

## Der Strafgedanke im Zivilrecht – ein juristischer Atavismus

### Inhaltsübersicht

- I. Geschichte der Privatstrafe. Strafzwecke
- II. Funktion des Schmerzensgeldes
- III. Weitere Beispiele generalpräventiver Regelungen im Zivilrecht
- IV. Ausblick

### I. Geschichte der Privatstrafe. Strafzwecke

In den letzten Jahren sind etliche Arbeiten erschienen, in denen für den Strafgedanken oder jedenfalls für Prävention als legitime Aufgabe des Zivilrechts plädiert wird<sup>1</sup>. In der Habilitationsschrift von *Ina Ebert* kann man sogar lesen, die Prävention habe sich wieder „als Hauptfunktion des Privatrechts etabliert“<sup>2</sup> und zivilrechtliche Strafen seien ein „altbewährtes Mittel zur Verbesserung des Rechtsschutzes“<sup>3</sup>. Andere betonen die Überlegenheit zivilrechtlicher Sanktionen gegenüber dem Strafrecht oder dem Recht der Ordnungswidrigkeiten, sie seien

---

<sup>1</sup> *Ebert*, Pönale Elemente im Privatrecht (2004); *Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts (2006); *Bentert*, Das pönale Element (1996); *C. Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, AcP 202 (2002) 397 ff.; *Löwe*, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht (2000); *Körner*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutung präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, 241; für Generalprävention auch *Canaris*, Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, FS Steindorff (1990) 519 (krit. hingegen *ders.* zum Strafschadensersatz des BGH in den Pressefällen s. Fn 28); s. ferner *Magnus*, Schaden und Ersatz (1987) 233 ff.; *A. Stoll*, Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht (1993) 64 f.; *Assmann* BP 1985, 15, 24 f.; *Diederichsen*, AcP 182 (1982) 101, 111 f., *Köndgen*, RabelsZ 56, 696, 735; *Taupitz*, AcP 196 (1996) 114, 139 f.; *Dreier*, Kompensation und Prävention (2002), hauptsächlich zum Immaterialgüterrecht. Hinzu kommen noch Autoren, die sich für die punitive damages des amerikanischen Rechts stark machen, etwa *P. Müller*, Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht (2000); *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public (1999); *Rosengarten*, Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht (1994); *ders.*, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, 1935; zuletzt fordert *Mörsdorf-Schulte* (NJW 2006, 1184) in einem ebenso emotionalen wie substanzlosen Artikel „Sympathie für Punitive Damages“. Sie verkennt die ethische und rechtskulturelle Bedeutung des Bereicherungsverbots und meint, die Ablehnung der Punitive Damages entspringe „deutschem Neidendenken“, das den Opfern den windfall profit nicht gönne. Man wundert sich, dass die NJW so etwas publiziert. – Zuletzt hat sich *G. Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006) 352 ff., zwar gegen den Strafgedanken, aber für Prävention ausgesprochen. Er plädiert dafür, Prävention im Privatrecht ganz allgemein zum Zwecke der *Verhaltenssteuerung* einzusetzen; ebenso *ders.* in Gutachten für den 66. Deutschen Juristentag 2006, dort allerdings beschränkt auf den Strafschadensersatz; dazu *Medicus* JZ 2006, 2435; *Staudinger* NJW 2006, 2435; der DJT hat diese Vorschläge mit 53:22 Stimmen abgelehnt, vgl. Südd. Zeitg. v. 22.9.2006 S.5.

<sup>2</sup> AaO. 6

<sup>3</sup> So *Ebert* aaO.

effektiver, elastischer und reaktionsschneller. Überdies seien sie nicht verfassungsrechtlichen Zwängen ausgesetzt wie das Strafrecht. Behauptet wird auch, zivilrechtliche Sanktionen seien nicht an das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gebunden<sup>4</sup>. Nur das Strafrecht verlange Proportionalität von Schuld und Strafe. Schließlich wird geltend gemacht, die Privatstrafe sei nötig, um die Vorgaben des Grundgesetzes und des Europarechts umzusetzen<sup>5</sup>. Die Bürokratisierung in der EU schreitet unaufhaltsam fort. Die Deregulierungsdebatte war ohne jede Konsequenz. Man spricht jetzt wieder von Reregulierung und eine seltsame Lenkungs- und Regulierungseuphorie greift um sich. Alles wird geregelt. Die EU produziert fragwürdige Verbote und Anreize am laufenden Band.

Die Moderichtung der *economic analysis of law* hat den Präventionsgedanken quasi als ökonomisches Prinzip entdeckt und propagiert, was schließlich zu Exzessen wie den punitive damages geführt hat (dazu unten II).

Es gibt aber zahlreiche Gegenstimmen<sup>6</sup>, die sich gegen diese modische Tendenz richteten, die in Wahrheit ein Rückfall auf eine längst überwundene primitive und archaische Entwicklungsstufe ist. Differenzierend hat sich *Harm Peter Westermann*<sup>7</sup> geäußert, dem ich diesen Artikel in Dankbarkeit für jahrzehntelange Freundschaft und viele anregende Gespräche widme.

Die Pönalisierungstendenz ist neu und widerspricht dem Grundgedanken der Privatautonomie. Seit dem 19. Jahrhundert und namentlich seit dem Inkrafttreten des BGB und des OR galt die Überwindung des Strafgedankens im Zivilrecht als kultureller Fortschritt. Es war

---

<sup>4</sup> So z.B. *Canaris* aaO.

<sup>5</sup> Ebert aaO., 576.; für eine europarechtskonforme Sanktionsordnung plädiert auch *Wagner* 389 ff., 402 ff.

<sup>6</sup> S. zuletzt *Bydlinski*, Die Suche nach der Mitte, AcP 204 (2004) 1 ff., 309 ff., 343 ff.; *Honsell*, Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR 1974, 205; *ders.*, Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, FS Giger (1989) 287; *ders.* Schweizerisches Haftpflichtrecht (4. Aufl. 2005) § 1 Rz. 67 ff., 87 ff.; *Bartho*, AfP 1995, 452, 456; *Bungert*, ZIP 1992, 1707, 1719; *Hermann*, ZfA 1996, 19, 36; *Höchst*, VersR 1983, 13; *Larenz*, Schuldrecht I, § 28 III, S. 438; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz (3. Aufl. 2003) 12; *E. Kaufmann*, AcP 162 (1963) 421, 437; MünchKomm/Mertens, Vorbem. zu §§ 823 ff. Rz. 41; MünchKomm/Schwerdtner, 2. Aufl., Anh. § 12, Rz. 290; *A. Stadler*, Die kommerzielle Sicherung des Persönlichkeitsrechts (1999) 18 ff.; *Seitz*, NJW 1996, 2848; *Horster*, Der Strafgedanke im Bürgerlichen Recht (2003); *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts (2003); *Klumpp*, Die Privatstrafe (2001); krit. auch *J. Schmidt*, Schadensersatz und Strafe (1973); *ders.*, Prävention als Zielbestimmung im Zivilrecht, KritV 1986, 83. - Gegen eine Heranziehung „moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte“ haben sich schon die Motive zum BGB II 17 gewandt, freilich dort mit dem Missverständnis, solche lägen bereits vor, wenn man das sog. Alles- oder Nichts-Prinzip ablehnt und den Umfang der Ersatzpflicht nach dem Grade des Verschuldens bemisst; dazu *Honsell*, Zur Herkunft und Kritik des Interessebegriffs, JuS 1973, 69; *ders.*, Haftpflichtrecht § 1 N 28 ff.; § 8 N 9 ff.

<sup>7</sup> Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzung- Aufweichung der Dogmatik des Schadensersatzrechts? in: Koller u.a. (Hrsg.) Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken, Symp. Canaris (1999) 125 ff.

*communis opinio*, dass pönale Erwägungen im Zivilrecht keinen Platz haben, weil sie ungerecht sind und in einem Recht unter Gleichen systemfremd, weil sie die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht beachten und vor allem zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen. Nach dem allein von der *iustitia correctiva*<sup>8</sup> beherrschten Ausgleichsgedanken ist nur der Schaden zu ersetzen, sonst nichts.

Ehe wir der Berechtigung von Präventions- oder gar Strafzwecken im Zivilrecht weiter nachgehen, sind zunächst Wesen und Zweck der Strafe kurz zu beschreiben.

Soziologisch könnte man Strafe definieren als Erzeugung von Unlustgefühlen zum Zwecke der Verhaltenssteuerung. Sie begegnet uns nicht nur im staatlichen Bereich, sondern auch in der Gesellschaft, z.B. beim Sport oder im Betrieb in der Form von Vereins- oder Betriebsstrafen. Die Verletzung anerkannter Normen verlangt eine Reaktion.

Im Strafrecht findet man im Wesentlichen drei alte Theorien über Wesen und Zweck der Strafe:

Die ursprünglich herrschende absolute Straftheorie verzichtete auf jegliche Legitimation von Strafe: *punitur quia peccatum*. Strafe war zweckfrei, absolut. Der wichtigste Verfechter dieser Lehre war *Immanuel Kant*, der in der *Metaphysik der Sitten* (1797) schrieb: "Richterliche Strafe [...] muss jederzeit nur darum wider den Verbrecher verhängt werden, weil er verbrochen hat". Die Idee der Strafe als Selbstzweck ging bei *Kant* soweit, dass er sich zu der irrationalen Behauptung hinreißen ließ: "Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete (z.B. dass ein eine Insel bewohnendes Volk beschlösse, auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen) müsste der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke hafte, das auf diese Strafe nicht gedungen, weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann."

