

Rechtslage - Rechtserkenntnis - Rechtsdurchsetzung

Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag

von

Prof. Dr. Ekkehard Becker-Eberhard, Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Friedhelm Gaul, Prof. Dr. Lutz Haertlein, Prof. Dr. Caroline Meller-Hannich

1. Auflage



Verlag C.H. Beck München 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67643 7

Zu [Leseprobe](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

beck-shop.de

FESTSCHRIFT FÜR
EBERHARD SCHILKEN

beck-shop.de



Br. 1.2

Rechtslage – Rechtserkenntnis Rechtsdurchsetzung

FESTSCHRIFT FÜR
EBERHARD SCHILKEN
ZUM 70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN VON

CAROLINE MELLER-HANNICH
LUTZ HAERTLEIN
HANS FRIEDHELM GAUL
EKKEHARD BECKER-EBERHARD

2015

beck-shop.de

Für die finanzielle Unterstützung der Herausgabe dieser Festschrift sei der Deutschen Gerichtsvollzieherzeitung/dem Deutschen Gerichtsvollzieherbund, dem Bund Deutscher Rechtspfleger und der Management-Akademie der Sparkassen-Finanzgruppe herzlich gedankt.

www.beck.de

ISBN 978 3 406 67643 7

© 2015 Verlag C.H.Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza GmbH
Neustädter Straße 1-4, 99947 Bad Langensalza

Satz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

VORWORT

Am 6. Februar 2015 vollendet Eberhard Schilken sein siebzigstes Lebensjahr. Sein akademischer Lehrer, seine akademischen Schüler und sein akademischer Mitschüler haben zu diesem Anlass eine große Zahl seiner Wegbegleiter, Kolleginnen und Kollegen des In- und Auslands, Freunde und Schüler in diesem *liber amicorum* versammelt, um einen Wissenschaftler zu ehren, dem der Beruf des Hochschullehrers sowohl in der rechtswissenschaftlichen Forschung als auch in der akademischen Lehre nicht nur Berufung, sondern geradezu Passion ist.

Eberhard Schilken wurde am 6. Februar 1945 als ältestes von fünf Geschwistern in Seligenstadt (Kreis Offenbach) geboren. Dorthin hatte es seine Mutter zeitweise verschlagen, während sich der Vater noch im Feld befand. Aufgewachsen ist er in Neuwied am Rhein und später in Koblenz. Am dortigen Altsprachlichen Görres-Gymnasium legte er im Jahre 1964 die Reifeprüfung ab. Zum Sommersemester 1964 nahm er an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn das Studium der Rechtswissenschaften auf, das er im Januar 1969 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim OLG Köln abschloss. Er folgte mit dem Jura-Studium der Prägung seines Vaters, der an der Universität Bonn 1937 zum Dr. jur. promoviert worden war. Während des Studiums erregte Eberhard Schilken nicht nur die Aufmerksamkeit seines späteren akademischen Lehrers, sondern lernte auch seine Frau Ute kennen, mit der er seit August 1969 verheiratet ist. Es folgten die Referendarzeit und im April 1973 die Zweite Juristische Staatsprüfung beim Landesjustizprüfungsamt des Landes Nordrhein-Westfalen. Während dieser Zeit war Eberhard Schilken, zeitweise mit Unterbrechung der Referendarzeit, wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Zivilprozessrecht der Universität Bonn. Im April 1972 kam die erste Tochter, Esther, zur Welt. Unmittelbar nach dem Zweiten Staatsexamen übernahm Eberhard Schilken das Amt eines wissenschaftlichen Assistenten am Bonner Institut für Zivilprozessrecht. Im April 1975 wurde die zweite Tochter, Julia, geboren und der Jubilar gerade einmal zwei Tage später zum Dr. jur. promoviert. Die Dissertation mit dem Titel „Die Befriedigungsverfügung“ darf nach wie vor als das grundlegende Werk zu dieser in der Praxis so wichtigen und unentbehrlichen, aber für die Theorie bis dahin schwer fassbaren Art der Gewährung eiligen Rechtsschutzes gelten.

In den folgenden sechs Jahren arbeitete Eberhard Schilken mit der ihm eigenen Zielstrebigkeit nicht nur auf die Habilitation hin. Vielmehr baute man in dieser Zeit auch das Haus im Siebengebirge, in dem seither so mancher der heute an dieser Festschrift Beteiligten freundlichst empfangen und großzügigst bewirtet wurde. Denn Eberhard Schilken ist nicht nur ein hervorragender Rechtswissenschaftler, sondern auch ein begabter und begeisterter Küchenmeister und hingebungsvoller Gastgeber!

