

*Das Bürgerliche Gesetzbuch
aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur
unter besonderer Beachtung des
Richterleitbildes
und des
allgemeinen Persönlichkeitsrechts*

Verfasser:
Rechtsanwalt Wulf Hambach

Dissertation bei
Prof. Dr. Maximiliane Kriechbaum / Universität Hamburg

Datum der Disputation: 28.04.2004

Gliederung

Das BGB aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur unter besonderer Beachtung des Richterleitbildes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

A. Einleitung und Vorschau:

1. Der Perspektivenwechsel als Instrument der Rechtsfindung und der Rechtsfortbildung: Meinungen deutscher und englischer Juristen (S.1 – 6)
2. Die Schlüsselbegriffe: anglo-amerikanische Kritik, anglo-amerikanischer Rechtskreis und Common Law (S. 6 – 7)

B. Hauptteil - Die Darstellung und die Beurteilung der anglo-amerikanischen Sichtweisen

1. Kapitel:

Das BGB im Licht früher anglo-amerikanischer Kritik (8 – 32)

1. Die Herangehensweise der englischen und der amerikanischen Juristen an eine Darstellung des BGB (S. 8 – 10)
2. Anglo-amerikanische Beurteilungen des BGB zur Zeit seiner Einführung (S. 10 – 21)
3. Die duale Entwicklung im deutschen Zivilrecht (S.21 - 31)
 - a. Die Sichtweise *Schusters* hinsichtlich der Nichteinbeziehung bestimmter Privatrechte im BGB
 - b. Die Sichtweise *Freunds* hinsichtlich der dualen Entwicklung im deutschen Zivilrecht

2.Kapitel:

Die Auslagerung der Gefährdungshaftung in Spezialgesetze außerhalb des BGB und deren Handhabung durch die Gerichte aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur (S. 32 -)

1. **Biographische Daten von F.H. Lawson und B. S. Markesinis sowie ihre allgemeinen Anmerkungen zur Entwicklung der deutschen Gefährdungshaftung innerhalb des deutschen Deliktsrechts (S. 32 – 35)**

2. **Das englische und nordamerikanische System der verschuldenslosen Haftung vor dem Hintergrund der deutschen Lösung (S. 36 – 44)**
 - a. **Das englische System der verschuldenslosen Haftung**
 - b. **Das nordamerikanische System der verschuldenslosen Haftung**

3. **Die Entwicklung der Gefährdungshaftung und ihre Auslagerung in Spezialgesetze aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur (S. 44 - 78)**
 - a. **Anglo-amerikanische Stellungnahmen zu den Anfängen der Gefährdungshaftung in Deutschland**
 - b. **Die Stellungnahmen der BGB-Verfasser zur Nichteinordnung der Gefährdungshaftung ins BGB**
 - c. **Markesinis` aktuelle Kritik am deutschen Gefährdungshaftungssystem**
 - aa. Die „zeitliche Lücke“ zwischen dem Inhalt des Gefährdungshaftungstatbestand und dem technologischen Stand (S. 57 - 63)
 - bb. Die Lückenhaftigkeit des deutschen Gefährdungshaftungssystems (S. 63 - 67)
 - cc. Die deutsche Gefährdungshaftung als (zu) kompliziertes Haftungssystem (S. 67 - 72)

3.Kapitel:

Die Sichtweise der anglo-amerikanischen Juristen des 20. Jahrhunderts hinsichtlich des Umgangs der deutschen Richter mit der BGB-Kodifikation unter besonderer Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (S. 78 -)

- 1. Die Anwendung des BGB durch die deutschen Richter aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur (S. 78 – 115)**
 - a. **allgemeine anglo-amerikanische Anmerkungen zum Leitbild des deutschen bzw. kontinental-europäischen Zivilrichters und zum Leitbild des Common Law-Richters**
 - b. **Der deutsche Zivilrichter des 20. Jahrhunderts als bloßer „Anwender“ der BGB-Normen? – Anglo-amerikanische Stellungnahmen zum deutschen und zum eigenen Richterleitbild sowie Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zur Aufgabe des deutschen Zivilrichters**
 - aa. Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen (zivil-)richterlicher Entscheidungsbefugnis
 - bb. Anglo-amerikanische Stellungnahmen zum eigenen und zum deutschen Richterleitbild
 - cc. Die anglo-amerikanische Einschätzung zum Stil der deutschen Zivilgerichtsurteile unter besonderer Beachtung des englischen und des nordamerikanischen Prinzips der gebundenen Entscheidung („stare decisis“)

2. Die neue anglo-amerikanische Sichtweise zum Leitbild des deutschen Richters vor dem Hintergrund der Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den BGH (S. 115 - 211)
 - a. Die anglo-amerikanische Betrachtung des deutschen Zivilrichters in dessen „kreativer Rolle“
 - b. Die „sonstigen Rechte“ des § 823 I als Legitimation für den deutschen Zivilrichter, wie ein Gesetzgeber tätig zu werden
 - c. Der historische Hintergrund des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ aus anglo-amerikanischer Sicht
 - d. Der deutsche Zivilrichter vor der Hürde des „geldlichen Schadensersatzes bei Nichtvermögensschäden“ (S. 126 - 136)
 - e. Der englische und nordamerikanische Lösungsweg zur Herausbildung des Persönlichkeitsrechts aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur vor dem Hintergrund des deutschen Persönlichkeitsschutzes (S. 137 - 184)
 - aa. Der Lösungsweg im Common Law – Übereinstimmungen des englischen mit dem nordamerikanischen Persönlichkeitsrecht (S. 138 - 146)
 - bb. Der nordamerikanische Lösungsweg zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus anglo-amerikanischer Sicht (S. 146 - 153)
 - (1.) intrusion on physical solitude or seclusion .
 - (2.) public disclosure of (embarrassing) private facts
 - (3.) putting someone in the false light in the pulic eye
 - (4.) appropriation of someone´s name or likeness
 - cc. Der englische Lösungsweg zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor dem Hintergrund des deutschen Lösungsweges (S. 154 - 184)

- (1) Die Kritik englischer Juristen am eigenen System des Persönlichkeitsrechtsschutzes
- (2) Englische Kritik zu richtungweisenden Beispielen aus der englischen Gerichtspraxis zum Persönlichkeitsrecht
- (3) Das Ziel der Weiterentwicklung des englischen Persönlichkeitsrechts – Deutschlands Lösungsweg als Vorbild

f. Die Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutschen Gerichte im Wege der Konstitutionalisierung des Privatrechts aus anglo-amerikanischer Sicht

C. Fazit:

(S. 211 - 217)

--

Hauptteil

Das BGB aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur unter besonderer Beachtung des Richterleitbildes und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

A. Einleitung und Vorschau:

1. Der Perspektivenwechsel als Instrument der Rechtsfindung und der Rechtsfortbildung: Meinungen deutscher und englischer Juristen

Schon kurz **nach** der Einführung des BGB stellte der deutsche Rechtswissenschaftler **F. Adickes**¹ im Jahre 1906 fest, daß die Berücksichtigung **ausländischer** Rechtskritiken zu einer „allmählichen Weiterentwicklung“ unseres Rechtssystems führen könne. Adickes weist auf die „innere Notwendigkeit“ dieser allmählichen Weiterentwicklung hin, weil Deutschland anders nicht „der gewaltigen Entwicklung unserer wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse innerhalb Europas“² standhalten könne.

Vier Jahre später schrieb englische Rechtsprofessor **James E. Hogg**³ in seinem veröffentlichten Artikel „A German View of English Law“ , daß es – im Gegensatz zu der hier gewählten Perspektive - auch umgekehrt von besonderem Interesse sein könne, wenn sich ein **englischer** Jurist mit einem von einem **deutschen** Rechtsprofessor über das englische Rechtssystem verfaßten Bericht beschäftige. Eine **unabhängige** Kritik eines

¹ Adickes, F.: „Grundlinien durchgreifender Justizreform“, S. IV f.

² Adickes, F.: „Grundlinien durchgreifender Justizreform“, S. V

³ Hogg : „A German View of English Law“ in J.Soc.Comp.Leg. 11 (1910), S.177 ff.

ausländischen Autors könne die Aufmerksamkeit auf Institutionen der Rechtspraxis und Rechtstheorie lenken, die schon längst in Vergessenheit geraten seien, oder es könnten auch neue Rechtsprinzipien erkannt werden, mit denen die eigenen Rechtsprobleme besser zu lösen seien.

Im Jahr 1999 bemerkte der deutsche Jurist und bekannte Politiker **Wolfgang Schäuble**⁴, daß „Erfolge, die (...) andere Länder erreicht haben – insbesondere durch strukturelle Reformen oder durch Systeme, die sich bewährt haben – zur Kenntnis genommen werden müssen. Von diesen Ländern können (...) und müssen wir lernen. Und dieses Lernen muß organisiert werden. Europa muß eine Lerngemeinschaft werden.“

Der ehemalige BGH-Präsident **W. Odersky** äußerte sich zum Perspektivenwechsel als Instrument der Rechtsentwicklung, indem er in seinem Vorwort zum Werk „*The German Law of Obligation*“ des englischen Rechtsprofessors **B. S. Markesinis** darauf verweist, daß sich der deutsche Jurist auch mit ausländischen Arbeiten beschäftigen sollte, die das deutsche Recht zum Thema hätten. Zwar sei der deutsche Jurist mit dem eigenen Rechtssystem vertraut. Dennoch sei es für ihn lohnend, das eigene „Rechtmaterial“ durch die Perspektive eines ausländischen Juristen gewürdigt zu sehen, um es so von einer anderen Seite betrachten zu können:

*„(...) a presentation (...) of his own legal order makes pleasant reading even to a German Lawyer. Of course he is already acquainted with the material (...) but he gets the view from the other side, as seen from the perspective of English law.“*⁵

⁴ Wolfgang Schäuble/ Karl Lamers in der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ vom 4. Mai 1999 (Nr.102), S. 10 f.

⁵ vgl. Vol.1, „The Law of contracts and Restitutions“, S. x1vi

Die ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, **Jutta Limbach**, wies im Jahr 2000 in einem Vorwort zu einer englischen Aufsatzsammlung darauf hin, daß die Ideen, die durch einen solchen Perspektivenwechsel zutage treten würden, sowohl englische als auch deutsche Juristen inspirieren können. Insbesondere müsse beachtet werden – so Limbach, die sich hier wiederum auf **B. S. Markesinis** bezieht - daß Rechtsvergleichung **keine** Einbahnstraße sei. Vielmehr sollte die Rechtsvergleichung als ein Lernprozeß verstanden werden, in dem eigene Ideen gegeben **und** fremde Ideen genommen werden müßten: *„I firmly believe that the ideas set out in this book can and will inspire common and continental lawyers alike. Comparative Law is not a one way street, but a constant process of give and take.“*⁶

Auf welche Weise der Perspektivenwechsel in der Praxis auch zufällig angewandt wird, zeigt folgendes Beispiel aus der englischen Gerichtspraxis:

Lord Goff of Chieveley⁷, Richter an einem englischen Berufungsgericht („*court of appeal*“), wandte für die Begründung eines von ihm gefällten Urteils aus dem Jahr 1985⁸ die (nur im deutschen Rechtskreis so gebrauchte) Rechtsfigur der Drittschadensliquidation zur Falllösung an. Daraufhin sprach ihn der englische Professor für Rechtsvergleichung **Basil Spiros Markesinis** an, ob er bei seiner Rechtsfindung aus der **deutschen** Rechtslehre gelernt

⁶ Vorwort von Jutta Limbach zum Buch „Always on the same Path-Essays on Foreign Law and Comparative Methodology“ (2001) von Basil Spiros Markesinis, S. X, XI

⁷ Lord Goff of Chieveley: „Comparative Law: The Challenge of the Judges“ abgedruckt in Markesinis: „Law Making, Law Finding, and Law Shaping: The Diverse Influences - The Clifford Chance Lectures, Vol.2“ (1997)

⁸ vgl. Leigh & Svillian versus Aliakmon Shipping Co. (1985), Q.B.350

habe. Der englische Richter bestritt dies: „*I first discovered the German doctrine of Drittschadensliquidation, which is available in cases of transferred loss [sc.: Fälle zur Schadensverlagerung], (...) later when I was browsing through a book of essays in memory of Professor Harry Lawson.*“⁹

Allerdings brachte dieser ungewöhnliche juristische Zufall den englischen Richter auf die Idee, einen persönlich-wissenschaftlichen Austausch mit deutschen Rechtsprofessoren¹⁰ zu beginnen. Die Früchte dieses Gedankenaustausches wollte er einerseits für seine künftigen Urteilsbegründungen gebrauchen, andererseits sah er auch für die beteiligten **deutschen** Juristen die Chance, aus diesem Gedankenaustausch heraus **neue Denkanstöße und Impulse für ihr eigenes Recht** zu gewinnen. Diejenigen englischen Rechtsgedanken, die geeignet seien, das deutsche Recht sinnvoll zu ergänzen, könnten in das deutsche Rechtssystem einfließen. Im Ergebnis sollten die deutschen Juristen durch die Betrachtung des englischen Rechts etwas lernen und die englischen Juristen sollten ihrerseits durch die Betrachtung des deutschen Rechts davon profitieren. Das Gelernte sollte dann gegebenen Falls auch angewandt werden.

Lord Goff of Chieveley hat diesen Weg der **aktiven und perspektivischen Rechtsvergleichung** auch tatsächlich beschritten. In einer bekannten englischen Entscheidung (dem sog. „*Hedley Byrne*“-Fall) reichte dem englischen Richter das englische Recht nicht aus, um seine Entscheidung zu begründen. *Lord Goff of Chieveley* kannte aus dem Studium des deutschen Zivilrechts die Rechtsfigur des „Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“, die dem englischen Recht

⁹ Essays in memory of F. H. Lawson (1986)

¹⁰ hier sind insbesondere die beiden deutschen Professoren W. Lorenz und Chr. von Bar zu erwähnen

unbekannt ist. Kurzerhand berief sich der Richter in seiner Entscheidung auf dieses deutsche Rechtsprinzip. Er zog die deutsche Rechtsfigur als Anspruchsgrundlage für das klägerische Begehren heran.

In einer von einer großen international ausgerichteten Anwaltssozietät organisierten Konferenz für europäische Rechtsvergleichung – der „*Clifford Chance Conference*“ von 1996 – äußerte sich der Richter zu dieser Vorgehensweise. Er machte deutlich, daß Rechtsvergleichung nicht nur als interessanter Studiengang angesehen werden sollte. Vielmehr könne das aus der internationalen Rechtsvergleichung herrührende Wissen auch in Gerichtentscheidungen – wie der oben genannten – praktisch zur Anwendung kommen. Die Rechtsvergleichung könne so eine nützliche Rolle bei der Rechtsfindung übernehmen: *„This brings me to the case in which I drew upon my knowledge of German Law. (...) in a famous English case called Hedley Byrne (...) I drew heavily upon the German principle of “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”. (...) So here it really happened. Comparative law actually played a useful part in a judgement of a member of the House of Lords.“*¹¹

Die englischen Rechtsprofessoren **F. H. Lawson** und **B. S. Markesinis** haben sich schon seit Anfang der 50er (Lawson) bzw. der 60er (Markesinis) Jahre ständig mit deutschem Zivilrecht kritisch auseinandergesetzt. Sie haben den Wert einer derartigen rechtlichen Betrachtungsweise in ihrem gemeinsamen Werk *„Tortious Liability for uninternational Harm“* hervorgehoben.

¹¹ Clifford Chance Conference vom 15-16 November 1996

Sie stellen nicht nur fest, daß das deutsche Recht – im Vergleich zu anderen Rechtssystemen - noch immer die größte Aufmerksamkeit in England erfährt, sondern unterstreichen vor allem auch die Besonderheit der hier untersuchten Darstellungsweise und -methode, wenn ein Betrachter aus dem Rechtskreis des **Common Law** das System des **kodifizierten** Zivilrechts analysiert. So wird die Möglichkeit und Notwendigkeit erkannt, daß die deutschen Rechtskollegen einmal ihr eigenes Rechtssystem aus einem anderen Blickwinkel kennenlernten. Hierbei könnte sich nach der Meinung von Lawson und Markesinis ein unkonventioneller Weg öffnen, das eigene Rechtssystem und seine sich aus den Gerichtsentscheidungen ergebenden Problemen im Lichte dieses Perspektivenwechsels noch einmal **neu** zu sehen:

„(...) *to rethink their own law in the light of observations made by outsiders*“.¹²

2. Die Schlüsselbegriffe: anglo-amerikanische Kritik, anglo-amerikanischer Rechtskreis und Common Law

Die **ausländischen Juristen**, die sich kritisch mit dem deutschen Zivilrecht auseinandergesetzt haben und deren Ausführungen hier Gegenstand der Arbeit geworden sind, entstammen dem **anglo-amerikanischen Rechtskreis**. Dieser umfaßt die **Vereinigten Staaten von Amerika** und **Großbritannien** (England und Wales). Allerdings werden hier auch einige **schottische** und **australische** Kritiken betrachtet.

¹² Lawson / Markesinis: „Tortious Liability for uninternational Harm“, S.XV

Schottland und Australien haben zwar grundsätzlich ein von Großbritannien getrenntes Rechtssystem, jedoch ist die Rechtsprechungspraxis und die Gerichtsorganisation ähnlich.

Da der Begriff „**Common Law**“ in der Literatur nicht eindeutig fixiert ist, bedarf die hier gewählte Art der Verwendung einer Klarstellung:

In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff „Common Law“ **im weiten Sinne** verwendet, d. h., daß der **gesamte** anglo-amerikanische Rechtskreis einbezogen ist. Dieser Rechtskreis ist wiederum vom „*Civil Law*“ („*ius civile*“), also dem kontinentalen Rechtskreis und dessen unterschiedlichen Rechtssystemen, zu unterscheiden¹³.

Das „Common Law“ **im engeren Sinne** bezeichnet dagegen nur das in **England** von den königlichen Gerichten geschaffene Recht, das einerseits vom „*statute law*“ (dem vom Parlament erlassenen Gesetzesrecht), andererseits von der Rechtsmasse der „*Equity*“ unterschieden werden muß. Unter „*Equity*“ ist derjenige materielle Rechtsteil zu verstehen, der sich vom sonstigen materiellen Recht dadurch unterscheidet, daß er von einem besonderen Gericht und dessen Rechtsprechung („*Court of Chancery*“) entwickelt wurde.¹⁴

¹³ David / Grasmann: „Major Legal Systems in the World Today-A Comparative Study of Law“ (1985), S. 59

¹⁴ aaO., S. 60

B. Hauptteil - Die Darstellung und Beurteilung der anglo-amerikanischen Sichtweisen

1. Kapitel:

Das BGB im Licht früher anglo-amerikanischer Kritik

Schon zur Zeit des Inkrafttretens des BGB im Jahre 1900 haben sich englische und amerikanische Juristen kritisch mit dem neuen Gesetzbuch für das gesamte Deutsche Reich auseinandergesetzt. In der vorliegenden Arbeit wird untersucht, wie das Gesetzeswerk in seiner Endfassung bewertet wurde, was den ausländischen Betrachtern bei seiner Entstehung aufgefallen ist und wie sich die ausländische Kritik bis heute entwickelt hat.

Zunächst ist zu klären, auf welche inhaltliche Art und Weise die anglo-amerikanischen Kritiker an das BGB herangegangen sind.

1. Die Herangehensweise der englischen und amerikanischen Juristen an eine Darstellung des BGB

Der amerikanische Rechtsprofessor **Robert Adolf Riegert** befaßte sich 1970 in seinem gut 50 Seiten starken Aufsatz „*The West German Civil Code, its Origin and its Contract Provisions*“¹⁵ mit dem BGB und seiner Entstehungsgeschichte bezüglich der Rechtsgeschichte und der politischen

¹⁵ Robert A. Riegert: „The West German Civil Code, its origin and its contract provisions“ in Tulane L. R. 45 (1970), S. 48 - 99

Strömungen, die zu seiner Einführung geführt haben. Riegert richtet hierbei sein besonderes Augenmerk auf die ersten drei Bücher; allerdings geht er auf Einzelprobleme erst nach **allgemeinen** Erläuterungen zum BGB ein.

Riegert¹⁶ wurde am 21. April 1921 in Cincinnati, U.S.A geboren. 1948 absolvierte Riegert seinen juristischen Abschluß an der Universität Cincinnati und schloß danach (1953) den Legal Law Barrister (LLB) mit cum laude ab. 13 Jahre später erlangte er in Deutschland (Heidelberg) den Doktorgrad („Doctoris Juris Utrisque magna cum laude“). Von 1954 - 1963 praktizierte Riegert als Jurist in Heidelberg, um dann von 1967 bis heute in den Vereinigten Staaten (University and Law School of Dallas, Birmingham und zur Zeit Cumberland) als Rechtsprofessor tätig zu sein.

Einleitend geht Riegert auf die Problematik ein, wie ein Jurist, der nicht dem deutschen Rechtskreis angehört, sich aber mit dem BGB beschäftigt, es überhaupt bewältigen könne, den Mitgliedern des amerikanischen Rechtskreises dieses Gesetzeswerk näher zu bringen.

Das BGB im Rahmen einer derartigen wissenschaftlichen Arbeit in „isolierte Puzzlestücke zu zerlegen“, um diese einzeln zu untersuchen, würde es für den am BGB interessierten ausländischen Leser nahezu unmöglich machen, die behandelten Einzelprobleme richtig einzuordnen und nachzuvollziehen. Allerdings hätten viele seiner anglo-amerikanischen Kollegen genau diesen Fehler begangen: *„Although articles have been already written in English about German Law, much of the literature breaks the Code into*

¹⁶ aus Who's who in America 1998, Vol. 2, S. 3610

*isolated pieces of a jig-saw puzzle, making the Code difficult to use and difficult to fix in one's memory.*¹⁷

Einem aus dem „Common Law“-Rechtskreis stammenden Leser müsse zunächst klargemacht werden, wie die einzelnen Puzzlestücke in einem Gesamtzusammenhang stünden. Aus diesem Grund hat Riegert seinen Aufsatz damit eingeleitet, den Inhalt des BGB zusammenfassend darzustellen: *„To indicate how the various pieces fit together, this essay first surveys the **whole** BGB.*¹⁸ Es hätten nur solche anglo-amerikanischen Aufsätze einen Wert für den ausländischen Leser, die sich zuerst mit dem gesamten BGB befaßten, also in Form einer Gesamtbetrachtung zu Werke gingen und sich erst danach einzelnen BGB-Normen und den mit ihnen verbundenen Rechtsproblemen widmen: *„An understanding of these provisions [sc.: alle BGB-Normen] and organisation helps to illuminate the entire code to understand the provisions and their organisation“.*¹⁹

2. Anglo-amerikanische Beurteilungen des BGB zur Zeit seiner Einführung

Chung Hui Wang²⁰ hat in der Zeit, in der das BGB eingeführt wurde, an der Londoner Tale Universität gelehrt und als erster eine Übersetzung des BGB ins Englische veröffentlicht. In der Einleitung seiner Übersetzung von 1907 meint er, daß das innerhalb von 22 Jahren fertiggestellte Werk die am genauesten ausgedrückte und recherchierte Kodifikation sei,

¹⁷ Riegert: aaO., S. 48

¹⁸ in diesem Zusammenhang weist Riegert auf die später noch zu betrachtende Arbeit von E. Cohn (1 Manual of German Law) hin.

¹⁹ Robert A. Riegert in Tul. L. R. 45, S. 48

²⁰ Chung Hui Wang : „The German Civil Code“, S.V

die jemals existiert habe²¹. Wegen dieser Einschätzung des BGB findet es Wang um so erstaunlicher, daß es bis 1907 zwar schon vier französische, eine spanische, eine italienische und zwei japanische Übersetzungen gab, aber noch keine englische: „(...) *consequently the work had not received the attention which it deserves in the English-speaking countries.*“²²

Wang wendet sich in seinem Vorwort eindringlich an die Mitglieder des anglo-amerikanischen Rechtskreises mit dem Hinweis, daß man gut daran täte, dem BGB in Zukunft weitaus **mehr** Aufmerksamkeit zu schenken. Denn einerseits käme es aufgrund des regen Handels zwischen Deutschland und England bzw. den USA öfter auch zu Rechtsstreitigkeiten, so daß es nicht ungewöhnlich sei, wenn sich englische bzw. amerikanische Gerichte im Wege des internationalen Privatrechts auch mit deutschem Recht auseinandersetzen müßten. Andererseits sei auch die gesellschaftliche Komponente zu beachten: Viele Deutsche seien nämlich nach England und in die USA immigriert und würden so auch Einfluß auf die englische bzw. nordamerikanische Gesellschaft nehmen: „***This monumental work of German intellect deserves (...) a place in English literature.*** (...) *Both England and America are closely connected with Germany (...) commercially by its proximity to the continent (...) and socially, by the great influx of German immigrants in the recent years. In the age of international intercourse (...) it is not an uncommon thing for an English or American Court (...) to decide a question of German Law (involving the conflict of laws).*“²³

²¹ Im Gegensatz zum BGB wurde der Code Napoleon in „ziemlicher Eile“ verfaßt. Markesinis / Lorenz / Danneman:

„The German Law of Obligation“, Bd. I, S. 12

²² Chung Hui Wang : „The German Civil Code“, S.V

²³ Wang, aaO., S.VI

A. P. Higgins²⁴ - auf den in Wangs Vorwort auch hingewiesen wird - gehört zum relativ kleinen Kreis derjenigen englischen Juristen, die sich intensiv mit den zivilrechtlichen Geschehnissen in Deutschland befaßt haben, die um die Jahrhundertwende stattfanden.

Alexander Pearce Higgins wurde am 24. April 1865 in Worcester (Großbritannien) geboren. In den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts besuchte Higgins die *Cathedral (King's) School* in Worcester und anschließend das renommierte *Downing College* in Cambridge. Im Jahr 1887 absolvierte er das juristische Abschlußexamen („*Law Society's Final Examination*“).

Higgins wurde 1908 in die Londonder Rechtsanwaltsinnung des *Lincoln's Inn* berufen. Im selben Jahr erhielt er eine Professur für Internationales Recht an der Universität Cambridge und später auch in London (1919-1923). Darüber hinaus war er Mitglied des „Institut de droit comparé“ in Brüssel und Mitherausgeber des britischen Jahrbuchs für Internationales Recht sowie Verfasser von vielen rechtsvergleichenden Arbeiten für Rechtszeitschriften wie dem „*Law Quarterly Review*“, dem „*Judicial Review*“ und dem „*Journal of Social Comparative Legislation*.“²⁵

Wie sein Kollege Wang wundert sich auch Higgins über das mangelnde Interesse der Briten an dem BGB, das ein „außergewöhnliches“ Gesetzeswerk darstellte. Dies brachte der englische Jurist im Jahre 1904 - also drei Jahre vor der ersten Übersetzung des BGB ins Englische durch Wang - im Rahmen einer Rede vor den Mitgliedern des „*Cambridge Law*

²⁴ Higgins, P. : „The Making of the German Civil Code“, S. 1

²⁵ aus „Who's Who 1926“, S. 1371

Club“ im „Clare College“ zum Ausdruck. Die Rede wurde dann unter dem Titel „*The Making of the German Civil Code*“ veröffentlichten – unter anderem im „*Journal of Social Comparative Legislation*“.²⁶

Während es in Frankreich acht Jahre nach der Verabschiedung des BGB durch das deutsche Parlament und vier Jahre nach dem Inkrafttreten des BGB bereits zwei Übersetzungen ins Französische gegeben habe²⁷, sei - so Higgins – überhaupt noch keine Übersetzung ins Englische erfolgt. Folglich habe das BGB im gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis nicht die Aufmerksamkeit erregt, die es eigentlich verdiene: „*It is now eight years since the new German code received the Imperial sanction, and rather more than four years and a half since it came in force. Already two French translations have appeared, (...). Hitherto it has not received here the study or notice which it deserves.(...). No translation has appeared here, nor, as far as the writer knows in any English-speaking country*“.²⁸

Higgins bewertete das BGB als ein Paradebeispiel („*a Standing Objekt Lessohn*“)²⁹ für alle Staaten, die noch beabsichtigten, ein Kodifikationsschema zu entwerfen und folgert: „*The enactment of the German Code is pregnant with possibilities for future attempts in a similar direction in other countries*.“³⁰

²⁶ J.S.C.L. 6 (1904/1905), 95

²⁷ Die erste französische Übersetzung wurde auf Initiative des französischen Justizministeriums von M. Raoul de la Grasserie übersetzt. Der zweiten Übersetzung von M.O. de Meulenaere ging die Arbeit von sieben angesehenen Professoren und Rechtsanwälten voraus.

²⁸ J.S.C.L. 6 (1904/1905), 95

²⁹ dieses Zitat benutzte auch Wang (aaO.) in seiner Einleitung zur ersten Übersetzung des BGB ins Englische

³⁰ A. Pearce Higgins in *Journal of Social Comarative Legislation* 6 (1904/05): „*The Making of the German Civil Code*“, S. 95 ff.

Higgins geht in seinem Bericht sogar so weit, daß er das deutsche Kodifikationswerk in einem Atemzug mit der – zwar noch weit entfernten, jedoch aus seiner Sicht möglichen – vollständigen (politischen **und** rechtlichen) Einheit des Englischen Königreiches nennt. So macht Higgins darauf aufmerksam, daß im Falle eines Rechtsstreits zwischen einem Schotten und einem Engländer trotz der politischen Einheit internationale Rechtsregeln herangezogen werden müßten³¹. Das BGB illustrierte hingegen das Phänomen, welchen großen Stellenwert und Einfluß **Idealismus** bezüglich der Reichs- und Rechtseinheit auf die Politik und ihre Ziele haben könne. Denn ohne diese passionierte Bewegung der Verfolgung eines derart großartigen Ideals hätte es letztlich an der Kraft gefehlt, ein Gesetzeswerk zu vollenden, dessen Geltung sich auf das gesamte - obwohl derart rechtlich zersplitterte - Reich³² erstrecken sollte. Folglich seien die Mitglieder des Reichstags, die das BGB verabschiedet hatten, von patriotischem Tatendrang geleitet gewesen. Higgins findet die einstimmige Verabschiedung des BGB durch die einundzwanzigköpfige Reichstagskommission um so erstaunlicher, als sie sich aus Repräsentanten mit sehr unterschiedlicher politischer Couleur zusammensetzte. In England – so Higgins – seien die Voraussetzungen für eine ganz Großbritannien umfassende Kodifikation sogar besser gewesen. So wäre die Parteienlandschaft vor allem im Königreich England durch mehr Homogenität, wenn auch nicht durch weniger zahlreiche Parteien, geprägt gewesen³³.

Für Higgins ist es daher auch nicht verwunderlich, daß noch im Verkündungsjahr 1896 im Deutschen Reich eine unzufriedene (politische) Strömung auszumachen war. Die

³¹ A. P. Higgins, aaO.S. 95

³² die politische Zersplitterung wurde mit der Reichseinheit von 1871 beseitigt

³³ A. P. Higgins, aaO., S. 103

politischen Spannungen seien vor allem durch die unterschiedliche Privilegierung der verschiedenen politischen und gesellschaftlichen Gruppen geprägt gewesen. Auf der einen Seite standen z. B. die unterprivilegierten Sozialisten sowie die katholische Glaubensgemeinde, und auf der anderen Seite befanden sich die Junker³⁴, die eine gesellschaftlich privilegierte Stellung innehatten.

Higgins schlußfolgert, daß die für die Kodifikationsvollendung sehr kritische Endphase nur unter einem besonderen Umstand zu einem positiven Ergebnis führen konnte - nämlich daß die deutschen Politiker bzw. Parlamentsmitglieder außerordentliches Geschick anwandten, dem Druck der Separatisten standhielten und ein Kippen des Gesetzesvorhabens in letzter Sekunde verhinderten: „(...) *all the care that skilful politicians could exercise, all devices [sc.: Kunstgriffe] of the old Parliamentary hands, were necessary to harmonize the conflicting interests of the parties and save the code from being wrecked.*“³⁵

Nach Higgins war „**the value of Ideals**“ der Schlüssel zu der Vollendung eines gesamtdeutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Idealismus der deutschen Politiker im Zuge der Einheit des Reiches auch eine Vereinheitlichung des (Zivil-) Rechts zu erreichen, sei die treibende Kraft für die Durchsetzung des BGB gewesen. Ohne dieses Ideal, also ohne dieses passionierte **Streben der Politiker nach vollkommener Einheit**, wäre es – so Higgins - nicht möglich gewesen, die von einigen Ländern des Deutschen Reiches bereits vorher eingeführten Kodifikationen (wie z. B. das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794)

³⁴ „Junker“ (Jungherr) war anfangs die Bezeichnung für die Söhne von Hochadelsmitgliedern im Mittelalter, später die für junge Edelleute und schließlich im 19. Jahrhundert das Schlagwort der Liberalen für die Adelspartei und adelige Grundbesitzer (aus „Neues Bertelsmann Lexikon“ (1998), Band 7, S. 185)

³⁵ A.P.Higgins, aaO., S. 102

im BGB zu vereinigen. Da die Deutschen es erreicht hätten, die mit der Rechtseinheit zusammenhängenden großen Probleme durch die Einführung des BGB zu überwinden, sei das BGB ein Vorbild für alle Staaten, die künftig auch ein Kodifikationssystem anstrebten. Folglich könnten die Deutschen voller Stolz auf die 22 Jahre lange Arbeit blicken, an deren Ende das BGB stand: *„The German Code is, in fact, a striking illustration of the **effect of idealism in politics**. It was rendered possible only by the passionate devotion to a **great ideal** which permeated all the masses of the Empire, who had passed a code long before **the** code received the official sanction of the Imperial Legislature. The making of the code is a standing object-lesson to all States that are looking forward in the future to a scheme of codification, and the Germans may well be proud of the labours which for twenty-two years were devoted to its consideration.*“³⁶

Allerdings macht der drei Jahre **nach** dem Inkrafttreten des BGB geäußerte Kommentar des Amerikaners **Smithers** deutlich, daß sich schon von Beginn an neben der geradezu überschwenglichen positiven Reaktion (besonders bei einer eher oberflächlichen Betrachtung) auch Skepsis und Bedenken mischten, die durch die „Andersartigkeit aufgrund seiner Kompaktheit und Komplexität“ hervorgerufen werde. Zwar sei man vom BGB sehr beeindruckt, weil die verschiedenen Rechtsbereiche systematisch bzw. aufeinander aufbauend aufgeteilt worden seien, nur selten Wiederholungen aufträten, öffentlich-rechtliche Normen nicht zum Inhalt des BGB würden und auch die prozessualen Regeln in einem anderen Gesetzesbuch getrennt geregelt seien. Leider aber -

³⁶ A. P. Higgins, aaO., S. 105

so Smithers - würde dieser Eindruck durch unlogisch und konfus anmutende Themenkomplexe getrübt. Einige Bereiche - wie der des Kaufes - seien derart detailliert normiert und derart eng definiert worden, daß eine dauernde Gültigkeit dieser Paragraphen aufgrund ihrer Spezialität nur schwer anzunehmen sei: *„One is much impressed upon a cursory reading of the whole work by the scope of its general divisions, absence of repetition, and omission of provisions relating to public law and judicial procedure (...). **Some groupings of subjects, however, seem illogical and confusing**“*³⁷

In diesem Zusammenhang fällt jedoch auf, daß Smithers sich nicht die Mühe gemacht hat, Beispiele für diese „unlogisch“ und „konfus“ anmutenden Bereiche zu bringen oder diese Bereiche näher zu untersuchen, um so der Logik und der Ordnung des BGB nachzugehen. Es wird allerdings deutlich, daß Smithers dem BGB eine Gebrauchstauglichkeit für die Praxis nicht zutraute.

Ernest Schuster war seinerzeit Mitglied („*Esquire*“) des *„Lincoln’s Inn“*. *Lincoln’s Inn* ist eine von vier Londoner *„Inns of Court“*, also Anwaltsvereinigungen (*neben Gray’s Inn, Inner Temple, Middle Temple*), die ausschließlich von Berufspraktikern besetzt sind. Diese Gilden waren noch bis ins 19. Jahrhundert hinein für die Ausbildung und die Rekrutierung der Nachwuchsjuristen verantwortlich (im Gegensatz zum kontinentalen Rechtskreis, wo diese Aufgabe von den Universitäten übernommen wurde).

Schuster schrieb in seinem 1907 veröffentlichten Werk über deutsche Rechtsprinzipien³⁸, daß das BGB den perfekten

³⁷ Smithers: „The German Civil Code (Part II)“ in *American Law Register* 51 (1903), S. 14

³⁸ Schuster, Ernest: „The Principles of German Law“ (1907), S. 2 ff.

Versuch darstelle, vorhandenes Recht in eine kodifizierte Form zu gießen. Grundlegend für das Gelingen des deutschen Kodifikationsunternehmens seien die wertvollen, maßgebenden und für das Kodifikationsvorhaben äußerst zweckmäßigen Materialsammlungen gewesen, von denen sich die BGB-Verfasser hätten leiten lassen.

In diesem Zusammenhang meint Schuster auch, daß es für ein Verstehen und Interpretieren der einzelnen BGB-Normen immens wichtig sei, zu wissen, **welchen historischen Ursprung** die zu studierende Norm bzw. das Normgefüge habe. Aus dem BGB selbst ergäben sich nämlich keine allgemeinen Regeln, wie die BGB-Normen zu interpretieren seien. *„(...) (a) kind of assistance in respect of the interpretation of the B.G.B. is provided by the **historical evidence** as to the mode of its production comprised in the publication issued under the title of **Materials of the BGB.**“³⁹*

Mit diesem Wissen um die **Normherkunft** könne – so Schuster – ein Interpretationsversuch gewagt werden, da eine Interpretationsanleitung oder –hilfe für das richtige Verstehen der BGB - Paragraphen im Gesetzbuch nicht zu finden sei⁴⁰.

Die Methode der **wörtlichen Auslegung** sei oft ein weiterer „wertvoller Schlüssel“ zur Auslegung der im BGB verwandten Begriffe. Eine „gefährliche“ Auslegungsmethode, die aus dem Römischen Recht herrühre und nicht selten von den deutschen Gerichten angewandt würde, sei hingegen die Rechtsauslegung über die **Analogiebildung**. Die Gerichte hätten die Möglichkeit, durch eine entsprechende Anwendung von Gesetzen auf ähnlich gelagerte Fälle diejenigen Lücken zu

³⁹ E. Schuster aaO, S.11

⁴⁰ E. Schuster aaO, S.10 f.

schließen, die der Gesetzgeber durch die Nichtregelung gelassen hatte. Eine Rechtsfindungsmethode über eine Analogiebildung sei dem englischen Recht nicht bekannt: „(...) *the methods of expression and definition (...) furnish a valuable clue in many cases. A somewhat **dangerous method of interpretation** derived from Roman law, and not unfrequently carried out by the German Courts, is **the interpretation by analogy**. This method (...) is not in accordance with the English methods of interpretation.*“⁴¹

Ähnlich wie in England - nur öfter - würden die deutschen Gerichte zudem in ihren Entscheidungen die wichtigsten Meinungen aus der Literatur zitieren (herrschende Meinung und die wichtigsten Mindermeinungen). Der Stellenwert der Gelehrten sei generell in Deutschland höher als in England einzustufen („*the authority of textbook writers both as regards the old and the new law is of great importance in Germany*“⁴²), wo in der Regel nur ältere und gefestigte Meinungen von den Gerichten zitiert würden.

Erstaunlich findet Schuster, daß die von den deutschen Gerichten in der Praxis wohl wichtigste Rechtsfindungsmethode, die der englischen Gerichte sei, nämlich die der Herausbildung von Regeln durch die Rechtsprechung. Erstaunlich ist für Schuster insbesondere, weil das deutsche Zivilrechtssystem - theoretisch - die englische Rechtsfindungsmethode bindender Gerichtsentscheidungen nicht kennt. In der Praxis verhält es sich hingegen anders. So habe jede Entscheidung eines höheren Gerichts sehr viel Gewicht und würden auch - ähnlich

⁴¹ E. Schuster aaO, S.11

⁴² aaO., S. 12

wie im anglo-amerikanischen Rechtskreis - veröffentlicht. In nachfolgenden Gerichtentscheidungen würden die Richter sich - wie in England - auf die vorangegangene Entscheidungen der höheren Gerichte berufen. Zwar seien die Entscheidungen der höheren bzw. höchsten Gerichte nicht absolut bindend, jedoch quasi von bindender Natur, da es sich kein seriöser Richter erlauben würde, entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung (bzw. der durch diese aufgestellten Prinzipien) zu entscheiden – zumindest nicht ohne seine entgegenstehende Entscheidung äußerst sorgfältig und substantiiert zu begründen: *„Theoretically the rule of English law, according to which the judgement of any Court establishing any rule of law is conclusive for all co-ordinate and subordinate Courts, is not accepted in Germany (...), but in practice the ruling of any superior Court is of the greatest weight and authority. (...) While they are not absolutely binding, it would not occur to a serious judge to overrule a principle laid down in any superior Court, without giving very substantial reasons for his dissent.“*⁴³

Schuster schlußfolgert, daß es untunlich sei, Kodifikationssysteme wie in Deutschland und Frankreich dem Common Law System mit dem Ziel gegenüber zu stellen, entweder das eine oder das andere System für das bessere zu halten. Dem Common Law System seien nämlich Gesetze ebenso wenig fremd wie dem Kodifikationssystem die Weiterentwicklung des Rechts durch “case law”: *It is not proposed to discuss the advantage of the codified over uncodified law. (...) the persons who in discussing the merits or demerits of the codification oppose codified law to case law, entirely miss the point at issue. A Code like the Code*

⁴³ aaO., S. 12 f.

*Napoléon or the BGB does not replace or hinder the development of case law.*⁴⁴

Es gab jedoch nicht nur anglo-amerikanische Stellungnahmen zum Phänomen, daß es in Deutschland überhaupt zur Kodifizierung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs kommen konnte und wie es angewandt und verstanden werden müsse. Auch sind anglo-amerikanische Stellungnahmen zu finden, in denen man sich mit den Problemen bei der Schaffung und Weiterentwicklung des BGB beschäftigte. Im Vordergrund der anglo-amerikanischen Betrachtung steht hier insbesondere, wie und warum sich die Deutschen entschieden, bestimmte bürgerliche Rechte in das Bürgerliche Gesetzbuch zu integrieren und andere wiederum nicht.

3. Die duale Entwicklung im deutschen Zivilrecht

a. Die Sichtweise Schusters hinsichtlich der Nichteinbeziehung bestimmter Privatrechte ins BGB

In seinem 1896 im nordamerikanischen *Law Quaterly Review* veröffentlichten Artikel über das BGB („*The German Civil Code*“)⁴⁵ untersucht **Schuster**, warum einige bürgerlich-rechtliche Bereiche aus dem BGB ausgeklammert wurden. So werde nicht nur das öffentliche Recht im engeren Sinne ausgeschlossen, sondern z. B. auch privatrechtliche Regelungen bezüglich der Bergwerke und Steinbrüche sowie

⁴⁴ aaO., S. 13

⁴⁵ Ernest Schuster: „The German Civil Code I.“ in L. Q. Review XLV (Januar 1896) S.17 - 35; „The German Civil Code II.“ in JSCL 1 (1896 / 1897), S. 191 - 211;

Regelungen über Zwangsenteignung, Landverteilung, Rückübereignung und ähnliche Rechtsbereiche fänden im BGB keinen Niederschlag; vielmehr seien diese Bereiche in Einzelgesetzen geregelt.

Diese Aufteilung findet Schuster umso bemerkenswerter, als sich das BGB **nicht nur** mit bürgerlichen Rechtsverhältnissen befaßt. Er verweist darauf, daß es die BGB-Verfasser unterließen, bestimmte Rechtsbereiche, die **vor** der BGB-Kodifizierung vom Reichsgesetzgeber verfaßt worden waren, trotz ihres bürgerlich-rechtlichen Charakters in das BGB miteinzubeziehen. Schuster hebt in diesem Zusammenhang das Handelsrecht („*mercantile law*“) besonders hervor. Das Allgemeine Handelsgesetzbuch von 1861 sollte nach einer gründlichen Reform ab 1900 neben dem BGB kumulativ gelten. Auch privatrechtliche Bereiche wie das private Versicherungsrecht sowie die Rechtsregelungen zwischen Autoren und Verlegern (Urheberrecht) seien nicht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden.

Außerhalb des BGB geregelt seien auch Rechte der Verteilung bzw. der Unterteilung von landwirtschaftlichen Flächen (bäuerliches Höferecht) und Forsten, der Nutzung von Flußläufen und künstlichen Wasserstraßen, des Sports sowie viele arbeitsrechtliche Regelungen.

Schuster zeigt indes auch Verständnis für diese Entscheidung der Verfasser des BGB. Die Einbeziehung dieser Privatrechte hätte nämlich dazu geführt, daß das ohnehin schon schwierig zu handhabende BGB **noch komplizierter** in seiner Ausarbeitung und in seiner praktischen Anwendung geworden wäre. Schuster kommt in diesem Zusammenhang zum Schluß, daß die BGB-Verfasser **sinnvoll** verfahren, indem sie die o.g. Rechtsgebiete nicht in das BGB aufnahmen. Entweder hätten

diese Bereiche aufgrund ihrer „Unreife“ und zu erwartender Weiterentwicklung noch nicht in die feste Form einer länderübergreifenden Kodifikation gegossen werden können - oder diese Rechtsgebiete hätten wegen der vorherrschenden besonderen wirtschaftlichen Bedingungen durch die unterschiedlichen Territorien individuell, also auf patikularstaatlicher Ebene, gehandhabt werden müssen.

Jedoch gibt es auch Teilbereiche aus dem Privatrecht, deren Nichteinbeziehung in das BGB bei Schuster auf Unverständnis gestoßen ist.⁴⁶

In diesem Zusammenhang nennt Schuster die Weigerung der „kommunalen bzw. städtischen Autoritäten“ („*municipal authorities*“), bestimmte private Rechte zugunsten der Regelung in einem Einzelgesetz durch den staatlichen Gesetzgeber aufzugeben („*State legislation*“) und damit bestimmte Privatrechtsgebiete dem Einflußbereich des BGB zu entziehen. Schuster fragt sich, warum **örtliche Angelegenheiten** wie z. B. das Verpachten brachliegender Grundbesitzes („*obsolet land tenures*“) und die damit verbundenen feudalen Privilegien **mit einem anderen Maßstab behandelt** werden als etwa die Regelung von Testamentsfragen („*forms of will*“) oder die Rechte der Vormundschaft („*Law of guardianship*“). Schuster macht deutlich, daß die Verfasser des BGB in diesem Punkt mehr Mut hätten zeigen können. Hätten die Verfasser des BGB dem Druck der kommunalen Autoritäten nicht nachgegeben und die o. g. Privatrechte in das BGB integriert, so hätte dies laut Schuster wesentlich zu einer höheren Gebrauchstauglichkeit des BGB beigetragen und gleichzeitig zu mehr Popularität des BGB geführt: „*But the same cannot be said of the numerous*

⁴⁶ E.Schuster in JSCL 1 (1896), S.192 f.

*subjects belonging to private law, which **the municipal authorities refuse to withdraw from the scope of the state legislation. There seems to be no reason why local feeling about obsolete land tenures or feudal privileges should be treated with greater tenderness than local feeling about the forms of wills or the law of guardianship. A bolder mode of procedure would have materially contributed to the usefulness of the code and insured its popularity.***⁴⁷

Die unterschiedliche Behandlung von gleichgearteten Rechtsproblemen führt Schuster also auf die Vielstaaterei im Deutschen Bund bis zur Reichseinheit von 1871⁴⁸ zurück. Aus Sicht des englischen Juristen ist auch die nach der Kodifizierung beibehaltene **unterschiedliche Behandlung der sozialen Schichten** für diese ungleiche Rechtsbehandlung mitverantwortlich. So war es dem Hochadel trotz der Einführung des BGB möglich, in bestimmten Teilbereichen des (bürgerlichen) Privatrechts sich ihr eigenes Recht zu setzen: „(...) *the line of separation is not always geographical only, it also separates the **various strata of the social edifice.*** (...). *In several German States the nobility are under a law of their own.*“⁴⁹

Dieser Zustand hätte zum Teil zu der absurden und unstimmgigen rechtlichen Konsequenz geführt, daß in zwei verschiedenen Staaten zwar auch **verschiedenes** Recht für die „normalen“ Bürger gegolten habe, die adelige Schicht sei jedoch in den verschiedenen Staaten zum Teil **gleich**

⁴⁷ aaO., S. 192

⁴⁸ Das ursprüngliche Deutsche Reich hörte 1806 auf zu existieren. Von den Jahren 1815 - 1871 gab es den Deutschen Bund mit Partikularstaaten. Mit der Reichseinheit von 1871 gingen die Partikularstaaten in den Staatenbund des vereinten Deutschen Reiches über.

⁴⁹ E. Schuster in JSCL 1, S.194

behandelt worden, indem sie die gleichen Privilegien genossen.

Allerdings waren die Schwierigkeiten, die im Zusammenhang mit dieser dualen Entwicklung im deutschen Privatrecht entstanden, schon 1888 bekannt, als die „Motive des Entwurfs für das BGB“ verfaßt wurden. Hierin heißt es:

„Das Privatrecht und das öffentliche Recht haben zahlreiche, mannigfaltig geartete Berührungspunkte. Gewisse Verhältnisse sind „gemischter Natur“. Die Autoren der „Motive“ schlußfolgerten weiter: „Das österreichische G.B. hat den **nicht** nachahmungswerten Versuch gemacht, den **Begriff** des bürgerlichen Rechts **festzustellen**: Mit einer abstrakten, lehrhaften Abgrenzung (...). Bei der Entwerfung des Einführungsgesetzes wird anlässlich der Feststellung des **Herrschaftsbereiches des Bürgerlichen Gesetzbuches** gegenüber den Landesrechten Gelegenheit sein, dieser Frage näher zu treten“.⁵⁰

Es wird deutlich, daß es verschiedene Lösungswege und Vorschläge gab, nach welchem Maßstab bestimmte Privatrechtsgebiete in ein bürgerliches Gesetzbuch einbezogen werden sollten. Eine Möglichkeit war, den Begriff des „bürgerlichen Rechts“ zu definieren. So hätte man bestimmte Gebiete aus dem Privatrecht unter diesen Begriff subsumieren können, während andere Bereiche nicht unter diesen Begriff fielen und daher außerhalb des Gesetzbuches geregelt werden könnten.

Schließlich rang man sich zu folgender Unterteilung durch: Das Privatrecht sollte im BGB, das **Sonderprivatrecht** außerhalb des BGB geregelt werden. So verstand und versteht man das Handelsrecht als das Sonderprivatrecht für

⁵⁰ vgl. Amtliche Ausgabe zu den „Motiven des Entwurfs für das BGB“ (1888), Bd.1, S.10 ff.

Kaufleute, das Wirtschaftsrecht ist Sonderprivatrecht der (gewerblichen) Wirtschaft, das Arbeitsrecht das für unselbständige (abhängige) Arbeiter usw.. Auch das Immaterialgüterrecht, die Urheberrechte und die gewerblichen Schutzrechte (z. B.: Patente und Gewerbemuster) sowie das Privatversicherungsrecht sind als Sonderprivatrechte im oben genannten Sinne zu verstehen.

Trotz dieser recht klar erscheinenden Einteilung in Privatrechte und Sonderprivatrechte und der damit einhergehenden dualen Entwicklung des deutschen Zivilrechts gab und gibt es doch massive Schwierigkeiten bei der „**Kodifikationsauswahl**“.

Vor der Einführung des BGB stand man vor dem Problem, den Interessen der Konservativen, die einen guten Teil alter ständischer und bürokratischer Traditionen behaupteten, zu begegnen – wie Schuster oben deutlich machte. Denn dieser sehr wohlhabenden und einflußreichen Interessengruppe standen diejenigen gegenüber, die vor allem für die „Erfüllung der sozialen Aufgabe des Privatrechts“ einstanden.

Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, daß die Unitarier das Einführungsgesetz des BGB als die „Verlustliste der deutschen Rechtseinheit“ ansahen⁵¹. Auf diese Unstimmigkeit innerhalb des deutschen bürgerlichen Rechts zur Zeit der BGB-Kodifikation ging seinerzeit auch der US-Amerikaner **Freund** ein:

b. Die Sichtweise *Freunds* hinsichtlich der dualen Entwicklung im deutschen Zivilrecht

Der Amerikaner **Ernst Freund** war insgesamt 38 Jahre (1894-1932) an der Universität von Chicago als Professor (unter

⁵¹ vgl.u.a. A.Laufs: „Rechtsentwicklung in Deutschland“, S. 299 f.

anderem unterrichtete er römisches Recht) tätig. Zwar wurde Freund am 30. Januar 1864 in New York geboren, er genoß jedoch eine deutsche Erziehung und Bildung, bevor er wieder in die USA emigrierte. So besuchte er die „Kreuzschule“ in Dresden und ein Gymnasium in Frankfurt am Main. An den Universitäten von Berlin und Heidelberg absolvierte er sein Rechtsstudium. Bereits ein Jahr nach Abschluß seiner juristischen Ausbildung wanderte Freund im Jahre 1885 in die Vereinigten Staaten aus. Von 1886 bis 1894 praktizierte er in New York als Anwalt. Schon ab 1892 lehrte Freund Verwaltungsrecht an der University of Columbia, wo er 1897 seinen Doktorgrad erlangte.

Neben den o. g. universitären Tätigkeiten war Freund als angesehener Rechtsberater für verwaltungsrechtliche Aufgaben bei der Stadtverwaltung von Chicago tätig und wirkte dort sogar als treibende Kraft in legislativen Angelegenheiten mit, indem er bei der Beratung und der Abfassung von Landesgesetzen (Illinois) bzw. deren Reformierung beteiligt war⁵². Freund starb 1932.

In seinem 1898 im *Harvard Law Review* veröffentlichten Aufsatz „*The New German Civil Code*“⁵³ stellt **Freund** klar, daß das Inkrafttreten des BGB keinen klaren Übergang vom nicht kodifizierten zum kodifizierten Recht markiere. Vielmehr stellte sich für Freund die Gesetzeslage im Deutschen Reich **vor** dem Inkrafttreten des BGB als ein heilloses Chaos von in verschiedenen deutschen Regionen geltenden gesetzlichen Systemen dar. Dieses Chaos sei insbesondere dadurch verursacht worden, daß allgemein gültiges Recht („*Common*

⁵² Aus dem Vorwort (Francis A. Allen) des Werkes von Ernst Freund: „Standards of American Legislation“, 1917, 1967, S. IX - XV

⁵³ Freund, E.: „The New German Civil Code“ in *Harvard Law Review* (HLR) 13 (1899 / 1900), S. 627 ff. (630)

Law“) von unterschiedlichsten Einzelstatuten der Partikularstaaten abgelöst worden seien: „*In many (...) places, local statutes and customs had partly superseded [sc.: ablösen bzw. ersetzen] the common law, producing in some matters a **perfect chaos of legal systems.***“

Das deutsche Gewohnheitsrecht⁵⁴ habe auf die in den verschiedenen unabhängigen Ländern geltenden unterschiedlichen Gesetze abgestimmt werden müssen, was praktisch jedoch unmöglich war. Freund beruft sich in seinen Ausführungen unter anderem auf einen Bericht, der im Rahmen der Feier zur Fertigstellung des BGB im Jahre 1896 von der deutschen Regierung dem Reichstag vorgelegt wurde. Eine Quelle für dieses „*Memorial presented by the German Government*“⁵⁵ nennt Freund leider nicht. Laut dieses Berichts gesellten sich zu den größeren Gesetzeswerken⁵⁶ noch ca. 30 weitere wichtige (Regional-) Kodifikationen. Wie schon seinem Kollegen Schuster ist auch Freund aufgefallen, daß diese **Unübersichtlichkeit** nicht nur geographische, sondern **auch sprachliche Gründe** hatte und so zu einer **Rechtsteilung** führte: Freund legt unter Berufung auf den oben genannten Bericht dar, daß für 33 % der Deutschen das Recht in lateinischer und für 14 % in französischer Sprache abgefasst war. Den BGB-Verfassern fiel demnach auch die Aufgabe zu, die sprachlichen Unterschiede anzupassen.

Freunds Zeitgenosse **Schuster** macht das in Deutschland des 19. Jahrhunderts vorherrschende Rechtschaos an einem

⁵⁴ Das deutsche Gewohnheitsrecht setzte sich nach der Überzeugung von Freund aus römischem Recht zusammen, welches durch germanische Rechtsinstitutionen, Gewohnheiten und Sitten und Statuten „modernisiert“ wurde.

⁵⁵ Freund: aaO., S. 627

⁵⁶ Die einflußreichsten Kodifikationen sind für Freund (aaO, S.1) das Preußische Landrecht (1794), welches im größten Teil Preußens seine Geltung entfaltete, das Sächsische Recht (1863) und der Code Napoléon (1804), der vor dem Inkrafttreten des BGB in den Gebieten westlich des Rheins und in Baden galt.

Beispiel deutlich: So hätte es in Bayern damals vorkommen können, daß zwei Grenzverläufe ein Haus teilten, und zwar dergestalt, daß auf einer Grundfläche drei unterschiedliche Landeszugehörigkeiten entstanden. Folglich sei es zu dieser Zeit möglich gewesen, daß drei Personen desselben Haushaltes in drei unterschiedlichen Räumen starben und in der Folge sich die erbrechtlichen Angelegenheiten nach drei unterschiedlichen Rechtssystemen richtete: *„It may happen (...) that two boundary lines divide one building into three parts; and a story is told of a town in Bavaria in which the several estate of the three persons respectively dying in different rooms of one house may have to be administered according to three separate systems; moreover the line of separation is not always geographical only, it separates the various strata of the social edifice“*.⁵⁷

Weitergehend nimmt auch Freund zur Entscheidung der BGB-Verfasser Stellung, bestimmte private Rechtsverhältnisse und –regeln nicht in das BGB aufzunehmen, sondern sie separat, also außerhalb des BGB, zu statuieren („*separate Statutes*“). Freund gewann hinsichtlich der systematischen Trennung der handelsrechtlichen Normengruppen den Eindruck, daß in erster Linie die wichtigsten handelsrechtlichen Regelungen getrennt in Sondervorschriften festgehalten wurden. Nur die **generell** gültigen handelsrechtlichen Vorschriften hätten ihren Niederschlag im **BGB** gefunden. Allerdings sei diese Vorgehensweise uneinheitlich und unsystematisch, wenn einerseits die allgemeinen Vorschriften über **Personengesellschaften** im BGB, jedoch die allgemeinen Vorschriften über die **Kapitalgesellschaften** und die **öffentlich-rechtlichen Körperschaften** bzw.

⁵⁷ Schuster in LQR XLV, S. 26

Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand („*Business und Public Corporations*“) **nicht im BGB, sondern im HGB, geregelt** seien. Denn die Organisation dieser letztgenannten Gesellschaften sowie die Manifestierung des diesen Gesellschaften zukommenden sozialen Charakters hätten aus Gründen der Rechteinheitlichkeit besser in das **BGB** aufgenommen werden sollen.

Das gleiche gelte für Besitz- und Eigentumsrechte. In vielen wichtigen Entscheidungsfragen seien diese Rechte dem lokalen Gesetzgeber vorbehalten geblieben, was gerade im Widerspruch zu der 1873 vereinbarten Reichseinheit und der damit einhergehenden bzw. angestrebten Rechtseinheit stand (*"Federal power of legislation over the entire civil law, the criminal law and procedure"*⁵⁸). Denn: Diese Art der staatlichen Machtkonzentration war sogar durch das Gesetz vom 30. Dezember 1873 manifestiert worden. Erstaunt äußert sich Freund darüber, daß ausgerechnet das Familien- und Erbrecht eine nahezu vollständige Regelung⁵⁹ innerhalb des BGB erfahren hatte, also nicht - wie so oft - durch Spezialvorschriften ergänzt und vervollständigt wurden.

Freund resümiert, daß die deutschen BGB-Verfasser diese Vorschriftentrennung (das Überlassen bestimmter Problemfelder an den Landesgesetzgeber) nicht vornehmlich aus Vereinfachungs- und Klarheitsgründen vorgenommen hätten, sondern schlicht sehr schwierigen und diskussionswürdigen Themen aus dem Wege gegangen seien. Die Verfasser des BGB hätten sich also in einigen sehr wichtigen Entscheidungsfeldern ihrer eigentlichen

⁵⁸ Freund in Harvard Law Review 13 (1899/ 1900), S.627 ff. (628)

⁵⁹ ein wichtiges Ausnahmebeispiel zu erbrechtlichen Sonderfällen findet sich im Rahmen der Fideikommissionregelung bei dem Gräflichen und Fürstlichen Hausgesetz von 1815

Verantwortung, gerade die heiklen Rechtsangelegenheiten ein für allemal festzuschreiben, entzogen⁶⁰.

Im Zusammenhang mit dieser dualen Entwicklung des deutschen Privatrechts gibt es jedoch einen Rechtsbereich, der in der anglo-amerikanischen Literatur besonders kritisch betrachtet wird. Hierbei handelt es sich weniger um ein einzelnes Spezialgesetz. Vielmehr geht es um **Sondergesetze**, die den **Haftungsmaßstab der Gefährdungshaftung beinhalten**. Hier wird eine Ausnahme vom Prinzip der Verschuldenshaftung gemacht, indem auch derjenige in den besonderen Haftungsbereich gezogen werden kann, der **ohne** Verschulden gehandelt hat.

⁶⁰ Freund in Harvard L. R. 13 (1899/ 1900), S.627 ff. (636)

2.Kapitel:

Die Auslagerung der Gefährdungshaftung in Spezialgesetze außerhalb des BGB und deren Handhabung durch die Gerichte aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur

1. Biographische Daten von F. H. Lawson und B. S. Markesinis sowie ihre allgemeinen Anmerkungen zur Entwicklung der deutschen Gefährdungshaftung innerhalb des deutschen Deliktsrechts

In seiner kritischen Analyse des kontinentalen Zivilrechts bezieht **F. H. Lawson**⁶¹ im Jahre 1953 auch Stellung zur verschärften Haftung im deutschen Deliktsrecht.

Der 1897 in England (Leeds) geborene Frederick Harry Lawson absolvierte in Oxford das juristische Studium und lehrte gut 40 Jahre an derselben Universität, unter anderem im Fach der Rechtsvergleichung. Sein Interesse für den deutschen Rechtskreis rührte vor allem aus seiner fachlichen Ausrichtung auf die römische und die kontinentaleuropäische Rechtsgeschichte her.⁶²

Werfe ein Angehöriger des Common Law-Rechtskreises einen Blick auf § 823 BGB, also „den führenden Paragraphen im deutschen Deliktsrecht“, dann – so Lawson - entstehe der Eindruck, daß es im deutschen Deliktsrecht **keine verschärfte**

⁶¹ F. H. Lawson in „A Common Lawyer looks at the Civil Law“, 1953; S.58 f.

⁶² vgl. dazu „Biographical Note“ in F. H. Lawson: „Many Laws – Selected Essays, Vol.I (1977), S.XIII

Haftung („strict liability“) gebe. Denn der dort vorzufindende Grundsatz der **Verschuldenshaftung** sei klar umrissen und schreibe vorsätzlich oder fahrlässig schuldhaftes Verhalten als **Voraussetzung** für eine Haftung vor: *„If you look at paragraph 823 of the Code, (...) you will find that it bases liability squarely on fault, i. e., on intent or negligence. You would jump to the conclusion that there is no strict liability in German law (...).“*⁶³

Auch der englische Rechtsprofessor **Basil Spiros Markesinis**, der sich zweifellos am intensivsten und differenziertesten in seinen zahlreichen rechtsvergleichenden Arbeiten mit dem deutschen Zivilrecht auseinandergesetzt hat, hat sich mit der Entwicklung des deutschen Gefährdungshaftungssystems befaßt.

Basil Spiros Markesinis⁶⁴ ist zwar in Athen geboren und auch zum Teil dort aufgewachsen. Er studierte jedoch neben dem kontinentalen auch das englische Recht und bekam 1965 die englische Anwaltszulassung (Legal Law Barrister) und drei Jahre später den juristischen Doktorgrad (Athen) verliehen. Zwei Jahre später folgte der englische Doktorgrad (PhD/ Cambridge). Basil Markesinis erhielt zudem als erster einen Lehrstuhl für Europäisches Recht an der Oxford University, wo er bis heute sein „Institute for Advanced Study of European and Comparative Law“ leitet. Auch in Holland (Leiden) leitet Markesinis ein Institut (Institute of Anglo-American Law). Der englische Richter (Master of the Rolls) am Royal Courts of Justice, **Lord Woolf**, bemerkte zu dieser doppelten leitenden Funktion, daß sie wohl die Strategie Markesinis widerspiegele,

⁶³ Lawson, aaO., S. 59

⁶⁴ Vgl. hierzu die Internet-Seiten „Faculty and Senior Lecturers“ vom 14.09.1999 der Universität von Texas, wo Markesinis 1998 einige Vorlesungen hielt; <http://www.utexas.edu/law/faculty/bios/fulfact.html>

nämlich daß er auf dem Kontinent das *Common Law* und auf der englischen Insel das kontinentaleuropäische Recht der Forschung näherbringen wolle.⁶⁵

Markesinis stellt fest, daß ursprünglich das deutsche Recht – wie das französische Recht – einer langen Rechtstradition folgend⁶⁶ auf dem Verschuldensgrundsatz aufgebaut war. So wurde jemand mit der Schadensersatzpflicht nur dann belastet, wenn er als selbstverantwortlich handelndes Individuum auf vorwerfbare Weise allgemeine Sorgfaltsgebote verletzte, also als „böser Mensch“ für dasjenige zahlen müsse, was er angerichtet habe.

Allerdings sei insbesondere gegen Ende des 19. Jahrhunderts auch genau die **Kehrseite** des Verschuldensprinzips aus vornehmlich wirtschaftlichen Gründen von Juristen vertreten worden: *Tort liability was in Germany traditionally based on fault. (...). Apart from history, logic (in the nineteenth century) also dictated – and dictates – that „bad“ people must pay for the harm they cause (...). But during the nineteenth century – especially the latter half – the **reverse** of this proposition was also advocated by many lawyers: if there was a **fault** there should be **no liability and the loss should be lie where it fell.***⁶⁷

Für die Verfasser des **BGB** im 19. Jahrhundert sei es jedoch nach Meinung von *Markesinis* zuviel verlangt gewesen, einen Grundsatz, der das 19. Jahrhundert beherrschte, zu ändern

⁶⁵ Lord Woolf im Vorwort zu „Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis“ (1997) von B. S. *Markesinis*

⁶⁶ *Markesinis* führt hier die *Lex Aquilia* und das aus dem *Römischen Recht* herrührende *Gemeine Recht* sowie das *Allgemeine Preußische Landrecht* an; aaO., S. 693

⁶⁷ *Markesinis* aaO, S. 693

und damit die Schwächen des BGB an dieser Stelle schon im voraus zu beseitigen, indem man den „neuen“ Ansatz in das BGB integrierte: (...) *it would be asking **too much** of the nineteenth century **draftsmen of the German Civil Code** to see the **weaknesses** of the proposition that there can be no liability where there is no fault. The nineteenth century was the century when the **fault rule reigned supreme.***“

Dennoch seien es innerhalb Europas **die Deutschen** gewesen, die den **juristischen Durchbruch in bezug auf die Einschränkung des Verschuldensgrundsatzes** schafften, indem das deutsche Parlament einige spezielle und sehr wichtige Gesetze erließ, in denen die Gefährdungshaftung als Haftungsmaßstab herangezogen wurde: „(...) *during the latter part of the nineteenth century the German Parliament had enacted a **number of specific but important statutes which introduced risk liability** („Gefährdungshaftung“). So if there was one national legislator in Europe at that time [sc.: das ausgehende 19. Jahrhundert] that has realized the **limitations** on the fault principle, it was the German.*“⁶⁸

Die anglo-amerikanische Betrachtung des deutschen Systems der Gefährdungshaftung wird allerdings erst vor dem Hintergrund der in England und den USA vertretenen Lösungswege deutlich.

⁶⁸ Markesinis, aaO., S. 694

2. Das englische (a.) und das nordamerikanische (b.) System der verschuldenslosen Haftung vor dem Hintergrund der deutschen Lösung

a. Das englische System der verschuldenslosen Haftung

Das **englische Recht** kennt nur wenige Gefährdungshaftungstatbestände. Der Rechtsgedanke der Haftung ohne Verschulden läßt ansonsten allerdings das englische Deliktsrecht unberührt, was allerdings oft kritisiert wurde und Gegenstand einiger Rechtsausschüsse wie z. B. des *Pearson Committee* war, wie **Markesinis** betont: *English Common law has experienced some difficulty in abandoning the idea that where there is no fault there can be no liability. The position is considered by many to be unsatisfactory; and the Pearson Committee recommended that strict liability should be introduced in a number of areas of tort law. (...) in English law strict liability can only be found in a limited number of statutes.*⁶⁹

Einfach strukturiert und unproblematisch sind z. B. *The Nuclear Act* von 1959 oder auch der *Animal Act* von 1971.

Die wohl bekannteste Entscheidung aus dem englischen Haftungsrecht ist eine Entscheidung des *House of Lords* aus dem Jahre 1868 – nämlich die „**Rylands v. Fletcher**“ - **Entscheidung**⁷⁰.

Damals ließ der Beklagte auf seinem Grundstück Wasser in einem Reservoir stauen, um eine Mühle antreiben zu können. Am Rand des Reservoirs befanden sich allerdings mit Erde aufgefüllte Kohlschächte, von deren Existenz weder der

⁶⁹ Markesinis, aaO., S. 694

⁷⁰ Instanzenzug in Sachen *Ryland v. Fletcher*: 1865: *Court of Exchequer* 3 H. & C. 774; 159 ER 737; 1866: *Court of Exchequer Chamber* L. R. 1. Ex. 265, 279 f.; 1868: *House of Lords* LR 3 HL 330

Beklagte noch der Kläger etwas wußten. Die Schächte standen in unterirdischer Verbindung mit dem Nachbargrundstück des Klägers und den Schächten des Kohlebergwerks, das er dort betrieb. Als der Beklagte Wasser in den ausgehobenen Stauteich ließ, sickerte das Wasser sofort durch die unterirdischen Schächte und überflutete das benachbarte Bergwerk. Dem Beklagten konnte bei seinem Vorgehen **kein Verschulden** nachgewiesen werden. **Dennoch** verurteilte ihn das Gericht zur Entrichtung von **Schadensersatz**, obwohl unter diesen Fall kein Deliktstatbestand subsumiert werden konnte. Jedoch stellte das Gericht einen neuen und bahnbrechenden Rechtssatz auf. In dieser „*Rylands-Fletcher-Rule*“ heißt es: „*Anyone who in the course of „non-natural“ use of his land „accumulates“ thereon for his own purposes anything likely to do mischief if it escapes, is answerable for all direct damage thereby caused.*“ Der zuständige Richter **Blackburn** machte in der zweiten Instanz (*Court of Exchequer Chamber*) zur analogen Anwendung und Ausweitung der bestehenden Haftungstatbestände umfassende Ausführungen. Vor allem sei es im Sinne des bestehenden Rechts („*true rule of law*“), wenn jemand, der mit Absicht etwas auf sein Grundstück verbringt und es dort lagert oder sonst wie aufbewahrt, dies auf eigene Gefahr hin tun müsse. Falls sich dieses „Etwas“ auf die Nachbarschaft ausbreite und zudem **geeignet** sei, dort Unheil anzurichten und es auch tut, werde der Grundstückseigentümer aufgrund des Augenscheins („*prima facie*“) zur Verantwortung gezogen. Er werde für jeden Schaden haftbar gemacht, der im Zusammenhang mit der Ausbreitung des Stoffes auf dem Nachbargrundstück entstehe. Hierbei muß es sich also um einen Stoff handeln, der generell geeignet ist, Unheil anzurichten, wenn er sich in der

Umgebung bzw. auf einem Nachbargrundstück ausbreitet:
„We think that **the true rule of law** is, that the person who **for his own purposes** brings on his lands and collects and keeps there anything likely to do mischief if it must keep it in his peril [sc.: auf eigene Gefahr hin schützend aufbewahren], and if he does **not** do so, is **prima facie answerable for all damage** which is the natural damage of its escape.“⁷¹

Diese Haftungsregel sei letztlich auch durchaus vernünftig und gerecht – so Richter Blackburn: „It seem but reasonable and just that the neighbour, who has **brought** something on his own property which has not been naturally there, harmless so long as it is confined to his own property (...), if it get on his neighbour's, should be obliged to make good the damage which ensues if he does not succeed in confining it to his own property.“⁷²

Ähnliche Fälle müßten nach derselben gerechten Haftungsregel behandelt werden. So müsse derjenige, der sein Vieh von seinem Grundstück „fliehen läßt“, für den Schaden einstehen, den das Vieh auf dem Nachbargrundstück anrichte. Das gleiche – so Richter Blackburn – gelte für das schuldlose Entweichenlassen giftiger Dämpfe, die die Gesundheit der Nachbarn beeinträchtigen oder auch das Erzeugen extremer Geräuschmissionen durch Arbeiten auf dem eigenen Grundstück.⁷³ Im Ergebnis müsse derjenige, der etwas auf sein Grundstück bringe, auch dafür Sorge tragen, daß es dort (und nur dort) bleibt.

Das *House of Lords* fügte zwei Jahre später (1868) in der nächsten Instanz hinzu, daß nicht nur das Verbringen, sondern vor allem die **Lagerung** eines „Stoffes“ im oben genannten

⁷¹ Ryland v. Fletcher (1866) / Court of Exchequer Chamber L.R. 1.Ex. 265, 279 f.

⁷² Ryland v. Fletcher (1866) L. R. 1.Ex. 265, 279 f.

⁷³ Ryland v. Fletcher (1866) L. R. 1.Ex. 265, 280

Sinne als eine „**unnatürliche**“ Nutzung des Grundstücks angesehen werden müsse⁷⁴, was schließlich die verschärfte verschuldenslose Haftung rechtfertige.

In ihrem Lehrbuch über das englische Deliktsrecht bezeichnen **Markesinis** und **Deakin** die Ausführungen des Richter Blackburn in den Entscheidungsgründen des *Rylands-Fletcher*-Falles als bewundernswert **einfach** und **klar**. Dieses Gerichtsurteil stelle ein nicht sehr häufig anzutreffendes hervorragendes Beispiel für eine „kreative Verallgemeinerung“ dar („*creative generalisation*“⁷⁵). So wurde der o. g. Rechtsgrundsatz tatsächlich in späteren Gerichtsurteilen, in denen es auch um verschuldenslose Haftung ging, herangezogen:

Neben dem (verschuldenslosen) Entweichenlassen von **Wasser**, wie im *Rylands-Fletcher*-Fall, wurde eine Ersatzpflicht gemäß der *Rylands-Fletcher*-Regel auch in Fällen zugesprochen, in denen **Elektrizität**⁷⁶ (entschieden im Jahr 1893) freigesetzt wurde oder es 1921 in einer Chemiefabrik zu **Explosionen**⁷⁷ kam, so daß ein benachbarter Fischhandelsbetrieb einen Schaden erlitt. Im Jahre 1923 wurde der betreffende Rechtsgrundsatz der verschärfen Haftung in einem Fall, in dem heftige **Erschütterungen**⁷⁸ einen Schaden auf dem Nachbargrundstück anrichteten, angewandt und 16 Jahre später (1939) in einem Rechtsstreit, in dem es um ausgelaufenes **Öl**⁷⁹ ging, das einen Schaden in der Umgebung angerichtet hatte.

⁷⁴ Ryland v. Fletcher (1868) L. R. 3 H. L. 330

⁷⁵ Markesinis / Deakin: Tort Law (1999), S. 494

⁷⁶ National Telephone Co. v. Baker (1893) 2 Ch. 186.14.222

⁷⁷ Rainbam Chemikal Works v. Belvedere Fish Guano Co. (1921) 2 AC 465

⁷⁸ Hoare & Co. v. McAlpine (1923) 1 Ch. 89

⁷⁹ Mulholland & Tedd Ltd. v. Baker (1939) 3 All ER 253

Zwar steht fest, daß der *Rylands-Fletcher*-Grundsatz aufgrund seines Generalklausel-Charakters eine der bahnbrechendsten Regeln im anglo-amerikanischen Rechtskreis darstellt. Allerdings stieß der Wirkungskreis dieses Grundsatzes in England an seine Grenzen. So ist, wie oben gezeigt, ein **Verschulden** des Beklagten **nicht erforderlich**; jedoch muß der Beklagte beim Verbringen bzw. Lagern des betreffenden Stoffes aus Sicht eines vernünftigen Betrachters **vorhersehen** können, daß der Stoff „generell **geeignet**“ ist, „durch sein Ausbrechen“ Schäden beim Nachbarn zu verursachen.

In einer Grundsatzentscheidung von 1994 – der sog. „**Cambridge Water**“- **Entscheidung**⁸⁰ - wird diese (neue) Einschränkung besonders deutlich: Hier hatte die Beklagte seit 1976 in ihrer Gerberei bei der Entfettung von Tierhäuten eine Chemikalie verwendet, die bei den Arbeitsvorgängen jeweils in kleinen Mengen verschüttet wurde und in den Boden sickerte. Der chemische Stoff gelangte nach und nach bis zum 50 m tiefer liegenden Grundwasserreservoir, das sich über 2 km horizontal ausbreitete und von dem der Kläger über ein Bohrloch Trinkwasser gewann. Der Kläger erhob eine Schadensersatzklage in Höhe von rund 1 Mio. Pfund und behauptete, daß die Beklagte das Trinkwasser verseucht habe. Dennoch wies **Lord Goff** als zuständiger Richter des *High Court* die Klage ab. Er führte aus, daß die Beklagte nicht hätte vorhersehen können, daß das Verschütten derart kleiner Mengen von Chemikalien den oben beschriebenen Schaden anrichten konnte. Damit sei die **Voraussetzung des „foreseeable damage“** im Rahmen der „*Rylands-Fletcher-rule*“ **nicht erfüllt**.

Bemerkenswert ist, daß Lord Goff in seinen Entscheidungsgründen darauf hingewiesen hat, daß das

⁸⁰ Cambridge Water Company v. Eastern Countries plc (1994) 2 WLR 53

Ergebnis der Entscheidung unbefriedigend sei. Er empfahl die Einführung eines Spezialtatbestandes durch die Legislative. Hierdurch könnten die Richter präzise Haftungskriterien erhalten, die sowohl das Wirkungsgebiet als auch den Wirkungskreis festlegten: „(...) *specific statute to lay down precise criteria and the incidence and scope of such liability*“.⁸¹

b. Das nordamerikanische System der verschuldenslosen Haftung

Auch in den **USA** hat sich der von der „*Rylands v. Fletcher*“-Entscheidung ausgehende Grundgedanke durchgesetzt, daß eine Haftung ohne Verschulden möglich ist. Allerdings ist hier – im Gegensatz zum englischen Haftungsrecht – die Tendenz hin zu einer eher **weiten und fortschrittlicheren** Auslegung dieser Leitentscheidung auszumachen. Dieser Lösungsweg sei auch im Vergleich zum englischen Recht die interessantere Alternative – so **Markesinis**: „*As it is often the case, the position in the United States is much more interesting and, indeed, advanced than it is in England.*“⁸²

Der *Ryland-Fletcher*-Grundsatz wurde übernommen und mit nordamerikanischen Elementen kombiniert. Das Ergebnis war – wie **Markesinis** und **Deakin** in ihrem Buch über das Deliktsrecht des *Common Law*-Rechtskreises anmerken - eine (im Gegensatz zu England) moderne Lehre von der Haftung für außergewöhnlich gefährliche Tätigkeiten. Der englische Grundsatz diene also – wie so oft - als „Saatkorn“ für die Entwicklung eines neuen Grundsatzes, der mit Hilfe

⁸¹ Cambridge Water 2 WLR 53, 80

⁸² Markesinis: „Notes to the Strict Liability Act“ in „German Law of Tort“ (1994), S.866 ff.

landeseigener Regeln „zur vollen Blüte“ gebracht werden konnte: „*Not for the first time an English seed was borrowed by America, combined with indigenous elements [sc.: einheimische (Rechts-)Elemente] , and brought the full bloom under the doctrine of liability for extra-hazardous activities.*“⁸³

Als eigenes Element des Rechtskreises der Vereinigten Staaten für den Ausbau einer **strikten Haftung** für besonders gefährliche Tätigkeiten steht der Tatbestand der „*nuisance*“ (*tort of nuisance*) an erster Stelle. Der Tatbestand **Tort of nuisance** dient grundsätzlich bei Fällen von öffentlichem Ärgernis oder schädlichen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück wie z. B. Geräuschimmissionen als Anspruchsgrundlage.

Diesem Deliktstatbestand wurde sowohl in England als auch in den USA mehr und mehr ein generalklauselartiger Charakter zugesprochen. Allerdings schützte dieser Tatbestand in den USA zusehens vor schädlicher Einwirkung durch plötzlich eintretende Ereignisse, wie z. B. Explosionen und Sprengungen – wie der amerikanische Rechtsprofessor **Prossner** schon im Jahr 1932 anmerkte.⁸⁴

Die **flexible** Anwendung des *Rylands-Fletcher*-Grundsatzes nach dessen Rezeption in den Vereinigten Staaten werde besonders deutlich, wenn man die variable Anwendung in den verschiedenen Staaten betrachte. **Prossner**⁸⁵, aber auch **Markesinis**⁸⁶, fällt auf, daß es aufgrund der unterschiedlichen sozial-ökonomischen, geographischen und klimatischen Bedingungen in den Einzelstaaten eine **unterschiedliche** Anwendung des betreffenden Grundsatzes gegeben habe.

⁸³ Markesinis / Deakin: „Tort Law“ (1999), S. 504

⁸⁴ Prosser: „Nuisance without Fault“ in Texas Law Review 20 (1932), S. 399

⁸⁵ Prossner: aaO., S. 399; Markesinis: „Notes to the Strict Liability Act“ in „German Law of Tort“ (1994), S. 867

⁸⁶ Markesinis: „Notes (...)“, S. 867, 868

Markesinis bezieht sich hier auf die im nordamerikanischen Rechtskreis sehr bekannte Entscheidung „*Turner v. Big Lake Oil Co.*“ aus dem Jahre 1936, in der es um einen erheblichen Schaden ging, den die beklagte Ölfirma durch ein bei ihr ausgelaufenes **Salzwasser**-Becken beim Kläger verursacht hatte. Salzwasser ist nämlich ein notwendiges Nebenprodukt bei der Ölproduktion.

Die Schlüsselfrage war in diesem Rechtsstreit, ob die *Rylands-Fletcher*-Regel hier angewandt werden konnte, was in bezug auf die augenscheinlich ähnliche Fallkonstellation auf den ersten Blick bejaht werden mußte.

Das texanische Gericht machte jedoch beziehend auf die *Rylands-Fletcher*-Entscheidung und die dort genannte Voraussetzung der „**unnatürlichen**“ **Lagerung** bzw. Nutzung eines Stoffes auf einem Grundstück folgendes deutlich:

In einem so regenreichen Gebiet wie England sei die Lagerung bzw. Aufstauung von Wasser eher ungewöhnlich, da es ja jederzeit und überall davon ausreichend gäbe wie z. B. in den zahllosen Flüssen, die das Land durchziehen würden. In den zum Teil sehr trockenen Gebieten der USA – besonders in Texas westlich des 98. Längengrades - sei es dagegen mangels natürlicher Wasserreservoirs nicht ungewöhnlich, Wasser aufzustauen. Folglich sei ein Schaden, der durch die „unnatürliche Wasserstauung“ in England ausgelöst werde, von demjenigen (auch schuldlos) Handelnden zu tragen, der das Wasser gestaut habe. Anders sei es aber in weiten Teilen von Texas. Auf eine „Öllagerung“ bezogen bedeute dies, daß in Texas – im Gegensatz zu England – es eine „**natürliche** Lagerung“ sei (insbesondere die Salzwasserlagerung in der Ölindustrie ist in diesem Sinne als eine „natürliche“ Wasserstauung anzusehen), so daß der *Rylands-Fletcher*-Grundsatz **in diesem Staat** diesbezüglich **nicht** angewandt

werden könne: *England is a pluvial [sc.: verregnet] country, where constant streams and abundant rains makes the storage of water **unnecessary** (...). (...) in Rylands v. Fletcher the use of land was an **unnatural** use (...). (...) and for that reason applied the rule of **absolute liability**. (...).*

*In Texas we have conditions very different from those which obtain in England (...). (...). The country is almost without streams; and without the storage of water **from rainfall** in basins constructed **for this purpose** (...). Again in **England** the are **no** oil wells (...). **Texas** has many great oil fields (...). Producing oil is one of our major industries. One of the by products is **salt water** (...). **The construction of basins (...) to hold this salt water is a necessary part of the oil business.**⁸⁷*

Die Klage wurde demnach von dem texanischen Gericht abgewiesen, da der Beklagten im übrigen auch kein Verschulden nachzuweisen war.

3. Die Entwicklung der Gefährdungshaftung und ihre Auslagerung in Spezialgesetze aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur

a. Anglo-amerikanische Stellungnahmen zu den Anfängen der Gefährdungshaftung in Deutschland

Hohes Lob zollt **Markesinis** dem Preußischen Eisenbahnhaftungsgesetz von 1838, das in das ebenso

⁸⁷ Markesinis: „Notes to the Strict Liability Act“ in „German Law of Tort“(1994), S. 867

ausgewogene und in seiner Substanz extrem langlebige Reichshaftpflichtgesetz⁸⁸ einfloß, welches zeitgleich mit der Reichseinheit 1871 in Kraft trat. Dieses Gesetz sah eine Entschädigung für diejenigen Personen vor, die bei - oder in Verbindung mit - dem Betrieb der neu eingerichteten Reichsbahn einen körperlichen Schaden oder sogar den Tod erleiden mußten. Ein Verschulden von Seiten des Eisenbahnbetreibers war in diesem Zusammenhang nicht vorgesehen. Wegen seines hohen Grades an systematischer Logik, Geschlossenheit und Gerechtigkeit fand es Anerkennung im Ausland, besonders unter den anglo-amerikanischen Juristen⁸⁹: „*This legislation made **the first serious inroad in a civil law county on the principle of no liability without fault***“.⁹⁰ Denn erstmals wurde mit dem Reichshaftungsgesetz (RHG) vom 7. Juni 1871 kodifiziert, daß der Verschuldensgrundsatz von einer verschuldensunabhängigen Haftungsregel „eliminiert“⁹¹ werden konnte.

Die beiden amerikanischen Harvard-Professoren **A. T. von Mehren und J. R. Godley** merken in ihrem Aufsatz „*The Handling of the Problem of Manufacturing and Automobile Accidents in Germany*“⁹² an, daß nur mit Hilfe der Reichseinheit von 1871 die überregionale Akzeptanz des neuen Prinzips der verschuldenslosen Haftung erfolgreich eingeführt werden konnte. So habe es zwar mit der Einführung

⁸⁸ Erst mit dem Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 16.8.1977 ist das heute noch geltende **Haftpflichtgesetz** am 1.1.1978 in Kraft getreten

⁸⁹ Markesinis aaO, S. 696

⁹⁰ Lawson: „Negligence in the Civil Law“, S. 45; Von Mehren: „Civil Law System“ (1957), S. 416; Von Mehren / Godley: „The Civil Law System“ (1977), S. 691

⁹¹ N. Forster: „German Law and Legal System“, S. 232

⁹² Von Mehren / Godley: „The Civil Law System“ (1977), S. 690 ff.

des § 25 des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen bereits im Jahr 1838 den ersten Versuch gegeben, ein neues Verschuldensprinzip zu etablieren. Auch sei dieses Gesetz ausreichend systematisch gewesen. Allerdings - so von Mehren / Godeley⁹³ - beschränkte sich der Wirkungskreis dieses Gesetzes, das vom preußischen Justizministerium und der preußischen Staatskanzlei initiiert wurde, allein auf das preußische Gebiet. Andere Länder sowie die deutschen Gelehrten und die Verfechter des Gemeinen Rechts „ignorierten“ diesen neuen, revolutionären Verschuldensgrundsatz: „(...) *the statute* [sc.: Art. 25 PreußEisenbahnG] *was enacted solely because of the efforts of the Prussian Council of State and the Ministry of Justice. Even its enactment, both the exponents of the Gemeine Recht and the scholars (...) ignored it (...).*“⁹⁴

Lawson deutet in diesem Zusammenhang an, daß sich die verschuldenslose Haftung wohl aus zwei Gründen nicht sogleich nach 1838 durchsetzte. Zum einen hatte das Industriezeitalter gerade erst begonnen und zum anderen hätten zu dieser Zeit noch die Großgrundbesitzer und nicht die Industriellen das Sagen gehabt: „*for the Industrial Revolution had hardly begun in Prussia by that date and power was still in the hands of the landowning class.*“⁹⁵

Nach der Reichseinheit wurde man sich schnell darüber klar, daß das ganze Reich - einheitlich - auf die rasanten Entwicklungen in der Industrie des 19. und 20. Jahrhunderts und die mit diesem Fortschritt verbundenen Gefahren

⁹³ aaO., S. 691

⁹⁴ aaO., S. 691: Die nordamerikanischen Juristen berufen sich hierbei auf das Werk „Die Haftung ohne Verschulden“ aus dem Jahre 1933 (S. 29 f.) vom deutschen Juristen R. Bienenfeld

⁹⁵ Lawson: „Negligence in Civil Law“, S. 45

reagieren mußte und nun doch Ausnahmen vom Grundsatz der Verschuldenshaftung zugelassen werden mußten: „*Only after unification was a general exception to the fault principle applied to railroad accidents throughout Germany.*“⁹⁶ Die ersten schweren durch Automobile verursachten Unfälle initiierten erste Bemühungen der Deutschen, das Verschuldensprinzip vor dem Hintergrund des neuen (Industrie-) Zeitalters zu **modifizieren**: „*(...) to modify the fault principle in response to modern industrial conditions. Before unification, these attempts were sporadic.*“⁹⁷

Lawson und **von Mehren**⁹⁸ äußern sich im Zusammenhang mit der Einführung der verschuldenslosen Haftung in Deutschland dahingehend, daß mit dem 1838 in Preußen eingeführten Eisenbahngesetz und dem darin enthaltenen Prinzip der verschuldenslosen Haftung (vgl. § 25 des Preußischen Gesetzes über die Eisenbahn-Unternehmungen vom 3. November 1838) eine „Lawine losgetreten“ worden sei⁹⁹. Der Betreiber einer Eisenbahn wurde schon dann für haftbar erklärt, wenn jemandem ein Schaden dadurch entstand, daß er das Verkehrsmittel lediglich benutzte. Ähnliche Statuten wurden erst viele Jahre später in skandinavischen Ländern wie z. B. in Schweden (1886) und in Finnland (1898) in Kraft gesetzt. Des weiteren wurde dieses Gesetz nicht nur für das 1871 eingeführte Reichshaftpflichtgesetz als Vorbild herangezogen, vielmehr wurde dieses Prinzip später auch auf mit Risiko behaftete

⁹⁶ Von Mehren / Godley aaO, S. 691

⁹⁷ Von Mehren / Godley aaO, S. 690 ff.

⁹⁸ Lawson: „A Common Lawyer looks at the Civil Law“, S. 59; von Mehren: „Civil Law System“ (1957), S. 415 ff.

⁹⁹ Vgl. A.Tunc: „A Historical and Geographical Survey of the Law of Tort“ in Int.Enc.XI Torts (1983), ch.1, S. 46 ff.

Fortbewegungsmittel wie Autos¹⁰⁰ (bzw. ihre Halter) und auf Flugzeuge¹⁰¹ (bzw. die Inhaber der Fluggesellschaften) übertragen. Der Umstand, daß die Gefährdungshaftungsgesetze für Eisenbahnen und Bergwerke schon in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts eingeführt wurden, während das BGB erst 1900 in Kraft trat, stellt für *Lawson* ein klares Indiz dafür dar, daß die **Ausklammerung der verschuldenslosen Haftung** aus dem BGB **intendiert** war: „(...) *the statute governing railway and mine accidents dates from as early as 1871, and was itself based on the Prussian Railway Law of 1838. Its exclusion from the Code [sc.: das BGB in der Form von 1896] must therefore have been deliberated* “. ¹⁰²

Es drängt sich die Frage auf, **warum** die Verfasser des BGB es **unterließen**, diesen modernen Gedanken – wie die Ende des 19. Jahrhunderts noch neue gesetzliche Materie der verschuldenslosen Haftung – in das BGB aufzunehmen.

Der amerikanische Jurist **Lawson**¹⁰³ sah hierin eine **„künstliche Trennung von zivilrechtlichen Problemen“**.¹⁰⁴ Nicht künstlich sei die Trennung von folgenden zivilrechtliche Rechtsgebieten gewesen: das Wechselrecht, das Urheberrecht oder das Patentrecht. Diese Gesetze enthielten **industrielle Eigentumsrechte**, die seit jeher nicht Sache des „BGB-Anwalts“ gewesen seien, da sie – traditionell - dem dafür geschaffenen und sogar vor dem BGB kodifizierten HGB

¹⁰⁰ vgl. : Kraftfahrzeuggesetz von 1909

¹⁰¹ vgl. : Luftverkehrsgesetz von 1922

¹⁰² Lawson: „A Common Lawyer looks (...)“, S. 59

¹⁰³ Lawson: „A Common Layer looks (...)“, 56 - 61

¹⁰⁴ Tennung im o.g. Sinne ist hier die Regelung innerhalb oder außerhalb des BGB

zuzuordnen waren¹⁰⁵. Der englische Jurist meint, daß es vor allem die **Rechtstradition** war, die es den Verfassern des BGB verbot, derartige Rechtsgebiete in das BGB mit aufzunehmen. Neue und eventuell noch nicht ausgereifte Rechtsgebiete sollten demnach noch nicht in das BGB einfließen.

Folglich sei auch nur das „altbekannte“ Verschuldensprinzip Inhalt des BGB geworden und nicht das moderne Prinzip der strikten Haftung. Lawson macht weiter deutlich, warum er diese Trennung für künstlich hält. Er ist der Meinung, daß das Parlament die Notwendigkeit der Einführung der Haftung ohne Verschulden ausgesprochen hätte. Der Jurist wollte dieses neue Prinzip jedoch nicht auf breiter Ebene akzeptieren bzw. für dieses Prinzip „nicht die Verantwortung übernehmen“. Dies hätte dazu geführt, daß sich die beiden Rechtsprinzipien der Verschuldenshaftung und der verschuldenslosen Haftung weiterentwickelten und (ausreichend) aufeinander abgestimmt wurden. Daher müsse festgestellt werden, daß sich das Recht manches Mal - dual - fortentwickelt, ohne daß „rechte Hand“ des Rechts die „linke Hand des Rechts“ wissen lässt, was sie gerade tut: *„Tradition forbade their [sc.: die Gesetze, die eine verschuldenslose Haftung vorsahen] admission. Strict liability must have been omitted as something statutory and **abnormal** which did not conform to the general principle of no liability without a fault: it was something that the Parliament in its wisdom had chosen to create, but for which the jurists would*

¹⁰⁵ Handelsrecht (HR) als Sonderrecht kann gesetzgebungstechnisch ein eigenes Gesetz (HGB) oder aber Teil des allgemeinen bürgerlichen Rechts sein. Das HR des deutschen HGB ist eine gesonderte Kodifikation neben dem BGB, womit Deutschland dem Beispiel des französischen Code de Commerce von 1807 folgte. So wurde das am 18.12.1856 eingeführte Allgemeine Handelsgesetzbuch in den Jahren 1896 / 97 vom heute noch geltenden HGB abgelöst (Baumbach / Hopt: „Handelsgesetzbuch“, Einl. von § 1 Rn. 2, 3, 8) .

*take no responsibility. Do not laugh or be surprised. Law often progresses by not letting its left hand know what its right hand does.*¹⁰⁶

b. Die Stellungnahmen der BGB-Verfasser zur Nichteinordnung der Gefährdungshaftung ins BGB

Die Gesetzeskommentare aus der Zeit des BGB-Entwurfs belegen, daß das unerschütterliche **Festhalten am Verschuldensgrundsatz** bei gleichzeitiger Wahrnehmung der Notwendigkeit, auch verschuldenslose (aber gefährliche) Handlungen sanktionieren zu müssen, die „BGB-Väter“ tatsächlich in einen Zwiespalt führte. Fand das neue (Ausnahme-) Prinzip der Haftung ohne Verschulden noch im ersten BGB-Entwurf überhaupt keine Berücksichtigung (§ 704 des ersten Entwurfs sah nur eine Schadensersatzpflicht wegen mindestens fahrlässig begangener unerlaubter Handlung vor), war das im zweiten Entwurf schon anders. **§ 746 des zweiten BGB-Entwurfs** ging nämlich zumindest davon aus, daß in Einzelgesetzen bzw. Schutzgesetzen eine Haftung ohne Verschulden geregelt werden könne. In : „**Wer vorsätzlich oder fahrlässig ein Recht eines anderen widerrechtlich verletzt oder wer gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstößt**, ist dem anderen zum **Ersatze des** dadurch verursachten **Schadens verpflichtet.**“ § 746, S.2: „Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dasselbe **auch ohne Verschulden** möglich, so tritt die **Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens** ein.“¹⁰⁷

¹⁰⁶ Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 60

¹⁰⁷ Reak: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – erläutert von dem damaligen Justizrath, Rechtsanwalt und Mitglied des Vereinsvorstandes des deutschen Anwaltsvereins Dr. Reak“ (1894), S. 379 - 380

In der Kommentierung zu den Entwürfen I und II zum BGB-Abschnitt „unerlaubte Handlung“ läßt der damalige Justizrath und Rechtsanwalt **Reak** erkennen, daß die Kommission am Verschuldungsgrundsatz nicht rütteln wollte. Eine Haftung ohne Verschulden wurde zwar registriert, allerdings wurde es nicht als selbständiges - neues - Prinzip neben den Verschuldungsgrundsatz gestellt. Wenn jemand ohne Verschulden einem anderen einen Schaden zugefügt hatte und dieser Fall auch nicht unter ein Spezialgesetz subsumiert werden könne, dann müsse der Geschädigte seinen - zufällig bei ihm - eingetretenen Schaden ersatzlos hinnehmen: „Es ist keineswegs richtig, daß der Gedanke, die Schadensersatzpflicht von der Verschuldung loszulösen, die Anschauung der **modernen Zeit** zum Ausdruck bringe und den Bedürfnissen des Lebens mehr gerecht werde, als der gegentheilige Standpunkt des Entwurfs. (...) die Verknüpfung der Haftung wegen Schadenszufügung mit der Verursachung des Schadens sei nicht eine **nationale Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts**, sondern eine Erscheinung, die sich in allen Rechten **niederer Kulturstufen** finde, bei denen der **Schuldbegriff noch nicht ausgebildet** (...) sei. (...) Verschulden sei von entscheidener Bedeutung für die Abgrenzung der Rechtskreise des Einzelnen, (...)“

Zur verschuldenslosen Verursacherhaftung heißt es in Abgrenzung zur Verschuldenshaftung: „Eine Handlung, deren Gefährlichkeit für einen Anderen man ungeachtet einer sorgfältigen Prüfung **nicht zu erkennen vermöge**, dürfe vorgenommen werden; (...) äußere sie **dennoch** schädliche Wirkung, so müsse der Betroffene **diese Wirkung wie einen Zufall** hinnehmen. (...) die Wissenschaft (habe) das Veranlassungsprinzip nicht soweit durchgebildet, daß es dem Gesetze zu Grunde gelegt werden könne. **Eine andere Frage sei es, ob nicht (...) in einzelnen Fällen von der konsequenten Durchführung des Verschuldensprinzips aus Rücksichten der Gerechtigkeit und Billigkeit abgesehen werden müsse. (...). Die Kommission (...) habe schon in**

mehreren Fällen eine Schadensersatzpflicht u n a b h ä n g i g v o m
Verschulden aufgestellt und werde voraussichtlich noch weitere
zulassen. Davon werde aber die Richtigkeit des (Verschuldens-)
Prinzips, mit dem sich auch die Regierung einverstanden erklärt hätte,
nicht berührt“.¹⁰⁸

An dieser Stelle wird deutlich, daß sich die Argumente der
BGB-Väter gegen eine Einführung der verschuldenslosen
Haftung in das BGB in der anglo-amerikanischen Kritik am
dualen Haftungssystem wiederfinden. Hier fällt insbesondere
das wiederkehrende Argument auf, daß dieses Prinzip für das
neue BGB wohl zu unreif gewesen ist. So merkt der
Amerikaner **von Mehren**¹⁰⁹ - wie sein englischer Kollege
Lawson - zu der dualen Entwicklung im deutschen
Haftungssystem an, daß die damals neuen Formen der
absoluten Haftung auf die BGB-Verfasser **anormal** gewirkt
hätten. Folglich konnte dieser neue Rechtsgrundsatz „nur“ in
einer speziellen Gesetzgebung abgehandelt werden. Der
Gefährdungshaftung sollte also nicht die Ehre zuteil werden,
im BGB geregelt zu werden. Die Verfasser des BGB zeigten
sich laut von Mehren nicht gewillt, die relativ neuen strikten
Haftungsgesetze - wie z. B. das Reichshaftpflichtgesetz vom
7. Juni 1871 - in das 1896 fertiggestellte BGB aufzunehmen:
*„The framers of the Code showed no inclination to incorporate
special legislation (...) into the new comprehensive statement
of private law. (...). The new forms of absolute liability were
looked upon something **abnormal** whose existence might
continue in special legislation but which should not receive the
sanction of inclusion in the new codification.“*¹¹⁰

¹⁰⁸ Reak: „Die zweite Lesung (...)“, S. 380

¹⁰⁹ Von Mehren: „Civil Law System“, S. 430 f.

¹¹⁰ Von Mehren: „The German Legal System’s Reactions on the Industrial
Revolution and to mechanized Means of Transportation“ in „The Civil Law
Systems“, S. 430 f.

Allerdings muß in diesem Zusammenhang doch festgehalten werden, daß die neuen Formen der verschärften Haftung zwar nicht im BGB manifestiert, aber dessen Einbeziehung doch heftig diskutiert wurden. Noch im zweiten Entwurf des BGB wurde mit § 752 eine Norm vorgeschlagen, die einen geradezu generalklauselartigen Charakter aufwies und die im Rahmen der verschuldenslosen Haftung eine Art Billigkeitshaftung beinhaltete.

„Wer in einem der in den §§ 746 bis 748 bezeichneten Fälle [§ 746 enthält eine mit dem § 823 I BGB n. F. übereinstimmende Norm, die ausdrücklich das **Verschuldensprinzip** als Haftungsbeurteilung voraussetzt] für einen von ihm verursachten Schaden deshalb nicht verantwortlich ist, weil ihm Vorsatz oder Fahrlässigkeit **nicht** zur Last fällt, hat **gleichwohl den Schaden zu ersetzen**, als die **Billigkeit nach den Umständen des Falles**, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine **Schadloshaltung erfordert** (...) ¹¹¹.

