehlten begann.⁶² Der Gedanke eines „fresh start“ im Rahmen eines erleichternden Verfahrens war dem deutschen Insolvenzrecht eher fremd, es verstand sich mehr als Verfahren geordneter Entsorgung im Sinne einer „Gesamtvollstreckung“⁶³ zugunsten gleichmäßig beteiligter Gläubiger. So überwog der Sanktionscharakter die pragmatische Vorstellung nützlicher Hilfe für einen Schuldner, der wieder auf eigene Beine kommen sollte. Es waren im Grunde zwei Komponenten, die für diese reorganisatorische Enthaltsamkeit wesentlich waren. Einmal ein kaufmännischer Liberalismus, der letztlich die Marktauslese als reinigenden Akt bejahte. Zum anderen eine tradierte kaufmännische Ethik, die in der Insolvenz das Ergebnis fehlsamen unlauteren Wirtschaftens⁶⁴ sah und nur das streng kalkulierte kaufmännische Risiko als

⁶¹ Zum Projekt der Kommission zur Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung *Heß*, Die Neuorganisation des Gerichtsvollzieherwesens in Deutschland, 2006, S. 96 ff.; ferner der Gesetzentwurf der Arbeitsgruppe der Landesjustizminister bei *Seip*, DGVZ 2006, 1 ff.

⁶² Zur Geschichte des Insolvenzrechts nach Inkrafttreten der KO MünchKomm-InsO/ *Stürner*, 2001, Einl. Rn. 31 ff.; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II: Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, § 3 V 2 und VI, Rn. 3.21 ff.; § 4 III, Rn. 4.6 ff.

⁶³ *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, § 1 II, Rn. 1.5 ff.

⁶⁴ Literarisch verarbeitet bei *Honoré de Balzac*, Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau: marchand parfumeur, chevalier de la légion d'honneur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de la ville de Paris, Œuvres complètes, Band 22, La comédie humaine: Scènes de la vie parisienne, 1863; *Theodor Storm*, In St. Jürgen, in: Sämtliche Werke. Herausgegeben von Laage und Lohmeier, Band 1, 2. Aufl. 1998, S. 694 ff., 709 ff., 712 ff.

legitimen Akt unternehmerischer Aktivität erlaubte. Diese Vorstellung setzte eine gewisse Regelhaftigkeit des Marktgeschehens voraus, die im Zeitalter stark national regulierter Märkte auch durchaus gegeben war und erst Erschütterung erfuhr, als weltweite Abhängigkeiten mit der Verwirklichung mehr oder weniger unabsehbarer Risiken konfrontierte.

Die Zeit liquidations- und vollstreckungsrechtlichen Insolvenzverständnisses war gleichzeitig die Epoche hoher insolvenzrechtlicher Dogmatik, die sich an prozessualen und sachenrechtlichen Strukturen orientierte. Insolvenzrecht war als dogmatische Schnittstelle von Gesamtvollstreckungs- und Sachenrecht eine hohe Schule des systematischen Konstruktivismus, der noch in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts imponierende Höhepunkte erreichte.⁶⁵ Wirtschaftliche Fragestellungen waren nicht ausgeschlossen, erfolgten aber durch Insolvenzrechtler eher als Parallelwertung in der wirtschaftswissenschaftlichen Laiensphäre und häufig ohne die Mitarbeit wirtschaftswissenschaftlichen Sachverständes – wobei allerdings die Frage offenbleiben muß, ob dies dem Insolvenzrecht allzu sehr geschadet hat.

2. Aufschwung des Sanierungsgedankens und die Rezeption U.S.-amerikanischen Rechts

Die frühe Erkenntnis, daß der Konkurs „ein Wertvernichter der schlimmsten Art“ sein kann,⁶⁶ weckte in der deutschen Praxis vor allem der Nachkriegszeit schon früh das Bestreben, die Liquidation mit werterhaltender Sanierung zu verbinden. Es entwickelte sich die „liquidierende Sanierung“ bzw. „sanierende Liquidation“, bei der das Unternehmen oder gesunde Teile des Unternehmens vom Verwalter auf eine Auffanggesellschaft übertragen wurde („auffangende Sanierung“).⁶⁷ Die Zerschlagung des Unternehmens unterblieb, statt dessen wurde der Unternehmensträger ausgetauscht. Dieser pragmatische Versuch einer Umprägung des Insolvenzrechts von der Liquidation zur Sanierung war dem sich wandelnden Zeitgeist aber nicht genug. Sein reorganisationsorientiertes Grundverständnis speiste sich aus zwei verschiedenen Quellen: einmal der französischen „planification“, die – geprägt von einem Tropfen „sozialistischen Öls“ – ein richterlich dominiertes Regelwerk zum „redressement judiciaire“ geschaffen hatte und der Liquidation als Emanation kapitalistischer Marktwirtschaft ohnehin eher ablehnend gegenüberstand;⁶⁸ zum anderen aber aus der U.S.-amerikanischen Reorganisation des Bankruptcy Code, die den Gläubigern wie dem Schuldner die Umformung des schuldmerischen Unternehmens nach einem Reorganisationsplan erlaubt und

⁶⁵ So etwa dokumentiert in den unübertroffenen Kommentierungen Wolfram Henckels in: Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. 1977ff., teilweise besprochen von Stürner, ZZP 94 (1981), 263–310.