Am 3. Juli 1981 habilitierte Eberhard Schilken sich an der Bonner Fakultät und erhielt die *venia legendi* für die Fächer Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht.

Die Habilitationsschrift „Wissenszurechnung im Zivilrecht“ avancierte ebenfalls sogleich zu einem Standardwerk. Im wissenschaftlichen Vortrag vor der Fakultät befasste er sich mit „Wechselbeziehungen zwischen Vollstreckungsrecht und materiellem Recht bei Zug-um-Zug-Leistungen“.

Bereits zum 1. September des gleichen Jahres erfolgte die Ernennung zum Professor (C 3) an der Universität zu Köln. Der Jubilar wechselte aber schon im Sommer 1982 auf einen Lehrstuhl (C 4) an der Universität Osnabrück, um dort den Fachbereich Rechtswissenschaften mit aufzubauen. Neben den ihm während seiner Assistentenzeit am Bonner Institut für Zivilprozessrecht vorgelebten Traditionen der dortigen Fakultät haben diese Zeit des Fakultätsaufbaus und der stets kollegiale und vertrauensvolle Umgang mit den Osnabrücker Kollegen seine ethischen Erwartungen an den Beruf eines Hochschullehrers wesentlich geprägt, Erwartungen, die Eberhard Schilken immer vor allem auch an sich selbst gerichtet hat.

Im April 1990 wurde er Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und allgemeine Verfahrensvergleichung der Universität Osnabrück. Nach Ablehnung von Rufen an die Universitäten Passau (1986), Köln (1990) und Wien (1991) nahm der Jubilar im Herbst 1993 den Ruf auf die Nachfolge seines akademischen Lehrers an der Universität Bonn an und war dort bis zu seiner Emeritierung im Jahre 2010 geschäftsführender Direktor des Instituts für Zivilprozessrecht. Gleich zwei Mal war er Dekan, 1991 in Osnabrück und 1997/1998 in Bonn. Auch sonst nahm er die Pflichten eines Hochschullehrers zur Mitwirkung in der Selbstverwaltung sehr ernst und darf von sich behaupten, keine angesetzte Gremiensitzung versäumt zu haben. Außerordentlich rege beteiligte er sich auch als stellvertretender Vorsitzender des Justizprüfungsamts Köln am Prüfungswesen, sogar drei Jahre über seine Entpflichtung hinaus. Ebenso ist er seit über 20 Jahren noch heute an der Management-Akademie des deutschen Sparkassen- und Giroverbandes ein beliebter Referent.

Das wissenschaftliche Werk des Jubilars gilt sowohl dem materiellen Recht als auch dem Verfahrensrecht einschließlich einer ihm gewissermaßen von Hause aus mitgegebenen Vorliebe für das Vollstreckungsrecht. Der Titel der Festschrift spiegelt dieses Interesse an der materiellen Rechtslage, ihrer gerichtlichen Erkenntnis und ihrer zwangsweisen Durchsetzung wider. Dass der Prozess der Rechtserkenntnis und damit der materiellen Gerechtigkeit dient und nicht außerrechtlichen ideologischen Nebenzielen, ist Eberhard Schilken ein besonderes Anliegen. Im materiellen Recht liegt sein Hauptaugenmerk auf dem Recht der Stellvertretung und dem Sachenrecht. Das Prozessrecht betreibt er in seiner vollen Breite vom Gerichtsverfassungsrecht und Erkenntnisverfahren bis hin zum Vollstreckungs- und Insolvenzrecht. Das Gerichtsverfassungsrecht und das Erkenntnisverfahren hat er durch längst bestens etablierte Lehrbücher bereichert. Gemeinsam mit zweien der Herausgeber gilt das auch für das Vollstreckungsrecht. Seine Kommentarbeiträge sind Maßstab in der Wissenschaft und Praxis. Seine zahlreichen Aufsätze greifen mit treffsicherem Gespür und hoher wissenschaftlicher Fundiertheit ungelöste und praxisrelevante Probleme auf. Zur Praxis hat er als Wissenschaftler stets enge und beide Seiten befruchtende Kontakte gehalten. Mit besonderer Aufmerksamkeit hat er die in jüngerer Zeit einsetzenden Reformprozesse

in der Zwangsvollstreckung aufgenommen, verfolgt, zielstrebig befördert und in ihrer Umsetzung begleitet, wodurch er sich ein hohes Ansehen in der Vollstreckungspraxis erworben hat. Seine bemerkenswerte Gabe, eine Materie zu strukturieren und zu systematisieren, und sein blitzgescheites Denken befähigen ihn dazu, den Dingen mit großem Scharfsinn auf den Grund zu gehen und sie in der Darstellung auf den entscheidenden Punkt zu bringen.