Eine derartige auf **Billigkeit** beruhende Regelung, die dem Richter die Grenzziehung zwischen verschuldensloser Haftung und Nicht-Haftung überlassen hätte, hätte wohl die Entwicklung vieler Spezialtatbestände obsolet gemacht. Denn wenn § 751 mit seinem generalklauselartigen Charakter in das BGB integriert worden wäre, so hätte er wohl eine „Sammelbeckenfunktion“ für viele nicht spezialtatbestandlich geregelte Fälle übernommen. Die folgende Kritik von **Lawson**¹¹² wäre somit ins Leere gelaufen. Er merkt kritisch zur dualen Entwicklung des deutschen Haftungsrechts an, daß dieses mit der tatsächlichen Einführung der BGB-Kodifikation entstandene zweispurige System zwar durch die Weisheit des

¹¹¹ Reak: „Die zweite Lesung (...)“, S. 382 – dort auch der Originalentwurf des § 752

¹¹² Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 60

(deutschen) **Parlaments** und deren Politiker geschaffen wurde; allerdings wollten die **Juristen** für dieses schwer voneinander abzugrenzende System **keine** Verantwortung übernehmen. Dieser Rechtsbereich stelle ein Beispiel dafür dar, inwieweit es bei der Weiterentwicklung von Rechtssystemen oder Rechtsinstituten passieren könne, daß die linke Hand nicht mehr wisse, was die rechte tue.¹¹³

Der Streitstand bezüglich einer eventuellen Einführung der Verschuldenshaftung in den Deliktsrechtsteil des BGB wird aus den Anmerkungen zum § 752 des zweiten Entwurfs deutlich. So wurde festgestellt, daß „die Mehrheit der Kommission eine Verweisung auf dasjenige, was sich nach Lage des Falles als **Billigkeit** entsprechend ergebe, bei der Regelung der Schadensersatzpflicht aus nichtverschuldeten Handlungen (...) für angezeigt hielt.“¹¹⁴ Die „Kommission zur Entwerfung eines Bürgerlichen Gesetzbuches“ argumentierte weiter, daß „(...) verschiedene moderne Gesetzgebungen, insbesondere das preußische ALR (...) einen Schadensersatzanspruch auch gegenüber dem **deliktsunfähigen** Täter“¹¹⁵ gewähren würden. Schließlich schlug die Kommission eine sehr weite Auslegung des Begriffs „deliktsunfähiger Täter“ vor, um das Reglungproblem der verschuldenslosen Haftung in den Griff zu bekommen: „Die Ersatzpflicht müsse aber erweitert (...) und ausgedehnt werden (...), wenn und soweit dies **die Billigkeit nach den Umständen des Falles (...) erfordere** (Beispiel: Verletzung einer an einer Jagd beteiligten Person durch einen Jäger). Diese Umstände können sehr verschieden sein.“¹¹⁶

Trotz der eindeutigen Feststellung, daß eine Verfolgung des reinen Verschuldensgrundsatzes zu unbilligen Ergebnissen führen könne, wandte sich die BGB-Kommission strikt gegen

¹¹³ Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 60

¹¹⁴ Reak: „Die zweite Lesung (...)“, S. 382 - 383, Anm. zu § 752

¹¹⁵ Reak aaO., S. 383

¹¹⁶ Reak aaO., S. 383

eine **allgemeine** Regelung der verschuldenslosen Haftung. Hierbei tritt die Einstellung der Kommission, bei der verschuldenslosen Haftung bzw. der Verursacherhaftung handele es sich um ein Rechtsprinzip, daß nur in niederen Kulturstufen (vgl. S. 42) zu finden sei: (...) Schuldloses Unrecht wurde regierungsseitig, wie aus der Mitte der Kommission entschieden, widersprochen. Wenn auch eine solche Regel in früheren Perioden der Rechtsentwicklung bestanden habe, so widerspreche sie doch dem **geläuterten Rechtsbewußtsein**, und es sei als ein Vorzug des römischen, wie fast aller geltenden Rechte anzuerkennen, daß die Deliktshaftung prinzipiell auf die Fälle des Verschuldens beschränkt sei. Die Annahme einer Schadensersatzpflicht für unverschuldetes Unrecht werde die Freiheit der Bewegung in bedauerlicher Weise beschränken. Allerdings gäbe es Gewerbe und Beschäftigungen, deren Ausübung mit einer besonderen Gefahr für Andere verbunden sei, und in solchen Fällen empfehlen sich Spezialgesetze, welche dem betreffenden Gewerbetreibenden auch die damit für andere verbundene Gefahr aufzubürden; **dringend sei aber vor der beantragten allgemeinen Regel zu warnen.** (...) eine (...) allgemeine Schadensersatzpflicht (...) würde den sonst herrschenden Rechtsprinzipien schwerlich entsprechen.¹¹⁷

In bezug auf die Eigenschaft des BGB, vor allem **Rechtsprinzipien zu manifestieren**, kommt **Lawson** zum Schluß, daß die BGB-Kodifikation eine Art Verfassung darstelle, die nicht öffentlich-rechtlicher, sondern bürgerlich-rechtlicher Natur sei. Denn die meisten deklarierten und kodifizierten Rechtsprinzipien würden permanent und größten Teils noch bis heute gelten und typisch für eine Verfassung sein. Anormalitäten – also Abweichungen von gesetzlichen Prinzipien, wie z. B. die Ausnahme von der

¹¹⁷ B. Mugdan: „Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band. Recht der Schuldverhältnisse“ (1899), S.1297

Verschuldenshaftung müssten, so Lawson, aus diesen Gründen stets „draußen“ bleiben.

Die anglo-amerikanischen Kritiker stellen hier den Zusammenhang zwischen der Entstehung des deutschen dualen Haftungssystems und der **Entwicklung** von Gesetzen **aus gesetzlicher Tradition** her. Die Prüfung der Deutschen, wie sich ein einzuführendes bzw. wünschenswertes Gesetz bzw. Gesetzssystem auf das gesellschaftliche Umfeld und damit nicht zuletzt auf die Wirtschaft als Motor des gesellschaftlichen Zusammenlebens auswirkte, dauere nach Ansicht der Kritiker zu lange. So war (und ist) es auch mit dem Vorstoß in Sachen „verschärfte Haftung“.

Der englische Rechtsanwalt und Rechtsprofessor für Rechtsvergleichung **Kiwame Opoku**, der in England (Legal Law Barrister, London) und den Vereinigten Staaten von Amerika (Master of Comparative Law, Chicago) ausgebildet wurde und im Rahmen eines Stipendiums der Alexander von Humboldt-Stiftung am Marburger Institut für Rechtsvergleichung wissenschaftlich forschte, äußert sich in seinem umfangreichen Artikel „*Delictual Liability in German Law*“ auch zum Thema der Nichteinordnung der Gefährdungshaftung in das BGB. Er stellt klar, daß die Einführung des Prinzips der verschuldenslosen Haftung ein derart krasses Ausnahmefallmodell für die Deutschen dargestellt haben muß, daß es nicht im BGB kodifiziert, sondern außerhalb des Gesetzeswerkes vom Gesetzgeber geschaffen wurde. Nur der Legislative durch die Verabschiedung von Spezialgesetzen bzw. Gefährdungstatbeständen, die eine Haftung ohne Verschulden ermöglichen, wurde es erlaubt, diesem Ausnahmefall Geltung zu verschaffen. Die

Rechtsprechung sollte diesen Rechtsbereich nicht fortbilden und die Gefährdungshaftung nur dort anwenden, wo sie ausdrücklich durch den Gesetzgeber geregelt wurde: „(...) *such a liability [sc.: Gefährdungshaftung] is considered to be exceptional and it is **only the legislator** who can introduce it. Strict Liability has been introduced by legislation in the following cases: (a) traffic and (b) the use of electricity, gas and atomic energy*“.¹¹⁸ Opoku macht an diesem Beispiel deutlich, daß sich hier Schwächen offenbaren, die typisch für ein Kodifikationssystem seien. So sei dieses in Deutschland vorzufindende System geprägt durch eine starke und allgegenwärtige Systematisierung und Rationalität bzw. den Drang, sich an dieses System möglichst immer zu halten. Diese Haltung könne zur Folge haben, daß auf den **Wechsel in der sozialen und wirtschaftlichen Struktur der Gesellschaft nicht immer angemessen und schnell genug reagiert** werden könne. Jedoch sei es den deutschen Zivilrichtern oft gelungen, diese systembedingten Anpassungsschwierigkeiten an neue Umstände - gleich welcher Art – erfolgreich durch ihre rechtsfortbildende Rechtsprechung zu überwinden: „*Our discussion about on the general principle on the general principles of delictual liability have given us a glimpse into the difficulties posed in a codified system of law. The strong current of rationalism and systematisation which pervades the whole system has not always been responsive to changes in the social and economic structures of society. **Much of the necessary adaptation has been work of the courts.***“¹¹⁹

¹¹⁸ K. Opoku: „Delictual Liability in Germany“ in I.Comp.L.Quarterly 21 (1972), S. 230 ff. (240)

¹¹⁹ Opoku: aaO., S. 243

Mit dem Hinweis, daß die Rechtsprechung für die notwendige Anpassung des Rechts an neue Entwicklungen wirtschaftlicher und sozialer Art hauptverantwortlich ist, läßt Opoku eine zwar versteckte, jedoch auch eindeutige Kritik am deutschen System der Gefährdungshaftung erkennen. So ist er wohl der Meinung, daß den Richtern auch im Fall der Gefährdungshaftung die Möglichkeit gegeben werden müßte, das bestehende Recht an die jeweils gegebenen Umstände anzupassen. Das System von kodifiziertem Recht im Zusammenspiel mit einer mutigen „*judicial creativity*“- wie z. B. der Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - stellt für Opoku nämlich ein funktionierendes und flexibles System dar, daß in der Lage ist, auf die Probleme der hochentwickelten und komplexen Industriegesellschaft angemessene Lösungen zu finden: „(...) *the lacunae of the BGB have been made through the creation of a (...) general right of personality. (...) (the instances of judicial creativity) indicate sufficiently the boldness with which the courts, working with the framework of the Civil Code (...) have been able to build a workable and flexible system, which its responsive to the needs of a high complex industrial society.*“¹²⁰

c. Markesinis aktuelle Kritik am deutschen Gefährdungshaftungssystem

In der dritten Auflage seines Buches „*The German Law of Tort*“¹²¹ von 1994 übt **Markesinis** an dem über 100 Jahre alten deutschen System der Gefährdungshaftung harte Kritik.

¹²⁰ aaO., S. 244

¹²¹ Markesinis: „*The German Law of Torts*“ (1994), S. 704 - 706

Dieses Haftungssystem zur Regulierung von Schäden, die bei Unfällen im Zusammenhang mit moderner Technologie bzw. allgemein mit den Risiken des modernen Lebens verknüpft seien, enthalte im wesentlichen **drei** Schwachstellen: Die Vorstellung der Deutschen, daß Gefährdungshaftungstatbestände nur durch den Gesetzgeber eingeführt werden dürften, hätte zu folgenden Mißständen geführt: Der Schutzbereich einiger Tatbestände kann sich nicht (mehr) entfalten, weil sich zwischenzeitlich neue technische Errungenschaften durchgesetzt haben, die von dem Tatbestand nicht erfaßt werden. Folglich seien einige Tatbestände veraltet. Darüber hinaus sei das deutsche System der Gefährdungshaftung **lückenhaft** und (zu) **kompliziert** :

*“The notion that **only the legislator can introduce strict liability** has resulted in a **delayed, patchy, and complicated system** for handling accidents resulting from new technology and more generally, the risk of modern life.”¹²²*

aa. Die „zeitliche Lücke“ zwischen dem Inhalt des Gefährdungshaftungstatbestands und dem technologischen Stand

„**Delayed**“ sei dieses System wegen der unüberbrückbaren Schwierigkeit, daß ein von der (deutschen) Legislative eingeführtes (Spezial-) Gesetz zwangsläufig nicht mit dem technischen Fortschritt schritthalten könne. Notgedrungen bestehe stets eine **„zeitliche Lücke“** zwischen dem Gesetzesinhalt (des Gefährdungshaftungstatbestandes) und dem tatsächlich vorherrschenden technologischen Stand: „It [sc.: das deutsche System der Gefährdungshaftung] *has been*

¹²² Markesinis aaO., S. 704

delayed, because, inevitably there always was and always be a time-lag between the new developments and the time when the legislator intervenes in order to regulate them.“¹²³

Im Ergebnis seien die Gerichte sozusagen die „Lückenbüßer“, solange der Gesetzgeber noch nicht den Gefahren einer neuen Technologie durch Schaffung eines speziellen Haftungsgesetzes entgegenrete. Die Gerichte müßten in einer derartigen Lage „das Beste“ aus der Situation des gesetzfreien Raumes machen. Weil das Gefährdungshaftungssystem nur vorsieht, daß der Zivilrichter die vorhandenen Gefährdungshaftungstatbestände anwendet, seien den Richtern jedoch gerade in den beschriebenen Fällen die Hände gebunden: „*The result is that **until** such intervention [sc.: das Einschreiten des Gesetzgebers in Form der Schaffung eines Gefährdungstatbestandes für eine neue Technologieform] occurs , the courts have to step in and handle as best they can the problems posed by new technology.*“¹²⁴

Als Beispielsfall zieht **Markesinis** unter anderem eine Entscheidung des Reichsgerichts von 1935 heran, in der die Richter über die Haftung von Elektrizitätswerksbetreibern entscheiden mußten¹²⁵. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Beklagte war eine Stromnetzbetreiberin (die Landeselektrizität GmbH / Überlandwerk Stendal). Zu ihrem Netz gehörte auch eine erst zwei Jahre zuvor erbaute Freileitungslinie mit Starkstrom, die in der Nähe des Hauses der Klägerin direkt am Wegesrand entlangführte. Am 7.

¹²³ Markesinis, aaO., S. 704

¹²⁴ Markesinis, aaO., S. 705

¹²⁵ RG JW 1938, S. 1234; RGZ 147 (1935), S. 353

Dezember 1930 riß im Laufe des Spätnachmittags ein Leitungsseil und fiel auf den Weg.

Nach Eintritt der Dunkelheit ging der Ehemann der Klägerin den betreffenden Weg entlang. Hierbei berührte er in der Dunkelheit den auf der Erde liegenden Leitungsdraht und erlitt einen Stromschlag, der ihn sofort tötete.

Der Grund für das Reißen der Stromleitung lag – nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme – höchstwahrscheinlich an den winterlichen Witterungsverhältnissen. So hatte wohl ein Windstoß den mit Schnee oder Eis bedeckten Draht reißen lassen. Folglich lag die Ursache in einem „nicht ganz ungewöhnlichen Naturereignis“ bzw. in den „Witterungseinflüssen, die der Winter regelmäßig mitbringt.“¹²⁶

Die Klägerin beehrte als Erbin des tödlich Verunglückten von der beklagten Betreibergesellschaft Schadensersatz.

Das Landgericht Stendal wies jedoch die Klage ab. Auch die Berufung vor dem Oberlandesgericht Naumburg hatte keinen Erfolg. Schließlich hatte das Reichsgericht zu entscheiden, und zwar acht Jahre **bevor** das Haftpflichtgesetz im Jahre 1943 durch einen Gefährdungshaftungstatbestand ergänzt wurde. Ab 1943 enthielt das Gesetz eine Gefährdungshaftung für Betreiber einer Energieanlage, die heute noch Gültigkeit besitzt. Hiernach ist der Inhaber einer Energieanlage – **unabhängig von seinem Verschulden** - zum Schadensersatz verpflichtet, wenn ein Mensch „(...) durch die Wirkung von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten (...)“ getötet, am Körper oder an der Gesundheit verletzt wird.¹²⁷

¹²⁶ RGZ 147, S. 359

¹²⁷ Vgl. hierzu § 2 I S. 1 HpfLG n. F.. Das heute noch geltende Haftpflichtgesetz setzt sich im wesentlichen zusammen aus dem Reichshaftpflichtgesetz (RHG) vom 7.6.1871 und dem Sachschadenhaftpflichtgesetz (SHG) von 29.4.1940. Das RHG und das SHG wurden zum HpfLG zusammengefaßt. Die Neufassung wurde am

Folglich mußte das Reichsgericht im Jahre 1935 zur Rechtsfrage Stellung beziehen, ob „der **Grundsatz der Gefährdungshaftung** auf den Fall auszudehnen (ist), wo durch das Herabfallen eines Drahtes von der Stromleitung ein Mensch getötet wird?“¹²⁸

Die in Frage kommende Haftungsnorm war § 2 des RHG von 1871, da Elektrizitätswerke als „Fabriken“ i. S. des § 2 RHG angesehen wurden. Allerdings setzte diese Vorschrift „ein **Verschulden** der dort näher bezeichneten Person [hier die beklagte Landeselektrizitäts-GmbH / Überlandwerk Stendal] voraus.“¹²⁹ Da eine andere Ursache als die der ungünstigen Witterungseinflüsse nicht ersichtlich war, konnte der Beklagten hier **kein Verschulden nachgewiesen** werden, so daß das Reichsgericht – auf Bitte des Oberlandesgerichts Naumburg als Revisionsinstanz - tatsächlich zu einer eventuellen Anwendung einer **gesetzlich nicht geregelten verschuldenslosen Haftung** Stellung nehmen mußte. Das OLG Naumburg vertrat nämlich die Auffassung, daß „es möglich sei, diesen **Grundsatz weiter zu entwickeln**, und daß die **Billigkeit** (...) für die Anerkennung eines solchen Anspruchs aus **Gefährdungshaftung** spreche.“¹³⁰

Das Reichsgericht stimmte insoweit dem Revisionsgericht zu, als es zugab, daß ein derartiger **Anspruch**, „(...) der nicht im Verschulden des Unternehmers seine Stütze findet (...)“, aus Gründen der **Billigkeit zu bejahen** sei. Trotzdem kam es zum

4.1.1978 bekanntgemacht und begründet eine Haftung ohne Schuld für Personen- und Sachschäden und damit eine **Gefährdungshaftung für bestimmte Betriebsunternehmer**. Vgl.: Geigl: „Der Haftpflichtprozeß: mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts“ (2001), S. 689

¹²⁸ RGZ 147, S. 353

¹²⁹ aaO., S. 354

¹³⁰ aaO., S. 354

Ergebnis, daß sich „doch bei **jetziger Lage der Gesetzgebung** ein solcher vom Verschulden absehender Anspruch aus dem geltenden Recht nicht herleiten (...)“¹³¹ ließ.

Das Reichsgericht hielt sich hier also an die strikte Vorgabe des Gesetzgebers, indem es klarstellte, daß, solange es **kein Gesetz** zur schuldlosen Haftung von Elektrizitätsunternehmen gäbe, daraus gefolgert werden müsse, „daß **der Gesetzgeber eine so weit gehende Haftung ablehnt**.“¹³²

Diese Ausführungen des Reichsgerichts machen einerseits deutlich, daß die Richter gewillt waren, an dem Prinzip der Gewaltenteilung nicht zu rütteln. Die **Rechtsfortbildung** überließen sie somit voll und ganz der Legislative. Andererseits finden sich in der betreffenden Entscheidung auch Textpassagen, aus denen hervorgeht, daß die Richter mit der vorgefundenen Gesetzeslage unzufrieden waren. Der Zivilsenat machte nämlich bereits lange vorher schon auf dem 31. Juristentag im Jahre 1912¹³³ darauf aufmerksam, daß eine „notwendige Fortbildung des Schadensersatzrechts“ erforderlich sei. Auf diesem Juristentag wurden sogar „besondere Bestimmungen über die Haftung für Schäden“ vorgeschlagen, „**welche durch (...) den Betrieb elektrischer Anlagen und Fernleitungen verursacht werden**.“¹³⁴ Die Richter verschärften den Ton gegenüber der Gesetzgebung sogar noch mit deutlichen Hinweisen auf Fehleinschätzungen, die es auf Seiten der Gesetzgebung gegeben habe. Daß die Reaktion auf die ausgemachte Gesetzeslücke nicht durch eine Rechtsfortbildung durch die Richter genutzt wurde, verwundert; denn der Zivilsenat des Reichsgerichts hatte sogar Gesetze ins Feld geführt, die hierfür hätten

¹³¹ aaO., S. 354

¹³² aaO., S. 356

¹³³ Gutachten zu den Verhandlungen des 31. Juristentages, Bd.2, S. 366 ff.

¹³⁴ aaO., S. 355

herangezogen werden können: „Vorschriften dieser Art (Vorschriften zur verschuldenslosen Haftung von Elektrizitätswerksbetreibern) hat der Gesetzgeber **trotz der Ausdehnung, welche die Elektrizitätswirtschaft in den letzten Jahrzehnten auch in Deutschland erfahren hat, auf dem hier in Rede stehenden Gebiet nicht gegeben**; wohl aber hat er nach anderer Richtung die **Gefährdungshaftung ausgebaut**. Es sei hier auf das **Luftverkehrsgesetz** (...) und auf die **Fortbildung des Luftprivatrechts hingewiesen** (...).“¹³⁵

Die **deutschen Zivilrichter** hatten bei der Ausdehnung des Prinzips der Gefährdungshaftung durchaus die Gelegenheit, „das Heft in die Hand zu nehmen“, indem sie dieses moderne Prinzip mutig und konsequent hätten anwenden können und müssen. Schon die Verfasser des BGB wiesen in diesem Zusammenhang auf die Aufgabe des Richters hin, das Gefährdungshaftungsprinzip so anzuwenden, daß billige, also gerechte Entscheidungen gefällt werden könnten: „Dem Richter werde hierdurch (durch die Konstellation der Gefährdungshaftung) allerdings eine schwierige Aufgabe zugewiesen, es sei jedoch darauf zu vertrauen, daß die Rechtsprechung im einzelnen Falle unter Würdigung aller in Betracht kommenden Verhältnisse zu einer dem gefundenen Rechtsgefühl entsprechenden Entscheidung gelangen werde.“¹³⁶

Die deutschen Zivilgerichte wurden also nach Meinung von Markesinis durch den deutschen Gesetzgeber in eine „zeitliche Lücke“¹³⁷ manövriert und mußten schließlich so gut wie möglich versuchen, trotz des technologischen Fortschritts

¹³⁵ aaO., S. 355

¹³⁶ Reak: Die zweite Lesung (...), S. 383 – Fn. 4 mit Anm.zu § 752 des 2.

Entwurfs

¹³⁷ vgl. Markesinis: aaO., S. 704

zeitgemäß und gerecht zu entscheiden. Die deutsche Judikatur war und ist demnach ständig auf die Initiative des deutschen Gesetzgebers angewiesen, ein unzeitgemäßes durch ein zeitgemäßes Gefährdungshaftungsgesetz zu ersetzen.

bb. Die Lückenhaftigkeit des deutschen Gefährdungshaftungssystems

Markesinis stellt eine weitere Schwäche des Gefährdungshaftungssystems heraus: Da jedes Spezialgesetz zur Gefährdungshaftung immer nur ein spezielles Problem behandle, sei das deutsche Gefährdungshaftungssystem „lückenhaft“ („**patchy**“). Denn es könnten stets nur diejenigen **wissenschaftlichen und technischen Informationen** in das Gesetz eingearbeitet werden, die zu **der Zeit** zur Verfügung gestanden hätten, **in der das Gesetz verfaßt** worden sei. Neu entstehende Gefahrensituationen, die vom Verwenden neuer Techniken ausgingen, könnten somit – natürlich - **nicht** mit berücksichtigt werden: „*It [sc.: das deutsche System der Gefährdungshaftung] was **patchy** since each statute only handled specific problems, on the basis of scientific and technological information available at the time of their enactment, which leaving often related activities outside their purview [sc.: nicht in den Wirkungskreis mit einbeziehen].*“¹³⁸

Markesinis schlußfolgert, daß das von der Gesetzgebung verhängte „**Analogieverbot**“ hinsichtlich schon bestehender Gefährdungshaftungstatbestände alles in allem nur Schwierigkeiten bereite, die sich im Laufe der Zeit nicht

¹³⁸ Markesinis: aaO., S. 705

besserten, sondern sich vergrößern würden: „*The inability to extend these enactments analogically only aggravated the difficulties.*“

So wirft Markesinis, der sich auf die deutschen Professoren **von Caemmerer**¹³⁹, **Kötz**¹⁴⁰ oder auch **Hübner**¹⁴¹ bezieht, die Frage auf, warum es nicht möglich sei, z. B. Gefahren, die von einer Fabrik zur Herstellung von explosiven Stoffen ausgingen sowie Gefahren, die von der Gasindustrie drohten (vgl. § 2 des HpflG n. F.), unter **ein Gesetzesdach** zu bringen.

Hübner spricht sich beispielsweise zwar gegen die Einführung einer Generalklausel, wie die Generalklausel beim Persönlichkeitsrecht, zur Gefährdungshaftung aus. Er befürwortet jedoch in diesem Zusammenhang – ähnlich wie Markesinis – die Einführung „flächendeckender Tatbestände“¹⁴². Nach über hundert Jahren Erfahrung mit der Gefährdungshaftung sei es überlegenswert, ob das System „verstreuter, auf sich nicht abgestimmter Einzelregelungen“ nicht in „flächendeckenden Tatbeständen koordiniert“ werden könne.

Auch **Kötz** geht in diesem Zusammenhang davon aus, daß durch eine „generalisierte Erfassung der Haftungsvoraussetzungen die legislatorische Ungleichbehandlung gleicher technischer Risiken

¹³⁹ vgl. insbesondere: von Caemmerer: „Die Reform der Gefährdungshaftung“ (1971)

¹⁴⁰ vgl. insbesondere: H. Kötz: „Die Reform der Gefährdungshaftung in AcP 170 (1970), 1 ff.

¹⁴¹ vgl. U. Hübner: „Zur Reform von Deliktsrecht und Gefährdungshaftung“, NJW 1982, S. 2041

¹⁴² Hübner: aaO, S. 2042

beseitigt, das Gesetzgebungsverfahren entlastet, in manchen Fällen unbillige Ergebnisse vermieden (...) würden.“¹⁴³

Markesinis stellt fest, daß der Gefahrensachverhalt bei dem Betreiben eines großen Staudammes und dem eines Kernkraftwerkes (hier ist die verschuldenslose Haftung in § 25 Atomgesetz statuiert) im großen und ganzen derart ähnlich gelagert ist, daß sie durchaus durch ein und dasselbe Gesetz geregelt werden könnten.

Unverständlich sind für Markesinis auch die Fälle, in denen der **Gefahrensachverhalt** so **eng eingegrenzt** sei, daß die Realisierung von Gefahren, die aus der **gleichen Gefahrenquelle** stammten, dennoch einem **unterschiedlichen Haftungsmaßstab** unterliegen könnten. Insbesondere in Fällen, in denen das Versprühen von Pestiziden einen Schaden an fremden Gütern verursachten, könnte es zu widersprüchlichen Verschiebungen des Haftungsrahmens kommen. Eine verschuldenslose **Haftung** würde **nur** in Frage kommen, wenn dieser Insektenvernichtungsmittel-Schaden **durch** kontaminiertes Wasser entstanden sei. Gemäß § 22 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) ist nämlich nur derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der – unabhängig von seinem Verschulden – „in ein Gewässer Stoffe **einbringt** oder **einleitet** oder wer auf ein Gewässer **einwirkt** (...)“ und eben durch diese Handlung einen Schaden verursacht. Der denkbare Fall, daß z. B. eine Ernte durch Pestizid-Versprühung zerstört oder gesundheitsgefährdend kontaminiert wird – ohne daß dieses

¹⁴³ Kötz: „Gefährdungshaftung“ in „Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts“, S. 1779 ff., ähnlich argumentierend auch Kötz in AcP 170 (1970), S. 1 ff.

durch verseuchtes Wasser geschehen ist – würde nur (trotz ähnlicher Gefahrenlage) nach dem im BGB vorgegebenen Verschuldensprinzip entschieden werden können: „*Should a spraying of a poisonous insecticide lead to strict liability only if it contaminates water (...) but not when it destroys or dangerously contaminates useful corps?*“¹⁴⁴

Markesinis verweist auf einen Fall, in dem der BGH eine Klage aus dem Grund abwies, obwohl dem Kläger unstreitig ein Schaden durch eine Wasserverunreinigung entstanden war. Auch war unstreitig, wer diese Verunreinigung verursacht hatte. Allerdings hatte der Beklagte den Schaden **nicht** durch **Einleiten** einer schädlichen Substanz erlitten, sondern dadurch, daß die Gifte nach einer Überschwemmung in das Wasser „**gespült**“ wurden. Der Kläger hatte mit seiner Klage also nur deshalb keinen Erfolg, weil der Gesetzgeber den Gefahrensachverhalt des § 22 WHG (zu) eng definiert und eingegrenzt hat. Zur Auslegung des betreffenden Tatbestandes führte der BGH aus: „Auch nach der (...) weiten Auslegung scheidet eine Haftung des Beklagten nach § 22 WHG aus: Vom Ersteller eines Wegs über den verrohrten Wasserlauf werden Lehm und Säuren, die infolge einer Überschwemmung vom Wasser abgelöst, ausgelöst und mitgerissen werden, **nicht in das Wasser eingebracht** oder **eingeleitet**, da Wege und Dammbau nicht schon äußerlich, nach ihrer objektiven Eignung auf das Hineingelangen dieser Stoffe in das Wasser gerichtet ist.“¹⁴⁵

Der deutsche Professor **Larenz** hat bereits sechs Jahre nach der Einführung des WHG (27.7.1957), die Ausgestaltung dieses Gesetzes in bezug auf die Gefährdungshaftung

¹⁴⁴ Markesinis: aaO., S. 705

¹⁴⁵ BGHZ 1, 17 ff. (19)

bemängelt. Bei dem WHG handele es sich um ein weiteres Gesetz, dass eine „konsequente Durchgestaltung des Gefährdungshaftungsrechts“ verhindere. Am Beispiel des WHG macht Larenz deutlich, daß „Tatbestände einer Gefährdungshaftung sich häufig in Gesetzen (finden), die **in erster Linie gar nicht mit der Schadenshaftung, sondern mit anderen Fragen zu tun haben. Das gilt z. B. vom Straßenverkehrsgesetz und dem Luftverkehrsgesetz, in ganz besonderem Maße aber von dem Wasserhaushaltsgesetz(...)**.“¹⁴⁶ Larenz führt aus, daß es sich bei dem WHG eben nicht in erster Linie um ein Gesetz zur Festlegung eines strengen Haftungsmaßstabs handele. Vielmehr sei das WHG ein Rahmengesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes der Bundesrepublik, das eher öffentlich-rechtlich geprägte Bestimmungen enthalte. Der Gefährdungshaftungstatbestand des § 22 WHG sei in dieses Gesetz „eingebaut“ worden und weiche von sonstigen Gefährdungshaftungen ab, da der Gesetzgeber mit der Schaffung dieses Gesetzes primär die Bedürfnisse bezüglich einer Pflege und Bewirtschaftung des Wassers sicherstellen wollte. § 22 WHG sollte hierbei zwar einen mittelbaren Zweck erfüllen. Allerdings hätte sich der Gesetzgeber bei der Abfassung dieser Vorschrift offenbar „nicht allzuviel Gedanken gemacht“, ob eine Vereinbarkeit mit den sonstigen Grundsätzen der zivilrechtlichen außervertraglichen Schadenshaftung hergestellt werden könne.

Larenz hat also deutlich gemacht, daß es im Zusammenhang mit einer Auslegung des § 22 WHG zu Schwierigkeiten kommen kann, weil diese Vorschrift eben keinen typischen zivilrechtlichen Gefährdungshaftungstatbestand darstellt. Da die

¹⁴⁶ Larenz: „Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe“, Versicherungsrecht 1963, 593

Zivilrichter jedoch, wie oben gezeigt, gehalten sind, Tatbestände der Gefährdungshaftung eng – also wortlautgerecht – auszulegen, kommt es hier unweigerlich zu den auch von Markesinis angesprochenen (Auslegungs-) Problemen.

Laut **Markesinis** seien auch Fälle denkbar (Entscheidungen führt Markesinis leider nicht an), in denen es zu einer ungerechten Anwendung von verschuldenslosen Haftungs**maßstäben** kommen könne. Nach § 1 Abs. 1 HpfliG n. F. haftet jeder, der „bei dem **Betrieb** einer Schienenbahn oder Schwebebahn“ ein fremdes Rechtsgut verletzt. Also treffe den Unternehmer die verschuldenslose Haftung, der mit einem als Bauwagen verwendeten Schienenfahrzeug sich auf den Gleisen bewege und im Wege von **Schienenbauarbeiten** einen Unfall verursache. Hingegen müßte dem Unternehmer sein Verschulden an einem Unfall nachgewiesen werden, wenn sich dieser Unfall im Wege von Bauarbeiten für eine Fabrik oder ein Hochhaus zugetragen habe, weil im Rahmen dieser Bauarbeiten eben **kein** Schienenfahrzeug eingesetzt wurde.

In diesem Zusammenhang ist folgende Problematik erwähnenswert, mit der sich auch deutsche Gerichte beschäftigt haben: Bis heute unterliegen die Betreiber von Skischleppliften nicht der strengen Gefährdungshaftung. Zwar müssen gemäß der abschließenden Regeln des Haftpflichtgesetzes (§1) Betreiber von „**Schienen- und Schwebebahnen**“ auch ohne eigenes Verschulden für Personen- und Sachschäden haften. Dieser „Bahn“-Begriff löste nämlich den ursprünglich weit ausgelegten Begriff der „Eisenbahn“ – wie er im Reichshaftpflichtgesetz verwandt

wurde – ab.¹⁴⁷ Aus der Fassung des HpflG folgt, daß gemäß dem Wortlaut des § 1 HpflG **Skischlepplift-Anlagen nicht** unter dieses Gesetz subsumiert werden. Denn die Skifahrer, die diese Anlagen benutzen, „werden weder auf Schienen noch in der Schwebe transportiert, sondern **geschleppt**“¹⁴⁸ - wie das Landgericht Freiburg im Jahre 1981 feststellte. Sessellifte wiederum fallen unter die betreffende Haftungsnorm, da sie anerkanntermaßen „Schwebebahnen“ sind¹⁴⁹. Im Jahre 1987 befaßte sich sogar der Bundesrat (auf eine Initiative des Landes Bayern) mit der Problematik der Schlepplifte, von denen in bayrischen Skigebieten auch noch heute viele in Betrieb sind. So hatte der Bundesrat einen Gesetzesentwurf¹⁵⁰ mit dem Ziel in den Bundestag eingebracht, daß Skischlepplifte auch in die Gefährdungshaftung einbezogen werden. Allerdings blieb es bei dem Entwurf, und es wurde kein Gesetz. Folglich muß auch in diesem Fall aufgrund des selbst auferlegten Analogieverbotes auf allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgegriffen werden. Die hier in Betracht kommende Ausweitung der Verkehrssicherungspflichten im Rahmen des § 823 BGB bieten allerdings bei weitem nicht den Schutzzumfang, den ein Gefährdungshaftungstatbestand ermöglichen würde. Soweit neue Technologien zu neuen Bahnsystemen führen, hängt es folglich von der konkreten Betriebsweise ab, ob nach § 1 HpflG, nach § 7 StVG (verschuldenslose Haftung des Kraftfahrzeughalters) oder nach dem (BGB-) Verschuldensgrundsatz gehaftet wird.

¹⁴⁷ Geigl: „Der Haftpflichtprozeß (...)“ (2001), S. 689, Rn. 2

¹⁴⁸ LG Freiburg VersR 80, S. 148

¹⁴⁹ vgl. hierzu Hillerheimer in ZRP 1981, S. 160 sowie Wachendorf in ZRP 1981, S. 77

¹⁵⁰ BB-DR 116 / 87

cc. Die deutsche Gefährdungshaftung als (zu) kompliziertes Haftungssystem

Schließlich nimmt **Markesinis** noch zur **Art** und zum **Umfang der Gefährdungshaftung** kritisch Stellung.

Der Umstand, daß in den meisten Gefährdungshaftungstatbeständen des geltenden Rechts die Haftung auf bestimmte **betragsmäßig fixierte Höchstsummen**¹⁵¹ beschränkt sei, wird von Markesinis als kompliziert bezeichnet. Selbst in dem Fall, in dem alle Voraussetzungen eines Gefährdungshaftungstatbestandes erfüllt seien, sehe das deutsche System der Gefährdungshaftung unverständlicherweise kein Schmerzensgeld vor, denn diese Rechtsfolge sei wiederum nur im BGB geregelt. Folglich würde der Weg auf der Rechtsfolgenseite oft von der (neuen) Gefährdungshaftung wieder zurück zur (alten) Verschuldenshaftung des BGB führen (wie z. B. beim Ersatz von unfallbedingten Nichtvermögensschäden gem. § 823 BGB i. V. m. § 847 BGB; anders nur § 53 III LufVG n. F.): *„The system [sc.: das deutsche System der Gefährdungshaftung] is **complicated because the imposition of maxima for monetary compensation and the exclusion under these statutes of all compensation of pain and suffering often means **recourses to the ordinary, fault-based liability rules to be found in the Civil Code.*****“¹⁵²

¹⁵¹ Vgl. z. B. zur Haftungshöchstgrenze bei Personenschäden § 12 StVG, § 9 f. HaftpflichtG, §§ 37, 46 LuftVG, § 10 ProdHaftG, § 15 UmweltHG. Eine Haftungshöchstgrenze wird als Ausgleich für eine besonders strenge Haftung wie der Gefährdungshaftung und mit Rücksicht auf die Versicherbarkeit von Risiken vorgenommen (Rixecker in: Geil: „Der Haftpflichtprozeß“ (2001), S. 143

¹⁵² Markesinis, aaO., S. 705

Markesinis findet auch die Gründe, **weshalb** bei fast allen Gefährdungshaftungstatbeständen eine **Höchsthaftungssumme festgeschrieben** wurde, nicht (mehr) einleuchtend. Denn: Als der deutsche Gesetzgeber eine solche Höchstsummenfestsetzung ins deutsche Haftungsrecht einführte, war er wohl von der **Befürchtung** ausgegangen, eine unbeschränkte Haftung würde zu nicht tragbaren ökonomischen Belastungen führen. Das **Versicherungssystem** war zu dieser Zeit noch nicht stark genug ausgeprägt, um das Risiko für Versicherungsnehmer (Unternehmen) vor umfangreichen Schadensersatzklagen abzudecken.

Die Ausführungen des deutschen Rechtsprofessors **Karl Larenz** in seinem kritischen Aufsatz zum **Wasserhaushaltsgesetz** aus dem Jahre 1963 spiegeln derartige Befürchtungen wider. Das Wasserhaushaltsgesetz vom 27.7.1957 enthält nämlich keine Regelung zur Begrenzung der Haftungshöchstsumme: „Als **schwerwiegender Mangel**, der nicht im Wege einer sinn- und sachgerechten Auslegung des Gesetzes behoben werden kann, bleibt das **Fehlen einer Haftungshöchstsumme**. Es fehlt infolgedessen (...) an jedem Korrektivmittel gegen „**ruinöse Unglückszurechnungen**“ (...) Eine Begrenzung der Gefährdungshaftung durch Haftungshöchstsummen ist daher in allen neueren Gesetzen vorgesehen.“¹⁵³

Markesinis meint, daß aufgrund der Entwicklung in Deutschland hin zu einem geschlossenen und (fast) alle Risiken abdeckendes Versicherungssystem sei diese Argumentationslinie jedoch nicht mehr haltbar. Die **Praxis** –

¹⁵³ Karl Larenz: „Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe“ in VersR 1963, S. 593 (603)

sowohl in Deutschland, als auch im Ausland - habe gezeigt, daß in den Fällen, in denen eine Höchstsumme **nicht** bestimmt oder zumindest sehr hoch angesetzt sei, **keine** negative Entwicklung auszumachen sei. Hier nimmt Markesinis Bezug auf die ausnahmsweise uneingeschränkte Haftung beim **Wasserhaushaltsgesetz**, die keine Probleme nach sich gezogen habe. Auch die durch Gesetz festgeschriebene sehr hohe Versicherungssumme zur Schadensdeckung, durch die sich ein Kraftfahrer absichern kann, habe nicht zu einer untragbaren Erhöhung der Versicherungsbeiträge geführt: *„Certainly, the absence of any maxima in compensation paid under the Water Act has caused no problems; in motor vehicle insurance, coverage in excess of the maximum amount provided by statute (i.e. DM 500.000) is widely obtained without a considerable increase in premium cost.“*¹⁵⁴

Schließlich sieht Markesinis die Befürchtung, daß es – vor allem durch die Anerkennung von unfallbedingten Nichtvermögensschäden im Rahmen der Gefährdungshaftung – zu einer ungewollten **Ausbreitung von Gefährdungshaftungstatbeständen** kommen würde, nicht bestätigt. Denn in der Schweiz etwa habe die Handhabung mit der unbegrenzten Haftung im Rahmen der Gefährdungshaftung nicht die von den Deutschen befürchteten negativen Konsequenzen nach sich gezogen.

Insgesamt ist deutlich geworden, daß Markesinis die Schuld an den Schwächen des Gefährdungshaftungssystems nicht nur an der Gesetzgebung bzw. der bestehenden Gesetzeslage

¹⁵⁴ Markesinis, aaO., S. 705 f.

festmacht. Vor allem hätten in diesem Fall die Richter der obersten Gerichte ihre Aufgabe nicht gut erfüllt. Die deutsche Rechtsprechung habe sich in dieser Angelegenheit unnötigerweise selbst ein **richterrechtliches Analogieverbot** bezüglich der Tatbestände der verschuldenslosen Haftung¹⁵⁵ auferlegt. Die deutschen Richter hätten sich dadurch sogar der Möglichkeit beraubt, das Zusammenspiel zwischen ihnen (der Judikative) und der Legislative zu verbessern. Statt auf ihre Nichtzuständigkeit zu pochen und die Verantwortung auf die Legislative zu schieben, wären sie besser beraten gewesen, diesen sicherlich großen Schritt selbst zu wagen: *„(...) they stopped short of taking the most vital step, which would have placed them on an approximate par [sc.: auf einen bzw. den gleichen Nenner bringen] with the legislature when they refused to arrogate to themselves the right to extend analogically specific statutes to new situations raising similar issues of public policy.“*¹⁵⁶

Daß dieses Vorgehen der deutschen Richter „schwach“ war, spiegelte sich auch in der Sprache einiger Gerichtsentscheidungen wider. So gäbe es BGH-Gerichtsentscheidungen, die von einem „matten“ bzw. gegenüber der Legislative „zahmen“ Sprachton geprägt seien. In frühen Reichsgerichtsentscheidungen sei hingegen der Wille zum Ausdruck gekommen, das Prinzip der Gewaltentrennung an dieser Stelle zu durchbrechen und sich zu einer Analogiebildung durchzuringen.

Deutlich wird dieser unterschiedliche Ton, wenn man die RG-Entscheidung RGZ 147 (1935) mit einer BGH-Entscheidung

¹⁵⁵ Markesinis: „The not so dissimilar Tort and Delict“ in L.Q.R. S. 78 ff.; Markesinis / von Bar: „Richterliche Rechtspolitik“, S. 41 f.

¹⁵⁶ Markesinis: „The Law of Tort“ (1994), S. 704

aus dem Jahre 1971¹⁵⁷ vergleicht: „*The tame language* [sc.: matte Sprache bzw. Argumentation] *employed in that famous judgement thus stands in stark contrast to the bold approach adopted some thirty years earlier when, for a moment, the court seemed to indicate the willingness to play a part in expanding the grounds of strict liability.*¹⁵⁸

Hier ging es um einen Schaden, der durch einen Rohrbruch in einer gemeindlichen Wasserleitung verursacht worden war. Geschädigter war der Eigentümer eines Grundstücks, das unterhalb dieser Wasserleitung lag. Weil ein Verschulden auf Seiten der Gemeinde nicht festgestellt werden konnte, verneinte der Dritte Zivilsenat nicht nur einen Anspruch aus enteignungsrechtlichen Gesichtspunkten, sondern auch aus einer allgemeinen öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung sowie aus dem Gefährdungstatbestand des § 1 a HpfIG. Zur Anwendung kam nach Ansicht des Gerichts allein § 836 BGB n. F. (Haftung des Grundstücksbesitzers), der allerdings in Absatz 1 Satz 2 den Verschuldensmaßstab der Sorgfaltspflichtverletzung von Seiten des Besitzers voraussetzt.

Zur Nichtanwendbarkeit der Gefährdungshaftungstatbestände und des auch in diesem Fall zu berücksichtigenden verfassungsgemäßen Analogieverbotes führte der BGH aus:

„Der Senat hält sich (...) **nicht für befugt, dem Gesetzgeber vorzugreifen** und von sich aus **ohne gesetzliche Grundlage eine Ausweitung** der Haftungstatbestände des Reichshaftpflichtgesetzes vorzunehmen. (...)

Die Gefährdungshaftung, wie sie in unserer Rechtsordnung geregelt ist, hat sich als Ausnahme von der Verschuldenshaftung entwickelt und tritt (...) bei im Gesetz besonders geregelten und im einzelnen

¹⁵⁷ BGHZ 55 (1971), 229

¹⁵⁸ Markesinis in „The German Law of Tort“, S. 704

abgegrenzten Tatbeständen ein. Im Blick auf das Enumerationsprinzip, das der Gefährdungshaftung heute noch zugrunde liegt, kann daher **von einer vom Richter zu schließenden Lücke nicht gesprochen werden**, wenn für Tatbestände der hier interessanten Art eine Gefährdungshaftung – noch – nicht eingeführt ist, sie vielmehr noch dem das Schadensersatzrecht grundsätzlich beherrschenden Verschuldensprinzip unterworfen bleibt. Jedenfalls ist es dem an das Gesetz gebundenen **Richter versagt, von sich aus völlig neue**, mit einer erweiternden Abgrenzung der im Gesetz bereits festgelegten nicht mehr zu erfassenden **Tatbestände für eine Gefährdungshaftung einzuführen. Der Richter würde (...) Aufgaben an sich ziehen, die nach der Verfassung dem Gesetzgeber vorbehalten sind** und in dessen **alleiniger** Verantwortung stehen.“¹⁵⁹

Es ist deutlich geworden, daß Markesinis die Rolle, die insbesondere die BGH-Richter im Fall der Entwicklung der Gefährdungshaftung spielten, mißfiel. Er kritisiert die deutschen Richter, weil sie vor einer mutigen Entscheidung zurückgeschreckten. Sie hätten die Modernisierung dieses Rechtsgebietes in eigener Regie übernehmen müßen. Es fragt sich somit, ob das hier entstandene negative Bild des deutschen Zivilrichters aus Sicht der anglo-amerikanischen Juristen auch allgemeine Gültigkeit besitzt oder ob es nur auf den Teilbereich der Gefährdungshaftung beschränkt ist.

¹⁵⁹ BGHZ 55, S. 234

3.Kapitel:

Die Sichtweise der anglo-amerikanischen Juristen des 20. Jahrhunderts hinsichtlich des Umgangs der deutschen Richter mit der BGB-Kodifikation unter besonderer Beachtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

1. Die Anwendung des BGB durch die deutschen Richter aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur

a. Allgemeine anglo-amerikanische Anmerkungen zum Leitbild des deutschen bzw. kontinental-europäischen Zivilrichters und zum Leitbild des Common Law-Richter

Der englische Professor für Rechtsvergleichung (Stokesly, North Yorkshire) **Federick Harry Lawson** (vgl. S. 31) prägte Anfang der 50er Jahre den ernüchternden Satz: „Ein Richter, der mit einer Gesetzeskodifikation wie dem BGB arbeiten muß, ist mit einem Menschen zu vergleichen, der zwar ein Zimmer betreten kann, jedoch dann nicht mehr in der Lage ist, dieses wieder zu verlassen.“¹⁶⁰

Der amerikanische Richter **Roscoe Pound** hat sich in den 50er Jahren metaphorisch über die Stellung des deutschen Richters innerhalb des Rechtssystem geäußert. Hierbei hat er in seiner Abhandlung „*The Development of the American Law and its Deviation from English Law*“ das in dieser Zeit im gesamten anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete

¹⁶⁰ F. H. Lawson: „The Rational Strength of English Law“, S. 75

deutsche Richterleitbild in Beziehung zum Bild des anglo-amerikanischen Richters gesetzt und damit den Grundstein für das bis heute zum Teil noch gültige Vorurteil über die Schwäche des deutschen Zivilrichters gelegt: „(...) **the civilian judge is a timorous creatur compared with his all-powerful Common law brothers** [sc.: der deutsche Richter ist eine schwache bzw. ängstliche Kreatur im Gegensatz zum allmächtigen Common Law-Richter].¹⁶¹

Der für Rechtsvergleichung bekannte schottische Richter **Thomas M. Cooper** umschrieb die unterschiedliche Herangehensweise an ein zivilrechtliches Problem durch die Common Law-Juristen bzw. Civil Law-Juristen im Jahre 1950 wie folgt: „**The civilian naturally reasons from principles to instances - the common lawyer from instances to principles. The civilian puts his faith in sylogism [sc.: i. S. v. Logik bzw. dem Schluß vom allgemeinen Rechtsbereich auf den zu behandelnden Einzelfall (deduktiv)], the common lawyer in precedence [sc.: Rechtsfindung anhand von vorher entschiedenen Fällen]. Vor ein juristisches Problem gestellt, würde sich ein „Civil Lawyer“ (wie z. B. ein deutscher Richter) die Frage stellen: „*What should we do this time*“. Der **Common Lawyer** hingegen würde sagen: „*What should we do the last time*.(...) **The instinct of the civilian is systemize. The working rule of the common lawyer is „solvitur ambulando“ [i. S. v. beweglich und flexibel zur (Fall-) Lösung zu gelangen] .¹⁶²** Die unterschiedliche Herangehensweise des Common Lawyers und des Civil Lawyers an ein juristisches Problem basiere darauf, daß sich das Common Law System und das**

¹⁶¹ in L.Q.R 67 (1951) und Kahn-Freund: „English and American Laws-Some Comparative Reflections“ in „Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound“(1962), S. 362 f.

¹⁶² Cooper: „The Common Law and the Civil Law – A Scottish View“ in Harvard Law Review 63 (1950), S. 468

Civil Law System geradezu gegensätzlich gegenüberstünden. Das Civil Law System unterscheidet sich vom Common Law System derart wesentlich, wie sich der Rationalismus von der Empirie unterscheidet, also die Geisteshaltung, die rein auf Vernunft aufbaut, sich von der Geisteshaltung, die rein auf Erfahrung aufbaut, unterscheidet: „*The distinction may be put in many ways. A civilian system differs from a common law system much as rationalism differs from empiricism.*“¹⁶³

Diese aus dem Anfang der 50er Jahre stammenden allgemeinen Beurteilungen zum Leitbild des deutschen bzw. kontinental-europäischen Zivilrichters und zum Leitbild des Common Law-Richter offenbaren die großen - bekannten - Unterschiede der beiden großen Rechtssysteme dieser Welt. Es fragt sich jedoch, ob sich diese fast vorurteilbehaftete Einschätzung des deutschen Richterleitbildes auch tatsächlich bis heute bestätigt oder ob sich die Richterleitbilder inzwischen einander angenähert haben.

b. Der deutsche Zivilrichter des 20. Jahrhunderts als bloßer „Anwender“ der BGB-Normen? – Anglo-amerikanische Stellungnahmen zum deutschen und zum eigenen Richterleitbild sowie Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zur Aufgabe des deutschen Zivilrichters

Um die anglo-amerikanischen Stellungnahmen zum Leitbild des deutschen Zivilrichters ab dem 20. Jahrhundert richtig einordnen zu können, bedarf es einer kurzen Darstellung, wie sich die deutschen Juristen selbst dazu äußern. Unabhängig von dem heftigen und immer noch andauernden Streit zur

¹⁶³ Cooper: aaO., S. 470 f.

Einordnung des deutschen Richters in das Zivilrechtssystem hat sich das **Bundesverfassungsgericht** wiederholt zu dieser Frage geäußert. Diese Stellungnahmen geben ein gutes Bild vom Kern der Problematik ab.

aa. Stellungnahmen des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen (zivil-) richterlicher Entscheidungsbefugnis

Die in Art. 20 Abs. 3 GG statuierte Bindung der rechtsprechenden Gewalt an „Gesetz und Recht“ bedeutet, daß alle Rechtsprechungsorgane ihren Entscheidungen die Normen der verfassungsmäßigen Rechtsordnung sowie des Völker- und des Europarechts zugrunde zugelegt haben. In bezug auf die Entscheidungsbefugnis des Richters wird Art. 20 Abs. 3 GG durch Art. 97 Abs.1 GG ergänzt, in dem die richterliche Unabhängigkeit geregelt ist, d. h., daß der Richter „nur dem Gesetze unterworfen ist“. Einigkeit in Literatur (bis auf einige wenige Ausnahmen¹⁶⁴) und Rechtsprechung besteht darüber, daß das sog. Richterrecht keine eigenständige Rechtsquelle darstellen soll.

Die deutsche Juristin **Regina Ogorek** hat 1986 in ihrer Habilitationsschrift „Richterkönig oder Subsumtionsautomat“ im ersten Kapitel („Der freie und der gebundene Richter in der heutigen Diskussion“) die beiden Hauptpositionen, die es im Zusammenhang mit dem Leitbild des deutschen Zivilrichters gibt, zusammengefaßt: „Es wäre hoffnungslos, die Vielfalt der Antworten (zum „richtigen“ Leitbild des deutschen Richters) in wenigen Sätzen einfangen zu wollen. Es zeichnen sich aber

¹⁶⁴ Jörn Ipsen in „Richterrecht und Verfassung“ (1975), der die Frage offengelassen hat.

