

DIE PERSÖNLICHKEITS- RECHTE

LÁSZLÓ SÓLYOM

MB
97.846

Eine
vergleichend-
historische
Studie
über ihre
Grundlagen

Akadémiai Kiadó • Budapest



Sólyom • Persönlichkeitsrechte

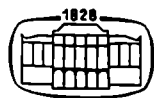
OSZK
Országos Széchényi Könyvtár

László Sólyom

Die Persönlichkeitsrechte

Eine vergleichend-historische Studie
über ihre Grundlagen

OSZK
Országos Széchényi Könyvtár



Akadémiai Kiadó • Budapest 1984

OSZK

Országos Széchényi Könyvtár

ISBN 963 05 3269 7

© Akadémiai Kiadó, Budapest 1984

Gemeinschaftsausgabe der Carl Heymanns Verlag KG, Köln,
und des Akadémiai Kiadó, Budapest

Printed in Hungary

MB 97.846

(22)



1984

Vorwort

In den letzten Jahren wurde sehr viel über die Persönlichkeitsrechte geschrieben. Diese rege literarische Tätigkeit ist aber meistens reflexiv und kommentierend. Sie ist eigentlich ein Zeichen dafür, daß im lebendigen Recht die Persönlichkeitsrechte in ständigem Aufruhr sind und immer größere Bedeutung erringen.

Nur selten entsteht eine Studie, die wirklich bahnbrechend ist und auch von der Praxis befolgt wird (z.B. das berühmte Privacy von Prosser). Noch seltener sind die Arbeiten, die nicht die Neuigkeiten der Rechtsprechung oder der Gesetzgebung mit der herrschenden zivil- oder verfassungsrechtlichen Lehre des gegebenen Landes in Einklang bringen wollen, sondern im allgemeinen das Wesen der Persönlichkeitsrechte erforschen. An einer vergleichenden theoretischen Untersuchung dieses Rechtsinstituts fehlt es fast völlig.

Diese Studie ist ein Versuch über die theoretischen Probleme der Persönlichkeitsrechte. Sie würde ihr Ziel schon erreichen, wenn sie für die weitere Forschung sinnvolle Fragen stellte. Wir gehen in dieser Arbeit einen anderen Weg als gewöhnlich in der Persönlichkeitsrechtstheorie. Wir sind nämlich der Meinung, daß das Ausgehen vom Begriff der »Persönlichkeit«, die psychologische, sogar biologische oder – oft so pathetische – philosophische Analyse der Persönlichkeit, wider allen Anschein, ein formaler Ansatz ist. Wir gehen von dem Persönlichkeitsrecht als einer juristischen Kategorie aus und untersuchen seine Aufgaben und seine Funktionsweise unter verschiedenen gesellschaftlichen Umständen. Die Persönlichkeitsrechte waren und sind für den rechtlichen Status des Menschen grundlegend. So können sie natürlich nicht unabhängig von einem bestimmten Menschenbild, d.h. Gesellschaftsmodell, betrachtet werden. Wenn wir also beim Rechtlichen verbleiben, wollen wir dadurch

eben die Geschichtlichkeit und Zeitgebundenheit der juristischen Verwirklichung der »Autonomie«, der »Würde« und anderer Werte im Auge behalten.

Diese Studie ist theoretisch, indem sie historisch ist. Sie ist bestrebt, Geschichtsschreibung und überhaupt beschreibende Teile zu vermeiden. Dennoch machen historische Kapitel den größeren Teil des Buches aus. Die Gründe dafür sind, daß entsprechende theoretische Fragen nur so gestellt werden konnten, und andererseits, daß die Geschichte der Persönlichkeitsrechte sehr aufschlußreich, aber wenig bekannt ist.

Hinsichtlich der neuesten Entwicklung, wo also eine Fülle von Literatur vorliegt, zeigen wir nur die allgemeinsten Tendenzen auf (Kap. I z. B. die Feststellung einer »Politisierung« der Persönlichkeitsrechte). Die historischen Teile sind nicht zusammenhängend: Die einzelnen Grundprobleme werden in der historischen Umgebung erläutert, die dafür die geeignetste ist. So werden die heute schon befremdenden oder komischen »angeborenen Freiheiten« des Naturrechts auf die Gesellschaftsphilosophie der Hobbes, Locke und Rousseau zurückgeführt. Diese Vorgänger der Persönlichkeitsrechte drücken nicht nur das Verhältnis des Individuums zum Staat und zur Gesellschaft sinnvoll aus, sondern lassen – als Bestandteile einer vollen Theorie – die Grundfragen der Persönlichkeitsrechte noch unmittelbar sehen, was später nie der Fall war (Kap. II). Auch der große liberale Versuch, im Recht einerseits die »Person« vom Menschen zu trennen und auf den »Eigentümer« zu reduzieren, andererseits die Entstehung des modernen Persönlichkeitsrechts als Kritik des liberalen Privatrechts und des abstrakten Eigentums, werden in ihrer Wechselwirkung mit der bürgerlichen Umwälzung in Deutschland und in der Schweiz dargestellt (Kap. IV).

Die Persönlichkeitsrechte werden weiterhin möglichst in die Gesamtentwicklung des Zivilrechts eingebettet. (Kap. III, das die technischen Fragen der Faßbarkeit der »Persönlichkeit« für das Recht in zwei Fallrechten, im römischen Recht und im common law untersucht, weist stets auf Parallelen und Abweichungen in der Schadenshaftung hin. Auch Kap. V stellt die Persönlichkeitsrechte in den Zusammenhang der aufkommenden »Schutzaufgaben« des Rechts.)

Die Studie ist rechtsvergleichend, was aber nicht als Nebeneinanderstellen positiver Rechtsregeln zu verstehen ist; es geht hier immer darum, wie die verschiedenen Rechte dieselbe Frage beantworten.

Als Ergebnis gelangt die Arbeit zu einer Reihe von Gegensätzen (Kap. V). So kann z. B. das Persönlichkeitsrecht anstatt der in seiner Ideologie versprochenen individuellen Autonomie nur einen den Massenansprüchen entsprechenden durchschnittlichen Schutz gewähren; die Sicherung einer rechts- und staatsfreien Sphäre wird eben durch Verrechtlichung dieser Privatbereiche verwirklicht usw. Erst wenn man sich über diese Zweischneidigkeit des rechtlichen Persönlichkeitsschutzes im klaren ist, können diese Rechte, mit weniger überforderten Ansprüchen, aber keineswegs resigniert, für die »Persönlichkeit« eingesetzt werden.

Der Verfasser dankt dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, sowie der Alexander von Humboldt-Stiftung, Bonn und Herrn Professor Ernst Klingmüller in Köln, die die Vorbereitung bzw. den Abschluß dieses Buches durch Studienaufenthalte in der BRD erleichtert haben. Sein Dank gilt auch Herrn Ralf Kellerwessel, Aachen, für seine zahlreichen stilistischen Ratschläge.

Országos Széchényi Könyvtár

Inhalt

Kap. I.	Die Persönlichkeitsrechte. Neue Entwicklungstendenzen	1
Kap. II.	Haben die Persönlichkeitsrechte eine Geschichte?	23
Kap. III.	Die Injurien und die Persönlichkeitsrechte. »Neutralität« und Technik..	75
Kap. IV.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. »Eigentümer« und »Person«	135
Kap. V.	Die Persönlichkeitsrechte – nochmals überprüft. Widersprüche	195
Sachregister		211
Personenregister		215
Literatur		219

Országos Széchényi Könyvtár

Kapitel I

Die Persönlichkeitsrechte. Neue Entwicklungstendenzen

I.

Der rechtliche Schutz der Persönlichkeit erscheint in aller Welt als dringende Aufgabe. Die Persönlichkeitsrechte werden auch in Ungarn als rechtspolitisch sehr wichtig angesehen. Dies bezeugt u.a. die umfassende und spektakuläre Neuregelung in der Novelle zum ungarischen ZGB von 1977, die fast alle früheren Bestimmungen erweiterte und auch inhaltliche Neuerungen brachte. Das Ziel war die Belebung dieses Rechtsinstituts: Die Novelle hob alle Hindernisse auf, die die Literatur als ursächlich für sein Nichtfunktionieren ansah. Man erklärte nämlich die geringe Zahl diesbezüglicher Prozesse damit, daß die Betroffenen von der Möglichkeit eines Zivilverfahrens nicht wußten, weiterhin damit, daß – eben im Falle eines Prozesses – die adäquate Sanktion fehlte, denn das ZGB kannte den Ersatz eines Nichtvermögensschadens nicht, und schließlich damit, daß die Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wegen ihrer ungewöhnlichen Breite und Unbestimmtheit den Gerichten Schwierigkeiten bereite.¹

Die Novelle hat sich beeilt, die »technischen« Hindernisse zu beheben: Ein Einsatz der Nichtvermögensschäden wurde eingeführt, der Katalog der »einzelnen, besonderen Persönlichkeitsrechte«, die der Generalklausel im Gesetz folgen und sie konkretisieren, wurde detaillierter gefaßt bzw. erweitert.

Der direkte gesellschaftliche Anlaß für diese Aktualität der Persönlichkeitsrechte in Ungarn ist sehr schwer greifbar. Ganz allgemein können wir darin eine Wirkung des Demokratisierungsprozesses erblicken. Außerdem müssen wir den Einfluß des internationalen Aufschwunges des

1 *Eröss:* Emberi mivoltunk polgári jogi védelme (Zivilrechtlicher Schutz des Menschseins). Magyar Jog 1972, 688; *Törő:* A személyiségvédelem helye és szerepe a polgári jog rendszerében (Stellung und Rolle des Persönlichkeitsschutzes im System des Zivilrechts). Magyar Jog 1970, 79; *Törő:* A személyiség polgári jogi védelme bíróságiak gyakorlatában (Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz in der ungarischen Gerichtspraxis). Magyar Jog 1971, 667.

Persönlichkeitsschutzes als solchen Faktor nennen.² Die Einführung des Nichtvermögensschadens wurde von der juristischen Praxis sogar erzwungen. Als Grund dafür könnten wir die Veränderungen in der Wertordnung vermuten, die seit den Experimenten mit einem sozialistischen Marktmechanismus spürbar sind. Die Verbreitung der elektronischen Datenverarbeitung und besonders die theoretischen Untersuchungen anlässlich der Pläne zur Komputersierung der Staatsverwaltung haben glücklicherweise auch die damit verbundenen Gefahren bewußt gemacht. So bestimmt jetzt auch die Novelle, daß »die elektronische Datenverarbeitung die Persönlichkeitsrechte nicht verletzen soll« (§83). Es ist teils den Ansprüchen der ungarischen pharmazeutischen Industrie (d.h. den Problemen der klinischen Pharmakologie), teils aber wiederum der internationalen Aktualität des Themas zuzuschreiben, daß sich die Literatur mit den persönlichkeitsrechtlichen Aspekten der ärztlichen Tätigkeit reichlich auseinandersetzt.³

Der Schutz der Persönlichkeit stellt also ein eindeutiges rechtspolitisches Ziel dar. Seine zivilrechtlichen Mittel – nun vervollkommen – stehen zur Verfügung. Gleichzeitig haben wir aber vom Wesen und von den Möglichkeiten der Persönlichkeitsrechte nur oberflächliche und bruchstückhafte Vorstellungen. Es ist zu fragen, ob diese populären Auffassungen der Entfaltung des Persönlichkeitsschutzes als Grundlage dienen können.

Die theoretische Erfassung der Persönlichkeitsrechte ist in der sozialistischen Literatur herkömmlicherweise äußerlich. Sie wurde auf die Frage eingeeengt, wie diese Nichtvermögensrechte in das Zivilrecht, also nach der herrschenden Lehre in das »Recht der Warenverhältnisse« eingeordnet werden können. Eben die Verbindung der Persönlichkeitsrechte mit den verfassungsmäßigen Grundrechten führte zu der Fragestellung, ob die Persönlichkeitsrechte nicht eventuell zum Staatsrecht gehören.

2 Dazu zwei wichtige Schlagworte: Persönlichkeitsrecht als Menschenrecht, bzw. Gefährdung der Privatsphäre durch die moderne Technik. Anstatt der unübersichtlichen Literatur s. den UNESCO-Bericht: *International Commission of Jurists: The Legal Protection of Privacy: A Comparative Survey of Ten Countries*. UNESCO International Social Science Journal 1972, 417; *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*: Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschatz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika. Tübingen 1970; reiches vergleichendes Material enthält der englische Report of the Committee on Privacy (sog. *Younger-Report*), London 1972. Für die neuere sowjetische Auffassung s. den Sammelband *Malein* (Hrsg.): *Graždanskopravovoe položenie ličnosti v SSSR*. Moskva 1975. Zu einer völkerrechtlichen Regelung s. *Murphy: An International Convention on Invasion of Privacy*. New York University Journal of International Law and Politics 1976, 387.

3 *Nizslovsky*: A Legal Approach to Organ Transplantation. Budapest 1974.

Diese Studie möchte demgegenüber zu einer inhaltlichen Untersuchung der Persönlichkeitsrechte beitragen. Das zieht nach sich, daß diese Rechte in die Entwicklung des ganzen Zivilrechts eingefügt werden müssen, inbegriffen besonders die »Politisierung« des Zivilrechts. Ihre erwähnte formale Behandlung hängt nämlich damit zusammen, daß diese Theorie die Stelle der Persönlichkeitsrechte in einem herkömmlich aufgefaßten, »neutralen« Zivilrecht suchte. (Wie wir sehen werden, haben die Persönlichkeitsrechte eben in diesem – letzten Endes liberalen – Modell historisch keinen Platz.)

Während die Umwandlung des klassischen Zivilrechts auf dem Gebiet des Eigentumsrechts oder der Verträge mit allen ihren politischen Bezügen heute schon selbstverständlich ist, konnte die Theorie der Persönlichkeitsrechte keinen wirklichen inhaltlichen Zusammenhang zwischen der vom Liberalismus ererbten abstrakten »Person«, als Rechtssubjekt, und dem in den letzten hundert Jahren entwickelten und aufblühenden Persönlichkeitsrecht schaffen. Soll etwa die Hauptfigur der »autonomen Struktur« (wie Eörsi die Welt des Zivilrechts kennzeichnet⁴) – auch im 20. Jahrhundert ihre Eigenschaft als *citoyen* verleugnen? Und nachdem die sozialistische Theorie endlich die Unabhängigkeit der Persönlichkeitsrechte von den vermögensrechtlichen Verhältnissen anerkennt, bleibt diese »Person« des Zivilrechts weiterhin ein allen menschlichen Eigenschaften entkleideter, »denaturierter« Bourgeois? Die Studie wird jedoch nicht auf das Verhältnis der »verfassungsrechtlichen« und »zivilrechtlichen« Persönlichkeitsrechte oder die Drittwirkung der Grundrechte eingehen. Sie hat zum Ziel, die eigene, inhärente Politik des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zu entwickeln und so die Frage nach der Funktion und den Perspektiven dieser Rechte aufzuwerfen.

Zur Einführung befassen wir uns mit den zwei dogmatischen Problemen, die in der sozialistischen Rechtswissenschaft eigentlich als Hauptfragen der Persönlichkeitsrechte angesehen werden. Wir werden sehen, daß schon durch die angezeigte Akzentverschiebung in der Fragestellung auch diese Probleme, d.h. einerseits der Zusammenhang der Persönlichkeitsrechte mit den Vermögensrechten und andererseits das Verhältnis zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und den einzelnen besonderen Persönlichkeitsrechten, zu wichtigen inhaltlichen Erkenntnissen führen können.

4 Eörsi: *Fundamental Problems of Socialist Civil Law*. Budapest 1970, 9; eine Zusammenfassung der sowjetischen Rechtsentwicklung gibt Joffe: *Razvitie civilističeskoy mysli v SSSR*. Leningrad 1975, 77ff., 91ff. und 116ff.

II.

1. Der Zusammenhang der Persönlichkeitsrechte mit den Vermögensverhältnissen

a) Für die sozialistische Rechtswissenschaft stellte sich als Hauptproblem der Persönlichkeitsrechte die Frage, wie diese in das die Vermögensverhältnisse regelnde Zivilrecht eingegliedert werden können. Und die Hauptleistung dieser Wissenschaft war, daß sie die Unabhängigkeit der Persönlichkeitsrechte von den Vermögensverhältnissen begründete.

Mit diesem Ergebnis müssen wir einverstanden sein. Wir behaupten sogar, daß der wichtigste Zug der neueren Entwicklung der Persönlichkeitsrechte die Emanzipierung des Schutzes von der Eigentümerposition der Person war. Am Anfang der gegenwärtigen Periode der Entfaltung des modernen Persönlichkeitsschutzes, d.h. am Ende des vorigen Jahrhunderts – abgesehen von einigen »zeitlosen« Injurien, die modernisiert werden sollten –, dienten alle neubegründeten Persönlichkeitsrechte in der Tat der Sicherung von wirtschaftlichen Positionen.⁵ Ihr »Nichtvermögens«-Charakter war von der damaligen fortschreitenden Immaterialisierung vermögensrechtlicher Stellungen untrennbar. Das Wettbewerbsrecht und das Persönlichkeitsrecht waren anfangs auch formal verflochten. Dieselbe Schutzaufgabe aber, die hinsichtlich der wirtschaftlichen Stellung schon offensichtlich war, wurde nur zögernd auf die Position der von dieser Beziehung unabhängig aufgefaßten Person erweitert, d.h. auf den Schutz des Menschen vor nicht nur wirtschaftlicher, sondern auch politischer, organisationeller usw. Übermacht. Diese breitere Schutzgewährung ist aber schon ein Zeichen des Funktionswandels des Zivilrechts selbst.

Paradoxerweise geht es für die sozialistische Rechtswissenschaft nicht um diesen Prozeß, wenn sie vom Zusammenhang mit und Verselbständigung von den materiellen Verhältnissen spricht, sondern um einen rein rechtsdogmatischen Streit, der in unserem Falle schon in sich zum Konservativismus neigt, um so mehr, als er die Stelle der Persönlichkeitsrechte in einem herkömmlicherweise aufgefaßten Zivilrecht sucht.

Für die sozialistische Rechtswissenschaft ist auf diesem Gebiet die sowjetische Theorie repräsentativ: sie hatte bestimmenden Einfluß, und

5 In diesem Kapitel verstehen wir unter »Persönlichkeitsrecht« die im letzten Drittel des 19. Jh. zustandegekommenen »modernen« Persönlichkeitsrechte, die nicht in jeder Rechtsordnung eine Einheit mit dem herkömmlichen Ehrenschutz bildeten. Der Ausdruck »Persönlichkeitsrecht« (und in Amerika das *privacy*) blieb anfangs diesem neuen Recht vorbehalten.

hinsichtlich des Umfangs der Produktion ragt sie weit über die Literatur anderer sozialistischer Länder hinaus. Bis zum Ende der 1950er Jahre konnten die Persönlichkeitsrechte die Einheitlichkeit »des Gegenstandes des Zivilrechts: der Vermögensverhältnisse« nicht einmal in Frage stellen. Daraus folgte die Aufgabe, wenigstens einen »Zusammenhang« der Persönlichkeitsrechte mit den Vermögensverhältnissen nachzuweisen. Dementsprechend waren die sog. »reinen« Persönlichkeitsrechte entweder vom Zivilrecht ausgeschlossen, oder aber mit überspannten Verallgemeinerungen ohne Anerkennung ihres eigenen Wertes darin erhalten geblieben. Erst nachdem die »Grundlagen der Zivilgesetzgebung der Unionsrepubliken« 1961 den Schutz der Ehre und der Würde vorgeschrieben hatten (und einige Republiken diesen Schutz noch auf manche klassischen Rechte erstreckt hatten, z.B. auf den Schutz von Tagebuchaufzeichnungen), änderte sich die Aufgabe der Wissenschaft. Diese Rechte wurden jetzt als »unabhängig von den Vermögensverhältnissen« aufgefaßt; es galt also, ihre Zugehörigkeit zum Zivilrecht in dieser ihrer Eigenschaft zu begründen. Da aber die Konzeption des Zivilrechts unverändert blieb, mußte die Erklärung formal ausfallen. (Die Persönlichkeitsrechte werden z.B. aus bloßen Zweckmäßigkeitsgründen im Zivilrecht reguliert; oder die reparative Sanktion bzw. »die Methode der Regelung« verknüpft sie mit dem Zivilrecht usw. Am ehesten entwicklungsfähig wären u.E. diejenigen Auffassungen, die die persönlichen und die Vermögensverhältnisse in der »autonomen Struktur« des Zivilrechts auf einen gemeinsamen Nenner bringen; zu einer tieferen Auseinandersetzung ist es aber diesbezüglich noch nicht gekommen. Auch die historische Betrachtung kam nur insoweit zu Wort, als das ursprünglich für die Vermögensverhältnisse ausgebaute Zivilrecht »infolge der relativen Selbständigkeit der rechtlichen Form« sich mit der Zeit auch auf Nichtvermögensverhältnisse erstreckte.)

Diese Laufbahn der Persönlichkeitsrechte im sowjetischen Zivilrecht ist durch historische und ideologische Ursachen bedingt, die wir hier nicht einmal andeutungsweise vorführen können. Nur ein Faktor soll kurz berührt werden, um zu veranschaulichen, wie die Persönlichkeitsrechte mit der Konzeption der gesellschaftlichen Aufgaben des Zivilrechts untrennbar verbunden sind. Das Persönlichkeitsrecht wurde in der Sowjetunion zum ersten Mal anerkannt, als auch das Zivilrecht, dessen Existenzberechtigung im Sozialismus bis dahin bestritten wurde, gegenüber der aus anderen Gründen zurückgedrängten Konzeption des Wirtschaftsrechts am Ende der 30er Jahre selbst offizielle Anerkennung fand. Im Gegensatz zum Wirtschaftsrecht, das nur Kollektive kannte und das Individuum verneinte, betonte man die Bedeutung der Persönlichkeit und der Rechte des »wahren, lebendigen Menschen« für das Zivilrecht. Andererseits wurde durch diese Gegenüberstellung auch die »klassische«,

»Warenverhältnis«-Struktur des sozialistischen Zivilrechts geprägt.⁶ In der Theorie des Persönlichkeitsrechts hätten diese zwei Gesichtspunkte abgestimmt werden müssen, was aber wegen der historischen Andersartigkeit der beiden Komponenten nicht gelingen konnte. Der eigentliche wirtschaftliche Zusammenhang der Persönlichkeitsrechte, d.h. der Schutz der »wirtschaftlichen Persönlichkeit«, konnte in den diesbezüglichen Diskussionen nicht geklärt werden, solche Gedanken waren dem damaligen System der Planwirtschaft fremd und tauchten auch deswegen nicht auf, weil das sozialistische Recht die geschichtlich hierzu gehörenden sozialen Probleme in anderen Konstruktionen gelöst hat.

Auch unter solchen Umständen hatte der neue Standpunkt von der Verneinung eines Zusammenhanges zwischen Persönlichkeitsrecht und den Vermögensverhältnissen eine positive Funktion: Der Kreis der geschützten Rechte konnte ungehindert von den »materiellen Aspekten« erweitert werden. In der sowjetischen Literatur kann man wieder über die Notwendigkeit eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts,⁷ wenigstens über das Recht auf die Privatsphäre⁸ lesen. Solange diese Rechte in einem Zivilrecht von klassischer Struktur (und vor »klassisch« funktionierenden Zivilgerichten) ihre Stelle suchen müssen, ist die Ansicht folgerichtig, die den Persönlichkeitsschutz im ganzen dem Verfassungsrecht zuweist.⁹

b) In Ungarn hatte der Widerspruch der Konzeptionen vom »Zivilrecht« und von »Persönlichkeitsrechten« keine Folgen.¹⁰ Der »materielle Zusammenhang« ist als stereotype Erklärung in den Schulbüchern verblieben. Das ZGB erkannte schon 1959 das allgemeine Persönlichkeitsrecht an, und seine Novelle von 1977 zeigt auch die prinzipielle Unabhängigkeit der Persönlichkeitsrechte. Andererseits betonte die Novelle auch die wirtschaftlichen Aspekte der Persönlichkeitsrechte. Der Schutz wurde auf juristische Personen im allgemeinen erstreckt; auch Geschäftsgeheimnisse und gewerbliche Rechte im allgemeinen wurden hier geregelt. Inzwischen ist aber die eigentliche Frage, der Zusammenhang mit den Vermögensverhältnissen als ein dogmatisches Problem, in Vergessenheit

6 Vgl. *Sólyom*: The Decline of Civil Law Liability. Alphen aan den Rijn/Budapest 1980, Kap. VI.

7 *Malein*, 29. Als Reaktion auf die wirtschaftsrechtliche Schule war das Verlangen nach einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Sowjetunion Ende der 30er Jahre ganz allgemein. – Die Betonung des »Zusammenhangs mit den Vermögensverhältnissen« bedeutete einen »Kompromiß« mit der Zivilrechtskonzeption.

8 *Suboverhij*: O razvitii graždanskopravovoj ohrany ličnyh neimuščestvennyh prav i interesov graždan. Pravovedenie 1972/3, 27.

9 So z. B. *Voëvodin*: Soderžanie pravovogo položenija ličnosti v nauke sovetskogo gosudarstvennogo prava. Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo 1965/2, 42.

10 Die Ablehnung des Ersatzes des immateriellen Schadens wurde mit dieser Frage nicht verknüpft.

geraten. Dies ist nur zu begrüßen, da der einschlägige Theorienstreit längst überholt ist.

Doch kann das Verhältnis der Persönlichkeitsrechte zu den Vermögensrechten nicht einfach außer acht gelassen werden. Die Frage ist sowohl theoretisch interessant als auch – wenn richtig gestellt – eine Grundfrage des Instituts des Persönlichkeitsrechts.

c) Der Zusammenhang mit dem Vermögen ist bei zahlreichen Persönlichkeitsrechten offenkundig (wie z.B. beim Autorenrecht oder bei der Firma). Weit verbreiteter Ansicht zufolge soll die Anerkennung des gegebenen materiellen Interesses die ältere sein, deren Schutz später bis zum immateriellen Recht hin erweitert wurde. Bei näherer Betrachtung stellt sich heraus, daß dieser Prozeß keineswegs automatisch war, es ging vielmehr um die Wechselwirkung historischer Kräfte, durch die die erwähnten Schutzerweiterungen verursacht wurden und erklärt werden können.

Die geschichtlichen Zusammenhänge können am Beispiel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erläutert werden – obwohl die wirtschaftlichen Aspekte gerade dieses Rechtes gewöhnlich nie erwähnt werden und dieses Recht häufig für die Ideologie einer den materiellen Werten gegenübergestellten »Persönlichkeit« reserviert zu sein scheint. Zur Zeit und am Ort seines Entstehens (Schweiz, Ende des 19. Jh.) hatte der direkt wirtschaftsbezogene Persönlichkeitsschutz ein eindeutiges Übergewicht. § 55 des alten Obligationenrechts, der 1881 für die »Verletzung in persönlichen Verhältnissen« einen Anspruch auf Genugtuung in Geld gewährte, wollte eigentlich das Recht des Ersatzes des Nichtvermögensschadens in der Schweiz eidgenössisch vereinheitlichen und erweitern. Die zeitgenössischen Entscheidungen des Bundesgerichts bezeugen aber, daß neben wenigen zeitlosen Injuriensachen (Verleumdung, Verletzung der Ehre) die überwiegende Mehrheit der Prozesse wegen Boykottes eingeleitet wurde. Eben in einem solchen Fall hat das BG *allgemein* »das Recht auf Würde und Geltung der Persönlichkeit« anerkannt.¹¹

Die schweizerischen Boykott-Entscheidungen – als Repräsentanten der Praxis – zeigen die allgemeinen Änderungen auf, die auch die moderne Phase der Persönlichkeitsrechte beginnen ließen. Die Anerkennung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte bedeutete inhaltlich nicht weniger als einen staatlichen Eingriff in die freie liberale Wirtschaft. Nicht nur die erwähnte Rechtsprechung, sondern auch die Materialien der Kodifikation und die Literatur sprechen dafür. Laut Huber ist der Schutz der Persönlichkeit die Grundlage »der ganzen sozialen Gesetzgebung«,¹² und schon

11 BG 32/2, 367 (1906). – Das Recht der Persönlichkeit auf Geltung im Wirtschaftsverkehr wurde vom BG schon 1896 anerkannt.

12 Huber: Das schweizerische Zivilgesetzbuch und die Presse. Jahrbuch der schweizerischen Presse 1905/1906, 32, 35.

zur Zeit der Vorbereitung des Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuches in den 1850er Jahren wurde die allgemeine Regel über den Arbeiterschutz (d.h. Arbeitsschutz) auf ihn gegründet.¹³ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht war also sowohl hinsichtlich seines Anlasses und seiner Ideologie als auch in der Praxis ein »Schutzinstitut«, das in wirtschaftlich ungleichen Situationen – mit dem heute gängigen Ausdruck – den »Schwächeren« schützte. *Sein politisches Modell ist das gleiche wie das der* (zu jener Zeit sich verbreitenden) *objektiven Haftung und des Wettbewerbsrechts.*¹⁴

Diese wirkliche Verbundenheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit den Vermögensverhältnissen zeigt uns das Politikum der frühen Persönlichkeitsrechte, zugleich aber auch ihre Grenzen: Das Schutzbedürfnis gegen sozial als ungerecht empfundene Wirkungen des liberalen Systems begründete das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Doch kann man sofort sehen, daß die Schutzfunktion begrenzt war: gegenüber ihrem theoretisch sehr weitgefaßten Aufgabenkreis beschränkte sie sich praktisch nur auf den Schutz einiger Aspekte der wirtschaftlichen Persönlichkeit. (Daneben deckte dieses Institut nur die – für uns im Augenblick unwichtigen – Ehrenverletzungen.) Es mag ein Zufall sein, daß sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Schweiz eben im Zusammenhang mit der Boykott-Rechtsprechung stabilisieren konnte (was dadurch gefördert wurde, daß das alte Obligationenrecht ein Handelsgesetzbuch war). Wenn wir aber das Prinzip suchen, das dieser Praxis wie auch den nur theoretisch formulierten Schutzaufgaben zugrunde liegt, so besteht es darin, daß diese frühen Persönlichkeitsrechte *die Person als Eigentümer* schützen. Dadurch unterscheidet sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht des OR vom heutigen. Die staatliche Intervention rechnete mit der liberalen Konzeption ab, daß die Gesellschaft der Selbstregulierung des Marktes überlassen werden könne. Darin hatten auch die Persönlichkeitsrechte ihre Rolle – ohne aber die Liquidierung jener Seite der liberalen Konzeption, daß der Mensch der in seinem Eigentum gegebenen Garantie überlassen werden könne. So korrigiert der Schutz der »wirtschaftlichen Persön-

13 Keller: Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch erläutert. Aarau 1947, 120.

14 Zu bedenken ist der Charakter der Persönlichkeitsrechte als Mittel zum Zweck, ihr sehr wandelbarer Inhalt – womit sie sich von in der Entwicklung ähnlichen Rechtsinstituten der Jahrhundertwende unterscheiden. Für solche »übernommenen Funktionen« gibt das schweizerische Recht schon früh Beispiele. Die Theorie faßte z. B. als Persönlichkeitsrechtsschutz auf: Schadenersatz für einen Eisenbahnunfall, Anfechtung eines Vertrages wegen Irrtums, Nichtigkeit von lebenslänglichen Vertragsverhältnissen, sowie viele der Gleichberechtigung dienende, und noch mehr von den konservativen Regeln des Familienrechts.

lichkeit« nur die Ungleichheit der Eigentümerpositionen – man könnte sagen: *er glied die Verschlechterung der Chancen der Selbstverteidigung aus.*

d) Auch die besonderen Persönlichkeitsrechte des ausgehenden 19. Jahrhunderts, das Recht am Namen und am eigenen Bild, zeigen klar die Verbindung mit den Vermögensverhältnissen bzw. mit deren Wandlung. Die Anerkennung des Rechts am eigenen Namen bedeutet den Schutz des Handelsnamens und dessen Erweiterung auf den Namen schlechthin. Darin wirkte nicht nur die so charakteristische Immaterialisierung von Wirtschaftspositionen mit, sondern auch der Streit um die Rechtsstellung der unehelichen Kinder.¹⁵ In Amerika meldeten sich massenhafte Ansprüche auf Bild- und Namensschutz wegen der unerlaubten Nutzung von Bildnissen und Namen für Werbung. Die Schutzgewährung war nicht nur von Staat zu Staat unterschiedlich, sondern auch – sehr unerwartet – innerhalb der einzelnen Staaten. Dahinter stand dieselbe Grundsatzfrage wie hinter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in der Schweiz. Die Anerkennung eines Rechts am eigenen Bild war nämlich davon abhängig, ob das Bild »für Handelszwecke verwendet wurde«, also letzten Endes davon, ob man eine Intervention in die Freiheit des Wettbewerbs (d.h. in dessen Mittel, die Reklame) für zulässig hielt.¹⁶

Die theoretische Erklärung der neuartigen Rechte beruhte anfangs auf Analogien zum Eigentumsrecht. Das lag auf der Hand: Die – wie sie Cohn in seiner damals berühmten Studie genannt hat – »neuen Rechtsgüter« erschienen von der Person abgetrennt als »Sache«; ein Bild, eine Schallplatte.

2. Die einzelnen, besonderen Persönlichkeitsrechte und die Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

a) Natürlich gab es solche Teilbereiche der Persönlichkeitsrechte, die durch die Epochenwende, die Liquidierung des Liberalismus, nicht unmittelbar berührt wurden, z.B. die uralte Injurie der Ehrverletzung. Auf ihre gelegentliche Verwendung zum Schutze der »wirtschaftlichen Persönlichkeit« gehen wir nicht ein. Selbst die Verletzung des Rechts am Bild und am Namen kann als Ehrverletzung aufgefaßt werden (in der Schweiz lösen die Gerichte den Schutz des Bildnisses bis heute auf diese Weise).

Es ist wahr, daß die neuen technischen Mittel, wie Fotografie und »Grammophon«, andererseits die gesellschaftlichen Neuerungen, wie die Reklame und die Unterhaltungs- und Klatschpresse, die Gefährdung der Kontrolle der – bis dahin gesicherten – Verfügung über das eigene

¹⁵ Cohn: Neue Rechtsgüter. Das Recht am eigenen Namen. Berlin 1902.

¹⁶ Winfield: Privacy. The Law Quarterly Review 1931, 23, 35 ff.

Bild und den Namen erheblich vergrößert haben. Diese Gefährdung war, im Gegensatz zur Gefährdung der sog. wirtschaftlichen Persönlichkeit und zu den damit verbundenen zunehmenden Eingriffen des Staates in das Wirtschaftsleben, unpolitisch. Die heute sog. klassischen Persönlichkeitsrechte – Ehre, guter Ruf, Recht am Namen und am eigenen Bild – sind *politisch neutral*.

Die »Neutralität« wird auch durch ihre Geschichte belegt. Die Tatbestände der rein persönlichen Delikte (z.B. Ehrverletzung) unterscheiden sich im wesentlichen nicht von den Injurien des antiken Rom. Sie waren es, die am längsten ihre archaischen Züge beibehalten haben. Sie werden von der Umwandlung des alten Deliktrechts zu einem rein zivilrechtlichen Institut nicht mitgerissen. In ihnen erfolgte die Trennung der zivil- von den strafrechtlichen Elementen nur aus eigentlich äußerlichen Gründen, anlässlich der Modernisierung des Strafrechts am Ende des 19. Jahrhunderts (aber dann zugunsten des Strafrechts).¹⁷

Wegen ihrer Neutralität konnten die klassischen Persönlichkeitsrechte in *alle* Zivilrechtsordnungen aufgenommen werden. Ihre Einfügung in das Zivilrecht ist unbedenklich, da sie für die meist konservative Zivilrechtspflege keine Funktionsstörung bedeuten, obwohl sie theoretisch nicht hineinpassen. (Die Neutralität läßt natürlich den Klassencharakter des Rechts unberührt, was zahlreiche Fälle zeigen, in denen sich die Höhe der Genugtuung für Ehrverletzungen nach der Klassenzugehörigkeit des Verletzten richtete.)

Demgegenüber ist *das allgemeine Persönlichkeitsrecht seinem Wesen nach politisch*. In der Schweiz entstand es als Ausdruck ausgesprochen antiliberaler Tendenzen. Mit seiner Hilfe konnte der Staat sich in das Geschehen auf dem Markt, sogar auf dem Arbeitsmarkt einmischen. In Ungarn wurde das Persönlichkeitsrecht nicht so verwendet, da das Wettbewerbsrecht und die Anfänge eines Sozialrechts in speziellen Normen niedergelegt wurden. Trotzdem sind auch hier auf Persönlichkeitsschutz gegründete wettbewerbsrechtliche Urteile zu finden.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht spielte in Ungarn eine vorwiegend deklarative Rolle. Einerseits sollte es aussagen, daß der Schutz der Persönlichkeit nicht auf die (schon praktizierten) klassischen Rechte beschränkt, sondern prinzipiell unbegrenzt ist. Andererseits figurierte es als ein Symbol der modernen, d.h. antiliberalen und sozialen Konzeption der privatrechtlichen Kodifikation. Dies geht aus den verschiedenen Entwürfen

17 In Frankreich wurde der zivilrechtliche Anspruch in Adhäsionsverfahren verhandelt, Voraussetzung des Schadenersatzes war der Vorsatz. Nach altem ungarischen Injurienrecht (bis 1880) bekam der Verletzte einen Teil der Geldbuße. Nach Inkrafttreten des StGB wurden die strafrechtliche Schuld und der Vermögensschaden Voraussetzung eines zivilrechtlichen Anspruchs.

zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Ungarns, aus den Protokollen des Kodifikationsausschusses sowie aus der Literatur klar hervor. Eine »auf richtigen Grundlagen beruhende Rechtsordnung kann sich nicht auf den Schutz von vermögenswerten Gütern der Personen beschränken, sie soll höheren ethischen Gesichtspunkten entsprechend auch solche Güter der Personen schützen, die eventuell nur einen rein ethischen Wert haben, aber eben als solche für jedermann wertvoller sein können als die Vermögenswerte« – steht in der Begründung zum Entwurf von 1901. Und die Theorie bewahrte noch lange eine solche abstrakte Gegenüberstellung des Persönlichkeitsrechts mit dem »schroffen Materialismus« des Liberalismus.¹⁸

Unter dem Vorwand abstrakter Werte ging es aber auch hier um die Intervention in die Wirtschaft und um die Arbeiterfrage. Der Kodifikationsausschuß betonte, daß der Persönlichkeitsschutz auch der Entfaltung und Geltung der Persönlichkeit im »gesellschaftlichen« – d.h. nach den angeführten Beispielen im wirtschaftlichen – Leben dienen sollte; weiterhin, daß für den Schutz der berechtigten Interessen der Arbeiterschaft auch mittels der Persönlichkeitsrechte zu sorgen ist: »gesellschaftsfördernden Tendenzen können wir nur so Einhalt gebieten«. Unter Hinweis auf Anton Menger schrieb Meszlény, ein Vorkämpfer der Persönlichkeitsrechte in Ungarn, daß diese Rechte hinsichtlich »des gesellschaftlichen Kampfes« bedeutend sind, sie beschützen die Interessen der Besitzlosen gegenüber den Wohlhabenden.¹⁹

Die Gegenüberstellung »neutrale klassische Rechte« – »politische Generalklausel« ist für die formative Periode des Persönlichkeitsrechtsschutzes bezeichnend. Das Schema ist natürlich zu grob. Beispielsweise ist in der – zum Schlagwort »Persönlichkeitsrecht« nachträglich zusammengestellten – französischen Rechtsprechung²⁰ das Wogen der Säkularisierung klar zu

18 *Meszlény*: A személyiség védelme (Der Persönlichkeitsschutz). Magyar Jogászegyleti Értekezések XVI, 7 (217), Budapest 1903, 289, 295. Auf diesem Weg kommt *Baldi* zu einer vollständigen Trennung der persönlichen und Vermögensrechte. Személyiségi jog (Persönlichkeitsrecht) in: Szladits (Hrsg.): Magyar magánjog (Ungarisches Privatrecht) I, Budapest 1941, 625.

19 *Meszlény*: Magánjog-politikai tanulmányok (Zivilrechtspolitische Studien). Budapest 1901, 33, 57. Während der »Verhandlungen des Kodifikationsausschusses über die Hauptfragen des Entwurfes des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches Ungarns« (Bd. I, Budapest 1909, 31) warf man die Anwendung der Persönlichkeitsrechte nicht nur für die Arbeiter, sondern auch gegen sie auf: Wenn die Arbeiter die Entlassung von Streikbrechern oder »ihnen nicht gefallenden Angestellten« erzwingen, soll die Gewerkschaft diesen Schadenersatz leisten, denn sie hat ihre »Erwerbstätigkeit«, d.h. ihr Persönlichkeitsrecht, angegriffen.

20 In Frankreich wurde die Kategorie Persönlichkeitsrecht erst vom ersten Jahrzehnt des 20. Jh., und bis 1970 nur von der Theorie angewendet.

verfolgen. Ein anderes Beispiel ist die häufig vorkommende Nichtigkeitserklärung von die verschiedenen (Gewissens-, Bewegungs- oder Eheschließungs-) »Freiheiten« beschränkenden vertraglichen und letztwilligen Bedingungen wegen Verstoßes gegen die *ordre public*. Auch in der Schweiz wird auf die antifeudale Tendenz der »Unbeschränkbarkeit der Freiheiten« hingewiesen (worunter die Nichtigkeit des lebenslängigen Dienstvertrages zu verstehen ist). Aber solche Beispiele machen das von den Persönlichkeitsrechten oben entworfene Bild nicht falsch, vielmehr beleben sie es. (Sie heben die Einseitigkeit der Vorstellung eines »neutralen Liberalismus« hervor – von dem wir ja in unserem Schema ausgingen. Die Verteidigung gegen den Marktmechanismus und die Ausbreitung des Marktes auf die ganze Gesellschaft fielen schon zeitlich zusammen. Um ein technisches Beispiel zu nennen: Es ist gerade das klassische Muster der liberalen Haftungsrechte, das französische Recht, in dem sich schon von 1830 an die Billigkeitspraxis des Ersatzes eines moralischen Schadens entwickelte.)

Die Politisierung der Persönlichkeitsrechtsprechung (und des ganzen Zivilrechts) im 20. Jahrhundert macht den Gegensatz neutral – politisch relativ. Jedes genügend weit interpretierbare Recht kann eine politische Funktion haben. So hat sich in den USA das »privacy« – ursprünglich für den Schutz des Bildes und guten Rufes zustandegebracht – mit der Zeit die gleiche Rolle erworben wie auf dem Kontinent das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Auch wenn für die Gegenwart die Verwischung der Grenzen des Unpolitischen charakteristisch ist, können wir auch heute für das ursprüngliche Gegensatzpaar der neutralen und politischen Persönlichkeitsrechte Beispiele finden. Diese Beispiele zeigen immer, daß der Persönlichkeitsschutz und die Auffassung der gesellschaftlichen Rolle des Zivilrechts noch traditionell sind.

b) Diese These kann anhand des ungarischen Rechts überprüft werden. Das ZGB von 1959 enthielt außer den klassischen Persönlichkeitsrechten nicht nur die im ungarischen Recht schon bekannte Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sondern nahm auch das Verbot der Diskriminierung und der Verletzung der Gewissens- und der persönlichen Freiheit auf. In der Praxis lebten aber nur die klassischen Rechte (und diese auch kaum) – weder die erwähnten politischen Rechte noch die Generalklausel wurden angewandt. (Die letztere lehnte man ausdrücklich ab: Obwohl hier ausnahmsweise die Möglichkeit gegeben war, neue besondere Persönlichkeitsrechte anzuerkennen, erwarteten die Gerichte die Bestimmung solcher Rechte vom Gesetzgeber.²¹) Aus der Begründung zum ZGB und auch aus der Literatur geht hervor, daß man mit einer über den Schutz der klassischen Rechte hinausgehenden Verwendung dieses Instituts nicht rechnete. Auch die dogmatischen Erklärungen des Verhält-

21 Vgl. *Erőss*, a. a. O.

nisses des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zum straf- und verwaltungsrechtlichen verraten, daß man nur an die Auseinandersetzungen der Bürger untereinander dachte (deswegen hätten die Rechtswege in einem Schutz vor den »gesellschaftlichen Gerichten« vereinigt werden können²²). Die aktuelle Aufgabe des Persönlichkeitsrechts, der Schutz vor politischer und organisatorischer Übermacht, tauchte in den 60er Jahren nicht einmal auf. Zeichen einer Änderung zeigt erst die Novelle des ZGB – wovon schon die Rede war.

Das Zivilrecht der Sowjetunion schützt nur wenige klassische Persönlichkeitsrechte. Gegen die Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erhob man den Einwand, sie bedeute richterliche Rechtssetzung. Der Persönlichkeitsschutz wird neuerdings auch rechtspolitisch für wichtig gehalten. Dies ist jedoch nicht von einer Revision der Aufgaben des Zivilrechts und der Zivilgerichte begleitet. Dieser Widerspruch erklärt unserer Meinung nach die theoretischen Stellungnahmen zum Persönlichkeitsrecht.

Drei Meinungen sind zu unterscheiden: Die erste Meinung stellt den Persönlichkeitsschutz mosaikartig aus verschiedenen Rechtsinstituten zusammen, z.B. Schutz der Kinder im Familienrecht, Schutz der Ehre im Strafrecht. Die zweite Theorie ordnet den Persönlichkeitsschutz ausschließlich dem Zivilrecht zu. Einige Anhänger dieser Theorie verlangen sogar den Schutz der Privatsphäre und, noch weitergehend, die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Darunter verstehen sie allerdings nur die klassischen Rechte (z.B. Recht am eigenen Bild, an privaten Tagebuchaufzeichnungen usw.), höchstens den Ersatz des immateriellen Schadens – aber nur im Bereich von nicht-politischen Verhältnissen.²³ Von den Vermögensverhältnissen unabhängige politische Rechte gehören weder der alten noch der neuen Auffassung nach zum Zivilrecht. Die dritte Ansicht, die auch solche Rechte zu den Persönlichkeitsrechten zählt, weist den ganzen Persönlichkeitsschutz dem Staatsrecht zu.²⁴

III.

1. Die Untersuchung des Zusammenhangs der Persönlichkeitsrechte mit den Vermögensverhältnissen in ihrer modernen Entfaltungsperiode führt zu der Erkenntnis, daß zu dieser Zeit die Entwicklung durch diese Verbindung bestimmt war. Der Zusammenhang mit den Vermögensverhältnissen,

22 Vgl. Begründung zum ungarischen ZGB (1959); *Eörsi* 10.

23 *Malein* 29–36, *Subverbij*, a.a.O.

24 *Voevodin*, a.a.O.

d.h. der Schutz der immateriellen Wirtschaftsposition, hat das Institut des Persönlichkeitsrechts (dessen früherer Bestandteil, die Injurien, infolge der Modernisierung des Strafrechts für das Zivilrecht kaum noch Bedeutung hatte) neu belebt und wichtig gemacht, indem der Persönlichkeitsschutz auf diese Weise am ökonomischen und politischen Ereignis der Auflösung des Liberalismus und des Aufbaus des Monopolkapitalismus Anteil bekam. Selbst klassische Persönlichkeitsrechte versahen Eigentümerschutz. Diese Eigenschaft erleichterte die Ausweitung des Schutzes gegen die neuen, technischen Gefährdungen (Foto, Tonaufnahme), wo die Verletzung eines Vermögensinteresses fehlte. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht war ausdrücklich gegen den Liberalismus gerichtet, es war schon eine der typischen Generalklauseln des Monopolkapitalismus. Es hing aber von der jeweiligen Rechtsentwicklung ab, ob und wie lange das allgemeine Persönlichkeitsrecht als wettbewerbs- oder sozialrechtliches Institut wirkte. Die allgemeine Tendenz war, daß in erster Linie die sozialen Probleme der Arbeiter, aber auch der Wettbewerber durch eine politisch direkt beeinflussbare Sondergesetzgebung geregelt wurden.

Also machte der Zusammenhang mit den Vermögensverhältnissen die Persönlichkeitsrechte zum Politikum, wie es oben am Beispiel der schweizerischen und ungarischen Entwicklung gezeigt wurde. Aus demselben Grunde wurde das allgemeine Persönlichkeitsrecht in das – ausdrücklich eine liberale Wertordnung vertretende – deutsche BGB *nicht* aufgenommen. Die deutschen Persönlichkeitsrechtstheorien des 19. Jahrhunderts blieben leere Spekulation, bis sie mit sozialem Inhalt erfüllt wurden.²⁵ Die bislang erörterte Rolle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist aber zeitgebunden. Nach dem ersten Weltkrieg werden seine antiliberalen Züge sinnlos, um so mehr, als – wie schon gesagt – wichtige Aufgaben durch selbständige Rechtsinstitute abgenommen wurden. Das so entleerte allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde von der – im allgemeinen idealistischen – Interpretation der »Persönlichkeit« erobert.²⁶

2. Nach dem zweiten Weltkrieg begann eine neue Phase in der Entwicklung der Persönlichkeitsrechte, die in wichtigen Punkten das Gegenteil der früheren ist. Entscheidend ist jetzt die ungeheure Ausweitung der Persönlichkeitsrechte, die solche Aspekte aufweist, wie die Verallgemeinerung des Persönlichkeitsschutzes (Generalklausel anstatt der besonderen Rechte), die Politisierung, das Unwichtigwerden des Zusammenhanges

25 Gut ersichtlich aus *Leuqe*: Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Bielefeld 1962.

26 Eine neue politische Rolle bekommt das Persönlichkeitsrecht erst im Nationalsozialismus, als Ausdruck und Mittel der integrierten Rechtsstellung des Individuums in der Volksgemeinschaft.

mit materiellen Verhältnissen usw. Trotz zahlreicher faßbarer Neuerungen kann von der neuen Periode noch kein so definitives Bild gegeben werden wie von der früheren, sie kann am besten durch ihre Widersprüche beschrieben werden (s. Kapitel V).

Doch scheint wenigstens die Politisierung und Verallgemeinerung dieser Rechte eindeutig zu sein. Die Politisierung geschieht auf zwei verschiedenen Wegen. Einerseits kann das Persönlichkeitsrecht bei der extensiven Auslegung der traditionellen Grundrechte bzw. bei der Abgrenzung der staatlichen und der Privatsphäre als prinzipielle Grundlage dienen (dies ist für die Praxis des Obersten Gerichts der USA kennzeichnend). Andererseits kann selbst der Grundwert der früheren zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechte, die Ehre und Würde (mit der weitesten sozialen Interpretation: das Recht auf ein menschenwürdiges Leben), zum verfassungsmäßigen Grundrecht erhoben werden, als die »Unantastbarkeit der menschlichen Würde«, oder in positiver Fassung, als »Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit«. (Bekanntestes Beispiel ist Artikel 1 des Grundgesetzes der BRD, s. aber auch die neue schweizerische Verfassung.) Diese zweite Lösung schafft der weitesten Auslegung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine verfassungsrechtliche Grundlage. (Zugleich wirft sie die Frage der Drittwirkung der Grundrechte auf, auf die wir hier nicht eingehen können.)

a) (USA) Die zwei Richtungen der Politisierung unterscheiden sich wesentlich. Die erste beschützt die Person *vor dem Staat*, sie ist die Weiterentwicklung der traditionellen Garantien.

aa) Was hier als offensichtliche Politisierung erscheint, könnte letzten Endes als offensichtliche Entpolitisierung gedeutet werden. Politisch erheblich ist z.B. in den USA die Verdrängung der staatlichen Kontrolle aus den inneren Angelegenheiten eines für die Rechte der Schwarzen kämpfenden bürgerrechtlichen Vereins²⁷, die Beschränkung des Haussuchungsrechts bei den auf Bewährung Entlassenen²⁸ sowie daß die Verfolgung des Lebens und Handelns der Bürger »in der Privatsphäre« durch Ermittlungs- und Gerichtsorgane mit technischen Mitteln für ungesetzlich erklärt wird und so erhaltene Beweise nicht verwendet werden dürfen.²⁹ Und von politischer Relevanz ist die Nichtigkeitserklärung von Verwaltungsakten, die dem Gericht als »unbegründet«, als »willkürlich« erscheinen, d.h. die Fälle, wo

27 Für Beispiele s. *Askin: Police Dossiers and Emerging Principles of First Amendment Adjudication*. Stanford Law Quarterly 1970, 196.

28 *Striking Balance Between Privacy and Supervision*. Note, New York University Law Review 1976, 800.

29 *Formalism, Legal Realism and Constitutionally Protected Privacy Under the Fourth and Fifth Amendments*. Note, Harvard Law Review 1977, 945; *Gross: Privacy: Its Legal Protection* (revised ed.) Dobbs Ferry, N.Y. 1970.

das Gericht die Selbstbestimmung der Person höher wertet als das die Regelung begründende staatliche Interesse.

Auf diese Weise wird in erster Linie gegen den behördlichen Druck im alltäglichen Leben, gegen die Beschränkung von »kleineren Freiheiten« Schutz gewährt, z.B. gegen die Einmischung in den persönlichen Lebensstil (z.B. Zusammenleben von Unverheirateten), gegen Haartrachtvorschriften (z.B. bei Polizisten und Schulkindern).³⁰ Auch dies kann politisch von Belang sein, z.B. die (erfolglosen) Klagen von Weißen gegen Schwarze, die in ein bis dahin von Weißen bewohntes Viertel einzogen. Aber der Kampf um die persönliche Entfaltung in allerlei Kleinigkeiten – die an die »angeborenen Rechte« auf beliebige Kleidung und Nahrung aus dem 18. Jahrhundert erinnern – beeinflußt auch das politische Klima: ob der Staat die Uniformität, die Intoleranz gegen die Abweichenden unterstützt.

Andererseits kann durch diesen Weg der Politisierung der Persönlichkeitsrechte der Staat von der Entscheidung über lebenswichtige sozialpolitische Fragen ausgeschlossen werden – wie z.B. Geburtenkontrolle.³¹ Diese (tatsächliche) Entpolitisierung, Reprivatisierung kann man natürlich nur aufgrund der konkreten Situation positiv oder negativ werten.³²

bb) In den USA bewahrte man nicht nur die herkömmlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen für den Persönlichkeitsschutz, sondern auch die ihnen zugrundeliegende liberale Konzeption. Es ist kein Zufall, daß sich diese Art der Politisierung in den USA entwickelte, wo der liberale Mythos noch über starke Bastionen verfügt. Es taucht aber die Frage auf, ob der Persönlichkeitsschutz wirklich auf einer strikten Trennung von Staat und Gesellschaft, auf einem »staatsfreien« Handlungsspielraum für den Bürger beruht und also ein gegen den Staat gerichtetes Freiheitsrecht ist. Ist das Erscheinen eines verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes nicht ein Zeichen dafür, daß das alte liberale System des Schutzes der Autonomie der Person doch nicht hinreichend funktionierte? In der Tat mischte sich der Staat mehr und mehr in die früher als autonom geltenden persönlichen Bereiche ein. So wurde die eindeutige und formale Abgrenzung der staatlichen von der privaten Sphäre als überholt aufgegeben. Man mußte neue Grenzen abstecken. Das Persönlichkeitsrecht erwies sich als äußerst geeignet zu dieser Aufgabe. Da die formalen Garan-

30 *Wilkinson; White*: Constitutional Protection for Personal Lifestyles. Cornell Law Review 1977, 563.

31 *Emerson*: Nine Justices in Search of a Doctrine. Michigan Law Review 1965, 219; *Kommers*: Abortion and Constitution. United States and West Germany. The American Journal of Comparative Law 1977, 255, 282.

32 Der Fall *Griswold v. Connecticut* (1965) ermöglichte mit dem Schlagwort »individuelle Freiheit« eigentlich die Ausbreitung der von den Mittelschichten schon praktizierten Geburtenkontrolle auf die Armen und Benachteiligten. Siehe *McKay*: The Right of Privacy: Emanations and Intimations. Michigan Law Review 1965, 259, 282.

tien nicht funktionsfähig waren und durch richterliches Ermessen abgelöst wurden, boten seine Unbestimmtheit und seine Elastizität, andererseits aber sein anerkannter Wertinhalt Möglichkeiten für ein Abtasten der neuen Grenzen der Autonomie.

Der ursprüngliche Eigentümerschutz und der moderne Persönlichkeitsschutz zeigen diesen historischen Zusammenhang. Die Frage ist also heute dieselbe, wie sie vor 100–150 Jahren in bezug auf das Eigentumsrecht lautete. Konnte *dieses* durch das öffentliche Interesse begrenzt werden? Alle bestimmenden Faktoren der ersten Phase der europäischen Persönlichkeitsrechtsentwicklung, und besonders, daß es um Eigentümerschutz unter ungleichen Kräfteverhältnissen ging, daß man die Garantie der menschenwürdigen Existenz im Eigentum sah, sind in der *politischen* Geschichte des Schutzes der Privatsphäre in Amerika ebenfalls vorzufinden. Dem staatlichen Eingriff – selbst in hoheitlicher Funktion, wie etwa die Strafverfolgung – setzte die Unverletzbarkeit des Eigentums Schranken. (Für Haussuchung und Durchsuchung von persönlichen Sachen ist aus diesem Grund eine besondere Ermächtigung notwendig.)

cc) Hieraus ergibt sich die Frage, weshalb zur Begründung der einschlägigen Verfassungsbestimmungen immer mehr das Persönlichkeitsrecht herangezogen wurde. Die Tatsache, daß gegen die neuen technischen Eingriffsmittel der herkömmliche Eigentumsbegriff nicht mehr verwendbar war (z.B. gegen das Abhören ohne »physisches Eindringen«), war nicht der einzige Grund für die Umstellung des Schutzes auf persönlichkeitsrechtliche Grundlage. Die »neue Technik« kann allein schon deswegen keine ausschließliche Ursache der Politisierung sein, weil sie aus Erfindungen des ausgehenden 19. Jahrhunderts besteht (z.B. Telefon, Tonaufnahme) und gegen diese, *unter Privaten*, schon damals für Schutz gesorgt wurde, in Europa wie in den USA. Außerdem können die technischen Gefahren höchstens teilweise die Politisierung begründen: Die Freiheit der individuellen Wahl (Empfängnisverhütung, Lebensstil, also was über die traditionellen Freiheitsrechte hinausgeht), die gleichzeitig mit dem Schutz vor den technischen Gefahren in den Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte einbezogen wurde, können sie nicht erklären.

Die Erweiterung des Schutzbereiches der Persönlichkeitsrechte wurde also von der allgemeinen Rechtsentwicklung, insbesondere von der Auflockerung der subjektiven Rechte, vorbereitet.³³ Zwar ist zuzugeben, daß die Früchte für den Persönlichkeitsschutz erst später reif wurden. In Amerika trennte die Anerkennung der Berechtigung der staatlichen Intervention ins Wirtschaftsleben die persönlichen und die Vermögensrechte, und während man bei den letzteren den Eingriff mit dem gesell-

33 Diesen Prozeß, der tatsächlich wesentlich komplizierter ist, können wir jetzt nicht verfolgen. Vgl. aber Constitutional Privacy. Harvard Law Review 1977, 964.

schaftlichen Interesse relativ früh rechtfertigte, blieb es hinsichtlich der persönlichen Güter bei den alten, formellen Garantien.³⁴ Auch der Zweck der Garantien wurde unterschiedlich aufgefaßt. Bei den Vermögensrechten hatten sie das öffentliche Interesse zu fördern und die Einzelinteressen der Wirtschaftssubjekte in das gesellschaftliche Gesamtinteresse, das nicht mehr als Summe der Einzelinteressen aufgefaßt wurde, zu integrieren. Bei persönlichen Rechten hätten sie dagegen die Unabhängigkeit des Individuums zu unterstützen.³⁵

Nachdem sich die Auffassung allgemein durchsetzte, daß das Maß der staatlichen Intervention dem richterlichen Ermessen unterliegt, erwies sich der Begriff des *privacy*, der für die Verhältnisse von Privatpersonen schon genutzt wurde, als sehr nützlich für die Unterstützung der Position der Bürger in den die individuelle Freiheit betreffenden Sachen. Das *privacy* hat auch im Privatrecht keine klaren Konturen, es ist »juristisch unscharf«.³⁶ Auf dem Gebiet des Schutzes der Freiheitsrechte paßt es so sowohl zur Interessenabwägung als auch zu der Aufgabe, den Schutz durch die auf einen gemeinsamen Nenner gebrachten verschiedensten Sachverhalte zu verallgemeinern.

Freilich ist die Unbestimmtheit zweischneidig: Auch der Schutz wird unsicher, wenn die Garantien gelockert sind. Deswegen hat man die unbedingte Zusicherung eines Minimums an Recht auf die Privatsphäre, die genaue Definition dieses Rechts für notwendig erklärt.³⁷

dd) Es ist noch darauf hinzuweisen, daß dieser Weg der Politisierung den Schutz der Persönlichkeitsrechte verdoppelt. Obwohl die allgemeine Zuständigkeit der Gerichte in Amerika die Unterschiede nicht so scharf hervortreten läßt wie z.B. die Zerstückelung des Schutzes in Westeuropa nach ordentlichem, verwaltungs- und verfassungsgerichtlichem Verfahren, so ist doch die Verschiedenheit des *privacy* im Deliktrecht, d.h. als tort, und im Verfassungsrecht augenfällig, natürlich auch was seine praktische Bedeutung anbelangt.

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts begann Ende des vorigen Jahrhunderts im tort-Recht, praktisch mit einem den klassischen Rechten entsprechenden Schutzbereich. Diesen Charakter hat es trotz der Erweiterung

34 *Commons: Legal Foundations of Capitalism* (1924). Clifton 1974, 337, 342 (z.B. due process bedeutet auf dem Gebiet der Wirtschaft nicht due procedure, sondern due purpose).

35 *Emerson* 224.

36 *Kalven: Privacy in Tort Law. Were Warren and Brandeis Wrong?* Law and Contemporary Problems 1966, 326.

37 *Constitutional Privacy*. Harvard Law Review 1977, 985.

des Schutzes, der Erhöhung seiner Bedeutung und der technischen Vereinheitlichung nicht verloren.³⁸ Es ist neutral geblieben.

Einen richterlichen Schutz der heute als Persönlichkeitsrechte aufgefaßten verfassungsmäßigen Freiheiten gab es natürlich auch im 19. Jahrhundert – aufgrund des Eigentumsrechts. Der erste Versuch, die nicht mehr ausreichende eigentumsrechtliche Begründung durch das privacy zu ersetzen, war 1928 unternommen worden (Olmstead v. U.S.), setzte sich aber erst in den 60er Jahren durch (Katz v. U.S.).

Wie in Europa der Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht genau bestimmt ist, ist in den USA der Inhalt des verfassungsrechtlichen privacy unsicher: es wird für zu viele Zwecke angewandt, und fraglich ist, ob es zweckmäßiger wäre, den Gesetzgeber zu Wort kommen zu lassen.³⁹ Andererseits ist das Recht auf die Privatsphäre, das das privacy bedeutet, doch enger als das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Eine Verbindung zur Privatsphäre wird oft durch gekünstelte, ja manchmal groteske Kunstgriffe geschaffen. (So auch in dem leading case Griswold v. Connecticut, 1965, in dem niedergelegt wurde, daß es das verfassungsmäßige Recht der Ehepartner ist, über die Anwendung von Empfängnisverhütungsmitteln zu entscheiden. In der Begründung dieses Rechts dient die häufige Erwähnung des Schlafzimmers nur dazu, eine Brücke zum »privacy« zu schlagen.⁴⁰) In der Tat, wenn man nach den gemeinsamen Zügen aller privacy-Fälle, privat oder verfassungsrechtlich, fragt, so findet man sie nicht in der Privatsphäre, sondern im Schutz der Individualität und der Würde⁴¹ – was auch Inhalt des (kontinentalen) allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.

b) (BRD) Der andere Weg der Politisierung ist völlig neu, er verbindet sich auch nicht äußerlich mit liberalen Strukturen. Es geht hier nicht um

38 Die Entwicklung des privacy in der amerikanischen Rechtsprechung und Theorie behandelt der berühmte Aufsatz von Prosser: Privacy. California Law Review 1960, 383. Neben der Studie von Warren und Brandeis (The Right to Privacy. Harvard Law Review 1890), die die Karriere des privacy initiierte, hat die Arbeit von Prosser die Rechtsprechung entscheidend beeinflußt. Prosser faßt die privacy-Sachverhalte in vier allgemeineren Gruppen zusammen: Das Eindringen in die Privatsphäre anderer, die Veröffentlichung vertraulicher Daten, jemanden vor der Öffentlichkeit in falsches Licht setzen, und den Mißbrauch von Namen, Bild usw.

39 Es begann schon. Der Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, 1968 tritt im Vergleich zu dem trendmäßig erweiterten privacy zurück, wobei er sich auf die öffentliche Sicherheit beruft.

40 Dixon: The Griswold Penumbra: Constitutional Charter for an Expanded Law of Privacy? Michigan Law Review 1965, 197, 214.

41 Bloustein: Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser. New York University Law Review 1964, 962, 1005.

eine relative Trennung privat- und verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, auch nicht um gegen den Staat gerichtete Freiheiten. Im Gegenteil: Es handelt sich um die relative Verschmelzung von Grundrechten- und zivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz und um die Drittwirkung der Grundrechte.⁴² Diese Entwicklung berührt hauptsächlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht, ist aber auch für einzelne besondere Rechte, wie Meinungs- und Pressefreiheit usw., wichtig.

Nehmen wir zum Beispiel das Recht der Bundesrepublik Deutschland. An der Spitze des Grundgesetzes stehen die Unantastbarkeit der Würde des Menschen und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. – Deren Hervorhebung ist, wie auch der weltweite Aufschwung der Persönlichkeitsrechte nach dem zweiten Weltkrieg, eine Demonstration gegen den Faschismus. – Dieses Recht benutzte der Bundesgerichtshof schon 1954, um ein zivilrechtliches subjektives Persönlichkeitsrecht zu begründen. Dieses »allgemeine Persönlichkeitsrecht« tritt zu den »besonderen Persönlichkeitsrechten«, z. B. Recht auf Ehre, Recht an Briefen und privaten Aufzeichnungen, hinzu. Gleichzeitig gestattete der BGH den Ersatz von nichtmateriellen Schäden für Persönlichkeitsverletzungen.⁴³ Diese Entwicklung durchbricht also das herkömmliche liberale System des Bürgerlichen Gesetzbuches zweifach. Das setzt eine Abkehr von der liberalen Zivilrechts- und auch Verfassungskonzeption voraus. Persönlichkeitsrecht (auch als Grundrecht) bedeutet hier nicht die Abgrenzung der staatlichen von der Privatsphäre. Die Würde des Menschen wird nicht nur vor der politischen, sondern vor jeder wirtschaftlichen und organisatorischen Macht geschützt. (Charakteristisch ist, daß man die Drittwirkung des Rechts auf Würde zuerst im Arbeitsrecht anerkannte.⁴⁴)

Der verfassungs- und der davon untrennbare zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz kann schon wegen seiner Allgemeinheit nicht so formell garantiert werden wie einst die liberalen Freiheiten: Auch andere Grundwerte der Verfassung haben ihre »Drittwirkung«. Das Gericht kann die eigene Interessenabwägung nicht vermeiden. Andererseits zweifelt man auch in der BRD, ob alle formellen Garantien dem freien Ermessen geopfert werden sollten.⁴⁵

Diese Version der Politisierung führte in der Praxis zu einer Befreiung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes von technischen Beschränkun-

42 *Raiser*: Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1966). In: Die Aufgabe des Privatrechts. Kronberg/Ts. 1977, 162; *Müller*: Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts. Bern 1964, 160.

43 BGHZ 13, 334 (Schlacht-Brief), bzw. BGHZ 26, 349 (Herrenreiter).

44 Gleichberechtigung von Mann und Frau im Arbeitsvertrag, BAG, Neue Juristische Wochenschrift 1955, 607.

45 *Raiser*, 184, Anm. 43.

gen. Ihr politischer Gehalt, von den Pressesachen abgesehen, enttäuscht uns jedoch. Die Rechtsprechung haftet zu sehr an den klassischen Rechten. Im deutschen Recht wirkt nämlich eine andere Tradition beschränkend. In den USA operiert eine einheitliche Gerichtsbarkeit mit verschiedenen Rechtsgrundlagen. In der BRD gehen die Rechtsgrundlagen ineinander über, während die Persönlichkeitssachen vor verschiedene Gerichten gehören. So entziehen die Verwaltungs- und Arbeitsgerichte die »politischen« Angelegenheiten der Zivilgerichtsbarkeit. Kein Wunder, daß der Theorienstreit um den politischen Inhalt des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes zum »wirtschaftlichen Zusammenhang« zurückkehrt. Es ist umstritten, ob zur freien Entfaltung der Persönlichkeit auch Eigentums- und Vertragsfreiheit gehören oder ob das Persönlichkeitsrecht dem wirtschaftlich Schwächeren helfen muß, wenn dazu Eigentums- und Vertragsfreiheit nicht ausreichen. Erinnern wir uns an den politischen Inhalt der ersten Entwicklungsphase der Persönlichkeitsrechte, so können wir sehen, daß ihr aktueller politischer Inhalt nicht darüber hinausgeht, obwohl eine »soziale« Intervention nicht nur vom Gesetzgeber, sondern auch von den Gerichten erwartet wird.⁴⁶



⁴⁶ Zur Übersicht s. *Schwerdtmer*: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Rechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung. Berlin 1977, 125–179.

Kapitel II

Haben die Persönlichkeitsrechte eine Geschichte?

Aber natürlich! Bekannt ist die Geschichte der *matrona* in Rom, die vom Prätor eine *actio* verlangte, da sie auf der Straße als Jungfrau verspottet wurde. Von Gellius kennen wir den Fall des Veratius, der während seines Spazierganges den Passanten Ohrfeigen gab, worauf sein Sklave aber sofort die Buße von 25 Assen beglich. Anekdoten begleiten uns auch in neueren Zeiten. Lehr- und Handbücher übernehmen voneinander das Schillersche Distichon über »das Recht zu Riechen«, das er gegen die in der Naturrechtstheorie endlos wuchernden Persönlichkeitsrechte schrieb. Ironie der Wissenschaft: Ständiges Zitieren machte das Gerede um Mrs. Brandeis unsterblich – obwohl Mr. Brandeis, eben darüber empört, den modernen Schutz der Persönlichkeit in den USA begründete.

Der Rechtshistoriker kann die zweitausend Jahre des Schicksals der *actio iniuriarum* auch ernsthaft verfolgen (oder auch im ungarischen Recht die archaischen Injuriendelikte von Werbőczis »Tripartitum« von 1514 bis zum modernen Strafgesetzbuch). Die zahllosen »angeborenen« Personenrechte des Naturrechts bieten sich ebenso zur Erforschung an wie die wichtigen Ereignisse der Jahrhundertwende.

Trotzdem ist die als Titel gewählte Frage berechtigt. In der Geschichte der Persönlichkeitsrechte stößt man immer auf das Problem der Kontinuität. Es ist stets darauf zu achten, ob die Begriffe noch dasselbe bedeuten. Dies ergibt sich – unter anderem – aus der begrifflichen Unbestimmtheit des Persönlichkeitsrechts. Aber kann »das Persönlichkeitsrecht« das Leitmotiv unserer geschichtlichen Untersuchungen sein? Ein Begriff, der im 18. Jahrhundert eher eine rechtsphilosophische Kategorie war, in den letzten hundert Jahren dagegen (auf dem Kontinent und besonders im deutschen und schweizerischen Recht) ein Institut des Zivilrechts ist? Parallel mit dem, bzw. mit ihm immer mehr zusammengeschmolzen, auch von einem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz die Rede sein kann? Ein Begriff, den einige Rechte, wie das französische im 19. Jahrhundert, nicht kennen – während sie mit anderen Instituten der Persönlichkeit einen vollkommeneren Schutz gewähren als die Rechte, die ständig von Persönlichkeitsrechten sprechen? Sollen wir also eher von der Funktion ausgehen und danach fragen, was früher dem heutigen

Persönlichkeitsschutz entsprach? Solche Rückprojektion beschwört die Gefahr des Anachronismus herauf. Also versuchen wir herauszufinden, unter welchen gesellschaftlichen Umständen welche Schutzansprüche auftreten.

Schon das Gesagte deutet darauf hin, daß wir nicht innerhalb des Zivilrechts verbleiben können. Die Persönlichkeitsrechte werfen Vorfragen des Zivilrechts selbst auf, Probleme des Verhältnisses zwischen »Mensch« und »Staat«, »Mensch« und »Bürger«, »Autonomie« und »Gesellschaft«. (In der Literatur finden wir oft die Kehrseite: die Frage, ob sich die Persönlichkeitsrechte ins Zivilrecht eingliedern lassen.) Auf diese Weise kann die zivilrechtliche Entwicklung der Persönlichkeitsrechte die Entwicklungsphasen des Zivilrechts kennzeichnen.

Hier wird man wieder unsicher. Wir können zwei große formative Perioden der Persönlichkeitsrechte feststellen, um die Jahrhundertwende und nach dem zweiten Weltkrieg. In den epochalen Neuheiten erkennt man aber die Wiederentdeckung vergessener Probleme. Wann entstanden also die modernen Persönlichkeitsrechte? Wann begann das moderne Zivilrecht? Die Zeitgrenzen variieren abhängig von der aufgeworfenen Frage: Durch jede heutige Frage wird ein bestimmtes Stück Vergangenheit lebendig. In unwichtigeren Fragen gibt es oft Atavismen, und man braucht im allgemeinen nicht weiter zurückzuschauen als in die Zeit der Großväter. (So bei den heutigen Problemen der Fahrlässigeitsarten auf die Abstufung des Verschuldens auch noch in der ersten Hälfte des 19. Jh.) Bei Grundsatzfragen aber, wie beim Persönlichkeitsrecht, müssen wir weiter zurückgreifen, bis zu der Grenze, von der ab das Zivilrecht als »modern« bezeichnet werden kann, wo das »bürgerliche« Rechtssystem entstand. (Eine schöne Parallele bietet die Kunstgeschichte, die den Ursprung der modernen Kunst suchte. Sie datierte ihn immer weiter zurück, bis sie schließlich zum Manierismus gelangte.)

Der »Persönlichkeitsrechtshistoriker« ist gezwungen, zwischen zwei gegensätzlichen Möglichkeiten zu wählen. Entweder geht er von einem nationalen Rechtssystem aus und versucht, auf dessen gesellschaftlichem Hintergrund allgemeine Schlüsse zu ziehen – in diesem Fall aber liefert er sich den Zufällen der gegebenen Rechtsentwicklung aus, und seine Verallgemeinerungen können mit Rücksicht auf die besondere Vielseitigkeit der Persönlichkeitsrechte nicht zuverlässig sein –, oder er wagt das Risiko der Zufälligkeit der Materialauswahl sowie des Eklektizismus der Gesichtspunkte und hält seine Untersuchung im Abstrakten; so beschreibt er eher die theoretischen Probleme der Persönlichkeitsrechte mit historischen Illustrationen als ihre Geschichte. Diese Studie folgt der letzteren Methode. Unser Weg wird sich schlängeln – wir nützen die Freiheit desjenigen, der sich selber den Weg bahnt.

I.

Die Geschichte der Persönlichkeitsrechte verspricht theoretische Ergebnisse auf zwei Gebieten: im deutschen Naturrecht des 18. und in der englischen Gesellschaftsphilosophie des 17.–18. Jahrhunderts sowie in deren rechtlichen Folgen. Der deutsche Weg ist der schmalere, der rechtliche, sogar privatrechtliche, der ausgesprochen der Geschichte der Persönlichkeitsrechte folgt; dagegen ist die englische (und die davon abzweigende amerikanische und französische) Entwicklung breiter und mehr philosophisch als rechtlich, und soweit rechtlich, so vielmehr öffentlichrechtlich angelegt. Obwohl diese mit den Persönlichkeitsrechten nur mittelbar zu tun hat, beleuchtet sie ihre Grundfrage unmittelbarer als die deutsche Entwicklung.

Das deutsche Recht fordert geradezu zur historischen Untersuchung auf, da hier die Vorläufer der Persönlichkeitsrechte schon unter diesem Namen bekannt waren. Ihr Stammbaum läßt sich lückenlos bis zu Christian Wolff oder Thomasius verfolgen. Der Fluß dieser Kontinuität hat sich schon so tief in sein Bett eingegraben, daß die Ufer die Aussicht versperren und man die Orientierung verliert. Die meisten Monographien sind in diesem Sinne »aussichtslos«, aus den gesammelten Materialien geht die im Titel versprochene Entwicklung nicht hervor.¹ Auch frühere Reflexionen (seitens der historischen Schule und später des Positivismus) bleiben darin befangen, daß sie die Persönlichkeitsrechte nur vom Zivilrecht her prüfen. Die Rückprojektion der Ansichten der eigenen Epoche und die spezifische privatrechtliche Einstellung des deutschen Naturrechts verstärken einander in diesen Fällen.

Die Charakterzüge der deutschen naturrechtlichen Schule prägen natürlich auch die Persönlichkeitsrechte. Die logische Systematisierung des Naturrechts war übertrieben. Die Theorie war von der Praxis getrennt, daher entwickelte sich die Praxis selbständig, während die Theorie nur über die Beeinflussung der Gesetzgebung praktische Wirkung erhoffen konnte. Das Naturrecht war als »Professorenrecht«² apolitisch. All dies finden wir im Persönlichkeitsrecht wieder. Man trifft hier nämlich eine unübersehbare Menge der von der menschlichen Person untrennbaren Rechte an, je nach Professor anders systematisiert, aber immer nur von

¹ *Leuze*: Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Bielefeld 1962, und *Scheyhing*: Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Archiv für die civilistische Praxis 1960, 503. Beide besprechen auch die Vorgeschichte im 18. Jh.

² *Koschaker*: Europa und das römische Recht. München/Berlin 1953, 248.

theoretischem Interesse.³ (Dieses zeigt am besten, daß sich diese natürlichen Rechte immer auf den status naturalis, die außergesellschaftliche, und so vom positiven Recht unberührte Rechtsstellung des Menschen beziehen.) Zu diesem Bild gehört, daß das Naturrecht in Deutschland bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts an den Universitäten gelesen wurde und die Persönlichkeitsrechtslehre unverändert blieb.⁴ Weder die Freunde noch die Feinde des Naturrechts bemerkten, daß die inzwischen erlassenen naturrechtlichen Gesetzbücher »ihre« Persönlichkeitsrechte überflüssig machten.⁵

Zunächst möchten wir das Menschenbild und die Persönlichkeitsrechtsauffassung der naturrechtlichen Schule an einigen Beispielen darstellen. Anschließend werden wir einen Überblick über ihre Einschätzung im 19. Jahrhundert geben.

a) Die naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte standen auf verschiedenen Stufen der Verallgemeinerung. Herkömmlicherweise gingen sie aus dem Recht auf Leben, auf körperliche Unversehrtheit, auf Ehre und Handlungsfreiheit hervor. Diese weiter verallgemeinernd, gelangt man zum Grundgedanken des Systems, der auch als »Recht«, und zwar als »Ur-« oder »Grundrecht« bezeichnet wurde. (So das Urrecht der Persönlichkeit bei Zeiller, oder – als Pflicht ausgedrückt – die Pflicht der Selbstvervollkommenung bei Wolff.) Andererseits werden aus den Grundrechten weitere Rechte abgeleitet, die heute in ihrer Konkretheit meist absurd und mit der angeborenen naturrechtlichen Würde ausgestattet komisch wirken. Aus dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit folgte man z.B. das Recht auf »freie Benutzung der Glieder« (das in allen Quellen vorkommt), und das natürliche Recht auf das beliebige Schneiden des Haares und der Nägel; dem Recht auf Leben entnahm man das Recht auf die zum Leben notwendigen Güter, die einzeln aufgezählt wurden, wie das Recht auf Essen und Trinken, auf Kleidung, Medikamente, Wohnung und sogar auf Dinge, die das Leben angenehm machen. Ausdrucksweise und Systematik können uns irreführen: Das Recht an den Gliedern, an Sinnes- und Sprechorganen umfaßte auch die Rede- und Pressefreiheit; aufgrund des Rechts auf Gesundheit wurde nicht nur das Miedertragen von jungen Mädchen als rechtswidrig erachtet, sondern auch die Kinderarbeit und auch die körperlichen Strafen. Die Bedeutung des Rechts auf Auswande-

3 Für eine eingehende Darstellung der persönlichkeitsrechtlichen Ansichten von Pufendorf, Thomasius und besonders Wolff s. *Leuze* 18ff. Siehe noch *Wieacker*: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen 1967, 306–320.

4 Siehe z.B. *Röder*: *Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie*. Heidelberg 1846.

5 Eben die Gegenargumente entbehren völlig eines historischen Gesichtspunktes. Vgl. *Savigny*: *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I, Berlin 1840, 335ff., oder *Hegel*: *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 70.

rung wird nicht dadurch geschmälert, daß einige davon das Recht auf Selbstmord ableiteten usw.⁶

b) Solche Kuriositäten boten sich dann im 18.–19. Jahrhundert den Gegnern des Naturrechts als bequeme Zielscheibe. Und die Spöttelei mit dem »Recht auf gebackene Froschschenkel« oder dem »Recht, auf einem Fuß zu stehen«⁷ konnte auch zutreffen, denn sie folgte der Logik des Naturrechts. Die Ablehnung solcher Rechte wurde theoretisch einfach damit begründet, daß sie in das geltende Recht nicht hineinpassen: Die angeführten natürlichen Rechte sind in dessen System nur moralische Postulate, die einerseits vom Staat schon gesichert werden, ohne daß die Bürger ein subjektives Recht darauf hätten, und andererseits werden viele von ihnen auch positivrechtlich geschützt.⁸

Die Kritik war begründet, da die naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte für die neue (kapitalistische) Staats- und Rechtsauffassung obsolet geworden waren. Unklar ist aber der Übergang zwischen den zwei Epochen. Eben darin müssen wir aber die Antwort auf die Frage suchen, warum die Persönlichkeitsrechte aus dem kapitalistischen Recht verschwunden sind.

Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erkannte man die damaligen Persönlichkeitsrechte als antiabsolutistische politische Forderungen, die zur Ablösung der damaligen Beschränkungen durch die bürgerlichen Freiheiten beitrugen.⁹

Das deutsche Naturrecht vermochte diese Ablösung nicht allein zu bewirken.¹⁰ Seiner Lehre zufolge standen die sich aus der Persönlichkeit ergebenden natürlichen Rechte dem Menschen in seinem Naturzustand zu, d. h. außerhalb der Gesellschaft, in der aber jedermann je nach seinem Stand verschiedene Rechte und Pflichten hatte. Das Aufzeigen einer ideellen Rechtsstellung hatte keine revolutionäre Wirkung; die Autoren erklärten, wie natürliche Gleichheit und tatsächliche Ungleichheit sich

6 Vielfältige Beispiele bei Röder 115ff., bes. 121.

7 Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1892, Bd. I, 497; s. noch Leuze 22.

8 Unger 507, Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt/M. 1891, Bd. I, 94.

9 »In einer Zeit, in der man sich für jede spontane Äußerung der Persönlichkeit erst einen polizeilichen Erlaubnisschein lösen mußte«, als freie Reise, Kleidung, Gewerbe und Handel minutös geregelt wurden, »war es von der größten Bedeutung die natürliche Freiheit zu handeln in eine Menge angeborener dem Menschen von Natur aus zustehender Rechte aufzulösen und auf diese Weise allmähig an die Stelle engherziger Beschränkung das Prinzip der freien Bewegung und der ungehinderten Gestaltung der Kräfte zu setzen«. Unger 497, neuere Literatur in diesem Sinne s. Leuze 23.

10 Für die nicht-revolutionäre Einstellung der deutschen Intelligenz und Juristen s. Wieacker: Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher. (1970) in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung. Frankfurt/M. 1974, 79, 81ff.

vertragen.¹¹ Schon die Systematisierung entschärfte die naturrechtliche Theorie.¹² Man merke, daß der vorgesellschaftliche Zustand hier nicht ein erbarmungsloser Kampf um Leben und Tod ist (wie z. B. bei Hobbes). Er ist vielmehr einem statischen Modell des friedlichen Absolutismus nachgebildet, in dem die Sorge für die anderen eine natürliche Pflicht ist – wie sie in der Gesellschaft dann vom Staat übernommen wird. Die minutiöse Konkretisierung der Rechte zeugt auch davon, daß sich die Lehre mehr auf ihre Zeit als auf die Zukunft bezieht. Die Theorie bleibt darin gefangen, wovon sie sich befreien möchte: gegenüber den an konkrete Situation oder die ständische Stellung gebundenen einzelnen Rechten führt sie eine Vielfalt natürlicher Rechte auf, den Geburtsprivilegien stellt sie die jedem Menschen angeborenen Rechte entgegen. Für die bürgerliche Rechtsentwicklung wären aber abstrakt gefaßte Rechte notwendig gewesen. Weiterhin bezweckten die erwähnten kleinen und konkreten Freiheiten noch nicht die Freiheit der bürgerlichen Gesellschaft vom Staat. Bei der Würdigung der naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte als »revolutionär« im 19. Jahrhundert projizierte man die damalige Situation in die Vergangenheit: Als ob schon zur Blütezeit der Naturrechtslehre die staatliche Rechtssetzung die wichtigste Gebundenheit bedeutet hätte. Die Beschränkungen waren in der Tat ebenso »polizei-« wie privatrechtlicher Natur, sowohl rechtlich als auch halbstaatlich und gesellschaftlich, d. h. grundherrliche oder städtische Akte, Zunftregeln usw. Die diesen gegenübergestellten persönlichen Freiheiten konnten die bürgerlichen Forderungen der Zeit mit ausdrücken und unterstützen, aber zur Veränderung der ganzen Struktur waren sie schon technisch ungeeignet.

c) Für die Wertung der naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte und das Suchen nach den Vorfahren der modernen Persönlichkeitsrechte sind die Naturrechtsgesetzbücher entscheidend.

Auf den ersten Blick sieht man die bekannten Thesen über den Charakter des Preußischen Landrechts und des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für Österreich bewiesen. Es spricht gegen die »revolutionäre« Wertung der vielen einzelnen Persönlichkeitsrechte, daß das deutsche Naturrecht in den Gesetzbüchern des aufgeklärten Absolutismus vollkommen ver-

11 Das wurde sogar in den ersten Entwurf des ABGB aufgenommen; s. Ur-Entwurf, §§ 31–33 in: *Ofner*: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1889, Bd. I.