Auch in der Philosophie *Hegels* verlangt die Weltordnung eine Reaktion auf die Straftat. Strafe ist dort die Negation der Negation. Der Rechtsbruch wird durch die Strafe geheilt. Immerhin ist insofern eine gewisse Aufklärung zu konstatieren, als die Strafe nicht der Befriedigung

---

<sup>8</sup> Dazu *Honsell*, *Iustitia distributiva - iustitia commutativa*, 2. FS Mayer-Maly (2001) 287 ff.

persönlicher Rache- oder Genugtuungsbedürfnisse dient und auch nicht zur Abwehr von Nachteilen für das Volk nötig ist, sondern allein Verwirklichung einer abstrakten, strafenden Gerechtigkeit. Demgegenüber war es ein echter Schritt in Richtung Aufklärung und Überwindung des Irrationalen, als im 19. Jahrhundert rationale Strafzwecke die Oberhand gewannen. Jetzt hieß es: *punitur ne peccetur*. Der Protagonist der Generalprävention war *Anselm von Feuerbach*, für die Spezialprävention hat sich *Franz von Liszt* (der Vetter des gleichnamigen Komponisten) ausgesprochen<sup>9</sup>.

Im Strafrecht gilt heute weder die absolute noch die relative Straftheorie allein, sondern eine Mischform, die sog. Vereinigungstheorie, die Rache nur noch in der abgeschwächten Form der Sühne kennt und die Spezial- und Generalprävention daneben stellt<sup>10</sup>. Weniger selbstgerecht und präventiv, neutraler und bescheidener ist es, Sühne und Besserung beiseite zu lassen und den Zweck der Strafe neben einer gewissen Abschreckung einfach in der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu sehen.

Werfen wir noch einen Blick auf die Geschichte der Privatstrafe, ehe wir uns dem eigentlichen Thema zuwenden:

Das alte römische Recht gestattete dem Ehemann, den auf frischer Tat ertappten Ehebrecher zu töten. Auch der Mörder (*parricidas*) durfte nach einem alten Zwölftafelsatz getötet werden. Ebenso der Dieb, der des nachts ergriffen wurde oder der sich am Tage mit der Waffe verteidigte. Vernünftiger und ökonomischer war es freilich, ihn als Sklaven zu verkaufen. Das waren die Anfänge des Geldersatzes für immaterielle Güter. Schließlich gewährte man noch im klassischen römischen Recht beim einfachen Diebstahl das Doppelte (*duplum*), bei dem in flagranti ertappten Dieb das Vierfache (*quadruplum*) des Wertes der gestohlenen Sache. Die Ausübung der Privatrache wurde jetzt auf einen Abkauf derselben beschränkt. Es ist bezeichnend, dass das Wort *pactum*, das später Vertrag bedeutet (ursprünglich von *pacisci*, Frieden schließen), den Vertrag über die Ablöse der Rache bezeichnet. Auch für schwere Körperverletzungen war im altrömischen Recht die Talion vorgesehen. Freilich galt dies nur für den Fall, dass sich der Täter nicht bereit erklärte, die vom Verletzten geforderte Buße zu bezahlen. Für leichtere Körperverletzungen schlossen die Zwölftafeln die Talion aus und schrieben feste Geldbußen vor: Bei einem Knochenbruch (*os fractum*) waren 300 As zu zahlen, alle anderen einfachen Körperverletzungen wurden mit 25 As gesühnt, ein Betrag, der wegen der Inflation

---

<sup>9</sup> *Franz von Liszt*, *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (1882).

<sup>10</sup> Vgl. *Roxin*, *Strafrecht* (Allgemeiner Teil I, 3. Aufl. 1997) § 3. S. aus der deutschen Judikatur BVerfGE 39, 157; 45, 187, 253 f.; BGHSt 24, 40, 42; auf die Differenzierung im Einzelnen ist hier nicht einzugehen.

schon bald völlig ungenügend war<sup>11</sup>. Das klassische Recht kannte eine *actio iniuriarum*, die auf eine Geldentschädigung sowohl für Körperverletzung als auch für Beleidigung gerichtet war. Diese Klagen waren schon in den Naturrechtsgesetzbüchern beseitigt und sind auch in die Pandektengesetzbücher nicht mehr aufgenommen worden. Verbal- und Realinjurien waren jetzt ausschließlich im Strafrecht geregelt.

Wenden wir uns nun der Frage zu, ob es im Zivilrecht legitime pönale Elemente gibt. Zunächst wird dem Haftpflichtrecht, auch wenn es sich strikt auf Kompensation beschränkt, eine gewisse Präventionswirkung beigemessen. Denn eine drohende Ersatzpflicht wirkt tendenziell deliktsvermeidend. Hierbei handelt es sich indes nur um einen Nebeneffekt, nicht um einen selbständiges Element. Die Präventivfunktion des Haftpflichtrechts wird meist überschätzt, zum einem, weil Prävention bei fahrlässigem Handeln kaum greift und zum anderen, weil in den meisten Fällen eine Haftpflichtversicherung eintritt, was Prävention weitgehend wirkungslos macht.

Die unselbständige Nebenwirkung können wir also beiseite lassen. Ebenso die Figur der Privat- oder Konventionalstrafe. Sie wird durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien autonom begründet und hat mit unserem Thema nichts zu tun. Dasselbe gilt cum grano salis für Vereins- oder Betriebsstrafen, wo ebenfalls eine vertragliche Unterwerfung vorliegt.

Wer heute für das Zivilrecht pönale Elemente reklamiert, meint in der Regel Genugtuung oder Generalprävention. Hierauf ist im Folgenden einzugehen.

## II. Die Funktion des Schmerzensgeldes

Der deutsche BGH hat schon im Jahre 1955 für das Schmerzensgeld<sup>12</sup> eine Doppelfunktion postuliert, indem er den Ausgleichsgedanken um eine Genugtuungsfunktion ergänzt hat<sup>13</sup>. Den Begriff der Genugtuung entlehnte das Gericht der Terminologie des OR und des ABGB (Art. 47, 49 OR, § 1323 ABGB). Der Begriff ist eine Lehnübersetzung von *satisfactio* und

---

<sup>11</sup> Vgl. die Erzählung *Labeos* bei Gellius 20, 1, 13, wonach ein Römer zur Demonstration der lächerlichen geringfügigkeit dieser Beträge durch die Stadt marschiert sei, Ohrfeigen ausgeteilt und die Buße bezahlt hat; s. dazu *Birks FS Daube* (1974) 39 ff.

<sup>12</sup> Der Begriff ist eine Wortprägung, die es nur im Deutschen gibt. *Pretium doloris* ist dazu eine Übersetzung, die im klassischen Latein nicht vorkommt. Der Begriff ist auch schief, weil es bei gravierenden Körperverletzungen meist nicht nur und auch nicht in erster Linie um Schmerzen geht, sondern um Funktionsverluste, man denke an eine Querschnittlähmung oder eine Erblindung.

<sup>13</sup> BGHZ (GS) 18, 149 ff.

wurde hauptsächlich in den Ehrencodices des Adels und der Offiziere verwendet. Dort bedeutete er "Beilegung eines Ehrenstreits durch Ehrenerklärung oder Duell". Duelle waren noch im 19. Jahrhundert sehr verbreitet. Z.B. starb Lasalle (der Sozialist!) im Jahre 1865 in Genf an den Folgen eines Duells, das er gegen den Verlobten einer jungen Frau provoziert hatte, der er nachgestellt hatte. Man sieht, der Begriff der Genugtuung hat eine erstaunliche Metamorphose durchgemacht. Den Vorschlag, eine Beleidigung durch Geld zu tilgen, hätte man im 19. Jahrhundert als neue Beleidigung betrachtet. Zwischen den Ehrvorstellungen des Adels im 19. Jahrhundert und den Strafklagen einer Soraya oder Caroline v. Monaco gegen die Yellow Press liegen Welten<sup>14</sup>.

Der eigentliche Neubegründer der Genugtuung durch Geldersatz war *Rudolph von Jhering*. Von ihm stammt der Satz<sup>15</sup>, dem Schädiger werde in Gestalt einer Geldzahlung ein "Übel" auferlegt, das geeignet sei, das gekränkte Rechtsgefühl des Verletzten zu besänftigen. Man könnte auch formulieren, dass der Geschädigte wenigstens in den Genuss der Schadenfreude kommen soll über das dem Schädiger auferlegte finanzielle Opfer. Hinter dem verschleiern den Genugtuungsgedanken schimmern die archaischen Figuren von Rache und Vergeltung durch: Die Rache wird dem Verletzten durch eine Bußzahlung abgekauft. Hierbei handelt es sich um einen "juristischen und kulturellen Atavismus"<sup>16</sup>.

Ursprünglich war *Jhering* ein Gegner der Privatstrafe<sup>17</sup>. In einem für ihn nicht ganz untypischen Opportunismus hat er seine Meinung mit dem berühmten Gäubahn-Gutachten geändert<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Zur Beteiligung des BVerfG an diesem Wertewandel s. BVerfGE 34, 269=NJW 1973, 851- Soraya; dazu unten Fn. 28.

<sup>15</sup> So *Rudolf von Jhering*, Kampf ums Recht, 73 f., 84, 86 f. Aus der modernen Literatur etwa *Hans Stoll* im Gutachten für den 45. BJZ 1964, 152: "Genugtuung im Rechtssinne ist Besänftigung des Verletzten durch Sühnung der Tat".

<sup>16</sup> *Hirsch*, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, FS Engisch (1969) 304, 314 ff., 317.

<sup>17</sup> Im Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung schreibt *Rudolf von Jhering* auf S. 129 f.: "Aber die Rache ist maßlos; ihr Maß ist das rein Zufällige und Willkürliche der subjektiven Erregtheit des Verletzten und, anstatt das begangene Unrecht zu tilgen, steigert sie dasselbe nur, indem sie zu dem bereits Vorhandenen Neues hinzufügt und Oel ins Feuer gießt. Begreiflich, dass sie am frühesten dem Gesetz der Ordnung erliegt."