Argumentationstypen ab (...). Da sind zunächst einmal diejenigen, die eine **strenge Bindung** des Richters an das Gesetz für verfassungsrechtlich geboten, politisch wünschenswert und methodisch umsetzbar halten. (...) Anderen bereitet das Leitbild vom gebundenen Richter eher Sorge, da sie blinden Gesetzesvollzug ohne Eigenverantwortung fürchten.“¹⁶⁵

Im Jahre 1973 hat das BVerfG in einer Grundsatzentscheidung, der bekannten **„Soraya“-Entscheidung**¹⁶⁶, ausführlich zum Leitbild des deutschen Richters Stellung bezogen: „Die traditionelle Bindung des Richters an das **Gesetz**, ein Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes (...), ist im Grundgesetz (...) dahin abgewandelt, daß die Rechtsprechung an **„Gesetz und Recht“** gebunden ist. Damit wird nach allgemeiner Meinung ein **enger Gesetzespositivismus abgelehnt**. (...). Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe kann es insbesondere erfordern, **Wertvorstellungen**, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, **in einem Akt des bewertenden Erkennens**, (...), **ans Licht zu bringen** und in Entscheidungen zu realisieren.“¹⁶⁷ In bezug auf die Aufgabe des Richters zur Rechtsfortbildung und das Treffen billiger (also gerechter) Entscheidungen bezieht sich das BVerfG hier auf eine frühere Entscheidung¹⁶⁸ und führt aus: „Die richterliche Entscheidung schließt die (Gesetzes-) Lücke **nach den Maßstäben**

¹⁶⁵ R. Ogorek: „Richterkönig oder Subsumtionsautomat?“ (1986), S.1 f.

¹⁶⁶ BVerfGE 34 (1973), 268; zuvor: BGHZ NJW 1965, 904 – Die beklagte Zeitung druckte in diesem Fall ein erfundenes Interview mit der Prinzessin Soraya ab, in dem über ein (angebliches) Leben mit einem persischen Scheich berichtet wurde. Hierauf klagte die Prinzessin auf Schadensersatz wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung.

¹⁶⁷ BVerfGE 34 (1973), 268 (286-288)

¹⁶⁸ BVerfGE 9 (1957), 338 (349)

der praktischen Vernunft und den „**fundierte[n] allgemeine[n] Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft**“. Die **Aufgabe des Richters zur „schöpferischen Rechtsfindung“** ist dem Richter (...) nie bestritten worden.“¹⁶⁹

Zur Aufgabe des Richters – insbesondere in der problematischen Abgrenzung zum Machtbereich der Legislative – haben sich die Richter des Bundesverfassungsgerichts erneut in der Entscheidung aus dem Jahre 1997¹⁷⁰ geäußert: „Art. 20 Abs. 2 verleiht dem Grundsatz der Gewaltenteilung Ausdruck. Auch wenn dieses Prinzip (...) nicht im Sinne strikter Trennung (...) ausgestaltet worden ist (...) wäre es unerträglich, wenn sich die Gerichte aus der Rolle des **Normanwenders** in die **normsetzende Instanz** begeben, also sich der Bindung an Recht und Gesetz entziehen würden.“¹⁷¹

Diese Einschätzung stimmt mit bisherigen Entscheidungen überein und ist auch unproblematisch. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts bekennen jedoch Farbe, als sie sich zu dem o. g. Problemfeld der Rechtsfortbildung äußern. Wenn es um das Anpassen alter Gesetze an neue Umstände geht, so sollte diese Aufgabe zum großen Teil von den Richtern, jedoch nicht von der Gesetzgebung übernommen werden: „Die Verfassungsgrundsätze verbieten es dem Richter nicht, das Recht **fortzuentwickeln**. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und **der begrenzten Reaktionsmöglichkeit des Gesetzgebers** sowie **der offenen Formulierung** gehört die Anpassung des geltenden Rechts (...) zu **den Aufgaben der Dritten Gewalt**. (...) . Das hat das

¹⁶⁹ BVerfGE 34 (1973), 268 (287)

¹⁷⁰ BVerfGE 96 (1997), 375

¹⁷¹ BVerfGE 96 (1997), 375; BVerfGE 4, 219 (234); BVerfGE 87, 273 (280) m.w.N.

Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf das **Bürgerliche Gesetzbuch** ausgesprochen.“¹⁷²

bb. Anglo-amerikanische Stellungnahmen zum eigenen und zum deutschen Richterleitbild

In einer Sichtweisenbetrachtung des deutschen Zivilrechtssystems der 30er Jahre kommt der amerikanische und damals an der Columbia University wirkende Rechtsprofessor **K. N. Llewellyn** auf dieses Rechtsphänomen zu sprechen.

Karl Nickerson Llewellyn wurde am 22. Mai 1893 in der nordamerikanischen Stadt West Seattle im Bundesstaat Washington geboren. Nach dem Abschluß seines juristischen Studiums („Legal Law Barrister“) an der „Yale-University“ im Jahre 1918 gab er schon ein Jahr später die ersten Vorlesungen. Anfang der 20er Jahre praktizierte Llewellyn als Anwalt in New York und wurde schließlich 1926 Mitglied der staatlichen Einrichtung für Rechtsvereinheitlichung („*Uniform State Law*“). Er war der maßgebliche Verfasser des amerikanischen Handelsgesetzbuches – des „*Uniform Commercial Code*“. Diese besondere Art der Kodifikation wurde in den 50er und 60er Jahren zwar von allen nordamerikanischen Bundesstaaten erlassen, allerdings nur uneinheitlich und mit unterschiedlichem Umfang.¹⁷³

Durch seine rechtsgeschichtlich geprägten Vorlesungen an der Columbia University zu New York (Rechtsprofessur ab 1927)

¹⁷² BVerfGE 96 (1997), 375 (394), BVerfGE 34 (1971), 268 (288-289)

¹⁷³ Vgl.: Darby in „Staudingers Kommentar zum BGB (...) 100 Jahre BGB (...)“ (1999), S. 101 (102 f.)

kam er auch in Kontakt mit deutschem Recht und dessen Geschichte.¹⁷⁴

Auffällig ist, daß der amerikanische Jurist trotz der Kürze des Textes das deutsche Richterleitbild relativ ausführlich darstellt, obwohl die Arbeit („Die deutsche Justiz. Vom Standpunkt eines amerikanischen Juristen“) nur wenige Seiten umfaßt. Dadurch wird deutlich, wie wichtig es schon damals für die anglo-amerikanischen Juristen war, das Leitbild des deutschen Zivilrichters darzustellen. Denn hierdurch erhielt der am deutschen Recht interessierte anglo-amerikanische Leser einen ersten Einblick und ein Grundverständnis für das deutsche Zivilrechtssystem. Ungewöhnlich ist auch, daß Llewellyn bei der Beschreibung der deutschen Justiz auf die Darstellung von Gerichtsurteilen ganz verzichtet.

Das Leitbild des deutschen Richters setzt Llewellyn¹⁷⁵ in Bezug zum deutschen Rechtspostulat der „**Systemgeschlossenheit**“: „Der Amerikaner ist ein merkwürdiges Juristentier. Er hält **die Fortbildung des Rechts durch die Rechtsprechung** nicht für etwas Bedauerliches, auch nicht für etwas Notwendiges, mit dem man einmal zu leben hat, sondern für die **höchste Richterpflicht** und für einen unübertrefflichen Zwischenzeitbehelf auch dort, wo ein Kodex vorliegt (...). Der Amerikaner meint auch, daß diese Fortbildung verantwortlicher und einsichtiger vor sich gehe, wenn der Richter sich seines **Spielraums** (...) voll bewußt ist. (...) Man sieht, der **amerikanische Jurist** ist Jurist, ist stark **Gewohnheitsmensch**.“

Die amerikanischen Richter würden „in heller **Bewunderung vor der Übersichtlichkeit des deutschen Zivilrechts**“ stehen. Der Amerikaner müsse sich angesichts der zivilrechtlichen

¹⁷⁴ Biographie aus „Who is Who in America 1946-1947“

¹⁷⁵ Llewellyn: „Die deutsche Justiz vom Standpunkt eines amerikanischen Juristen“ in J.W. 61 (1931), S.556

Handhabung durch die deutschen Gerichte „als vollkommener Esel“ fühlen.

Geradezu unglaublich sei es aus Sicht der Amerikaner, daß der deutsche Richter aufgrund der Systemgeschlossenheit „das **gesamte materielle Recht** beherrschen müsse“, während sich für den Präjustizienrechtler die rechtlichen Probleme in der Sachverhaltsauslegung und den damit verbundenen rechtlichen Beziehungen erschöpften.

Diese nordamerikanische Sichtweise bezüglich der Beurteilung der (Macht-) Stellung des nordamerikanischen Richters innerhalb des Rechtssystems im Vergleich zum deutschen Zivilrichter fällt erstaunlich selbstkritisch aus. Das ist ein seltenes Phänomen, da doch – wie oben gezeigt – der „*Common Law-Judge*“ sonst eher als allmächtige Gewalt innerhalb des Rechtssystems dargestellt wurde.

Das hohe Ansehen, das der „*Common Law-Richter*“ in seinem eigenen Rechtskreis genießt, wird vom amerikanischen Rechtsprofessor für internationales und ausländisches Recht, **J. H. Merryman** prägnant umschrieben. Der Machtbereich des „*Common-Law-Judge*“ sei bestimmt durch sein Ansehen als Vaterfigur, ja sogar als kultureller Held, der eine „Vormachtstellung“ innehatte : „*We in the Common Law World know what a judge is. He is a culture hero, even something of a farther figure.*“(...) *We do not like to use such dramatic phases as „judicial supremacy“ [sc.: richterliche Vormachtstellung], but when we pushed to it we admit that this is a fair description of the common law system (...).*“¹⁷⁶

¹⁷⁶ J. H. Merryman: „Judges“, S. 34 ff. in „The Civil Law Tradition“(1985)

John Henry Merryman wurde 1920 in Portland im nordamerikanischen Bundesstaat Oregon geboren. Nach dem Universitätsabschluß in Portland wirkte Merryman von 1948 - 1953 an der University of Santa Clara (Californien). Von 1953 - 1960 war er an der Stanford Law School und an der University of New York als Rechtsprofessor beschäftigt. Sein weiterer beruflicher Werdegang war durch zahlreiche Tätigkeiten in Europa geprägt: Als Gastprofessor war Merryman von 1963 - 1964 in Rom, 1962 und 1964 in Athen und schließlich von 1968 - 1969 am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg tätig. Hier setzte er sich intensiv mit dem deutschen Zivilrecht und seiner Geschichte auseinander.

In seinem Aufsatz „Ideology of the German Civil Code“¹⁷⁷ aus dem Jahr 1985 richtet Merryman sein Augenmerk auf die Herangehensweise der **deutschen** Zivilrichter an ein rechtliches Problem. Diese Untersuchung setzt der US-Amerikaner auch in einen Bezug zur Herangehensweise eines US-amerikanischen Richters an ein zivilrechtliches Problem. Er meint, daß es in den **USA** eine „Richterweisheit“ gäbe – nämlich, daß **dasjenige als Recht anzusehen sei, was der Richter entscheide**, obwohl die Legislative – theoretisch gesehen – die absolute Gewalt über die Gesetzgebung habe. Der Richter in den USA habe die Art und Weise zu bestimmen, wie man sich einem juristischen Problem nähere sowie darauf hinzuweisen, welche Rechtsprinzipien zur Problemlösung existierten und zur Lösung herangezogen werden müßten. Schließlich entscheide sich der Richter dahingehend, wie er den ihm präsentierten Fall löse. Er habe zu entscheiden, ob

¹⁷⁷ J. H. Merryman: „The German Legal Science“ in „The Civil Law System“, S. 476 ff. (1994)

das Gesetz, ein Präzedenzfall oder ein sonstiges Rechtsprinzip auf den von ihm zu entscheidenden Fall anzuwenden sei.

Im **Civil Law** – insbesondere in Deutschland – hingegen sei nicht das, was der Richter sage, als Recht anzusehen, sondern vielmehr das, was der „**Gelehrte**“ gesagt bzw. herausgefunden habe:

*„In the United States, where the legislature is also theoretically supreme, **there is a well-known saying (originated by a judge) that the law is what the judges say.** This is, probably understood, a realistic statement of fact. The judge has to decide **how** to characterize a legal problem presented to him, **which** principles of law to apply to the problem, and **how** to apply them in order to arrive a **result**. (In a similar sense it is accurate to say that the law of a **civil law jurisdiction** is what the **scholars** say it is... .“¹⁷⁸*

Im Gegensatz zum allumfassenden Machtbereich des „*Common-Law-Judge*“ müsse der „*Civil-Law*“-Richter, also auch der deutsche Richter, immer auf die Rechtsregeln und Rechtsprinzipien achten, die die Gelehrten irgendwann einmal aufgestellt hätten.

Aus der Auffassung Merrymans, daß im Rechtskreis des *Common Law* der Richter im Mittelpunkt des Rechtssystems stehe, während in Deutschland vor allem das BGB im Mittelpunkt des Rechtssystems stehe, läßt sich folgender Gedanke ableiten: Während der „*Common Law*“-Richter eine „Vater-Figur“ darstellt, der aufgrund seines großen Einflusses loyal innerhalb des Rechtssystems gefolgt wird, folgt in Deutschland der Richter eher loyal dem Gesetz, indem er

¹⁷⁸ Merryman: aa0., S.60

dieses anwende. Nicht der Richter stellt in Deutschland die „Vater-Figur“ innerhalb des Rechtssystems dar, sondern die BGB-Verfasser und mehr noch die Gelehrten (insbesondere die Anhänger der „Historischen Schule“ des 19. Jahrhunderts).

Vor dem Verfassen des BGB hätten diese Gelehrten laut **Merryman** danach gestrebt, fundamentale Prinzipien („*fundamental principles of German Law*“¹⁷⁹) aus der - wie er es nennt - ihnen zur Verfügung stehenden **Datei** herauszubilden¹⁸⁰ [sc.:**Merryman** spielt hier vorrangig auf die Lösungswege und die Ergebnisse aus der deutschen Pandektenwissenschaft und der Historischen Schule an.] Die Deutschen hätten zum Ziel gehabt, Gesetze zu verfassen, die sich aus dem eigenen historischen Kontext heraus rechtfertigten. Daher sei das BGB auch alles andere als revolutionär geworden („*opposite of revolutionary*“¹⁸¹). Diese am Ende geschaffenen Gesetze und Rechtsprinzipien sollten folglich von so ausgereifter Natur sein, daß sie den in der Praxis auftauchenden Rechtskonflikten vorgreifen sollten.

So bezeichnet Merryman die Arbeit der Pandektisten, die er als „Ur-Väter“ des BGB bezeichnet, mit Analytikern, die mit der Genauigkeit von Chemikern, Physikern oder Biologen zu Werke gegangen seien. Die hätten ihre eigene Rechtsgeschichte nicht nur rekonstruiert, sondern dies vor allem auch auf der Basis wissenschaftlicher Methodik getan. Das Ergebnis sei eine **phänomenale juristische Datenbank** gewesen, die feststehende Rechtsprinzipien und Rechtsbeziehungen beinhalte: „*The components of the German legal system, in their historical context, came (...) as something like a **natural data**. Just like a natural data in*

¹⁷⁹ Merryman: aaO, S. 32

¹⁸⁰ Merryman: aaO, S. 31 f.

¹⁸¹ Merryman: aaO, S. 32

*biology, chemistry, or physics could be studied in order to determine the more general principles (...), so the data of German Law could be studied in order to identify and extract from them **those inherent principles of the German legal order of which they were specific expressions.***¹⁸²

Danach hätten die deutschen Rechtswissenschaftler versucht, zwischen diesen herausgearbeiteten Regeln und Prinzipien die richtige (also logische) Verbindung herzustellen. Wenn schließlich ein Rechtsgebiet auftrat, das **nicht** in diese geordnete und aus Rechtsprinzipien bestehende Datei paßte, hätten es die deutschen Rechtsanwender bevorzugt, die in der Datei vorhandenen Regeln zu modernisieren, aber nicht die Datei selbst zu ändern. Auf diese Weise sei von den Pandektisten ein systematischer und wissenschaftlicher Rahmen gebildet worden, den es unter allen Umständen zu sichern galt: „*preservation of systematic value*“¹⁸³. Aus der Sicht von Merryman¹⁸⁴ stelle dieser Drang der deutschen Juristen nach „**Systemsicherung**“ bzw. Systemgeschlossenheit („*logical closure of law*“) ein Reizthema dar, das sich auf Seiten der anglo-amerikanischen Kritiker großer Beliebtheit erfreue.

Die „*natural data*“ sei auch der Grund dafür, daß die deutschen BGB-Väter bei der Konzeption ihrer Jahrhundertkodifikation von der Rechtsidee der logischen Geschlossenheit des gesamtdeutschen Rechts getrieben wurden. Das bemerkt zumindest der amerikanische Harvard-Professor **von Mehren**: „*The **positive law** of a given county and period was viewed as a self-sufficient whole embodied in the code, which contained, in the form of logical principles inherent in its structure, its own*

¹⁸² Merryman: aaO, S. 31

¹⁸³ Merryman: aaO, S. 31

¹⁸⁴ Merryman / Clark / Haley: „Civil Law System (...)“, S. 482; Merryman: „Civil Law System (...)“, S. 62

method of development. This conception has been called „the logische Geschlossenheit des Rechts“. It was the concept which demonstrated the structure and theory of the German Civil Code (...).“¹⁸⁵

Im Zusammenhang mit dieser in Deutschland dennoch angestrebten Rechtssystemgeschlossenheit macht der am „Houston Law Center“ der Universität zu Houston lehrende **James E. Herget** auf ein mit dieser Bestrebung verbundenes Problem aufmerksam, nämlich der Einordnung des deutschen Zivilrichters in dieses geschlossene Rechtssystem. Laut Herget hätten die Deutschen feststellen müssen, daß **„der König keine Kleider anhatte“**, da ein eindeutiges und widerspruchloses Anwenden von geschriebenem Recht unmöglich sei. So seien gezwungenermaßen Fälle aufgetreten, auf die keine Vorschrift paßte - oder bei denen die Auslegung äußerst schwierig war. Infolgedessen wären die deutschen Richter geradezu gezwungen gewesen, auf alternative Rechtsfindungsmethoden zurückzugreifen. Folglich sei das als „König“ der Gesetzesbücher bekannte BGB in einigen Fällen machtlos bzw. biete keinen Lösungsweg an. In solchen Fällen sei es Sache der Richter gewesen sich – trotz nicht vorhandener Vorgabe aus dem BGB – zu entscheiden: *„(...) cases regularly arouse in the application of provisions of written law was ambiguous [sc.: nicht eindeutige Anwendungsmöglichkeit der BGB-Normen]. Certain Scholars began to point out that **the king had no clothes** (...) How should the courts decide these cases? What sources should the judge turn to when the authoritative [sc.: Legislative und deren verabschiedete Normen] ones were of no help.“¹⁸⁶*

¹⁸⁵ Von Mehren: „Bookreview“ in Harvard L. R. 63 (1949), S. 370 f.

¹⁸⁶ James E. Herget: „The Influence of German Thought on American Jurisprudence“, aaO. S. 201 (216)

Wie es die deutschen Richter schafften, sich aus einer derartigen rechtssystematischen **Zwangslage** zu befreien und unvorhersehbaren Rechtsproblemen Herr zu werden, wird von den anglo-amerikanischen Juristen mit einem Begriff umschrieben, dem Begriff der „**judicial creativity**“ [sc.: Rechtsfortbildung durch Richterrecht]. Diese Umschreibung des deutschen Richterleitbildes deutet schon an, daß sich das Bild vom deutschen Richter als „arme Kreatur“, die bloß das bereits geschriebene Recht anwenden darf, so nicht mehr haltbar ist.

Für den englischen Jurist **Kiwame Opoku** läßt sich die Problematik um das deutsche Richterleitbild weniger aus den von den deutschen Richtern erzielten Ergebnissen erkennen, als vielmehr aus den Lösungswegen selbst. Denn es sei die aus der Tradition und der Rechtsgeschichte heraus gewachsene juristische Methode, die – gerade für den ausländischen Betrachter - im Blickpunkt stehe: „*The solutions adopted by the various legal systems are quite often very similar. Yet when we look at the methods and the argumentation used in arriving at these solutions, we struck by their diversity.(...) We see at work the divergent traditions*“¹⁸⁷. Folglich spiegelten sich in der unterschiedlichen **Gerichtspraxis** („*judicial contribution*“) die auseinandergelassenen Traditionen der jeweiligen Rechtskreise am besten wider. Und diese zivile Gerichtspraxis werde in Deutschland nicht nur durch die Anwendung der BGB-Normen, sondern eben auch durch eine darüber hinausgehende „richterliche Kreativität“ geprägt. **K. Opoku** merkt hierzu an, daß die Verfasser des BGB gedacht haben mögen, ein komplettes Rechtssystem erschaffen zu haben,

¹⁸⁷ Opoku, K.: „Delictual Liability in Germany“ in ICLQ 21, S. 230

das in der Lage sei, auf alle künftigen Rechtsprobleme (Opoku bezieht sich hier insbesondere auf das Deliktsrecht) eine adäquate Antwort finden zu können. Selbstverständlich hätte sich die Vorstellung – wenn sie es denn gab – als Trugschluß herausgestellt. Die Auslegung der Normen des BGB sei noch nicht als „*judicial creativity*“ zu bezeichnen, da diese Rechtsfindungsmethode im deutschen Zivilrechtssystem die normale Anwendung von Recht durch die Richter („*application of the law*“) sei. Vielmehr hätten sich die deutschen Zivilrichter in einigen Situationen wiedergefunden, in denen sie wie ein Gesetzgeber tätig werden mußten, um billige Entscheidungen treffen zu können. Diese Art der Rechtsfindung bezeichnet der englische Jurist als „*creation of law*“ bzw. als „*judicial legislation*“¹⁸⁸. Die deutschen Gerichte hätten diese „*judicial creativity*“ z. B. bei der Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts oder der Herausbildung sog. „allgemeiner Verkehrssicherungspflichten“ („*duty of care*“¹⁸⁹) oder im Rahmen des § 823 Abs.1 BGB. Auch führt er in seinem Aufsatz von 1971 die von der Rechtsprechung entworfene Produkthaftung an. Dieses Gebiet wurde jedoch erst Jahre nach der Veröffentlichung seines Artikels vom Gesetzgeber in Spezialgesetzen außerhalb des BGB geregelt - nämlich im „Produkthaftungsgesetz“ vom 15. Dezember 1989 sowie im „Gesetz zur Regelung der Sicherheitsanforderungen an Produkte und zum Schutz der CE-Kennzeichnung“ vom 22. April 1997.

Der Amerikaner **R. Riegert** kam in seinem 1970 verfaßten Aufsatz über das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch („*The West German Civil Code*“) zu einem ähnlichen Schluß, indem

¹⁸⁸ K. Opoku: „Delictual Liability in German Law“ in International and Comparative Law Quarterly 21 (1971), 230 (243-244)

¹⁸⁹ Opoku: aaO., S. 244

er darlegt, daß es vor allem den Richtern des Bundesgerichtshofs zu verdanken sei, daß das BGB trotz seines zu weitgehenden Abstraktionsgrades überhaupt überlebt habe. Abstraktion – wie im Allgemeinen Teil des BGB - sei zwar für **jedes** geordnete Rechtssystem erforderlich, auch in den USA, wo insbesondere allgemeingültige Regeln mit besonderen Regeln verquickt würden: *„There are abstractions in the first book of the BGB similar to those of American Law. They will cause the American lawyer little difficulty.“*¹⁹⁰ Jedoch sei es für ein Rechtssystem nachteilig, wenn ein zu hoher Abstraktionsgrad angewandt würde, also eine **exzessive Abstrahierung von Rechtsproblemen** vorgenommen würde. Genau dies sei bei dem BGB der Fall gewesen. Ohne die Fähigkeit der BGH-Richter, die Abstraktion zu durchdringen, wäre das BGB an seiner zu schwierigen Anwendbarkeit gescheitert. Die **BGH-Richter** hätten es aber verstanden, durch ihre Entscheidungen einen „hervorragenden Zivilrechtskörper“ („*excellent body of civil law*“¹⁹¹) um das BGB herum zu schaffen. Mit Hilfe dieses Zivilrechtskörpers sei es möglich gewesen, das BGB – auch für Riegerts Landsleute - verständlicher zu machen. Je mehr BGH-Entscheidungen zu den Normen des BGB gefällt wurden, desto „weniger feindlich“ wurde der Umgang mit dem BGB: *„Some **abstraction** is necessary in any legal system; only when abstraction is carried to excess does it disadvantage. Because the BGB went too far, **the satisfactory operation of the Code is probably due more to the decision of the judges of the German Supreme Court than to the statute itself. Their decisions produced an **excellent body of civil law** which***

¹⁹⁰ Robert A. Riegert: „The West German Civil Code, its origin and its contract provisions“ in Tulane Law Review 45 (1970), S. 48 (67)

¹⁹¹ Riegert: aaO., S. 67

*more literal, less sophisticated reading of the Code would not have.*¹⁹²

Riegert stellt in seinen „*Concluding Comments*“ eine gewagte These auf, wonach eine der wichtigen (wenn auch nicht ganz gewollten) Funktionen des BGB darin bestünde, die wichtige Rolle, die der deutsche Zivilrichter bei der Rechtsfortbildung spiele, zu verdecken. Diese Verdeckungstaktik sei früher jedoch wichtiger gewesen als heute, da sich der Zivilrichter in Deutschland mittlerweile als rechtsfortbildende Instanz etabliert habe: „*One of the not wholly intended but important functions of the BGB may have been to **conceal the large role that judges play in law making** at a time when German thought would have been less willing to permit them this role than it would be today.*“¹⁹³

Auch **Merryman** hat sich dahingehend geäußert, daß der anglo-amerikanische Betrachter des deutschen Zivilrechts **früher** primär das BGB in den Mittelpunkt der Betrachtung gestellt habe. Merryman nennt den Hauptgrund für die Korrektur der anglo-amerikanischen Sichtweise hinsichtlich der Machtstellung des deutschen Zivilrichters innerhalb seines Rechtssystems.

Seit Einführung des Bundesverfassungsgerichts hätte es besonders auf Seiten der anglo-amerikanischen Rechtsvergleicher eine **Trendwende hinsichtlich der Betrachtungsweise** des deutschen Zivilrechts gegeben, nämlich, daß die **treibende Kraft für das deutsche Zivilrecht** eben **nicht** mehr das „Jahrhundertgesetzeswerk“ in Form des BGB sei, sondern immer mehr die Gerichtsurteile: „*Take German Law. Here is a legal system that, in its operation, is*

¹⁹² Riegert: aaO., S. 67

¹⁹³ Riegert: aaO., S. 67

*dominated by judges. (...). Traditional comparative law focuses on the BGB, but the vital force in German Law comes from the judicial system. Since the Germans established their constitutional court (...) judicial decisions are where crucial decisions about German Law are made“.*¹⁹⁴

Den gleichen Gedanken hinsichtlich dieser Trendwende für die anglo-amerikanische Betrachtungsweise des deutschen Zivilrechts, die durch die Gründung des Bundesverfassungsgerichts eingeleitet wurde, hatte auch **Markesinis**¹⁹⁵. Er beschreibt nicht nur, wie es zu dieser Trendwende kam, sondern benennt auch die Gründe, warum man im anglo-amerikanischen Rechtskreis die Meinung vertrat, daß der deutsche Zivilrichter nur einen relativ kleinen Machtbereich innerhalb des Rechtssystems innehatte.

So bestand laut Markesinis unter den Anhängern des anglo-amerikanischen Rechtskreises ein **Vorurteil** bzw. eine herkömmliche gefestigte Meinung zum deutschen Richter, nämlich, daß die deutschen Richter – wie oben gezeigt - weniger neues Recht schafften, als vielmehr „nur“ das **Gesetzbuch** in Form des BGB zur Lösung von Rechtsproblemen **anwendeten**: „(...) most [sc.: Common Lawyers] would hold to the belief that civil law judges in general, and German judges in particular, tend to **apply the code, rather than make law.** (...) legal orthodoxy [sc.: herkömmliche Lehrmeinung der Common-Law-Juristen] (...) would deny judges any pure law-making powers. The truth of the matter is (...) different.“¹⁹⁶ Dieser Einschätzung vieler Common Lawyer hält Markesinis entgegen, daß das BGB wohl nicht hätte überleben können, wenn es nicht einige -

¹⁹⁴ Merryman: „Civil Law System (...)“, S. 62

¹⁹⁵ Markesinis: „Conceptualism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer looks at some Judgments of the German Federal Court“ in Am.J.Comp.L 34 (1986), S. 349 ff.

¹⁹⁶ Markesinis in Am.J.Comp.L. 34(1986), S. 359

jedoch sehr wichtige und durchgreifende - richterrechtliche Neuregelungen und Ergänzungen gegeben hätte. Diese vorzügliche Weiterentwicklung des Rechts durch Vorstöße der deutschen Richter in ihren Entscheidungen seien hinsichtlich der **rechtsschöpferischen Wirkung** absolut vergleichbar mit der rechtsgestaltenden Tätigkeit der Richter im Common-Law-Rechtskreis: „*The 1900 Civil Code could not have survived without some very daring judicial interventions which (...) come as close as any Common Law judge has come into making new law.*“¹⁹⁷

cc. Die anglo-amerikanische Einschätzung zum Stil der deutschen Zivilgerichtsurteile unter besonderer Beachtung des englischen und des nordamerikanischen Prinzips der gebundenen Entscheidung („stare decisis“)

Wie der anglo-amerikanische Betrachter **das deutsche Richterleitbild vor dem Hintergrund der Zivilgerichtsentscheidungen** allgemein einschätzt, macht einer der weltweit führenden Juristen für europäische Privatrechtsvergleiche, **Basil Spiros Markesinis**, deutlich.

In dem Buch „*The German Law of Tort*“ weist Markesinis im Zusammenhang mit dem deutschen Richterleitbild darauf hin, daß sich der anglo-amerikanische Leser in seinem **Vorurteil** von den deutschen Urteilen bestätigt fühle und den

¹⁹⁷ Markesinis in Am.J.Comp.L. 34 (1986), S. 359

richterlichen Gedankengängen wegen des auf die Spitze getriebenen Grades an Logik und Systemgeschlossenheit nur schwer folgen könne. So könne den deutschen (Zivil-) Richtern der Vorwurf gemacht werden, es dem Leser nicht einfach zu machen, den Entscheidungsgründen zu folgen. Rechtliche Details würden oft rücksichtslos, also ohne weitere Erläuterung, in das Urteil mit aufgenommen, was folglich zu Verständnisproblemen beim ausländischen Leser führe. „A reader of **German judgements** expecting them to be abstract, conceptual and difficult to follow will, on the whole, not be disappointed in this expectation. Logic is often taken to extremes, legal details relentlessly pursued. As Harry Lawson once told me, “they are leaving nothing to the imagination.”¹⁹⁸ Eine lebendige Sprache (z. B. mit Metaphern) gebe es in den Urteilen ebensowenig wie humoristische Passagen, die bestimmte Entscheidungsteile veranschaulichen. Anzufinden seien statt dessen die (“well-known”) langen Sätze: „The lively, staccato phrase is simply not there, its place is taken by the well-known long sentences.”¹⁹⁹

Im Gegensatz zu den anglo-amerikanischen Gerichtsentscheidungen (aber auch zu den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) basierten die Entscheidungen der deutschen Zivilsenate zudem auch nur auf einer einfachen Mehrheitsentscheidung der beteiligten Richter²⁰⁰. Hierbei würden die widerstreitenden Meinungen nicht offen dargelegt. Die **abstrakte Darstellungsweise der**

¹⁹⁸ Markesinis: aaO., S. 366; B.S.Markesinis: „The German Law of Obligation / „The German Law of Tort – Vol. II“, 3.Auflage 1997, S. 11

¹⁹⁹ Markesinis in Am.J.Comp.L. 34 (1986), S. 359

²⁰⁰ Der Bundesgerichtshof besteht aus 12 Zivilsenaten, denen im Durchschnitt 7 Richter zugewiesen sind. An den einzelnen Entscheidungen wirken grundsätzlich 5 Richter (ein Vorsitzender Richter und 4 Beisitzer mit), aus: „Der Bundesgerichtshof“(1996) von Walter Odersky

deutschen Zivilgerichtsurteile führt Markesinis auf den Umstand zurück, daß der mögliche Disput der an der Urteilsbegründung mitwirkenden Richter nicht direkt und deshalb für den Leser unerkennbar ausgetragen werde: „(...) *unlike the Anglo-American equivalents, the decisions of the German Supreme Court are **unanimous decisions of the entire court**. Clearly this does not mean that in the published decisions there are never any disagreements between the judges trying to solve a particular case; but this does mean that **in the published decision there are no open dissent**. The courts decide by simple majority (...).*“²⁰¹

Die anglo-amerikanische Doktrin der „*stare decisis*“ stellt für **Markesinis** den entscheidenden Anknüpfungspunkt für die vielen Unterschiede, die zum deutschen Zivilrechtssystem bestehen, dar. Denn dieses anglo-amerikanische Rechtspostulat sei dem deutschen Recht fremd: „*Many differences with Anglo-American law are obviously due to the doctrine of stare decisis, which is unknown in German law.*“

Um diesen von Markesinis angesprochenen Anknüpfungspunkt darstellen zu können, ist eine anglo-amerikanische Betrachtung der „*stare decisis*“ vor dem Hintergrund der deutschen Gerichtspraxis notwendig.

Das *Common Law* erhält seine Prägung durch das **ausgeübte Richterrecht**. Die Gerichtsentscheidungen werden, falls ein neuer Rechtsbereich betreten wird, der bisher noch ungeregelt war, dabei jeweils zu **bindenden** Präzedenzfällen („***stare decisis***“). Kodifizierte Vorschriften werden logischerweise von den Gerichten so interpretiert, daß sie mit früherem *Common Law* übereinstimmen oder aber eine Erweiterung darstellen.

²⁰¹ Markesinis: „The German Law of Tort“(1994), S. 8

Laut **Markesinis** dienen den deutschen Richtern die eigenen Präzedenzfälle „nur“ als Orientierungsgröße. Das Wiederauffinden von ähnlich gelagerten früheren Entscheidungen sei kein zwingendes Rechtsfindungsmittel für die deutschen Gerichte; diese Entscheidungsfälle hätten nur einen **beispielhaften** Stellenwert: „(...) *previous cases may be considered and distinguished but the court [sc.: die Zivilsenate des BGB] is not required to discover the „case in point“ since the search is not (...) for precedents but for example.*“²⁰²

Daß die deutschen Gerichte letztlich die ihnen zur Verfügung stehenden Rechtsnormen anwenden müßten, würde dazu führen, daß die deutschen Richter – im Gegensatz zu ihren englischen Kollegen – bei ihrer Entscheidungsbegründung nicht ins Detail gehen müßten. Sie seien also nicht darauf angewiesen, „*to discover the case in point*“. Logischerweise seien die Entscheidungen des BGH zum Vertrags- und Deliktsrecht in der Regel auch kürzer (ca. 2000 - 2500 Wörter, nur in wenigen Fällen bis zu 5000 Wörter) als die des englischen „*House of Lords*“ und des „*Court of Appeal*“. Auch die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich thematisch mit denen des BGH überlappen könnten, seien in der Regel wesentlich länger. Daß einerseits das „bloße Anwenden“ von Vorschriften und die fehlende schriftliche Fixierung des Disputs zwischen den an der Entscheidungsbegründung beteiligten Richter zu einer Verkürzung der Entscheidungsbegründung und gleichzeitig zu einer Abstrahierung des Urteilsstils führten, wird von Markesinis auch durch einen weiteren Umstand deutlich, daß nämlich die Urteile des Reichsgerichts vor dem 2. Weltkrieg noch wesentlich kürzer waren als heute. Markesinis macht jedoch deutlich, daß die zuletzt genannte Behauptung lediglich

²⁰² Markesinis: „German Law of Tort“ (1994), S. 8

seinen persönlichen Eindruck widerspiegeln, da es zu dieser Frage keine Statistik gebe.²⁰³

Auch die amerikanischen Professoren für Rechtsvergleichung **Arthur T. von Mehren** und **James R. Godley** haben den Eindruck gewonnen, daß **deutsche Gerichtsurteile weniger den prozessualen Ablauf widerspiegeln**. Vielmehr seien die Zivilgerichtsurteile von einem formalen Charakter geprägt, der sich vor allem in einer logisch-deduktiven Argumentation niederschlägt. So würden laut von Mehren / Godley die eventuellen Zweifel, die die deutschen Richter während der Entscheidungsfindung haben, selten betont. Die Ausführungen würden sich eher mit der Darlegung und der Auslegung der kodifizierten Regeln befassen: „(...) *German decisions are usually **not written to reflect** clearly the non mechanical nature of the judicial **process** . (...) they customarily present the result as a logical deduction from authoritative starting points for reasoning contained in the codified law. The doubts that were overcome in reaching the result, are rarely emphasized.*“²⁰⁴

Allerdings stellen die anglo-amerikanischen Kritiker nicht nur fest, daß es sich bei den Urteilen der deutschen Zivilgerichte und insbesondere auch der obersten Gerichte um Texte von sehr abstrakter Art handelt. Auch wird hinterfragt, welchen **systematischen Grund** diese **Abstraktheit** hat:

Dem amerikanischen Rechtsprofessor **Llewellyn** fiel schon im Jahre 1932²⁰⁵ auf, daß deutsche Reichsgerichtsurteile formell als einstimmiges Votum abgedruckt wurden, und zwar selbst dann, wenn eine Minderheit der beteiligten Richter anderer

²⁰³ Markesinis in Am.J.Comp.L. 34 (1986), S. 359; Markesinis: „German Law of Tort“ (1994), S. 8 ff.

²⁰⁴ von Mehren / Godley: „The Civil Law System - The Judicial Process / A Comparative Analysis“, S. 1133 (1136 f.)

²⁰⁵ K. N. Llewellyn in Juristische Wochenschrift 61 (1932), S. 557

Auffassung war. Ein Abdrucken bzw. Anzeigen der anderen Auffassung („*dissenting opinion*“) in den Gerichtsurteilen hält Llewellyn allerdings aus mehreren Gründen für angebracht. Zum einen sei es für die unterlegene Partei wichtig, daß sie anhand der Entscheidungsgründe sehen könne, daß die Richter das Für und Wider ihrer Position ausdiskutiert haben. In den Entscheidungsgründen würden nämlich auch zwischen den Richtern bestehende Meinungsverschiedenheiten veröffentlicht: „Wenn in einem heiß umstrittenen Fall ein *Sondervotum*²⁰⁶ verkündet wird, so hat der Besiegte ein nicht zu unterschätzendes Gefühl der Beruhigung: auch im Kolleg ist für ihn gefochten worden! Das hilft!“²⁰⁷ Zum anderen vertritt Llewellyn die Auffassung, daß das Widerspiegeln widerstreitender Interessen in den Gerichtsurteilen zu einem besseren Verständnis führt. Denn: Die juristischen Feinheiten könnten meist (nur) durch das Darlegen widerstreitender Meinungen zu dieser oder jener Rechtsfrage von einem nicht mit fallspezifischen Hintergrundwissen ausgestatteten Leser richtig eingeordnet werden.

In England und den USA spiegelten die veröffentlichten Urteile viel mehr das Prozeßleben wider, als die deutschen Gerichtsurteile. Folglich wirkten die anglo-amerikanischen Zivilgerichtsurteile auch lebendiger, weniger abstrakt, aber auch weniger systematisch und daher „unordentlicher“.

²⁰⁶ **Sondervotum** („*dissenting opinion*“): Die abweichende Meinung eines von der Mehrheit seines Richterkollegiums überstimmten Richters. In Anlehnung an die langjährige und einflußreiche Praxis des Sondervotums beim Supreme Court der USA hat 1970 auch das Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit der Veröffentlichung des Sonder- bzw. Minderheitsvotums eingeführt. Dies gilt allerdings nicht für die unteren Instanzen. Die Verfassungsgerichtsbarkeit der einzelnen US-Bundesstaaten enthält diesbezüglich aber unterschiedliche Regelungen.

²⁰⁷ K. N. Llewellyn in JW 61, S. 557

So ist es laut **Markesinis** in den deutschen Zivilrechtsurteilen auch nicht gebräuchlich, ähnlich gelagerte vorangegangene Entscheidungen – wie es im anglo-amerikanischen Rechtskreis üblich ist – zu ordnen und sie wiederzuverwenden: „(...) *refining and redefining of cumulative experiences of past judges (...) is (...) absent from the German judgement.*“²⁰⁸

Allerdings macht Markesinis auf ein der „*stare decisis*“ ähnliches und im deutschen Rechtskreis verbreitetes Rechtsphänomen aufmerksam: die sog. „ständige Rechtsprechung“ („*series of decisions*“). Die unteren Instanzen der deutschen Zivilgerichtsbarkeit würden trotz des Prinzips der „**ungebundenen** Entscheidung“ keineswegs unbedenklich von den schon gefällten BGH-Entscheidungen abweichen. Zwar käme es vor, daß Gerichte gegen die vorgegebene „BGH-Richtlinie“ rebellierten. Diese unteren Gerichte könnten es sogar durch mehrere abweichende Entscheidungen schaffen, den BGH in nächsten Entscheidungen auf ihre Seite zu ziehen²⁰⁹; allerdings zeige das Beispiel der Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, daß der BGH – trotz der gelegentlichen „Rebellion“ – seinen Weg auch durchzusetzen wisse (selbst wenn der BGH – wie im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschehen – auf die Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts angewiesen war). „*Sometimes, as in the case of the recognition of the general right of one’s personality, the rebellion will be short-lived and (...) the Federal*

²⁰⁸ A.J.Comm.Leg. 34(1986), 349 (352)

²⁰⁹ Vgl. z. B. die bundesgerichtliche Entscheidung BGH NJW 1976, die – wegen abweichender Urteile von unteren Gerichten – sich von der vorangegangenen Grundsatzentscheidung (BGH NJW 1968, 1279) absetzte.

*Court (perhaps with some help of the Constitutional Court) will manage to assert its will.*²¹⁰

Dias / Markesinis machen im Zusammenhang mit der in Deutschland nicht geltenden Doktrin der gebundenen Entscheidung auf OLG-Entscheidungen aufmerksam, die von der Rechtsprechung des BGH abwichen: „*Since the doctrine of binding precedent does **not** apply in Germany, it is interesting to note the judgement of the Court of Appeal of Karlsruhe*²¹¹ (...) and of Schleswig-Holstein²¹² (...) **which refused to accept the decision of the BGH.**“²¹³

Für den englischen Rechtsprofessor **F. H. Lawson**²¹⁴ ergab sich – wie er in den 50er Jahren schrieb - ein „schiefes“ deutsches Richterleitbild.

Nach Lawson sei es lediglich eine traditionelle (aber nur **theoretische**) Glaubenssache, daß der deutsche Richter auf seine Unabhängigkeit gegenüber dem Gesetz und gegenüber vorausgegangenen Gerichtsentscheidungen pochen könne. Die vordergründige Berufung auf sein eigenes Rechtsempfinden und der Glaube an das bestehende Recht seien jedoch **nur ideelle** Vorstellungen. In der deutschen Rechtspraxis sieht es Lawson zufolge anders aus: So würde im Regelfall der deutsche Richter keine Entscheidung fällen, wenn ihm klar sei, daß dieses Urteil der höheren Instanz nicht standhalten könnte: „(...) *it was - and still is - an article of faith that a judge [sc.: der deutsche Richter] must retain his*

²¹⁰ B. S. Markesinis: „Conceptionalism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer looks at some Judgements of the German Federal Court“, in Am.J.Comp.L 34 (1986), S. 354

²¹¹ BB 62, S. 1392

²¹² JZ 61, S. 573

²¹³ Dias / Markesinis: „The English Law of Tort – A Comparative Introduction“(1976), S. 176 / Fn.10

²¹⁴ F. H. Lawson: „The Form and Sources of the Civil Law“ in „A Common Lawyer looks at the Civil Law“ (1953), S. 83 ff.

independence [auch unabhängig von der herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung] *and decide according to his sense of justice and the law, (...) in practice a judge will rarely decide a case in one way if he knows that he will be reversed on appeal.*“²¹⁵ Die Richter würden sich also im Regelfall nicht bzw. nur sehr selten gegen die herrschende Meinung aus Literatur und Rechtsprechung aufbäumen. Das sei eine – wie Lawson betont – sehr noble Einstellung, die nicht aus dem Grund erfolge, weil der einzelne Richter durch diese angepaßte Verhaltensweise sein eigenes Fortkommen fördern wolle. Vielmehr lege der deutsche Zivilrichter dieses Verhalten an den Tag, weil er einerseits nicht zusätzliche Kosten, die wegen des längeren Instanzenzuges anfallen würden, verursachen wolle. Andererseits sei es in Deutschland in dieser Zeit so kurz nach dem 2. Weltkrieg (diese Anmerkungen stammen aus dem Jahre 1950) nicht opportun, mit dem Recht zu experimentieren: „*This is not merely because he may fear that his chances of promotion may suffer, but for the more laudable reason that he will merely add to the costs of litigation. (...) Moreover, in the present state of Germany, it is no doubt felt dangerous to preclude experiment;*“²¹⁶

Auch der amerikanischen Juristen **Riegert** fiel das deutsche Phänomen der faktisch gebundenen Entscheidung auf. Er stellt 20 Jahre nach Lawson fest, daß die unteren deutschen Gerichtsinstanzen zwar nicht an die Entscheidungen der Bundesgerichte gebunden seien; dennoch würden die deutschen Richter der unteren Instanzen den auf höchster Ebene gefällten Entscheidungen ebenso oft Folge leisten, wie

²¹⁵ F. H. Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 86

²¹⁶ F. H. Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 86

es ihre amerikanischen Kollegen täten. So könne die Rechtssicherheit nur dann erreicht werden, wenn das Präzedenzfallrecht gebührend berücksichtigt werde. Falls nämlich die deutschen Zivilgerichte der unteren Instanz regelmäßig den richtungsweisenden Rechtsprechungen der höheren Instanzen widersprechen würden, wären sie für die Verlangsamung der Rechtsprechung verantwortlich: „(...) *a German judge may **suffer** the additional sting of slower promotion if he **too often** fails to respect higher courts decisions.*“²¹⁷

Das deutsche Richterleitbild wird also aus Sicht der anglo-amerikanischen Juristen durch einen weiteren Aspekt geprägt: Durch die Nichtaufgabe der Bastion der „ungebundenen Entscheidung“, obwohl die höheren deutschen Gerichte nicht selten Entscheidungen fällen würden, die - faktisch – für die Gerichte bindend seien. Die Nichtanerkennung der bindenden Entscheidung als Rechtsquelle hat laut **Lawson** einen **ungeordneten Entscheidungsberg** entstehen lassen („*enormous amount of litigation*“²¹⁸). Im Nachkriegsdeutschland sei die unaufhaltbare Tendenz auszumachen, daß das Richterrecht – gegenüber dem im BGB kodifizierten Recht – immer mehr an Kraft und Bedeutung gewinne.

Um die aufgezeigte Entwicklung auch systematisch gesehen in die richtige Richtung zu lenken, müßte die deutsche Justiz eine **radikale Änderung** vornehmen: Sie müßte nämlich das Prinzip **der ungebundenen Entscheidung aufgeben** bzw. die Einführung einer „**Präjudizienbindung**“ vornehmen. Was eine derart schwerwiegende Reform des Zivilrechtssystems für

²¹⁷ Riegert: „West German Civil Code (...)“, S. 69, 70

²¹⁸ F. H. Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 86

positive wie negative Impulse freisetzen würde, kann hier aufgrund des riesigen Umfangs dieser Problematik²¹⁹ nur angedeutet werden.

Eine Bindung der Zivilgerichte an beispielgebende Entscheidungen der obersten Gerichte würde einerseits sicherlich zur Einheitlichkeit und Kontinuität der Rechtsprechung beitragen und folglich der Rechtssicherheit dienen. Konsequenterweise müßten sich die deutschen Juristen an die Arbeit machen, den von Lawson erwähnten „ungeordneten Entscheidungsberg“ („*enormous amount of litigation*“²²⁰) von BGH-Entscheidung durch eine rationale Systematisierung abzutragen.

Auf der anderen Seite würden die deutschen OLG- und besonders die BGH-Richter dadurch einen Machtzuwachs erhalten. Entgegen der grundlegenden Bestimmung der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG) würden sie nicht nur ihre von der Verfassung bestimmte Aufgabe wahrnehmen, sondern darüber hinaus in einigen Fällen wie ein „stellvertretender Gesetzgeber“ tätig werden. Vor diesem Hintergrund wird auch die Aussage von **Lawson** deutlich, daß die Deutschen kurz nach dem Krieg sicherlich nicht die Experimentierfreudigkeit verspürten, mit einem derart großen Einschnitt in das deutsche Zivilrechtssystem einzugreifen.

Daß dieses Thema unter den anglo-amerikanischen Juristen nicht an Aktualität eingebüßt hat, verdeutlicht, dass man sich noch in den 90er Jahren mit diesem Thema befaßte.

Markesinis bezog in den 90er Jahren in mehreren Abhandlungen zur Durchbrechung der Gewaltentrennung

²¹⁹ Vgl. zu dem Streitstand in Deutschland: Karl Larenz: „Die Bedeutung der „Präjudizien“ für die Bildung von Richterrecht“ in „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“ (1983), S. 302 ff.

²²⁰ F. H. Lawson: „A Common Lawyer (...)“, S. 86

durch Richterrecht deutlich Stellung. Er stellte unter anderem dar, wie dem Anwachsen dieses – wie **Lawson** es formulierte - „ungeordneten Entscheidungsberges“ Einhalt geboten werden könne. Das deutsche Deliktsrecht werde offenbar immer mehr zum „*case law*“, das in seinem ungeheuren Umfang zumindest für den außenstehenden Betrachter nicht frei von Widersprüchen sei: „(...) *German Tort Law (...) strikes me as being increasingly case-law orientated; and this massive raw material is not free from contradictions – at least to an outsider observer*“.²²¹ Folglich könne in diesem Zusammenhang ein größeres Maß an Ordnung dadurch erreicht werden, daß die deutschen Richter dieser dogmatischen Fehlentwicklung entgegenarbeiteten. Markesinis macht unverblümt deutlich, daß die deutschen Zivilrichter frühere Entscheidungen als Bausteine – und nicht nur als zusätzliche Verdeutlichung – heranziehen sollten.²²²

Aus der Sicht von **Lawson** hat die bisherige Stellung des deutschen Richters noch eine weitere Konsequenz, auf die sich auch Markesinis²²³ beruft: Je länger das BGB in Kraft sei, desto ausgeprägter werde sich die **Tendenz** fortsetzen, daß neben das BGB eben auch das Richterrecht trete, welches automatisch die **Geltungskraft der Kodifikation abschwäche**:

„(...) *the influence of the jurists who made it [sc.: das BGB] and gave the original interpretations will be weakened with the*

²²¹ Markesinis: „Judge, Jurist and the Use of Foreign Law“ in LQR 109 (1993), S. 622 (624); eine deutsche Version dieses Aufsatzes findet sich in Markesinis Buch „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 147 ff.

²²² Markesinis: „Der Richter und der Rechtswissenschaftler (...)“ (1993) in „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 149

²²³ B. S. Markesinis: „Conceptualism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer looks at some Judgements of the German Federal Court“, in Am.J.Comp.L 34 (1986), S. 354

*lapse of time.*²²⁴ Die allgemein gültige und zwingende Tendenz hin zur – **faktisch – bindenden Entscheidung** basiere auf dem einfachen Umstand, daß die Anzahl von schriftlich festgehaltenen Gerichtsentscheidungen automatisch stetig anwachse. Eine gewisse Präzedenzwirkung der Entscheidungssammlung (z. B. der Zivilsenate des BGH – kurz BGHZ) mit einer damit einhergehenden Entmachtung des BGB in vielen Bereichen im deutschen Rechtskreis kann nach **Markesinis** nicht unterbunden werden: „(...) *much of the original logical symmetry of the continental codes is eroded by the growing case law.*“²²⁵

Erstaunlich ist, daß sowohl Lawson (1950) als auch der Engländer Gutteridge (1946) diese Tendenz der „Entmachtung des BGB“ auch schon auf die faktische Bindungswirkung der Reichsgerichtentscheidungen bezogen.

