

»Inländer« wäre aber möglicherweise auch der unbefangene Blick durch sein Vorwissen verstellt worden. Alle Einwendungen ändern nichts daran, dass man Saleskis Arbeit mit großem Vergnügen liest und darin, wegen der großen Materialdichte, durchaus Anregungen für weiterführende oder anders ausgerichtete Untersuchungen findet: Die Gesamtgeschichte der schweizeri-

schen juristischen Zeitschriften ist nämlich noch zu schreiben. Es wäre schön, wenn Saleskis Arbeit der gute Anfang und nicht gleich wieder das vorläufige Ende eines solchen Unternehmens wäre.

**Matthias Schwaibold**

## Rechtspolitik und Deliktsrecht\*

In ihrer Frankfurter Dissertation erzählt Uta Mohnhaupt-Wolf von der Vorgeschichte, der Entstehung und den Nachwirkungen der ›deutschen Schadensordnung‹, die die Akademie für Deutsches Recht zwischen 1940 und 1942 entwarf.

Die Arbeit gliedert sich in drei Hauptabschnitte. Zunächst werden Entstehung und Inhalt der ›deutschen Schadensordnung‹ herausgearbeitet. Dann folgt ein Rückblick auf die Entwicklung seit 1900 und den dogmenhistorischen Kontext bis 1945 mit dem Ziel festzustellen, was an der ›deutschen Schadensordnung‹ neu war. Schließlich erfolgt ein Ausblick auf die Zeit nach 1945 mit der Frage, ob die Rekurse auf die ›Schadensordnung‹ nach 1945 nationalsozialistisches Gedankengut transportieren. Dieser Aufbau hat den Vorteil, dass die Rückschau perspektivisch klare Konturen hat. Der Nachteil ist, dass bei der Darstellung der Akademiendebatten die damals oft maßgebenden historischen Argumente dem Leser nicht unmittelbar eingängig sind oder von der Verfasserin bereits hier erläutert werden müssen, was Redundanzen fördert. Die gedanklichen Raster innerhalb der drei Kapitel sind die »Leitthemen« der ›deutschen

Schadensordnung‹: (1) deliktische Generalklausel, (2) Verschuldenshaftung, (3) Billigkeitshaftung, (4) Gehilfenhaftung. Die Einleitung und prägnante Zusammenfassungen bieten einen guten Zugang zum Inhalt des Buches.

Mohnhaupt-Wolf möchte (mit Broszat) zur Historisierung des Nationalsozialismus beitragen und zugleich eine »möglichst emotionsfreie und von ideologischer Belastung befreite Auseinandersetzung mit dem Entwurf einer deutschen Schadensordnung ermöglichen«, also aktuellen Reformdebatten dienen (20). Es geht um genauere Einblicke in die Tätigkeit der Akademie, die genaue Nachzeichnung der damaligen Argumentationswege, um die Frage, inwieweit ›Altes‹ und ›Neues‹ in die damaligen Lösungsvorschläge einging, und um Nachwirkungen in den schadensrechtlichen Debatten bis zur Schuldrechtsreform. Wohltuend fällt also auf, dass die häufige Engführung des Blicks auf die Jahre 1933 bis 1945 vermieden, schwierige Kontinuitätsfragen gestellt werden. Mohnhaupt-Wolf nutzt dabei alles greifbare gedruckte und ungedruckte Material und wertet die Sekundärliteratur gut aus. Glänzend gelingt die Rekonstruktion der Akademiendebatten. Insbesondere die entscheidenden

\* UTA MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht und Rechtspolitik. Der Entwurf einer deutschen Schadensordnung (1940/42) im Kontext der Reformdiskussion über die Konzeption des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert (Fundamenta Juridica. Beiträge zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 49), Baden-Baden: Nomos 2004, 328 S., ISBN 3-8329-0527-8

Figuren werden gut herausgearbeitet, allen voran Hans Carl Nipperdey, dessen Vorschläge die ›deutsche Schadensordnung‹ prägten.