Wer den Jubilar näher kennt, weiß nicht nur um seine außergewöhnliche Schaffenskraft gepaart mit einer bemerkenswerten Zielstrebigkeit und hohem Anspruch, sondern auch um die Warmherzigkeit und verständnisvolle Zurückhaltung, mit denen er dem Anderen begegnet. Als akademischer Lehrer konnte er so Begeisterung und Freude am Fach wecken, Gründlichkeit und Fleiß befördern und eine geistige Beweglichkeit und Offenheit vorleben, durch die er seinen Schülern ein verehrtes und geschätztes Vorbild wurde. Nahezu 70 von ihnen hat er promoviert.

Zuletzt darf eine weitere Konstante, die sich durch das ganze Leben des Jubilars zieht, an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben: Eberhard Schilken ist ein Familiemensch, und seine Freude an seinen mittlerweile vier Enkelkindern teilt sich unwillkürlich jedem mit, der mit ihm heute privat in Berührung kommt. Familiemensch ist er aber nicht nur im Privaten, sondern auch im wissenschaftlichen Bereich, was den Kreis der Herausgeber dieser Festschrift erklärt.

Wir gratulieren auf das Herzlichste.

Halle, Leipzig, Bonn, im Dezember 2014

Die Herausgeber

beck-shop.de

INHALTSVERZEICHNIS

I. RECHTSLAGE

Volker Grau

Dr. jur., Professor an der Hochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung Berlin
Deutscher Erbschein und Europäische Erbrechtsverordnung 3

Ulrich Haas/Amrei Keller

Dr. jur., Professor an der Universität Zürich
Assistentin an der Universität Zürich
Haftung für den durch Schuldnerverzug verursachten „Insolvenzscha- den“ .. 19

Lutz Haertlein

Dr. jur., Professor an der Universität Leipzig
Die Verwirkung von Ansprüchen 35

Rolf Knütel

Dr. jur., Professor em. an der Universität Bonn
Schädliche Stürze – Juristische Aspekte zu einem leidvollen Phänomen 43

Panajotta Lakkis

Dr. jur. habil., Würzburg
Was summt in der Höhe, was brummt oder gluckert in der Tiefe?
– Einer totgeglaubten Vorschrift verschaffen die neuen technologischen
Entwicklungen neue Relevanz 61

Hideo Nakamura

Dr. jur., Dr. h.c., Professor em. an der Waseda-Universität in Tokio
Juristenausbildung in Japan – Die Einführung des Law School Systems 71

Eduard Picker

Dr. jur., Professor em. an der Universität Tübingen
Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von
Rechtszuweisung und Rechtsschutz 85

Mathias Schmoeckel

Dr. jur., Professor an der Universität Bonn
Grenzen des Beichtgeheimnisses. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von
weltlichem und kirchlichem Recht 105

Wolfgang Schön

Dr. jur., Dr. h.c., Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für Steuerrecht
und Öffentliche Finanzen, Honorarprofessor an der Universität München
Beraterhaftung und hypothetischer Inzidentprozess 119

Raimund Waltermann

Dr. jur., Professor an der Universität Bonn

Betriebliche Übung – Bindung durch Rechtsgeschäft oder
Vertrauenshaftung? 139*Peter A. Windel*

Dr. jur. utr., Professor an der Universität Bochum

Die Typologie der Schuldverträge 153

Brigitta Zöchling-Jud

Dr. jur. utr., Professorin an der Universität Wien

Die Neuregelung der Geldschuld im ABGB – Schlusspunkt einer
150-jährigen gemeinsamen deutsch-österreichischen Rechtsentwicklung ... 167*II. RECHTSERKENNTNIS**Hans-Jürgen Ahrens*

Dr. jur., Professor em. an der Universität Osnabrück, Richter am OLG Celle a. D.