<sup>18</sup> Ges. Schriften III (1886) 87, 131, 136 ff. - Im Gäubahngutachten ging es eigentlich gar nicht um Genugtuung, sondern darum, dass dem Gäubahncomité, dem Auftraggeber *Jherings*, von dem Kontrahenten, der Zentralbahn AG, aufgrund von Gutachten des Basler Germanisten *A. Heusler*, und des Berner Prozessualisten *Renaud*, die Rechts- und Prozessfähigkeit sowie das rechtliche Interesse an der Fertigstellung der Wasserfallenbahn abgesprochen worden war. Das Gäubahncomité hatte auf 17 Mio. Franken geklagt, den Betrag, der nötig war, um den von der Zentralbahn geschuldeten Bau zu vollenden. Anscheinend hat es den Prozess nicht gewonnen, jedenfalls wurde die Bahn nie fertig gestellt. *Jhering* holte in seinem Gutachten sehr weit aus: Um das Erfordernis des Vermögenswertes der Obligation zu widerlegen, führte er den Nachweis, dass schon das römische Recht die Satisfaktionsfunktion des Schadensersatzes gekannt hat.

In nuce übernimmt der BGH die Definition *Jherings*: Der Verletzte soll – so der BGH – Genugtuung erlangen "für das, was ihm der Schädiger angetan hat"<sup>19</sup>. Hätte das Gericht nicht von Genugtuung, sondern von Sühne oder Vergeltung gesprochen, wäre klar gewesen, dass diese Begriffe im Kontext des Schadenersatzes anachronistisch und deplaziert sind. Das Gericht war der Auffassung, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes sollten der Grad des Verschuldens und die Vermögensverhältnisse der Parteien berücksichtigt werden. Daran sah es sich durch den Ausgleichsgedanken gehindert, der quasi automatisch zum Alles- oder Nichts-Prinzip führe. Der große Senat hat nur deshalb das Genugtuungselement eingeführt, damit das Schmerzensgeld nach billigem richterlichen Ermessen festgesetzt werden kann. Man glaubte, dass dies ohne Rückgriff auf die Genugtuung nicht möglich sei. Das ist derselbe Irrtum, dem auch die Väter des BGB<sup>20</sup> erlegen sind, die gegen die Abstufung des Schadenersatzes nach dem Grad des Verschuldens eingewandt hatten, das laufe auf strafrechtliche und moralisierende Erwägungen hinaus.

In der Schweiz hat man den Begriff Genugtuung nie im Sinne von Strafe verwendet. Nach h.L. in Literatur und Rechtsprechung dient die Genugtuung dem Ausgleich und nicht der Strafe<sup>21</sup>. Die Berücksichtigung des Verschuldensgrades für den Umfang der Ersatzpflicht ist in Art. 43 OR normiert, und dass Schadenersatz nach billigem Ermessen des Richters zu leisten ist, ergibt sich aus dem Hinweis auf die Umstände des Falles in Verbindung mit Art. 4 ZGB; außerdem sagt das Gesetz dies auch sonst an verschiedenen Stellen<sup>22</sup>. Schließlich ist es mit dem Strafgedanken unvereinbar, dass es Schmerzensgeld bzw. Genugtuung auch bei der Gefährdungshaftung gibt. Das wäre ein Beispiel für Sühne ohne Schuld.

Der Schweizer Begriff der Genugtuung entspricht der Terminologie des 19. Jahrhunderts, das den Schaden auf den in Geld bewertbaren Vermögensschaden einschränkte. Alles, was nicht als Schadenersatz in diesem Sinne qualifiziert werden konnte, war Strafe oder (weniger aggressiv) Genugtuung<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> BGHZ 18, 149, 154.

<sup>20</sup> Motive II 17.

<sup>21</sup> BGE 102 II 22; 115 II 156; *Tercier*, Tort moral 98 ff.; *ders.* FS Deschenaux 324 ff; *ders.*, Die Genugtuung, in: Straßenverkehrsrechts-Tagung 1988, 3 f.; *P. Stein*, Die Genugtuung, (4. Aufl. 1987) 3.; BK-*Brehm* Art. 47 N 6 ff.

<sup>22</sup> Vgl. etwa Art. 39 Abs. 2, 47, 422 Abs. 1 OR. Rsp. und Doktrin verkennen dies, s. näher *Honsell* Haftpflichtrecht (4. Aufl.2005) § 1 N 26 ff.; 68, § 8 N 1.

<sup>23</sup> Vgl. zur Geschichte des Begriffs im 19. Jahrhundert *Nehlsen-vStryk*, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, JZ 1987, 119. - Einen anderen Begriff verwendet allerdings § 1323 ABGB, dort bezeichnet volle Genugtuung den Schadenersatz inklusive des entgangenen Gewinns.

Richtig ist, dass Schmerzen keinen Geldwert haben, dass man Leid und Schmerz in Geld nicht messen kann und dass eine Wiedergutmachung im eigentlichen Sinn nicht möglich ist. Doch hat Geld insofern einen Bezug zu ideellen Werten, als man sich immaterielle Genüsse für Geld kaufen kann. *Dostojewski* hat Geld "geprägte Freiheit" genannt und aus der Antike stammt das berühmte Wort: *pecunia una regimen est rerum omnium*<sup>24</sup>.

Die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes kann als Kompensation in dem Sinne verstanden werden, dass sich der Geschädigte mit dem Geld zur Entschädigung für die Leiden Annehmlichkeiten und Freuden verschaffen kann<sup>25</sup>. Die Genugtuung hat daneben keine eigenständige Bedeutung<sup>26</sup> und führt auch nicht zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes. Niemand hat bisher beim Schmerzensgeld zwei gesonderte Beträge für Ausgleich und Genugtuung angesetzt. Der BGH selbst hat dies abgelehnt<sup>27</sup>. Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes ist entbehrlich<sup>28</sup> und stellt einen bedauerlichen Rückfall in archaische Rechtsvorstellungen dar<sup>29</sup>.

Die Bedeutung der Entscheidung des Großen Senats liegt nicht auf dem Gebiet des Schmerzensgeldes, sondern auf dem des Persönlichkeitsrechts<sup>30</sup>. Die Genugtuungslehre hat die spätere Rechtsprechung zum Geldersatz bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts vorbereitet. Dort geht es nicht um den Ausgleich erlittener Schmerzen, sondern ausschließlich um Genugtuung oder Abschreckung. Der BGH sieht in der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes eine Möglichkeit zur Sanktion von Persönlichkeitsrechtsverletzungen, obgleich § 253 BGB den Geldersatz für Nichtvermögensschäden explizit nur in den gesetzlich genannten Fällen zulässt<sup>31</sup>. Die Leitentscheidungen waren der Herrenreiter- und der Ginsengwurzel-Fall<sup>32</sup>.

---

<sup>24</sup> Publilius Syrus, Sententiae 458. Ähnlich schon der Fabeldichter *Aesop* in *Plutos*.

<sup>25</sup> Vgl. *Tercier* FS Deschenaux 324 ff; *ders.*, Die Genugtuung, in: Straßenverkehrsrechts-Tagung 1988, 3 f., der treffend von einer „Hilfskonstruktion“ spricht.

<sup>26</sup> Wie hier *Stoll*, Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht (1993) 209; *Deutsch* JZ 1971, 247; *Canaris* FS Deutsch (1999) 105.

<sup>27</sup> BGH VersR 1961, 164. BGH NJW 1993, 871 nennt sogar den Sühnegedanken im Zivilrecht „nicht tragfähig“; s. auch BGHZ 120, 1,6; 138, 388, 392, wo trotz Wegfall der Genugtuungsfunktion mangels Empfindungsfähigkeit zutreffend Schmerzensgeld zugebilligt wird. Nach BGHZ 128, 117 (Todesangst) soll aber die Berücksichtigung der Genugtuung bei Vorsatz weiterhin möglich sein; dazu *Möller* (Fn. 1) 202, 204 f. mNw.

<sup>28</sup> S. *Honsell*, VersR 1974, 205; *E. Lorenz* FS Wiese (1998) 273; *Canaris* FS Deutsch (1999) 85, 103.

<sup>29</sup> *Honsell* (Fn. 6) 205 ff.; *Nehlsen-vStryk* JZ 1987, 119, 124 f., 126.

<sup>30</sup> *Bötticher*, AcP 158 (1959/60) 385 ff.

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Honsell* (Fn. 6) 205 ff., wo nachgewiesen wird, dass es sich um eine Rechtsfortbildung contra legem handelt; zustimmend *Diederichsen*, AcP 198 (1998) 193 ff.; dagegen *Canaris* aaO. 100; *ders.* Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. 1983) 187 f. mwN. Das Bundesverfassungsgericht hat im Soraya-Beschluss (BVerfGE 34, 269=NJW 1973, 851) diese Rechtsprechung dadurch sanktioniert, dass es den § 253 BGB (Schadenersatz in Geld bei Nichtvermögensschäden nur in den gesetzlich genannten Fällen) kurzerhand für verfassungswidriges vorkonstitutionelles und damit eo ipso aufgehobenes Recht erklärt hat. Danach ist es so, dass wegen der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) und der freien Entfaltung der Person



In der Schweiz, wo der Persönlichkeitsschutz in Art. 27 ff. ZGB verankert ist und wo unter anderem die Sanktionen Schadenersatz und Genugtuung ausdrücklich normiert sind, hat es vergleichbare Urteile kaum gegeben. Denn nur schwere Persönlichkeitsverletzungen rechtfertigen eine Genugtuung, ein Erfordernis an dem die meisten Klagen scheitern<sup>33</sup>.

Das volle Bekenntnis des BGH zur Prävention folgte erst 40 Jahre später in den Urteilen zugunsten der Caroline von Monaco<sup>34</sup>.