Das Ergebnis ist provokant: Mohnhaupt-Wolf hält die Schadensordnung von 1940/42 für in ihren Eckpfeilern nicht neu, dennoch klar nationalsozialistisch motiviert und zugleich nach 1945 unproblematisch für weiterverwendbar, ja »streckenweise sogar ... wieder [für] ›modern‹« (283) – man müsse nur die »anerkannten Grundsätze des völkischen Zusammenlebens« streichen (286). Dieser Befund wirkt für Juristen, die gewohnt sind, Dogmatik vom Kontext abgekoppelt zu diskutieren, einleuchtend und ist jedenfalls frei von den üblichen Verrenkungen im Slalom vieler NS-Forscher zwischen Betroffenheitsgestus, Pauschaldiffamierung, Verdrängung und Aporie. Um ihr Ergebnis zu begründen, unterscheidet Mohnhaupt-Wolf ein »Schwergewicht ideologischer Aspekte für die Argumente und Entscheidungen der Akademie« vom »eigentlich juristischen Effekt« (22) der Regeln. Deutlich wird damit, worum es ihr im Kern geht: Wie der Titel bereits ausweist, möchte Mohnhaupt-Wolf das Zusammenspiel zwischen Rechtsdogmatik (im Deliktsrecht) und Rechtspolitik untersuchen. Es geht also auch um Kernfragen der Rechtstheorie. Sie geht das Problem nicht mit bekannten Modellen an. Sie setzt auf Joseph Unger, der 1891 meinte, das Schadensersatzrecht sei in besonderem Maße Niederschlag der »ethischen Ueberzeugung sowie der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse einer bestimmten Culturepoche«. Der Leser erwartet nun, dass die Deliktsrechtsdogmatik der vier »Leitthemen« durchweg auf allgemein kontextuale Prägungen befragt wird. Dies ist jedoch nur in einer Hinsicht der Fall: Mohnhaupt-Wolf möchte mit Ungers Sentenz erklären, inwiefern nationalsozialistisches Denken auf das Delikts-

recht einwirkte. Im Übrigen bleibt es bei der Nachzeichnung einer innerdogmatischen Debatte. Auch die Rechtsprechungsanalyse ist (Ausnahme S. 166) durchweg Nachzeichnung der Leitsatzgeschichte, also juristische Argumentations-, nicht Fallgeschichte. Mohnhaupt-Wolf steht dabei vor dem generellen Problem einer kontextual blickenden Dogmengeschichte, dass die Ermittlung zeitgenössischer Vorverständnisse unsicher bleibt, solange die dogmatische Sprachebene von den Akteuren nicht verlassen wird. Wiederholt bedauert sie, dass die Akteure keine Beispiele nennen. Wie also ermittelt man unausgesprochene Kontextwirkungen, wenn die Beteiligten nur vage mit »Lebensnähe« (112) hantieren? Der Blick in andere Gesprächskreise wie Politik, Rechtstheorie oder Wirtschaft wird nur ganz vereinzelt gesucht, etwa in der in den Akten erhaltenen Kritik der Wirtschaft an einer angekündigten Haftungsausweitung 1967 (238 ff.). Beschränkter als das Eingangszitat glauben macht, geht es also um den Einfluss nationalsozialistischer Ideologie auf das Deliktsrecht. Für Kontinuitätsfragen ist das zu eng. Warum nur dieser Kontext vertieft wird, wird nicht ganz klar. Kühn heißt es auf S. 286: »Während die während des ›Dritten Reiches‹ geäußerten Reformforderungen in hohem Maße von politisch-ideologischen Motiven dirigiert waren, sind heutige Bestrebungen nach einem weiteren Ausbau des Haftungsrechts ausschließlich von rechtsrealen Argumenten bestimmt« (286).

