

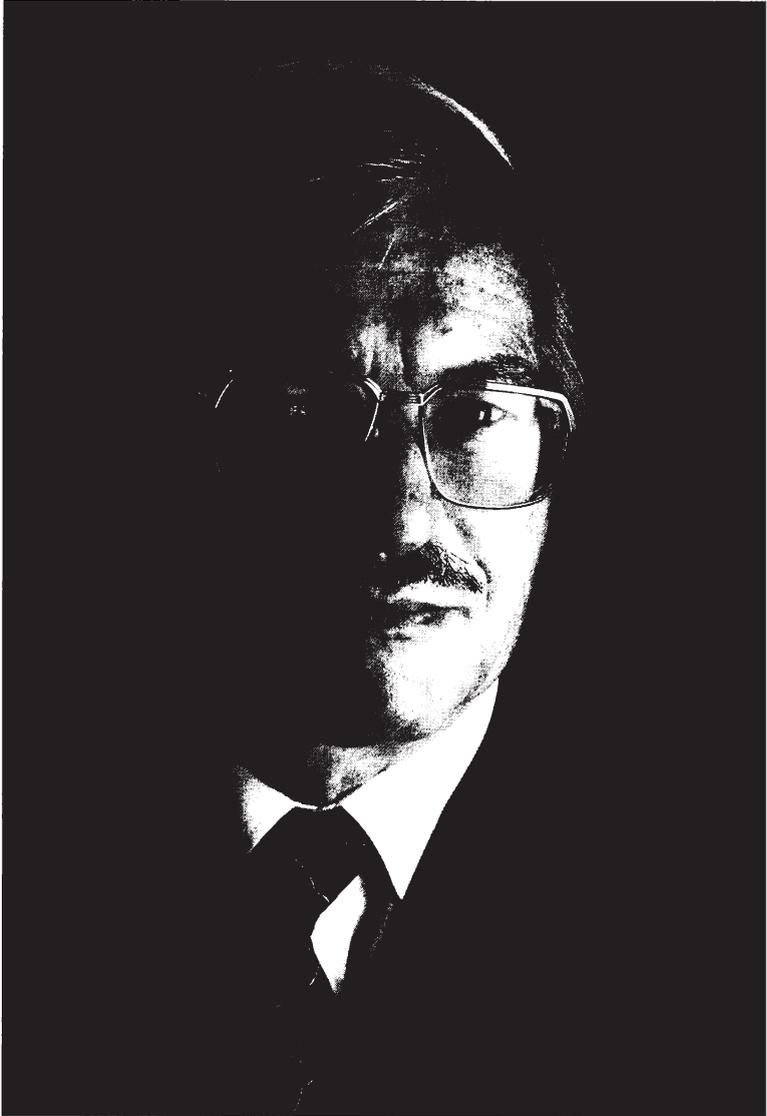
Festschrift für  
Ulrich Drobnig  
zum siebzigsten Geburtstag

Herausgegeben von  
JÜRGEN BASEDOW,  
KLAUS J. HOPT  
und HEIN KÖTZ

---

Mohr Siebeck





U. J. J. J.

Festschrift  
für  
Ulrich Drobniq  
*zum siebzigsten Geburtstag*

Herausgegeben von  
Jürgen Basedow  
Klaus J. Hopt  
Hein Kötz



Mohr Siebeck

Gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag / hrsg.*

von Jürgen Basedow ... – Tübingen: Mohr Siebeck, 1998

ISBN 3-16-147075-3 / eISBN 978-3-16-163052-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

© 1998 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond-Antiqua belichtet, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Weissenstein in Pforzheim gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

## Vorwort

Am 25. November 1998 vollendet Ulrich Drobnig das 70. Lebensjahr. Schüler und Kollegen, Wissenschaftler aus der ganzen Welt, nehmen diesen Geburtstag zum Anlaß, um einen herausragenden Gelehrten der Rechtsvergleichung und des internationalen Rechts mit einer Festschrift zu ehren, in deren Themen sich seine breiten Interessen, vor allem aber seine Neigung zum geistigen Austausch über die Grenzen der eigenen Rechtsordnung hinweg spiegeln.

Aus preußischer Beamtenfamilie in Lüneburg geboren, verbrachte Ulrich Drobnig die prägenden Jahre seiner Kindheit und Jugend in Schlesien, wohin der Vater schon bald nach Ulrichs Geburt versetzt wurde. Mit den Wirren des Kriegsendes verschlug es die Familie wieder in den Westen, wo Drobnig 1948 an der Universität Tübingen das Studium der Rechtswissenschaft aufnahm. Dort wurde auch der für sein weiteres Leben maßgebliche Kontakt zum Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht hergestellt, das nach der Evakuierung aus dem Berliner Stadtschloß im Jahre 1944 in Tübingen einen neuen Standort gefunden hatte. Über das Institut ergab sich die Verbindung mit seinem ursprünglichen Gründer Ernst Rabel, der durch seine eigene Vita, das Exil in den USA, dem Nachwuchs des Instituts den Weg in die Neue Welt wies.

So nahm Drobnig denn auch schon bald nach dem ersten juristischen Staatsexamen des Jahres 1952 das Studium an der New York University Law School auf und wechselte 1955 an die University of Michigan, um dort an der Neubearbeitung des großen rechtsvergleichenden Handbuchs von Ernst Rabel über „The Conflict of Laws“ mitzuwirken und sie nach Rabels Tod abzuschließen. Im Jahre 1959 drängen sich denkwürdige Ereignisse: dem zweiten juristischen Staatsexamen schließt sich an der Universität Hamburg die Promotion mit einer rechtsvergleichenden Dissertation über den Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften und die Graduierung zum Master of Comparative Jurisprudence an der New York University an. Ein weiterer Amerika-Aufenthalt führt den frischgebackenen Referenten des Max-Planck-Instituts im Jahre 1959/1960 an die Cornell University in das Umfeld von Rudolf Schlesinger, der gerade eine spezifische Methode rechtsvergleichender Forschung, nämlich die Ermittlung des „Common Core of Legal Systems“ konzipiert und praktisch zu erproben begonnen hatte – eine Methode, die viele Jahre später, nämlich bei der Ausarbeitung allgemeiner Prinzipien des Vertragsrechts, Pate gestanden hat.

Nach einem weiteren längeren Amerika-Aufenthalt als Lecturer an der University of Chicago im Jahre 1963 ist die Zeit reif für die Übernahme der Aufgabe, der sich Ulrich Drobnig seit nunmehr dreieinhalb Jahrzehnten mit einem Großteil seiner Zeit und Kräfte widmet: Er wird 1964 zum Executive Secretary der von

Konrad Zweigert gegründeten *International Encyclopedia of Comparative Law*, die Drobniġ seit 1985 auch als *Responsible Co-Editor* und inzwischen allein herausgibt. In Wirklichkeit nimmt Drobniġ aber schon bald nach Gründung der Enzyklopädie mehr und mehr editorische Aufgaben wahr und wird zum unverzichtbaren Herzstück des ganzen Projekts, des weltweit wohl größten rechtswissenschaftlichen Forschungsvorhabens der Gegenwart. Es ist daher nur folgerichtig, daß die Max-Planck-Gesellschaft Ulrich Drobniġ 1967, als sich Professuren an den Universitäten Göttingen und Mainz anbieten, zum Wissenschaftlichen Mitglied des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht und 1979 zu seinem Direktor beruft.