⁶⁶ So das geflügelte Wort Jaegers, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932, S. 216; kritisch hierzu Hax, Die ökonomischen Aspekte der neuen Insolvenzordnung, in: Kübler, Neuordnung des Insolvenzrechts, 1989, S. 21ff.

⁶⁷ Dazu K. Schmidt, Gutachten 54. DJT 1982, S. D 83; Stürner, ZIP 1982, 761ff.; Baur/Stürner, Insolvenzrecht, Rn. 4.9ff., 4.28ff.

⁶⁸ Dazu Baur/Stürner, Insolvenzrecht, Rn. 39.2ff. m. w. N. zum französischen InsolvenzG 1985.

dabei mehrheitsfähige Gläubigerzugeständnisse im Rahmen des marktmäßigen Liquidationswertes vorsieht und gegebenenfalls erzwingt.⁶⁹ Während die Vorrübelungen der Insolvenzrechtskommission noch stärker vom französischen Modell und vom Gedanken planender Strukturförderung und -erhaltung bestimmt waren, brach sich – auch unter dem Eindruck des politischen Wechsels von einer sozial-liberalen zur bürgerlich-liberalen Koalition – später das U.S.-amerikanische Reorganisationsmodell Bahn.⁷⁰ Förderlich war dabei die von den USA nach Europa vordringende ökonomische Analyse des Rechts, die wirtschaftswissenschaftlichen Sachverstand einzubringen versuchte und entsprechend den in den Wirtschaftswissenschaften vorherrschenden Modellen auf marktorientierte Reorganisation setzte. Letztlich war es auch die ökonomische Analyse und weniger der Sozialstaatsgedanke, die der Chance zum Neuanfang allgemein zum Sieg verhalf, weil sie dem „fresh start“ eine überzeugendere Kosten-Nutzen-Relation zuordnete, um dann mit der Reorganisation für Unternehmen auch die Schuldbefreiung für die natürliche Person anzuraten. Damit hatte die grundlegende Zwecksetzung des Insolvenzrechts völlig neue Akzentuierung erfahren, die kaufmännische Ethik mit ihrem Sanktionsanspruch war durch das utilitaristische Marktmodell des „fresh start“ ersetzt oder doch weithin verdrängt. Die neue Insolvenzordnung hat dieses Gedankengut weithin aufgenommen und umgesetzt.⁷¹

3. Veröffentlichungsboom

Obwohl die Rechtswirklichkeit von diesem wissenschaftlichen und kodifikatorischen Paradigmenwechsel letztlich weniger berührt war – diese Bewertung legen wenigstens bisherige Erfahrungsberichte nebst Analysen nahe⁷² –, löste er doch eine Welle neuer wissenschaftlicher und literarischer Befassung aus, die von echtem Enthusiasmus und akademischem Opportunismus gleichermaßen getragen gewesen sein mag. Neue Zeitschriften eigens für dieses Fachgebiet entstanden – so z. B. auch die „Neue Zeitschrift für Insolvenz“ (NZI) des Hauses Beck⁷³ – und die Zahl der Kommentare und Lehrbücher erfuhr nach Jahrzehnten relativer Enthaltsamkeit rasante Vermehrung.

⁶⁹ Einen ersten wichtigen Überblick bot Flessner, Sanierung und Reorganisation, 1982, S. 33–131; ferner Riesenfeld, Das amerikanische Sanierungsverfahren, KTS 1983, 85 ff.

⁷⁰ MünchKomm-InsO/Stürner, Einl. Rn. 35 ff., 39 ff.

⁷¹ Dazu die „Schöpfer“ der neuen InsO Balz/Landermann, Die neuen Insolvenzgesetze, 1995, S. XXIX ff., XXXIV ff. Auf die Grenzen dieser Betrachtungsweise verweist zu Recht Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 1998, Rn. 5.03 ff.

⁷² Eindrucksvoll nüchtern zu Recht Gottwald, Insolvenzrechtshandbuch, 2. Aufl. 2001, § 1 VII, Rn. 57 ff., S. 21 ff.

⁷³ Die „Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht und Sanierung“ erschien erstmals im Herbst 1998, wofür der Verf. Ministrantendienste leisten durfte. Daneben wurden die „Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht“ (ZInsO) und die Zeitschrift „Insolvenz und Vollstreckung“ (InVo) neu gegründet und traten neben die bereits eingeführten Spezialzeitschriften KTS und ZIP.