Unter nationalsozialistischer Ideologie versteht die Verfasserin (88 ff.): Gemeinschaftsgedanken, Volksgemeinschaft, Abkehr von individuell-subjektiven hin zu objektiven Wertungsgesichtspunkten u. a. Das ist sehr allgemein und wenig auf die politische und wirtschaftliche Steuerungsfunktion speziell eines Haftungsregimes heruntergebrochen. Im Ergebnis wird eine

Reihe von Argumenten in der Akademie (32 ff.) mit diesem Raster als nationalsozialistisch zugeordnet. In den Akademiendebatten wurde die um 1900 betonte Trennung zwischen subjektiven Rechten (§ 823 I), Gesetzen (§ 823 II) und der Sittenordnung (§ 826) zugunsten einer unscharf formulierten nationalsozialistischen Lebensordnung gezielt aufgelöst. Der Blick wurde weg vom Schutz subjektiver Rechte (§ 823 I) und hin zur in § 823 II geschützten Rechtsordnung gelenkt, Ordnung, nicht Individuum. An die Stelle des Individualschutzes als Blickrichtung traten »Grundsätze[n] des anständigen Zusammenlebens« (45). Die Persönlichkeit wurde nur mit Blick auf ihre »Betätigung in der Gemeinschaft« geschützt (44). Die Grenze zwischen Rechts- und Sittenwidrigkeit sowie dem Volksbewusstsein sollte fallen (51). Man diskutierte darum, wie man die daraus folgende Richtermacht kontrollieren könne (Heinrich Lehmann: »dann kannst du nicht einfach mit dem gesunden Volksempfinden kommen« 42). Hilfesuchend schrieb man den Primat der »gliederschafftlichen Bindung« in Grundregeln, die man dem Richter an die Hand gab (140 ff.).

Mit Blick auf den Ausbau von Gefährdungs- und Billigkeitshaftung wird die Einordnung schwieriger. Diffus wollte man dem »Volksgenossen« jeden Schaden ersetzen, dafür aber nicht einen Ausbau des Haftpflichtversicherungssystems in Kauf nehmen (84). Irgendwie sollte dabei auch die »ökonomische Tragfähigkeit« berücksichtigt, arme »Volksgenossen« also bevorteilt werden (86). Im Vergleich des zweiten Entwurfs einer Schadensordnung 1942 mit den BGB-Entstehungsdebatten sieht die Verfasserin hier im Ergebnis »keine echte Neuheit« (152, ähnlich 156 f.).

Zentral für Mohnhaupt-Wolfs Verständnis von Ungers These ist nun, dass sie das Delikts-

recht nicht schlicht heteronom gesteuert versteht, sondern, fast im Widerspruch zur These Ungers, davon ausgeht, dass »Ideologie« beim Gleichbleiben dogmatischer Lösungen ziemlich weitgehend austauschbar ist. So kann sie nach 1933 fast jede dogmatische Lösung mit und ohne ideologische Einbettung begründet finden (210 f.). Ebenso eindrücklich zeigt die sehr präzise und nahezu durchweg ganz neu herausgearbeitete Nachkriegsentwicklung (214 ff.), dass es den Akteuren der Jahre nach 1933 möglich war, die alten dogmatischen Lösungen fast unverändert, aber eben anders rechtspolitisch abgesichert, zu vertreten. Andererseits ließ sich die rechtspolitische Aufladung offenbar nicht immer abschütteln. Zeitgenossen taten sich nach 1945 schwer, die ideologische Untermauerung der Vorschläge in der »deutschen Schadensordnung« völlig auszuklammern, und so konstatiert die Verfasserin in der Ablehnung einer deliktischen Generalklausel »eine bewusste Reaktion auf die Unrechtslehre des Nationalsozialismus« (270).

Im Ergebnis prägt diese Generalklausel das Bild. Vorwurf ist, über die Grundregeln die Möglichkeit einer Einflussnahme der »nationalsozialistische[n] Weltanschauung auf die Anwendung der Normen des Haftungsrechts« (142) ermöglicht zu haben. Der Blick auf die Unterschiede der Lösungsmodelle in »gesellschaftspolitischem Kontext« kreist insofern einzig um die dogmatisch gewährte Weite der Richtermacht. Dies ist eine in der Forschung zum Privatrecht im Nationalsozialismus seit Rüthers beständig wiederkehrende Perspektive. Ohne Blick auf die konkreten Wirkungen solcher Ermächtigungsnormen, ohne Beispielfälle, bleibt ein solcher Vorwurf aber spekulativ. Der Normtyp sagt wenig über den Grad der ideologischen Justizsteuerung aus. Mohnhaupt-Wolf vertritt mit

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.<sup>1</sup> 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.