

Schriftenreihe des
ZENTRUMS FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
an der Universität Bremen (ZERP)

Band 52

Aurelia Colombi Ciacchi/Christine Godt/
Peter Rott/Lesley Jane Smith (Hrsg.)

**Haftungsrecht im dritten Millennium
Liability in the Third Millennium**

Liber Amicorum Gert Brüggemeier

 **Nomos**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-4176-5

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith

Die vorliegende Schrift ist Gert Brüggemeier zum 65. Geburtstag gewidmet. Freunde, Weggefährten und Schüler sind zusammengekommen, um ihm etwas für die vielfältigen Anregungen zurückzugeben, mit denen er die an diesem Buch Beteiligten schriftlich wie mündlich über Jahre hinweg bereichert hat.

Gert Brüggemeier hat sich im Laufe seiner wissenschaftlichen Laufbahn mit vielen Themen befasst, darunter Wirtschaftsgeschichte, Wettbewerbs- und Privatrechtstheorie, Rechtsvergleichung, Modernisierung und Europäisierung des Privatrechts, Versicherungsrecht, *law and economics*. Maßgebenden akademischen Einfluss, so jedenfalls aus der Sicht seiner Zeitgenossen, hat er auf das Denken über Haftungsrecht ausgeübt. Schon in seiner Frankfurter Zeit als Assistent am Lehrstuhl von Rudolf Wiethölter (1973-1978) hat ihn die Dogmatik des Deliktatbestands und die Steuerungsleistung von Haftung beschäftigt (vgl. Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Band 1, 192-219). Dieses Thema hat ihn später nicht mehr losgelassen. Heute genießt er für die haftungsrechtlichen Abhandlungen internationalen Respekt und Anerkennung (Prinzipien des Haftungsrechts, 1999; *Common Principles of Tort Law*, 2004; *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, 2006). Seine Bücher sind in viele Sprachen der Welt übersetzt, neuerdings auch japanisch und chinesisch. Deshalb beschäftigen sich alle in diesem Band versammelten Beiträge mit „seinem“ Leitthema: Haftung.

Was macht seinen Zugang zum Haftungsrecht aus? Am Anfang stand die Kritik am monolithischen Rechtsgüterkonzept und der Lehre vom „Erfolgsunrecht“. Früh setzte er die Fahrlässigkeitshaftung, insbesondere die Verkehrspflichten, ins Zentrum (Deliktsrecht 1986, 125), feilte die Lehre vom „Verhaltensunrecht“ für unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen aus, und entwickelte schließlich die zweigliedrige Konstruktion von zweistufiger Fahrlässigkeits- und dreistufiger Vorsatzhaftung (Zivilrechtlicher Grundkurs, mit E. Schmidt, 7. Aufl. 2006, 282 u. 305). Mit vielen hat er sich wegen dieser unbequemen Konstruktion gerieben. Auch jenseits des Tatbestandsaufbaus sind zentrale Themen im Haftungsrecht mit seinem Namen verknüpft. Drei weitere Ideen seien herausgestellt: Früh hat er Delikts- und Schadensrecht einerseits und Versicherungsrecht andererseits als zwei Säulen „der Haftung“ begriffen (Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), 385; „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“: Deliktsrecht 1986, 54). Das Versicherungsrecht brachte er den Studierenden nicht als Spezialmaterie für Wenige, sondern als normales Zivilrecht moderner Schadensregulierung für alle nahe. Das war mehr als ein bloßer Zugewinn an Realität in der Lehre. Die zweite Idee ist seine Neu-Beschreibung des Zivilrichters als Regulierer im Haftungsrecht (Judizielle Schutzpolitik *de lege lata*, JZ 1986, 969). Diesen Bedeutungszuwachs begründet er diskursiv-demokratisch und buchstabiert für das Deliktsrecht eine Entwicklung aus (*case law*, nachlassende Steuerungswirkung parlamentarisch gesetzten Rechts, regulatorische Wirkung des Zivilrechts), mit der sich zeitgleich viele seiner Weggefährten befassten. Von überragender Bedeutung dürfte drittens sein Beitrag von 1991 zur Organisationshaftung sein (AcP 191 (1991), 33). Dabei begründet er erstmals für das breite Publikum die moderne Unternehmenshaftung, die an

die prozessorientierte Organisation anknüpft. Hier erntet er nicht nur die juristischen Früchte dessen, was er zuvor gesellschaftstheoretisch durchdrungen hatte (Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie, 1974; Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, 2 Bde. 1977/79). Vor allem löst er Haftung aus der singulären Betrachtung heraus und bettet sie ein in ein modernes system- und verfahrensbezogenes Denken über Sicherheitsregulierung und Qualitätsmanagement (Sicherheitsregulierung und EG-Integration, 1984; Rechtsprobleme von Qualitätsmanagementvereinbarungen im EG-Binnenmarkt, 1998).