So hat sich der englische Jurist **H. C. Gutteridge** schon 1946 – also vier Jahre bevor der BGH seine Arbeit aufnahm²²⁶ - zum Phänomen der faktisch bindenden Entscheidungen der Reichsgerichte kurz geäußert hat.

Der 1876 in England geborene **Harold Cooke Gutteridge** besuchte zunächst die juristische Fakultät des King`s College in Cambridge. Später wurde er Mitglied der Anwaltsinnung „Middle Temple“ (1900) und praktizierte fortan als Anwalt. Im Jahre 1930 wurde er von der britischen Regierung als

²²⁴ Lawson: „A Common Lawyer looks (...)“, S. 86

²²⁵ Markesinis: „The not so dissimilar (...)“, in L.Q.R. 93 (1977), S. 81

²²⁶ Am 1.10.1950 trat das Gesetz zur Wiederherstellung der Reichseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens- und des Kostenrechts vom 12.8.1950 in Kraft. Vgl. Hierzu D.Medicus: „Entscheidungen des BGH als Markensteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts“ in NJW 2000, 2921 ff.

Delegierter zur Haager Konferenz für Internationales Privatrecht entsandt²²⁷, worin sich unter anderem sein Interesse und sein Wissen um das kontinentale, also auch deutsche Zivilrechtssystem, widerspiegelt. Nach dem Krieg bekam er eine Professur für Rechtsvergleichung an der „University of Cambridge“.

Der Engländer hatte die Differenz zwischen Theorie (Prinzip der Gewaltenteilung und der ungebundenen Entscheidung) und Praxis (praktisch nahezu bindende BGH-Entscheidungen und dadurch Durchbrechungen des Prinzips der Gewaltenteilung), die innerhalb des deutschen Zivilrechtssystems auftauchten, schon sehr früh (1946) bemerkt:

*„When an English Judge has interpreted a statutory rule his decision is binding on all co-ordinated judges, (...) Theoretically precedents are not binding (...) on German judges. But in practice **the decisions of the Reichsgericht in Germany, though not absolutely binding, are treated with such respect by the subordinate courts that they are (...) conclusive.**“*²²⁸

Auch **F. H. Lawson** machte - vier Jahre nach Gutteridge - bezüglich des Spannungsverhältnisses zwischen der Anwendung von kodifiziertem BGB-Recht und der Rechtsfortbildung von Richterrecht eine ähnliche Tendenz aus: *„(...) if cases are well reported (...) there is natural tendency for the present to become more and more binding; (...)The older the civil code in force, the more powerfully this tendency will work, (...)“*²²⁹

²²⁷ Biographie aus „Who’s Who 1931“ - 83. Ausgabe London 1931

²²⁸ H. C. Gutteridge: „Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research“ (1946), S. 113 f.

²²⁹ Lawson, aaO., S. 86

In der „**Soraya**“-**Entscheidung**²³⁰ veranschaulicht das BVerfG die Schwierigkeiten des Zivilrichters, ältere BGB-Normen anwenden zu müssen: „(...) auf dem Gebiet des Privatrechts (...) sieht sich der Richter der großen Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber, die seit über 70 Jahren in Kraft steht. Das ist in doppeltem Sinne von Bedeutung: einmal wächst mit dem Altern der Kodifikation, mit zunehmendem zeitlichen Abstand zwischen Gesetzesbefehl und richterlicher Einzelfallentscheidung notwendig die **Freiheit des Richters zur schöpferischen Fortbildung des Rechts**. (...) Das Gericht stellt hier die Funktion, die das Gesetz zur Entscheidungszeit hat, in den Vordergrund.“²³¹

Dieses Thema greift auch **Markesinis** auf: je **älter** das BGB werde, desto seltener bedienten sich die deutschen Zivilrichter einer **strengen** BGB-Normauslegung²³².

Der Ausspruch von **Lawson** „*written law as a sociological phenomenon*“ wird vor der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts besonders deutlich: „Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftspolitischen Anschauung, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muß sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert (...).“²³³

²³⁰ BVerfGE 34 (Urteil vom 14.2.1973), S. 268; vgl. dazu die Basisentscheidung BGH NJW 1965, S. 685

²³¹ BVerfGE 34, 268 (S. 288)

²³² Markesinis: „Reading through a Foreign Judgement“ in Cane, P./ Stapleton: „The Law of Obligations (...)“, S. 272 f.

²³³ BVerfGE 34, 268 (S. 288)

Deshalb sei der Richter auch zu einer „**freien** Handhabung der Rechtsnorm gezwungen“.²³⁴

Es wird also deutlich, daß sich auch die deutschen Zivilrichter darüber im Klaren sind, daß beispielgebende Entscheidungen - also Präjudizien – immer mehr das Bild der deutschen Zivilrechtslandschaft prägen. In diesem Zusammenhang fällt **F. H. Lawson** auch der Umstand auf, daß es Normen gibt, die zu einer richterrechtlichen Rechtsfortbildung besonders einladen. Als Beispiel führt er § 823 BGB und dessen Formulierungen „*die Verletzung sonstiger Rechte*“ an. Indem der Richter derart weit formulierte Normen durch seine Rechtsprechung ausfülle, mache er folgendes deutlich: Bei dem BGB handele es sich nicht um eine in sich abgeschlossene Kodifikation, sondern um ein einen „*open-ended code*“.²³⁵ Wohin die Annahme der von Lawson beschriebenen „Einladung“ führt, ist klar: Der deutsche Zivilrichter wird mit zunehmender Zeit immer mehr zum Gestalter des von ihm später anzuwendenden Rechts. Warum die Darstellung des deutschen Richterleitbildes und die Untersuchung und Würdigung der Gerichtsentscheidungen für die anglo-amerikanischen Betrachter wichtiger erscheint, statt das große deutsche Gesetzeswerk mit seinen Normen zu untersuchen, macht **Riegert** besonders klar. Denn es waren ja die deutschen Richter mit ihren Rechtsentscheidungen, die dem deutschen Zivilrecht wieder seine Anerkennung „zurückgaben“. So wurde das BGB nach seiner Einführung – wie auch die Darstellungen im ersten Kapitel verdeutlichen – z. B. als „übermenschliche Perfektion“ („*superhuman perfection*“²³⁶) angesehen. Als sich dann jedoch z. B. die

²³⁴ BVerfGE 34, 268 (S. 288)

²³⁵ F. H. Lawson: „Das subjektive Recht“ in the English Law of Torts“ in F. H. Lawson: „Many Laws (...)“ (1977), S. 176 (184)

²³⁶ Robert A. Riegert: „The West German Civil Code (...)“ in Tulane Law Review 45 (1970), S.48 (58)

Amerikaner mit dem BGB näher befaßten, kam der Stimmungsumschwung schnell und gewaltig. Denn: Nicht nur die – allgemein bekannte – Tatsache, daß das BGB für den Fachmann geschrieben wurde, ist aus Riegerts Sicht von Nachteil. Wenn sich ein amerikanischer Jurist mit dem BGB das erste Mal befaße, um dieses für eine Falllösung zu gebrauchen, stünde der hohe Abstraktionsgrad des BGB diesem Vorhaben entgegen. Riegert vergleicht diese Situation mit dem Käufer eines Elektroofens, der für eine Ingebrauchnahme zuerst die Anweisung lesen müsse. Diese Gebrauchsanweisung würde jedoch zu seinem Erschrecken eine Generalanweisung für sämtliche elektrischen Geräte enthalten, die dieser Hersteller anbiete. Sodann müsse sich der Käufer durch sechs Abstraktionsebenen der Anweisung hindurcharbeiten, um letztlich verstehen zu können, wie der von ihm gekaufte Ofen funktioniere.

Der Amerikaner **John P. Dawson** hatte in seinem Ende der 60er Jahre erschienenen rechtsvergleichenden Werk „*Oracles of Law*“ einen mit Riegert vergleichbaren Standpunkt zum deutschen Zivilrecht eingenommen. Auch er machte auf die für ein BGB-Verständnis unverzichtbare Rechtserziehung aufmerksam: *„The language is copied from Pandektist textbooks, though extremely condensed; it is a special language, artificial and refined and is used throughout consistency. Intelligibility to layman could have been no object. It [sc.: das BGB] was addressed to lawyers, for whom each key word would strike a chord resonating back on their own well-tempered scale.“*²³⁷ Letztlich sei also nur der geschulte deutsche Jurist in der Lage, die Schlüsselwörter im BGB zu verstehen, um weitere Zusammenhänge aus dem

²³⁷ J.P.Dawson in „*Oracles of Law*“ (1968), S.454 ff.; vgl. auch: Merryman/ Clark/ Harley: „*The Civil Law Tradition- German Legal Science*“ (1994), S. 477 (492)

Regelwerk nachvollziehen zu können. Allerdings macht Dawson darauf aufmerksam, daß trotz der vielen Fragen, die sich dem BGB-Anwender aufdrängten, er doch (fast) immer eine feststehende Antwort finde.

Trotz aller sich aus der Abstraktheit des Gesetzbuches ergebenden Schwierigkeiten hebt Dawson mit dieser Anmerkung den für ein Rechtssystem immens wichtigen Faktor der Rechtssicherheit hervor: *„For all (...) problems the Code should provide answers when read against the great accumulated reservoir of doctrine which the Code expressed in shorthand.“* Das BGB sei also nur als abstrakte kurze Zusammenfassung der großen Vielzahl an deutschen Rechtslehren zu verstehen und folglich so zu handhaben.

Der englische Rechtsprofessor **Peter de Cruz** hat 1995 in seinem Buchkapitel *„Evaluation of the BGB in the modern world“* zur Widerstandsfähigkeit des BGB Stellung genommen. Er nennt neben dem erheblich an Bedeutung gewinnenden Fallrecht auch noch andere Faktoren, die die Bestandskraft des BGB innerhalb des deutschen Zivilrechtssystems auf eine harte Probe stellten, nämlich zwei Weltkriege, politische, wirtschaftliche sowie militärische Umwälzungen und die deutsche Wiedervereinigung. Die Tatsache, daß das BGB trotz dieser Umstände immer noch bestehe, beweise die Langlebigkeit dieser Kodifikation, die insbesondere durch Fallrecht und das Grundgesetz ergänzt würde: *„The BGB proved its durability over a period spanning two world wars, political, economic and military upheavals and (...) the re-unification of East and West Germany. Although it is written in an abstract style (...) and been supplemented by (...)“*

case law and the basic law (...) it remains an impressive testament to the Pandectist School (...).²³⁸

Markesinis verdeutlicht, daß gerade die Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutschen Richter als Sinnbild für den zunehmenden Respekt, den die anglo-amerikanischen Kritiker den deutschen Zivil- bzw. BGH-Richtern zollen, herangezogen werden kann: „*the tendency to move away from the strict reasoning of the Code can also be seen in the **judicial development of the general right of one’s personality**. The deductive reasoning which one finds here drives its force from the hierarchically superior Constitution; and this as far as the deduction goes. (...) One is left with the impression that the courts are trying to do justice to a problem which has become more acute in our time than it was when the Code was drafted and less concerned to pursue the Code’s merciless logic to the end.*“²³⁹

2. Die neue anglo-amerikanische Sichtweise zum Leitbild des deutschen Richters vor dem Hintergrund der Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch den BGH

a. Die anglo-amerikanische Betrachtung des deutschen Zivilrichters in dessen „kreativer Rolle“

Die Stellung des deutschen Zivilrichters innerhalb des Rechtssystems wird nach Ansicht vieler Anglo-Amerikaner

²³⁸ Peter de Cruz: „Comparative Law in a Changing World“, S. 93 f.

²³⁹ Markesinis. „Reading through a Foreign Judgement“ in Cane/ Stapelton: The Law of Obligations (...)“ (1998), S. 271

besonders deutlich, wenn die Entstehungsgeschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bis zum heutigen Zeitpunkt betrachtet wird.

Der unter anderem in England und Nordamerika ausgebildete Professor für Rechtsvergleichung **Kiwame Opoku** befaßte sich in seinem 1972 veröffentlichten Aufsatz „*Delictual Liability in German Law*“²⁴⁰ auch mit dem deutschen Persönlichkeitsrecht bzw. der Rolle, die der deutsche Zivilrichter hierbei einnahm: „*The General right of personality (...) is undoubtedly one of the most remarkable contributions the German judges have made. This is all the more remarkable when contrasted with the protection of privacy in English Law.*“²⁴¹ Weitergehend bezeichnet Opoku das deutsche allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein „ausdrucksvolles Testament“ für die kreative Rolle, die die deutschen Richter in ihrem Rechtssystem einnehmen („*eloquent testimony to the creative role of the judges in the German legal system*“²⁴²).

Auch die englische Juristin **Lesley Jane Smith** stellt in ihrem 1999 verfaßten Aufsatz über das deutsche und das englische Persönlichkeitsrecht einen klaren Zusammenhang zwischen der Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der neuen (Macht-) Stellung des deutschen Zivil- (und Verfassungs-) Richters her. So wertet die Engländerin die Anerkennung und Durchsetzung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes in Deutschland nach dem Krieg als ein Beispiel einer beeindruckenden privatrechtlichen und verfassungsrechtlichen richterlichen Rechtsfortbildung.²⁴³

²⁴⁰ K.Opoku in Int.Comp.LawQ. 21(1972), S. 230

²⁴¹ K.Opoku, aaO.,S. 259

²⁴² K.Opoku, aaO.,S. 269

²⁴³ Smith, Lesley J.: „(...)Published and be damned“ in ZeuP 2/ 1999, 303 (304)

Das „**Leserbrief**“-Urteil, bzw. „**Schacht**“-Urteil (BGHZ 13 (1954), 334)²⁴⁴ und das sog. „**Herrenreiter**“-Urteil²⁴⁵ (BGHZ 26(1958), 349) markieren aus Sicht von **Markesinis** einen „**real turning-point**“²⁴⁶ bzw. „**landmark in German Civil Law**“²⁴⁷, also einen Wendepunkt für das deutsche Zivilrecht: „(...) *the Schacht-case (...) and the Herrenreiter case (...) were (...) destined to become landmarks in German case-law.*“²⁴⁸

Im „Leserbrief“-Urteil ging es um eine ohne Zustimmung des Verfassers erfolgte Veröffentlichung von inhaltlich veränderten oder gekürzten Briefen bzw. sonstigen privaten Aufzeichnungen. Hier wurde das rein berufliche Schreiben des Klägers (Rechtsanwalt), der Dr. Schacht (Wirtschaftsminister unter Hitler) vertrat, von der beklagten Wochenzeitschrift als gekürzter Leserbrief veröffentlicht.²⁴⁹ Der BGH machte bezüglich der Schutzwürdigkeit des Autors dieses Schriftstückes folgendes deutlich: „(...) durch die von dem Beklagten („Die Wochenzeitung“) gewählte Art der Veröffentlichung des (...) Schreibens (sind) unter Weglassung wesentlicher Teile **persönlichkeitsrechtliche Interessen** des Klägers verletzt worden. (...) Jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts ist, und zwar auch dann, wenn der Festlegungsform eine Urheberschutzfähigkeit nicht zugebilligt werden kann, Ausfluß der Persönlichkeit des Verfassers.“²⁵⁰

Damit nahm sich der BGH die Freiheit, dem Kläger ein allgemeines Persönlichkeitsinteresse bzw. ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zuzusprechen, das auch verletzt werden

²⁴⁴ BGH-Urteil vom 25. Mai 1954 – auch als sog. „Schacht“-Urteil bekannt

²⁴⁵ BGH-Urteil vom 14. Februar 1958

²⁴⁶ Markesinis: „The German Law of Obligations – (...) Vol.II, S. 410

²⁴⁷ Markesinis: „The not so dissimilar Tort and Delict“, in L.Q.R. 93 (1977), 78 (106)

²⁴⁸ Dias / Markesinis: „English Law (...)“(1976), S. 176

²⁴⁹ B. S. Markesinis in L.Q.R. 93 (1977), 106 ff.

²⁵⁰ BGHZ 13 (1954), S. 338

konnte, ohne sich hierbei auf eine konkrete Norm des Gesetzgebers beziehen zu müssen.

b. Die „sonstigen Rechte“ des § 823 I als Legitimation für den deutschen Zivilrichter, wie ein Gesetzgeber tätig zu werden

Aus dem „Schacht“-Urteil von 1954 und den darauf folgenden ähnlich gelagerten höchstrichterlichen Entscheidungen im Rahmen des Persönlichkeitsrechts wird nach Meinung einiger anglo-amerikanischer Juristen deutlich, daß die Stellung des deutschen Richters innerhalb des Rechts- und Staatssystems seit diesem „**turning-point**“ neu definiert wurde.

Die Struktur der deliktischen Haftungsnorm des § 823 I BGB stellt für **Markesinis**²⁵¹ den Hauptgrund dafür dar, daß es im Rahmen des deutschen Persönlichkeitsrechts überhaupt zu einer Kehrtwende bezüglich der Stellung des deutschen Richters innerhalb des deutschen Zivilrechtssystems gekommen ist.

In seinem Aufsatz „*The not so dissimilar Tort and Delict*“ von 1977 führt **Markesinis** unter Berufung auf **F. H. Lawson**²⁵² an, daß die Struktur des § 823 I BGB an sich **unstimmig** sei:

Einerseits seien in § 823 I BGB die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Eigentum aufgelistet. Diese enumerative Methode mache deutlich, daß die genannten Begriffe von ihrer Bedeutung her eindeutig, klar umrissen und restriktiv zu verstehen seien. Die deutschen Richter seien gehalten, sich an den ursprünglichen Wortlaut zu halten. Da

²⁵¹ Markesinis, aaO., S. 117

²⁵² F. H. Lawson: „Negligence in Civil Law“, S. 30

eine weite Auslegung dieser Begriffe ausscheide, sei es den deutschen Richtern auch nicht möglich, demjenigen einen Schadensersatz zuzubilligen, der sich auf solche verletzten Rechtsgüter berufe, die den oben genannten Rechtsgütern **nur ähnlich** seien, wie z. B. das eigentumsähnliche Anwartschaftsrecht²⁵³ oder die rechtliche Eigentumsbeeinträchtigung durch den gutgläubigen Erwerb.

Andererseits, so Markesinis, finde sich in § 823 I BGB die Bezeichnung **sonstige Rechte**, also ein juristischer Begriff, der den Richtern die Möglichkeit gegeben habe, in bezug auf die Ausweitung der absolut schützenswerten Interessen „*judicial creativity*“ anzuwenden. In der Folge hätten die deutschen Richter auch tatsächlich von dieser Möglichkeit, den Schutzbereich des § 823 I BGB nach richterlichem Ermessen zu erweitern, Gebrauch gemacht: „(...) *the Germans are more concerned with **defining the areas of protected interests**. (...) the protected interests [sc.: im § 823 I BGB] are enumerated restrictively. (...) they [sc.: der deutsche Gesetzgeber] decided to enumerate the interests clearly and, one might add, restrictively. (...) **Professor Lawson no doubt echoes the orthodox view when saying that the protected interests cannot be extended by interpretation beyond those mentioned in the paragraph**²⁵⁴ - though, admittedly, it is **difficult, to reconcile** [sc.: in Übereinstimmung bringen mit] such an attitude with the inclusion of the words **sonstige Rechte, which encourage judicial expansion through analogy.**²⁵⁵*

²⁵³ Das Anwartschaftsrecht fällt allerdings als **absolutes** Recht – wie auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht, der Besitz, die beschränkt dinglichen Rechte (Pfandrechte, Erbbaurechte) - unter den Schutzbereich der „sonstigen Rechte“ i. S. des § 823 I

²⁵⁴ F. H. Lawson, aaO, S. 30

²⁵⁵ Markesinis, aaO., S. 117

So sei die Nähe zum römischen Recht nicht nur für den Ausschluß der Nichtvermögensschäden aus der Rechtsschutzgüterliste des § 823 I BGB verantwortlich, sondern auch dafür, daß das Prinzip der ursprünglichen Wortbedeutung eines Paragraphen grundsätzlich erhalten bleiben sollte. Also: Die Interpretation einer Norm, wie die des § 823 I BGB, sollte nicht hinter das zu schützende Rechtsinteresse zurücktreten und ihren eigentlichen Aussagewert verlieren. Markesinis folgert daraus, daß die Regelungssystematik des § 823 I BGB und die sehr allgemeine Formulierung der zu schützenden „**sonstigen Rechte**“ sich nicht homogen zu diesem Rechtsprinzip verhalte. Vielmehr stellten diese Formulierungen einen Anreiz für die Richter dar, „ihren Aktivismus zu expandieren“: *„it is difficult to reconcile such an attitude [sc.: der gesetzgeberische Wille, die Schutzgüter i. S. des § 823 I eng auszulegen] with the inclusion of the words „sonstiges Recht“, which encourages judicial expansion (...)“*.²⁵⁶

Zu der Bedeutung des Richterrechts vor dem Hintergrund der Struktur des deutschen Delikthaftungsrechts hat sich auch **Hilary Cartwright** geäußert. Die englische Juristin war in den 60er Jahren als Rechtsanwältin und Rechtsgelehrte (Mitglied der englischen Rechtsanwaltsinnung „*Inner Temple*“/ *Barrister at Law*) tätig.

In ihrem 1964 verfaßten Aufsatz *„The Law of Obligation in England and in Germany“*²⁵⁷ kritisiert **Cartwright** die

²⁵⁶ Markesinis, aaO., S. 117

²⁵⁷ Hilary Cartwright: „The Law of Obligation in England and in Germany: Some comparative Reflecons in the light of proposals in *Law Reform Now*“ in *Int.Comp.Law.Q.* 13, 1316 ff. (1324 f.)

Systematik des englischen Haftungsrechts. Es sei durch (zu) viele verschiedene Haftungskategorien geprägt, so daß hier Reformbedarf bestehe. Vor dem Hintergrund **der drei großen deutschen Haftungsprinzipien des BGB**, nämlich

- des §§ 823 Abs. 1 (Haftungspflicht bei Verletzung eines der aufgezählten Rechtsgüter bzw. bei der Verletzung „sonstiger Rechte“) und
- des § 823 Abs. 2 (die Haftungspflicht trifft auch denjenigen, der gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 II verstößt) sowie
- des § 826 BGB (Haftungspflicht wegen sittenwidriger, vorsätzlicher Schädigung)

wirft die Juristin die Frage auf, warum es die englische Gesetzgebung noch nicht geschafft habe, die vielen Kategorien aufzuheben bzw. in einige wenige Kategorien generalklauselartig zusammenzufassen.

*“While the preceding comments are based upon the proposals made in Law Reform Now, it is worth questioning (...) whether they [sc.:die Reformvorschläge bezüglich des englischen Haftungsrechts] go anything like far enough and whether the time has not come for us **to abolish the many different categories into which our law of tort** [sc.: die vielen Deliktstatbestände des englischen Tort Law aufheben], for historical reason, is divided and replace them by a general principle of liability **to take such a reasonable care as the circumstances demand** [sc.: vernünftige, sorgsame Entscheidung, die den konkreten Umständen des Einzelfalles gerecht wird]. (...)“.*

Die Lösung dieses englischen Problems im deliktischen Haftungsrecht, durch die Vielkategorisierung keine ausreichende Einzelfallgerechtigkeit schaffen zu können, sieht **Hilary Cartwright** also in der Reduzierung der englischen Haftungsprinzipien. Damit sieht sie das deutsche Deliktsrecht – mit seinen drei Generalklauseln (s.o.) und dem damit einhergehenden Richterrecht - insoweit als Vorbild für die Reformierung des englischen Haftungsrechts an:

*„Our law of tort would benefit from a fundament rethinking, and should be reduced into as few categories as possible.(...) German law basically manages with three general principals of tortious liability. (...) These three basic principles have, of cause, been subjected to **exhaustive judicial interpretation** (...).“²⁵⁸*

Cartwright führt an, zu welchem Ergebnis die erschöpfende Ausgestaltung der vom BGB vorgegebenen Haftungsprinzipien durch deutsches Richterrecht geführt hat. Die Herausbildung des Persönlichkeitsrechts durch die richterliche Auslegung des Begriffs „sonstige Rechte“ stelle ein bemerkenswertes und interessantes Beispiel dafür dar, wenn gesetzlich vorgegebene Haftungsprinzipien einer umfangreichen richterlichen Ausgestaltung unterworfen würden. Den Anfang bezüglich dieser Ausweitung des deutschen Zivilrechts durch Gerichtsentscheidungen machten die Richter im sog. „Herrenreiter“-Fall : *„(...) in particular the following points are worthy of notice:*

(...) „Any other right“ has been subjected to an interesting extension in the field of „right to one`s personality“. (...).

²⁵⁸ I.L.Q. 13, 1325

*(...)The Federal Supreme Court has (...) recognized a **general** right to one's personality. The origin of this extension is a case known as the „The case of the Gentleman Rider“.²⁵⁹*

Die deutsche Lösung zum Persönlichkeitsrecht sieht **Lewan** in einem ähnlich positiven Licht wie seine englische Kollegin Cartwright. Er lobt insbesondere die Rolle der deutschen Zivilrichter bzw. des BGH bezüglich der entschlossenen Haltung, die Lücke im Persönlichkeitsrecht, die sich durch die vielen einzelnen - die Persönlichkeit schützenden Gesetze (wie z. B. das Kunsturhebergesetz) - ergeben hatte, zu schließen: *„The necessity for far more extensive protection having been recognized by the jurists, however, the German Supreme Court stepped in, availed itself of the Basic Law and filled the gap.“²⁶⁰*

Auch der an der amerikanischen Harvard Universität zum Rechtsanwalt (L.L.B.-Legal Law Barrister) ausgebildete und später im US-Staat Columbia als Rechtsanwalt zugelassene amerikanische Jurist **K. M. Lewan** weist in diesem Zusammenhang auf die eigentlich für den deutschen Rechtskreis untypische Vorgehensweise bei der Schaffung neuen Rechts durch Richter hin.

So seien die Richter des BGH bei der Schaffung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seiner Meinung nach **nicht** traditionell verfahren. Sie hätten nicht wie gewöhnlich den zu gewährenden Rechtsschutz durch im Einzelfall zu bildende Analogien erreicht. Stattdessen hätten die Deutschen eine Regelungstechnik angewandt, nach der sie ein alle einzelnen

²⁵⁹ I.L.Q. 13, 1316 (1324 f.)

²⁶⁰ ICLQ 17, S. 580

Persönlichkeitsrechte **zusammenfassendes Rechtsinstitut** in Form eines „*general right of personality*“ schufen. Dieses Rechtsprinzip sollte dann als eine Art Generalklausel der Anknüpfungspunkt für alle später zu entscheidenden Persönlichkeitsrechtsfälle darstellen: „*Its method* [sc.: hier ist die Methode des Bundesgerichtshofes gemeint, das Persönlichkeitsrecht mit Hilfe des Grundgesetzes zu konkretisieren] *of achieving this extension of rights was not the traditional one of finding analogies from case to case; instead it recognized a general right of personality, one which protected the right of personality in all its areas or manifestations. Under this inclusive right all specific rights of personality whether existing or future, were to be subsumed.*“²⁶¹

Wie eine „**traditionelle**“ Ausweitung des damaligen „persönlichkeitsrechtlichen Status quo“ ausgesehen hätte, geht aus den Erläuterungen des damaligen Vorstands des Deutschen Anwaltvereins **Dr. Reak** zur zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches zu den schützenswerten **Einzel**persönlichkeitsrechten hervor: „Der Entwurf und sämtliche Anträge gehen davon aus, daß die Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen (...) die Rechtskreise der Einzelnen, innerhalb derer sie ihre Freiheit entfalten, (...) voneinander abgrenzen. Der Rechtskreis des Einzelnen umfaßt (...) seine sogenannten **Persönlichkeitsrechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, Freiheit, Ehre)**, welche durch das an Jedermann gerichtete Verbot eines Eingriffs ebenso schützt, wie die Rechte an Sachen.“²⁶² Diese Ausführung

²⁶¹ ICLQ 17, S. 580

²⁶² Reak: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – erläutert vom Justizrath, Rechtsanwalt und Mitglied des Vereinsvorstandes des deutschen Anwaltsvereins Dr. Reak“ (1894), S. 379 in Fn.1

verdeutlicht, daß sie mit der Rechtstradition brachen, indem die deutschen Nachkriegsrichter ein **allgemeines Persönlichkeitsrecht** und eben nicht ein durch fest definierte Einzelrechte geprägtes Persönlichkeitsrecht schufen.

Lewan führt des weiteren an, daß die deutschen Zivilrichter bei der Einführung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts durchaus traditionell hätten verfahren können. Die Richter hätten den Anwendungsbereich bereits im BGB vorhandener Normen durch analoge Anwendung nach persönlichkeitsrechtlichem Schutzbedarf ausweiten können. Folglich hätten sie sich nicht der Grundrechtsartikel bedienen müssen. Auf diese Weise wäre es möglich gewesen, einen Bruch mit der deutschen Rechtstradition zu vermeiden und innerhalb der systematischen Geschlossenheit des BGB zu bleiben: *„Even without bringing the Basic Law into play the court might have widened the right of personality and, indeed, within the systematic structure of the Civil Code. It could have extended the protection already given to individual interests in the personality, (...) by the way of analogy.“*²⁶³

Lewan kommt zu dem Ergebnis, daß die Entscheidung der BGH-Richter, das Persönlichkeitsrecht durch eine indirekte Anwendung bzw. Einstrahlung der Grundrechte herauszubilden, zwar als unklar und zweideutig einzustufen sei: *„The Federal Supreme Court has made „indirect applications“ in some cases, but it left its position **ambiguous** in the cases in which it extended rights of personality (...).“*²⁶⁴

Jedoch spricht sich Lewan auch klar gegen eine **direkte** Einwirkung der Grundrechtsartikel auf das Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen aus, da eine solche Vorgehensweise

²⁶³ ICLQ 17, S. 582

²⁶⁴ ICLQ 17, S. 599

zu sehr in die Privatautonomie eingreifen würde. Vielmehr sei letztlich die Lösung der BGH-Richter, die Grundrechte **indirekt** ins BGB und damit in die Beziehung zwischen zwei Privatpersonen einwirken zu lassen, trotz systematischer Bedenken vorzugswürdig: „**Indirect application is preferable to the remaining possibilities, i. e. the direct application which recognizes the relativity of the constitutional rights and the „pure“ theory of private law which would forbid any infiltration of the Basic Laws such into the relations between private persons.**“²⁶⁵

Lewan schließt sich damit der Meinung des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁶ an, dass sich zwar auch gegen eine direkte Einwirkung der Grundrechte auf das Privatrecht ausspricht, so daß sich die Parteien innerhalb einer privatrechtlichen Streitigkeit nicht direkt auf die Grundrechte berufen können. Die Parteien eines Zivilprozesses können die Grundrechte also nicht als direkte Anspruchsgrundlage heranziehen. Allerdings befürwortet das Bundesverfassungsgericht eine (mittelbare) Ausstrahlungswirkung der Grundrechte: „Der Rechtsgehalt der Grundrechte wirkt über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschrift, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und ausfüllungsbedürftigen Begriffe.“²⁶⁷

²⁶⁵ ICLQ 17, S. 600

²⁶⁶ BVerfG 7, 198 (205); 73, 261 (269)

²⁶⁷ BVerfG 73, 261 (269)

c. Der historische Hintergrund des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ aus anglo-amerikanischer Sicht

Der amerikanische Jurist **Donald P. Kommers** setzt sich in der 2. Auflage seines Werkes „*The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*“ von 1997²⁶⁸ auch mit der Thematik der Einwirkung von Verfassungsrechten auf das Privatrecht auseinander. In diesem Zusammenhang betont **Kommers**, der sich auf **Markesinis** beruft, daß deutsche Zivilgerichtsentscheidungen, in denen das Grundrecht auf Persönlichkeit zu einem Privatrecht gemacht werde, nur dann vom anglo-amerikanischen Juristen vollumfänglich verstanden werden könne, wenn man diese Art von Entscheidungen vor dem **Hintergrund der deutschen Geschichte** betrachtet. Gleiches gelte für das Verständnis des „Persönlichkeitsrechtsartikels“ 2 I GG. Im Rahmen der Ausformung des Persönlichkeitsrechts im Privatrecht müsse der anglo-amerikanische Leser sich immer vergegenwärtigen, wie sehr die menschliche Würde unter dem Naziregime mißachtet wurde: „*As B. S. Markesinis has suggested, German decisions and indeed the personality clause of Article 2 can only be fully understood if one bears in mind the utter contempt shown towards human dignity by the Nazi regime.*“²⁶⁹

Markesinis bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Ironie des Schicksals, daß ausgerechnet das „Schacht“-Urteil die Wende im Persönlichkeitsrecht einleitete, da der nach Persönlichkeitsrechtsschutz suchende Kläger ein ehemaliger Nationalsozialist war: „*It was **ironical** therefore that the*

²⁶⁸ S. 419

²⁶⁹ Donald P. Kommers, aaO., S. 419, 582

*breakthrough decision of 1954 was indirectly connected with one of its former sympathizers.*²⁷⁰

Folglich fällt auf, daß bei englischen und amerikanischen Aufsätzen über das deutsche Persönlichkeitsrecht häufig der **historische Hintergrund** mit aufgezeigt wird, um die Ausformung dieses Rechtsbereichs für ihre Leser nachvollziehbar zu machen. Vor allem die erste der beiden hier behandelten Entscheidungen zum bürgerlich-rechtlichen Schutz der Persönlichkeit, also auch der Würde des Menschen, sei als ein juristischer Durchbruch anzusehen, der durch die Ironie der Zeitgeschichte geprägt werde. Daß das „Schacht“-Urteil (BGHZ 13, 330) ausgerechnet auf indirekte Weise mit einem ehemaligen Minister des Naziregimes in Zusammenhang stehe, wobei gerade die totale Mißachtung der menschlichen Würde durch das NS-Regime hauptursächlich für die Verankerung dieser Werte in der neuen deutschen Verfassung war, dürfe bei einer Betrachtung dieses Rechtsgebiets nicht aus den Augen verloren werden. Zwar hätten auch die Nazis eine Form der menschlichen Würde definiert. Allerdings wäre der Versuch der Nazis, die menschliche Würde neu zu verstehen, ein erbärmlicher, auf die Verachtung der Wahrheit aufgebaute Versuch gewesen.

Nach dem Zweiten Weltkrieg hätten die Deutschen aus der „These“ der Nazis bezüglich des Umgangs mit der menschlichen Würde sozusagen eine „Antithese“ formuliert. Diese Antithese mit dem Inhalt, die **menschliche Würde als wesentlichen Teil einer auf Freiheit und Demokratie aufgebauten Gesellschaftsordnung** zu verstehen, sei dann zur Grundlage der neuen Verfassung gemacht worden. Diese

²⁷⁰ B.S.Markesinis: „The German Law of Torts“ (1997), S. 410 f.

Grundlage hätte dann auch seinen direkten Niederschlag in Art. 1 und 2 des Bonner Grundgesetzes von 1949 gefunden: „*For the German State, during the unfortunate period of National Socialism, disregarded both interests [sc.: die Mißachtung der Pressefreiheit und die Mißachtung der menschlichen Würde bzw. des Persönlichkeitsrechts]; and the disregard, indeed the contempt, in which human dignity was held (at least for some human beings) was just a lamentable as the regime's dislike of truth. The **antithesis** to that **thesis** was the Constitution of Bonn which decided to treat both values as essential parts of the liberal democratic order.*“²⁷¹

Auch **Opoku** hebt diesen historischen Zusammenhang hervor. Die Umgangweise des Naziregimes mit dem Persönlichkeitsschutz, namentlich dessen Degradierung, hat die Deutschen dazu getrieben, sich der Wichtigkeit des Persönlichkeitsschutzes bewußt zu werden. Folglich wurde der Schutzbereich dieses Rechtsguts ausgeweitet: „*After the Second World War, it was generally recognized that **a more secure protection** would have to be given **to human personality**. Experience under the Nazi régime had made everyone aware of the extent to which the degradation of the human personality may be carried.*“²⁷²

Allerdings zählt Opoku noch andere Faktoren auf, die zur Intensivierung des Persönlichkeitsschutzes auch in Deutschland führten. So seien auch die zunehmende Industrialisierung und der technische Fortschritt für eine derartige Ausweitung verantwortlich. Der Umstand, daß Aufnahmegeräte, Teleobjektiv-Kameras und ähnliche technische Neuerungen, mit denen die Privatsphäre anderer

²⁷¹ Markesinis in „The Right to be let Alone v. Freedom of Speech“ (1986) in „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 382 (395)

²⁷² K.Opoku: aaO., S. 262, 263

eingeschränkt werden konnte, der breiten Masse zugänglich gemacht wurden, machten eine Schutzausweitung dringend erforderlich. Auch die zunehmende Bedeutung der Massenmedien und die gleichzeitig wachsende Sensationslust unter der Bevölkerung hätten zu einer erhöhten Schutzbedürftigkeit der Individualsphäre des Einzelnen geführt.

Der BGH betont in bezug auf das „Schacht“-Urteil von 1954, daß ähnlich gelagerte Klagen **vor** dem Zweiten Weltkrieg vom Reichsgericht wohl abgewiesen worden wären²⁷³, „weil die damals geltende deutsche Rechtsordnung keine positive Gesetzesbestimmung über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht“²⁷⁴ enthielt. Grundsätzlich wurden bis zu der hier behandelten Entscheidung „Persönlichkeitsrechte mit absoluter Wirkung der Ausschließlichkeitsbefugnis“ nur für bestimmte einzelne Persönlichkeitsrechte anerkannt. In dem Leitsatz der Entscheidung von 1954 wird hervorgehoben: „Der (...) in Art.1, 2 GG verankerte **Schutz der Persönlichkeit** (...) **gilt** (...) **auch dann**, wenn die Aufzeichnungen nicht die individuelle Formprägung aufweisen, die für einen Urheberrechtsschutz erforderlich ist.“²⁷⁵

So bezeichnete **K. Opoku** das Vorgehen des **Reichsgerichts** hinsichtlich des Umgangs mit persönlichkeitsrechtlichen Fällen als „(...) *on the whole not very adventurous* (...). (...) *The Reichsgericht stayed very close to the letter of the law and did not recognize any general right of personality*“²⁷⁶. Die Rolle des deutschen Reichs- (zivil-) Richters war nach Meinung von Opoku also im Gegensatz zu seinen nachfolgenden Kollegen

²⁷³ vgl. RGZ 79, 398; 82,334; 94, 1; 102, 134; 107, 281; 113, 414; 123, 320

²⁷⁴ vgl. zur Entscheidungsbegründung neben BGHZ 13, 334 (337): JZ 22 (1954), S. 698

²⁷⁵ BGHZ 13 (1954), S. 330

²⁷⁶ K.Opoku: aaO., S. 262

(den Bundesrichtern) durch Einfallslosigkeit und Beharrlichkeit geprägt.

Obwohl – wie **Markesinis** bemerkt – mit dem „Schacht“-Urteil und dem „Herrenreiter“-Urteil der Basisnorm des deutschen Deliktsrechts Leben eingehaucht wurde („*new lease of life to paragraph 823 I BGB*“²⁷⁷), ist es um so erstaunlicher, daß es auch schon mehr als 20 Jahre **vor** dieser Trendwende positive Reaktionen aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis über das deutsche Persönlichkeitsrecht gab.

Harold C. Gutteridge beschäftigte sich in seiner rechtsvergleichenden Arbeit „The Comparative Law of the Right to Privacy“ aus dem Jahre **1931** – also noch bevor das Naziregime das Persönlichkeitsrecht degradierte - vor allem mit den schweizerischen und den deutschen Regelungen zum Persönlichkeitsrecht, die er mit dem amerikanischen Persönlichkeitsrecht vergleicht.

Gutteridge hatte den Schutz (vor dem „major-turning point“ des „Schacht“-Urteils), den die Persönlichkeit zu diesem Zeitpunkt durch die im deutschen Zivilrecht vorhandenen BGB-Artikel (z. B. §§ 12 BGB n. F., 226 BGB a. F.) und Sonderrechtsnormen (z. B.: § 22 Kunsturhebergesetz n. F.) genoß, als effektiv bezeichnet. Allerdings könne dieser positive Eindruck nur dann bestehen bleiben, wenn dieser Rechtsbereich mit dem englischen und auch mit dem amerikanischen Persönlichkeitsrecht verglichen werde. Bei einer Einzelbetrachtung wurde der damalige Schutzbereich der deutschen Persönlichkeitsrechtsnormen von Gutteridge als zu eng empfunden. Die deutschen Rechtssetzer hätten bei der Ausgestaltung des Persönlichkeitsrechts zwar eindeutig den

²⁷⁷ Markesinis, aaO., S. 106

richtigen Weg eingeschlagen; dennoch hätten sie kurz vor einer „kompletten Ausgestaltung“ haltgemacht: „(...) *German Law, owing to the somewhat narrow construction which has been placed on the relevant articles of the Civil Code, appears to stop short of complete protection; though, (...), it is considerably more effective than either English or American law.*“²⁷⁸

Einen kompletten, also angemessenen Schutzbereich für das Persönlichkeitsrecht auszubilden, trauten sich zum damaligen Zeitpunkt die Reichsrichter noch nicht zu²⁷⁹. Gründe für das Nichtanerkennen der Doktrin „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“, waren – wie bis heute im englischen Recht – ausreichend vorhanden. In erster Linie – so Gutteridge - war da die Furcht vor einer „Uferlosigkeit“ des Schutzbereiches und einer damit verbundenen Gefahr einer Prozeßflut durch Persönlichkeitsschutzklagen: „(...) *legal opinion in Germany has, for the most part, rejected the doctrine of the law of personality on the ground of its extravagance („Uferlosigkeit“).*“²⁸⁰

Es liegt nahe, daß sich das damalige Argument der Reichsrichter heute bei denjenigen englischen Juristen wiederfindet, die sich vehement gegen die Einführung eines neuen „*tort of privacy*“ wehrten. So war nach **Markesinis** diese Meinungsgruppe davon überzeugt, daß die Einführung eines solchen Tatbestandes und der damit verbundenen „horizontalen Ausweitung der Verfassungsnormen“ lange und zugleich uneffektive Prozesse nach sich ziehen würden. Dieses Szenario verbreitete zumindest die englische Zeitung

²⁷⁸ H.C. Gutteridge: „The Comparative Law of the Right to Privacy – The Law of Germany and Switzerland“(1931), S. 203

²⁷⁹ vgl. folgende Reichsgerichtsentscheidungen: RGZ 79, 398; 82, 334; 94, 1; 102, 134; 107, 281; 113, 414; 123, 320

²⁸⁰ H. C. Gutteridge, aaO., S. 203 (217)

„The Times“, indem sie sich auf den Vorsitzenden der Pressevertretung „Press Complaints Commission“ berief: „(...) the new Bill of rights will subject its rulings to lengthy appeals that would render it ineffective“²⁸¹.

d. Der deutsche Zivilrichter vor der Hürde des „geldlichen Schadensersatzes bei Nichtvermögensschäden“

Sind auf der Primärebene, also im haftungsbegründenden Tatbestand, die Voraussetzungen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfüllt, ist der Beklagte gem. § 823 I BGB „dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.“ Folglich kann der Kläger auf der Sekundärebene, also auf der Rechtsfolgenseite bzw. dem haftungsausfüllenden Tatbestand i. S. des § 249 BGB Schadensersatz in Form der Naturalrestitution vom Beklagten verlangen. Der Beklagte hat gem. § 249 S.1 BGB „den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre“.

Ein Schadensersatz in Geld ist unproblematisch möglich, wenn die Persönlichkeitsrechtsverletzung zu einem Vermögensschaden geführt hat. In den Fällen, in denen die Ehrverletzung das berufliche Weiterkommen des Klägers behindert und damit das Vermögen des Klägers beeinträchtigt, ist ein geldlicher Schadensersatz also ohne weiteres möglich.

Problematisch sind indes die Fälle, in denen der Kläger durch die Persönlichkeitsverletzung lediglich einen immateriellen

²⁸¹ „The Times“ vom 2. Dezember 1997, S. 8; Markesinis: „Privacy, Freedom of Expression (...)“, Law Q.R. 115 (1999), S.76

Schaden erlitten hat, jedoch geldlichen Schadensersatz begehrt. § 253 BGB regelt nämlich ausdrücklich: „Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld **nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen** verlangt werden.“ § 847 regelt in diesem Sinne ausdrücklich, daß dem Kläger bzw. dem Verletzten „im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung“ (Schmerzens-) Geld verlangen kann und zwar auch „wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist.“

Erst vier Jahre **nach** dem „Leserbrief“-Urteil²⁸² mußte der BGB zu diesem Problem Stellung beziehen. In der Grundsatzentscheidung des sog. „**Herrenreiter**“-Falles hat der BGH zu dieser vorher offengelassenen Frage erstmals eine Entscheidung getroffen: „Nachdem (...) das Recht zur freien Selbstbestimmung der Persönlichkeit als Grundwert der Rechtsordnung anerkannt ist, ist es gerechtfertigt, in **analoger** Anwendung des **§ 847 BGB** (...) dem Verletzten wegen eines (...) **nichtvermögensrechtlichen** Schadens eine **billige** Entschädigung in Geld zu gewähren. (...) Dem Anspruch auf „Schmerzensgeld“ (kommt) die Funktion zu, dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden, diejenige Lebens- (oder Persönlichkeits-) Minderung zu bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind“.²⁸³ Allerdings führte der BGH auch schon an, daß die Verpflichtung zum Ersatz auch immaterieller Schäden „jedenfalls nach Eintreten des Bonner Grundgesetzes geboten erscheint.“²⁸⁴

In der „**Ginsengwurzel**“- **Entscheidung**²⁸⁵ und in der „**Caroline von Monaco**“- **Entscheidung**²⁸⁶, in denen es

²⁸² BGH-Urteil vom 25. Mai 1954 – auch als sog. „Schacht“-Urteil bekannt

²⁸³ BGHZ 26 (1958), S. 349, 358

²⁸⁴ aaO., S. 357

²⁸⁵ BGHZ 35, S. 363 ff. – Der Name eines Rechtsprofessors (Kläger) wurde in einer Werbung für ein Ginseng-Produkt ohne dessen Einverständnis gebraucht. Das Produkt (Ginsengwurzel) des beklagten Unternehmens wurde wegen seiner

jeweils wiederum um die Frage des Ausgleichs einer erlittenen Persönlichkeitsverletzung mit nichtvermögensrechtlichem Schadenseinschlag gegangen war, wechselte der BGH seine juristische Argumentationslinie. Entgegen der „Herrenreiter“-Entscheidung wurde § 847 BGB nicht mehr analog angewandt. Die Ausweitung dieser Art des Schadensersatzes ergebe sich vielmehr aus der Verfassung – so der BGH:

„Die starke Betonung der Menschenwürde durch Art. 1 I GG zwinge dazu, deren Verletzung mit einer wirksamen zivilrechtlichen Sanktion auszustatten. (...) Soweit die nach § 253 zulässige Naturalrestitution nicht ausreiche oder ganz unmöglich sei, müsse daher **entgegen** § 253 Geldersatz zugesprochen werden²⁸⁷. Im Zusammenhang mit der Anerkennung der Möglichkeit des Ersatzes immaterieller Schäden im Rahmen von Persönlichkeitsverletzungen machte der BGH indes deutlich, daß diese Schadensersatzform von zwei wertenden Voraussetzungen abhängig sei:

Zum einen dürfe die erlittene Beeinträchtigung nur „ultima ratio“ durch Schadensersatz ausgeglichen werden. Wenn sich die Beeinträchtigung in anderer (milderer) Weise befriedigend ausgleichen lasse, so müsse dieses **mildere Mittel** - wie z. B. des Abdruckens eines Widerrufs in der Zeitung - dem Schadensersatz vorgezogen werden. Zum anderen müsse es sich um eine **schwere** Persönlichkeitsverletzung handeln: „Ob ein derart schwerer Eingriff in den Eigenwert der Persönlichkeit anzunehmen ist, kann nur aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Hierbei sind besonders die Art sowie Schwere der zugefügten Beeinträchtigung und der Grad des

angeblichen aphrodisierenden Wirkung gelobt. Obwohl die Namensgleichheit mit dem werbenden „Heilkundeprofessor“ reiner Zufall war, wurde dem Kläger der begehrte geldliche Schadensersatz zugebilligt, weil er in der Öffentlichkeit, insbesondere vor seinen Studenten, in ein falsches Licht gerückt wurde.

²⁸⁶ BGHZ 128, 1, 15

²⁸⁷ BGHZ 35, 363

Verschuldens auch Anlaß und Beweggrund des Handelns zu berücksichtigen.“²⁸⁸ Diese Methode wird seitdem unter Berufung auf die mittlerweile ständige Rechtsprechung²⁸⁹ angewandt.

Handford macht im Zusammenhang mit dem Schadensersatzanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen darauf aufmerksam, daß dieser Anspruch im Common Law in erster Linie auf Schadensersatz in Geld laute. Weil das in Deutschland nicht so sei, hätten die deutschen Gerichte vor einem Problem gestanden, daß sie erst durch das Nehmen einer „doppelten Hürde“ hätten lösen können: *„Unlike the common law, and unlike the majority of the civil law systems, in Germany monetary compensation is **not seen as universally appropriate remedy for delict.** (...) the basic principle of German law of civil injuries is that compensation in money is secondary remedy, not a primary remedy as in the common law. (...) Thus if a general action giving money damage for invasion of personality is to be established, a double hurdle must be surmounted.“*²⁹⁰

Handford nennt hier zwar nicht die genauen Unterschiede zwischen der Schadenskompensation bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in Großbritannien und in Deutschland. Allerdings machen die englischen Professoren **Deakin / Markesinis** in ihrem umfangreichen Werk über das englische Deliktsrecht (*„Tort Law“*²⁹¹) aus dem Jahr 1999 auf folgende Unterschiede aufmerksam:

Zum einen sei der Schadensersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzung grundsätzlich auf Geld gerichtet. Der Grund hierfür sei in dem Sanktionsgedanken zu

²⁸⁸ BGHZ 35, 363, 368 ff. (Ginseng)

²⁸⁹ bestätigt in dem sog. „Soraya“-Fall BVerfGE 34, 269 ff.

²⁹⁰ Handford: „Moral Damage in Germany“ aaO., S. 854, 867

²⁹¹ Deakin / Markesinis: „Tort Law“ (1999), S. 637 ff.

sehen, der auch das englische Zivilrecht bestimme. Der Wiedergutmachungsgedanke, wie z. B. die Schadenswiedergutmachung durch eine in Zeitungen veröffentlichte Entschuldigung, sei in England nur ein den geldlichen Schadensersatz begleitendes Element.

Zum anderen gebe es eine rechtssystematische Besonderheit, nämlich daß in England die Schadenshöhe grundsätzlich von der Jury bestimmt werde. In der Vergangenheit habe es jedoch Jury-Entscheidungen²⁹² gegeben, die die Schadenshöhe zum Teil völlig unangemessen hoch angesetzt hatten, obwohl das Gericht eine sehr viel niedrigere Höhe vorgeschlagen hatte. Allerdings war der Vorschlag des Gerichts zur Schadenshöhe für die Jury nicht von bindender Natur, so daß die Jury grundsätzlich bezüglich der Schadenshöhe das letzte Wort hatte.

Schließlich ist jedoch das englische Parlament eingeschritten und hat im Jahre 1990 den „Section 8 (2) of the Court and Legal Services Act“ verabschiedet. Dieses Gesetz beinhaltet, daß das Berufungsgericht bei einer Überprüfung der Erstentscheidung die von dem Erstgericht getroffenen Abwägungskriterien besonders beachten muß. So wurde in dem Fall *John vs. Mirror Group Newspapers Ltd.*²⁹³ aus dem Jahre 1997 dem Sänger Elton John von einer Jury 350.000 englische Pfund zugesprochen, weil ein Reporter in einem Bericht des *Daily Mirror* behauptet hatte, der Sänger leide an einer Bulimie-Erkrankung. Die Entscheidung der Jury aus der Erstinstanz, die augenscheinlich aus Fans des Sängers bestand, änderte die Berufungsinstanz ab. Es reduzierte die Schadenshöhe unter Berufung auf die Ausführungen des Erstgerichts zur Schadenshöhe auf 50.000 englische Pfund.

