

Schadensersatz und Sanktion

Ein Plädoyer für eine rechtsfolgenorientierte Unterscheidung von Deliktsrecht und Strafrecht

*Phillip Hellwege**

I.	Deliktsrecht und Strafrecht: gemeinsame Wurzeln und heutige Trennung.....	154
II.	Unterschiede, Gemeinsamkeiten, Berührungspunkte: ein Überblick.....	155
III.	Ziel des vorliegenden Beitrages und Gang der Darstellung	157
IV.	Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung als wissenschaftlicher Auftrag.....	158
V.	Einheit der Rechtsordnung und Vielfalt der Bezugspunkte.....	162
VI.	Ein Plädoyer für eine rechtsfolgenorientierte Unterscheidung von Deliktsrecht und Strafrecht.....	162
	A. Zwecktheorien im Deliktsrecht und Strafrecht.....	162
	B. Strafen ist kein Selbstzweck	164
	C. Ausgleich, Prävention und Vergeltung bzw. Genugtuung als rechtsgebietsübergreifende Zwecke.....	165
	D. Ausgleich und Prävention.....	165
	E. Genugtuung und Vergeltung.....	166
	F. Zwischenfazit.....	167
	G. Die Funktion und das Warum von Schadensersatzansprüchen	168
	H. Rationalitätsdefizite als Folge einer Reduzierung der Funktionen von Schadensersatz auf Verhaltenssteuerung.....	169
	I. Die Ausgleichsfunktion und das schadensrechtliche Bereicherungsverbot	170
	J. Zusammenfassung.....	171
VII.	Kleine Generalklauseln versus einzelne Straftatbestände	172
VIII.	Kausalität und Zurechnung.....	173
IX.	Vorsatztheorie versus eingeschränkte Schuldtheorie	175
X.	Objektiver versus subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff.....	176
XI.	Rationalitätseffekte I: Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Schmerzensgeld als Privatstrafe.....	178
	A. Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Schmerzensgeld als Privatstrafe	178
	B. Privatstrafe als ultima ratio.....	181
	C. Geltung des subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffs für die Privatstrafe	182

* Der vorliegende Beitrag denkt gemeinsam mit Petra Wittig entwickelte Ansätze fort: *P. Hellwege* und *P. Wittig*, Delictual and criminal liability in Germany, in: M. Dyson (Hrsg.), *Comparing Tort and Crime. Learning from across and within Legal Systems* (2015), 123–172.

D.	Die entsprechende Anwendung des § 46 StGB auf die Bemessung der Privatstrafe.....	183
E.	Weitere Konsequenzen der Einordnung der Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und des Schmerzensgelds als Privatstrafe..	185
XII.	Rationalitätseffekte II: Anerkennung von ausländischen Urteilen auf Strafschadensersatz	185
XIII.	Verfassungsrechtliche Implikationen: die Unterscheidung von strafersetzenden und strafergänzenden Privatstrafen	186
XIV.	Zusammenfassung.....	190

I. Deliktsrecht und Strafrecht: gemeinsame Wurzeln und heutige Trennung

Für den deutschen Juristen ist die Trennung von Privat- und Strafrecht selbstverständlich.¹ Zwar gilt das Strafrecht als Teil des öffentlichen Rechts. Wegen seiner Eigenheiten und Bedeutung hat es sich aber auch von diesem verselbstständigt.² Die resultierende Dreiteilung spiegelt sich im wissenschaftlichen Diskurs, in der Struktur rechtswissenschaftlicher Fakultäten, in der juristischen Ausbildung und in der Spezialisierung der rechtsberatenden Praxis wider.

Die Trennung von Privat- und Strafrecht setzt sich in den Teildisziplinen des Privatrechts fort. Insbesondere werden Delikts- und Strafrecht auseinandergedacht. Hier ist nun die scharfe Unterscheidung zumindest für den Rechtshistoriker nicht selbstverständlich. Beide haben gemeinsame Wurzeln.³ Zwar liegen, wie Nils Jansen feststellt, die „Ursprünge des römischen Deliktsrechts ... im Dunkeln“.⁴ Klar ist aber, daß die öffentliche Strafrechtspflege im alten Rom zunächst wenig ausgebildet war. Die Ahndung von Unrecht lag vor allem in der Hand des oder der Geschädigten oder der Familie. Zudem hatten deliktische Privatklagen oft einen Sanktionscharakter. Dieser tritt in prägenden Elementen des römischen Deliktsrechts hervor. Der Schädiger hatte nicht nur den

¹ *D. Medicus* und *J. Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB (11. Aufl., 2016), Rn. 1.