Neben dem Haftungsrecht beschäftigte ihn spätestens seit Beginn der 80er Jahre die Europäische Privatrechtsentwicklung. Aus dieser Perspektive beteiligte er sich an der deutschen Schuldrechtsreform (Empfehlte die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, Referat 60. DJT, in: Verh. 60. DJT, Bd. II/1, 1994, K 47), befasste sich mit den „Verfassungen für ein ziviles Europa“ (Hrsg. 1994), mit Differenz und Konvergenz der Rechtskulturen in Europa (Hrsg. mit H.-D. Assmann und R. Sethe, 2001) und „Transnationalisierung des Rechts“ (2004). Er ist langjähriges Mitglied der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und seit den 90er Jahren engagierter Projektleiter im Projekt „The Common Core of European Private Law“ (Hrsg. mit A. Colombi Ciacchi und P. O’Callaghan: *Personality Rights in European Tort Law*, im Erscheinen).

Gert Brüggemeier kam 1978 an die Universität Bremen (nach den Staatsexamina in Saarbrücken, 1969, und Wiesbaden, 1973, und der Promotion 1973 an der Universität Frankfurt). In vielfältigen Funktionen hat er maßgebend die Geschicke des Juristischen Fachbereichs mitgestaltet: als Fachbereichssprecher und Dekan (2001-2003), als Mitveranstalter des DFG-Graduiertenkollegs „Risikoregulierung und Privatrechtssystem“ (1991-1998), als langjähriger Direktor des Zentrums für Europäische Rechtspolitik, ZERP (1991-2004), als Mitherausgeber des *Alternativ-Kommentars* (1979-1983), als Mitgründer der Hanse Law School (2002) und als Koordinator des EU Research Training Network (RTN) „Fundamental Rights and Private Law in the European Union“ (2002-2006). Dabei war er zugleich stets international sichtbar. Erstmals war er 1980 Visiting Scholar an der Law School UC Berkeley. Später forschte er an der Yale Law School, New Haven (Mai 1996- Februar 1997), war Visiting Professor an der Tulane Law School in New Orleans (Februar-April 1999), an der Université de Fribourg, Schweiz (April/Mai 2004), an der Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne, UMR Droit Comparé), Paris (Mai-August 2004) und an der University of Strathclyde, Glasgow (Oktober 2004-Februar 2005).

Zugleich blieb es ihm immer wichtig, den Bezug zur Praxis zu halten. Er war er von 1988-2003 (im zweiten Hauptamt) Richter am Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen (beurlaubt seit 1995). Zudem koordinierte er die Juristische Gesellschaft Bremen und lockte viele Vortragende in die Hansestadt.

Ein reiches Oeuvre, eine große Wissenschaftlerpersönlichkeit, ein „Macher“, ein Förderer und Lehrer. Gert Brüggemeier ging es aber nicht nur um Intellektualität oder sein eigenes berufliches Fortkommen. Auch trug er nicht nur Verantwortung für die Institutionen, in der er wirkte. Er förderte nachhaltend und unterstützte loyal – auch in schwierigen Situationen. Dafür danken ihm die Herausgeber dieses Bandes.

31. Januar 2009

Preface

Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith

This volume is dedicated to Gert Brüggemeier on the occasion of his 65th birthday. Friends, companions and mentees have come together to share with him the benefits of his wide-ranging inspirations over the years that are now reflected in their contributions to this work.

In the course of his academic life, Gert Brüggemeier has dealt with many issues, ranging from economic history, theories of private law and competition, comparative law, the modernisation and Europeanisation of private law, insurance law, through to law and economics. His particular influence – and that which is wholeheartedly acknowledged by his contemporaries – has been the decisive impact on the legal theory of liability in torts. In his earlier years in Frankfurt as assistant to Rudolf Wiethölter (1973-78), Gert Brüggemeier was concerned with the structure of delict and the regulatory function of civil liability (*Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, vol. 1, 192-219). As it transpired, this subject was never to lose its hold on him. His work on civil liability today claims international recognition (*Prinzipien des Haftungsrechts*, 1999; *Common Principles of Tort Law*, 2004; *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, 2006). His books have been translated into many languages and latterly into Japanese and Chinese. The contributions included in this volume all deal with “his” main topic, liability.