II. Verlegerische Aktivitäten

Der Zeit traditioneller Dogmatik, wie sie bis in die achtziger Jahre reichte, entsprechen ausgeprägte Ruhe und Kontinuität an der verlegerischen Front. Für lange Zeit beherrschten *Jaeger'sche* Veröffentlichungen⁷⁴ und der *Jaeger'sche* Kommentar zur KO⁷⁵ sowie der *Bley'sche* Kommentar zur Vergleichsordnung⁷⁶ das Feld. Die Insolvenz als rechtskulturelles Phänomen, das rechtsgeschichtliche oder rechtsvergleichende Befassung nahegelegt hätte, war so naturgemäß nicht oder weniger das Thema, vor allem in den Bearbeitungen von *Weber* und später *Wolfram Henckels* erreichte der *Jaeger'sche* Kommentar Höhepunkte ordnender Systematik und dogmatischer Kunst mit auch international eher einmaligem Rang.⁷⁷ Die wesentlichen Aktivitäten des Hauses Beck im Insolvenzrecht haben andere und kürzere Tradition. Sie beginnen in der Nachkriegszeit im Bereich der Kurzkommentare und Kurzlehrbücher.

1. Kommentare des Hauses Beck in der alten und neuen Kommentarlandschaft

Die *Böhle/Stamschräder'sche* Kommentierung der Konkursordnung⁷⁸ entwickelte sich ebenso wie seine Kommentierung der Vergleichsordnung⁷⁹ rasch zum Standardwerk der Praktiker-Handbibliothek, unter der Neubearbeitung durch *Kilger* und später durch *Karsten Schmidt*⁸⁰ erreichte die Kommentierung einen Grad der Kanonisierung in der Praxis der Insolvenzverwalter, Insolvenzanwälte und Gerichte, wie er im Bereich des BGB etwa dem Palandt zugesprochen werden kann. Allerdings tut man vor allem der Kommentierung der KO kein Unrecht, wenn man festhält, daß ihre dogmatische Rahmung den Vorlagen bereits vorhandener Werke weithin entnommen ist und selbst ein Bearbeiter wie *Karsten Schmidt* seine zahlreichen grundlegenden Neuanstöße zur Fortentwicklung des Insolvenzrechts in Monographien und Zeitschriftenbeiträgen⁸¹ und nur ganz eingeschränkt in seiner Kommentierung entwickelt hat. Dies liegt in der Charakteristik der Kurzkommentare begründet, der Praxis alltägliche Hilfe auf der Basis gefestigter Rechtsprechung und literarischer „h.M.“ zu gewähren. Einen Großkommentar, der wie der *Jaeger'sche* Kommentar eine ausführliche dogmatische Verarbeitung oder Neuordnung erlaubt hätte, hat das Haus Beck im 20. Jahrhundert nicht verlegt, wahrscheinlich weil ihm ein solches Projekt in einem beschränkten Markt zu wenig

⁷⁴ In der Weimarer Zeit beherrschte vor allem das *Jaeger'sche* Lehrbuch die akademische Ausbildung; zuletzt *Jaeger*, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Aufl. 1932.

⁷⁵ Der *Jaeger'sche* Kommentar erreichte zunächst sieben Auflagen (7. Aufl. 1931) und wurde später durch *Lent*, *Weber*, *Jahr* und *Klug* neu aufgelegt (8. Aufl. 1958, 1973ff.). Die 9. Auflage (1977ff.) wurde vor der Reform nicht fertiggestellt, nur die von *Wolfram Henckel* bearbeiteten Teile (§§ 1–42 KO) sind vollendet.

⁷⁶ Zuletzt *Bley/Mohrbutter*, Vergleichsordnung, 4. Aufl. 1979 (Bd. I) und 1981 (Bd. II).

⁷⁷ Dazu *Stürmer*, ZZP 94 (1981), 263–310.

⁷⁸ *Böhle-Stamschräder*, Konkursordnung, 1950, 2. Aufl. 1951.

⁷⁹ *Böhle-Stamschräder*, Vergleichsordnung, 1951.

⁸⁰ Zuletzt *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze. KO/VerglO/GesO, 17. Aufl. 1997.

⁸¹ Beispielfhaft *K. Schmidt*, Wege zum Insolvenzrecht für Unternehmen, 1990; Gutachten 54. DJT 1982; KTS 1988, 1ff.

erfolgsträchtig schien. Immerhin erschien im Verlag Vahlen, der dem Beck-Verlag nunmehr über lange Jahrzehnte verbunden ist, die ausführlichere Kommentierung von *Mentzel*, später bearbeitet durch *Kuhn*. Sie erreichte unter *Wilhelm Uhlenbrück*⁸² eine Marktgelung, die sich vor allem aus einer Aktualität und Innovationskraft erklärt, wie sie nur dem wissenschaftlich orientierten souveränen Praktiker möglich erscheint.