² *J. Kaspar*, Strafrecht – Allgemeiner Teil (2015), Rn. 1; *C. Roxin*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. 1 (4. Aufl., 2006), § 1 Rn. 5.

³ *H. Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1 (1985), 503; *M. Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 1 (2. Aufl., 1971), 146 f., 609–614. Aus der modernen Literatur zum geltenden Recht statt aller *G. Wagner*, in: F.J. Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6 (7. Aufl., 2017), Vor § 823 Rn. 2; *ders.*, Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen (2006), 14 f.

⁴ *N. Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz (2003), 189. Zum folgenden *ibid.*, 189–221; *M. Kaser*, Das Römische Privatrecht, Bd. 2 (2. Aufl., 1975), 427; *G. Schiemann*, in: M. Schmoekkel et al. (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. 3/2 (2013), 31.

Schaden des Geschädigten zu ersetzen. Viele Klagen erlaubten eine Überkompensation: der Schädiger haftete auf den mehrfachen Schadensbetrag.⁵ Zudem hafteten Mittäter jeweils auf den vollen Bußbetrag. „Jede Teilnahme an der Tat“, so Max Kaser, Rolf Knütel und Sebastian Lohsse, „löst die volle Sühnepflicht aus.“⁶ Auch das führte zu einer Überkompensation. Schließlich deutet die passive Unvererblichkeit der Klagerechte aus Delikt auf ihren Sanktionscharakter hin. Verstarb der Schädiger, erlosch das Klagerecht des Geschädigten: „zur Sühne verpflichtet“, so wieder Kaser, Knütel und Lohsse, „ist nur der Täter selbst.“⁷ In der nachfolgenden Entwicklung verlor das private Deliktsrecht seinen Sanktionscharakter, und der öffentlichen Strafrechtspflege kam nach zunächst bescheidenen Ansätzen eine immer größere Bedeutung zu.⁸ Die endgültige Trennung von Privat- und Strafrecht verlegt Claus Roxin ins 19. Jahrhundert und bezeichnet sie, distanzierend, als „eine der großen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts“.⁹

II. Unterschiede, Gemeinsamkeiten, Berührungspunkte: ein Überblick

Der vorliegende Beitrag ist nicht historisch ausgerichtet, sondern dem geltenden Recht gewidmet. Daher möchte ich die im übrigen bekannten historischen Entwicklungen nicht vertiefen. Vielmehr möchte ich die Trennung von Delikts- und Strafrecht, die am Ende dieser Entwicklung stand, sowie das Verhältnis beider Rechtsgebiete zueinander aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung auf den Prüfstand stellen, und auf diese Weise ein seit Inkrafttreten des BGB immer wieder erörtertes Problem aus diesem Blickwinkel erneut beleuchten. Dafür müssen zunächst die Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht herausgearbeitet werden. Doch weisen beide

⁵ M. Kaser, R. Knütel und S. Lohsse, *Römisches Privatrecht*. Ein Studienbuch (21. Aufl., 2017), § 51 Rn. 3, 5. Siehe aus der umfangreichen Literatur weiterführend nur T. Finkenauer, *Pönale Elemente der lex Aquilia*, in: R. Gamauf (Hrsg.), *Ausgleich oder Buße als Grundprobleme des Schadensersatzrechts von der lex Aquilia bis zur Gegenwart*. Symposium zum 80. Geburtstag von Herbert Hausmaninger (2017), 35–71.

⁶ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 5), § 50 Rn. 9.

⁷ Kaser/Knütel/Lohsse (Fn. 5), § 50 Rn. 7.

⁸ HKK-BGB/Schiemann (Fn. 4), § 823 Rn. 40–42; J.D. Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, (2010), Rn. 269; I. Ebert, *Pönale Elemente im deutschen Privatrecht* (2004), 25.