What was so particular about his approach to the law of liability? At the outset, there was his critique of the monolithic German law concept of legal rights (*Rechtsgüter*) and doctrine of outcome-oriented wrong (*Erfolgssunrecht*). Early on, he re-positioned negligence liability and the individual duties of care (*Verkehrspflichten*), into the main focus (*Deliktsrecht* 1986, 125). His fine-tuning of the doctrine of wrongful conduct (*Verhaltensunrecht*) leading to liability for direct and indirect harm brought clarification. Finally, he developed the double track model of two-tier liability for negligence and three-tier liability for intentional wrongdoing. Beyond the narrower confines of delict, Gert Brüggemeier’s name is also associated with central issues of civil liability. Three further ideas were thereafter developed: firstly, his understanding of the link between civil liability and compensation for damage on the one hand, with insurance law on the other, as two pillars of “liability” (AcP 182 (1982), 385; *Deliktsrecht* 1986, 54). It was Gert who introduced students to insurance law, not as a special subject for the select few, but as part of the general civil law of damage regulation. This was more than merely importing real-life parameters into teaching. His second move was in re-defining civil law judges as regulators (JZ 1986, 969). Gert Brüggemeier provided a dialogue-based, democratic justification for the increase in judicial governance, carving out a direction for the law of civil liability (case law, the decrease in steering effect of Parliamentary statutes, the regulatory downflow of private law), which he and many of his companions thereafter focussed on over the years. Thirdly, and of greatest importance is his contribution in 1991 to organisational liability (AcP 191 (1991), 33). In this, he justifies – for the first time for a broader audience – the law of modern enterprise liability linked to process-structured organisation. With this contribution, he was able to draw on previous

work on social theory (*Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie*, 1974; *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, 2 vols 1977/79). He separates liability altogether from any one singular perception and embeds it in a modern system and procedurally linked structure of safety regulation and quality management (*Sicherheitsregulierung und EG-Integration*, 1984; *Rechtsprobleme von Qualitätsmanagementvereinbarungen im EG-Binnenmarkt*, 1998).

From the beginning of the 1980s, he became involved with the Europeanisation of private law. From this perspective, he made a marked contribution to the reform of the German law of obligations (Contribution to the 60th Assembly of the German Lawyers Society, 1994). He explored the “Constitutions for a civil Europe” (*Verfassungen für ein ziviles Europa*, ed. 1994), with the divergencies and convergence of legal cultures in Europe (*Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, ed. with H.-D. Assmann and R. Sethe, 2001), and with the transnationalisation of law (*Transnationalisierung des Rechts*, 2004). He is a long-standing member of the Society for Comparative Law and from the 1990s onwards, became a committed leader within the project „The Common Core of European Private Law“ (ed. with A. Colombi Ciacchi and P. O’Callaghan: *Personality Rights in European Tort Law*, forthcoming).

Gert Brüggemeier joined the University of Bremen in 1978 (his doctoral degree was submitted to Frankfurt University in 1973 after his state examinations in Saarbrücken, 1969, and Wiesbaden, 1973). Within the various functions he fulfilled, he contributed decisively to the development of the Law Faculty as Faculty Spokesman and Dean (2001-2003) as co-organiser of the Graduate School of Risk Regulation and Private Law (1991-1998), as long-time Director of the Centre of European Law and Politics (ZERP, 1991-2004), as co-editor of the “*Alternativ-Kommentar*” (1979-83), as co-founder of the Hanse Law School (2002) and as co-ordinator of the EU Research Training Network (RTN) „Fundamental Rights and Private Law in the European Union“ (2002-06). In all these activities his work was perceptible to the outside world. He was a visiting scholar at UC Berkeley Law School for the first time in 1980. Later on he undertook research at Yale Law School, New Haven (May 1996-Feb. 1997). He was a Visiting Professor at Tulane Law School, New Orleans (Feb.-Apr. 1999), at the Université de Fribourg, Switzerland (Apr.-May 2004) and at the Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne) (May-August 2004). Finally, he spent a remaining sabbatical at the University of Strathclyde, Glasgow (Oct. 2004-Feb. 2005) whilst completing his review of comparative tort law.

Gert Brüggemeier was at all times concerned to maintain his contacts to legal practice. From 1988 to 2003 he sat as a Member of the Hanseatic Court of Appeal of Bremen, returning to full time academic work in 1995. He was also a central figure within the Society of Law in Bremen (Juristische Gesellschaft Bremen), coordinating and inviting many high-ranking guest speakers to the Hanseatic City of Bremen to contribute towards its culture of legal debate.

His contribution to scholarship is outstanding, a true academic personality, a promoter and mentor. For Gert Brüggemeier it was not merely a question of intellectualism or his own professional advancement. Nor was it the responsibility towards the institutions in which he moved. He offered continuous and loyal support, even in difficult times. The editors of this book wish to thank him sincerely for this.