Es ist hier nicht der Ort für eine eingehende Würdigung der *International Encyclopedia of Comparative Law*. Doch wirft dieses große Werk ein Schlaglicht auf seinen Herausgeber: Wer die großen Unterschiede in der formalen und inhaltlichen Qualität der einkommenden Manuskripte auf allen Gebieten des Privatrechts kennt und sie mit der Qualität der erschienenen Kapitel vergleicht, wird den editorischen Ansprüchen ihres Herausgebers ebenso hohen Respekt zollen wie seinem wahrhaft enzyklopädischen Wissen, das ihn immer wieder zu tiefbohenden Fragen an die Autoren veranlaßt und damit zur inhaltlichen Verbesserung vieler Manuskripte beigetragen hat. Der Umfang des inzwischen auf 15.000 Druckseiten angewachsenen Werkes zeugt von einem Pflichtgefühl und einer Disziplin, die ihresgleichen suchen. Daß eine rein national ausgerichtete Privatrechtswissenschaft in Deutschland die rechtsvergleichenden Schätze der Enzyklopädie nur selten in ihre Überlegungen einbezogen hat, ist gewiß nicht selten Grund zur Enttäuschung gewesen, doch gibt die europäische Öffnung des wissenschaftlichen Nachwuchses Anlaß zu der Hoffnung, daß die Enzyklopädie künftig auch in der deutschen Rechtswissenschaft die Beachtung findet, die ihr zum Teil im Ausland schon zukommt. Mit dieser Zuversicht betreut Ulrich Drobniġ auch nach seiner Emeritierung im Jahre 1996 das Großprojekt bis zu dessen nun angekündigter Beendigung.

Im wissenschaftlichen Œuvre von Ulrich Drobniġ, das ein breites Spektrum von Themen ausfüllt, sind über die Jahre hinweg gewisse Kontinuitäten unverkennbar: die Beziehung zu den Rechtsordnungen Mittel- und Osteuropas, die europäische Integration im Bereich des Privatrechts, das Recht der Kreditsicherheiten, das Kollisionsrecht.

Ulrich Drobniġ selbst führt sein lebenslanges besonderes Interesse an der rechtlichen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft in den früheren sozialistischen Staaten auf sein Schicksal als schlesisches Flüchtlingskind zurück. Jedenfalls manifestiert sich dieses Interesse schon früh in der Edition der interzonalen Rechtsprechung, in der sich die rechtlichen Unterschiede zwischen Ost und West frühzeitig niederschlugen. Als sich nach dem Bau der Berliner Mauer die Deutsche Demokratische Republik konsolidiert, nimmt die Anzahl der Publikationen zum Ostrecht zwar ab, doch geben seine Vorlesungen über das Recht der DDR in ideologisch aufgeheizten Jahren nach 1968 den Hamburger Studenten ein objektives und deshalb für viele ernüchterndes Bild von der Rolle des Rechts im real existierenden So-

zialismus. Mit dem Ende der sozialistischen Systeme und der deutschen Wiedervereinigung häufen sich die Bitten um seinen Rat; zahlreiche Publikationen, die Beratung mittel- und osteuropäischer Regierungen bei der Transformation ihrer Rechtsordnungen sowie der Vorsitz in der Deutsch-Deutschen Juristenvereinigung von 1990–1994 legen davon Zeugnis ab. Krönende Anerkennung dieses über viele Jahre hinweg sehr stillen, aber doch beharrlichen Wirkens ist die Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Universität Budapest im Jahre 1995.

Auch das Thema der europäischen Integration auf dem Gebiet des Privatrechts durchzieht Drobnigs wissenschaftliche Tätigkeit bereits seit drei Jahrzehnten. Schon seit Ende der sechziger Jahre nahm er an den Vorarbeiten für eine Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft über persönliche Kreditsicherheiten – vor allem Bürgschaften und Garantien – teil, die fast verabschiedungsreif vorlag, als die Gemeinschaft nach dem Beitritt Großbritanniens andere Prioritäten setzte. Entmutigen ließ sich Drobnig durch diesen Rückschlag nicht. Seine weitreichende Perspektive und seine Beharrlichkeit kommen vielmehr darin zum Ausdruck, daß er ab Anfang der 70er Jahre regelmäßig Vorlesungen über „Die Angleichung des Handels-, Gesellschafts- und Prozeßrechts in der Europäischen Gemeinschaft“ an der Universität Hamburg anbot – aus damaliger Sicht eine fast utopische Veranstaltung! Ähnlichen Weitblick stellte er unter Beweis, als er zu Anfang der 80er Jahre mit Ole Lando und anderen die Kommission für europäisches Vertragsrecht gründete, in der das Grundkonzept Schlesingers von einem „Common Core of Legal Systems“ für das Vertragsrecht wieder aufgegriffen wurde. Während Drobnig einem zögernden Kommissionsmitglied einmal erklärte, daß man die Früchte seiner Arbeit nicht unbedingt für die eigene Lebenszeit erwarten dürfe und die Arbeitsergebnisse dieser Kommission erst künftigen Generationen nützen würden, ist der Gedanke eines europäischen Vertragsrechts und sogar eines European Civil Code heute in Rechtswissenschaft und Rechtspolitik schon längst kein Tabu mehr. Dazu hat Drobnigs Mitwirkung in der Kommission für europäisches Vertragsrecht ebenso beigetragen wie seine parallele Mitarbeit in einer Arbeitsgruppe des Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT), die fast zeitgleich die UNIDROIT-Grundsätze für internationale Handelsverträge ausarbeitete.

Das Interesse an den persönlichen und dinglichen Kreditsicherheiten durchzieht Ulrich Drobnigs Arbeiten seit den frühen Tagen, vielleicht seit den Erfahrungen, die er während einer kurzfristigen Tätigkeit in einer Bank sammeln konnte. Er hat dieses Thema von vielen Seiten beleuchtet, so unter kollisionsrechtlichen Aspekten, in einer sehr umfangreichen rechtsvergleichenden Bestandsaufnahme für die Kommission der Vereinten Nationen für das internationale Handelsrecht (UNCITRAL) sowie für den rechtspolitischen Hausgebrauch in seinem Gutachten für den 51. Deutschen Juristentag 1976. Auch hier kann die Brücke nach Osteuropa nicht fehlen: Als Mitglied einer Sachverständigenkommission der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung hat Drobnig nach 1990 an der Entwicklung eines Modellgesetzes mitgewirkt, an dem sich inzwischen einige ehemals sozialistische Staaten orientieren.

Der Pflege des Internationalen Privatrechts im Hamburger Max-Planck-Institut hat Drobnig vielfältige Anstöße gegeben. Es ist kennzeichnend für seine Bescheidenheit, daß das Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, das auch als Torso beeindruckt und die Wissenschaft zu Anfang der 80er Jahre beträchtlich gefördert hat, nicht unter seinem Namen erschienen ist, obwohl er die Organisation und Edition des Projekts maßgeblich selbst besorgt hat. Zu den Sternstunden des Instituts gehörten die Beratungen im Vorfeld der IPR-Reform von 1986, die Drobnig mit straffer Hand führte und die er inhaltlich kaum spürbar, aber doch nachhaltig in Richtung auf eine Reduktion der Fremdrechtsanwendung steuerte. Einen gewissen Bewußtseinsschub in der Wissenschaft insgesamt haben auch die Institutsdebatten über das Wirtschaftskollisionsrecht ausgelöst, die von Ulrich Drobnig zusammen mit Ernst-Joachim Mestmäcker inspiriert wurden und die ihren besonderen intellektuellen Reiz gerade aus der anfänglichen Gegensätzlichkeit wirtschaftsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Positionen bezogen haben. In der deutschen Literatur zum Internationalen Privatrecht ist inzwischen fast in Vergessenheit geraten, daß Ulrich Drobnig mit seinem *German-American Private International Law* von 1972 auch eine sehr umfassende Darstellung des deutschen IPR vorgelegt hat. Wenn auch zunächst von einem Botschafter des deutschen Rechts als dessen Präsentation konzipiert, geht das Buch doch an vielen Stellen weit über eine für das Ausland bestimmte bloße Darstellung hinaus.