⁹ C. Roxin, *Strafe und Wiedergutmachung*, in: T. Rauscher und H.-P. Mansel (Hrsg.), *Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag* (2001), 51–63, 61. Vgl. außerdem H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2 (1989), 513.

nicht nur Unterschiede auf. Sie haben auch weiterhin Gemeinsamkeiten und Berührungspunkte.¹⁰

(1) Ein Unterschied ist im Gesetz angelegt. Das Deliktsrecht ist mit § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 826 BGB durch die drei sogenannten kleinen Generalklauseln geprägt, das öffentliche Strafrecht hingegen durch eine Vielzahl einzelner Straftatbestände (unten VII).

(2) Bei Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB einerseits und der einzelnen Straftatbestände andererseits folgt die Prüfung sodann einem ähnlichen Aufbau. Es werden verschiedene Wertungsebenen unterschieden: Tatbestandsmäßigkeit einschließlich Kausalitäts- und Zurechnungsfragen, Rechtswidrigkeit sowie Verschulden bzw. Schuld.¹¹

(3) Bei Anwendung der einzelnen Haftungs- bzw. Strafbarkeitsvoraussetzungen bestehen dann Unterschiede. Im Delikts- und Strafrecht geht man gleichermaßen davon aus, daß die Kausalität nach der Äquivalenztheorie eingeschränkt werden muß. Während man im Strafrecht die Adäquanztheorie als dafür ungeeignet ablehnt und meint, daß Einschränkungen nicht im Rahmen der Kausalität im engeren Sinne möglich seien, sondern eine zusätzliche Kategorie erforderten, nämlich die Lehre von der objektiven Zurechnung, wendet man im Zivilrecht die Adäquanztheorie an. Doch wird die Adäquanztheorie im Zivilrecht mit ähnlichen Wertungen angereichert, die im Strafrecht auch im Rahmen der objektiven Zurechnung von Bedeutung sind. Dann wird trotz Heranziehung ähnlicher Wertungen die Kausalität im Zivilrecht sehr viel großzügiger bejaht als im Strafrecht (unten VIII).

(4) Mit Blick auf die Frage, ob sich der Vorsatz auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen muß, folgt das Zivilrecht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB der Vorsatztheorie, das Strafrecht hingegen der eingeschränkten Schuldtheorie (unten IX).

(5) Das Zivilrecht folgt im Rahmen des Verschuldens einem objektiven, das Strafrecht im Rahmen der Schuld einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff (unten X).

Weitere Beispiele ließen sich ergänzen. Daß diese Unterschiede auf den Prüfstand gestellt werden dürfen, liegt nicht nur mit Blick auf die gemeinsamen

¹⁰ Vgl. auch die Darstellung bei *A. Spickhoff*, in: Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 12 (13. Aufl., 2005), Vor § 823 Rn. 38–43.

¹¹ Auf diese Parallele weist auch die Literatur hin *H. Ehmann*, Lehrbuch. Deliktsrecht mit Gefährdungshaftung (2014), 40; *D. Medicus* und *S. Lorenz*, Schuldrecht II. Besonderer Teil (17. Aufl., 2014), Rn. 1241. Siehe zudem *K. Larenz* und *C.-W. Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2/2 (13. Aufl., 1994), 362–364; *E. Deutsch* und *H.-J. Ahrens*, Deliktsrecht (6. Aufl., 2014), Rn. 12–16; *J. Hager*, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Neubearbeitung 2017), § 823 Rn. A1; MüKo-BGB/*Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 1; *M. Fuchs*, *W. Pauker* und *A. Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht (9. Aufl., 2017), 371–375. Zum Aufbau im Strafrecht siehe nur *Kaspar* (Fn. 2), Rn. 74–78.

historischen Wurzeln auf der Hand. Delikts- und Strafrecht bewerten auch regelmäßig den identischen Sachverhalt: Fügt einer einem anderen ein Übel zu und resultiert hieraus ein Schaden, so stellt sich die Frage nach einer schadensrechtlichen Haftung ebenso wie nach strafrechtlichen Sanktionen. Dennoch werden die aufgezeigten Unterschiede selten vertieft erörtert. Das liegt auch daran, daß die prozessualen Berührungspunkte gering sind. So wird von dem Adhäsionsverfahren in der Praxis kaum Gebrauch gemacht.¹²