12 Das schreibt schon *Stabl*. Dem Urrecht hätte man nicht die erworbenen Rechte, sondern die »bestehende, nicht ausreichende Rechtslage« gegenüberstellen müssen. *Die Philosophie des Rechts*. 1854, Bd. II, 286.

wirklicht wird.¹³ Dieselbe pedantische Kasuistik ist für die Persönlichkeitsrechte von Wolff kennzeichnend wie für die Paragraphen des Allgemeinen Landrechts, das auch den Dualismus der natürlichen und im Staat geltenden Rechte übernimmt. Das ALR deklariert z. B. die auf der »natürlichen Freiheit« beruhenden »allgemeinen Rechte« des Menschen (Einl. §83). Gleich darauf unterscheidet es aber von diesen die »besonderen Rechte«, deren Grundlage die ständische Stellung ist (Einl. §84) – und führt diese Unterscheidung nach dem Stand folgerichtig von der Rechtsfähigkeit bis zum Umfang des Schadenersatzes durch.¹⁴ Die sich aus dem »status naturalis« ergebenden »allgemeinen Rechte« haben keine Bedeutung.¹⁵

In diesem Geist begann auch die österreichische Kodifikation 1753. Die Konzeption sah vor, das geltende Recht Österreichs und der Erbländer zu vereinheitlichen und die Lücken aufgrund des Naturrechts auszufüllen. In diesen Fällen wiederholten die Entwürfe aber abstrakte Lehrsätze. Die Versuche zu ihrer Konkretisierung fallen flügelarm in das bestehende positive Recht zurück.¹⁶ So wird aus dem naturrechtlichen Grundsatz der »natürlichen Freiheit« die Genehmigung, daß der Eigentümer sein Eigentum veräußern darf; aus dem »naturrechtlichen Prinzip« des ungehinderten Strebens nach Eigennutz und Gemächlichkeit wird gefolgert, daß jeder »das Taglicht, die durchstreichende Luft, das abfallende Regenwasser« benutzen darf, soweit er nicht andere schädigt usw. Mit dieser Freiheit verträgt sich nicht nur die ständische abgestufte Rechtsfähigkeit, sondern sogar Sklaverei und Leibeigenschaft.¹⁷ Das Personen-

13 Schon für *Tocqueville* war es eindeutig, daß man »unter diesem modernen Haupt... einen durchaus mittelalterlichen Rumpf« erblickt. Vergebens kann man die einleitenden Grundsätze dieses Gesetzbuches mit der französischen Verfassung von 1791 vergleichen, diese bleiben bloß Produkte theoretischer »Neuerungslust«, die wegen »der Furchtsamkeit« in den praktisch entscheidenden Teilregeln zurückgezogen werden. So ist das ALR doch das letzte authentische Dokument der feudalen Ungleichheiten, dessen Einführung eben deswegen in der Praxis völlig unbemerkt blieb. Das alte Staatswesen und die Revolution. Leipzig 1857, 266 ff.

14 »Die natürliche Gleichheit« verhindert nicht die Anerkennung des Eigentumsrechts an einem aus dem Ausland mitgebrachten Sklaven im ALR. – »Persönliche Verhältnisse« bedeuten die ständische Stellung. Siehe *Koch*: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Bd. I, Berlin 1874, §84.

15 Hierzu zählen der status libertatis, civitatis und familiae, nicht aber der status nach Lebensalter oder Geschlecht. Diese drei status wurden vom römischen Recht übernommen, gegen dessen Autorität das Naturrecht kämpfte, und die im römischen Recht eine andere Funktion hatten, nämlich die Begründung der Rechtsfähigkeit. Vgl. *Koch* a. a. O.

16 *Wellspacher*: Das Naturrecht und das ABGB. in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911, Bd. I, 176.

17 Grundsätze zur Verfassung des allgemeinen Rechts..., zitiert bei *Wellspacher* 176–178.

recht des ersten Entwurfs von 1796 – der in Galizien »mit Erfolg verwendet wurde«¹⁸ – enthält die Rechte auf das Leben und seine Erhaltung, auf die Veredelung des Leibes und der Geisteskräfte, auf Selbstverteidigung, guten Leumund sowie freies Schalten und Walten mit dem Eigentum (§29). Diesen unveränderlichen und angeborenen Rechten (§§28–31) werden die erworbenen Rechte (darunter die Privilegien) gegenübergestellt, aufgrund deren die Ungleichheit unter den Menschen »unvermeidbar, ja sogar notwendig« ist (§32). Gerade die Ungleichheit macht die bürgerliche Gesellschaft notwendig, die den »Schwächeren gegen den Stärkeren« schützt und seine Rechte sichert – lehrt das Gesetz (§38).

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch entstand aus einer grundsätzlichen Umarbeitung des Ur-Entwurfs. Die Änderungen im Personenrecht waren im wahrsten Sinne des Wortes epochal. An Stelle der naturrechtlichen Lehrsätze spricht das Gesetz die allgemeine Rechtsfähigkeit aus (§18).

Was man hier sieht, ist die Spaltung der »alten«, einheitlichen Freiheit in eine zivil- und eine öffentlichrechtliche, eine entscheidende Abstraktion des Menschen, ein grundlegender Schritt zu liberalem Privatrecht. Die angeborenen natürlichen Rechte haben hier (gewissermaßen) ihr Ziel erreicht, eine Art vollständige Freiheit wurde geschaffen. War aber gerade dies beabsichtigt? Während das Naturrecht die menschliche Qualität (Würde, Freiheit) unmittelbar zur absoluten Rechtsquelle erhob, wird die Persönlichkeit von nun an im Zivilrecht nur vermittelt erscheinen, sie wird anerkannt und geschützt als Subjekt eines Zivilrechts, besonders als Eigentümer.

Ist diese Änderung eine natürliche Konsequenz der natürlichen Rechte? Wie wir sehen werden, nicht. Sie wurde vielmehr durch ein äußeres Ereignis bewirkt, nämlich durch die französische Revolution. (Wir können jedoch diese Revolution als die Folge eines anderen Entwicklungszweiges des Naturrechts auffassen.)

Die Entstehungsgeschichte des ABGB zeigt eindeutig, daß ein Katalog der angeborenen Rechte unter dem Einfluß der Vorkommnisse in Frankreich in dem Gesetz weggelassen wurde. Dabei spielte die Komik der Methodologie eine Rolle: Im Interesse der Kodifikation mußte man die verschiedenen konkreten Freiheiten verallgemeinern, und so gelangten die österreichischen Parallelen zu »Freiheit und Gleichheit« in die Gesetzesentwürfe hinein. 1794 befand die Kodifikationskommission, daß die Aufnahme solcher Rechte »jetzt gerade noch doppelt am unrechten Platz wäre, denn sie schienen Furcht zu verraten«.¹⁹ Zeiller hielt die andere Ursache auch nach dem Inkrafttreten des ABGB für gültig: Solche

¹⁸ Dies stellt Zeiller für die Gesetzgebungskommission fest; s. *Ofner* 4.

¹⁹ *Wellspacher* 180.

Rechte geben in ihrer Abstraktheit und Unbestimmtheit »zu den gefährlichsten Mißdeutungen Anlaß«, »was die Erfahrung bewährte«.²⁰

Neben der französischen Revolution war der zweite Grund für den Schritt von den natürlichen Freiheiten zur allgemeinen Rechtsfähigkeit die Einsicht, daß das Zivilrecht mit den natürlichen Rechten nicht viel anfangen konnte. Wir sahen, daß die »allgemeinen Rechte« des Menschen im ALR inhaltlos waren; nach einem frühen Kommentator sind sie bloße Abstraktionen der römischen Status-Lehre. Ihr Weglassen im ABGB begründet Zeiller unter anderem damit, daß das ALR auf diese Rechte eben nur hinweist und der Code civil sie »stillschweigend übergeht«.²¹ Der praktische Kritiker des Naturrechts, Hugo, schreibt schon 1789, daß diese Rechte im Privatrecht keine Theorie haben.²² Daß aber die Freiheiten im öffentlichen Recht ihre Funktion haben, war auch den Zeitgenossen klar. Die letzte Kodifikationskommission des ABGB wollte das Zivilrecht von den anderen Zweigen der Gesetzgebung, d.h. vom Verwaltungs- und vom Strafrecht, rigoros trennen. 1811 setzte sieh das seit 1794 benutzte Argument, daß diese Rechte »eher in eine sogenannte Konstitution« gehören, durch.²³ Die Bereinigung von öffentlichrechtlichen und strafrechtlichen Elementen ist Wesensmerkmal der Entstehung des klassischen Zivilrechts: Das Zivilrecht stößt das ihm fremde Element aus.

Es ist jedoch charakteristisch, daß der Kommission bei der Endredaktion Bedenken kamen. Sie wollte die Grundlage der zivilrechtlichen Stellung der Person im Gesetz niederlegen (um so mehr, als »ein allgemeiner politischer Kodex« nicht vorbereitet wurde). Deswegen hatte man die Aufhebung der Leibeigenschaft (schon geltendes Recht) und einen naturrechtlichen Satz in das ABGB aufgenommen (§16: »Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaft und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet«).

Diese letztere Regel wurde weiterhin mit der naturrechtlichen Lehre von der menschlichen Würde erklärt.²⁴ (Darauf wird man hundert Jahre später zurückkommen, wenn in der Zeit der Neubelebung der Persönlichkeitsrechte schon das als »Irrtum« gilt, »daß es sich bei den ange-

20 Zeiller: *Commentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch*. Wien/Triest 1813, Bd. I, 106.

21 Koch 63, Zeiller 107.

22 »Von ihrer Entstehung und ihrem Ende läßt sich nichts sagen, nur von ihrer Sanktion durch Strafen, und diese gehört in das öffentliche Recht«. Hugo: *Lehrbuch eines Civil-Cursus*, 1789, § 55, zitiert bei Zeiller 108.

23 Wellspacher 180f., Ofner 7, 35, 38.

24 Zeiller 102.

borenen Rechten ausschließlich um die öffentlichen Grundrechte handle.²⁵ Die klare Schlußfolgerung, die Deklaration der allgemeinen Rechtsfähigkeit (§ 18), war ein Werk der technischen Redaktion.

Wir sollten diese Neuerung nicht überschätzen. Die Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht war nicht so vollständig, wie es die gesetzliche Verankerung des abstrakten Individuums annehmen läßt. Genauer gesagt, die Grenzen wurden anderswo gezogen als später durch die liberale Auffassung. Die Regelung des »Kommerz« oder des Verhältnisses zwischen Grundherr und Grundsassan hielt man für Politik und überließ sie der verwaltungsrechtlichen Gesetzgebung.²⁶ Die gesellschaftliche Wirklichkeit war noch rückständiger: Das Gesellschaftsbild des ABGB stand zur wirtschaftlichen Einrichtung und zur Verwaltungsweise der österreichischen Erbländer im Widerspruch. Der zu früh gekommene moderne zivilrechtliche Status des Menschen wurde erst nach 1848 realisiert.²⁷

Die Bilanz des deutschen Naturrechts ist demnach eher negativ. Die Persönlichkeitsrechte waren eine rechtsphilosophische Kategorie, für das geltende Recht unbedeutend. Sie waren politisch und methodologisch mit dem Bestehenden viel zu stark verbunden, als daß sie die grundsätzlichen Änderungen der Rechtsstellung der Person hätten erklären können.

II.

Auf der Suche nach Vorläufern der Persönlichkeitsrechte sind wir an die Grenze gelangt, bis zu der die deutsche Theorie noch zurückreichte. Obwohl gewisse Vorbilder späterer Persönlichkeitsrechte zu finden waren und ihrer Umsetzung in das positive Recht auch die Entwicklungstendenz zu entnehmen war, haben wir keine Erklärung für das Wesen der Persönlichkeitsrechte gefunden. Man kann tief in »den Brunnen der Vergangenheit« hineinsteigen, es bleibt unergründlich: Wir werden neue und neue Urbilder der Persönlichkeitsrechte antreffen, da man sich über Freiheit, Staat und Menschenwürde schon immer Gedanken machte. Kein Hinweis auf den jeweiligen gesellschaftlichen Hintergrund – wie im Falle Preußens

²⁵ *Wellspacher* 189, Anm. 49.

²⁶ *Zeiller* 16 ff.

²⁷ Auch diesbezüglich gibt es keinen Unterschied zwischen den zwei zentralisierenden und kolonisierenden deutschen Staaten. Die Leibeigenschaft wurde auch in Preußen 1807 aufgehoben, aber das Verhältnis zwischen Grundherrn und Grundsassan erlangte erst nach der Verfassung von 1850 einen »bürgerlichen« Charakter. – Für die feudalen Züge der österreichischen Verhältnisse s. *Klein*: Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. Wien 1911, Bd. I, 16 ff., 26 ff.

und Österreichs – vermag das Wesentliche zu enthüllen. Wenn wir die Geschichte einzelner Persönlichkeitsrechte verfolgen, projizieren wir die heutige Fragestellung zurück: Wir gehen von partikularen Ansprüchen, von zufällig auftretenden technischen Gefährdungen aus und möchten auf deren Spuren zu den Grundsatzfragen gelangen und das Entwicklungsprinzip der Persönlichkeitsrechte erkennen.

Es verspricht mehr Erfolg, wenn wir in der Geschichte einen festen Punkt auswählen, wo die Persönlichkeitsrechte Bestandteil einer Gesellschaftstheorie bilden, nämlich bei den Engländern Hobbes und Locke. Dann wird ersichtlich, daß einige oben erwähnte Persönlichkeitsrechte nur darum lächerlich wurden, weil man sie aus dem Zusammenhang riß und mit der Zeit einfach nicht mehr verstanden hat. Im deutschen Naturrecht fielen die einzelnen isolierten Rechte der Systematisierung zum Opfer, andererseits rezipierte das Recht nur Bruchstücke der Gesellschaftsphilosophie, ohne sie rechtstechnisch umzugestalten.

Wie aber kann man das englische »Original« der Spekulationen der Naturrechtsprofessoren zum Ursprung erklären? Es ist leicht, in Pufendorf Hobbes oder in Thomasius Locke zu entdecken,²⁸ es ist aber ebenso leicht zu sehen, was diese von Thomas von Aquin oder von Cicero übernommen haben. Gegen Originalitätsansprüche der Franzosen weist schon Jellinek nach, daß die Menschenrechte zur Zeit der französischen »Deklaration« und der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung »naturrechtliche Trivialitäten« waren.²⁹

Diese Tatsache ist eine allgemeine Erscheinung. Naturrechtliche Beispiele und Gemeinsprache haben auch ihre »Mond-Grammatik«, wie die Geschichten von Jakob bei Thomas Mann. Hobbes legt im »Leviathan« die Prinzipien dar, die »der Verfassung ewiges Leben sichern«, d.h. die Struktur des richtigen Staates.³⁰ Die einzelnen Lösungen werden mit einer Reihe von Beispielen, die bis auf das Alte Testament zurückgehen, belegt. Das Urbild des Gesellschaftsvertrages ist Jahwes Bund mit dem auserwählten Volk. Hobbes bricht mit der Tradition, indem er die traditionellen Kategorien bewahrt. Nur ändert sich hier und da eine Voraussetzung – wodurch das Ganze ein neues Gesicht bekommt. Der Naturzustand bedeu-

28 Wolf: Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft. Tübingen 1927, 86 bzw. 106.

29 Jellinek: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte. Leipzig 1904, X.

30 Hobbes selbst betont, daß sein Staat als zeitloses Modell gedacht ist. »Ob sie [die von Hobbes dargelegten Prinzipien des Staates] nun denen, die die Macht zu ihrer Anwendung haben, zu Gesicht kommen oder von ihnen übergangen werden, oder auch nicht, berührt mein persönliches Interesse heute sehr wenig.« Leviathan, Kap. XXX (im folgenden: Lev; Seitenangaben nach der deutschen Ausgabe, Neuwied und Berlin 1966 – Politica, Bd. 22, 256).

tet sowohl für Thomas von Aquin als auch für Hobbes, daß es kein Gesetz und kein Eigentum gibt, alle Menschen frei und gleich sind und jeder alles rechtens tun kann. Nur die Menschen sind anders: bei Thomas bewohnen lauter ethische Wesen dieses Paradies – die Instinktmenschen von Hobbes sind alle Kains. Eine Änderung des Menschenbildes: die Vertreibung aus der Tradition.³¹ Aber die Wurzeln davon, daß der Mensch des Menschen Wolf ist – oder wie Luther sagt: »wildes böses Tier« – liegen u. a. bei Augustinus. Die Neuerung von Hobbes besteht in der Unparteilichkeit, der Neutralität der zur Zügelung solcher Menschen notwendigen Macht.³²

Die Beispiele sollten zeigen, daß Hobbes' Neuerung nur aus dem Gesamtzusammenhang hervorgeht.³³ Das dürften wir auch bei den persönlichkeitsrechtlichen Untersuchungen nicht aus den Augen verlieren. Hobbes' neues Menschenbild allein ist nicht Grund genug dafür, ihn als historischen Ausgangspunkt zu wählen – schließlich wendete sich auch die Gesellschaftsphilosophie bald gegen ihn. Doch rechtfertigte es sein historischer Standort, ihn als Anfang zu betrachten. Darunter verstehen wir nicht den primitiven Zusammenhang, daß Hobbes Zeitgenosse der englischen bürgerlichen Revolution war.³⁴ Vielmehr beziehen wir uns darauf, daß vor ihm die spirituelle Kontinuität nicht existierte, innerhalb derer die Lehren der sich entfaltenden bürgerlichen Philosophie und der Rechtswissenschaft, die mit den Rechten des Menschen und des Bürgers sowie den Persönlichkeitsrechten überhaupt zu tun haben, zu den Vorläufern eine innere Verbindung finden können – sei es auch durch Negation.

Wir müssen jedoch darauf achten, daß der rote Faden, den wir von Hobbes über Locke und Rousseau bis zu den Revolutionen verfolgen,

31 Vgl. die Charakterisierung von *Habermas*: »Die klassische Ethik des Naturrechts [wird] von einer modernen Physik abgelöst. Unter naturrechtlichen Voraussetzungen verwandeln sich in abgründiger Ironie die beibehaltenen Bestimmungen der Tradition.« Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Geschichtsphilosophie. In: Theorie und Praxis. Frankfurt/M. 1978 (im folgenden: TP) 69.

32 *Koselleck*: Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt. Frankfurt/M. 1976, 163–165. Die Metapher benutzte man auch im frühen Mittelalter; Lanfranc beschreibt in seinem *Elucidarium* das Wirtschaftsleben als einen Streit der Wölfe um das Aas. Zitiert in *Tawney*: Religion und Frühkapitalismus. Bern 1946, 31.

33 Deswegen wäre es abwegig, mit verschiedenen Stichwörtern auf den mit Hobbes einsetzenden Neubeginn hinzuweisen, wie »Verwissenschaftlichung der Politik« usw., da es auch die Darstellung ihrer Mittel verlangen würde, wie die moralische Neutralisierung der Macht und deren Folgen, und so würden wir doch zur Aufzählung einzelner Neuerungen gelangen. Man achte darauf, daß die streng logische Methode und die inhaltliche Neutralität einander gegenseitig voraussetzen.

34 Er hat die Wertzerstörung durch den Bürgerkrieg unmittelbar erlebt.

nur für unsere Untersuchung gültig ist und natürlich nicht für das »bürgerliche Denken« monopolisiert werden kann. Hobbes war sicherlich bestimmend für die Entwicklung des bürgerlichen Gesellschaftsverständnisses, wegen der Wissenschaftlichkeit seines Staatsmodells und der daraus folgenden ethischen Neutralität. Man vergesse aber die anderen Wege nicht: Die Antwort der Platoniker von Cambridge auf die Religionskriege war eben eine nichtdogmatische, tätige Moralität; fern von beiden Theorien gestalteten die puritanischen Mittelschichten ihre Wirtschaftsmoral aus, die die ethische Überlieferung völlig umdeutete. Die Nachkommen dieser Klasse deklarierten und verwirklichten die Menschenrechte in Amerika.

1. Die Rechte, die Hobbes und Locke dem Individuum zuerkennen, sind genau die Vorbilder der schon behandelten Persönlichkeitsrechte. Im folgenden zeigen wir die formale Kontinuität einzelner Persönlichkeitsrechte auf, die schon in Werken von Hobbes und Locke zu finden sind und in späteren Zeiten auch ständiger Teil der Persönlichkeitslehre bleiben. Erst danach widmen wir uns unserer eigentlichen Aufgabe, die dahinter versteckten Grundlagen zu finden und diese für das Verstehen der heutigen Persönlichkeitsrechte nutzbar zu machen.

Nach Hobbes muß der Mensch, der sich um Frieden bemüht, zwar auf einen Teil seiner Rechte verzichten, aber andere, für das menschliche Leben notwendige Rechte muß er beibehalten, z.B. »das Recht, über den eigenen Körper zu herrschen, das Recht auf Luft, Wasser, Körperbewegung, auf Verbindungswege von Ort zu Ort sowie auf alle Dinge, ohne die ein Mensch nicht oder nicht angenehm leben kann«. An anderer Stelle erwähnt Hobbes noch das Recht auf Nahrung und auf Arznei. Diese sind der Kern der späteren natürlichen Freiheiten. Er legt auch detailliert dar, daß die Verfügung über den Körper eigentlich die »Verteidigung« des Körpers bedeutet, nämlich das unübertragbare Recht auf Selbstverteidigung, nicht nur gegen Eingriffe schlechthin, sondern auch gegen rechtmäßige Urteile. »Niemand kann sein Recht, sich vor Tod, Verletzung und Gefangenschaft zu bewahren, übertragen oder darauf verzichten.« »Dasselbe gilt für die Anklage von Personen, deren Verurteilung jemand in Elend stürzen würde, wie z.B. des Vaters, der Ehefrau oder eines Wohltäters.« Auf der Folter abgegebene Anklagen sind ungültig.³⁵

Die anderen Freiheiten der Untertanen sind nicht mehr absolut, sie »hängen vom Schweigen des Gesetzes ab«. Die Grenze dieses freien Handlungsspielraumes bestimmen Zweckmäßigkeitserwägungen und die technischen Möglichkeiten der Regelung. Hierzu gehören »zum Beispiel die Freiheit des Kaufs und Verkaufs oder anderer gegenseitiger Verträge, der Wahl der eigenen Wohnung, der eigenen Ernährung, des eigenen Berufs, der Kindererziehung, die sie für geeignet halten, und dergleichen mehr«,

35 Lev, Kap.14, 15 und 21 (118, 168, 101, 107).

aber auch, ob man seinen Grundbesitz einem unrechtmäßigen Besitzer mit Gewalt entziehen kann oder ob die Vielweiberei gestattet ist.³⁶ Das Eigentum der Bürger gehört ohne Zweifel dieser zweiten, relativen Sphäre an: Das Eigentum steht dem Untertan nicht von Natur aus zu, »er hat es allein von der souveränen Gewalt« und es »liegt in allen Staatsformen in der Zuständigkeit der souveränen Gewalt«. Hobbes' Beispiele zeigen aber auch, daß seiner Logik folgend die zwei Arten der Autonomie nicht eindeutig voneinander abgegrenzt werden können. Er zählt nämlich zu den Gegenständen des Eigentums nicht nur das Vermögen, sondern auch das eigene Leben, die Glieder des Menschen, »alles, was die Gattenliebe betrifft« und die lebensnotwendigen Güter.³⁷

Mit der Grundthese von Locke, dem Eigentum des Menschen an seiner eigenen Person, setzen wir uns später ausführlicher auseinander. Hier erwähnen wir nur einige Beispiele, die später zu selbständigen Rechten entwickelt wurden. Gemäß der natürlichen Vernunft haben die Menschen, »nachdem sie einmal geboren sind, ein Recht auf ihre Erhaltung, und somit auf Speise und Trank und alle anderen Dinge, die die Natur für ihren Unterhalt hervorbringt«.³⁸ Hobbes faßt die natürlichen Gesetze so zusammen: »Was Du nicht willst, daß man Dir tu', das füg' auch keinem andern zu!« Bei Locke dienen alle Rechte dem Individuum dazu, zu leben und die Annehmlichkeiten des Lebens zu genießen.³⁹

Wir zeigen nun einige spätere Parallelen. Die uralte moralische Faustregel, auf die Hobbes sein System reduziert, wird von Thomasius, mit dem Lockeschen Grundrecht verbunden, variiert; dann taucht sie unter den frühesten Kodifikationsgrundsätzen des ABGB auf – während der ehemalige moralleugnende Akzent des Rechts aufs »gute Leben« vergessen wurde.⁴⁰ Dieses Prinzip erhält seine klassische Formulierung durch Kant, als gegenseitige Beschränkung von Freiheiten. Das Recht auf Essen, Trinken und Medikamente wurde von Wolff systematisiert. Auch der erste Entwurf zum ABGB enthält »das Recht, sein Leben zu erhalten, das Recht, die dazu nötigen Dinge zu verschaffen« (I, §29). Mitte des 19. Jahrhunderts berief man sich in den USA mehrmals auf das »unveräußerliche Recht zu trinken« – d.h. auf das Trinken von Alkohol – in dem Zusammenhang, ob der Staat befugt sei zu regeln, »was man esse, trinke, wie man

36 Lev, Kap.21 (165, 170).

37 Lev, Kap.24, 29, 30 (248, 190, 260).

38 Locke: *Two Treatises of Government*. II, 25.

39 Lev, Kap.15 (120), Locke I, 92, 97 (”right to subsist and enjoy the conveniences of life”).

40 »Grundsatz XXIX: Niemand an seinem Nutzen und Gemächlichkeit, so er ohne des andern Nachteil sucht, behindert werden darf.« Zit. bei Wellspacher 176.

sich kleide und welche Geschäfte man mache«.⁴¹ Die Rechte auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit sind in den Formeln der Delikthaftung heute noch lebendig. Das neuerlich praktizierte Recht auf Schutz des persönlichen Lebensstils fördert wiederum die kleinsten und sonderbarsten »alltäglichen Freiheiten« zutage.

2. Hobbes hat einen besonderen Platz in der Reihe der Urahnen der Persönlichkeitsrechte. Alle »Rechte«, die er den Individuen ließ, hatten ihre Folgen, wir sehen sie bei den naturrechtlichen Schulmeistern ebenso wieder wie in den Deklarationen der Revolutionen. Zugleich aber können wir sehen, wie unsicher diese formale Kontinuität ist: Die Kettenglieder werden oft durch Zufall oder Mißverständnis zusammengehalten.

Hobbes ist keine Quelle von der Art eines Locke, dessen Werk wegen seiner außerordentlichen Weisheit und Anpassungsfähigkeit der bürgerlichen Entwicklung unmittelbar zugrundeliegen konnte, der seinen Radikalismus verschleierte und der Moral wieder ihre alten Rechte einräumte, der das kapitalistische Eigentum philosophisch und ethisch begründete, das Naturrecht mit dem positiven Recht verband, auf den man, mit einem Wort, bauen konnte und der die Entwicklungstendenz bestimmte. Demgegenüber war Hobbes kein Grundstein, vielmehr ein Stein des Anstoßes. Dieser »unklugen, koboldhaften und bilderstürmerischen Extremist« (wie ihn Leo Strauss bezeichnet) erntete nicht Anerkennung, sondern Widerspruch. Dadurch erreichte er seine bleibende Wirkung.

Trotz alledem war er der Anfang. Wir müssen uns ihm zuwenden, denn er schuf das erste Staatsmodell, in dem das Menschenbild und das Staatsziel von der Auffassung des Mittelalters eindeutig abwichen und in dem sich die damaligen Wege »modernen« Denkens, die Kunstfertigkeit der politischen Macht (Machiavelli) und eine empirisch-zweckmäßige Organisation der Gesellschaft (wie in der Utopie von Morus) vereinigten und sich von bloßer Technik zur Wissenschaft erhoben.⁴²

Für das Personenrecht ist es besonders wichtig, ob man von einem »gesellschaftlichen« oder einem »natürlichen« Menschenbild ausgeht und ob neben Staat und Individuum auch die Gesellschaft als selbständige Kategorie anerkannt wird. Genau diese Faktoren bilden bei Hobbes ein einheitliches System. Unabhängig davon, daß dieses – im Gegensatz zu Locke – programmatisch abstrakt und nichtpragmatisch gedacht war,⁴³ ergeben sich aus ihm grundlegende Lehren. Auch das ist, wie alles bei Hobbes, nicht eindeutig: Dem abstrakten Modell liegt das Verlangen nach Frieden, die aktuelle Aufgabe der Konsolidation in England zu-

41 Für Beispiele s. *Corwin*: Liberty against Government. The Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept. Baton Rouge 1948, 107, 140.

42 *Habermas*, TP 62–66.

43 Siehe Anm. 30.

grunde. »Bürgerkrieg ist Tod« – schreibt Hobbes in der Einleitung zum Leviathan, und dies bedeutete in dem von Glaubenskriegen und der bürgerlichen Revolution zerrissenen England mehr als nur eine Metapher für den Staats-Automaten.

Hobbes ist mehrdeutig, genauer gesagt, relativ frei interpretierbar. Wie bekannt, diente seine Staatstheorie ebenso zur Begründung der Macht des Souveräns, wie auch zur Garantie des freien Funktionierens der »bürgerlichen Gesellschaft«.⁴⁴ Die freie Interpretation ergibt sich aus der Hobbes'schen Methode der Aufstellung eines streng rationalen, logisch geschlossenen Staatsmodells. Das System ist unzerlegbar: Alle Bestandteile hängen voneinander ab; der Staat ist ebenso gut für den Souverän wie für die Untertanen; andererseits ist es wertneutral, es besteht nur aus formalen Kategorien der Funktion.

Hobbes erkennt keinen äußerlichen Wert oder Gesichtspunkt an, der die Richtung, die Qualität der Betätigung bestimmen würde. Ein solcher äußerer Faktor ist nur der Naturzustand mit seiner Moral – er ist aber gerade das Gegenstück des Staates, der Staat geht aus seiner Negation hervor.

Trotzdem ist es der Naturzustand, d.h. wie ihn Hobbes sieht, der die Eigenschaft des Staates prägt: der Staat von Hobbes ist so, wie ihn die kämpfenden und nicht-geselligen Individuen verdienen. Er will die Menschen nicht verändern, wohl aber zügeln – der Staat schlägt durch seine Gesetze den Menschen in Ketten, schreibt Hobbes. Er kennt keine andere Gesellschaft als eine künstliche.

Diese Ansichten Hobbes' bedeuten den Bruch mit der mittelalterlichen Tradition. Das wissenschaftliche Modell: Die ethische Neutralität der Macht, der Verzicht auf eine moralische Vervollkommenung der Untertanen; die Negierung einer im alten Sinne organischen Gesellschaft bzw. die Ausarbeitung einer mechanischen Variante der organischen Staatsauffassung (für Hobbes ist der Leviathan »wie eine Uhr«) – all diese sind untrennbar miteinander verbunden.

a) Persönlichkeitsrechte sind immer Wertbegriffe – technisch, d.h. rechtstechnisch sind sie aber als Garantien der Autonomie erfaßbar. Wenn wir unter Autonomie die Gewährleistung der Selbstbestimmung, der selbständigen Entscheidung (d.h. den Ausschluß des Einflusses des

44 Es ist kein Zufall, daß 1921 Carl Schmitt eine totalitäre Interpretation vorlegte, und ebensowenig, daß nach dem Sieg über den Faschismus Leo Strauss eine liberale und C. B. Macpherson eine marxistische Auslegung theoretisch begründeten. *Strauss*: *Natural Right and History* (1953). Seitenangaben nach *Naturrecht und Geschichte*, Stuttgart 1956; *Macpherson*: *The Political Theory of Possessive Individualism* (1962), zitiert nach Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Frankfurt/M. 1973. – Zu abweichenden Hobbes-Interpretationen s. noch *Bloch*: *Naturrecht und menschliche Würde*. Frankfurt/M. 1977, 62, 177 ff.

Staates und der anderen) verstehen, müssen wir auch die Möglichkeit zur Durchsetzung autonomer Entscheidungen, die Selbstverwirklichung mit einbeziehen. Beide setzen aber notwendigerweise eine staatliche Absicherung voraus.⁴⁵ Diese vulgär gefaßte Dialektik kann mit Hilfe von Hobbes vertieft werden, denn bei ihm tritt die Untrennbarkeit der für uns zu ziehenden »persönlichkeitsrechtlichen« Lehren von den Grundfragen der Entstehung und des Wesens des Staates besonders klar hervor.

Die Rechte des Individuums (soweit vorhanden) sichern bei Hobbes eindeutig eine vom Staat unabhängige Sphäre, doch bestimmen sie gleichzeitig auch das Verhältnis zu den anderen, denn der Staat wurde zur Erhaltung eines friedlichen Zusammenlebens geschaffen. Dieses bürgerliche Leben, für dessen bildhafte Schilderung Hobbes so schöne Worte fand,⁴⁶ ist aber nur scheinbar autonom: es »liegt in allen Staatsformen in der Zuständigkeit der souveränen Gewalt«, wie Hobbes vom Eigentum schreibt.

Das Beispiel Eigentum als Recht des Souveräns zeigt die Untrennbarkeit der Abhängigkeit und der Unabhängigkeit der Bürger vom Staat einerseits, von der Autonomie der Mitbürger untereinander andererseits. »Mit der Souveränität ist die gesamte Zuständigkeit zum Erlaß der Regeln verbunden, aus denen jeder entnehmen kann, welche Güter er genießen und welche Handlungen er vornehmen darf, ohne von einem seiner Mit-Untertanen belästigt zu werden. Und dies ist es, was man Eigentum nennt ...dieses Eigentum stellt...eine Maßnahme dieser Gewalt zur Herstellung des öffentlichen Friedens dar.«⁴⁷ So besteht auch »das Eigentum eines Untertans an seinem Boden in einem Recht... alle anderen Untertanen von dessen Benutzung auszuschließen, nicht aber den Souverän«. Die »Landverteilung«, die erste Übergabe des Bodens an die Bürger, steht ebenso dem Souverän zu wie das Außenhandelsmonopol (»die Orte und Waren zu bestimmen, mit denen im Ausland Handel getrieben werden soll«). Das Eigentum stammt »allein von der souveränen Gewalt« – daher ist die Lehre falsch und mit der Natur des Staates gerade unverträglich, daß »jeder Privatmann... das uneingeschränkte Eigentum an seinem Vermögen

45 *Szilyom*: A személyhez fűződő jogok (Die Persönlichkeitsrechte). Jogtudományi Közlöny 1979, 327.

46 Hobbes' negative Schilderung müssen wir natürlich positiv verstehen. Er sprach darüber, was alles in Kriegszeiten verloren geht: »In einer solchen Lage ist für Fleiß kein Raum, da man sich seiner Früchte nicht sicher sein kann; und folglich gibt es keinen Ackerbau, keine Schifffahrt, keine Waren, die auf dem Seeweg eingeführt werden können, keine bequemen Gebäude, keine Geräte, um Dinge, deren Fortbewegung viel Kraft erfordert, hin- und herzubewegen, keine Kenntnis von der Erdoberfläche, keine Zeitrechnung, keine Künste, keine Literatur, keine gesellschaftliche Beziehungen...« Lev, Kap. 13 (96).

47 Lev, Kap. 18 (140).

(besitzt), so daß das Recht des Souveräns daraus ausgeschlossen ist.«⁴⁸ Im allgemeinen: die Gesetze »werden nicht dazu verwendet, um das Volk von allen willentlichen Handlungen fernzuhalten, sondern um es zu lenken und so in Bewegung zu halten, daß es sich... nicht selbst verletzt. ...Denn das Wohl des Souveräns und des Volkes können nicht voneinander getrennt werden.«⁴⁹

Zu dieser abgeleiteten autonomen Sphäre gehört nur das, was dem Staat gleichgültig ist. So können z.B. Privatpersonen sich gegenseitig ihre Schulden erlassen, nicht aber Räubern oder anderen Gewalttätern verzeihen, die ihnen Schaden zufügten, »da das Nichteinlösen einer Schuld ein Unrecht ist, das sie sich selbst zufügen, Raub und Gewaltakte aber Unrecht gegen die Person des Staates«.

Ein schwaches Zeichen dafür, daß der Staat die Gesetze der von ihm erlaubten Privatsphäre akzeptierte: Der Staat kann nur die Gesetzesübertretungen nach seinem Belieben verzeihen, die ausschließlich ihn betreffen. War der Angriff zugleich gegen eine Privatperson gerichtet, so kann er nur mit Zustimmung des Angegriffenen oder gegen eine vernünftige Genugtuung verziehen werden.⁵⁰ Zweckmäßigkeit bestimmt die Grenzen der Einmischung.

b) Die Beispiele von Hobbes – wie die berühmte Stelle darüber, daß die Vertragsgerechtigkeit von Willen und Bereitschaft der Parteien abhängt, den Vertrag unter den gegebenen Bedingungen zu schließen⁵¹ – lassen genauso gut auf den Liberalismus des Leviathan schließen wie auf den zeitgenössischen Merkantilismus.⁵²

Auf einen liberalen Staat scheint z.B. folgendes hinzuweisen:⁵³ Die Macht garantiert den Frieden und den Genuß des Eigentums, und zwar mittels allgemeiner, formaler und minimaler Gesetzgebung usw. Dies

48 Lev, Kap. 24, 29 (191, 193, 248).

49 Lev, Kap. 30 (264, 265).

50 Lev, Kap. 15, 30 (115, 262). – Letzteres ist als eine der Quellen des »natürlichen Rechts« auf Schadenersatz zu betrachten. Für eine Unterscheidung der Handlungen des Souveräns nach *jure gestionis* und *jure imperii* s. Kap. 24 (192, 193).

51 Lev, Kap. 15 (115): »Als wäre es ungerecht, teurer zu verkaufen als einzukaufen oder jemandem mehr zu geben als er verdient! Der Wert aller Gegenstände eines Vertrags bemißt sich nach dem Verlangen der Vertragspartner, und deshalb ist der gerechte Wert der, den sie zu zahlen bereit sind... Genau genommen ist die ausgleichende Gerechtigkeit die Gerechtigkeit eines Vertragsschließenden, das heißt die Erfüllung eines Vertrags durch Kauf und Verkauf, Mieten und Vermieten, Verleihen und Leihen, Wechseln, Tauschen und andere vertragliche Handlungen.«

52 Vgl. z. B. die Regelung des Außenhandels, Lev, Kap. 24 (193). Bei Hobbes ist die Vertragsfreiheit im Prinzip nicht wichtiger als die Regelung der Nahrung oder die Genehmigung der Vielweiberei (s. Kap. 21).

53 Detaillierte Nachweise bei *Habermas*, TP 72ff.

wäre aber eine offensichtlich anachronistische Gruppierung der Daten, bei der eben das für die Zeit Charakteristische beiseite gelassen würde. Von der prinzipiellen Unbegrenztheit der staatlichen Intervention ganz zu schweigen, ist z.B. bezeichnend, daß Hobbes noch die Sparsamkeit und das Bodeneigentum für die Grundlage der Produktion nimmt.⁵⁴ Deswegen führt Macpherson das Modell der Eigentumsmarktgesellschaft ein, in der die wirtschaftlichen Verhältnisse jener Zeit und die Hobbessche Theorie in Einklang gebracht werden.⁵⁵

Man kann beliebig viele liberale Züge aufzeigen und auch nachweisen, daß der Markt schon zu dieser Zeit die organische Gesellschaft in isolierte Individuen aufspaltete. Die Herstellung der Gerechtigkeit und des Wertes des Menschen durch den Markt bedingte die Gleichheit als gleiches »dem-Markt-angeliefert-Sein«, der damaligen Entwicklung des Marktes entsprechend. Andererseits kann man auch belegen, daß die starke staatliche Regelung notwendige Voraussetzung der Marktordnung war. Mit all dem sieht man nur eine Seite der Dinge. Gleichzeitig muß man auch beachten, daß alle diese Marktautonomie der souveränen Macht gegenüber keinerlei Garantie hat: Die Freiheit des Einzelmenschen entsteht durch die Unterwerfung unter den Staat; die Freiheit ist nicht Freiheit des Einzelmenschen, sondern des Staates.⁵⁶

Dieser Zusammenhang folgt – auf den ersten Blick – aus der Methode. Der Krieg aller gegen alle kann nur ein Ende finden, wenn die Menschen einen Souverän einsetzen, dem sie für »alle zukünftigen Handlungen« Vollmacht geben. Seine Macht ist unbedingt: Da die Menschen den Vertrag untereinander nicht jeder einzeln mit dem Souverän abschlossen, kann der Souverän den Vertrag nicht brechen, er kann keinem Untertan Unrecht tun usw.⁵⁷

All dieses wird inhaltlich durch Hobbes' Menschen- bzw. Gesellschaftsbild bestimmt. Hobbes' große Neuerung war, daß er – die seit Aristoteles kontinuierliche Tradition des *zoon politikon* abbrechend – von isolierten Individuen ausging. Der Leviathan beginnt mit psychologischen Kapiteln über die Natur des Menschen, die die »modernste«, d.h. mechanische Erklärung des menschlichen Verhaltens geben (das Denken geht auf Addition und Subtraktion zurück usw.). Die Eigenschaften aber, die eine öffentliche Macht zur Zügelung aller notwendig machten, sind nicht unmittelbar naturgegeben, sondern ausgesprochen gesellschaftlich: die Konkurrenz

54 Charakteristischerweise wurde das 1893 als Irrtum getadelt! (Cossa: *An Introduction to the Study of Political Economy*, London 1893, 242, zit. *Strauss* 251). Siehe auch, wie scharf Hobbes den Verbrauch von Luxusartikeln kritisiert (z.B. Kap. 30, 263).

55 *Macpherson* 76–94.

56 *Lev*, Kap. 21 (besonders 166–168).

57 *Lev*, Kap. 18 (136ff.).

(um den Gewinn), das Mißtrauen (was sich aus der Unsicherheit des Besitzes ergibt) und die Ruhmsucht; im allgemeinen Kampf um die Macht.⁵⁸ Man erblickt in dieser sehr negativen Schilderung eine Abbildung der zeitgenössischen englischen Gesellschaft. Grob vereinfacht: Das bellum omnium wird entweder als kapitalistische Konkurrenz gesehen oder aber als die Welt der Glaubenskriege und der bürgerlichen Revolution, aus der der Absolutismus der einzige Ausweg ist.⁵⁹ Allerdings bleibt infolge des logischen Systems dieses pessimistische Menschen- oder Gesellschaftsbild immer bestimmend, auch für den Staat, der, anstatt es zu überwinden, sich ihm angleicht.⁶⁰

Die mechanische Logik führt also in eine Sackgasse: sie gewährt keine wirkliche Freiheit. Die Autonomie hat keine vom Souverän unabhängige Garantie. Dies wird durch die Interessenverschmelzung von Volk und Souverän gerechtfertigt: Die identischen Interessen werden den Souverän schon in Grenzen halten. Der Naturzustand herrscht weiter, nicht nur im absoluten Charakter des Staates, sondern auch unmittelbar: Die wirkliche Freiheit des Untertans ist der weiterbestehende Naturzustand in den Reservaten der unübertragbaren Rechte.

3. Welches Zahnrad fehlt in diesem »Uhrwerk« – das den Lauf umkehren könnte? Die vorhandenen Bestandteile sind der Souverän und der Untertan. Das revolutionäre Werk von Hobbes ist eben diese Reduktion: die Herauslösung des Individuums aus der organischen Gesellschaft – die Vernichtung der Gesellschaft durch ihre Verschmelzung mit dem künstlichen Staat. Es ist Hobbes, der den aus Gleichen bestehenden Staat schuf. Dazu aber reduzierte er den Menschen: er faßte ihn als Naturwesen auf (der Grund ihrer Gleichheit ist das gleiche Streben nach Bedarfsbefriedigung), andererseits entkleidete er ihn aller gesellschaftlicher Eigenschaften, den Gehorsam ausgenommen. Der Bürger von Hobbes ist schon »abstraktes Individuum« – aber noch nicht in seiner klassischen kapitalistischen Qualität, d.h. als Eigentümer, sondern als Untertan.

Hobbes schloß alle Vermittlungsorgane zwischen Individuum und Staat aus und liquidierte so die Gesellschaft. Sein Widerwille gegenüber »Vereinigungen der Untertanen« ist bekannt.⁶¹ Im gegebenen gesellschaftlichen Kontext kann das natürlich auch positiv gewertet werden, z.B. als Ausschaltung der damaligen Vermittlungsstruktur, der Stände. Die französische

58 Lev, Kap. 11 und 13 (bes. 95ff).

59 Die erste Auffassung vertreten *Macpherson* (bes. 30–60) und *Strauss* (245–256), die zweite *Koselleck*.

60 *Habermas*, TP 74.

61 Lev, Kap. 22.

Revolution wird diesen Weg gehen.⁶² Hobbes' logische Revolution mußte jedoch einen hohen Preis dafür zahlen. Aus seinem System ergibt sich, daß die atomisierte (Markt-⁶³) Gesellschaft und die Willkürherrschaft sich geschwisterlich vertragen – eben dessen wissenschaftlicher Nachweis machte seine Lehre so unbehaglich für den englischen Bürger des 17. Jahrhunderts.⁶⁴

Ein solches System baut notwendigerweise auf total unpolitische Menschen auf. Wie wir sahen, sind Hobbes' Untertan und sein Mensch im Naturzustand moralisch neutral. Der Untertan überträgt seine moralische und politische Selbständigkeit auf den Staat, der »Naturmensch« verfügt noch nicht über sie. Im 29. Kapitel des Leviathan, von den Dingen, »die einen Staat schwächen oder zu seiner Auflösung führen«, hört Hobbes nicht auf zu wiederholen, wie falsch und schädlich es ist, wenn man »sich zum Richter über Gut und Böse machen will«. Auch die Lehre, nach der »alles, was man wider sein Gewissen tut, Sünde ist«,⁶⁵ widerspreche der bürgerlichen Gesellschaft (d.h. dem Staat). Diesbezüglich ist eine positive Interpretation der Ausklammerung der Gesellschaft, der Reduktion möglich. Betrachten wir nämlich nicht den wirtschaftlichen (»Kapitalismus«), sondern den politisch-historischen Hintergrund der Hobbesschen Konzeption, so ist die Trennung von Gewissen und Handlung, eine über der individuellen Überzeugung stehende neutrale Ordnung, notwendige Voraussetzung für einen Ausweg aus dem Bekenntniskrieg.⁶⁶ Das bellum omnium, das Hobbes mit dem Bürgerkrieg identifiziert⁶⁷, wird nicht nur im totalitären Charakter seines Staates weiterleben, sondern auch in der dem Bürger angebotenen Alternative: Die Heuchelei macht lebendig, das Gewissen tötet.⁶⁸

Országos Széchényi Könyvtár

62 Bekannt sind das Gesetz von Le Chapelier 1791 oder Robespierres Auflehnung gegen die »hunderttausenden Fraktionen des Volkes« – Nach den Stürmen der Revolution werden die Vermittlungsorgane zwischen Staat und Individuum wieder hergestellt. Die Frage ist, ob diese vom Staat beherrscht werden oder mehr der individuellen Autonomie dienen. In Ungarn ist das Problem der Vermittlungsorgane heute aktuell und wird in der Rechtsliteratur behandelt.

63 Macpherson 125.

64 In der Tat wurde die kapitalistische Atomisierung nie zur alleinherrschenden Tendenz. Eben an ihrem Höhepunkt, im 19. Jh., ist die gleichstarke Gegenwirkung der »Selbstverteidigung der Gesellschaft« festzustellen. Vgl. Polányi: *The Great Transformation* (1944). Zit. nach der unter demselben Titel erschienenen deutschen Ausgabe, Frankfurt/M. 1978, 182ff.

65 Lev, Kap. 29 (246ff.).

66 Im einzelnen s. Koselleck, bes. 26–31.

67 Lev, Kap. 13 (97).

68 Der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig – im formalen Rationalismus ist es umgekehrt; s. auch die Quellen bei Koselleck 14–17, 22.

So viele Anti-Autonomie soll nicht die Möglichkeiten der Entfaltung der Autonomie verdecken, auf die die positiven Interpretationen schon hindeuteten. Die »bürgerliche« Autonomie beginnt mit der Zerstörung früherer Systeme.

a) In der Kluft zwischen dem Untertan und dem naturgegebenen Menschen ist eine »stumme Autonomie« verborgen. Der Privatmann darf weder sein Gewissen noch seine Meinung öffentlich kundtun – beide sind aber »im Verborgenen frei«. ⁶⁹ So entsteht aus dem Wesen des Absolutismus zum ersten Mal die garantierte Privatsphäre. Diesen Kern ⁷⁰ umgeben andere, dem Staat gleichgültige und deshalb nicht geregelte Gebiete. Ihre Autonomie ist, wie oben schon gezeigt wurde, prinzipiell nicht garantiert. Praktisch aber ermöglichen sie, daß der mit dieser Welt vertraute Bürger die Garantien ausbaue und anerkennen lasse. Hobbes' System rechnet damit ebensowenig wie damit, daß die Meinung in der Tat nicht »verborgen« bleibt. Er will das Gewissen als Quelle der Handlung aus seinem Staat verbannen, der ja keine »Gerechten« benötigt, denn er sichert selbst den Frieden für alle. ⁷¹ Auf diese Weise schafft Hobbes den Nullpunkt, von dem aus theoretisch ⁷² die Vergesellschaftung des Urteils und des Gewissens neu beginnen kann. Dieser Prozeß wird einerseits die Aufklärung sein, die die selbständige Meinungsbildung und Kritik nunmehr nicht aus der Religion rechtfertigt, und andererseits die Entwicklung der bürgerlichen Öffentlichkeit mit ihrer vorerst kritischen und somit politischen Funktion als Gegengewicht zum Staat. ⁷³ Diese sind Teile des »Überbaues« der bürgerlichen Gesellschaft. Und von der »Basis« muß die bürgerliche Familie erwähnt werden, die eine Festung der Autonomie war; ⁷⁴ und natürlich auch das Eigentum. Die zwischenmenschlichen Beziehungen innerhalb der Familie waren schon bei Hobbes nicht gesetz-

69 In Hobbes' Staat ist die Religionsausübung natürlich staatlich vereinheitlicht. Aber »die private Verehrung [Gottes] ist im Verborgenen frei«. Lev, Kap.31 (276); Lev, Kap.29 (247) – Dem Gewissen darf man nicht gehorchen, aber dem »öffentlichen Gewissen«, d.h. dem Gesetz, muß man gehorchen.

70 Zur Bedeutung der Identifizierung des »Gewissens« mit der »Meinung« s. *Habermas*: Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Darmstadt und Neuwied 1981, 113f. (im weiteren: Öffentlichkeit).

71 Zur Spaltung von Innen und Außen s. *Koselleck* 163–165.

72 In der Wirklichkeit erfolgte keine totale Zurückdrängung in die Privatsphäre, insbesondere verschwand die Religion nicht aus dem gesellschaftlichen Leben.

73 Die Übernahme der Rolle der Religion durch die Aufklärung wird von *Koselleck* durchgehend behandelt. Siehe noch *Habermas*, Öffentlichkeit 69–75; 114: »Hobbes' Abwertung der religiösen Gesinnung führt in Wahrheit zur Aufwertung privater Überzeugung überhaupt«.

74 Zu ihrer Rolle s. *Habermas*, Öffentlichkeit, 63 f.

lich geregelt und zeigen eine dritte Möglichkeit zwischen dem »natürlichen« Krieg und dem untertänigen Gehorsam. Die Autonomie der Familiensphäre, wie wir sehen werden, spielt auch für die modernen Persönlichkeitsrechte eine wichtige Rolle.⁷⁵ Auf das Eigentum kommen wir wegen seiner grundlegenden Bedeutung noch zurück.

Was kann also Hobbes' Modell uns sagen, wenn wir von seinem Anlaß und seinen Folgen absehen?

Die Privatsphäre verträgt sich gut mit der Despotie. Ihre Autonomie ist aber stumm, unsicher und unvollständig.

Sie ist stumm, da sie sich politisch und gesellschaftlich nicht äußern kann, die eigenständige Meinung ist aus dem Staat verbannt. Sie ist unsicher, da sie bis zur Grenze des physischen Eingriffes vom Machthaber abhängt und nach dessen Belieben widerrufbar ist. Letzten Endes bedeutet sie nicht mehr als die Möglichkeit einer *reservatio mentalis*. Sie ist auch deshalb unvollständig, verstümmelt, da die dialektische Ergänzung der Privatsphäre, die Öffentlichkeit, fehlt. Gewissen und Meinungsartikulation sind schon begrifflich ebenso sehr höchstpersönliche wie gesellschaftliche Erscheinungen, nicht nur was ihre Entstehung betrifft, sondern auch weil sie ohne Äußerung unvollstellbar sind. Der begriffliche Gegensatz der Privatsphäre ist nicht die Öffentlichkeit, sondern die Indiskretion⁷⁶, d.h. wenn dem Individuum die Kontrolle seiner Intimsphäre entzogen wird. Diese Selbstkontrolle ist wiederum eine Frage der Garantie – und die Öffentlichkeit kann als Garant fungieren. Wie oben schon erwähnt, begrenzt die Öffentlichkeit in ihrer politischen Rolle die Staatsmacht. Das bedeutet, daß die Garantie der Privatsphäre des Individuums die Aufhebung der staatlichen Geheimsphäre notwendig macht. Sonst könnte das der öffentlichen Meinung entzogene, also geheime »staatliche Interesse« jederzeit die Intervention in die Privatsphäre begründen. In diesem Fall würde die Öffentlichkeit einseitig, d.h. nur von der Seite des Staates, vermitteln, gleichgültig, ob die Nachrichten oder – wie bei Hobbes – die Gerechtigkeit, Gut und Böse oder die Religion manipuliert werden. Individuelle Privatsphäre und Öffentlichkeit der Regierung haben ihre gesunde Proportion. Die heutige Soziologie bestätigt Hobbes: Wo der Staat viel über seine Bürger weiß, sind die Leute verschlossen und mißtrauisch; wo

75 Der Schutz der Intimsphäre der Familie ist ein wichtiger Gesichtspunkt in der deutschen Rechtsprechung des späten 19. Jh. (Cosima Wagner und der Bismarck-Fall). In den USA entstand das *privacy* eben aus diesem Bedürfnis. Auch für die Nachkriegsentwicklung des *privacy* war die Frage bestimmend, ob der Staat die Familienplanung regeln darf, oder ob sie zur ausschließlichen Entscheidungskompetenz der Eheleute gehört.

76 An dem Beispiel der gesellschaftlichen Funktionen der »Briefliteratur« im 17.–18. Jh. legt dies *Habermas* anschaulich dar: Öffentlichkeit 66f.

er aber wenig weiß, sind die privaten Beziehungen offen.⁷⁷ Für Hobbes spaltet der absolutistische Staat das Individuum in Untertan und stummen »Menschen«. Die auf dem Familienleben und dem Eigentum fußende bürgerliche Öffentlichkeit ermöglicht dagegen die erlebte Einheit des Politischen und des Menschlichen »in dem Publikum von Privatleuten«.⁷⁸

Die bürgerliche Entwicklung konnte nie davon loskommen, daß sie ihren Anfang in der stummen Autonomie des Absolutismus hatte. Die öffentliche Emanzipation vom neutralen Souverän hatte durchgehend ihre Parallele in der geheimen Ausdehnung der Freiheit: in der Freimaurerei.⁷⁹

Zum Abschluß müssen wir uns noch einmal ins Gedächtnis rufen, daß die Emanzipation der »bürgerlichen Gesellschaft« als Medium und Garantie der Autonomie und der Entfaltung der Persönlichkeit schon die Negation einer Negation ist. In seinem System bestimmte Hobbes den Staat als Garantie gegen solche Verhältnisse, in die die Menschen »in einem Bürgerkrieg abzusinken pflegen«, wo »beständige Furcht und Gefahr eines gewaltsamen Todes« herrscht und das menschliche Leben »einsam, armselig, ekelhaft, tierisch und kurz« ist.⁸⁰ Der absolutistische Staat war die Voraussetzung für den Sieg über den mit der Auflösung des Feudalismus verbundenen Wirrwarr, zugleich auch für die bürgerliche Entwicklung – die sein Besieger sein wird. Seit der merkantilistische Staat die Entfaltung der Marktwirtschaft garantierte, dehnte der Markt seine Herrschaft auf immer mehr Teile der gesellschaftlichen Verhältnisse aus. Hobbes' Modell verhält sich zur Wirklichkeit in beiden Beziehungen gleich: er baute aus einzelnen Elementen⁸¹ ein polarisiertes und geschlossenes System auf, das zur Aufnahme weiterer Faktoren und Entwicklungen unfähig ist, obwohl es deren Möglichkeit schon enthält.

b) Das Cogito ergo sum war eine Art moralische Selbstgarantie – schreibt Koselleck.⁸² Gewährleistet aber das Eigentum die Unabhängigkeit des Bürgers von seinem Staat, kann er behaupten, »ich besitze, also bin ich«? Die Analysen des Eigentums bei Hobbes weisen nach, daß er sein Modell aus der damaligen Gesellschaft abstrahierte. Diese Gesellschaft war schon fortgeschritten kapitalistisch.⁸³ Es ist bekannt, daß nach Hobbes der

77 Siehe die vergleichende Untersuchung der Attitüden in den USA, England und BRD von *Spiro: Privacy in Comparative Perspective*. In: Pennock/Chapman (red.): *Privacy*. New York 1971, (Nomos XIII) 121.

78 *Habermas*, Öffentlichkeit 73 ff.

79 Eingehende Analyse bei *Koselleck*, Kap. II.

80 *Lev*, Kap. 13 (96).

81 In seinem Gesellschaftsbild fehlen die Klassen völlig; s. *Macpherson* 110 ff.

82 *Koselleck* 8.

83 *Macpherson* 68–84; *Habermas* versteht es als vollständiges liberales Modell, das aber durch die »absolutistische Form seiner Sanktionierung« seines Wesens beraubt wird. TP, 72 ff.

Wert eines Menschen (»wie der aller anderen Dinge«) an seinem Preis gemessen wird, der vom Bedarf und der Einschätzung der anderen abhängig ist; daß die Gerechtigkeit eines Vertrages Sache der Parteien ist und so anstelle der austeilenden Gerechtigkeit die Gerechtigkeit des Marktes tritt; daß »die menschliche Arbeit ebenso wie jedes andere Ding eine Ware [ist], die mit Gewinn ausgetauscht werden kann«.⁸⁴

Im Prinzip bedeutet jedoch das Eigentum keinerlei Garantie und Autonomie gegenüber dem Staat, die Staatsmacht ist auch hinsichtlich des Eigentums unbegrenzt, wie oben schon gezeigt wurde. Das Eigentum ist also nicht nur nicht unabhängig vom Staat, sondern setzt ihn voraus; es ist der Staat, der das Eigentum im Gegensatz zur Unsicherheit des Naturzustandes garantiert – auf solche Weise aber, daß er die Unsicherheit des Naturzustandes auf sich nimmt. Es gibt keine Sicherung gegenüber dem Staat, höchstens die schon erwähnte Interesseneinheit, aufgrund deren der Staat sich der Natur des Eigentums anpassen muß. Und dies kann den »Markterscheinungen« und der formalen Gesetzgebung zugrunde liegen. Nun aber kann der Eigentümer so lange »frei« handeln, als er die Politik nicht berührt.⁸⁵ Auch das demonstrierten wir oben im Zusammenhang mit dem Erlaß von Schulden und der Verzeihung von Angriffen. Das Eigentum ist also nicht mit Sicherheiten ausgestattet. Noch weniger ist es Grundlage politischer Rechte. Wie das Gewissen, ist auch das Eigentum außerhalb des Staates frei.

Welche Keime gibt es wohl in dieser kalten Theorie, die im wärmeren Klima der Wirklichkeit (und in der Weiterentwicklung der Theorie) Wurzel fassen können?

Zuerst ist die »erste Negation«, der Bruch mit der Tradition, von Bedeutung, d.h. das Erheben des Eigentums zum Staatszweck. Die sich bloß zum Schutz des Wirtschaftsverkehrs assoziierenden Menschen bilden weder für Aristoteles noch für Thomas von Aquin einen Staat.⁸⁶ Bei Hobbes wird dagegen die Rechtsübertragung auf den Souverän vorrangig mit dem »Vorteil« begründet, und solche Vorteile sind die Erhaltung des Eigentums und Einhaltung der Verträge.⁸⁷ Überraschenderweise bedeutet dieser

⁸⁴ Lev, Kap.10, 15, 24 (67, 115, 190).

⁸⁵ Es ist das Recht des Souveräns, »die Orte und Waren zu bestimmen, mit denen im Ausland Handel getrieben werden soll«. So kann er verhindern, daß »Privatpersonen« aus Gewinnsucht den Feind mit Mitteln beliefern, durch die dem Staat Schaden zugefügt werden kann; oder daß sie »schädliche oder mindestens unvorteilhafte« Dinge importieren. Die Beschränkung des Luxusverbrauchs ist für Hobbes eine politische Frage! Lev, Kap.24 (193).

⁸⁶ *Habermas*, TP 54.

⁸⁷ Gewisse Rechte sind nicht übertragbar, da der Mensch durch ihre Übertragung keinen Vorteil erreichen würde. Lev, Kap.10, 15 (101 ff., 110 ff.).

Prozeß auch eine Befreiung des Eigentums. Die Regelung ist – die schon erwähnten unmittelbaren Berührungspunkte mit dem Staatsinteresse ausgenommen – keine inhaltliche, sie bezweckt die Verkehrssicherheit.⁸⁸ Die Sphäre des Eigentums wird so die der Freiheit; hier findet man die wenigsten inhaltlichen Gehorsamspflichten. Für die spätere Entwicklung des Eigentums zum Garant der Autonomie ist grundlegend, daß diese Eigenschaft schon bei Hobbes ein gesellschaftlicher Wesenszug des Eigentums ist. Zu den Vätern der verschiedenen diesbezüglichen Formeln und natürlichen Rechte gehört also auch Hobbes.

Das Eigentum wird als Privateigentum definiert, d.h. als Regelung, welche Güter man genießen und welche Handlungen man vornehmen darf, ohne von einem seiner Mit-Untertanen belästigt zu werden.⁸⁹ Hobbes setzt das Eigentum mit der ganzen Persönlichkeit, ihrer Würde, ihrer Moral, ihren Gefühlen und zugleich deren materieller Basis gleich. »Unter den Dingen, die sich im Eigentum eines Menschen befinden, schätzt er sein eigenes Leben und seine Glieder am höchsten, und zur nächsten Stufe gehört bei den meisten Menschen alles, was die Gattenliebe betrifft, und danach kommen das Vermögen und die lebensnotwendigen Dinge.«⁹⁰

Diese Identifizierung wird später eine äußerst wichtige Rolle spielen. Sie erinnert an das Verhältnis »stumme Privatsphäre – totalitärer Staat«. Ein so breitgefaßtes Eigentum bedeutet, daß der Mensch als Eigentümer noch kein abstraktes Individuum ist. Er ist höchstens in bezug auf den Staat (von Hobbes) aus seiner Gesellschaftlichkeit losgelöst – in bezug auf die anderen Individuen aber nicht. Die Versachlichung des Eigentums wird ein Zeichen der Versachlichung des Menschen sein. Dies wird besonders klar im Prozeß der Herausbildung des Eigentums als rein zivilrechtliches Institut. Dies ist aber nur einer der möglichen Entwicklungswege, die sich schon zu Hobbes' Zeit trennen. In Hobbes' totalem System ist z.B. kein Platz für das Eigentum als politische Garantie. Trotzdem war für die Levellerbewegung die Abhängigkeit des Wahlrechts vom Eigentum eine Grundsatzfrage⁹¹ und ist es bis zur Höhe des Liberalkapitalismus geblieben. Erst der politische Sieg des Bürgertums bringt die politischen Garantien des Eigentums mit sich. In der »zivilrechtlichen« Entwicklung hatte das Eigentum alle menschlichen Züge verloren. Im zweiten Entwicklungszweig, der »politischen Entwicklung«, ließ man aus dem ursprüng-

88 Es steht »dem Staat zu, festzulegen, auf welche Weise alle Arten von Verträgen... abgeschlossen werden und bei welchen Worten und Zeichen sie als gültig angesehen werden sollen«. Lev, Kap. 24 (193).

89 Lev, Kap. 18 (140). Es geht also um die für die spätere Entwicklung erheblichen Elemente – die Rolle des Staates bei Hobbes lassen wir hier außer Betracht.

90 Lev, Kap. 30 (260).

91 Ausführlich Macpherson 157ff.

lichen komplexeren Eigentumsbegriff, der noch Person, Freiheit und Sache umfaßt, das Sacheigentum weg. So verblieben als Inhalt dieses Eigentumsrechts die schon bekannten Rechte auf Atmen, Bewegung usw.⁹² Die freie Verfügung über die Arbeitskraft wurde schon bei Locke rechtlich als Eigentum an der eigenen Person konzipiert. Damit war die Möglichkeit zur Verdinglichung der menschlichen Person gegeben. Das einsetzende Zusammenschumpfen des Eigentums führte dazu, daß auch der offen an menschlichen Eigenschaften haftende (zivil)rechtliche Persönlichkeitsschutz verschwand. Seine Neuentfaltung wird mit der Änderung der Eigentumskonzeption am Ende des 19. Jahrhunderts zusammenhängen.

Dies wird ein langer Prozeß sein. Jetzt, an seinem Anfang, weisen wir auf einen anderen – im Vergleich zum klassischen kapitalistischen Eigentum – »organischen« Charakterzug der Eigentumsauffassung hin. Die Identifizierung des Eigentums mit der Person zieht logischerweise nach sich, daß man auch umgekehrt nicht abstrahierte: Nur derjenige wurde als Person anerkannt, der auch soziologisch über die Macht des Eigentümers verfügte, dessen Autonomie materiell gesichert war. Diese offenbare Rolle des Eigentums als Selbstgarantie wurde mit der Zeit durch die politische, d.h. formelle Gleichberechtigung und den gleichen Rechtsschutz korrigiert. Trotzdem blieb der ursprüngliche Zusammenhang lebendig, solange die Macht des Eigentümers gesellschaftlich noch wirkte. Die Rolle des »Herrn« eines ungarischen Bauernhofs ist ein gutes Beispiel dafür.⁹³ Die menschlichen Bezüge der Eigentümerqualität sind noch – wie hinsichtlich der Öffentlichkeit erwähnt wurde – bestimmend. Familieneigentum und -intimität sind der Boden der »humanitas« des Bürgertums, auf dem die literarische Öffentlichkeit und wenig später die politische Öffentlichkeit gedeihen. Die politische Öffentlichkeit befaßte sich ursprünglich mit den eigenen Angelegenheiten der »bürgerlichen Gesellschaft«. Erst nachdem sie sich auch Staatsangelegenheiten widmete, trennten sich die politisch-eigentümerische und die literarisch-menschliche Rolle.⁹⁴

92 Siehe oben. Vgl. noch die Meinung von Ireton und Cromwell, wonach ein gleiches natürliches Recht am Leben, sofern es mehr bedeutet als das Recht, zu atmen und sich zu bewegen, notwendig ein gleiches Recht an Gütern und Boden nach sich zieht, und so endlich die Zerstörung allen Eigentums. *Macpherson* 159.

93 Der »Herr« war in der alten ungarischen bäuerlichen Gesellschaft das Haupt der zusammenlebenden Großfamilie, alleiniger Verwalter des Vermögens und Bestimmer des geistigen Lebens der Familie. Er vertrat die Familie gegenüber der Gesellschaft und vor den Behörden. Das unrichtige Verhalten eines Familienmitglieds gereichte ihm zur Schande.

94 *Habermas*, Öffentlichkeit 69–75. Freiheit und Gleichheit hängen hier noch lebendig zusammen; die Regeln des öffentlichen Raisonnements des bürgerlichen Publikums sind unabhängig von sozialen oder politischen Rängen und ermöglichen einem jeden die (literarische) Entfaltung.

Daß das Eigentum als Garantie diene, wird auch mit einem schwerwiegenden negativen Argument belegt. Wie das »Geheimnis« wenigstens einen Zweig der Aufklärung weiterhin beherrschte, so verblieb bis zum Ende die Verbindung des Rationalismus mit dem totalitären Staat. In allen Utopien eines Vernunftstaates wurde die vollständige Vernichtung der Privatsphäre mit der Aufhebung der Autonomie des Privateigentums verknüpft.⁹⁵

4. Die wirkliche, garantierte Autonomie ist für Hobbes von der Natur bestimmt – so sehr, daß sie weder vergesellschaftlicht noch in den Staat eingebaut, noch auf den Souverän übertragen werden kann. Man kann sie nicht einmal loswerden. Sollte jemand auf sie verzichtet haben, so ist dies gewiß aus Irrtum geschehen.⁹⁶ Diese garantierte Autonomie enthält das Recht auf Selbsterhaltung – in zahlreichen Varianten: am engsten als das Recht auf die Lebensverteidigung gegen bewaffnete Angriffe, am weitesten als das Recht auf alle Dinge, ohne die der Mensch nicht angenehm leben kann.⁹⁷ Wie schon gesagt, werden durch eine so weite Auslegung des Selbsterhaltungsrechts die Grenzen zwischen den natürlichen und den vom Staat gegebenen Rechten verwischt. Die Grenzen sind auch deswegen fließend, weil die Unübertragbarkeit einiger Rechte auf derselben Grundlage beruht wie die Übertragung der anderen, d.h. auf dem »Vorteil« (Sicherung des Friedens). Daher ist der Bürger nur solange zu Gehorsam verpflichtet, wie der Staat diesen Vorteil zu geben imstande ist, bzw. seine Befehle dem Zweck der Einsetzung der Souveränität entsprechen.⁹⁸

Wir zeigten auch, daß Hobbes' Beispiele für solche naturgegebenen Rechte in der Folgezeit als selbständige natürliche Rechte figurierten. Sie wirkten schon Anfang des 19. Jahrhunderts nicht nur deswegen so befremdlich, weil man sie aus den Hobbesschen Zusammenhängen herauslöste, sondern auch wegen ihrer Stellung in Hobbes' System. Ihre Außerstaatlichkeit – in anderem Zusammenhang: die Unsicherheit ihres Rechtscharakters – ist Erbsünde.

Eine logische Inkonsistenz verrät das Problem schon bei Hobbes. Die grundsätzlichsten, von der Person nicht trennbaren Rechte sind Reste aus dem Naturzustand. In diesem Zustand steht jedem die Fülle des

95 Viele Beispiele sind zu finden in *Ludassy*: Az ész államáig és tovább (Die Staaten der Vernunft). Budapest 1978. Für die totalitären Ansprüche der Aufklärung ist grundlegend: *Horkheimer/Adorno*: Dialektik der Aufklärung (1945).

96 Das ist »nicht so aufzufassen, als habe er dies gemeint oder dies sei sein Wille, sondern daß er nicht wußte, wie solche Worte und Handlungen auszulegen sind«. Lev, Kap. 13 (102).

97 Z.B. Lev, Kap. 15 (118).

98 So opfert Hobbes seinen Staat für seine Logik. Siehe Lev, Kap. 21 (169, 171).

Rechts zu, »da es nichts gibt, worauf nicht jedermann von Natur aus ein Recht hätte«. ⁹⁹ Dies ist eine revolutionäre Annahme: Die Macht des Staates wird hier nicht aus dem Übernatürlichen, sondern ausschließlich aus der Übertragung dieser Rechte abgeleitet. Andererseits aber kann diese unbegrenzte Freiheit schon formal nicht als Recht aufgefaßt werden, da Recht, Gerechtigkeit und Moral erst im Staat möglich sind, auch inhaltlich nicht, es wäre begrifflich sinnwidrig. Wie Spinoza bemerkt: Diese Rechte haben auch die Tiere. ¹⁰⁰ Demnach könnte man solche Rechte eigentlich nur als logische Voraussetzungen für den Gesellschaftsvertrag auffassen.

Nicht so Hobbes, bei dem einige solche »Rechte« nach der Staatsgründung fast den Status eines Rechts erreichen, und zwar gegenüber dem Staat. Die Staatsmacht ist dadurch prinzipiell begrenzt, daß sie sich auf diese Gebiete nicht erstrecken kann; auch dann, wenn der Bürger gegen die Einmischung nur eine theoretische Garantie hat: er ist nämlich nicht zum Gehorsam verpflichtet. Hinsichtlich der Durchsetzung solcher Rechte ist er sowohl dem Staat als auch den Mitbürgern gegenüber auf die eigenen Kräfte angewiesen: Wo nicht der Staat regiert, herrscht der Naturzustand.

Die Theorie von Hobbes starb nicht ganz, aber nur ihr schlechterer Teil überlebte. Locke domestizierte den Widerstandsgedanken ¹⁰¹ und begründete die staatsfreie Sphäre, der tatsächlichen Entwicklung entsprechend, im Eigentum. Hobbes' Nichtbeachtung der tatsächlichen bürgerlichen Gesellschaft rächte sich dadurch, daß in seiner Nachwirkung aus den anspruchsvollen unübertragbaren Rechten einzelne »Rechte« auf biologische Selbsterhaltung werden. Die bei Hobbes noch oppositionell deutbare Weitergeltung des Naturzustandes wurde von der bloß theoretischen, aber eindeutigen Neutralität des status naturalis abgelöst, in dem die Rechte auf Luft, Wasser usw. ohne Bedenken jedem gleich zustehen konnten. In Hobbes' Naturzustand standen diesen Rechten sinngemäß keine Pflichten gegenüber – nach Verschwinden des Systems ist davon nichts

99 Der Krieg aller gegen alle, der präventive Sieg über die anderen dient der eigenen Sicherheit, also der Selbsterhaltung (Lev, Kap. 13, 14). Oder: »in einem solchen Zustand [hat] jedermann ein Recht auf alles«, Kap. 14 (99, 100).

100 Spinoza: Tractatus Theologico-Politicus. Kap. 16.

101 Locke löst die individuelle Aktion durch ein Widerstandsrecht der »Mehrheit des Volkes« ab. Solange die Regierung Freiheit, Vermögen und Leben der Mehrheit nicht bedroht, mag der Widerstand gegen ein individuelles Unrecht zwar prinzipiell berechtigt sein, aber praktisch ist er aussichtslos und für die Ruhe der Gesellschaft schädlich; s. Locke: Two Treatises II, 208, 209. Für eine Vergleichung des Widerstandsrechts bei Hobbes und Locke s. Strauss 294. Das Problem des individuellen Widerstandsrechts lebte in den Diskussionen über die Todesstrafe bis in das 19. Jh. weiter.

übriggeblieben als der eigentümliche imperfectum-Charakter der Rechte, dessentwegen man sie später nicht einmal als Recht auffaßte.¹⁰²

Zum Schluß eine methodologische Lehre von Hobbes. Es geht nicht einfach darum, daß dem von Natur bestimmten Mensch-Automaten die technischen Voraussetzungen seines Funktionierens zugehören – d.h. die elementaren, biologischen »Rechte«. Die Trennung des natürlichen und des gesellschaftlichen Menschen war bei Hobbes Zeichen einer allgemeineren Spaltung; der tatsächliche historische Prozeß des Verhältnisses zwischen Menschen und Natur wurde von der Geschichte ausgeklammert, Natur und Geschichte gegenübergestellt. Die wirkliche Gesellschaft wurde so einerseits in ihrer Rohheit unmittelbar zu einem Wert erhoben und der Geschichte entzogen, andererseits aber in die empirische Dimension eingeschlossen.¹⁰³ Dafür ist die mit Hobbes einsetzende Geschichte der natürlichen Rechte ein schlagendes Beispiel.

III.

Hobbes' totales und künstliches System gab uns Anlaß einzusehen, daß die Vorläufer der Persönlichkeitsrechte in der rechtlichen Instrumentalisierung der wirklichen Garantien der Autonomie, d.h. im Eigentumsrecht bzw. in den politischen Rechten (siehe Öffentlichkeit), zu suchen sind; andererseits aber auch, daß die wortwörtlich entsprechenden Vorbilder oft nur zufällige Nebenprodukte der Entwicklung waren. Im weiteren befolgen wir diese Linie. Wir schreiben weder eine Geschichte des Eigentums noch der Menschenrechte. Wir suchen aber historische Anhaltspunkte zu einem besseren Verständnis der heutigen Persönlichkeitsrechte. In dieser zivilrechtlichen Studie stellen wir die gesellschaftsphilosophische Vorbereitung der Garantiefunktion des Eigentums in den Vordergrund. Doch dürfen wir auch nicht für einen Moment die Garantiefunktion des Staates aus dem Auge verlieren. Die Verabsolutierung des kapitalistischen Eigentums ist ein häufig begangener Fehler. Der Staat wurde im Zuge der kapi-

102 Zum Beispiel *Unger* und *Windscheid*, s. oben Anm. 7 und 8. Es fehlte natürlich nicht an dogmatischen Versuchen, um auch diesen Rechten Berechtigung zu verschaffen. So führt z.B. *Raphael* die Kategorie des right of action ein, mit der Bedeutung, daß sein Subjekt von allen gesetzlichen Bindungen frei ist. Darauf fußt das right of recipience, das für andere schon irgendeine Pflicht gegenüber dem Berechtigten begründet. Bei Locke sei nur dieses letztere gemeint. Human Rights, Old and New. In: (Raphael, ed.) *Political Theory and Rights of Man*. Bloomington/London 1967, 54. – Auch nach *Macpherson* wurden aus den »Rechten« von Hobbes erst bei Locke eigentliche Rechte. Natural Rights in Hobbes and Locke, in: (Raphael, ed.) ebd. 1, 6.

103 Siehe die Analyse von *Cerroni*: Marx und das moderne Recht. Frankfurt/M. 1974, 189ff.

talistischen Entwicklung immer stärker; nicht nur deswegen, weil der Kapitalismus auch in seiner liberalen Phase der umfassenden staatlichen Organisation und seiner Garantien bedurfte,¹⁰⁴ sondern auch, weil das Eigentum in eine ebenso totale und die Autonomie vernichtende Macht entarten kann wie der Staat. Die Selbstverteidigung der Gesellschaft stütze sich auf den Staat gegen das Eigentum. Es ist also ein Gleichgewichtssystem der verschiedenen Garantien zu suchen. In den ersten bürgerlichen Verfassungen wurde ein grundlegendes Modell dafür geschaffen. Eine theoriegeschichtliche Untersuchung bis zu diesem Punkt ist berechtigt.

Das Damoklesschwert der Macht, das in Hobbes' strengem System über dem Eigentum und allen selbständigen Handlungen des Bürgers hing, machte Locke ungefährlich; die Gesetze, die bei Hobbes den Untertan »in Ketten schlugen«, wurden zur Sicherungskette des Schwertes. Locke ist die moderne Quelle der auf dem Eigentum aufgebauten Autonomie und der Begrenzung des Staates. Was könnte die Wende besser veranschaulichen als die Beobachtung von Corwin: Das Wort »sovereign« wird von Locke im gewöhnlichen Sinne überhaupt nicht verwendet, sondern nur als Attribut des Individuums.¹⁰⁵ Hinsichtlich des »Persönlichkeitsschutzes« ist Locke aus mehreren Gründen bedeutend. Die Lehre des "Great Mr. Locke" beeinflusste unmittelbar und entscheidend die amerikanische Verfassung. Sie war auch wichtig für den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz auf dem Kontinent. Außerdem wird aus Lockes Lehre klar, daß der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz vom verfassungsrechtlichen nicht trennbar ist: Die Garantie des Eigentums ist dazu notwendig und zugleich ausreichend. Die Rechte »am Leben« und »an der eigenen Person« dienen hier schon diesem Zweck.¹⁰⁶

a) Das Eigentum ist für Locke noch totales Eigentum, es ist nicht auf Sacheigentum beschränkt. Unter dem Begriff *property* ist im ganzen "Treatise of civil government" das Eigentum zu verstehen, das die Menschen sowohl an ihrer Person als auch an ihren Gütern haben (173).¹⁰⁷ Das Eigentum ist die allgemeine Bezeichnung für Leben, Freiheit und Vermögen (87, 123). Den Naturzustand der vollkommenen Freiheit schildert Locke mit den gleichen Worten, mit denen Hobbes das Eigentum definierte: die

104 Polányi 195, 287.

105 Es ist im Naturzustand "free, sovereign". Corwin 45f.

106 Der Bürger hat sich bei Locke von der Despotie befreit, aber bereitet sich bereits auch vor, die Kontrolle der eben anerkannten bürgerlichen Gesellschaft loszuwerden. Er empfindet seine Lage als Fülle der Freiheit, und die von der Macht des Marktes aufgeworfenen oder verschärften Probleme (Armut, Arbeitslosigkeit) erledigt er ideologisch, ohne an Verteidigung zu denken.

107 Im folgenden geben wir den entsprechenden § im Text an.

autonome Verfügung über eigene Person und Besitz (4).¹⁰⁸ Das allererste und originäre Eigentum ist sogar das Eigentum an der eigenen Person. »Die Arbeit seines Körpers und das Werk seiner Hände« gehörten schon damals jedem einzelnen, als die Erde und was alles auf ihr war, wie Gott es allen gegeben hatte, allen noch gemeinsam gehörte. Der Mensch erhebt sich über die von der Natur gegebenen Umstände dadurch, daß er zu irgendeinem Gegenstand seine Arbeit hinzufügt. Die Vermischung des Eigentums an sich selbst mit dem Gegenstand macht auch das Produkt zu seinem Eigentum (27). Locke beschreibt die Theorie des originären Eigentumserwerbs so schön und genau wie später erst wieder Hegel. Wir heben hier den Zusammenhang des Eigentums mit der Freiheit hervor. Der Mensch fügt den Gegenständen mit der Arbeit etwas hinzu, »was mehr ist als die Natur«. Um zu Eigentum zu werden, muß die Sache der Natur »entzogen« oder »enthoben« werden. Das Eigentum, d.h. die Nutzung der Natur (ihre Unterwerfung), ist zum Leben ebenso notwendig wie die Unbedingtheit dieses Rechts (27, 28). Locke spricht den bis heute als Mythos lebendigen Zusammenhang zwischen Eigentum, Freiheit und Sieg über die Natur aus¹⁰⁹: Weil der Mensch Herr seiner selbst und Eigentümer seiner eigenen Person sowie ihrer Handlungen und Arbeit ist, trägt er in sich selbst »die große Grundlage des Eigentums« (44). Eine bemerkenswert anspruchsvolle Konzeption!

Das Maß des Eigentumserwerbs begrenzt »die Natur« durch die eigene Arbeit und den eigenen Verbrauch (36). Ursprünglich galt es als Beraubung der anderen, wenn jemand mehr anhäufte, als er verbrauchen konnte, bevor es verdarb (z.B. 31, 36, 37, 47). »Verbrauch« ist aber auch der Tausch. Seit dessen Einführung kann alles gegen das »beständige«, nicht verderbliche Geld eingetauscht werden (47, 48). »Die Schrecken des Naturgesetzes treffen nicht mehr den Habgierigen, sondern den Verschwender« – bemerkt Leo Strauss¹¹⁰ –, womit man von der mittelalterlichen Wirtschaftsmoral endgültig Abschied nehmen kann.

Mit dem Gebrauch des Geldes schmuggelt Locke einen Faktor in den Naturzustand hinein, der die Thesen, von denen er ausgegangen ist, in ihr Gegenteil verkehrt. Das Geld ermöglicht eine über die unmittelbaren Bedürfnisse hinausgehende Anhäufung von Gütern. Damit ist die natürliche

108 »ohne dabei jemanden um Erlaubnis zu bitten oder vom Willen eines anderen abhängig zu sein«.

109 Vgl. die Bemerkung von Ritter, daß die Identifizierung der Freiheit und des Sieges über die Natur ihre propagandistische Kraft bis heute nicht verloren hat: Das beweisen die Traktoren und Elektrostationen auf den Plakaten. Person und Eigentum. Zu Hegels »Grundlinien der Philosophie des Rechts«. In: Riedel (Hrsg.): Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie. Frankfurt/M., Bd. 2, 152, 162.

110 Strauss 247.

Unbestreitbarkeit des Eigentumsrechts beendet (45–51). Da mit der Zeit kein Land für die freie Inbesitznahme übriggeblieben ist und die Bevölkerungszahl zunahm, mußte das Eigentum reguliert werden: man brachte mit dem Gesellschaftsvertrag den Staat zustande. Macpherson sieht Lockes große Leistung darin, daß er nicht nur das Eigentum, sondern auch die unbeschränkte Appropriation und die unterschiedliche wirtschaftliche und politische Stellung der verschiedenen Klassen in den Naturzustand zurückversetzte.

Der Staat diene nur der Verfestigung und Sicherung dieser Situation.¹¹¹ Locke betonte, daß das Ziel der politischen Gesellschaft und der Regierung hauptsächlich »die Erhaltung des Eigentums« ist. Diese Zielsetzung verlangt auch, daß die Macht einerseits durch eine formelle Gesetzgebung, andererseits durch die Beachtung des Wohls des Volkes begrenzt werde.¹¹² Die wichtigste Grenze aber ist das Eigentum der Bürger (138). Die »politische Gewalt« ist per definitionem, »wo die Menschen Eigentum zu ihrer Verfügung haben« (wo nicht, da ist die Despotie) (171–174). »Die höchste Gewalt kann keinem Menschen einen Teil seines Eigentums ohne seine eigene Zustimmung wegnehmen.« Dies ist begriffliche Voraussetzung des Besitzes ebenso wie des Staates, sonst würde ja kein Eigentümer in den Staat eintreten.¹¹³ Die Regierung soll das Eigentum der Bürger mehr achten als ihr Leben.¹¹⁴

Wird das Eigentum erst einmal von der Verfassung geschützt, beginnt seine Änderung sofort. Die ursprüngliche Untrennbarkeit von Eigentum,

111 Zusammenfassend *Macpherson* 249, *Strauss* 245.

112 Die Erhaltung des Eigentums erfordert das feststehende, geordnete und bekannte Gesetz, den unparteiischen Richter und die starke Vollstreckungsmacht. Die Macht muß an die Gesetze gebunden sein (124–131, 135–142).

113 Ohne die Sicherung des Eigentums hätten die Bürger »überhaupt kein Eigentum« (138). – Für *Hobbes* war es noch eine falsche und gefährliche Lehre, daß jeder Privatmann »das uneingeschränkte Eigentum an seinem Vermögen [besitzt], so daß das Recht des Souveräns daran ausgeschlossen ist«. (Lev, Kap. 29, 248). Nach *Locke* dagegen »ist es auch ein Irrtum, zu glauben, die höchste oder legislative Gewalt eines Staates könne tun, was sie will, und willkürlich über das Vermögen des Untertans verfügen, oder nach Belieben einen Teil davon wegnehmen« (138). Das englische Parlament war schon zur Zeit von *Hobbes* dieser Meinung: Fünf Jahre nach dem Erscheinen des *Leviathan* hat es einen Gesetzentwurf zur Beschränkung der »Einhegungen« mit der Begründung abgelehnt, solche Intervention würde »das Eigentum zerstören«; s. *Tauney* 261.

114 In manchen Fällen kann eine absolute Gewalt notwendig sein, aber auch diese soll das Eigentum achten. Der Feldwebel kann einem Soldaten befehlen, auf die Mündung einer Kanone loszumarschieren, nicht aber, ihm einen Pfennig von dessen Geld zu geben (139). Bei *Hobbes* war es gerade umgekehrt, s. das Recht auf Gehorsamsverweigerung: Lev, Kap. 21 (169).

