

Blick auf die DDR die These, dass eine »offene Generalklausel ... besonders zu stark verstaatlichten politischen Systemen« passe (281). Für die DDR passt das schon deshalb nicht, weil man hier das Recht und den Richter überhaupt nicht über juristische Dogmatik, sondern über politische Einzelfallsteuerung lenkte. Auch müsste man nun abgrenzend erläutern, wieso Frankreichs Generalklausel keine rechtsstaatlichen Probleme bietet.

Indem Mohnhaupt-Wolf die innerjuristischen Debatten um die »deutsche Schadensordnung« und ihre Vorläufer im 20. Jahrhundert rekonstruiert, erreicht sie wunschgemäß ein doppeltes Publikum: Traditionelle Dogmenhistoriker werden aus diesem Buch gleichermaßen Ge-

winn ziehen wie Deliktsrechtler des geltenden Rechts. Wer, dem Titel folgend, hier ein Testfeld für Theoriekalamitäten wie »strukturelle Koppungen« oder »Realitätsentzug« vermutet, wird weniger Gewinn ziehen. Auch Joseph Unger hilft hier übrigens nicht weiter. Sein von Mohnhaupt-Wolf verwendetes Eingangszitat hinderte ihn in seinem »Handeln auf eigene Gefahr« von 1891 nicht daran, weder über »ethische Ueberzeugungen«, noch über die »socialen und wirtschaftlichen Verhältnisse« seiner Epoche, sondern einzig über ein dogmatisches Haftungsmodell nähere Auskunft zu geben.

Hans-Peter Haferkamp

Ubi ius, ibi remedium!*

In der Konstitutionsphase des zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes in Deutschland Ende der 50er, Anfang der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts hatte Bernhard Grossfeld, rechtsvergleichend durch französisches und anglo-amerikanisches Recht inspiriert, sich 1960 für eine Renaissance der Privatstrafe als Sanktion für Persönlichkeitsrechtsverletzungen ausgesprochen.¹ In ihrer Kieler Habilitation aus dem Jahre 2002 widmet sich Ina Ebert diesem Thema erneut und unternimmt nunmehr eine *rechtshistorische* Legitimation für die Wiedereinführung des Rechtsinstituts der Privatstrafe bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Sie zielt gewissermaßen auf die Wiederherstellung des Zustandes des späten gemeinen Rechts vor dem von ihr kritisierten deutschen Sonderweg des 19. Jahrhunderts. Dieser Zustand war durch das Vor-

handensein von drei Sanktionen gekennzeichnet: (1) ziviler Schadensausgleich für Vermögens- und Nichtvermögensschäden (gemeinrechtliche *actio legis Aquiliae*), (2) Privatstrafe für Ehrverletzungen (*actio iniuriarum*) und (3) öffentliche (Kriminal-)Strafe.

Damit ist zugleich gesagt, worum es nicht geht in diesem Buch: Es handelt sich *nicht* um eine weitere Untersuchung zu *punitive damages* und deren Vereinbarkeit mit europäischem und deutschem Privatrecht und *ordre public*.

Der Titel verspricht eine rechtshistorische Bestandsaufnahme zu den pönalen Elementen im deutschen Privatrecht. Dies macht auch den Großteil der Arbeit aus. Im ersten Teil (13–245) wird akribisch und prägnant die Entwicklung des BGB-Deliktsrechts aus deutschrechtlichen, römischrechtlichen, kanonisch-scholastischen und

* INA EBERT, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht. Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht (Jus Privatum 86), Tübingen: Mohr Siebeck 2004, XX, 664 S., ISBN 3-16-148174-7

1 BERNHARD GROSSFELD, Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Münsteraner Diss. 1960), Frankfurt/M. 1961.

naturrechtlichen Wurzeln nachgezeichnet; inso- weit ein Bravourstück rechtshistorischer Gelehr- samkeit! Hieraus hervorgehoben, aber nicht wei- ter kommentiert, sei lediglich ein Aspekt: Das Fehlen einer effektiven zivilrechtlichen Geldsank- tion habe das Duellwesen im Deutschland der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entschei- dend gefördert, während umgekehrt die *exem- plary damages* des englischen *law of defamation* zu einer Zurückdrängung dieses selbstjustiziellen Ehrenhandels in England geführt hätten. Ganz im Gegenteil dazu behauptet der amerikanische vergleichende Rechtshistoriker James Q. Whit- man, dass im deutschen (und französischen) Privatrecht (!) der Ehrenschatz im 19. Jahrhun- dert im Vordergrund stand, während das ameri- kanische Privatrecht demgegenüber freiheits- schutzorientiert war.² Die Wahrheit liegt wohl eher auf Seiten von Ina Ebert. – Im zweiten Teil untersucht die Verfasserin die pönalen Elemente im geltenden deutschen Privatrecht innerhalb und außerhalb des Deliktsrechts (247–566). Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz konn- te dabei noch nicht berücksichtigt werden, wohl aber dessen Vorläufer, der § 611a BGB.