Zwei materiellrechtliche Berührungspunkte sind für die Zwecke des vorliegenden Beitrags unergiebig, auch wenn sie es sind, die im wissenschaftlichen Diskurs noch am intensivsten erörtert werden. So knüpft das materielle Zivilrecht im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB auch ans materielle Strafrecht an. Und zum Teil verwenden Straftatbestände zivilrechtlich geprägte Begriffe und Konzepte oder verweisen zumindest auf diese. Dabei lehnt sich das Strafrecht zum Teil an das Zivilrecht an, zum Teil aber gerade auch nicht. Doch diese Probleme sind einfach unter Rückgriff auf die *ratio* der jeweiligen straf- und zivilrechtlichen Normen zu lösen, und sie bieten kaum Anlaß, das Verhältnis von Delikts- und Strafrecht grundlegend zu hinterfragen.

III. Ziel des vorliegenden Beitrages und Gang der Darstellung

Der vorliegende Beitrag will die gerade aufgezeigten Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht hinterfragen (unten VII–X). Ziel ist dabei nicht, diese Unterschiede und damit die Unterscheidung von Delikts- und Strafrecht ganz in Frage zu stellen. Es geht vielmehr um eine Standortbestimmung aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung: Resultieren die aufgezeigten Unterschiede nur daraus, daß die Diskussionen im Delikts- und Strafrecht getrennt voneinander geführt werden und nicht aufeinander abgestimmt sind? Oder sind sie rational erklärbar?

Um diese Fragen aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung erörtern zu können, muß zunächst herausgearbeitet werden, wie dieser Grundsatz im vorliegenden Beitrag verstanden wird (unten IV). Denn die verschiedenen Beiträge, die der vorliegende Band in sich vereinigt, zeigen, wie vielfältig man diesen Grundsatz begreifen kann.¹³ Zudem ist es wichtig aufzuzeigen, daß jedes Rechtsgebiet eines Rechtssystems vielfältige Bezugspunkte aufweist. Eine kritische Bestandsaufnahme des Verhältnisses von Delikts- und Strafrecht darf sich also nicht auf diese beiden Rechtsgebiete beschränken, sondern muß die zahlreichen Bezugspunkte, die das Delikts- und Strafrecht zu anderen Rechtsgebieten aufweisen, im Blick behalten (unten V).

¹² F.-C. Schroeder und T. Verrel, Strafprozessrecht (7. Aufl., 2017), Rn. 341; C. Roxin und B. Schünemann, Strafverfahrensrecht (29. Aufl., 2017), § 65 Rn. 1.

¹³ Siehe dazu oben Hellwege und Soniewicka, S. 3 ff., 7 ff.

Nicht jeder Unterschied zwischen zwei Rechtsgebieten führt zu einem Widerspruch, der aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung problematisch ist. Vielmehr können Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht erklärbar sein. Intuitiv werden die meisten Vertreter des Privatrechts die zahlreichen Unterschiede damit zu erklären versuchen, daß es im Deliktsrecht um Kompensation, möglicherweise um Verhaltenssteuerung, in einigen Fällen auch um Genugtuung gehe, aber nicht um Strafen. Eine Straffunktion sei dem privaten Deliktsrecht fremd und dem Strafrecht vorbehalten. Prima facie sind es also die unterschiedlichen Funktionen von Delikts- und Strafrecht, die die Unterschiede zwischen beiden Rechtsgebieten erklären können. Doch wird dieser Erklärungsversuch einer kritischen Betrachtung nicht standhalten. Der vorliegende Beitrag wird einen rechtsfolgenorientierten Ansatz vertreten (unten VI). Ein solcher rechtsfolgenorientierte Ansatz ist freilich nicht neu. Bernhard Großfeld hat ihn beispielsweise bereits in seiner 1961 veröffentlichten Dissertation vertreten.¹⁴

Dieser rechtsfolgenorientierte Ansatz wird sodann nutzbar gemacht, um die oben herausgearbeiteten Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht zu erörtern (unten VII–X). Nachfolgend wird aufgezeigt, welche weiteren Rationalitätseffekte eine rechtsfolgenorientierte Abgrenzung zwischen Delikts- und Strafrecht hat. Dabei wird auf Einzelprobleme des Schmerzensgeldes und der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen (unten XI) sowie auf das Problem der Anerkennung ausländischer Urteile auf Strafschadensersatz eingegangen werden (unten XII). Schließlich werden die verfassungsrechtlichen Implikationen der hier vertretenen rechtsfolgenorientierten Abgrenzung aufgezeigt (unten XIII).