Freiheit und Persönlichkeit geht verloren. Wenn Locke auf das Geld zu sprechen kommt, führt er die Änderung ein, daß die Arbeit »in den Anfängen« einen Anspruch auf Eigentum begründete (45, 51). Es bleibt unklar, ob die Abhandlung auch nach der Einführung des Geldes (die Gelegenheit gibt, »den Besitz zu vergrößern und beständig zu machen« – 48) die Arbeit als Quelle des Eigentums ansieht.¹¹⁵ Soviel ist aber eindeutig, daß der persönliche Charakter des Eigentums so schwindet, wie unter seinen Quellen die Arbeit ihre Bedeutung verliert. Das Eigentum spaltete sich in einen persönlichen und in einen Wertteil. Aus dem Eigentum des Menschen an der eigenen Person folgt, daß er seine Arbeit verkaufen kann. Locke macht jedoch sorgfältig klar, daß der Arbeiter nicht seine volle Persönlichkeit veräußert, sondern nur seine Dienste, und nur für bestimmte Zeit und gegen den vereinbarten Lohn, und daß die Gewalt des Herrn über ihn durch den Vertrag beschränkt ist.¹¹⁶ Auch wenn wir annehmen, daß die Arbeit weiterhin eine Quelle des Eigentums geblieben ist, berechtigt sie in der bürgerlichen Gesellschaft nicht zu mehr als »in den Anfängen«: zu bloßer Selbsterhaltung. (Die verschiedenen Richtungen des zeitgenössischen Armenwesens waren darin einig, daß die Löhne auf dem Existenzminimum gehalten werden sollten.¹¹⁷)

»In den Anfängen« lag die »große Grundlage des Eigentums« tief im Wesen des Menschen – jetzt beherrscht das Eigentum die Person. Die Machtverhältnisse richten sich nach dem Eigentum. Das Eigentum ist das Ziel des Staates. Nur diejenigen sind Mitglieder der Gesellschaft, die Vermögen haben; für die, die nichts besitzen, sind der Staat und die Gesellschaft sinnlos (vgl. 85). Wer seine Arbeit verkauft, gerät in die Gewalt des Käufers. Locke läßt uns im Zweifel darüber, ob diejenigen, die zum Verkauf ihrer Arbeitskraft gezwungen sind und über kein Sacheigentum verfügen, vollwertige Mitglieder der Gesellschaft sind.¹¹⁸ Die Ungleichheit der Menschen ist nicht einfach eine natürliche Folge der wirtschaftlichen Entwicklung. Man stimmte schon im Naturzustand stillschweigend einem »ungleichen und unproportionierten Bodenbesitz« zu (50). Die Einrichtung der Gesellschaft wurde dadurch und durch den Gebrauch des Geldes bestimmt; der eigentliche Gesellschaftsvertrag war nur zur äußeren Sicherung dieser Vereinbarungen notwendig.

115 In der Auslegung von *Strauss* ist die Arbeit in der bürgerlichen Gesellschaft kein Rechtstitel mehr zum Eigentum (251), wohl aber nach *Macpherson*, und zwar als Lohnarbeit (241–249).

116 Demgegenüber verliert der Sklave sein Leben, Freiheit und gesamten Besitz (85).

117 *Polányi* 126ff.

118 *Macpherson* führt diese Unsicherheit darauf zurück, daß Locke sich von den traditionellen Werten nicht völlig lösen wollte: er reduziert nicht die volle Person (wie Hobbes), sondern nur die Arbeitskraft zur Ware (248, 278–282).

b) Mit der Bestimmung dieser passiven Schutzrolle für den Staat meldet das Eigentum seinen Anspruch auf die Regulierung der Gesellschaft an. Sie soll natürlich eine Selbstregulierung sein. Dementsprechend wird bei Locke auch die bürgerliche Öffentlichkeit emanzipiert. Die persönliche Meinung tritt aus dem »Geheimnis« hervor und wird zum eigenen Regelungsfaktor der Gesellschaft, der de facto wichtiger ist als die staatlichen und göttlichen Gesetze.¹¹⁹ Gottes Strafe nehmen die Menschen nicht ernst, sie hoffen, der staatlichen Bestrafung ausweichen zu können, »aber nie entgeht jemand der Strafe des Tadels oder Mißfallens, wenn er gegen die Mode und Ansicht der Gemeinschaft verstößt, zu der er sich hält, und bei der er sich empfehlen möchte«. »Nicht einer aus zehntausend« kann solche Mißbilligung vertragen.¹²⁰

Dieses "Philosophical Law" demonstriert in allen seiner Details die Unabhängigkeit des Bürgers vom Staat. Seine Grundlage ist nicht die Unübertragbarkeit wie bei Hobbes, sondern die ausdrückliche Beibehaltung bei der Gründung der politischen Gesellschaft.¹²¹ Auch ist es nicht seiner Natur nach »privat«, es wird durch »eine geheime und unausgesprochene Übereinstimmung« zustandegebracht »in den verschiedenen Gesellschaften, Stämmen und Klubs der Welt«.

Die Unabhängigkeit der wichtigeren Institute der bürgerlichen Gesellschaft wird bei Locke durch separate Gesellschaftsverträge gesichert. Im Gegensatz zu der monolithischen Staatsmeinung, die den Leviathan beherrscht, ist die die Lockesche Gesellschaft regierende »Meinung« relativ und pluralistisch, nicht nur wegen ihrer Quellen, sondern weil sie selbst veränderlich ist, je nach »den Urteilen, Maximen oder Bräuchen des gegebenen Ortes« und nach »Temperament, Erziehung und Interessen« der

119 Locke: *Essay concerning Human Understanding*, Buch 2, Kap. 28, § 12 (zit. nach der deutschen Ausgabe, Leipzig 1913, Philosophische Bibliothek, Band 75). »Die meisten (Menschen) richten sich... in erster Linie, wenn nicht ausschließlich, nach diesem Gesetz der Mode, und falls sie nur tun, was ihnen in der Gemeinschaft, der sie angehören, den guten Ruf erhält, kümmern sie sich wenig um die Gesetze Gottes oder der Obrigkeit.«

120 Ebenda, § 12.

121 Ebenda, § 10. »Denn wenn auch die Menschen beim Zusammenschluß zu politischen Gemeinschaften das Verfügungsrecht über ihre gesamte Macht der Öffentlichkeit abgetreten haben, so daß sie dieselbe nur insoweit gegen Mitbürger gebrauchen können, als das Gesetz des Landes sie dazu anweist, so behalten sie doch immer das Vermögen, günstig oder ungünstig zu denken und die Handlungen derer, unter denen sie leben, und mit denen sie verkehren, zu billigen oder zu mißbilligen und dadurch setzten sie untereinander fest, was sie Tugend und Laster nennen wollen.«

Menschen. Allein das öffentliche Wohl beeinflusst ihre Tendenzen.¹²² Doch politisiert Locke die »Meinung« nie. Er setzt ihre – wenn auch nur allgemeine – Übereinstimmung¹²³ mit den Naturgesetzen im vorhinein fest, und sichert auf diese Weise auch die Harmonie mit den göttlichen und staatlichen Gesetzen.

Die Wiederherstellung der Rechte der »Meinung« zeugt nicht davon, daß man die Lehren der Glaubenskriege vergessen hat, sondern vielmehr davon, daß die Befolgung des Gewissens in diesem System keinen Machtanspruch nach sich zieht. Die auf dem Eigentum fußende neutrale Sphäre hat Platz genug für die Toleranz.

IV.

1. Vom Gesichtspunkt der Persönlichkeitsrechte aus trennen sich die Wege der Gesellschaftsphilosophie im 18. Jahrhundert. Da die Theorien von Hobbes und Locke die zwei grundlegenden logischen Möglichkeiten vertreten, werden wir im folgenden die französische bzw. anglo-amerikanische Entwicklung mit ihren Namen kennzeichnen. Die – in der marxistischen Rechtswissenschaft gängige – Charakterisierung, nach der die bürgerliche Umwälzung in England »früh«, zögernd und kompromißhaft war, dagegen die französische bürgerliche Revolution den »klassischen« Typ darstellte, scheint in unserem Thema – wo es um Theorien geht – eben umgekehrt zu gelten. In England und hauptsächlich in Amerika finden wir einen geraden Weg zur Identifikation von Eigentum und Person. In Frankreich werden sie erst gleichgesetzt, nachdem das Pendel der radikalen Theorie und der revolutionären Praxis zuerst weit ausschlug, um durch den totalen Machtanspruch beide zu zerstören. Die »Frühzeitigkeit« der bürgerlichen Revolution in England brachte einen buchstäblich epochalen Vorteil. Der Unterschied der zwei Entwicklungsvarianten ist der Unterschied zwischen der Position des Bürgertums schon »im Besitz« und der des Bürgertums, das noch um die politische Macht kämpfen muß. In diesem Sinne kann

122 §10–11 – Das öffentliche Wohl setzt auch dem Staat Grenzen. Locke bringt die Gesetze der Mode und der öffentlichen Meinung mit dem Gesetz Gottes und der Vernünftigkeit dadurch in Einklang, daß von allen die Taten gelobt werden, die für jeden vorteilhaft sind.

123 Trotz aller Verschiedenheit bleiben die Tugenden und Laster »doch im großen und ganzen meist überall sich gleich«. »...selbst bei einer Verderbnis der Sitten [werden] die richtigen Grenzen des Gesetzes der Natur, das die Norm der Tugend und des Lasters sein muß, ziemlich gut innegehalten« (§11).

man in Amerika nicht von einer gesellschaftlichen Revolution sprechen,¹²⁴ sondern von einem Unabhängigkeitskrieg.¹²⁵

Die zwei Lösungen wurden auch von den Zeitgenossen mit den Namen von Hobbes und Locke verknüpft. Die aktuelle Unterscheidung geht aus der Debatte in der französischen Nationalversammlung über die Deklaration der Menschenrechte klar hervor. Die Selbsterhaltung des Menschen gründet Hobbes auf Waffen, Locke aber auf Nahrung, Kleidung und Unterkunft; bei jenem schützt eine Zwangsordnung gegen innere und äußere Feinde, bei diesem dagegen gewährt eine Eigentumsordnung Schutz gegen Hunger und Elend. Die Funktion der Gesellschaft wird bei Hobbes durch den formalen Automatismus allgemeiner Gesetze, bei Locke durch den materialen Automatismus freier Eigentumsverhältnisse gesichert.¹²⁶ Den entscheidenden Unterschied veranschaulichen am besten die ideologischen Schlüsselbegriffe: Die Franzosen betraten den Weg der »Tugend«, die Amerikaner den Weg des »Interesses«. Die zentrale Rolle der Tugend weist auf die moralische Totalität der französischen Konzeption hin, die den neutralen und »insgeheim« toleranten Hobbes aufhebt. Das war sozusagen der Preis für die praktische Anwendung der Hobbes'schen Technik.

Die bisher überblickte theoretische Vorgeschichte mündet in die ersten bürgerlichen Verfassungen: Zwischen den Texten der amerikanischen und französischen Deklarationen gibt es keinen prinzipiellen Unterschied. Allerdings waren die Wege, die von den Modellen von Hobbes und Locke hierhin führten, grundsätzlich verschieden, ebenso wie später das praktische Leben dieser Verfassungen. Unsere Aufgabe ist es nun, aus den zwei Entwicklungswegen die sich für die Persönlichkeitsrechte ergebenden Lehren zu ziehen.¹²⁷ Dies bedeutet zugleich, daß wir uns auf eine Teilfrage

124 Über diesen Unterschied war sich die französische Nationalversammlung im klaren – s. die Studie von *Habermas* mit Materialien der Debatten vom August 1789: *Naturrecht und Revolution*. In: TP 89, 96ff. – Auch *Jellinek* erblickt den Unterschied darin, daß man in Amerika, wo die bestehenden Verhältnisse verfassungsgerechtlich verankert wurden, die Rechte des Individuums betonte; in Frankreich und Deutschland aber, wo der Staat noch zu schaffen war, hob man die Rechte des Staates hervor (56).

125 *Pole* (*The Pursuit of Equality in American History*. Berkeley/Los Angeles/London 1978, 13) zitiert zahlreiche amerikanische Quellen aus dem Jahrzehnt nach 1760 dafür, daß Gleichheit für die Amerikaner die Gleichheit mit den Engländern bedeutete. Das für die örtlichen Verhältnisse zu hohe und spekulative Naturrecht wurde erst »vom Himmel heruntergeholt« und zum Mittel der Politik gemacht, als man sich gegen die Briten wandte; es wurde aber nie für eine Analyse der inneren Probleme des kolonialen Lebens verwendet (11).

126 Siehe *Habermas*, TP 105–111, die Quellen 102–112.

127 Man darf aber den dritten Weg, d.h. Deutschland, nicht vergessen. Hier werden wir die reflektive Theorie der Modelle und ihrer Verwirklichung finden.

beschränken: auf den Zusammenhang des Eigentums mit der Freiheit. Zur Orientierung ist aber eine kurze Charakterisierung dieser zwei Wege im ganzen notwendig.

Für Hobbes und Locke ist Amerika nicht das Land des braven Wilden wie für die moralisierenden und kritischen Franzosen, sondern ein Demonstrationsfeld des Naturzustandes, anhand dessen die Überlegenheit der bürgerlichen Gesellschaft nachgewiesen werden kann.¹²⁸ »Anfangs war die ganze Welt ein Amerika«, sagt Locke. Das bedeutet auch, daß Amerika damals am »Anfang« stand. Diese geschichtliche Situation ist einmalig: Man kann den Aufbau eines unmittelbar dem Naturzustand folgenden Kapitalismus beobachten, wo Grund und Boden unbeschränkt zur Verfügung stehen und durch eigene Arbeit zu Eigentum gemacht werden können, wo aber auch das Geld und dessen »Anhäufung« schon voll zur Entfaltung kommen. Hier wird das Überleben wirklich vom Eigentum des Menschen an sich selbst, d. h. an seinen Fähigkeiten und Gütern garantiert. Der Staat dehnt sich langsam und nachträglich aus, und er ist schon von vornherein ein bürgerlicher, ein der äußeren Sicherung des Bürgertums dienender Staat – keine Negation des Feudalismus.¹²⁹ Neben der Übereinstimmung von Modell und Wirklichkeit ist eine Abweichung, in der die Wirklichkeit die vollkommenere war, ebenso wichtig. Die amerikanische Gesellschaft war nämlich auch hinsichtlich der unteren Schichten »klassenlos«, d. h. tatsächlich »offen«.¹³⁰ Dieser Wesenszug mag zum Mythos gesteigert oder verfälscht werden,¹³¹ jedoch steht fest, daß in Amerika keine solchen Gegensätze vorhanden waren wie der Gegensatz der »Armen« zum Bürgertum in England oder in Frankreich der Gegensatz zwischen den Bürgern und den Bauern, der nicht geringer war als der zwischen Bürgertum und Adel.¹³² Als zu unserem Thema notwendige Abstraktion

128 Der König eines großen und fruchtbaren Gebiets in Amerika wohnt, nährt und kleidet sich schlechter als ein Tagelöhner in England – da er den Boden »nicht durch Arbeit veredelt« (Locke, 41). In Amerika leben die Leute auf »tierische Weise«, da sie keine Regierung besitzen (Hobbes, Lev, Kap. 13, 97).

129 Schon *Tocqueville* erklärt die schnellere Entwicklung der Vereinigten Staaten damit, daß der nach Kanada exportierte zentralistische Staatsaufbau die Einwanderer abschreckte (292).

130 Vorausgesetzt, daß wir – ähnlich wie unsere Autoren – die auf Sklavenarbeit beruhenden Großgrundbesitze im Süden, samt ihren speziellen Problemen, außer acht lassen (dieses Gebiet stand unter französischem Einfluß).

131 Diese Legende war schon damals lebendig, und die Vergleiche mit der Situation in Europa rechtfertigten sie. Die örtliche Kritik war ohne Kraft; s. *Pole* 26–39.

132 Vgl. die Beispiele von *Tocqueville* einerseits für die Feindseligkeit und die gegensätzlichen Interessen der Bauern und der städtischen Bürger, andererseits dafür, wie nahe die Interessen der Bürger und des Adels einander standen (Kap. 8 und 9).

können wir also in Amerika eine solche einheitliche bürgerliche Welt annehmen, daß die Staatskonzeption von Locke ohne Schwierigkeiten anwendbar ist.¹³³ In England aber mußte man die »Armen« aus der Gesellschaft herauslassen. (Während eines langen Umwandlungsprozesses mußten die Gemeinden die Armen versorgen. Die volle Befreiung der Arbeitskraft erfolgte erst 1832. Die Armengesetze haben zwischen 1662 und 1795 die Freizügigkeit unmöglich gemacht; nach ihrer Aufhebung wurde sofort ein Armenhilfesystem eingeführt – dessen wirtschaftliche, menschliche und politische Folgen gleichfalls katastrophal waren.¹³⁴) Das Verhältnis von Eigentum und Freiheit in Amerika und England kann in einem »reinen« bürgerlichen Gesellschaftsbild untersucht werden. In dieser »bürgerlichen Gesellschaft«, die sich infolge einer einmaligen Situation natürlicherweise oder – wie in England – künstlich abgesondert bildete, befanden sich öffentliche Meinung, Philosophie und Staat im Einklang.

In Frankreich war demgegenüber die noch bevorstehende Revolution bestimmend. Dort war die Philosophie nicht die Reflexion der Revolution, sondern ihr Wegbereiter: sie war zu verwirklichen. Es gehörte jedoch zur Eigenart der französischen Aufklärung, daß sie ihre eigentliche politische Funktion auch dann noch verleugnete, als sie sich schon gegen den Staat wandte. Ihre politisch neutral scheinenden moralischen Forderungen und Maßstäbe wurden in ihrer Abstraktheit mit ihrer »in der Natur« begründeten Ausschließlichkeit zu den mächtigsten Waffen des aus der Politik Ausgeschlossenen: Der moralische Absolutismus konnte den politischen Absolutismus total in Frage stellen.¹³⁵

Die Absolutheit der Moral war jedoch gefährlich. Vertrat sie ein gesamtgesellschaftliches Programm? In Frankreich waren weder die Armen noch die Aristokraten neutral. Dem Bürger stand also ein Kampf an zwei Fronten bevor – im Namen der Tugend. Ist aber diese Moral den gesellschaftlichen Verhältnissen nicht zu unabhängig geworden? Die anglo-amerikanische Entwicklung beruhte auf einer einheitlichen öffentlichen Meinung hinsichtlich ihrer »Basis« – in Frankreich wollte die Tugend auch das Eigentum souverän gestalten. Diesbezüglich vertrat sie nicht den gemeinsamen Standpunkt des Bürgertums, sondern der Pioniere der Theorie – und ihre Herrschaft wird am Widerstand der Eigentümer scheitern. Die Philosophie der Revolution lehrt uns, daß die von der »Eigentümer«-Qualität getrennte, bloße »Person« im Kapitalismus ausgeliefert und unzeitgemäß ist.

133 Zwar war dies nicht die einzige Möglichkeit. Die Erweiterung der politischen Rolle der Selbstverwaltung und nicht zuletzt die Schaffung eines unabhängigen Gegenstückes zum englischen Parlament bedeuteten eine große reale Versuchung. Für die Befürworter einer ausschließlich auf der gesetzgeberischen Souveränität aufgebauten Staatseinrichtung im Sinne von Hobbes und Blackstone s. *Corwin* 50–57.

134 *Polányi* 127, 189.

135 Siehe *Koselleck*, Kap. III, besonders 127 ff., 145 ff.

2. Die Identifikation von Eigentum und Freiheit war für die französische Philosophie im 18. Jahrhundert selbstverständlich. Unsere Beispiele möchten aber zugleich aufzeigen, daß die oben erwähnte Unterordnung des Eigentums nicht die einzige Möglichkeit war. In der Aufklärung war auch die Alternative klar: individuelle Freiheit und Autonomie auf der einen Seite, vollkommene Gleichheit der Mitglieder der Gesellschaft auf der anderen. Aber die Lösungen blieben immer extrem, auch wenn einige, wie Rousseau, zwischen den Polen zu vermitteln suchten und die Rolle der Gesellschaft betonten.¹³⁶

Das Verhältnis zwischen Freiheit und Eigentum besteht eigentlich darin, daß die Freiheit sich auf dem Eigentum aufbaut. So ist z.B. für Diderot das Eigentum eine zweifache Garantie: es schützt gegen den Staat und ermöglicht die Selbstentfaltung. Wenn der Staat beurteilen kann, ob jemand sein Eigentum (auch vom Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses her) mißbraucht oder nicht, »wird er sich bald zum Richter auch über die Lebensführung machen, und dann ginge mit dem persönlichen Eigentum auch die persönliche Freiheit verloren«.¹³⁷ Dazu muß man anmerken, daß der Absolutismus die Intervention nicht immer mit dem öffentlichen Wohl rechtfertigte, sondern das Individuum selbst auch gegen seinen eigenen Willen glücklich machen wollte. Insofern war die Attitüde des französischen Merkantilismus mit der der Philosophen verwandt: Man hat z. B. die Handwerker und Bauern mit »unzähligen Verordnungen« über die besseren Produktionsmethoden aufgeklärt und mit Hilfe »unzähliger Beamten« und Geldbußen die Einhaltung der unglaublich detaillierten Vorschriften erzwungen. Die Bürokratie schädigte nicht nur die Produktion, sondern brach, wie Tocqueville erbittert bemerkt, den Bürgern und Kaufleuten das Rückgrat, »gewöhnte sie an Unterwürfigkeit und Abhängigkeit«.¹³⁸ Die Möglichkeit der Bereicherung, oder wie Diderot auch bitter sagt, »die bessere Weide«, sichert an sich noch nicht die menschliche Entfaltung. Dazu sind wirtschaftliche Autonomie und persönliche Freiheit zugleich notwendig.¹³⁹ »Die menschliche Natur und das Eigentum streben dem

136 So in der berühmten Fassung von Rousseau: »Wie findet man eine Gesellschaftsform, die mit der ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes Gesellschaftsgliedes verteidigt und schützt und kraft dessen jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, gleichwohl nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher?« *Der Gesellschaftsvertrag*. 1. Buch, 6. Kap. (zitiert nach der Ausgabe Reclam-Verlag, Stuttgart 1958).

137 *Diderot: Fragments échappés du portefeuille d'un philosophe. Œuvres complètes*, Bd. VI, Paris 1876, 449.

138 Eingehend *Tocqueville* 47 ff., 276 ff.

139 Eine positive Bedeutung des »Privaten« bildet sich parallel mit der wirtschaftlichen Selbständigkeit heraus. *Habermas*, *Öffentlichkeit* 96. Siehe außerdem *Diderot* a.a.O. und die folgende Anmerkung.

gleichen Ziel zu: der Befreiung des Menschen« – schreibt Diderot.¹⁴⁰ Die Autonomie des Individuums bedeutet natürlich auch die autonome Meinung. Dies hält z.B. Condorcet in seinem Entwurf zur Gemeinbildung vor Augen, wenn er nicht gleiche Bürger, sondern Kritiker des Gesetzgebers erziehen will.¹⁴¹

3. Rousseaus reichhaltiges Werk wurde zum Ausgangspunkt vielfältiger Entwicklungstendenzen, die sich meistens auf einzelne Elemente des Werkes gründeten, ohne Rücksicht auf ihre Zusammenhänge im System. Man denke nicht nur an die Blüte »der Rechte des Herzens« in der Romantik, sondern auch an solche gut definierten Fachbegriffe wie die Volkssouveränität.¹⁴²

Rousseau wollte die Gegensätze vereinen, die unbeschränkte individuelle Freiheit und die Gesellschaft der Gleichen in einem System verwirklichen. Sein Gesellschaftsvertrag kann aber nur dann als Synthese betrachtet werden, wenn man sich die fast mystische, jedenfalls utopische Identifikation des Individuums und der Gesellschaft, von der Rousseau ausgegangen ist, zu eigen macht. Praktisch gesehen (auch in der revolutionären Praxis, die sich auf ihn berief) blieben die zwei Pole, die virtuelle Freiheit und die tatsächliche totale Macht, erhalten; wir versuchen, das Verhältnis zwischen Eigentum und Freiheit so zu untersuchen, daß es mit dem ganzen System in Einklang bleibt.

Dementsprechend müssen wir nicht vom Eigentum allein, sondern auch vom Individuum und seiner Stellung im Staat ausgehen. Auch bei Rousseau finden sich Beispiele für die Untrennbarkeit von Eigentum und Individuum: Das Eigentum teilt die mystische Erneuerung des Menschen, der sein wahres Selbst findet, indem er sich aufgibt. Zum Wesen des Gesellschaftsvertrages gehört, daß man auf sich verzichtet, »sich jeder allen übergibt«, »in der Gesamtheit gänzlich aufgeht«, ohne Vorbehalt und Bedingung »sich jeder ganz hingibt«. An die Stelle der einzelnen Person jedes Vertragsschließenden wird ein »geistiger Gesamtkörper« gesetzt, an dem alle teil-

140 Diderot 450. Der Eigentümer ist »unbeschränkter Herr« und »König« über sein Eigentum, auch Gesetze können ihn nicht begrenzen. Da aber diese Freiheit absolut ist, kann kein Eigentum an einem anderen Menschen bestehen; Sklaverei, Leibeigenschaft, unbedingte väterliche oder Ehegattenmacht sind ausgeschlossen.

141 Ludaszy 47 ff.

142 Ihre notwendigen Ergänzungen, die unmittelbare Demokratie und die von Rousseau angenommene Gesellschaft in der Größenordnung und mit der Wirtschaftseinrichtung einer Polis, blieben meistens außer acht. Für die sich verselbständigende und unkontrollierbare Verwendung einzelner Ideen gaben z.B. die ungarischen Stände ein Beispiel, die auf dem Ständetag 1791 ihre Rechte gegenüber der königlichen Macht aufgrund des Gesellschaftsvertrages zu verteidigen suchten; *Hóman/Szekeşü: Magyar Történet* (Ungarische Geschichte). Bd.5, Budapest 1936, 58.

haben (als Staatsbürger) und dem zugleich alle unterworfen sind (als Untertanen).¹⁴³

Ebenso müssen die Güter dem Gemeinwesen überlassen werden, damit die Besitzer »alles, was sie hingaben, gleichsam wiedernehmen« können, d.h. ihre Güter von nun an unter dem Schutz des Staates »als Verwahrer des Staatsgutes« genießen. »Das Sonderbare« ist darin, daß der Staat damit nur die Sicherung des Eigentums bezweckt.

Rousseau beschreibt nicht einfach die Entstehung des »rechtmäßigen Besitzes«, die Verwandlung »der Usurpation in ein wahres Recht, und des Genusses in Eigentum« mit der Terminologie des Gesellschaftsvertrages. Das Gemeinwesen begnügt sich nicht mit der »äußeren« Garantie des Eigentums, es läßt sich durch das Eigentum der einzelnen nicht beschränken.¹⁴⁴

Unter den Staatszielen ist die Sicherung der »Freiheit« das erste. Diese Freiheit gilt nicht für das Eigentum (das vom Staat abhängt); sie bedeutet die Verwirklichung des gemeinschaftlichen Menschen, der Voraussetzung des Gesellschaftsvertrages ist. Die Freiheit ist letzten Endes sittliche Freiheit. Obwohl die sichersten Kennzeichen der guten Regierung die Wohlfahrt und demzufolge die Zunahme der Bevölkerung sind, sieht Rousseau den idealen »bürgerlichen Zustand« nicht in »Früchten des Fleißes«, in Ackerbau, Schifffahrt, Maschinen, Entdeckungen und daher in den Segnungen der Zivilisation (wie Hobbes¹⁴⁵), sondern in der Verdrängung des physischen Antriebs und der Begierde, in der Veredelung der Gesinnungen, Erhebung der Seele, Übung und Entwicklung der Fähigkeiten.¹⁴⁶ Dies ist die wirkliche Freiheit: »der Gehorsam gegen das Gesetz, das man sich selber vorgeschrieben hat«. Diese »vertragliche« Freiheit unterscheidet sich von der natürlichen dadurch, daß ihr Subjekt sich veränderte. Die Güte des natürlichen Menschen (das »Mitleid« ist eine Tugend!¹⁴⁷) erhob sich zur gemeinschaftlichen Selbstbeherrschung der Staatsbürger. Das Staatsoberhaupt verkörpert die Herrschaft des »allgemeinen Willens«, die ihrer Natur nach willkürlich ist. Wem gebührt die Freiheit? Nur dem Volk im ganzen, dem »Volkskörper«, den nicht einmal der Gesellschaftsvertrag bindet. So steht das Recht auf permanente Revolution (in das das Widerstandsrecht

143 1. Buch, 6. Kap.

144 Wie auch bei Hobbes nicht. – »Denn in bezug auf seine Glieder ist der Staat durch den Gesellschaftsvertrag ... Herr über alle ihre Güter«, schreibt Rousseau, 1. Buch, 9. Kap.

145 Lev, Kap. 13 (96).

146 1. Buch, 8. Kap.

147 Auch hinsichtlich des Naturzustandes weicht Rousseau von dem materialistischen Ausgangspunkt der englischen Vorgänger ab; er hält den Selbsterhaltungstrieb nicht für spezifisch menschlich. Grundlegende Eigenschaft seines Naturmenschen ist so die Fähigkeit zur Vervollkommenung. Siehe Strauss 283.

sich in diesem geschlossenen System verwandelte) nur der gesamten Gesellschaft zu.¹⁴⁸ Nur weil alle zu untrennbaren Teilen eines Körpers geworden sind, kann es keinen Interessengegensatz zwischen dem Staatsoberhaupt und den einzelnen geben. Deshalb erübrigen sich jegliche Sicherheiten für die Bürger dem Staatsoberhaupt gegenüber.

Rousseau konstruierte die Einheit von Privat- und Gemeininteresse aus einer anderen Richtung als die Engländer des 18. Jahrhunderts. Diese vertraten die Auffassung, daß die autonomen Handlungen der Individuen notwendigerweise insgesamt das öffentliche Wohl ausmachen – unabhängig davon, was ihr Ziel und ihre moralische Qualität war. In den zahlreichen Varianten dieses Gedankens¹⁴⁹ kommt die Idee zum Ausdruck, daß die individuelle Autonomie selbst das öffentliche Wohl ist. Das bedeutet auch, daß die Moralität der Personen und Handlungen für das Gemeinwesen gleichgültig ist, weiterhin, daß die individuelle Autonomie einer institutionellen und unmittelbaren Erzwungung des Gemeinwohls vorangeht. Der Politiker, der „man of system“, kann nicht mit den Bürgern auf dem Schachbrett der bürgerlichen Gesellschaft spielen, die Schachfiguren haben ihre eigene Bewegung, sagt Adam Smith.¹⁵⁰ Allerdings steht hier der »Eigentümer« für den Menschen, war es für die Bürgerklasse doch allgemeine Erfahrung, daß die menschliche Entfaltung auf dem Eigentum fußte und daß das damalige englische System diese beiden nicht trennt.

Dagegen kommt bei Rousseau die Interesseneinheit des Individuums und der Gesellschaft »von oben her« zustande; nicht durch Addierung,

148 Der Gesellschaftsvertrag bindet sich selbst nicht; da es »für den Volkskörper keinerlei Art eines bindenden Grundgesetzes gibt noch geben kann, nicht einmal der Gesellschaftsvertrag reicht dazu aus«. Es ist »gegen die Natur des Staatskörpers, wenn sich das Staatsoberhaupt ein Gesetz auferlegt, das es nicht brechen kann«. 1. Buch, 7. Kap.

Die Verinnerlichung des Widerstandsrechts: »wenn nun aber die eingeführte Ordnung schlecht ist, weshalb sollte man dann Gesetze, die sie verhindern, gut zu sein, als Grundgesetze ansehen? In jedem strittigen Falle ist überdies ein Volk befugt, seine Gesetze, und selbst die allerbesten, abzuändern; denn wenn es Gefallen daran findet, sich selbst zu schaden, wer ist berechtigt, es davon abzuhalten?« 2. Buch, 12. Kap. (Deswegen spricht *Koselleck* von einem Recht der permanenten Revolution.)

149 Wir berufen uns hier nur auf die populärsten Illustrationen; s. also die zum geflügelten Wort gewordene „private vices – public benefit“ von Mandeville; die invisible hand von Adam Smith, die ohne Wissen und Wollen der Reichen die Güter so verteilt, als wäre die Erde unter ihren Bewohnern zu gleichen Teilen aufgeteilt; oder die Stimme der öffentlichen Meinung in einem Vers von Pope:

Thus God and Nature formed the general frame

And bade self-love and social be the same.

150 *Smith*, Adam: *Theory of Moral Sentiments* (1759). *The Works of Adam Smith*. Aalen 1963, Bd. I, 410f.

sondern durch qualitative Veränderung der individuellen Willen,¹⁵¹ indem die Bürger in der Gesamtheit aufgehen. Dem Bürger bleibt kein individueller Wille. Der Mensch kann (privaten) Willen haben – steht er aber mit dem allgemeinen Willen nicht in Einklang, wird die Gesellschaft der Bürger seine Geltung verhindern: »der dem allgemeinen Willen den Gehorsam verweigert, [soll] von dem ganzen Körper dazu gezwungen werden; das hat keine andere Bedeutung, als daß man ihn zwingen werde, frei zu sein«.¹⁵²

In Rousseaus Gesellschaft kann der Mensch nur überleben, wenn er bereit ist, Bürger zu werden. Der Bürger aber hat kein Gesicht, er geht in der Gemeinschaft auf. Diese Abstraktion ist übertriebener, als die des »Eigentümers« war, sie droht das Individuum zu verschlingen. Für das Staatsoberhaupt existiert die Nation, der Volkskörper, nur als ganzes, es unterscheidet die Mitglieder nicht voneinander. Die Aufklärung trägt die Überheblichkeit der außenstehenden Aufklärer in sich, die die Aufzuklärenden nur abstrakt als Partner anerkennen, aber zur ironischen Geringschätzung des Individuellen neigen.¹⁵³ Rousseau, der Kämpfer für die

151 Der allgemeine Wille ist weder delegierbar noch vertretbar. (Die Konzeption von Hobbes ist dagegen realistischer und durchführbarer, da er die durch den Vertrag begründete Macht sofort nach dem Vertrag verselbständigte.) Siehe noch 2. Buch, 3. Kap.: der allgemeine Wille geht nur auf das allgemeine Beste aus, der Wille aller auf das Privatinteresse, da er nur eine Summe einzelner Willensmeinungen ist. Im allgemeinen Willen heben sich die abweichenden Privatinteressen gegenseitig auf – so ist er immer gerecht und zum Nutzen aller.

152 1. Buch, 7. Kap.

153 »Ich schuf ein Volk, doch konnte ich nicht Menschen schaffen« – sagt Rousseau in seinen politischen Fragmenten (Fragment IV/25 nach der Ausgabe *Œuvres complètes*. Gallimard, Paris 1964, Bd. III).

Schiller schildert diesen höchst aktuellen Typ als »Idealisten«. Der Realist »beweist sich als Menschenfreund, ohne eben einen sehr hohen Begriff von dem Menschen und der Menschheit zu haben; dieser [der Idealist] denkt von der Menschheit so groß, daß er darüber in Gefahr kommt, die Menschen zu verachten«. Wenn man das Poetische vom Charakter des Idealisten absondert, bleibt »nichts übrig, als [im Theoretischen] ein unruhiger Spekulationsgeist, der auf das Unbedingte in allen Erkenntnissen dringt, im Praktischen ein moralischer Rigorist, der auf dem Unbedingten in Willenshandlungen besteht«. Wenn »der wahre Idealist in seinen Wirkungen unsicher und öfters gefährlich ist, so ist der falsche in den seinigen schrecklich«. Über naive und sentimentalische Dichtung (1795). (Sämtliche Werke, Bd. 5, München 1959, 776, 770, 780.)

Auch *Tocqueville* stellt die französischen und amerikanischen Philosophen in diesem Sinne einander gegenüber. »Im Grunde war es nicht die allgemeine menschliche Vernunft, die einige dieser [französischen] Philosophen anbeteten, sondern vielmehr

Rechte des Herzens, abstrahiert in seiner Gesellschaftstheorie bis zum Äußersten: er klammert aus dem Naturzustand das Gesellschaftliche, aus der Gesellschaft das Menschliche aus.

Bei Hobbes konnte der Absolutismus schon aus technischen Gründen nie grenzenlos sein. Auch Rousseau läßt den privaten Willen zu, der sich aus dem »von Natur unabhängigen Dasein« des Menschen ergibt, jedoch nur unter der Bedingung, daß er sich dem allgemeinen Willen unterwerfe. Jeder Mensch kann »über den ihm durch diese Übereinkünfte [d.h. den Gesellschaftsvertrag] gebliebenen Teil seiner Güter und seiner Freiheit vollkommen unbehindert verfügen«. Diese Sphäre ist aber als Rest des Naturzustandes minderwertig und entbehrt der Harmonie von Interesse und Gerechtigkeit; andererseits ist sie prinzipiell unsicher. Ihren privaten Charakter kann das Staatsoberhaupt beliebig aufheben: es allein bestimmt, welche Teile von Macht, Vermögen und Freiheit der einzelnen für das Gemeinwesen notwendig sind.¹⁵⁴ Man zügelt den privaten Willen erfolgreich, wenn man ihn nivelliert. Die materiellen Grundlagen sowie die geistigen und organisatorischen Mittel der Autonomie hält die Gemeinschaft fest in der Hand: Die Extreme des Besitzes sollen einander angenähert, die Erziehung der Familie weggenommen, zentralisiert und vereinheitlicht und schließlich die Organisationen von Privatmenschen abgebaut werden.

Über die entscheidende Rolle des Eigentums war sich Rousseau im klaren.¹⁵⁵ Das oben Gesagte drückt die allgemeine These aus, nach der die Beziehungen der Staatsbürger untereinander möglichst schwach, die zum Gemeinwesen aber äußerst stark sein sollen. Rousseau konkretisiert dies folgendermaßen, »daß das Eigentum des Staates so groß und stark, das Eigentum der Bürger dagegen so klein und schwach sein soll, wie es nur

ihre eigene Vernunft.« Sie verachteten die Menge und hatten nichts von »jenem ehrfurchtsvollen Gehorsam... den Engländer und Amerikaner der Willenserklärung der Majorität ihrer Mitbürger leisten«. Darum hat die »sich nie überhebende Vernunft« in Amerika das Volk zur Freiheit geführt, während sie in Frankreich »fast nichts anderes erschuf, als neue Formen der Knechtschaft« (318).

154 2. Buch, 4. Kap.

155 Siehe den II. Teil des für die Encyclopédie geschriebenen Artikels »Politische Ökonomie«, der den »Zusammenhang zwischen der Herrschaft des Gesetzes und der Freiheit des Bürgers« noch als die notwendige Regelung und Beschränkung des Eigentums behandelt (»Ferner ist es schwierig, auf der einen Seite den Privatbesitz zu sichern, ohne ihn andererseits anzutasten«) – freilich davon ausgehend, daß das Eigentum heilig und wichtiger als die Freiheit ist. (In der deutschen Ausgabe Frankfurt/M. 1977 – Klostermann Texte Philosophie – 75f.)

möglich ist.«¹⁵⁶ Die Gesetzgebung erreicht die Vollkommenheit, wenn der einzelne Bürger nichts ist und nichts tun kann ohne den anderen; wenn die »natürlichen Kräfte« erstorben sind (d.h. der vor dem Gesellschaftsvertrag ihn bezeichnende individuelle Charakter des Menschen aufgehoben wurde).¹⁵⁷ Gegenüber dem Gemeinwesen kann so das Individuum nicht Eigentümer seiner Person sein. Hier bietet nicht einmal das tierische Asyl der »Selbsterhaltung« dem Individuum letzte Zuflucht (wie bei Hobbes). Das Wesen des Menschen liegt nicht im Biologischen, »sein Leben ist nicht mehr eine Wohltat der Natur, sondern ein ihm bedingungsweise bewilligtes Geschenk des Staates«. Wenn er auf Befehl sterben muß, so zahlt er bloß den Preis seiner bisherigen Sicherheit dem Staat zurück.¹⁵⁸

Der einst neutrale, friedensbringende Absolutismus von Hobbes wird bei Rousseau »verinnerlicht«¹⁵⁹. So dehnt sich die Herrschaft des Staates auf die »geheime«, innere Späre aus, die der Souverän ursprünglich nicht antasten konnte. Jetzt aber duldet jene keinen inneren Vorbehalt. In diesem Zusammenhang entlarvt sich die gefährliche Seite der Erziehungskonzeptionen der Aufklärung. Die »Umwandlung der menschlichen Natur« ist das Ziel, d.h. »an die Stelle des leiblichen und unabhängigen Daseins ... ein teilweises und geistiges Dasein zu setzen«, das sich auf das Ganze bezieht; die »eigentümlichen Kräfte«, die Selbstgarantie, sollen durch Kräfte abgelöst werden, die »seiner Natur fremd sind, und die er ohne den Beistand anderer nicht zu benutzen versteht«.¹⁶⁰ Aber wozu? »Die stärkste Triebkraft der Staatsautorität [ruht] in den Herzen der Bürger ... zur Aufrechterhaltung der Regierung kann nichts die Sittlichkeit ersetzen.« Es geht also um die Erziehung zum vollkommenen Patrioten,¹⁶¹ in dem die

Országos Széchényi Könyvtár

156 Verfassungsentwurf für Korsika (Œuvres complètes III, 898). Für die allgemeinen Thesen s. Gesellschaftsvertrag, 2. Buch, 12. Kap. »Jeder Staatsbürger [soll] von allen anderen vollkommen unabhängig [sein und] sich dem Gemeinwesen gegenüber in äußerster Abhängigkeit befinden; beides wird stets durch die gleichen Mittel herbeigeführt, denn nur die Stärke des Staates bildet die Freiheit seiner Glieder.« Gegen die »besonderen Gesellschaften im Staat« s. 2. Buch, 3. Kap.

157 2. Buch, 7. Kap.

158 2. Buch, 5. Kap.

159 Habermas, TP 103.

160 2. Buch, 7. Kap.

161 »Übt man sie [die Kinder] zum Beispiel ziemlich früh darin, ihre Einzelperson immer nur in Verbindung mit dem Staatskörper zu sehen und ihre eigene Existenz sozusagen nur als einen Teil von jenem zu begreifen, so wird es ihnen schließlich gelingen, sich mit diesem größeren Ganzen zu identifizieren...« »Vom ersten Atemzug an muß man lernen, sich des Lebens würdig zu erweisen; und wie man schon als Neugeborener an den Bürgerrechten teilhat, muß der Zeitpunkt der Geburt auch der Beginn für die Ausübung unserer Pflichten sein.« »Der Staat bleibt bestehen

menschlichen Züge, »die natürlichen Neigungen« nicht mehr vorhanden sind. »Es ist zu spät, uns von uns zu befreien, wenn das *menschliche Ich* erst einmal unsere Herzen ergriffen und jene verächtliche Tätigkeit entfaltet hat, die alle Tugend unterdrückt und das Leben von Kleingeistern ausmacht.«¹⁶²

Rousseaus Vision vom gemeinschaftlichen Menschen könnte man natürlich in ihren positiven Nachwirkungen verfolgen. Bei unserem Thema aber kommen sie nicht zu Wort. Der praktische Versuch von Robespierre, das *moi commun* unmittelbar zu verwirklichen, führte zur Diktatur der jakobinischen Minderheit, die ihre Unbeschränkbarkeit theoretisch damit begründen konnte, daß sie sich auf den ganzen Menschen bezieht und sich nicht mit der Kontrolle des äußeren Verhaltens begnügt. Im Vergleich zu diesem Maximalprogramm war die Geschichte der Revolution bekannterweise eine Reihe von »Zurücknahmen«; die Ersetzung der »allgemein menschlichen« Ideologie durch die praktischen Interessen der Bourgeoisie. In dieser Hinsicht ist auch die naturrechtliche Begründung des Eigentums ein Rückschritt.¹⁶³ Von der Selbstverwirklichung und Würde des Menschen gehörte nichts mehr zur Kompetenz des Zivilrechts als das Eigentum und – nicht als Menschen, sondern als Franzosen¹⁶⁴ – die Sicherung der allgemeinen Rechtsfähigkeit für alle. Das Resultat scheint dasselbe zu sein, was zu jener Zeit in Amerika und wenig später auch in verschiedenen Gesetzbüchern im Osten erschien.

V.

Dieses Kapitel bietet nur vorläufige Zwischenergebnisse. Das Bild kann in verschiedener Hinsicht einseitig erscheinen.

Wir beschränkten die Untersuchung auf repräsentative Autoren und Werke. Auch wenn wir mehr Material einbezogen hätten, wäre die Studie

und die Familie löst sich auf... Werden die Kinder gemeinsam im Schoße der Gleichheit erzogen, sind sie durchdrungen von den Gesetzen des Staates und den Geboten des Gemeinwillens, bringt man ihnen bei, diese über alles zu achten... dann besteht kein Zweifel, daß sie auf diese Weise lernen ... nichts anders zu wollen, als die Gesellschaft will«. Politische Ökonomie, Teil II (67 ff.).

162 Ebenda.

163 Die philosophische Grundlegung der Rechtsinstitute wird typischerweise durch eine auf dem Interesse fußende technische Begründung ersetzt. Für die revolutionären und die konsolidierten Etappen der französischen Kodifikation s. *Eörsi: Comparative Civil (Private) Law*. Budapest 1979, 147–154.

164 Siehe *Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert*. I. Teil, Berlin 1910, 65 ff.

theoriegeschichtlich geblieben. Das Herauslassen der Meinung der klassischen deutschen Philosophie über die Persönlichkeitsrechte könnte damit gerechtfertigt werden, daß sie einerseits die Reflexion der englischen und französischen Entwicklung war, andererseits aber Zeitgenossin einer völlig anderen Entwicklungsphase der Persönlichkeitsrechte. Ihr Einfluß auf die Entfaltung der modernen Persönlichkeitsrechte, auch nur auf die deutsche Persönlichkeitsrechtslehre des 19. Jahrhunderts, ist im Gegensatz zu der oben behandelten englischen und französischen Philosophie unvergleichbar gering.

Man könnte in dieser Studie viel eher eine Gegenüberstellung der Theorie mit dem wirklichen rechtlichen Status der Person vermissen. Wir meinen aber, daß für die Vorgeschichte der modernen Persönlichkeitsrechte die »Freiheiten« der einzelnen Stände weniger wichtig waren als die Ideologie des Verhältnisses zwischen Staat und Individuum. Unser Bild könnte deswegen einseitig sein, weil es den Persönlichkeitsschutz der Menschen untereinander nicht enthält. Diese zwischenmenschlichen Verhältnisse waren in den Gesellschaftsmodellen von Hobbes, Locke und Rousseau nur als Voraussetzung wesentlich; als »atomisierter Naturzustand« bei Hobbes und Locke, als sozialer bei Rousseau. Der Staat dient zur Überwindung (für Rousseau aber zur Rekonstruktion) dieses Zustandes, und wenn man sich mit den Beziehungen der Menschen untereinander befaßt, kann man von der Rolle des Staates nicht absehen.

Das nächste Kapitel ist den »rein zwischenmenschlichen« Injurien gewidmet. Ihre Untersuchung ist aus zwei Gründen ratsam. Ihr Schicksal ist beispielhaft für die Rolle von Nichtvermögenswerten im Kapitalismus und bei seinem Vorläufer. Andererseits ist die Beendigung der langdauernden politischen Neutralität der »klassischen« Injurien¹⁶⁵ hinsichtlich der allgemeinen Politisierung des Zivilrechts aufschlußreich. (Diese Neutralität kann auch erklären, warum die Injurien in diesem Kapitel keinen Platz hatten.) Für die folgende Zusammenfassung sollte man diese Korrekturen beachten.

a) Unser Verfahren war, die »angeborenen Rechte« des deutschen Naturrechts und der Kodifikationen auf die frühe englische Gesellschaftsphilosophie zurückzuführen. Diese geschlossenen Systeme, z. B. das von Hobbes, lassen erkennen, daß die im Naturzustand, also außerhalb des Staates und der Gesellschaft, angenommenen »Rechte« eine Funktion haben können (indem sie die außerhalb der Zuständigkeit des Staates liegende Sphäre bezeichnen); weiterhin wird klar, daß das Haften dieser Rechte am Körperlichen (was in seinen Einzelheiten später so komisch wirkte) kein Zufall ist, es folgt vielmehr aus der radikalen Änderung des Menschenbildes, mit der die Gesellschaftsphilosophie eine neue Epoche begonnen hat.

165 Siehe Kap. I und Kap. V.

Im Vergleich dazu ist das Persönlichkeitsrecht des deutschen Naturrechts im 18. Jahrhundert offenbar sekundär, das dürfte seine so skizzenhafte Darstellung berechtigen. Doch müssen wir betonen, daß diese Proportionen nur für unsere Fragestellung akzeptabel sind, und auch nur dann, wenn man sich vor Augen hält, daß im Gegensatz zu den in erster Linie rechtlichen Systemen von Thomasius oder Wolff Hobbes' und Lockes Philosophie offenbar ein anderes Gebiet vertreten und andere Qualität besitzen; weiterhin, daß die deutschen Naturrechtler auch ihre Staatstheorie hatten, und schließlich, daß wir eine direkte Übernahme der Naturrechte aus der englischen Philosophie nicht behaupteten – alle trugen zum geistigen Gemeingut bei und schöpften daraus, freilich nicht im gleichen Maße. Die tatsächliche Entwicklung der Persönlichkeitsrechte wurde aber nicht einmal im deutschen Rechtskreis von den Professoren bestimmt, sondern in erster Linie durch die Verwirklichung des politisch-philosophischen Entwicklungszweiges des Naturrechts in Amerika und Frankreich. Die Naturrechtskodifikationen bieten eine andere wichtige Lehre: Die angeborenen Persönlichkeitsrechte waren für das sich entfaltende (vom öffentlichen Recht trennende) kapitalistische Privatrecht in ihrer Unmittelbarkeit sinnlos.

b) Daß die vielfältigen naturrechtlichen »Persönlichkeitsrechte« im Zivilrecht durch die allgemeine Rechtsfähigkeit abgelöst wurden, war in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts allgemein anerkannt. Die ähnliche Rolle des Eigentums bemerkte man jedoch nicht. Im Entfaltungsprozeß des Kapitalismus fungierte das Eigentumsrecht immer eindeutiger als Garant autonomen Handelns, sowohl dem Staat als auch den anderen Individuen gegenüber. Die Freiheit des Eigentums wurde vorrangig als Garantie gegen die staatliche Intervention verstanden. Wie und warum das Eigentum die Funktion des Persönlichkeitsschutzes in sich aufnehmen konnte, wird erst klar, wenn man die Geschichte der Konzeptionen von »Eigentum« und »Person« zusammen betrachtet. Das »Eigentum an der eigenen Person« bedeutet soviel wie Selbstbestimmung und ursprüngliche Freiheit; es umfaßte die Rechte auf das Leben und die Mittel zu seiner Erhaltung, z. B. die Arbeit. So war es die Quelle der Rechtmäßigkeit allen Eigentumserwerbs. Eigentum, Freiheit, Arbeit und das Bezwingen der Natur bedeuteten dasselbe. In dieser Ideologie ergab die Gleichsetzung von »Eigentümer« und »Person« ein realistischeres Menschenbild als das spätere abstrakte Individuum. (Diese Identifikation überlebte in der öffentlichen Meinung und in der Politik – siehe Wahlberechtigung – die zivilrechtliche Gleichstellung.) Die Abstraktion des Eigentums und der Person waren Begleiterscheinungen der Herrschaftsergreifung des Eigentums über die Gesellschaft. Die Abstraktion war notwendig; damit die kapitalistischen Verhältnisse die ganze Gesellschaft durchdringen konnten, mußte jedermann in einen potentiellen Eigentümer umgewandelt

werden. Andererseits hebt schon Hegel die Dialektik der abstrakten Eigentümer-Eigenschaft hervor: Das abstrakte (Waren-)Eigentumsrecht schließt aus dem Eigentum alle speziell menschlichen Züge aus, es bleibt aber deren Voraussetzung.¹⁶⁶ So können wir für unser Thema folgern, daß der rechtliche Schutz der Eigentümer-Person genügend, aber auch notwendig war.¹⁶⁷

Wir zeigten an positiven (Locke) und an negativen Beispielen (Hobbes und Rousseau), wie die Philosophie die Garantiefunktion des Eigentums wahrnahm.

c) Hinsichtlich der Grenzen (und damit der Natur) der Autonomie möchten wir den Leser auf zwei Faktoren aufmerksam machen: auf die Notwendigkeit und die bestimmende Rolle des vorausgesetzten Menschenbildes und auf die »Gesellschaftlichkeit« der Autonomie, d.h. ihre Gegenüberstellung zur Isolation.

Das Naturrecht und die verwandten Gesellschaftstheorien sind voll von absoluten Sätzen, ob es sich um das Individuum handelt oder um gesellschaftliche Verhältnisse. (So z.B. die ursprüngliche Gleichheit, die natürliche Freiheit; andererseits der in sich absolute Wert des außer-, d.h. vorgesellschaftlichen Menschen, seine Auffassung als vollkommener, schon »verwirklichter« Mensch – also wiederum eine unhistorische Betrachtung.) Aus diesen Werturteilen kann aber nicht abgeleitet werden, wie groß die Sphäre der individuellen Freiheit und Autonomie in den einzelnen Gesellschaftsmodellen und was jenes »unübertragbare«, »natürliche« Minimum ist, auf das das Wesen des Menschen reduziert werden kann. Das war bei allen Autoren anders, je nach ihrer Präkonzeption über den Menschen, wie es an den extremen Beispielen von Hobbes und Rousseau dargestellt wurde. (Auch deren Menschenbild war natürlich determiniert – aber wir erhofften historische Lehren nicht von der Aufdeckung solcher individueller Determinationen, sondern von der Wirkung der ganzen Lehrsysteme, von den Wegen der »Verwirklichung der Philosophie«. Besonders zu berücksichtigen ist, welche der extremen Gedanken *nicht* realisiert wurden und daß die gesellschaftliche Entwicklung manchmal im Zeichen entgegengesetzter Theorien zu einheitlichen Ergebnissen gelangte.) Die Naturrechtler waren

166 Ausführlich bei Ritter 156f.

167 Vom Gesichtspunkt des kapitalistischen Marktes ist die Selbstgarantie natürlich. Die Selbstverteidigung der Gesellschaft aber und als deren Mittel der Staat können einen organisatorischen und auch rechtlichen »Persönlichkeitsschutz« ins Leben rufen. Doch blieb im 19. Jh. das Eigentum die vorrangige Rechtsgrundlage und auch allgemeine technische Voraussetzung alles rechtlichen Interessenschutzes. Sowohl der verfassungs- wie der zivilrechtliche Zweig der modernen Persönlichkeitsrechte haben ihre Vorläufer im Eigentums- oder Eigentümerschutz im 19. Jh., s. Kap. IV. (Die Persönlichkeitsrechte wurden vom Eigentum erst emanzipiert, als dessen Funktion sich um die Jahrhundertwende veränderte.)

keine bloßen Ideologen der schon fertigen bürgerlichen Anforderungen, sie beteiligten sich an ihrer Formulierung. Die »kapitalistische« Auffassung von Freiheit und Gleichheit wurde in einem langen historischen Prozeß erarbeitet, in dem diese bürgerlichen Grundwerte ebenso vereinheitlicht und formalisiert wurden wie das Eigentum. Auch deswegen geben die klassischen Grundwerte allein keinerlei inhaltliche Bestimmung des Umfangs der Autonomie. Diese Betrachtung mündet in die Frage, ob es zur philosophischen Begründung der heutigen Persönlichkeitsrechte ausreicht, solche abstrakte Werte zu deklarieren wie die Würde und die freie Entfaltung des Menschen oder die Unverletzbarkeit seiner Privatsphäre. Die praktisch entscheidende technische Abgrenzung ist heute den konkreten politischen und wirtschaftlichen Interessen überlassen, die je nach den einzelnen Persönlichkeitsrechten und Streitfällen unterschiedlich wirken. Die Ideologien, auf der die einzelnen Rechtsordnungen aufgebaut sind, können meistens nicht mehr leisten als die deklarierten Abstraktionen. Es fehlt an einer konkreten, ausgearbeiteten Menschenkonzeption, auch wenn man offenbar überall glaubt, daß der Staat und die Gesellschaft sich auf einer vollständigen Gesellschaftstheorie gründen.

Historische Determiniertheit und Adäquatheit des Menschenbildes sind zwei verschiedene Fragen. Hobbes, Locke und Rousseau gaben Beispiele nicht nur für die entscheidende Rolle der Menschenkonzeption, sondern auch ihrer Eigenschaften. Man sah, daß die extremen Vorstellungen nicht realisiert werden konnten und daß es praktisch keine wirkliche Freiheit gab. Die absolute Autonomie bewirkte bei Hobbes, daß das Individuum prinzipiell weder eine moralische noch eine politische und daher auch keine gesellschaftliche Qualität mehr hatte; der Staat vergesellschaftlichte nur äußerlich und ließ das Individuum isoliert. Die totale innere Vergesellschaftung führte bei Rousseau zur vollen Politisierung des Menschen, um den Preis der Vernichtung des Individuums. Locke baute demgegenüber sein reales Menschenbild auf das Gleichgewicht von Autonomie und Gesellschaftlichkeit und verbündete es genial mit den Instrumenten, die zur Grundlage der bürgerlichen Entfaltung wurden: mit dem Eigentum und der Öffentlichkeit.

Aus dieser Gegenüberstellung der beiden extremen und einer glücklichen Konzeption der Mitte ergibt sich die Schlußfolgerung dieses Kapitels. Die Geschichte der naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte lehrt uns einerseits die Gesellschaftlichkeit der individuellen Autonomie, andererseits aber die Zeitgebundenheit ihrer Verwirklichungsmittel.

Die Gesellschaftlichkeit der Autonomie bedeutet, daß die Persönlichkeitsrechte nicht eine außerhalb von Staat und Gesellschaft verbleibende, von beiden unbeeinflusste Sphäre sichern. Eine solche Interpretation des "right to be let alone" würde die größtmögliche Einengung der Freiheit im Vergleich zum Lockeschen »Handeln nach Belieben« ergeben. Diese

Auslegung ist nicht nur anspruchlos, sie birgt auch – wie Hobbes zeigte – die Gefahr, daß sie sich sehr gut mit der Despotie verträgt. Die Persönlichkeitsrechte sind daher als rechtliche Mittel der Selbstbestimmung in der Gesellschaft aufzufassen. Vergessen wir aber nicht, daß der Inhalt der Begriffe »Selbstbestimmung« und »Entfaltung« geschichtlich determiniert ist!

Die Geschichtlichkeit der Persönlichkeitsrechte wird andererseits durch die Wandlung ihrer Instrumente veranschaulicht. Freiheit und Autonomie ändern sich nicht nur inhaltlich, sondern auch hinsichtlich ihrer rechtlichen Verwirklichung. »Persönlichkeitsschutz« kann unmittelbar auftreten oder durch andere Rechtsinstitute getragen werden. Werden die gesellschaftlichen Verhältnisse in erster Linie durch das Eigentum vermittelt, so folgt der Verdinglichung auch der Persönlichkeitsschutz. Die Rolle des Eigentums im vorigen Jahrhundert und die heutigen direkten Persönlichkeitsrechte beweisen das. Die Rolle des Eigentums möge zugleich als Beispiel dafür dienen, daß man den rechtlichen Schutz der »Persönlichkeit« nicht überschätzen und nicht als alleinige Garantie der Selbstverwirklichung betrachten soll. Von den anderen Garantien haben wir oben z.B. die Öffentlichkeit genannt. Noch einmal müssen wir betonen, daß die Proportion und die Rolle der rechtlichen und anderen gesellschaftlichen Sicherung der »Persönlichkeit« sehr veränderlich sind und daß man von einem Faktor aus nicht das ganze System beurteilen kann.

Kapitel III

Die Injurien und die Persönlichkeitsrechte.

»Neutralität« und Technik

I.

In der widerspruchsvollen, unbestimmten und sich ständig verändernden Welt der Persönlichkeitsrechte scheint das Recht des Ehrenschatzes fast idyllisch eindeutig, bestimmt und beständig zu sein. Den Schutz der Ehre und des guten Rufes kann man aus mehreren Gründen als Stamm der Persönlichkeitsrechte betrachten. Erstens historisch: Seine Wurzeln reichen bis in die ältesten Rechte zurück, und er bewahrt auch heute seine archaischen Züge. Weiterhin sind viele besondere, selbständige Persönlichkeitsrechte seine Zweige und Sprosse. Zweitens, der Ehrenschatz ist das meistverbreitete Persönlichkeitsrecht, er ist nicht nur in den alten, sondern auch in den neuen Rechtsordnungen überall zu finden. Drittens, seine rechtlichen Instrumente sind gut ausgearbeitet und ausgereift. Einige davon, wie z. B. die Pressedelikte, blicken auf eine alte gesetzliche Regelung zurück. Der strafrechtliche Schutz der Ehre setzt notwendigerweise eine feste Dogmatik voraus. Auf dem Gebiet des Zivilrechts entstanden feste Regeln durch die umfangreiche Rechtsprechung. Viertens stellt er jenes persönlichkeitsrechtliche Minimum dar, das auch die traditionell denkenden Rechte und Gerichte willig aufnehmen.

Die Beständigkeit des Schutzes der Ehre und des guten Rufes ist aber sehr relativ. Charakteristischerweise hat er sich erst als Oberbegriff für den *bis dahin* praktizierten Persönlichkeitsschutz stabilisiert, als man im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts für die sich vermehrenden neuen Persönlichkeitsrechte einen gemeinsamen Nenner suchte.¹ Gegenüber der Neuheit und Unbestimmtheit der im deutschen Rechtskreis dafür gefundenen »Persönlichkeit« bzw. der in Amerika entdeckten »Privatsphäre« erschien der Ehrenschatz freilich als konservativ. Der Unterschied wurde dadurch verstärkt, daß es für die Vorkämpfer des »Persönlichkeitsrechts« und des *privacy* viel wichtiger war, das neue Recht anerkennen zu lassen, als es zu definieren.² So haben die offensiven neuen Rechte Gebiete des

1 *Mauczka*: Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die »angeborenen Rechte«. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911, Bd. 2, 258.

2 *Prosser*: *Privacy*. California Law Review 1960, 388.

Ehrenschatzes oft überdeckt und manchmal auch okkupiert.³ Auch solche Rechte wurden von der »Persönlichkeit« her begründet, für deren Schutz der herkömmliche Schutz der Ehre oder des guten Rufes ausreichte. (So z. B. das Recht am Namen. Nur in der Schweiz hat man dafür den Ehrenschatz beibehalten.) Die weitere Ausweitung der Persönlichkeitsrechte – die mit der Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ihren Höhepunkt erreichte – und besonders ihre immer ausgeprägtere Wechselwirkung mit den verfassungsrechtlichen Freiheiten waren schon durch diese Spaltung bestimmt; so kam es im Ergebnis zu einem qualitativen Unterschied, der aus der Natur des Ehrenschatzes nicht hätte folgen müssen. Heute geht es schon um mehr als um den gegensätzlichen Charakter des konsolidierten Schutzes der Ehre und des Rufes einerseits und die im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gärenden immer neuen Ansprüche andererseits. Dies ist bloß ein Aspekt der grundlegenden Abweichung, die zwischen der »Neutralität« des Ehrenschatzes und dem »politischen« Charakter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts besteht.⁴

Das Studium der Funktionen und der Technik der alten Injurien ist auch in sich begründet; es ist zum Überblick über die Entwicklungstendenzen der heutigen Persönlichkeitsrechte nicht weniger notwendig als die Kenntnisse über die Geschichte der Verschuldenshaftung zum Verständnis der gegenwärtigen Lage des Schadenersatzrechts. Wir könnten unsere Beispiele theoretisch aus einem beliebigen Recht nehmen, die Injurien sind überall zu finden. Dieses Kapitel beschränkt sich auf zwei Rechte, auf das römische Recht und das common law. Sie bieten den methodologischen Vorteil, daß man die Rechtsentwicklung Schritt um Schritt anhand konkreter Fälle verfolgen kann, seien dies Muster von Rechtsgelehrten oder wirkliche Streitsachen. Auch haben beide Rechte eine Dokumentation, die eine lange historische Zeit umfaßte.

Obwohl die römischen Injurien ihre unmittelbare Fortsetzung im Ehrenschatz des deutschen gemeinen Rechts haben, befassen wir uns unten (Punkt II) nicht mit den Problemen dieser Weiterentwicklung. Der große Beitrag des deutschen Rechts, genauer, der Rechtslehre zum Persönlichkeitsrecht, die Theorie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, baut nicht direkt auf den gemeinrechtlichen Injurien auf. (Wir behandeln dieses Thema im folgenden Kapitel.) Hier möchten wir an Beispielen aus dem römischen Recht solche technischen Fragen darstellen, die seitdem ihre Aktualität nicht verloren haben: wie das Recht Werte wie Ehre und guten Ruf handhaben kann. Wir versuchen, diese Mittel mit den technischen Lösungen des sich parallel entwickelnden Schadenersatzrechtes zu vergleichen. Neben-

3 So sind z. B. frühere Verleumdungsdelikte in die "false light"-Fälle des neuen tort "privacy" eingegangen.

4 Siehe Kap. I und Kap. V.

bei weisen wir auf die Fakten hin, die den Unterschied zwischen dem »herkömmlichen«, »neutralen« bzw. »modernen«, »allgemeinen« und »politischen« Persönlichkeitsschutz verständlicher machen können. Das römische Recht ist für den Typ beispielhaft, der durch die Integration des Individuums in die Gemeinschaft geprägt ist und in dem Moral, Sitte und Brauch entscheidend sind. Von hier können wir mit der Frage weitergehen, inwieweit diese rechtlichen Lösungen im modernen Persönlichkeitsschutz verwertbar sind. Im folgenden wird es sich also um rechtstechnische Einzelheiten handeln. Der Leser möge diesen Teil betrachten, als wäre er klein gedruckt. Zur Orientierung wird er mit einer Zusammenfassung abgeschlossen.

Anders steht es mit dem Teil über das englische Recht (Punkt III). Zwar fängt er mit den gleichen technischen Fragen an wie der römisch-rechtliche, erweitert diese aber dann mit den politischen Aspekten der Verleumdung, um zu zeigen, daß selbst der klassische Ehrenschutz nicht eindeutig »neutral« war. Anschließend gerät der Zusammenhang zwischen Ehrenschutz und allgemeinem Persönlichkeitsschutz immer mehr in den Vordergrund. Dies hat seine Stelle in diesem Kapitel aus mehreren Gründen. Zunächst, weil das als allgemeines Persönlichkeitsrecht fungierende *privacy* auch technisch mit den *torts* des Ehrenschutzes verbunden ist. Hauptsächlich aber deswegen, weil die Persönlichkeitsrechte im englischen bzw. amerikanischen Recht eine unterschiedliche Entwicklung durchmachten: Persönlichkeitsschutz wird in England mittels einzelner (meistens althergebrachter) *torts* erreicht, in Amerika aber mit dem neuen und sehr allgemeinen Institut des *privacy*. Hier sind die prinzipiellen und die technischen Fragen wirklich untrennbar.

Országos Széchényi Könyvtár

II.

1. Die »iniuria« war im römischen Recht ein mehrdeutiger und sich verändernder Begriff. In der europäischen Rechtsentwicklung lebte er in mehreren Bedeutungen weiter: als Bezeichnung für allerlei rechtswidrige Handlungen, als Bezeichnung für die Sachbeschädigung und schließlich als Personenverletzung. In diesem letzteren Sinn ist sie eine der wichtigsten Quellen des neuzeitlichen Ehren- und später des Persönlichkeitsschutzes, und im folgenden verwenden wir sie nur in dieser engen Bedeutung.

Die Injurie wurde in der Gestalt, wie sie im prätorischen Edikt überliefert worden ist, zum Ausgangspunkt der Persönlichkeitsrechtsentwicklung.⁵ Diese prätorische Injurie ist selbst Ergebnis einer Reform, die

5 *Lenel*: Das Edictum Perpetuum. Leipzig 1927, 397–403.

durch die Notwendigkeit der Modernisierung der Sanktionen veranlaßt wurde. (Die im Zwölftafelgesetz vorgeschriebene Buße von 25 Assen wurde wegen der Geldentwertung sinnlos.) Die Ablösung der festen Geldbuße durch eine auf Schätzung beruhende Genugtuung in Geld gab gleichzeitig allen Injurien-Tatbeständen einen einheitlichen prozessualen Rahmen. Zu Anfang des klassischen Rechts⁶ faßte dieses Verfahren schon inhaltlich einheitliche Fälle zusammen, in denen es um die Verletzung der Ehre oder um die Geringschätzung des anderen ging (wie Labeo mit dem Hinweis auf die griechische Hybris bekräftigt⁷). Der Entwicklungsweg vom Zwölftafelgesetz bis zur klassischen Injurie wird in der heutigen Romanistik als Verallgemeinerung des Rechtsschutzes gewertet, der sich von den Körperverletzungen auf die »Persönlichkeit« ausdehnt. Seit dem vorigen Jahrhundert wird dieser Prozeß mit der »Verfeinerung des Persönlichkeitsgefühls«, des Gefühlslebens, der größeren Empfindlichkeit gegenüber Ehrenkränkungen und allgemein mit der kulturellen Entwicklung erklärt.⁸ Die Autoren wollten auch den Ursachen der Änderungen nicht näher nachgehen; für den Zweck ihrer Arbeiten war es gleichgültig, ob die so plausibel scheinende Begründung wirklich zutraf.⁹

Für unser Thema ist die Frage nach dem Grund der Entwicklung sehr wichtig. Vielleicht ging es einfach um die Verrechtlichung des Schutzes der immer sehr empfindlichen Ehre, also darum, daß die Mittel des Schutzes verändert wurden und der Akzent von der Selbstverteidigung auf die staatliche, von den Sitten auf das Recht verschoben wurde. Bringen die Verfeinerung der Gefühle und die Kultur nicht solche Situationen und Gefahren mit sich, in denen oder gegen die die herkömmlichen Mittel nicht mehr ausreichen? Soll man in der Geschichte nur einen Vervollkommnungsprozeß sehen, oder auch, daß die gesellschaftlichen Umwandlungen, besonders die Bürgerkriege, das Verlangen nach staatlichem Schutz erhöhten und daß später die kaiserliche Bürokratie den Einfluß des Staates ausweitete? Dient der Persönlichkeitsschutz der individuellen Empfindsamkeit oder stellt er eine durchschnittliche Garantie der Unverletzlichkeit der Rechtsstellung der Bürger dar? Kann schließlich der Ausbau eines

6 Lübtow: Zum römischen Injurienrecht. Labeo 1969, 131, 152, 155; Wittmann: Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht. München 1972, 26.

7 Paul. Coll. 2.5.1. – Kaser: Das römische Privatrecht. München 1971, 624, Wittmann 36.

8 Lübtow 139, 153, Kaser 614, Jhering: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Gesammelte Aufsätze. Bd. 3, Jena 1886, 234. Vgl. noch Karlowa: Römische Rechtsgeschichte. Bd. 2, Leipzig 1901, 792.

9 Nur Kaser bemängelt die soziologische Auswertung der Kasuistik (624 Anm. 12). – Von den tatsächlichen Schutzansprüchen geht aber die Untersuchung von Wittmann aus.

»Persönlichkeitsschutzes« nicht einfach Folge der Entwicklung des Deliktrechts sein? Die Verallgemeinerung der Verantwortlichkeit, die Abstraktion von der konkreten Tatbestandsmäßigkeit (etwa von einer corpore-corpori-Verursachung bis zur Genugtuung für mittelbare Verletzungen – sobald diese technisch lösbar werden) sind gemeinsame Tendenzen der Privatdelikte. Wenn wir also von einer Entwicklung von der Körperverletzung bis zum Ehrenschatz sprechen, sollte diese nicht für sich genommen, sondern im Rahmen der Umgestaltung des ganzen Deliktrechts infolge z.B. der Modernisierung der Sanktionen oder der Wandlung vom objektiven zum subjektiven Haftungsgrund betrachtet werden. Gleichzeitig ist darauf zu achten, daß einzelne Injurien des Zwölftafelgesetzes ihren eigenen Weg gingen (die früheste Abzweigung erfolgte nach der Sachbeschädigung bzw. der Körperverletzung an Freien), auf dem sich die erwähnten allgemeinen Tendenzen immer eigentümlich realisieren.

2. Im folgenden suchen wir Anhaltspunkte zu den aufgeworfenen Fragen.

a) Das Injurienrecht des Zwölftafelgesetzes kann heute nur rekonstruiert werden, und die Rekonstruktion trägt immer das Zeichen ihrer Zeit. Das Zwölftafelgesetz war bereits zur Zeit der klassischen Juristen, die sich mit der Injurie befaßten, schon lange kein geltendes Recht mehr, und die für sie wichtigen Teile wurden in einem wahrscheinlich aus der Erinnerung niedergeschriebenen Zitat überliefert.¹⁰ Römische Juristen wandten später ohne Bedenken ihren allgemeineren Injurienbegriff auf das Zwölftafelgesetz an – dies hatte ohnehin nur die Funktion, die Tradition heraufzubeschwören.¹¹ Die anachronistischen Verallgemeinerungen der klassischen Juristen kamen den Autoren des 19. Jahrhunderts entgegen, die – in der Zeit der Herausbildung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und vielleicht unter dessen Einfluß – die einheitliche gedankliche Grundlage der römischen Injurien suchten und sie, schon in der Zeit des Zwölftafelgesetzes, in der Verletzung der Würde des Menschen fanden.¹²

Die Quellenkritik der neueren Literatur engt die Möglichkeit beträchtlich ein, das Zwölftafelgesetz als Anfang des Injurienrechts zu nehmen.¹³ Im folgenden stellen wir die von der späteren Injurienauffassung grundverschiedene Konzeption dieser frühen Gesetzgebung dar.

Nach Paulus und Gaius stammen folgende Injurien aus dem Zwölftafelgesetz: 1. dauernde Funktionsschädigung eines Gliedes oder Organs (*membrum ruptum* – die Strafe ist *talio*); 2. Knochenbruch (*os fractum*)

10 *Lübnow* 134.

11 Zur unhistorischen Denkweise *Lübnow* 135, 162, und im allgemeinen *Schulz*: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar 1961, 85, 158.

12 *Karlowa* 790, 792.

13 Im folgenden stützen wir uns in erster Linie auf die Arbeiten von *Lübnow* und *Wittmann*.

– für die Verletzung eines Freien waren 300 Asse, für die eines Sklaven 150 Asse zu zahlen) und 3. die »iniuria« schlechthin, mit einer Strafe von 25 Assen. 4. Paulus zählt noch das öffentliche Singen von Schmähliedern dazu (*malum carmen incantare* – das mit dem Tod bestraft wurde).¹⁴ Alle diese Tatbestände standen auf der achten Tafel des Zwölftafelgesetzes. Innerhalb des viel weiteren Injurienbegriffes der klassischen Rechtswissenschaft¹⁵ scheint dieser »originelle Kern« einheitlich zu sein. Er wurde auch im 19. Jahrhundert so aufgefaßt.¹⁶

Die Annahme eines einheitlichen Injurienbegriffs im Zwölftafelgesetz ist eine Schlüsselfrage, denn sie ermöglicht es, einen allgemeinen Persönlichkeitsschutz in diese Zeiten zurückzuführen und so das Wesen der Injurie im Schutz der Persönlichkeit zu erblicken. Die vier Tatbestände sprechen auf den ersten Blick dafür.

Dagegen spricht aber der Charakter des Zwölftafelgesetzes. Es wäre anachronistisch, allgemeine und technische Begriffe hier vorauszusetzen.

Das Wort *iniuria* kommt nur in einem der vier Tatbestände vor: *Si iniuriam faxsit, XXV poenae sunt*. Im Gegensatz zu den konkreten Begehungshandlungen in den anderen Tatbeständen ist die Injurie hier unbestimmt. Aber wie breit ist sie? Anders gefragt: Bilden die Bestimmungen der achten Tafel ein System? Die *iniuria* könnte als Persönlichkeitsverletzung gedeutet werden, wenn sie sich auf alle vier Tatbestände beziehen ließe. Dies machen aber einerseits Gegenargumente aus dem Entwicklungsgrad des Rechts und dieses Gesetzes unwahrscheinlich. Andererseits haben alle Tatbestände ihre eigene Geschichte.

Ein allgemeiner Injurienbegriff stünde mit den anderen konkreten Bestimmungen im Widerspruch. Man denke an die genaue Bestimmung der Begehung des Knochenbruchs (*manu fustive*) oder daran, daß auch die spätere *lex Aquilia* auf der primitiven Technik der tatbestandsmäßigen Begründung und zugleich Begrenzung der Haftung beruht. Deren Schadensstiftung durch Feuer, Zerstörung oder durch Tötung von Vieh erinnert an die mit der Hand oder mit dem Knüttel zerbrochenen Knochen des Zwölftafelgesetzes. Die einzelnen Tatbestände können typisch sein, sie können insgesamt fast lückenlose Schutzbereiche ergeben – ohne daß sie diese auch begrifflich einheitlich erfaßten.¹⁷ Das Injurienrecht konnte

14 Paulus Sent. 5.4.6, Gaius 3.223.

15 Siehe Paulus Coll. 2.5.1, Ulpianus D 47.10.1 pr.: »generaliter« ist Injurie alles, was zu Unrecht geschieht, »specialiter« die folgenden: das engere Injuriendelikt, das schon von Labeo mit der *contumelia* bzw. der griechischen *Hybris* gleichgesetzt wird; ferner die *culpa*; schließlich die prozessuale Fehlentscheidung des Prätors. Textkritik s. *Lübnow* 162ff.

16 *Karlowa* 788; *Mommsen*: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899, 785ff.

17 Zu den Abstraktionen ohne Definition im klassischen Recht s. *Schulz* 38.

nicht aus einer »Generalklausel«, d.h. aus der zitierten Bestimmung und aus drei besonderen Tatbeständen bestehen. Für eine so weit ausgelegte Injurie wäre auch die Strafe von 25 Assen – im Vergleich zu den anderen Tatbeständen bzw. den Strafen späterer Gesetze – unproportional wenig gewesen.¹⁸

Das Sanktionssystem bestätigt auch von anderer Seite, daß das Zwölftafelgesetz kein einheitliches Injurienrecht kannte. Die einzelnen Tatbestände stehen auf verschiedenen Stufen der Rechtsentwicklung. Die Talion wendet man noch für die Verstümmelung (*membri ruptio*) an, bei dem weniger schweren Knochenbruch ist sie schon von einer festen Geldbuße abgelöst. Die unverhältnismäßig strenge Bestrafung der Schmählieder gehört andererseits auch noch zu den Rechtsaltertümern. In dieser und in der Talion eine Überwindung der rechtlichen Vergeltung der bloß physischen Verletzung, das Zeichen kultureller Erhebung zu sehen,¹⁹ ist ein Selbstwiderspruch, der aus der Annahme einer ursprünglich einheitlichen Injurie folgt.

Es bleibt noch darauf hinzuweisen, daß es in diesen Bestimmungen des Zwölftafelgesetzes keine Spur einer »subjektiven« Haftungsvoraussetzung gibt – schon gar nicht von der für die späteren Injurien charakteristischen Beleidigungsabsicht. Eine einheitliche, als Persönlichkeitsverletzung verstandene Injurie gab es also im Zwölftafelgesetz noch nicht.

Auch die Geschichte dieser Tatbestände ist nicht einheitlich. Zunächst mußte man den Kronzeugen einer persönlichkeitsbezogenen Injurienauffassung, das Schmählied, aus der Einheit der frühen Injurien ausschließen. Wie wir später noch sehen werden, hatte es eine besondere Entwicklung bis zu seiner Einmündung ins klassische Injurienrecht.

Die Rechtsgelehrten nennen die *ossis fractio* und die *membri ruptio* gerade unter Berufung auf das Zwölftafelgesetz *Injuria*.²⁰ Daraus kann man schließen, daß *iniuria* Körperverletzung meint. Daß das Gemeinsame in den so verbliebenen drei Tatbeständen die Körperverletzung war, bekräftigen Gaius und Paulus, indem sie die Körperverletzung bedeutenden Injurien innerhalb eines schon breiteren Injurienbegriffs absondern. Die nicht-körperliche Injurie ist ein späterer Begriff.²¹ Demzufolge bezog sich die »*iniuria*« mit den 25 Assen Strafe auf leichte Körperverletzung, und nur darauf.²²

18 Eingehend *Wittmann* 11.

19 *Karlowa* 792.

20 *Gaius* 3.223.

21 *Lübnow* 131, 136, bes. 134, nach ihm ist die Injurie der allgemeine Begriff für Körperverletzung; s. noch *Momm森* 784.

22 Sehr eingehend und überzeugend beweist dies *Wittmann*, der im vorhinein die funktionelle Frage stellte, ob das Leben und der Körper des Freien einen lückenlosen Rechtsschutz hatte (2–18).

Auch für eine allgemeinere Deutung der Injurie kommt die Körperverletzung in Betracht. Es gibt keinen Hinweis darauf, daß das Recht neben der Sanktionierung des Ergebnisses »Körperverletzung« nach deren Motiv oder nach der Beschämung (als »seelisches« Ergebnis) unterschieden hätte. Demütigung und Beleidigung waren im Alltagsleben sehr häufig – die Lustspiele von Plautus und Terentius bezeugen es –, aber das Recht war schon technisch für ihre spezielle Sanktionierung nicht geeignet. Was das später entscheidende Motiv anbetrifft,²³ bemühte sich das Recht zu dieser Zeit noch um die grobe Abgrenzung von Absicht und Zufall.²⁴ Noch wichtiger ist aber, daß es auch solche Fälle nicht erfaßte, in denen der damalige »Haftungsgrund«, die direkte Verursachung gegeben war – sondern diese beließ unter der Herrschaft von Sitte und Brauch. So war es z. B. mit dem Ehebruch (den Terentius und Plautus Injurie nennen). Der erwischte Liebhaber blieb der Privatrathe des Ehemanns ausgeliefert; die spätere Gesetzgebung garantierte die Nichteinmischung von seiten des Rechts.²⁵

b) Wenn aber das Recht des Zwölftafelgesetzes gleichgültig gegenüber der (auch tätlichen) »Persönlichkeits-« oder Ehrverletzung war, aber die Körperverletzung als Ergebnis bestrafte, wie kann es das Singen von Schmählern mit der Todesstrafe ahnden? Die Auffassung des »malum carmen« des Zwölftafelgesetzes als Schmählid ist rechtlich und praktisch absurd.²⁶ Den Ausdruck des Zwölftafelgesetzes, der früher wohl Zauberei bedeutete, hat man erst in der Zeit von Cicero mit dem *convicium* gleichgesetzt. *Convicium* war die jemandem durch öffentliche Zusammenrottung vor seinem Hause zugefügte Beschämung, bei der auch Schmählidien gesungen werden konnten. – Das war, als Injurie, nach dem Edikt strafbar.

Bei dieser Bedeutungsänderung spielte einerseits die terminologische Unsicherheit mit und andererseits die sprachliche Modernisierung und die Deutung des Textes des Zwölftafelgesetzes im Schulunterricht.²⁷

23 Später, mit der Erweiterung der Injurien, wurde dieses betont: die Injurie wurde mit der *contumelia* gleichgesetzt. Die Beleidigungsabsicht war auch besonderes Kennzeichen der griechischen *Hybris*; s. *Lipsius*: Das Attische Recht und Rechtsverfahren. Leipzig 1915, 425.

24 Dementsprechend beschränkten sich die frühen Injurien nicht auf *dolus* (wohl aber die späteren). *Wittmann* 18–23.

25 Siehe *Mommsen* 798. – Horatius schreibt von den Gefahren, die den Liebhaber einer verheirateten Frau bedrohten (Sat. 1.2. 41–46). Wurde dieser zu Tode gepeitscht oder verstümmelt, so sagten alle: »zu Recht« (*»iure, omnes«*). Ähnlicherweise konnte im griechischen Recht, nach den Gesetzen von Dracon und Solon, der Ehemann den Ehebrecher nach Belieben strafen. Hier mußte der Gesetzgeber schließlich gegen die Mißbräuche mit dem Geld, das zur Ablösung der Strafe angeboten werden konnte, auftreten. *Lipsius* 429ff.

26 *Mommsen* 794, 795.

27 Paulus spricht im Zusammenhang mit den Injurien des Zwölftafelgesetzes »de famosis carminibus«; der von Cicero überlieferte Text ist: »si quis occentavisset

Malum carmen occentare konnte sowohl Liebeszauber als Verwünschungspraktiken gegen den Feind oder Schuldner bedeuten. Die Verwünschungen wurden später auf kleine Tafeln geschrieben, die man an öffentlichen Orten liegen ließ. Da meistens der Grund der Verwünschung auch angegeben war, wurde der Betroffene dem öffentlichen Gerede ausgesetzt.²⁸ Diese Interpretation schafft aber keine inhaltliche Beziehung zwischen der ursprünglichen Straftat und der prätorischen Injurie; die Katzenmusik wurde so in den Schutzbereich der Injurien, d.h. Körperverletzungen, einbezogen, daß man sie als Verletzung, als Belästigung der Ohren auffaßte. Für die Anwendung des Zwölftafel-Tatbestandes gibt es keine Angabe. Wegen öffentlicher Verspottung auf der Bühne wurden erst zwischen 130 und 80 v. Chr. Prozesse geführt, schon aufgrund des prätorischen Rechts und mit zweifelhaftem Ausgang.²⁹

Zusammenfassend können wir feststellen, daß es im Zwölftafelgesetz noch keine einheitliche »Injurie« gab. Auch bei weitester Auslegung geht die Injurie der achten Tafel nicht über die Körperverletzung hinaus.

3. Die Vereinheitlichung der Injurien hat zweifellos das prätorische Edikt »de estimandis iniuriis« vorgenommen, um die Wende vom 3. zum 2. Jahrhundert v. Chr. Das Edikt löste die festen Geldbußen des Zwölftafelgesetzes durch geschätzte ab, deren Höhe die zu diesem Zweck bestellten Rekuperatoren bestimmten. Die Ursache dieser Neuerung wurde durch Gellius zur immergrünen Anekdote der Literatur: Bei seinen Spaziergängen teilte L. Veratius den Leuten Ohrfeigen aus, sein Sklave bezahlte aber sofort die 25 Asse, die das Zwölftafelgesetz als Buße dafür vorsah.

Falls dies nicht wahr ist, so ist es doch gut erfunden.³⁰ Die Anekdote ist nicht nur deswegen treffend, weil infolge der Geldentwertung die 25 Asse keine schwere Strafe waren, sondern noch mehr, da selbst das Institut der festen Geldbuße unzeitgemäß wurde.³¹ Langsam zeigt sich der Einfluß

sive carmen condidisset». Das hielt Festus für den alten Ausdruck des zeitgenössischen convicium; s. *Maschke*: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Breslau 1903, 12 ff., *Mommsen* 794.

28 Sehr detailliert *Maschke* 11–36. Zauberei konnte mit dem Tod bestraft werden, so schon das Zwölftafelgesetz für Beschädigung von Feldfrüchten.

29 *Lübnow* 145, *Maschke* 26.

30 Ihre Echtheit wird von einigen bezweifelt (s. *Kaser* 623).

31 Anderenorts beschreibt Gellius den Fall, als die auf dem Forum Ennius lesenden Bürger sich nach der Bedeutung des Wortes »proletarius« erkundigten. Der Gefragte, der im Recht bewandert war, antwortete: Ich hätte diese Worte nur dann erklären und auslegen müssen, wenn ich das Recht der Faunen und Ureinwohner studiert hätte. Nach dem vom Aebutius genannten Gesetz gehört all dies schon der Vergangenheit an...so sind »proletarius« ... »25 Asse«, »die Talion« alle überholt, und damit auch das uralte Zwölftafelgesetz. Ich soll nur die geltenden Regeln, Gesetze und Worte studieren und kennen. (*Noctes Atticae* 16.10 – die Veratius-Anekdote ebd., 20.1.13.)

der griechischen Kultur. Das folgende Jahrhundert wird durch den Gegensatz zwischen den alten, strengen und puritanischen Sitten und Instituten und dem biegsamen, zivilisierten hellenistischen Geist geprägt. Wir müssen die Modernisierung des Haftungsrechts in diesem Prozeß sehen. Die ersten Schritte in diese Richtung wurden um die Wende vom archaischen zum hellenistischen Zeitalter³² getan.

a) Die »moderne« Grundlage des Schadenersatzrechts, die *lex Aquilia* (287/286) bewahrte noch die archaisch engen Tatbestände des *urere*, *frangere*, *rumpere*, *occidere*; gleichzeitig brachte sie diese mit dem neueingeführten Begriff des Schadens (*damnum*) auf einen gemeinsamen Nenner und bereitete damit ihren Wegfall vor: Binnen kurzem wurde die »Schadensverursachung« schlechthin der Tatbestand. Andererseits verwarf dieses Gesetz die festen Geldstrafen. Die neuen Strafen werden aufgrund des Wertes der geschädigten Sache ausgerechnet – so wird der Weg zu dem nach dem entstandenen Schaden bemessenen Schadenersatz eröffnet.