Das eigentliche Thema der Arbeit aber ist Privatstrafe und Persönlichkeitsrechtsschutz. Obwohl Ziel- und Endpunkt der gesamten Ar- gumentation, wird dieses Thema insgesamt eher beiläufig behandelt (478–525), eine merkwürdi- ge Asymmetrie der Arbeit. Zudem fällt Ebert dabei inhaltlich hinter ihre Kritik des deutschen Sonderwegs im 19. Jahrhundert zurück. Ihre eigene Nicht-Lösung vom 19. Jahrhundert ver- hindert einen angemessenen Zugang zu der Problematik. Worum geht es? Um das neopan- dektistische Axiom, dass jede zivilrechtliche Geldentschädigung, die keinen Schaden aus- gleicht, nicht Kompensation, sondern Strafe ist. *Tertium non datur*. Das Problem »Schmerzens-

geld« ist seit der Windscheidschen Wende von 1875 bereinigt. Es wird seitdem als Nichtver- mögensschaden konzeptualisiert. Ebert bemüht sich hier um einen forciert objektivierenden An- satz: Schwere der Verletzung als Bemessungs- grund – nicht subjektive Gefühle; schon gar nicht täterbezogene Kriterien wie Verschuldens- grad oder Vermögensverhältnisse.

Bei den zivilrechtlichen Sanktionen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen³ geht es, wie mittlerweile auch höchstrichterlich anerkannt, nicht um Schmerzensgeld, sondern um ein *aliud*. Muss dies deshalb aber Strafe sein? Die Kon- stitutionalisierung des Privatrechts hat dieses Phänomen nachdrücklich in das zivilrechtliche Bewusstsein gebracht. Persönlichkeitsrechte sind insoweit nur der prominenteste Anwendungsfall. Die Frage ist aufgeworfen, ob das Zivilrecht nicht auch bloße »Rechtsverletzungen ohne Schaden« *zivilrechtlich*, d. h. mit Geldentschä- digung, sanktionieren muss. Mit anderen Wor- ten: Es geht um die Umkehrung des sowohl dem Gemeinen Recht als auch dem Common Law geläufigen traditionellen Prinzips: *ubi remedium, ibi ius* in ein *ubi ius, ibi remedium*! Dieses Thema ist jetzt von der Study Group on a European Civil Code auf die Agenda des europäischen Privat- rechts gebracht worden. »Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss« (Art. 6:204)⁴ Eine erfolgte Rechtsverletzung, auch wenn sie nicht zu einem Vermögens- oder Nichtvermö- gensschaden geführt hat, ist auszugleichen. Das ist kein täterbezogener Standpunkt, sondern ein verletzungs- oder opferbezogener Focus.

Bei den Persönlichkeitsrechten muss jedoch unterschieden werden. Die Distinktion zwischen *privacy* und *publicity right*, zwischen ideellen und vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsan- teilen, ist im deutschem Privatrecht faktisch seit

2 JAMES Q. WHITMAN, The Two Western Cultures of Privacy, Yale Law Journal 113 (2004) 1151 ff.

3 Vgl. dazu detaillierter GERT BRÜGGEMEIER, Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Heidelberg 2006, 264–333 m. w. Nachw.

4 Zu den Vorschlägen zur »Non-contractual liability arising out of Damage caused to another« vgl.

die Homepage der Study Group: <http://www.sgecc.net>

den 1950ern mit den *Dahlke*- und *Herrenreiter*-Entscheidungen des BGH in der Welt.⁵ Bei *Dahlke* ging es (entgegen der Verfasserin 491) nicht um Vermögensschadensersatz, sondern um die Vorteile der rechtswidrigen Nutzung des Rechts am Bild von Prominenten. Rechtsgrundlage war die Eingriffskondition in ein Quasi-Immaterialgüterrecht. Bei *publicity rights* gibt es *de lege lata* keine Probleme im deutschen Privatrecht: Ihre Verletzungen sind umfassend vom verschuldensunabhängigen Bereicherungsrecht und bei Verschulden über den deliktischen Schadensersatz nach der dreifachen Schadensberechnung (incl. Gewinnabschöpfung!) erfasst. Ebert sieht darin keine privatrechtsfremde pönale Elemente.

