

nus Sklaverei sowohl für die »Privatsklaverei« wie auch die »öffentlich-rechtliche Unterwerfung« (100) eines ganzen Volkes verwendet, und dies auch mit einem »graphischen Gesamtüberblick« illustriert (102), und dass auch Locke »mit dem Begriff der Sklaverei [...] die Ausübung willkürlicher, despotischer Macht« (306) verbindet, so dass Sklaverei hier als Oberbegriff für despotische Herrschaft – sie mag privatrechtlicher oder politischer Natur sein – fungiert, aber bei Franke bleiben solche Hinweise folgenlos. Tatsächlich gab es im 17. Jahrhundert in England eine intensive Debatte, in welcher ›slavery‹ mit Blick auf die Stuart-Herrschaft als politischer Kampfbegriff fungierte, mit dem die Unterjochung eines ganzen Volkes durch einen tyrannischen König charakterisiert wurde. Die englischen Republikaner jedenfalls begründeten mit solchen Überlegungen ihre Legitimierung des Widerstandes gegen Charles I. (vgl. Quentin Skinner, John Milton and the politics of slavery, in: ders., Visions of Politics, vol. II, Cambridge 2002, 286–307). Lockes *Second Treatise* knüpft an diese Debatte an, wenn es heißt: »Absolute

Dominion, however placed, is so far from being one kind of Civil Society, that it is as inconsistent with it, as Slavery is with Property« (§ 174). Noch deutlicher wird der *politische* Aspekt des Sklavereibegriffs in § 222 des *Second Treatise*, wo es heißt: »when the legislators try to take away and destroy the property of the people or to reduce them to slavery, they put themselves into a state of war with the people«. Sklaverei bezeichnet also bei Locke keineswegs ein bloß privatrechtliches Herrschaftsverhältnis, sondern dient zugleich als politischer Kampfbegriff zur Beschreibung der Machenschaften absolutistischer Könige – ein Aspekt, der bei Franke nicht zur Sprache kommt.

Frankes Behauptung, dass sich seine Dissertation »auf einem nur wenig erforschten Gebiet« (11) bewegen würde, ist – zumindest was das Grotius- und das Locke-Kapitel angeht – Resultat der selbstverschuldeten Ignorierung der Forschungsergebnisse der letzten zwei Jahrzehnte.

**Dieter Hüning**

## Schlüssel der Insolvenzrechtsgeschichte\*

In der rechtshistorischen Forschung ist Insolvenzrecht ein wenig bekanntes Thema. Die Habilitationsschrift Wolfgang Forsters bietet einen neuen Blick auf diesen lange vernachlässigten Bereich. Die Untersuchung konzentriert sich auf den spanischen Juristen Francisco Salgado de Somoza († 1665) und sein erstmals im Jahr 1651 veröffentlichtes Werk »Labyrinthus creditorum concurrentium«. Salgados Beitrag zur

Entwicklung des Insolvenzrechts ist allgemein bekannt, aber in der früheren Literatur hat sich ein verzerrtes Bild von ihm etabliert. Die gängige Auffassung beruht zum großen Teil auf der Wertung Josef Kohlers. In seinem historisch-vergleichenden »Lehrbuch des Konkursrechts« (1891) hat Kohler zwei Modelle des Konkursrechts herausgearbeitet. In dem italienischen und französischen Konkursrecht sah Kohler ein pri-

\* WOLFGANG FORSTER, Konkurs als Verfahren. Francisco Salgado de Somoza in der Geschichte des Insolvenzrechts (Norm und Struktur 32), Köln, Weimar, Wien: Böhlau 2009, XIII, 430 S., ISBN 978-3-41220-187-6

vatrechtliches Prinzip vertreten. Das auf breiter Gläubigerautonomie beruhende Verfahren wurzelte im römischen Recht und wurde in Städten des Mittelalters weiterentwickelt. Dagegen war das in der Frühen Neuzeit entwickelte spanische und deutsche Konkursrecht von einem publizistischen Prinzip beherrscht, weil der Richter das Verfahren dominierte. Kohler machte keinen Hehl daraus, dass er das französisch-italienische Modell bevorzugte. In der Meistererzählung Kohlers war Salgado der geistige Vater des bürokratischen spanischen Verfahrens, dessen Wirkung in Deutschland eindeutig negativ gewesen war.

Die etablierte Auffassung wird von Forster besonnen, aber entschlossen kritisiert. Um das Neue in Salgados Werk verständlich zu machen, analysiert Forster die frühere Entwicklung des Konkursrechts. Er beschreibt auch den rechtlichen und sozialen Kontext im Spanien des 17. Jahrhunderts sehr ausführlich. Oft erstreckt sich die Darstellung tief bis ins Mittelalter zurück. Es ist wohl begründet, den historischen Hintergrund ausführlich zu behandeln, weil die spanische Rechtsgeschichte – abgesehen von den großen Gestalten der Spätscholastik – dem ausländischen Publikum wenig bekannt ist. Die Gliederung des Buches ist etwas verblüffend. Zum Beispiel wird der historische Kontext in Spanien teils im Abschnitt B, teils im Abschnitt F behandelt. Die einzelnen Abschnitte sind jedoch kohärent strukturiert, und das Buch ist in einem eleganten und anschaulichen Stil geschrieben.