Über Caroline von Monaco waren in der Regenbogenpresse unrichtige Berichte erschienen, erfundene Interviews, Behauptungen über angeblichen Brustkrebs und nicht autorisierten Fotos ihres Sohnes. Die Zeiten, in denen man sich mit 10'000 DM begnügen musste, waren nun vorbei: "Eine Verurteilung zur Geldentschädigung – so der 6. Senat – ist nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück dazu bildet, dass hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind". Demgegenüber müssten die erzielten Gewinne in die Bemessung einer "fühlbaren Geldentschädigung" einfließen, damit von ihr ein "echter

---

(Art. 2 Abs. 1 GG) „als *ius superveniens* von höherem Rang“ (BVerfGE aaO.), der Ausschluss einer Geldentschädigung für Ehrverletzung verfassungswidrig ist. Die Wiederherstellung der Menschenwürde durch Geld, das ist die verkehrte Welt der „Caroline von Monaco“-Entscheidungen. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Eine Geldzahlung kann verletzte Menschenwürde nicht wiederherstellen. Inzwischen wurde § 253 BGB neu gefasst. Der Gesetzgeber hat aber erstaunlicherweise mit der Neufassung des § 253 BGB in Art. 2 Nr. 2 des 2. SchadÄndG an dem alten Prinzip nichts geändert. Die Vorschrift lautet jetzt (Abs. 1): Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. Abs. 2: Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadenersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden. Der bisherige § 253 BGB (kein Geldersatz für Nichtvermögensschäden) ist jetzt § 253 Abs 1; § 253 Abs. 2, in dem die Ausnahmen aufgeführt werden, ist der um die sexuelle Selbstbestimmung erweiterte frühere Tatbestand des § 847 BGB. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht wird fälschlich nicht unter den Ausnahmen erwähnt, mit der Begründung, dass es aus § 823 iVm Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG hergeleitet wird (BT-Drucks 14/7752, 25). Die Tatsache, dass die Rechtsprechung das Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB qualifiziert, sagt aber über den Geldersatz von Nichtvermögensschäden nichts aus. Die Rechtsprechung zu § 823 Abs. 1 BGB ist kein *vom Gesetz bestimmter Fall*. Noch heute verbietet also das Gesetz (jedenfalls seinem Wortlaut nach) den Geldersatz für Ehrenverletzungen und unrichtige Pressedarstellungen. Mit der Neufassung handelt es sich allerdings nicht mehr um vorkonstitutionelles Recht, das sich einfach als verfassungswidrig beiseite wischen lässt. Das Bundesverfassungsgericht muss also die neu gefasste Vorschrift für verfassungswidrig erklären. Über die heute obwaltende gesetzgeberische Sorgfalt kann man nur den Kopf schütteln.

<sup>32</sup> BGHZ 26, 349 (Herrenreiter) und BGHZ 35, 363 (Ginsengwurzel).

<sup>33</sup> Vgl. zuletzt etwa BGE 129 III 715 ff.=AJP 2004, 743 ff. mit krit. Anm. v. *David*.

<sup>34</sup> BGHZ 128, 1, 14; BGH NJW 1996, 984; BGH NJW 1996, 985; bestätigt in BGH NJW 2005, 215; s. auch BGHZ 143, 214= NJW 2000, 2195 – Marlene Dietrich. Die Reaktion des Schrifttums war gespalten, kritisch etwa *Canaris* FS Deutsch (1999) 85, 107; *Westermann* Symp. *Canaris* (1998) 125 ff.; *Seitz*, NJW 1996, 2848; *Soehring*, NJW 1997, 360, 372; *ders.* AfP 2000, 230; dem BGH zustimmend *Stürner* FS Großfeld 1201; *ders.* AfP 1998, 1 ff.; *Hager* Jura 1995, 566, 573; *Löwe*, Der Präventionsgedanke 196; *Schwerdtner* KF 1996, 27, 40; *Rosengarten*, NJW 1996, 1935; *Hortler* und *Bentert* aaO. und natürlich auch *Prinz* der Anwalt (NJW 1996, 953) und *Steffen* der Richter (NJW 1997, 10 u. FS Odersky [1996] 723 ff.).

Hemmungseffekt" ausgehe. Das überzeugt nicht. Eine Strafe sollte nicht den Geschädigten bereichern, sondern an den Staat fallen. Wer wirklich meint, man könne unfaire Berichterstattung nur mit Geldstrafen oder Verwaltungsbußen beikommen, muss den Gesetzgeber bemühen. Auch die Abschöpfung des Verletzergewinns kann die Entscheidung nicht rechtfertigen, denn die Frage, ob mit der Berichterstattung eine Auflagensteigerung verbunden war, blieb abstrakt und vage und ist vom Gericht auch gar nicht näher untersucht worden. Wo wirklich eine Rechtsgutverletzung kausal zu einem ungerechtfertigten Gewinn führt, reichen die herkömmlichen Mittel der bereicherungsrechtlichen Gewinnabschöpfung und der unechten Geschäftsführung nach Art. 423 OR<sup>35</sup>. Im Immaterialgüterrecht bestehen ohnedies Sondervorschriften.

Im Fall *Caroline v. Monaco* hat das Hanseatische Oberlandesgericht aufgrund der Vorgaben des BGH einen pönalen Schadenersatz von 180'000 DM festgesetzt. Dies hat weithin Verwunderung ausgelöst, weil nun ein echter Wertungswiderspruch zu den teilweise sehr bescheidenen Summen bei schweren Verletzungen und Funktionsverlusten entstand. Selbst die Höchstbeträge von 10'000 DM für eine Vergewaltigung oder 200'000 DM für eine Querschnittslähmung nehmen sich gegenüber der neuen Entschädigung für Persönlichkeitsverletzung seltsam aus<sup>36</sup>. Weil die hohen Summen in der Praxis regelmäßig nur Prominenten zugute kommen, hat man auch von Klassenjustiz gesprochen<sup>37</sup>.

Durch die Urteile des 6. Senats ist schließlich ein Widerspruch zur Rechtsprechung des 9. Senats entstanden. Letzterer hat zutreffend entschieden, dass US-amerikanische *punitive damages*-Urteile in Deutschland wegen Verstoßes gegen den *ordre public* nicht vollstreckbar sind<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Darauf ist oft hingewiesen worden, vgl. etwa *Westermann* (Fn 7) 143 f.; *Canaris* FS Deutsch (1999) 85, 87 ff., 108 f. *Heldrich*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, FS Heinrichs (1989) 324; *Bydlinski* AcP 204 (2004) 309, 345 f.

<sup>36</sup> Kritisch hierzu *Canaris* FS Deutsch, 85 (1999) 101; *Gounalakis*, AfP 1998, 10, 16 f., *Horter*, Strafgedanke, 155 f. – die Verteidiger wenden (nicht überzeugend) ein, dass die Entschädigung für Persönlichkeits- und diejenige für Körperverletzung jeweils einem anderen Rechtskreis angehöre (BVerfG NJW 2000, 21, 87; *Steffen*, ZRP 1996, 366 f.).

<sup>37</sup> *Ehman*, JUS 1997, 193, 203; *Knieper* ZRP 1974, 137, 139; *Stadler*, Kommerzialisierung 21 f.; *Seitz*, NJW 1996, 28, 48.

<sup>38</sup> BGHZ 118, 312 = NJW 1992, 3096, 3104; s. dazu *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages (1999) 28 ff.; MünchKomm/Gottwald § 328 ZPO Rz. 890; *Martini*, in: Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/I (1984) Rz. 1046; *Bungert* ZIP 1992, 1707 ff.; *Siehr* RIW 1991, 705; *Stiefel/Stürner* VersR 1987 829; *Thümmel* RIW 1988 613; *Zekoll* Am.J.Comp.L. 37 (1989), 301, 313 ff. Gegen dieses Urteil etwa *P. Müller*, Punitive damages und deutsches Schadenersatzrecht (2000); *Brockmeier*, Punitive damages, multiple damages und deutscher ordre public (1999), *Rosengarten*, Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung im Bürgerlichen Recht (1994) mit dem Argument, dass auch im deutschen Schadenersatzrecht pönale Elemente zu finden seien, weshalb der grundsätzliche Einwand

Die US-amerikanischen *punitive damages* mit ihren absurden und exzessiven Entschädigungen sind der Prototyp der hier kritisierten Fehlentwicklung<sup>39</sup>. Der Zigarettenindustrie hat man 206 Mrd. Dollar abgepresst, den Schweizer Großbanken 1,25 Mrd. Inzwischen ist der Höhepunkt dieser "crazy litigations" überschritten. Astronomische Urteilssummen werden seltener, wenngleich es immer noch genug Übertreibungen gibt.

Die Notwendigkeit von *punitive damages* wird mit Abschreckung und Vergeltung (*deterrence und retribution*) begründet<sup>40</sup>. Es ist eine naive Sanktionsgläubigkeit und das Bedürfnis nach pädagogischen Maßnahmen gegenüber dem *tortfeasor* („to teach a lesson“, „to send a message“ usw.).

Der Supreme Court hatte noch in dem Fall *BMW of Northern America Inc. v. Gore*<sup>41</sup> mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit nichts anzufangen gewusst und entschieden, dass das 500-fache des Schadens jedenfalls noch verhältnismäßig sei. In *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell et al.*<sup>42</sup> hat das Gericht zurückbuchstabiert und erklärt, ein Verhältnis von 145:1 zwischen Schaden und punitive damage sei unverhältnismäßig und stelle eine Enteignung des Schädigers dar.

Der Fall lag folgendermaßen: Nach einem vom Campbell verschuldeten schweren Autounfall, bei dem eine Person getötet und eine andere schwer verletzt worden war, erklärte der Haftpflichtversicherer, Campbell treffe kein Verschulden, er werde dessen Interessen wahrnehmen und die Zahlung ablehnen. Nachdem Campbell jedoch im Haftpflichtprozess rechtskräftig verurteilt worden war, erklärte ein Vertreter des Versicherers, Campbell müsse jetzt wohl sein Haus verkaufen. Der Versicherer hatte jedoch ungeachtet dieses Geredes nach Rechtskraft des Urteils bezahlt. Campbell verklagte ihn gleichwohl wegen *emotional distress*. Das Verhalten des Haftpflichtversicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer war nach mehreren Instan-

---

gegen die Vollstreckung amerikanischer punitive damages-Urteile im deutschen Recht nicht gerechtfertigt sei. P. Müller will diese bis zu einem Betrag von 800'000 DM zulassen, dem höchsten bislang in Deutschland gewährten Schmerzensgeld. Müller verkennt den Unterschied zwischen kompensatorischen Schmerzensgeld und Strafschadenersatz.