Die gefestigte Kommentarlandschaft erfuhr dann mit der InsO eine völlige Veränderung. Neue Kommentare entstanden, alte wurden fortgeführt, andere traditionsreiche Kommentare sind bisher noch nicht oder nicht voll wieder erschienen. Der Markt der Kommentare ist von heftigem Konkurrenzkampf gekennzeichnet: Berliner Kommentar, Heidelberger Kommentar, Frankfurter Kommentar,⁸³ *Braun'sche* und *Nehrlich/Römermann'sche* sowie *Andres/Leithaus'sche* Kommentierung des Hauses Beck,⁸⁴ *Smid'sche* Neukommertierung,⁸⁵ *Kübler/Prüting'scher* Loseblattkommentar,⁸⁶ Neubearbeitung des *Uhlenbrück'schen* Kommentars unter Mitwirkung neuer Autoren,⁸⁷ Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung.⁸⁸ Noch nicht voll oder gar nicht zur Insolvenzordnung neu erschienen sind bisher der prominente *Jaeger'sche* Kommentar (erst Bd. 1, §§ 1–55, 2004) und der Beck'sche Kurzkommentar in der letzten Bearbeitung von *Karsten Schmidt*. Mit dem Münchener Kommentar zur InsO – der Verfasser dieses Beitrags ist einer der Mitherausgeber – hat das Haus Beck eine alte Lücke gefüllt und im Bereich des Insolvenzrechts einen Großkommentar geschaffen, der höhere dogmatische Ansprüche zu befriedigen versucht und darüber hinaus einen rechtsvergleichenden Teil⁸⁹ – leider noch ohne die USA – enthält, um so eine Verknüpfung des Internationalen Insolvenzrechts mit dem Auslandsrecht zu erlauben. Ob und wie sich diese Kommentierung neben einer *Jaeger'schen* Neubearbeitung behaupten wird, bleibt abzuwarten und wird auch davon abhängen, wie rasch die *Jaeger'sche* Neubearbeitung zu Ende kommt und weiterhin Autoren gewinnen und binden kann, die den hohen Standard der bisherigen insolvenzrechtlichen Autoritäten halten können. Der Anfang sieht vielversprechend aus. Der neue Markt des Insolvenzrechts scheint für zwei oder gar mehrere Großkommentare Raum zu geben.

Wenn man versucht, die Art und Weise gegenwärtiger Kommentierung inhaltlich zu charakterisieren, so fällt vielfach auf, daß die Kommentatoren den vollen Neuanfang suchen und mit Inkrafttreten der InsO ein neues Zeitalter zu beginnen

⁸² *Mentzel*, KO, 3. Aufl. 1928; *Mentzel/Kuhn*, KO, 6.–8. Aufl.; zuletzt *Kuhn/Uhlenbrück*, KO, 11. Aufl. 1994.

⁸³ *Breutigam/Blersch/Götsch* (Hrsg.), Berliner Praxiskommentar Insolvenzrecht, 1999 ff.; *Eickmann/Flessner/Irschlinger/Kirchhof/Kreft/Landfermann/Marotzke*, Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2006; *Wimmer* (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 1999.

⁸⁴ *Braun*, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2004; *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung, 2005 ff.; *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung, 2006.

⁸⁵ *Smid*, Insolvenzordnung, 1999.

⁸⁶ *Kübler/Prüting*, Insolvenzordnung, 1999 ff.

⁸⁷ *Uhlenbrück*, InsO, 12. Aufl. 2003.

⁸⁸ *Kirchhof/Lwowski/Stürner* (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2001; Bd. 2, 2002; Bd. 3, 2003.

⁸⁹ MünchKomm-InsO, Bd. 3, 2003, Art. 102 EGInsO, Anhang II.

scheint, das die Befassung mit älterer Literatur ausschließt. Insgesamt wiederholt sich ein Verlust an wissenschaftlicher Tradition, wie er auch schon mit Inkrafttreten der KO zu beobachten war. Intellektuell redlich war und ist dieser Umgang mit der Tradition nicht, stand und steht doch jede Neukommentierung in Systematik und dogmatischer Grundlegung auf den Schultern vorausgehender Generationen. Immerhin tragen die Großkommentare und die *Uhlenbrück'sche* Kommentierung dem Wunsch nach einem wissenschaftlich redlichen Umgang mit fremden Gedanken eher Rechnung – immer abhängig vom wissenschaftlichen Engagement der einzelnen Kommentatoren. Erfreulich ist – wie im Einzelleistungsbereich – die europäische Öffnung in Gestalt der Mitkommentierung der EuInsVO.⁹⁰ Eine Rückwirkung auf die Anwendung und Auslegung deutschen Rechts ist allerdings selten oder nie zu beobachten, dazu fehlt der Überblick über die anderen nationalen Rechtsordnungen Europas und bisher auch der Wille zur richterrechtlichen Rechtsharmonisierung. Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Rechtsprechung des *EuGH* zur EuInsVO künftig die Parameter insoweit verändern wird. Wie im Einzelleistungsbereich zur EuGVVO existiert im Hause Beck eine eigene Kommentierung zur EuInsO (*Haß/Huber/Gruber/Heiderhoff*, 2005).