Ähnlich entwickelten sich die »personenverletzenden« Injurien. Das schon erwähnte erste Edikt vereinheitlicht mit seiner geschätzten Buße die Tatbestände des Zwölftafelgesetzes und schaffte auch die Grundlage dazu, daß die Injurien auf weitere, über die Körperverletzung hinausgehende Tatbestände erstreckt wurden. Diesem Prozeß geben teils dieses Edikt, teils die im 3. Jahrhundert dazu gekommenen drei neuen Edikte und schließlich die *lex Cornelia de iniuriis* (81 v. Chr.) den äußeren Rahmen. Die inhaltliche Änderung war, daß neben der Körperverletzung auch für die Beeinträchtigung der Ehre, des guten Rufes, der gesellschaftlichen und der Rechtsstellung eine Klage gegeben werden konnte. Die Entwicklung wurde freilich nicht von diesen allgemeinen Begriffen bestimmt. Selbst so weite Begriffe (wie bei Paulus die *dignitas* oder bei Cicero die Verletzung der Rechtsstellung eines Freien, die *imminuta libertas*) konnten nicht als Rechtsgrundlage dienen.³³

Wie bei der Sachbeschädigung, wurde hier der Rechtsschutz von Fall zu Fall erweitert. Das Prinzip der Entwicklung – wie in der *lex Aquilia* die den Schadenersatz ausdehnende und mit den Bedürfnissen des Warenverkehrs abstimrende *culpa*³⁴ – ist allgegenwärtig, aber kann sich so lange nicht artikulieren, wie es nicht die Sprache einer geeigneten Ideologie trifft. Die so sich selbst überlassene Rechtstechnik ist zu primitiven Schlaueiten gezwungen, um im Ergebnis zeitgemäß zu sein. Dies ist jedoch eine »List des Rechts«, deren Niveau nach dem Zweck und nicht nach den Mitteln zu beurteilen ist.

32 Für die Charakterisierung der Periode s. *Schulz*.

33 Paulus Coll. 2.5.4, Cicero pro Caec. 12.35; Vgl. *Wittmann* 35 und *Lübrow* 146.

34 Für diese Auffassung der culpa s. *Sólyom*: *The Decline of Civil Law Liability*. Alphen aan den Rijn/Budapest 1980, Kap. 3.

So haften z. B. die Injurien noch sehr lange dem »Körper« – d. h. der ursprünglichen Rechtsgrundlage an. Sehr bekannt ist die Ableitung der mündlichen Ehrverletzung (*convicium*, im ersten der drei späteren Edikte) aus den Injurien des Zwölftafelgesetzes: das schmähende Geschrei »belästigt die Ohren«.³⁵ Der moderne Kommentar, man sei nämlich damals noch in einer »sinnlich-naiven Anschauung« befangen gewesen,³⁶ setzt die Technik der fallrechtlichen Rechtsentwicklung ungerechterweise mit einer niedrigeren Stufe des Denkens gleich. (Wie sehr dies zu Unrecht geschieht, könnte man am Beispiel der Machinationen um die Umwandlung der durch Versäumnis verursachten Schäden in durch positive Handlung entstandene zeigen, die im römischen Recht und sehr ähnlich im frühen *common law* vorkommen – von den modernen Kniffen um den »notwendigerweise *culpose*« Eisenbahnbetrieb, den zur Sache erklärten elektrischen Strom oder um den Schutz der Freiheit der Familienplanung durch das *privacy* des Schlafzimmers, die ihre Wurzel sicherlich nicht in einer »sinnlich-naiven« Betrachtung haben, ganz zu schweigen.) Aus der Sanktionierung der »Verletzung der Sinnesorgane« eine Konzeption herauszulesen, nach der der Schutz der körperlichen Integrität auch den Schutz der seelischen Integrität erfasst,³⁷ ist viel mehr für die Zeit des Verfassers charakteristisch (in der, Ende des 19. Jh., der allgemeine und direkte Persönlichkeitsschutz begründet wurde) als für das römische Recht, das sich nie einer solchen integrierten Persönlichkeitsideologie bediente. Es ist ein bezeichnend bürgerlicher Gedanke, in der Rechtsentwicklung eine seelisch-gefühlsmäßige »Verfeinerung« zu sehen.³⁸ Dies wird aber in allen Versuchen rückprojiziert, die die Entwicklung als Sublimierung des Körperlichen erklären, indem sie die von der ursprünglichen Schlägerei immer entfernteren Tatbestände aufzählen.³⁹

Offensichtlich ist es auch keine »römische« Idee, wenn diese Studie die Ablösung der gesellschaftlichen Sanktionen durch den Rechtsschutz hervorhebt. Doch können wir in dieser Weise vielleicht die Ungeschichtlich-

35 Die Definition des *Auctor ad Herennium* 4.25.35: *iniuriae sunt aut pulsatione corporis aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant*. Ähnlich *Paulus Coll.* 2.5.4.

36 *Liibtow* 146, *Maschke* 38.

37 *Maschke* 38, 39.

38 *Karlowa* 793, *Jhering* 235, aber ebenso *Liibtow* 153.

39 Beispielsweise die Verursachung einer Geisteskrankheit (durch Erregung von Furcht, Schrecken usw.), Eingeben von Liebestränken, Abortiven. Der nächste Schritt sollte die Verletzung des »äußeren Anstandes, des formal-würdigen Auftretens« sein, wie wenn man dem Redner die Toga fortriß oder ihn mit Schlamm besudelte. Schließlich habe sich die Injurie mit der Sanktionierung des Pietätsgefühls (als Gräber- und Leichenschändung) vom »Körper« völlig getrennt. *Maschke* 39–43.

keit der »Verfeinerung« vermeiden⁴⁰ und uns mehr auf die eigentliche Frage des Persönlichkeitsrechts konzentrieren, d.h. auf die rechtliche Erfassung dieser Lebensverhältnisse. Dies erscheint uns, wie gesagt, als technisches Problem; doch können die Eigengesetze der Rechtstechnik irreführend sein, wenn wir aus diesen direkt auf gesellschaftliche Vorgänge schließen wollen. Die rechtliche Anerkennung der Talion bedeutete z.B., daß sie abgeschafft wurde. Wo das Recht Talion sagte, war praktisch ihre Umwandlung in Geld gemeint. Eine ähnliche juristische Epochenwende setzte mit den prätorischen Injurien ein. Früher hatte der Verletzte einen unbedingten Anspruch auf Genugtuung, falls der Tatbestand des Zwölftafelgesetzes verwirklicht wurde. Die Edikte erweiterten den Kreis der klagbaren Tatbestände. Aus der Spannung zwischen dieser Erweiterung und der sofort notwendigen Begrenzung entstand ein veränderlicher Rechtsstoff, der nicht nur hinsichtlich der Sanktion, sondern auch hinsichtlich der Begründetheit der Klage, d.h. ihrer rechtlichen Voraussetzungen, auf Wertung beruhte. (Die Veränderung der Sitten und die neue Moral unterstützten diesen Prozeß. Seneca stellte den konservativen Cato als Vorbild hin: Der Philosoph nimmt von äußeren Injurien keine Kenntnis⁴¹ – es sind die gemeinen Leute, die sich stören lassen und Prozesse führen.)

b) Die prätorischen Edikte machten bestimmte Tatbestände klagbar. Dem die Bestrafung der Körperverletzung modernisierenden Edikt folgten drei weitere, die für folgende Fälle Rechtsschutz gewährten: 1. Das aus dem Zauberspruch des Zwölftafelgesetzes umgedeutete *convicium*, d.h. die ursprünglich mit öffentlicher Zusammenrottung und Lärm begangene Ehrverletzung; 2. Bestimmte Fälle des Angriffsversuches auf die Schamhaftigkeit (*adtemptata pudicitia*). Die Verletzte konnte nur eine ehrbare Frau oder ein unerwachsenes Kind sein; die Tatbestände waren: »Wegführung« des Begleiters (für die Verletzten war es unanständig, ohne *comes* öffentlich zu erscheinen), das gegen die guten Sitten und die Schamhaftigkeit der Verletzten verstoßende Ansprechen (*appellare*) und schließlich häufiges Verfolgen auf der Straße durch eine Person, die nach den Bräuchen dazu unbefugt ist (*adsectare*); 3. Handlungen, die im öffentlichen Urteil geeignet sind, den guten Ruf zu schädigen (*ne quid infamandi fiat*). Mit dieser Aufzählung konnten wir natürlich den Rahmen der prätorischen Injurien nur sehr grob umreißen. Die Interpretationen der Edikte und die reiche Kasuistik⁴² enthalten weitere, genauere Bestimmungen der Haftungsvoraus-

40 Wird vielleicht der gute Ruf der *matrona* durch die »Wegführung« des Begleiters, erst seit der Zeit geschädigt, als der Prätor dafür eine Klage gab? Der *comes* ist schon zur Zeit des Plautus Brauch.

41 Seneca *Dial.* 2.14.3, *Maschke* 42.

42 Siehe *Raber*: *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*. Wien/Köln/Graz 1969, bes. Kap. 2.

setzungen und somit der Umgrenzung der Verantwortlichkeit für die Injurie; andererseits lenken sie die Aufmerksamkeit auf die beispiellos breite Ermessensfreiheit des Prätors.

4. Das Schadenersatzrecht hatte feste Anhaltspunkte, wenn es um einen Sachschaden ging. Der Wert der beschädigten Sache und der Schaden selbst waren eindeutig erfassbar. Als später auch die nicht vorsätzlich oder nicht unmittelbar verursachten Schäden ersetzt wurden (die die Mehrheit der Haftungsfälle ausmachten), gab es schon typische Verhaltensmuster, aufgrund deren die Schadenstragung zwischen Schädiger und Geschädigtem in Einklang mit der öffentlichen Meinung verteilt werden konnte. Die juristische Technik dazu wurde wahrscheinlich erst im Vertragsrecht entwickelt. Anderswo haben wir uns mit der Verbindung des Vertragsrechts mit der Erweiterung der Anwendungsfälle der Lex Aquilia auseinandergesetzt.⁴³ Jetzt soll nur hervorgehoben werden, daß das Mittel der Ausdehnung der Verantwortlichkeit, die culpa, eine einmalige Leistung des römischen Rechts war, die im Deliktrecht nur im Rahmen der lex Aquilia angewendet wurde; weiterhin, daß die spätere, subjektive Interpretation der culpa deren technische Grundlagen nicht verändert – sie hat sie mit einer einheitlichen Ideologie ausgestattet.⁴⁴

a) Für die Entwicklung der Injurien war diese Stütze von vornherein nicht gegeben. Da kein objektives *damnum* vorhanden war, wurde nicht der Schaden, sondern die Bemessung der Strafe die Grundlage der Modernisierung. Die Schätzung der Strafe hat dann dieses Institut so geprägt, wie im römischen Recht kein zweites Mal. Das Problem bei den Injurien war nicht die Ausweitung der Verantwortlichkeit auf fahrlässig oder nur mittelbar zugefügte Verletzungen. Die Verhaltensmuster zog man nicht zu diesem Zweck zu Rat – Injurien werden in der Regel absichtlich und direkt zugefügt –, sondern zur Qualifikation des Tatbestandes selbst; und zwar nicht nur hinsichtlich der Begehungshandlung, sondern auch hinsichtlich des Ergebnisses, d.h. ob es eine Verletzung gibt, ob eine Injurie vorliegt. Die Begehungshandlung wird nie als »Schadensverursachung«, d.h. »Verletzung« neutral, sie bleibt immer mit den Tatbeständen verbunden – die aber schon Ergebnis einer Selektion sind. Die Verhaltensmuster entnahm man nicht den Verkehrsverhältnissen, alltäglichen Geschäften, für die die culpa die erforderliche Sorgfalt verkörperte, sondern den *boni mores*, den Sitten, der allgemeinen Moralauffassung und der öffentlichen Ordnung. Daher ergibt sich für die heutige »persönlichkeitszentrische« Anschauung das Paradoxon, daß der Ersatz eines Vermögensschadens individuell ist, während in einem Injurienfall selbst die Tatsache

43 *Solyom* 72 ff. Eine solche Beziehung zwischen Vertrags- und Deliktrecht bekräftigt auch die Entwicklung des common law; s. ebd. 164 ff.

44 *Solyom* 74 ff.

einer Verletzung von der öffentlichen Meinung abhängt. Die engeren prätorischen Tatbestände, wie z.B. die Angriffe auf die Schamhaftigkeit, beruhen unmittelbar auf den Bräuchen und der Sittenordnung des alten Rom. Appellare wurde anfangs nur als Injurie verstanden, wenn die Angesprochene die Kleidung der anständigen Frauen trug. Nach den alten Sitten zeigten sich solche Frauen in der Öffentlichkeit nicht ohne Begleiter. Aber auch die weiteren Tatbestände – wie *ne quid infamandi fiat* – wurden durch die *boni mores* ausgefüllt. (Siehe den Mißbrauch mit der Trauertracht, die nach altrömischer Sitte die Angeklagten und ihre Angehörigen trugen: Es war injuriös, wenn man dadurch im Volk feindliche Stimmung gegen den Ankläger erweckte; oder wenn man durch Verfolgen in Trauerkleidung jemanden in Verdacht brachte, den Trauernden anklagen zu wollen oder an einer Straftat beteiligt zu sein.⁴⁵) Das Injurienrecht, wenn es den sicheren Boden der Körperverletzungen verläßt, stützt sich keineswegs auf eine abstrakte Persönlichkeitsidee, auch nicht auf die Rechtsstellung des römischen Bürgers, sondern auf die lebendige Sittenordnung.

Dies alles hat u.a. drei Folgen: Augenfällig ist zuerst die »verhaltende«, das allgemein Angenommene bekräftigende, *in die civitas integrierende Funktion* der Injurien-Entscheidungen. Dazu führen wir jetzt Beispiele mit umgekehrtem Vorzeichen an. Während Rom zum Mittelpunkt der zivilisierten Welt wird, verblasen die alten Sitten und Bräuche; mit der Auflockerung der Kleidungsbräuche wurde es schwerer zu entscheiden, in welchen Fällen das appellare ehrverletzend war.⁴⁶ In der späten Kaiserzeit verdrängten falsche Anschuldigungen, Injurien gegen Beamte und Richter, also die Verletzung bürokratischer Interessen, sowie eine völlig »juristische« Beurteilung fast völlig die gesellschaftlichen Elemente aus dem Injurienrecht, das – davon unabhängig – als strafrechtliches Institut wichtig wird.⁴⁷

Zweitens sind die Injurien infolge ihrer moralischen Verhaltensmuster mit der *öffentlichen Ordnung* stark verbunden. Auf alle Handlungen *contra bonos mores* fällt, außer der Verletzung einer bestimmten Person, auch ein Schatten der Störung der öffentlichen Ruhe. Im Gegensatz zum Schadenersatz sind die Genugtuungsaussichten für eine bloß privates Interesse berührende Kränkung äußerst unsicher – wohl aber begründen die Gesichtspunkte der Öffentlichkeit und der öffentlichen Ordnung die Klage.⁴⁸ Die Injurie setzte so gut wie immer ein Ergebnis voraus, das nicht rein individuell ist. Der Angriff auf die Keuschheit ist klagbar, wenn die Verletzte seinetwegen in den Augen der Öffentlichkeit von einer *pudica* zur *impudica* wird. Viele Injurien waren vom öffentlichen Skandal nicht zu

45 Beispielsweise D 47.10.15.27, *Mommsen* 795, *Raber* 57–60.

46 *Raber* 46 ff.

47 *Mommsen* 795, 800, 807, *Maschke* 94.

48 Vgl. *Mommsen* 796.

trennen. Neben der »Katzenmusik« sind bekannte Beispiele dafür, daß einem Redner auf dem Forum die Toga fortgerissen wurde, daß das Volk gegen den vermeintlichen Kläger oder den seine Sklaven angeblich grausam behandelnden paterfamilias aufgehetzt wurde usw. Ursprünglich war neben der Injurie als Privatdelikt parallel eine öffentliche Strafklage gegeben. In der bürokratischen Periode des römischen Rechts⁴⁹ führte man wegen der Injurien meistens nur ein öffentliches Strafverfahren.⁵⁰ Man denke auch daran, daß die Injurie nie dem allgemeinen Schutz der öffentlichen Moral diente; sie mußte sich immer gegen eine bestimmte (oder wenigstens bestimmbare) Person richten.⁵¹

Drittens konnte die öffentliche Meinung auch die *Sanktion* unmittelbar beeinflussen. Die Schätzung des »Schadens« wurde ursprünglich den Rekuperatoren anvertraut, da sie als Vertreter der öffentlichen Meinung das »richtige« Strafmaß zu garantieren schienen.⁵² Der Prätor setzte Rekuperatoren in erster Linie ein, wenn der Fall öffentlichen Anstoß erregte oder die öffentliche Ordnung störte.⁵³ Freilich läuft später die verfahrensrechtliche Entwicklung zur »Verrechtlichung« der Injurien hin. Die Einsetzung von recuperatores ist ausdrücklich mit den schweren Fällen verbunden, später erstreckt sie sich auf die Schuldfrage. Andererseits tritt auf dem Gebiet der schweren Injurien die eigene Schätzung des Prätors in den Vordergrund (auch gegen die Schätzung des Klägers selbst). Im Laufe der Zeit begann der Prätor darüber zu entscheiden, ob die Injurie vor dem Einzelrichter oder mit Rekuperatoren verhandelt werden soll. Schließlich hat die lex Cornelia das Verfahren mehrerer »gewaltsamer« Injurien dem Kriminalverfahren angenähert.⁵⁴

b) Dieser allgemeine Einfluß der boni mores beantwortet noch nicht die Frage nach der rechtlichen Erfassung der Injurien. Dazu müssen wir die gemeinsamen Züge der klagebegründenden Tatbestände, die Rolle des dolus und schließlich die Bedeutung der inhaltlichen Vereinheitlichung der Injurien untersuchen.

Die guten Sitten wurden vom Prätor für das Recht »übersetzt«. Auch bei verhältnismäßig festen Tatbeständen mußte er abwägen, ob die Verletzung auch gegen die öffentliche Moral verstieß. Beim allgemeinen »ne quid infamandi fiat« begründeten praktisch erst die konkreten Um-

49 Schulz 336.

50 Mommsen 800, 806–808, zur Gleichsetzung der iniuria atrox mit der öffentlichen Straftat s. Raber 100.

51 Vgl. z. B. Raber 33, 62.

52 Lübtow 141.

53 Wittmann 28, Lübtow 152.

54 Eingehend Lübtow 141–152, Mommsen 803, 804.

stände des Falles die Klage.⁵⁵ Wiederholt schlug die Rechtstechnik, indem sie die starren tatbestandsmäßigen Bindungen auseinandertrieb, in das andere Extrem, die konkrete Billigkeit um.⁵⁶ Aus der Billigkeitspraxis kristallisierten sich mit der Zeit neue Klagen oder Haftungsvoraussetzungen heraus. Auch den Inhalt der sich gestaltenden culpa kann man daraus entnehmen, welche äußeren Umstände der konkreten Schadensfälle von den einzelnen Rechtsgelehrten als Entscheidungsgrund genannt werden. Man sieht, daß diese »Umstände« typische Lebenssituationen sind, in denen jedermann einem bekannten und offensichtlichen⁵⁷ Verhaltensmuster zu folgen hat.⁵⁸ Auf dem Gebiet der Injurien verkörpern die Tatbestände der Edikte schon von vornherein solche Verhaltenstypen; sie sind aber zu weit, um das Ermessen des Prätors binden oder beeinflussen zu können.⁵⁹ Zur sicheren Anspruchsbegründung waren im Injurienrecht gewisse erschwerende Umstände notwendig. Ihre späteren Verallgemeinerungen (die iniuria atrox und ihre Quellen: ex persona, ex loco/tempore, ex factore)⁶⁰, verraten vom Inhalt einer »sicheren« Injurie weniger, als die sich auf die infirmitas berufende regula oder das Maß der Sorgfalt eines bonus paterfamilias über die culpa zu sagen vermochten. Nach den Beispielen und konkreten Fällen gab der Prätor eine Injurienklage,⁶¹ wenn der

55 Bei dem ersten Erscheinen vor dem Prätor mußte der Kläger alle Umstände der Verletzung genau angeben und die Beweise (die schnell verschwinden konnten, z. B. heilen) darlegen. Dies war einerseits für die Gewährung der Klage entscheidend, andererseits sollte es dem vorbeugen, daß der Kläger später vor dem Richter den Tatbestand änderte (*Lübtow* 147).

56 Im frühen common law wurde z. B. die aufgrund der sehr engen Tatbestandsmerkmale »vi et armis« bestimmte trespass, als sie keinen ausreichenden Schutz mehr zu geben vermochte, durch actions on the case abgelöst, die nach den konkreten Umständen des Falles gegeben wurden.

57 Häufig auch rechtlich formulierte Verhaltensmuster; vgl. Anm. 43.

58 Die die culpa betreffenden regulae und später das Sorgfaltmaß des bonus paterfamilias waren eigentlich eine theoretische Richtschnur, die die culpa zu ihren weiteren Aufgaben geeignet machten – wie zur Erfassung der komplizierten Ursächlichkeit oder zur Vermittlung von Ideologien –, mußten aber in der konkreten Anwendung immer auf konkrete Verhaltensmuster reduziert werden.

59 Bei dem Edikt »ne quid infamandi fiat« war die Verletzung sehr wahrscheinlich nicht die Herbeiführung einer technischen Infamie, sondern die Behauptung solcher Fakten, die dazu typisch geeignet sind. In diesen Fällen konnte der Prätor die Klage geben, auch wenn tatsächlich noch keine Minderung des guten Rufes erfolgt war. War jedoch die beleidigende Behauptung typisch nicht infamierend, konnte er ein äußeres Zeichen des Eintritts der Ehrenminderung verlangen. In beiden Fällen lag es völlig im Ermessen des Prätors, ob er Rechtsschutz gewährte oder nicht; s. *Raber* 69, 70.

60 Gaius Inst. 3.225, Ulpianus D 47. 10.7.8.

61 *Raber* 98, *Mommsen* 789f. Aber diese Fälle waren nicht eindeutig definiert.

Verletzte einer höheren gesellschaftlichen Klasse angehörte als der Täter (z.B. Beleidigung der Magistraten oder Senatoren), wenn zwischen ihnen eine stark moralisch gefärbte⁶² rechtliche Abhängigkeit bestand (z.B. Eltern und Kinder, patronus und Freigelassener), weiterhin, wenn die Beleidigung vor einer qualifizierten Öffentlichkeit erfolgte (im Theater, auf dem Forum, in Anwesenheit des Prätors), und schließlich war die Klage auch für die traditionellen Körperverletzungsfälle gesichert.

Diese Fälle ergänzen und konkretisieren also die haftungsbegründenden Tatbestände von der Seite der guten Sitten her. Ihre Verallgemeinerung bleibt aber formal; sie enthält keinen mit der Aufgabe des Instituts zusammenhängenden Gesichtspunkt, und so kann sie auch nicht eine das ganze Injurienrecht erklärende und beeinflussende Ideologie vermitteln – wie es bei der culpa und dem Schadenersatz der Fall war.

5. Trotzdem wurden die Injurien aufgrund subjektiver Gesichtspunkte inhaltlich vereinheitlicht. So konnte man auf diesem Grund dem größten Teil des Rechtsmaterials eine gemeinsame Erklärung geben. Die Gleichsetzung von iniuria und contumelia geht auf Labeo zurück und war im klassischen Recht allgemein anerkannt: Das Wesen der Injurie ist die Beleidigung, die überhebliche Mißachtung, Geringschätzung des anderen.⁶³ Dies bekräftigen die klassischen Juristen mit ihrem Hinweis auf die griechische Hybrisklage. Nach alledem scheint es logisch zu sein, daß die Aufgabe der Begründung und Begrenzung der Injurie in erster Linie vom dolus getragen wurde.⁶⁴

Bei näherer Untersuchung ergibt sich aber, daß die Identifizierung der contumelia und der Hybris, die zwar eine wichtige Tendenz der Injurien ausdrückt, nicht auf das ganze Injurienrecht bezogen werden konnte. Immer sind es Gebiete geblieben, auf denen eine objektive Rufbeeinträchtigung und der Verstoß gegen die öffentliche Moral eine grundlegende Rolle spielten. Zwei Gesichtspunkte sollen hier betont werden. Einerseits kann die Beleidigungsabsicht dort juristisch entscheidend sein, wo sie einen an sich neutralen Tatbestand als Injurie qualifiziert. So, wenn jemand mich »vexandi mei causa«, also grundlos vor Gericht zitiert; oder in vielen Rechtsmißbrauchsfällen, als z.B. der Grundbesitzer und Verkäufer den Käufer nicht auf das Grundstück ließ, um die bereits verkauften und übergebenen Trauben keltern und den Most abholen zu können.⁶⁵ Demgegen-

62 Zum Verhältnis des Freigelassenen zu seinem früheren Herrn s. *Raber* 92.

63 *Lübnow* 162, *Wittmann* 36.

64 Das war Ende des vorigen Jh. allgemeine Meinung, s. *Mommsen* 797, *Karlowa* 792. Es stimmt mit dem herrschenden Evolutionsgedanken überein, s. auch »die Subjektivierung der objektiven Haftung im Prozeß der Zivilisation«.

65 Die Ladung vor Gericht D47.10.13.3, Weinlese D19.1.25. Vgl. *Raber* 149.

über sind die Tatbestände der speziellen Edikte nicht neutral. So kann hier der Vorsatz gegenüber der objektiven Beurteilung unbedeutend bleiben.⁶⁶

Andererseits macht es für die subjektive Auffassung – und für die damit verbundene Einengung des Schutzbereiches – den Weg frei, wenn gegen dieselbe Verletzung auch andere Klagen zur Verfügung stehen. Diese Möglichkeiten vermehren sich ständig – und für die Wahl der entsprechenden Klage werden so feine Unterscheidungen wie die Absicht des Rechtsverletzers entscheidend. Für die Verprügelung eines fremden Sklaven *ex culpa* wird die Klage aus der *lex Aquilia* begründet (vorausgesetzt natürlich, daß sich der Wert des Sklaven verminderte, also der *dominus* einen Schaden hatte); handelte der Täter aber *ex affectu* (mit Beleidigungsabsicht⁶⁷), konnte er aufgrund der *actio iniuriarum* verklagt werden. Die Verführung des Sklaven oder des Sohnes in die Kneipe, wo Würfelspiel getrieben wird, macht nur eine *actio servi corrupti* möglich (da der Wert eines unmoralischen Sklaven niedriger ist), wollte der Täter durch sie den *paterfamilias* in schlechten Ruf bringen, so erfüllte er den Tatbestand der Injurie usw.⁶⁸

Den Zusammenhang zwischen der inhaltlichen Verfestigung der Injurie im Sinne der *contumelia* und der praktischen Schutzansprüche zeigt die Änderung in der Anwendung der Injurie bzw. der *lex Aquilia* auf die Körperverletzung an Freien. Die Injurien sanktionierten ursprünglich ausschließlich diese Verletzungen. Im klassischen Recht werden sie dagegen schon durch die *contumelia* geprägt, also durch die Schutzerweiterung über die physischen Verletzungen hinaus. Die *contumelia* ist sinngemäß absichtlich. Trotz dieser Tendenz konnte die *actio iniuriarum* auf Körperverletzungen angewandt werden, die man nicht als *contumelia* qualifizieren konnte (und die nicht vorsätzlich waren), und zwar auf dem uralten Zurechnungsgrund der unmittelbaren Verursachung. Diese primitive Grenze haben in der Vermögenssphäre mehrere Klagen überschritten,⁶⁹ sie formten aber den strafrechtlichen Schutz in einen vermögensrechtlichen um: Der aus der Körperverletzung entstandene Schaden wurde ersetzt. Da je-

66 Das unsittliche Ansprechen oder das Folgen sind keine Injurien, wenn sie aus Spaß begangen werden. Diese unschuldige Absicht befreit aber nicht von der Verantwortlichkeit, wenn es von der *civitas* für einen schlechten Spaß gehalten wird. D47.15.23 und D47.10.15.6. Vgl. Raber 44, 127.

Ulpianus und Paulus verwenden die *contumelia* ausschließlich zur Erklärung des ersten, »generalen« Edikts (*Lübnow* 165, 166).

67 Natürlich auch auf eine objektiv gegen die guten Sitten verstoßende Weise, also nicht zwecks Züchtigung. D44.7.34pr., Raber 112 ff.

68 D47.10.26. Siehe noch Raber 144 ff. Nach Raber sind das *fumigandi causa fumum facere* (D47.10.44) und das Ausräuchern des höhergelegenen Nachbarn noch keine Injurien, die Beleidigungsabsicht muß hinzukommen.

69 So z.B. *actio de effusis et deiectis*, *de pauperie*, *de feris*.

doch der Ersatz der Heilungskosten und des entgangenen Lohns im Interesse der Proletarier und niederen Klassen lag – konnte die analoge Anwendung der *lex Aquilia* auf Körperverletzung an Freien auch aus soziologischen Gründen den Rang einer adäquaten Sanktion nur langsam erreichen.⁷⁰

Wir können also sagen, daß das Injurienrecht breiter war als die *contumelia*, mag diese auch ihr Wesen bestimmen.⁷¹ (Um ein noch unerwähntes Beispiel zu bringen: Gegen den Verhinderer der Benutzung der *res publica* – z. B. der öffentlichen Wege und Plätze des Meeres – konnte man mit der *actio iniuriarum* vorgehen.) Weiterhin ist die *contumelia* kein technischer Begriff. Wo sie nicht die oben beschriebene distinktive Aufgabe hat, bedeutet sie nicht mehr als *dolus* – was aber von den typischen Injurientatbeständen, d. h. deren objektiver Wertung, ohnehin untrennbar ist.⁷² Außer der Bindung an die Tatbestandsmäßigkeit hat die Injurie auch ein weiteres archaisches Merkmal aufrechterhalten: das Erfordernis einer positiven Verletzungshandlung. Im Gegensatz zur *culpa* überbrückt dies die *contumelia* auf ihrem Gebiet nicht.⁷³

6. Stellen wir die Frage, ob die Injurien ein einheitliches Prinzip haben, so mahnt uns das oben Gesagte zur Vorsicht. Wir sahen, daß die *Hybris* oder *contumelia*, d. h. die Mißachtung des anderen, nicht das volle Rechtsmaterial vereinheitlicht. Wir brauchen aber kein Leitprinzip in den – möglichst allgemeinen – Formulierungen der klassischen Juristen zu suchen. Wie ihre Vorgänger, nahmen auch sie die Definitionen und Verallgemeinerungen nicht recht ernst, sie kleideten ihre Prinzipien in Kasuistik. Für alle späteren Bearbeitungen blieb nichts übrig, als das Werk zu vollenden und die Fälle auf abstrakte Prinzipien zu reduzieren.⁷⁴

Die Erfahrung zeigt aber, daß diese Deduktion mehr für die Epoche und den Verfasser kennzeichnend ist, der sie vornimmt, als für das römische Recht. Wir kommen noch im Zusammenhang mit den deutschen Per-

70 Diesen Prozeß beschreibt das Buch *Wittmanns*, s. besonders 57 ff. Vgl. noch *Maschke* 30ff. Alle späteren Spekulationen über unmittelbare (= Injurie) und mittelbare (= *lex Aquilia*) Verletzung der »Persönlichkeit«, und so über die zentrale Rolle der Persönlichkeit, haben diesen einfachen technischen Grund.

71 Die als Parallele angeführte griechische *Hybris* (die auch sonst eine Straftat war!) umfaßt auch nur einen Teil der einschlägigen Klagen. Es gab besondere Gesetze für die Körperverletzungen und Verbalinjurien, s. *Hitzig*: *Injuria*. Beiträge zur Geschichte der *Injuria* im griechischen und römischen Recht. München 1899, 4, 22, 37; *Lipsius* 421, 647.

72 Die Verflechtung subjektiver und objektiver Elemente in den einzelnen Injurienfällen behandelt *Raber* Kap. 3.

73 D 47.10.13.4. Auch wenn die Ehrenbezeugung *contumeliae causa* verweigert wurde, gab es dafür keine Klage; s. *Raber* 148f.

74 *Schulz* 153.

sönlichkeitstheorien des 19. Jahrhunderts darauf zurück, wie damals die eigenen Probleme auf das römische Recht rückprojiziert wurden. Hier befassen wir uns nur mit einem »gemeinsamen Gedanken« der Injurien. Die charakteristische Betonung der Persönlichkeitsidee verbirgt, daß dahinter eigentlich vom Verhältnis des Menschen zum Staat, von der Abgrenzung der gesellschaftlichen und der rechtlichen Sphäre, der »Menschen-« und der »Bürgerlehre«, von der Bestimmung und dem Schutz der Rechtsstellung des Bürgers die Rede ist. Deswegen stellte man hauptsächlich Anfang des 19. Jahrhunderts die »existimatio« in den Mittelpunkt des Injurienrechts, einen Begriff, der jetzt als Ausdruck der Rechtsstellung des römischen Bürgers aufgefaßt, in römischen Quellen aber nie im Zusammenhang mit den Injurien erwähnt wird. Jedes Delikt ist eine Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit (d.h. Injurie im weiteren Sinne), die eigentliche Injurienklage ist für die Fälle gedacht, bei denen es keinen speziellen straf- oder vermögensrechtlichen Schutz gibt und die Verletzung gegen die Person selbst gerichtet ist.⁷⁵ Diese Meinung konnte sich darauf stützen, daß bei der Infamie der Verlust oder die Minderung der Ehre auch die Rechtsfähigkeit beeinflusste. (Wenn aber Jhering gegen Ende des Jahrhunderts diese Theorien als »Verlegenheitsphrasen der Theoretiker« bezeichnete, spricht er nicht weniger im Geist seiner Zeit; wie das schon konsolidierte kapitalistische Privatrecht es verlangt, sieht er hinter der psychologischen Funktion des Persönlichkeitssschutzes die bestimmenden Vermögensinteressen.⁷⁶) Doch bleibt die Verknüpfung der Injurie mit der Rechtsstellung auch Ende des 19. Jahrhunderts eine weit verbreitete Meinung, die auch heute noch vertreten wird. Demnach ist das Wesen der Injurie der Angriff auf die Person, der die bürgerliche Stellung gefährdet, d.h. die Bürgereigenschaft bedroht, bestimmte Bürgerrechte verletzt und die Bürgerlehre antastet, schreibt Pernice.⁷⁷ Mommsen faßt viele Tatbestände als »Verletzung der Rechtsstellung« zusammen bzw. findet ihr gemeinsames Merkmal in der Behandlung eines Mitbürgers, als wäre er nicht rechtsgleich. Seiner Meinung nach liegt der Entwicklung der Injurien neben der persönlichen Kränkung immer mehr eine Gefährdung des Gemeinwesens zugrunde.⁷⁸

Zweifellos sind einige Injurien mit der Rechtsstellung der Bürger verbunden (z.B. wenn bezweifelt wird, daß der Beleidigte zu den Freien gehört, oder die ständischen Privilegien nicht geachtet werden⁷⁹). Aber eine

75 Walter: Über Ehre und Injurien nach Römischem Recht. Neues Archiv des Criminalrechts 1820, 108.

76 Jhering 236–240, 252.

77 Pernice, Labeo 2.1.⁸ 33, heute z.B. Lübtow 164.

78 Mommsen 787, 793–796.

79 D47.10.11.9. Verweisung vom Senatoren- oder Ritterplatz im Theater (Mommsen 793); auch Lübtow 164.

Verspottung der Rechtsgleichheit darin zu sehen, daß jemand am freien Gebrauch seines Eigentums gehindert wird oder sein Kredit sich verschlechtert,⁸⁰ ist eine Verallgemeinerung nach einem fremden Gesichtspunkt, die für alles Unrecht paßt. Das römische Recht formalisierte die Ehre und verknüpfte den guten Ruf mit der Rechtsfähigkeit (s. die Infamie – die auf objektiven Tatbeständen beruhte). Das dritte spezielle Edikt gab Klage gegen denjenigen, der von einem anderen eine infamierende Tatsache behauptete. Die ältesten⁸¹ einschlägigen Tatbestände waren, den Verletzten als zahlungsunfähigen oder zur Leistung nicht bereiten Schuldner hinzustellen. (Die Vollstreckung machte den Schuldner automatisch infam.) Die Klage konnte also ursprünglich mit der technischen Infamie verbunden sein. Dies galt auch für die andere Seite: Der wegen Injurie Verurteilte mußte nicht nur Strafe zahlen, er wurde auch infam. Diese formalisierte Abhängigkeit zwischen Ehre und Rechtsstellung – die auch für andere Rechte charakteristisch war⁸² – wurde in der weiteren Rechtsentwicklung und der Ausweitung der Injurien hinsichtlich beider Parteien aufgelockert.

Die Klage wurde aufgrund des Edikts gegeben, auch wenn es nicht um die Möglichkeit der technischen Infamie, sondern nur um eine tatsächliche Ehrenverminderung ging.⁸³ Gleichzeitig wurde es dem wegen Injurie Verurteilten erleichtert, den Ehrverlust abzuwenden.⁸⁴ Die gesellschaftliche Beurteilung der Ehre brauchte nicht in formalen rechtlichen Kategorien zu erscheinen. Voraussetzung der keuschheitsverletzenden Injurien war es z. B., daß sie geeignet waren, aus einem pudicus einen impudicus zu machen. Die Keuschheit einer Sklavin war weniger wert als die Schamhaftigkeit einer matrona. Die Prostituierte war von vornherein impudica und konnte daher durch unzüchtige Ansprache nicht beleidigt werden – aber ob sie automatisch infam gewesen ist, ist zweifelhaft.⁸⁵ Auch sonst kann die Verbindung zwischen Injurie und Rechtsstellung nicht auf das ganze Injurierecht erweitert werden – offenbar nicht auf die Körperverletzungen und nicht auf alle Verletzten, da auch Personen injuriert werden konnten, die

80 *Mommsen* 793.

81 *Wittmann* 33, 34.

82 Auf dem Gebiet der griechischen Verbalinjuriën hat die Gesetzgebung nach der Zeit Solons einen Katalog der verbotenen Wörter aufgestellt – es waren Behauptungen, die für die Anschuldigung des Verletzten mit einer mit Infamie (atimia) verbundenen Straftat ausreichen; s. *Hitzig* 26.

83 Eingehend *Raber* 68 ff.

84 *Mommsen* 806.

85 Vgl. D 47.10.15.15. – Für die Frage, ob die Prostituierte infam war, s. *Raber* 46 Anm. 34.

nicht römische Bürger waren.⁸⁶ Wie wir schon bei der *contumelia* gesehen haben, sind die »allgemeinen Kennzeichen« immer nur für Fallgruppen gültig.

Offenbar haben die Injurien keinen einheitlichen Grundgedanken. Verlieren wir nicht aus den Augen, daß auch die letzte, bürokratische Periode des römischen Rechts im Injurienrecht ihre gewöhnlichen Zeichen nicht hinterließ, obwohl hier gerade die begriffliche Vereinheitlichung und der Einfluß des *humanitas*-Gedankens auf der Hand gelegen hätte. Die *humanitas* hatte im Recht die Verbreitung der Billigkeit zur Folge, ihr Grundgedanke war die Höherwertigkeit der Person gegenüber anderen Kreaturen – und sollte auch in dem anderen Menschen geachtet werden.⁸⁷ Auf dem Gebiet der *lex Aquilia* waren der allgemeine *culpa*-Begriff und seine subjektive Interpretation Ergebnis dieser Zeit. Das Injurienrecht stand aber schon früher, infolge der Ermessensfreiheit des Prätors, im Zeichen der Billigkeit. Die einzige inhaltliche Verallgemeinerung, die *contumelia*, war sicherlich weder der Billigkeit noch der *humanitas* fremd. Aber gerade wegen des Einflusses der Billigkeit konnte sich kein solcher Begriff verfestigen, der – wie die *culpa* – geeignet gewesen wäre, die Haftungsvoraussetzungen allgemein und technisch auszudrücken.

Der Zusammenhang zwischen der Technik und dem Wesen der Injurien ist die Lehre aus unserem römisch-rechtlichen Überblick. Das Injurienrecht widersteht der Verallgemeinerung. Die »Personenverletzung« ist anfangs sehr konkret, sie ist Körperverletzung; dann wird immer mehr die (nicht rechtliche, sondern) gesellschaftliche Stellung des Menschen betont. Der Rechtsschutz dehnt sich aus, indem immer neue Tatbestände als Injurien qualifiziert werden. Die Injurie bleibt aber immer ein Grenzfall zwischen Recht und Sitte. Die »gesellschaftliche Stellung« kann nicht bloß rechtlich erfaßt werden. Die grundsätzliche Rolle der *boni mores* haben wir oben hervorgehoben. Ihre Bedeutung kann nicht hoch genug eingeschätzt werden; sie bestimmen den Inhalt dieses Rechtsinstituts, sie geben ihm die Verhaltensmuster und sichern seine relative Objektivität.

Zum Schluß werfen wir noch einen Aspekt der Funktion der guten Sitten auf. Die rechtliche Sanktionierung der »Personenverletzung« bezweckt unter anderem die Ausschaltung der Privatrache bzw. ihre staatliche Überwachung. (Auch die nicht-staatliche Reaktion auf solche Verletzungen kann minutiös geregelt werden. Sie konkurrierte mit dem Recht

86 *Momm森* 786: Der Begriff der Person ist nicht politisch zu fassen, der Ausländer ist unbedingt eingeschlossen.

87 *Schulz* 353 ff., besonders 373–375.

bis in die neueste Zeit.⁸⁸) Mit der Vergrößerung und Strukturierung der Gemeinschaft können die nicht unmittelbar körperlichen Angriffe immer schwerer vergolten, d.h. ihre Folgen geheilt werden. Die Öffentlichkeit, die öffentliche Meinung, deren Wertung den eigentlichen »Schaden« ausmacht, ist zugleich ein Faktor, der zwischen die Parteien tritt, ihr Kräftegleichgewicht umstürzt und die Folgen der Beleidigung ihrer Kontrolle entzieht. Eine ähnliche Aktion gegen den Beleidiger zu organisieren ist nicht nur mühsam und kostspielig, sondern wegen der nicht eindeutig kontrollierbaren Öffentlichkeit auch sehr unsicher. Hier bietet sich der Rechtsschutz als günstigere Alternative.

Diese Annahme kann mit einem Fall aus Rom illustriert werden.⁸⁹ Ein junger Mann, dessen Vater ermordet wurde, folgte einem Feind seines Vaters in Trauerkleidern, und erweckte so beim Volk den Eindruck, daß der Mann der Mörder war. Der Mann forderte den Sohn auf, ihn anzuklagen, wenn er ihn für den Mörder seines Vaters halte, aber der Sohn klagte nicht und ließ auch nicht von der Verfolgung ab. Der Ruf des Mannes war schließlich so geschädigt, daß er nicht in das Amt gewählt wurde, für das er sich bewarb. Danach wandte er sich mit *actio iniuriarum* gegen den Sohn. – Denken wir nach: Was hätte er tun können – wenn er nur eine annähernd »öffentliche« Genugtuung anstrebte, wenn er der öffentlichen Meinung gegenüber ein ähnliches Gewicht in die andere Waagschale legen wollte?

Dieser qualitative Unterschied hinsichtlich des »Mediums« der Verletzung und der Sanktion hat natürlich schwere Folgen. Daraus ergibt sich z.B. das Grundproblem aller Injuriensanktionen: Kann die »staatliche« Anerkennung des guten Rufes die Beurteilung der Gesellschaft umstimmen? Für wen bedeutet das Urteil ein tatsächliches Gegengewicht?

7. *Zusammenfassung.* a) Welchen Wert schützt das Injurienrecht? Wir sahen, daß die Konzeption der »Persönlichkeit« dem römischen Recht fremd ist und daß auch die »Würde des Menschen« nicht die Grundlage der Injurienklagen war. Wegen der Denkweise des römischen Rechts kann nur von viel konkreteren Werten die Rede sein. Natürlich haben wir das römische Recht nicht untersucht, um Theorien aus dem vorigen Jahrhundert, die einen »einheitlichen gedanklichen Grund« der Injurien annahmen, zu widerlegen – solche späteren Verallgemeinerungen können als Erklärungen berechtigt sein. Der Gegensatz, auf den hier aufmerksam gemacht werden sollte, besteht nicht zwischen der Allgemeinheit der den Injurien angeblich als Grund dienenden »Würde des Menschen« und dem engen

88 So das Duell. Diese Konkurrenz war auch noch Ende des 19 Jh. ein praktisches Problem, s. z.B. *Binding*: Die Ehre. Der Zweikampf. Leipzig 1909. Für England s. Kap. IV.

89 Seneca, *Controversiae* 10.1.30; s. *Raber* 58.

Schutzbereich der einzelnen Injurienklagen (die wäre vielmehr ein technisches Problem), sondern zwischen der modernen Auffassung von der Menschenwürde und der Wertordnung der römischen Injurien.

Auf das römische Injurienrecht kann der tragende Gedanke der modernen Persönlichkeitsrechte nicht rückprojiziert werden; die »Autonomie«, die einmalige Individualität, oder die ihren Inhalt offener ausdrückende, da sie der Gesellschaft gegenüberstellende, »Privatsphäre« sind hier belanglos.⁹⁰ Wir haben wiederholt gezeigt, daß der inhaltliche, aber in vieler Beziehung auch der technische Grund des römischen Injurienrechts die Sittenordnung und der Brauch waren; das »Individuum« wurde nur geschützt, soweit es von dieser Ordnung in die Gemeinschaft integriert wurde. In diesem Zusammenhang weisen wir besonders auf das Fehlen einer besonderen rechtlichen Ideologie hin, die in der parallelen Entwicklung des Schadenersatzrechts für Sachschäden ausdrücklich vorhanden ist (s. die subjektive Interpretation der culpa: Sólyom, *The Decline*, S. 75ff.). Im Injurienrecht nehmen diese Funktion die *boni mores* unmittelbar wahr.

Die *boni mores* – wie sie der Prätor auslegte; die Entwicklung des Injurienrechts ist eigentlich die »Verrechtlichung« des Schutzes der Stellung, die der Person nach Sitte und Brauch zukam. Dieser Schutz blieb im Grenzgebiet zwischen Recht und Moral. Während im Zivilisationsprozeß die früher natürlich geltende moralische Ordnung schwächer wird, übernimmt das Recht ihre Rolle. Aber vergessen wir nicht, daß der Prätor mit jeder gegebenen Klage von Anfang an stetig moralische Normen zu »rechtlichen« machte.⁹¹ Das Injurienrecht verließ nie die ursprüngliche Zielsetzung, daß es nicht nur die verletzte Person, sondern wenigstens ebenso die öffentliche Ruhe schützen sollte.

b) Die einzelnen technischen Lösungen und Kunstgriffe haben wir oben schon zusammengefaßt. Um der Betonung willen wiederholen wir hier zwei wichtige Fakten.

Erstens waren die Injurien technisch »Halbfabrikate«. Die Haftungsvoraussetzungen wurden nicht für alle Injurien gültig institutionalisiert (wie z.B. das objektivierte Sorgfaltserfordernis bei den Sachschäden). Einerseits lebte die primitive tatbestandsmäßige Begrenzung weiter, andererseits war die Klage vom beispiellos weiten Ermessen des Prätors abhängig. All dies hängt damit zusammen, daß in den Injurien Recht und Sitte untrennbar sind. Die Vereinheitlichung der Injurien erfolgte nicht nach »in-

90 Hier können wir nicht darauf eingehen, daß diese in erster Linie für den neuen, politischen Zweig des Persönlichkeitsschutzes kennzeichnend sind.

91 In den Quellen des Injurienrechts (Paulus Sent. 5.4.6: *aut lege, aut more, aut mixto iure*) bedeutet *mos* das prätorische Recht, s. *Mommsen* 785, *Liubtow* 161.]

haltlichen« Gesichtspunkten, sondern blieb formal und betraf das Verfahren und die Strafzumessung.

Zweitens steht es mit dem Gesagten in Einklang, daß die allgemeineren inhaltlichen Kennzeichen der Injurien, wie z. B. die *contumelia/Hybris* oder die entsprechende Absicht, oder die »Verletzung der Rechtsgleichheit der römischen Bürger«, alle nicht für das gesamte Injurierecht, sondern nur für größere Tatbestandsgruppen charakteristisch waren. Auch dies spricht gegen eine persönlichkeitszentrische Auffassung der Injurien. Selbst die eigentlichen Injurienklagen umfassen mehr, als daß sie ohne Übertreibung »Persönlichkeitsverletzung« genannt werden könnten. Die Grenzen zwischen der mit *actio iniuriarum* klagbaren Injurie und der umfassendsten *iniuria* (*quod non iure fit*) sind zufällig und unsicher.⁹²

III.

1. Ehre und guter Ruf werden im angelsächsischen Rechtssystem vor allem durch das tort der *defamation* geschützt. Dieser Name faßt eigentlich zwei Delikte zusammen: die mündliche und die schriftliche Ehrverletzung (*slander* bzw. *libel*). Die Haftungsvoraussetzungen sind je nach der Begehungshandlung verschieden. Die wichtigste Abweichung ist, daß für die Klage wegen *slander* – von einigen festen Ausnahmen abgesehen – ein in Geld schätzbarer Schaden vorhanden sein muß, während man unter Berufung auf das *libel* (das zugleich eine Straftat sein kann) auch ohne Schaden klagen kann. Die Bedingungen der Verantwortlichkeit sind auch sonst »in vieler Hinsicht irrational und haarspalterisch«.⁹³ Seit der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts⁹⁴ ist man mit diesem verwickelten Rechtsmaterial allgemein unzufrieden. (Wir können sagen, diese Kritik ist das einzige Zeichen für die Steigerung der Ansprüche auf Persönlichkeitsschutz im

92 Das beweisen die Injurienklagen gegen Rechtsmißbrauch, die Verhinderung der Benutzung der *res publica* oder die Besitzstörung. Diese überhebliche Mißachtung der Rechte anderer konnte sowohl als Injurie im engeren Sinne aufgefaßt werden als auch im weiteren Sinne, also als Unrecht schlechthin. Der mit der Injurienklage gewährte Besitzschutz konnte allerdings mit gekünstelten Konstruktionen in die Personenverletzungen eingefügt werden. Das war natürlich erst ein Problem für das 19. Jh. Vgl. z. B. Puchtas Theorie, daß der vom Rechtstitel unabhängige Besitzwille ein Ausfluß der Persönlichkeit ist. – Zu diesen Klagen im einzelnen s. *Maschke* 61–82.

93 *Winfield and Jolowicz on Tort*. London 1971 (im folgenden: *W.J.*) 247.

94 Man fand *libel* und *slander* Anfang des 19. Jh. – etwa vom Fehlen des Schutzes der weiblichen Ehre abgesehen – in größter Ordnung. Vgl. *Holdsworth: A History of English Law*. London 1922–36, Bd. XIII, 488. – Zur späteren Kritik s. *W.J. a.a.O.*, *Holdsworth* VIII, 334.

englischen Recht, das nicht nur das »Persönlichkeitsrecht«, sondern auch den Gedanken des *privacy* strikt ablehnt.) Die Rechtsliteratur klagt die Geschichte an, denn die Zweispurigkeit des Ehrenschatzes ist das Erbe einer separaten Entwicklung. Man beklagt sich über einen »Fehlstart« des Rechts, da es den Schaden und nicht die Beleidigung zum Grund der Klagen wegen »Worten« bestimmte.⁹⁵ Andererseits aber ermöglicht die einheitliche Handhabung von libel und slander als »defamatory words« eine Akzentverschiebung. Zu ihrer Entstehungszeit war der Schaden der »Kern« der action, und die Ausnahmen wurden mit einer Schadensvermutung erklärt.⁹⁶ Im 19. Jahrhundert war schon die Interpretation möglich, daß die Verletzung des guten Rufes den »Kern« bilde. Der Schaden mußte nur bei mündlichen Verletzungen nachgewiesen werden, und auch dann nur, wenn er nicht offensichtlich war.⁹⁷ Die ursprünglichen Ausnahmen avancierten so zur Regel, oder genauer: Das historisch spätere, strafrechtliche libel gewinnt so Platz erst in der Theorie, dann auch praktisch, zu Lasten des älteren und mehr »zivilrechtlichen« slander.⁹⁸ Ende des 19. Jahrhunderts spricht die Literatur mit einer für das common law ungewöhnlichen Verallgemeinerung sogar von einem absoluten, dinglichen Recht auf guten Ruf, und das wird auch heute bestätigt.⁹⁹

Hinter dieser Fassade aber, die im großen und ganzen der kontinentalen Entwicklung entspricht, blieb das historische Material der libel und slander unangetastet erhalten, und sie sind es, die die Ehre und den Ruf praktisch schützen. In ihrer Geschichte suchen wir im folgenden Antwort auf dieselbe Fragen, die wir auch hinsichtlich der römischen Injurien gestellt haben: Beruht der Ehrenschatz auf einem allgemeinen Prinzip, und wenn ja, wie

95 *W.J.* 353, *Pollock*: Tort¹⁸, 324.

96 *W.J.* 252.

97 *Odgers*: A Digest of the Law of Libel and Slander, and of Actions on the Case of Words Causing Damage... (1881) London, 1905, 2.

98 Schon *Holdsworth* entwickelte Argumente für eine allgemeine Anwendung des libel für alle Ehrenschatzsachen (VIII, 378). – Nach dem Defamation Act 1952 ist die Verbreitung einer Behauptung im Radio oder Fernsehen so anzusehen, daß sie »in beständiger Form« geschah. Die dadurch begangene Verletzung ist also libel. Dasselbe gilt für die auf der Bühne gesprochenen Worte, s. *Theatres Act* 1968.

99 *Odgers* 1: "Every man has a right to have his good name unimpaired. This right is a *ius in rem*, a right absolute and good against all the world." Allerdings spielten die Gerichtsentscheidungen, die *Odgers* zur Unterstützung der Existenz dieses Rechts anführt, im Recht der defamation keine wichtige Rolle. Sie werden kaum zitiert. Andererseits begründen diese Fälle, wie auch *Odgers*, das selbständige Recht auf guten Namen unter Hinweis auf die nachteiligen Auswirkungen der Rufschädigung auf das Vermögen (*Odgers* 3). – Unabhängig davon ist dieses Recht auch heute anerkannt: "The right of each man, during his lifetime, to the unimpaired possession of his reputation and good name is recognized by the law", schreiben *Clerk* und *Lindsell* on Torts (im folgenden: *C.L.*). London 1969, 927.

hängt es mit den anderen rechtlichen Bestimmungen der Person zusammen? Wie kann das Recht dieses Prinzip technisch ausdrücken?

2. Der Ehrenschatz hat im common law eine völlig andere Ausgangsposition als die römischrechtlichen Injurien. Hier kann offensichtlich nicht von »der Verfeinerung der Gefühle« und dem dadurch gesteigerten Persönlichkeitsschutz die Rede sein, was in Rom aufgrund der Entwicklung von der Körperverletzung zur Beleidigung angenommen werden könnte. Es ging in England auch nicht um die Erweiterung der rechtlichen Sanktionierung auf früher von Sitte und Brauch beherrschte Gebiete. Ein schon praktizierter Rechtsschutz wurde aus einer Rechtsordnung in eine andere übertragen: aus dem die »Ehre« sehr hoch schätzenden Gewohnheitsrecht bzw. dem spirituellen kanonischen Recht in das vorrangig materielle, das feudale »Eigentum« sichernde common law. Die technischen Probleme dieser Transformation bestimmen den älteren Zweig der defamation.¹⁰⁰

a) Der Schutz des guten Rufes fehlt dem mittelalterlichen common law nicht einfach – er ist ausgeschlossen: er war vor den königlichen Gerichten nicht klagbar.¹⁰¹ Trotzdem gab es einen Rechtsschutz. Die örtlichen Gerichte waren mit defamation-Sachen überhäuft;¹⁰² andererseits belegten die geistlichen Gerichte die »Sünde« der Verleumdung mit Pönitenzen.

Die verschiedenen Gerichtsbarkeiten bedeuteten verschiedenes Recht. Während das common law sich in der Praxis der königlichen Gerichte entfaltete, hielten die örtlichen Gerichte das alte Gewohnheitsrecht aufrecht; von den geistlichen Gerichten wurde das kanonische Recht angewandt, das sich – selbst noch während des Prozesses der Zentralisierung – dem Einfluß des örtlichen Rechts nicht verschloß. Alle drei Rechte waren gegenseitig offen.¹⁰³ Dennoch vertraten die örtlichen Rechtsgewohnheiten und die kanonische Praxis eine andere Wertordnung – und das örtliche Recht sogar ein anderes Entwicklungsniveau – als das Recht des Königs. Obwohl

100 Das libel stammt dagegen aus dem Strafrecht des Absolutismus. Dieses Gesicht der Injurien sahen wir auch in römischrechtlichen Majestätsprozessen.

101 *Pollock und Maitland: The History of English Law* (im folgenden: *PM*). Cambridge 1968, Bd. II, 36 zitieren Rot. Parl. I. 933 von 1295: "et non est usitatum in regno isto placitare in curia Regis placita de defamationibus".

102 *Fifoot: History and Sources of the Common Law. Tort and Contract*. New York 1970, 126.

103 Das englische Recht wurde im Wettbewerb mit dem kanonischen Recht entwickelt, es wurde nach dem Muster des Kirchenrechts rationalisiert – und eben dadurch konnte es seine Selbständigkeit bewahren. *PM* I, 132. Aber die Kirche nahm auch auf das örtliche und auf das königliche Recht Rücksicht; s. *Helmbold: The Early Enforcement of Uses*. *Columbia Law Review* 1979, 1503, 1512 ff. Die Gerichtsbarkeit des Königs beabsichtigte nicht die Eingliederung der örtlichen und der feudalen Gerichte, auch wenn (später) genau das geschah; s. *Baker: An Introduction to English Legal History*. London 1979, 21 ff.

die örtliche Gerichtsbarkeit Ende des 13. Jahrhunderts schon völlig unter die Herrschaft des Königs geriet und deren Richter die Formalitäten (und die Strenge) der königlichen Rechtsprechung gern nachahmten – berührten all diese Veränderungen den Archaismus und den im Grunde gemeinschaftlichen Geist des örtlichen »Rechts« kaum.¹⁰⁴ Zwar kam es zwischen den Gerichtsbarkeiten des Königs und der Kirche mehrmals zu formalen Teilungen, letzten Endes ist der größere Teil des Alltagslebens des Gemeinvolkes bis zur Reformation bei den geistlichen Gerichten geblieben: so das Familienrecht und die Testamente, der Vertragsbruch (als Treubruch), alle Todsünden (darunter viele weltliche Straftaten) und ausdrücklich die defamatio.¹⁰⁵

Was kennzeichnet dieses mittelalterliche Recht des Ehrenschatzes? Einerseits die harte Bestrafung der Beschämung eines anderen, was vom hohen Wert der individuellen Ehre zeugt,¹⁰⁶ andererseits die enge Verbindung mit der Erhaltung des Friedens der Gemeinschaft. »Nichts kann weniger wahr sein, als daß unsere Ahnen in den Zeiten der Barbarei nur den Prügel verspürten und sich über harte Worte hinwegsetzten« – schreibt Maitland. Wie die germanischen Rechte im allgemeinen, ahndeten die ältesten englischen Gesetze einige herabwürdigende Spottwörter (Hase, Dirne) und einige falsche Beschuldigungen (Dieb, Mörder) mit einer festen Geldstrafe. Die Fesselung eines Freien, das Abscheren der Haare oder des Bartes sind eine Schande, deren Strafen genauso hoch wie die für die schwersten Wunden zu zahlenden Bußen sind. In fast allen Schadenersatzsachen lassen die örtlichen Gerichte nicht nur den materiellen Schaden ersetzen, sondern gleichen daneben »die Schande« auch in Geld aus.¹⁰⁷ – Andererseits wird die defamatio als anderen Ruhestörungen ebenbürtig angesehen, z.B. nachbarlichem Gezänk oder nächtlichem Lärm. Wie die Dokumente zeigen, sind die Täter meistens geschwätzigende Frauen (gerulatrix, scold), und die Strafen sind Pranger oder ins Wasser Tauchen.¹⁰⁸ Das Norman Customal kennt auch »Schimpf für Schimpf« als Strafe: Wer einen anderen Dieb oder Mörder genannt hatte, mußte sich noch über den Schadenersatz hinaus »sich bei der Nase fassend, öffentlich Lügner nennen«.¹⁰⁹

104 Baker a.a.O., *Holdsworth* II, 378. – Der König benutzte die territorialen Gemeinschaften für die Erhaltung sowohl des örtlichen Friedens als auch des Friedens des Königs. Für das parallele Bestehen der königlichen, »Amts«- und »Volks«-Rechte im allgemeinen s. *Berman: The Background of the Western Legal Tradition in the Folklaw of the Peoples of Europe*. University of Chicago Law Review 1978, 553, 575.

105 Baker 112, *Helmbold* a.a.O., *PM* I, 124 ff.

106 Zur Frage der Ehre und des Schicksals als Grundkategorien der germanischen Rechte, *Berman* 558, 582.

107 *PM* I, 53, II, 537.

108 Vgl. die Rechtsdenkmäler in *Fifoot* 126 bzw. *Holdsworth* II, 358.

109 Zitiert bei *PM* II, 537.

Dieses archaische System wurde durch den kirchenrechtlichen Schutz, der es später überlebte, ergänzt.¹¹⁰

Die Diffamierungsklagen machten im späten Mittelalter einen wichtigen Teil der Tätigkeit der geistlichen Gerichte aus. Die einzige Voraussetzung der action war, daß der Verletzte einer Straftat beschuldigt worden war. Da aber die Straftat ebenso kirchlich wie weltlich sein konnte, die Zahl der Straftaten erheblich war und die Straftat nicht juristisch definiert werden mußte, war das Feld der defamation viel weiter, als die genannte Bedingung heute annehmen läßt. Der Verletzte mußte auch einen Schaden haben – jedoch nicht notwendig materiellen. Eine gewöhnliche »Beeinträchtigung« bestand darin, daß der Angegriffene zur Feststellung seiner Unschuld in einem kanonischen Verfahren gezwungen wurde (purgatio); nach dessen erfolgreichem Abschluß wandte er sich gegen den Verleumder. Die Skala der tatsächlichen Schäden reicht über die in Geld ausdrückbaren hinaus; wie später im common law, genügte die Behauptung von »Mühsal, Ausgaben und Belästigung«.¹¹¹ Man mußte den Schaden nur aufzeigen, damit die Schwere der Beleidigung und die Art der Genugtuung leichter bestimmt werden konnten.

Die Anschuldigung mit einer Straftat und der unspezifische »Schaden« sind dem örtlichen, dem kirchlichen und dem frühen königlichen Recht gemeinsam. Die Strafen des kanonischen und des örtlichen Rechts waren einander ähnlich, die des königlichen Rechts sahen anders aus. Die kirchliche Strafe war – wenigstens nach dem Urteilstext – nie Ersatz in Geld. Dies ist das einzige Gebiet, wo die Kompetenzabgrenzung zu den common law-Gerichten gelang: diese sprachen regelmäßig damages zu.¹¹² Das geistliche Gericht kümmerte sich theoretisch um die Rettung der Seele des Sünders. Die anima war wichtiger als der actus. Daher richtete sich die Strafe mehr nach der Absicht und den Motiven der Täter als nach der Verletzung. (Die Hauptsünden sind »Motive«!) Der Täter mußte Gottes Vergebung mit der »gerechten und vollen Genugtuung« gewinnen.¹¹³ Von diesem

110 Siehe die Quellenstudie von *Helmbold*: Canonical Defamation in Medieval England. The American Journal of Legal History 1971, 255 (im folgenden: Canonical).

111 Aus einem Fall von 1490 zitiert in Canonical 263. Auch das wird als actual damage der verleumdeten Frau gesehen, daß ihr Mann »sie nicht in sein Bett läßt wie zuvor« (ebd.).

112 Das Statut Circumspecte agatis von 1286 beschränkte die Kompetenz der kirchlichen Gerichte hinsichtlich der defamation ausdrücklich auf spiritual remedies. Das wurde auch eingehalten. Dagegen konnte man nicht erreichen, daß die Verleumdung mit einer Straftat, für die die common law-Gerichte kompetent waren, immer vor einem common law-Gericht verhandelt wurde, s. Canonical 260.

113 Bis zum 13. Jh. wird nicht geklärt, ob die Kirche die Sünden vergeben kann oder nur die Vergebung Gottes vermittelt. Das Erfordernis der »vollständigen Genug-

Gesichtspunkt her ist es gleich, ob die Buße vom Gericht oder vom Beichtvater verhängt wurde.¹¹⁴ Im formellen Verfahren war die Strafe immer Exkommunikation. Aber die Kirche nahm den Ausgeschlossenen wieder in ihren Schoß auf, wenn er die Pönitz geleistet hatte. Dem Urteil folgten formlose Besprechungen über die Bedingungen der Rückkehr,¹¹⁵ es konnte auch zum Geldersatz kommen, denn auch der Beichtvater durfte eine materielle Genugtuung in natura oder in Geld verlangen.¹¹⁶ Die adäquate Sanktion aber ist in unserem Fall die Wiederherstellung des guten Rufs. Geistliche Gerichte waren in der Regel örtliche Gerichte und zugleich Organe einer engeren Gemeinschaft. Was könnte zur Genugtuung geeigneter sein, als während der Messe mit lauter Stimme zu bekennen, daß das Gerücht falsch war, und um Verzeihung zu bitten?¹¹⁷

Demgegenüber verblieb das common law, das als Recht der zentralisierten Macht einen »äußeren« Schutz gewährte, natürlich auch in solchen Fällen bei seiner individuellen Schadenersatzpraxis. Die zwei Rechtsordnungen wichen auch darin voneinander ab, daß der Prozeß im common law um den Schadenersatz ging, auf den der Verletzte einen Anspruch hatte, während die kirchlichen Gerichte, noch im Geist des älteren Rechts, vor allem die Versöhnung der Parteien im Auge hatten – und die Mehrheit der Fälle in der Tat mit der Eintragung »pax« abgeschlossen wurde.¹¹⁸

Diese Unterschiede erklären des weiteren, daß das common law ohne Schadensbeweis sehr früh für die Behauptung der Berufsuntauglichkeit oder -untüchtigkeit eine action gab, während das kanonische Recht diesen Tatbestand nicht anerkannte. Es war keine Sünde, sondern sogar eine rein weltliche Angelegenheit und eine Privatsache des Verletzten, wenn sein Lebensunterhalt dadurch gefährdet wurde.¹¹⁹ Der »Beruf« (calling) ist mit der bürgerlichen Stellung identisch, die für das common law das Schutz-

tuung« veranlaßte die Ausarbeitung der Lehre vom Fegefeuer; s. *Newman: An Essay on the Development of Christian Doctrine* (1845). Harmondsworth 1974, 413 ff., vgl. noch *Berman* 581.

114 Für die grundlegende Rolle der vom Beichtvater bestimmten Strafen neben dem mittelalterlichen Strafrecht s. *Berman a.a.O.*, bes. 577 ff.

115 Canonical 265.

116 Der Täter hatte z.B. im Haushalt des Getöteten oder Verletzten zu arbeiten, um damit den Arbeitsausfall oder den entgangenen Gewinn zu ersetzen. *Berman* 579 ff.

117 Solche Urteile bzw. Abbitteverfahren s. Canonical 267, *Fifoot* 129, Anm. 19.

118 Canonical 267. Für die ähnliche Einstellung der Volksrechte s. *Berman* 584, 585.

119 Dieser Gesichtspunkt war dagegen für das common law entscheidend. So ausdrücklich: *Brittridge's Case* 1602 (abgedruckt in *Fifoot* 145). Ähnlich schreibt March: *Actions for Slauder* 1647, zitiert bei *Holdsworth* VIII, 347.

objekt der defamation ist.¹²⁰ Letzten Endes entspricht er der Eigentümerstellung.¹²¹

Das common law baute diesen Weg logisch aus. Die im 17. Jahrhundert herrschende puritanische Ethik veränderte das sowieso schon verfallende Recht der anglikanischen Kirche nicht, sie machte die wirtschaftliche Erfolglosigkeit zum sichtbaren moralischen Gebrechen. In dieser Atmosphäre war der Vorwurf der Untauglichkeit zum calling ebenso selbstverständlich eine schwere Beleidigung wie der der »Armut« – deren diffamierende Bedeutung zu erklären der modernen Rechtsliteratur so schwer fällt.¹²² Dies gehört aber schon in die spätere Geschichte der defamation im common law.

b) Wie ist aber die defamation in das common law, d. h. vor die königlichen Gerichte gelangt? Die technischen und die inhaltlichen Aspekte sind nicht voneinander zu trennen. Der Untergang der örtlichen Gerichte kam zuerst der kirchlichen Gerichtsbarkeit zugute, bis auch diese Anfang des 17. Jahrhunderts zurückgedrängt wurde. Früher waren die geistlichen Gerichte offensiv, sie ließen überall »Gerechtigkeit walten«, wo das weltliche Recht nicht ausreichte. Diese Einstellung wurde infolge der neuen Doktrin der Verantwortlichkeit des Königs für die »Recht-Sprechung« und wegen des equity und besonders wegen der Vermehrung der common law-Rechtsbehelfe überflüssig. Unter den Sanktionen des common law bot der Schadenersatz eine verlockende Alternative zur Kapitalisierung der Verletzung, die auch bis hin zum Mißbrauch ausgenutzt wurde. Fifoot erblickt darin den Anbruch einer »neuen und materiellen Epoche«.

Es gab aber auch unter den Gerichten des Königs Wettbewerb. Als das Star Chamber begann, Ehrverletzungen als Straftaten zu verhandeln, bemühte sich das King's Bench eifrig um die Erweiterung des Schadenersatzes für defamation.¹²³ So wurde die defamation durch zwei Kanäle in das common law eingeführt. Der eine ist die (auf Schadenersatz gerichtete) action on the case.¹²⁴ Der andere ist die Beschuldigung mit einer Straftat – vorausgesetzt, daß für das behauptete Verbrechen die common law-Gerichte kompetent waren.¹²⁵ Demnach überzeugt der in der Literatur so be-

120 Nur die Bezweifelung der Tauglichkeit für einen »rechtlich anerkannten«, d. h. vermögensmäßige Selbständigkeit bedeutenden, Beruf war klagbar. In dem Fall *Bell v. Thatcher* 1675 erhielt der Briefträger deswegen keinen Schutz. Er ist also der lebendige Vorgänger von Kants klassischem Friseur, der »keine Person« ist.

121 Siehe Kap. I.

122 Vgl. z. B. *Baker* 371. – Für die Auffassung der Armut als Immoralität z. B. *Tawney*: Religion und Frühkapitalismus. Bern 1946, bes. 256, bzw. *Weber*: Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus. (1904) Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie. Bd. I, Tübingen 1922.

123 Zum oben Gesagten s. *Baker* 365, *Helmbold* 1507–1512, *Fifoot* 129.

124 *Holdsworth* II, 282, V, 207, VIII, 347.

125 Ebd. VIII, 348.

tonte »Fehlstart« nicht. Der materielle Schaden ist nämlich keine unerläßliche Bedingung für eine Case-Klage.¹²⁶ Sie beruht vielmehr auf der völligen Ermessensfreiheit des Richters. Die Klagen on the case boten, anders als der starre Formalismus der älteren actions, ein breites Experimentierfeld für die Neuordnung des Rechts; die Elemente der modernen torts und besonders des negligence tauchten zuerst hier auf und konnten sich in diesem Rahmen bis zu ihrer Verselbständigung verfestigen.¹²⁷

Die defamation teilte jedoch die Entwicklung der Schadenshaftung nicht. Die Anstrengungen der Gerichte, die Voraussetzungen dieser Klage zu klären und die Verantwortlichkeit formell zu begrenzen, erstickten an einem, wie wir sehen werden, fast komischen Formalismus. Endlich trugen das Strafrecht und die Politik zur Konsolidierung dieses tort mehr bei als das übrige Deliktrecht selbst. Für die defamation spielte der Schaden nicht die entscheidende Rolle. Daher sind hier die Haftungsvoraussetzungen anders als im deliktischen Schadensrecht, wo die allgemeine Haftungsvoraussetzung negligence für eine gleichmäßige Verteilung des Schadensrisikos sorgte.¹²⁸ Der durch Verleumdung verursachte Schaden war in sich allein nie ausreichend. Nach der Logik des action-Systems mußte der schadenverursachende Tatbestand als Grund einer Klage anerkannt werden. Solange irgendeine bestimmte Form der defamation diesen Status nicht erlangte, erkannte das Gericht den dadurch zugefügten Schaden, als *damnum absque injuria*, nicht an.¹²⁹

Andererseits können wir nicht außer acht lassen, daß die Beeinträchtigung des guten Rufes in vielen Fällen mit materiellem Verlust verbunden war; weiterhin, daß der Schadenersatz schon seit dem 13. Jahrhundert einen festen Bestandteil des common law bildete. Die Hervorhebung eines Schadens im Diesseits (*temporal damage*) betont die unbestreitbare Kompetenz des Gerichts gegenüber den Gerichten »des Jenseits«, aber auch gegenüber der Strafgerichtsbarkeit.¹³⁰ Wir erinnern auch daran, daß die materiellen Schäden und die Schande im alten Gewohnheitsrecht noch zusammen aus-

126 Vgl. die Beschreibung von 54 »*accion sur le case*« von Rastell (*Collection of Entries*, 1566, abgedruckt in *Fifoot* 90).

127 Zur Entwicklung der on the case-Klagen s. *Fifoot* 66 ff.

128 *Solyom* 158–171. Dieser Zusammenhang besteht auch zwischen den Injurien und dem Schadenersatz nach der *lex Aquilia* im römischen Recht.

129 Mit Gerichtsentscheidungen *Fifoot* 129, 139, 140.

130 Mit der Auswirkung auf die Vermögenslage, dem Schaden, konnte das King's Bench seine Kompetenz auch begründen, wenn die defamation eindeutig »spiritual« war – wie z.B. die Beschuldigung der Häresie oder die Behauptung außerehelicher Abstammung (im letzteren Fall ist die ungünstige erbrechtliche Stellung der Schaden). Vgl. *Baker* 367. Dazu war natürlich notwendig, daß die defamation für den Fall eines materiellen Schadens schon klagbar war.

geglichen wurden. Auch der Ersatz des durch die defamation entstandenen Schadens wurde manchmal vor dem örtlichen Gericht beansprucht. In einem Fall, in dem der Beklagte das Gerücht in die Welt setzte, der Kläger habe seinen Sohn getötet, wurde demzufolge die Pacht des Klägers gekündigt. Das Gericht ließ dreißig shillings für die Beleidigung (detrimmentum), und zwanzig für den anderen Schaden zahlen.¹³¹

Wir sahen auch, daß im alten Recht die Behauptung von Diebstahl und Mord noch mit festen Bußen bestraft wurde. Eine solche Verleumdung war um so gefährlicher, als die aus den Vornehmen des Gebiets zusammengesetzte grand jury die Verbrecher aufgrund der »fama publica«, also ohne materielle Beweise, vor die eingetroffenen Richter des Königs stellte.¹³² Gerade diese »Mörder-Dieb«-Verleumdungen fanden am frühesten den Weg ins common law, und zwar in der Weise, daß die Kläger den moralischen und materiellen Schaden stark betonten, den sie aufgrund der falschen Anklage erlitten hatten.¹³³ Nachdem Anfang des 16. Jahrhunderts die ersten solchen actions Erfolg hatten, ergoß sich eine Flut von Klagen über die Gerichte.¹³⁴ In diesen Klagen wurde die Klagevoraussetzung »Schaden«, die bisher von der nicht-materiellen Genugtuung untrennbar war, bzw. deren materieller Teil häufig nur geschätzt werden konnte (»damnified by much labour and expense«), immer fiktiver, sogar zur bloßen Vermutung.¹³⁵ Diese Anspruch-Explosion veranlaßte die Gerichte zur Festlegung der technischen Bedingungen der defamation.

c) Im gegebenen Fall bedeutete das eine Reihe strikter Beschränkungen. Bevor wir uns diesen zuwenden, müssen wir darauf hinweisen, daß die Aufnahme der defamation in das common law weder mit technischen Neuerungen noch mit einer Verallgemeinerung verbunden war, die das Wesen des Instituts berührten. Das System der festen Strafen war schon erstorben,

131 Swindon v. Stalker (1294), abgedruckt in *Fifoot* 138. Ein anderer Kläger, der Dieb und Falschhändler genannt wurde, hat Schadenersatz bekommen, weil er wegen dieser Behauptung nicht auf Kredit einkaufen konnte; und ein dritter erhielt Ersatz dafür, daß der Beklagte ihn einen falschen und untreuen Kerl genannt hatte, und ihm infolgedessen ein Darlehen versagt wurde. Woodfool v. Pars, 1295 bzw. Mor's Case, 1333 (*Fifoot* 138, 139).

132 Näheres über die grand jury in *PM* II, 142.

133 Die erste erfolgreiche action stammt aus dem Jahre 1508 (s. *Baker* 366). 1536 stand schon das entsprechend ausgearbeitete writ bereit (abgedruckt in *Fifoot* 141). Der unter der Anklage eines Diebstahls festgenommene und dann freigesprochene Kläger beanspruchte den Schadenersatz nicht nur für seine Verletzung "in his good name, fame and condition", sondern auch, da er infolge der Anschuldigung "...had been greatly injured and damnified by much labour and expense".

134 Die Zahl der slander-Prozesse rivalisierte zur Jahrhundertmitte mit der grundlegenden Schadenersatzklage, der assumpsit. *Baker* 366–368, *Fifoot* 129.

135 *Baker* 368.

der Schadenersatz wurde auch bei den örtlichen Gerichten praktiziert. Das Wesen des tort war, wie früher, die Beeinträchtigung des guten Rufes geblieben. Die technischen Probleme erschöpften sich darin, die hierzu geeigneten Wörter zu bestimmen. Obwohl die Verflechtung von Schaden und Verleumdung in den frühen Fällen dauerhafte Zeichen hinterließ,¹³⁶ wurde die defamation endlich von der Verletzung des Rufes geprägt: Die separaten torts der mit non-defamatory words verursachten Schäden trennten sich schon im 17. Jahrhundert von ihr ab.¹³⁷ Aber der materielle Schaden ist eine zur Begrenzung der Klage geeignete Voraussetzung geblieben: sie erstarkte von Zeit zu Zeit, wenn die Versuche mit der Bestimmung der diffamierenden Wörter scheiterten.¹³⁸

Obwohl die defamation im common law erst Anfang des 16. Jahrhunderts auftauchte, wurden schon gegen Ende des Jahrhunderts die Kategorien der in sich klagebegründenden, den guten Ruf schmälernenden Wörter – man könnte sagen, die Tatbestände der Injurie – ausgearbeitet. Zu der Anschuldigung mit einer Straftat kam nach 1580 die Verbreitung des Vorwurfs der Untauglichkeit für ein Amt oder einen Beruf. Seit dem ist auch die Behauptung einer (ansteckenden) Krankheit klagbar, um derentwegen der Betroffene von den Leuten gemieden wird.¹³⁹

Diese Verallgemeinerungen konnten die Zeitgenossen noch weiter verallgemeinern¹⁴⁰ – die Gerichte aber wollten die Flut der actions eindämmen. Dazu verfeinerten sie die drei Kategorien minutiös. Sie verlangten z.B. die genaue juristische Definition der Straftat – im Rahmen der nach 1580 etwa siebzig Jahre befolgten Praxis, daß die klagebegründenden Wörter in ihrer mildereren Bedeutung (in mitiori sensu) verstanden werden sollten. Die daraus folgenden Absurditäten vermehren den schon erwähnten Injurien-Anekdotenschatz. Beispielsweise hat das Gericht folgende Behauptung nicht als Beschuldigung mit einem Mord angesehen: »Sir Thomas

136 Wie schon mehrmals erwähnt, hatte der »Schaden« eine ergänzende Rolle in der Begründung des Anspruchs für Worte, die den guten Ruf verletzten, aber nicht in die fest definierten Kategorien des slander gehörten. Eine technische Folge des klagebegründenden »Schadens« war, daß man nur wegen »publizierter« Worte klagen konnte; weiterhin, daß die Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung und des Friedens im Zivilverfahren völlig außer acht blieben. Zum letzteren *Holdsworth* V, 270.

137 Beispielsweise die Bezweiflung eines Rechtstitels (slander of title) usw.; s. *Holdsworth* VIII, 351ff.

138 *Baker* 371–373.

139 Die ersten Fälle s. *Fifoot* 130. – Der Zusammenhang der letzten zwei Kategorien mit dem Schaden ist offensichtlich.

140 So beschreibt March in seinem 1647 publizierten "Actions for Slander" die Beschuldigung einer Straftat als die Bedrohung des Lebens und der Freiheit. Zitiert bei *Holdsworth* VIII, 347.

Hook spaltete das Haupt seines Kochs mit einem Beil entzwei, der eine Teil davon ist auf die eine Schulter, der andere auf die andere gefallen« – da der Beklagte ja nicht sagte, daß der Koch gestorben sei.¹⁴¹ Ähnlich hat das Gericht in dem oft geklagten Ausdruck “pocky whore” die pox regelmäßig als Windpocken (small pox) ausgelegt, anstatt der offensichtlichen Syphilis (French pox) usw.¹⁴² Es konnte die Sache entscheiden, ob das inkriminierte Wort als Adjektiv oder als Prädikat, im Präsens oder im Perfekt oder mit welchem Bindewort angewendet wurde.¹⁴³ Die Attitüde der Gerichte ist verständlich. Die plötzlich ermöglichten Klagen öffneten der Bosheit, der Rache und den Belästigungen Tür und Tor; die Richter wollten nicht zu den oft »erzwungenen« Prozessen ermutigen und fanden die Beschäftigung mit solchen Sachen unter ihrer Würde.¹⁴⁴ Das einzige positive Ergebnis dieser Periode war, daß die in Erregung ausgesprochenen gewöhnlichen Flüche seither nicht als defamation gelten.¹⁴⁵

Was in Rom der Prätor tun konnte, d. h. die Injurientatbestände mit freier Erwägung auffüllen, konnten die Richter unter den Präzedenzfällen des common law nicht tun. Das formale System schlug zurück. Das Recht der defamation wurde für die Juristen unübersehbar, während die Leute unbesorgt weiterklagten; eine Ladung des Feindes vor Gericht war schon die Prozeßkosten wert.¹⁴⁶ Aus der eigenen Falle befreite sich das Recht erst nach der bürgerlichen Revolution, als man der zunehmenden Privatgerechtigkeit und den Duellen ein brauchbares Recht gegenüberstellen mußte.¹⁴⁷ Diese Zeit hat auch anderweitig die moderne defamation geformt: Das alte slander, von dem bisher die Rede war, wurde durch die Erbschaft des libel ergänzt, das sich bis dahin in der Praxis des von der Revolution abgeschafften Star Chamber entwickelt hatte.

141 Vielleicht überlebte er. In diesem Fall beging Hook bloß ein trespass. Holt v. Astgrigg 1607.

142 Eine Reihe von absurden Fällen s. *Baker* 369, *Holdsworth* VIII, 354–362.

143 Siehe *Holdsworth* VIII, 359. Für die Klagbarkeit eines Adjektivs veröffentlicht Fifoot einen ganzen Rechtsfall: *Brittridge's Case* 1602 (*Fifoot* 145).

144 Siehe die Beschwerde des Chief Justice Wray in *Stanhope v. Blyth* 1585 (in *Fifoot* 142) und die Meinung von March über die slander-Prozesse: “I judge of them as a great dishonour to the law, and the professors thereof, especially when I consider that they are used only as instruments to promote the malice and vent the spleen of private jars and discontent among men.” Zitiert in *Holdsworth* VIII, 353.

145 Anon. 1556, zitiert bei *Baker* 368. “Usual word of passion and anger” ist nicht diffamierend.

146 Für die Rechtsunsicherheit *Holdsworth* VIII, 359. Den Mißerfolg der Juristen sieht auch das Buch von March ein, da sich die Zahl der Klagen nicht verminderte. Zitiert in *Baker* 370.

147 Mit der früheren haarspalterischen Praxis brach der Fall *Harrison v. Thornborough* 1714.

3. Das tort der defamation trug den privaten Interessen des Verleumdeten Rechnung, z. B. wenn ihm infolge der Verleumdung ein Strafverfahren drohte oder sein Lebensunterhalt erschwert wurde. Technisch baute es nur auf Formalitäten auf. Der Zusammenhang mit der öffentlichen Ordnung und mit der Freiheit tauchte erst in der strafrechtlichen Entwicklung auf. Diesbezüglich beschränken wir uns auf zwei Hinweise: Entscheidend beeinflusste der Absolutismus die Straftat des libel. Zweitens prägte die Technik des Strafrechts später auch die Technik des tort mit.

a) Die defamation als Straftat wurde in der Praxis des Star Chamber ausgestaltet. Dieses Gericht ließ den Schaden und andere individuelle Gesichtspunkte außer acht und beanspruchte die Kompetenz für alle defamations aufgrund der Erhaltung der Sicherheit und des Friedens des Staates. Im Namen der öffentlichen Ordnung kontrollierte es in erster Linie die Presse streng. Es beurteilte die Verleumdung verschieden, je nachdem, ob sie gegen eine Privatperson oder gegen einen Beamten gerichtet war. Die letztere faßte das Gericht als unmittelbar gegen den Staat gerichtetes Verbrechen auf (scandal of government). Für die Verleumdung eines Beamten und für »aufrührerische Worte« wurde eine unbedingte Haftung eingeführt. Von dieser konnte man sich weder durch Wahrheitsbeweis noch durch die Tatsache, daß die Behauptung nicht publiziert wurde, exkulpieren. Die Revolution hatte das Star Chamber hinweggefegt – die common law-Strafgerichte aber praktizierten zur Zeit der Restauration brutal das libel weiter; sie behandelten jede politische Kritik als libel, unabhängig davon, ob sie respektvoll oder »skandalös«, öffentlich oder privat (z. B. im Brief) geäußert wurde.¹⁴⁸ Auch die Aufhebung der Zensur 1694 änderte daran nichts. Chief Justice Holt ist 1704 derselben Meinung wie Coke hundert Jahre vor ihm: Wer einen Beamten der Korruption beschuldigt, kritisiert die Regierung. Wenn man diejenigen, die im Volk eine schlechte Meinung über die Regierung verbreiten, nicht zur Verantwortung zieht, kann keine Regierung bestehen.¹⁴⁹ Als ob wir Hobbes hörten.

b) Das Zivilrecht verdankte dieser Einstellung, daß in der defamation im 18. Jahrhundert das subjektive Element in den Vordergrund trat. Vor dem Strafgericht war es selbstverständlich, beim Angeklagten die böseste Absicht zu vermuten – z. B. in der politischen Kritik den »aufrührerischen und böswilligen Vorsatz«. Diese Betrachtungsweise wurde dann auf das tort des libel angewandt, so daß die malice, die in den Klagen on the case häufige, aber technisch gleichgültige Formel war, nach 1737 zu den Wesenselementen der defamation zählte. Durch den Beweis ihres Nichtbe-

148 Zur Straftat libel s. *Holdsworth* V, 208, VIII, 336 ff. Zum Fehlen der rechtlichen Garantien nach der Revolution s. *Baker* 185.