Herrenreiter (und auch *Caroline von Monaco*) war ein anderer Fall. Entgegen dem Oberlandesgericht, das auf der *Dahlke*-Linie einen Vermögensschaden nach der dreifachen Schadensberechnung abwickeln wollte, kam der I. Zivilsenat des BGH zu der scharfsichtigen Erkenntnis, dass es sich hier *nicht* um einen Vermögensschaden handelte, sondern um die Verletzung ideeller Persönlichkeitsrechtsbestandteile (*privacy right*). Diese Verletzung hochrangiger verfassungsrechtlich geschützter Werte galt es zivilrechtlich zu entschädigen. In Italien ist 20 Jahre später auf demselben Weg über eine Konstitutionalisierung des Privatrechts der enge Schutzbereich des Deliktsrechts der Artt. 2043, 2059 des *Codice Civile* von 1942 gesprengt worden (Stichwort: *danno biologico*).

Hier läuft die Verfasserin nun in eine weitere Falle des 19. Jahrhunderts. Ihre einseitige Fixierung der Persönlichkeitsrechtsproblematik auf die spektakulären Prominentenfälle à la *Caroline von Monaco* lässt sie nicht den deutschen Sonderweg beim Persönlichkeitsrechtsschutz erkennen: billige Entschädigung nur bei *schwerwiegenden Eingriffen*, die nicht auf andere Wei-

se restituierbar sind. Wieso sollen gerade bei höchstrangigen verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitswerten (Artt. 1 I, 2 I GG!) nur schwerwiegende Verletzungen eine Entschädigungspflicht auslösen, wenn jede geringfügige Eigentumsverletzung schadensersatzpflichtig macht? In der grundlegenden Entscheidung des I. Zivilsenats des BGH aus dem Jahre 1958 findet sich dies nicht. Die spätere Zurücknahme dieses Rechtsschutzes durch den VI ZS des BGH (»Ginseng«) und das BVerfG (»Soraya«) ist der Vermögensschutzzentrierung des »pandektistischen BGB« und der vermeintlichen Illegitimität der richterlichen Rechtsfortbildung durch *Herrenreiter* geschuldet. In Europa steht Deutschland damit isoliert da. Beide Entwürfe eines europäischen Deliktsrechts – das der European Group of Tort Law⁶ und das der Study Group on a European Civil Code – kennen keine derartige Einschränkung.

Zu welchen absurden Ergebnissen dieses Konzept führen kann, zeigt anschaulich der *Böll/Walden*-Fall.⁷ Hier hatte der VI ZS des BGH nach einer subtilen Abwägung von Meinungsäußerungs- und Pressefreiheit einerseits versus Persönlichkeitsrechtsschutz andererseits dem Kommentator Matthias Walden attestiert, dass er nicht rechtswidrig das Persönlichkeitsrecht Heinrich Bölls verletzt hat. Auf die Verfassungsbeschwerde Bölls stellt das BVerfG wegen einer Formalie (Gebot richtigen Zitierens) eine Persönlichkeitsrechtsverletzung fest. Wieder mit dem Fall befasst, erkennt der BGH jetzt – Gefangener seiner eigenen Doktrin – auf eine schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung und verurteilt Walden zur Zahlung einer vergleichsweise hohen Geldentschädigung. Worin die Schwere der Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen soll, bleibt unerfindlich.⁸ Ähnliches trifft auf andere Fallkonstellationen mit komplexen Abwägungs-

5 BGHZ 20, 345 – Dahlke; BGHZ 26, 349 – Herrenreiter.

6 European Group of Tort Law (Hrsg.), *Principles of European Tort Law. Text and Comments*, Wien/New York 2005.

7 BGH, NJW 1978, 1797; BVerfGE 54, 208; BGH, NJW 1982, 635 (Fernsehkommentar aus Anlass der Ermordung des Berliner Kammergerichtspräsidenten durch die RAF).