IV. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung als wissenschaftlicher Auftrag

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung wird in Deutschland als verfassungsrechtlich fundiertes, rechtsstaatliches Postulat bezeichnet.¹⁵ Als Vertreter des Privatrechts möchte ich für den Zweck dieses Beitrages „abrüsten“. Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung besagt zunächst, daß die Gesamtheit aller Normen einer Rechtsordnung ein widerspruchsfreies System ergeben soll.

¹⁴ B. Großfeld, Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (1961), 11.

¹⁵ F. Ossenbühl, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: J. Isensee und P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5 (3. Aufl., 2007), § 100 Rn. 85; H. Schneider, Gesetzgebung (3. Aufl., 2002), Rn. 57 f.; BVerfGE 98, 106.

Nicht jeder Unterschied zwischen zwei Rechtssätzen führt dabei zu einem Widerspruch. Ein Unterschied kann sinnhaft sein, so wie nach der Grundrechtsdogmatik des Art. 3 Abs. 1 GG auch Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sein können. Ähnliches gilt für das Gebot der Folgerichtigkeit, das im rechtswissenschaftlichen Diskurs in jüngster Zeit im Vergleich zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung deutlich in den Vordergrund getreten ist.¹⁶ Es wird ebenfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie aus Art. 3 Abs. 1 GG hergeleitet. Auch hier geht es um Kohärenz. Aber auch hier soll ein sinnhafter und richtig begründeter Kurswechsel des Gesetzgebers das Gebot der Folgerichtigkeit nicht verletzen. Es genügt für den vorliegenden Beitrag nach alledem nicht, Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht aufzuzeigen und diese aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung als problematisch hinzustellen. Vielmehr ist die Frage zu beantworten, ob die herausgearbeiteten Unterschiede zu Widersprüchen führen oder eben doch erklärbar sind.

In einem kodifizierten Rechtssystem können Unterschiede auf zwei Ebenen auftreten. Sie können unmittelbar im Gesetz angelegt sein oder sich erst bei Anwendung zweier Normen durch ihre unterschiedliche Auslegung ergeben. Auf der ersten Ebene muß der Gesetzgeber sich am Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung orientieren. Auf der zweiten Ebene ist der Rechtsanwender Adressat.¹⁷ Insoweit geht der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung über das Gebot der Folgerichtigkeit hinaus. Letzteres wird vor allem als vom Gesetzgeber zu befolgendes Gebot erörtert.¹⁸

Doch wann sind Unterschiede aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung problematisch? Ist der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch bei der Auslegung und Anwendung von Normen zu beachten, so scheint zunächst ein Rückgriff auf die hinter den gängigen Auslegungsmethoden stehenden Argumente, also ein Rückgriff auf historische, systematische und teleologische Argumente angezeigt zu sein. Doch wäre das zu kurz gegriffen.

Im vorliegenden Beitrag soll es ja gerade um die Frage gehen, ob die historisch gewachsene systematische Trennung von Delikts- und Strafrecht mit allen daraus resultierenden Unterschieden aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung sinnhaft ist. Und auch wenn der Gesetzgeber durch eine getrennte systematische Zuordnung von Rechtssätzen gerade ihre

¹⁶ Zum folgenden *R. Zippelius* und *T. Würtenberger*, Deutsches Staatsrecht (33. Aufl., 2018), § 23 Rn. 60.

¹⁷ *M. Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 1 (2011), § 10 Rn. 141; *R. Zippelius*, Juristische Methodenlehre (11. Aufl., 2012), 43; *B. Rüthers*, *C. Fischer* und *A. Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre (8. Aufl., 2015), Rn. 145, 276.

¹⁸ *Zippelius/Würtenberger* (Fn. 16), § 23 Rn. 60; *P. Dann*, Verfassungsrechtliche Kontrolle Gesetzgeberischer Rationalität, *Der Staat* 49 (2010), 630–646; *B. Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat, *VVDStRL* 71 (2012), 49–77.