Neben den hier aufgezeigten Schwerpunkten verdienen in diesem reichen Wissenschaftlerleben viele weitere Betätigungen Erwähnung, so das intensive Engagement in der Prüfung und der Lehre an der Universität Hamburg, die Drobnig 1975 zum Professor ernannte. Als Regionalvorstand der Deutsch-Amerikanischen Juristenvereinigung hat sich Drobnig über zwei Jahrzehnte hinweg in besonderer Weise um die wissenschaftlichen Verbindungen zu den USA bemüht. Als Vorsitzender der Deutsch-Türkischen-Juristen-Vereinigung ging es ihm darum, bei der Beratung und Lösung der Rechtsprobleme der größten nationalen Minderheit in Deutschland mitzuwirken. Dafür hat ihm der Bundespräsident im Jahre 1997 das Bundesverdienstkreuz verliehen. Die Anerkennung seines wissenschaftlichen Œuvres findet ihren Ausdruck in bislang drei Ehrenpromotionen: außer der Universität Budapest haben auch die Universitäten in Basel und Osnabrück Ulrich Drobnig die Ehrendoktorwürde verliehen.

Mit dieser Festschrift wollen Schüler und Kollegen in aller Welt auf ihre Weise die besondere Wertschätzung für den Jubilar zum Ausdruck bringen. Der Dank aller Beteiligten gilt dabei der Deutschen Forschungsgemeinschaft und der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, die die Drucklegung dieses Buches unterstützt haben.

Für die Herausgeber:

Jürgen Basedow

# Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i> .....	III
----------------------	-----

## I. Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht

<i>Christian v. Bar</i> Subjektive Familienrechte im Europäischen Deliktsrecht .....	3
---	---

<i>Jürgen Basedow</i> Die UNIDROIT-Prinzipien der Internationalen Handelsverträge und die Übereinkommen des einheitlichen Privatrechts – Eine theoretische Studie zur praktischen Anwendung des internationalen Transportrechts, besonders der CMR .....	19
--	----

<i>Attila Harmathy</i> Über Fragen der Angleichung des Privatrechts .....	39
--	----

<i>Arthur Hartkamp</i> Indirect Representation According to the Principles of European Con- tract Law, the Unidroit Agency Convention and the Dutch Civil Code ..	45
---	----

<i>Ulrich Magnus</i> Die Gestalt eines Europäischen Handelsgesetzbuches .....	57
--	----

<i>Ernst-Joachim Mestmäcker</i> Beschäftigungspolitik als neue Aufgabe der Europäischen Union .....	81
--	----

<i>Karl H. Neumayer</i> Rechtsgestaltende Erklärungen im Wiener Einheitlichen Kaufrecht .....	97
--	----

<i>Fritz Reichert-Facilides</i> Europäisches Versicherungsvertragsrecht? .....	119
---	-----

<i>Wulf-Henning Roth</i> Generalklauseln im Europäischen Privatrecht – Zur Rollenverteilung zwischen Gerichtshof und Mitgliedstaaten bei ihrer Konkretisierung .....	135
--	-----

<i>Anton K. Schnyder</i> Europäisches Gesellschaftsrecht und dessen „Nachvollzug“ durch die Schweiz .....	155
<i>Ivo E. Schwartz</i> Zuständigkeit der EG-Mitgliedstaaten zu völkerrechtlicher Verwirklichung von der Gemeinschaft gesetzten Zielen .....	163
<i>Marcel Storme</i> Das Prozeßrecht in Europa: e Diversitate Unitas? .....	177
<i>Matthias E. Storme</i> Harmonisation of the law on (substantive) validity of contracts (illegality and immorality) .....	195
<i>Jacob S. Ziegel</i> The EBRD Model Law on Secured Transactions – Some Canadian Observations .....	209

## II. Kollisionsrecht und Völkerrecht

<i>David S. Clark</i> State Court Recognition of Tribal Court Judgments in the United States: Securing the Blessings of Civilization .....	227
<i>Christoph Engel</i> Internationaler Umweltschutz – Systematik der Probleme und der Lösungen .....	247
<i>Axel Flessner</i> Dingliche Sicherungsrechte nach dem Europäischen Insolvenzübereinkommen .....	277
<i>Erik Jayme</i> Machado Vilela (1871–1956) und das Internationale Privatrecht .....	289
<i>Friedrich K. Juenger</i> Amerikanische Praxis und europäische Übereinkommen – Bemerkungen zur transatlantischen Internationalprivatrechtsvergleichung .....	299
<i>Gerhard Kegel</i> Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht .....	315

<i>Jan Kropholler/Claus Hinrich Hartmann</i> Die Europäisierung des Arrestgrundes der Auslandsvollstreckung . . . . .	337
<i>Ole Lando</i> The eternal crisis . . . . .	361
<i>Kurt Lipstein</i> A Modern Common Law Marriage – Armed Forces of Occupation – Public International Law ousts local Choice of Law Rules . . . . .	381
<i>Dieter Martiny</i> Die Anknüpfung an den Markt . . . . .	389
<i>Arthur T. von Mehren</i> The Transmogrification of Defendants into Plaintiffs: Herein of Declara- tory Judgments, Forum Shopping and Lis Pendens . . . . .	409
<i>François Rigaux</i> Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen . . . . .	425
<i>Kurt Siehr</i> „False Conflicts“, „lois d'application immédiate“ und andere „Neuent- deckungen“ im IPR – Zu gewissen Eigengesetzlichkeiten kollisionsrecht- licher Systeme . . . . .	443
<i>Frank Vischer</i> Das nationalsozialistische Recht im Spiegel einiger Entscheidungen schweizerischer Gerichte . . . . .	455
<i>Manfred Wenckstern</i> Inländische Briefkastenfirmen im deutschen Internationalen Gesell- schaftsrecht . . . . .	465

### III. Rechtsvergleichung und Privatrecht

<i>Tugrul Ansay</i> Third Way? . . . . .	481
<i>Peter Behrens</i> „Corporate governance“ . . . . .	491