<sup>39</sup> Einzelheiten bei Honsell FS Zäch (1999) 39 ff.

<sup>40</sup> S. US Supreme Court, *BMW of North America Inc. v. Gore* 517 US 559 (1996); US Supreme Court, *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*, 7. 4. 2003 (01-1289); Capman u. Trebilcock, Punitive damages, Alabama Law Review 40 [1989] 741 ff., abgedruckt auch in Craswell/Schwartz, Foundations of Contract [1994] 127 ff.; Sunstein, et al. Punitive Damages: How Juries Decide (Chicago, 2002); Dasser SJZ 2000, 101 ff.; kritisch dazu Honsell FS Zäch (1999) 39 ff.

<sup>41</sup> 517 US 559 (1996).

<sup>42</sup> 538 US 408 (2002).

zen (vom Supreme Court unbeanstandet) mit 1 Mio. Dollar "Schadenersatz" für *emotional distress* sanktioniert worden. Der Supreme Court von Utah hatte aber zusätzlich auf *punitive damages* von 145 Mio. Dollar (sic!) erkannt. Der US Supreme Court hielt das für überzogen und verwies die Sache zurück<sup>43</sup>. Wenngleich das Gericht an seiner Vergeltungs- und Abschreckungsterminologie festhält, sind die Summen jetzt niedriger und der Ton ist moderater geworden. Das Gericht anerkennt jetzt das Verhältnismäßigkeitsprinzip, warnt vor einer Enteignung des Haftpflichtigen und stellt einen Verstoß gegen die *due process clause* des 14. Verfassungs-Amendments<sup>44</sup> fest.

Trotzdem kann man dem Urteil nicht zustimmen. Einmal fragt es sich, worin der Schaden bestanden haben soll, der mit 1 Mio. ausgeglichen worden ist. Der Supreme Court führt zunächst richtig aus, *that compensatory damages are intended to redress a plaintiff's concrete*

---

<sup>43</sup> Hier ein Auszug aus dem 6:3 Entscheid (Referent Kennedy):

"Compensatory damages are intended to redress a plaintiff's concrete loss, while punitive damages are aimed at the different purposes of deterrence and retribution. Punitive damages awards serve the same purpose as criminal penalties. .... Thus, this Court has instructed courts reviewing punitive damages to consider (1) the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct, (2) the disparity between the actual or potential harm suffered by the plaintiff and the punitive damages award, and (3) the difference between the punitive damages awarded by the jury and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases. The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment prohibits the imposition of grossly excessive or arbitrary punishments on a tortfeasor. In sum, courts must ensure that the measure of punishment is both reasonable and proportionate to the amount of harm to the plaintiff and to the general damages recovered. In the context of this case, we have no doubt that there is a presumption against an award that has a 145-to-1 ratio. The compensatory award in this case was substantial; the Campbells were awarded \$1 million for a year and a half of emotional distress. This was complete compensation. The harm arose from a transaction in the economic realm, not from some physical assault or trauma; there were no physical injuries; and State Farm paid the excess verdict before the complaint was filed, so the Campbells suffered only minor economic injuries for the 18-month period in which State Farm refused to resolve the claim against them. The compensatory damages for the injury suffered here, moreover, likely were based on a component which was duplicated in the punitive award. Much of the distress was caused by the outrage and humiliation the Campbells suffered at the actions of their insurer; and it is a major role of punitive damages to condemn such conduct. Compensatory damages, however, already contain this punitive element. See Restatement (Second) of Torts § 908, Comment c, p. 466 (1977). In many cases in which compensatory damages include an amount for emotional distress, such as humiliation or indignation aroused by the defendant's act, there is no clear line of demarcation between punishment and compensation and a verdict for a specified amount frequently includes elements of both"). ... With regard to the second *Gore* guidepost, the Court has been reluctant to identify concrete constitutional limits on the ratio between harm, or potential harm, to the plaintiff and the punitive damages award; but, in practice, few awards exceeding a single-digit ratio between punitive and compensatory damages will satisfy due process. See, e.g., *Gore, supra*, at 581. Single-digit multipliers are more likely to comport with due process, while still achieving the State's deterrence and retribution goals, than are awards with 145-to-1 ratios, as in this case. Because there are no rigid benchmarks, ratios greater than those that this Court has previously upheld may comport with due process where a particularly egregious act has resulted in only a small amount of economic damages, *Gore, supra*, at 582, but when compensatory damages are substantial, then an even lesser ratio can reach the outermost limit of the due process guarantee. Here, there is a presumption against an award with a 145-to-1 ratio; the \$1 million compensatory award for a year and a half of emotional distress was substantial; and the distress caused by outrage and humiliation the Campbells suffered is likely a component of both the compensatory and punitive damages awards".

<sup>44</sup> "No State shall . . . deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law."

loss<sup>45</sup>. In der Folge heißt es etwas wolkig, *that the Campbells suffered only minor economic injuries*. Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht ausgeführt, worin dieser bestanden haben sollte. Um *compensation*, also um Ausgleich kann es sich nicht handeln, weil ein materieller Schaden gar nicht entstanden war. Der Supreme Court bekennt schließlich Farbe mit dem Satz „*The compensatory damages for the injury suffered here, moreover, likely were based on a component which was duplicated in the punitive award*“. Danach enthalten schon die *compensatory damages punitive elements* (also *deterrence* und *retribution*) oder bestehen überhaupt aus nichts anderem. Die dafür angesetzte Million war nach Auffassung des Gerichts *substantial* und deshalb sollte – anders als im *case Gore* – die Multiplikation im *one-digit*-Bereich bleiben. So hantiert man mit *digits* und so kam es zu den 9 Millionen des Utah Supreme Court, der ja zunächst viel mehr zugesprochen hatte und folglich den vom Supreme Court eingeräumten *one-digit* Bereich voll ausschöpfte. Die Campbells erhielten insgesamt 10 Millionen für *humiliation or indignation*, also doch *two-digit*. Ein nach juristischer wie rechnerischer Methode abwegiges Verfahren und ein unbegründbares Ergebnis, das zeigt, wie schnell alle Argumente in die Irre gehen, wenn der Boden rationalen Entscheidens erst einmal verlassen ist. Es ist ein Lehrstück wie in den USA, dem Land der unbegrenzten Möglichkeiten, auch heute noch aus Nichts Millionen entstehen. Freilich wird heute nicht mehr der Tellerwäscher Millionär. Der amerikanische Traum von heute ist es, *to hit a company in a zig billion buck bad faith trial*<sup>46</sup>.

Präventionsüberlegungen haben auch in der deutschen Judikatur dazu geführt, dass der Geschädigte vom Versicherer einen zusätzlichen Betrag verlangen kann, wenn die Auszahlung der Deckungssumme verzögert wird<sup>47</sup>. Natürlich sind die Beträge hier nicht so absurd wie in den USA, doch ändert das nichts an dem prinzipiell falschen Ansatz. Die psychische Belastung durch Verzögerung der Zahlung ist kein Grund für ein zusätzliches Schmerzensgeld und auch nicht die angebliche Kränkung, die in der Verzögerung liegen soll. Materielle Nachteile wegen der Vorenthaltung des Geldes werden ohnehin ausgeglichen. Unter fragwürdiger Berufung auf das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 GG) wird dem leistungspflichtigen Versicherer ein Recht genommen, auf das sich sonst jedermann berufen kann, nämlich die Leistungspflicht im Zweifel zu bestreiten, von der Vorlage weiterer Gutachten abhängig zu machen usw. Dem Versicherer wird ein „Übel“ auferlegt für die in dem Prozess liegende „Herausforderung“.

---

<sup>45</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden den Urteilsauszug in der vorigen Fußnote.

<sup>46</sup> Vgl. den Roman *Rainmaker* von *J. Grisham*; s. dazu *Honsell*, Amerikanische Rechtskultur, FS Zäch (1999) 39 ff.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1973, 851; kritisch dazu *Honsell* VersR 1974, 205, 207.

Darin liegt schon deshalb ein Denkfehler, weil der Versicherer nicht der Täter ist; die Gerichte urteilen nicht über die Handlung des Schädigers, sondern über das Verhalten des Versicherers.

Die Anhänger der Straf- oder Präventionstheorie behaupten, der zivile Strafschadenersatz habe eine höhere Treffsicherheit als das Strafrecht; denn es erlaube eine wesentlich stärkere Pauschalierung des Tatbestands und stelle geringere Anforderungen an die Beweislast als dies bei Strafen oder Bußen der Fall sei<sup>48</sup>. Als Vorteil gilt auch, dass man nicht an strafrechtliche Vorgaben wie Proportionalität von Schuld und Strafe gebunden sei. Dieser Auffassung ist entschieden zu widersprechen. Es wäre fatal, wollte man unter Hinweis auf ein angeblich überlegenes zivilrechtliches Sanktionssystem auf den Nachweis des Schadens oder der Kausalität verzichten. Vereinzelte Entscheidungen, welche etwa trotz fehlender Kausalität Schadenersatz bejahen oder z.B. Leistungsfreiheit des Versicherers annehmen (z.B. bei nichtkausalen Obliegenheitsverletzungen) sind sachwidrig und verfehlt<sup>49</sup>. Unzulässig ist es schließlich, auf Strafschadenersatz auszuweichen, weil im Zivilrecht geringere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen seien als im Strafrecht<sup>50</sup>. Diese Argumentation ist schon in der Prämisse falsch, weil die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit im Zivilrecht nicht geringer sind als im Strafrecht. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist ein elementares Prinzip mit Verfassungsrang ist. Es gilt in der gesamten Rechtsordnung. Wäre es anders, so müsste der Gesetzgeber Sanktionen nur aus dem Strafrecht auslagern und schon wäre er nicht mehr an dieses Gebot gebunden.