Unterschiede betont, die sodann für ihre Auslegung und Anwendung von Bedeutung sein können, so geht man aus dem Blickwinkel der Einheit der Rechtsordnung doch über die vom Gesetzgeber gewählten systematischen Kategorisierungen hinaus und betrachtet die Rechtsordnung als Ganzes. Dennoch handelt es sich bei der Frage, ob ein Unterschied zwischen zwei Normen oder zwischen der Auslegung zweier Normen aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung problematisch ist, im Kern um eine systematische Frage.¹⁹ Prima facie bleiben damit teleologische Argumente. Freilich sind teleologische Betrachtungen niemals isoliert möglich. Auch Gedanken über den Zweck einer Norm sind historisch gewachsen und historisch erklärbar. Und systematische Unterscheidungen können sich gerade daraus entwickelt haben, daß man Normen mit einem identischen *telos* zusammenfassen wollte. Die vorstehenden Betrachtungen sind nicht neu. Sie spiegeln nur das altbekannte Problem über das Verhältnis der einzelnen Auslegungsmethoden zueinander wider.²⁰ Dieses altbekannte Problem setzt sich mithin bei einer Erörterung des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung fort.

Doch was meinte ich oben mit der Aussage, daß ich „abrüsten“ möchte? Es ist zu kurz gegriffen, den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung allein als ein verfassungsrechtlich fundiertes, rechtsstaatliches Postulat zu verstehen. Denn nicht jeder – vielleicht sogar zweifelhafte – Unterschied zwischen zwei Normen wird gleich zu einem Verfassungsproblem. Wenn ein Unterschied einmal zum Verfassungsproblem werden sollte, dann stellt sich, wie Matthias Rossi in seinem Beitrag betont, zudem das bisher nicht gelöste Rechtsfolgenproblem.²¹ Und umgekehrt sollten solche Unterschiede auch dann kritisch hinterfragt werden, wenn die Grenze zur Verfassungswidrigkeit offensichtlich nicht überschritten ist.

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist vor allem ein wissenschaftlicher Auftrag. In diesem Sinne steht der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung sicherlich in enger Verbindung zum historischen Prozeß der Verwissenschaftlichung des Rechts.²² Er erhielt besondere Bedeutung mit der Einführung von Kodifikationen moderner Prägung, ist doch der Idee der modernen Kodifikation immanent, daß ein Rechtsgebiet oder gar das gesamte Recht widerspruchsfrei gesetzlich erfaßt werden soll.²³ Und heute findet der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung seine Verankerung auch – aber eben nicht ausschließlich – im verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip.

¹⁹ Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 17), Rn. 276, 746; *E.A. Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (4. Aufl., 2013), 89.

²⁰ Vgl. *Zippelius* (Fn. 17), 42–47.

²¹ Siehe oben *Rossi*, S. 109 f.

²² Hierzu und zum folgenden Gedanken siehe schon oben *Hellwege/Soniewicka*, S. 1.

²³ Zum Kodifikationsbegriff vgl. nur *J.P. Schmidt*, *Kodifikation*, in: *J. Basedow et al.* (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. 2 (2009), 986–990.

Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnungen ist damit Auftrag an die Wissenschaft, rechtsgebietsübergreifende Verknüpfungen aufzuzeigen, Unterschiede zwischen einzelnen Rechtsgebieten in Frage zu stellen oder diese Unterschiede umgekehrt zu erklären und auf diese Weise in die Praxis hineinzuwirken. Zwar sollte sich auch die Praxis dieser Verknüpfungen bewußt sein. Eine immer spezialisiertere Praxis kann dieser Aufgabe im Tagesgeschäft jedoch kaum gerecht werden, und gefragt sind in der Praxis ja zunehmend durch das Prädikat des Fachanwalts ausgewiesene Spezialisten.

Ich möchte in meinem Beitrag den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung also als Auftrag an die Wissenschaft verstehen. Ich komme damit zu einem ähnlichen Verständnis wie Josef Franz Lindner in seinem Beitrag zum vorliegenden Band, der sein Verständnis rechtsphilosophisch entwickelt und von einem „rechtswissenschaftstheoretischen Imperativ“ spricht.²⁴ Ich möchte dagegen etwas schlichter von einem „wissenschaftlichen Auftrag“ sprechen.