<i>Werner F. Ebke</i>	
Massenschäden – Kausalität – Haftung nach Marktanteilen . . . . .	507
<i>Klaus. J. Hopt</i>	
Das Dritte Finanzmarktförderungsgesetz – Börsen- und kapitalmarkt- rechtliche Überlegungen . . . . .	525
<i>Konstantinos D. Kerameus</i>	
Comparative Aspects of Litigation Pertaining to Enforcement . . . . .	549
<i>Hein Kötz</i>	
Vertragliche Aufklärungspflichten – Eine rechtsökonomische Studie . . . .	563
<i>Herbert Kronke</i>	
Der Gesetzgeber als Rechtsvergleicher – Aspekte der chinesischen Vertragsrechtsreform . . . . .	579
<i>Ferenc Mádl</i>	
Restoration of Property in the Central and Eastern European Countries .	593
<i>Jerzy Poczobut</i>	
Der Leasingvertrag im Gesetzesentwurf von 1997 über die Änderung des polnischen Zivilgesetzbuches – eine Einführung . . . . .	609
<i>Stefan Riesenfeld</i>	
Einige Betrachtungen zur Behandlung dinglicher Sicherungsrechte an be- weglichen Vermögensgegenständen im Insolvenzrecht der Vereinigten Staaten von Amerika . . . . .	621
<i>Gerard C. Rowe</i>	
Rechtsangleichung und Rechtsdivergenz – Das Beispiel der Umweltver- träglichkeitsprüfung . . . . .	629
<i>Tamás Sárközy</i>	
Die Modelle der Privatisierung in den ehemaligen sozialistischen Ländern . . . . .	661
<i>Denis Tallon</i>	
Les faux amis en droit comparé . . . . .	677
<i>Luboš Tichý</i>	
Secured Transactions Involving Movables in Czech Law: Selected Issues .	683
<i>Lajos Vékás</i>	
Über die Neugestaltung des ungarischen Zivilrechts . . . . .	713

*Eddy Wymeersch*

Article 23 of the second company law directive: the prohibition  
on financial assistance to acquire shares of the company ..... 725

Verzeichnis der Veröffentlichungen von Ulrich Drobnič  
zusammengestellt von *Marianne Runkel* ..... 749

Autorenverzeichnis ..... 771



# I. Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht



# Subjektive Familienrechte im Europäischen Deliktsrecht

*Christian v. Bar*

## I. Unkörperliche Persönlichkeitsgüter

Der deliktsrechtliche Persönlichkeitsschutz umfaßt alles, was einen Menschen unmittelbar als Person angeht, d.h. ihn in seiner körperlichen Befindlichkeit und in seinem in seiner Würde wurzelnden Achtungsanspruch in der Gesellschaft betrifft. Der deliktsrechtliche Persönlichkeitsschutz „garantiert uns“, wie es *Lete del Río* einmal formuliert hat, „den Genuß von uns selbst“.<sup>1</sup> Sobald man den Bereich des Schutzes von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit und Freiheit verläßt und sich den sogen. unkörperlichen Persönlichkeitsgütern<sup>2</sup> des Menschen zuwendet, betritt man im heutigen Westeuropa allerdings nach wie vor eine schillernde, systematisch wie sachlich noch immer in vielfältiger Bewegung befindliche Welt. Gewiß ist der Schutz vor Beleidigung und Verleumdung immer schon ein Anliegen des Haftungsrechts aller europäischen Rechtsordnungen gewesen. Keine von ihnen aber hat es hierbei bewenden lassen; alle akzeptieren sie heute in der einen oder anderen Weise, daß es eine Vielzahl von Handlungen gibt, die, obwohl sie einen anderen weder körperlich beeinträchtigen noch ihm die Ehre abschneiden, Schäden nach sich ziehen, für deren Ersatzfähigkeit das Haftungsrecht sorgen muß. Manche Abweichung in den Ergebnissen bleibt dabei zwar nicht aus, doch ist das in einem so großen Rechtsraum, wie ihn die gegenwärtige EU darstellt, auch kaum verwunderlich. Was das Gespräch über die nationalen Grenzen hinweg viel mehr behindert, ist das Verhaftetsein in dem jeweils eigenen systematischen und sprachlichen Denkkontext. Denn die europäischen Rechtsordnungen haben verschiedene dogmatische Figuren entwickelt, mit denen sie die einschlägigen Lebenssachverhalte zugleich zu ordnen und zu lösen versuchen. Da sind auf der einen Seite diejenigen, die mit einem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ arbeiten<sup>3</sup> und ihm den Rang eines „obersten Konstitu-

---

<sup>1</sup> *Lete del Río*, *Derecho de la Persona*<sup>2</sup>, 1991, S. 188.

<sup>2</sup> Die Grundeinteilung der Persönlichkeitsgüter in „körperliche“ und „unkörperliche“ ist natürlich keineswegs überall in Europa bekannt, dürfte aber jedenfalls auf dem Kontinent das ge-  
läufigste Ordnungskriterium sein. Statt von „unkörperlichen“ wird synonym nicht selten auch von „geistigen“ oder „moralischen“ Persönlichkeitsgütern oder -rechten gesprochen, vgl. für Spanien etwa *Lete del Río*, aaO., S. 193.

<sup>3</sup> Näher v. Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. I, 1996, Rdnr. 19, 21, 23, 33 und 586 (Griechenland, Portugal, Italien und Deutschland).

tionsprinzips des Privatrechts“ geben<sup>4</sup>, das im letzten alles umgreift, was den Menschen vom Tier unterscheidet. Ein solch allgemeines Persönlichkeitsrecht ergänzt und erweitert den Schutz, den die Rechtsordnung ihren Bürgern in der Form von „besonderen“ unkörperlichen Persönlichkeitsrechten zur Verfügung stellt<sup>5</sup>, etwa das Recht am Namen<sup>6</sup>, das Recht am eigenen Bild<sup>7</sup> oder das Recht an der Ehre.<sup>8</sup> Die Unterscheidung zwischen den „besonderen“ und dem „allgemeinen“ Persönlichkeitsrecht(en) mag zwar hier und da Ausdruck einer Wertehierarchie sein. Meistens aber bedeutet sie wenig oder nichts. Denn i.d.R. beruht sie ganz einfach auf bestimmten nationalen Zufälligkeiten: ein „besonderes“ Persönlichkeitsrecht ist für viele Systeme schließlich allein dadurch gekennzeichnet, daß es der Gesetzgeber in einer besonderen Regelung ausdrücklich umschrieben und mit Haftung bewehrt hat. Andere Rechtsordnungen setzen dagegen von vornherein *nur* auf „besondere“ Persönlichkeitsrechte. Von der Figur eines „allgemeinen“ Persönlichkeitsrechts versprechen sie sich nichts<sup>9</sup>, was teilweise damit zu-

<sup>4</sup> So für das deutsche Recht MünchKomm (-*Schwerdtner*)<sup>3</sup>, 1993, § 12 BGB Rdnr. 189. S. für das griechische Recht auch *Zepos*, Der Schutz der Persönlichkeit nach dem griechischen Zivilgesetzbuch, FS v. Caemmerer, 1978, S. 1129 („Der Begriff der Persönlichkeit als autonome und notwendige logische Kategorie und als fundamentaler Selbstzweck im System des Rechts“).

<sup>5</sup> Insbesondere in der deutschen und der griechischen Rechtsprechung scheint sich inzwischen allerdings eine Sicht der Dinge Bahn zu brechen, nach der selbst noch das Recht am eigenen Körper bloß „ein gesetzlich ausgeformter Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ ist: BGH 9. 11. 1993, BGHZ 124 S. 52, 54. Dem entspricht Areopag 244/1959, NoB 8 (1960) S. 162, 163 („Die Persönlichkeit erscheint nach außen in verschiedenen Ausstrahlungen ... [Leben, Gesundheit, körperliche Integrität, Freiheit, Ehre, etc.] ... Rechtlich haben diese Ausstrahlungen keine selbständige Existenz, sondern sind nicht auseinander zu dividierende Teilbereiche der ganzen Persönlichkeit, die Art. 57 ZGB als solche anerkennt und schützt“). OLG Schleswig 15. 9. 1992, NJW 1993 S. 2945 sagt, daß eine von ihrem Mann vergewaltigte Ehefrau von ihm „unter dem Gesichtspunkt deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 GG) wegen Körper- oder Gesundheitsverletzung eine billige Entschädigung in Geld verlangen“ kann.