Inhaltsverzeichnis / Table of Contents

| | |
|--|-----|
| Vorwort / Preface <i>Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott, Lesley Jane Smith</i> | 5 |
| Abkürzungsverzeichnis / Table of Abbreviations | 13 |
| I. Haftungsrecht in vergleichender und konstitutioneller Perspektive Comparative and Constitutional Perspective(s) on Liability | |
| Judicial Convergence of Laws and Minds in European Tort Law and Related Matters <i>Walter van Gerven</i> | 29 |
| Fundamental Rights, Constitutional Principles, and the Law of Torts: <i>Tortfeasors v. Tort Victims</i> <i>Nuno Ferreira</i> | 49 |
| Horizontal Effect of the European Convention: Swedish Case Law <i>Bill W. Dufwa</i> | 85 |
| The Legislative Background of Chinese Tort Law and Its Key Issues <i>Zhu Yan</i> | 111 |
| II. Haftungs begründung und Haftungsausfüllung Breach, Causation and Remedies | |
| Remedies in Tort Law: Coherence in a Muddle? <i>Patrick O’Callaghan</i> | 131 |
| Fault, Causation and Damage in the Law of Negligence. A Comparative Appraisal <i>Mauro Bussani / Marta Infantino</i> | 145 |
| Alte und neue Paradigmen in der Fahrlässigkeitshaftung <i>Aurelia Colombi Ciacchi</i> | 157 |
| Der Beweis des Kausalzusammenhangs: Beweislastumkehr und Vermutung im italienischen Recht <i>Salvatore Patti</i> | 181 |

III. Verletzungen der Person**Personal Injury and Personality Rights**

| | |
|--|-----|
| Reflections on Pain-And-Suffering Damages in the United States <i>Joseph A. Page</i> | 193 |
| Immaterial Damages, the Protection of Personality Interests and the Relevance of Contract Law <i>Vernon Valentine Palmer</i> | 215 |
| Die Einwilligung im Persönlichkeitsrecht – Von der Selbstbestimmung über den „informed consent“ zum Recht auf Kontrolle der Darstellung durch andere? <i>Karl-Nikolaus Peifer</i> | 225 |
| ‘Guilty Until Proven Innocent’: Trial by Media and European Law <i>Giorgio Resta</i> | 243 |
| The Right to Inform v. the Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash <i>Franz Werro</i> | 285 |

**IV. Haftung in der Medizin
Medical Liability**

| | |
|--|-----|
| Prädiktive Gesundheitsinformationen, Persönlichkeitsrechte und Drittinteressen: Prinzipien Diskussion und Rechtspolitik <i>Reinhard Damm</i> | 303 |
| Patients’ Medical Tourism and Electronic Health Records: Mobility between Sector Regulations and Systemic Interactions <i>Giovanni Comandé</i> | 331 |
| Organisationshaftung und Medikationssicherheit. Krankenhausorganisation als Gegenstand der Arzthaftung <i>Dieter Hart</i> | 345 |
| Diagnoseirrtum, Diagnosefehler und unterlassene Befunderhebung <i>Dietrich Weber-Steinhaus/Elena von Mickwitz</i> | 363 |

**V. Haftungsrecht der Europäischen Union
Liability in the European Union**

| | |
|--|-----|
| “Federalism and Effective Legal Protection” – Some thoughts about a recent study by Johan Lindholm ‘State procedure and Union rights’ <i>Norbert Reich</i> | 381 |
|--|-----|

| | |
|--|-----|
| Vergemeinschaftung des Verjährungsrechts bei grenzüberschreitenden Delikten? <i>Peter Rott</i> | 393 |
| Europäische Umwelthaftung – (k)ein Beispiel präventiver Verhaltenssteuerung durch Haftungsrecht? <i>Christine Godt</i> | 413 |
| Management von Risiken technischer Produkte im Rahmen der Neuen Konzeption zur technischen Harmonisierung und Normung. Alte Prinzipien, empirische Erfahrungen und neue Orientierungen <i>Josef Falke</i> | 431 |
| The Service Directive – Consumer contract law making via standardisation <i>Hans-W. Micklitz</i> | 483 |

**VI. Haftung und Internationales Recht
Liability in International Law**

| | |
|---|-----|
| Zur Entwicklung des Internationalen Deliktsrechts im neuen Mittelalter <i>Axel Halfmeier</i> | 511 |
| Die Rückwirkungen des neuen außervertraglichen internationalen Schuldrechts der EU auf die Schweiz <i>Andreas Furrer/Alexandra Körner</i> | 531 |
| Kannibalisierung des Wissens: Schutz kultureller Diversität durch transnationales Recht? <i>Gunther Teubner</i> | 553 |
| Another Incoming Tide? Tort Liability in Public International Law <i>Thomas Giegerich</i> | 577 |
| Grounding Space: Liability for commercial space operations <i>Lesley Jane Smith</i> | 607 |

**VII. Prozessrecht
Procedural Law**

| | |
|--|-----|
| Immer noch „Parteihoheit versus Richtermacht“ im Zivilprozess? – Ein Zwischenruf <i>Eike Schmidt</i> | 629 |
| Schriftenverzeichnis / Table of Publications Gert Brüggemeier | 641 |