Eine letzte Bemerkung sei erlaubt: Vergleicht man das deutsche etwa mit dem englischen Recht, so fällt auf, daß der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung entweder als Schlagwort ausdrücklich oder doch zumindest der Sache nach im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs und auch in der deutschen Praxis immer wieder auftaucht, in England dagegen so gut wie gar nicht. Die den deutschen Rechtswissenschaften eigene Neigung zur Abstraktion und die damit verbundene Arbeit mit Allgemeinen Teilen schaffen erst die Grundlagen dazu, rechtsgebietsübergreifende Verknüpfungen und Widersprüche herauszuarbeiten. Das sollte man bei der immer wiederkehrenden Kritik an den Allgemeinen Teilen bedenken.²⁵ Genauso liegt es mit den Staatsexamina. Erst die konzentrierte, selbständige Wiederholung des gesamten Pflichtstoffes für die Staatsexamina ermöglicht es Studierenden und Referendaren, sich die Verknüpfungen zwischen den einzelnen Rechtsgebieten selbst zu erarbeiten. Das sollte man bei der immer wiederkehrenden Kritik an den Staatsexamina bedenken. Wer nur Literatur produziert und liest, die juristische Probleme praxisnah und konkret erörtert, wer niemals über den Sinn und Zweck eines Allgemeinen Teils nachgedacht hat und wer sich im Studium nur isoliert auf Vorlesungsabschlußklausuren vorbereitet, wird die Verknüpfungen zwischen einzelnen Rechtsgebieten und die Widersprüche zwischen ihnen nur schwer erkennen können.

²⁴ Siehe oben *Lindner*, S. 25.

²⁵ Vgl. zusammenfassend *J.P. Schmidt*, Allgemeiner Teil, in: J. Basedow et al. (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. 1 (2009), 38–41. Siehe außerdem die Kritik von *H. Kötz*, Vertragsrecht (2. Aufl., 2012), Rn. 1–15.

V. Einheit der Rechtsordnung und Vielfalt der Bezugspunkte

Aufgrund der gemeinsamen historischen Wurzeln von Delikts- und Strafrecht liegt es nahe, die Unterschiede zwischen beiden Rechtsgebieten kritisch zu hinterfragen. Doch dürfen dabei keinesfalls andere Bezugspunkte ausgeblendet werden.²⁶ Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verlangt ja insgesamt nach einer widerspruchsfreien Rechtsordnung, und wer einen vermeintlichen Widerspruch an einer Stelle bereinigt, erzeugt unter Umständen einen Widerspruch an anderer Stelle. Das Strafrecht weist nur zur deliktsrechtlichen Verschuldenshaftung bei rechtswidrigem Handeln unmittelbare Bezüge auf. Doch steht diese Haftung im größeren Kontext des zivilrechtlichen Haftungsrechts.²⁷ Zum einen ist da neben der Verschuldenshaftung bei rechtswidrigem Handeln die Gefährdungshaftung. Man spricht von der Zweispurigkeit der außervertraglichen Haftung auf Schadensersatz.²⁸ Und zum anderen steht neben der außervertraglichen noch die vertragliche Haftung auf Schadensersatz. Alle zivilrechtlichen Haftungsgründe auf Schadensersatz sind miteinander verknüpft. Offensichtlich wird dies schon dadurch, daß die Schadensbemessung für alle eben genannten Haftungsgründe gemeinsam in den §§ 249 ff. BGB geregelt ist. Vergleicht man also die zivilrechtliche deliktische Verschuldenshaftung mit dem Strafrecht, dann darf man nicht die Zusammenhänge dieser Haftung zur Gefährdungshaftung und zur vertraglichen Haftung auf Schadensersatz aus den Augen verlieren.

VI. Ein Plädoyer für eine rechtsfolgenorientierte Unterscheidung von Deliktsrecht und Strafrecht

A. Zwecktheorien im Deliktsrecht und Strafrecht

Prima facie sind es teleologische Argumente, die Unterschiede zwischen verschiedenen Rechtsgebieten erklären können, die also dazu führen, daß aus Unterschieden keine Widersprüche werden.²⁹ Und in der Tat wird der zivilrechtliche Kollege darauf verweisen, daß es im Zivilrecht nicht um Strafen geht,

²⁶ Siehe schon *Hellwege/Wittig* (Fn. *), 125 f.

²⁷ Vgl. *Ehmann* (Fn. 11), 26–29.

²⁸ Statt aller *G. Schiemann*, in: H.P. Westermann et al. (Hrsg.), *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 2 (14. Aufl., 2014), Vor § 823 Rn. 4.