Da nach dem Gesagten nichts für eine Hereinnahme von Strafschadenersatz ins Zivilrecht spricht, sollte man auch im Rahmen der Bestrebungen für eine Vereinheitlichung des Europäischen Haftpflichtrechts<sup>51</sup> darauf verzichten. Die Chancen dafür stünden nicht schlecht, weil die anderen Länder kaum entsprechende Figuren haben. Ausschließen müsste man die angel-

---

<sup>48</sup> P. Müller, aaO. 311, 315 f.; ähnlich schon *Canaris* FS Steindorf (1990) 519 ff., 526, 568.

<sup>49</sup> Das ist im deutschen Versicherungsrecht inzwischen weithin anerkannt (vgl. etwa § 6 Abs. 2, § 21 VVG; s. etwa *Schwintowski* in Berliner Komm. [Hrsg. Honsell 1999] § 6 Fn. 108 ff.; *Voit* ebenda § 21 Fn. 5 f.); nicht hingegen im schweizerischen Recht, wo man sich denn auch auf den Sanktionsgesichtspunkt beruft (s. etwa *Nef* in Basler Komm. [Hrsg. Honsell/Vogt/Schnyder 2001] Art. 6 N 5 ff., 6).

<sup>50</sup> So aber *Canaris* aaO.

<sup>51</sup> Die sog. Tilburg-Gruppe, die sich mit der Konzeption eines Europäischen Schadenersatzrechts befasst, hat sich hierzu meines Wissens bislang nicht geäußert. – Die vorläufig letzte Fassung von Art. 24 des Verordnungsentwurf über das Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse (Rom II, v. 21. 2.2006 Komm. 2006, 83) sieht jetzt abschwächend einen Verstoß gegen den *ordre public* der Gemeinschaft nur noch in einer „über den Ausgleich des Schadens hinausgehenden Entschädigung in unverhältnismäßiger Höhe“. Gegen den ältere Entwurf 22. 7. 2003, der noch jede solche Entschädigung abgelehnt hatte, nicht nur die unverhältnismäßige, von seinem Standpunkt aus folgerichtig *Wagner* 421 f, der dies für EG-widrig hielt; dagegen wiederum *Staudinger* NJW 2006, 2435, 2437.

sächsischen exemplary damages, die freilich wesentlich moderater gehandhabt werden als US-amerikanische *punitive damages*; ebenso die französische *astreinte*, ein vollstreckungsrechtliches Zwangsgeld, wie man es auch in anderen Ländern kennt, das aber atypisch nicht an den Staat, sondern an den Betreiber geht und daher als Strafschadenersatz qualifiziert werden muss<sup>52</sup>.

### III. Weitere Beispiele generalpräventiver Regelungen im Zivilrecht

Schmerzensgeld und Persönlichkeitsverletzung sind zwar besonders prominente Beispiele des Präventionsgedankens, aber nicht die einzigen.

Insbesondere der Europäische Gesetzgeber glaubt an Sanktionen und implementiert sie zunehmend ins Zivilrecht.

a) Die Antidiskriminierungsrichtlinien (Art. 15 AntiDiskrRL<sup>53</sup>, Art. 17 BeschäftiggsRL<sup>54</sup> und Art. 6, 8d GenderRL in Fassung der GenderÄndRL<sup>55</sup>) sehen „Sanktionen“ vor, die „wirksam, verhältnismässig und abschreckend“ sein müssen<sup>56</sup>. Auch der EuGH verlangt, dass eine „Sanktion zur Gewährleistung eines tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutzes geeignet sein, eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben und auf jeden Fall in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen [muss]“<sup>57</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat sich diesem europäischen Trend angeschlossen<sup>58</sup>. Die deutsche Recht-

---

<sup>52</sup> S. dazu etwa *Remien*, Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld (1992) 33 ff.; *Klinker*, Die *astreinte* im franz. Zivilrecht, Diss. Münster 2002.

<sup>53</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. Nr. L 180 S. 22.

<sup>54</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303 S. 16.

<sup>55</sup> Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 39 S. 40; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 269 S. 15.

<sup>56</sup> Vgl. Erw. 26 und Art. 15 AntiDiskrRL; Erw. 35 und Art. 17 BeschäftiggsRL; Art. 6 Abs. 2, 8d Abs. 2 und Erw. 22 GenderÄndRL und Art. 6 Abs. 2, 8d Abs. 2 GenderRL. Ebenso Erw. 27 und Art. 14 GleichbehandlungsRL (Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. Nr. L 373 S. 37).

<sup>57</sup> EuGH Rs C-180/95 vom 22. April 1997 – Draehmpaehl, Slg. 1997 I-2195 Randnr. 25 mit Nachw.

<sup>58</sup> Vgl. das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG v. 14. 8. 2006 BGBl I Nr. 39).

sprechung geht inzwischen vom „gemeinschaftsrechtlichen Erfordernis einer abschreckenden Wirkung der Sanktion“ für die Bestimmung der Höhe der Entschädigung aus.<sup>59</sup>

Für die Entschädigung wegen Diskriminierung von Bewerbern auf Arbeitsstellen gilt nach § 15 Abs. 2 S. 2 AGG folgende Unterscheidung: War die Diskriminierung nicht kausal, so erhält der abgewiesene, aussichtslose Bewerber nur (aber immerhin) 3 Monatsgehälter. War sie kausal, so gibt es keine Begrenzung. Die Regelung hat zahlreiche professionelle Missbrauchskläger angelockt, gegen die man sich mit der Einrede des Rechtsmissbrauchs zu wehren versucht. Sucht z.B. eine Universität versehentlich eine „Gleichstellungsbeauftragte“ statt eine geschlechtsneutrale Ausschreibung zu verwenden, so kann jeder für diesen Job nicht qualifizierte quivis ex populo sich die drei Monatsgehälter abholen, zumal § 15 Abs. 2 AGG nicht den Nachweis einer konkreten Benachteiligung durch den Arbeitgeber verlangt<sup>60</sup>.

Bei § 15 Abs. 2 AGG handelt es sich eindeutig um Strafe. Das ist – abgesehen von allen anderen Gründen – auch deshalb problematisch, weil ein Verschulden des Arbeitgebers nicht vorausgesetzt wird<sup>61</sup>. Auch die weiteren Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, das über die Brüssler Vorgaben noch weit hinausgeht, markieren einen erschreckenden Verlust an Rechtskultur und eine Abkehr von der Privatautonomie.

b) Eine andere Glanzleistung der EU-Gesetzgebung ist die Richtlinie über den Zahlungsverzug vom 29.6.2000/35/EG. Bekanntlich ordnet § 288 Abs. 2 BGB und ebenso § 1333 Abs. 2 ABGB deshalb an, dass der Verzugszins bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist 8%<sup>62</sup> über dem Basiszinssatz beträgt<sup>63</sup>. Je nach dem jeweiligen Basiszinssatz sind Verzugszinsen von 10% und mehr die Regel. Im Hinblick auf die geldpolitischen Steuerungsmöglichkeiten der Nationalbanken und das daraus resultierende Floaten des Zinses, ist ein flexibler Verzugszins durchaus zu begrüßen. Kritikwürdig ist indessen die Höhe des Zinssatzes. Der Richtliniengesetzgeber hat sich wieder von der Erwägung leiten lassen, dass eine Abschreckung notwendig sei. In Erwägungsgrund 16 heißt es:

„Zahlungsverzug stellt einen Vertragsbruch dar, der für die Schuldner in den meisten Mitgliedstaaten durch niedrige Verzugszinsen und/oder langsame Betreibungsverfahren finanzielle Vorteile bringt. Ein durchgreifender Wandel, der auch eine Entschädigung der Gläubiger für die ihnen entstandenen Kosten vorsieht, ist erforderlich, um diese Entwicklung umzukeh-

---

<sup>59</sup> Vgl. BAG Urteil vom 5.2.2004, 8 AZR 112/03, NZA 2004, 540, 544 f.

<sup>60</sup> Vgl. *Nollert-Borasio/Perreng*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (2006), § 15 Rn. 14.

<sup>61</sup> Kritisch hierzu *Schäfer*, AcP 202 (2002) 411 f. mit mwN. in Fn. 53.

Art. 3 Abs. 1 lit. d der Richtlinie verlangt mindestens 7%, der deutsche Gesetzgeber musste das noch überbieten.

<sup>63</sup> Bei Verbrauchergeschäften beträgt er 5% über dem Basiszinssatz; auch das ist zu hoch.



ren und um sicherzustellen, dass die Folgen des Zahlungsverzugs von der Überschreitung der Zahlungsfristen abschrecken.“

Der EU-Gesetzgeber geht von der Annahme aus, dass der Schuldner am Zahlungsverzug verdient. Das ist indes mit einfachen Verzugszinsen kaum möglich, denn Gerichts- und Vollstreckungskosten brauchen einen allfälligen Vorteil aus niedrigem Verzugszins schnell auf. Vor allem aber hat der Gesetzgeber übersehen, dass ein den Verzugszins übersteigender Zinsschaden bei Nachweis einer Kreditinanspruchnahme schon immer ersetzt wurde. Damit fällt die Begründung der Richtlinie in sich zusammen. Nach der unüberlegten Neuregelung muss man den höheren Schaden nicht mehr nachweisen, sondern erhält den erhöhten Zins als Strafschadensersatz. Der Schuldner zahlt die 8 % + x aus präventiven Gründen, also als Strafe. Hier offenbart sich primitives Sanktionsdenken, das zu einer willkürlichen Belastung der einen Partei zugunsten der anderen führt. Da man bei kaum einer Anlageform Zinsen von 10% und mehr erzielt, kann einem nichts Besseres passieren als ein (solventer) Schuldner im Verzug. Was der Gesetzgeber offenbar völlig übersehen hat, ist die Tatsache, dass längst nicht jeder Schuldner, der nicht zahlt, dies in vertragswidriger Absicht tut. Der häufigste Fall ist der, dass er sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet. Nicht selten ist es aber auch so, dass die Parteien über die Berechtigung der Forderung verschiedener Auffassung sind und deshalb eine gerichtliche Klärung herbeiführen müssen. Hier wachsen während des Prozesses nicht selten Verzugszinsen in Höhe von 50% der Klagesumme an, was eine echte Erschwerung der Rechtsverfolgung für den Schuldner darstellt. Der Verzugszins von 5% galt seit einem Reichsdeputationsabschied von Speyer aus dem Jahre 1600. Dort heißt es in § 139:

... damit die Partheyen des langweiligen Prozeß enthoben seyn möchten...ist es vor billich gachtet worden, wann der Schuldner in mora restituendi mutui ist, daß er seinen Glaubiger von derselben zeithero (der Vermuthung halber, daß der Creditor sein Geld von solcher Zet an anlegen und zugelassener Weise zum wenigsten vom Hundert fünff wol haben möge) das interesse zu entrichten und gut zu machen schuldig seye, welches wir uns auch gnädigst also gefallen lassen. So ordnen und wollen wir nachmals, daß solch interesse a tempore more erstattet, und derentwegen den Creditorn fünff Gulden von Hundert bezahlt werden, oder aber dem Creditori solch fünff Gulden nicht annehmlich, sondern er vermeinen wolte tam ex lucro cessante quam damno emergente ein mehrers zu fordern, daß ihme alsdann sein gantz interesse zu deducirn, gebührlich zu liquidirn und zu bescheinen, und der Richterlichen Erkandt- nuß darüber zu gewarten unbenommen seyn soll.