149 So Holt, C.J. im Fall *R. v. Tutchin* 1704, bzw. Coke: *De Libellis Famosis* 1606, zitiert bei *Holdsworth* V, 208, VIII, 341.

stehens konnte sich der Angeklagte befreien. – Die politische Rolle der malicious intent verkehrte sich im 18. Jahrhundert ins Gegenteil. Gehört sie zum libel, so entscheidet über ihr Vorhandensein die jury. Dann wird der Inhalt der Publikation nicht vom seitens der Regierung strenger kontrollierten Richter qualifiziert. Es war also ein Sieg der öffentlichen Meinung und der Redefreiheit, daß die malice von einer Rechtsfrage zur Tatbestandsfrage wurde. Das hatte im Zivilrecht zur Folge, daß – nachdem sich andere Techniken der Begrenzung der Haftung verfestigt hatten¹⁵⁰ – ab 1825 die malice wiederum unbedeutend wurde. Jetzt schon unter dem Einfluß des tort-Rechts setzte sich dieser Standpunkt bis Ende des Jahrhunderts auch im Strafrecht durch.¹⁵¹

Die andere wichtige Wirkung des strafrechtlichen libel auf das Delikt-recht war, daß die per se Klagbarkeit auf alle schriftlichen (später auf alle in »Dauerform« begangenen) Rufbeeinträchtigungen erstreckt wurde. Nie wurde theoretisch begründet, warum man hier für jedwede Verletzung, ohne den Nachweis eines materiellen Schadens, Schadenersatz erhalten konnte. Allerdings hat sich die heute so starre Trennung von libel und slander gerade nach diesem Kriterium erst langsam verfestigt.¹⁵²

4. Das tort des libel hat den eigentlichen Inhalt der defamation, die Verletzung des "good name and fame", und die "infamy" betont. Die Verletzung durch die Presse charakterisiert die moderne Epoche des Schutzes der Ehre und des Rufes. Die Öffentlichkeit des Druckes löst die Öffentlichkeit der naturwüchsigen Gemeinschaften ab.

a) Im 18. Jahrhundert schuf man endlich die allgemeinen Kriterien für »beleidigende Worte«. Die Wörter sind klagbar, die den anderen dem Haß, der Verachtung oder der Lächerlichkeit aussetzen oder infolge derer er gemieden wird.¹⁵³ Diese Formeln bestimmen auch heute noch die defamation, obwohl sie in der Praxis genauer gefaßt, hauptsächlich ergänzt werden mußten. Trotzdem sind sie wenn nicht die Vollendung, so doch die Endstation der archaischen, »einseitigen« (da nur die Verletzung selbst bzw. das Interesse des Verletzten beachtenden), tatbestandsmäßigen Begründung und Begrenzung der defamation. Sie war objektiv, sie baute nicht auf die Gefühle des Beleidigten, sondern maß sein Interesse am gesellschaftlichen

150 Dabei spielte das qualified privilege eine wichtige Rolle. Es konnte durch malice – nunmehr express malice – entkräftet werden.

151 Zur Laufbahn der malice s. *Holdsworth* VIII, 342, 372, *Fifoot* 135.

152 In der Literatur erklärt man die leichte Klagbarkeit des libel gewöhnlich damit, daß das Duellverbot zugleich mit dieser alternativen Genugtuung ergänzt wurde. Es gibt jedoch auch Angaben dafür, daß man die Praxis on the case als zu eng empfand; bzw. daß die schriftliche Ehrverletzung für schwerer gehalten wurde als die mündliche. Vgl. *Holdsworth* VIII, 362 ff.

153 Die Formel "hatred, contempt or ridicule" wird seit 1724, die "to cause to be shunned or avoided" seit 1679 benutzt.

Maßstab.¹⁵⁴ Die oben angeführte Formel erinnert noch an die ursprüngliche »Schande«. Im späteren Verallgemeinerungsprozeß der Definition wurde aber technisch eindeutig geklärt, daß das Maß die Reaktion der "right-thinking members of society generally" auf das Gerücht war,¹⁵⁵ so wurde die Wertordnung der engeren Gemeinschaft des Verletzten durch den "reasonable man" in seiner vollen Abstraktheit ersetzt. Damit verklangen die gefühlsmäßigen und gemeinschaftlichen Obertöne der »Schande«. Seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts hielt man Scham und Schimpf der Beleidigten, als Sache des »Geschmacks« oder der »Etikette«, gegenüber der Denkweise der »ganzen Gesellschaft« für völlig belanglos. Wie die Gesellschaft denkt, ist einerseits im Recht, andererseits in den – von der jury keine Gefühlsidentifikation verlangenden, etwa »offiziellen« – »ethischen Normen« zu finden.¹⁵⁶ All dies sind unverkennbare Zeichen der liberalen Demokratie, der formalen Organisation der Gesellschaft und der Verrechtlichung – jedoch sind die Änderungen eher für die Theorie wichtig. Die breite Nivellierung erfaßte auch die Empfindlichkeit der Menschen; die unbedeutende Einengung des Schutzbereichs empfanden sie im allgemeinen als natürlich.¹⁵⁷

b) Die Beschränkung der defamations auf Wörter, die Haß, Verachtung oder Lächerlichkeit bewirken, ist eine starre Methode. In ihrem Rahmen können sich die Werte langsam verändern, aber sie bleibt immer ungeeignet, andere Interessen als die des Verletzten zu erwägen. Die dazu dienenden

154 Von Anfang an waren gewöhnliche Flüche nicht klagbar, da niemand diese wörtlich nahm.

155 Lord Atkins Test in *Sim v. Strech* 1936.

156 Die Gegenüberstellung der Berufsethik und des »Geschmacks« mit der »Rechtswidrigkeit« und der »Straftat« s. im Fall *Clay v. Roberts* 1864. Weitere Fälle in *C.L.* 934. – Die jury sah das Gerücht eines klugen Betrugs nicht als verletzend an, obwohl er rechtlich und moralisch zu verurteilen gewesen wäre. Deswegen war der alte Test (Haß, Verachtung, Lächerlichkeit) nicht ausreichend; s. *Tournier v. National Provincial Bank* 1924.

157 Die Wertordnung einzelner Schichten und Gruppen kann vom offiziellen Maß natürlich positiv oder negativ abweichen. Die Worte des Klägers, aus denen zu entnehmen war, daß er die Niederschlagung des irischen Aufstandes bejahe, wurden gedruckt. Dies sei kein libel, da dieser Standpunkt, wie es *Odgers* 1881 referiert, seine Achtung nur in den Augen der »Kriminellen und Rebellen« mindert, aber keineswegs bei den richtig denkenden Menschen. *Mawe v. Piggot* 1869 (*Odgers* 24). – Ist es vielleicht libel, wenn jemand behauptet, daß eine Dame von Welt mit dem Omnibus fährt, oder daß ein Gentleman Talgkerzen benutzt? – hören wir die Frage der demokratischen Epoche in *Clay v. Roberts* 1863 (zitiert in *C.L.* 934). Es ist auch kein libel, wird jemand schriftlich »Freitag« titulierte, da Freitag »zwar ein Schwarzer, aber ein ehrwürdiger Mensch war«, und in England sind Neger nicht mehr als Verbrecher verdächtig. *Forbes v. King* 1833. Derselbe Tatbestand gilt aber in Süd-Karolina noch als Anschuldigung einer Straftat und ist demzufolge libel, s. *Odgers* 45.

zwei klassischen Mittel waren nicht befriedigend. Die »böse Absicht« des Täters war technisch schlecht handhabbar¹⁵⁸ und hätte als unbedingter Klagegrund den objektiven Schutz zu sehr eingeengt. Die Laufbahn der malice wurde im tort der defamation auch sonst von äußeren, strafrechtlichen und dahinter politischen Gesichtspunkten bestimmt. Das andere Mittel war der Wahrheitsbeweis. Auch dieses Mittel war zu einseitig und zu grob. Die Praxis versuchte mit einer Menge von Einzelregeln zu verhindern, daß der gute Ruf des Klägers auf dem Altar der abstrakten Wahrheit geopfert werde.¹⁵⁹

Das Staatsinteresse begrenzte die defamation viel früher und erfolgreicher als die Abwägung der Parteiinteressen. Die königlichen Gerichte setzten fast gleichzeitig mit den ersten Klagen fest (1585), daß wegen Behauptungen vor einem Gericht, seien sie wahr oder falsch, kein Prozeß geführt werden könne. Sonst hätte niemand in einem Prozeß etwas zu sagen gewagt.¹⁶⁰ Für das im Parlament Gesagte und für die parlamentarischen Dokumente gilt diese Rechtfertigung erst seit »der Ruhe« der Restauration (1669).

c) Die feinere Interessenabstimmung der privaten Parteien ist ausdrücklich bürgerlichen Ideen zu verdanken. Der erste Versuch mit dem (heutigen) qualified privilege ging von demselben Gedanken aus, der in allen Rechtsordnungen der Verschuldenskonzeption der »klassischen« Schadenshaftung zugrunde liegt: von einer risikofreien Sphäre für das Individuum, die es für seine wirtschaftliche Aktivität braucht. Auch hier war ein »äußerer Standard« notwendig (wie später Holmes die Grenze der Rechtfertigung bezeichnet¹⁶¹) – im Gegensatz zur subjektiven malice. Die Parallele kann weitergeführt werden: Innerhalb der defamation begründete man ein privilege, d. h. eine Ausnahme vom früheren absoluten Schutz, von der absoluten Verantwortlichkeit. Die Beschränkung der Scha-

158 Die Handhabung wurde dadurch besonders erschwert, daß der »Verfasser« und der »Verbreiter« von gedruckten Gerüchten und Verleumdung andere Personen sind. Selbst im kanonischen Recht, wo sonst das Motiv der Tat das wichtigste war, wurde die malice »objektiviert«: sie wurde z. B. festgestellt, wenn die Verleumdung wiederholt oder die Abbitte verweigert wurde. Aber sie wurde nur insoweit zum technischen Begriff, als eine Aussage vor Gericht nicht "malicious" sein konnte (Canonical 261 f.).

159 Diese sind so sehr nur von technischem Interesse, daß wir sie nicht behandeln (aber s. C.L. 967 f.). Die Einstellung der Gerichte war allerdings: kommt die Wahrheit ans Tageslicht, so bekommt jeder, was er verdient, s. W.J. 273.

160 So war es schon im Kirchenrecht, wo man anstatt mit dem privilege mit dem Fehlen an malice operierte. – Der Mißbrauch dieser Rechtfertigung wurde durch das tort der falschen Anklage verhindert (oder wenigstens erschwert).

161 Holmes: The Common Law (1881). Cambridge Mass. 1963, 111.

denshaftung auf das Verschulden – im Verhältnis zum absoluten Eigentums-, d. h. Geschädigtenschutz des Naturrechts – war ein ähnlicher Vorgang.¹⁶² Man verteilte das Risiko nach den gleichen praktischen Gesichtspunkten; z. B. "common convenience of society" (1786) und "welfare of society" (1834). Die Urteile im 19. Jahrhundert argumentieren gegen die strikte Haftung gewöhnlich damit, daß "the business of life must be carried on"; das entspricht aber völlig dem Gedankengang Zeillers, daß das Alltagsleben »mit dem Gedräng und Gewühle der Geschäfte« nur eine durchschnittliche Sorgfalt, nicht aber eine absolute Haftung erfordert.¹⁶³

Die technische Ausgestaltung der risikofreien Sphäre spielte sich folgendermaßen ab. Ende des 18. Jahrhunderts tauchte die Meinung auf, daß der Arbeitgeber für die Schilderung des »wahren Charakters« seiner Arbeiter nicht haftet (wenn er z. B. Unehrllichkeit behauptet), vorausgesetzt, daß er nicht mit »besonderem Argwillen« gehandelt hat.¹⁶⁴ Im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts wurden die Rechtfertigungsgründe schon genau festgelegt. Sie boten eine interessante Alternative zur negligence-Haftung: Mit anderer Technik erreicht sie dasselbe Ziel. Die Grenze des Rechtsschutzes lag für den Kläger dort, wo der Beklagte »über das hinausschritt, was die Umstände verlangten«.¹⁶⁵ Wie aber ist das technisch zu fassen? Die dogmatischen Bedingungen wurden immer strenger. Im Ergebnis brauchte der Mitteilende keine Haftung zu befürchten, wenn er und der Empfänger der Mitteilung an der Mitteilung korrespondierende Interessen oder Pflichten hatten. Die so bestimmte objektive Situation wurde aber mit der subjektiven Voraussetzung des Mangels der fehlenden Böswilligkeit ergänzt.¹⁶⁶

Die Befreiung von der Verantwortlichkeit hing so von der Existenz einer »rechtlichen, moralischen oder gesellschaftlichen Pflicht« bzw. vom Interesse an der inkriminierten Behauptung ab; aber es ist schwer zu sagen, was "moral or social duty" ist und welche Interessen so schwerwiegend

162 Die Entwicklung des Verschuldens gelangte zu dem gleichen objektivierten Maß, ob sie nun vom psychischen Fehler des Schadensstifters oder dem absoluten Schutz des Eigentums ausging; s. *Solyom* 102 ff.

Für die Störungen, die von der subjektiven malice-Konzeption verursacht wurden, s. *Fifoot* 135, 136.

163 *Toogood v. Spyring* 1834, zitiert in *C.L.* 979 und 985, weitere Fälle ebd. und *Odgers* 238. – *Zeiller*: Kommentar über das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Wien/Triest 1813, Bd. III/2, 713.

164 *Edmondson v. Stephenson et ux.* 1766, zitiert von *Odgers* 238, bzw. Lord Mansfield in *Hargrave v. Le Breton* 1769, s. *Fifoot* 135.

165 *Holmes* 111.

166 *C.L.* 979, *W.J.* 294.

sind, daß sie privilegiert werden müssen. Der Test des *reasonable man*¹⁶⁷ (der schon für die Beurteilung des diffamierenden Charakters einer Aussage geeignet war) ist eine logische Institutionalisierung der öffentlichen Auffassung über diese Interessen. Innerhalb des *reasonable man* gibt es aber keine allgemeineren Kriterien, keine Abstufungen, sondern ausschließlich die konkreten Fälle.

Das Maß des vernünftigen Menschen spielt hier eine ganz andere Rolle als bei der *negligence*. Bei der *defamation* geht es nicht darum, die Grundregel "you must not defame your neighbour" z.B. mittels der Voraussehbarkeit des Schadens praktisch brauchbar zu machen. Das Gleichgewicht der Interessen des Beleidigers und des Beleidigten taucht hier nicht in Zusammenhang mit dem Verhalten des Beklagten auf. Die Interessenabwägung ist hier betont objektiv und offen; man muß objektive Situationen¹⁶⁸ definieren, in denen der Gesichtspunkt des guten Rufes im Interesse der "convenience and welfare of society" zurücktreten soll. Das *duty* besteht nicht dem Verletzten gegenüber, vielmehr erhebt es die Sache des Mitteilungsabgebers und Empfängers über Vorwitz und gemeine Neugierde.¹⁶⁹ Hier handelt es sich, allem Anschein zum Trotz, nicht um einen Verhaltensstandard, denn das Vorhandensein der privilegierten Umstände allein ist entscheidend, und nicht, ob die Parteien daran mit gutem Grund glauben konnten.¹⁷⁰

Das subjektive Element wird davon getrennt: Ein Beweis der Böswilligkeit des Verleumders kann das schon begründete Privileg ungültig machen. Aber auch hier gibt es keine Verbindung zur Fahrlässigkeit des Schadensrechts.¹⁷¹ Das Übelwollen gegen den Verletzten muß aus der Schwere der Worte oder aus der Art der Mitteilung offensichtlich sein.

d) Die Rolle des öffentlichen Interesses in der Begrenzung des Ehrenschutzes ist im Institut des *fair comment* noch eindeutiger.

167 "I take moral or social duty to mean a duty recognised by English people of ordinary intelligence and moral principle, but all the same time not a duty enforceable by legal proceedings..." Die Frage ist, was "the great mass of right-minded men in the position of the defendant" als seine Pflicht erachten würde – lauten die auch heute grundsätzlichen Feststellungen von Lindley C.J., in *Stuart v. Bell* 1891.

168 Vgl. *Toogood v. Spyring* 1834: "...in such cases the occasion prevents the interference of malice".

169 *Odgers* 265: "The law never sanctions mere vulgar curiosity or officious intermeddling in the concerns of others. To be within the privilege the statement... must tend to private interests both of the speaker and of the person addressed."

170 Siehe z.B. *Davidson v. Barklays Bank Ltd.* 1940.

171 Daß die Behauptung »nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge« von Dritten zur Kenntnis genommen wird, begründet noch keine Haftung. Voraussetzung der *express malice* ist, daß die Behauptung auch solchen Personen zu Ohren kommt, die sie bestimmt nichts angeht. *W.J.* 303.

Behauptungen im Rahmen des fair comment sind nie defamation. Fair comment kann nur eine Meinungsäußerung, also nicht eine Tatsachenbehauptung sein; sein Gegenstand muß von öffentlichem Interesse sein; schließlich versagt die Rechtfertigung auch hier, wenn der »Kommentar« von »ausdrücklichem Argwillen« zeugt oder unredlich motiviert ist.¹⁷² Dies ist die jüngste Technik zur Begrenzung der defamation. Sie stammt aus dem vorigen Jahrhundert.¹⁷³ Daher enthüllt sie das Wesen der Veränderungen. Der Schutz der Ehre wurde durch die Rede- und Meinungsfreiheit zurückgedrängt. Das brennende Problem des 19. Jahrhunderts, die Abgrenzung bzw. das Gleichgewicht von Privat- und öffentlicher Sphäre zeigt sich auch hier. Damit gelangen wir zu den modernen Persönlichkeitsrechten.

Außerdem wird diese Abgrenzung von den Interessen der Öffentlichkeit beherrscht.¹⁷⁴ Das Lächerlichmachen, erst seit dem 18. Jahrhundert eine feste Qualifikation diffamierender »Wörter«, wird jetzt als »geeignetestes Mittel« aufgefaßt, »die Augen des Publikums zu öffnen«. Was würde aus der Pressefreiheit, wenn aufgrund solcher Prinzipien (wie »Lächerlichkeit«) ein Prozeß gewonnen werden könnte – fragt Lord Ellenborough. »Die Kritik erwies dem Publikum einen großen Dienst ... sie behütet die Leute davor, daß sie ihre Zeit und Geld an Mist verschleudern« – liest man in einem der ersten grundlegenden Urteile.¹⁷⁵

Dieses »öffentliche Interesse« beschränkte sich nicht auf die Privatsphäre der »bürgerlichen Gesellschaft«. Die Entwicklung wurde vielmehr vom Verhältnis der vor allem durch die Presse vertretenen politischen Öffentlichkeit zur Regierung bewegt und geprägt. Es ist auffällig, daß das Recht der Entfaltung der politischen Publizistik nicht folgte.¹⁷⁶ Von kleineren Zugeständnissen abgesehen, machte das libel, wie es die Gerichte anwendeten, die berühmte englische Pressefreiheit sehr relativ.¹⁷⁷ Die Kommen-

172 C.L. 1003.

173 *Fifoot* 137.

174 *Holmes* trennt schon alle Rechtfertigungen von der Absicht bzw. den Motiven des Behauptenden und baut sie auf dem öffentlichen Interesse auf (111).

175 Lord Ellenborough in *Carr v. Hood* 1808, abgedruckt in *Fifoot* 148. Die Frage nach der Böswilligkeit des Kritikers wird bald von objektiven Gesichtspunkten des Gemeininteresses abgelöst. *Fifoot* 136.

176 Zur politischen Öffentlichkeit s. *Habermas*, Öffentlichkeit 76 ff., er ist allerdings ziemlich optimistisch.

177 Meilenstein war der von Fox eingeleitete Libel Act 1792, der die Qualifikation einer Veröffentlichung als libel aus den Händen des Richters der jury übergab (eingehend s. *Holdsworth* X, 672–696, C.L. 947). Damit konnte tatsächlich die popular opinion bestimmen, wie weitgehend man die Regierung kritisieren konnte (vgl. Fox' Rede im Parlament über die Partnerrolle der öffentlichen Meinung, zitiert in *Habermas*, Öffentlichkeit 85f.; s. noch *Holdsworth* X, 698). – Nachdem aber die Spannung

tierung der Regierungsgeschäfte, die 1868 alltäglich ist, »hätte vor einem halben Jahrhundert zu gerichtlichem Verfahren und zur Bestrafung von Autor und Herausgeber mit Buße und Zuchthaus geführt«, meint Chief Justice Cockburn in der Sache *Wason v. Walter*. Das Recht wurde erst von der großen gesellschaftlichen Umwälzung mitgerissen, die zwischen 1830 und 1840, die bis dahin künstlich verzögerte Entwicklung sprengend, schonungslos die Voraussetzungen des freien Wettbewerbs schuf.¹⁷⁸ Die Öffentlichkeit des Parlaments wird eingeführt. Anstelle der früheren Guerillaaktionen wird es »Pflicht« der Presse, die Beamten und öffentlichen Anstalten zu überwachen.¹⁷⁹ Das Recht des fair comment verfestigt sich in Reportagen über Regierungssachen, Prozesse und örtliche Behörden.¹⁸⁰

Das klassische Gebiet der nicht-staatlichen Sphäre ist die Kunstkritik. Schon die frühesten Fälle begründen das Prinzip, daß die Kritik »den Verfasser nicht in sein Privatleben verfolgen darf«, sie darf sich mit ihm nur als Autor, nicht aber als Privatperson befassen.¹⁸¹ Die Abgrenzung der Privat- und der öffentlichen Sphäre bleibt im Rahmen des fair comment wirklich »fair«: Der Verletzte soll selbst vor die Öffentlichkeit treten, die öffentliche Kritik »herausfordern«. Typische Fälle dafür waren (nach den Urteilen), daß er annoncierte oder sich in einem Leserbrief an die Öffentlichkeit wandte.¹⁸²

Wenn man aber den Schutz der Privatsphäre im ganzen betrachtet, ist die Lage nicht so ausgeglichen. Die Logik, die den fair comment risikofrei machte, diente auch zur Begründung der Privilegierung von Berichten aus dem Gerichtssaal¹⁸³: Der Nutzen der Öffentlichkeit der Verhandlung für

zwischen der alten Konstruktion des libel und den Ansprüchen der modernen öffentlichen Meinung vermindert wurde, hörte die jury aufs neue auf den Rat des Richters. Trotz der Verabschiedung von Fox' Libel Act wurden mehr Angeklagte verurteilt als früher! (*Holdsworth* X, 693). *Dicey* meint, daß Anfang des 19. Jh. die Meinungsfreiheit durch die Unduldsamkeit der öffentlichen Meinung gegenüber aller »Heterodoxie« viel effektiver eingeschränkt wurde als durch das Recht, und daß die tatsächliche Entwicklung der Demokratie im Recht nicht merkbar ist. *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*. London 1905, 31 ff. und Lecture III.

178 Siehe *Polanyi*: *The Great Transformation* (1944). Zitiert nach der deutschen Ausgabe, Frankfurt/M. 1978, 190 ff., 229–238 und besonders 300 ff. – *Dicey* 202.

179 *Odgers* 84.

180 Vgl. die von *Odgers* gesammelten Fälle, 196 ff.

181 Siehe *Carr v. Hood* 1808 (*Foot* 149), weiterhin *Heriot v. Stuart* 1796, *Stuart v. Lovell* 1817 (*Odgers* 203).

182 Siehe die Fälle in *Odgers* 206 f.

183 Ein "report" teilte nur das offizielle Material der Verhandlung ohne Kommentierung mit oder faßte es zusammen.

das ganze Land gleicht die Unannehmlichkeit für die Parteien aus.¹⁸⁴ Diese noch demokratische und »edle« Anerkennung der Öffentlichkeit rechnete aber nicht mit dem Wandel der Öffentlichkeit selbst. Als 1888 auch das Parlament dieses Prinzip billigte, war die Umwandlung des Zeitungswesens in Geschäftsunternehmen schon fortgeschritten; Privatsphäre und Öffentlichkeit begannen ihre Plätze zu wechseln: Private Angelegenheiten wurden als »Öffentlichkeit« aufbereitet.¹⁸⁵ Nach dem Scheidungsgesetz 1857 brachen in den Zeitungen die detailliertesten Reportagen über Eheprozesse los. Es gelang jedoch nicht, die Interessen der Parteien dagegen zu schützen. Sensation und Auflage tauschten öffentliches Interesse vor – und der scheinheilige Konservatismus des Parlaments half dabei.¹⁸⁶

5. Eine wichtige Lehre aus der Geschichte des Ehrenschatzes im englischen Recht ist, daß die Eingliederung der defamiation in das moderne (Zivil-)Recht den technischen Aufbau dieses tort veränderte. Dahinter standen zwei inhaltliche Neuheiten: einerseits die Schaffung einer gewissen gemeinsamen Plattform mit anderen Instituten, die in den letzten hundert Jahren »dem Schutz der Persönlichkeit« dienten, und andererseits ein gewisser Bruch im »Privat«-Charakter der Injurien. Hinsichtlich der ersten Neuerung werden wir sehen, daß auch ohne die Anerkennung eines »Persönlichkeitsrechts« (in England sogar trotz seiner Ablehnung) de facto ein diesem entsprechender Rechtsschutz entstehen kann. Weder die Benennung noch die technische Lösung ist also entscheidend. Im Zusammenhang mit der zweiten Neuerung schicken wir voraus, daß es sich genaugenommen nicht um eine Umwandlung vom »privaten« zum »öffentlichen« Charakter handelt, sondern um ein neues Verhältnis der Injurie, der defamiation, zum »Öffentlichen«, d.h. zur Gemeinschaft, die selbst einen neuen Sinn erhält. Das Injurienrecht wird Teil der Abgrenzung der privaten von der öffentlichen Sphäre.

184 Lawrance J., in R. v. Wright 1799 (*Odgers* 291).

185 Zu diesem Rollentausch vgl. *Scholler*: Person und Öffentlichkeit. Zum Spannungsverhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz. München 1967, 80. Kronzeugen für den Einfluß dieser Änderungen auf die Persönlichkeitsrechte sind *Warren* und *Brandeis*: "Gossip...became a trade." *The Right to Privacy*. Harvard Law Review 1890 (im folgenden zitiert nach dem Abdruck in *Ernst* und *Schwartz*: *Privacy*. *The Right to Be Let Alone*. New York 1962) 50.

186 In der Debatte über den Divorce Court Bill entschied sich das Parlament 1859 für die öffentliche Verhandlung, mit der Begründung, »es könnte von der Scheidung zurückhalten, wenn die schmutzige Wäsche vor allen Leuten gewaschen wird«; könnten dagegen die Parteien ihre Angelegenheiten verheimlichen, würde das zu "domestic vice and domestic immorality" ermuntern; s. *Pratt*: *Privacy in Britain*. Lewisburg/London 1979, 62. Die freie Berichterstattung wurde erst vom Judicial Proceedings (Regulation of Reports) Act 1926 wesentlich beschränkt.

a) Die frühe und die moderne defamation beruhen auf verschiedenen Anschauungen.

Wir sahen, daß die Struktur der defamation im Volksrecht und im Kirchenrecht als »das Individuum in der Gesellschaft« beschrieben werden kann. Hier haben die Individuen gemeinsame und homogene Werte. Die Verletzung der Person ist von der Störung des Friedens der Gemeinschaft nicht trennbar. Die frühe defamation erzielt nur eines: den absoluten Schutz (wenn auch nur in einem bestimmten, engen Kreis). Ihre Technik steht damit in Einklang. Sie bestimmt den Tatbestand; wenn er erfüllt wird, tritt die Verantwortlichkeit ein. Der Tatbestand ist nicht Ergebnis einer Interessenabwägung der Parteien, sondern erfaßt die dem Individuum und seiner Gemeinschaft zugefügte Verletzung. Diese Verletzung ist nicht rein subjektiv. Was dem Individuum zur Schande gereicht, bestimmt die Sitte. (So sind die auf Feigheit hinweisenden Wörter »tatbestandsmäßig« in den Gemeinschaften, wo kriegerische Tugenden hochgeschätzt werden, von den Griechen bis zu Germanen. Zur Zeit der Blutrache ist es der ganzen Gemeinschaft schädlich, wenn ihr Mitglied einer Straftat beschuldigt wird usw.) Diese unmittelbaren Gemeinschaftsbezüge verblassen nur sehr langsam. Der Verletzte wird erst allmählich zur Hauptfigur der Injurie. Der strafrechtliche Entwicklungszweig der defamation zeigt aber, daß die Verleumdung in gewisser Hinsicht weiterhin Störung der öffentlichen Ordnung bleiben kann.

Dieses Schema sagt natürlich nichts über die Übergangsperioden. Wir müssen wenigstens daran erinnern, daß mit dem Sieg der Zentralmacht die örtliche Ruhestörung durch die Gefährdung des Friedens des Staates abgelöst wird: Das libel wird in erster Linie politisches Verbrechen. Andererseits wird die »privatrechtliche« defamation, infolge der Kompetenz der common law-Gerichte, stark privatisiert und individualisiert. Der daran entscheidend mitwirkende Schaden und Schadenersatz führten jedoch nicht zu einer Angleichung an das übrige Schadensrecht. Sie hoben weder die alte Technik noch die Einseitigkeit der defamation auf.

Im Gegensatz zu der Situation »das Individuum in der Gemeinschaft« baut sich die moderne defamation auf der Interessenabwägung der gegnerischen Parteien auf; und diese Abwägung erscheint typisch in der Struktur »Individuum versus Gemeinschaft«. Es geht um die Abgrenzung und das Ausbalancieren der individuellen Freiheitsräume. Da dadurch die Freiheitsrechte berührt werden und ein traditionelles, weiterhin akzeptierte Werte schützendes Institut (d.h. der alte Ehrenschatz) beschränkt wird, muß das Interesse der anderen Partei (des Beklagten) mit dem »Gemeininteresse« gerechtfertigt werden. Diesem gegenüber werden logischerweise auch die Würde und die Ehre verfassungsrechtlichen Rang erwerben.

Die neue defamation ist ohne die liberale bürgerliche Gesellschaft nicht denkbar. Sie trägt deren Zeichen heute noch. Die gesellschaftlichen und

politischen Umwälzungen, die zum Liberalismus führten, wurden für die defamiation durch das Druck- und Zeitungswesen und besonders durch die Entfaltung der politischen Öffentlichkeit und die darauf folgende strafrechtliche Reaktion vermittelt. Als deren technische Folge wurde die tatbestandsmäßige Definition der defamiation durch Verallgemeinerungen abgelöst, die zur technischen Begrenzung nicht mehr brauchbar waren. Die konkreten Tatbestände wurden praktisch mit einer Qualifizierung der Ehrverletzung durch die »öffentliche Meinung« ersetzt. Der Schutz war nicht mehr unbedingt. Die mit dem Gemeininteresse begründeten Ausnahmen sicherten einen risikofreien Handlungsraum für jedermann.

b) In diesem Prozeß erhielt auch die Öffentlichkeit eine neue Rolle. Auch in der frühen defamiation wurde zwar die »Publikation« verlangt; dazu reichte es jedoch aus, wenn von der Behauptung nur ein einziger Dritter Kenntnis erlangte. Diese Voraussetzung war die Folge des objektiven Charakters der defamiation: Der gute Ruf, d.h. die Beurteilung, die Meinung anderer mußte verschlechtert werden; wenigstens mußte die Behauptung dazu geeignet sein. Die Publikation war so die Voraussetzung des »Schadens« – die Verletzung der Gefühle des Betroffenen allein war kein Schaden.

Man kann von den Injurien nicht sprechen, ohne auf die Rolle der Öffentlichkeit einzugehen. Das Medium der Öffentlichkeit erforderte, daß man das Gegengewicht einer rechtlichen Genugtuung in Anspruch nehme. Die Presse (und die Massenmedien, die immer Subjekte des libel sind¹⁸⁷) verändert die Lage in zweifacher Hinsicht. Die quantitative Änderung, das Übergewicht der Presseöffentlichkeit, erhöht das Ausgeliefertsein des Verletzten bis ins Unerträgliche. Gleichzeitig wird aber der Träger der »Öffentlichkeit« greifbarer und kontrollierbarer; der längst vergessenen öffentlichen Abbitte und Genugtuung entsprechende Sanktionen werden im common law aufs neue belebt: die Berichtigung, die Abbitte und die Gegenerklärung.¹⁸⁸ Noch wichtiger ist jedoch, daß die Presse zugleich ein Organ der Demokratie ist. Auch wenn sie später infolge der Kommerzialisierung entartet (die Demokratie ebenfalls), bleibt alles, was mit ihr verbunden ist, von den öffentlichen Angelegenheiten untrennbar. Der Persönlichkeitsschutz wird sich immer mehr eben gegen diese Gleichsetzung richten. Deswegen ist es bedeutend, daß die Mehrheit der modernen defamiation-Prozesse wegen gedruckter Publikation eingeleitet wurde.¹⁸⁹

Hier wird wieder sichtbar, daß eine der Grundfragen der modernen defamiation die Abgrenzung der öffentlichen von der Privatsphäre ist. Trotz

187 Radio und Fernsehen holten nur langsam die Zeitungen ein: Telekommunikation ist in England seit dem Defamation Act 1952 als »beständige Form« angesehen, d.h. auf libel klagbar.

188 Lord Cambell's Act 1843, s. C.L. 966, 1021.

189 Mündliche Beschimpfung war in England nicht vor Gericht klagbar.

der »öffentlichen« Gesichtspunkte zählen der Schutz der Ehre und des guten Rufes (nach unserer Einteilung) weiterhin zu den »neutralen« Persönlichkeitsrechten. Das Interesse, das dem Beleidigten gegenüber geltend gemacht wird, ist meist kein politisches, sondern ein »gesellschaftliches Interesse«. Wenn die Gesellschaft funktionieren soll, müssen alle Mitglieder eine gewisse risikofreie Sphäre haben. Der Verletzte muß also nicht notwendigerweise der »Redefreiheit« weichen, sondern einfach nur einer »rechtlichen oder moralischen Pflicht« des anderen, sogar schlicht seinem »Interesse«.

Was die Technik angeht, entwickelt die defamation ebenso wie alle anderen »Schädigungen« bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts eine Struktur, die auf dem objektiv bemessenen Interessenausgleich der Parteien beruht. Ihr Grund ist nicht die Voraussehbarkeit des Schadens (wie bei der negligence); hier werden jetzt die gegenüber dem Ehrenschatz geltend zu machenden Interessen tatbestandsmäßig definiert. Das Maß ist jedoch ähnlich. Alle Schlüsselfragen – welche Wörter den guten Ruf beeinträchtigen, welche Rechte, Interessen oder öffentliche Angelegenheiten für die Gesellschaft wichtiger sind als die Verletzung eines Individuums – werden dem Urteil des reasonable man überlassen. Der »ausdrückliche Argwille« des Täters kippt auch hier das Gleichgewicht um und entkräftet die objektiven Rechtfertigungsgründe. In ähnlicher Weise fällt bei der absichtlichen Verursachung eines materiellen Schadens die auf objektiviertem Verschulden aufgebaute Risikoverteilung weg.

6. Wir sahen, daß die Abgrenzung der öffentlichen von der Privatsphäre bestimmendes Element der defamation wurde. Das englische Recht hat aber diesen Gedanken nie offen ausgedrückt, baute nie unmittelbar darauf auf, erlaubte es nie, daß die tatbestandsmäßigen und rein technischen Grenzen der defamation erschüttert werden und das dahinter waltende policy selbst den Kreis des Rechtsschutzes bestimme. Diese methodologische Eigenart des englischen Rechts¹⁹⁰ hat den Persönlichkeitsschutz in England entscheidend beeinflußt. Man erkannte das »Persönlichkeitsrecht« nie an und beließ dessen Schutzaufgabe, zu Bruchstücken zerlegt, bei den herkömmlichen torts. Auf dieser Methode beharren die Engländer auch bei der Kommentierung der amerikanischen Rechtsentwicklung: Das privacy wird nicht als policy oder als allgemeines Persönlichkeitsrecht, sondern

190 Eben am Beispiel des right to liberty of discussion zeigt *Holdsworth*, daß dieses Recht – ebenso wie die anderen verfassungsmäßigen Rechte – nie als ein »abstraktes Recht der Untertanen« deklariert wurde. Ähnlich anderen common law-Rechten leitete man es aus Regeln und Prinzipien des common law ab, und sein Inhalt entwickelte sich allmählich, in einer Reihe von Fallentscheidungen (X, 695). Ähnlich *Divey*: In England wurde die Redefreiheit nie proklamiert, sie ist kein technischer Begriff für das englische Recht (*Law of the Constitution*⁷. 235).

als herkömmliches tort aufgefaßt. Daher fordert man von ihm die Bestimmtheit eines torts.¹⁹¹

a) Im folgenden möchten wir den Unterschied zwischen den zwei Zweigen des common law an einigen herausgegriffenen Zügen des privacy veranschaulichen.

Es ist bekannt, daß das privacy in Amerika schon fast ins Konturlose gewachsen ist; daß man von seinen verfassungs- und deliktrechtlichen Arten sprechen kann, die aber selbst Sammelbegriffe sind. Das privacy ist im tort-Recht lediglich »gemeinsamer Name« der die Privatsphäre verletzenden vier unabhängigen torts.¹⁹² Im Verfassungsrecht wurde das privacy traditionell zur Ausdehnung des Schutzes der persönlichen Sphäre gegen die staatliche Einmischung verwandt; seit 1964 wird auch die Kollision von Pressefreiheit und Privatsphäre formell – die übrigens von Anfang an Thema des privacy (als tort) war – als verfassungsrechtliche Frage behandelt.¹⁹³

Warren und Brandeis beabsichtigten sicherlich nicht diese Folgen, als sie 1890 ihre Studie, die die amerikanische Karriere des privacy begründete, veröffentlichten.¹⁹⁴ Aber waren sie es, die den Geist aus der Flasche befreiten? Sie trugen sicherlich dazu bei, daß der zeitgemäße Gedanke, man könnte sagen, der Zeitgeist, sich befreite. Es scheint fast übertrieben, wie sehr sie (zu diesem Zweck) die »radikale Verschiedenheit« der Prinzipien ihres privacy von denen der defamation betonten, wie sie die Äußerlichkeit der defamation (deren Objekt die gesellschaftliche Anerkennung sei, mit dem damit verbundenen Wohlstand) dem subjektiven und »spirituellen« Wesen des privacy gegenüberstellen: hier gehe es ausschließlich um die Verletzung der Gefühle.¹⁹⁵ Ihre Argumentation ist eigentlich eine histori-

191 Beispielsweise *Wacks: The Poverty of "Privacy". The Law Quarterly Review* 1980, 73; *Brett: Free Speech, Supreme Court Style: A View from Overseas. Texas Law Review* 1968, 668. Dieser Autor kritisiert die amerikanische "jurisprudence of conceptions", d. h. daß die privacy-Fälle nicht nach den Umständen der konkreten Sache, sondern aufgrund abstrakter Prinzipien entschieden werden.

192 Siehe *Prosser: Privacy. California Law Review* 1960, 389.

193 Schon im ersten leading case, *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* 1905, setzte sich das Gericht ausführlich damit auseinander, daß privacy und verfassungsmäßige Redefreiheit einander gegenseitig fördern sollen und keine der beiden mißbraucht werden darf (abgedruckt in *Ernst/Schwartz* 131 ff., 142). – In *Chaplinsky v. New Hampshire* 1942 hält das Gericht fest, daß die Veröffentlichung diffamierender Behauptungen »in keinem Fall verfassungsrechtliche Fragen aufwirft«. – Im Fall *New York Times v. Sullivan* 1964 wird schon ausdrücklich das Verhältnis zwischen der defamation und dem First Amendment geklärt.

194 *Warren und Brandeis* (a. a. O.) wandten sich ausschließlich gegen die Veröffentlichung von Tatsachen aus dem Privatleben in Zeitungen.

195 *Warren und Brandeis* 52.

sche Darstellung dessen, wie sich der Rechtsschutz von materiellen Gütern auf geistige erstreckte. So werden der selbständige Schutz der Persönlichkeit und der Vermögensschutz zu Gegensätzen erklärt. Im Vergleich zu der neuen Theorie enthält die konkrete Gestaltung des "privacy" kaum Neues. Wenn man die Beispiele der Autoren betrachtet (Zeitungsbericht von Angelegenheiten der Privatsphäre, Benutzung des Lichtbildes ohne Erlaubnis), muß man der Kritik von Kalven zustimmen, daß nämlich Warren und Brandeis die im common law schon anerkannten Fälle des Schutzes der Würde bloß um eine ad hoc-Kategorie erweiterten.¹⁹⁶ Für unseren Gedankengang ist aber noch wichtiger, daß sie für die Abstimmung des privacy mit dem öffentlichen Interesse ("demands of the public welfare and private justice") die Regeln von libel und slander in Anspruch nehmen; inbegriffen nicht nur alle Arten von privilege und das fair comment, sondern auch das Prinzip, daß die Abgrenzung der Sachen von privatem bzw. öffentlichem Interesse nur von Fall zu Fall, elastisch und nach der gesunden Vernunft vorgenommen werden kann.¹⁹⁷ Nur die Rechtfertigungsmöglichkeit durch Wahrheitsbeweis übernehmen sie nicht.

Die dogmatische Ausformung des privacy ist bis heute die schwächste Seite dieses tort geblieben.¹⁹⁸ Es hat keine technisch brauchbare Definition und konnte daher bei der Begrenzung der Verantwortlichkeit das Kriterium der reasonableness nicht ablösen. Dies unterstützt unsere Meinung, daß das "privacy" seit seiner »Geburt« vor allem als Idee, als eine die Rechtspolitik rechtfertigende Ideologie wichtig war. Es diente als solche sogar als Blankoscheck, was seine Anwendung sowohl für als auch gegen die staatliche Intervention in die Wirtschaft genügend beweist.¹⁹⁹

Der Vergleich der beiden Zweige des common law führt demnach zu der Frage, was der Sinn und die Bedeutung der Deklaration des »allgemeinen Persönlichkeitsrechts« sind.

b) Ende des 19. Jahrhunderts genoß die »Persönlichkeit« in England und in Amerika ungefähr den gleichen Schutz. Außer libel und slander standen innerhalb ihrer technischen Grenzen alle anderen torts sowie der Eigentumsschutz und der Vertragsbruch zur Verfügung. All diese wurden auch

196 Dadurch haben sie eben nicht zur Klärung dieses schon damals unklaren Gebiets beigetragen. *Kalven: Privacy in Tort Law – Were Warren and Brandeis Wrong? Law and Contemporary Problems* 1966, 330.

197 *Warren und Brandeis* 64 ff.

198 *Kalven* 330.

199 Für seine Verwendung im Interesse der Wettbewerbsbeschränkung s. Kap. I, privacy als Schutz gegen staatliche Kontrolle s. *Westin: Privacy and Freedom*. New York 1967, 339f. Selbst die Phrase, die so große Karriere gemacht hat, das "right to be let alone", bezog sich ursprünglich auf den Ausschluß der Regierung von der Sphäre der Verträge der Privatwirtschaft; s. *Dionisopoulos und Ducat: The Right to Privacy. Essays and Cases*. St. Paul, Minn., 21, Anm. 14.

in Fällen benutzt, die man später mittels privacy entschied. Warren und Brandeis führen so gelöste Fälle aus England und aus Amerika an (unautorisierte Veröffentlichung von Briefen, Bildern, Fotos, Quittungen), um zu beweisen, daß ihr gemeinsames Prinzip der Schutz der Persönlichkeit ist, und daß diese Idee selbständige Anerkennung verlangt.

Von hier aus trennen sich die Wege der Entwicklung. Winfield, der 40 Jahre später die Position des privacy in England untersucht, zitiert viele Präzedenzfälle aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die über einen solchen »Umweg« einen »Persönlichkeitsschutz« gewährten.²⁰⁰ Aufgrund dieser Fälle schlägt er vor, das tort »der Verletzung des persönlichen privacy« einzuführen, »falls es nicht bereits existiert«.²⁰¹ Auch in einem englischen Fall von 1979 wird die Existenz dieses Rechts behauptet und gefordert, man solle es endlich aussprechen.²⁰² Am Ende dieser Aufzählung weisen wir auf den Bericht des englischen Parlamentsausschusses für die Frage der Einführung des privacy hin, der alle nutzbaren Rechtsmittel zusammengestellt hatte und aufgrund dieses Mosaikbildes zu der Folgerung gelangte, daß die unklare Kategorie des privacy eher störend wirken als den sonst ausreichenden Schutz fördern würde.²⁰³

Alle diese Meinungen deuten auf praktisch gleichen Schutz hin. Die Anerkennung oder Nichtanerkennung des privacy scheint eine rein technische Frage zu sein. Ist sie es wirklich?

Bevor wir eine Antwort versuchen, müssen zwei Probleme kurz behandelt werden. Das erste ist das gemeinsame Element der für den Persönlichkeitsschutz benutzten torts am Jahrhundertende; das andere sind die Unterschiede zwischen der englischen und der amerikanischen Anschauung, die schon zur Zeit der Anerkennung des privacy in Amerika vorhanden waren.

Winfield unterscheidet in seiner »Vorgeschichte« danach, ob das privacy durch das Vermögen vermittelt oder unmittelbar verletzt wird. Als Bei-

200 Winfield: Privacy. The Law Quarterly Review 1931, 23.

201 "it ought to be a tort in English law, if is not one already", ebd. 39.

202 Malone v. Commissioner of Police of the Metropolis (no. 2.) 1979, per Megarry, V.C.: Wenn die Prinzipien des englischen Rechts, die Analogien der geltenden Regeln in Verbindung mit den Postulaten der Gerechtigkeit und der gesunden Vernunft klar auf die Existenz eines solchen Rechts hinweisen, warum zögert das Gericht es anzuerkennen? (Zitiert von Wacks 73.)

203 Report of the Committee on Privacy (Younger Report). London 1972, Appendix »I«. Punkt 97 des Reports vergleicht die Lage in England mit dem Persönlichkeitsschutz in Deutschland, Frankreich und den USA und zieht die Folgerung, es gebe keinen eindeutigen Beweis dafür, daß die rechtliche Lösung in diesen Ländern, d.h. die Anerkennung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, im Alltagsleben eine Atmosphäre geschaffen hätte, in der das privacy höher geschätzt würde als in England.

spiel für eine Beeinträchtigung des "privacy of property" führt er die Anwendung der vermögensschützenden torts an. (So ist es z.B. trespass, wenn jemand den öffentlichen Weg, der das Grundstück eines anderen durchquert, zum Spähen und Horchen benutzt; nuisance: der Beklagte beobachtet mit in seinem Garten aufgestellten Spiegeln den Nachbarn, den Kläger; der Einbau eines neuen Fensters, das auf den Garten des Nachbarn geht, kann auch nuisance sein, usw.) Die im 18. Jahrhundert noch ausdrückliche Bereitschaft zur Anerkennung, daß mit dem Einbau eines neuen Fensters das privacy des Nachbarn verletzt wird, verschwindet allerdings im 19. Jahrhundert. In dessen zweiter Hälfte widerlegt man sie sogar leidenschaftlich im Namen des unbegrenzten Gebrauchs des Eigentums. Aber in dessen Namen wird auch der Nachbar auf Selbstschutz verwiesen: Er hat das Recht, vor das Fenster eine Wand zu bauen – oder kann versuchen, seine Privatsphäre vertraglich zu sichern.²⁰⁴ In anderen Fällen aber, wo sich kein »privates Gleichgewicht« der Interessen auf diese »liberale« Weise schaffen läßt und eine der Parteien sich auf das öffentliche Interesse berufen kann, finden wir die Abgrenzung der Privat- und der öffentlichen Sphäre. Diese Beobachtung kann mit den Fällen der Wegebenutzung illustriert werden. Hier stellte man die Frage, was alles jedermann auf einem öffentlichen Weg tun darf, d.h. wie weit die reasonable Nutzung eines Weges reicht, der auch das privacy des Bodenbesitzers weichen muß.²⁰⁵

Die andere Lehre aus dem englischen Recht – die schon zur von der amerikanischen abweichenden Betrachtungsweise führt – ist, daß während das durch Eigentum vermittelte privacy, wie Winfield sagt »ziemlich geschützt« wird, die Anerkennung des rein persönlichen privacy eher unsicher ist.²⁰⁶ Das ist natürlich. Das Charakteristische ist aber, daß man den Eigentumsbegriff nicht überspannt. Das Lockesche organische Eigentum, das mit dem »Eigentum an der eigenen Person« die politische und wirtschaftliche Autonomie begründete, konnte zwar als Philosophie sehr populär sein, das Recht verblieb aber nüchtern im Rahmen einzelner Tatbestände, die bestimmte Eigentumsobjekte (z.B. Grundeigentum) bzw. deren Genuß schützten (z.B. nuisance). Auch die Anerkennung des geistigen Eigentums bewirkte hier nicht mehr, als daß der entsprechende Schutz

204 Tapling v. Jones 1856, mit weiteren Fällen *Winfield* 28, vgl. noch C.L. 13.

205 Siehe *Winfield* 25. – Clerk und Lindsell sprechen im Zusammenhang mit diesen Interessenabwägungen von "modified liberties", von einem Gebiet zwischen dem tort und dem *damnum absque injuria*, auf dem das Recht von Fall zu Fall Rechte und Pflichten festsetzt (C.L. 12).

206 *Winfield* 30 ff. Auch er will das persönliche privacy vor Mißbräuchen durch Presse und Reklame schützen, läßt aber auch die Möglichkeit zu, daß der Tatbestand auf Fälle »grober Persönlichkeitsverletzung« weiter verallgemeinert werde (40).

darauf ausgedehnt wurde.²⁰⁷ Die gängige Gleichsetzung des »Berufs« und der »Eigentümer«-Eigenschaft ließ das Recht der defamiation ähnlich unberührt: Die Verbreitung des Vorwurfs der Untauglichkeit zu einem Beruf wurde aufgrund des daraus vermutlich entstandenen Schadens sanktioniert. Daß die torts des Eigentumsschutzes nebenbei auch dem privacy Schutz gewähren, nimmt man von den Fällen im vorigen Jahrhundert an bis zum Younger-Report mit Befriedigung zur Kenntnis. Man ist sogar zur behutsamen Weiterentwicklung bereit, ohne aber die Struktur der rechtlichen Mittel verändern zu wollen.

Demgegenüber können wir in Amerika eine übermäßige Beanspruchung und dann die Explosion des Begriffs "property" beobachten. Sobald das privacy sich verselbständigte, wurde es, gerade zur Sicherung seiner Selbständigkeit, dem property gegenübergestellt.

Dies ist im tort-Recht leichter als im Verfassungsrecht, wo die Identifikation des Eigentums mit der Autonomie eine grundlegende Garantiefunktion hat. Die naturrechtliche Tradition in Amerika wurde durch den rationalen Utilitarismus nicht in Frage gestellt. So ist es folgerichtig, daß die Verletzung des Briefgeheimnisses als Verletzung des Eigentums des Briefautors in das amerikanische Recht eingeht. In der Begründung des Falles *Woosley v. Judd* (1855) findet man Lockes Eigentumskonzeption in ihrer reinsten Form wieder: Der Inhalt des Briefs (die Gedanken) bleibt unter der Verfügung des Verfassers, da er »die Frucht seiner Arbeit«, also sein originäres Eigentum ist.²⁰⁸ Die Ausdehnung des Eigentums reicht im Fall *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902) fast zur Deklaration dessen, was man als »subjektives Recht« auffassen könnte: Das Eigentum wird mit dem »Recht auf den Rechtsschutz« gleichgesetzt.²⁰⁹

Warren und Brandeis legen detailliert dar, wie das Recht immer mehr »geistige« Formen des Eigentums anerkannte. Sie analysieren diese Entwicklung jedoch, um beweisen zu können, daß mit Hilfe der bisherigen Technik, d.h. mit der erweiternden Auslegung des property, der »unausweichlich nächste Schritt« der Rechtsentwicklung nicht getan werden kann; die »Selbstachtung« und die »Gefühle und Gedanken« der Person können nicht aufgrund des property geschützt werden. Sie schneiden deshalb die

207 Vgl. die abweichende Rolle der Fälle *Pope v. Curl* 1741 und *Prince Albert v. Strange* 1848 in England bzw. der Rechtsprechung in Amerika. Siehe dazu *Winfield* 24, *Ernst/Schwartz* Kap.I, *Dionisopoulos/Ducat* 22 ff.

208 Abgedruckt in *Ernst/Schwartz* 82. – Zum Eigentumserwerb aufgrund eigener Arbeit s. *Locke*: *Second Treatise of Government*. Punkte 87, 123, 173. Zu dessen Rolle in der Ideologie der Persönlichkeitsrechte s. Kap.II.

209 »Das Recht, gegen die Verwendung seines Bildes... für geschäftliche Zwecke Schutz erhalten zu können, ist Eigentum« des Klägers. »Das Recht, daß jemand im Besitz einer Sache oder im Genuß eines ihm zustehenden privilege geschützt wird...ist sein property«. Die dissenting opinion abgedruckt in *Ernst/Schwartz* 122.

Verbindung des privacy zum breiten Lockeschen Eigentumsbegriff ab. Der Schutz von Tagebucheintragungen bezieht sich nicht auf den intellektuellen Akt der Verfassung der Notiz (d.h. auf die »Arbeit«), sondern auf die komplexe Tatsache, »was zu Hause geschehen ist«. Der Schutz der Person kann nicht davon abhängen, ob sie ihre »Gefühle und Gedanken« schriftlich gefaßt hat, ob es sie »Arbeit kostete« und ob jene für andere von irgendwelchem Wert sind. Es handelt sich um »ein viel allgemeineres Recht« als das Eigentum, von dem auch das privacy nur einen Teil bildet: »um das Recht auf die Immunität der Person, das Recht an unserer eigenen Persönlichkeit«. Um die Kontinuität der Rechtsentwicklung zu beweisen, behaupten Warren und Brandeis auch, daß das Verbot der Veröffentlichung ohne Genehmigung des Verfassers auch früher »eigentlich nicht auf dem Prinzip des Privateigentums, sondern der Unverletzlichkeit der Persönlichkeit beruhte«.

c) Was also bedeutet "privacy" im Vergleich zu dem (ausreichenden) Rechtsschutz mit traditionellen Mitteln?

Die Schaffung neuer theoretischer Grundlagen für den Persönlichkeitsschutz war eine epochale Leistung. Genauer gesagt, erwies sie sich später als solche. Der Einfluß der Studie von Warren und Brandeis wurde erst langsam sichtbar, und es ist wahrscheinlich, daß die privacy-Urteile am Anfang des 20. Jahrhunderts – wie sich aus ihrem lebhaften Echo folgern läßt²¹⁰ – eher Produkte derselben gesellschaftlichen Spannung und der allgemeinen Stimmung waren, die auch jene Studie motivierte. Theorie und Praxis beschränkten sich ursprünglich auf die Bekämpfung der Übergriffe der Reklame und der Boulevardpresse. Als später das privacy auf andere Tatbestände und auch in anderen Rechtsgebieten angewandt wurde, zerbrach sein Prinzip im Prozeß der »Verrechtlichung«. Für das Deliktrecht beweist dies bekannterweise die umfassende Untersuchung Prossers. Deren Ergebnis ist, daß das Recht des privacy aus vier torts besteht, die nur diesen Namen, sonst jedoch nichts gemeinsam haben, denn es geht um die Verletzung von vier verschiedenen Interessen auf vier verschiedene Weise. Ähnlich ist das verfassungsrechtliche privacy zerstückelt, seine Einzelteile hängen mit der vierten und fünften Verfassungsergänzung zusammen. Das privacy ist also kein einheitliches Rechtsinstitut.²¹¹

210 Die New York Times wandte sich in einem Leitartikel gegen den den Schutz ablehnenden *Roberson v. Rochester* (23. Aug. 1902). Einer der die Klage abweisenden Richter verteidigte seinen Standpunkt im *Columbia Law Review*, indem er sich auf die Undefinierbarkeit des privacy berief (s. in *Ernst/Schwartz* 124 ff.).

211 Prosser 389. – Eine andere innere Struktur stellen auf z.B. *Dionisopoulos/Ducat* 28 ff. und *Bostwick: A Taxonomy of Privacy. Repose, Sanctuary and Intimate Decision*. *California Law Review* 1976, 1446.

Aber stellt man die Frage richtig, wenn man das "privacy" seinen verschiedenen Arten oder den das privacy schützenden Rechtsinstituten (z.B. trespass in England) gegenüberstellt? Ist es richtig, ihre praktischen Ergebnisse zu vergleichen? Sind Entstehung und Laufbahn des privacy nicht vielmehr Symptome allgemeinerer Umwälzungen, die und deren Beziehung zum privacy sich solchen Fragestellungen entziehen?

Das Problem des privacy ist nämlich keine technische Frage. Wir weisen in diesem Zusammenhang auf das bekannte Problem tort versus torts. Seine Beantwortung beeinflusst z.B. die Grenze der noch zu ersetzenden Schäden, die Zurechnungsmethode usw. nicht im geringsten. Dem Geschädigten ist nicht der Rechtstitel wichtig, sondern ob er seinen Schaden ersetzt bekommt. Die Einheitlichkeit und Vereinheitlichung der torts ist aber für den nicht gleichgültig, der nach den Prinzipien und Tendenzen der Verantwortlichkeit fragt, um dadurch auch die Neuverteilung der Aufgaben des Zivilrechts zu begreifen.²¹²

Das privacy ist Träger einer Entwicklung, eines Rechtsprinzips (policy), die weder einzelne privacy-schützende torts noch gezielte Interpretationen gewisser Verfassungsartikel zusammengefasst ausdrücken können. Als Warren und Brandeis das Eigentumsrecht durch einen als Recht bezeichneten Wert ablösen (durch das »Recht an unserer eigenen Persönlichkeit«), waren sie Herolde einer grundlegenden Veränderung, deren tatsächliche Bedeutung erst 40–50 Jahre später klar wurde, als sie schon das ganze wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben durchdrang und auch im Herzen des amerikanischen Rechts, im Verfassungsrecht, niedergelegt wurde. Mit dem privacy wurde ein neues Paradigma an die Stelle (wenigstens neben) der Gleichsetzung von Eigentum und Freiheit eingeführt; und das privacy ist Schlachtruf oder Deckname (je nachdem) der Versuche, die den rechtlichen Ausdruck des neuen Status der Person in den nachliberalen Gesellschaften und Staaten suchen. Davon zeugen einerseits alle Anstrengungen, die einheitliche theoretische Grundlage des privacy im weiteren Sinne zu definieren; andererseits die Versuche, die das privacy mit gesellschaftlichen Grundwerten identifizieren. Für die erstere ist Blousteins Auffassung beispielhaft, nach der nicht nur die vier torts des privacy, sondern auch alle Rechtsinstitute aus allen Rechtszweigen, die dessen Schutz bezwecken, auf einem einheitlichen Prinzip beruhen: auf der »Würde des Menschen«. Die rechtliche Sicherung und Förderung der Individualität, der Person-Qualität des einzelnen Menschen ist demnach »gesellschaftliches Interesse«.²¹³ Es bedarf wohl keiner besonderen Erwähnung, daß Blousteins Theorie nur der

212 Zum Sinn dieser Frage s. *Sólyom* 147, 183f.

213 *Bloustein: Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser.* New York University Law Review 1964, 1001 ff.

amerikanische Gegenpart der Aufnahme des Grundwertes der Würde des Menschen ins westliche Verfassungsrecht nach dem zweiten Weltkrieg ist.²¹⁴ Ähnlich betont die schon mehrmals zitierte Harvard-Studie, daß die rechtliche Regelung des privacy von der »grundlegenden Morallehre« der Einmaligkeit des Menschen (uniqueness of each individual) ausgehen muß. Sie muß damit rechnen, daß der Mensch nicht nur Teil der Gesellschaft ist, sondern auch die Absonderung von dieser eine Voraussetzung der menschlichen Qualität ist.²¹⁵ Diese Thesen vom privacy als Rechtsprinzip haben mit den Theorien, die das privacy nicht aus rechtlichem Blickwinkel, sondern als Voraussetzung der Sozialisation, der gesunden Persönlichkeitsentwicklung, oder aber der politischen Demokratie behandeln, vieles gemeinsam.²¹⁶ Die Vertreter des privacy als Rechtsgrundsatz greifen selbst häufig zu Argumenten aus dieser breiteren Sicht.

Wir müssen demnach sagen, daß das heutige privacy durch die Schwierigkeiten und Widersprüche der Erfassung seines Prinzips gekennzeichnet ist. Alles, was die Konzeption des "privacy" als Plus gegenüber dem praktizierten, konkreten Persönlichkeitsschutz aufzeigen könnte, ist hier zu suchen. Wie oben schon angedeutet, kann die Behauptung des privacy als Grundwert die kohärente Konzeption nicht ersetzen – weder hinsichtlich der »Person« noch hinsichtlich der Ziele, die mit dem "privacy" zu erreichen wären. (Der theoriegeschichtliche Überblick bewies auch die entscheidende Rolle des Menschenbildes²¹⁷.) Die gegenwärtige befremdende Allgemeinheit des privacy weist auf den Mangel hin, daß es äußerst fraglich ist, ob sich »das allgemeine Persönlichkeitsrecht« auf einen gesellschaftlichen Konsensus stützen kann, so wie einst hinter den einzelnen Ehreenschutzfällen die alten Gemeinschaftsnormen oder später hinsichtlich des Status des Individuums die Eigentümer-Eigenschaft standen. Aber der oft schwülstige Stil²¹⁸ und die philosophische Oberflächlichkeit der privacy-Konzeption sind verständlich. Wenn man ihre wahren Gründe sucht, kann man leicht hinsichtlich der Notwendigkeit der Persönlichkeitsrechte in Zweifel

214 Nach dem Grundgesetz der BRD jetzt auch im schweizerischen Verfassungsentwurf: »Die Würde des Menschen ist unantastbar.« (Art. 8. – Unter dem Titel »Schutz der Persönlichkeit und der Privatsphäre«, Art. 10, wurden auch viele besondere Persönlichkeitsrechte in die Verfassung aufgenommen.)

215 Harvard Law Review 1977, 985f.

216 Beispiele für das alles findet man in dem Studienband *Pennock und Chapman* (Hrsg.): Privacy. New York 1971 (Nomos XIII).

217 Kap. II.

218 S. z. B. das Buch von *Hubmann*: Das Persönlichkeitsrecht. Köln/Graz 1967. Vgl. die Kritik *Schwerdtmers*: Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Zivilrechtsordnung. Berlin 1977, 85 ff.

geraten.²¹⁹ Als Alltagsideologie, wie es heute wirkt, kann das privacy beliebige Ideen tragen, z.B. liberale Reminiszenzen, wie die Praxis zeigt.²²⁰ Daher kommt z.B. auch die Häufigkeit einer primitiven naturwissenschaftlichen »Begründung« des privacy, in der sich etwa die Ableitung des Eigentums aus dem Hunger wiederholt.²²¹ Zu einer umfassenden Begründung des privacy müssen immer Gesichtspunkte eines »äußeren« Systems in das Recht übertragen werden, die dort oft ungewöhnlich und entfremdet erscheinen, wenn man sich nicht mit dem gewöhnten liberalen Schema behelfen will.²²²

Mit diesen Problemen (die hier natürlich nur berührt wurden) sollte noch einmal der Unterschied zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Persönlichkeitsschutz mit den alten Mitteln veranschaulicht werden. Wie gesagt, kann der Persönlichkeit aufgrund einer Eigentumsverletzung ein umfassender Schutz gewährt werden,²²³ diese allgemeinen Fragen würden aber dabei kaum sichtbar. Die Probleme vermindern keinesfalls die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Seine notgedrungenene Allgemeinheit hat praktische, sogar positive Funktionen – die uns zur Frage des Paradigmenwechsels zurückführen.

Oben kam es mehrmals vor, daß das privacy die »Privatsphäre« bezeichnet, aus der der Staat ausgeschlossen ist. Früher sahen wir, daß das privacy die Rolle des Eigentums bei der Sicherung der Autonomie übernimmt. Da aber die Konzeption des privacy nicht eindeutig ist, kann es unter Umständen bloß eine neue Form des alten Inhalts sein, der erst im Rahmen des

219 Es ist nicht sicher, ob die Person eine reale Chance auf Autonomie hat, es kann sein, daß das privacy Mittel der Manipulation ist im Interesse einer noch vollständigeren Intergrierung. Darauf können wir hier nicht eingehen, s. aber Kap. V.

220 Siehe die Harvard-Studie über die staatsfreie Sphäre, 988. (Aber das Persönlichkeitsrecht ist auch schon für den Ausdruck der »Gliederstellung« des Individuums im nationalsozialistischen Staat verwendet worden!)

221 Der bekannte Tierversuch, daß die Einhaltung eines gewissen Freiraums Voraussetzung des normalen Lebens ist, ohne den Panikreaktionen auftreten, wird allmählich juristischer Klassiker.

222 Siehe die Ablehnung einer staatlichen Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs in *Griswold v. Connecticut* 1965: Der Staat kann nicht über in die Privatsphäre gehörende Angelegenheiten verfügen. Zu einer anderen Begründung hätte man volle andere Systeme übernehmen müssen (aber kann z.B. ein theologischer Standpunkt über die Seele des Fötus mit allgemeiner Zustimmung rechnen?). Sonst bleibe nur der prinzipienlose Pragmatismus (wozu die Änderungen der ungarischen Abtreibungsregelung als Beispiel dienen können). – Auf den ersten Blick ist es (in Europa) auch ungewöhnlich, wie *Fried* das privacy als Voraussetzung der »Liebe, Freundschaft und des Vertrauens« begründen will. *Privacy*. Yale Law Journal 1968, 475.

223 Vor allem, wenn »der Genuß des Eigentums« auch auf das "ordinary comfort of human existence and the ordinary enjoyment of the house beset" erstreckt wird; s. *Winfield* 27.

privacy seine Wandlung beginnt.²²⁴ (So wird die liberale Autonomie mit der Zeit von der überwiegenden zu einer der möglichen Interpretationen des privacy.) Seit dem Verfall des Liberalismus, in Amerika besonders seit dem New Deal, besitzt das Eigentum kein genügendes Prestige, um dem Staatsinteresse unbedingt gegenübergestellt werden zu können. Tatsache ist dagegen, daß sich die »menschliche Würde« in der zweiten Hälfte unseres Jahrhunderts eines (auch offiziell unterstützten) großen gesellschaftlichen Ansehens erfreut (dessen Begründetheit eine andere Frage ist). In der praktischen Anwendungssphäre des "privacy" aber ist die ideologische Allgemeinheit der »Persönlichkeit« nicht nur annehmbar, sondern notwendig. Den Interessen, die sich auf das staatliche oder öffentliche Interesse stützen, soll ein in der alltäglichen und auch in der offiziellen Wertordnung möglichst hoch geschätztes Interesse entgegengestellt werden (z.B. Menschenwürde versus Effektivität der Strafverfolgung, versus militärische Sicherheit und versus Ideologie der »wissenschaftlichen Entwicklung und Organisation«, die z.B. der »Komputerisation« zugrunde gelegt wird). Die menschliche Würde muß dann rechtlich ebenso konkretisiert werden, wie es im Fall der »Freiheit«, der »Gleichheit« und der »Unantastbarkeit des Eigentums« notwendig war.²²⁵

Von der Intimität der Warren-Brandeis'schen »Gefühle und Gedanken« sind wir zur objektiven Bestimmung und zur Sicherung der Handlungsfreiheit des Individuums gelangt.²²⁶ Von dem, was die Väter des privacy meinen, ist kaum noch etwas gültig. Nicht nur die Subjektivität ging verloren, selbst die »Privatsphäre« wurde zur Metapher. Alle Kritik am right of privacy, d.h. am allgemeinen Persönlichkeitsrecht, muß ihren Zweck verfehlen, wenn sie diese Änderung nicht beachtet.

7. Die Verfolgung der Entwicklung führte uns weit von unseren Ausgangspunkten, den torts libel und slander, weg. Zum Schluß möchten wir zu ihnen zurückkehren, indem wir den Ort des Schutzes des guten Rufes innerhalb des breiten Rahmens des privacy skizzieren.

Wir sahen, daß das privacy im common law nicht aus der Verallgemeinerung des Schutzes des guten Rufes entstanden war. Warren und Brandeis betonten sogar den Gegensatz zwischen dem »objektiven« Ehrenschatz und dem »subjektiven« Charakter des von ihnen vorgeschlagenen Rechts auf privacy. Sie haben als Vorgeschichte des privacy Fälle zusammengestellt, die mit dem wortwörtlichen Sinn des privacy, mit der Privatsphäre,

224 Nach Richter *Rehnquist* setzt das Oberste Gericht der USA mit der Losung des privacy dasselbe fort, was es vor 1937 aufgrund des Schutzes der Vertragsfreiheit praktizierte. Is an Expanded Right to Privacy Consistent With Fair and Effective Law Enforcement... *Kansas Law Review* 1974, 6, 20.

225 Lassen wir auch die »Brüderlichkeit« nicht weg – s. die Konzeption von *Fried.*

226 Siehe *Bloustein* 1003: Worum es im privacy geht, ist "the right of the individual to do what he will".

zu tun hatten. Das privacy wurde in der amerikanischen Rechtsentwicklung zu einem, freilich unbestimmten, Träger der »Autonomie«. Inzwischen hat es sowohl den ursprünglichen, auf dem Eigentum beruhenden Inhalt der Privatsphäre²²⁷ als auch seine eigentliche Bedeutung²²⁸ überwunden. Es scheint demnach, als ob sich privacy und Ehrenschatz nur während der heutigen Allgemeinheit des privacy, d.h. als allgemeines Persönlichkeitsrecht, decken, sich jedoch ursprünglich nicht berührten.

Dies ist aber wirklich nur der Schein. Wir müssen die gemeinsamen Grundlagen im 19. Jahrhundert ins Gedächtnis rufen, die sowohl die Entfaltung des privacy als auch die damalige Entwicklung der defamation bestimmten, so vor allem den gesellschaftlichen Bedarf an Abgrenzung der Privat- von der öffentlichen Sphäre. Man könnte noch den Einfluß der Kommerzialisierung der Presse erwähnen.

Dazu aber, daß diese von gemeinsamen historischen Wurzeln ausgehenden Entwicklungen auch in der Gegenwart zusammentreffen, bedarf es wirklich der außerordentlichen Verallgemeinerung des privacy. Man hat sich diese nicht so vorzustellen, als ob das neue tort von Warren und Brandeis maßlos angewachsen wäre, sondern daß den gemeinsamen Wurzeln neue und neue Pflanzen entsprossen – und Warrens und Brandeis' privacy, "the right of inviolate personality", die Ideologie und die Mittel gab, mit deren Hilfe diese »gemeinsamen Grundlagen« sich schließlich auch im Tageslicht und in juristischer Form manifestieren konnten.

Dasselbe Verhältnis, das in Deutschland zwischen den »neuen Rechtsgütern«, d.h. den Rechten am Namen und am Bild, und dem »allgemeinen Persönlichkeitsrecht« bestand, können wir in Amerika beobachten. Hier wurden die ersten Urteile Anfang dieses Jahrhunderts gefällt, die die lange Reihe der – mit kontinentaler Terminologie – Namens- und Bildschutzfälle eröffneten und die heute schon – nach der Terminologie Prossers – als "false light cases" einen organischen Teil des tort des privacy bilden.²²⁹

Ein typischer früher Fall der Verletzung des »Namenrechts« war, daß der Kläger als Verfasser einer Schrift angegeben wurde, die nicht von ihm stammte, und infolge deren er in den Augen der Öffentlichkeit in ein falsches Licht gestellt wurde. Ein »Recht am eigenen Bild« mußte gegen die Verwendung des Bildnisses des Klägers als Illustration in einem Buch oder einer Zeitung bzw. für Reklamezwecke konstituiert werden. Aus diesen

227 Diesen Schritt haben schon Warren und Brandeis bzw. die Rechtsprechung in torts um die Jahrhundertwende getan. Im Verfassungsrecht setzte der neue Kurs erst nach 1930 ein.

228 So z. B. der Schutz des »persönlichen Lebensstils«.

229 Prosser 398: d.h. "to place the plaintiff in false light in the public eye".

Fällen wird klar, daß es um den Schutz des guten Rufes ging. So konnten diese Ansprüche mit der defamation konkurrieren. Die Deckung ist aber nicht vollständig, und zwar eben wegen der Tatbestands Grenzen der defamation: »falsches Licht« ist nicht immer »häßlich, verächtlich oder lächerlich«; noch wichtiger ist die Abweichung, daß in einem false light-Fall die verletzende Tat oder Behauptung nicht falsch sein muß, sie kann auch wahr sein – und doch klagbar.

Das Verhältnis der defamation zum privacy richtete sich danach, ob man sich in den zwei Zweigen des common law für das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder für die einzelnen besonderen Persönlichkeitsrechte entschied. Natürlich beeinflusste die Gewährung der Bildnis- und Namensschutzansprüche diese Entscheidung. In England ließ man nicht zu, daß das Recht mit dem Schutz von »Gefühlen und Gedanken« aufgelockert wurde. Man beharrte auf der Objektivität der defamation und versperrte so den neuen Ansprüchen den Weg. Wie die bloß die »Etikette« oder den Geschmack nur einzelner Gesellschaftsschichten verletzenden Behauptungen nicht diffamierend sind, so sind auch die Pressepraktiken mit Namen und Bildern nicht klagbar, wenn sie bloß gegen »Gefühle« oder gegen »den guten Geschmack« verstoßen.²³⁰ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des deutschen Rechtskreises ist für die Engländer ein abschreckendes Beispiel: Die defamation »verliert ihre Identität«. Eine Auflösung der defamation nicht erst im privacy, sondern schon in einem breiteren tort, wie z. B. im »false light«, wäre dem Verlust aller Garantien gleich, die die in der defamation eingebauten Privilegien und Ausnahmen für die Redefreiheit bieten.²³¹

In Amerika wird jedoch die überwiegende Mehrheit der false light-Fälle aufgrund des privacy geklagt, auch wenn die defamation erfolgreich anwendbar wäre.²³² Diese Tatsache bedeutet für die Gegner des right of privacy, daß die defamation der »Kolonisierung« des privacy bereits zum Opfer fiel²³³ – obwohl man es auch so auffassen könnte, daß die Schutzansprüche, nachdem sie die Grenzen der defamation mit der Ideologie des privacy neutralisierten, Bausteine des privacy-Rechts wurden. Allerdings hat diese Erweiterung des Schutzes ihren Preis verlangt. An-

230 Dunlop Rubber Co. Ltd. v. Dunlop 1921, s. *Winfield* 32. Ähnlich der Report of the *Committee on the Law of Defamation*, 1948, Cmd. 7536, 24–26. Solche Verletzungen verstoßen in erster Linie gegen den guten Geschmack, und dafür geben in England weder das tort der defamation noch ein anderes Rechtsinstitut Schutz.

231 *Younger Report* Punkt 71; *Committee on Defamation* (Anm. 230) ebd.

232 *Prosser* 400, 401; *Wade: Defamation and the Right of Privacy*. *Vanderbilt Law Review* 1962, 1093.

233 *Kalven* 332, 339 ff., *Wacks* 83.

stelle des genau ausgearbeiteten Interessengleichgewichts in den früheren Fällen des Ehrenschatzes trat die technische Unbestimmtheit des privacy. Was in diesem Prozeß »rational« ist, und was den »mystischen Wegen« der Entwicklung des common law zugeschrieben werden muß,²³⁴ wird gegensätzlich beurteilt, je nachdem man zur Kenntnis nimmt, daß es im Persönlichkeitsrecht um einen Versuch zum Ausdruck des vollen Status des Menschen geht. Will man es so sehen, dann führt der Weg der false light-Fälle sehr »rational« zum Obersten Gericht als Verfassungsgericht, wo die Schaffung eines neuen Gleichgewichts zwischen dem Schutz der Ehre und des guten Rufes einerseits und der Pressefreiheit und dem »öffentlichen Interesse« andererseits begonnen hat.²³⁵

234 Die technischen Schwierigkeiten der ins privacy umschlagenden defamation erörtert im einzelnen *Kalven*. Für ihn ist "privacy" bloß eine Benennung, so hält er es für »vernünftiger«, die Qualifikation eines Tatbestandes als defamation zu erleichtern. Andererseits erwähnt er, wie wir schon zitierten, das Hinüberfluten der defamation-Fälle in das privacy als Beispiel der Unberechenbarkeit der common law-Entwicklung (339–341).

235 Siehe Anm. 193.

Kapitel IV

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht. »Eigentümer« und »Person«

I.

1. Oben haben wir gezeigt, daß von den Persönlichkeitsrechten des Naturrechts des 18. Jahrhunderts kein gerader Weg zu den modernen Persönlichkeitsrechten führt. Die Naturrechtskodifikationen, in denen die Theorie zum positiven Recht wurde, haben die Persönlichkeitsrechte (wie die Zeitgenossen im Zusammenhang mit dem Code civil feststellten) »mit Stillschweigen übergangen«. Sie hatten die neue Entwicklungsperiode eigentlich schon eröffnet, als sie die verschiedenen konkreten Freiheiten der »Person« durch die jedermann zustehende, zivilrechtliche Rechtsfähigkeit ablösten. Wir verfolgten diese epochale Wendung in den Vorarbeiten des österreichischen ABGB, wo sich dieser Übergang auch wortwörtlich abspielte. Wir betrachteten ihre politischen Ursachen, kodifikationstechnischen Lösungen und die einschlägigen Theorien. Aus heutiger Sicht ist klar, daß sowohl der österreichische Widerhall der französischen Revolution als auch die Notwendigkeit allgemeiner Rechtssätze sowie auch die Tatsache, daß das Zivilrecht mit den Persönlichkeitsrechten nichts anfangen konnte, letztlich verschiedene Aspekte derselben Tendenz waren, d. h. der bürgerlichen Umwälzung. Diese Tendenz wird im Zivilrecht durch den neuen Status der allgemeinen Rechtsfähigkeit prägnant ausgedrückt. Anscheinend hat mit dieser Änderung die selbständige Existenz, ja die Existenzberechtigung der Persönlichkeitsrechte aufgehört.

Wenn man aber bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in Österreich nichts mehr von den Persönlichkeitsrechten hört, so ist das noch kein Beweis dafür. Dies hat in erster Linie wissenschaftsgeschichtliche Ursachen.¹ Der Generation der Kodifikatoren folgten geistlose Gesetzesexegeten, andererseits wiederholte das als Schulphilosophie vorgeschriebene Naturrecht nur seine Thesen aus dem 18. Jahrhundert. Die österreichische Rechtswissenschaft mußte ebenso den Preis für das »bevorschußte« kapitalistische

1 Zu dieser Charakterisierung s. *Unger*: Über den Entwicklungsgang der österreichischen Civiljurisprudenz seit der Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1853); abgedruckt als Anhang zum System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 31868, Bd. I.

Recht bezahlen, wie am Ende des Jahrhunderts das deutsche Recht für die wissenschaftlich vorweggenommene Rechtseinheit zahlen wird. Während die Gesellschaft Österreichs und der Erbländer in den Rahmen des ABGB hineinwuchs, wurde die Rechtswissenschaft auch keiner gesellschaftlichen Herausforderung ausgesetzt; der Traum Friedrichs des Großen von der Überflüssigkeit der Rechtswissenschaft wurde bei dem Rivalen Österreich fast Wahrheit. Auch die politischen Umstände begünstigten die positivistische Gesetzesauslegung. In der Atmosphäre der Reaktion zählte die Kritik am Gesetz zur Illoyalität. Die Universitätsreform schrieb nicht die Ausbildung von Wissenschaftlern, sondern von »brauchbaren Justiz- und Verwaltungsbeamten« vor. Dementsprechend wurde das Studium des römischen Rechts zurückgedrängt und das des germanischen Rechts ausgeschlossen. Man achtete außerdem darauf, daß das Zivilrecht nicht über die ihm gesetzlich bestimmten Lebensverhältnisse hinausgehe. Schließlich wurde der auflebende Nationalismus auch von diesem Geist mitgerissen. Man betonte die »kulturelle Unabhängigkeit« Österreichs von Deutschland. Das schon vorhandene bürgerliche Gesetzbuch diente als Beweis dafür. (Die nach 1848 allmählich sichtbar werdende – wie sie Unger nennt – »Verjüngung« steht dagegen programmatisch im Zeichen des Anschlusses an die deutsche historische Schule. Auf dem Gebiet der Persönlichkeitsrechte bringt jene nichts Originelles.²)

Wir schilderten den Weg der österreichischen Zivilistik nicht nur, um den Übergang unserer Untersuchung von Österreich nach Deutschland zu begründen, sondern auch deswegen, weil das Fehlen bzw. die Gegensätze der oben erwähnten Ursachen in Deutschland wichtigen Anteil daran hatten, daß die deutsche Rechtswissenschaft die Kategorie der Persönlichkeitsrechte auch im 19. Jahrhundert beibehielt. Sie arbeitete sogar den Begriff des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus, der bald Ausgangspunkt der modernen Persönlichkeitsrechtsentwicklung wurde.

2. Bei der Untersuchung der Persönlichkeitsrechte im Deutschland des 19. Jahrhunderts sollte man sich folgendes immer vor Augen halten:

a) Vor allem ist das moderne Persönlichkeitsrecht ein Produkt der damaligen deutschen Rechtswissenschaft, seine Entwicklung trägt alle Zeichen dieser Wissenschaft. Das Persönlichkeitsrecht ist eine rein theoretische Kategorie. Dies ist zugleich der Schlüssel zu seiner außerordentlichen Allgemeinheit. (Wie wir sehen werden, erhebt sich hier das Persönlichkeitsrecht zum »einheitlichen, subjektiven Grundrecht«, zur Quelle aller öffentlichen und privaten Rechte. Und gerade wenn es mit konkreten Rechts-

2 Unger begründet die Revision des ABGB mit allgemeinen, für jedes Gesetzbuch gültigen Argumenten. Sein Ziel ist letzten Endes ein gesamtdeutsches Zivilgesetzbuch. – Von einem überwiegenden deutschen Einfluß zeugen die zum Centenarium des ABGB geschriebenen Studien: Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. Bd. I–II, Wien 1911.

instituten verbunden wird, wie mit den Injurien oder mit einzelnen Immaterialgüterrechten, erscheint seine Überdimensionierung im Gegensatz zum lebendigen Recht noch klarer.) Das Persönlichkeitsrecht repräsentiert das Streben der Pandektenwissenschaft, gegenüber dem zersplitterten und rückständigen geltenden Recht und zugleich als Modell für ein kommendes einheitliches deutsches Recht zuerst dessen himmlische Idee zu schaffen. Im Fall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts war jedoch diese Rolle (d. h. daß es auch Bewohner des juristischen Begriffshimmels war) treffend: so wurde es für seine auch vorwiegend ideologische Aufgabe im 20. Jahrhundert vorbereitet.

b) Auch das Verhältnis der Pandektistik zum Naturrecht prägte die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte. Da kein Gesetzbuch vorlag, das mit seinem neuen Begriffssystem die bürgerliche Umwälzung eindeutig ausdrückte, folgte auch das Persönlichkeitsrecht der Methode der historischen Schule: es schwieg die vielen naturrechtlichen Personen- und Freiheitsrechte tot. Die inhaltliche Abkehr vom Naturrecht verkörperte in erster Linie nicht das eine und allgemeine »Persönlichkeitsrecht« – denn auch das Naturrecht kannte ähnlich allgemeine »Urrechte«, z. B. das der Freiheit –, sondern die Idee, daß das Persönlichkeitsrecht nun nicht mehr vom Wesen des Menschen abgeleitet wird; es gibt keine Person außerhalb des Staates, diese Qualität wird vom Staat verliehen. Diese Änderung hat natürlich ihren politischen Hintergrund: Die deutschen Verfassungsentwürfe von 1848 »verstaatlichen« gleichsam die Menschenrechte der französischen Revolution.³

c) Wenn auch von »oben her«, so wurde die bürgerliche Umwälzung doch auch in Deutschland durchgeführt. Der erwähnte Etatismus trug zur vollständigen Formalisierung der Rechtsstellung der Person und zur Trennung der »bürgerlichen« Gesellschaft von der »politischen« bei. Für unser Thema erscheint dies als scharfe Unterscheidung zwischen »menschlicher« und »bürgerlicher« Ehre und als Gleichsetzung der letzteren mit der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit in der ersten Jahrhunderthälfte. Man betonte die Abstraktheit der Person; das Persönlichkeitsrecht konnte keinerlei moralische oder gesellschaftliche Qualifikation beinhalten: Ehrenhaftigkeit ist soviel wie rechtmäßiges Verhalten.

Dieser abstrakten Person hätte naturgemäß der romanistische Zweig der historischen Schule zum rechtlichen Ausdruck verhelfen können – der »Allgemeine Teil« war auch immer von der Romanistik beherrscht.⁴ Die

3 Siehe *Kleinbeyer*: Aspekte der Gleichheit in den Aufklärungskodifikationen und den Konstitutionen des Vormärz, in: *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit. Der Staat*, Beiheft 4 (1980), 19.

4 Zum aktuellen politischen Inhalt der romanistischen und germanistischen Richtungen s. *Wieacker*: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Göttingen 1967, 410.

programmatisch reine Wissenschaftlichkeit des neohumanistischen, klassisierenden »römischen Rechts« entsprach dem bloß theoretischen und abstrakten Charakter des Persönlichkeitsrechts. Dadurch, daß die Romanistik die gegebenen verfassungsmäßigen und gesellschaftlichen Umstände nicht in Betracht zu ziehen brauchte, sondern für die Zukunft arbeitete, war es ihr möglich, in einem liberalen Gesellschaftsmodell zu denken. So waren die Persönlichkeitsrechte für die Romanisten von Anfang an mit der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit gleichbedeutend – gingen aber nie weiter als diese. Die Persönlichkeitsrechtstheorie blieb ebenso formalistisch wie die Romanistik, deren Teil sie war.

All diesem setzte die romantisch-nationale germanistische Richtung ihr soziales Gesellschaftsbild und darin den organischen Status der Person entgegen, in dem das »moralische Gesetz« und die »Lebensaufgabe« des Individuums die – nach Stand und Beruf abgestufte – Rechtsstellung und Ehre bestimmen. Erst nachdem auch die Germanisten auf ihren Anspruch, die deutsch-rechtlichen Institute in der Praxis anzuwenden, verzichteten, und auch sie – anstatt der Entwicklung des Rechts – den sehr deutschen Weg der »Entwicklung des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins des deutschen Volkes« betraten,⁵ übernahmen sie den Gedanken eines mit der allgemeinen Rechtsfähigkeit identifizierten Persönlichkeitsrechts. Ihrem »sozialen«, Privat- und öffentliches Recht nie scharf trennenden germanistischen Erbe folgend, begnügten sie sich jedoch nicht mit dieser Reduktion, sondern erkannten neben der grundlegenden »Rechtsfähigkeit« auch weitere Persönlichkeitsrechte an.

Eine eingehendere Schilderung der persönlichkeitsrechtlichen Ansichten dieser beiden Schulen kann die Vielfältigkeit der bürgerlichen Umwälzung, das Wirken kollektivistischer Kräfte gegen das liberale Modell, das Überleben und später die Veränderung der konservativen Ideologie⁶ gut illustrieren – auch ihre Wechselwirkung mit den politischen und den Machtrealitäten. Im Zusammenhang mit den letzteren sei hier nur soviel gesagt: Die Persönlichkeitsrechte im Deutschland des 19. Jahrhunderts wollten die Person immer in den – ob liberal oder ob als Bestandteil der organischen Ordnung aufgefaßten – Staat integrieren. Nie dienten sie als Garanten der individuellen Freiheit dem Staat gegenüber.