<sup>6</sup> Vgl. BGH 18. 3. 1959, BGHZ 30 S. 7, 11 (wo das Namensrecht nur als eine persönlichkeitsrechtliche Teilregelung gesehen und deshalb gesagt wird, man könne auch dort auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückgreifen, wo die Voraussetzungen einer Namensrechtsverletzung gem. § 12 BGB nicht vorlägen).

<sup>7</sup> BGH 14. 4. 1992, VersR 1993 S. 66: Eine Verletzung des Rechts am eigenen Bilde stelle zugleich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.

<sup>8</sup> v. Bar, aaO. (N. 3), Rdnr. 33, ferner z. B. OGH 13. 4. 1983, SZ 56/63 S. 287 („Das Recht auf Ehre genießt als Persönlichkeitsrecht absoluten Schutz“).

<sup>9</sup> So verhalten sich die Dinge insbesondere in den drei skandinavischen Rechten der EU (vgl. für Dänemark *Lauridsen*, Die Entwicklung der Pressefreiheit und des Persönlichkeitsrechts im dänischen Recht, FS Werner Lorenz, 1991, S. 677–688, und für Finnland und Schweden *Saxén*, Skadeståndsrätt, 1983, S. 87; *Strömholm*, Right of Privacy and Rights to the Personality, 1967, S. 59 sowie *Godenhielm*, Aspekter på personlighetskyddet, JFT 1972 S. 413–424), ferner in Belgien und Frankreich. Hier wird zwar ein in der Sache ebenso intensiver Persönlichkeitsschutz betrieben wie etwa in Deutschland oder in Portugal; dogmatisch aber verspricht man sich von einem *droit général de la personnalité* wenig. Wo immer nötig, sei es noch immer gelungen, „besondere“ Persönlichkeitsrechte anzuerkennen (*de Page/Masson*, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bd. II [1]<sup>4</sup>, 1990, Rdnr. 13; *Kayser*, Les droits de la personnalité, *Rev.trim.dr.civ.* 1971 S. 445, 487ff.). Auch in Österreich tut man sich nach wie vor schwer mit der Denkfigur des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ (z. B. *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II<sup>2</sup>, 1984, S. 6). Der OGH

sammenhängt, daß die vorhandenen spezialgesetzlichen Regelungen für ausreichend angesehen werden, und teilweise damit, daß es wenig Sinn macht, in eine haftungsrechtliche Generalklausel noch eine weitere Generalklausel (eben das „allgemeine“ Persönlichkeitsrecht) einzustellen. Wo man die Dinge so sieht, da verschiebt sich im übrigen auch die Vorstellung von dem, was ein „besonderes“ Persönlichkeitsrecht ist. Denn das Wort steht nun ganz einfach für eine vom Haftungsrecht geschützte Position. Ob sie auch spezialgesetzlich definiert ist, spielt keine Rolle. Wieder andere Rechtsordnungen schließlich wissen im Grunde weder mit einem „besonderen“ noch mit einem „allgemeinen Persönlichkeitsrecht“ etwas anzufangen. Die englische Rechtssprache hat dafür nicht einmal ein Wort. Man ringt zwar um die Frage, ob der Gesetzgeber einen Tort „infringement of privacy“ bzw. ein „right to privacy“ einführen soll<sup>10</sup> (der Protection from Harassment Act 1997<sup>11</sup> ist zweifellos ein erster großer Schritt in diese Richtung, und die Frage wäre entschieden, wenn die Europäische Menschenrechtskonvention, wie derzeit ernsthaft erwogen, zu unmittelbar anwendbarem innerstaatlichen Recht erhoben würde), doch betrifft dieses Problem nur einen Ausschnitt aus der Gesamtproblematik, um die es uns hier geht. Ihre anderen Facetten findet man verstreut über viele einzelne Torts, von *nuisance* bis zu *breach of confidence*.<sup>12</sup>

Wir sind zwar weit davon entfernt, die Bedeutung rechtlicher Denkfiguren für die Gestaltung sozialer Wirklichkeit zu leugnen. Wer für die Sache ein Wort hat, setzt es ein, um seine Entscheidung plausibel zu machen. Denn dazu hat er sich „seine“ Dogmatik schließlich geschaffen. Gleichwohl kann nur eine Fallgruppenbildung sichtbar machen, wo man in Europa heute wirklich steht. Drei Bereiche lassen sich nach unserem Eindruck hauptsächlich unterscheiden: Schwächungen und Verschiebungen des Profils einer Person in der Gesellschaft, das widerrechtliche Herstellen von Öffentlichkeit sowie Eingriffe in das Familienleben. Die Letzteren sind Gegenstand des nachfolgenden, *Ulrich Drobnig* in Zuneigung und Verehrung gewidmeten Beitrages.

---

hat in jüngster Zeit freilich große Schritte in diese Richtung getan, vgl. insbes. OGH 18. 10. 1994, JBl 1995 S. 166 (betr. „das jedermann angeborene Persönlichkeitsrecht auf Achtung seines Privatbereichs und seiner Geheimsphäre“); OGH 21. 10. 1992, SZ 65/134 S. 199 (heimliche Tonbandaufnahme) und OGH 13. 4. 1983, SZ 56/63 S. 287.

<sup>10</sup> *v. Bar*, aaO. (N. 3), Rdnr. 273 m. N. 240.

<sup>11</sup> 1997 ch. 40. Zu den privatrechtlichen Ansprüchen s. insbes. sec. 3 aaO.

<sup>12</sup> *v. Bar*, aaO. (N. 3), Rdnr. 272. Als ein subjektives Recht, das den Persönlichkeitsrechten der kontinentaleuropäischen Lehre nahesteht, wird man außerdem das von der irischen Rechtsprechung aus Art. 40 Abs. 3 der dortigen Verfassung abgeleitete *right to earn a livelihood* qualifizieren dürfen (*v. Bar*, aaO., Rdnr. 314 sowie *Cox v. Ireland* [1992] 2 I.R. 503 [HC]).