2. Lehrbuchliteratur

Die Lehrbuchliteratur des Hauses Beck zum Insolvenzrecht zeigt einen eigenartigen Parallelismus zur Kommentarliteratur. Sie beginnt nach dem 2. Weltkrieg und hat zwar Kurzlehrbücher und neuerdings Lernbücher hervorgebracht, aber kein „großes“ Lehrbuch. Am Anfang steht das schon erwähnte *Lent'sche* Lehrbuch zum Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht (1948). Es steht in der Tradition *Jäger'scher* Dogmatik mit allen Stärken und Schwächen, wie sie etwa sichtbar werden, wenn man die Lehrbücher des kodifikatorischen Zeitalters z.B. mit dem Werk *Kohlers* vergleicht,⁹¹ das Dogmatik mit historischer und rechtsvergleichender Grundlegung verband. *Jauernig* hat dieses Werk (21. Aufl. 1999) in vielen Neuauflagen auf der Höhe der Zeit gehalten, sprachlich präzisiert und in seiner Prägnanz verstärkt und mit bewunderungswürdiger Energie die Reform verarbeitet – zunächst durch eine Paralleldarstellung der verschiedenen gegenwärtigen und künftigen Rechtsvorschriften,⁹² später durch eine umfassende Darstellung des neuen Insolvenzrechts.⁹³ Dabei ist er dem *Lent'schen* Grundkonzept treu geblieben und verzichtet – wie im Einzelleistungsbereich – auf eine wissenschaftliche Grundlegung, die über die gegenwartsgebundene Dogmatik hinausgeht. Den Markterfolg hat diese Beschränkung eher gefördert als beeinträchtigt, weil sie gegenwärtigen Studienplänen entgegenkommt. Dem „*Jauernig*“ sind im Hause Beck nach Inkrafttreten der InsO zwei Lehrbücher an die Seite getreten, die sich allein dem Insolvenzrecht widmen, nämlich die dem akademischen Lehrbetrieb gewidmete Darstellung von *Foerste*

⁹⁰ Z.B. MünchKomm-InsO/*Reinhart*, Art. 102 EGInsO, Anhang I.

⁹¹ *Kohler*, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.

⁹² 20. Aufl. 1996, S. 173 ff., 259 ff., 274 ff.

⁹³ 21. Aufl. 1999. Die Neuauflage *Jauernig/Berger*, 22. Aufl. 2007, ist noch in Vorbereitung.

(3. Aufl. 2006) und die eher praxisorientierte Darstellung von Gogger (2. Aufl. 2006). Beide Werke sind eine durchaus geglückte Konkurrenz zum Bork'schen Insolvenzrecht im Hause Mohr (Siebeck),⁹⁴ das als Pilotprojekt praktisch mit Inkrafttreten der InsO die erste lehrbuchmäßige Kurzdarstellung wagte und dabei hohe Maßstäbe gesetzt hat, schimmert doch in dieser Darstellung zuweilen ein Stück Wissenschaft durch, das über traditionelle Dogmatik hinausseht.

Um den Markt „großer“ Lehrbücher ist es im Insolvenzrecht noch nicht so gut bestellt. Das Häsemeyer'sche Lehrbuch, das noch unter dem alten Recht in erster Auflage erschien⁹⁵ (Carl Heymanns Verlag), ist das einzige „große“ Lehrbuch, das in einer Neuauflage auf den Stand des neuen Rechts gebracht ist (2. Aufl. 1998). Häsemeyer steht zwar in der Tradition deutscher insolvenzrechtlicher Dogmatik, bereichert sie aber in vielen Bereichen des Liquidationsverfahrens um verfeinerte Systembildung und präsentiert als erster deutscher Autor eine vertiefte systematische Darstellung des Insolvenzplanverfahrens. Es ist diesem Lehrbuch auch gelungen, in größerem Umfang in das Zitat der Obergerichte und Großkommentare einzudringen und damit die Praxis zu prägen. Hingegen ist das Lehrbuch Baur/Stürner zum Insolvenzrecht⁹⁶ bisher nicht neu aufgelegt. Es kehrt in gewisser Weise zur Kohler'schen Tradition zurück, indem es neben das System deutscher insolvenzrechtlicher Dogmatik eine Darstellung des rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Forschungsstandes stellt,⁹⁷ um auf diese Weise eine wissenschaftlich begründete Einordnung des deutschen Entwicklungsstandes geben zu können. Auch die Entwicklung allgemeiner Grundsätze als Parameter historischer und rechtsvergleichender Verortung steht im Dienste dieser Intention.⁹⁸ Das parallele Taschenbuch,⁹⁹ das sich wie andere Lehrbücher auf die deutsche Dogmatik konzentriert, hat der Markt besser aufgenommen. Entmutigen lassen sollte man sich dadurch nicht und auch unter neuem Recht alle wissenschaftlichen Dimensionen des Insolvenzrechts zu pflegen versuchen. Ein „großes“ Lehrbuch des Hauses Beck, das diese Erwartungen erfüllt und dem „Rosenberg/Gaul/Schilken“ an die Seite gestellt wäre, könnte zur Lückenschließung wesentlich beitragen. Immerhin liegt aber in Gestalt des Werkes von Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht (2. Aufl. erwartet für 2007) eine ausführliche Darstellung vor, die – in der NJW-Schriftenreihe eher als „Praktikerleitfaden“ gedacht – in sehr erfreulicher Weise wissenschaftliche Fragestellungen aufnimmt,¹⁰⁰ wie dies dem wissenschaftlichen Anspruch beider Autoren auch sonst entspricht.