Hauptsacheersetzende Unterlassungsverfügungen auf Grundlage des
Unionsrechts 187*Charoula Apalagaki*

Dr. jur., Professorin an der Universität Thessaloniki

Alternative Streitbeilegung im griechischen Zivilverfahren 199

Alexander Bruns

Dr. jur., LL.M. (Duke Univ.), Professor an der Universität Freiburg

Grundfragen des Versicherungsprozesses 207

Barbara Dauner-Lieb

Dr. jur., Professorin an der Universität zu Köln

Die sog. isolierte Drittwiderklage – Ein Beispiel gelungener richterlicher
Rechtsfortbildung 223*Nevhis Deren-Yildirim*

Dr. jur., Professorin an der Istanbul Universität

Die Eventualmaxime oder der Konzentrationsgrundsatz? – Führen alle
Wege nach Rom? 235*Nina Dethloff*

Dr. jur., LL.M. (Georgetown), Professorin an der Universität Bonn

Familienkonflikte vor Gericht – Eine rechtsvergleichende Perspektive 249

Ulrich Foerste

Dr. jur., Professor an der Universität Osnabrück

Zum Umgang des Revisionsgerichts mit Erfahrungssätzen 261

Hans Friedhelm Gaul

Dr. jur., Dr. h.c., Professor em. an der Universität Bonn

Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung 275

Rainer Hüttemann

Dr. jur., Diplom-Volkswirt, Professor an der Universität Bonn

Richterliche Unternehmensbewertung zwischen Rechts- und Tatfragen 317

Akira Ishikawa

Dr. jur., Dr. h.c. mult., Professor em. an der Keiō Gijuku Universität Tokio

Zum Erfordernis „gegenseitigen Nachgebens“ beim Prozessvergleich im japanischen und deutschen Zivilprozessrecht 331

Nikolaos K. Klamaris

Dr. jur., Professor an der Universität Athen

Die einzelnen Sicherungsmaßnahmen im Rahmen des provisorischen Rechtsschutzes nach dem griechischen Zivilprozessrecht 339

Dieter Leipold

Dr. jur., Dr. h.c. mult., Professor em. an der Universität Freiburg

Neues zum Verhältnis zwischen dem Europäischen Zivilprozessrecht und dem einzelstaatlichen Recht – die Bestimmungen der EuGVVO 2012 zur Zuständigkeit für Klagen gegen Parteien mit Wohnsitz in Drittstaaten und zur Beachtung der Rechtshängigkeit in Drittstaaten 353

Hiroyuki Matsumoto

Dr. jur., Dr. h.c., Professor em. an der Städtischen Universität Osaka

Zur Veräußerung des streitbefangenen Gegenstandes während des rechtshängigen Rechtsstreits im japanischen Zivilprozess 369

Joachim Münch

Dr. jur., Professor an der Universität Göttingen

Eberhard Schilken und seine Lehre zum Prozesszweck 387

Hanns Prütting

Dr. jur., Professor an der Universität zu Köln

Anwaltlicher Interessenkonflikt und Third Party Legal Opinion 405

Herbert Roth

Dr. jur., Professor an der Universität Regensburg

Das Hausrecht in Justizgebäuden zwischen Privatrecht, Rechtspflegetätigkeit und Gerichtsverwaltung 415

Wulf-Henning Roth

Dr. jur., LL.M. (Harvard), Professor em. an der Universität Bonn

Der europäische Deliktgerichtsstand in Kartellstreitigkeiten 427

Haimo Schack

Dr. jur., LL.M. (Berkeley), Professor an der Universität zu Kiel

„Anerkennung“ ausländischer Entscheidungen 445

Uwe Schneiders

Vorsitzender Richter am Landgericht Bonn

Der Prozessvergleich – persönliche Anmerkungen aus der Sicht eines Praktikers 457

Hans-Jörg Schultes

Dr. jur., Rechtsanwalt in Bonn

Teilnahme an Musterverfahren 469

*Astrid Stadler*Dr. jur., Professorin an der Universität Konstanz und an der
Erasmus-Universität Rotterdam

Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht 481

Rolf Stürmer

Dr. jur., Dr. h.c. mult., Professor em. an der Universität Freiburg

Einige Bemerkungen zur Geschichte der Verfahrenskonzentration in
ausgewählten europäischen Prozesskulturen 499*Masahiro Takada*

Dr. jur., Professor an der Städtischen Universität Osaka

Zur Systematik der Verbandsklage im japanischen Zivilprozessrecht –
Neuere Entwicklungen des kollektiven Rechtsschutzes in Japan 509*Christoph Thole*

Dr. jur., Diplom-Kaufmann, Professor an der Universität Tübingen

Die zuständigkeitsrechtliche Zurechnung des Handlungsorts unter
§ 32 ZPO und Art. 7 Nr. 2 EuGVVO n.F. (Art. 5 Nr. 3 EuGVVO a. F.) ... 523*Barbara Völzmann-Stickelbrock*