## II. Verletzung familiärer Persönlichkeitsrechte

### 1. Allgemeines

Unkörperliche („moralische“) Persönlichkeitsrechte können ihren Sitz auch im Familienrecht haben. Zwar wäre es kaum vertretbar, das gesamte Recht der privatrechtlichen Haftung<sup>13</sup> für Eingriffe in subjektive Familienrechte<sup>14</sup> als eine Angelegenheit des deliktsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes qualifizieren zu wollen. Denn das Familienrecht hat an vielen Stellen auch rein vermögensrechtliche Interessen zum Gegenstand. Man denke etwa an das Recht und die Pflicht der Eltern, das Vermögen ihrer Kinder zu verwalten, oder an Unterhaltsansprüche zwischen Familienmitgliedern. Eltern, die ihrer Pflicht zur Vermögenssorge nicht sorgfältig nachkommen, müssen zwar für den angerichteten Schaden aufkommen<sup>15</sup>, doch besteht ihre unerlaubte Handlung nicht in einer Persönlichkeitsverletzung. Entsprechend liegt es, wenn jemand seine Unterhaltungspflichten nicht erfüllt.<sup>16</sup> Wenn jemand Verantwortung dafür trägt, daß der Versorger einer Familie

<sup>13</sup> Nur von dieser ist hier die Rede, mag auch ein nicht geringer Teil des Schutzes familiärer Persönlichkeitsrechte dem Verfassungsrecht in seiner Funktion zugewiesen sein, den Bürger vor staatlichen Eingriffen zu schützen (*Rigaux*, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, 1990, S. 523–540). Eindrucksvolle Beispiele hierfür findet man u.a. in der irischen Rechtsprechung, vgl. etwa *Norris v. The Attorney General* [1984] I.R. 36, Sup.Ct. (betr. die Strafbarkeit der Homosexualität; der Fall ging später an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, s. den Bericht von *O'Malley*, *Norris v. Ireland – An Opportunity for Law Reform*, I.L.T. 1988 S. 279–284), und vor allem *McGee v. Attorney General* [1974] I.R. 284, Sup.Ct. (betr. das Verbot des Imports empfängnisverhütender Mittel).

<sup>14</sup> Die führende rechtsvergleichende Monographie zu dem Gesamtkomplex ist noch immer *Jayme*, Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen (1971). Einen neueren Überblick über den Stand des deutschen Rechts gibt *Deutsch*, Familienrechte als Haftungsgrund, FS Gernhuber (1993) S. 581–596 = VersR 1993 S. 1–7.

<sup>15</sup> Vgl. nur Art. 168 span. Cc und § 1664 dt. BGB. Beide Vorschriften beschränken die Haftung (im Unterschied z.B. zu den Artt. 379 und 450 belg. Cc) auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. T.S. 19. 4. 1988, RAJ 1988 Nr. 2817 S. 2706 fügt unter Rückgriff auf Art. 166 span. Cc hinzu, daß Eltern ohne vorherige gerichtliche Genehmigung nicht auf den ihren Kindern gegen Dritte zustehenden deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch verzichten können.

<sup>16</sup> Die Nichterfüllung von Unterhaltungspflichten, die oft eine strafbare Handlung darstellt (vgl. z.B. Art. 250 port. CP, Art. 227 span. NCP [früher Art. 487bis CP]; Art. 227–3f.rz. NCP sowie § 170b des deutschen StGB), berechtigt den Unterhaltsgläubiger zugleich zur Erhebung einer deliktsrechtlichen Schadensersatzklage, deren Zweck es ist, die Schäden auszugleichen, die durch den Verzug eingetreten sind: STJ 20. 4. 1988, BolMinJust 376 (1988) S. 549 (Geldentwertung); STJ 13. 3. 1987, BolMinJust 365 (1987) S. 140; Cass. 9. 11. 1973, n. 2947, Dir.fam.pers. 1974 S. 59 (Schadensersatz über Unterhalt hinaus); T.S. 4. 4. 1990, RAJ 1990 Nr. 3163 S. 4132; T.S. 22. 6. 1972 RAJ 1972 Nr. 3195 S. 2402 und AP Barcelona 16. 3. 1993, La Ley, Repertorio 1993, Responsabilidad Civil Nr. 14760 S. 2476 (eine zivilrechtliche Haftung setze einen konkreten Schaden voraus). Wer im Unterhaltsprozeß falsche Angaben über seine Vermögensverhältnisse macht, kann wegen einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung aus § 826 BGB haftbar werden (OLG Bamberg 28. 10. 1993, FamRZ 1994 S. 1178). Der Art. 6 Abs. 12 des italienischen Scheidungsgesetzes (*Legge sul divorzio*, Gesetz Nr. 898 v. 1. 12. 1970 i.d.F. von Art. 11 des Gesetzes Nr. 74 v. 6. 3. 1987, Gaz.Uff. Nr. 58 v. 11. 3. 1987) sagt zudem: „Wenn Kinder vorhanden sind, muß ein jeder Elternteil dem anderen innerhalb von 30 Tagen die Änderung seines Wohnsitzes mitteilen. Das Unter-

ausfällt, so haftet er zwar mittelbar auch für einen Eingriff in familienrechtliche Rechtspositionen (nämlich in die Unterhaltsansprüche der Versorgten<sup>17</sup>), doch ordnet man diesen Fragenkreis herkömmlicherweise dem Unfallfolgenrecht zu.<sup>18</sup> Nicht anders verhalten sich die Dinge, wenn das Opfer einer Körperverletzung seine Zeugungsfähigkeit oder gar seine Fähigkeit zum Geschlechtsverkehr verliert, so daß auch der *andere* Ehegatte Schaden nimmt<sup>19</sup>, oder wenn es sonst nach einem Unfall zu einer Ehezerüttung kommt.<sup>20</sup> Handelt es sich schließlich um einen familieninternen Unfall (typischerweise um einen Insassenunfall im Straßenverkehr), so geht es entweder erneut um die Folgen für *andere* Familienmitglieder<sup>21</sup> oder schon gar nicht erst um die Beeinträchtigung von Rechten, die im Familienrecht wurzeln. Die Beziehung zu ihm wird in solchen Fällen vielmehr nur dadurch hergestellt, daß man sagen kann, Familienangehörige müßten einander so nehmen, wie sie sind, so daß weder ein Kind von seinen Eltern noch ein Ehepartner von dem anderen mehr Sorgfalt verlangen kann, als sie in ihren eigenen Angelegenheiten aufzubringen pflegen.

Als ein unkörperliches familiäres Persönlichkeitsrecht, welches das Haftungsrecht in den Kreis seiner Fürsorge einbezieht, darf man dagegen den Anspruch des einen gegen den anderen Ehegatten deuten, ihre ganz privaten Angelegenheiten weder in noch nach ihrer Ehe an die Öffentlichkeit zu tragen.<sup>22</sup> Dasselbe gilt für Fälle, in denen der eine zum Nachteil des anderen falsche Behauptungen (z. B. über angebliche „Seitensprünge“) zu dem Zweck aufstellt, die eigene Situation im Scheidungsverfahren zu verbessern. Denn dann ist bereits die Grenze zur Ruf-

---

lassen dieser Benachrichtigung verpflichtet zum Ersatz des dem anderen Elternteil oder den Kindern entstandenen Schadens wegen der Schwierigkeiten, die Person aufzufinden.“

<sup>17</sup> Italienische Gerichte kennen darüber hinaus ein „Recht auf die Ausgeglichenheit der Familie (*serenità familiare*)“, das den engsten Angehörigen einer bei einem Verkehrsunfall schwerverletzten Person zu einem eigenen Schmerzensgeldanspruch verhelfen soll, vgl. Trib. Milano 18. 2. 1988, Resp. Civ. e Prev. 1988 S. 454 und dazu *Franzoni*, Dei fatti illeciti, 1993, Art. 2059 Cc, S. 1219 N. 8.

<sup>18</sup> Diese Zuordnung ist ferner deshalb richtig, weil in solchen Fällen auch bloße Lebensgefährten anspruchsberechtigt sein können, und weil es in der Folge einer Tötung auch zu einer Schadensersatzpflicht wegen wirtschaftlicher Verluste bei der Erbfolge kommen kann: Cass. 25. 6. 1981, n. 4137, Foro it. 1983, I, 1, 2951.