Forsters Darstellung der Entwicklung des Konkursrechts im römischen Recht und im *ius commune* ist sowohl ein guter Überblick als auch eine kritische Würdigung der Forschungsliteratur. Seit dem 19. Jahrhundert haben viele Rechtshistoriker im römischen Recht die Grundsätze

des modernen europäischen Konkursrechts verkörpert gesehen. Diese Auffassung betrachtet Forster als eine Wunschvorstellung. Das römische Recht hat nicht die Gleichbehandlung der Gläubiger garantiert. Vielmehr war die römische Insolvenz, angesichts der zahlreichen pfandrechtl. gesicherten oder sonst privilegierten Forderungen, von dem Prinzip der Ungleichheit geprägt. Die komplizierte Menge von Konkursprivilegien, die zu ständigen Konflikten zwischen Gläubigern führte, wurde dann von den Juristen des *ius commune* rational geordnet. Forster beschreibt in beeindruckender Weise die Entwicklung der Doktrin von der Glossatorenzeit bis ins 17. Jahrhundert und erklärt, wie sich die im gemeinen Recht herrschende Fünf-Klassen-Ordnung der Konkursgläubiger entwickelt hat.

Die Kritik an der Vorstellung von der Modernität des römischen Insolvenzrechts ist überzeugend. In der insolvenzrechtlichen Literatur scheint diese Vorstellung jedoch keine entscheidende Rolle zu spielen. Dagegen werden in der Regel die italienischen Städte des Mittelalters als »Wiege des modernen Konkursrechts« gesehen. Beispielsweise ruht die moderne Konzeption der Insolvenzanfechtung, die die Wirkungen der Insolvenzeröffnung nach vorne verlegt, auf mittelalterlichen Grundlagen. Oft geht man davon aus, in den Stadtrechten sei ein hochentwickeltes, von Gläubigerautonomie geprägtes Konkursverfahren entstanden. Forster legt dar, dass diese Auffassung zum großen Teil auf Illusionen des 19. Jahrhunderts beruht. Außerdem war die Wirkung des angeblich modernen Konkursrechts auf Kaufleute begrenzt.

In der Praxis der spanischen Gerichte im 17. Jahrhundert war der Kreis der vom Konkursrecht betroffenen Schuldner weiter als im Mittelalter. Die Juristen von Salgados Generation mussten mit Problemen ringen, die aus der

Verschuldungskrise des Adels entstanden waren. Aus der Bindung des adeligen Vermögens in Majoraten resultierte ein Mangel an Liquidität. Im älteren spanischen Recht war die Vermögensaufgabe, mit der ein Konkurs eröffnet wurde, mit der Inhaftierung des Schuldners verbunden. Eine solche Regelung war unvereinbar mit der sozialen Stellung der adeligen Schuldner. In der Praxis etablierte sich deshalb eine neue Form von Vermögensabtretung, die ohne Inhaftierung stattfand. Auf dieser Grundlage erarbeitete Salgado seine Theorie eines neuartigen Konkursverfahrens. Dessen charakteristischer Zug war die Universalität des Konkurses. Durch die Vermögensaufgabe leitete der Schuldner ein Verfahren unter seinen Gläubigern ein. Bei dem neuen Konkurs beruhte das Zusammenlaufen (*conkursus*) der Gläubiger auf der rechtlichen Natur des Verfahrens. Nur in einem das ganze Vermögen und alle Gläubiger erfassenden Verfahren war es möglich, alle Forderungen in ihrer Rangfolge zu beurteilen. Die Befestigung der Rangordnung im *ius commune* machte es Salgado möglich, das Verfahren selbständig zu behandeln.

Die Universalität des Konkurses setzte ein einheitliches Verfahren voraus. Praktisch mussten anhängige Prozesse gegen den Schuldner dem Konkurs untergeordnet sein. Der von dem Schuldner eingeleitete Konkurs stand als Hauptverfahren über den anhängigen Prozessen. Damit war es möglich, die Zuständigkeitskonzentration beim Konkursgericht zu begründen. Aus der Perspektive des 19. Jahrhunderts erschien aber die Universalzuständigkeit des Konkursrichters als unpraktische Lösung, weil sie das Verfahren verlangsamte. Forster zeigt, dass die breite Zuständigkeit des Richters nicht eine Fol-

ge des gelehrten Perfektionismus war. Es ging vielmehr darum, das Verfahren möglichst rational in einer Umwelt von zahlreichen sich überschneidenden Jurisdiktionen zu ordnen. Auch die Langwierigkeit des Verfahrens war verständlich, da eine schnelle Vollstreckung in das adelige Vermögen praktisch nicht durchführbar war.

Ein universales Konkursverfahren konnte nicht durch Gläubigerantrag eröffnet werden. Ohne den Rechtsakt des Schuldners gab es keinen Angelpunkt des Verfahrens, der die Universalzuständigkeit des Konkursrichters begründen konnte. Angesichts dieser Abhängigkeit vom Verhalten des Schuldners ist Kohlers Charakterisierung des von Salgado entwickelten spanischen Konkursrechts als »publizistisch« offensichtlich falsch. Die Befugnis des Richters, Konkurs von Amts wegen zu eröffnen, hat sich erst später im deutschen gemeinen Konkursrecht entwickelt. Die Universalität und die Konzentrationswirkung des Konkurses ermöglichten es, die Lehre von Konkurs- und Insolvenzrecht wissenschaftlich zu entwickeln. Grundlegende Begriffe wie »Konkursmasse« konnten sich nur nach dem dogmatischen Schritt bilden, mit dem die Selbständigkeit des Konkursverfahrens begründet wurde. Mit seiner Analyse revidiert Forster die allgemeine Auffassung von Saldagos Stellung in der Geschichte des Insolvenzrechts und trägt damit auch zur Entzauberung von der Meistererzählung Josef Kohlers bei. Forster formuliert keine neue große Erzählung, aber seine Studie wird die Fragestellung der Insolvenzrechtsgeschichte maßgeblich beeinflussen.

**Jussi Sallila**