5 Gerber: Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts. Jena 1846, 272 ff.

6 Die gleichen Faktoren sind auch in der Entwicklung der Delikthaftung eindeutig sichtbar. Solyom: The Decline of Civil Law Liability. Alphen aan den Rijn/Budapest 1980, 110–119.

II.

Im folgenden stellen wir die charakteristischen Etappen der Persönlichkeitsrechtsentwicklung dar. In der ersten Hälfte des Jahrhunderts, d. h. in der formativen Periode des »bürgerlichen« Rechts, herrschte die Abstraktion der Persönlichkeit vor – gleich ob man von den Injurien oder von der Rechtsfähigkeit ausging. Die »inhaltsvollen« Persönlichkeitsrechte sind dagegen schon Produkte der Krise der abstrakten »Eigentümer-Person«-Konzeption bzw. der Gesellschaft, deren Wesen sie so genau ausdrückten.

1. Der Anspruch auf den Schutz der Ehre und des guten Rufes ist das traditionelle und meist verbreitete Persönlichkeitsrecht. Daher ist es am besten geeignet, um zu zeigen, wie das liberale Privatrecht die »Persönlichkeit« formalisiert.

a) Unter dem Recht des Ehrenschatzes verstand man die römischrechtlichen Injurien. Die einschlägigen Institute des alten germanischen Rechts wurden im 17. Jahrhundert vom römischen Recht verdrängt.⁷ Obwohl die Romantiker unter den anderen Rechtsaltertümern auch dieses interessante Material entdeckten und publizierten, tauchte der Gedanke seiner praktischen Anwendung natürlich nicht auf. Der Germanist, der höchstens für die Geltendmachung der in diesen Instituten offenbaren »moralischen Auffassung« auftrat, verfolgte das gleiche Ziel wie der Romanist, der aus dem zersplitterten Rechtsmaterial den Standpunkt des Volksgeistes herauszuschälen wollte.⁸ Man gelangte gerade aufgrund dieser Allgemeinheiten zum Begriff des Persönlichkeitsrechts. Für uns ist es viel nutzbringender, die Denkweise einzelner Autoren zu verfolgen, als etwa im positiven Recht zu suchen, welche Stufen der Infamie in den einzelnen Landesgesetzen bekannt sind.

Aus dem geltenden Recht zwar könnten die gleichen Tendenzen herausgelesen werden, die in der Welt der Begriffe viel klarer erschienen. Man kann z. B. den völligen Verfall der *actio iniuriarum* in der Praxis feststellen. Dies ging Hand in Hand mit der Abschaffung des Ersatzes immaterieller Schäden. Aber andererseits verschlang die strafrechtliche Kodifikation

7 *Heffter*: Die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injuria. Archiv des Criminalrechts 1839, 237, 244. – Für die deutschrechtlichen Institute und die Erhaltung einiger Strafen s. *Hir*: Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. Bd. II, Weimar 1935, 104.

8 *Walters* Ziel ist, »aus den vorhandenen Äußerungen eine zusammenhängende Ansicht der Volksbegriffe zu bilden«. Über Ehre und Injurien nach Römischem Recht. Neues Archiv des Criminalrechts 1820, 108 f. Für den germanistischen Standpunkt s. *Heffter* a. a. O., und *Schmidt*: Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. 1853.

die Injurie (obwohl sich die Kriminalisierung für den praktischen Schutz bald als unzureichend erwies).⁹

Dahinter steckt, daß im kapitalistischen Privatrecht kein Platz für die römischrechtlichen Privatdelikte übriggeblieben ist: entweder glichen sie sich der Struktur des Zivilrechts an (wie die Verantwortlichkeit für materielle Schäden), oder sie wurden in das Strafrecht verschoben. Letzten Endes ergab sich das aus der Ausformung des Zivilrechts als reines Vermögensrecht. Doch wurde das Persönlichkeitsrecht nicht in erster Linie wegen seiner Sanktion (des immateriellen Schadenersatzes) daraus verdrängt, sondern weil das Zivilrecht – eben im Prozeß der Abstraktion und des Ausstoßens »fremder« Elemente – den Menschen nicht anders als bloßes Rechtssubjekt anerkannte. Diese Entwicklungen können in der Gesetzgebung unmittelbar verfolgt werden, z.B. in Österreich, wo die Injurien ab 1788 mit einer wirklichen Verordnungsserie auf polizeiliches bzw. strafrechtliches Verfahren verwiesen wurden.¹⁰ Hier führen wir nur die bezeichnendste Begründung an (schon aus der Vorbereitung des ABGB): Eine Abwägung des Vermögensstandes, des bisherigen Betragens und des Charakters des Verletzers und die Verhängung einer dazu angemessenen Strafe »lägen aber immer in dem Gesichts- und Wirkungskreise der politischen und nicht der Gerichtsbehörde«.¹¹

Dieselbe Argumentation wird in der deutschen Rechtswissenschaft schon mit der Unterscheidung zwischen Mensch und Bürger (d.h. hier: Subjekt des Zivilrechts) verbunden und drückt so die Verdinglichung des Status des Menschen im Zivilrecht noch klarer aus. Die Bezweifelung der moralischen Vollkommenheit, Geschicklichkeit oder Gesundheit eines anderen ist keine Injurie. »Denn moralische Güte oder höhere Tugend ist keine Eigenschaft guter Bürger, sondern guter edler Menschen...Es is genug,

9 Über die Unbekanntheit der *actio iniuriarum* in Theorie und Praxis *Jhering*: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen (1885), in: *Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, Jena 1886, 231, 256 (im weiteren: *Injuria*). Für die Streitfrage, ob das Strafgesetzbuch die Injurien außer Kraft gesetzt hat, *Injuria* 341. Zum nicht zureichenden strafrechtlichen Schutz: *Liszt*: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin/Leipzig 1888, 328; zur Ablehnung des Ersatzes des Nichtvermögensschadens *Leuze*: Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Bielefeld 1962, 67.

10 Zum Einzelnen s. *Mauczka*: Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die »angeborenen Rechte«. In: *Festschrift ABGB* (Anm.2), II, 231, 259 ff. Wichtigstes Glied in der Kette ist das Strafgesetzbuch von 1803, aber sie wird mit späteren Verordnungen fortgesetzt.

11 *Ofner*: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. II, Wien 1889, 196. Gab es auch einen materiellen Schaden, so war die Injurie aber vor dem Zivilgericht klagbar. Die Praxis der Obersten Justizstelle bis 1820 s. *Leonhard*: Schadenersatz für Verletzungen immaterieller Güter, in: *Festschrift ABGB* (Anm.2), I, 677 ff.

wenn die Bürger gerecht sind« – schreibt Hübner 1800. Gegenstand der bürgerlichen Gesetze war die Gerechtigkeit, d.h. die Verhütung von Unrecht. Die moralische Vervollkommenung und der Schutz gegen Unsitte kann die Aufgabe der Polizeigesetzgebung sein; hier ist jedoch stets darauf zu achten, daß dadurch die Rede- und Meinungsfreiheit nicht verletzt werde. Die Freiheit der Menschen kann nur soweit begrenzt werden, wie es für den Staat, für die Aufrechterhaltung des »äußeren Friedens« notwendig ist. Es ist aber nicht nötig, daß das Zivilrecht mit der Bestrafung der Injurien die Bürgerfreiheit beschränkt. Der erwähnte Zweck des Staates »wird vollkommen erreicht, wenn alle Bürger gerecht sind, das ist, wenn sie das Eigentum und alles, was ihr Nächster zu dem Seinen zählt, für ein unverletzliches Heiligthum ansehen«. ¹²

Diesen Grundgedanken des Zivilrechts formulierte Savigny am allgemeinsten, als er das subjektive Recht auf die in Geld ausdrückbaren Vermögensrechte begrenzt. Die »Willensmacht« des abstrakten Menschen kann nur entsprechend abstrakt sein: sie wird durch das Geld vermittelt. ¹³ Während die Wissenschaft die unmittelbare, reale Macht eines Menschen über den anderen auf diese Weise aus dem Zivilrecht ausschließt, wird auch in der zivilrechtlichen Rechtsprechung ein absoluter Schutz dagegen gewährt, daß der Schuldner mit unmittelbarem physischen Zwang zur Leistung (in natura) genötigt werde. ¹⁴

b) In der Injurienliteratur des beginnenden 19. Jahrhunderts können wir sehen, wie die Theorie auch in den einzelnen Rechtsinstituten an der Gestaltung dieses abstrakten Zivilrechts arbeitete.

Die Modernisierung des Zivilrechts drückte sich auf dem Gebiet des Ehrenschutzes in der Trennung der »menschlichen« von der »bürgerlichen Ehre« aus. In den zwanziger Jahren war dies schon ein Gemeinplatz, samt der Interpretation, daß das Recht nur die bürgerliche Ehre angeht. Diese

12 Hübner: Über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. Leipzig 1800, 187–192.

13 Savigny: System des heutigen Römischen Rechts. I, Berlin 1840, 339. Für die historischen Vorgänger dieser Auffassung Wieacker: Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung. Frankfurt/M. 1974, 55, 60. Ähnlicherweise hält das Rotteck/Welckersche Staats-Lexikon den Besitz, das Eigentum und die in Geldwert ausdrückbaren Leistungen für den eigentümlichen Gegenstand der Autonomie der Privatpersonen (Rotteck und Welcker, Hrsg.: Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften... Altona, 1834–1848, im weiteren zitiert mit Autor, Artikeltitle und Band). Siehe Pfizger: Art. Autonomie. Supplemente I, 368.

14 Traditionelle Fälle sind dafür die ärztliche Untersuchung, die Blutentnahme und die Zwangsvollstreckung, s. Constantinesco: Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht. Archiv für die civilistische Praxis 1960, 326 ff. Jbering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Leipzig 1866, II/1 (im folgenden: Geist) 208f.

ist gleichzeitig eine ausschließlich rechtliche Kategorie: Die bürgerliche Ehre ist praktisch der Rechtsfähigkeit gleich.¹⁵ Diese Unterscheidung ist kein unbedingt bürgerlicher Gedanke – sie konnte ursprünglich eine Anwendung der alten naturrechtlichen Lehre auf die Injurien sein: Dem status naturalis entspräche die menschliche, dem status civilis aber die bürgerliche Ehre. Die Wendung, die wir verfolgen möchten, besteht darin, daß dieses Begriffspaar durch die Gegenüberstellung der neuen, neutralen bürgerlichen Gesellschaft mit dem ebenfalls neuen, kapitalistischen Staat ersetzt wird.¹⁶

Die »menschliche Ehre« leitete die deutsche Naturrechtsschule Ende des 18. Jahrhunderts davon ab, daß der Mensch ein Vernunftwesen ist. Deswegen ist diese Ehre absolut, vom Verhalten des Individuums unabhängig und unveräußerlich. Auch der Staat kann sie nicht entziehen. Gleich der Menschenwürde ist sie das Attribut des natürlichen, außergesellschaftlichen Menschen. – Die »bürgerliche Ehre« ist aber die Gabe der »obersten Gewalt«, wodurch sie jedem nach Stand und Beruf gebührende Achtung zumißt und sichert.¹⁷

Die verschiedenen Lehrmeinungen erkannten nur diese zwei extremen Begriffe an. Trotzdem mußte man im 18. Jahrhundert den Einfluß der »bürgerlichen Meinung« auf die Ehre beachten. Jene war das natürliche Medium der Ehre und des guten Rufes. Nach der Auffassung der Naturrechtler konnte die Wertung eines Menschen durch die öffentliche Meinung seine bürgerliche Ehre beeinflussen, d. h. sie konnte die Beschränkung oder den Verlust der mit der bürgerlichen Ehre verbundenen (ständischen) Rechtsfähigkeit bewirken.¹⁸ (Diese Abhängigkeit wurde durch die Infamielehre des römischen Rechts unterstützt. Ihr inhaltlicher Grund, daß nämlich die »bürgerliche Gesellschaft« noch politisch und daher vom Staat nicht scharf getrennt war, war selbstverständlich.)

Die Änderungen verraten sich, indem sie verhüllt werden. Die preisgekrönte Injurienstudie von Walter nahm noch (1820) mit Nachdruck die Menschenwürde zur Grundlage des Ehrenschatzes – aber diese Würde war

15 Neben *Hübner* bzw. *Walter* s. die Rezensionen über neue Injurie-Bücher im Neuen Archiv für Criminalrecht 1821, 164.

16 Die entsprechende terminologische Änderung ist also, daß »bürgerlich« nicht mehr politisch verstanden wird, sondern gerade als außerhalb der politischen Sphäre liegend. Die naturrechtlichen Unterscheidungen zwischen den Begriffen »bürgerlich«, »politisch« und »menschlich« sind vielfältig und nicht scharf ausgearbeitet. Eingehende Übersicht bei *Hübner* Kap. 1 und 2, bes. 42 ff.

17 »Diese Achtung, wonach der Mensch im Stande den Werth hat und dasjenige gilt, wofür er von der obersten Gewalt selbst anerkannt wird, ist die eigentliche bürgerliche Ehre.« Diese Definition von Glück zitiert *Hübner* 21.

18 *Hübner* 11.

nur vermutet. Sie ging nicht aus dem Wesen des Menschen hervor, sondern aus dem »geselligen Leben«, das auf der gegenseitigen Achtung, auf der Anerkennung der rechtlichen und moralischen Ansprüche der anderen aufbaut. Diese Achtung muß jeder verdienen. Der Staat kann aber diese Verdienste nicht in jedem Fall nachprüfen. »Hieraus folgt, daß, so weit die Sphäre des Staates reicht, dieser über jeden seiner Bürger die Vermuthung aufstellt, daß er ein rechtlicher Mann sey.« Entspricht der Bürger dieser Vermuthung, so wird der Staat seine Rechte anerkennen und schützen. »Die Ehre ist nichts anders, wie die Rechtsfähigkeit, welche auf der präsumirten Würdigkeit eines Menschen beruht.« Die Ehre als Rechtsfähigkeit fußt letzten Endes auf einer Meinung über den »sittlichen Wert« der Person und hat insoweit die gleiche Grundlage wie der im alltäglichen Leben genossene »gute Ruf«. Nun kommt diese Wertung hinsichtlich der rechtlichen Ehre bloß grob, als Wasserscheide in Frage, um zu prüfen, ob »das Subjekt nur nicht unfähig ist, zu den Staatszwecken mitzuwirken«. ¹⁹ Die neuen Züge der bürgerlichen Ehre waren die Eigenschaften der allgemeinen und gleichen zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit: Allerlei Abstufungen der bürgerlichen Ehre wurden verworfen ²⁰ – andererseits schloß man in der Regel aus, daß der »gesellschaftliche« gute Ruf bzw. die »staatliche« bürgerliche Ehre einander beeinflussen. ²¹ (Die Infamie wurde im 19. Jh. nicht mehr praktiziert. ²²)

So wie der Schutz des guten Rufes der Abstraktion der »Person« folgt, wird auch die Bedeutung der Injurien immer allgemeiner. Injurie ist alles, quod non iure fit: Jede Rechtsverletzung ist zugleich Verletzung der Rechtsfähigkeit des Angegriffenen; der Täter will ihm nicht alle Rechte zugestehen, die er vom Staat erhalten hat. ²³ Ein gleicher Vorgang ist in der maßlosen Erweiterung der »Person« zu erkennen. Savignys organische Vorstellung, nach der das Eigentum und die Obligationen »künstliche Erweiterungen unserer eigenen persönlichen Kräfte als neue Organe« sind, ²⁴ hat ihre Vorgänger im Injurienrecht. »Allein durch die Natur des geselligen

19 *Walter* 111 ff., 139, 277.

20 *Walter* 110, 112, *Hübner* 24 ff.

21 So z.B., von der Unabhängigkeit der »rechtlichen« Ehre ausgehend, *Hübner*: »Bürgerliche Ehre ist ein für sich bestehendes Gut, welches, wie die Sonnenwärme, Guten und Bösen zum Theil wird« (23). Andererseits schreibt er über die Unabhängigkeit der »gesellschaftlichen« Ehre: »Achtung und guter Name erscheint nicht als ein bürgerliches Produkt, sondern, als etwas, was sich aus der gegenseitigen Beobachtung des Menschen entwickelt und worüber der Staat nicht willkürlich verfügen kann« (277).

22 *Puchta*: Pandekten. Leipzig 1863, 182, *Windscheid*: Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt/M. 1891, 133.

23 *Walter* 243.

24 System I, 336.

Verkehrs« tritt die Person über ihr ursprüngliches Selbst hinaus, alle dinglichen und Schuldrechte werden als persönliche Rechte bzw. als Bestandteile der Ehre betrachtet, sie sind es sogar, die die Person zur Person machen.²⁵

Die Gleichsetzung der Ehre und der Rechtsfähigkeit ist selbst schon das Endergebnis, zu dem weder die Theorie der Injurien noch die allgemeine Lehre über die Rechtssubjekte im 19. Jahrhundert etwas Neues sagen konnten. Höchstens wird das Programm der »abstrakten Person« immer bewußter, sie wird in das liberale Zivilrecht integriert und erhält entsprechende Begründung. Dies bedeutet, daß die Konzeption der »Person« vom »Menschen« entbunden wird, d.h. sie wird sowohl von den Lehren über die Würde oder den Wert des Menschen als auch von den Eigenschaften des konkreten Individuums befreit. Der Mensch hat Eigenschaften, die Person nicht – schreibt Puchta.²⁶ Ein Schutz für die Würde des Menschen erübrigt sich also. Im Wortgebrauch der zweiten Hälfte des Jahrhunderts ersetzt man die »Person« mit einer Umschreibung durch die Rechtsfähigkeit. So verfährt auch das BGB. Nur noch in theoretischen Arbeiten trifft man Konstruktionen über das Verhältnis von Ehre, Rechtsfähigkeit und Person an, für die nicht einmal mehr fragwürdig ist, daß diese drei Begriffe in der Praxis dasselbe bedeuten. Diese Arbeiten haben nur das Verdienst, daß der Begriff »Person« überhaupt noch verwendet wurde²⁷ – so brauchen wir sie nicht zu behandeln. Die Identifikation von Ehre, Rechtsfähigkeit und Person war zu dieser Zeit schon nichtssagend. Um den Persönlichkeitsbegriff mit einem neuen, selbständigen Sinn erfüllen zu können, hätte man das System als Ganzes in Frage stellen müssen.

2. Bisher betrachteten wir ausschließlich den Standpunkt der Romanisten. Dies könnte den Eindruck erwecken, als ob der selbständige Persönlichkeitsschutz die liberale Epoche übersprungen hätte. In der Tat wurden aber die Persönlichkeitsrechte auch zu dieser Zeit in der germanistischen Theorie aufrechterhalten. Sie wurden sogar an die neuen Verhältnisse angepaßt.

25 Walter 258, Hübner 178f.

26 Um die Änderungen zu veranschaulichen, vergleichen wir die Persondefinition von Zeiller und Puchta. Für Zeiller wird der Mensch dadurch zur Person, daß er »vernünftiges Wesen« ist, das »Selbstzweck« ist und »Rechte besitzt«. Demzufolge darf er nicht als Mittel der Zwecke anderer verwendet werden, wie etwa ein Gegenstand (Zeiller: Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch. Wien/Triest 1813, I, 103). Puchtas Person ist das Subjekt der über den individuellen Unterschieden stehenden gleichen Macht oder Willensmöglichkeit, die dadurch entsteht, daß man von den individuellen Eigenschaften des Menschen, die seine moralische Qualität bestimmen, abstrahiert (Puchta: Pandekten 35).

27 Sie werden ausführlich behandelt in Lewy bzw. in Scheyhing: Zur Geschichte des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert. Archiv für die civilistische Praxis 1960, 503.

Demnach war die Gleichsetzung der Person mit dem Rechtssubjekt sowie des Persönlichkeitsrechts mit der Rechtsfähigkeit für die bürgerliche Umwälzung eine notwendige Voraussetzung, für den selbständigen Persönlichkeitsschutz aber eine Sackgasse. Die modernen Persönlichkeitsrechte sind nämlich aus der »organischen« Gesellschaftsauffassung der Germanisten²⁸ hervorgegangen, die sich »der verhängnisvollen Wendung« der Auflösung des Individuums als Rechtsträger vom »Persönlichkeitsgedanken«²⁹ widersetzte.

Die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte kann jedoch nicht durch den Kampf verschiedener wissenschaftlicher Schulen erklärt werden. Vielmehr müssen wir von deren gesellschaftlichem Hintergrund ausgehen. Hier können wir den Gemeinplatz nicht vermeiden, daß die Schaffung des Kapitalismus vom Ausbau der Verteidigung gegen das völlige Ausgeliefertsein der Gesellschaft an die Marktgesetze untrennbar ist. Alle grundlegenden Kategorien und ihre Wandlungen (wie in unserem Fall z.B. die Ausgestaltung des Privatrechts der Bourgeoisie) bezogen sich also nicht nur auf den Kapitalisierungsprozeß, sondern auch auf diese »Verteidigung« – auch wenn die Verteidigung typischerweise mit konservativen Kräften (und Ideologien und Begriffen) verbunden war.³⁰ Das Abstraktwerden der Person wird also nicht notwendigerweise bzw. nicht allein durch den »Persönlichkeitsgedanken« ausgeglichen.

Dazu sollte man noch zwei deutsche Eigentümlichkeiten beachten. Die erste ist, daß die bürgerliche Umwälzung in Deutschland von oben her, mit bürokratischen Reformen vollzogen wurde. Dies hat das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft entscheidend beeinflußt. Außerdem wurde dadurch der Systemwechsel verschleiert. Zweitens mußte man den Totalitätsanspruch der Romanisten korrigieren (der ganz natürlich aus dem Totalitätsanspruch des Marktes auf das »römische Recht« projiziert wurde). Sie betrachteten nämlich alle anderen Gebiete nur als Reflexion ihrer eigenen Begriffe. (So ergab sich für das Verhältnis zwischen Individuum und Staat die Nichteinmischung des Staates als Folgerung aus der Definition des abstrakten Rechtssubjekts: Jedem muß man einen »sichern, freyen

28 Für den Germanisten bedeutet ja »soziales« und »deutsches Recht« dasselbe. Im Einzelnen s. unten. Bei *Gierke* ist es als ausgesprochen modernes Programm fortgeführt: dem fremden BGB gegenüber soll man ein solches neues Privatrecht ausarbeiten, das »wenn es nicht deutsch ist, auch nicht sozial werden kann«. Deutsches Privatrecht. I, Leipzig 1895, VI.

29 Das Rechtssubjekt ist dieser Ansicht nach im BGB ein »ausgehöhlter Begriff«, s. *Egger*: Die Zivilgesetzbücher in den Stürmen der Zeit. In: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen. I, Zürich 1957, 177.

30 Der andere Weg der »Verteidigung«, der Sturz des ganzen Systems durch die proletarische Revolution, begann erst am Jahrhundertende im Recht zu wirken.

Raum« geben, wie es Savigny verlangte.³¹) In der Tat bestimmten jedoch die Privatrechtler nicht die Rechtsstellung des Menschen in der zeitgenössischen deutschen Gesellschaft, sondern nur einen ihrer Aspekte; die gleiche privatrechtliche Rechtssubjektivität ist nur eine von den durch den Herrscher sorgfältig dosierten Freiheiten.³² Von der Höhe ihrer »moralischen Weltordnung« her, also von außen her, konnten die Germanisten die Totalität der staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse viel besser erfassen.

a) Durch den Gegensatz zwischen römischem und germanischem Recht wirkten die rechtlichen Mittel der »Kapitalisierung« bzw. der »Verteidigung« so auf die Generationen der zweiten Jahrhunderthälfte, als seien sie völlig getrennt, ja stünden einander gegenüber. Für die Zeitgenossen spielte aber diese Gegenüberstellung dabei eine Rolle, daß das »römische Recht« als rein liberales Modell ausgeformt werden konnte. Das als Gegensatz zum organischen, die Moral verwirklichenden germanischen Recht verstandene römische Recht war notwendigerweise äußerst abstrakt.³³ Dieses römische Recht ist natürlich nicht das antike und auch nicht das lebendige gemeine Recht, sondern das römische Recht, wie es die liberale Vernunft sich denkt.³⁴ Die Romanisten heben nur diese Seite hervor. Der junge Jhering pries die äußerste Abstraktion, für ihn war das Privatrecht das Terrain der Macht und der Herrschaft; die bleibende Leistung des römischen Rechts bestand für ihn darin, daß es die Lebensverhältnisse auf reine und abstrakte Machtverhältnisse reduzierte und dadurch das Recht vom prakti-

31 System I, 332. – Auch *Hegel* macht darauf aufmerksam, wenn er den Begriff »Recht« in einem anderen Sinn verwendet als »das bürgerliche Recht, das man gewöhnlich darunter versteht«. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. (1821) §33, Zusatz.

32 Siehe das Konferenzmaterial in *Der Staat*, Beiheft 4 (s. Anm. 3).

33 Wenn man die römischrechtliche, nur vom Willen abhängige, absolute Rechtsfähigkeit der relativen, nach Verdienst und Stand abgestuften Rechtsfähigkeit der Germanisten gegenüberstellt, wenn im römischen Recht, als einem System einander gegenseitig beschränkender Vermögensrechte, für moralische Pflichten keine Verantwortlichkeit besteht, wenn daher auch die Beleidigung rechtlich irrelevant bleibt und die »Person«-Qualität unberührt läßt – während im germanischen Recht die sich aus dem Berufsstand und der Lebensaufgabe ergebenden Pflichten den Inhalt der Ehre ausmachen und deren Nichterfüllung auch die Rechtsstellung verändert –, dann kann man das römische Recht wirklich nur als abstraktes Recht auffassen; s. *Habn*: Die materielle Übereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprinzipien. Jena 1856, 108, 149 ff.

34 Die zeitgenössischen Dispute beachten diesen Unterschied häufig nicht – auch *Hegel* nicht. Vgl. aber die Methode von *Habn*, der mit den »organischen« Zügen des alten römischen Rechts gegen die Gegenüberstellung des römischen und des deutschen Rechts argumentiert. Vgl. noch *Villey*: Das Römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie. In: *Riedel* (Hrsg.): Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie. 2, Frankfurt/M. 1975, 131. – Seit *Hegel* und *Marx* wird das römische Recht sehr oft vereinfacht als »das Recht der warenproduzierenden Gesellschaft« betrachtet.

schen Leben und vom Einfluß der Moral emanzipierte.³⁵ Wie schon oben gezeigt wurde, war die Person für die Romanisten der Gesamtheit ihrer Rechte gleich.

Über die geschichtliche Aufgabe der abstrakten Person und des abstrakten Rechts waren sich seine Vorkämpfer im klaren.³⁶ Dennoch konnte der geschichtliche Prozeß, der in der Gesellschaftsphilosophie als Verdinglichung der Person oder als ihre Identifikation mit dem Eigentümer beschrieben wurde,³⁷ im Recht nur als einheitliche abstrakte Rechtsfähigkeit adäquat ausgedrückt werden. Die allgemeine und gleiche privatrechtliche Rechtssubjektivität wurde damit kommentiert, daß sie – mit dem gleichen Ausdruck, der heute für die Aufgabe der Persönlichkeitsrechte gängig ist – »der freien Entfaltung der Persönlichkeit« dienen sollte. Und diese Auffassung wurzelte im tiefen Glauben daran, daß die freie Tätigkeit der Individuen schließlich der Gesellschaft zugute kommt und die Moral auf diese Weise – und »nicht indem das Recht ihr Gebot vollzieht« – verwirklicht wird.³⁸ Die Romanisten schließen die Moral nicht aus dem Recht aus, wie es von ihren Gegnern behauptet wurde, aber sie hatten andere Ansichten über ihren Wirkungsmechanismus, dessen Voraussetzung gerade die Trennung von Recht und Moral war.³⁹ Jhering wollte durch die Schroffheit des römischen Rechts aus den Deutschen »römische Charaktere« formen. Das moralische Programm war zugleich politisch: den Bürger von der Vormundschaft und dem Schutz des Rechts zu befreien, andererseits seine Autonomie mit »felsenfesten Rechten« »gegen die politische Macht« zu sichern.⁴⁰

Das Lob der vom römischen Recht verlangten Selbständigkeit und des vigilantibus jura beruhte eigentlich auf der rechtlichen Anwendung der Philosophie, daß es in einer Marktgesellschaft notwendig, aber auch hinreichend sei, den Eigentümer zu schützen. Das römische Recht »predigte« die Lehre, daß »der Mann dazu da ist, sich selbst seine Welt zu gründen, selbst für sich einzustehen, selbst die Entscheidung zu treffen«.⁴¹ Der Persönlichkeitsschutz sollte im positiven Recht durch die liberale Ge-

35 Jhering, Geist II/1, 277–283.

36 Die Diskussionen zwischen Romanisten und Germanisten waren eigentlich von rechtspolitischer Natur – wir können uns mit ihnen hier nicht befassen.

37 Siehe oben, Kap. II.

38 Savigny 332, Walter 260, Jhering, Geist 287.

39 Jhering, Geist 278 f.

40 Jhering, Geist 287 ff., 290.

41 »Für einen schwachen Charakter war die römische Welt nicht gemacht« – schrieb Jhering a. a. O. Auf einem völlig ähnlichen Menschenbild baute man auch die »moderne« zivilrechtliche Verantwortlichkeit auf; s. Hasse: Die Culpa des Römischen Rechts. Kiel 1815, 112; Zeiller: Kommentar III/2, 712, zusammenfassend Söllyom 122 ff.

staltung aller Grundinstitute verwirklicht werden, vom unbegrenzten Eigentum angefangen bis zur Haftung. (»Das ganze Recht war ein praktischer Hymnus auf den Werth und den Beruf der Persönlichkeit« – schoß Jhering über das Ziel hinaus.⁴²) Der rechtliche Rahmen muß dazu ausreichen, daß jeder sich wirksam verteidigen kann. Diese Auffassungen entsprechen völlig dem frühliberalen Programm, demzufolge jedermann zum Kleineigentümer, zum selbständigen Hausvater werden soll, um dadurch das ganze Volk in das Bürgertum zu erheben.⁴³ Das ist der Sinn dessen, daß rechtlich jedermann als »Person« gilt. Diese Persönlichkeitskonzeption ist also offensiv. Es handelt sich nicht um den eigentlichen Persönlichkeitsschutz; die Eigentumsgarantien sichern die Grundlage der freien Entfaltung (des Wettbewerbs), nicht aber den Schutz gegen die eventuell negativen Folgen dieser Freiheit.

Das Auftreten der Persönlichkeitsrechte in einem abweichenden, neuen und selbständigen Sinn war schon ein Zeichen dafür, daß dieses Modell doch nicht ausreichend war. Die »neuen« Persönlichkeitsrechte erschienen immer als eine solche Begrenzung der Freiheit des anderen, die nicht mehr systemkonform, durch materielles Interessengleichgewicht erklärt werden konnte. Dadurch wurde aber auch das oben geschilderte Menschenbild fraglich. Auch das Verhältnis zwischen Individuum und Staat bzw. Gesellschaft und Staat kann nicht mehr außer acht gelassen oder als Reflex des (theoretisch) vorgestellten liberalen Systems behandelt werden.

b) Das gleiche Bild bietet die Entwicklung der Injurien. In dem abstrakten Personenrecht blieb kein Platz für die eigentlichen Injurien übrig. Die »bürgerliche Ehre« konnte in diesem System durch Verleumdung nicht geschmälert werden, denn über sie verfügte ausschließlich der Staat. Aus dem System folgte, daß der gute Ruf – der bloß die »Meinung der Privatpersonen« ist – rechtlich irrelevant blieb. Das existierende Rechtsinstitut der ehrenschützenden Injurien konnte man aber nicht durch die Theorie abschaffen. Man erklärte sie damit, daß in diesem Fall das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Staat nicht ohne weiteres mit dem formalen Schema (Person–Rechtssubjekt) erledigt werden konnte.⁴⁴

Die Übergangsperiode dauert in der Injurienliteratur etwa bis 1840. Man verwendete noch die alte Terminologie und faßte die bürgerliche Ge-

42 Jhering a. a. O.

43 Gall: Liberalismus und »bürgerliche Gesellschaft«. Historische Zeitschrift 1975, 324, 332 ff., 345f.

44 Im Zusammenhang mit der Injurie stellte Walter schon die Frage nach dem Verhältnis der »neuen«, nicht-politischen bürgerlichen Gesellschaft zum Staat. Der Staat kann über die Verhältnisse der Menschen untereinander »nicht willkürlich verfügen«. Er darf aber »diese Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens nicht sich selbst überlassen«. Seine Aufgabe ist demnach, den Schutz des einzelnen und die Freiheit der anderen auszubalancieren (113, 277f.).

sellschaft noch als eine politische Kategorie auf. Die als »bürgerliche Ehre« bezeichnete Rechtsfähigkeit war noch untrennbar öffentlich- und privatrechtlich, und die weitere Zweiteilung der »rechtlichen« Ehre (in allgemeine Ehre, d.h. Rechtsfähigkeit, und in besondere – ständische – Ehre) drückte nicht den Unterschied zwischen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit und der noch nicht erfolgten politischen Gleichheit aus.⁴⁵ Die Trennung der menschlichen und der bürgerlichen Ehre und die Formalisierung der letzteren bereitet aber schon, wenn auch ungewollt, die neue Bedeutung der »bürgerlichen Gesellschaft« vor. In diesem Sinne wird die bürgerliche Gesellschaft die bisherige Stelle der »Natur« gegenüber dem Staat einnehmen, und zwar so, daß der Staat und das Recht ihre Autonomie gewährleisten.

Unter diesen Umständen war es für die Theorie sehr problematisch, wie sie diese »privaten« Verhältnisse der Menschen, d.h. die Verhältnisse innerhalb der »bürgerlichen« Gesellschaft, beurteilen sollte. Die Frage war: Können sie überhaupt rechtlich, d.h. staatlich, reguliert werden? Während sie also in konkreten Fragen weitgehend bürgerliche Forderungen und Erzungenschaften formulierte (wie im Zusammenhang mit den Aufgaben der bürgerlichen Gesetzgebung, mit dem Eigentum und mit der Rechtsfähigkeit schon zu sehen war), wurde sie unsicher, sobald es um das *ganze* System ging. Entweder griff sie auf das alte, noch einheitliche Gesellschaftsmodell zurück, oder sie mußte anerkennen, daß das Recht auch moralische Werte unmittelbar in Betracht zog, oder aber sie ließ die staatliche Intervention in die autonome bürgerliche Sphäre prinzipiell zu.

So begründete z.B. Hübner um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert die rechtliche Sanktionierung der Verletzung des guten Rufes (d.h. des »privaten« Aspekts der Ehre), indem er diese Privatsphäre in die staatliche integriert: Aus der Ehrverletzung sei eine Beeinträchtigung der bürgerlichen Ehre zu konstruieren, um sie rechtlich verfolgbar zu machen; der Angriff auf den Menschen werde in diesem Fall zum Angriff auf den Staat. Wer den anderen beleidigt, maßt sich die Kompetenz des Staates an: »ohne

45 Es geht vielmehr um eine unmittelbare Reflexion auf die deutsche Wirklichkeit. Die Spaltung bzw. Verdoppelung der Ehre (einerseits also die »allgemeine«, für jeden gleiche Ehre, deren Grund die »Bürger«, d.h. Staatsbürgerqualität ist; andererseits die individuelle bzw. nach Beruf und Stand zustehende »besondere Ehre«) weist hier insoweit neue Züge auf, als die ständischen Rechte als ein Plus gegenüber der allgemeinen bürgerlichen Ehre betrachtet werden und man jener jede moralische Begründung abspricht. (Wie Hübner über den Adel bitter bemerkt, hat die Erfahrung dies bestätigt; 39.) Es ist eine andere Frage, daß die Standesehre in Deutschland während des ganzen 19. Jh. eine Rechtskategorie geblieben ist. Wurde das Zivilrecht dadurch, wie Puchta sagt (178), »im allgemeinen« nicht berührt, zeigte doch das BGB klar, wie sie noch zwei Generationen später das Zivilrecht »im besonderen« berührt (s. Privatfürstenrecht).

Richter zu sein« beschränkt er ihn im Genuß seiner Rechte. Wer den anderen verachtet, bringt damit zum Ausdruck, daß der Staat ihm die Ehre unverdient verlieh – dies aber ist als öffentliche Kritik am Staat strafbar. Zu diesem Schluß gelangte auch die andere Begründung, die an sich modern und »zivilrechtlich« wäre. Diese folgerte aus der Gleichsetzung von Ehre und Rechtsfähigkeit, daß es kein selbständiges Recht auf den guten Ruf gibt. Dessen Verletzung sei nur klagbar, wenn die Verleumdung einen Schaden verursacht habe. Im weiteren aber formte der Verfasser dieses (schon durch das Naturrecht gegebene) Recht der »Menschen« in ein Recht des (Staats-)Bürgers um, indem er die Zufügung des Schadens als eine Begrenzung der Handlungsfreiheit auslegte.⁴⁶

Trotz der rigorosen Trennung von Person und Mensch vertraten einige, z. B. Puchta, eine moralische Begründung des Ehrenschatzes.⁴⁷

Eine dritte Erklärung für das Injurierecht erkennt die Selbstständigkeit der Privatsphäre an (»da alle Kombinationen des geselligen Lebens sich nicht eben in rechtliche Verhältnisse auflösen lassen«) und prüft ihr Verhältnis zum Staat. Damit der gesellschaftliche und der rechtliche Status des Menschen nicht in Widerspruch geraten, ist hier eine beschränkte Intervention des Staates notwendig: er muß für das Gleichgewicht zwischen dem Ehrenschatz und der Meinungsfreiheit sorgen.⁴⁸

c) In den Augen der Zeitgenossen war die germanistische Schule der Antipode der Romanisten; für uns ist sie in erster Linie deren Zeitgenosse. Zweitens ist sie nur ein anderer Ausdruck der bürgerlichen Umgestaltung. Wollte das »heutige römische Recht« die kapitalistischen Verhältnisse in ihrer abstrakten Reinheit und ihrer ideellen Vollkommenheit vorzeigen, so waren die Germanisten, im Gegensatz zu dieser abstrakten Revolution, eher Realpolitiker. Sie nahmen Rücksicht auf den tatsächlichen Prozeß, wie das in römischrechtlichen Kategorien abstrakt beschriebene (und stillschweigend schon als vorhanden angenommene) kapitalistische Modell in Deutschland verwirklicht wurde. Die Germanisten betrachteten den Staat nicht als Reflexion eines Systems, sondern seiner wirklichen Rolle entsprechend. Andererseits beschränkten sie sich weder hinsichtlich der Gesellschaft noch hinsichtlich des Individuums auf Abstraktionen des »Marktes«.

Was also das Privatrecht und die Sphäre der Warenverhältnisse anbetrifft, gibt es keinen Unterschied zwischen der römischen und der deutschrechtlichen Auffassung; sie haben im allgemeinen gemeinsame Ziele. Die doch vorhandenen Abweichungen entstammen dem anderen Gesichtspunkt der Germanisten, der, da er nicht auf das Marktmodell fixiert ist,

46 *Hübner* 182–193 ff. bzw. 50 ff.

47 *Puchta* 180f.

48 *Walter* 113, 277.

auch weitere Zusammenhänge einschließt. Er stellt also ein Plus im Vergleich zu dem gemeinsamen Minimum dar. Freilich erhalten die gemeinsamen Elemente, von hier aus gesehen, verschiedene Akzente.

Die gemeinsamen Ansichten können damit veranschaulicht werden, daß der liberale Germanist den »Kreis der Privatrechte«, d.h. den Bereich der autonomen Handlungen, auch für heilig hält; er unterscheidet von der politischen Freiheit die »Privatfreiheit«, »die Freiheit der Persönlichkeit«, die der »Selbstgesetzgebung über das eigene Lebensverhältnis« gleich ist und praktisch die freie Nutzung der gesellschaftlichen und Rechtsinstitute, samt »ihrer leiblichen Grundlage, dem freien Eigentums- und Verkehrsrechte« bedeutet.⁴⁹ Man liest weiterhin, daß die ständischen Unterschiede weniger wichtig sind als der Unterschied zwischen dem vermögenden und dem nichtshabenden Bürger, bzw. zwischen dem selbständigen Familienvater und einem, der in persönlicher Abhängigkeit lebt⁵⁰ – also als die »modernen« Klassenunterschiede. Person ist, wer aufgrund seiner freien Entscheidung das Moralgesetz verwirklicht – für das Recht aber, auch wenn es auf dieser Grundlage steht, ist die Person ein formalisierter, von rechtlichen Voraussetzungen abhängiger Begriff.

Ähnlich technisiert ist auch die Ehre. Sie kann zwar »erstes Personen- und Statusrecht, die Rechtsgrundlage aller übrigen Rechte« sein – in der Tat ist sie mit der Rechtsfähigkeit identisch. Die Ehre steht jedermann aufgrund rechtlicher Vermutung zu.⁵¹ Aber nicht nur die privatrechtliche Auffassung von Person und Ehre ist bei Romanisten und Germanisten ähnlich, sondern auch das grundlegende Menschenbild. Jherings selbständige, kraftvolle, »römische« Männer konnten wohl ihre Brüder in Wäldern von Germanien finden,⁵² wie auch sein Programm zur Überwindung des Absolutismus und der Erziehung der Nation germanistische Gegenstücke hatte. Nach Jhering ist die Basis der Würde des römischen Bürgers seine »felsenfeste« Rechtsstellung; die Germanisten betonen, daß das Personenrecht ausschließlich auf einer eindeutigen rechtlichen Qualifikation aufgebaut werden soll, im Gegensatz zum polizeilichen Ermessen und zu den Entscheidungen aufgrund außerrechtlicher Gesichtspunkte.⁵³

Da aber die Germanisten über dieses »gemeinsame Minimum« hinaus auch die lebendigen gesellschaftlichen Zusammenhänge in Betracht zogen, mußten sie sich mit dem Verhältnis dieses »Plus« zu den erwähnten Grundsätzen theoretisch auseinandersetzen. Die eine Antwort war, daß die Sphä-

49 *Welcker*, Art. Staatsverfassung. Bd. 15, 35, 58.

50 *Welcker*, Art. Stand. Bd. 15, 133.

51 *Welcker*, Art. Infamie, Ehre, Ehrenstrafen. Bd. 8, 311–314, 331.

52 Vorbild des deutschen Bürgers sind die »freien Römer, die freien Germanen« (und unter den Zeitgenossen, die »freien Briten«). Vgl. *Welcker*, Art. Injurie. Bd. 8, 350.

53 *Welcker*, Art. Injurie. Bd. 8, 355.

ren der Wirtschaft und der Politik streng auseinandergehalten wurden. Dies bedeutet zwar die Entpolitisierung der »bürgerlichen Gesellschaft«, warf aber die Frage nach dem dieser Gesellschaft entsprechenden Staat auf. Diese Richtung ist demnach durch dieses politische Problem geprägt. Andererseits setzte man sich für eine einheitliche Gesellschaft ein. Es war gerade diese Auffassung, die die Konzeption einer organischen Gesellschaft über den Liberalismus hinwegrettete, bis der Sozialstaat wiederum aktuell wurde.

aa) In den die Wirtschaft und Politik trennenden germanistischen Theorien trat an die Stelle der Trennung von Mensch und Bürger die Unterscheidung zwischen Bürger und Staatsbürger. Während für die Romanisten der »Bürger« noch gleichzeitig privat- und öffentlichrechtliche Eigenschaft war, die nur die rechtliche Erfassung des »Menschen« ausdrücken wollte, wird hier diese rechtliche Qualifikation weiter differenziert. Die »allgemeine bürgerliche oder Menschen- oder auch Privatehre«, d.h. die Rechtsfähigkeit, ist demnach ebenso eine rechtliche Kategorie wie die »politische Ehre«, die zur aktiven Beteiligung »an politischen Staatsbürgerverhältnissen« berechtigt; die Verfassung erkennt einerseits »Privatfreiheiten«, andererseits »politische Freiheiten« an. Die letzteren umfassen die Teilnahme an der Bestimmung der grundsätzlichen Verhältnisse und der Regierung.⁵⁴

Diese Unterscheidung deutet auf den sehr wichtigen Prozeß der Entpolitisierung der bürgerlichen Gesellschaft hin. Sie stellte sich schon neutralisiert dem neuen, kapitalistischen Staat gegenüber. Dies schon damals klar zu sehen, bedurfte es eines Hegel und eines Marx. Die Juristen drückten mit dieser Unterscheidung einfach die deutsche Realität aus. In dieser Realität bedeuteten weder die allgemeine privatrechtliche Rechtsfähigkeit noch die anderen Freiheiten die allgemeine politische Freiheit – sie war keineswegs allgemein.

Jeder Versuch, die volle Rechtsstellung des Individuums zu beschreiben, zeigte die Partikularität der privatrechtlichen Rechtsstellung. Die Schaffung eines dieser »bürgerlichen Gesellschaft« entsprechenden Staates war das größere Problem. Die Germanisten erkannten die abstrakte Person ohne Bedenken an, aber sie unterschätzten sie: Die vollständige und allgemeine Rechtsfähigkeit sei sogar in der absoluten Monarchie möglich, das Subjekt dieser Privatfreiheit sei jedoch bloß ein »Privatdiener«. Deshalb soll sich das Individuum nicht mit der Privatehre begnügen, sondern sich die »politische Ehre« erkämpfen, die nur in einem freien Staat bestehen kann.⁵⁵ Die Übertragung der abstrakten Freiheit in den wirklichen Staat ist aber äußerst schwierig. Es verlangt eine selbständige Lösung – die Franzosen

54 Im einzelnen s. *Welcker*, Art. Infamie. Bd. 8, 319 und Art. Staatsverfassung. Bd. 15, 35.

55 *Welcker*, Art. Infamie. Bd. 8, 320.

konnten »nicht die Weise der Ausführung angeben«, benannte Hegel das Hauptproblem der Deutschen, sogar Europas.⁵⁶ Die komplizierte Frage der durch Reformen verwirklichten bürgerlichen Umwälzung berühren wir nur insoweit, als sie als ein Faktor der evolutionären und abstraktionsfeindlichen Gesellschafts- und Staatsauffassung der Germanisten mit der Aufrechterhaltung der Konzeption der in der Gesellschaft integrierten Person offensichtlich zusammenhing.⁵⁷

Der breitere, mehr öffentlichrechtliche Ansatz der Germanisten stellt die mit den Romanisten gemeinsame privatrechtliche Personenkonzeption in ein anderes Licht. Sobald die eigentliche Privatsphäre der Politik unterstellt wird, wirkt sich diese Werthierarchie gewaltsam zu Lasten der Autonomie aus, und die antiabsolutistische »Tugend«-Ideologie nimmt ihren rousseauschen, diktatorischen Lauf. Für die Germanisten ist das Injurienrecht von der Pressefreiheit untrennbar – es ist dieser sogar untergeordnet. Die öffentliche Meinung und die Freiheit der Meinungsäußerung können nicht durch »den Schutz der Ehre« beschränkt werden. (Besteht sie nicht die Probe der öffentlichen Kritik, so ist sie »nur auf Täuschung beruhende Scheinehre«. Damit setzen die Germanisten die vermutete Ehre/Rechtsfähigkeit sofort der inhaltlichen Kritik aus.) »Es besteht die Freiheit der öffentlichen Meinung über alles, was Gegenstand menschlicher Erkenntnisse und Erfahrungen und Urtheile sein kann, und vollends über Alles, was die gemeinschaftlichen oder öffentlichen Gesellschaftsverhältnisse betrifft« – weder die Regierung noch das Privatleben der Bürger können privilegiert werden. Auch die Autonomie der Privatsphäre wird also der Politik geopfert. »Das würdige öffentliche Leben«, dessen »manche Deutsche« noch »ungewohnt« sind, verlangt die offene Rede. Der Ausdruck selbst, mag er beliebig höhnisch, »kränkend, schädlich oder grob« sein, kann die Injurie nicht begründen, denn das würde zu einer Rücknahme der im allgemeinen gegebenen Pressefreiheit führen. Die scharfe Kritik nutzt den öffentlichen Umständen, »ein starker Ausdruck des Tadels kann sogar Pflicht des Patrioten sein«. Auch hier muß der Bürger für ein politisches Ziel seinen Preis zahlen; wenn nämlich in seinem Fall die »Ausdrucksform« unerheblich ist, kann aufgrund des Stils auch die Kritik der Regierung

56 Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie. Bd. III (Suhrkamp, Frankfurt/M. 1975, 297).

57 Eine wirkliche Freiheit für den deutschen Bürger konnte weder die französische Revolution, die, wie Hegel sagt, die Freiheit »unentwickelt, in ihrer Abstraktion an die Wirklichkeit wendete«, noch die spätere französische politische Praxis – mit Peyrefittes Bonmot, Konsul, Kaiser, wirklicher Kaiser – bedeuten. Die deutsche Umwälzung spaltete sich in verschiedene Richtungen. Für die deutschen Verfassungsreformen s. *Huber*: Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Stuttgart 1957, I, 20ff., 97ff., 121ff., 345ff. und *Gall*.

nicht als aufrührerisch gewertet werden. Die Feststellung einer Injurie erfordert die Erfüllung von juristisch genau definierten Tatbeständen (diese sollten in erster Linie auf die ehrverletzende Absicht ausgerichtet sein), da die Rücksicht auf die Moral, Schicklichkeit oder subjektive Empfindsamkeit »der schrankenlosen Herrscher- und Beamtenwillkür« Tür und Tor öffnen würde.⁵⁸

Die Beachtung der liberalen Öffentlichkeit modifiziert sofort die absolute Freiheit der abstrakten Person. Was aber die Injurie angeht, sie wird bei den Romanisten aus Prinzip, bei den Germanisten wegen konkreter politischer Zielsetzungen in den Hintergrund gedrängt.

Über das Privatrecht hinauszublicken bedeutete also, daß man die Folgen der Abstraktion der Person in Kauf nehmen mußte. Unter diesen bedeutete in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das Hauptproblem der abstrakte Staat; in der zweiten Jahrhunderthälfte aber schon die Gefahr des Systems für die Person selbst. In beiden Fällen ging es schließlich um die »Zurücknahme« der abstrakten Person.

bb) Eine andere Richtung der germanistischen Schule widersetzte sich der notwendigen Trennung von Staat und Gesellschaft. Anfang des Jahrhunderts schien die völlige Umwälzung der Eigentumsverhältnisse noch möglich zu sein, ohne dabei die Gesellschaftsstruktur und die Machtverhältnisse zu verändern.⁵⁹ Dazu kam, daß die Polarisierung des Staates und der Untertanen noch im Absolutismus einsetzte. So blieb der Widerstand dagegen »freiheitskämpferisch« und antiabsolutistisch.⁶⁰ »Gesellschaft« bedeutete für die öffentliche Meinung⁶¹ und für die Mehrheit der Germanisten die ständische Gesellschaft, die mit der bürgerlichen Gleichheit durch eine

58 *Welcker*, Art. Injurie. Bd. 8, bes. 351, 354 ff., 362 ff., 373 f., mit einem umfassenden Bericht über die zeitgenössische Literatur.

59 Die Erfahrung zeigte, daß die napoleonischen und preußischen Reformen dem traditionellen Staat zugute kamen und gerade die wirtschaftlich und sozial modernisierten Staaten zum »Bollwerk« der Reaktion wurden; s. *Gall* 334 ff. – Die Aufhebung der Leibeigenschaft in Preußen (1806) gab den Liberalen wie den Konservativen Anlaß zu Freude. Die Rechtsstellung der Bauern wurde verändert: sie wurden aus Gutsuntertanen zu Staatsbürgern. Gleichzeitig arbeitete aber als Vertretung des Staates die alte Verwaltung weiter. Bis 1848 übte die richterliche Macht das Patrimonialgericht und die Polizeitätigkeit die Gutsverwaltung aus. Demgegenüber wurde der Grundherr von den sozialen Fürsorgepflichten befreit. *Huber* 188 ff.

60 Vgl. *Huber* 97 ff., *Gall* 328 ff. – Extreme Germanisten stellten dem vom Staat abhängigen Status des souveränen Individuums des römischen Rechts die Rechtsstellung der Person im germanischen Recht gegenüber. Im letzteren sind nämlich sowohl das Individuum als auch der Staat Bestandteile der moralischen Ordnung. Daher gibt es keine direkte Abhängigkeit zwischen ihnen; s. *Hahn* 114 ff.

61 Bis in die 40er Jahre des 19. Jh. wurde nicht bewußt, daß es um einen grundsätzlichen Strukturwandel ging – das organische Gesellschaftsbild und der entsprechende Begriffsgebrauch zeugen davon; s. *Gall* 338 f.

Umdeutung des »Standes« in Einklang gebracht wurde. Als Mittelweg zwischen dem abstrakten Staat und der »unorganischen mechanischen oder materiellen« Gleichheit der Menschen erbieten sich die »natürlichen und heilsamen« Berufsstände, die nicht durch Geburt und Privileg, sondern durch die »gemeinschaftliche Aufgabe« bestimmt sind und jedem offen stehen.⁶² Auf diese Weise stand die Privatperson nicht allein dem Staat gegenüber, es standen neben ihr – auch eine politische Vertretung verlangend – die Gemeinden und die Berufsstände (nach dem Wortgebrauch der Epoche: lauter kleine Staaten). Die abstrakte Person wurde in dieser Atmosphäre durch die Freiheits- und Mitbestimmungsrechte in ihren »großen« und »kleinen« Staaten wiederum lebendig gemacht. Der Ehre, die in den übertriebenen Abstraktionen nichts zu suchen hatte, wurde in den verschiedenen Selbstverwaltungen breiter Raum gegeben. Die für das »römische Recht« so gleichgültige kaufmännische, weibliche und Offiziers-ehre war im Recht der verschiedenen Stände wichtig. Auch wenn diese Ehrenklagen vor den staatlichen Gerichten ausblieben, beschäftigten sie die verschiedensten Schieds- und Ehrengerichte um so mehr – für die die Germanisten sich auch sonst intensiv einsetzten. Sie wandten diesen Mechanismus sogar auf den »wirklichen« Staat an, indem sie die Nutzbarmachung des »Ehrtriebes« für die Regierung überlegten und vom Staat die Verteilung der »Ehre« und der »Schande« nach moralischen Gesichtspunkten erwarteten.⁶³

Dieser reichlich abgestuften Ehre entsprachen zugleich spezielle Rechtsfähigkeiten, – z.B. für den Kaufmannstand, für Beamte oder Offiziere. Diese berührten die allgemeine Rechtsfähigkeit jedoch nicht, sondern bedeuteten nur, daß jemand die zur Ausübung eines bestimmten Berufs notwendigen Rechte und Pflichten hatte. Wie Gierke sagte, waren sie nicht so sehr Kategorien der »Stände«, als einfach die der »Verkehrsverhältnisse«.⁶⁴

In enger Verbindung mit der reformistisch-kleinbürgerlichen und eigentlich vorrevolutionären⁶⁵ Konzeption der bürgerlichen Umwälzung haben also die Germanisten neben der abstrakten Person auch konkretere Rechtsbegriffe für den Menschen bewahrt. Diese waren im Injurierecht bedeutend, in dem die Verletzung immer nach den Ansichten des gegebenen Standes beurteilt wurde.⁶⁶

62 *Welcker*, Art. Stand. Bd.15, 128. Der Adelsstand wurde nur nach unten »offen«, d.h. die Reformen ermöglichten auch Adeligen eine gewerbliche Tätigkeit. Das Fortbestehen des Adels als ein selbständiger Stand ist ohnehin »bloß von der völlig freien Meinung abhängig« – redet sich das Staatslexikon heraus. Bd.15, 133.

63 *Welcker*, Art. Injurie. Bd.8, 376ff., Art. Infamie. Bd.8, 331ff., *Habn* 150ff.

64 *Gierke* 369, 414.

65 Vgl. *Gall* 329 ff. Wie Marx sagte, ist das deutsche 1843 nach französischer Zeitrechnung 1789.

66 *Welcker*, Art. Infamie. Bd.8, 319, *Heffter* 246 ff., *Habn* 150.

Ein weiteres »germanistisches Erbe«, das erst im zweiten Teil des Jahrhunderts voll zur Wirkung kam, war, daß man den Staat nicht auf eine negative und abstrakte Rolle verwies, sondern die Rechtmäßigkeit seiner – zuerst nur moralischen – Intervention anerkannte: »die gerechte Zuteilung von Ehre und Schande« ist eine der wichtigsten Staatsaufgaben. Diese bezog man vor 1848 auf Auszeichnungen und die Rechtsfähigkeit beschränkende Strafen bzw. auf den Einklang der diesbezüglichen öffentlichen Meinung mit der staatlichen Beurteilung.⁶⁷ Von hier war es nur ein kleiner Schritt, die Aufgabe des Staates auch auf den Schutz gegen materielle Ungerechtigkeiten auszudehnen. So tauchte schon 1848 die Ansicht auf, es sei eine Staatsaufgabe, gegen den »Absolutismus des Geldes« einzuschreiten. Nach 1840 »tritt ... mehr und mehr die Tendenz und die Bedürfnis hervor, auch die privatrechtliche Autonomie der Staatsbürger wieder in engere Grenzen einzuschließen«. »Man glaubte bis vor Kurzem noch den Namen eines Freundes der Freiheit nicht verdienen zu können, wenn man nicht der unbedingten Freiheit der Einzelnen im Handel und Verkehr ... in der Verfügung über das Eigentum das Wort redete.« Heute ist aber schon klar, daß der unbeschränkte Wettbewerb zu »einer allgemeinen Unsicherheit des Erwerbs« führte. Man sah klar die Ursachen: »Aus der unbeschränkten Freiheit ... ist nämlich in der Neuzeit eine Herrschaft der großen Industrie, ein Übergewicht der großen Capitale und als Folge hiervon eine solche Ungleichheit des Besitzes hervorgegangen, daß allmählig eine Masse Menschen besitz- und arbeitslos geworden ist oder wenigstens Gelegenheit und Mittel zum Erwerb nicht in der Maße findet, um noch auf etwas mehr als bloße Fristung des nackten kümmerlichen Daseins rechnen zu können.«⁶⁸ Damit wurde aber das Scheitern des bis dahin verfolgten Liberalismus-Modells anerkannt; anstatt zu der so gern gesehenen schweizerischen kleinbürgerlich-demokratischen Alternative schlug das Zünglein der Waage nach der englischen großindustriellen Entwicklung hin aus.⁶⁹

Aus der politischen Realität der ersten Jahrhunderthälfte ergab sich weiterhin, daß im Verhältnis zwischen Individuum und Staat nicht die individuellen Rechte gegen den Staat erörtert wurden. Selbst die in den Ver-

67 Siehe die langen Erörterungen *Welckers*, Art. Infamie. Bd.8, 331, 350.

68 *Pfizer*, Art. Autonomie. Supplemente Bd.I, 371 ff.

69 Zur Frage des schweizerischen oder englischen Modells s. *Gall* 347. Man sah die Krisen (voraus). Dennoch bestand man weiterhin auf dem ursprünglichen (klein-) bürgerlichen Gesellschaftsbild. So empfahl *Rottschek* gegen den »dem Ausbruch nahen Krieg der Eigenthumslosen wider die Eigenthümer« die Befreiung der Industrie, die Bildung der unteren Volksschichten und das freie Eigentum aufgrund der Rechtsgleichheit. Er sah die Ursache der Entstehung großer Vermögen in den feudalen Privilegien und im gebundenen Eigentum. Art. Eigentum. Bd.4, 633 ff.

fassungen zugesicherten Rechte bedeuteten vielmehr ein Regierungsprogramm, ein Versprechen, die »bürgerliche Gesellschaft« staatlich zu verwirklichen – aber keineswegs subjektive Rechte der Bürger gegenüber dem Staat.⁷⁰

d) Dies ist die gesellschaftliche und rechtswissenschaftliche Basis, von der ausgehend eine Erklärung der Entstehung der modernen Persönlichkeitsrechte versucht werden kann. Sie kamen immer mehr zum Vorschein, als die Schattenseiten des liberalen Systems immer offensichtlicher wurden. Man erkannte neben der Ehre eine steigende Zahl neuer Persönlichkeitsrechte an und beschränkte dadurch immer mehr die abstrakte und totale Privatfreiheit. Dies war um so notwendiger, als der automatische Interessenausgleich der Eigentümer doch nicht vorstellungsgemäß funktionierte. Andererseits veränderten sich am Jahrhundertende alle grundlegenden Rechtsinstitute; das Eigentum, der Vertrag und die Haftung – die Persönlichkeitskonzeption blieb von diesen rechtlichen und den grundlegenden sozialen Änderungen natürlich nicht unberührt. Das »allgemeine Persönlichkeitsrecht« war eine Kritik der abstrakten Person im allgemeinen – und zugleich ein bezeichnender ideologischer Ausdruck der Umwälzungen. Die neue Stellung der Person bedeutete natürlich auch ein neues Verhältnis zum Staat – wie auch die Beziehung zwischen dem Staat und der Wirtschaft (als klassischer Privatsphäre) umgestaltet wurde.

Die einzelnen neuen Persönlichkeitsrechte sind in irgendeiner Form in allen Rechtsordnungen zu finden. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde erst in der Schweiz gesetzlich verankert, seine Entstehung wurde aber von der »sozialen« Weiterbildung der deutschen organischen Persönlichkeitskonzeption beeinflusst. Anschließend verfolgen wir die Entwicklung in diesen beiden Rechten.

III.

1. Wir sahen, daß die bürgerliche Umwälzung das Persönlichkeitsrecht mit der Rechtsfähigkeit verband und es dadurch notwendigerweise abstrahierte. Insoweit ist es egal, ob man sich die Rechtsfähigkeit einheitlich oder ständisch gliedert vorstellte. Selbst das Recht auf Ehre und guten Ruf,

⁷⁰ In Deutschland befaßte man sich zwischen 1815 und 1850 nicht mit den öffentlich-rechtlichen Rechten des Individuums, bemerkte *Jellinek*: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg i.Br. 1892, 4. – Außerdem noch *Scheuner*: Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte im Übergang von der Aufklärung zum 19. Jahrhundert. Der Staat, Beiheft 4, 105, und die Diskussion dieses Referats ebd., weiterhin *Kleinbeyer* 17 ff. und *Huber* 354.

das aus der Fülle der naturrechtlichen Freiheiten als konkretes Recht fortbestand, hatte eine wichtigere Rolle bei der theoretischen Begründung der Rechtsfähigkeit und der »Person« als in seiner ursprünglichen rechtspraktischen Funktion. Die späteren Persönlichkeitsrechte waren schon in diesem System inhärent, wiewohl sie vom Eigentum absorbiert wurden.

Auch für die Romanisten waren der freien Entfaltung »unsichtbare Grenzen« gesetzt; die »Herrschaft über eine fremde Person«, die das Recht ermöglichte, durfte ihre Freiheit nicht zerstören, ist nur »ohne Zerstörung ihrer Freiheit« denkbar. Die Herrschaftsverhältnisse, d.h. die Obligationen, hatten diesbezüglich die gleiche Natur wie das Eigentum.⁷¹ Auch das Sacheigentum unterlag dem Gesetz der einander beschränkenden Freiheiten. Es ist ein alter liberaler Konflikt, ob sich die Freiheit gegen sich selbst wenden darf; die Frage wurde aber nie nach abstrakten Prinzipien entschieden, sondern immer so, wie es die Lebensinteressen des Systems verlangten.⁷²

Bei Jhering können wir viel über die Grenzen der abstrakten »subjektiven Freiheit« lesen, die durch die in den einzelnen Rechtsinstituten gegebene »objektive Freiheit« abgesteckt werden. (Also keine Selbstzerstörung der Freiheit, sondern Pflicht zu ihrem sittlichen Gebrauch usw. All dies klingt recht »organisch« oder germanistisch.) Näher besehen stellt sich aber heraus, daß Jhering die Freiheit in das liberale Zivilrecht adaptierte, als notwendige Beschränkung der Freiheit schloß er alle nicht in das System hineinpassenden Elemente aus, d.h. hinsichtlich der »Macht über die Person« alles, was die Verdinglichung nicht duldet, also nicht in Geldwert umsetzbar ist; bezüglich des Eigentums alles, wodurch dessen freier Verkehr verhindert würde. Die so beschränkte »wahre« Freiheit ist Freiheit für alle: Die andere Person, das Eigentum, sogar der Eigentümer bleiben frei (da letzterer auch weiterhin über sich selbst und über sein Eigentumsrecht beliebig verfügen kann – nur das Eigentum selbst kann er nicht binden).⁷³

71 *Savigny* 331f., 339 ff. Die Obligationen verwandeln sich nämlich in Geldeigentum, ihr Zweck ist der Eigentumserwerb.

72 Klassisches politisches Beispiel dafür ist die Anerkennung der Gewerkschaften in England. Nach Ansicht der Liberalen der Jahrhundertmitte ermöglichte die individuelle Freiheit auch den Zusammenschluß gegen sich selbst. Die nächste Generation, für die es schon eine praktische Frage war, antwortete mit dem Verbot der Gewerkschaften. *Dicey: Lectures on the Relation between Law and Public Opinion during the Nineteenth Century*. London 1905, 190–201.

73 *Jhering*, Geist 206–218. Es verdient hervorgehoben zu werden, wie sehr Jhering auf der Naturalität des Grundeigentums besteht: ideelle Teile und Belastungen sind »ein wahrer Krebs des Eigentums« (214).

Diese Selbstbeschränkungen der Freiheit spielten später eine wichtige Rolle bei der Ausgestaltung des selbständigen Persönlichkeitsschutzes.⁷⁴ Aus römischen Beispielen schöpfend, stellte Jhering eine Typologie auf, die der französischen und schweizerischen Praxis des 19. Jahrhunderts vollkommen entsprach. So waren z. B. die persönliche Freiheit begrenzende Verträge nichtig, man konnte keinen lebenslangen Dienstvertrag schließen, Dienstbarkeiten nicht auf persönliche Leistung begründen usw. Diese Prinzipien wurden etwa dadurch praktisch gesichert, daß Obligationen auf Tun oder Dulden nicht in natura zu erzwingen waren, man konnte nur Schadenersatz verlangen.⁷⁵ Offensichtlich ging es hier um das Verbot der vertraglichen Fortsetzung feudaler Abhängigkeiten bzw. – von der anderen Seite – um die Befreiung (Mobilisierung) der Arbeitskraft. Das gleiche objektive Interesse, d. h. die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des liberalen Systems, schützt auch die Freiheit der Person gegen die Freiheit des »Willens« anderer. Ursprünglich handelte es sich aber um einen Institutionenschutz und nicht um ein subjektives Persönlichkeitsrecht. Bekannte Beispiele sind aus dem 19. Jahrhundert die Nichtigkeit solcher Schenkungs- oder testamentarischen Bedingungen, wie Eheschließung, Niederlassung an einem bestimmten Ort, Religionswechsel. Hier mußten aber gegen die Verfügungsfreiheit des Eigentümers andere Grundfreiheiten aufgewogen werden: die der Eheschließung, die Freizügigkeit oder die Gewissensfreiheit. Das französische Recht arbeitete ausdrücklich mit dem *ordre public*. Der Schutz war demnach nicht unbedingt – er hing von konkreten rechtspolitischen, moralischen und Zweckentscheidungen ab.⁷⁶ Das Wesentliche dabei ist, daß die entgegengesetzten »Freiheiten« nur im konkreten Fall in Konflikt gerieten; an sich sind sie anerkannte Bestandteile des liberalen Systems.

2. Damit ist nur die Möglichkeit der Persönlichkeitsrechte gegeben. Zu ihrer Entstehung bedarf es wichtiger Änderungen. Im folgenden gehen wir diesen nach.

74 Ob das Recht auf die eigene Person auch das Recht zum Selbstmord mit umfaßte, war ein vielbehandeltes Thema in der ersten Hälfte des 19. Jh., s. z. B. *Savigny* 337, *Hegel*: Rechtsphilosophie § 70 und Zusatz zu § 70. – Für unseren aktuellen Gedankengang ist es aber unbedeutend.

75 Code civil art. 686, 1142, 1780, *Jhering*, Geist 208, *Gierke* 710, *Barazzetti*: Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern 1898, 34 und schweizerisches ZGB Art. 27.

76 Zur französischen Rechtsprechung s. *Constantinesco* 320, 329 ff., 335 ff. (seine Beispiele sind größtenteils neueren Datums).

Jhering (Geist 208 ff.) betonte allerdings die Objektivität des Institutionenschutzes. – Diese, auf der »persönlichen Freiheit« fußenden Grenzen des Eigentums werden nur im schweizerischen Recht, unter Einfluß der Persönlichkeitsideologie, »Persönlichkeitsrechte« genannt (s. die Interpretation des Art. 27 ZGB).

a) Die grundsätzliche technische Änderung trat ein, als man die Grenzen der Freiheit nicht mehr vom Gesichtspunkt der Berechtigung, also der »Willensherrschaft«, betrachtete,⁷⁷ sondern von der anderen Person, von ihrem Schutz her. Die aktive, machtbezogene Persönlichkeitsauffassung wird passiv, schutzbegehend. Damit hebt sich die »freie Entfaltung« immer mehr von ihrer materiellen Garantie ab und ersetzt diese durch staatlichen Schutz.

Schon das läßt annehmen, daß im Hintergrund epochale gesellschaftliche Umwälzungen im Gange waren. Im Recht selbst kann man beobachten, daß die objektiven Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung, die schließlich über beide Parteien⁷⁸ – wie Jhering sagt – Maß, Ziel und Bahn der abstrakten Freiheit bestimmten, durch den Schutzanspruch des Verletzten, der immer eindeutiger sein subjektives Recht wird, in den Hintergrund gedrängt werden. Die Ausdehnung deliktischer Ansprüche ist selber kennzeichnend für die Epoche.

Andererseits, und das ist die wichtigere Änderung, werden diese aus dem ganzen System gezogenen Gesichtspunkte selbst widersprüchlich. In den oben erwähnten Fällen standen der Eigentumsfreiheit Freiheiten von außerhalb der Sphäre des Verkehrs gegenüber (Eheschließung, Freizügigkeit usw.). Jetzt aber stießen innerhalb der Verkehrssphäre zwei Politika zusammen: der freie Wettbewerb und der Schutz der Opfer des freien Wettbewerbs. Die Funktionsfähigkeit des freien Eigentums ist nunmehr weder Ziel noch Ergebnis, es geht um die Sicherung der Position der Verkehrsteilnehmer,⁷⁹ auch um den Preis der Umgestaltung des Systems.

b) Wenn wir behaupten, daß die Persönlichkeitsrechte durch die Krise der Eigentums- und der Eigentümer/Person-Konzeption wiederum zu Tage gefördert wurden, erfassen wir die Änderung nur formal. Suchen wir den gesellschaftlichen Inhalt der Krise, dann reicht es nicht aus zu sagen, daß es sich um die Krise des auf dem freien Wettbewerb aufgebauten Kapitalismus handelt. Die Identifizierung von »Person« und »Eigentümer« war von Anfang an widersprüchlich – entweder waren die beiden miteinander, oder aber ihre Einheit mit der kapitalistischen Produktionsweise

77 Diese spielt jedoch auch im weiteren eine wichtige Rolle und setzt den Gedanken des Zusammenhanges mit der Rechtsfähigkeit fort. – Die schweizerische Theorie der Jahrhundertwende faßt die erwähnten Grenzen der »Freiheit« noch als den Schutz der Persönlichkeit gegen sich selbst auf. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. *Egger*: Das Personenrecht. Zürich 1911, 86.

78 Das zeigt sich z. B. in den Fällen der Nichtigkeit des Vertrages oder der Einwilligung.

79 Deswegen ist es hier schwerer, die Freiheit des Eigentums zu schmälern, als es bei der Begrenzung mit »höheren« (d. h. nichtwirtschaftlichen) Gesichtspunkten der Fall war.

unvereinbar. Die Gleichsetzung von Person und Eigentümer im Liberal-kapitalismus (natürlich auch das Dahinschwinden der Persönlichkeitsrechte, ihre Auflösung in dieser Identität) war nur nach dem Bewußtsein dieses Zeitalters richtig.

Das »römischrechtliche« allgemeine und formale Eigentum (bzw. die Person) hatte die doppelte historische Aufgabe, der kapitalistischen Produktion den Weg zu bereiten und zugleich das tatsächliche Funktionieren des Kapitals ideologisch zu verhüllen. Oben konnten wir sehen, daß dieses Eigentum jede inhaltliche Frage unmöglich macht. Auf diese Weise riß es sich von der Geschichte los – ähnlich wie der »Warenaustausch«.⁸⁰ Die Allgemeinheit des Eigentums verbirgt und neutralisiert das Kapital, ebenso wie der Mensch den Bourgeois. Hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte ist es nicht ausreichend festzustellen, daß das abstrakte Eigentum die Eigentümlichkeiten des Kapitaleigentums nicht widerspiegelt, sondern es ist vor allem darauf hinzuweisen, daß dieses Eigentum auch von seinem ursprünglichen Gesellschaftsmodell abstrahiert.

Das völlig freie Eigentum (und der Eigentümer) ist hinsichtlich seines Totalitätsanspruchs wahrlich kapitalistisch, in der Tat aber nur in dem negativen Sinn, daß es von aller äußeren rechtlichen Begrenzung frei ist. Inhaltlich gesehen ist jedoch dieses denaturierte Eigentum nur einer der geeigneten Ausgangspunkte des kapitalistischen Eigentums⁸¹ und keineswegs dessen adäquater Ausdruck. Es entspricht dem Modell einer schon befreiten, einfachen Warenproduktion – d.h. einer noch nicht industriellen Warenproduktion an der Grenze zwischen Feudalismus und Kapitalismus.

80 In *Marx'* Kapital kehrt das Problem immer wieder, daß wenn man die Warenproduktion nach ihren eigenen wirtschaftlichen Gesetzen beurteilt, dann muß man jeden Austauschakt für sich betrachten, unabhängig von den vorangehenden und späteren Tauschhandlungen. Dadurch wird aber ausgeschlossen, daß anstatt des individuellen Verhältnisses zwischen Arbeiter und Kapitalisten das Verhältnis der Arbeiterklasse zur Klasse der Kapitalisten untersucht werde. »Solange bei jedem Austauschakt – einzeln genommen – die Gesetze des Austausches eingehalten werden, kann die Anreizungsweise eine totale Umwälzung erfahren, ohne das, der Warenproduktion gemäße, Eigentumsrecht irgendwie zu berühren. Dieses selbe Recht steht in Kraft wie am Anfang ... so auch in der kapitalistischen Periode« (*Marx*: Das Kapital. Bd. I, Berlin 1977, 613). Vgl. die Meinung von *Poldnyi*, daß die Natur des Marktes immer beschränkend, nie expansiv ist; und daß der in den verschiedensten Gesellschaften vorhandene Markt und die Marktgesellschaft (in der alles zur Ware wird) zwei verschiedene Kategorien sind: *The Great Transformation* (1944), Frankfurt/M. 1978, 89 ff.

81 Für eine andere Möglichkeit kann England das Beispiel sein: die formalen Gebundenheiten des Eigentums und die – die Befreiung der Arbeitskräfte verhindernde – Armenfürsorge in den Gemeinden sind sehr lange aufrechterhalten worden.

Lassen wir uns durch die Abstraktheit des römischrechtlichen Eigentums nicht täuschen – sie erwies gute Dienste bei der Befreiung von feudalen Bindungen. Aber wir dürfen nicht davon abstrahieren, mit welcher Versprechung jedermann zu einer »Person« wurde, daß nämlich jeder sich zum Eigentümer, zum Bürger erheben kann. »Bürger« bedeutete aber viel eher den mit eigener Arbeit produzierenden Kleineigentümer als den (Groß-) Kapitalisten. Der deutsche Mittelstand, der sich schon vor 1848 als grundlegende Klasse der Gegenwart betrachtete,⁸² hielt auch weiterhin den traditionellen Hausvater für die Person.⁸³ Er ist das Haupt aller, die in seinem Hause leben, weiterhin Haupt des Vermögens, der Werkstatt oder des Bauernhofs. Der adäquate Gegenstand des Eigentums ist also das Universum der Sachen, die die Produktion, den Verbrauch, die Fortpflanzung der Familie sichern, und das seine »Individuation durch die Individualität des Eigners erhält«.⁸⁴

Nur diese tatsächliche Identifikation gab der Gleichsetzung von Eigentümer und Person Sinn und Glaubwürdigkeit.⁸⁵ Dieser gesellschaftliche Hintergrund machte die Person noch im organischen, berufsständischen Gesellschaftsbild der Germanisten inhaltvoll.

Das kapitalistische Eigentum ist aber nicht mit dem Wareneigentum im allgemeinen identisch. Das abstrakte Eigentumsrecht drückte die Eigentümlichkeiten des Kapitals nicht aus. So kam ihm eine immer mehr ideologische Rolle zu.⁸⁶ Die abstrakte Person stand im gleichen Verhältnis zum Kapitalismus wie das abstrakte Eigentum. Wie die neuen, ausdrücklich kapitalistischen Funktionen des Eigentums nur von Fall zu Fall, sogar

82 Für den eindeutig mittelbürgerlichen Charakter der deutschen Umwälzung und die spätere Rolle des großbürgerlichen Liberalismus s. *Gall* 345 ff.

83 Diese Locke–Kant–Hegelsche Tradition wird 1846 noch als lebendige und allgemeine Ansicht von *Welcker* vertreten: *Art. Eigentum. Supplement*, Bd. 2, 211.

84 Zur Rolle des »Hauses«, als Verkörperung des organischen Eigentums s. *Renner*: *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*. (1929) Stuttgart 1965, 75 ff.

85 Auch wenn das abstrakte Eigentum mit diesem Hintergrund nur in mittelbarer Beziehung steht. (Vgl. z.B. die Erklärung *Renners*, daß die unbegrenzte Verfügungsmacht des Eigentümers sinnvoll ist, wenn man sie sich in der obigen Konstruktion, d.h. innerhalb des Hauses vorstellt; was immer der Eigentümer hier macht, bleibt den Nachbarn gleichgültig. 76f.)

86 Die Identität von Person und Eigentümer wurde zu bloßer Ideologie, als das Eigentum des kleinen Warenproduzenten durch das kapitalistische Eigentum abgelöst wurde, d.h., als das Versprechen des Bürgerwerdens seine die ganze Gesellschaft mobilisierende Kraft verlor, als Eigentum und Arbeit notwendigerweise getrennt wurden und als es sich herausstellte, daß nur der Bourgeois Person ist, während diese Personkonzeption für die Arbeiterklasse nicht nur praktisch nicht verwirklicht, sondern schon überholt war.

durch die Zufälligkeiten der jeweiligen Umstände bestimmt, eine selbständige rechtliche Form erhielten, während im allgemeinen das abstrakte Eigentum weiterhin die Regel blieb, so traten auch einzelne Persönlichkeitsrechte auf, ohne die grundsätzliche Identität des abstrakten Rechtssubjekts mit der »Person« zu berühren. Sie entsprachen nicht mechanistisch den neuen Konnexinstituten⁸⁷ des Eigentumsrechts (auch ersetzten sie diese nicht), standen aber zweifelsohne mit der Umgestaltung des Eigentumsrechts im Zusammenhang. Wir werden einerseits diesen Prozeß verfolgen, in dem also einzelne (nunmehr Schutz-) Ansprüche der Eigentümer-Person in der Form besonderer Persönlichkeitsrechte instrumentiert werden.

Es gab jedoch auch Versuche, die gesamte Personenkonzeption zu adaptieren. Sie hatten dort einen realen Grund, wo die ursprüngliche, organische Gleichheit des Eigentümers und der Person nicht völlig entleert wurde: in der germanistischen Theorie, die sich immer mehr als sozial verstand, und andererseits in der Praxis in der Schweiz. Als Ergebnis dieser Umdeutung entstand das allgemeine Persönlichkeitsrecht, in seiner damaligen Gestalt und Rolle. Nach der Betrachtung der besonderen Persönlichkeitsrechte werden wir diese Entwicklung darlegen.

3. Der Widerspruch zwischen dem herrschenden »römischrechtlichen« Eigentum als äußerste Abstraktion des persönlichen Eigentums des kleinen Warenproduzenten und dem eigentlichen kapitalistischen Eigentum wurde im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts unerträglich. Diese Krise wird bis heute in erster Linie als die wesentliche äußere Begrenzung, die staatliche Regulierung des bis dahin absolut geltenden Eigentums beschrieben. Zweitens wird sie als die Auflösung der herkömmlichen Eigentümerberechtigungen, also des Besitzes, der Nutzung und der Verfügung aufgefaßt. Weniger Aufmerksamkeit, als es eigentlich dem dritten Platz gebührte, kommt der allgemeinen Anerkennung des »geistigen Eigentums« zu, die aber auch in diese Entwicklungsetappe gehört. Man läßt den Zusammenhang all dieser mit der Personenkonzeption hier völlig außer acht (obwohl ihre integrierende Kraft diese Neuigkeiten gut miteinander verbinden könnte). Die Gleichsetzung des Eigentümers mit der Person war nur für die deutsche Theorie kennzeichnend. Gerade diese Wissenschaft konnte die Probleme des Eigentums schon sehr früh und sehr genau zeigen. Andererseits kann man die Umstellung der Persönlichkeitsrechte von der bloßen Rechtssubjektivität auf inhaltliche (vor allem: Schutz-)Fragen in der deutschen Literatur nach 1870 nicht verstehen, ohne auch die Wandlungen des Eigentums zu betrachten. Bei dieser Umgestaltung bedienten sich die verschiedensten, auch gegensätzlichen Richtungen des Mittels des

Persönlichkeitsrechts. So sind die nun »inhaltvollen« Persönlichkeitsrechte nur im allgemeinen für die Störungen und Neugestaltung des Eigentums kennzeichnend, nicht aber für eine bestimmte Richtung.

a) Wir sahen oben, daß die Willensmacht der abstrakten Person sich nur auf Sachen beziehen konnte. Auch die Herrschaft über andere Personen kam nur durch die Vermittlung von Sachen zustande. Für die Allgemeinheit des Eigentums mußte man mit dieser sehr wesentlichen Beschränkung zahlen, deren Tragweite damals noch gar nicht überschaubar war.

Der einfache Warenproduzent herrschte nicht nur über seine Sachen; seine persönliche Macht innerhalb seines Betriebs und seine persönlichen Beziehungen zu anderen Eigentümern waren nicht weniger Teil seines »Eigentums« als seine materiellen »Güter«. Wenn diese organischen oder funktionellen Aspekte des Eigentums früher überhaupt geregelt wurden, geschah das offenbar nicht zivilrechtlich. (Die geschäftlichen und Wettbewerbspositionen wurden durch Privilegien oder Monopole gesichert bzw. polizeilich geschützt.) Zur Zeit der Ausgestaltung des liberalen Rechts lag es theoretisch und praktisch-rechtspolitisch auf der Hand,⁸⁸ alle diese »Rechte« in das privatrechtliche Eigentum einzuschmelzen. Dadurch geriet dieses Eigentum jedoch zu seiner Definition, dem Sacheigentum, in Widerspruch.

Eine Lösungsmöglichkeit war die Verdoppelung des Eigentums. Für einige traditionelle, nicht-materielle »Eigentums«objekte (wie vor allem für den Schutz gegen unbefugten Nachdruck⁸⁹) stellte man die Theorie vom geistigen Eigentum auf – die jedoch hinsichtlich des Verhältnisses des Sacheigentums zu dem sich von ihm abhebenden geistigen Teil sowohl philosophisch als auch juristisch während des ganzen 19. Jahrhunderts eigentlich ungelöst geblieben ist.⁹⁰ Es bot sich nur der Ausweg, das Eigentum – nun auch von seinem Gegenstand abstrahierend – als bloßes Recht

88 Alle Eigentumsbeschränkungen müssen aus der Natur der Sache hergeleitet werden, d. h. sie sind als Folge des Eigentumsrechts hinzustellen, an dessen Heiligkeit jeder glaubt, auch wenn er sie nicht immer ehrt. So kann man mit der Achtung des Eigentumsrechts Erfolg erreichen. Eine Sicherheit gegen Nachdruck kann z. B. nicht durch Privilegien, sondern dadurch gegeben werden, wenn man das Verbot als einen reinen Ausfluß des Eigentumsrechts und der bürgerlichen Verhältnisse auszeichnet – schrieb 1809 Bauer über das geistige Eigentum (Erläuterungen über den Code Napoleon, zitiert bei *Kobler*: Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht. Stuttgart 1907, 89).

89 Der seit der Verbreitung der Drucktechnik ein ernstes wirtschaftliches Problem war. Geschichtliches bei *Kobler* 61 ff.

90 *Kobler* 80 ff.

aufzufassen.⁹¹ Dieser Weg aber führte logischerweise zu dem Subjekt dieses Rechtes, der »Person«.⁹²

Entweder auf diese Weise oder die ursprüngliche organische »Eigentümer«-Konzeption fortsetzend, betrachteten die Germanisten im allgemeinen die Person als integrierenden Faktor.⁹³ Dieser Kunstgriff war für die Entwicklung der Persönlichkeitsrechte entscheidend: So wurden zu »Persönlichkeitsrecht« neben dem Urheber- und Warenzeichenrecht immer mehr neue wirtschaftliche Positionen, die – wegen der unzureichenden Selbstregulierung bzw. wegen des unzureichenden Selbstschutzes – einen »äußeren«, rechtlichen Schutz nötig hatten.

Die in der Literatur anerkannten neuen Persönlichkeitsrechte waren umfangsmäßig sehr verschieden. Sie konnten z. B. die ursprüngliche organische Eigentümer-Eigenschaft reproduzieren, die jetzt in verschiedenen Varianten des goodwill erscheint (wie bei Gierke das Recht auf einen »besonderen wirtschaftlichen Tätigkeitsbereich«, in dem Geschäftsbeziehungen, Kundschaft, Ruf und Vertrauen sich mit dem Betrieb und seinen materiellen Unterlagen »zu einem individualisierten Inbegriff ständiger Lebensverhältnisse verfestigen«⁹⁴), oder sie konnten sich auf einzelne Berechtigungen des gewerblichen Eigentums oder des Urheberrechts beziehen. All dies bedeutet eine Zurücknahme der Abstraktion der Person.⁹⁵ Dahinter steht eine entsprechende Änderung der abstrakt-absoluten Eigentumskonzeption.

Dieser Änderung müssen wir noch einige Worte widmen. Die »organische« Auffassung der Germanisten als Ideologie darf nicht verdecken, daß die ihr zugrunde gelegte traditionelle Einheit von Eigentümer und

91 Nach *Jhering* gibt es keinen wesentlichen Unterschied zwischen dem Eigentum an Sachen und an Rechten – nur der Gegenstand ist verschieden. »Aber nicht der Gegenstand ist das Entscheidende bei den Rechten, sondern die rechtliche Beziehung des Berechtigten zu ihm«, und diese Beziehung ist die gleiche. *Injuria* 378.

92 *Lange*: Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum. 858.

93 Im einzelnen s. *Kobler* 84 f., *Gierke* 71.

94 *Gierke* 713. Für diese Auffassung ist die Behandlung der wirtschaftlichen Sphäre als einer Sphäre der Persönlichkeit bezeichnend. So sind z. B. für Gierke die Monopolrechte ebenso eine Erweiterung der Persönlichkeitsphäre, wie für den Romanisten Puchta der Besitz ein Ausfluß der Persönlichkeit war (715).