Dr. jur., Professorin an der Fernuniversität Hagen

Beweiserleichterungen durch tatsächliche Vermutungen – Eine Analyse
der aktuellen Rechtsprechung zur Darlegungs- und Beweislast bei
Urheberrechtsverletzungen via Internetanschluss 539*Gerhard Wagner*

Dr. jur., LL.M. (University of Chicago), Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin

Dispositionen über die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen – Verzicht auf
Rechtskraft und Aufhebungsgründe 553*Mehmet Kamil Yıldırım*

Dr. jur., Professor an der Marmara Universität Istanbul

Gedanken zur Rolle des Richters 573

*III. Rechtsdurchsetzung**Christoph Althammer/Madeleine Tolani*

Dr. jur., Professor an der Universität Regensburg

Dr. jur., LL.M. (Golden Gate University), Akad. R. a.Z. an der Universität Freiburg

Der klageweise Zugriff des Insolvenzverwalters auf ausländisches
Vermögen – insolvenzrechtliche Annexklagen als rechtliche
Schnittstellenproblematik 589

Ekkehard Becker-Eberhard

Dr. jur., Professor an der Universität Leipzig

Abschied von der *Zwangsvollstreckung* – Gütliche Erledigung (jetzt auch)
der „Königsweg“ im Vollstreckungsverfahren? 603

Reinhard Bork

Dr. jur., Professor an der Universität Hamburg

Information und Vertraulichkeit in Gläubigerversammlungen 617

Moritz Brinkmann

Dr. jur., LL.M. (McGill), Professor an der Universität Bonn

Verfahrensrechtlicher Schutz gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens .. 631

Diederich Eckardt

Dr. jur., Professor an der Universität Trier

Surrogationsfragen bei der Verwertung von Sicherungsgut im
Insolvenzverfahren 645

Peter Gottwald

Dr. jur., Dr. h.c., Professor em. an der Universität Regensburg

Die reformierte Sachaufklärung in der deutschen
Einzelzwangsvollstreckung 663

Urs Peter Gruber

Dr. jur., Professor an der Universität Mainz

Die europäische Insolvenzzuständigkeit und der Einwand des
Rechtsmissbrauchs 679

Ludwig Häsemeyer

Dr. jur., Professor em. an der Universität Heidelberg

Seriositätskriterien für Schuldnerrechte und -pflichten im
Eigenverwaltungs- und Schutzschirmverfahren 693

Wolfgang Hau

Dr. jur., Professor an der Universität Passau

Enforcement shopping im Binnenmarkt 705

Caroline Meller-Hannich

Dr. jur., Professorin an der Universität Halle-Wittenberg

Streitgegenstand und Vollstreckung bei der Unterlassungsklage 719

Isamu Mori

Dr. jur., Professor an der Chūō-Universität Tokio

Die Pfändbarkeit der kassenärztlichen Forderung nach der Rechtsprechung
des japanischen obersten Gerichtshofes 737

Hans-Joachim Musielak

Dr. jur., Professor em. an der Universität Passau

Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung 749

Walter H. Rechberger

Dr. jur., DDr. h.c., Professor em. an der Universität Wien

Zur Effizienz der Sachaufklärung in der Zwangsvollstreckung

– Das österreichische Exekutionsrecht – ein Vorbild? 763

Jens M. Schmidt

Dr. jur., Rechtsanwalt in Wuppertal

Die Insolvenz einer Brauerei 779

Karsten Schmidt

Dr. jur., Dr. h.c. mult., Professor em. an der Universität Bonn, Professor an der
Bucerius Law School, Hamburg

Unterlassungsprozesse in der Insolvenz: Debatte ohne Ende? – Nachlese zu

BGHZ 185, 11 und zur Fortsetzung unterbrochener Rechtsstreitigkeiten ... 789

Winfried Schuschke

Dr. jur., Vorsitzender Richter am OLG Köln a.D., Honorarprofessor an der
Universität zu Köln

§ 940a Abs. 2 und Abs. 3 ZPO – Irrwege des Gesetzgebers 799

Wolf-Dietrich Walker

Dr. jur., Professor an der Universität Gießen

Die Schutzschrift und das elektronische Schutzschriftenregister nach

§§ 945a, 945b ZPO 815

Pelayia Yessiou-Faltsi

Dr. jur., Dr. h.c., Professorin em. an der Universität Thessaloniki

Der Zahlungsbefehl der griechischen ZPO als Vollstreckungstitel

innerhalb der EU 827

Schriftenverzeichnis von Professor Dr. Eberhard Schilken 839