²⁹² Beispiele finden sich in der Fn. 207 in Deakin / Markesinis: „Tort Law“ (1999), S. 638

²⁹³ (1997), QB 586

Handford macht im Zusammenhang mit dem geldlichen Schadensersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in Deutschland auf die Besonderheit aufmerksam, daß selbst, wenn die „**erste Hürde**“ in Form der Verletzung eines in § 823 I BGB geschützten Interesses genommen sei, eine weitere Hürde zu nehmen sei, deren Voraussetzungen, wie bei der ersten Hürde, durch die deutschen Bundesgerichte definiert wurde: *„in the period after the Second World War, the German courts overcame these two difficulties (...)“*²⁹⁴

Bezüglich der „**zweiten Hürde**“ besteht, so Handford, nicht nur die Beschränkung, daß der geldliche Schadensersatzanspruch nachrangig sei, sondern zudem in erster Linie auf den Geldersatz des tatsächlich erlittenen Substanzschadens beschränkt sei. Wenn man die betreffenden Normen des BGB betrachte (§§ 253, 849 usw.), müsse der „Common Lawyer“ feststellen, daß der geldliche Schadensersatz in Deutschland einer außerordentlich starken Beschränkung unterliege: *„even if they (die Versuche, Schadenskompensation anders als durch Geldersatz zu erreichen) fail or are likely to be ineffective should damage be awarded. Even then, damages in German law are primarily awarded as compensation for harm to interest of substance; to may be seen from the provisions of the BGB (...) that the damages for non-pecuniary loss [sc.: immaterieller Schaden] are severely restricted.“*²⁹⁵

Handford schlußfolgert jedoch, daß die Beschränkungen, die der BGH in der „Ginseng“-Entscheidung durch eine Herleitung aus Art. 1 und 2 des Grundgesetzes im Jahre 1961 getroffen habe, im großen und ganzen als eine angemessene Regelung zu sehen seien. Diese positive Beurteilung erschließe sich

²⁹⁴ aaO., S. 855

²⁹⁵ aaO., S. 867

letztlich daraus, daß die Schadensersatzsystematik in Deutschland umfassend geregelt sei, aufeinander aufbaue und daher als Ganzes gesehen werden müsse: *„In sum, ever since Ginseng case in 1961 the courts have adhered to a settled practice in awarding damages for invasions of the Persönlichkeit. Damages are not automatically available, but are limited to cases where the invasion is serious and there is no suitable remedy. **These limitations, in context of the basic attitude of German law to damages, are wholly appropriate.**“*²⁹⁶ Insgesamt sieht Handford also den Richtungswechsel, den der BGH in diesem Zusammenhang eingeschlagen hat, positiv. Die deutschen Gerichte hätten ein Problembewußtsein hinsichtlich des Bedürfnisses des geldlichen Schadensausgleichs entwickelt. Schritt für Schritt hätten sie eine Lösung entworfen, die sich letztendlich in das gesamte Haftungssystem gut eingepaßt habe. Anders als in England seien die deutschen Gerichte somit in der Lage gewesen, die Lücke des geldlichen Schadensersatzes zu schließen. Auffällig sei in diesem Zusammenhang, daß sich die deutschen Gerichte im Rahmen dieser Problemlösung der gleichen Technik bedient hätten, wie es normalerweise die englischen Gerichte tun – nämlich das Schließen einer (Gesetzes-) Lücke durch richterliche Rechtsfortbildung innerhalb einer Einzelfallentscheidung, also über das Case-Law: *„Lacking general principles of civil liability explicitly recognising moral damage, the German courts have had to create this liability in response to pressures to do so – exactly what the (...) English courts have held back from doing. The techniques employed by the German Courts are exactly similar to those employed the Common Law.“*²⁹⁷

²⁹⁶ Handford, aaO., S. 871

²⁹⁷ Handford, aaO., S. 875

Markesinis bezeichnet den deutschen Lösungsweg über den Zwischenschritt der analogen Anwendung von kodifiziertem Recht (§ 847 BGB) in dem „Gentlemanrider“- Fall²⁹⁸ als problematisch. Dem Problem des geldlichen Schadensersatzes bei immateriellen Schäden könne man so nur schwer Herr werden. Zum einen, so auch die Kritik unter deutschen Juristen, hätten die Richter entgegen dem eindeutigen Wortlaut des § 847 BGB entschieden. Zum anderen hätten die Richter eine Aufgabe übernommen, die eigentlich dem Gesetzgeber zugewiesen worden sei. Für Markesinis sind diese Probleme jedoch hinnehmbar, da die deutschen Richter zu überzeugen wußten. Die Entscheidung habe öffentliche Meinung widerspiegelt, d. h. daß nicht nur die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs wie z. B. der einstweiligen (Unterlassungs-) Verfügung dem Kläger zur Verfügung stehen sollte. Zunehmend setzte sich nämlich die Meinung durch, daß **auch geldliche** Schadenskompensation in den Fällen, in denen die Ehre oder der Ruf eines Menschen beschädigt worden sei, dem Verletzten zur Verfügung stehen müsse. Aufgrund dieser schwerwiegenden Argumente sei man seit der „Herrenreiter“-Entscheidung im Ergebnis auch seitdem der ständigen Rechtsprechung gefolgt. Folglich kommt Markesinis – wie Handford – zu dem Schluß, daß aufgrund dieser Vorgehensweise des BGH, das deutsche Recht noch näher an das anglo-amerikanische Recht bzw. das *Common Law* herangerückt sei: „(...) *the decision* [sc.: die „Herrenreiter“-Entscheidung BGHZ 26 (1958), S.349] *attracted criticism* (...) *on the ground that it had usurped the power of legislation to determine such matters. But the fact that the **decision was coherently argued and reflected public opinion** which*

²⁹⁸ BGHZ 26 (1958), 349

*increasingly recognises defamation a tort requiring monetary compensation and the injunction rather than a crime calling for penal sanctions. Not surprisingly it has (...) bringing the German law much closer to the common law.*²⁹⁹

Als weniger geradlinig bezeichnet Markesinis die **Methode**, die der BGH zur Erweiterung der Schadensersatzregelung anwandte, um eine „Komplettierung“ des Persönlichkeitsrechts auf der Rechtsfolgenseite zu erreichen. Markesinis bewertet den Einfluß, den das Grundgesetz mit Art. 1 und 2 auf das Zivilrecht in diesem Gebiet hatte, als wünschenswert und notwendig. Allerdings kritisiert er, wie der BGH die Art und den Umfang des Schadensersatzes im Rahmen des Persönlichkeitsrechts geregelt hat. Dies sei in Deutschland auf nachvollziehbare Kritik gestoßen. Markesinis bezieht sich hier ausdrücklich auf seinen deutschen Kollegen Dieter Medicus.³⁰⁰ Doch letztlich sei – wie Markesinis in seinem 1977 erschienenen o. g. Artikel bezüglich der analogen Anwendung des § 847 BGB argumentierte – das Einschlagen dieses methodisch ungeraden Weges aufgrund der Inaktivität des deutschen Gesetzgebers in diesem Zusammenhang gerechtfertigt gewesen. Markesinis stellt sich damit auf den Standpunkt, daß **der Zweck des umfangreichen Persönlichkeitsschutzes das Mittel der richterlichen Rechtsfortbildung geheiligt hat**: *„That this constitutional provision [sc.: menschliche Persönlichkeit i. S. der Art. 1 und 2 GG] should be given **material** effect on the civil law plane was desirable and necessary. **Less straightforward**, however, was the method of widening the remedies available to the aggrieved plaintiff in order to make this protection more*

²⁹⁹ B. S. Markesinis in L.Q.R. 93 (1977), S. 107

³⁰⁰ Medicus: „Das Bürgerliche Recht“, (15. Auflage), Rn. 615

complete. (...) in case 31 [sc.: die o. g. „Ginsengwurzel“-Entscheidung³⁰¹] the court finally decided to base the award of monetary compensation on § 253 BGB in conjunction with article 1 of the Constitution. If natural restitution is insufficient under § 253 BGB – reasoned the court – then the paragraph should be interpreted to allow even monetary compensation. The constitutional text in its expressed desire to protect human dignity and personality makes this extension of this civil remedy [sc.: Schadensersatz in Form des Ausgleichs eines erlittenen immateriellen Schadens] both desirable and necessary . (...) the reasoning may be doubtful (see Medicus) (...). But given the legislative inactivity in the field, it has repeatedly been upheld by the Federal Supreme Court.“³⁰²

Schließlich, so Markesinis, sei diese ständige Rechtsprechung in bezug auf die Erweiterung des Persönlichkeitsschutzes auch auf der Rechtsfolgenseite noch vom Bundesverfassungsgericht in einer „langen und interessanten Entscheidung“ bestätigt worden: „(...) *the Constitutional Court itself held in a long and interesting judgement that this extension in no violated the constitutional order.*“³⁰³

In der „**Soraya**“-Entscheidung führte das BVerfG zur Entscheidung des BGH³⁰⁴, den immateriellen Schadensersatz entgegen dem Wortlaut des § 253 BGB auch bei Persönlichkeitsrechtverletzungen zu ermöglichen, aus: „(...) nirgendwo im Westen bleibe eine unrechtmäßige Tat so häufig wie in Deutschland ohne zivilrechtliche Sanktion, weil sie „nur“ einen immateriellen Schaden verursache. Die Beschränkung des

³⁰¹ BGHZ 35, 363

³⁰² Markesinis: „The German Law of Tort“ (1994), S. 67

³⁰³ Mit der „Soraya“-Entscheidung BVerfG 34 (1973), S. 268 ff. setzt sich Markesinis u. a. in Law Q.R. 115 (1999), S. 47 intensiv auseinander.

³⁰⁴ BGHZ NJW 1965, 904 – Die beklagte Zeitung druckte in diesem Fall ein erfundenes Interview mit der Prinzessin Soraya ab, in dem über ein (angebliches) Leben mit einem persischen Scheich berichtet wurde.

Geldersatzes für immateriellen Schaden auf die wenigen ausdrücklich – und zudem mit einer gewissen „Konzeptionslosigkeit“ – geregelten Sonderfälle wurde als eine „legislative Fehlleistung“ gekennzeichnet. Die Kritik mußte sich verschärfen, nachdem die Zivilgerichte unter dem Einfluß der privatrechtsgestaltenden Kraft des Grundgesetzes den Schritt zur Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts getan hatten. Damit wurde eine **Lücke im Blick auf die Sanktion, die bei einer Verletzung dieses Persönlichkeitsrechts zu verhängen waren, sichtbar**; (...). Die Rechtsprechung stand vor der Frage, ob sie diese Lücke (...) schließen oder aber das Eingreifen des Gesetzgebers abwarten solle. Wenn die Gerichte den ersten Weg wählten, so sahen sie sich darin von wichtigen Stimmen des juristischen Schrifttums bestärkt. (...). Die entsprechenden Entscheidungen des BGH und anderen Gerichten haben deshalb von Anfang an weitgehende Zustimmung in der Rechtswissenschaft gefunden. (...). Darin kommt zum Ausdruck, daß diese Rechtsprechung den allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprach und nicht als unzumutbare Beschränkung der Meinungs- und Pressefreiheit angesehen wurde.“³⁰⁵

Damit wird deutlich, daß die anglo-amerikanischen Kritiker - wie Handford oder auch Markesinis - im Zusammenhang mit dieser Problematik **weniger methodisch-dogmatische** Erwägungen anstellen. Es werden in bezug auf die Rechtsprechung des BGH zur Frage des Ersatzes immaterieller Schäden weniger Bedenken zur Durchbrechung der Gewaltenteilung zwischen der Judikative und der Legislative ins Feld geführt. Vielmehr steht das **praktische** Ergebnis, das durch die Rechtsprechung geschaffen wurde, im Vordergrund der Betrachtung – nämlich daß der

³⁰⁵ BVerfG 34 (1973), S. 289 f.

Persönlichkeitsschutz auch auf der Rechtsfolgenseite gestärkt wird und damit auch dem Sanktionsgedanken Rechnung getragen wird. Auffällig ist, daß die anglo-amerikanischen Kritiker schließlich den BGH für seine aktive Rolle loben, weil er den **aktuellen** Bedürfnissen durch seine Entscheidungen nachgekommen ist. Statt ungerechte Entscheidungen in Kauf zu nehmen und auf das Aktivwerden der Legislative zu hoffen, nahm der BGH das Heft in die Hand und fällte selbständig eine gerechte Entscheidung. Daß der BGH in dieser Sache gut daran getan hat, nicht auf ein Tätigwerden des Gesetzgebers zu warten, kann in der Tatsache gesehen werden, daß bis heute keine Sonderregelung in dieser Angelegenheit geschaffen wurde.

e. Der englische und nordamerikanische Lösungsweg zur Herausbildung des Persönlichkeitsrechts aus Sicht der anglo-amerikanischen Literatur vor dem Hintergrund des deutschen Persönlichkeits-schutzes

Es gibt jedoch noch einen anderen Weg, den anglo-amerikanische Juristen gehen, um das deutsche Richterleitbild in ein besseres Licht zu stellen. So rücken anglo-

amerikanische Juristen von dem Vorurteil „(...) *the civilian judge is a timorous creatur compared with his all-powerful Common law brothers* [sc.: der deutsche Richter als schwache bzw. ängstliche Kreatur im Gegensatz zum allmächtigen Common Law-Richter]³⁰⁶ endgültig ab, wenn sie einen **Rechtsvergleich** zwischen dem deutschen und dem englischen bzw. dem amerikanischen Lösungsweg zur Regelung des Persönlichkeitsrechts anstellen.

Bei der Beschreibung des deutschen Persönlichkeitsrechts durch Anglo-Amerikaner wie Markesinis, Handford, Gutteridge oder auch Cartwright fällt auf, daß der von anglo-amerikanischer Seite angestellte Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem englischen oder amerikanischen Persönlichkeitsrecht stets zum gleichen Ergebnis führt – nämlich zu einem als vorzugswürdig betrachteten Weg, den die deutschen Zivilrichter eingeschlagen haben:

**aa. Der Lösungsweg im Common Law –
Übereinstimmungen des englischen mit dem
nordamerikanischen Persönlichkeitsrecht**

Das Deliktsrecht des *Common Law* wurde von Anfang an mit Hilfe von Spezialtatbeständen entwickelt, wobei das *writ-system* den systematischen Hintergrund bildet. Es wurden also von Gerichtsentscheidung zu Gerichtsentscheidung neue bestimmte Fallgruppen und –typen gebildet, wobei diese Fälle

³⁰⁶ in L.Q.R 67 (1951) und Kahn-Freund: „English and American Laws-Some Comparative Reflections“ in „Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound“(1962), S. 362 f.

nicht durch eine wissenschaftlich betriebene Methodik systematisiert wurden. Man konzentrierte sich in England also weniger auf das Herausbilden genereller rechtswissenschaftlicher Prinzipien, die auf alle speziellen Fälle angewendet werden konnten. An dieser Vorgehensweise hat sich bis heute nichts geändert. Der anglo-amerikanische Jurist subsumiert also einen deliktsrechtlichen Sachverhalt unter einen der folgenden jeweils selbständigen Deliktstatbestände - die sog. **torts**; früher auch *writs*³⁰⁷ genannt - wobei die hier dargestellte Auflistung der Deliktstatbestände nicht abschließend ist. Mit Hilfe dieser Torts lösen die englischen und nordamerikanischen Juristen viele Fälle aus dem Bereich des Persönlichkeitsrechts. Während sich in den USA ein tort für Eingriffe in die Persönlichkeit eines Menschen eingeführt wurde, gibt es in England keinen Tatbestand, der das **allgemeine** Persönlichkeitsrecht schützt. Dies liegt vor allem daran, daß es in England im Gegensatz zu den USA keine Verfassung und damit keinen Grundrechtekatalog gibt, von dem aus die Rechtsfortbildung im englischen Persönlichkeitsrecht hätte betrieben werden können. Zwar ist England 1951 der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 beigetreten, die den Schutz der Privatsphäre in Art. 8 und die Meinungsfreiheit in Art. 10 enthält. Jedoch hat Großbritannien die Grundrechte der Konvention bisher nur insofern in nationales Recht transformiert, als daß sie lediglich als Auslegungshilfen für die Gerichte und nicht als Vorbild eines speziellen „Privacy-Tort“ herangezogen wurden. Dies betonte der englische Richter **Lord Glidewell** in der für das englische Persönlichkeitsrecht richtungsweisenden Entscheidung „*Kaye*

³⁰⁷ „(...) *writes that remedied the injuries which in modern times are called torts* (...) in Winfield: „A Textbook of the Law of Tort“ (1954) S. 2; vgl. auch von Mehren: „The Civil Law System“ (1957), S. 348

vs. *Robertson & Sport Newspaper Ltd.*“, auf die unten unter dem Kapitel „Englische Kritik zu richtungsweisenden Beispielen aus der englischen Gerichtspraxis zum Persönlichkeitsrecht“ [2.e.cc.(2.)] näher eingegangen wird: „**It is well known that in English law there is no right of privacy, and accordingly there is no right of action for breach of a persons´ privacy (...).**“³⁰⁸

Nach englischem Recht existiert **hauptsächlich nur eine Anspruchsgrundlage** bei Verletzung der Privatsphäre – nämlich das **“law of defamation”**. Dieser **Verleumdungstatbestand** schützt die persönliche Ehre des Menschen und stellt den Oberbegriff für die einzelnen Torts **libel** und **slander** dar. Die Lage ist demnach vergleichbar mit der rechtlichen Situation in Deutschland vor Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, als der deliktische Ehrenschatz über §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. den (strafrechtlichen) Schutzgesetzen der “Beleidigung” und der “üblen Nachrede” gewährt wurde. Noch heute wird in England versucht, verbleibende Lücken dadurch zu schließen, daß Ansprüche anderer Deliktstatbestände (außerhalb des Ehrenschatzes) herangezogen werden. Diese Tatbestände, die ursprünglich nicht für den Persönlichkeitsschutz geschaffen wurden, werden von den Gerichten sozusagen im Dienste des Persönlichkeitsschatzes umkonstruiert. Hierbei werden z. B. Tatbestände herangezogen, die ursprünglich dem Eigentumsschutz oder dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb zugeordnet waren (vgl. unten die Ausführungen zu den Torts “*passing off*”, “*malicious falsehood*”, “*Intrusions*

³⁰⁸ Gordon Kaye v. Andrew Robertson and Sport Newspaper Ltd. (Court of Appeal 23. February 1990)

appropriation of personality“, „*nuisance*“, „*public disclosure of true private facts*“).

- (1) Der Oberbegriff der **defamation** (*defamatory statements*) untergliedert sich zum einen in den **libel**-Tatbestand, der die „schriftliche Verleumdung“ umfaßt. Die „schriftliche Bemerkung“ muß dabei von dauerhafter Natur und zudem sichtbar sein. **Libel** sind somit Bemerkungen in Büchern, Aufsätzen, Zeitungen oder Briefen. In einem Fall wurde der „*libel*“- Tatbestand sogar bei einer Wachsfigur³⁰⁹ herangezogen, die die Beklagte (die bekannte englische Firma Tussauds Ltd.) von dem Kläger angefertigt und dann in unmittelbarer Nähe zur „*Chamber of Horror*“ aufgestellt hatte. Durch diese Aktion fühlte sich der Kläger beleidigt:

*„Defamation consists of libel and slander. The first is usually written, the second is oral. (...) libel consists of a defamatory statement or representation in „permanent form“, which (...) must also be visible.“*³¹⁰

Zum anderen fällt das (verleumderisch) gesprochene Wort unter den „**slander**“-Tatbestand und zwar auch dann, wenn es auf Filmmaterial aufgenommen worden war. In diesen Fällen kann es allerdings zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommen, die im englischen Recht dadurch gelöst werden, daß die Klage in Ausnahmefällen sowohl auf **slander** als auch auf **libel**³¹¹ gestützt wird.

³⁰⁹ vgl. *Monson v. Tussauds, Ltd. (1894) 1 QB 671*

³¹⁰ Markesinis / Deakin „Tort Law“ (1999), S. 604

³¹¹ *Yousoupoff vs. Metro-Goldwyn-Mayr Pictures Ltd. (1934), 50 TLR 581*

(2) Der Deliktstatbestand **malicious falsehood** bzw. **injurious falsehood** wird von dem Kläger herangezogen, wenn der Beklagte durch seine unrichtigen, nicht notwendigerweise infamen Behauptungen dem Beruf des Klägers oder dem Gewerbe des Klägers einen Schaden zufügt, der sich in der Folge negativ auf das Vermögen des Klägers niederschlägt. Eine Abgrenzung zwischen **defamation** und **malicious falsehood** ist möglich, wenn man die Zielrichtung des Schädigers im Hinblick auf die Rechtsgutsverletzung beim Kläger betrachtet. Richtet sich die schädigende Behauptung gegen **die Person des Klägers**, so ist der „**defamation**“-Tatbestand Anspruchsgrundlage für das auf Schadensausgleich gerichtete Begehren des Klägers. Hat sich die schädliche Behauptung jedoch gegen die „Habe“ des Klägers gerichtet, so kann der Kläger sein Begehren auf den „**malicious falsehood**“-Tatbestand stützen. „Habe“ schließt in diesem Sinne sowohl den Beruf als auch das Gewerbe des Klägers mit ein: *„The distinction between defamation and injurious falsehoods (...) is that the former the defendant’s allegation [sc.: schädigende Behauptung des Beklagten] is against the plaintiff, whereas in the latter it is against his goods.“*³¹² Im englischen Recht ist es aber auch bei Abgrenzungsschwierigkeiten üblich, daß der Kläger - um den sichereren Weg einzuschlagen – sein Begehren (hilfsweise) auf beide Anspruchsgrundlagen stützen kann und stützen sollte: *„(...) often it be advisable for a plaintiff to sue on both grounds.“*³¹³

³¹² Markesinis / Deakin: „Tort Law“, S. 646

³¹³ aaO., S.646

(3) Der Deliktstatbestand **passing off** wird grundsätzlich herangezogen, wenn der Beklagte durch eine fehlerhafte Repräsentation der Geschäfte des Klägers diesem einen Schaden zufügt. Diese Form des unfairen Wettbewerbs kommt in den Fällen vor, in denen der Beklagte ein Geschäft für den Kläger führt, ohne daß der Kläger überhaupt den Willen dieser Geschäftsführung geäußert hat. Im übrigen wird dieser Tatbestand auch immer häufiger für Fälle aus dem Bereich des allgemeinen unlauteren Wettbewerbs herangezogen, so daß die Bedeutung dieses **torts** durchaus als wesentlich einzustufen ist: „**Passing off constitutes another form of unfair competition taking the form of a misrepresentation of the plaintiff’s business. (...) its potential to growth, especially as it expands to encompass unfair trading in general, suggests that it has as much of a future as it has a past.**“³¹⁴

(4) Im wesentlichen gibt es in **England** zur Lösung von Problemen im Zusammenhang mit **sonstigen Persönlichkeitsrechtsverletzungen** **drei Fallgruppen**, denen die jeweils in Frage kommenden Tatbestände (*torts*) dann zugeordnet werden:

- (a.) **Intrusions** [sc.: allgemeine Störungen],
- (b.) **appropriation of personality** [sc.: unautorisierte Benutzung persönlicher Ausdrücke wie die Stimme, den Namen, das Bild etc.] und
- (c.) **public disclosure of true private facts** [sc.: Veröffentlichung privater Angelegenheiten].

³¹⁴ aaO., S. 647

(a.) **Intrusions** [sc.: allgemeine Störungen]:

Diese Fallgruppe wird beim Eindringen bzw. Stören des klägerischen Eigentums bzw. Besitzes herangezogen. Hiergegen kann sich der Kläger am wirkungsvollsten mit dem Tatbestand **tort of trespass** wehren. *Trespass* ist eine Klage, die auf Schadensersatz bei direkter, gegen den Willen des Berechtigten vorgenommener Beeinträchtigung gerichtet ist (Störung von Besitz, Eigentum, Beeinträchtigung der körperlichen Integrität u. ä.). Dabei muß der Kläger einerseits das **vorsätzliche** Handeln des Schädigers beweisen. Andererseits liegt der Vorteil dieses sehr alten und weitumfassenden Tatbestandes für den Kläger darin, daß er dem Beklagten **keinen Schaden** nachweisen muß: „(...) *the law in cases of trespass, allows the plaintiff to succeed without proof of any damage.*“³¹⁵ Eine bloße Beeinträchtigung reicht grundsätzlich als Voraussetzung aus.

Der Tatbestand **tort of nuisance** dient grundsätzlich bei Fällen von öffentlichem Ärgernis oder schädlichen Einwirkungen auf das Nachbargrundstück wie z. B. Geräuschmissionen als Anspruchsgrundlage. So stützte sich ein Kläger im Jahr 1876 erfolgreich auf den *nuicence*-Tatbestand, als er sich gegen die ständig von seinem Nachbarn abgehaltenen großen Feste wehren wollte. Diese Feste hatten immer wieder derart viele Menschengruppen angezogen, daß sich der Kläger in seiner Privatsphäre heftig gestört fühlte.³¹⁶

³¹⁵ *Entick v. Carrington* (1765) 2 Wils. K.B 275; 95 ER 807, 817 per Lord Camden CL; Markesinis / Deakin, aaO., S. 650

³¹⁶ *Walker v. Brewster* (1876) LR 5 Eq. 25, 26

Allerdings hat ein Kläger innerhalb des englischen Rechtssystems bei bestimmten Eingriffen in sein Persönlichkeitsrecht auch die Möglichkeit, sich auf **Gesetzesrecht** zu stützen. Der *Post Office Act*³¹⁷ gibt demjenigen, dessen Briefgeheimnis durch das unerlaubte Öffnen und Lesen von Briefen und anderen Textmitteilungen (früher auch bei telegraphischen Mitteilungen) gebrochen wurde, die Möglichkeit, sich bei einer Klage auf dieses Einzelgesetz zu berufen.

(b.) **appropriation of personality** [sc.: nicht autorisierte Benutzung persönlicher Ausdrücke wie die der Stimme, des Namens, des Bildes etc.]

Bei der Gruppe „**appropriation of personality**“ geht es um die nicht autorisierte Benutzung persönlicher Ausdrücke. Hier sind demgemäß Fälle anzusiedeln, die - ähnlich wie die „**Herrenreiter**“-**Rechtsprechung BGHZ 26, 349** - sich mit (meist) prominenten Personen beschäftigen. Diese Prominenten fühlen sich nicht selten durch ungenehmigte Veröffentlichungen in der Presse in ihrem Recht auf Persönlichkeit und dem damit unmittelbar verknüpften eigenen „Marktwert“ innerhalb der Film- und Werbewelt verletzt.

Die Rechtsschutzmöglichkeit in diesem Bereich wird in England besonders durch eine sehr weite Auslegung des **defamation**-Tatbestandes geprägt: „(...) *the English courts were able to make an ingenious use of the tort of **defamation** to combat the commercial appropriation of personality*“.³¹⁸ Auf

³¹⁷ vgl. *Post Office Act* von 1710 und von 1969; zum *Communication Act* von 1985 vgl. *Malone v. Metropolitan Police*

³¹⁸ Markesinis / Deakin, aaO., S. 652

Vorschläge, einen neuen Tatbestand – nämlich einen „**Tort of Appropriation in Privacy**“³¹⁹ - einzuführen, gingen die englischen Gerichte bis heute nicht ein.

Auch die weite, analoge Anwendung des **passing off**-Tatbestandes dient den englischen Gerichten, diesen persönlichkeitsrelevanten Bereich abzudecken. Diese Vorgehensweise der englischen Gerichte läßt **Deakin** und **Markesinis** zu dem Schluß kommen, dass es die Gerichte in diesem Rechtsbereich nicht geschafft hätten, akzeptable Entscheidungen zu fällen: „*So the case [sc.: gemeint ist hier ein Fall aus dem Jahr 1959³²⁰, in dem das Gericht den passing off-Tatbestand analog angewandt hat, um dem Kläger recht zu geben] as far as English Law is concerned, is really little more than an example of ingenuity that the legal advisers have to resort to in order to overcome **the absence of well-accepted action in such cases.**“*

(c.) **public disclosure of true private facts** [sc.: Veröffentlichung privater Angelegenheiten].

Die letzte Gruppe „**public disclosure of true private facts**“ beinhaltet Fälle, in denen es um die Veröffentlichung wahrer Angelegenheiten von privaten Personen geht. Der betroffenen Person muß dabei ein Schaden zugefügt bzw. ein seelischer Schmerz bereitet werden, wobei dieser durch die Begebenheit verursacht worden sein muß, daß eine **wahre Tatsache** veröffentlicht wurde.

³¹⁹ vgl. v.a. Law Quarterly Review 99 (1983) - Frazer: „*Appropriation of Personality – A New Tort?*“; Markesinis / Deakin, aaO.,S. 652

³²⁰ *Sim vs. H.J. Heinz Co. Ltd. (1959) 1 WLR 313*

Dieser Bereich wird auch durch Einzelgesetze geprägt, die bestimmten Personengruppen das Recht auf Anonymität einräumt. So garantiert z. B. das Gesetz *Act of Sexual Offences (Amendment) Act* von 1976 Vergewaltigungsopfern das Recht auf Anonymität, wobei der Anonymitätsschutz durch den *Criminal Justice Act 1987* und den *Sexual Offences Act 1991* auch berechtigterweise auf Opfer von jeglicher Art von Sexualdelikten - unabhängig von der Schwere der Tat - ausgeweitet wurde.

bb. Der nordamerikanische Lösungsweg zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus anglo-amerikanischer Sicht

In seinem Aufsatz „*An American Perspective – English and American Defamation Law Compared*“ stellt der an der *University of Austin / Texas* lehrende nordamerikanische Rechtsprofessor **David A. Anderson** das englische und das nordamerikanische Persönlichkeitsrecht gegenüber. Den Schwerpunkt setzt **Anderson** auf den zentralen Verleumdungstatbestand – dem „**tort of defamation**“.

Der Jurist stellt in diesem Zusammenhang klar, daß trotz des in dem Rechtssystem der USA existierenden Tatbestandes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – dem „**tort law of invasion of privacy**“ – die enge Verknüpfung durch die gemeinsamen Wurzeln mit dem englischen Recht deutlich werden. So würden Klagen, in denen der Kläger seine Rechtsgrundlage auf den „**invasion of privacy**“-Tatbestand stützt, oft mit den in England bekannten *libel-* oder *slander-*

Tatbeständen verbunden: „*Although it has no counterpart in English law, the **American tort law of invasion of privacy is related closely enough to defamation** (...). Many libel suits in the United States are combined with claims for invasion of privacy.*“

Trotz des gemeinsamen Ausgangspunktes nahm die Entwicklung des **allgemeinen**, also eines allumfassenden Persönlichkeitsrechts, in den USA einen anderen Verlauf, indem es dort – wie **Handford** bemerkt - im Gegensatz zu England zu einer Weiterentwicklung der oben geschilderten Ausgangssituation kam: „*In the United States the position was originally much the same as in England, but the law has now progressed far beyond this. Today American law recognises (...) an action for invasion of privacy. (...) The (...) action was inspired by a **famous article outlining the right of privacy**³²¹ and has never looked back.*“³²²

Das **allgemeine** Persönlichkeitsrecht in den Vereinigten Staaten von Amerika fußt im Gegensatz zum deutschen allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht auf der Verfassung. Vielmehr setzte sich in den USA die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts seit Ende des 19. Jahrhunderts bis zum heutigen Zeitpunkt auf dem Wege der Rechtsprechung von Bundesstaat zu Bundesstaat durch. Die jeweilige Begründung für die Annahme eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezieht sich – wie auch **Handford** oben anmerkte - auf einen Aufsatz der amerikanischen Juristen **Warren / Brandeis** von 1890³²³. Warren und Brandeis kamen

³²¹ Warren / Brandeis: „The Right to Privacy“, Harvard Law Review 4 (1890), 206

³²² Handford: „Moral Damage in Germany“ in International and Comparative Law Quarterly 27 (1978), S. 850 f

³²³ Warren/ Brandeis: „The Right to Privacy“, Harvard Law Review 4 (1890), 206

zum Schluß, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Rechtsprinzip sei, dessen Existenz sich indirekt aus dem Common law ergebe. Wenn sich die nordamerikanischen Gerichte in vorangegangenen Entscheidungen z. B. auf den Einzeltatbestand *defamation* bzw. *libel* oder *slander* berufen hätten, so wären die Gerichte stillschweigend von einem übergeordneten Prinzip des allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgegangen.³²⁴

Folglich – so stellt **Markesinis** es in seinem Aufsatz „*The Right to be let Alone versus Freedom of Speech*“³²⁵ von 1997 fest – seien die Schritte in Richtung der Schaffung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zuerst in Deutschland, sondern in den USA unternommen worden.

Auch macht Markesinis darauf aufmerksam, daß das nordamerikanische **Right of Privacy** nur einen Überbegriff darstellt. Unter diesem *Right of Privacy* seien **vier einzelne Deliktstatbestände** zusammengefaßt. Hierbei sei jedoch zu beachten, daß der Tatbestand, der den Anspruch wegen unerlaubter **Veröffentlichung privater Angelegenheiten** regelt, den Kern des nordamerikanischen allgemeinen Persönlichkeitsrechts ausmache: „*Of the four privacy torts, the one closest to the core of the privacy concept is the **cause of action for public disclosure of embarrassing private facts.***“³²⁶

Der wesentliche Punkt dieses Tatbestandes sei in der jeweils zu klärenden Frage zu sehen, welche Angelegenheiten als privat und damit als schützenswert anzusehen seien und welche als nicht-privat ohne weiteres veröffentlicht werden

³²⁴ Zweigert / Kötz: „Einführung in die Rechtsvergleichung“ (1996), S. 710

³²⁵ in Markesinis: „Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis“ (1997), S. 384 ff.

³²⁶ Markesinis: German Law of Tort“(1996), S. 420 f.

dürften. Eine Antwort auf diese Frage gäbe letztlich der Gesetzgeber, der jedoch den Begriff „privat“ derart eng gefaßt habe, daß es im Ergebnis sehr schwierig sei, einen Anspruch wegen eines derartigen Eingriffs in die Privatsphäre durchzusetzen. Den Grund für die besonders enge Auslegung des Begriffs der Privatsphäre sieht Markesinis in der nordamerikanischen modernen Gesellschaftsform begründet: In der Informationsgesellschaft der USA sei nämlich der **freie Informationsfluß** einer der tragenden Werte, so daß sich die nordamerikanischen Richter schwer damit täten, die Veröffentlichung wahrer – wenn auch privater und unangenehmer – Angelegenheiten unter einen Haftungstatbestand zu subsumieren: *„In a society in which free flow of information is treated as a paramount value, judges find it difficult to impose liability for disclosing truth.“*³²⁷

Markesinis schlußfolgert, daß dem Tatbestand, der den Anspruch wegen unerlaubter Veröffentlichung privater Angelegenheiten in den USA regelt, im Endeffekt eher theoretische denn praktische Bedeutung zukommt.

Markesinis macht auch darauf aufmerksam, daß in Deutschland – im Gegensatz zu den USA - ein ausgeklügeltes System für eine **Interessenabwägung** vorzufinden sei, das die deutschen BGH-Richter über vier Jahrzehnte hinweg aufgebaut hätten. Die amerikanischen Juristen würden zwar auch widerstreitende Interessen von Fall zu Fall gegeneinander abwägen. Ein richtiges Abwägungssystem stehe hingegen nicht dahinter, da es nicht aufgebaut wurde: *„(...) in Germany, the preference for **balancing interests** whenever they are in conflict has won the day. The English observer is thus well advised not only to note the **differences***

³²⁷ aaO., S. 421

between German and American law but also to study the meticulous criteria [sc.: die peinlich genau durch die deutschen Gerichte herausgearbeiteten Interessenabwägungskriterien] *which the German courts have developed over the last four decades to carry out this balancing interest.*“

Diese Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts mit Hilfe von Fallrecht bietet für **Handford** einen guten Ansatzpunkt, um eine Vergleichsstudie mit dem entsprechenden **amerikanischen Lösungsweg** durchzuführen: „*Here there is an interesting comparison with the tort of invasion of privacy as recognized in the United States (...).*“

Der Umstand, daß bei einer rechtsvergleichenden Studie über das deutsche Persönlichkeitsrecht von ausländischer Seite oft auch der amerikanische Lösungsweg herangezogen wird, liegt in erster Linie an dem „*constitutional background*“³²⁸, der in beiden Ländern zu einer Weiterentwicklung der betreffenden Deliktstatbestände geführt hat. **Markesinis** macht auch deutlich, daß zwar in beiden Ländern das öffentliche Recht, insbesondere die Verfassung, auf das Privatrecht (die Behandlung persönlichkeitsrechtlicher Fälle) einwirkten („*the linking of the development of the civil law with the Constitution*“), daß jedoch große Unterschiede in der Gewichtung des Rechtsgutes der Meinungsfreiheit auszumachen seien: „*whereas in Germany this* [sc.: mit „this“ ist hier der Einstrahlungseffekt des Verfassungsrechtes der Meinungsfreiheit auf das jeweilige Privatrecht der beiden Länder gemeint] *this has often led to a greater of the privacy,*

³²⁸ Markesinis in Am.J.Com.L. 34 (1986), S. 349 (365)

*in America the emphasis freedom of speech has often had the reverse effect.*³²⁹

In den USA gibt es laut **Handford** einen allgemein gehaltenen Persönlichkeitsrechtstatbestand, unter den vier spezielle Tatbestände eingeordnet werden. Der nordamerikanische Rechtsprofessor **W. L. Prossner**³³⁰ hat diese Struktur aus dem bis dahin vorhandenen Recht zum Schutz der Persönlichkeit im Jahre 1960 herausgebildet. Diese **vier** Gruppen haben laut Handford im amerikanischen Rechtskreis eine allgemeine Akzeptanz erfahren und gelten noch heute, wie es der nordamerikanische Rechtsprofessor **David Anderson** in dem 1999 erschienen Buch „**Tort Law**“³³¹ bestätigte:

„(...) Prossner restated (...) a complex of four particular torts:³³²

(1.) intrusion on physical solitude or seclusion .

Dieser Tatbestand wird herangezogen bei unerlaubtem Eindringen des Beklagten in die räumliche Abgeschlossenheit des Klägers oder auch beim Ausspionieren von privaten Angelegenheiten. Hierunter fallen solche Fälle, in denen der Kläger abseits seiner privaten Räumlichkeiten bedrängt wird. So konnte z. B. die Witwe von Präsident Kennedy ihre

³²⁹ Markesinis: The German Law of Obligations – Vol.II“(1997), S. 410

³³⁰ W. L. Prossner: „Privacy“ in California Law Review 48 (1960), S. 383

³³¹ David A. Anderson: „An American Perspective (...)“ in Markesinis/Deakins „Tort Law“ (1999), S. 662 (676f.)

³³² W. L. Prossner: „Privacy“ in Cal.L.Review 48 (1960), S. 383 , P. R. Handford, aaO., S. 864

Klage³³³ gegen einen Fotografen bzw. „Paparazzo“ durchsetzen, wonach dieser es zukünftig unterlassen sollte, ihr und ihren Kindern in der Öffentlichkeit zu folgen und sie z. B. auf öffentlichen Plätzen, in Parks oder in der Schule zu fotografieren.

Auch erfaßt werden Fälle von (elektronischer) Überwachung und das nicht genehmigte Filmen von Menschen in peinlichen oder hilflosen Situationen.

(2.) public disclosure of (embarrassing) private facts

Hier geht es um nicht genehmigte Veröffentlichung peinlicher, im wesentlichen zutreffender Tatsachen aus dem Privatleben eines Menschen. Hierunter fällt z. B. das Veröffentlichende von medizinischen persönlichen Daten oder medizinischen Anomalitäten oder auch das nicht genehmigte Veröffentlichende von Sexualpraktiken eines Menschen. Hierbei muß im Einzelfall geklärt werden, ob die Fakten privater Natur waren oder nicht.

(3.) putting someone in the false light in the public eye

In einem solchen Fall wird der Kläger von dem beklagten Dritten gegenüber in ein falsches Licht gerückt. Zwar muß die Grenze zur Verleumdung (*defamation*) nicht überschritten sein. Dennoch muß diese Falschbeurteilung aus der Sicht einer durchschnittlich vernünftigen Person von einiger Härte sein. Diese Fälle kommen insbesondere dann vor, wenn

³³³ Onassis vs. Gallela, 487 F.2d 986 (2nd Cir. 1973) in David A. Anderson: „*An American Perspective (...) in Markesinis/Deakins „Tort Law“ (1999), S. 679*

Personen Worte „in den Mund gelegt“ werden, die sie tatsächlich gar nicht gesagt haben und folglich durch die Veröffentlichung dieser Worte die betroffene Person in ein falsches Licht gerückt wird.³³⁴

(4.) appropriation of someone's name or likeness

Die ohne Zustimmung erfolgte Verwendung fremder Namen, Bilder usw. ist die Art von Fällen, die am häufigsten und am erfolgreichsten im Rahmen persönlichkeitsrechtlicher Klagen herangezogen wird. Der Ausgangsfall befaßte sich mit einer nicht autorisierten Verwendung einer Personenfotografie für eine Werbung. Nunmehr fallen auch Klagen unter diese Gruppe, in denen ein Spitzname, eine prägnante Stimme, ein Slogan usw. mißbraucht werden.³³⁵

Diese von **Prossner** durchgeführte Systematisierung bzw. Kategorisierung des Persönlichkeitsrechts wurde nach **Handford** auch in Deutschland vollzogen – jedoch nicht durch die Einzelleistung eines Juristen, sondern durch die Gerichtspraxis. Der amerikanische Jurist führt hier z. B. die „false-light“ - Kategorie ins Feld, die in den USA - wie auch mittlerweile in Deutschland - vorzufinden ist.

Handford hält den **Verzicht** der deutschen Juristen **auf** eine **kasuistische Methode** in Form einer Kategorisierung durch Fallgruppenbildung (Prossner) für die bessere Lösung. Der englische Jurist spielt hierbei auf die Rolle des deutschen Zivilrichters an, der sich die Freiheit vorbehalten könne, das Persönlichkeitsrecht von Fall zu Fall, aber innerhalb der

³³⁴ vgl. *Dempsey vs. National Enquirer*, 702 F.Supp. 934 (d.Me. 1989) in David A. Anderson: „An American Perspective (...)“ in *Markesinis/Deakins „Tort Law“* (1999), S. 677

³³⁵ vgl. David A. Anderson: „An American Perspective (...)“ in *Markesinis/Deakins „Tort Law“* (1999), S. 678 m. w. A.

Schranken der Verfassung, anzuwenden: „(...) *the courts are free to extend as far as they wish.*“³³⁶

Somit wird auch deutlich, warum **Markesinis** den englischen Betrachter³³⁷ des deutschen Rechts dazu anhält, nicht nur die Unterschiede des amerikanischen und des deutschen Lösungsweges herauszuarbeiten. Vielmehr sollte sich die Aufmerksamkeit des englischen Betrachters auch auf die von den deutschen Gerichten innerhalb von 40 Jahren penibel herausgearbeiteten Güterabwägungskriterien richten, die dem Abwägungsprozeß von Verfassungswerten Rechnung getragen hätten: „(...) *the preference for balancing interests (...) has won the day. The English observer is thus well advised not only to note the difference between German and American law but also to study the **meticulouse criteria** which the German Courts have developed over the last four decades to carry out this balancing task.*“³³⁸

cc. Der englische Lösungsweg zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor dem Hintergrund des deutschen Lösungsweges

Bei Eingriffen in sonstige Persönlichkeitsrechte – außer in die Rechte auf Ehre – stellt das **englische** Zivilrecht bis heute dem Kläger nur die allgemeinen Deliktstatbestände des *libel* oder *slander* zur Seite. Da diese Tatbestände jedoch keinen Hinweis auf den Umgang mit Eingriffen in „sonstige“ Persönlichkeitsrechte geben, müssen die allgemeinen

³³⁶ P. R. Handford, aaO., S. 864

³³⁷ hier beschränkt sich Markesinis ausdrücklich auf die **englischen Beobachter**, da die englische Lösung zum Persönlichkeitsrecht - wie oben dargelegt – nicht nur bei ihm keine Anerkennung findet. Vgl.: Markesinis: „Privacy (...)“ in LQR 115 (1999), S.62

³³⁸ Markesinis, aaO.

Tatbestände folglich von der Rechtsprechung sehr weit ausgelegt werden. Daß sich die englische Rechtsprechung – im Gegensatz zur nordamerikanischen Rechtsprechung - bis heute noch nicht dazu durchringen konnte, einen „**Right of Privacy**“–Tatbestand herauszubilden, stößt freilich auch bei den englischen Juristen auf heftige Kritik:

(1) Die Kritik englischer Juristen am eigenen System des Persönlichkeitsrechtsschutzes

In ihrem Ende 1989 erschienen Buch „*The English Law of Tort*“ nehmen **Dias und Markesinis** kritisch zum **englischen Persönlichkeitsschutz** Stellung. Hierbei rechneten die Autoren nicht nur mit den englischen Gerichten, sondern vor allem auch mit dem englischen Parlament streng ab. In erster Linie werfen sie dem englischen Parlament vor, sich bezüglich einer notwendigen Neuregelung des Persönlichkeitsrechts nicht gegen die Macht der Medien durchzusetzen:

„(...) the **British Press** (...) has contributed defeat of all attempts made so far in this country to prompt the legislator to intervene (...) the Press is successfully flexing its muscles against an accident-prone government (...).“³³⁹

In ihrem gemeinsamen umfangreichen Lehrbuch für Studenten über das englische Deliktsrecht aus dem Jahre 1999 merken der Oxford-Rechtsprofessor **Markesinis** und der an der University of Cambridge lehrende Rechtsprofessor **Simon Deakin** an, daß es neben den genannten Eingriffen in die Ehre und in den Ruf einer Person selbstverständlich noch andere Möglichkeiten gebe, die Persönlichkeit eines anderen

³³⁹ Dias / Markesinis: „The English Law of Torts – A Comparative Introduction“(1989), S.607 f.; Markesinis: „The German Law of Torts (1986), S.191 ff.

Menschen anzugreifen. So würden jedoch insbesondere bei Eingriffen in **sonstige Persönlichkeitsrechte** einer Person die Lücken und die Schwächen des englischen Persönlichkeitsrechtsschutzes zutage treten. Diese Lücken im englischen Rechtssystem würden besonders deutlich, wenn der Persönlichkeitsrechtsschutz in Deutschland, Frankreich, aber auch in den USA betrachtet werde: *„Besmirching the plaintiffs honour and reputation is not the only way one may interfere with his personality. Other invasions are possible, but they are less effectively prohibited by our legal order. And the gaps in our system, which are once again largely the result of a piecemeal and gradual of our law, become obvious when **English law is compared with other legal systems such as those of the Federal Republic of Germany, France or the United States.**“*³⁴⁰ Markesinis und Deakin kommen aufgrund der bestehenden Lücken im englischen Privatrecht zu einem geradezu vernichtenden Fazit. So gäbe es in England keine festgeschriebene Methode, wie das Recht auf freie Meinungsäußerung gegen das *„right to be let alone“*, gegeneinander abgewogen werde. Infolgedessen müsse das englische Persönlichkeitsrecht als unterentwickelt, kompliziert und fragmentarisch bezeichnet werden: *(...) the (English) law on privacy as it stands is underdeveloped, complicated and fragmentary.*³⁴¹

In seinem 1999 veröffentlichten Artikel über den Schutz der Persönlichkeit in England betont **Markesinis**³⁴², daß auch die englische Rechtsprechung mitverantwortlich für den Stillstand im Persönlichkeitsrechtsschutz sei. Mit der Ausweitung des Persönlichkeitsrechtsschutzes durch die Einführung eines Tatbestandes, der auf den Schutz allgemeiner

³⁴⁰ aaO., S. 647

³⁴¹ aaO.; S. 648

³⁴² Markesinis: „Privacy, Freedom of Expression (...)“, Law Q.R. 115 (1999), S. 76

Persönlichkeitsrechte abzielt, hätten sich die englischen Gerichte besonders schwer getan. Einen sehr wichtigen Grund für diese hemmende Haltung sieht Markesinis in dem Umstand begründet, daß die englischen Gerichte dem immensen Druck der sehr einflußreichen Presse standhalten mußten.

Warum die Presse – nicht nur in England – der größte und zugleich mächtigste Gegner eines klaren und scharfen Persönlichkeitsrechtes ist, führt Markesinis auf folgenden Umstand zurück: Einerseits hat sie – nicht zuletzt durch die Pressefreiheit und die zahlreichen ihr zur Verfügung stehenden Verbreitungsmittel (**Medien**) - eine Macht, die von Markesinis schon einer „**vierten Staatsgewalt**“ („*Forth Estate*“) gleicht. Andererseits sei die Presse jedoch nicht so scharfen Kontrollmechanismen unterworfen, wie z. B. die Vertreter der Legislative: „*Politicians must keep register about of their interest. (...) I have ever even heard of such a similar register of interests to be set up for journalists. **Certainly, journalists exercise more power than Members Parliament** (...).*“ Dieses Ungleichgewicht führe dazu, daß letztlich die englische Presse eine Hauptschuld am Reformstau des englischen Persönlichkeitsrechts trage : „*(...) of all private oppressors, the press stands out most for criticism and as a source of concern.*“³⁴³

Eine jüngere BGH-Entscheidung³⁴⁴ aus dem Bereich des Persönlichkeitsrechts veranschaulicht die **unterschiedliche Beurteilung** eines bestimmten Spannungsfeldes von englischer und deutscher Seite, nämlich das des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (hier auf Schutz der berührten

³⁴³ Markesinis, aaO., S. 76

³⁴⁴ Urtl. vom 29. Juni 1999, VI ZR 264/98

Privatsphäre) und das des Rechts auf Veröffentlichung in Form der Äußerungs- und **Pressefreiheit**. Hier wurde ein und derselbe Fall zuerst von einem englischen Gericht und danach von deutschen Gerichten entschieden.

Der für Persönlichkeitsverletzungen zuständige VI. Zivilsenat des BGH hatte über eine Klage eines Mitglieds des deutschen Hochadels auf Unterlassung der Veröffentlichung bestimmter Teile eines Berichts über seine Ehescheidung in einer Zeitschrift zu befinden. Bemerkenswert war hier, daß die Ehe des Klägers im Spätsommer 1997 in öffentlicher Verhandlung von dem High Court of Justice in London geschieden wurde. Aus den Scheidungsakten, die nach englischem Recht der Öffentlichkeit zugänglich sind, ergab sich, daß der Kläger im Verfahren den Scheidungsgrund – nämlich die eigene eheliche Untreue - eingeräumt hatte. Daraufhin veröffentlichte die **englische** Nachrichtenagentur Reuter einen Bericht über diesen Scheidungsgrund, der tags darauf in der Boulevardzeitung „*Daily Mail*“ erschien. Als zwei Tage später in der von der Beklagten herausgegebenen **deutschen** Zeitschrift³⁴⁵ ein Bericht erschien, in dem die Beklagte die Scheidungsgründe unter Bezugnahme auf einen englischen Familienrichter nannte, fühlte sich der Kläger durch die Veröffentlichung des Scheidungsgrundes seitens der Beklagten in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt und beantragte, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, den Scheidungsgrund für seine Ehe zu verbreiten. Dem Kläger schien also klar zu sein, daß die gerichtliche Verteidigung seines Persönlichkeitsrechts zwar keinen Erfolg in England habe, jedoch in Deutschland durchaus möglich sei.

³⁴⁵ „Das Neue“ vom 13. September 1997

Folglich mußte der gleiche Sachverhalt, den die englischen Gerichte zur Ablehnung der Klage bewegte, nun nach den Maßstäben des deutschen (Persönlichkeits-) Rechts beurteilt werden.