<sup>19</sup> Näher v. *Bar*, aaO. (N. 3), Rdnr. 589, ferner etwa noch Trib. Genua 5. 7. 1993, n. 1809, Giur. it. 1994, I, 2, 1048 (Anspruch des Mannes, weil seine Frau falsch behandelt worden war, so daß auch sein Kinderwunsch nicht mehr in Erfüllung gehen konnte). Nach schottischem wie nach englischem Recht hat allerdings eine Ehefrau, deren Mann durch einen Unfall impotent geworden ist, *keinen* eigenen Anspruch gegen den Verursacher: *Best v. Samuel Fox & Co. Ltd.* [1952] A.C. 716 (HL).

<sup>20</sup> OLG Köln 26. 4. 1995, NJW-RR 1996 S. 986; *Lampert and Another v. Eastern National Omnibus Co. Ltd.* [1954] 2 ALLER 719 (*Hilberry J.*).

<sup>21</sup> Siehe z. B. T.S. 15. 4. 1988, RAJ 1988 Nr. 2780 S. 2676: Der Beklagte hatte ein Stoppschild übersehen. Es kam zu einem schweren Unfall, bei dem ein Sohn des Beklagten getötet, der andere schwer verletzt wurde. Schadensersatz wurde sowohl der Mutter (wegen des Verlustes ihres Sohnes) als auch dem überlebenden Sohn (wegen seiner Verletzungen und wegen des Verlustes seines Bruders) zugesprochen.

<sup>22</sup> Siehe z. B. *Duchess of Argyll v. Duke of Argyll* [1967] Ch. 302 (*Ungoed-Thomas J.*).

schädigung überschritten.<sup>23</sup> Zu erinnern ist ferner an die Problematik der rechtswidrigen Namensfortführung nach einer Scheidung.<sup>24</sup> Ein weiteres Beispiel für ein unerlaubtes Eindringen in familienrechtliche Persönlichkeitsgüter stammt aus der griechischen Rechtsprechung. Die Schwester des Klägers und ihr Ehemann hatten es ihm verweigert, seine bei ihnen lebende 90jährige Mutter weiterhin zu besuchen. Der Kläger, so sah es das LG Kavala, habe jedoch ein aus Art. 1463 gr. ZGB folgendes Umgangsrecht mit seiner Mutter. Dieses Recht hätten die Beklagten mißachtet und dadurch dem Kläger eine Persönlichkeitsverletzung zugefügt. Das Gericht verurteilte die Beklagten dazu, einen Besuch pro Woche zu dulden.<sup>25</sup>

## 2. Die elterliche Sorge als Schutzgut des Deliktsrechts

Ein exponiertes familienrechtliches Schutzgut ist die elterliche Sorge, insbesondere die Personensorge. Der § 1631 Abs. 1 des deutschen BGB beschreibt sie als „das Recht und die Pflicht, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.“ Das objektive deutsche Deliktsrecht schützt dieses subjektive Familienrecht wiederum mit Hilfe seines Grundtatbestandes. Denn „das Recht der elterlichen Sorge ist ein absolutes Recht im Sinne von § 823 I BGB.“<sup>26</sup> Sein „immaterieller Charakter“ ändert nichts daran, daß derjenige, der dieses Recht verletzt, „zum Ausgleich aller dadurch adäquat verursacht(en) Vermögensnachteile“ verpflichtet ist.<sup>27</sup> Eine typische Verletzungshandlung ist die (in aller Regel strafbare) Kindesentführung, meistens begangen durch den Elternteil, der im Scheidungsverfahren das Sorgerecht verloren hat, und ein typischer Vermögensschaden für den sorgeberechtigten Elternteil besteht in seinen Rechtsverfolgungskosten, d.h. in den Aufwendungen, die er hatte, um den Aufenthaltsort des entzogenen Kindes (z.B. unter Einschaltung eines Privatdetektivs) herauszufinden und für seine Rückführung nach Hause zu sorgen.

Daß schuldhafte<sup>28</sup> Verletzungen des Rechts der elterlichen Sorge zu einem de-

<sup>23</sup> RP 20. 10. 1988, CJ XIII (1988–4) S. 201.

<sup>24</sup> Z.B. Cass. 5. 10. 1994, n. 8081, Dir.fam.pers. 1995, I, 1352 = Giur.it. 1996, I, 1, 842 m. Anm. Massari; Cass. 7. 3. 1991, n. 2426, Dir.fam.pers. 1992, II, 139 und RP 24. 7. 1986, CJ XI (1986–4) S. 225. Die Entscheidungen verneinen allerdings für den Regelfall das Vorhandensein eines immateriellen Schadens und gewähren deshalb nur einen Unterlassungsanspruch.

<sup>25</sup> LG Kavala 10/1994, Arm. 48 (1994) S. 432. Ähnlich *Deliyannis*, Oikogeneiako Dikaio, Bd. I, 1986, S. 44, der das Beispiel einer verheirateten Frau bildet, deren Vater verhindert, daß sie zu ihrem Mann in die Ehwohnung geht. In einem solchen Fall habe der Ehemann „möglicherweise“ einen deliktischen Schadensersatzanspruch gegen seinen Schwiegervater.

<sup>26</sup> BGH 24. 4. 1990, BGHZ 111 S. 168 = FamRZ 1990 S. 966 = NJW 1990 S. 2060.

<sup>27</sup> OLG Koblenz 12. 4. 1994, FamRZ 1995 S. 36. Vgl. auch schon KG 24. 5. 1924, JW 1925 S. 377 m. Anm. *Blume* sowie RG 2. 4. 1928, HRR 1928 Nr. 1413 und dazu *Jayme* aaO. (N. 14), S. 165.

<sup>28</sup> Ein Beispiel für eine schuldlose Verletzung des elterlichen Sorgerechts findet man in dän. HD 11. 1. 1994, UfR 1994 A S. 247: In der zuständigen Gemeindebehörde war der Verdacht entstanden, der Kläger könne seine achtjährige Stieftochter sexuell mißbrauchen. Das Kind wurde deshalb von seinen Eltern entfernt. Der Verdacht erwies sich als unbegründet. Die Klage wurde gleichwohl abgewiesen, weil die Behörde eine schnelle Entscheidung hätte treffen müssen.