8 Es fragt sich, ob bei Walden überhaupt ein vermeidbarer Verbotswidrigkeit (und damit ein Verschulden) vorlag. Wie soll ein Nicht-Jurist die Rechtslage ex ante besser einschätzen können als der Spezialsenat des BGH?

problemen zu wie z. B. *Lebach*⁹ oder Fälle von Würdeverletzungen, in denen grobes Verschulden und anstößiges Profitstreben überhaupt nicht im Spiel sind. Warum soll eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch die Unterbringung in einem Gefängnis unter – gerichtlich attestierten – entwürdigenden Umständen keine Entschädigungspflicht auslösen?¹⁰

Mit anderen Worten: Verletzungen von Persönlichkeitsrechten stellen – neben der Verletzung von Leben und der körperlichen »Zerstörung der Persönlichkeit« – einen prominenten Anwendungsfall von *per se*-Schäden (*injuries as such*) dar, die durch eine billige Entschädigung in Geld auszugleichen sind. *Ubi ius, ibi remedium*. Diese Entschädigung von einem schweren Verschulden des »Täters« abhängig zu machen, stellt eine inakzeptable, nur rechtshistorisch zu erklärende Partikularität des deutschen Privatrechts dar.

Dies führt zu einem letzten Punkt: Die Verfasserin leitet aus der schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung die Berechtigung einer Privatstrafe hierfür ab, als einer selbständigen Spur des privatrechtlichen Rechtsbehelfssystems. Dies verbindet sie dann aber wieder mit einer Verallgemeinerung dieses Ansatzes auf alle vorsätzlichen (oder grob schuldhaften?) Verletzungen personaler Rechtsgüter (Hauptbeispiel: grausame Vergewaltigung). Das stellt in der Tat eine überlegenswerte Perspektive dar. Nur sollte dies – wie ausgeführt – von den Persönlichkeitsrechtsverletzungen entkoppelt werden. Ein

»*Genugtuungszuschlag*« in Fällen vorsätzlicher Verletzung personaler Rechtsgüter und Persönlichkeitsrechte, der auch nicht von der Haftpflichtversicherung des Verletzers gedeckt ist (§ 152 VVG), stellt in präventiver Hinsicht eine sinnvolle Ergänzung des zivilrechtlichen Sanktionsarsenals dar. – Nur hat dies wenig mit Privatstrafe oder *punitive damages* zu tun. Darauf trifft eher der Begriff der *aggravated damages* des englischen Rechts zu.¹¹ Dieser »*Genugtuungszuschlag*«¹² oder diese *aggravated damages* bleiben im Spektrum des zivilen Schadensersatzes. Für sie stellen sich nicht die komplexen verfassungs- und verfahrensrechtlichen Fragen, inwieweit in einem Zivilprozess zulässigerweise Straffunktionen ausgeübt werden können (Art. 103 II GG). Diese Art Strafzuschlag wird im Übrigen, unabhängig von im öffentlichen Schlaglicht stehenden Fällen um Prinzen und Prinzessinnen, schon heute von den Gerichten weitergehend gehandhabt, als es die Theorie wahrhaben will. Es sei nur exemplarisch auf die verbreitete Praxis der Aufschläge bei schikanoös zögerlichem Regulierungsverhalten von Versicherungen verwiesen.¹³

Das lesenswerte Buch vermittelt neben vielen rechtshistorischen Einsichten auch die Erkenntnis, dass – insbesondere – das deliktsrechtliche Schadensersatzrecht wohl nie völlig frei von pönalen Elementen war und auch nie sein wird. Eine Renaissance der Privatstrafe ist damit nicht notwendig angezeigt.

Gert Brüggemeier

9 BVerfGE 35, 202 (Recht auf Nicht-Berichterstattung über Vergangenes).

10 Sehr fragwürdig insoweit BGHZ 161, 33.

11 Vgl. dazu *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, Law Commission Nr. 247, 16. Dez. 1997.

12 Dafür schon HANS STOLL, Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schä-

den?, in: *Verh.* 45. DJT, Bd. I, München 1964, S. 163–164 und jetzt auch wieder WAGNER, in: *Verh.* 66. DJT, München 2006, A 77 ff. (allerdings beschränkt auf Gewinnabschöpfung).

13 Vgl. zuletzt LG Berlin, NJW 2006, 172: Aufschlag auf Schmerzensgeld bei Haftung des Versicherungsnehmers aus Gefährdungshaftung; w. Nachw. bei OTTO PALANDT/HELMUT HEINRICHS,

BGB, 66. Aufl. 2007, § 253 Rz. 20.