Was vierhundert Jahre lang richtig war, wird mit dem unbedachten Federstrich eines voreiligen und schlecht informierten Gesetzgebers beiseite gewischt. Die Schweiz hat diese zweifelhafte Neuerung bislang nicht übernommen und sollte dies auch nicht tun.

c) Leider hat aber auch die Schweiz beim Verbraucherkredit dem Strafgedanken alle Schleusen geöffnet:

Das KKG statuiert zum Schutze des Kreditnehmers eine Fülle neuer Informationspflichten. Die Nichteinhaltung derselben führt zur Nichtigkeit gemäß Art. 15 Abs. 1 KKG. Abs. 2 und normiert hierzu die fragwürdige Regelung, dass der Kredit nicht sofort, sondern erst bei Ablauf der Kreditdauer zurückzuzahlen ist und dass der Konsument weder Zinsen noch Kosten schuldet. Vom Standpunkt der Vertragsgerechtigkeit fragt man sich, weshalb der Kreditnehmer nur deshalb ein zinsloses Darlehen bekommen soll, weil der Kreditgeber z.B. vergessen hat, dem Kreditnehmer eine Kopie des Vertrages auszuhändigen oder wenn der effektive Jahreszins nicht nach der von der EU vorgeschriebenen rule 803 angegeben ist. Die Berechnung des effektiven Jahreszinses ist eine Geheimwissenschaft. In praxi kann man den effektiven Jahreszins nach dieser Formel ohne Computerprogramm nicht ausrechnen. Soweit ersichtlich, wird die Formel in der Schweiz nicht verwendet. Man begnügt sich mit der viel einfacheren und fast ebenso exakten 365-Tageformel. Die Sanktion eines Gratiskredites für zum Teil völlig marginale Informationspflichten ist eine unangemessene pönale Sanktion.

Der Gesetzgeber hat sich jedoch damit nicht begnügt, sondern auch noch eine *lex fugitiva* in Gestalt des Art. 3 lit. k-m UWG geschaffen, der Verstöße gegen Informationspflichten bei Kreditgeschäften nach Lauterkeitsrecht mit Strafe bedroht<sup>64</sup>. Das Aufeinandertürmen von Schutz- und Strafvorschriften hat Konjunktur. Darin liegt ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsgebot *ne bis in idem* (z.B. Art. 103 Abs. 3 GG)<sup>65</sup>.

Das neue KKG hat jetzt nochmals eine Strafe draufgesattelt. Verletzt die Bank eine Pflicht im Zusammenhang mit der neu eingeführten Kreditfähigkeitsprüfung (KKG 22 ff.), so verliert sie nach KKG 32 I nicht nur die Zinsen, sondern – man glaubt es nicht – sogar das Kapital<sup>66</sup>. Außerdem kann der Kreditnehmer bereits bezahlte Raten aus ungerechtfertigter Bereicherung

---

<sup>64</sup> Nach Art. 3 UWG handelt insbesondere unlauter, wer:

k) es bei öffentlichen Ankündigungen über einen Abzahlungskauf oder ein ihm gleichgestelltes Rechtsgeschäft unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen, klare Angaben über den Bar- oder den Gesamtkaufpreis zu machen oder den Teilzahlungszuschlag in CHF und Jahresprozenten genau zu beziffern;

l) es bei öffentlichen Ankündigungen über Kleinkredite unterlässt, seine Firma eindeutig zu bezeichnen, klare Angaben über die Kreditsumme oder den maximal rückzahlbaren Gesamtbetrag zu machen oder die maximalen Kreditkosten in CHF und Jahresprozenten genau zu beziffern;

m) im Rahmen einer geschäftlichen Tätigkeit, einen Abzahlungskauf, einen Vorauszahlungskauf oder einen Kleinkreditvertrag anbietet oder abschließt und dabei Vertragsformulare verwendet, die unvollständige oder unrichtige Angaben über den Gegenstand des Vertrags, den Preis, die Zahlungsbedingungen, die Vertragsdauer, das Widerrufs- oder Kündigungsrecht des Kunden oder über sein Recht zu vorzeitiger Bezahlung der Restschuld enthalten.

<sup>65</sup> Ebenso *Hirsch* 325 f.; *Canaris* FS Deutsch 105.

<sup>66</sup> Kritisch hierzu auch *Walter* FS Gauch (2004) 301, 310 f.

herausverlangen. Beim Leasing kann er den Wagen unentgeltlich behalten und die Raten zurückfordern. Das unentgeltliche, endgültige Behaltendürfen stellt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Kreditnehmers und eine sachwidrige Enteignung des Kreditgebers dar, die auch mit dem fragwürdigen Sanktionsgedanken nicht begründet werden kann.

Weiter ist dem Gesetzgeber der Vorwurf wertungsmäßiger Inkonsistenz zu machen. Denn er ahndet im Bereich des Kreditrechts weit krassere Verstöße nicht. So wird nach der Rsp. des Bundesgerichts selbst der wucherische Kreditvertrag nur auf 18% als das gerade noch zulässige Maß reduziert<sup>67</sup>. Im Fall des Fußballclubs Lohn<sup>68</sup> hat das BGer die Frage offen gelassen, ob man auf den verkehrsüblichen Zins herabsetzen kann. Darin steckt insofern ein Stück Prävention, als argumentiert wird, es könne sonst der Kreditgeber risikolos wuchern, weil ihm der gerade noch zulässige Zins jedenfalls bleibt. Ob solche Regelungen oder auch die Nichtigkeitssanktion wegen Verbots- oder Sittenwidrigkeit unter die Generalprävention einzuordnen sind, ist eine Frage der Terminologie. Jedenfalls ist gegen diese Art Prävention auch im Zivilrecht nichts einzuwenden. Ein vergleichbarer Fall ist das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nichtiger Klauseln in AGB, das ebenfalls mit dem Präventionsgedanken begründet wird<sup>69</sup>. Das unpraktische Prinzip des § 139 BGB, der Totalnichtigkeit statt Restgültigkeit vermutet<sup>70</sup> ist in der Regel doktrinäre Scholastik nach dem Grundsatz *sint ut sunt aut non sint*. Die darin steckende Prävention ist aber nicht größer als bei den Nichtigkeitsvorschriften. Die Verfasser des BGB haben lediglich dem Parteiwillen Vorrang gegeben vor der richterlichen Vertragsanpassung. Ein weiteres Beispiel ist der alte Satz *in dubio contra proferentem*; wieder ist es unschädlich, aber unnötig, von Prävention zu sprechen. Wer will, kann es so sehen, dass die drohende nachteilige Auslegung den Zweck verfolgt, dass sich der Verwender klarer ausdrückt, oder dass die Konsequenzen der Formnichtigkeit den Zweck haben, das Publikum zur Einhaltung der Form zu motivieren. Mit Strafe hat das nichts zu tun.

d) Ein letztes und prominentes Beispiel der Pönalisten für den Strafgedanken im Zivilrecht ist das Kondiktionsverbot des § 817 S. 2 BGB, dem in der Schweiz Art. 66 OR entspricht. Nach diesen Vorschriften kann der Empfänger einer verbots- oder sittenwidrigen Leistung diese behalten. Wer, um nur einen Fall herauszugreifen, 10'000 Franken für die Beschaffung von Gold gezahlt hat, kann das Geld nicht zurückfordern, wenn Goldgeschäfte ver-

---

<sup>67</sup> BGE 93 II 190.

<sup>68</sup> BGE 123 III 292.

<sup>69</sup> BGH NJW 2000, 1110. 1113 f; Palandt/Heinrichs Vor § 307 N 8.

<sup>70</sup> Art. 20 II OR und § 878 Satz 2 ABGB stellen in romanistischer Tradition die umgekehrte Vermutung auf.

boten sind. Der Beauftragte kann nach einem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts das Geld behalten, das er für den Ankauf hätte verwenden sollen.<sup>71</sup> Das gilt auch, wenn er seine Bereitschaft zur Durchführung des Geschäftes nur vorgetäuscht hat. Das Kondiktionsverbot führt in solchen Fällen zur Prämierung des größeren Gauners. Das ungerechte Ergebnis wird in Kauf genommen. Sowohl der BGH als auch das Bundesgericht formulieren erstaunliche Sätze wie diesen: „Der Gesichtspunkt der Gerechtigkeit bleibt bewusst unberücksichtigt“<sup>72</sup>; „die Härte ist vom Gesetz gewollt“<sup>73</sup>.