liktsrechtlichen Schadensersatzanspruch führen können, ist auch sonst in Europa ein verbreiteter Rechtssatz. Ob die sog. „persönlichen Familienrechte“ (*direitos familiares pessoais*) zu den „Rechten“ i.S.v. Art. 483 port. Cc zählen, ist zwar im portugiesischen Schrifttum nach wie vor umstritten.<sup>29</sup> Die österreichische und die griechische Lehre teilen dagegen voll und ganz den Standpunkt der deutschen Rechtsprechung: Dem Recht der elterlichen Sorge komme „absoluter Schutz“ zu. Ihre Störung berechtere daher zu Unterlassungs- und, bei Verschulden, auch zu Schadensersatzansprüchen.<sup>30</sup> In Frankreich sieht man die Dinge ähnlich, mag in der Praxis die *astreinte* auch wichtiger sein als der deliktische Schadensersatzanspruch.<sup>31</sup> Der italienische Kassationshof hat entschieden, daß sich die Straftat der Entführung einer Minderjährigen mit deren Einverständnis ausschließlich gegen die Eltern richte, weswegen nur diese, aber nicht das Mädchen, welches das 14. Lebensjahr bereits vollendet hatte, einen Schadensersatzanspruch geltend machen könnten.<sup>32</sup> Straf- und zivilrechtlich haftbar ist im übrigen auch hier der nicht sorgeberechtigte Elternteil, der sein Kind entführt.<sup>33</sup> Zahlreiche Entscheidungen zum Deliktsrechtsschutz der elterlichen Sorge findet man in den Niederlanden. Schon früh ist etwa geurteilt worden, daß Eltern ihre Tochter von einem Dritten herausverlangen konnten, wo sie gegen den Willen der Eltern verblieben war.<sup>34</sup> Anerkannt ist auch die Möglichkeit einer Unterlassungsklage mit dem Ziel, jemandem den Umgang mit dem eigenen Kind zu verbieten.<sup>35</sup> Entschieden wurde ferner, daß ein Filmproduzent eine unerlaubte Handlung begeht, der mit einem Minderjährigen einen Film dreht, ohne zuvor die Zustimmung des Vaters eingeholt zu haben.<sup>36</sup> Denkbar ist es sogar, daß ein sorgeberechtigter Elternteil durch eine Pflichtverletzung nicht nur seinem Kind, sondern auch dem anderen Elternteil gegenüber haftbar wird. In Hof Amsterdam 22. 10. 1975 ging es um einen Vater, der seine nach damaligem Recht noch minderjährige (18 Jahre alte) Tochter unter der Androhung, sich andernfalls umzubringen, zum Geschlechtsverkehr gezwungen und ein Kind gezeugt hatte. Das Gericht hielt den Art. 1401 BW (alt) zwar auch in familienrechtlichen Beziehungen für anwendbar, wies die Ansprüche der Tochter wie der Ehefrau wegen der erlittenen immateriellen Schäden aber

<sup>29</sup> Für eine Einbeziehung dieser Rechte in den Schutz von Art. 483 Cc insbesondere Hörster, A Parte geral do Código Civil, 1992, S. 257; dagegen aber die überwiegende Meinung, s. etwa Neto, Código civil anotado<sup>10</sup>, 1996, Art. 483 Cc Anm. 2; Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, Bd. I<sup>8</sup>, 1994, S. 543 und Almeida Costa, Direito das Obrigações<sup>6</sup>, 1994, S. 470.

<sup>30</sup> Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. II<sup>2</sup>, 1984, S. 18; Deliyannis, Oikogeneiako Dikaio, Bd. I, 1986, S. 44; Filios, Enochiko Dikaio, Bd. II (2)<sup>3</sup>, 1992, S. 27.

<sup>31</sup> S. nur Juris-Classeur Civil (-Gebler), Stand 1997, Divorce, Art. 286 à 295, Fasc. 1, Nr. 199; Trib. gr. inst. Paris 25. 6. 1982, Gaz. Pal. 1982, I, 396 sowie (zur *astreinte*) v. Bar, aaO. (N. 3), Rdnr. 610.

<sup>32</sup> Cass. 12. 9. 1968, n. 2934, Rep. gen. 1968 Sp. 3343 Nr. 54.

<sup>33</sup> Cass. pen. 22. 4. 1980, Giur. it. 1982, II, 154 m. Anm. Ercoli.

<sup>34</sup> Pres. Rb. 's-Gravenhage 1. 12. 1919, NedJur 1920 S. 160.

<sup>35</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 12. 5. 1950, NedJur 1951 Nr. 374 S. 668.

<sup>36</sup> Rb. Amsterdam 3. 11. 1964, NedJur 1964 Nr. 477 S. 1309.

ab. Der Vater sei bereits strafrechtlich verurteilt worden, was der Tochter und der Ehefrau zur Genugtuung reichen müsse.<sup>37</sup>

Auf eine wesentlich andere Sicht der Dinge stößt man freilich wieder in den Rechtsordnungen der britischen Inseln. Denn zwar ist die Kindesentführung hier ebenso strafbar wie überall sonst auch.<sup>38</sup> Den Schutz des privaten Haftungsrechts jedoch genießt das elterliche Sorgerecht als solches nicht. Nicht einmal in Schottland ist das so. Zwar hat der führende Autor des schottischen Deliktsrechts, *Walker*, vor nunmehr bald zwanzig Jahren einen Vorstoß zur Modernisierung der dortigen Rechtslage unternommen, als er schrieb: „It is probable that any third party who entices a pupil or minor child to leave his parent or other person having lawful custody of him is liable in damages. A claim may lie even against a parent not entitled to custody who seeks to entice the child out of the custody of the parent lawfully entitled thereto. In English law the basis to this action is for depriving the parent of the child’s services, but in Scots law the basis of the claim is probably interference with the natural parental rights to custody and upbringing.“<sup>39</sup> Mit dieser Sicht hat sich *Walker* indes nicht durchsetzen können. In *McKeen v. Chief Constable Lothian and Borders Police*<sup>40</sup> setzte sich Lord *Morton of Shuna* mit *Walker’s* These auseinander. Das schottische Recht, so entschied er, kenne einen Anspruch für *loss of society and company* nur im Falle der Tötung. Es gäbe viele Fälle, in denen ein Kind während der Streitigkeiten um das Sorgerecht dem anderen Elternteil entzogen werde. Er kenne jedoch keine Entscheidung, in der die Existenz eines Schadensersatzanspruches dokumentiert sei. Für einen solchen Anspruch liefere das schottische Recht derzeit keine Grundlage.<sup>41</sup>

Auch *Walker’s* Hinweis auf die Rechtslage in England trifft heute nicht mehr zu. Zwar kannte das englische Common Law im Jahre 1981 (als *Walker* jene Zeilen schrieb) noch einen Tort, der im weiteren Sinn auf Eingriffe in Eltern-Kind-Beziehungen reagierte. Der eigentliche Klagegrund war jedoch nicht die Verletzung des Rechts der elterlichen Sorge, sondern es war das eigentumsähnliche (!) Recht, für entgangene Dienste schadlos gehalten zu werden<sup>42</sup>, und dieser Haftungsgrund erschien dem englischen Gesetzgeber denn doch zu antiquiert. Sec. 2 des Administration of Justice Act 1982<sup>43</sup> schuf ihn ab.<sup>44</sup> An die Stelle des Rechts,

<sup>37</sup> Hof Amsterdam 22. 10. 1975, NedJur 1977 Nr. 282 S. 973.

<sup>38</sup> Sec. 2 Child Abduction Act 1984; vgl. auch secs. 19–21 Sexual Offences Act 1956.

<sup>39</sup> *Walker*, *The Law of Delict in Scotland*<sup>2</sup>, 1981, S. 713.

<sup>40</sup> *McKeen v. Chief Constable, Lothian and Borders Police* S.L.T. (Rep.) 1994 S. 93.

<sup>41</sup> AaO. S. 96 A.

<sup>42</sup> „At common law the father was recognised as having a proprietary right to the custody of his child. ... [A]ny rights of action enjoyed by the father were of a proprietary nature, e.g. the right recognised by the writs „per quod servitium amisit“ in the case of children and „per quod servitium et consortium amisit“ in the case of a wife“ (*F v. Wirral Metropolitan Borough Council* [1991] Fam. 69, 86–87, per *Purchas* L.J.).

<sup>43</sup> 1982 c. 53.

<sup>44</sup> „No person shall be liable in tort under the law of England and Wales or the law of Northern Ireland ... (b) to a parent (or person standing in the place of a parent) on the ground only of his having deprived him of the services of a child.“