⁹⁴ Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2005.

⁹⁵ Carl Heymanns Verlag.

⁹⁶ C.F. Müller Verlag, 12. Aufl. 1990.

⁹⁷ Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 3 (Geschichte des Konkurses) und § 39 (Ausländisches Insolvenzrecht).

⁹⁸ Baur/Stürner, Insolvenzrecht, § 5. Dieser Versuch findet die Gefolgschaft insbesondere von Prütting, Allgemeine Verfahrensgrundsätze in der Insolvenzordnung, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 183ff. und Pape/Uhlenbruck, Insolvenzrecht, 2002, Kap. 14, Rn. 118ff., S. 109ff.

⁹⁹ Baur/Stürner, Insolvenzrecht, UTB, 3. Aufl. 1991.

¹⁰⁰ Insbesondere Kap. 1–3, S. 1–103 (Wirtschaftswissenschaften, Ursachenforschung, Geschichte etc.); Kap. 14 (Verfahrensgrundsätze).

3. Handbuchliteratur

Ähnlich wie im Einzelvollstreckungsrecht hat sich auch im Insolvenzrecht das „Handbuch“ als Literaturgattung etabliert. Der Beck-Verlag hat in Gestalt des von Peter Gottwald herausgegebenen und teilweise selbst verfaßten Handbuchs zum Insolvenzrecht¹⁰¹ ein Werk mit ganz besonderem wissenschaftlichem Niveau publiziert. Es ist gerade wegen seines hohen wissenschaftlichen Anspruchs mit anderen Handbüchern oft nur sehr eingeschränkt vergleichbar. Der Sache nach handelt es sich eher um einen systematischen Kommentar als um eine einfache Handreichung. Diesem Werk ist es trotz vielfältiger anderer Literatur wohl gerade deshalb gelungen, Rechtsprechung und Lehre nachhaltig zu beeinflussen. Dies gilt schon für die Erstauflage unter altem Recht, hat sich aber inzwischen auch für die Neuauflagen zur neuen InsO bestens bestätigt (3. Aufl. 2006). Diesem Handbuch zur Seite gestellt ist eine fast einzigartige Fülle ähnlicher Literatur: das *Breuer'sche Insolvenzrechtsformularbuch* (3. Aufl. 2007), das Münchener Anwaltshandbuch, das Handbuch „Haarmeyer/Wutzke/Förste“ sowie das *Smid'sche Insolvenzrecht* (4. Aufl. 2002), das sich im Grenzbereich zum großen Lehrbuch bewegt.

III. Kodifikationsbedingter Neuaufbruch

So zeigt sich im Ergebnis die insolvenzrechtliche Rechtswissenschaft ähnlich traditionsgebunden wie das Einzelvollstreckungsrecht, der Neuaufbruch ist vom kodifizierenden Gesetzgeber erzwungen und verordnet. Die Wissenschaft zeichnet eher die gesetzgeberische Entwicklung nach, die wissenschaftliche Selbstbesinnung der Reformzeit hat die Literatur nur selten bewegen können, auch für die Zukunft dauerhaft einen breiteren Ansatz zu pflegen. Sobald der Paradigmenwechsel Gesetz geworden ist, erfolgt wissenschaftliches „business as usual“. Die Wissenschaft macht sich dabei allzu sehr zum willigen Vollstrecker des Gesetzgebers. Verliert sie vielleicht gerade deshalb an Bedeutung und Einfluß?

D. Kostenrecht im Zeitalter der Dienstleistungsfreiheit

I. Vom regulierten Recht der freien Berufe zum freien Unternehmertum

Noch stärker als die beiden bereits geschilderten Rechtsgebiete des Vollstreckungs- und Insolvenzrechts ist das moderne Kostenrecht vom wirtschaftspolitischen Paradigmenwechsel betroffen.¹⁰² War noch bis vor wenigen Jahren die feste gesetzliche Gebühr des Anwalts wichtiger Bestandteil eines Grundverständnisses anwaltlicher Rechtpflege, dem starke Gemeinwohlbindung und Distanz zum Mandanten unabdingbar schienen, so steht inzwischen immer mehr der Gedanke dienstleisten-

¹⁰¹ Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechtshandbuch*, 1. Aufl. 1990; 2. Aufl. 2001; 3. Aufl. 2006.