*Walter Wilburg* hat in diesem Zusammenhang von einer Art „Drehkrankheit des Rechtsempfindens“ gesprochen<sup>74</sup>. Dagegen hielt *Ernst von Caemmerer* die Norm für „gesund und notwendig.“

Es macht keinen Sinn die Debatte um den § 817 Satz 2 BGB wieder aufzurollen. Zur historischen Entwicklung und zur ratio legis dieser Vorschrift ist alles gesagt<sup>75</sup>. Es ist erstaunlich, dass die alte, hauptsächlich von der Judikatur<sup>76</sup> vertretene Irrlehre vom Strafcharakter des § 817 Satz 2 heute eine Renaissance erlebt<sup>77</sup>. Diese sieht in § 817 S. 2 BGB eine Strafvorschrift. Mit dem Ausschluss der Rückforderung soll die verwerfliche Gesinnung des Leistenden bestraft werden. Auch der Gesetzgeber des BGB hat das so gesehen<sup>78</sup>. Der Strafgedanke kann das Kondiktionsverbot indes nicht rechtfertigen. Gegen ihn spricht, dass nur eine Partei bestraft wird auf Kosten der anderen und zwar – ganz willkürlich - diejenige, die zuerst geleistet hat und deren Verstoß nicht selten geringer ist. Gegen den Strafgedanken spricht weiter, dass die Höhe der Strafe ganz zufällig ist. Sie hängt lediglich vom Umfang der erbrachten Leistung ab. Es besteht keine Proportionalität zwischen Schuld und Strafe. Schon *Heck* hat gerügt, „dass ein ganz leichter Verstoß zum Verlust von Millionen führen kann, während ein schwe-

---

<sup>71</sup> So jedenfalls BGE 74 II 73 ff.; ähnlich hat das Reichsgericht einem Käufer, der für 120'000 RM gefälschte oder doch wertlose tschechische Kronen gekauft hatte, die Rückforderung des Kaufpreises verweigert: RG JW 1921, 1307 mit zust. Anm. *vTuhr*. Später änderte sich die Rsp., in dem das Reichsgericht einen differenzierten Leistungsbegriff einführte (RGZ 161, 52), bzw. der BGH die ähnliche These vom bloßen Durchgangsposten (BGHZ 28, 255). Einen anderen Weg hat BGHZ 39, 87, 90 f. gewählt: Bei Nichtigkeit der Treuhand bleibe ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag; diesem stehe § 817 Satz BGB wegen seines Ausnahmecharakters nicht entgegen.

<sup>72</sup> BGHZ 8, 348, 371.

<sup>73</sup> BGE 74 II 23 ff.=Praxis 37 S. 179 ff.

<sup>74</sup> *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950) 11.

<sup>75</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte (1974).

<sup>76</sup> Namentlich vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof, vgl. RGZ 99, 161, 167; 105, 270; 161, 52, 58; BGHZ 39, 87, 91; BGH JZ 1951, 716, 718; näher *Honsell* (Fn. 69) 58 ff.

<sup>77</sup> S. z.B. *Schäfer*, AcP 202 (2002) 397, 406 ff

<sup>78</sup> Motive II 849 f.

rer Verstoß gar nicht gebüßt werden muss<sup>79</sup>. Auch wenn die heute herrschende Ansicht nicht von Strafe spricht, sondern von *Generalprävention*<sup>80</sup>, ändert das an der Fehlerhaftigkeit des Ansatzes nichts. Die Ungereimtheiten der Strafidée will die Lehre von der Rechtsschutzverweigerung vermeiden. Sie ist verwandt mit der mittelalterlichen Parömie *nemo auditur turpitudinem suam allegans*<sup>81</sup> bzw. dem Einwand der „*unclean hands*“ im angelsächsischen Recht<sup>82</sup>. Ebenso mit dem in unserer Rechtsordnung grundsätzlich nicht anerkannten Verbot des *versari in re illicita*. Dass der Aspekt der Rechtsschutzverweigerung nicht weit trägt, sieht man daran, dass sich die Gerichte ja stets zunächst mit den unsittlichen oder gesetzwidrigen Vorgängen befassen müssen, ehe sie zu einer Klageabweisung gelangen. Man kann also auf diese Weise nicht verhindern, dass schmutzige Fälle vom Gericht erörtert werden müssen<sup>83</sup>. Vor allem aber müsste ein Prinzip der Rechtsschutzverweigerung allgemein gelten und nicht nur partiell im Bereicherungsrecht.

Die Straf- oder Präventionstheorie und die Lehre von der Rechtsschutzverweigerung beruhen auf einem historischen Missverständnis von § 817 Satz 2 BGB. Die ratio des Kondiktionsverbotes liegt nicht in solchen Erwägungen, sondern in der Parömie *in pari turpitudine melior es causa possidentis*, ein Prinzip, das Philipp Heck<sup>84</sup> etwas hölzern „Neutralitätserklärung in Verbindung mit dem Besitzvortage“ genannt hat. Wenn beide Parteien sittenwidrig gehandelt haben, bleibt die Sache da, wo sie ist, beim *beatus possidens*. Es ist evident, dass dies mit Strafe, Prävention oder Rechtsschutzverweigerung nichts zu tun hat<sup>85</sup>. Das römische Kondiktionsverbot galt nur bei der *condictio ob rem (causa data causa non secuta)*. Es betraf nur außervertragliche Leistungen zur Herbeiführung einer Gegenleistung. Wenn diese nicht erbracht wurde, konnte man das Vorgeleistete (in der Regel Geld) kondizieren. Ging es jedoch um eine Straftat, z.B. einen Mord, so konnte das Geld auch dann nicht kondiziert werden, wenn die erstrebte Tat nicht begangen worden war. Der präsumptive Täter konnte also das Geld behalten, auch wenn er die Tat nicht begangen hatte, der Erfolg nicht eingetreten war. Der Zweck des Verbots war die Deliktsvermeidung. Es sollte kein Anreiz bestehen, die Tat dennoch zu begehen. Das ist ein Spezialfall der Prävention, der mit dem Strafgedanken nichts gemein hat.

---

<sup>79</sup> Heck, AcP 124 [1925] 17, 57.

<sup>80</sup> Vgl. etwa Canaris FS Steindorff (1990) 519 ff.; Bentert, Das pönale Element (1996) 112 f.; Köhler JZ 1990, 466 ff.; ebenso Staudinger/Lorenz § 817 Rz. 5; Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens (1993) 191.

<sup>81</sup> Dazu Niederländer FS Gutzwiller (1959) 621.

<sup>82</sup> Dazu Prölss ZHR 132 (1969) 35 ff.

<sup>83</sup> Ausführlich zur Straftheorie und zur Lehre von der Rechtsschutzverweigerung Honsell, aaO., 58 ff., 60 ff.

<sup>84</sup> AcP 124 (1925) 17, 33.

<sup>85</sup> Näher Honsell (Fn. 69) 85 ff., 141 ff.

#### IV. Ausblick

Schon der Gerechtigkeitsbegriff der Nikomachischen Ethik des Aristoteles schloss den Strafzweck im Privatrecht aus<sup>86</sup>. Die unter Privaten und Gleichen zu beachtende *iustitia correctiva*<sup>87</sup> kennt als rechte Mitte nur den Ausgleich<sup>88</sup>. Auch heute sind Prävention oder Strafe aus der Sicht des Privatrechts überschießende Sanktionen. Sie haben *inter partes* keine Berechtigung, weil keiner Seite Strafmacht über die andere zukommt. Strafe gehört in den Bereich des öffentlichen Rechts, der Über- und Unterordnung, das als Recht unter Ungleichen von dem Prinzip der *iustitia distributiva* beherrscht wird.

Die Überwindung des Strafgedankens im Privatrecht war ein kultureller Fortschritt, der nicht kurzlebigen Moden und vorgeblichen Bedürfnissen geopfert werden sollte.

Pönale Elemente sind im Zivilrecht ein Fremdkörper, bewirken eine schleichende Entprivatisierung des Privatrechts, widersprechen dem Prinzip der Privatautonomie, beachten die Funktionsteilung zum Strafrecht nicht und sind schließlich ungerecht, weil sie tendenziell nicht schuldangemessen sind und auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten zielen. Das Überhandnehmen präventiver und zwingender und damit öffentlich-rechtlicher Normen im Privatrecht führt zu einer Aushöhlung desselben, die dessen Charakter schließlich vollständig verändert. Wir leben in einem Umfeld ständiger Bürokratisierung und Überreglementierung, in dem auch das kleinste Stück verbliebener Freiheit ein kostbares Gut zu werden beginnt. Teilweise beliebige und ephemere öffentlich-rechtliche Normen überwuchern das Privatrecht, was zu einem beklagenswerten Niveauverlust<sup>89</sup> führt. Ein berühmtes Wort von *Gustav Boehmer*<sup>90</sup> lautet: „Öffentliches Recht vergeht – Privatrecht besteht“. Zur Zeit sieht es nicht so aus.

---

<sup>86</sup> Nik. Ethik 5, 1130b.

<sup>87</sup> Der Begriff hat sich eingebürgert, ist aber nicht quellenmäßig (vgl. Aristoteles Nik. Ethik 5, näher *Honsell* [Fn. 8] 287 ff.).

<sup>88</sup> In diesem Sinne auch *Bydlinski*, die Suche nach der Mitte, AcP 204 (2004) 309, 343 ff., freilich ohne Rekurs auf Aristoteles. - Unverständlich und verfehlt ist die Polemik *Wagners* (AcP 206 [2006] 352, 343 f.) gegen den Ausgleichsgedanken, der meint, kein Deliktsrecht der Welt könne auf das Prinzip des Schadensausgleichs gebaut werden, weil der Zweck dieses Rechtsgebietes eben nicht darin bestehe, jeden Schaden zu entschädigen, ... . Aus der selbstverständlichen Prämisse, dass Schadensersatz eine Zurechnung (Verschulden oder Gefährdung) voraussetzt, lässt sich nicht begründen, dass der Geschädigte mehr erhalten soll als Schadensersatz.

<sup>89</sup> Ein altes Bonmot vergleicht Privatrecht mit Schach, öffentliches Recht mit Mühle und Strafrecht mit „Mensch ärgere dich nicht“.

<sup>90</sup> Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung I (1950) IX.