Die Vorinstanzen gaben dem Begehren des Klägers statt. Sie wogen hierbei das nach Art.2 I i.V.m. Art.1 I GG verfassungsrechtlich geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers auf Schutz seiner hier berührten Privatsphäre mit dem gem. Art. 5 I GG ebenfalls Verfassungsrang genießenden Recht der Beklagten auf Äußerungs- und Pressefreiheitsrecht gegeneinander ab. Die Vorinstanzen entschieden, daß das Persönlichkeitsrecht des Klägers den Vorrang vor der Pressefreiheit genieße. Daß der für die Revision der beklagten Zeitschrift zuständige BGH in seiner Entscheidungsbegründung die Güter- und Interessenabwägung letztlich anders verteilt hatte, ist nicht außergewöhnlich. Erstaunlich ist jedoch die Begründung für diese Andersverteilung der Wichtung der beiden Rechtsgüter:

„Schließlich muß nach Ansicht des Senats auch dem Umstand, daß die Nachricht über den Ehebruch des Klägers als **Scheidungsgrund** durch die Beklagte **bereits** durch die Nachrichtenagentur Reuter und die Zeitung „Daily Mail“ **bekannt** gemacht worden war, zugunsten der Beklagten ein erheblich stärkeres Gewicht beigemessen werden, als daß dies seitens des Berufungsgerichts geschehen ist (...).“³⁴⁶

Diese Argumentation der BGH-Richter verdeutlicht die unterschiedliche Gewichtung der schützenswerten Güter der Pressefreiheit auf der einen Seite und dem Persönlichkeitsschutz auf der anderen Seite. Es wird deutlich,

³⁴⁶ aus: „Mitteilung der Pressestelle des Bundesgerichtshofs“ Nr.53/ 1999: „Klage des Prinzen Ernst August von Hannover auf Unterlassung der Veröffentlichung des Grundes seiner Ehescheidung“/ Urtl. vom 29. Juni 1999, VI ZR 264/98

daß die englische Presse zum einen einen freieren Zugang zu Informationen über Personen des öffentlichen Lebens (Prominente) hat und zum anderen auch, daß die rechtlichen Schutzmöglichkeiten, die dieser Personenkreis genießt, geringer sind.

Markesinis hält die Vorgehensweise der deutschen Gerichte in bezug auf die persönlichkeitsrechtliche Güterabwägung, nämlich von Fall zu Fall neue Regeln neben die vorhandene Generalklausel des § 823 Abs.1 i. V. m. Art. 1, 2 GG zu stellen, für richtig, wenn auch nicht für „**traditionell**“. Ähnliches bemerkte schon **Lewan**, als er 30 Jahre vor Markesinis die Methode des BGH, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zu entwerfen, als nicht traditionell bezeichnete. Allerdings bezog sich die Bemerkung von Lewan darauf, daß der BGH, um traditionell zu verfahren, die vorhandenen BGB-Normen analog hätte anwenden können (vgl. oben S. 103). Markesinis stützt indes seine Aussage darauf, daß der deutsche Gesetzgeber, um traditionell zu verfahren, einfach die Schutzgüterliste des § 823 Abs. 1 BGB um das allgemeine Persönlichkeitsrecht hätte ergänzen können. Auf jeden Fall wäre dieser Weg besser gewesen als z. B. das Schutzgut „Eigentum“ analog auf das Persönlichkeitsrecht anzuwenden: *„If the Code were to be redrafted, the protection of the personality should be added to the list of those interests with which it is more related, rather than to be treated as another right analogous, perhaps to that of ownership.“*³⁴⁷

Allerdings stellt Markesinis klar, daß er den von dem BGH tatsächlich eingeschlagenen Weg in jedem Fall der oben genannte „traditionellen Alternativlösung“ vorzieht, da sie

³⁴⁷ Markesinis: „German Law of Tort“ (1996), S. 65

einzelfallgerechter und vor allem auch rechtssicherer sei, da die Gerichte mittlerweile eine Vielzahl nützlicher Abgrenzungskriterien zwischen kollidierenden Rechtsgütern entwickelt hätten. Wo die Linie zwischen den abzuwägenden Gütern zu ziehen sei – insbesondere die Linie der, wie Markesinis meint, oft verantwortungslos handelnden Presse gegenüber der ebenso beachtlichen Pressefreiheit, entscheide sich im deutschen Recht auf eine geradezu „englische“ Art und Weise. Die deutschen Gerichte würden sich in ihren Entscheidungsgründen in einem persönlichkeitsrechtlichen Fall von den Umständen des Einzelfalls und von den Präjudizien leiten lassen. Die aus dem Fallrecht gewonnenen Prinzipien stellten jedoch kein bindendes Recht dar: „(...) *one must remember that the right to be protected against an often irresponsible Press must be counterbalanced by the equally important need to preserve the freedom of the Press (...). Where the line be drawn will thus **depend on the circumstances of each case and the rich case-law will, at the best, provide useful guide-lines but not binding rules. The rich case-law will (...) provide useful guide-lines but not binding rules.***“³⁴⁸

In seinem Aufsatz „*Privacy, Freedom of Expression, and the horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany*“³⁴⁹ aus dem Jahre 1999 stellt Markesinis klar, daß der deutsche Lösungsweg in bezug auf die Anerkennung eines ausgeprägten und umfangreichen Persönlichkeitsrechtsschutzes **nicht zu einer zwangsläufigen Beeinträchtigung des Rechts auf freie Meinungsäußerung geführt** habe. Vielmehr seien in Deutschland - wenn

³⁴⁸ Markesinis: *The German Law of Obligations – Vol.II*“(1997), S. 66; ebenso in „*German Law of Tort*“ (1996), S. 65 f.

³⁴⁹ in *Law Quarterly Review* 115 (1999), 47 (87)

überhaupt – sogar einige Urteile zu finden, in denen die Richter der Meinungsfreiheit einen sehr weiten, wenn nicht sogar zu weiten Spielraum einräumten. Zu diesem Punkt nimmt Markesinis jedoch nicht weiter Stellung.

Darüber hinaus sei auch der investigative Journalismus nicht in seiner Ausübung gehemmt worden, wie es die englische Presse³⁵⁰ bei der Regelung eines englischen allgemeinen Persönlichkeitsrechts befürchte.

Demnach, so schlußfolgert Markesinis geradezu bissig, sei die englische Presse und diejenigen, die sich deren Argumente zur Verhinderung der Einführung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu eigen machten, in diesem Punkt „am besten fehl informiert“ und „am schlimmsten absichtlich irreführt“: *the study of German law reveals our press, and those who have blindly advocated its interests, at best ill-informed and at worst deliberately misleading. The study of German law shows that a more widely perceived protection of human privacy need not impair speech rights or have an inhibitive effect on investigative journalism (...).*”

Schließlich habe die Einführung eines weitschützenden deutschen Persönlichkeitsrechts zu einer Kontrollierbarkeit von Entscheidungen zum Persönlichkeitsrecht geführt. Eine befürchtete Klageflut hätten die deutschen Gerichte durch eine **strikte Handhabung des Persönlichkeitsbegriffs** einzudämmen gewußt: *„The West German experience also shows that the flooding of courts with privacy cases can be controlled.“*³⁵¹ (...) *this floodgates argument is not supported by the experience of German (...) courts*³⁵² *„The empirical study of*

³⁵⁰ Titelstory der Zeitschrift „The Times“ vom 28. November 1989

³⁵¹ Dias / Markesinis: aaO., S. 608

³⁵² Markesinis: „Privacy, Freedom of Expression (...)“, Law Q.R. 115 (1999), S. 76

*German Law (...) proves that their courts have not been flooded by frivolous claims.*³⁵³

So fanden **Markesinis** und sein deutscher Kollege Dr. **Nico Nolte** heraus, daß es in den Jahren zwischen 1985 und 1994 nur 25 Klagen gab, in denen sich das oberste deutsche Zivilgericht mit dem Rechtsinstitut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auseinandersetzen mußte.³⁵⁴ In einer späteren statistischen Erhebung aus den Jahren 1980 -1993 entgegnete Markesinis dem englischem „Floodgate“-Argument mit der Tatsache, daß es in Deutschland in dieser Zeit nur 122 Prozesse gegeben habe, in denen das Rechtsinstitut des allgemeinen Persönlichkeitsrechts herangezogen wurde. Also spreche die Erfahrung, die die Deutschen mit dem Umgang eines relativ weiten Persönlichkeitsrechts gemacht haben, gegen die Gefahr einer Überlastung der Zivilgerichte aufgrund von Klagen aus dem Bereich des Persönlichkeitsrechts. Auch sei durch die Einführung einer das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützenden Generalklausel keine übermäßige Benachteiligung der Presse bzw. der Pressefreiheit zu befürchten: *„(...) in the light of German experience (...) it is unlikely that the new right of privacy will create an excessive load for the courts or an unbearable burden on the Press.*³⁵⁵ Daß es in Deutschland trotz der Einführung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht zur Benachteiligung der Presse gekommen sei, sondern vielmehr in jedem Einzelfall die Interessen der betroffenen Parteien sorgfältig gegeneinander abgewogen wurden, werde durch folgende Tatsache verdeutlicht: Die deutschen Gerichte hätten seit Einführung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts das

³⁵³ Markesinis, aaO, S. 87

³⁵⁴ Nolte / Markesinis: „Comparative Reflections on the Right of Privacy of Public Figures and Public Places“ in Birks (Hrsg.): „Privacy and Loyalty“ 1997, S. 113 ff.

³⁵⁵ Markesinis: „German Law of Tort“, S. 414

klägerische Begehren nach Persönlichkeitsschutz in etwa ebenso häufig abgewiesen wie stattgegeben: „(...) *an almost equal number of decisions have refused plaintiffs the injunctions they had sought, demonstrating that German courts take the balancing act they are expected to perform between the competing interests very seriously.*“³⁵⁶

(2) Englische Kritik zu richtungsweisenden Beispielen aus der englischen Gerichtspraxis zum Persönlichkeitsrecht

Markesins stellt in seinem „*The German Tort Law*“ zwar fest, daß die vielen englischen Deliktstatbestände, die in persönlichkeitsrechtlichen Fällen von den Gerichten herangezogen werden, auch nicht selten den nötigen Schutz versprechen. Allerdings würden eben auch Fälle auftreten, bei denen der Tatbestand eigentlich gut auf den Fall angewandt werden könne, jedoch letztlich an nicht zu überbrückenden tatbestandlichen Beschränkungen scheiterten. So würden die Tatbestände *nuisance* und *trespass* zwar in einigen Fällen helfen. Allerdings müsse beachtet werden, daß diese sehr alten Tatbestände auch ihre eigenen Beschränkungen haben. Der *nuisance*-Tatbestand (vgl. S.143) fände z. B. nur auf die Personen Anwendung, die ihr Interesse am eigenen Land bzw. Grundstück schützen wollten. Folglich müßten im englischen Recht die vielen Einzelheiten eines Sachverhalts in die zum Teil engen Anwendungsbereiche der in Frage kommenden Deliktstatbestände „eingepaßt“ werden. Dies hätte zur Folge, daß der Kläger nicht selten an dem zu engen Anwendungsbereich des entsprechenden Tatbestandes

³⁵⁶ aaO., S. 416

scheitere und damit auch mit seinem Begehren auf Schutz seines Persönlichkeitsrecht: „*True, many aspects of the human personality and privacy are protected by a multitude of existing torts, but this means fitting the fact of each case in the pigeon-hole* [sc.: (Ablage) Fach] *of an existing tort and this process may not only involve strained constructions; often it may also leave a deserving plaintiff without a remedy.*”³⁵⁷

Der für das englische Persönlichkeitsrecht wichtigste **defamation- (libel & slander-) Tatbestand** werde zwar wegen seines relativ weit reichenden Schutzbereiches häufig herangezogen. Der Schutzbereich sei jedoch für einige Fälle **zu eng**, obwohl eigentlich ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

Dias und **Markesinis** heben hervor, daß schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts englische Urteile gefällt wurden, in denen der englische **defamation-Tatbestand** hinsichtlich seiner Auslegung überstrapaziert wurde.

Im Jahre 1910 legte ein englisches Gericht in einem persönlichkeitsrechtlichen Fall seiner Entscheidung den „*libel* und *slander*“-Tatbestand zugrunde³⁵⁸. In der betreffenden Entscheidung hatte das beklagte Unternehmen ein Schriftstück veröffentlicht, das eine objektive Ehrverletzung für das Opfer bedeutete. Dem zuständigen Gericht reichte der erfüllte Tatbestand der Ehrverletzung aus - und zwar ohne Rücksicht auf den Umstand, daß die beklagte Partei die Ehre der gekränkten Person subjektiv gar nicht beleidigen wollte. Demnach reichte dem englischen Gericht als

³⁵⁷ Markesinis: “German Tort Law” (1996), S. 416

³⁵⁸ *Hulton & Co. versus Jones (1910) A.C.20*; vgl. auch *Cassidy versus Daily Mirror (1929) 2 K.B. 331*

Verschuldensmaßstab auf Seiten des Beklagten sogar, eine **objektive** - also vom Verschulden unabhängige - **Haftung** aus, um dem Kläger einen Schadensersatz zuzuerkennen.

Den Nachteil der englischen Lösung zum Persönlichkeitsrecht machen englische Juristen oft anhand der oft zitierten Grundsatzentscheidung zum englischen Persönlichkeitsrecht aus dem Jahre 1931 – dem „**Tolley vs. J. S. Fry & Sons**“-Fall³⁵⁹ - deutlich. **Hilary Cartwright** vergleicht den englischen Fall mit dem für das deutsche Persönlichkeitsrecht richtungsweisenden „**Herrenreiter**“-Fall (vgl. S.110), da das *House of Lords* hier der Regelung eines allgemeinen Persönlichkeitsrecht sehr nahe kamen. Das höchste englische Gericht hatte in diesem Fall seine Entscheidung zwar auf den *defamation*-Tatbestand gestützt; dies tat es jedoch wenig überzeugend.

Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger, ein damals sehr bekannter englischer Amateur-Golfer, wurde von dem beklagten Unternehmen Fry ohne dessen Einwilligung auf einem Werbeposter abgelichtet. Das Bild zeigte eine Karikatur des Klägers, der sich gerade in Schlagposition befand. Dabei ragte ihm ein großes Stück verpackter Schokolade des beklagten Unternehmens Fry aus der Hosentasche. Der Caddy, der den Kläger begleitete, verglich auf dem Werbeposter sinngemäß die Qualität des Schwunges des Klägers mit der Qualität der Schokolade der Beklagten. Mit dieser versformmäßig dargestellten Aussage war das Werbeposter unterschrieben.

Der Amateur-Golfer Tolley begehrte Schadensersatz von dem Schokoladenhersteller. Er war der Auffassung, daß durch das Abdrucken und das Aushängen der Werbeplakate ein

³⁵⁹ *Tolley versus J.S.Fry & Sons [1931] A.C.333*

fälschlicher Eindruck bezüglich der „Käuflichkeit“ seiner Person entstanden sei. Er meinte, daß die Öffentlichkeit in den falschen Glauben versetzt worden sei, daß er für diese Werbeaktion Geld bekommen habe, was tatsächlich nicht der Fall war. Damit sah Tolley seinen Ruf als **Amateur**-Golfer gefährdet. Er machte geltend, daß diese Werbeaktion den Eindruck vermittele, daß er seinen Status als Amateur-Golfer durch die Entgegennahme des Werbegeldes „prostituiert“ habe: „*The plaintiff alleged an innuendo by the defendants that he had agreed to the advertisement for gain and had thus prostituted his reputation as an amateur – not as a professional playing for money – golfer.*“³⁶⁰

Der Klage wurde stattgegeben. Das letztinstanzliche Gericht sah es als erwiesen an, daß Tolley tatsächlich durch den Inhalt und die Form der Anzeige in seinem Ruf bzw. seiner Ehre verletzt worden war. Das *House of Lords* sah die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage des *libel*-Tatbestands bzw. die besondere *defamation*-Tatbestandsform des *innuendoes* [sc.: versteckte Andeutung] als gegeben an: „(...) *his action succeeded because the court was able to discover an innuendo (...)*“³⁶¹. *It was held that this was defamatory and that the plaintiff could recover.*“³⁶²

Das Erstaunliche am Vorgehen des englischen Gerichts war, daß der Kläger – bei objektiver Betrachtung der Umstände - durch die Veröffentlichung gar nicht in seinem Ruf oder seiner Ehre verletzt wurde. Er wurde durch die Veröffentlichung auch nicht in ein schlechtes Licht gerückt. Vielmehr muß die Beleidigung “unter der Oberfläche der eigentlichen Aussage” gesucht werden, da es sich lediglich um eine (gut) versteckte Andeutung handelte: „*Matters become more complicated when*

³⁶⁰ Markesinis / Deakin: „Tort Law“ (1999), S. 608

³⁶¹ Markesinis: „The German Law of Torts“ (1994), S. 417

³⁶² Markesinis / Deakin: „Tort Law“ (1999), S. 608

*the plaintiff argues that the words bear an inner meaning which render them defamatory; he says that even they are **not defamatory on the surface** they are so because of **innuendo**.*³⁶³

Allerdings bemerkt **Markesinis** in diesem Zusammenhang, daß das *House of Lords* eine „versteckte Beleidigung“ (*innuendo*) angenommen hat, obwohl der Kläger weder als schlechter Golfer dargestellt worden war, noch wurde er dazu mißbraucht, Werbung für ein billiges bzw. schlechtes Produkt zu machen. Insoweit war die Argumentation des Gerichts widersinnig: „*He [sc.: der Kläger Tolley] was not described as a bad golfer; nor was he made to advertise a cheap product. But his action succeed (...).*“³⁶⁴

Auch **Handford** macht deutlich, daß derjenige, der sich auf einen *libel-* bzw. *defamation-*Tatbestand beruft, grundsätzlich durch die Worte des Beklagten verletzt werden müsse. Die Verletzung des Klägers durch die Handlung des Beklagten müßte generell geeignet sein, das gesellschaftliche Ansehen des Klägers herabzuwürdigen: „*the words tend to lower the person in the estimation of right-thinking members of society generally.*“³⁶⁵ Eine Herabwürdigung der Person des Golfers lag aufgrund des Sachverhalts jedoch fern.

Markesinis untermauert die „Widersinnigkeit der Begründung der Richter für die Annahme des *defamation-*Tatbestandes wie folgt: Die Herleitung der haftungsbegründenden Voraussetzungen des *defamation-*Tatbestandes aus der „*Tolley*“- Entscheidung sei nicht nachvollziehbar, da einem professionellen Golfer in einem ähnlichen Fall **kein**

³⁶³ Markesinis / Deakin: aaO., S. 608

³⁶⁴ Markesinis: aaO., S. 417

³⁶⁵ Handford in Int.Comp.Law.Q. 27 (1978), S. 849

Rechtsanspruch aus dem „*libel*“-Tatbestand zustehe. Denn Sponsoring gehöre ja zum professionellen Sportleben dazu.

Diesen Mißstand im englischen Recht, daß englische Gerichte in persönlichkeitsrechtlichen Fällen zum Teil zu widersinnig argumentierten und ungerechte Ergebnisse erzielten, sieht Markesinis in der kasuistischen Methode begründet, da die Ergebnisse der Einzelfallentscheidungen fatalerweise von einer unsicheren Rechtsprechung getragen worden seien. Besser wäre es aus seiner Sicht gewesen, die englische Rechtsprechung diesbezüglich in neue rationale Kriterien einzubetten.

Der von Markesinis beschriebene Mißstand im englischen Recht, daß die Anwendung der kasuistischen Methode bei einem derart komplexen Rechtsbereich wie dem des Persönlichkeitsrechts nicht konsequent ist, wird durch eine weitere widersprüchliche englische Gerichtspraxis verdeutlicht. Denn unter den vielen Einzeltatbeständen, die den englischen Richtern bei der Lösung persönlichkeitsrechtlicher Probleme zur Verfügung stehen, hat der *libel*- und *slander*-Tatbestand aufgrund seiner weiten Auslegung mittlerweile nahezu die Funktion einer Generalklausel übernommen. **Dias** und **Markesinis**³⁶⁶ legen dar, daß die englische Rechtsprechung immer mehr den Weg über eine (zu) weite Auslegung des ***libel- oder slander-Tatbestandes*** suche. So decke der Einzelfall der „*Tolley*“-Entscheidung einen gravierenden Makel auf, den das gesamte englische Zivilrechtssystem aufweise. Die Kasuistik des englischen Rechts, also das auf Einzelentscheidungen aufgebaute Recht, führe dazu, daß teilweise auf falsche oder ungerechte Entscheidungen bzw.

³⁶⁶ Dias / Markesinis: „The English Law of Torts – A Comparative Introduction“, S. 607 f.; Markesinis: „The German Law of Torts“ (1986), S.191 ff.

auf „Unfälle der Rechtsprechung“ das Recht weiter aufgebaut werde: „(...) *our law* [sc.: das englische Zivilrecht] *is casuistic; that our casuistry is build around accident of litigation rather than on rational criteria; and that, in its results, is often conducive to uncertainty. Thus, why is it right to fashion a remedy in Tolley v. J.S. Fry & Sons Ltd for amateurs and not afford the same protection to professionals who are more likely to have their pictures used by others for gain?*“³⁶⁷

Die „Tolley“-Entscheidung habe gezeigt, daß es zwar falsch sei, zu sagen, daß das englische System der Privatsphäre und der Persönlichkeit keinen Schutz gewähre. Allerdings sei es auch falsch zu verneinen, daß die „Tolley“-Entscheidung offenbart habe, daß der **englische Lösungsweg zum Persönlichkeitsrecht lückenhaft, eigenwillig und oft rechtsunsicher** sei: „*To say that our law does not protect aspects of human privacy and personality would be wrong. (...). But it would be also wrong to deny that it does so in a patchy, capricious and, often, uncertain way. The limitations of Tolley have been mentioned.*“³⁶⁸

Da das kontinentaleuropäische Deliktsrecht aufgrund seiner auf (zum Teil noch römischen) Rechtsprinzipien aufgebauten Systematik einen so geordneten Eindruck mache, wirke das **englische** Recht geradezu wie ein Flickenteppich, konstatiert **Handford**: „*civil law offers a refreshing contrast to the common law (...) because of its orderly appearance in comparison to the patchwork quilt of common law*“.³⁶⁹

³⁶⁷ Markesinis: „Privacy, Freedom of Expression (...)“, Law Q.R. 115 (1999), S. 88

³⁶⁸ Markesinis: „Our patchy Law of Privacy (...)“ in *The Modern Law Review* 53 (1990), 802 (805)

³⁶⁹ P. R. Handford, aaO., S. 851

Die oben bereits genannte Kritik von **Markesinis** (vgl. S. 162 f.) an dem englischen Lösungsweg zum Persönlichkeitsrecht, wird vor dem Hintergrund der Kritik von Hanford besonders deutlich: Der Kläger müsse bei einer persönlichkeitsrechtlichen Klage das Glück haben, daß sein Begehren ausgerechnet und zufällig in das Ablagefach („*pigeon whole*“) des in Frage kommenden Einzeltatbestandes passe. Es könne im englischen Recht also vorkommen, daß ein Kläger, obwohl dieser eigentlich aufgrund einer Persönlichkeitsverletzung Schadensersatz bekommen müßte, diesen nicht geltend machen kann, weil sein Anspruch zufälligerweise nicht von einem Einzeltatbestand abgedeckt sei: „*True, many aspects of human personality and privacy are protected by a multitude of existing torts, but this means fitting the facts of each case in the **pigeon-hole** of an existing tort and this process may not only involve strained constructions: **often it may also leave a deserving plaintiff without a remedy.***“³⁷⁰ Markesinis kommt schließlich zum eindeutigen Ergebnis, daß die deutschen Kriterien, nach denen widerstreitende Interessen im Persönlichkeitsrecht abgewogen werden, einen Vorbildcharakter für das in diesem Bereich „primitive“ englische Recht habe: „*Compared to the German criteria, **our own way of muddling through seems positivly primitive.***“³⁷¹

Die Mißbilligung, die das englische Persönlichkeitsrecht von Seiten des Oxford-Professors **Markesinis** erfährt, wird besonders vor folgendem Hintergrund verständlich: Seit der aus den 30er Jahren stammenden und nicht gerade von Rechtssicherheit zeugenden „*Tolley*“-Entscheidung ist bisher **keine** wesentliche Änderung vorgenommen worden. Zwar

³⁷⁰ Markesinis: „German Law of Torts“ (1994), S. 416

³⁷¹ Markesinis: „Privacy (...)“ in LQR 115 (1999), S. 77

hatte das englische Parlament im Jahre 1972 einen Regierungsausschuß mit der Frage betraut, ob ein Tatbestand „*invasion of privacy*“ in Kraft gesetzt werden sollte. In dem vorgelegten Bericht („*The Report of the Committee on Privacy*“) weigerte sich jedoch das zuständige Komitee – genau wie die englische Rechtsprechung - vehement, eine Klagemöglichkeit hinsichtlich der Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts („*tort action for invasion of privacy*“) zuzulassen: „(...) *the (English) courts have refused to countenance any such action (tort action of invasion of privacy). The nearest they came to it was in Tolley v. Fry & Sons. (...). The Report of Committee on Privacy (1972) rejected the idea of a general civil action for invasion of privacy.*“³⁷²

Im Jahre 1990 gab es in England wiederum eine strittige Entscheidung zum Persönlichkeitsrecht³⁷³, die erneut die Einsetzung einer Regierungskommission³⁷⁴ nach sich zog. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Kläger bzw. Antragsteller Gordon **Kaye**³⁷⁵ war ein TV-Star einer in England populären Comedy-Serie. Aus dieser Serie wurde eine Bühnen-Show entwickelt, in der der Kläger im Januar 1990 auftrat. Die Show hatte am 27. Januar 1990 ihre letzte Vorstellung. Später sollte die Show in Australien mit dem Kläger in der Hauptrolle aufgeführt werden. Peter Frogatt war Theater-Agent und enger Vertrauter sowie Manager des Klägers.

³⁷² P. R. Handford, aaO., S. 850 (dort unter Fußnote 13)

³⁷³ Kaye versus Sport Newspapers Ltd.

³⁷⁴ Der Fall von Gordon Kaye und die zunehmenden Übergriffe auf die Intimsphäre des Hauses Windsor waren im Jahre 1990 der Anlaß für die Einberufung des sog. „Committee on Privacy and Related Matters“ unter dem Vorsitz von Sir David Calcutt.

³⁷⁵ Gordon Kaye v. Andrew Robertson and Sport Newspaper Ltd. (Court of Appeal 23. February 1990)

Am 25. Januar 1990 befuhr der Kläger mit seinem Auto während eines heftigen Sturmes eine Straße in London. Ein von einem Baum abgebrochener Ast durchschlug die Windschutzscheibe des Fahrzeuges des Klägers und traf ihn am Kopf. Der Kläger trug schwere Schädelverletzungen davon. Im „Charing Cross“-Krankenhaus mußte der lebensgefährlich verletzte Kläger drei Tage lang an lebenserhaltenden Maschinen angeschlossen werden. Bis zum 2. Februar befand er sich auf der Intensivstation, bis er dann in ein privates Krankenzimmer des Krankenhauses verlegt wurde.

Augenscheinlich gab es unter der Fangemeinde des Klägers ein großes Interesse an dessen gesundheitlichem Zustand; folglich wurde in den Medien intensiv berichtet. Um einen möglichst zügigen Genesungsprozeß des Klägers zu erzielen und um die Infektionsgefahr möglichst gering zu halten, hatte das Krankenhauspersonal am Eingang des Krankenzimmers ein Hinweisschild „Vor Betreten bitte das Krankenhauspersonal kontaktieren“ angebracht. Darüber hinaus hatte der Manager des Klägers dem Personal eine Namensliste mit den Namen der Besucher ausgehändigt, denen der Zutritt zum Krankenzimmer des Klägers gestattet werden sollte.

Der Antragsgegner zu 1) ist Redakteur bei dem Herausgeber der Zeitung „*Sunday Sport*“, dem Antragsgegner zu 2), dessen Blatt zu der Boulevard-Presse zählt. In dieser Zeitung werden auch des öfteren pornografische Aufnahmen abgebildet.

Ohne das Hinweisschild zu beachten, betrat der Antragsgegner zu 1) zusammen mit einem Pressefotografen der „*Sunday Sport*“ am 13. Februar 1990 das Krankenzimmer des Klägers. Bis zu diesem Tag gab es - seit dem Unfall des Klägers - noch kein einziges Interview. Bevor der Fotograf der

„*Sunday Times*“ Kaye fotografierte und Kaye von dem Antragsgegner zu 1) interviewt wurde, fragte der Redakteur, ob er mit dem Interview einverstanden sei, was Kaye bejahte. Das Krankenhauspersonal hatte der Redakteur - entgegen dem oben genannten Hinweisschildes an Kayes Zimmertür – vorher nicht gefragt.

Die von dem Fotografen mittels des Einsatzes von Blitzlicht geschossenen Fotos und das Interview mit Kaye war schließlich das erste Material, das von Kaye nach dessen Unfall in die Öffentlichkeit gelangte. Folglich hatte es einen hohen Marktwert. Trotz des Widerspruchs des Managers, daß Kaye sich bei der Einwilligung in einem nicht einwilligungsfähigen Zustand befunden habe und diese Aktion vorher mit dem Manager von Kaye hätte abgestimmt werden müssen, veröffentlichte die „*Sunday Sport*“ die Fotos und das Interview. Kayes Anwalt reichte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine einstweilige Verfügung ein und beantragte, dem Verfügungsgegner die Veröffentlichung des Interviews zu untersagen.

Nachdem kein üblicher Deliktstatbestand erfüllt war, konnte diese Klage nur mit Schwierigkeiten durchgesetzt werden. Zum Glück des Klägers hatte die Zeitung das Vorliegen einer – in Wirklichkeit nicht abgegebenen – Einwilligung behauptet. Denn maßgeblich war hier die Einwilligung des Krankenhauspersonals und nicht die des auf der Intensivstation liegenden einwilligungsunfähigen Kaye.

Das Gericht sah deshalb die Voraussetzungen des Deliktstatbestandes „**malicious falsehood**“ erfüllt. Wie oben aufgezeigt, wird dieser Tatbestand eigentlich nur dann herangezogen, wenn der Beklagte durch seine unrichtigen - nicht notwendigerweise infamen - Behauptungen dem Beruf

des Klägers oder dem Gewerbe des Klägers einen Schaden zufügt, der sich in der Folge negativ auf das Vermögen des Klägers niederschlägt.

Dieser Tatbestand ist laut **Markesinis** in der Regel schwer anwendbar, selten gebräuchlich und nicht sehr lukrativ. So hat Kaye diesen Fall zwar gewonnen, allerdings unter den genannten ungewöhnlichen Umständen „*In the end Kaye succeeded by the skin of his teeth because the judges were able to rely on the tort of malicious falsehood. This is not an easy tort as any reading of a textbook will reveal; nor is frequently used.*“³⁷⁶

Auch der nur eingeschränkte persönlichkeitsrechtliche Wirkungskreis (Umfang des Schadensersatzes) des „*malicious falsehood*“ macht deutlich, daß die englischen Richter nicht konsequent entschieden. Denn dieser Tatbestand gewährt dem Verletzten in der Regel nur den Ersatz von Vermögensschäden, da er in erster Linie dem Schutze des geschäftlichen Ansehens dient. Immaterielle Schäden, die gerade oft bei Persönlichkeitsverletzungen entstehen, bleiben in diesem Zusammenhang unberücksichtigt.³⁷⁷

Des weiteren macht **Markesins** darauf aufmerksam, daß Kaye seine Klage nur gewinnen konnte, weil sich die zuständigen Richter darüber im klaren waren, irgend etwas tun zu müssen, um dem Kläger einen Schadensersatz zubilligen zu können. Indem die Richter so verfahren, hätten sie sich einmal mehr an vorangegangenen Entscheidungen orientiert. Die Richter sind nach der Ansicht von Markesinis – erneut - zu ängstlich gewesen, neues Recht zu sprechen. Durch das Unterlassen der Einführung der kompletten Schutznorm „*invasion of*

³⁷⁶ Markesinis: „Our Patchy Law of Privacy – Time to do Something about it“ in M.L.R 53 (November 1990), S.804

³⁷⁷ Vgl. auch zur Bedeutung dieses Tatbestandes die Argumentation des Richters Lord Denning in „*Fielding versus Variety Inc.*“ Law Report/ Queens Bench 2 (1967), S. 841 ff. (Entscheidung des Court of Appeal)

privacy“, versuchten sie wieder nur den lückenhaften (also rechtsunsicheren) Weg zu rechtfertigen, den das englische Recht im Persönlichkeitsrecht schon längst eingeschlagen hatte: „(...) *he [sc.: Kaye] won, but only just, because judges anxious to do justice were willing to be persuaded that something, somehow, should be done. (...) they were following other distinguished courts (...) in order to rectify the patchy way in which English law has faced a new problem (...)*“³⁷⁸. In diesem Zusammenhang macht Markesinis indirekt auf ein – in Deutschland auch nicht unbekanntes - Kompetenzproblem aufmerksam: Nicht nur, aber auch bei dem „Kaye“-Fall, hätten die zuständigen Richter die desolate Lage im englischen Persönlichkeitsrecht durchaus erkannt. Statt jedoch ein präzedenzfallschaffendes Machtwort zu sprechen, hätten sie sich in eine Kompetenzverweisung an das englische Parlament geflüchtet, die nach Ansicht des Gericht für die Einführung einer Regelung zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts verantwortlich war. Markesinis beruft sich hier auf den Richter **Lord Justice Glidwell**, der die Schuld verteilte und zwar einerseits auf das Common Law, also auch andererseits auf die englische Richter als auch auf das englischen Parlament, das es unterließ, ein betreffendes Gesetz zu verabschieden: „*The fact of the Kaye case are a graphic illustration of the desirability of Parliament considering whether and in what circumstances statutory provisions can be made to protect the privacy of individuals. (...) This case highlights, yet again, the failure of both the Common Law of England and the statute to protect in an effective way the personal privacy (...)*“³⁷⁹.

³⁷⁸ Markesinis: „Our Patchy Law of Privacy – Time to do Something about it“ in M.L.R 53 (November 1990), S.804 f.

³⁷⁹ Markesinis, aaO., S. 805

Insbesondere vor dem Hintergrund der Probleme, die der „Kaye“-Fall aufgeworfen hat, täten die englischen Juristen – so Markesinis – gut daran, einen Blick in die deutsche zivile Persönlichkeitsrechtsprechung zu werfen. Die Probleme von Persönlichkeitsrechtsverletzungen könnten auch in England gelöst werden, wenn ihnen **eine Generalklausel zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht** zur Verfügung stünde. Zwar sei eine derartige persönlichkeitsrechtliche Generalklausel regelmäßig **schwer zu definieren**, jedoch könne mit ihrer Hilfe eine gerechte Einzelfallentscheidung durch die Gerichte getroffen werden. Hierbei müßten die jeweils im Einzelfall betroffenen Güter einzelfallgerecht gegeneinander abgewogen werden, ohne mit jedem Fall eine neue Grundregel aufstellen zu müssen. So würde sich die in der Generalklausel befindende Definition mit jedem Fall genauer konkretisieren lassen. In Deutschland hätten die Gerichte beim Konkretisieren des Begriffs „Persönlichkeitsrecht“ (als sonstiges Recht) das richtige Maß an Einfallsreichtum an den Tag gelegt und sich hierbei einer kasuistischen und zugleich einer „Common-Law-Methode“ bedient: „ (...) we [sc.: die Engländer] *failed to do anything about this increasingly important matter. The real reason is the blocking power of the English press(...)* *Privacy is difficult to define.(...)* *The problem of defining and limiting a tort of privacy are formidable but the present case [sc: der Fall Gordon Kaye vs. Sport Newspaper] strengthens my hope that the review now in progress may provide fruitful. (...)* ***It can be done and it has be done in a variety of ways: in the USA by the Common Law aided, in some instances by statute; in Germany mainly by imaginative courts following a very common law and casuistic method*** (though, on occasion, also helped by specific statutes such as Kunsturhebergesetz

of 1907, article 22 of which in combination with para 823 I BGB, would have given **Kaye**³⁸⁰).³⁸¹

(3) Das Ziel der Weiterentwicklung des englischen Persönlichkeitsrechts – Deutschlands Lösungsweg als Vorbild

In England ist es trotz so problematischer Gerichtsentscheidungen wie im „*Tolley*“-Fall oder im „*Kaye*“-Fall bis heute noch nicht zur Verabschiedung eines Gesetzes zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gekommen. Den englischen Kritikern fällt auf, daß es in Deutschland schon **sehr früh eine Reaktion des Gesetzgebers**³⁸² gegeben habe, während England bei **seiner starren Haltung geblieben sei**. Hierbei hätten in Deutschland die obersten Gerichte schon sehr früh die Möglichkeit gehabt, Probleme im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht selbst durch eine entsprechende Auslegung bestimmter BGB-Normen zu lösen. Diese Möglichkeit hätten die deutschen Richter damals jedoch (noch) nicht wahrgenommen.

Daß es sich wegen seiner Vielschichtigkeit nicht einfach gestaltet, ein allgemeines Persönlichkeitsrecht in eine Norm zu fassen, läßt **Markesinis** zwar außer Frage. Jedoch dürften die

³⁸⁰ Markesinis verweist hier auf den Fall aus dem Englischen Recht, der als Grundlage für seinen Aufsatz „Our Patchy Law of Privacy (...)“ M.L.R. 53, 802 (1990) diente : Gordon Kaye v. Andrew Robertson and Sport Newspaper Ltd. (Court of Appeal 23 rd February 1990)

³⁸¹ Markesinis: „Our Patchy Law of Pivacy – Time to do something about it“ in Mod.L.Rev. 53 (1990), S. 802 ff. (806 f.)

³⁸² Hier ist insbesondere das am 9. Januar 1907 in Kraft getretene Kunsturhebergesetz bzw. der § 22 Satz 1 und 3 KunstUrhG zu nennen sowie die Generalklausel des § 826 BGB.

englischen Juristen das Ziel der seit langem überfälligen Weiterentwicklung des englischen Persönlichkeitsrecht nicht aus den Augen lassen. Hierbei müsse besonders zu denken geben, daß es zum einen den deutschen Gerichten schon **1899** gelungen sei, auf problematische Fallkonstellationen, wie dem oben beschriebenen „Kaye“-Fall (vgl. S. 170 ff.), eine adäquate Antwort zu finden, und zwar mit Hilfe der ihnen im Jahre 1899 zur Verfügung stehenden Gesetze. Zum anderen sei in Deutschland auch der Gesetzgeber durch die Einführung des Kunsturhebergesetzes (1907) tätig geworden, da gerade der „Bismarck“-Fall die unbefriedigende Schutzmöglichkeit der (postmortalen) Persönlichkeit offenbarte.

In dem „Bismarck“-Fall (Reichsgerichtsentscheidung RGZ 45 (1899), 170) hatte das Gericht zu entscheiden, ob die Erben **Bismarcks** als Kläger von dem beklagten Fotografen die Vernichtung von Fotoaufnahmen verlangen konnten. Die betreffenden Fotografien waren von Bismarcks Leiche angefertigt worden, indem sich der Fotograf in einer nächtlichen Aktion heimlich Zugang zum Zimmer verschafft hatte, wo der Leichnam Bismarcks aufgebahrt war. Das Reichsgericht hatte der Klage aufgrund widerrechtlichen Eindringens in fremde Besitztümer aus einer „*condictio ob iniustam causam*“ stattgegeben: „*Even the photographs of Bismarck`s corpse (...) had to be destroyed (...)*“.³⁸³ Hierbei muß jedoch beachtet werden, daß sich auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungsgründen schwer tat, da es keines der einzelnen Persönlichkeitsrechte in diesem Fall zugrunde legen konnte. Das Reichsgericht hätte sich leichter getan, wenn es auf das Kunsturhebergesetz hätte

³⁸³ Markesinis: aaO., S. 807

zurückgreifen können. Das am 9. Januar 1907 in Kraft getretene Gesetz regelt in § 22 Satz 1 und 3 KunstUrhG:

„Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden (S.1). **Nach dem Tod des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablauf von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten.**“

Offensichtlich standen die deutschen Zivilgerichte vor der Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor dem gleichen Problem wie (noch heute) die englischen Zivilgerichte: Wenn ein Rechtsbereich nur durch Einzelgesetze geregelt ist, werden sich die Richter bei der Lösung von Fällen aus diesem Bereich ständig einer ungewissen rechtlichen Situation gegenübersehen. Bei Fällen, die nicht exakt durch den Wortlaut des in Frage kommenden Gesetzes abgedeckt sind, steht der Richter vor mehreren Möglichkeiten. Der einfachste Weg: Er kann die Klage abweisen, weil das in Frage kommende Gesetz bzw. die in Betracht kommende Anspruchsnorm nicht greift. Der Richter kann auch den Wortlaut der entsprechenden Norm weit oder analog auslegen. Hierbei entsteht zum einen die Schwierigkeit, daß in nächsthöheren Instanzen diese Vorgehensweise leichter anzugreifen ist. Zum anderen ist es bei später folgenden Entscheidungen nicht zwingend, daß das jeweilige Gericht der Vorentscheidung folgt. Das gilt natürlich nicht, wenn dieser Lösungsweg mittlerweile derart oft bestätigt wurde, daß er aufgrund ständiger Rechtsprechung quasi bindendes Recht geworden ist. Der mutigste und verantwortungsvollste Weg für die höchsten Gerichte besteht – wie beim Persönlichkeitsrecht – darin, ein **Rechtsinstitut** zu bilden, das als Grundlage für nachfolgende Entscheidungen, die sich mit einer ähnlichen Problematik befassen, herangezogen werden kann. Dieses

- einen gesamten Rechtsbereich umfassende - Prinzip sollte freilich so gestaltet sein, daß den Richtern bei der Anwendung dieses Prinzips nicht die Möglichkeit genommen wird, in ihren Entscheidungsgründen einen eigenen, flexiblen und einzelfallgerechten Maßstab anzulegen.

Auch **Handford** machte in seinem Aufsatz *Moral Damage in Germany*“ aus dem Jahre 1978 im Zusammenhang mit der „**Bismarck**“-**Entscheidung** darauf aufmerksam, daß sich das deutsche Recht kurz vor Beginn des 20. Jahrhunderts in der gleichen Lage befunden habe wie das englische Common Law noch heute: Den Gerichten stand damals - genau wie den englischen Gerichten noch heute - **keine** ausdrückliche bzw. allgemeine Regelung des Persönlichkeitsrechts zur Seite. Vielmehr gab es in Deutschland – wie heute noch in England - mehrere spezielle Tatbestände, die zur Lösung von Fällen mit persönlichkeitsrechtlicher Relevanz herangezogen wurden: *„(In the Common law) the courts have refused to countenance any tort action (for invasion of privacy), and have instead redressed invasions of privacy by using various established remedies. (...). The German Courts [sc.: die deutschen Gerichte zur Zeit vor der Einführung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts], while not prepared to recognise the right of personality directly, were, however, willing to redress harm falling within the ambit of the personality **by the use of the existing legal remedies - in exactly the same way as the common law.**“*³⁸⁴

So gab es auch in Deutschland zur betreffenden Zeit Fallkonstellationen, in denen die bestehenden Regelungen

³⁸⁴ P. R. Handford: „Moral Damage in Germany“ in Int.Comp.Law.Q. 27 (1978), S. 849 (850, 856 f.)

trotz eines bestehenden Schutzbedürfnisses **keinen** Schutz gewährten. Das Reichsgericht schlug in dieser Situation einen neuen Weg in Form der Akzeptanz eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein. Allerdings wäre das deutsche oberste Zivilgericht damals - wie die englischen Gerichte bis heute - noch nicht so weit gewesen, diesen Schritt zu wagen: *„The German Courts, while not prepared to recognize the right of personality directly, were, however, willing to redress harm falling within the ambit of the personality by the use of existing legal remedies – in exactly the same way as the Common Law³⁸⁵. In Deutschland habe es sehr wohl eine legislative Reaktion auf diese unbefriedigende Entscheidung im „Bismarck“-Fall gegeben – hebt Handford hervor. Die Entrüstung, die es in der Öffentlichkeit über diesen Fall gab, habe den Gesetzgeber nämlich dazu veranlaßt, das Kunsturhebergesetz einzuführen. Dieses Gesetz habe in der Folgezeit für erhöhte Rechtssicherheit gesorgt, indem es in einer Reihe von Fällen aus dem Persönlichkeitsrecht herangezogen wurde: „It was the public outcry created by this case which (...) led to the passing of the **Copyright Law in 1907, a law which was invoked in a number of cases in which the right of personality was interfered with.**“³⁸⁶*

Die interessanteste Anspruchsgrundlage vor der Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über § 823 I BGB war laut Handford jedoch **§ 826 BGB**. Zwar wurde diese Norm im wesentlichen in Fällen herangezogen, in denen die vorsätzliche, sittenwidrige Schädigung des Beklagten zu einem wirtschaftlichen Schaden auf Seiten des Klägers führte, allerdings hätten sich die deutschen Zivilrichter dieser

³⁸⁵ P. R. Handford: aaO., S. 856

³⁸⁶ Handford, aaO., S. 856

Anspruchsnorm auch in persönlichkeitsrechtlichen Fällen bedient:

„(...) perhaps the most interesting device used by the courts was Article 826 of the BGB, which made actionable the wilful conduct causing damage contra bonos mores. Most of the case-law on Article 826 dealt with conduct causing economic loss; on occasion the judges used Article 826 to deal with invasions of personality (...).“³⁸⁷

Die Bedeutung des § 826 BGB in dem o. g. Zusammenhang wurde auch schon durch **Harold C. Gutteridge**³⁸⁸, auf den sich auch Handford in seinen Ausführungen zum deutschen Persönlichkeitsrecht teilweise bezogen hat, hervorgehoben. Der englische Anwalt zeigt sich in seinem 1931 verfaßten rechtsvergleichenden Aufsatz über das französische, das englische und das deutsche Persönlichkeitsrecht erstaunt darüber, wie wenig Fälle auf dem deutschen Persönlichkeitsrecht auf § 826 BGB fußen. Gutteridge äußerte die Auffassung, daß die Begrifflichkeit **„gegen die guten Sitten des Allgemeinen Volksbewußtseins“** als Auffangtatbestand für eine Reihe von Fällen aus dem Persönlichkeitsrecht hätte dienen können. Allerdings setzt eine derartige Anwendung des § 826 laut Gutteridge einen starken und mutigen Richter voraus. In den Händen eines mutigen Richters hätte diese Begrifflichkeit der „guten Sitten“ so angewandt werden können, daß das Privatleben eines Menschen durch dieses Gesetz in vielen Fällen hätte geschützt werden können: *„There are surprisingly few decisions on the applicability of the article to acts which result*

³⁸⁷ Handford, aaO., S. 857

³⁸⁸ zur Biographie s.o.

*in the invasion of the private life of the individuals.(...). An act is said to be contra bonos mores if it is one which repugnant to the general national conscience („Allgemeines Volksbewußtsein“) which would seem to be somewhat **formidable epithet** [sc.: gewaltiges Attribut] to attach to a great many invasions of personal privacy. The article however has a very wide scope, and **in hands of a courageous judges would seem to be well adapted to afford protection to the amenities of private life.**³⁸⁹*

Die Vorhersage von Gutteridge, daß § 826 BGB die Aufgabe des umfangreichen Persönlichkeitsschutzes hätte übernehmen können, ist so **nicht** eingetreten. Dennoch hatte Gutteridge eine vorausschauende und von Verständnis für das deutsche Zivilrechtssystem zeugende Stellung bezogen. Gutteridge sah die beste Möglichkeit, einen derartigen Schutz zu erreichen, darin, daß eine Norm mit Generalklauselcharakter diese Aufgabe übernehmen sollte. Den deutschen Richtern sollte die Möglichkeit gegeben werden, von Fall zu Fall – wertend - zu entscheiden.

Die Konsequenz, die aus der positiven englischen Reaktion auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Deutschland gezogen wird, ist unterschiedlich. Die Verfechter für die Schaffung eines (Einzel-)Gesetzes zum Schutz der allgemeinen Persönlichkeit (nach deutschem Vorbild) sind sicherlich zahlreich. Allerdings gibt es bei den englischen Juristen, die sich mit dem deutschen Persönlichkeitsrecht beschäftigt haben, auch konservative Stimmen, die **der englischen Rechtstradition folgten**. Diese sprechen sich

³⁸⁹ H.C. Gutteridge: „The Comparative Law of the Right to Privacy – The Law of Germany and Switzerland“, S. 208 f.

gegen eine Nachahmung des deutschen Weges aus und sind **für** die leichte Modifizierung des eigenen Systems. So müsse trotz der Erkenntnis, daß sich die Methodik zum deutschen Persönlichkeitsrecht dort gut bewährt habe, in England ein anderer Weg beschritten werden.

Der ehemalige englische Richter des Londoner Berufungsgerichts für den High Court (*Lord of Justice at the Court of Appeal, London*), **Sir Brian Neill**, äußert sich hierzu in seinem Artikel über die Zukunft des englischen Persönlichkeitsrechts aus dem Jahre 1999³⁹⁰. Der Jurist betont, daß die Engländer von dem deutschen Weg zur Lösung dieses Problems zwar lernen könnten. Dennoch habe die Reduzierung der Persönlichkeit auf einen juristischen Begriff zur unweigerlichen Folge, daß der Schutz der individuellen Persönlichkeit nur vage und unpräzise ausgestaltet werde. Vielmehr sei der Weg über die Ausgestaltung eines „verstärkten Schutzes vertraulicher Informationen“ vorzuziehen. In der Konsequenz könnten die englischen Richter den Weg über einen modifizierten Vertrauensbruch-Tatbestand beschreiten. Dieser Weg sei nach Neill auch deshalb vorzuziehen, weil ein Vertrauensbruch-Tatbestand wesentlich einfacher zu entwerfen sei, wobei Neill gerade bei diesem wesentlichen Punkt leider eine detailliertere Begründung vermissen läßt : „(...) *it is my present point of view that, though we can learn from the way in which the German lawyers have approached the problem, the protection of an individual's „personality“ is too imprecise and intangible an idea to appeal to English lawyers. To my mind it would be simpler to put forward the*

³⁹⁰ Sir Brian Neill: „Privacy: A Challenge for the Next Century“ – aus der Vorlesungsreihe „*Chifford Chance Lectures*“ an der Universität Oxford; abgedruckt in Markesinis: „Protecting Privacy“, S. 1 ff.

*freedom to preserve the privacy of personal information which is „confidential“ (...). (...). The most suitable cause of action would be by way of an extended and **modified action for breach of confidence.***

f. Die Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutschen Gerichte im Wege der Konstitutionalisierung des Privatrechts aus anglo-amerikanischer Sicht

Der US-amerikanische Jurist **Kenneth M. Lewan** befaßte sich 1968 in seinem Aufsatz „*The Significance of Constitutional Rights for Private Law in West Germany*“ mit denjenigen deutschen Verfassungsrechten, die einen starken Einfluß auf das deutsche Privatrecht genommen haben. Hierbei er die Art. 1 I (Recht auf Menschenwürde) und Art. 2 I GG (Recht auf Persönlichkeit) hervor. Der Rechtsgedanke des Schutzes der Menschenwürde wurde in das BGB hineingezogen, indem diese Rechte als „allgemeines Persönlichkeitsrecht“ des Menschen anerkannt und als „sonstiges Recht“ i. S. des § 823 I BGB ausgeformt wurden. Die Systematik der sog. **Drittwirkung** der Grundrechte, also die Einstrahlung der Grundrechte in das Privatrecht, sei nicht leicht zu erklären und unter deutschen Juristen schon immer umstritten gewesen. Allerdings sei die Tatsache, daß die Grundrechte zwischen dem Staat und dem Bürger **absolute Rechte** darstellen - also absolut bindende Wirkung entfalten - im Gegensatz zur Zeit der Weimarer Republik nunmehr unbestritten („*beyond dispute*“).³⁹¹ Im Rahmen der **Bindungswirkung der**

³⁹¹ Lewan, Kenneth M.: „The Significance of the Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany“ in ICLQ 17 (1968), S. 571

Grundrechte zwischen Privatpersonen habe es in Deutschland sehr bemerkenswerte Gerichtsentscheidungen gegeben. So müsse der deutsche Gesetzgeber z. B. darauf achten, daß er die Verhältnisse zwischen Privatpersonen nur begrenzt regeln könne: *„Nobody questions, of course, that the basic-rights clauses are significant for the relations between private persons in certain ways. There are limits beyond which the State may **not** go in regulating these relations, and, indeed, values which they express are to be made fruitful by the legislator so as to protect private persons from one another (...).The fundamental right clauses (...) may be regarded as (higher) private law rules in the sense that they are to be applied directly between private persons.“*³⁹²

Das Prinzip der Vertragsfreiheit ist in diesem Zusammenhang ein Beispiel, in dem der Gesetzgeber gehalten ist, keine beschränkenden Regeln zu erlassen. Der Gesetzgeber muß nämlich einerseits darauf achten, daß er die Privatpersonen ausreichend voreinander schützt. Andererseits ist der Gesetzgeber gehalten, Vertragsschlüsse zwischen Parteien zu verhindern, die die Rechte einer Privatperson unangemessen einschränken.