¹⁰² Dazu ausführlicher Stürner/Bormann, *Der Anwalt – vom freien Beruf zum dienstleistenden Gewerbe?*, NJW 2004, 1481 ff.; ausführlich rechtsvergleichend Bormann, ZZPInt 8 (2003), 3–68.

den Unternehmertums im Vordergrund, dem der frei ausgehandelte Marktpreis rechtspflegerischer Dienstleistung als allein adäquate Entgeltform zugeordnet scheint. Im Zeitalter ökonomischer Analyse des Rechts und des Prozesses gewinnen Prozeßökonomie und Prozeßsteuerung durch Kostengestaltung¹⁰³ ein fast beängstigendes Gewicht, das nur allzu oft den ideellen Wert der Rechtsverwirklichung und der Rechtsstaatlichkeit als vernachlässigungswürdige Größe erscheinen läßt. Im Anwaltskostenrecht lösen die freie vereinbarte „Vergütung“¹⁰⁴ und inzwischen sogar der Gedanke an das Erfolgshonorar¹⁰⁵ die feste gesetzliche „Gebühr“ ab, die Mindestgebühr im Prozeßverfahren sieht sich wachsender Kritik ausgesetzt.¹⁰⁶ Der Gesetzgeber gibt dem Druck nach, wie ihn deregulierende Aktivitäten der Kommission,¹⁰⁷ eine durchaus immer dienstleistungs- und marktorientierte Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG¹⁰⁸ und der vom Markt- und Wettbewerbsdenken geprägte Zeitgeist schaffen. Die Ablösung der BRAGO durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz und mannigfache prozeßbeschleunigende Steuerungsversuche des Gerichtskostengesetzes sind beredter Ausdruck dieser Entwicklung.¹⁰⁹

II. Die verlegerische Begleitung

Im Kostenrecht gestalten allenfalls wissenschaftliche Monographien und Beiträge die praktiker- und verbandsgesteuerte Entwicklung mit,¹¹⁰ Lehrbuchliteratur gibt es nur eingeschränkt, weil das Kostenrecht in Deutschland kaum als akademisches Feld entdeckt ist und die zivilprozessualen Lehrbücher diesem Gebiet eine eher

¹⁰³ Zu dieser Problematik insbesondere *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006; *Zuckerman/Cranston* (Hrsg.), Reform of Civil Procedure, 1995, S. 265 ff. (*Leipold*), 279 ff. (*Gravelle, Gray/Rickman, Rickman, Prais*); *Murray/Stürner*, German Civil Justice, 2004, Ch. 13(E), S. 613ff. (Rechtsvergleich USA/Deutschland).

¹⁰⁴ Dazu § 4 RVG, insbesondere § 4 Abs. 2 RVG und § 34 RVG n. F. 2006. *Büttner*, FS Busse, 2005, S. 33ff., begrüßt diese Entwicklung, berücksichtigt aber m. E. zu wenig, daß sich Rechtsberatungsmonopol und „freies“ Unternehmertum in Sachen Gewinn schwer vertragen.

¹⁰⁵ *Bormann*, ZZPInt (2003), 3ff., 47f.; *Kilian*, ZRP 2003, 90, 91; für andere Berufe *BVerfG NJW* 2002, 1190, 1192; *NJW* 2002, 3531, 3532. Zur Zeit ist eine Verfassungsbeschwerde gegen das Verbot des Erfolgshonorars in Gestalt der quota litis (§ 49b Abs. 2 S. 1 BRAO) anhängig; dazu F.A.Z. vom 16.2.2006, Nr. 40, S. 9; zur gleichen Thematik ferner die Schlußanträge des Generalanwalts beim EuGH *Poiares Maduro* vom 1. 2. 2006 in den Rechtsachen C 94/04 (Cipolla/Portolese Macrino) und C 202/04 (Capodarte/Meloni) gegen Italien mit einem durchaus naiv-marktideologischen Grundton (dazu ZIP 2006, A 11 Nr. 32).

¹⁰⁶ Dazu § 49b Abs. 1 S. 1 BRAO; zu den Verfahren vor dem EuGH gegen Italien s. die vorangehende Fußnote und ZIP 2006, A 11 Nr. 32.

¹⁰⁷ Dazu *Bormann*, ZZP Int 8 (2003), 3ff., 52ff.

¹⁰⁸ Vgl. *Stürner/Bormann*, NJW 2004, 1481ff., 1482/1483.

¹⁰⁹ Kritisch zu dieser Entwicklung *Stürner*, FS Busse, 2005, S. 297ff.