95 Vgl. *Jherings* Kritik an den Persönlichkeitstheorien, die die Person mit ihren konkreten Rechten verwechseln. Aus diesem Grund sollte dann auch das Eigentum ein Persönlichkeitsrecht sein (*Injuria* 381 ff. – Ganz ähnlich schon *Savigny* 337).

Gierke unterscheidet später zwischen den (eigentlichen) Persönlichkeitsrechten und dem »allgemeinen Recht der Persönlichkeit«, das das einheitliche subjektive Grundrecht ist und aus dem in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung besondere Rechte »herauswachsen« (703 ff.).

Eigentum nicht mehr existierte. Das dazu gehörende Gesellschaftsbild war durch die Gründerjahre nach 1850 überholt worden.⁹⁶ Nur in der Schweiz entsprach dieses Gesellschaftsbild den tatsächlichen Verhältnissen, so daß das Persönlichkeitsrecht dort zuerst allgemeine Theorie, dann auch rechtlicher Rahmen des Wettbewerbsrechts bzw. der staatlichen Intervention in die Wirtschaft werden konnte (siehe unten). Das Eigentum als organischer Kosmos wurde durch die kapitalistische Produktion aufgehoben. Die um einzelne wirtschaftliche Teilfunktionen organisierten Sachen und Beziehungen wurden nicht mehr durch die »Individualität des Eigentümers« zusammengehalten. Einerseits wurde selbst der Eigentümer »künstlich«⁹⁷, andererseits, und das ist für uns wichtig, übernahmen außer dem Eigentum auch andere künstliche Gebilde, die meist als ergänzende, jedoch selbständige Rechte neben dem Eigentum erschienen, die Aufgabe der Individualisierung des Vermögens. Die abstrakte Macht des Eigentümers wurde durch diese Konnexinstitute immer mehr gebunden. Schließlich wurde die »freie Entfaltung«, die der »Person« ihren Sinn gab, in einen regulierten Markt, in eine Wettbewerbsordnung eingestuft. Die abstrakte Regel von der gegenseitigen Beschränkung der Freiheiten wird in den Rechten der »wirtschaftlichen Persönlichkeit« am Jahrhundertende in konkrete Regulierung verwandelt.

b) Wenn die Freiheit nicht mehr vollständig und selbstregulierend ist, wird es grundsätzlich fraglich, was man darf und was nicht. Gierkes Persönlichkeitsrechte auf »freie Bethätigung der eigenen geistigen und leiblichen Kräfte«, weiterhin auf Anerkennung »besonderer Zustände« usw. erinnern gespenstisch an die naturrechtlichen Persönlichkeitsrechte. Man kann sie sofort weiterteilen, wie etwa in die besonderen Persönlichkeitsrechte »auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Erwerbstätigkeit«, z.B. die Gewerbefreiheit, oder innerhalb des Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb in die Rechte an Namen, »Ehrenzeichen« und Warenbezeichnungen usw., in die reich gegliederten Namensrechte, weiterhin in die verschie-

96 Vgl. die gute Zusammenfassung der wirtschaftlich-gesellschaftlichen Entwicklung in der Einleitung von *Brüggenmeier*: Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Materialien zum Wirtschaftsrecht. I, Frankfurt/M. 1977.

97 Auch deswegen war die juristische Person ein großes Problem des 19. Jh. Die Abstraktion der Person war ebenso geeignet, die Änderungen zu tragen wie das Eigentum zum Tragen seiner Änderungen (vgl. *Gierke*: die Verbandspersönlichkeit ist »nicht minder unsinnlich, aber nicht minder wirklich« als die »Persönlichkeit«, 268). So werden die Persönlichkeitsrechte ohne Bedenken auf juristische Personen angewendet. *Raiser* betrachtet heute noch die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts »an der eigenen Person« und des Rechts »an dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb« als Parallelen. Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht. In: Die Aufgabe des Privatrechts. Kronberg/Ts. 1977, 110.

densten Zustandsrechte, z. B. »als großjährig, als geistig gesund usw. anerkannt zu werden. Es ist aber auch ein Recht, als schutzbedürftig zu gelten«.⁹⁸

Im Naturrecht hatte man den gemeinsamen Nenner noch nicht gefunden, hier hat er schon seine Gültigkeit verloren: Die liberale Interpretation des subjektiven Rechts, die »Willensmacht« ist erschüttert. Hier können wir uns nicht damit beschäftigen, wie das subjektive Recht neuen Inhalt erhielt (indem ihm z. B. durch die Interessenlehre objektive Grenzen gesetzt wurden); auch nicht mit dem neuen Verhältnis des Individuums zum Staat, sondern wir müssen uns auf Hinweise beschränken, die das Gesagte ergänzen. Das Persönlichkeitsrecht ist ein Produkt der Krise des subjektiven Rechts. Diese Krise wird aber im Persönlichkeitsrecht so sichtbar, daß das subjektive Recht und der Rechtsschutz voneinander getrennt werden.⁹⁹ Obwohl ständig neue »Persönlichkeitsrechte« geschaffen werden, lautet die Frage nicht mehr, was man tun darf und was nicht, sondern, was staatlich geschützt wird und was nicht. Dies ist offenbar eine Akzentverschiebung von der autonomen Herrschaft zu einer (nicht mehr moralischen, wie bei den früheren Germanisten, sondern einfach einer) Rechtsordnung, in die die Person, mit den ihren verschiedenen Rollen entsprechenden Rechten und Pflichten, d. h. mit einem bestimmten Raum für die »freie Entfaltung« und mit gesicherten Schutzzonen, eingegliedert wird.

Was man von diesem Prozeß auf dem Gebiet der Persönlichkeitsrechte sieht, ist zunächst, daß die neuen Persönlichkeitsrechte nur hinsichtlich des absoluten Schutzes mit dem Eigentum und der Person identifiziert wurden.¹⁰⁰ Paradigmatisch ist die Auffassung Jellineks, der die Identität der Persönlichkeit und der Rechtsfähigkeit als die Fähigkeit zur Inanspruchnahme staatlichen Schutzes interpretiert.¹⁰¹ Es wurde weiterhin

98 *Gierke* 712 ff.

99 Das Problem dieser Trennung ist heute noch ungelöst. In der sozialistischen Literatur findet man die gleichen Fragestellungen wie vor hundert Jahren. Dies geht aus der Diskussion hervor, die in den 60er Jahren in der Sowjetunion darüber geführt wurde, ob das Persönlichkeitsrecht überhaupt ein »Recht« ist, oder ob es, ohne ein subjektives Recht zu sein, ein bloßer Schutzanspruch ist. – Für die Situation in Deutschland zusammenfassend s. *Raiser* 102.

100 Die Theorie ordnete oft die Persönlichkeitsrechte in das Sachenrecht ein – während das Familienrecht und das Obligationenrecht (als Herrschaftsverhältnisse gegenüber bestimmten Personen) zusammenfassend als »Personenrecht« bezeichnet wurden; z. B. *Gareis*: Enzyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. Giessen 1900, 72, 76.

Die Vermehrung der Schutzansprüche war auch dadurch begründet, daß infolge der Akzentverschiebung vom Sacheigentum auf die selbständigen Teilbefugnisse aus dem Eigentum der für Sacheigentum ausgestaltete Schutz (*rei vindicatio*) seine Allgemeinheit verlor. Neben ihm entstanden die neuen Schutzmöglichkeiten, wie neben dem Eigentum die neuen absoluten Rechte.

101 *Jellinek* 27.

unsicher, inwieweit diese Persönlichkeitsrechte noch Rechte des »Bourgeois« sind (der einst Modell der »Person« war). »Nach unten« wurde es zweifelhaft, ob die einzelnen konkreten »Freiheiten« überhaupt noch Rechte sind, d.h. einen Rechtsschutz genießen; »nach oben« war fraglich, ob sie zivilrechtlicher Natur sind.

Die erste Frage wurde (und wird bis heute) ausweichend beantwortet: Man könnte aufgrund Persönlichkeitsrechtsverletzung nur klagen, wenn bestimmte, schon früher anerkannte subjektive Rechte verletzt wurden.¹⁰² Diese bezeichnende Verschiebung der Entscheidung zeigt klar, daß das Persönlichkeitsrecht eine der postliberalen Generalklauseln ist. Zur rechtlichen Qualifikation der Bruchteile des nicht mehr abstrakten und monolithischen und so verunsicherten »Eigentums« wurde schon damals (und wird bis heute) der Gesetzgeber aufgefordert¹⁰³ – sehr logisch übrigens, denn das Problem ergab sich aus der gesetzlichen Beschränkung, d.h. Konkretisierung, der unbegrenzten und selbstregulierenden Macht des Eigentümers. (Den Zusammenhang zeigt, daß viele frühe Persönlichkeitsrechte sich nicht nur der Terminologie des Eigentumsrechts bedienten, sondern in der Analogie zu den traditionellen Beschränkungen des Eigentumsrechts – z.B. Dienstbarkeiten, Nachbarrechte – gebildet wurden.¹⁰⁴)

Ein Persönlichkeitsrecht zu konstituieren bedeutet letztlich, von der Autonomie der abstrakten Person einen Abschnitt wegzunehmen und dem Staat die Entscheidung darüber zu überlassen, was in diesem Bereich die »Freiheit« anderer beeinträchtigt und was nicht. Das Persönlichkeitsrecht ist also gleichzeitig Beschränkung und Sicherheit. Mit der Zeit spürte man die Beschränkung immer weniger (sie wurde natürlich) und empfand immer mehr nur den Schutz: Das Persönlichkeitsrecht als Garantie dafür, daß innerhalb der neubestimmten Grenzen Autonomie besteht. Diese Grenzziehung ist theoretisch für jedwede Tätigkeit denkbar, sogar begründet; praktisch wurde sie natürlich dort gemacht, wo gegenüber der ursprünglichen Freiheit der Eigentümer/Person schwerwiegende Gegeninteressen abzuwägen waren, und noch mehr dort, wo – mit dem Verblassen der »Eigentümer«-Rolle¹⁰⁵ – die ohne materielle (Selbst-)Garantie gebliebene Person des Schutzes bedurfte. Die in der Literatur am Jahrhundertende wiederum auftauchenden Rechte auf »Spazierengehen«

102 *Jhering*, Injuria 349. Gegen »bloß sociale Ehrenkränkung« gibt es keinen Schutz – dazu muß »ein Anspruch rechtlicher Art verletzt werden«.

103 Vgl. *Jellinek* 43 ff.

104 So z. B. *Jhering*, Injuria 313f.

105 Das Eigentum gab nämlich die materielle Garantie der Autonomie der Person. Jedoch konnte, wie gesagt, nicht jedermann Eigentümer werden, zweitens bedeutete das Kleineigentum keine Garantie dem (Groß-) Kapital gegenüber, drittens mußte der Persönlichkeitsschutz auch auf diejenigen erstreckt werden, die nur formal zur Person werden konnten – auf die Proletarier; eingehender s. unten.

oder »Schlafen«¹⁰⁶ sind keineswegs lächerlicher als das Recht am Namen oder am eigenen Bild, die heute so natürlich wirken. Das »Recht auf Tanzen« z. B. bereitete gleichermaßen den österreichischen, schweizerischen und französischen Gerichten im 19. Jahrhundert Sorgen – sie mußten nämlich dagegen das »Recht auf ungestörte Nachtruhe« anderer Mieter oder des Hausherrn, d. h. ein »Recht zum Schlafen« abwägen. (Nicht immer war das letztere das wichtigere.¹⁰⁷ Ursprünglich war es noch schwierig, die Position des Eigentümers mit Begrenzungen zu schwächen – heute ist man mit dem »Schutz« indoktriniert und findet die Intervention natürlich.¹⁰⁸)

Die »untere Grenze« des Persönlichkeitsrechts also, d. h. die Frage, für welche Tatbestände die Grenze zwischen Autonomie und Intervention konkret abgesteckt wird, kann nur insoweit eine prinzipielle Frage sein, als man die diese beeinflussenden Faktoren feststellt. Sie ist nicht rein logisch zu bestimmen. Wir weisen nur auf zwei Gründe hin, warum zu gleicher Zeit die gleichen – heute schon »klassischen« – Persönlichkeitsrechte in mehreren Rechtssystemen erschienen. Der »persönliche« Charakter von Namens-, Bild- und Tonaufnahmeschutz lag auf der Hand; es gab keine diesbezüglichen traditionellen Schutzinstitute; ihre rechtliche Anerkennung stand in Einklang mit der aufkommenden und betont selbständigen¹⁰⁹ rechtlichen Erfassung der Immaterialgüter. Diese wurden auch

106 Diese können z. B. nach *Jellinek* nicht einmal als rechtlich erlaubt qualifiziert werden, sie sind rechtlich völlig indifferent, da (bzw. solange) sie weder die Rechte anderer noch die Pflichten gegenüber dem Staat berühren (43, s. noch 92 ff.).

107 *Jhering*, *Injuria* 353 ff., *Jellinek* 43, 94.

108 Die heute natürliche Annahme, daß ein Händler jeden bedienen soll (oder nach *Renner*s Terminologie: die Umgestaltung des Privateigentums in eine öffentliche Anstalt), schien um 1880 in Deutschland noch nicht auf der Hand zu liegen. *Jhering* bespricht ausführlich zeitgenössische Fälle. Er behauptet, daß der Kaufmann, der Gastwirt, das Theater oder der Konzertveranstalter keinem Kontrahierungszwang unterliegen – sie sollten durch ihre Interessen dazu angehalten werden: »sie gedeihen am besten bei völliger Freiheit«. Der Staat kann natürlich rechtens eine Vertragspflicht verordnen – aber dadurch werden in der Regel Monopolstellungen ausgeglichen, wie in modernen Zeiten bei Eisenbahn und Post, oder traditionell bei Gastwirtschaften auf den einsamen Alpenpässen in der Schweiz. Im Falle der Verletzung einer solchen Pflicht kann der abgelehnte Kunde mit *actio injuriarum* klagen – auf seinen Nichtvermögensschaden (s. *Jhering*, *Injuria* 344 ff.). – Zwanzig Jahre später hingen die Schuster tausendfach Schilder mit der Inschrift »Schuhbesohlungsanstalt« aus und arbeiteten nach behördlich festgesetzten Preisen; s. *Renner* 101.

109 Die bisher behandelten Auffassungen wollten letzten Endes das Sacheigentum und die neuen Rechte doch innerhalb des Begriffes des Eigentums bzw. der Person behalten. Die (um die Jahrhundertwende, für eine Zeit) herrschenden Ansichten *Kohlers* über das Immaterialgüterrecht zeigen wichtige Entwicklungen hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts.

von der Persönlichkeitsideologie durchdrungen. Andererseits drängte die technische Entwicklung auf den Schutz dieser »Güter«: mit Selbstschutz war die Verletzung praktisch unabwendbar, und die Technik stellte eine Macht dar, die jedem zugänglich war.

Ebenso neu wie die Technik (aber den traditionellen »Eigentümer« viel mehr bedrohend) war die Erstreckung der Verwaltung auf »die bürgerliche Gesellschaft«. Damit gelangen wir zu der anderen Grenze der Persönlichkeitsrechte, die in dieser Beziehung aus dem Zivilrecht austreten und öffentlichrechtlichen Charakter annehmen. Gierke sprach klar aus, daß wo die »freie Betätigung« öffentlichrechtlich gewährleistet ist, »Persönlichkeitsrechte privatrechtlicher Prägung« überflüssig sind; diese treten nur auf dem Gebiet der Wirtschaft aus dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit heraus.¹¹⁰

In der Tat verblieb die »Person« nicht innerhalb des Zivilrechts. Wie wir sahen, wurde die »Person« erst durch die Identifizierung mit dem Kleineigentümer zivilrechtliche Kategorie und, in die Rechtsfähigkeit verwandelt, sogar eine Grundkategorie. Diese Position der Person konnte aber nur in einem völlig freien und selbstregulierenden Modell wirklich zentral sein, und auch dann nur deswegen, weil sie den Eigentümer eines ähnlich konzipierten Eigentums bedeutete.

Von den zwei parallelen Begriffen war das Eigentum besser ausgearbeitet. Die »Persönlichkeit« ging entweder in der Abstraktheit der Rechtsfähigkeit auf oder wurde, ohne jede selbständige Aufgabe, bloß in der Theorie am Leben gehalten. (Hier konnte man sie sogar, von germani-

Kohler weist die Verdoppelung des Eigentums als Sach- und geistiges Eigentum zurück, ebenso die Auffassung der Geistesschöpfungen als Persönlichkeitsrechte. Seiner Meinung nach ist die Ausdehnung des Eigentums auf Immaterialgüter unnatürlich, diese sollen vom Eigentum unabhängig, als selbständige *Vermögensrechte* anerkannt werden. Gleichzeitig besteht aber *neben* dem Vermögensrecht an dem geistigen Erzeugnis auch ein Persönlichkeitsrecht (Kohler 1-27).

Kohler begründet also die Selbständigkeit der nicht-materiellen Güter. Inzwischen wird aber eine wichtige Akzentverschiebung vom Objektiv-Abstrakten zum Subjektiv-Konkreten sichtbar. Kohler stellt die Immaterialgüter nicht dem Sacheigentum, sondern dem werterzeugenden, produktiven Eigentum gegenüber (13) und verlangt Schutz für die subjektive Wertung der Güter, unabhängig von ihrem objektiven Wert. Zu diesem Ergebnis führt andererseits, daß Kohler jedem Recht auch ein besonderes Persönlichkeitsrecht zuordnet, das die Verfügungsfreiheit der Person und ihre Privatsphäre schützen soll. Kohler verselbständigt das Persönlichkeitsrecht also gerade auf den Gebieten, wo es traditionell mit eigentums- oder autorenrechtlichen Erklärungen verflochten war. (Das Briefgeheimnis ist zu schützen, weil der Schreiber den Brief nicht für die Öffentlichkeit bestimmt hat, *seine* Absicht verdient den unbedingten Schutz; 13, 15 ff.)

110 Gierke 704, 713.

stischer Seite, gegen die abstrakte Eigentumsauffassung ausspielen: Die Rechtsfähigkeit wurde in der Praxis dadurch nicht berührt.) Das abstrakte Eigentum wurde also im Laufe der Zeit mit dem ursprünglichen Gesellschaftsmodell viel stärker und praktischer verbunden. Es trug fast allein die Folgen der gesellschaftlichen Änderungen. Das klassische Zivilrecht und das klassische Eigentum verloren an Boden, insofern die selbständigen (d.h. abweichenden) Züge des Kapitals auch rechtlich ausgedrückt wurden, also selbständig – neue Rechtszweige oder Disziplinen bildend – zum Ausdruck kamen.

Die Personenkonzeption aber folgte der Einengung des Eigentums nicht notwendigerweise und konnte deswegen von ihm mehrere Aufgaben übernehmen. Als wichtigstes konnte sie die rechtliche Gewährleistung der individuellen Autonomie aufrechterhalten. Sie erfüllte diese Aufgabe mit entsprechenden Änderungen, von denen wir hier zwei hervorheben. Erstens: Wo die »Person« der Persönlichkeitsrechte die Funktionen des »Eigentümers« mit Erfolg übernehmen konnte, sichert sie die Grenzen der Autonomie über das traditionelle Zivilrecht bzw. das neugegründete Arbeitsrecht (Sozialrecht), das Immaterialgüterrecht, Wettbewerbsrecht, sogar das Verwaltungsrecht übergreifend und einheitlich. Das Hinaustreten der Persönlichkeitsrechte über das Zivilrecht folgte also aus den Wandlungen des Zivilrechts. Demgegenüber ist das Verbleiben der Persönlichkeitsachen in der Kompetenz der Zivilgerichte bloße Tradition und Fortsetzung der ursprünglichen Lage. Zweitens, wie aus dem Gesagten folgt, ist die Politisierung der Persönlichkeitsrechte auch eine Notwendigkeit: Die Grenze der Autonomie ist zugleich die Grenze der begründeten staatlichen Regulierung.

Die neue Funktion des Persönlichkeitsrechts kann sich erst entfalten, wenn es seinen ursprünglichen (und Klassen-) Inhalt loswird, d.h. sich von der Identifizierung des Eigentümers mit der Person endgültig trennt. Dadurch wird es zum Träger einer neuen Ideologie.

IV.

Im folgenden stellen wir diese Verwandlung dar. Zunächst bringen wir noch zwei Illustrationen zur Verbindung Eigentümer-Person, aber jetzt mit Rücksicht darauf, daß die Veränderungen so lange mit beliebiger Instrumentierung vor sich gehen können, wie ihnen die ursprüngliche kleineigentümerische Gesellschaftsvorstellung zugrunde liegt: sie erscheinen ebenso gut im Eigentums- wie im Persönlichkeitsrecht, bzw. in deren Wettbewerb. Anschließend werden wir uns dem neuen Inhalt des Persönlichkeitsrechts zuwenden.

1. Die obige Erklärung für das Auftreten der modernen Persönlichkeitsrechte wird in deren zeitgenössischen Begründungen nicht gegeben. Doch findet man im Hintergrund immer irgendein Zeichen der Störung oder der Auflösung der Identität Eigentümer–Person. Der Schutz der »neuen Rechtsgüter« wird entweder auf einer Erweiterung des Eigentumschutzes aufgebaut, oder man verwendet dazu irgendeine Variante der Persönlichkeitsrechte. So trifft man z.B. auf einzelne besondere Persönlichkeitsrechte, die »aus dem allgemeinen Recht der Persönlichkeit heraustreten«, oder auf die Wiedererweckung der *actio iniuriarum*, mit der Interessenlehre kombiniert. Ihrer Begründung dient natürlich nicht direkt die Veränderung der Eigentumskonzeption. Es wird vielmehr von dem alten organischen (Wunsch-) Bild des Eigentümers gesprochen (seitens der Germanisten sogar im Bewußtsein der Kontinuität). Die andere übliche Erklärung – die die Umwälzung doch erriet – ist, daß der »Idealismus« (d.h. die Anerkennung nicht-materieller Güter) in dem bisher vom »platten, öden Materialismus« beherrschten Recht an Boden gewinnt. Hinter diesen Erklärungen ist aber leicht die Auflösung des absoluten Eigentums, die Verselbständigung und Relativierung der Teilberechtigungen zu erblicken. Wie wir sehen werden, kann schon die Betonung der »Persönlichkeit« mit diesem »idealisierenden« Trend zusammenhängen.

a) Oben war schon von der Unzeitgemäßheit der absoluten Eigentumskonzeption und deren Folgen die Rede. Hier werden wir die Zusammenhänge so zusammenfassen, wie die Zeitgenossen sie sahen. Zunächst zeigen wir ein Beispiel für die Verselbständigung der klassischen Teilberechtigungen des Eigentümers. Der Besitz war für die Alten noch ein »Ausfluß der Persönlichkeit«; von seiner Philosophie her, und noch mehr aus dem Recht, wird seine Verbundenheit zu der Hausvater-Person offensichtlich.¹¹¹

Der Durchbruch des selbständigen Schutzes des Besitzers in der Rechtsprechung aus dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts drückt endlich klar die sozialen Veränderungen (und im Recht die Verselbständigung

111 Den rechtlichen Schutz des tatsächlichen Besitzes leitete die deutsche Theorie aus Grundkategorien der juristischen Erfassung des »Menschen« ab: aus der Freiheit, aus der Willensouveränität; beide hängen natürlich mit der Persönlichkeit zusammen (s. *Puchta*: *Cursus der Institutionen*. II, ¹1857, 532). Die »Person«, deren »Ausfluß« der Besitz ist, ist der »Hausvater«. (Hinsichtlich der Diener, des Hausgesindes, aber auch der Beauftragten lebte bis in das 19. Jh. eine Fortsetzung der ursprünglichen Machtlage weiter, derzufolge der Sklave nicht besitzen konnte, da er selbst Besitzgegenstand war. – Bracton nennt auch noch den *bailee* »servant pro tempore«! Siehe eingehend bei *Holmes*: *The Common Law* (1881). Cambridge, Mass. 1963, 164ff.)

des Besitzes) aus – obwohl die Theorie dies noch als systemwidrig oder als Ausnahme betrachtet.¹¹²

Auf lange Sicht ist dies trotzdem ein wichtiger Schritt zur Abtrennung der »Person« vom Eigentum.¹¹³ Seine direkte Verbindung mit der Erneuerung des Persönlichkeitsrechts ist aber, daß man auch den Besitzschutz mit der Verletzung ideeller Interessen, letzten Endes mit der der Persönlichkeit begründete. Wenn man also dem Mieter Besitzschutz zusprach, wurde durch diese Begründung die relative Rechtsposition der absoluten angenähert. Gleichzeitig wurde aber der ursprünglich absolute Schutz des Sachenrechts im Namen des Interessengleichgewichtes zwischen Eigentümer, Besitzer und Dritten aufgelockert. Jhering reflektierte die neue Rechtsprechung zum Besitzrecht. Er polemisierte gegen die »materialistische«, also liberale Rechtsauffassung: »Besitz und Eigentum haben nicht die Aufgabe, den abstrakten Begriff der Willensherrschaft an den Sachen zu realisieren, sondern die Zweckbestimmung derselben für das menschliche Bedürfnis in Formen des Rechts sicher zu stellen.«¹¹⁴ »Besitz und Eigentum finden praktisch ihre Grenze am Interesse«, das sich ständig verändert.¹¹⁵ Weder Eigentum noch Besitz sind Domänen der unbegrenzten individuellen Herrschaft: »auch am Privateigentum findet ein *usus publicus* Statt«.¹¹⁶

Gleichzeitig können wir auch die Tendenz beobachten, daß bisher nicht oder nur obligationenrechtlich geschützte Interessen diesen in der Tat relativierten »absoluten« Schutz erlangen, wofür der – schon damals sehr aktuelle – Mieterschutz ein Beispiel ist.¹¹⁷ Das als »rein äußerliche und formalistische Betrachtung« apostrophierte liberale Recht vereinheitlichte die früheren Klagen wegen Besitzstörung auf objektivem Grund (vom Verschulden unabhängige und den Gegenstand des Besitzes betreffende Störung). Am Ende des Jahrhunderts wurden aber beide Kriterien durch die praktischen Ansprüche in Frage gestellt. Als theoretische

112 Bruns: Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. 1874. – Es geht einerseits um den Schutz der Mieter gegenüber dem Eigentümer und andererseits um die Abstimmung der »Nachbarrechte« der Mieter untereinander, aufgrund »persönlicher« Interessen, wie des »Rechtes auf Nachtruhe« usw., s. Jhering, *Injuria* 353, 360.

113 Auch im gesellschaftlichen Maßstab, s. den Klasseninhalt des Mieterschutzes.

114 Jhering, *Injuria* 317, im einzelnen 298 ff.

115 Ebenda 316, oder sehr scharf formuliert: »Auch beim Grundeigentum ist es nicht das Eigentum, welches den Schutz ... bewirkt hat, sondern lediglich das Interesse« (368).

116 Ebenda 313 ff.

117 Ebenda bes. 360. Man vergesse nicht, daß mit der plötzlichen Verstädterung die Mietwohnung massenhaft anstelle des »Hauses«, des typischen Gegenstandes des organischen Eigentums, tritt.

Reflexion darauf finden wir die gleichen Krisenerscheinungen, die auch hinsichtlich des subjektiven Rechts schon besprochen wurden.¹¹⁸

Die Verselbständigung einzelner Eigentümerbefugnisse wirft dieselben Probleme auf wie die einzelnen Persönlichkeitsrechte. Diese Entsprechung ist nicht formal. Die gemeinsamen Probleme bestehen unabhängig davon, ob man auf die neu geschützten »Güter« die (zur Verfügung stehende) Terminologie des Eigentums anwendet oder wenigstens Analogien zum Eigentum.¹¹⁹ Selbst die Verwandlung des Objekts des Eigentums (von einer Sache zum »geistigen«) führt allein noch nicht zum Persönlichkeitsrecht. Kredit, Geschäftspositionen, Geistesschöpfungen können rechtlich sowohl durch Ausdehnung des Sacheigentums auf Rechte als auch durch ihre Verselbständigung erfaßt werden – in beiden Fällen auch ohne Einbeziehung der »Persönlichkeit«.¹²⁰

b) Die einzige Brücke zum Persönlichkeitsrecht ist die Ideologie der Gleichsetzung von Eigentümer und Person, und nicht die Konstruktion der absoluten Rechte.

Jhering selbst beweist das. Er ist nämlich gegen eine direkte Gleichsetzung des Eigentums an Rechten mit dem Persönlichkeitsrecht.¹²¹ Wie er aber die ursprüngliche Eigentümer–Person–Konzeption unter veränderten Verhältnissen anwendet, daraus kann man nicht nur die Verbindung zwischen dem Eigentumsrecht und dem Persönlichkeitsrecht entnehmen, son-

118 Die neue Abstraktion, die Störung des Besitzverhältnisses, die die Verletzung des materiellen Interesses oder der Sache ablöst (und zu einer Verletzung der Persönlichkeit, des Rechtsgefühls und schließlich der gerechten Ordnung gesteigert wird), zeigt letzten Endes auch nicht, wo die neue Grenze der Autonomie ist, ist also ein leerer Begriff. Auch Jhering bleibt nichts anders übrig, als sich darauf zu verlassen, das Volk werde wissen, wo die Grenze liegt (»das Verständnis dafür ist im Volk vollkommen lebendig«), oder komplizierte Konstruktionen über die neutralen Peripherien des Besitzes und Eigentums aufzustellen, in die andere gegebenenfalls doch eingreifen dürfen. Die Bestimmung einer zweiten Linie, die den absolut geschützten Kern der Privatsphäre umgibt, läßt sich aber nicht definieren: »Was die gewöhnliche bürgerliche Existenz mit sich bringt, ist zu dulden« (z. B. Injuria 368, aber auch durchgehend). »Wer dieselben nicht dulden wollte, würde sich damit selber vom Verkehr ausschließen« (313).

Andererseits gibt Jhering die (theoretisch) grundsätzliche Position der Eigentümer–Person nicht leicht auf: Die erwähnten Eingriffe fußen nicht auf einem »Recht« des Dritten, sondern auf der »Befugnis«, die der Eigentümer oder Besitzer einzelnen konkreten Personen entziehen kann (309 ff., bes. 313).

119 Wie im Namensrecht die französische Rechtsprechung und anfangs auch die deutschen Gerichte.

120 Wie es oben hinsichtlich des geistigen Eigentums bzw. des Immaterialgüterrechts schon erwähnt wurde (s. Anm. 109).

121 Nach Jhering ist die Umwandlung des Sacheigentums in Eigentum an Rechten eine grundlegende Tendenz. Injuria 376 ff.

dern auch deren gesellschaftlichen Hintergrund klar sehen. Oben haben wir gezeigt, die Verwirklichung welcher Menschenidee der junge Jhering, noch zur Zeit der Abfassung von »Geist des römischen Rechts«, vom freien Wettbewerb und unter erzieherischer Mitwirkung des abstrakten Privatrechts erwartet hatte. Der »Kampf um's Recht« von 1872 scheint nur auf den ersten Blick eine juristische Adaptation des »Kampfes ums Dasein« – er ist in der Tat zutiefst ambivalent. Insoweit dieses Werk »liberal« ist, verlangt es Rechenschaft über die liberale Idee; doch ist die Verschiebung des »Kampfes« auf die gerichtliche Geltendmachung der Rechte selbst ein Bekenntnis, daß die Selbstregulierung und Abstraktion entweder nicht verwirklicht wurde oder aber den Hoffnungen nicht entsprach.

Jhering nahm noch die Einheit von Arbeit und Eigentum in der Person als Vorbild; deswegen erhebt sich der auf seinem Eigentum und seinem Recht um jeden Preis bestehende Bauer zur ethischen Idee. Über die Untrennbarkeit von Eigentum und Person spricht Jhering ganz im Sinne von Locke. Da das Eigentum »nur die sachlich erweiterte Peripherie der Person« ist, hat jede Sache über ihren materiellen Wert hinaus auch einen ideellen. Die Eigentumsverletzung ist demzufolge unmittelbar Personenverletzung. Sein gutes Recht nicht durchzusetzen, ist keine bloße Interessenfrage, sondern eine »Charakterfrage«. Mit diesen kleinen Verschiebungen – obwohl die Abhandlung nicht darauf, sondern wiederum auf die Erziehung der Nation abzielt – modernisiert Jhering jedoch das Verhältnis zwischen Person und Eigentümer. Er verschiebt nämlich den Akzent von der Selbstgarantie auf die Inanspruchnahme des Gerichtsschutzes. Dies geht eindeutig aus einer späteren Schrift hervor, als er auf dieser Grundlage die Neubelebung der *actio iniuriarum* behandelt. Jede Rechtsverletzung sei nicht nur wegen der Verletzung des Eigentums zugleich gegen die Person gerichtet, sondern auch, da sie die »Rechtsfeigheit« der Person vermutet: Der Beleidiger geht davon aus, der Verletzte werde es sich gefallen lassen, daß seine Rechte mit Füßen getreten werden.¹²² Paradoxerweise sah Jhering im Bauern und im englischen Bürger dieselben Vorbilder für die Deutschen wie die Germanisten um 1840. Er tadelte in gespenstisch gleichem Ton ihre Feigheit und ihren Servilismus. Inzwischen war aber der Absolutismus verschwunden – und hier wird klar, daß an seine Stelle nicht die von den Liberalen vorgestellte Welt trat. Jhering erwähnte wiederholt die Ursachen des Verfalls: »jeder Rest der sittlichen Idee des Eigentums [ist] abhanden gekommen«, Eigentum bedeutet dem einen nur Genuß, dem anderen nur Arbeit, mit Börsenspiel und Aktienswindel kann ein Vermögen erworben werden, statt daß Arbeit die

122 Siehe Jhering: *Der Kampf um's Recht*. Wien 1872, 26, 31, 37, 44 ff. Für die »Rechtsfeigheit«, die bei Jhering der Hybris entspricht, s. *Injuria* 266 ff.

Quelle und Rechtfertigung des Eigentums sein soll usw.¹²³ In der Welt der Selbstregulierung waren »Interesse« und »Materialismus« noch ausreichend, denn die Eigentümerstellung wurde nicht bestritten. Zur Zeit Jherings bildeten diese Verhältnisse nur noch einen Teil des gesellschaftlichen Lebens. Wendete man die Abstraktion auf das »Ganze« an, wurden die Ergebnisse disfunktionell und ungerecht.¹²⁴ Zur Zeit der Vorbereitung des Liberalismus war die Ehre der Anerkennung der abstrakten »Handlungsfreiheit«, jetzt aber der Inanspruchnahme der Hilfe des Staates gleich.

Die Persönlichkeitsrechte waren also notwendig, weil »die Zeit aus den Fugen ist« – kann sie aber ein modifiziertes liberales Ideal »einrichten«?

Man hätte mit Recht die liberalen Werte hinsichtlich des Menschen der gesellschaftlichen Realität des Jahrhundertendes gegenüberstellen können. Jhering jedoch greift auf das ursprüngliche, mittelbürgerliche frühliberale Gesellschaftsmodell zurück.¹²⁵ Seine – mit Ausnahme des gewerblichen Rechtsschutzes – Bagatellbeispiele¹²⁶ lassen die wahre und zeitgemäße Bedeutung der Persönlichkeitsrechte nicht einmal spüren. Wir sind aber über den Klasseninhalt der Jheringschen Persönlichkeitsrechte im Bilde: Der (auch wenn illusorische) Standpunkt des Kleineigentümers bedeutet Gleichgültigkeit den Problemen der Nicht-Eigentümer gegenüber. Dies ist eine typische Erscheinung im deutschen Recht dieser Zeit. Nicht nur bei den sich hartnäckig haltenden liberalen rechtlichen Lösungen, sondern auch bei den unausweichlichen neuen Rechtsinstituten ist zu fragen: cui bono? Jhering nennt in »Kampf« die sich entfaltende schuldnerfreundliche Rechtsprechung eine Schande des damaligen römischen Rechts;¹²⁷ der Schutz der neuen nicht-materiellen Güter diene nur der Eigentümer-Person. Atmet aber nicht den gleichen Geist das Deliktrecht des BGB, dessen klassische Konstruktion die vermögenden Geschädigten gegen die »nichtshabenden Schädiger« schützen wollte – oder wurde die Versicherung der Betriebsunfälle nicht ausschließlich im Interesse der Arbeitgeber eingeführt?¹²⁸ Die Persönlichkeitsrechte wie auch die anderen neuen

123 Jhering, Kampf 10, 40.

124 Ebd. 29, 44, 91 ff.

125 Deswegen ist es zweifelhaft, ob man Jhering als Begründer der modernen Persönlichkeitsrechte feiern kann, wie es *Fikentscher* tut (Methoden des Rechts. Tübingen 1976, Bd. III, 183).

126 Es ist fast peinlich, daß die mit großem Aufwand ausgearbeitete Theorie in den Kampf gegen solche Arten »Unrecht« mündet: daß mein Nachbar in der Gaststätte aus meinem Glas trinkt, daß Wäscherinnen die ihnen zum Waschen gegebene Wäsche ausleihen oder daß die Kammerzofe in der Toilette der Hausfrau in öffentlichen Lokalen und auf Böden erscheint (Injuria 286 ff.).

127 Jhering, Kampf 93f.

128 Eingehend *Söllyom* 116f.; bzw. 16, 44.

Rechtsinstitute müssen diese Klassenbindung loswerden, um als neue Abstraktion allen, also praktisch auch den »Besitzlosen« dienen zu können.

2. Die soziale Empfindlichkeit von Jhering und Gierke reichte dazu aus, die Persönlichkeitsrechte wieder aktuell und inhaltsvoll zu machen. Das Schicksal der Romantiker ereilte beide, als sie ihr Ideal in der »alten« Personenkonzeption fanden.¹²⁹ Dies war der Grund dafür, daß ihre Ansichten nicht die moderne theoretische Basis der Persönlichkeitsrechte werden konnten.

Auch von diesem theoretischen Hintergrund unabhängig hätte man erwarten können, daß die Persönlichkeitsrechte in das BGB aufgenommen werden. Ihre Schutzaufgaben, die auch technisch mögliche Verkopplung von Person und Eigentum auf dem gemeinsamen Nenner des Schutzes von »Rechten« oder einfach die von Jhering mit weitem Schutzbereich dargestellte Injurie, wären sehr geeignet gewesen, den Persönlichkeitsschutz wenigstens im Deliktrecht des BGB zu verwirklichen.

Die Kodifikationsgeschichte des BGB verlief jedoch gerade umgekehrt. Die deliktische Generalklausel des ersten Entwurfs (1887, § 740) behandelte die Verletzung des Lebens, des Körpers, der Freiheit und der Ehre als Gründe für einen Schadenersatz. Während der Überarbeitungen wurde der Deliktschutz immer enger, und die Problematik der »persönlichen Güter« verschwand aus dem Gesetz. Schließlich ließ der Reichstag den Schutz der Ehre mit der gleichen Begründung fallen, mit der er hundert Jahre früher im Namen der kommenden Epoche stolz aus dem ABGB weggelassen wurde: »derjenige habe wenig Ehre zu verlieren, der die Verletzung derselben durch eine Klage auf Geld zu reparieren suche«.¹³⁰

Der formale Liberalismus konnte die Probleme der Umwandlung des Rechts aus dem Gesetz ausschließen, nicht jedoch aufheben; so lebten

129 Auch Gierke führte einen Zweifrontenkrieg: gegen den Liberalismus und gegen die übermäßige staatliche Kontrolle. Seine Verbände, auf die er sich stützen wollte, sind vorindustrielle Gemeinschaften. Er baute in seinem Deutschen Genossenschaftsrecht den Staat aus solchen Gemeinschaften auf, wie sich das die Patrioten von 1848 vorstellten. (Gierke selbst erkannte später im Zusammenhang mit dem Kartellstreit seine Unzeitgemäßheit; s. *Wieacker, Privatrechtsgeschichte* 455.)

130 Das sagt, sich auf die »allgemeine Volksansicht« berufend, der Bericht der Reichstagskommission. Ihr anderer Grund ist, daß der immaterielle Schadenersatz eine »Rückkehr zum längst überwundenen Rechte der Privatstrafklagen« bedeuten würde. Sie hat allein die Deflorationsklage anerkannt (s. *Mugdan: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*. Berlin 1899, Bd. 2, 1298f.). Die österreichischen Kodifikatoren meinten 1806, es sei eine »sehr heilsame, und zugleich zur Ehre der Nation gereichende Abänderung, daß künftig nicht so wie bisher, für Ehrenverletzungen, obschon sie ohne Folgen geblieben sind, ein Geldbetrag gefordert werden könne, nach welchem die Ehre des Bürgers taxiert, und feil gebothen wird« (*Ofner* 196).

die Probleme in der Rechtspraxis weiter. Während in den Entwürfen des BGB im allgemeinen von der dogmatischen Erfassung des Ehrenschatzes die Rede war, zeigen die zeitgenössischen Urteile klar, daß das wichtigste Anwendungsgebiet der Persönlichkeitsrechte die Grenzbestimmung der individuellen Freiheit im wirtschaftlichen Wettbewerb und in den Lohnkämpfen war. Die Gesetzesentwürfe spiegeln die theoretische Unsicherheit wider, die sich aus der fällig gewordenen Neuinterpretation der Gleichsetzung des abstrakten Eigentümers mit der Person bzw. der Rechtsfähigkeit mit der Ehre ergab. Aus der Rechtsprechung geht immer entschiedener hervor, daß es auf diese Probleme keine solche allgemeine und umfassende Antwort gab, wie es einst die Rechtsfähigkeit-Eigentümer/Person war; weiterhin, daß die Antwort auch nicht so absolut sein konnte. Nicht die unbegrenzten und allgemeinen Möglichkeiten des »Menschen« wurden festgelegt; die neue Rechtsprechung begriff den »Arbeiter« und den »Kapitalisten«, sie steckte die ihnen in dieser Eigenschaft zustehenden Freiheiten ab, wie es hieß, den Platz des Menschen »in der Sphäre des Lohnkampfes und des wirtschaftlichen Wettbewerbs«. Sie vertrat bewußt die Relativität der neuen Positionen. Damit wurde aber auch der Anspruch auf die Allgemeinheit aufgegeben: Die persönlichkeitsrechtliche Terminologie verblaßte oder verschwand endgültig. Diese grundlegenden Lebensbereiche wurden vom selbständigen Wettbewerbs- oder Gewerbeberecht usw. beherrscht. Für das Zivilrecht (seither im Rückzug) verblieben auch als besondere Persönlichkeitsrechte nur das (vom Warenzeichenrecht unabhängige) Namensrecht, das Recht am Bild und der klassische Ehrenschatz: lauter neutrale Kategorien. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hat das Reichsgericht nie anerkannt.

Wir stellen zuerst die Probleme der Kodifikation vor. Die Hauptfrage war offensichtlich die Ausdehnung des Rechtsschatzes über das traditionelle Sacheigentum hinaus – da nur das letztere »zweifelloso« als absolutes Recht galt.¹³¹ Für den Kodifikator waren Ausübung und Schutz der subjektiven Rechte noch unbedingt, für ihren Mißbrauch bestand keine Haftung. Die subjektiven Rechte umgibt eine Grauzone der »natürlichen« oder »allgemeinen Freiheit«, genau das Gebiet, auf dem die neuen Rechte auf ihre Definition warten. Die ähnliche Terminologie der Gerichtsurteile beweist, daß diese »natürliche Freiheit« (dem Sacheigentum gegenüber) das Terrain des Kapitals in seiner vollen Wirkung war, wo es um die völlige Freiheit des Wettbewerbs oder um seine Begrenzung geht. Der Gesetzesentwurf entschied nur in der Frage der traditionellen und scheinbar vom obigen Problem unabhängigen »Güter«, wie Leben, Gesundheit, Frei-

131 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd.2, Berlin 1888' 725 ff. – Hinsichtlich des Deliktsschatzes gilt auch hier die auf Verschulden gegründete, gleichmäßige Risikoverteilung.

heit und Ehre. Diese wurden als »höherwertiger« aus der allgemeinen Freiheit herausgehoben und mit Rücksicht auf die praktischen Schutzansprüche – unter Vorbehalt ihrer nicht-rechtlichen Natur – doch mit dem »einem Recht gebührenden Schutz« ausgestattet. Vor der Regelung der Nutzung anderer Freiheiten aber floh der Entwurf in die Generalklausel der guten Sitten.¹³²

Diese Abgrenzung von absolutem und relativem Schutz hat die alte, liberale Sacheigentum-Auffassung am Leben erhalten. Auch wenn es offensichtlich war, daß die Nutzung der »natürlichen Freiheiten« vom Eigentum nicht mehr zu trennen war,¹³³ behandelt die Rechtsprechung, was den Kern der Sache angeht,¹³⁴ das Kapital noch dreißig (oder fünfzig) Jahre lang als Sacheigentum, sie schützt nur den Bestand des Betriebes, wie ein absolutes Recht.

Andererseits versuchte man anfangs noch die alte Gleichsetzung Eigentümer/Person anzuwenden, um für die geschäftlichen Positionen – über den engen Tatbestand der kreditgefährdenden Gerüchte hinaus, in den der Ehrenschutz schon im zweiten Entwurf, 1897, umgewandelt wurde – einen ähnlich sicheren Schutz zu begründen, wie ihn die anerkannten »Rechte« genossen. Die Untrennbarkeit der Ehre des Eigentümers und des Rufes des Betriebs¹³⁵ wurde ebenso häufig angeführt wie die Aner-

132 §705 des ersten Entwurfs, Vorgänger des heutigen §826, sprach noch offen aus: »Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt.«

133 Einen interessanten Abgrenzungsversuch unternahm das Reichsgericht in einem Grundsatzurteil. Solange die Selbstregulierung gut funktioniert, ist der Schutz der Eigentümerposition nicht notwendig; werden jedoch die Vermögensverhältnisse »unnatürlich«, wird der dadurch entstandene Schaden als rechtswidrige Vermögensbeschädigung angesehen. Alle Eingriffe in die Sphäre des anderen, die mehr sind als die Betätigung eines Konkurrenzbetriebes, sind nicht natürlich. Börsenverein-Urteil vom 25. 6. 1890. RZG 28, 238; *Brügge-meier* 192, 194.

134 Dies ist das Problem des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. *Caenmerer* hebt hervor, daß die verbale Anerkennung dieses Rechts als ein sonstiges Recht im Sinne des §823 Abs. 1 BGB an sich unbedeutend ist, da das Reichsgericht bis in die dreißiger Jahre nur die unmittelbar im Bestand des Betriebes verursachten Schäden anerkannte. Die Verschlechterung wirtschaftlicher Chancen blieb dagegen ohne Schutz. Erst nach dem zweiten Weltkrieg trat eine Änderung ein (Wandlungen des Deliktsrechts. In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. II, Karlsruhe 1960, 85).

135 Börsenverein-Urteil, s. Anm. 133. Eine Auslieferungssperre und Boykottaufruf, die im Blatt des Börsenvereins der Buchhändler veröffentlicht worden waren, »verletzen das Recht auf Achtung der Person und das Ansehen des individuellen Geschäftsbetriebes«. Ähnlich das Ärzteboykott-Urteil vom 6. 3. 1902, *Brügge-meier* 206. Ein Ärzteverein verbot seinen Mitgliedern die Konsultation mit dem Kläger und die Zuweisung von Kranken in seine Klinik. Nach dem Urteil »verletzt dies nicht bloß

kennung einer Ehrverletzung des Arbeiters dadurch, daß ihn der Eigentümer der Firma auf eine schwarze Liste setzte und so die freie ungestörte Ausnutzung seiner Arbeitskraft begrenzte. Diese Gleichsetzung war aber nie sachentscheidend. Meistens wurde sie erwähnt, wenn der Schutz auch aus anderen Gründen schon bestand und wenn dieser Hinweis wegen des persönlichen Charakters des »Betriebes« oder des Angriffs auf der Hand lag.¹³⁶

Die Tendenz war jedoch gerade umgekehrt: Die »Ehre« wurde zusammen mit den Kriterien des Schutzes einer Wettbewerbsposition immer relativer. Das Reichsgericht würdigte die Verletzung der Ehre des Eigentümers an sich bald nicht mehr, sondern nur noch in bezug auf die Zuverlässigkeit der Kampfmittel und -ziele.¹³⁷ Auch die Kodifikationsgeschichte des BGB zeigt, wie die Ehre an Absolutheit verlor: Die im ersten Entwurf noch zum »Recht« erhobene Ehre wurde im zweiten durch eine engefaßte Kreditverschlechterung ersetzt, und zwar so, daß das Interesse des Mitteilenden und des Empfängers der Mitteilung wichtiger sind als die Ehre.¹³⁸ Im Verhältnis Arbeiter-Kapitalist verfestigte es sich zur ständigen Praxis, daß die schwarzen Listen die Ehre der Arbeiter nicht verletzten. – Das RG legte in einem solchen Urteil fest, daß die Ehre kein Privatrecht, sondern nur ein Rechtsgut ist. So wird sie auf das Niveau anderer »Befugnisse oder Fähigkeiten« degradiert, die auf dem Boden der »allgemeinen Handlungsfreiheit« jedermann zustehen, aber nur von den konkreten Umständen

sein Recht auf persönliche Achtung, sondern auch den Ruf seiner Klinik«. Schwarze Listen werden für Verrufserklärung gehalten in RG 25.9.1902, RGZ 51, 369; *Brüggeheimer* 210.

- 136 Wie im Falle eines Arztes oder Buchhändlers, s. vorige Anm. – Was den wirtschaftlichen Hintergrund angeht, so bildete der Wettbewerbssektor schon seit ca. 1880 nur einen auf Mittel- und Kleinbetrieben aufgebauten Teil der Wirtschaft, neben öffentlichen Betrieben und der oligopolistischen Schwerindustrie bzw. den von Anfang an konzentrierten neuen Wirtschaftszweigen, wie der chemischen und der Elektroindustrie; s. *Brüggeheimer* 66 ff.
- 137 Den Boykottaufruf der Bäckergesellen gegen die Arbeitgeber, die die Verbesserung der Lage der Gesellen ablehnten, hielt das Gericht für berechtigt (RG 12.7.1906, RGZ 64, 52). Dies wurde u. a. damit begründet, daß die Gesellen »sich in ihren Kundgebungen aller persönlichen Anfeindungen oder Verdächtigungen« enthielten und den erlaubten »Lohn und Klassenkampf« nicht mißbrauchten (*Brüggeheimer* 204 f.). Die Grenze des Wettbewerbs war zu dieser Zeit noch die vollständige Ruinierung; Schädigungen, soweit nicht »dauernd« oder endgültig, waren also erlaubt (Bierkrieg-Urteil, RG 2.12.1907, und Schwarze Listen, RG 25.9.1902, *Brüggeheimer* 213 bzw. 210).
- 138 Wenn die Unwahrheit der Mitteilung dem Mitteilenden unbekannt war, und er oder der Empfänger an der Mitteilung ein berechtigtes Interesse hatte, gab es keine Haftung (s. den heutigen § 824). – Zum Fallenlassen des allgemeinen Ehrenschutzes s. Anm. 130 und den dazu gehörenden Text.

abhängig geschützt werden.¹³⁹ Auch auf dem Gebiet des strafrechtlichen Schutzes kann man verfolgen, daß die Ehre einer Interessenabwägung unterworfen wird.¹⁴⁰

Die Theorie nahm von der Gleichsetzung des Eigentümers mit der Person auf dem 29. Deutschen Juristentag (1908) Abschied. Dieser verhandelte über die zivilrechtlichen Folgen des »modernen Lohnkampfes« und des Wirtschaftskampfes. Die Juristen verwarfen die Alternative, daß das Recht »an Erwerbstätigkeit« nach § 823 Abs. 1 BGB eigentumsähnlich geschützt werden solle. Der Juristentag zeigte dessen Unmöglichkeit auf. Wenn man nämlich die Notwendigkeit des wirtschaftlichen Kampfes anerkennt, kann man nicht das Individuum mit einer Mauer von absoluten Rechten umgeben, denn dies »würde einen Triumph des Individuums gegenüber dem wirtschaftlichen Fortschritt bedeuten«. Nicht das Individuum sollte »zu einer uneinnehmbaren Festung« gemacht werden, sondern die Mittel und Wege der Kampfführung sollten kontrolliert werden.¹⁴¹

Der letzte Auftritt und der endgültige Niedergang der Persönlichkeitsrechte waren eben mit der hier unterlegenen Konzeption verbunden. Das »Recht auf freie und ungehinderte Ausübung des Geschäftsbetriebs« für den Kapitalisten, andererseits das »Recht auf ungehinderte Arbeitsbetätigung des Arbeiters« waren nichts anderes als die Adaptierung des nach dem Maß des Kleineigentums geschaffenen »Eigentums« bzw. der »Person« auf das Kapital. Diese Anpassung war jedoch verspätet und widersprach sich selbst; sie wollte – trotz der positiven und aktiven Formulierung – in erster Linie gegen die Folgen des freien und unbegrenzten Wettbewerbs Schutz gewähren. Sie wurde daher, ihrer Konzeption zuwiderlaufend, in der Interessenabwägung aufgelöst.¹⁴²

3. Während in Deutschland das allgemeine Persönlichkeitsrecht weder in der Gesetzgebung noch in der Rechtsprechung anerkannt wurde und

139 RG 25.9.1902, *Brügemeier* 209–210. Gegen diese Klassenrechtsprechung des RG, das nämlich den Betrieb in den (absoluten) Schutzbereich des § 823, Abs. 1 einbezieht, aber Verruf und Boykott gegen die Arbeitnehmer nur im Rahmen des § 826 abwägt, spricht sich sehr scharf Lobe aus, Referat am 29. Deutschen Juristentag. Das Referat s. in *Brügemeier* 213 ff.

140 So z. B. in den verschiedenen nachfolgenden Ausgaben des Standardlehrbuchs von *Liszt* (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin/Leipzig). Nach der 3. Auflage von 1888 ist der Kredit noch keine wettbewerbsrechtliche Kategorie, sondern eine wirtschaftliche Seite der Ehre (334). Die 25. Ausgabe 1927 hält den Kredit für ein wirtschaftliches Interesse (er war schon im StGB-Entwurf von 1909 ein wettbewerbsrechtlicher Begriff!) und gibt eine Reihe rechtlich oder moralisch begründeter berechtigter Interessen an, die die Verletzung der Ehre rechtfertigen können (505 ff.).

141 Das Referat von Rosin s. *Brügemeier* 216.

142 Das Referat von Lobe s. *Brügemeier* 213.

man auch die persönlichkeitsrechtliche Begründung der wirtschaftlichen Position ablehnte, triumphierten die Persönlichkeitsrechte in der Schweiz. Art. 28 des ZGB legte den Schutz des Persönlichkeitsrechts von der Schadenshaftung systematisch unabhängig fest. Dadurch wurde der traditionelle Persönlichkeitsschutz vollendet, der sich in der Praxis aufgrund des alten Obligationenrechts durch die Anerkennung immer neuer »Persönlichkeitsgüter« und schließlich aufgrund des »Rechts auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit« kontinuierlich verstärkt hatte.¹⁴³

Technisch betrachtet führte das glückliche Zusammentreffen zweier Faktoren zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Der erste Faktor war der Einfluß des breiten und elastischen Deliktrechts des Code civil, inbegriffen auch die Anerkennung des immateriellen Schadens.¹⁴⁴ Diesem Einfluß verhalf die Ideologie des »Persönlichkeitsschutzes« zu selbständigem Ausdruck und zur über das Deliktrecht hinausragenden Allgemeinheit. In der Persönlichkeitslehre ist die Wirkung der deutschen Theorie offensichtlich – sie hat sogar die Kodifikation beeinflusst. Es ist weiterhin zu sehen, daß das Persönlichkeitsrecht immer mehr seinen heutigen Sinn erhielt.¹⁴⁵ Inhaltlich betrachtet aber konnten die Persönlichkeitsrechte ihren ideellen Ausdruck im schweizerischen Recht finden, da in der Schweiz, in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die Gleichsetzung des Eigentümers mit der Person noch auf Tatsachen beruhte, und weil das Recht diese Grundlage auch nicht verlassen wollte. Wir haben gezeigt, daß der schwei-

143 Für die Kodifikationsgeschichte des Obligationenrechts und die Ansätze in der früheren Rechtsprechung s. *Specker*, Die Persönlichkeitsrechte, Aarau 1911, 9–35.

144 Botschaft des Bundesrates, 27. Nov. 1879; s. noch *Barazetti*: Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern 1898, 37, und *Jaggi*: Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1960, 174a, 628a. In der Rechtsprechung wurde auch weiterhin der Ersatz des Nichtvermögensschadens betont. – Das alte OR war offenbar für die Rechtsprechung entscheidender als das neue ZGB (ebd. 626a).

145 Die schweizerische Literatur suchte in den Werken Jherings und Gierkes theoretische Unterstützung. Für die Wirkung des germanistischen Persönlichkeitsrechts s. *Keller*: Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung... Aarau 1947, 115. Die ursprünglich noch breitere Generalklausel des Persönlichkeitsschutzes wurde infolge der Kritik aus Deutschland von der Verletzung »in seiner Person« zur Verletzung »in seinen persönlichen Verhältnissen« abgeändert. Außerdem führte man das Verschulden als Voraussetzung des Schadenersatzes ein. Eingehend *Specker* 33. – Huber projiziert die Konzeption des ZGB auf das Obligationenrecht zurück. Er behauptet, schon in diesem sei die Persönlichkeit Gegenstand der Rechtsverletzung gewesen, »was in Art 55 des OR gemeint, aber nicht ausgesagt wird«. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. *Erläuterungen* zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Bern, 1901, 68.

zerische Persönlichkeitsschutz eigentlich Eigentümerschutz war¹⁴⁶ – im folgenden möchten wir dessen Hintergrund erläutern.

Die gesellschaftlich-wirtschaftliche Entwicklung ging in der Schweiz so sehr ihren eigenen Weg, daß sie allein die »Nation«-Qualität der Schweizer begründete.¹⁴⁷ Sie hat hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte zwei wichtige Aspekte. Während des 19. Jahrhunderts entstand in der Schweiz ein »kleinbürgerlicher Kapitalismus«, der dem Gesellschaftsideal der Aufklärung bzw. des deutschen Frühliberalismus besonders nahe kam – die warenproduzierenden Bauern und Handwerker behielten ihre Selbständigkeit. Die Genossenschaften waren ein wichtiges Mittel der Kapitalkonzentration, und die rasche und massenhafte Proletarisierung wurde vermieden. Daher blieb die damit verbundene kulturelle Katastrophe, die Einwanderung in die Städte mit allen ihren sozialen und verwaltungsmäßigen Folgen aus. Die demokratische Selbstverwaltung der Gemeinden und größtenteils auch das Wohnheitsrecht wurden aufrechterhalten. Die allmähliche Machtkonzentration beim Bund bedeutete keinen Bruch im Verhältnis zu Staat und Recht. (Das war es, was die Kollegen im Deutschen Reich nicht verstanden, als sie an der weiten Interventionsmöglichkeit des Richters oder der »Behörden« in die persönlichen Verhältnisse Anstoß nahmen.¹⁴⁸) Die »traditionellen« und die »kapitalistischen« Verhältnisse widersprachen zwar einander,¹⁴⁹ dieser Widerspruch aber spaltete weder die Gesellschaft noch

146 Siehe Kap. I.

147 *Max Weber* sieht die verbindende Kraft der sprachlich und kulturell heterogenen Schweiz in den als gemeinsam empfundenen Sitten. Sie sind durch die sozialen Strukturgegensätze gegen das militaristische politische Gebilde der benachbarten Großmächte mit seinen Konsequenzen für die Art der inneren Herrschaftsstruktur bedingt. Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen 1972, 244.

148 So findet es z. B. *Rümelin* widersprüchlich, daß in der »demokratischen Gemeinschaft« der Schweiz, trotz aller Betonung der individuellen Freiheit, die erzieherische und vormundschaftliche staatliche Intervention stark ist. Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns. Tübingen 1908, 10.

149 Die kapitalistische Umgestaltung in der Schweiz kann durch einen ständigen Kompromiß zwischen den Gegensätzen und damit durch die Fortsetzung der Institutionen der organischen Gesellschaft und der liberalen Lösungen gekennzeichnet werden. Nur das Handelsgesetz, d. h. das alte Obligationenrecht, folgt entschlossen einer liberalen Wertordnung (s. *Egger*: Die Freiheitsidee im Schweizerischen Recht. In: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Zürich 1948, 297, 310). Sonst erkämpfte »die Parthey der Gemäßigten«, wie *Bluntschli* die Konservativen nennt, immer einen Kompromiß. Wie *Eörsi* bemerkt, ist die Vereinbarung der Kodifikation mit der Konzeption der historischen Schule selbst ein solcher Kompromiß. Comparative Civil (Private) Law. Budapest 1979, 178f.

In den *Erläuterungen* (s. Anm. 145) schreibt Huber im Zusammenhang mit den politischen Aufgaben der Gesetzgebung: »Endlich rechnen wir zu den politischen Tendenzen auch die Anerkennung einer größeren individuellen Freiheit im bürgerlichen

die Person.¹⁵⁰ Im Gegenteil, man konnte sie miteinander abstimmen. Daher eroberte die abstrakte Person nie das schweizerische Privatrecht. Neben der allgemeinen Rechtsfähigkeit wurde das Persönlichkeitsrecht anerkannt. Auch die wirtschaftliche Persönlichkeit trennte sich nicht vom Menschen, und die Persönlichkeitskonzeption selbst war wichtiges Mittel der Erhaltung dieser Einheit. Bei sorgfältiger Prüfung können wir jedoch das Zeichen der Zeit auch am Persönlichkeitsrecht entdecken: es wurde immer abstrakter, und schließlich wurde es in seiner formalen Funktion am häufigsten angewandt.

Das Persönlichkeitsrecht war Mitte des Jahrhunderts noch kein technischer Begriff. Als Schutz der »persönlichen Verhältnisse« war es eine plausible Begründung für allerlei¹⁵¹ Ausweitungen des Rechtsschutzes; eine Begründung, die ausgesprochen in der traditionellen (d.h. wenigstens der liberalen deutschen Doktrin gegenüberstehenden) Rechtsauffassung fußte. Auch hinsichtlich der »französischen Quelle« der Persönlichkeitsrechte – s. die Ersetzung des »moralischen« Schadens, die Genugtuung und das dazu notwendige richterliche Ermessen – hebt man hervor, daß die beispielgebende französische Rechtsprechung hier Institute des ancien droit wiedererweckte.¹⁵² Für uns ist noch aufschlußreicher, daß eine frühe »germanistische« Kodifikation, wie das Zürcher Privatrechtliche Gesetzbuch der Jahrhundertmitte, unter Berufung auf den Persönlichkeitschutz nicht nur den Namensschutz anerkannte, sondern sehr viele alte persönliche Verhältnisse gesetzlich regelte.¹⁵³ Die Verhältnisse waren

Rechte, im Gegensatz zu der aus kleinen genossenschaftlichen Kreisen überlieferten engen Einschränkung der Persönlichkeit in den Rahmen der absoluten Rechtsinstitute, durch die eine jede selbständige Regung in der Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse von vornherein als schadenbringend ertötet werden will« (5). Der Entwurf will gleichzeitig aber auch gegen den Mißbrauch der Freiheit Schutz gewähren – dies begründet das breite richterliche Ermessen im Gesetz. – Die Grundposition des Gesetzes ist letzten Endes, »daß bei der Kodifikation die Konservierung der Neuerung vorgeht« (6).

150 Dieselben Eigentümer verlangen zu Hause ein patriarchalisches, untereinander aber ein modernes Bourgeois-Recht, schreibt *Eörsi* 180. Wir sind aber sicher, daß diese zwei Seiten des Ichs nicht ohne Wirkung aufeinander geblieben sind.

151 Unter Berufung auf den Schutz der »Integrität des Vorstellungslebens«, der »Willensbildung« erklärt das Bundesgericht die Täuschung zu einem Delikt. Dies wird die Grundlage der Nichtigkeit der Verträge wegen Irrtum und Täuschung im OR. Später nennt man auch die Haftung der Arbeitgeber und der Eisenbahn »Persönlichkeitsschutz«. Weitere Beispiele s. *Specker* 26, 79.

152 Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Zürich 1911, Bd.I, *Egger*: Personenrecht. 99f.

153 *Keller* 114–121.

im allgemeinen patriarchalische und kleineigentümerische Institute, nicht bloß im Familienrecht, sondern z.B. auch in der Förderung des »persönlichen« Charakters der Vereine und Gesellschaften und im Arbeiterschutz.¹⁵⁴ Auch in der Zürcher Kodifikationsgeschichte kann man den liberalen Widerstand – und sein Ergebnis, den Kompromiß – klar erkennen: Die Zahl der persönlichkeitserschützenden Bestimmungen wurde radikal vermindert und möglichst alle Sachfragen mit selbständigen Mitteln gelöst. Dies trug aber positiv dazu bei, daß das Persönlichkeitsrecht durchsichtiger wurde und sich aus Gewohnheiten bzw. Ideologie in ein modernes Recht verwandeln konnte.¹⁵⁵ Aber aus der Person wurde nicht ein »nur«-Rechtssubjekt.

Die Gegensätzlichkeit von »liberalen« und »organischen« Personenkonzeptionen trat unausweichlich zutage, als die Begriffe »Rechtssubjekt«, »Ehre« und »Person« geklärt werden mußten. Die abstrakte Person aber errang in der Schweiz nicht den vollständigen Sieg. Auch zur Zeit der Schaffung des ZGB begnügte man sich nicht mit der Deklaration der allgemeinen Rechtsfähigkeit, denn »die von jeder menschlichen Eigenschaft losgelöste Rechtsfähigkeit vermag sich im wesentlichen nur vermögensrechtlich zu äussern«. Der Kodifikator wollte auch die Ehre (die »eben doch als Individuallehre ein Element der Persönlichkeit geblieben ist«), das moralische Empfinden, seelischen Schmerz und »Kränkung überhaupt« in Betracht ziehen. Die Verminderung der Rechtsfähigkeit infolge des Ehrverlustes konnte sich in der Gesetzgebung nicht mehr durchsetzen – wohl aber die Genugtuung für die Ehrverletzung. Als Ausgleich für die abstrakte Person wurde der Schutz der Persönlichkeit in das ZGB in einer möglichst allgemeinen Fassung aufgenommen.¹⁵⁶

Nach zeitgenössischer Interpretation war das Persönlichkeitsrecht »ein lebendiger Ausdruck des modernen Individualismus. Dies darf nicht mißverstanden werden: Persönlichkeitsgedanke und Gemeinschaftsgedanke durchdringen sich.«¹⁵⁷

154 Um den persönlichen Einfluß des Mitglieds einer Gesellschaft zu sichern, konnte höchstens ein Drittel aller Stimmen in einer Hand konzentriert werden. – Für die rechtlichen Erziehungspflichten des Meisters gegenüber den Lehrlingen und weitere vorliberale Züge s. Keller 103, 111, 117.

155 Für die Ablehnung der Bestimmungen für den Arbeiterschutz in Zürich s. Keller 56. Es ist allerdings kein Wunder, daß solche Regeln gestrichen wurden, wie etwa »Der Arbeiter ist dem Lohnherrn Treue und Ehrerbietung, und dieser jenem Achtung seiner persönlichen Existenz, Freiheit und Ehre und Berücksichtigung seiner Pietätsverhältnisse schuldig« (s. Keller 120).

156 *Erläuterungen* I, 47, 65 ff., 57, 76.

157 *Egger*, Kommentar 86.

Die prinzipielle Grundlage des Persönlichkeitsrechts war also nicht die unbedingte Autonomie, sondern die Integration. Dies wird besonders klar, wenn man neben der Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 28) auch die Regel betrachtet, die den Verzicht auf die Freiheit oder ihre Beschränkung verbietet (Art. 27).¹⁵⁸ Diese Bestimmung unterscheidet sich vom Schikaneverbot oder von der Nichtigkeit der rechtswidrigen oder gegen die guten Sitten verstoßenden Verträge durch die Persönlichkeitsideologie, die diesen beiden Artikeln zugrunde liegt.¹⁵⁹ Die Grenzen meiner »Autonomie« sind die gleichen, die mich vor anderen schützen. Die »Ordnung«, die mich zur »freien« Tätigkeit zwingt,¹⁶⁰ beschränkt selbst diese Freiheit. In der frühen Rechtsprechung floß der Schutz der Person vor »sich selbst« und vor anderen zusammen, besonders im Wirtschaftsleben. Die Grenzen der »wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit« sind die gleichen, ob ich einen solchen wettbewerbsbeschränkenden Vertrag eingehe oder ob er gegen mich abgeschlossen wird.¹⁶¹

Die Anerkennung der Persönlichkeit ist also nicht unbedingt (wie auch das Eigentum nicht absolut ist, vermerkt der Kommentar wiederholt¹⁶²). Die Deklaration des Persönlichkeitsrechts zeigt nur die Grundeinstellung, aufgrund deren von Fall zu Fall zu prüfen ist, ob das verletzte persönliche Interesse »nach objektiver Beurteilung« des Schutzes würdig ist.

Betrachten wir die aufgrund der Generalklausel getroffenen konkreten Entscheidungen und die in ihnen aufgetauchten prinzipiellen Probleme, fällt zunächst auf, daß die Sachen bezüglich des Schutzes der »wirtschaftlichen Persönlichkeit« in der Mehrzahl sind. Über die wettbewerbsrechtlichen Prozesse hinaus machen sie auch einen bedeutenden Teil des Namens- und Geheimnisschutzes aus. Der Schutz der »rein« persönlichen Güter war absoluter als der der wirtschaftlichen Persönlichkeit,¹⁶³ aber auch prinzipiell nicht unbedingt. In der Praxis findet man eine ausgearbeitete Dogmatik der Begrenzung des Persönlichkeitsschutzes – vor allem als Ergebnis seiner Abstimmung mit der Pressefreiheit.

158 »Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten. Niemand kann sich seiner Freiheit entäußern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.«

159 Siehe die Erläuterung *Eggers* über die Sittlichkeit. Kommentar 89 ff.

160 Diese formale Freiheit bedeutet in der Praxis z. B. die Nichtigkeit aller Verträge, die darauf abzielen, daß die Handlung einer Partei nicht durch ihre persönliche Überzeugung gelenkt werde (Bestechung und ähnliche Fälle, aber auch die Grenze der Vereinigungsfreiheit und die der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit werden dadurch gezogen. *Egger*, Kommentar 93 ff.).

161 Siehe die Beispiele in *Egger*, Kommentar 96f., 110f.

162 *Egger*, Kommentar 113, 114.

163 Ausgesprochen so in BGE 40, II, 239.

Die wirtschaftliche Persönlichkeit genoß einen noch relativieren Schutz. Während die erste persönlichkeitsrechtliche Grundsatzentscheidung (22. II. 183., 1896) den Boykott unter allen Umständen als Verletzung dieses Rechts betrachtete, war es zehn Jahre später schon ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, daß nur der auf die unmittelbare Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz gerichtete Boykott rechtswidrig ist (32. II. 367.; zwischen den zwei Weltkriegen wurde nicht einmal die nackte wirtschaftliche Existenz unbedingt geschützt, 62. II. 280.). Offensichtlich ging es hier um dasselbe, war wir oben hinsichtlich Deutschlands gesehen haben. Auch die angewandten Kriterien waren ähnlich: Das Gericht entschied über die Zulässigkeit des Boykotts nach dem Verhältnis seines Ziels und seiner Mittel. Auch das prinzipielle Problem wurde ähnlich aufgeworfen: In einer auf Wettbewerb und Kampf aufgebauten Wirtschaftsordnung muß man auch deren Folgen ertragen; diese können nicht durch absoluten Schutz verwehrt, wohl aber in gewissen Grenzen gehalten werden.

Eben hier wird die Bedeutung des »Persönlichkeitsrechts« klar. Während in Deutschland im Schema der absoluten Rechte kein Platz für den Schutz der Verlierer im Wettbewerb übrigblieb und auf ein nicht garantiertes Ermessen verwiesen wurde, gliederte er sich in der Schweiz natürlicherweise in das »integrierte« Persönlichkeitsrecht, den gesicherten Status des Individuums ein. Das Bundesgericht legte das allgemeine Persönlichkeitsrecht noch vor dem ZGB gerade in einem Boykottfall fest. Es wies das Argument zurück, daß sich die wirtschaftliche und die persönliche Freiheit trennen ließen (demzufolge hätte das Recht in der Wirtschaftssphäre die Ausnutzung des Übergewichts nicht begrenzt¹⁶⁴). Im Gegenteil garantiert eben diese Einheit letztlich das Überleben in einer Wettbewerbsordnung.¹⁶⁵

164 Die erste Instanz hat die Widerrechtlichkeit des Boykotts mit der Begründung verneint, der Geschädigte »habe kein ‚allgemeines Recht‘ darauf, daß irgend einer der Lieferanten die Bestellungen annehme und ausführe«; »Der gegen die Lieferanten allerdings ausgeübte Zwang sei ebenfalls nicht widerrechtlich, da er lediglich auf der Geltendmachung der größeren wirtschaftlichen Macht der Beklagten beruhe und nur ‚die wirtschaftliche, nicht aber die persönliche Freiheit des Einzelnen‘ berühre« (BGE 32, II, 365). – Dies zeigt klar die Gegensätzlichkeit der liberalen Position und des Persönlichkeitsrechts.

165 Nach dem Bundesgericht »ist doch daran festzuhalten, daß ein Individualrecht auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit anzuerkennen ist, das jeder Person – der juristischen wie der natürlichen – zukommt und die Grundlage des Nebeneinanderlebens der Menschen in der Rechtsordnung bildet und eine der Seiten dieser Achtung und Geltung ist die Achtung und Geltung im wirtschaftlichen, im Geschäftsverkehr« (es ist eine andere Frage, daß dieses Recht nur durch die direkte Vernichtung der Existenz verletzt werden kann), BGE 32, II, 367–369. So hofft das Bundesgericht, auf rechtem Gebiet verbleiben zu können, und hält die »Berufung auf die ‚guten Sitten‘ durchaus nicht notwendig«.

Die Freiheitsbeschränkung, die für die andere Partei damit verbunden ist, »geht auf das Wesen und den Zweck der derzeit geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung« zurück. – Später, als die wirtschaftliche Existenz nicht mehr als absoluter Wert aufgefaßt wurde und man auch den »vernichtenden« Boykott als berechtigt ansah, wurde die persönlichkeitsrechtliche Begründung durch die – zur Rechtfertigung des Gegeninteresses angerufenen – guten Sitten in den Hintergrund gedrängt. Dies war aber, nach schweizerischer Ansicht, nur möglich, *weil* man das Terrain des Persönlichkeitsrechts verlassen hatte.¹⁶⁶ Letzten Endes spielt das Persönlichkeitsrecht noch heute eine Rolle bei der Grenzziehung des wirtschaftlichen Wettbewerbs.

4. Die gesetzliche Verankerung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in der Schweiz war beispielhaft. Wie wir sahen, wurde dies dadurch ermöglicht, daß die eigentümliche Kapitalisation der Schweiz und die entsprechende Entwicklung des Rechts die Gleichsetzung von Eigentümer und Person in ihrem ursprünglichen, nichtformalen Sinn zu erhalten vermochten. In der Schweiz gelang es sogar, den »wirtschaftlichen und Lohnkampf« aufgrund des Persönlichkeitsrechts privatrechtlich zu regeln (woran die deutsche Theorie scheiterte). Nun scheint es, daß das Persönlichkeitsrecht seine historische Gebundenheit überwinden konnte und von einer patriarchalisch-kleinbürgerlichen Welt in die postliberale Gesellschaft erfolgreich überwechselte. Hier ist aber die Frage berechtigt, ob es sich wirklich modernisierte, und wenn ja, um welchen Preis?

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des schweizerischen ZGB befindet sich, historisch gesehen, in einer Grenzsituation. In diesem und auch in dem gesellschaftsphilosophischen Kapitel sahen wir, daß die Eigentümer-Person der »alten«, vorliberalen Persönlichkeitsrechte der kleine Warenproduzent ist. Die langandauernde dominante Rolle des Kleineigentums in der Schweiz (die jedoch die äußere Regulierung immer anerkannte), der offenbar persönliche Charakter der konkurrierenden Kleinbetriebe¹⁶⁷ und der sich nicht verschärfende Klassenkampf dürfen aber nicht verdecken, daß die entstehende, regulierte und konzentrierte kapitalistische Wirtschaft ihrem Wesen nach nicht mehr persönlich ist. Das Persönlichkeitsrecht ging also noch aufgrund seiner ursprünglichen gesellschaftlichen und philosophischen Prinzipien in das moderne positive Recht ein; aber als es dies erreichte, verloren diese Prinzipien ihre Geltung.

¹⁶⁶ BGE 52, II, 383.

¹⁶⁷ Typische »Unternehmer« in den Urteilen sind: Apotheker, Arzt, Gastwirt, Friseur, Töpfer usw. – allerdings wurden auch auf diesen Gebieten Kartelle gebildet. Aber in der Schweiz entstand nie ein zwei Drittel der Wirtschaft umfassender Nichtwettbewerbssektor wie in Deutschland.

Seine bloße Existenz und seine Allgemeinheit machen den Wert des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des ZGB aus.

Demzufolge wird die Verbindung des Persönlichkeitsrechts mit der Eigentümer-Qualität zur bloßen Ideologie. In dieser Eigenschaft kann es natürlich auch zur Grundlage des Wettbewerbsrechts dienen. Aber gerade in dieser, an die einmalige geschichtliche Situation der Schweiz gebundenen Funktion wurde es immer weniger gebraucht, hier war es am unzuverlässigsten.¹⁶⁸ Wird aber unter bestimmten historisch-politischen Umständen die autonomiesichernde Ideologie des Kleineigentums wiederum nützlich, versucht man diese Deutung des Persönlichkeitsrechts neu zu beleben.¹⁶⁹

Durch die Trennung vom Eigentum und von der Eigentümer-Eigenschaft wird das Persönlichkeitsrecht keinesfalls sinnlos – es verliert nur eine historische Interpretation. Die Persönlichkeitsrechte (auch ihre Vorgänger) dienen immer der möglichst vollkommenen Sicherung der individuellen Autonomie. Dieser Wert fand in der bürgerlichen Gesellschaft seine materielle Sicherung im Privateigentum und in dessen autonomer Nutzung. Etwa seit der Jahrhundertwende ist aber die Autonomie als Inhalt des Persönlichkeitsrechts ohne materielle Basis geblieben und wird als bloßer Wert, völlig abstrakt postuliert.

Dies hatte eine glückliche praktische Folge: Einige besondere Persönlichkeitsrechte, die mit der Eigentümer-Qualität nicht direkt zusammenhängen, blühten auf, z.B. die Rechte auf Ehre, an Namen und Bild. – Diese waren hinsichtlich der grundlegenden modernen Position des Menschen, des Verhältnisses zum Staat, nicht bestimmend; wie wir sie nannten, »neutral«. Sie werden auch durch die Theorie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unterstützt, einfach dadurch, daß es den Wert der Person in sich betont. Andererseits erhalten diese neutralen Rechte eine theoretische Begründung (z.B. in Amerika), die sie vom Eigentum, auch vom geistigen, unabhängig macht.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht scheint in dieser historischen Situation überdimensioniert zu sein. Selbst in der Schweiz, wo es der Umwälzung des Eigentums folgte, wird seine Bedeutung vor allem von der Theorie eifrig nachgewiesen.¹⁷⁰

168 Siehe den Text zu Anm. 166 und *Grossen*: Das Recht der Einzelpersonen. In: Schweizerisches Privatrecht. II, Basel/Stuttgart 1967, 377.

169 So z.B. in der BRD nach dem zweiten Weltkrieg, s. *Bussfeld*: Zum materiellen Charakter des Immateriellen. Überlegungen zur Theorie und Praxis der Persönlichkeitsrechtsprechung des BGH. (Diss. Tübingen) Düsseldorf 1978, 209.

170 Die Praxis konnte die Aufgaben wohl auch mit der Delikthaftung lösen. Sie unterschied anfangs nicht scharf zwischen persönlicher und Vermögensverletzung. Art. 55 des alten Obligationenrechts wurde in der Rechtsprechung gar nicht als »reines«

Die Unsicherheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts – und aller nicht-neutralen Persönlichkeitsrechte – ergab sich daraus, daß es vor eine schwere Wahl gestellt wurde, als die Autonomie (oder der Wert der Persönlichkeit usw.) mit neuem Inhalt erfüllt werden mußte. Man stand – sehr vereinfacht – vor folgender Entscheidung. Entweder erhielt man die Autonomie als liberalen Wert auch nach dem Fall des Liberalismus weiter aufrecht, oder man ließ das Persönlichkeitsrecht aus seiner oppositionellen Rolle (oder wenigstens aus seiner traditionellen Funktion als Gegengewicht des Staates) in Leviathans Dienste treten. Damit hätte das Persönlichkeitsrecht dem Staat als Mittel gedient, den Bürgern diejenigen Bereiche zur freien Verfügung zu überlassen, in die einzugreifen nicht in seinem momentanen Interesse liegt.

Die Entwicklungstendenzen werden auf der Oberfläche durch mehrere Faktoren verwischt. Man faßte die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen als ein Mittel gegen den »platten öden Materialismus«, sogar als Zeichen seiner Überwindung auf.¹⁷¹ Wenn wir uns an die Auflösung der Person im abstrakten Eigentum bzw. an die Erhaltung der Person in der prä- und postliberalen Ideologie erinnern, wird diese Einstellung verständlich. Sie ist aber oberflächlich und einseitig. Die Unterordnung der Gesellschaft unter den Markt war zwar das Wesen, aber in der Tat nur eine Seite des Liberalismus. Man betonte im Zusammenhang mit den Persönlichkeitsrechten nur den Gegensatz zu diesem »Materialismus« und ließ sich nicht auf das wesentliche aktuelle Problem ein: auf die Veränderung des Charakters der Macht. Es war nicht klar, daß an die Stelle der durch die Ausschließlichkeit der »sachlichen Abhängigkeit« garantierten »persönlichen Unabhängigkeit« eine organisatorische Abhängigkeit tritt, und noch weniger, wie sich diese auf die »persönliche Unabhängigkeit« auswirkte. Man begnügte sich auch in der Schweiz mit allgemeinen Hinweisen darauf,

Persönlichkeitsrecht aufgefaßt, er wurde z.B. auch für den Ersatz eindeutig »materiellen, doch nicht zahlenmäßig nachweisbaren Schadens« (»allgemeinen Schadenersatz«) verwendet. Man zweifelte noch lange an einem selbständigen Schutz der Persönlichkeit und interpretierte die »Genugtuung« als Strafe (Egger, Kommentar 100f.). Erst das neue Recht, das ZGB, entschied eindeutig zugunsten der Persönlichkeit, was dann auch mit der selbständigen systematischen Stellung unterstrichen wurde. (Egger, ebd. 86. Ähnlich ist die Wertung von Hedemann: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. I, Berlin 1910, 62).

171 Jhering, Injuria 310 ff., Kampf 91. Ganz im gleichen Sinne in Ungarn Meszlény: A személyiség védelme (Der Schutz der Persönlichkeit). Magyar Jogászegyleti Értekezések, Bd. 16, Heft 7, Budapest 1903, 289, 295. Trotz der behutsamen Ausdrucksweise waren in der Schweiz offensichtlich nicht die Liberalen die Vorkämpfer des Persönlichkeitsrechts.

daß das Persönlichkeitsrecht die Rechtsstellung des Individuums in der Gesellschaft bestimmt.¹⁷²

Die Beschränkung auf den bloßen Antiliberalismus hatte zwischen den beiden Weltkriegen zwei Folgen. Einerseits schloß das Wirtschaftsrecht aufgrund von organisatorischen und technischen Gesichtspunkten die Persönlichkeitsrechte aus – nicht nur aus sich selbst, sondern, durch seinen Anspruch auf Totalität, aus dem ganzen Recht.¹⁷³ Andererseits kam die Konzeption der »in die Gesellschaft integrierten Person« den national-sozialistischen Juristen zugute, die sie zur Lehre eines nach Rasse und Stand gegliederten persönlichen Status »entwickelten«.

Anfang dieses Jahrhunderts standen der Umgestaltung der Persönlichkeitsrechte aber auch andere Wege offen. Wir betrachten zwei Umstände. Die grundlegenden Teilsysteme der liberalen Gesellschaft verändern sich weder gleichmäßig noch gleichzeitig. So wollte man z.B. im Rahmen der politischen Demokratie die ursprünglichen Prinzipien der Autonomie und der Selbstregulierung weiterhin behalten, die in den anderen konstitutiven Sphären, im Privatrecht und auf dem Markt, schon abgelehnt wurden. Im Recht selbst können wir häufig beobachten, daß einige sich schnell verändernde Institute der langsameren Änderung des Zivilrechts so weit vorangehen, daß sie aus diesem ausscheiden – wodurch aber das »übriggebliebene« Zivilrecht konservativer wird. (So war es z.B. im Verhältnis der betrieblichen Unfallversicherung und später der Sozialversicherung zur Delikthaftung – die zivilrechtliche Haftung basiert bis heute auf einer liberalen Ideologie der Zurechnung zum Willen und auf dem Verantwortlichkeitsgedanken, während sie seit langem als Mittel der vergesellschafteten Schadensverteilung fungiert.) Ähnlich lösen sich vom Persönlichkeitsrecht die Rechte auf »Arbeit« und am »Gewerbebetrieb« sowie das Wettbewerbsrecht ab, die Rechte also, die die wichtigen Veränderungen trugen. (Heute ist es schon klar, daß die Schweiz die die Regel bestätigende Ausnahme war.)

Die im Zivilrecht verbliebenen einzelnen Persönlichkeitsrechte lagen vom Strom der Zeit so weit ab, daß jede Spur der ursprünglichen Garantiefunktion des Eigentums gegen den Staat verloren ging. In den Persönlichkeitsrechten wurde die Frage des Verhältnisses zur Staatsmacht nicht gestellt. Problematisch war die aufkommende »private« organisatorische und

172 Egger, Kommentar 86.

173 Ausdrücklich so die sowjetische Theorie, in der die Persönlichkeitsrechte erst nach dem Verfall der ersten wirtschaftlichen Schule, Ende der dreißiger Jahre, erscheinen konnten (s. *Flejšic*: *Ličnye prava avtorov literaturnyh, naučnyh i hudožestvennyh proizvedenij v graždanskom prave SSSR i kapitalističeskyh stran*. *Učennye zapiski Leningradskogo juridičeskogo fakulteta*. Vyp.1, Leningrad 1941, 27).

technische Macht (wie Journalismus, Reklame, Photographie und Tonaufnahme). Auf diese Weise wurde die Ideologie der »Persönlichkeit«, der »menschlichen Würde« in den Persönlichkeitsrechten völlig abstrakt und neutral. Aber die Frage bestand weiter, ob die Autonomie als von all dem unabhängig aufgefaßt werden kann, mit dem sie seit Locke geschichtlich verflochten war. Wenn nicht, was kann die Garantie des Eigentums, die Vereinbarung der bürgerlichen Gesellschaft mit dem Staat ersetzen? Diese Frage muß auch dann beantwortet werden, wenn man die Persönlichkeitsrechte, schon ihrer modernen Struktur entsprechend, zum Balancieren zwischen Intervention und Selbständigkeit bestimmt und durch sie die Verhältnismäßigkeit der Regulierung erreichen will. In wessen Namen? Hat die »Freiheit« einen anderen Inhalt als die aus vier Jahrhunderten neuzeitlicher Entwicklung sublimierte »Autonomie«?