Auch der amerikanische Rechtsprofessor **Peter E. Quint** hat sich dieses Themas angenommen. Sein Wissen um den deutschen Rechtskreis hat er unter anderem als Gastwissenschaftler am Heidelberger „Max-Planck-Institut für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht“ erlangt. In seinem Aufsatz „Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory“, der 1989 im Maryland Law Review 48, 247 veröffentlicht wurde, stellte er eine rechtsvergleichende

³⁹² Lewan in ICLQ 17 (1968), S. 571

Studie über Einflüsse von Verfassungswerten auf US-amerikanisches und auf deutsches Zivilrecht an. Quint nennt hier den Grund, warum seiner Meinung nach in deutschen Zivilgerichtsurteilen, in denen es u. a. um die Einstrahlung von Verfassungswerten in das Deliktsrecht geht, die widerstreitenden Interessen mit Verfassungsrang zum Teil sorgfältiger gegeneinander abgewogen werden als in den USA: Im Gegensatz zu den USA führe die Einstrahlung der deutschen Verfassungswerte - z. B. in Deliktstatbestände - dazu, daß die deutschen Richter quasi konstitutionalisierte Deliktstatbestände schüfen. In einem Rechtsstreit, in dem der Staat **keine** Parteistellung innehatte, sondern nur eine Privatperson gegen eine andere klagte, könne sich die zivile Partei in ihrer Zivilrechtsklage im Gegensatz zu den USA allein auf die Verletzung eines Verfassungswertes stützen. In den Vereinigten Staaten sei ein reines Berufen auf verletzte Verfassungswerte nur im Rahmen einer „*state action*“ möglich, an der der Staat als Partei beteiligt sein müsse. Der Kläger in Deutschland müsse hingegen nur das Eingangstor für die Einstrahlung der Verfassungswerte finden, das in den Tatbeständen durch Generalklauseln markiert sei - so **Markesinis**: „*human rights (...) do not have a direct effect in relations between private citizens. Rather the impact they have is via (...) general clauses (e.g.(...) § 823 I BGB) which must be interpreted in conformity with the fundamental values of the Constitution.*“³⁹³ Obwohl es sich um eine Zivilrechtsklage handele, würden die kollidierenden Verfassungswerte genauso wie bei einer Klage im öffentlichen Recht („*state action*“) gegeneinander abgewogen. Diese Art von konstitutionalisiertem Zivilrecht gäbe es in den USA nicht: „*the German Constitution continues to have an impact in cases in*

³⁹³ Markesinis: „The German Law of Tort“ (1994), S.365

which no **state action** would be found under American Law (...). (...) the influence of the German Constitution on the norms of private law may even lead, in some circumstances, to something that looks like the **judicial creation of a constitutional tort action** by one private person against **another private person** to redress a constitutional violation – another use of constitutional rights that is **generally unknown in American doctrine**.³⁹⁴

In einem aktuellen Artikel über die Geschichte, die Gegenwart und die Zukunft europäischer Rechtssysteme aus dem Jahre 2001 weist **Markesinis** darauf hin, daß es für einen „*traditional Common Lawyer*“³⁹⁵ schwer nachzuvollziehen sei, daß Menschenrechte auf das Privatrecht (mittelbar) einwirken könnten. Grundrechte bzw. Menschenrechte seien nämlich ursprünglich geschaffen worden, um den Bürger vor **staatlichen** Eingriffen zu schützen. Die Wirkung der Grundrechte innerhalb des Rechtssystems sei folglich **vertikal**. Einer **horizontalen** Wirkung der Grundrechte stehe entgegen, daß die staatliche Gewalt in die Privatautonomie der Bürger eingreifen könne. Die „Privatisierung der Menschenrechte“ – wie der britische Rechtsanwalt **Andrew Clapham** die Drittwirkung in seinem Artikel „*The Privatisation of the Human Rights*“ von 1996³⁹⁶ bezeichnet – habe folglich insbesondere bei den Verfechtern der Privatautonomie Kritik ausgelöst. Nur in Deutschland und den USA habe es schließlich die Anerkennung und die praktische Anwendung des horizontalen Effekts der Grund- bzw. Menschenrechte gegeben. Da dieser Durchbruch in Deutschland schon vor

³⁹⁴ Quint: aaO., S. 273 ff.

³⁹⁵ Markesinis: „Our Debt to Europe: Past, Present and Future“ in „Always on the Same Path“ (2001), S. 26 (27f.)

³⁹⁶ Andrew Clapham in EHRLR 1 (1996), S. 20

längerer Zeit stattgefunden habe, seien die Engländer gehalten, die hierzu gefällten deutschen Gerichtsentscheidungen genau zu studieren. Denn ein fortschreitender Einfluß der Menschenrechte auf das englische Privatrecht sei unvermeidbar. Ob jedoch die Idee der Anwendung des Prinzips der Drittwirkung ins englische Königreich tatsächlich importiert werde, könne nicht allein von der Tatsache abhängig gemacht werden, daß die Anwendung in Deutschland erfolgreich gewesen sei. Vielmehr müsse sich die Idee vorher auch in anderen Ländern ohne Probleme anwenden lassen. Falls dieses geschehen würde, sei die **generelle** Eignung dieses Rechtsgedankens sichergestellt und die rechtsphilosophischen Bedenken der unerwünschten Einschränkung der Privatautonomie wären aus dem Weg geräumt. Allerdings stehe eines fest: In England sei die ursprüngliche Trennlinie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht sehr bald **neu** zu ziehen: „(...) *sooner rather later (the English) courts will be forced to realise that the traditional public / private law divide, until recently unknown in our system, is in fact braking down in most systems. (...) In Germany, when it comes to human rights, this debate has become by the shorthand phrase **mittelbare Drittwirkung der Grundrechte** (...). Rendering the German notion into English (...) makes the underlying idea (...) less acceptable to a traditional Common lawyer. For we all know that Human Rights were developed to protect individuals against intrusions by the state and that, therefore. They were designed to work in a „vertical“ manner. **Giving them „horizontal“ effect**, so as to enable them to regulate the relations between private entities as well, **runs the risk of undermining private autonomy on which our private law – especially the Common Law – has for so long be based.** (...). „Privatising Human Rights“ thus*

*poses serious philosophical problems (...). (...) if we go down this path we are unlikely to discover whether the notion exists and works in countries other than Germany.*³⁹⁷

Diejenigen Grundrechte, die Drittwirkung auf das deutsche Privatrecht entfalteteten, könnten – nach dem US-Amerikaner **Lewan** - auch als „Rechtsprinzipien“ bzw. als „Generalklauseln“ bezeichnet werden. Diese Prinzipien seien für den Richter quasi „autorisierte Ausgangspunkte für ihre juristische Auslegung“, so *Lewan*, der sich hier auf seinen amerikanischen Kollegen **Roscoe Pound** bezieht. Die Grundrechte gäben den (Zivil-) Richtern folglich den Rahmen vor, in dem sie neue Regeln aufstellen könnten, um das Recht den neuen Gegebenheiten anzupassen: *„It would be more accurate to designate them [sc.: die in Art.1 - 19 GG geregelten Grundrechte] as „legal principles“ or „general clauses“, since they merely provide general directions from which judges are to work out rules to cover specific situations. They are what Roscoe Pound called „authoritative starting-points for legal reasoning“*³⁹⁸ ³⁹⁹.

Das Vorurteil vom deutschen Zivilrichter als *„timorous creature“*⁴⁰⁰ gegenüber dem allmächtigen (*„all powerful“*) Common Law-Richter war demnach **bis** zur Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch die BGH-Richter zumindest für diesen Teilbereich nachzuvollziehen. Die Entscheidungen der deutschen Bundesgerichte zum

³⁹⁷ Markesinis: „Our Debt to Europe: Past, Present and Future“ in „Always on the Same Path“ (2001), S. 26 - 28

³⁹⁸ Pound, Roscoe: „Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law“ in *Tulane Law Review* 7 (1933), 475 (483)

³⁹⁹ Lewan in *ICLQ* 17 (1968), S. 571, Fußnote 5

⁴⁰⁰ in *L.Q.R* 67 (1951) und Kahn-Freund: „English and American Laws-Some Comparative Reflections“ in „*Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*“ (1962), S. 362 f.

allgemeinen Persönlichkeitsrecht als „**mutig und couragiert**“ bezeichnen zu können, ist nach **Markesinis** nicht nur darin begründet, daß sich die deutschen Gerichte der Nachkriegszeit dazu durchgerungen hätten, dieses materiell-rechtlich zu entwickeln. Vielmehr sei zu beachten, **wie** es die Gerichte bewältigten, das **neue** Recht gegen schon **bestehende** verfassungsmäßig geschützte Werte abzuwägen: *„(...) the boldness and courage of the German judiciary is evident **not only** in the **creation** of the new interest **but also** in its **balancing** against its competing right of free speech. The **Lebach**-decision (...) fully underscores this point.⁴⁰¹*

Im Zusammenhang mit den aus deutschem Fallrecht gewonnenen Güterabwägungskriterien hebt Markesinis den „**Lebach**“-Fall besonders hervor. Im Rahmen dieser Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Koblenz vom 5. Oktober 1972 und des LG Mainz vom 8. Juni desselben Jahres hatte das BVerfG zu entscheiden, ob durch das Ausstrahlen eines Dokumentarfilmes über den Kläger dessen Persönlichkeitsrecht verletzt wurde. Der Kläger war ein Teilnehmer bei dem Mord an einem Soldaten auf einem US-Stützpunkt in Deutschland. Nach seiner Haftentlassung berichtete das „Zweite Deutsche Fernsehen“ erneut über die Tatgeschehnisse im Rahmen eines Dokumentarfilmes über den „Soldatenmord von Lebach“. In diesem Film wurden der Name und weitere persönliche Daten des Klägers preisgegeben. Sogar seine homosexuelle Neigung wurde in dem Film angesprochen.

Das hier schützenswerte Einzelinteresse des ehemaligen Häftlings (das „Anonymitätsinteresse“ in Form eines gesellschaftlichen Rehabilitationsanspruchs, welches ein Ausfluß des damals noch relativ neuen allgemeinen

⁴⁰¹ BVerfGE 35(1973), 341; Markesinis in Am.J.Comp.Leg.34 (1986), S. 359

Persönlichkeitsrechts war) mußte gegen das verfassungsrechtlich geschützte Interesse der Öffentlichkeit an Information durch die Presse⁴⁰² abgewogen werden. Die Art und Weise, **wie** das höchste Gericht diese Abwägung vornahm, ist bei Markesinis auf eine fast überschwengliche Bewunderung gestoßen: Die deutschen Richter hätten nicht nur „den Bullen bei den Hörnern gepackt“ und die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen:

*„The Federal Constitutional Court, in a bold and lucidly expressed opinion, **took the bull by the horns, weighed the competing interests** and (...) came down in favour of Lebach's claim!“⁴⁰³*

Zur Veranschaulichung hat Markesinis einige wichtige Passagen aus der „Lebach“-Entscheidung ins Englische übersetzt⁴⁰⁴. Dieser Auszug zeigt, wie das BVerfG die Güter der Pressefreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht des Klägers, als Straftäter resozialisiert zu werden, besonders in Auge gefasst hat (vgl. hierzu den Auszug auf S. 176 f.).

Die „Lebach“-Entscheidung sei eine „großartige Entscheidung“ und verdeutliche den Mut und die Fähigkeit der deutschen Richter, wenn es darum gehe, strittigen Rechtsfragen nicht aus dem Weg zu gehen, sondern sich ihrer anzunehmen. Die deutschen Richter hätten deutlich gezeigt, was Richter und auch Rechtsanwälte tun müßten, um ihrer Hauptaufgabe gerecht zu werden: **Eine Entscheidung zu treffen, wenn Werte und Interessen miteinander kollidierten**. Markesinis meint, daß sich das „Lebach“-Urteil hervorragend dazu eigne, insbesondere hinsichtlich des sehr wichtigen Problems der Güterabwägung einen Rechtsvergleich mit einem ähnlich

⁴⁰² Dieses Öffentlichkeitsinteresse ist insbesondere in § 193 StGB verankert.

⁴⁰³ Markesinis in Am.J.Comp.Leg.34 (1986), S. 360

⁴⁰⁴ aaO., S. 360 ff.

gelagerten nordamerikanischen Fall anzustellen: „*Lebach is a monumental decision. It is a tribute to the courage and ability of the German judges to tackle rather than to evade controversial issues. It is thus a clear example of what courts and lawyers are meant to do: decide about competing interests. Moreover, it invites comparison with similar decisions in the United States and can form the basis of an excellent comparative study on a specific issue of great importance. (...) the facts of these two cases appear to be so similar that they offer excellent material for a comparison judicial styles and techniques.*“⁴⁰⁵

In seinem Aufsatz „*The Right to be Let Alone Versus Freedom of Speech*“⁴⁰⁶, auf den sich Markesinis in dem zuvor zitierten Aufsatz aus dem selben Jahr (1986) beruft, vergleicht er den „Lebach“-Fall mit der nordamerikanischen „*Briscoe*“-Entscheidung⁴⁰⁷ aus dem Jahre 1971.

Der beklagte Zeitungsverlag veröffentlichte einen Artikel in der Zeitung „*Reader’s Digest*“ über das Ausrauben von LKW-Fahrern und deren Ladung; exemplarisch wurde über die Tat des Klägers berichtet. Zwar hatte der Kläger eine derartige Tat tatsächlich begangen. Allerdings hatte er die Straftat schon elf Jahre **vor** der Veröffentlichung des Artikels verübt.

Der Kläger berief sich im Rahmen seiner Schadensersatzklage auf sein Rehabilitationsinteresse. Er machte geltend, mittlerweile ein respektiertes Mitglied der Gesellschaft geworden zu sein. Er habe eine Familie gegründet und seit der betreffenden Tat keine weitere Straftat mehr begangen. Nach

⁴⁰⁵ aaO., S. 365

⁴⁰⁶ in „Public Law“, Spring 1986, S. 67 bzw. Markesinis: „The Right to be let Alone v. Freedom of Speech“ (1986) in „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 382, 396 f.

⁴⁰⁷ *Briscoe v. Reader’s Digest Association Inc.*, 4 Cal. 3 d 529, 483 P. 2 d. 34 (1971);

der Veröffentlichung sei dieser Status von der Beklagten (wieder) zerstört worden.

Der kalifornische *Supreme Court* hielt das Begehren des Klägers für nicht begründet. Zwar führte das Gericht in seiner Entscheidung an, daß in Ausnahmefällen die freie und allgemeine Meinungsäußerung von einem bedeutenden sozialen Wert wie dem Schutz der individuellen Persönlichkeit überwogen werden könne. Derartige Güterabwägungen zugunsten eines Individualinteresses seien auch in einer Gesellschaft, die auf freie Ideenentfaltung aufgebaut sei, möglich. Allerdings müsse das Persönlichkeitsrecht selbst einschränkbar sein – nämlich in Fällen, in denen bei einer Veröffentlichung die Verunglimpfung einer Person nicht im Vordergrund stehe und ein berechtigtes Interesse bestünde, auch den Namen der betreffenden Person zu veröffentlichen. Hier sah der Oberste Kalifornische Gerichtshof einen solchen Ausnahmefall nicht gegeben. Vielmehr sei, so das Gericht, der Grundsatz der **Veröffentlichungsfreiheit** heranzuziehen. Dieser Grundsatz sei äußerst wichtig, da er mit dem Gedanken der freien Ideen- und Meinungsäußerung zusammenhänge, und auf diesen Gedanken sei die Nation der Vereinigten Staaten schließlich aufgebaut: „*In a nation built upon the free dissemination of ideas, it is always difficult to declare that something may not be published. But the great general interest in an unfitted press may at times be outweighed by other great social interests. (...) one of these societal interests is that of protecting an individual's right of privacy. (...) But the right (...) does not require total abrogation (...).*“

We do not hold today that the plaintiff must prevail in his action [sc.: der Kläger sollte mit seiner Klage **keinen** Erfolg haben].⁴⁰⁸

Eine wesentliche **Gemeinsamkeit** habe es bei der deutschen und der amerikanischen Entscheidung dahingehend gegeben, daß beide Gerichte die Güter des Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf freie Meinungsäußerung gegeneinander abwogen. Auch hätten sie sich bei der Güterabwägung ähnlicher **Kriterien** (sog. *Briscoe-factors* 1.-4.) bedient:

1. Ist der Kläger ein **rehabilitiertes** Mitglied der Gesellschaft geworden und ist die Haftentlassung bzw. Rechtskraft des Strafurteils **längere Zeit** her?
2. Bedeutet die Veröffentlichung des Namens des Klägers aus der Sicht eines objektiven Betrachters für den Kläger einen **wesentlichen** Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht?
3. Hat der Beklagte trotz des **Wissens** um die wesentliche Verletzung des Resozialisierungsinteresses den Namen (rücksichtslos) veröffentlicht?
4. Gibt es einen unabhängigen **Rechtfertigungsgrund** für eine Namensveröffentlichung?

Zwischen der „Lebach“-Entscheidung und der „Bristcoe“-Entscheidung gebe es jedoch **drei wesentliche Unterschiede**:

(1.) Im Gegensatz zum amerikanischen Gericht hätten die deutschen Richter die Güterabwägung mit Hilfe der o. g.

⁴⁰⁸ „Briscoe v. Reader’s Digest Association Inc.“, 4 Cal. 3d 529, 483 P. 2d.34 (1971)

Kriterien viel intensiver und sorgfältiger betrieben. In der im Vergleich zur amerikanischen Entscheidung sehr umfangreichen Entscheidungsbegründung hätten die deutschen Richter derart sorgfältig gearbeitet, daß am Ende eines klar erkennbar gewesen sei: das Recht auf freie Meinungsäußerung und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit seien zwei Verfassungswerte, die sich grundsätzlich **gleichberechtigt** gegenüberstünden. Erst in der Einzelfallabwägung werde dann ein Übergewicht zugunsten des einen oder des anderen Wertes hergestellt. Die nordamerikanische Verfassung habe dagegen den Schutz der freien Meinungsäußerung von vornherein mit der größeren Schutzmöglichkeit ausgestattet: „(...) *interesting differences between these two judgements (...) the court [sc.: das BVerG] openly had to consider at some length the incompatible values of privacy versus freedom of expression. The point has, of course, been made in American decisions. **But the length and thoroughness of the German decisions must, in part at least be attributable to the fact that the German Constitution protects both interests expressly, whereas in the American Constitution freedom of expression receives a more explicit protection.***“⁴⁰⁹

(2.) Zum zweiten hätten zwar beide Gerichte einige Faktoren gegenübergestellt und sie sorgfältig gegeneinander abgewogen. Jedoch habe das Bundesverfassungsgericht im Gegensatz zum Supreme Court einigen Faktoren wesentlich mehr Gewicht beigemessen. Das Resozialisierungsinteresse des Klägers sowie die Zeit und der Hintergrund der jeweils streitgegenständlichen Veröffentlichung (vgl. sog. *Briscoe-*

⁴⁰⁹ Markesinis in „The Right to be let Alone v. Freedom of Speech“ (1986) in „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 382 (391 f.)

factors 1.-4., S.191) wurden von den deutschen Richtern stärker zugunsten des Klägers gewichtet. So sei dem einseitig auf Sensationslust aufbauendem Informationsinteresse sicherlich weniger Schutz zu gewähren als dem Informationsinteresse, das auf einem legitimen Wunsch der Öffentlichkeit basiere, ausreichend und lehrreich informiert zu werden. Insgesamt könne – so Markesinis – das zukunftsweisende „Lebach“-Urteil nicht zufriedenstellend zusammengefaßt werden. Herausgestellt werden müsse allerdings, daß es sich aufgrund seines Stils und Inhaltes sehr gut zum lehrreichen und intensiven Studium eigne: (...) *as in Briscoe so in Lebach the court set out some factors that have to be weighed carefully before the final decision is taken. But in Lebach, factors in favour of the plaintiff were stressed in a way that was not done in Briscoe. The Constitutional Court for example noted the wider interest of “reintegrating the criminal into society”. The time and purpose of the publication is another factor and this, too, must taken very carefully into account A sensational, one sided or inaccurate account is likely to receive less protection than one which is clearly aimed satisfying the legitimate desire of the public to be informed and educated. Clearly any attempt to summarise this seminal judgment [sc.: “fruchtbares”, zukunftsweisendes Urteil] is bound to be crude and do it injustice. Both in terms of style and substance, it indisputably deserves the closest possible study.*⁴¹⁰

Hierzu heißt es in der „Lebach“-Entscheidung: „Bei der Abwägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Straftäters mit der Freiheit der öffentlichen Meinungsbildung seien die Umstände des Einzelfalles entscheidend, **wobei dem Gedanken der**

⁴¹⁰ aaO., S. 392 f.

Resozialisierung ein hoher Wert zuzumessen sei. Hier trage die zusammenfassende Darstellung des Verbrechens als solchem einschließlich seiner weit zurückreichenden Vorgeschichte in Form eines Dokumentarspiels auch noch längere Zeit nach Rechtskraft des Strafurteils **einem legitimen Informationsbedürfnis Rechnung.** **Jedoch sei bei einem Straftäter, der nur relative Person der Zeitgeschichte sei, ein vorrangiges Publikationsinteresse an der Namensnennung und der persönlichen Darstellung nur für eine beschränkte Zeit nach Rechtskraft des Straferkenntnisses anzuerkennen.**⁴¹¹

(3.) Bei seinen Ausführungen zum dritten wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Gerichtsurteilen nimmt Markesinis noch zur Rechtsfolgeseite Stellung. So hätte das deutsche Gericht die Möglichkeit gehabt, der Beklagten zu untersagen, ihren Film auszustrahlen, während das US-amerikanische Gericht – im Falle eines Obsiegens des Klägers - dem Kläger lediglich Schadensersatz zuzubilligen habe: *„Finally, it is noteworthy that, whereas the German Court was prepared to prohibit the showing of the film, the American courts are disposed to award damages (...).*⁴¹²

Schließlich werde die Erforderlichkeit, daß die Publikationsfreiheit in einigen Fällen zugunsten des Persönlichkeitsschutzes eingeschränkt werden müsse, besonders deutlich, wenn man – so Markesinis – den nordamerikanischen Lösungsweg vor dem Hintergrund des deutschen Lösungsweges sehe.

Markesinis beleuchtet hierzu das Problem der Pressezensur in den USA, das insbesondere in Zeiten eines Krieges von

⁴¹¹ BVerfGE 35 (1973), 202 (210)

⁴¹² aaO., S. 393

aktueller Brisanz sei und verdeutliche, daß diesbezüglich in den USA mit zweierlei Maß gemessen werde: Die Meinungsfreiheit der Presse einzuschränken, wenn es um die Kritik der Regierung gehe, sei eine Sache. Eine andere hingegen, wenn die Medien mit Veröffentlichungen von privaten Angelegenheiten eines „schwächeren“ Individuums ihr Geld verdienen. In diesem Fall sei eine Einschränkung der Publikationsfreiheit in den Vereinigten Staaten von vornherein nur äußerst selten angezeigt: *„A glance at the American solutions must, if anything, reinforce this belief that even free speech must be given certain limits. Free speech to criticise the Government is one thing; free speech that fattens the publishers purses while hurting weaker individuals is another matter.“*⁴¹³

Folglich könnte man einiges von der „feinen Kunst“ der Abwägung von gleichwertigen Interessen, die miteinander kollidieren, lernen. Dieser Kunst bedienten sich nämlich die obersten deutschen Gerichte: *„Surly much can be learnt **from the fine art of balancing competing interests undertaken by the superior German Courts.**“*⁴¹⁴

Das BVerfG hat sich in der „Lebach“-Entscheidung nach der Abwägung der kollidierenden Interessen letztlich für das Persönlichkeitsrecht entschieden. In diesem Zusammenhang hat das Gericht den Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts für den Einzelfall exakt bestimmt: „Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und der Menschenwürde sichert jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Hierzu gehört auch das Recht „für sich zu sein“, „sich selber zu gehören“, ein Eindringen

⁴¹³ Markesinis, aaO., 396

⁴¹⁴ Markesinis, aaO., 396

oder einen Einblick durch andere auszuschließen. (...) Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wieweit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen.

(Es) rechtfertigt weder das staatliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten noch ein anderes öffentliches Interesse von vornherein den Zugriff auf den Persönlichkeitsrechtsbereich. Vielmehr gebietet der hohe Rang des Rechts auf freie Entfaltung und Achtung der Persönlichkeit, der sich aus der engen Beziehung zum höchsten Wert der Verfassung, der Menschenwürde, ergibt, daß dem aus einem solchen Interesse erforderlich erscheinenden Eingriff ständig das Schutzgebot des Art. 2 Abs.1 in Verbindung mit Art. 1 Abs.1 als Korrektiv entgegengehalten wird.“⁴¹⁵

Eine derartige Interessenabwägung, wie sie in der „Lebach“-Entscheidung vorgenommen wurde, ist nach Markesinis ein Paradebeispiel dafür, daß der deutsche Richter eben **nicht** nur eine „*timinous creature*“ darstelle, die nur auf die Gesetzesanwendung beschränkt sei, wie Roscoe Pound⁴¹⁶ es seinerzeit darstellte.

Nach der Betrachtung des deutschen Persönlichkeitsrechts müsse mit zwei Vorurteilen, die der „*Common-Lawyer*“ gegenüber der Stellung des deutschen Zivilrichters habe, aufgeräumt werden:

Zum einen könne dem Gerücht, daß der deutsche Zivilrichter lediglich die vorhandenen Gesetze anwende, der amerikanische und besonders der englische Richter hingegen Fallrecht entwickle, mittlerweile der Boden endgültig entzogen werden. Zum anderen entspreche es nicht der Wahrheit, daß

⁴¹⁵ BVerfGE 35 (1973), 202 (220)

⁴¹⁶ in L.Q.R 67 (1951) und Kahn-Freund: „English and American Laws-Some Comparative Reflections“ in „Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound“(1962), S. 362 f.

der anglo-amerikanische Richter „mutig“ und entscheidungskräftig sei, während die deutschen Zivilrichter (über-) vorsichtig seien und letztlich nur das Gesetz anwenden würden. Denn im Gegensatz zu seinen „Common Law – Brothers“ hätten die deutschen Richter dem Druck der Presse standgehalten. Die deutsche Presse habe ihrerseits auf mehr Freiheit für die Publikation auch persönlichkeitsrelevanter Ereignisse gepocht. Sie habe sich - wie in England - gegen jedes diesbezügliche Gesetzesänderungsvorhaben zur Wehr gesetzt. Folglich weist Markesinis erneut darauf hin, daß die deutschen Richter sich entschlußkräftig gezeigt hätten und jenen Mut bewiesen hätten, der normalerweise den englischen Kollegen nachgesagt werde: „(...) *the study of this subject [sc.: deutsches allgemeines Persönlichkeitsrecht] can help **explode two well established myths: first, that the Germans work through statutes and that the common (especially English) lawyers work through cases and **secondly, that our judges are bold and make law whereas their judges are cautious and simply apply the Codes.** In this area at least, German judges, remaining impervious to the pressure of the media – which have stunted all legislative interventions both in England and in Germany - have displayed the characteristics usually attributed to their common law brothers.***“⁴¹⁷

Auch wenn ausländische Juristen Probleme hätten, das schwer zu durchschauende deutsche Rechtssystem zu verstehen und die Rolle des Richters in diesem System zu erkennen: Die deutschen Zivil- und Verfassungsrichter hätten in der Nachkriegszeit sehr wohl bewiesen, daß sie in der Lage seien, mit Hilfe des ursprünglichen, aber den heutigen

⁴¹⁷ Markesinis in „The Right to be let Alone v. Freedom of Speech“(1986) in „Foreign Law and Comparative Methodology“(1997), S. 382, 396 f.

Verhältnissen angepaßten gesetzlichen Rahmen (BGB) und eines ergänzenden und ausgeklügelten Regelwerkes (allgemeines Persönlichkeitsrecht), humane und gerechte Ergebnisse erzielen zu können: „(...) *they have managed to transform the original framework and develop a set of rules which are **sophisticated, humane** and, I believe, **just**.*“⁴¹⁸

⁴¹⁸ Markesinis: aaO., S.397

Fazit

C. Fazit:

Nach der Würdigung der anglo-amerikanischen Kritik am Umgang des deutschen Zivilrichters mit der Rechtsmaterie des Persönlichkeitsrechts einerseits und der Gefährdungshaftung andererseits wird folgendes deutlich: Es ist nicht möglich, den deutschen Zivilrichter auf ein klares Richterleitbild festzulegen. Die Handhabung dieser beiden Rechtsmaterien durch die deutschen Zivilrichter stellt sich als völlig unterschiedlich dar, und sie stehen scheinbar im krassen Gegensatz zueinander. **Markesinis'** Behauptung, daß es für einen anglo-amerikanischen Juristen oft unmöglich sei, „**to have a real feeling how things are done in that system** [sc.: das deutsche Rechtssystem]“⁴¹⁹, wird vor dem Hintergrund dieses uneinheitlichen Leitbildes des deutschen Zivilrichters verständlich. Es sollte zu denken geben, daß sich der Schlüsselsatz von **Roscoe Pound** „**(...) the civilian judge is a timorous creature compared with his all-powerful Common law brothers**“⁴²⁰ in bezug auf die Entwicklung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die deutschen Richter als Vorurteil entpuppt und folglich das Leitbild des deutschen Zivilrichters in ein wesentlich besseres Licht rückt. Hinsichtlich der **Handhabung der Gefährdungshaftung** durch die deutschen Richter bewahrheitete sich jedoch dieses Vorurteil.

Die anglo-amerikanischen Kritiker haben zudem deutlich gemacht, daß durch richterrechtliche Rechtsfortbildungen bzw. durch faktisch bindende Entscheidungen das deutsche Zivilrechtssystem zum „**Case-Law**“-System tendiert und daß

⁴¹⁹ Am.J.Comp.Leg. 34 (1986), S. 366

⁴²⁰ in L.Q.R 67 (1951) und Kahn-Freund: „English and American Laws-Some Comparative Reflections“ in „Essay in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound“(1962), S. 362 f.

zugleich eine enge und unmittelbare Anwendung positiven Rechts, insbesondere der BGB-Normen, seltener wird. Die in den 50er Jahren von **F. H. Lawson** gemachte Beobachtung zur schwindenden Geltungskraft des BGB („ (...) *the influence of the jurists who made it [sc.: das BGB] and gave **the original interpretations will be weakened with the lapse of time.***“⁴²¹) ist zwar allgemein bekannt. Dennoch wird hierdurch deutlich, daß die anglo-amerikanischen Juristen die Zukunft des deutschen Zivilrechtssystems u. a. in der Präzedenzwirkung der BGHZ-Entscheidungssammlung sehen und damit in einer wesentlichen Stärkung des deutschen Zivilrichters. Sie prognostizieren damit zugleich eine Entmachtung des BGB in vielen Bereichen - so zumindest **Markesinis** und auch **Lawson**: „(...) *much of the original logical symmetry of the continental codes is **eroded** by the growing case law.*“⁴²²

„(...) *if cases are well reported (...) there is **natural tendency** for the present to become more and more **binding**; (...)The older the civil code in force, the more powerfully this tendency will work, (...)*“⁴²³

In diesem Zusammenhang ist die Kritik Markesinis` am deutschen Deliktsrecht besonders bemerkenswert, weil er zum Ergebnis kommt, daß dieses Rechtsgebiet zwar durch Fallrecht geprägt sei, jedoch dieses Fallrecht aufgrund mangelnder Systematisierung und Ordnung ein gewaltiges „Rohmaterial“ darstelle, das für ausländische Juristen schwer zu durchschauen sei: „(...) *German Tort Law (...) strikes me as being increasingly case-law orientated; and this **massive raw***

⁴²¹ Lawson: „A Common Lawyer looks at the Civil Law“ (1953), S. 86

⁴²² Markesinis: „The not so dissimilar (...)“, in L.Q.R. 93 (1977), S. 81

⁴²³ Lawson, aaO., S. 86

*material is not free from contradictions – at least to an outsider observer.*⁴²⁴

Wichtig ist, daß derartige ausländische Kritiken **nicht** als Angriff oder als Aussagen von Unwissenden aufgefaßt werden. Zwar könnte der einheimische Jurist dazu neigen, ausländische Kritik mit dem Argument abzutun, daß diese von mangelnder Kenntnis um das kritisierte Rechtssystem geprägt sei. Genau aus diesem Grund ist besondere Sorgfalt bei der Bewertung ausländischer Kritik geboten. Jedoch sollten ausländische Stimmen und Meinungen zum deutschen (Zivil-) Recht gehört, **selbstkritisch bewertet** und als Ansporn gesehen werden. In dem Fall, daß sich die jeweilige Kritik als konstruktiv erweist und Schwachstellen offenbart, müssen Korrekturmöglichkeiten ernsthaft erwogen werden. Der direkteste und zugleich einfachste Weg, Fehlentwicklungen zu beseitigen und eventuell neue Rechtstheorien aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis in unser Zivilrecht einfließen zu lassen, wäre freilich der Weg über die Richter und ihre **Rechtsprechung**. Allerdings ist hierfür ein **starkes** Richterleitbild erforderlich. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, daß sich selbst das BVerfG unlängst für ein starkes Leitbild des deutschen Zivilrichters einsetzte. Dem deutschen Zivilrichter sollte die Aufgabe der **Anpassung**, also auch der **Fortbildung des geltenden Rechts**, zukommen, da es in der Natur der Sache liege, daß er vor allem im Vergleich zur Legislative schneller und unkomplizierter agieren und reagieren könne: „Die Verfassungsgrundsätze verbieten es dem Richter nicht, das Recht **fortzuentwickeln**. Angesichts des beschleunigten Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und **der**

⁴²⁴ Markesinis: Judge, Jurist and the Use of Foreign Law“ in LQR 109 (1993), S. 622 (624); eine deutsche Version dieses Aufsatzes findet sich in Markesinis Buch „Foreign Law and Comparative Methodology“ (1997), S. 147 ff.

begrenzten Reaktionsmöglichkeit des Gesetzgebers sowie **der offenen Formulierung** gehört die Anpassung des geltenden Rechts (...) **zu den Aufgaben der Dritten Gewalt.** (...) . Das hat das Bundesverfassungsgericht gerade mit Blick auf das **Bürgerliche Gesetzbuch** ausgesprochen.⁴²⁵

Die Kenntnisnahme und die Würdigung anglo-amerikanischer Kritik wird sicherlich dazu beitragen, daß die unterschiedlichen Rechtssysteme wie das des *Common Law* und das des deutschen Zivilrechts sich mehr und mehr aufeinander zu bewegen und schließlich **zusammenwachsen**. Allerdings ist hier eine **realistische Einschätzung** der Geschwindigkeit des Wachstums zwingend erforderlich, weil ein schnelles Zusammenwachsen unterschiedlicher Rechtssysteme nicht funktionieren kann. Die Diskussion, ob nun z. B. ein Europäisches Zivilgesetzbuch die richtige rechtssystematische Methode ist oder ein anderer systematischer Ansatz gelten sollte, darf nicht überstürzt entschieden werden. Vielmehr ist entscheidend, daß zunächst der Weg über die Annäherung und Harmonisierung als Ziel gesehen wird und daß die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union offen für die besten und modernsten Lösungen der auftretenden Rechtsprobleme sind. Beim allmählichen Zusammenwachsen der Rechtssysteme muß Offenheit für fremde Einflüsse ein bestimmendes Element sein.

Markesinis stellt in seinem im Jahre 2001 veröffentlichten Aufsatz „*Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of Legal Unity*“⁴²⁶ realistisch fest, daß sich die deutschen Juristen einerseits sicherlich darüber freuen

⁴²⁵ BVerfGE 96 (1997), 375 (394), BVerfGE 34 (1971), 268 (288-289)

⁴²⁶ Markesinis: „Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of the European Legal Unity“ in seiner Aufsatzsammlung: „Always on the same Path“ (2001), S. 103 ff.

könnten, daß die zumeist von deutschen Akademikern entwickelten Rechtstheorien mehr und mehr in das englische Recht einfließen würden. Diese Tatsache dürfe andererseits nicht zum Trugschluß führen, daß sich das „*Common Law*“-Rechtssystem damit auch gleichzeitig dem deutschen Rechtssystem bzw. Kodifikationssystem angenähert habe. Zu dieser Art der Annäherung sei es jedoch nicht gekommen. Selbst englische Kollegen, die in bezug auf den europäischen Kodifikationsgedanken enthusiastischer seien als er selbst, meinten, daß erst die nächsten Generationen dieses Vorhaben verwirklichen könnten: „*German Lawyers may feel proud that, partly at least because of the work of the academics, their ideas (...) are now spreading on the English common law. Yet is that enough? (...). I still do not believe that the time is ripe for such a common endeavour [sc.: das gemeinsame Bestreben, ein Europäisches Zivilgesetzbuch zu erlassen]. I note, (...) that even those of my colleagues who are more enthusiastic about the codification idea than I am, tend to think in term of one, or two or more generations before it can come reality.*“⁴²⁷

Eine ideale **Plattform für den länderübergreifenden (Rechts-) Ideentransfer** sind internationale Juristenkongresse. Der Kongreß von 1997 beispielsweise, der kooperativ vom englischen Rechtsinstitut „*Oxford Centre for the Advanced Study of European and Comparative Law*“ und von der internationalen Anwaltskanzlei „*Clifford Chance*“ durchgeführt wurde, besprach solche englischen Urteile, die ausländische Rechtsideen enthielten.

⁴²⁷ Markesinis: „Why a Code is not the Best Way to Advance the Cause of the European Legal Unity“, S. 103 (106)

Auch der eingangs dieser Arbeit erwähnte Satz des englischen „House of Lords“-Richters **Lord Goff of Chieveley** ist hier nochmals in Erinnerung zu rufen, um zu verdeutlichen, daß derartige Plattformen (hier war es die *Clifford Chance Conference*, die im November 1996 stattfand) für den Rechtsideenaustausch auch von deutschen (BGH-) Richtern unbedingt genutzt werden sollten: „*This brings me to the case in which I drew upon my knowledge of German Law. (... I drew heavily upon the German principle of Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte. (...). So here it really happened. Comparative law actually played a useful part in a judgement of a member of the House of Lords.*“⁴²⁸

Schließlich sollte deutlich geworden sein, was **Markesinis** und **Lawson** meinten, als sie anregten, das eigene Recht im Lichte der Beobachtung Außenstehender zu sehen und das eigene Recht auf dieser Basis noch einmal zu überdenken:

**„Rethink (your) own law
in the light of observations
made by outsiders!“**⁴²⁹

⁴²⁸ Clifford Chance Conference vom 15 - 16 November 1996

⁴²⁹ Lawson / Markesinis: „Tortious Liability for uninternational Harm“, S.XV

Literaturverzeichnis

Literaturverzeichnis:

1. Anglo-amerikanische Lehrbücher:

Cane, P./ Stapleton, J.: „The Law of Obligations – Essays in Celebration of John Fleming“, 1.Auflage Oxford 1998

Clark, David S.: „Comparative Private International Law“ – Essays in Honor John Henry Merryman on his Seventieth Birthday“, Berlin 1990

Cohn, E. J.: „The Manual of German Law“, Bd. I und II, 1. Aufl. London (His Majesty's Stationary Office) 1950, 2. Auflage London 1968

David / Brierley: „Major Legal Systems in the World Today – A Comparative Study of Law“, London 1985

Dawson, John.P.: „Oracles of the Law“, London 1968

De Cruz, Peter: „Comparative Law in a Changing World“ , 1. Aufl. London 1995

Dias, Reginald Walter M. / B. S. Markesinis: „The English Law of Tort, A Comparative Introduction“, Brüssel 1976

Dias, R. W. M. / B.S.Markesinis: „Tort Law“, Oxford 1989

Forster, Nigel: „German Law and Legal System“, London 1993

Freund, Ernst: (Vorwort von Francis A. Allen): „Standards of American Legislation“; Chicago, London 1917, 1967

Gutteridge, H. C.: „Comparative Law – An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research“, Cambridge 1946

Holmes, J.: „The Common Law“, London 1881

Kommers, Donald P.: „The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany“; 2. Auflage; Durham, London 1997

Lawson, F. H. / Markensinis, B. S.: „Tortious Liability for uninternational Harm in the Common Law and the Civil Law“ Band I (Text) und II (Materials), Cambridge 1982

Lawson, F.H.: „A Common Lawer looks at the Civil Law“; in der 5. Serie der Schriftreihe „The Thomas M. Cooley Lectures“, University of Michigan Law School 1953

Lawson, F.H.: „Negligence in the Civil Law“, Oxford 1950;

Lawson, F.H.: „The Rational Strength of English Law“, Cambridge 1953

Levmore, Saul: „Foundations of Tort Law“, New York, Oxford 1994

Maitland, Frederic W. in H.A.L. Fisher: „Collected Papers of F. W. Maitland“, Vol. 1, Cambridge 1911 – wiederveröffentlicht von der William S. Hein & Company (Historical Writings in Law and Jurisprudence), Buffalo 1981

B.S. Markesinis: „The German Law of Torts“, 3. Aufl., Oxford 1994

B.S. Markesinis: „The German Law of Obligation“

Vol.1: „The Law of Contracts and Restituions: A Comparative Introduction“ von Markesinis / Lorenz / Dannemann, Oxford 1997

Vol.2: „The Law of Torts: A Comparative Introduction“, 3. Aufl (ergänzt) Oxford 1997

B.S. Markesinis: „General Theorie of unlawful Acts, Towards a European Civil Code“, Oxford 1994

B.S. Markesinis: „Law Making, Law Finding and Law Shaping: The diverse Influences – The Clifford Lectures, Vol.II.“, Oxford 1997

B.S. Markesinis: „Always on the Same Path“ / „Essays on the Foreign Law and Comparative Methodology“ - Vol. II, Oxford 2001

B.S. Markesinis/ von Bar, Christian: „Policy Consideration in the Law of Tort / Richterliche Rechtspolitik im Haftungsrecht“, Oxford / Bonn 1981

B.S. Markesinis: „Protecting Privacy“, 1. Auflage, Oxford 1999

B.S. Markesinis: „Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis“, Oxford 1997

B.S. Markesinis/ S.F. Deakin: „Tort Law“, 3. Auflage, Oxford 1994

B.S. Markesinis/ S.F. Deakin: „Tort Law“, 4. Auflage, Oxford 1999

Merryman, John Henry / Clark / Haley .: „The Civil Law Tradition“, Virginia 1994

Merryman, J.H.: „The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America“, Virginia 2. Aufl. 1985

Miller, J.: „Comparative Product Liability – The West German Approach“, Edinburgh 1986

Pollock, F.: „Principles of Contract“, New York 1876

Pound, Roscoe: „What is the Common Law“ in „The Future of the Common Law“, Harvard 1937

Prosser, W.L.: „Selected Topics on the Law of Torts“ in der 4. Serie „The Thomas M. Cooley Lectures“, Michigan Law School 1953

Prossner, W.L.: „Handbook of the Law of Torts“, Harvard College, 3. Auflage 1964

Prossner, W.L.: „The Law of Torts“, Harvard College 1996

Prossner, W.L.: „Overcoming Law“, Harvard College 1995

Reimann, M. : „The Reception of Continental Ideas in the Common Law World; 1820-1920“, Berlin 1993

Sladitz, Charles: „European Legal Systems – Selected Readings“, University of Columbia 1966 (unveröffentlicht)

Sladitz, Charles: „Bibliography on Foreign and Comparative Law“, Boston 1966

Schuster, Ernest J. : „The Principles of German Civil Law“, Oxford 1907

Stanton, K. M. : „The Modern Law of Torts“, 1. Aufl., London 1994

Treitel, G. H.: „Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account“, Oxford 1988

von Mehren, Arthur Taylor: „The Civil Law System, Cases and Materials for the Comparative Study of Law“ , Boston 1957

von Mehren, Arthur T. / Godley, James R.: „The Civil Law System – An Introduction in the Comparative Study of Law“; Boston, Toronto 1957 / 1977

Wang, Chung Hui : „The German Civil Code“, London 1907

Winfield : „A Textbook of the Law of Tort“, 6. Auflage, Lewis, 1954

Youngs, Raymond : „English, French & German Comparative Law“, London 1998

2. Anglo-amerikanischer Aufsätze:

Anderson, David A.: „An American Perspective – Protection of Reputation and Privacy“ in B. S. Markesinis / S. F. Deakin: „Tort Law“, 4. Auflage, Oxford 1999, S. 662 - 679

Cartwright, Hilary: „The Law of Obligations in England and in Germany, International Comparative Law Quarterly“ in (ICLQ) 13 (1964), S. 1316

Catala, Weir : Aufsatzreihe: „Delicts and Torts“ in Tulane Law Review (Tul.L.R.) 37 (1963), S. 573; 38 (1964), 221, 663; 39 (1965), 701

Clapham, Andrew: „The Privatisation of Human Rights“ in European Human Rights Law Review 1 (1996), S. 20

Cohn, Ernest J.: „German Legal Science Today“ in ICLQ 2 (1953), S.

Clark, David S.: „The Idea of the Civil Law Tradition“ in „Comparative Private International Law“ – Essays in Honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday“, Berlin 1990, S.11-23

Darby, Joseph J.: Länderbericht USA: „Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Recht in den Vereinigten Staaten“ in „Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetzen und Nebengesetze - 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, Beiträge zum Symposium 1998 vom 18. bis 20. Juni 1998 in München“, 13. Bearb.1999 von P. Sellier, S. 101

Freund, E.: „The New German Civil Code“ in Harvard Law Review (HLR) 13 (1899 / 1900), S. 627

Guest: „Law or Contract“: 3 (1961) Malaysia Law Review, S.191-222

Gutteridge, Harold C. „The Comparative Law of the Right of Privacy – The Law of Germany and Switzerland“, Law Quarterly Review (LQR) 47 (1931), 203

Handfort, P.R.: „Moral Damage in Germany“ ICLQ 27, S. 849

Herget, James E.: „The Influence of German Thought on American Jurisprudence“ S.203 ff. in M.Reimann: „The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920“, Berlin 1993

Higgins, A. Pearce: „The Making of the German Civil Code“ in Journal of Social Comparative Legislation (JSCL) 6 (1904 / 1905), S. 95

Hogg, James E. : „A German View of English Law“ in JSCL 11 (1910, 1911), S. 177

Lawson, F. H. : „The Duty of Care in Negligence: A Comparative Study“, Tul.L.R. 22 (1952), S. III - 30

Legrand, P.: „John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue“ in American Journal of Comparative Legislation (AJCL) Vol. 47- No.1 (Winter 1999), S.3

Lenhoff, Arthur : „On Interpretative Theories: A Comparative Study in Legislation“, in Texas Law Review 27 (1949), S. 312

Lewan, Kenneth M.: „The Significance of the Constitutional Rights for Private Law: Theory and Practice in West Germany“ in ICLQ 17 (1968), S. 571

Llewellyn, Karl Nickerson: „Die deutsche Justiz. Vom Standpunkt eines amerikanischen Juristen“, in Juristische Wochenschrift 61 (1932), S. 556

Maitland, F. W.: „The Making of the German Civil Code“ abgedruckt in H. A. L. Fisher: „The Collected Papers of Frederic William Maitland“, Bd. III (1911), S. 474

Markesinis, B. S.: „Conceptualism, Pragmatism and Courage: A Common Lawyer looks at some Judgments of the German Federal Court“ in AJCL 34 (1986), S. 349

Markesinis, B.S.: „Our patchy Law of Privacy – Time to do something about“ in Modern Law Review (MLR) 53 (1990), S. 802

Markesinis, B.S.: „Judge, Jurist and the Use of Foreign law“, in LQR 109 (1993), S. 622

Markesinis, B.S.: „Reading through Foreign Judgements“ in Cane, P./ Stapleton, J.: „The Law of Obligations – Essays in Celebration of John Fleming“, 1. Auflage Oxford 1998, S.261 ff.

Markesinis, B.S.: „The not so dissimilar Tort and Delict“, in LQR 93 (1977), S. 78

Mankiewicz: „Product Liability – A Judicial Breakthrough in Germany“, in ICLQ 19, S.99

Merryman, John: „German Jurisdictions“, Southern California Law Review 61 (1988), S.1865

Neill, Sir Brian: „Privacy: A Challenge for the Next Century“ – aus der 4. Auflage der Vorlesungsreihe „*Chifford Chance Lectures*“ an der Universität Oxford; abgedruckt in Markesinis: „Protecting Privacy“ (1. Auflage, Oxford 1999), S. 1

Opoku, K.: „Delictual Liability in German Law“, ICLQ 21 (1978), S.

Pound, Roscoe: „The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence“ in Harvard Law Review 24 (1911), S.591 ff. und in Harvard Law Review 25 (1912), S.140, 489

Pound, Roscoe: „Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law“, TulLR 7 (1933), S.475

Quint: „Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory“ in Maryland Law Review 48 (1989), 247

Prossner, W. L.: „Privacy“ in California Law Review 48 (1960), S. 383

Riegert, Robert A.: „The West German Civil Code, its Origin and its contract Provisions“ in Tul.L.R. 1970, S.48

Schuster, Ernest: „The German Civil Code“ in JSCL 1 (1896 / 97), S.191

Schuster, Ernst: „The German Civil Code I.“ in LQR XLV (Januar 1896), S.17

Shaw, Josephine: „Informed Consens – A German Lesson“ in ICLQ 35 (Oktober 1986), S. 864

Shaw, J.: „Comments on *Schweinepanik* from an English Perspective“ in European Review of Private Law 1 (1993), S.241 ff.

Smith, Lesley J.: „Haftung für Persönlichkeitsverletzungen“ in ZEuP 1999, S.308

Smithers: „The German Civil Code“ (Part II) in American Law Register 51 (1903), S.14

von Mehren, Arthur: „Bookreview“ in HLR 63 (1949), S.370

Warren/ Brandeis: „The Right to Privacy“, HLR 4 (1890), 193

Winfield: „History of Negligence in the Law of Torts“, in Colorado Law Review 50 (1934), S. 41

3. Deutsche Aufsätze

Esser, J.: „Die Zweispurigkeit unseres Haftungsrechts“ in Juristische Zeitschrift 1953, 129

Larenz, Karl: „Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe“ in Versicherungsrecht (VersR) 1963, S. 593

Reak: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – erläutert vom Justizrat(h) Dr. Reak“, Berlin 1894

Zimmermann, Reinhard: „Der moderne Mensch in einer Toga – Maitland und das BGB“ in Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1997, S.589

4. Deutsche Lehrbücher und Materialien:

Adickes, F.: „Grundlinien durchgreifender Justizreform“, Berlin 1906

Geigl, Reinhard: „Der Haftpflichtprozeß: mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts“, München 2001

Kötz, Hein: „Deliktsrecht“, 5.Auflage, Berlin 1991 und 7. (überarbeitete) Auflage, Neuwied 1996

Kötz, Hein / Wagner, Gerhard: „Deliktsrecht“, 9. Auflage überarbeitete Aufl., Neuwied 2001

Läufer, Thomas: „Vertrag von Amsterdam“, 1. Auflage, Bonn 1998

Mitteis / Lieberich: „Deutsche Rechtsgeschichte“, 17. Auflage, München 1985

Mugdan, B.: „Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich – II. Band, Recht der Schuldverhältnisse“; Berlin 1899

Ogorek, Regina: „Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? – Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert“, Frankfurt a. M., 1986

Zweigert, Kötz: „Einführung in die Rechtsvergleichung“, 3. Auflage, Tübingen 1996

5. Encyklopädien:

- „Who´s Who 1926“; 78. Ausgabe London 1926
- „Who´s Who 1934“, London 1934
- „Who`s Who in America 1946 - 1947“, Chicago 1946
- „Marquis Who´s Who in America 1997 - 1998“, New York, 52. Aufl. 1998
- The International Who´s Who 1996 - 1997, 60. Auflage London 1996

Zur Überarbeitung des § 831: von Bar „Gutachten und Vorschläge...“;
S. 1681,
1758, 1762, 1776
ders. ZRvgl. 68, 81 ff.: Ausgleich der Haftungsprobleme
VersR 1996, 1309 „100 Jahre Deliktsrecht“
Vf DelH: AcP 183, 369; JZ 1987, 1041
Adams, M: Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und
Verschuldenshaftung