¹¹⁰ Dazu *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenförderung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985; *Bruns*, Das Verbot der Quota Litis und die erfolgshonororierte Prozeßfinanzierung, JZ 2000, 232ff.; *Eidemann*, Prozeßrisikoanalyse, ZZP 113 (2000), 5ff.; *Grunsky*, Gutachten 51. DJT 1976; *Hellwig*, Der Rechtsanwalt – Organ der Rechtspflege oder Kaufmann?, AnwBl. 2004, 213ff.; *Hessler*, Aktuelle Praxisfragen anwaltlicher Vergütungsvereinbarungen, NJW 2005, 1537ff.; *Kilian*, Der Erfolg und die Vergütung des Rechtsanwalts, 2003; *Roth*, Biligkeitsargumente im Streitwertrecht, FS Kollhosser, Bd. II, 2004, S. 559ff.; *Büttner*, FS Busse, 2005, S. 33ff.; *Breyer*, Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses, 2006.

annexweise Aufmerksamkeit schenken. Die Kommentierungen haben eher begleitenden Charakter im Sinne eines Ordens und Sammelns reichhaltiger Kasuistik. Gesetzesänderungen werden tendenziell mehr nachvollzogen als etwa durch Kritik initiiert. In dieser gesetzesbegleitenden Literatur hat der Verlag C.H. Beck eine traditionell sehr starke Stellung.

„Schlüsselwerke“ sind dabei die Kommentare zu den Kostengesetzen und zur BRAGO. Das ältere Werk, der Kommentar zu den Kostengesetzen, verdankt wiederum *Adolf Baumbach* seine Entstehung, der mitten im Zweiten Weltkrieg 1942 diese Kommentierung als Alterswerk verfaßte, sozusagen in der heilen juristischen Welt des Doktor Faustus, „als sei nichts geschehen“ (insbesondere GKG, Arbeitsgerichts- und Erbhofkostenrecht, Kostenordnung, Gebührenordnungen für Rechtsanwälte etc.). 1950 erschien dann bereits die 10. Auflage in der Bearbeitung *Lauterbachs* und später übernahmen *Hartmann* und *Albers* diesen praktisch wichtigen Band, der nunmehr unter der Ägide *Hartmanns* 36 Auflagen erreichen konnte. An die Seite dieses Werkes trat seit 1958 der Gerold'sche Kommentar zur Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte, den ab 1967 *Herbert Schmidt* neu bearbeitet hat (3. Aufl. 1967). Die Zeit ruhig dahinfließender, fast jährlicher Neuauflagen ging dann 2004 zu Ende, als mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz eine neue Zeitrechnung bei der Anwaltsvergütung begann und die Kommentierung unter neuem Titel mit stark geändertem Inhalt als 16. Aufl. und nunmehr 17. Aufl. erschien (*von Eicken, Madert, Müller-Rabe*). Für Konkurrenz in eigenen Reihen sorgen der „Riedel/Süßbauer“ (9. Aufl. 2005) aus dem verwandten Verlag Franz Vahlen und der in eigenem Hause neu erschienene „Hartung/Römermann“ (2. Aufl. 2006). So beherrscht das Haus Beck die kostenrechtliche Literatur mit einem flächendeckenden Angebot für die Praxis.

E. Rechtskultur und ihr technisches Recht

Kommen wir am Ende des Beitrags zurück zu seinem Anfang. Das vermeintlich „technische“ Recht der Vollstreckung, Insolvenz und Kosten hat sich als sehr wertungsabhängig erwiesen, es spiegelt den Wertewandel zeitgenössischen Denkens getreulich wider. Einmal mehr zeigt sich, daß es rein „technisches Recht“ so recht eigentlich kaum gibt. Wie Abrechnungsdokumente, Haushaltsbücher und Küchenabfälle dem Historiker nicht selten den Schlüssel zur Erforschung früherer menschlicher Kultur bieten, so reflektiert das einfache Recht die Wandlungen der Zeit oft stärker als etwa ein Verfassungsdokument, dessen Auslegung sich mit den Veränderungen einfachen Rechts stetig an neue Gegebenheiten anpaßt. So ist auch die Literatur des Hauses Beck zum technischen Recht und seiner Praxis ein eindrucksvolles Zeugnis für lange Epochen relativer Statik, auf die plötzliche Innovationsphasen folgen – ein Ausdruck innerer Unruhe und Verunsicherung gegenwärtiger politischer Kultur.

Kritisch bleibt zu vermerken, daß die rechtswissenschaftliche Literatur oft leider wenig getan hat, die gesellschaftspolitisch tragenden Grundgedanken bloß vordergründig technischer Regelungen lebendig zu halten mit der Folge, daß sie nur

allzu rasch die leichte Beute eines schnell wechselnden Zeitgeistes werden – ein Grundproblem jüngerer deutscher Rechtsgeschichte mit sehr schwer abschätzbarem, unterschiedlichem Gewicht für ihre einzelnen vergangenen Epochen und für ihre Zukunft. Wissenschaftliche Grundlagenwerke wären wichtiger als professorale Mehrfachkommentierungen und repetitive Kurzlehrbücher zur verlegerischen Eroberung eines lukrativen Praktiker- und Ausbildungsmarktes. Aber welchem Verleger bereitet eine solche Feststellung Festtagsstimmung?