Nach dem zweiten Weltkrieg schien die Geschichte die Antwort zu geben. Der Widerstand gegen den Faschismus stellte die individuelle Autonomie und ihre Garantien aufs neue in den Vordergrund. In der konkreten historischen Situation waren sowohl die ausgesprochen als liberaler Wert hervorgehobene individuelle Selbstbestimmung als auch die naturrechtliche Freiheit und die menschliche Würde glaubwürdig.¹⁷⁴ Der elementare und aufrichtige Anspruch auf den Schutz der Persönlichkeit fand sein Mittel im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (auch wenn es in der kleineren Generalklausel der Unantastbarkeit der Privatsphäre ausgedrückt wurde¹⁷⁵). Man konnte daher nicht bei den neutralen Rechten verbleiben. Die Herausforderung, daß das Verhältnis des Menschen zur Macht – vor allem zur politischen Macht – geklärt und mit neuen Garantien ausgestattet werden sollte, riß die Persönlichkeitsrechte aus dem Stillstand heraus. Die Persönlichkeitsrechte können nach dem zweiten Weltkrieg nicht von den verfassungsmäßigen Freiheiten unabhängig betrachtet werden.¹⁷⁶ Diesen Politisierungsprozeß überblickten wir im Kapitel I. Er ist der bestimmende Trend des heutigen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

174 Der erste große Durchbruch des allgemeinen Persönlichkeitsrechts war das Bonner Grundgesetz. Der Grundsatz der Unantastbarkeit der menschlichen Würde lautete bezeichnenderweise im ersten Entwurf, daß jeder tun kann, was er will.

Zur Neubelebung des Naturrechts als Reaktion auf den Faschismus s. *Peschka*: Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie. Budapest 1974, Kap. II.

175 Siehe den neuen Art. 9 des französischen Code civil (1970).

176 Rechtstechnisch gesehen setzte dieser Prozeß die sich in Amerika schon in den dreißiger Jahren entfaltende Tendenz fort, daß das Eigentum als Garantie gegen den staatlichen Eingriff (infolge der Veränderung des »Eigentums«) durch das privacy abgelöst wurde (s. oben Kap. I und III). – Auch das ungarische ZGB von 1960 nennt eine Reihe von staatsbürgerlichen Rechten unter den besonderen Persönlichkeitsrechten.

Die Frage nach dem Inhalt der Autonomie wurde doch nicht entschieden. Der ursprüngliche politische und gefühlsgetragene Schwung ließ allmählich nach. Der Mangel an einer auf allgemeinem gesellschaftlichen Konsens beruhenden philosophischen Begründung der Persönlichkeitsrechte wurde wiederum spürbar. Die vorhandenen Schutzansprüche haben in Wechselwirkung mit dem großen öffentlichen Interesse an den Problemen der Persönlichkeitsrechte bewirkt, daß in der Praxis eine Anpassung der Persönlichkeitsrechte an die »regulierte Gesellschaft« anging. Zur Zeit ist der Persönlichkeitsschutz viel direkter als der durch den Eigentumsschutz vermittelte. Auf den ersten Blick scheinen die durch die neueste Technik gesteigerten Eingriffsmöglichkeiten die größte Gefahr und somit die Hauptrichtung des Schutzes zu sein. In der Tat steht die Abwehr des elektronischen Eindringens in die Privatsphäre, vom Abhören bis zur Datenverarbeitung, im Vordergrund der Persönlichkeitsrechte. Diese Praxis drückt die Erweiterung der abzuwehrenden (einst hier nur politisch relevanten) Macht zur Übermacht im allgemeinen sehr klar aus. Diese engere Deutung der Privatsphäre verdunkelt andererseits beinahe die Allgemeinheit des Persönlichkeitsrechts. Dies ist aber nur die Spitze des Eisbergs. Die Anwendung der Persönlichkeitsrechte zur Durchsetzung eines persönlichen Lebensstils und in der Frage der Geburten- (und Todes-) regelung zeigen, daß man im allgemeinen um die Sicherung der Selbstbestimmung kämpft. Wahrscheinlich werden sich die Prinzipien des Persönlichkeitsschutzes in diesem praktischen Prozeß klären. In der gegebenen Lage können aber die Grundprobleme der Persönlichkeitsrechte nur als Widersprüche begriffen werden. Im nächsten Kapitel versuchen wir diese aufzustellen

Országos Széchényi Könyvtár

Kapitel V

Die Persönlichkeitsrechte – nochmals überprüft. Widersprüche

To explore the womb, or tomb, or dreams: all these are usual
Pastimes and drugs, and features of the press:
And always will be, some of them especially
When there is distress of nations and perplexity

.....

.....But to apprehend
The point of intersection of the timeless
With time, is an occupation for the saint –

T. S. Eliot: The Dry Salvages

Jogot tehát az árnyalatnak,
melyben a holnap rajza áll
s a kivételnek
mely holnapra talán szabály;

Illyés Gyula: Óda a törvényhozóhoz*

1. Nach einem so langen geschichtlichen Weg ist eine "revisitation" wenigstens unseres Ausgangspunktes, der modernen Persönlichkeitsrechte, notwendig. Dieses Kapitel überblickt die gegenwärtigen theoretischen Probleme der Persönlichkeitsrechte – nun mit historisch geschulten Augen.

Das Wesen der Persönlichkeitsrechte kann am besten durch Darlegung ihrer immanenten Widersprüche erfaßt werden. Die folgenden Gegensätze durchdringen und wiederholen einander. Sie könnten als eine Fragestellung aufgefaßt werden: Was sind die Persönlichkeitsrechte, was sollen sie und sind sie überhaupt möglich?

*Also Recht für die Nuance,
in der sich das Morgen abzeichnet,
und für die Ausnahme,
die morgen vielleicht zur Regel wird;

Gyula Illyés: Ode an den Gesetzgeber

a) Massenansprüche, Schutz für den Durchschnitt – individuelle, außergewöhnliche Leistung

Das Rechtsinstitut Persönlichkeitsrecht steht im Zeichen der »Autonomie«. Alle Formulierungen seines Zieles – wie die freie Entfaltung der Persönlichkeit (neuerlich auch in den Motiven der Neufassung des ungarischen ZGB), die Unantastbarkeit des Individuums usw. – besagen dasselbe. Die Entwicklung der autonomen Persönlichkeit ist eine außerordentliche Leistung. Sie ist höchstpersönlich und kann »von außen her« – oder gar rechtlich – nicht gewährleistet und nicht bestimmt werden. Sie ist von den Umständen verhältnismäßig unabhängig, da ihr Maß das Individuum selbst ist. Das Recht verspricht hier etwas, das es nicht geben kann. Das Persönlichkeitsrecht funktioniert natürlich nicht so, als ob es dies sichern wollte. Der Ideologie des Persönlichkeitsrechts kommt es allerdings zugute, daß in allgemeinen Begriffen viele Interpretationsmöglichkeiten enthalten sind. Der rechtliche Persönlichkeitsschutz kann höchstens die »äußeren« Voraussetzungen einer »menschenwürdigen Existenz« garantieren. Dabei ist »menschenwürdig« nicht näher bestimmt und wird nur durch die jeweilige öffentliche Meinung umrissen. Daher ist es einerseits anspruchsvoll, andererseits entspricht es aber den durchschnittlichen Anforderungen. Dieser Schutz tritt als die Verwirklichung der individuellen, höchstpersönlichen und sicherlich außerordentlichen Autonomie auf.

Dieser Widerspruch folgt nicht aus dem Gegensatz zwischen den Möglichkeiten des Rechts und einer ideellen Zielsetzung. Er ist ein Ausdruck des Antagonismus, der die *Stellung des Individuums* in der immer mehr organisierten, *integrierten Gesellschaft* kennzeichnet. Dieses Problem können wir hier nicht erörtern. Auch bei der Besprechung seiner juristischen Aspekte haben wir sehr wesentliche politische Fragen außer acht gelassen. Wir gehen davon aus, daß der Persönlichkeitsschutz seine Bedeutung dadurch erreichte, daß die Entwicklung sich objektiv gegen die Autonomie richtete. Im Liberalismus war der »Selbstschutz der Gesellschaft« gegen die Herrschaft des Marktes notwendigerweise von wirtschaftlichem Charakter, sie wollte der Persönlichkeit wirtschaftliche Garantien geben. Heute ist die Schutzrichtung durch die staatliche Regulierung der Wirtschaft und den Ausbau der sozialen Funktion des Staates verlagert worden: sie ist gegen die *übermäßige Regelung* gerichtet. Aus diesem Zusammenhang ergibt sich auch die heutige direkte Politisierung des Persönlichkeitsschutzes.

b) Die Expansion der rechtlichen Regulierung – rechtsfreie Privatsphäre

Aus dem »Regulierungskomplex« ergeben sich weitere Fragen für die Persönlichkeitsrechte. Daß die Privatsphäre die zentrale Kategorie des Persönlichkeitsschutzes wurde, ist bezeichnend: sie zeigte die Richtung

der Gefahr. Die verschiedenen Auffassungen über die Privatsphäre sind darin einig, daß sie unter der Privatsphäre das (physische und spirituelle) Gebiet verstehen, das vom Individuum kontrolliert wird, also von äußerer Steuerung frei ist. Hier geht es um den Schutz gegen die staatliche Einflußnahme, um eine Abgrenzung der Kompetenzen aufgrund der Begründetheit des Eingriffs und der rechtlichen Regelung. Die *Notwendigkeit der Regulierung* und der *Schutz* gegen die Regulierung *fallen zusammen*, die Regulierung verschlingt alles, während sie Schutz gegen sich selbst gibt. Die Regulierung ist nicht Ursache, sondern nur Symptom der »Eingriffe«, die durch den Integrationsprozeß bestimmt sind. Diese Eingriffe stammen nur zum Teil vom Staat. Andererseits vermehren sich die das Individuum unmittelbar berührenden Tatbestände. Sie werden, durch die technische Entwicklung ermöglicht, sofort praktiziert (z.B. Organtransplantation, neue Methoden der Geburtenkontrolle, die Datenspeicherung) und müssen daher in die Ordnung der Gesellschaft eingebaut, d.h. geregelt werden.

Der Persönlichkeitsschutz tritt also heute für die Freiheit von der Regelung auf. Diese Forderung ist aber nicht mehr zeitgemäß. Der Schutz der Persönlichkeitsrechte betont eigentlich *die Garantien der Regelung*, dies ist seine aktuelle Aufgabe. Im Falle neuer Tatbestände (Organtransplantation, medizinische Versuche) bzw. bei nicht-staatlichen Eingriffen im allgemeinen (Datenbanken, Anwendung psychologischer Tests am Arbeitsplatz) sind es unter anderem die Persönlichkeitsrechte, die die Regelung verwirklichen. Auf schon geregelten Gebieten wird die Begründetheit der Regelung mit dem Mittel des Persönlichkeitsrechts überprüft; so wird die Frage des begründeten Eingriffs vor einem anderen Forum, dem Gericht, und in einem anderen, d.h. öffentlichen, Verfahren kontrolliert. Vergessen wir nicht: Der Drang nach Eliminierung des Rechts, nach Autonomieschutz, bringt das Recht in die Intimsphäre hinein, bis zum Grenzfall der Regulierbarkeit, zur Frage des Lebens und des Todes. Schon mit einer einmaligen richterlichen Schutzgewährung wird das verwirklicht.

c) Selbstgarantie – organisatorische oder Regelungsgarantie

Es gibt keine andere Schutzmöglichkeit. Die Chancen des Selbstschutzes sind zusammengeschrumpft, der Mensch ist auf die »äußerliche« Sicherung seiner Persönlichkeitsrechte angewiesen. Auch deshalb geriet dieses Gebiet unter die Herrschaft des Rechts.

Die »klassischen« Persönlichkeitsrechte setzten ursprünglich Verhältnisse voraus, in denen die Parteien einander von Angesicht zu Angesicht gegenüberstanden; sie entsprangen der Schattenseite einer noch persönlichen Welt, der Kehrseite der Idylle: Klatsch, Beleidigung, gefallene Mädchen, verlassene Bräute. Die nicht-rechtlichen Regeln waren hier wichtiger als die rechtlichen: Moral, Sitte und Brauch, innere Ordnung und

Sanktionen einer Familie, Gemeinde, Kleinstadt kamen zur Geltung. Der Beleidiger und der Verletzte kamen oft aus den gleichen oder einander nahestehenden gesellschaftlichen Kreisen, ihre Kräfte waren nicht unproportionell verschieden. Es gab die Möglichkeit einer außerrechtlichen Genugtuung. Bis zum Beginn unseres Jahrhunderts war auch die Struktur der Öffentlichkeit anders. Die liberalen Ideen unterstützten den Selbstschutz: »die Garantie des Vermögens, aber wenigstens des Talents, der Vortrefflichkeit ist in jedermann vorhanden«. (So können wir den duellierenden Bürger des 19. Jahrhunderts nicht eindeutig für lächerlich halten.) Das Recht kam hier also nur ergänzend zu Wort, es zivilisierte die Rache, gab der Genugtuung besonderen Nachdruck, glich eventuell den Unterschied zwischen den ungleichen Kräftepositionen der Partner aus. (In den Privatklage-Sachen, die die Atmosphäre dieser Welt bewahren, ist es heute noch so.)

Letzten Endes hatte man dieses Modell weitergeführt, als der Schutzkreis des Persönlichkeitsrechts rasch erweitert wurde. Wie schon mehrmals erwähnt, hatte man diesen modernen Persönlichkeitsschutz anfangs ausdrücklich verwendet, um die erschütterte Garantiefunktion des Eigentums zu reparieren oder zu ersetzen. Unter solchen Umständen ist der Schutz des Persönlichkeitsrechts mit der Ideologie der Autonomie noch nicht in Widerspruch geraten.

Seit dem Aufschwung der Persönlichkeitsrechte nach dem zweiten Weltkrieg wird aber der Selbstschutz aus zweierlei Gründen erschwert. Einerseits schwindet das Medium des außerrechtlichen Schutzes dahin; die Gemeinschaften, die nicht rechtlich zusammengehalten werden, lösen sich auf, und die nicht-rechtlichen Normensysteme verlieren an Kraft. Andererseits, und das ist die wichtigere Ursache, verändert sich der Charakter der Eingriffe, denen die Person ausgesetzt ist. An die Stelle der persönlichen Beleidigung tritt eine *unpersönliche*, oft *technische* Gefährdung, die das Kräftegleichgewicht der Parteien zerstört, und das um so mehr, als sie regelmäßig – im Verhältnis zur Einzelperson – aus einer Übermacht, aus einer Organisation hervorgeht. Die Gefahr ist also auch in diesem Sinne unpersönlich. (Die Beispiele sind schon fast Gemeinplätze: Abhör- und andere Überwachungsgeräte, elektronische Datenverarbeitung und das mit deren Hilfe hergestellte Persönlichkeitsbild, im Gegensatz zur einstigen unabhängigen lokalen Presse die konzentrierten Massenmedien in der Hand des Staates oder von Großorganisationen.) Weiterhin wird, wie gesagt, die Persönlichkeit häufig durch die Unbegründetheit einer Regelung verletzt. Gegen all dies sind die überkommenen Selbstgarantien irrelevant, sie waren in einem anderen System wirksam. Wir müssen auch beachten, daß die »klassischen« Verletzungen eindeutiger als Verletzungen qualifiziert werden konnten als die heutigen; ihr Deliktcharakter war offensichtlich. Jetzt relativiert sich das »Böse«, das Übel in den vielfäl-

tigen Zusammenhängen. Der Aspekt wird vorrangig, bis zu welcher Grenze die Person im Widerstreit der Interessen die Eingriffe dulden muß.

Wie die Gefahr, so ist auch die Abwehr. Die Tatsache aber, daß an die Stelle des Selbstschutzes der Schutz der Persönlichkeit, etwa als »staatliche Leistung«, tritt, kann höchstens in der Ideologie mit dem Programm der Freiheit vom Staat, der »Autonomie« übereinstimmen.

Dieser aktuelle, »organisatorische« Schutz wirft neue Fragen auf – die dort, wo das Recht »die Schwächeren« stützt, im allgemeinen vorzufinden sind. Ein solches Problem ist z.B. die Alternative des zivilgerichtlichen Weges oder der verwaltungsrechtlichen Regelung, die im Falle massenhafter und typischer Verletzungen schon in der Vergangenheit zu entscheiden war (siehe Arbeitsunfälle) und heute z.B. auf dem Gebiet des Datenschutzes oder der Medikamentenversuche besonders aktuell ist.

Der gerichtliche Schutz setzt eine individuelle Klage voraus. Sowohl dadurch als auch wegen der individuellen Wirkung des Urteils findet eine Rückkoppelung zum Selbstschutz statt. Das Hauptproblem dieses Gerichtsweges ist heute die Passivität der Verletzten. Die Empfindlichkeit der Menschen gegenüber den Persönlichkeitsverletzungen zu erwecken und sie zur Klage anzu-spornen, heißt sie zu demokratisieren. Der Gefahr entsprechend könnte man die Organisation der Betroffenen versuchen. Eine Bürgerklage ist auch in höchstpersönlichen Persönlichkeitsrechtssachen denkbar (wenn es z.B. um die Erzwingung einer normativen Regelung oder um die Anfechtung von Verwaltungsbeschluß geht, wie Einsichtsrecht in die Daten, Berichtigungsrecht). Und schließlich: Die unbestreitbare Priorität des organisatorischen Schutzes schließt die Anwendbarkeit von materiellen Garantien nicht unbedingt aus.¹

d) »Normative Rechtsprechung«, allgemeine Verhaltensnormen – individualisierter, billiger Schutz

Die Ideologie der Autonomie ist natürlich in zahlreichen Eigenschaften des Persönlichkeitsrechts ausreichend begründet. Die Interpretation liegt auf der Hand, daß der zivilrechtliche Schutz des Menschen durch den Persönlichkeitsrechtsschutz von der »abstrakten Person« auf die konkrete Person verlagert wird. An die Stelle des Eigentümerschutzes (oder daneben) tritt der Schutz des Menschen unabhängig von der Eigentümerqualität.

Ein Aspekt desselben Prozesses ist es auch, daß die Qualifizierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als subjektives Recht, sogar deren Möglichkeit bestritten ist. Das subjektive Recht verwirklicht in seiner Eindeutigkeit und in seiner Rationalität die Idee der Selbstregulierung und macht

1 So z.B. Reich: The New Property. In: Schwartz; Skolnick (red.): Society and the Legal Order. New York/London 1970, 595.

deshalb das richterliche Ermessen überflüssig. Das sind Ideen des klassischen Zivilrechts, und deshalb können wir im 19. Jahrhundert von der Herrschaft des materiellen Rechts sprechen. Nach dem Liberalismus kehrt sich aber alles um. Das System der subjektiven Rechte lockert sich auf, die richterliche Ermessensfreiheit dehnt sich aus. Das formelle Recht (d.h. das Verfahrensrecht) gewinnt an Bedeutung: Die vom subjektiven Recht unabhängige »Klagbarkeit« rückt in erster Linie in den »Schutzaufgaben« des Zivilrechts (der Zivilgerichte) in den Vordergrund.² Die zusammen mit der Billigkeit erscheinende Individualisierung wurde im Persönlichkeitsrechtsschutz noch durch den individuellen Charakter dieser Verhältnisse verstärkt. Hier hat die Individualisierung und Konkretisierung in der Tat kein Ende: Es hängt vom subjektiven Urteil ab, ob die Persönlichkeit überhaupt verletzt wurde. Auch rechtstechnisch scheint eine sehr individualisierte Interessenabwägung geboten: Weder die Ehre noch der gute Ruf und noch weniger das allgemeine Persönlichkeitsrecht geben dem Ermessen ein greifbares Maß; der Richter kann nur aufgrund aller Umstände des Einzelfalles seine Entscheidung treffen. Demnach ist das Maß der Persönlichkeitsrechte die Person selbst.

Aber der Schein trügt. Wie der Persönlichkeitsrechtsschutz durch den Antiindividualismus gefördert wurde, wie dieses Selbstbestimmung und Unabhängigkeit versprechende Institut an der Zunahme der staatlichen Eingriffe wächst, so ist auch die Privatsphäre keine Privatsache. Die *rechtlichen* Grenzen des Eingriffes, der Regulierung und der Lenkung (sowie andererseits der Selbstkontrolle) können und sollen nur *allgemein* bestimmt werden. Sie können nur so garantiert werden. Im zivilrechtlichen Persönlichkeitschutz geht es nämlich um die Festlegung der Rechtsstellung des Bürgers (ebenso wie früher mittels der abstrahierten Eigentümerstellung bzw. deren Möglichkeit, der Rechtsfähigkeit); aber heute schon in einem Zivilrecht, dessen »autonome Struktur« (Eörsi, Fundamental Problems, 9 ff.) weit über die Vermögensverhältnisse hinausreicht.

Die Verallgemeinerung und die Standardisierung sind andererseits auch technisch notwendig: Im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts *schafft* der Richter *Recht*. Anders ausgedrückt, die Eigentümlichkeit der Generalklausel des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (oder des privacy) spricht gegen die Individualisierung. Diese Generalklausel ermächtigt den Richter, »besondere« Persönlichkeitsrechte zu konstituieren. Daher erklärt sie alle Werte, die der Entwicklung und der Autonomie der Persönlichkeit anhaften, grundsätzlich für gleichrangig mit allen hier geltend gemachten Gegeninteressen; – darüber hinaus enthält sie aber keinen konkreten Gesichtspunkt für die richterliche Interessenabwägung.

2 So die Bürgerklage oder die class action im Umwelt- und Verbraucherschutz.

Selbst die deliktische Generalklausel bietet mehr Anhalt. Das Vorhandensein eines »Schadens« begründet in der Regel die Rechtswidrigkeit. Beim Persönlichkeitsrecht wird der Richter ein subjektives Recht deklarieren, soweit er eine Verletzungshandlung als rechtswidrig qualifiziert, d. h. die Persönlichkeitsrechtsverletzung feststellt, oder aber die Anwendbarkeit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beschließt. Bei der persönlichkeitsrechtlichen Generalklausel hilft auch das Verschulden wenig. Es ist aus historischen Gründen nicht in allen Rechtsordnungen Voraussetzung der Verantwortlichkeit. Selbst dort, wo es vorausgesetzt wird, bereitet es Schwierigkeiten. So sind z. B. das Verschulden und die Rechtswidrigkeit hier besonders schwer abgrenzbar. Der für die Verteilung von Vermögensrisiko ausgearbeitete standardisierte Fahrlässigkeitsmaßstab paßt nicht zu den moralischen Elementen der Persönlichkeitsverletzung und dem daraus typischerweise folgenden Nichtvermögensschaden. Überhaupt müßte zuerst entschieden werden, ob die Verletzungshandlungen hier zweckmäßigerweise unter dem subjektiven Begriff des Verschuldens vereinigt werden sollten oder der Schutz auf eine objektive Interessenabwägung gegründet werden soll (wie z. B. im Falle des fair comment).

Unter solchen Umständen ist es verständlich, daß der Persönlichkeitsrechtsschutz von der uralten und primitiven Technik der Verallgemeinerung beherrscht wird: von der Versteifung und Entpersönlichung konkreter Tatbestände, d. h. von der Anerkennung immer neuer besonderer Persönlichkeitsrechte. Die Feststellung des Tatbestandes ersetzt die Anwendung der »Rechtswidrigkeit«, der »Rechtfertigungsgründe«, sogar des »Verschuldens«. Man arbeitet mit der Abgrenzung, mit der Definition eines neuen Rechts.

All das kann anhand eines bekannten Beispiels erläutert werden. Das Recht am eigenen Bild – wenn das Bild von den Medien verwendet wurde – wird gegen die Freiheit der Information aufgewogen. Für den Fall, daß dieses letztere Interesse sich als das stärkere erweist, wendet man nicht die Konstruktion des absoluten Schutzes des Rechts am eigenen Bild und die Geltendmachung eines Rechtfertigungsgrundes an, sondern es wird dieses Recht selbst so ausgebaut, daß es sich auf »öffentliche Auftritte« oder auf »Personen der Zeitgeschichte« schon von vornherein nicht erstreckt. Es gehört auch zur Methode der Verallgemeinerung, der Konstituierung eines Persönlichkeitsrechts, daß das Gericht die Kriterien des öffentlichen Auftritts oder der Qualifizierung als Person der Zeitgeschichte aufgrund objektiver Interessenabwägung, also im allgemeinen, und nicht im Hinblick auf die individuelle Empfindlichkeit des Klägers festlegt. In der Rechtsprechung steht fest, wo die Grenzen der »Öffentlichkeit« sind oder wie lange es dauert, bis der »öffentliche« Charakter erlischt.

Wenn demnach jemand vom Durchschnitt abweicht – wir könnten sagen, »autonom« handelt –, verliert er sein Recht auf »Autonomie«. Auch

die technischen Fragen zeigen also, daß das Persönlichkeitsrecht dem Durchschnitt dient.

Zum Schluß weisen wir noch darauf hin, daß nicht nur die Generalklausel, sondern auch die engeren Tatbestände häufig auf objektiven Kriterien aufgebaut sind. (In den USA ist z. B. die Veröffentlichung von persönlichen Daten einer der grundlegenden privacy-Tatbestände. Entscheidend ist immer die »Veröffentlichung«, der Schutz wird durch die die Veröffentlichung erlaubenden Privilegien begrenzt, und nicht durch die Intimität der Daten.)

Es ist erst der erste Schritt zum Schutz, eine grobe Abgrenzung der besonderen Persönlichkeitsrechte, was auf diese Weise geschieht; die so gegebenen objektiven Grenzen sind weit genug für zusätzliche Abwägungen. Aber die Gerichte geben auch hier keinen wirklich individualisierten Schutz, sie bemühen sich vielmehr um die Entwicklung allgemeiner Standards. Ein Blick auf die Haftung bei Persönlichkeitsverletzungen zeigt, daß hier nicht nur Rechtswidrigkeit und Verschulden, sondern auch noch Schaden voneinander nicht trennbar sind, und daß sie einander gegenseitig definieren. Der Verletzte ist nur insoweit geschützt, als er »normal« empfindlich ist. Die Grenze des Persönlichkeitsrechts ist also die »Vernünftigkeit« (reasonableness). Auch das richterliche Ermessen ist nicht völlig individualisiert. Es strebt notwendigerweise danach, Standards zu bilden oder anzuwenden.³ Wir haben den Eindruck, daß das Institut des Persönlichkeitsrechtsschutzes, während es den rechtlichen Schutz auf früher vom Selbstschutz beherrschte Gebiete ausdehnt, diesen Lebensverhältnissen quasi ein »Gesetz geben« will – an Stelle der obsoleten gesellschaftlichen Normen oder entgegen den existierenden.⁴ Dieser Prozeß ist technisch noch widerspruchsvoll und ungelöst.

3 *Kalven* macht es lächerlich, daß im verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz der USA innerhalb von 20 Jahren mehr Regeln aufgestellt wurden als während 200 Jahren im Deliktrecht (The Reasonable Man and the First Amendment. The Supreme Court Review 1967, 267, 299). Diese Normsetzung, Standardisierung ist aber natürlich. Für das sowjetische Recht s. *Fleisic; Joffe* (red.): Kommentarij k GK RSFSR. Moskva 1970 zu §7, wo betont wird, daß es nicht vom subjektiven Empfinden des Verletzten abhängt, ob ein Persönlichkeitsrecht verletzt wurde oder nicht. Darüber entscheidet das Gericht, »aufgrund der Moral der den Kommunismus aufbauenden Gesellschaft und der Regel des sozialistischen Zusammenlebens, unter Beachtung des kulturellen Niveaus und des Bewußtseins des Verletzten«.

4 Die abstrakte Kasuistik der Ausbauperiode der Persönlichkeitsrechte entsprach den Garantiefunktionen. Jedoch heute ist zu fragen, wie man (etwa als Ersatz für den dogmatisch festen »Schadens«begriff) das Minimum des Schutzes dogmatisch formulieren könnte. Dies ist um so dringlicher, als die Schutzansprüche die festen Tatbestände häufig sprengen. (So hat z. B. die genau definierte defamiation im amerikanischen common law das privacy durchbrochen. Als Verletzung des privacy wird der Anspruch nicht mit der Unwahrheit, sondern mit dem verletzenden Inhalt der

2. Die Konstruktion ähnlicher Gegensatzpaare könnte fast unbegrenzt fortgeführt werden. Dadurch aber würden wir einerseits nur die Überdeckungen vermehren, und andererseits würden wir dieselben Probleme immer nur aus ein wenig veränderter Sicht, immer nur ein wenig anders beleuchtet sehen. Mit Recht könnten wir also fragen, ob diese Widersprüche nicht auf einen wesentlichen Widerspruch reduziert werden können. Es lohnt sich aber u.E. nicht.

Das Grundproblem des Persönlichkeitsrechts ist nämlich selbst von sehr allgemeiner Natur. Es handelt sich um grundlegende Lösungen des Verhältnisses zwischen Individuum und Gesellschaft, Gesellschaft und Staat und zwischen Staat und Individuum. Für die Persönlichkeitsrechte ist nur das charakteristisch, daß sie diese Verhältnisse sehr unmittelbar ausdrücken. Daraus ergibt sich zweierlei. Erstens wird das Persönlichkeitsrecht sehr genau von der jeweiligen geschichtlichen Situation bestimmt. Sein konkreter Inhalt und seine Funktion verändern sich ständig. Zweitens, da es nicht allein die erwähnten grundlegenden Verhältnisse rechtlich erfaßt, sind sein Verhältnis zu den anderen grundlegenden Rechtsinstituten und seine relative Wichtigkeit geschichtlich bedingt variabel (z.B. sein Verhältnis zu den Grundrechten der Verfassung oder zum Eigentumsrecht). Gleichzeitig aber – ebenfalls historisch eng determiniert – scheinen die Ideologie des Persönlichkeitsrechts und sein Wertinhalt beständig zu sein. Die Persönlichkeitsrechte können also immer unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses von individueller Freiheit und Autonomie zur Macht analysiert werden. Diese Analyse würde sicherlich zur Klärung der rechtlichen Natur der Persönlichkeitsrechte beitragen.

An dieser Stelle behandeln wir nicht diese allgemeinen Probleme, sondern die Widersprüche, die für das Persönlichkeitsrecht als Rechtsinstitut spezifisch sind. Deshalb setzen wir die Reihe der Widersprüche fort – diesmal aber ohne detaillierte Erörterung. Durch diese Beispiele wollen wir die *Funktionsweise* des Persönlichkeitsrechts *im allgemeinen* beschreiben. Wir systematisieren die verschiedenen Aspekte, indem wir die Gegensätze gemäß den heute wichtigsten Kategorien der Persönlichkeitsrechte einordnen: Wir teilen sie in »politische« und »neutrale« Persönlichkeitsrechte ein. Die einzelnen Persönlichkeitsrechte können natürlich nicht als ausschließlich »politisch« oder ausschließlich »neutral« gewertet werden: Beide Seiten des Widerspruchs sind ja in jedem enthalten, auch wenn einer von ihnen vorherrscht. Es geht also genauer gesagt um zwei mögliche Anwendungsarten, um zwei Funktionen eines beliebigen Persönlichkeits-

Aussage begründet. Dieser muß jedoch nach dem Maßstab der öffentlichen Meinung verletzend sein.) Das Kriterium der *reasonableness* löst andererseits die Garantien auf und verbindet den Schutz zu eng mit der konkreten gesellschaftlichen Situation.

rechts. Trotzdem wählen wir bei der Aufstellung der folgenden Tabelle die für die einzelnen Seiten repräsentativen Rechte als Beispiel.

Beispiele:

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die sich davon abtrennenden neuen Rechte

»politisch«

Grundlage der gesellschaftlichen Aktivität (»Rechtsstellung« »Partizipationsrecht«)

positives Handeln

»Entfaltung«

alltägliche Aktivität

individuell, nach »Autonomie« strebend

subjektiv (Selbstbestimmung)

das Gegebene gestaltend, umformend

kreativ, kritisch

unsicherer Schutz

»Neuland« der rechtlichen Regelung, Grenzfälle

Die Lösung des individuellen Konflikts ist zugleich eine neue Kompetenzverteilung, »Normgebung«

In der Entscheidung sind die konkreten Tatsachen und die jeweilige Rechtspolitik maßgebend

subjektives Recht, Übergang zu den Freiheitsrechten und den reinen politischen Kategorien

die »klassischen« bzw. allgemein akzeptierten einzelnen besonderen Persönlichkeitsrechte

»neutral«

Abgrenzung und Schutz der Privatsphäre

Passivität, Aufrechterhaltung des gegebenen Status

Verinnerlichung, Ausschluß der Außenwelt

außerordentliche Gefährdung, äußerer Angriff

die Stellung im Kollektiv sichernd

objektiv (gesellschaftliche oder Rechtsnormen)

in das Gegebene integrierend, es verstärkend

der bestehenden Ordnung entsprechend die Gerechtigkeit verwirklichend

sicherer Schutz

gewöhnliche, alltägliche Tatbestände

Der individuelle Konflikt wird im beständigen, kollektiven Rahmen geschlichtet, dieser Rahmen wird dadurch verstärkt

Die Entscheidung enthält viele formale Elemente

subjektives Recht, Übergang zu reiner sanktionierender Rolle des Zivilrechts aufgrund inhaltgebender anderer Rechtsnormen (»schützt nur«)

Wir wiederholen, daß wir solche innere Widersprüche aufgezeigt haben, die zum Wesen der Persönlichkeitsrechte gehören, also für ein jedes Persönlichkeitsrecht gelten. Diese Widersprüche sind nicht erstarrt. Gegebenenfalls kann auch ein »klassisches« Persönlichkeitsrecht »politisch« funktionieren, und umgekehrt. Die Widersprüche lassen sich sehr leicht ineinander uminterpretieren; »Privatsphäre« und »Gesellschaft«, »Autonomie« und »Integration« sind voneinander nicht trennbar.

Das gilt für alle oben erörterten charakteristischen Widersprüche, wie individuelle Selbstverwirklichung – durchschnittlicher Schutz, Freiheit von der Regulierung – rechtlicher Schutz usw. Der für Anerkennung seines Rechts auf individuellen Lebensstil Auftretende betont z.B. seine innere und äußere Unabhängigkeit und geht seinen eigenen Weg. Gleichzeitig drückt er aber schon dadurch, daß er rechtlichen Schutz begehrt, seine Bereitschaft zur Integration aus. Dadurch schafft er die Voraussetzung dafür, daß sein momentan in den Augen der Mehrheit noch als abweichend geltendes Verhalten allgemein anerkannt und zum Bestandteil der herrschenden Ordnung werden kann. Solche Begriffe wie Regulierung und Selbstbestimmung oder Grenzfall und Alltäglichkeit sind daher auf beiden Seiten der Tabelle vorzufinden. (Zur Erklärung des letzteren stellt die erwähnte »Devianz« gesellschaftlich sicherlich einen Grenzfall dar; als Persönlichkeitsrecht anerkannt, wird es aber Grundlage des tagtäglichen Lebens der Person. Eine Ehrverletzung bringt das Individuum durch die Erschütterung seines Status in eine Grenzsituation, solche Fälle sind aber gesellschaftlich alltäglich und mit dem Schutzmechanismus zusammen routinemäßig.)

Diese Relativität macht die Unterscheidung der Funktionsweisen des Persönlichkeitsrechts nicht sinnlos. Im Gegenteil: Es sind eben die Relativität der Unterscheidung und ihre Grundlage, die ununterbrochene »Aufhebung« des Individuellen und des Autonomen in der Gesellschaft, die das Wesen des Persönlichkeitsrechts am bildhaftesten ausdrücken. Die »politische« Funktionsweise ist die Avantgarde. Sie strebt nach Sicherung der Selbstverwirklichung, der Autonomie – obwohl diese mittels des Rechts, das dazu einfach ungeeignet ist, nie erreichbar sind. Dennoch kann man die praktische Leistung der Persönlichkeitsrechte und ihre Möglichkeiten nicht hoch genug einschätzen. Zwischen den Extremen der »moralischen Genialität«, »an occupation for the saint«, die zur Verwirklichung der Autonomie notwendig wäre, und des restlos in die Gesellschaft bzw. den Staat integrierten Individuums bedeutet das Persönlichkeitsrecht die Vermittlung. Es gewährt einen erträglichen Spielraum, das »Recht an der Nuance«, wie der ungarische Dichter Gyula Illyés sagt. Das bedeutet ein Recht auf das Versuchen, das Suchen des eigenen Weges, auf die Anerkennung der Alternative, des »Gesetzes des Morgens«. Sogar in einem erstarrten »klassischen« Persönlichkeitsrecht können wir das Prinzip der Indi-

vidualisierung entdecken: auch dann bewahrt es vor der völligen Einschmelzung in die Gesellschaft.

Solange wir die Natur und Wirkungsweise des Persönlichkeitsrechts so *abstrakt* untersuchen, können die Betonung und die positive Bewertung der erwähnten Vermittlerrolle als willkürlich erscheinen. Theoretisch könnten wir auch die andere Seite hervorheben. Demnach wäre das politische Persönlichkeitsrecht gar keine Avantgarde, es diene im Gegenteil dazu, der politischen oder andersartigen Avantgarde eine Falle zu stellen, sie zurückzuhalten. Es verspräche nicht Autonomie, sondern die Verminderung und Milderung der Konflikte.⁵ Welche Verinnerlichung der »äußeren Macht«, welche Identifikation mit der Rechtsordnung ist notwendig, um hinzunehmen, daß die Grenzen durch das Persönlichkeitsrecht gezogen werden, die das Individuum nicht mehr zu den Hobbesschen »inneren Vorbehalten« zwingen!

Die Dialektik der Persönlichkeitsrechte entartet offensichtlich unvermeidlich zu Sophistik – wenn wir nämlich die Widersprüche nicht in ihrer Einheit auffassen; wenn wir in den völlig abstrakt entworfenen Mechanismus heimlich – gleichfalls abstrakte – Werte hineinbringen (die Abschätzung des Kompromisses oder das Lob der Vermittlung); wenn wir trotz des Erkennens der Natur der Persönlichkeitsrechte dieser entgegengesetzte Forderungen stellen; wenn wir vom Persönlichkeitsrecht etwas verlangen, wozu das Recht nicht fähig ist.

Die prinzipielle Klärung der Wesenszüge des Persönlichkeitsrechts war die Voraussetzung seiner praktischen Handhabung. Aber jede weitere Wertung ist nur in gesellschaftlichem Kontext sinnvoll. Der gesellschaftliche Hintergrund der Persönlichkeitsrechte ist heute, zur Zeit ihrer weltweiten Verbreitung, ziemlich heterogen – besonders wenn wir es mit dem einheitlichen Gesellschafts- und Menschenbild sowie mit der Wertordnung vergleichen, die dieses Recht jahrhundertlang begleiteten. Jedenfalls stehen ihre »politische« Deutung und Praxis in Einklang mit der jüngsten Geschichte und mit den Ursachen der Blüte der heutigen Persönlichkeitsrechte.

3. Diese empirische Mündung unserer theoretischen Untersuchung ist notwendig, sie ist sogar selbst ein theoretisches Ergebnis. Es stimmt mit den Resultaten unserer historischen Studien überein. Das Persönlichkeitsrecht darf weder von der konkreten historischen Situation abstrahiert werden noch von der vorausgesetzten Wertordnung (Gesellschafts- und Men-

5 Aufschlußreich ist in dieser Beziehung *Lubmanns* Konzeption von der Gewissensfreiheit. Er schlägt vor, anstelle liberaler Phrasen unter Gewissensfreiheit zu verstehen, daß der Staat seinen Bürgern keine zu Gewissenkonflikten führenden Entscheidungen auferlegt. Die Gewissensfreiheit und das Gewissen. Archiv des öffentlichen Rechts 1965, 257.

schenbild). Diese Feststellung wäre ein Gemeinplatz, wenn wir nicht hinzufügen, daß die heutige Unsicherheit und Widersprüchlichkeit der Persönlichkeitsrechte mit der Unklarheit dieser Grundlagen zusammenhängen. Unsere allgemeine Untersuchung müßte demnach mit der Prüfung der Persönlichkeitsrechte in den einzelnen Rechtsordnungen, unter Berücksichtigung des gesellschaftlichen Hintergrundes und der herrschenden Ideologien fortgesetzt werden. Dies ginge natürlich über den Rahmen dieser Studie weit hinaus. Wir schließen die vorliegende Arbeit mit der Hervorhebung eines sehr wichtigen Gesichtspunktes: Die Persönlichkeitsrechte müssen in die totale Entwicklung des Zivilrechts eingefügt werden.

a) Wir sahen, daß die isolierte Untersuchung der Persönlichkeitsrechte nicht zweckmäßig ist und der Zusammenhang dieser Rechte mit dem Zivilrecht auch nicht auf systematische Probleme reduziert werden kann. Man muß die Persönlichkeitsrechte als Teil der Wandlungen des Zivilrechts sehen. Die heutige Wichtigkeit der Persönlichkeitsrechte ist z.B. Symptom der neueren Zivilrechtsentwicklung und auch umgekehrt: Die Eigenheiten der Entfaltung des Persönlichkeitsschutzes beleuchten und interpretieren die Tendenzen im Zivilrecht. Als Beispiel nennen wir die ständig ausgeprägter werdende Schutzfunktion des Zivilrechts, die sich in den Persönlichkeitsrechten, im Verbraucher- und im Umweltschutz realisiert. Diese alle zeichnen sich durch eine »Allgemeinheit« aus. Die Bedeutung der Sache kann über die Interessensphäre der Parteien hinausgehen. Ihre Schutzwirkung umfaßt auch andere. Die Inanspruchnahme des Schutzes kann von der Verletzung eines subjektiven Rechts unabhängig werden. Die Rolle des Richters im Vergleich zu den nur die Parteien berührenden Rechtsstreiten verändert sich. Die organisierende, allgemein normsetzende, sogar rechtsetzende Funktion des Richters wird betont, da er in solchen Fällen immer grundsätzlich Interessen und Werte konkretisiert bzw. abwägt, und zwar hinsichtlich beider Parteien. (So muß er z.B. das Interesse der Produktion gegenüber dem der Umwelt abwägen. In Persönlichkeitsrechten können beide Parteien sich auf die Grundrechte der Verfassung berufen.) Die Interessenabwägung ist häufig unmittelbar von politischer Natur, aber mittelbar immer. In dieser Perspektive ist die Entwicklung des materiellen und des Prozeßrechts zusammen zu betrachten.

Die Wandlungen sind besonders aufschlußreich hinsichtlich der Weiterentwicklung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit. Durch ihre Klärung können wir Gesichtspunkte gewinnen, um zu sehen, welcher Schritt auf die Entfaltung der schon gut bekannten Entwicklungstendenzen (wie die Objektivierung der Haftungsgrundlage, die durch Einschaltung von Schadensverteilungsmechanismen ausgebauten Systeme der Schadensregulierung) folgen soll. Statt des Schadenersatzes werden andere Sanktionen in den Vordergrund treten, wie z.B. das Verbot oder die Einstellung einer bestimmten Tätigkeit (Injunktion), oder aber eine positive Regulierung

der Sache durch die Bestimmung des künftigen Verhaltens der Parteien. Der heutige Mechanismus der zivilrechtlichen Haftung ist auf einer vom Schadenersatz ausgehenden Risikoverteilung aufgebaut. Es ist sehr problematisch, ob und wie die Grundbegriffe dieses Systems in einer ganz anderen Interessenabwägung genutzt werden können und wie diese Interessenabwägung standardisiert werden kann.⁶

b) All diese Änderungen beeinflussen den Status der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse unter den anderen Rechtsverhältnissen sehr; sie verlangen eine Bewußtmachung des aktuellen hohen Wertes der »autonomen Struktur« des Zivilrechts. Das klassische Zivilrecht war wirklich das Recht des Bürgertums. Seine zentrale Rolle war auch berechtigt in einer Gesellschaft, die vom Markt beherrscht wurde. Die Veränderung des Charakters des Zivilrechts (die oft bis zur Aufgabe seiner Identität reicht) ist allgemein bekannt und allgemein anerkannt – jedoch nur in bezug auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, deren Politisierung jedermann zur Kenntnis nimmt.

Was aber die Lebensverhältnisse anbetrifft, die quasi außerhalb der Hauptströmung der wirtschaftlichen Entwicklung geblieben sind, ist die Ungleichmäßigkeit der Entwicklung auffallend: sie bilden ein Reservat aus dem 19. Jahrhundert. Als solche können wir z. B. die schadensrechtlichen Sachverhalte nennen, die keine Beziehung zu den Betriebs- und Verkehrsunfällen (oder anderen »technischen« Schäden) und so zur Objektivierung der Haftung haben; aber auch die »neutralen« Fälle des Persönlichkeitsrechtsschutzes. In den sozialistischen Ländern, in denen ein selbstän-

6 Die erwähnten Neuigkeiten sind schon – wenigstens in ihren Anfängen – auch im ungarischen Recht zu finden. In der Rechtsprechung der Zivilgerichte verbreitet sich die indirekte Revision von Verwaltungsbeschlüssen. Die Novelle des ZGB von 1977 brachte den (wenn auch sehr bescheidenen) Versuch, eine Bürgerklage auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes zu institutionalisieren. Daß die neuen Aufgaben der Richter, und besonders ihre Rolle als Gegengewicht zur Verwaltung künftig nicht mehr umgangen werden können, zeigt auch die Neuregelung der Persönlichkeitsrechte in der ZGB-Novelle. Diese bestimmt, daß die elektronische Datenverarbeitung die Persönlichkeitsrechte nicht verletzen soll, die Daten Unbefugten nicht herausgegeben werden dürfen, weiterhin daß über die gespeicherten Daten der Betroffene auf Verlangen informiert werden soll. Diese Information kann ihm nur verweigert werden, wenn dadurch »staatliche Interessen oder die Interessen der öffentlichen Sicherheit verletzt würden«. Der Betroffene hat auch ein Recht auf die Berichtigung (ZGB §83). – Die weitere Bestimmung aber, die es den Ministerien ermöglichte, hinsichtlich des Berichtigungsrechts den Verwaltungsweg der gerichtlichen Geltendmachung voranzustellen, kann rechtspolitisch nur als Rückschritt gewertet werden (EinfG. ZGB §3). Zur Zeit ist die Grundsatzfrage noch ungeklärt, ob die Gerichte auch darüber entscheiden können, daß durch die Ausgabe der Information wirklich Staats- und Sicherheitsinteressen verletzt würden.

diger Rechtszweig »Wirtschaftsrecht« gebildet wurde, büßten die dem »Zivilrecht« übriggelassenen Verhältnisse ihre Bedeutung ein.

Die gesellschaftliche Entwicklung pausierte aber auch in den Sphären außerhalb der »großen Wirtschaft« nicht. Nur weil die »autonome Struktur« des Zivilrechts immer noch mit den »Warenverhältnissen« identifiziert wird, können die nach ihrer Gleichheit modellierten Rechtsverhältnisse der Bürger – die Institute des tschechoslowakischen ZGB hier als Symbole verwendend – auf »persönliche Nutzung von Wohnräumen« oder »Verkauf in Läden« reduziert werden.

Die Notwendigkeit der schon erwähnten Schutzfunktion und deren neue Rechtsinstitute weisen auch auf die Unhaltbarkeit solcher »Reservat«-Auffassungen hin. Die verschiedenen »Schutz«-Institute fungieren als Vermittlung zwischen den Sphären der Politik bzw. der schon politisierten Wirtschaft und andererseits der »autonomen Struktur«; sie politisieren letztere und erweitern ihr Wirkungsfeld weit über die ursprünglichen Vermögensverhältnisse hinaus. Dafür ist der häufige Funktionswandel von Instituten wie der des Nachbarrechts (im Umweltschutz) oder des Schutzes der Ehre (in zahlreichen politischen Rollen) ein Zeichen.

Die gleiche Position der Parteien im Zivilprozeß und die »Gleichheit« der autonomen Struktur kann heute zur Korrektur der faktischen Ungleichheit (der Kräfte) der Parteien nutzbar gemacht werden. Eine in diesem Geist arbeitende Zivilrechtsprechung ist in Ungarn um so wünschenswerter, als das hiesige System die Verwaltungsgerechtigkeit nicht kennt. Daher sollten die Zivilgerichte der in letzter Zeit vom Staat auf die Bürger verschobenen Schutzbedürftigkeit⁷ Rechnung tragen. Die oben besprochene Politisierung der Persönlichkeitsrechte, die eigentlich Gruppeninteressen dienenden Prozesse, wie die Bürgerklagen im Umwelt- und Verbraucherschutz, zeigen die noch vorhandenen Möglichkeiten der autonomen Struktur bei der Entwicklung der Demokratie. Ein konkreter Umriß dieser Perspektive verlangte die praktische Entfaltung der »Schutz«-Institute. Dieser Gedankengang führt aber zu unserem Ausgangspunkt zurück: zu der rechtspolitischen Wichtigkeit der Aktivierung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte.

7 Die Schutzfunktion kehrt sich um: Nach der Stabilisation der Macht ist nicht mehr der Staat gegen die Bürger, sondern der Bürger vor dem Staat zu schützen (siehe den neuen §349 ung. ZGB über die Staatshaftung; *Eörsi: Tézisek a polgári jogi felelősségről* (Thesen über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit). Állam- és Jogtudomány 1976, 185, 200.

Sachregister

- Absolutismus 27, 28, 62, 110, 111, 154
- abstraktes Eigentum 161, 162, s. noch Eigentum
- abstraktes Individuum 42, 48, 72, 137, 152, 185, 199, s. noch Person
- Abstraktion des Menschen 30, 66, 67, 139, 141, 143, 144, 145, 162, 184, 185
- (ABGB) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch und Vorentwürfe (Österreich) 28, 29, 31, 32, 36, 135, 136
- (ALR) Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 28, 29, 31
- allgemeines Persönlichkeitsrecht 6, 7, 9, 10, 121, 123, 129, 130, 131, 132, 137, 178, 186, 188, 189, 190, 192
 - –, als Grundrecht 17, 20, s. noch Persönlichkeitsgedanke, privacy
- Arbeiterfrage 11, 180, 181, 188, s. noch Lohnkampf
- »autonome Struktur« des Zivilrechts 5, 200, 209
- Autonomie 36, 40, 42, 50, 68, 72, 73, 98, 131, 168–171, 186, 190–194, 196
 - , »stumme« 44, 45
- Beamten, Verleumdung von – 110, 117
- Berufsstände 155
- Berufsuntauglichkeit 104, 105
- Besitzschutz 125, 172, 173
- besondere Persönlichkeitsrechte 9, 166, 168, 169, 178, 189, s. noch Injurien
- Bild, Recht am eigenen –, 9
- Boycott 7, 180, 187
- Briefgeheimnis 20, 126
- (BG) Bundesgericht (Schweiz) 7, 187, 188, 189
- (BGH) Bundesgerichtshof (BRD) 20, 189
- »Bürger« 66, 67, 68, 152
- bürgerliche Entwicklung 59–61, 156, 160, 166
 - –, in Deutschland 137, 138, 145, 155, 156
 - –, in der Schweiz 156, 166, 183, 184, s. noch Liberalismus
- »bürgerliche Gesellschaft« 30, 49, 57, 61, 119, 137, 142, 148, 149, 152
 - –, Gleichsetzung mit dem Staat 43, 46
- (BGB) Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) 14, 20, 144, 145, 159, 160, 177–180, 181
- Code civil (Frankreich) 31, 135, 159, 184, 192
- defamation 99, 105, 106–120, 121, 133, 134
- deutsches Recht 14, 15, 136–181, 192
- Durchschnittlichkeit des Ehrenschatzes 78, 196, 200–202, s. noch objektiviertes Maß
- Edikte des Prätors 77, 83, 86
- Ehre 5, 7, 75, 78, 102, 139, 151, 152, 177, 179, 180, 185
 - , bürgerliche 137, 141, 142, 143, 148, 149, s. noch Rechtsfähigkeit, Infamie
 - , menschliche 135, 141, 142, 149
 - , politische 152, s. noch Freiheit, Verfassungsrecht
- Eigentum bei Hobbes 36, 39, 47
 - bei Locke 53
 - bei Rousseau 64, 68
 - , abstraktes und Kapital 161, 162
 - –, Krise 163, 171, 172, 173, 174
 - , als Garantie der Autonomie 17, 48, 53, 55, 62, 65, 71, 125, 191
 - , als Recht des Souveräns 39, 47, 64
 - an der eigenen Person 36, 49, 53, 54, 68, 71, 125

- ,geistiges 125, 126, 127, 163, 164, 170
- ,»organisches« 164, 165
- Eigentümer und Person 4, 17, 30, 49, 71, 163, 175
 - -, Auflösung der Einheit und Funktionsübernahme 170, 171, 172, 178, 179, 180, 181, 182, 188, 189
- englisches Recht, örtliches Gewohnheitsrecht 101, 102, 119
 - -, common law 104-125
- Erwerbstätigkeit, Recht auf -, 11, 180, 181
- ethische Gesichtspunkte 11, 43, 77, 87-89, 98
 - -, Ausschluß vom Zivilrecht 140, 147, 149, 150, 175 s. noch »Tugend«
- fair comment 115, 116, 117, 201
- Familiensphäre 16, 44, 45
- französisches Recht 10, 11, 159, 184
- französische Revolution 30, 31, 43, 61
- »freie Entfaltung« 147, 160, 166, 167, 196
- Freiheit, »natürliche« (im BGB) 178, 179
 - ,politische 152
 - ,sittliche 64
 - naturrechtliche Freiheiten 26, 28, 29, 35, 36, 49, 51, 62, 70, 166, 194
 - moderne Parallele zu den - -, »kleinere Freiheiten« 14, 26, 36, 168, s. noch Lebensstil
 - Selbstbeschränkung der Freiheit 158, 159
- Freiheitsrechte 12, 152, 156, s. noch Verfassungsrecht
- Garantien der Freiheit 41, 44, 51, 53, 54, 55, 62, s. noch Eigentum
- geistiges Eigentum s. Eigentum
- Gemeinschaften 88, 102, 118, 119, 177
- Genugtuung 103, 104, 120, s. noch immaterieller Schaden
- Gerichte, in England 101, 105, 110, s. noch BG, BGH, RG, richterliches Ermessen
- germanistische Schule 138, 145, 146, 150, 151, 157, 165
- Gesellschaft, Integration des Individuums in die -, 63, 88, 89, 102, 119, 186, 187, 191, 196
 - und Staat 149, 152, s. noch bürgerliche Gesellschaft
- Gesellschaftsvertrag 55, 57, 63, 64
- Gewissen 12, 43, 44, 206
- Grundlagen der Zivilgesetzgebung der Unionsrepubliken (Sowjetunion) 5
- Grundgesetz (BRD) 15, 20, 192
- guter Ruf 12, 76, 108, 109, 132, 133, 139, 142, 143, 149, s. noch Edikte, Injurien
- Haftungsrecht, Entwicklung des - und die Persönlichkeitsrechte 8, 76, 78, 79, 84, 87, 106, 113, 114, 115, 119, 138, 175, 177, 182, 201, 207, 208
- Hybris 78, 91-93
- Immaterialisierung vermögensrechtlicher Positionen 4, 164, 165, 180, s. noch wirtschaftliche Persönlichkeit
- immaterieller Schaden 1, 2, 7, 20, 102, 103, 107, 139, 140, 182, 184
- Individuum s. abstraktes Individuum, Person, Gesellschaft
- Infamie 94, 95, 142, 185
- Injurie 2, 23
 - im römischen Recht 77-99
 - im deutschen gemeinen Recht 139, 142, 148, 149, 150, 153, 154, 155
- Interessenabwägung zwischen dem Verletzten und dem Täter 113, 118, 121, 123, s. noch richterliches Ermessen
- Interessenidentität zwischen Volk und Souverän 40, 42, 47
 - - Gesellschaft und Staat 63-66, 149
- kanonisches Recht 101, 103, 119
- Kontinuität der Entwicklung 23, 24, 33, 34, 35, 37, 52
- Körperverletzung als Injurie 81, 82
- Kritik, politische 110, 117, 153, s. noch libel, Beamten
- Kunstkritik 117, s. noch Pressefreiheit
- Lebensstil, persönlicher 16, 37
- lex Aquilia 80, 84, 87

- libel 99, 111, 131, s. noch defamation
 Liberalismus 8, 12, 41, 119, 138, 147, 148, 158, 159, 160, 175, 183, 190
 Kritik am –, 14, 20, 156, 157, 175, 176
 Lohnkampf 11, 178, 180, 181
- »Materialismus« 11, 105, 172, 190
 Meinung, in der bürgerlichen Gesellschaft 57
 –, öffentliche 87, 120, 142, 153
 Meinungsfreiheit 44, 117, 153, s. noch Gewissen
 Mensch s. Person, abstraktes Individuum, menschliche Ehre
 Menschenbild 37, 71, 72, 73, 127, 129, 142, 151, 175, 205, 206
 – Hobbes' 34, 41, 42, 70
 – Rousseaus 64, 66, 68
 Mieter 169, 173
- Namensrecht 9, 76, 133
 Naturrecht, deutsches 25, 71, 72, 135, 137, 142, s. noch Freiheit
 Naturzustand 26, 27, 29, 38, 47, 50, 51, 53, 54, 60, 67, 70
 »neutrale« Persönlichkeitsrechte 10, 12, 76, 121, 189, 192, 203–205
- objektiviertes Maß der Persönlichkeitsverletzung 112, 113, 114, 115, 121, 154, 196, 199–202
 (OR, aOR) altes Obligationenrecht (1881, Schweiz) 7, 8, 182, 183, 189
 organisatorischer Schutz 197–198
 Öffentlichkeit 45, 49, 57, 111, 118, 120
 –, politische 116, 117, 153, s. noch Privatsphäre
 österreichisches Recht 29–32, 136
- Pandektistik 137
 Person 49, 137, 140, 143, 144, 147, 148, 151, 162, 170, 172, s. noch abstraktes Individuum, Eigentümer
 »Persönlichkeitsgedanke« 75, 78, 93–96, 97, 145, 186
 »politische« Persönlichkeitsrechte 10, 12, 13, 14, 15, 192, 196, 203–205, 206
- Politisierung des Zivilrechts 3, 207
 Presse 9, 111, 120
 Pressefreiheit 116, 117, 153, 186
 privacy 12, 75, 77, 122, 123, 132
 –, (tort) 18, 122, 127, 132, 133
 –, (constitutional) 18, 122
 als policy 121, 123, 128
 in England 124, 125, 126
 – und Eigentum 125, 126, 127, 130, 131
 Privatsphäre 6, 44, 45, 48, 67, 98, s. noch staatsfreie Sphäre
 – und öffentliche Sphäre 116, 117, 121, 125, 126, 130, 131, 153, 192, 196, 197
 privilege 113, 115
- Rechtsfähigkeit 29, 69, 94, 135, 138, 142, 143, 144, 147, 149, 151, 155, 182, 185, s. noch Infamie, Person
 »Regelungsgarantie« 197–199
 (RG) Reichsgericht (Deutschland) 179, 180, 181
 richterliches Ermessen 18, 86, 87, 89, 90, 200–202
 romanistische Schule 135, 145
 römisches Recht 77–99
- Schaden, materieller, als Voraussetzung der Klagbarkeit einer Persönlichkeitsverletzung 100, 102, 103, 106, 107, 150, s. noch immaterieller Schaden
 Schmählieder 80, 82, 83
 Schutzaufgaben des Rechts 4, 8, 156, 160, 167, 175, 176, 186, 207, 209
 –, staatliche 168, 169, 175, 176, 198, 199
 schweizerisches Recht 7, 8, 9, 76, 159, 182–183
 Selbstgarantien, Selbstverteidigung 8, 9, 35, 160, 168, 197, 198, s. noch Eigentum
 Sitte und Brauch 57, 82, 86–89, 98, 119, 133, 197
 slander 99, 131
 sozialistische Literatur über die Persönlichkeitsrechte 2, 4, 11, 12
 sowjetisches Recht 5, 6, 13, 167, 191, 202
 Staat als Garant der Freiheit 53, 150, 160, 168, 175, 190, 196

- staatlicher Eingriff in die Wirtschaft 7, 16,
17, 123, 166, s. noch Liberalismus
staatsfreie Sphäre 16, 17, 39, 40, 60, 131,
146, 149, 197, s. noch Privatsphäre
Stand 29, 151, 154, 155
ständisch gegliederte Rechtsfähigkeit 29,
138, 142, 149, 155
Strafrecht 10, 88, 89, 105, 110, 111, 140,
s. noch libel
subjektives Maß der Verletztheit 154, 200,
201
subjektives Recht 17, 126, 160, 167, 174,
178, 179, 199, 200

Talion 79, 81, 86
Tagebuch 5, 13
»Tugend« 57, 59, 61, 153

Unbestimmtheit des allgemeinen Persön-
lichkeitsrechts 18, 19, 23, 127
ungarisches Recht 6, 10, 11, 12, 13, 208
USA, Recht der –, 9, 15, 36, 122, 123,
126–134, 202

Verfassungsrecht 13, 15–17, 20, 31, 32,
122, 192

»Vermögensverhältnisse« und Persönlich-
keitsrecht 4, 5, 6, 7, 140, 141
Verrechtlichung des Ehrenschutzes 78, 85,
86, 98, 112, 189, 196

Wettbewerbsrecht 8, 10, 160, 178, 187, s.
noch Boykott
Widerstandsrecht 50, 51
wirtschaftliche Position 4, 165, 180, 181,
186
»wirtschaftliche Persönlichkeit« 6, 7, 8,
166, 184, 186, 187
Wirtschaftsrecht, sowjetisches 5, 191, 209
Wörter, klagbare 95, 102, 108, 112, 119
Würde 15, 19, 73, 97, 102, 128, 131, 194

(ZGB) Zivilgesetzbuch (Schweiz) 159, 182,
185, 187, 189, 190
(ZGB) Zivilgesetzbuch (Ungarn) 1, 2, 6,
13, 192, 196, 198
Zivilrecht, Konservativismus des –, 5, 10,
191, 207
–, liberales 30, 31, 140, 141, 146, 147
Zürcher Privatrechtliches Gesetzbuch 8,
184, 185
Zwölftafelgesetz 78, 79–82

Personenregister

Adorno 50
Aristoteles 41, 47
Askin 15
Atkin 112
Augustinus 34

Baker 101, 102, 105, 106, 107, 108, 109,
110
Balás 11
Barazetti 159
Bauer 164
Berman 102, 104
Binding 97
Bloch 38
Bloustein 19, 128, 131
Bluntschli 183
Bostwick 127
Bracton 172
Brandeis 18, 19, 23, 118, 122, 123, 127,
131, 132
Brett 122
Brüggemeier 166, 179, 180, 181
Bruns 173
Bussfeld 189

Caemmerer 179
Cerroni 52
Cicero 33, 82
Chapman 46, 129
Clerk 100, 112, 113, 114, 116, 120, 125
Cockburn 117
Cohn 9
Coke 110
Commons 18
Condorcet 63
Constantinesco 141, 159
Corwin 37, 53, 61
Cossa 41

Dacey 117, 120, 158
Diderot 62, 63
Dionisopoulos 123, 126, 127
Dixon 19
Drakon 82
Ducat 123, 126, 127

Egger 145, 160, 183, 184, 185, 186, 190,
191
Eliot 195
Ellenborough 116
Emerson 16, 18
Eörsi 3, 13, 69, 183, 184, 209
Ernst 118, 122, 126, 127
Erőss 1, 12

Fifoot 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108,
109, 111, 114, 116, 117
Fikentscher 176
Flejšic 191, 202
Fox 116
Fried 130, 131
Friedrich d. Große 136

Gall 148, 153, 154, 155, 156, 162
Gareis 167
Gellius 23, 83
Gerber 138
Gierke 145, 155, 157, 165, 166, 167, 170,
177, 182
Gross 15
Grossen 189
Grotius 33

Habermas 34, 37, 40, 42, 44, 45, 46, 47,
49, 59, 62, 68, 116
Hahn 146, 154, 155

- Hasse 147
 Hedemann 69, 190
 Heffter 139, 155
 Hegel 26, 72, 146, 152, 153, 162
 Helmholtz 101, 102, 103, 104, 105, 113
 Hitzig 93, 95
 Hobbes 28, 33–52, 55, 57, 58, 59, 60, 64, 68, 74, 110, 206
 Holdsworth 99, 100, 102, 104, 105, 108, 109, 110, 111, 116, 117, 120
 Holmes 113, 114, 116, 172
 Holt 110
 Hóman 63
 Horatius 82
 Horkheimer 50
 Huber, Eugen 7, 182, 183
 Huber, Ernst Rudolf 153, 154, 157
 Hubmann 129
 Hübner 141, 142, 143, 144, 149, 150

 Illyés 195, 205

 Jäggi 182
 Jellinek 33, 59, 157, 167, 168, 169
 Jhering 78, 85, 94, 140, 141, 146, 147, 148, 151, 158, 159, 160, 165, 168, 169, 173–176, 177, 182, 190
 Joffe 3, 202
 Jolowitz 99, 100, 113, 115

 Kalven 18, 123, 133, 134, 202
 Kant 162
 Karlowa 78, 79, 80, 81, 85, 91
 Kaser 78, 79, 83
 Keller 8, 182, 184, 185
 Klein 32
 Kleinheyer 137, 157
 Koch 29, 31
 Kohler 164, 165, 169, 170
 Kommers 16
 Koschacker 25
 Koselleck 34, 43, 44, 46, 61, 65

 Lange 165
 Lawrence 118
 Le Chapelier 34
 Lenel 77
 Leonhard 140

 Leuze 14, 25, 26, 27, 140
 Lindley 115
 Lindsell 100, 112, 113, 114, 116, 120, 125
 Lipsius 82, 93
 Liszt 140, 181
 Lobe 181
 Locke 33, 34, 35, 36, 37–49, 51, 52, 53–58, 59, 60, 74, 125, 126, 127, 162, 192
 Ludassy 50, 63
 Luhmann 206
 Luther 34
 Lübtow 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 89, 90, 91, 92, 94, 98

 Machiavelli 37
 MacKay 16
 Macpherson 38, 41, 42, 43, 46, 48, 49, 52, 55, 56
 Maitland 101, 102, 107
 Malein 2, 6, 13
 Mandeville 65
 Mann, Th. 33
 March 104, 109
 Marx 146, 152, 155, 161
 Maschke 83, 85, 86, 88, 99
 Mauczka 75, 140
 Menger 11
 Meszlényi 11, 190
 Mommsen 80, 81, 82, 83, 88, 89, 90, 91, 94, 95, 96, 98
 Morus, Th. 37
 Mugdan 177
 Murphy 2
 Müller, Jörg Paul 20

 Newman 104
 Nizsalovszky 2

 Odgers 100, 112, 114, 115, 117, 118
 Ofner 28, 30, 140, 177

 Pennock 46, 129
 Pernice 94
 Peschka 192
 Peyrefitte 153
 Pfizer 141, 156
 Plautus 82, 86
 Polányi, Karl 43, 53, 56, 61, 117, 161

- Pole 59, 60
 Pollock 101, 102, 107
 Pope 65
 Pratt 118
 Prosser V, 19, 75, 122, 127, 132, 133
 Puchta 143, 144, 149, 150, 165, 172
 Pufendorf 26, 33
- Raber 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 95, 97
 Raiser 20, 166, 167
 Raphael 52
 Rastell 106
 Rehnquist 131
 Reich 199
 Renner 162, 163, 169
 Riedel 54, 146
 Ritter 54, 72
 Robespierre 43, 69
 Rosin 181
 Rotteck 141, 156
 Rousseau 34, 62–69
 Röder 26, 27
 Rümelin 183
- Savigny 26, 141, 143, 145, 146, 147, 158, 159, 165
 Scheuner 157
 Scheyhing 25, 144
 Schiller, Friedrich 23, 66
 Schmidt, C. A. 139
 Schmitt, Carl 38
 Scholler 118
 Schultz, Fritz 79, 80, 84, 89, 93, 96
 Schwartz, Alan U. 118, 122, 126, 127
 Schwartz 199
 Schwerdtner 21, 129
 Seneca 86, 97
 Skolnick 199
 Smith, Adam 65
 Solon 82
 Sólyom 6, 39, 84, 87, 106, 114, 128, 138, 147, 176
 Specker 182, 184
 Spinoza 51
- Spiro 46
 Stahl 28
 Strauss, Leo 37, 38, 41, 42, 51, 54, 55
 Suhoverhij 6, 13
 Szekfü 63
- Tawney 34, 55, 105
 Terentius 82
 Thomas v. Aquin 33, 34, 47
 Thomasius 25, 26, 33, 36, 71
 Tocqueville 29, 60, 62, 66
 Törö 1
- Unger 27, 52, 135, 136
- Villey 146
 Voevodin 6, 13
- Wacks 122, 124, 133
 Wade 133
 Walter 94, 139, 142, 143, 144, 147, 148, 150
 Warren 18, 19, 118, 122, 123, 127, 131, 132
 Weber, Max 105, 183
 Welcker 141, 151, 152, 154, 155, 156, 162
 Wellspacher 29, 30, 31, 32, 36
 Westin 123
 Wieacker 26, 27, 137, 141, 177
 Wilkinson 16
 Windscheid 27, 52, 143
 Winfield 9, 99, 100, 113, 115, 124, 125, 126, 130, 133
 Wittmann 78, 79, 81, 82, 84, 89, 91, 93, 95
 White 16
 Wolf, Erik 33
 Wolff, Christian 25, 26, 29, 71
 Wray 109
- Younger 2, 124, 133
- Zeiller 26, 30, 31, 32, 114, 144, 147

Literatur

- Askin Police Dossiers and Emerging Principles of First Amendment Adjudication. Stanford Law Quarterly 1970.
- Baker An Introduction to English Legal History. London 1979.
- Balás Személyiségi jog (Persönlichkeitsrecht). In: Szladits (Hrsg.): Magyar magánjog (Ungarisches Privatrecht), Bd. I. Budapest 1941.
- Barazetti Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches. Bern 1898.
- Berman The Background of the Western Legal Tradition in the Folklaw of the Peoples of Europe. University of Chicago Law Review 1978.
- Binding Die Ehre. Der Zweikampf. Leipzig 1909.
- Bloch Naturrecht und menschliche Würde. Frankfurt/M. 1977.
- Bloustein Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser. New York University Law Review 1964.
- Bostwick A Taxonomy of Privacy. Repose, Sanctuary and Intimate Decision. California Law Review 1976.
- Brett Free Speech, Supreme Court Style: A View from Overseas. Texas Law Review 1968.
- Brüggemeier Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus. Materialien zum Wirtschaftsrecht. Bd. I. Frankfurt/M. 1977.
- Bruns Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar 1874.
- Bussfeld Zum materiellen Charakter des Immateriellen. Überlegungen zur Theorie und Praxis der Persönlichkeitsrechtsprechung des BGH. (Diss. Tübingen) Düsseldorf 1978.
- Caemmerer Wandlungen des Deliktrechts. In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. II. Karlsruhe 1960.
- Cerroni Marx und das moderne Recht. Frankfurt/M. 1974.
- Clerk/Lindsell — C. L. On Torts. London 1969.
- Cohn Neue Rechtsgüter. Das Recht am eigenen Namen. Berlin 1902.

- Commons Legal Foundations of Capitalism (1924). Clifton 1974.
- Constantinesco Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht. Archiv für die civilistische Praxis 1960.
- (Constitutional Privacy) Formalism, Legal Realism and Constitutionally Protected Privacy Under the Fourth and Fifth Amendments. Note, Harvard Law Review 1977.
- Corwin Liberty against Government. The Rise, Flowering and Decline of a Famous Juridical Concept. Baton Rouge 1948.
- Cossa An Introduction to the Study of Political Economy. London 1893.
- Dicey Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century. London 1905.
- Diderot Fragments échappés du portefeuille d'un philosophe Œuvres complètes, Bd. VI. Paris 1876.
- Dionisopoulos/Ducat The Right to Privacy. Essays and Cases. St. Paul/Minn.
- Dixon The Griswold Penumbre: Constitutional Charter for an Expanded Law of Privacy? Michigan Law Review 1965.
- Egger Kommentar Das Personenrecht. In: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Zürich 1911.
- Egger Die Freiheitsidee im Schweizerischen Recht. In: Die Freiheit des Bürgers im Schweizerischen Recht. Zürich 1948.
- Egger Die Zivilgesetzbücher in den Stürmen der Zeit. In: Ausgewählte Schriften und Abhandlungen, Bd. I. Zürich 1957.
- Emerson Nine Justices in Search of a Doctrine. Michigan Law Review 1965.
- Eörsi Fundamental Problems of Socialist Civil Law. Budapest 1970.
- Eörsi Tézisek a polgári jogi felelősségről (Thesen über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit). Állam- és Jogtudomány 1976.
- Eörsi Comparative Civil (Private) Law. Budapest 1979.
- (Erläuterungen) Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (von Eugen Huber). Bern 1901.
- Ernst/Schwartz Privacy. The Right to Be Let Alone. New York 1972.
- Erőss Emberi mivoltunk polgári jogi védelme (Zivilrechtlicher Schutz des Menschseins). Magyar Jog 1972.
- Fifoot History and Sources of the Common Law. Tort and Contract. New York 1970.

- Fikentscher Methoden des Rechts. Bd. III. Tübingen 1976.
- Flejšic Ličnye prava avtorov literaturnyh, naučnyh i hudožestvennyh proizvedenij v graždanskom prave SSSR i kapitalističeskyh stran. Učennye zapiski Leningradskogo juridičeskogo fakulteta. Vyp. 1. Leningrad 1941.
- Flejšic/Joffe (Hrsg.) Kommentarij k GK RSFSR. Moskva 1970.
- Fried Privacy. Yale Law Journal 1968.
- Gall Liberalismus und »bürgerliche Gesellschaft«. Historische Zeitschrift 1975.
- Gareis Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft. Giessen 1900.
- Gerber Das wissenschaftliche Prinzip des gemeinen deutschen Privatrechts. Jena 1846.
- Gierke Deutsches Privatrecht. Bd. I. Leipzig 1895.
- Gross Privacy: Its Legal Protection. (revised ed.) Dobbs Ferry, N. Y. 1970.
- Grossen Das Recht der Einzelpersonen. In: Schweizerisches Privatrecht. Bd. II. Basel/Stuttgart 1967.
- Habermas TP Die klassische Lehre von der Politik in ihrem Verhältnis zur Gesellschaftsphilosophie. In: Theorie und Praxis. Frankfurt/M. 1978.
- Habermas Naturrecht und Revolution. In: Theorie und Praxis. Frankfurt/M. 1978.
- Habermas Öffentlichkeit Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Darmstadt/Neuwied 1981.
- Hahn Die materielle Übereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprinzipien. Jena 1856.
- Hasse Die Culpa des Römischen Rechts. Kiel 1815.
- Hedemann Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Bd. I. Berlin 1910.
- Heffter Die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injuria. Archiv des Criminalrechts 1839.
- Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts (Hrsg. Moldenhauer und Michel) Frankfurt/M. 1970.
- Hegel Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie. Bd. III. (Hrsg. Moldenhauer und Michel). Frankfurt/M. 1975.
- Helmholz Canonical Canonical Defamation in Medieval England. The American Journal of Legal History 1971.

- Helmholz The Early Enforcement of Uses. Columbia Law Review 1979.
- His Das Strafrecht des deutschen Mittelalters. Bd. II. Weimar 1935.
- Hitzig Injuria. Beiträge zur Geschichte der Injuria im griechischen und römischen Recht. München 1899.
- Hobbes Leviathan. (Neuwied/Berlin 1966.)
- Holdsworth A History of English Law. London 1922-1936.
- Holmes The Common Law (1881). Cambridge, Mass. 1963.
- Hóman/Szekfü Magyar Történet (Ungarische Geschichte). Budapest 1936.
- Horkheimer/Adorno Dialektik der Aufklärung (1945). Frankfurt/M. 1978.
- Huber, Eugen Das schweizerische Zivilgesetzbuch und die Presse. Jahrbuch der schweizerischen Presse 1905/1906.
- Huber, Ernst Rudolf Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Stuttgart 1957.
- Hubmann Das Persönlichkeitsrecht. Köln/Graz 1967.
- Hugo Lehrbuch eines Civil-Cursus. 1789.
- Hübner Über Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. Leipzig 1800.
- International Commission of Jurists The Legal Protection of Privacy: A Comparative Survey of Ten Countries. UNESCO International Social Science Journal 1972.
- Jäggi Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. Zeitschrift für schweizerisches Recht 1960.
- Jellinek System der subjektiven öffentlichen Rechte. Freiburg i. Br. 1892.
- Jellinek Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte. Leipzig 1904.
- Jhering Geist Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Bd. II/1. Leipzig 1866.
- Jhering Der Kampf um's Recht. Wien 1872.
- Jhering Injuria Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. In: Gesammelte Aufsätze, Bd. III. Jena 1886.
- Joffe Razvitie civilističeskoj mysli v SSSR. Leningrad 1975.
- Kalven Privacy in Tort Law: Were Warren and Brandeis Wrong? Law and Contemporary Problems 1966.
- Kalven The Reasonable Man and the First Amendment. The Supreme Court Review 1967.

- Karlowa Römische Rechtsgeschichte. Bd. II. Leipzig 1901.
- Kaser Das römische Privatrecht. München 1971.
- Keller Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch erläutert. Aarau 1947.
- Klein Die Lebenskraft des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911.
- Kleinheyer Aspekte der Gleichheit in den Aufklärungskodifikationen und den Konstitutionen des Vormärz. In: Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Freiheit. Der Staat. Beiheft 4. (1980.)
- Koch Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Berlin 1874.
- Kohler Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht. Stuttgart 1904.
- Kommers Abortion and Constitution. United States and West Germany. The American Journal of Comparative Law 1977.
- Koschaker Europa und das römische Recht. München/Berlin 1953.
- Koselleck Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt. Frankfurt/M. 1976.
- Lange Kritik der Grundbegriffe vom geistigen Eigentum. 1858.
- Lenel Das Edictum Perpetuum. Leipzig 1927.
- Leonhard Schadenersatz für Verletzungen immaterieller Güter. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911.
- Leuze Die Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes im 19. Jahrhundert. Bielefeld 1962.
- Lipsius Das Attische Recht und Rechtsverfahren. Leipzig 1915.
- Liszt Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Berlin/Leipzig 1888.
- Locke Two Treatises of Government (Cambridge 1967).
- Locke Essay concerning Human Understanding. (Leipzig 1913.)
- Ludassy Az ész államáig és tovább (Die Staaten der Vernunft). Budapest 1978.
- Luhmann Die Gewissensfreiheit und das Gewissen. Archiv des öffentlichen Rechts 1965.
- Lübtow Zum römischen Injurienrecht. Labeo 1969.
- Macpherson Natural Rights in Hobbes and Locke. In: Raphael (Hrsg.): Political Theory and Rights of Man. Bloomington/London 1967.

- Macpherson Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Frankfurt/M. 1973.
- Malein (Hrsg.) Graždanskopravovoe položenie ličnosti v SSSR. Moskva 1975.
- Marx Das Kapital. Bd. I. (Berlin 1977.)
- Maschke Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen. Breslau 1903.
- Mauczka Die Anwendung der Theorie der Interessenkollisionen auf die »angeborenen Rechte«. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911.
- Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschatz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika. Tübingen 1970.
- McKay The Right of Privacy: Emanations and Intimations. Michigan Law Review 1965.
- Meszlény Magánjog-politikai tanulmányok (Zivilrechtspolitische Studien). Budapest 1901.
- Meszlény A személyiség védelme (Der Persönlichkeitsschutz). Magyar Jogászegyleti Értekezések Bd. XVI. Budapest 1903.
- Mommsen Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.
- Motive Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. II. Berlin 1888.
- Mugdan Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1899.
- Murphy An International Convention on Invasion of Privacy. New York University Journal of International Law and Politics 1976.
- Müller, Jörg Paul Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts. Bern 1964.
- Newman An Essay on the Development of Christian Doctrine (1845). Harmondsworth 1974.
- Nizsalovszky A Legal Approach to Organ Transplantation. Budapest 1974.
- Ogders A Digest of the Law of Libel and Slander, and of Actions on the Case for Words Causing Damage... London 1905.
- Ofner Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1887.
- Peschka Grundprobleme der modernen Rechtsphilosophie. Budapest 1974.

- Pfizer Autonomie (in: Rotteck/Welcker)
- Polányi, Karl The Great Transformation (1944). Frankfurt/M. 1978.
- Pole The Pursuit of Equality in American History. Berkeley/Los Angeles/London 1978.
- Pollock/Maitland—*PM* The History of English Law. Cambridge 1968.
- Pratt Privacy in Britain. Lewisburg/London 1979.
- Prosser Privacy. California Law Review. 1960.
- Puchta Cursus der Institutionen. 1857.
- Puchta Pandekten. Leipzig 1863.
- Raber Grundlagen klassischer Injurienansprüche. Wien/Köln/Graz 1969.
- Raiser Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht (1961). In: Die Aufgabe des Privatrechts. Kronberg/Ts. 1977.
- Raiser Grundgesetz und Privatrechtsordnung (1966). In: Die Aufgabe des Privatrechts. Kronberg/Ts. 1977.
- Raphael Human Rights, Old and New. In: Raphael (Hrsg.): Political Theory and Rights of Man. Bloomington/London 1967.
- Rehnquist Is an Expanded Right to Privacy Consistent with Fair and Effective Law Enforcement? Kansas Law Review 1974.
- Reich The New Property. In: Schwartz/Skolnick (Hrsg.): Society and the Legal Order. New York/London 1970.
- Renner Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion (1929). Stuttgart 1965.
- Report of the Committee on the Law of Defamation. London 1948.
- Report of the Committee on Privacy (Younger Report). London 1972.
- Ritter Person und Eigentum. Zu Hegels »Grundlinien der Philosophie des Rechts«. In: Riedel (Hrsg.): Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie. Bd. 2. Frankfurt/M. 1975.
- Rotteck Eigentum (in: Rotteck/Welcker)
- Rotteck/Welcker Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften. 15 + 4 Bde. Altona 1834–1848.
- Rousseau Der Gesellschaftsvertrag. (Stuttgart 1958.)
- Rousseau Politische Ökonomie. (Frankfurt/M. 1977.)
- Röder Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie. Heidelberg 1846.
- Rümelin Das neue schweizerische Zivilgesetzbuch und seine Bedeutung für uns. Tübingen 1903.

- Savigny System des heutigen römischen Rechts. Bd.I. Berlin 1840.
- Scheuner Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte im Übergang von der Aufklärung zum 19. Jahrhundert. In: Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Freiheit. Der Staat. Beiheft 4. (1980).
- Scheyhing Zur Geschichte der Persönlichkeitsrechte im 19. Jahrhundert. Archiv für die civilistische Praxis 1960.
- Schiller, Friedrich Über naive und sentimentale Dichtung. (Sämtliche Werke, Bd. 5. München 1959.)
- Schmidt Der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. 1853.
- Scholler Person und Öffentlichkeit. Zum Spannungsverhältnis von Pressefreiheit und Persönlichkeitsschutz. München 1967.
- Schulz, Fritz Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. Weimar 1961.
- Schwerdtner Das Persönlichkeitsrecht in der deutschen Rechtsordnung. Offene Probleme einer juristischen Entdeckung. Berlin 1977.
- Smith, Adam Theory of Moral Sentiments (1759). In: The Works of Adam Smith, Bd. I. Aalen 1963.
- Sólyom A személyhez fűződő jogok (Die Persönlichkeitsrechte). Jogtudományi Közlöny 1979.
- Sólyom The Decline of Civil Law Liability. Alphen aan den Rijn/Budapest 1980.
- Specker Die Persönlichkeitsrechte. Aarau 1911.
- Spinoza Tractatus Theologico-Politicus. (Budapest 1953.)
- Spiro Privacy in Comparative Perspective. In: Pennock/Chapman (Hrsg.): Privacy. New York 1971. (Nomos XIII.)
- Stahl Die Philosophie des Rechts. Heidelberg 1854.
- Strauss, Leo Naturrecht und Geschichte. Stuttgart 1956.
- Striking Balance Striking Balance Between Privacy and Supervision. Note, New York University Law Review 1976.
- Suhovertij O razvitii graždanskopravovoj ohrany ličnyh neimuşčestvennyh prav i interesov graždan. Pravovedenie 1972.
- Tawney Religion und Frühkapitalismus. Bern 1946.
- Tocqueville Das alte Staatswesen und die Revolution. Leipzig 1857.
- Törő A személyiségvédelem helye és szerepe a polgári jog rendszerében (Stellung und Rolle des Persönlichkeits-schutzes im System des Zivilrechts). Magyar Jog 1970.

- Törő A személyiség polgári jogi védelme bíróságaink gyakorlatában (Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz in der ungarischen Gerichtspraxis). Magyar Jog 1971.
- Unger System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig ⁵1892.
- Villey Das römische Recht in Hegels Rechtsphilosophie. In: Riedel (Hrsg.): Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, Bd. 2. Frankfurt/M. 1975.
- Voevodin Soderžanie pravovogo položeniya ličnosti v nauke sovet-skogo gosudarstvennogo prava. Sovetskoe Gosudarstvo i Pravo 1965.
- Wacks The Poverty of Privacy. The Law Quarterly Review 1980.
- Wade Defamation and the Right of Privacy. Vanderbilt Law Review 1962.
- Walter Über Ehre und Injurien nach Römischem Recht. Neues Archiv des Criminalrechts 1820.
- Warren/Brandeis The Right to Privacy. Harvard Law Review 1890.
- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft. Tübingen ⁵1972.
- Welcker Eigentum (in: Rotteck/Welcker)
- Welcker Injurie (in: Rotteck/Welcker)
- Welcker Infamie (in: Rotteck/Welcker)
- Welcker Staatsverfassung (in: Rotteck/Welcker)
- Welcker Stand (in: Rotteck/Welcker)
- Wellspacher Das Naturrecht und das ABGB. In: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Wien 1911.
- Westin Privacy and Freedom. New York 1967.
- Wieacker Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Göttingen ²1967.
- Wieacker Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution. In: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung. Frankfurt/M. 1974.
- Wieacker Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher. In: Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung. Frankfurt/M. 1974.
- Wilkinson/White Constitutional Protection for Personal Lifestyles. Cornell Law Review 1977.
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts. Frankfurt/M. ⁷1891.
- Winfield Privacy. The Law Quarterly Review 1931.

- Winfield/Jolowitz — W. J. On Tort. London 1971.
- Wittmann Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht. München 1972.
- Wolf, Erik Grotius, Pufendorf, Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte der Rechtswissenschaft. Tübingen 1927.
- Zeiller Commentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Wien/Triest 1813.

OSZK
Országos Széchényi Könyvtár



173

Die Arbeit ist eine Studie über die theoretischen Probleme der Persönlichkeitsrechte. Die einzelnen Grundfragen werden in der dafür geeignetsten historischen Umgebung erläutert. So werden die »angeborenen Freiheiten« des Naturrechts als Bestandteile der Gesellschaftsphilosophie von Hobbes, Locke und Rousseau betrachtet. Es werden einerseits der liberale Versuch, im Recht die »Person« vom Menschen zu trennen und auf den »Eigentümer« zu reduzieren, und andererseits die Entstehung des modernen Persönlichkeitsrechts als Kritik des liberalen Privatrechts und des abstrakten Eigentums in ihrer Wechselwirkung mit der bürgerlichen Umwälzung in Deutschland und in der Schweiz dargestellt. Für die technischen Fragen der rechtlichen Faßbarkeit der »Persönlichkeit« dienen das römische Recht und das common law als Beispiele. Das Anfangs- und das Schlußkapitel zeigen die heutigen Entwicklungstendenzen der Persönlichkeitsrechte (z. B. ihre Politisierung) bzw. legen ihre inneren Widersprüche und ihre Zweischneidigkeit dar.

Neben den Juristen wird das Buch auch bei Historikern und Soziologen auf Interesse stoßen.