²⁹ Siehe oben den Text nach Fn. 18.

und er wird so die zahlreichen Unterschiede zum Strafrecht rechtfertigen wollen.³⁰ Zwar ist der Zweck der deliktsrechtlichen Haftung für Verschulden umstritten. Erörtert werden eine Ausgleichsfunktion, eine Präventionsfunktion durch Verhaltenssteuerung und eine Genugtuungsfunktion.³¹ Nahezu einig ist man sich indes, daß der zivilrechtlichen Haftung auf Schadensersatz eine Straffunktion fremd ist,³² und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine deliktische Verschuldenshaftung, eine Gefährdungshaftung oder eine vertragliche Haftung auf Schadensersatz handelt. Nur von vereinzelt Stimmen wurde und wird die Ansicht vertreten, daß auch in Deutschland Schadensersatzansprüche eine Straffunktion haben können bzw. daß offen anerkannt werden müsse, daß

³⁰ Soergel/*Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 36.

³¹ Siehe die Diskussionen bei *H. Koziol*, Grundfragen des Schadensersatzrechts (2010), 75–91; *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 3), Vor § 823 Rn. 43–50; *ders.*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352–476, 360–364, 380–386, 451–455; *ders.*, Neue Perspektiven im Schadensrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Bd. 1 (2006), A14 f.; *N. Jansen* und *L. Rademacher*, Punitive Damages in Germany, in: *H. Koziol* und *V. Wilcox* (Hrsg.), Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives (2009), 75–86; *H. Lange* und *G. Schiemann* (3. Aufl., 2003), 9–13; *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 696; *E. Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht (2. Aufl., 1996), Rn. 17–19; *H. Oetker*, in: *F.J. Säcker* et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 (7. Aufl., 2016), § 249 Rn. 8 f.; *Staudinger/Hager* (Fn. 11), Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 9 f.; *Soergel/Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 29–34; *Erman/Schiemann* (Fn. 28), Vor § 823 Rn. 12–15; *D. Looschelders*, Schuldrecht. Allgemeiner Teil (16. Aufl. 2018), § 43 Rn. 2, § 48 Rn. 7; *Ehmann* (Fn. 11), 166–168; *Großfeld* (Fn. 14), 77–81; *M. Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse (2014), § 7 Rn. 1 f., § 8 Rn. 115; *M. Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse (7. Aufl., 2015), § 16 Rn. 64, § 23 Rn. 44; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 254, 375–378; *O. Brand*, Schadensersatzrecht (2. Aufl., 2015), § 2 Rn. 23–28; *R. Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts (2006), 31–35; *J.-P. Bost*, Effiziente Verhaltenssteuerung durch den Ersatz von Nichtvermögensschäden (2009), 87–92; *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich (2006), 9–12.

³² *Koziol*, Grundfragen (Fn. 31), 52–56, 81; *ders.*, Gedanken zum privatrechtlichen System des Rechtsgüterschutzes, in: *A. Heldrich* et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1 (2007), 631–663, 655–662; *ders.*, Schadensersatz im Europäischen Privatrecht, in: *O. Remien* (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht (2012), 5–25, 13 f.; *J. Neuner*, Das Schmerzensgeld, *JuS* 2013, 577–585, 583; *Lange/Schiemann* (Fn. 31), 12 f.; *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 249 Rn. 8; *Soergel/Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 35; *J. Ekkenga* und *T. Kuntz*, in: *Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3/2 (13. Aufl., 2014), Vor § 249 Rn. 31; *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 (14. Aufl., 1987), 423; *Ehmann* (Fn. 11), 95; *Brand* (Fn. 31), § 2 Rn. 25; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 378. Vorsichtiger, aber im Ergebnis auch ablehnend *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 3), Vor § 823 Rn. 48–50; *ders.*, Neue Perspektiven im Schadensrecht (Fn. 31), A72–A83.

es sich bei überkompensatorischen Schadensersatzansprüchen um eine Form der Privatstrafe handele.³³

Damit liegen dem privaten Deliktsrecht und dem Strafrecht auf den ersten Blick divergierende Funktionen zugrunde. Man könnte daraus den Schluß ziehen, daß auch die verbleibenden und allein historisch erklärbaren Gemeinsamkeiten zwischen Delikts- und Strafrecht auf den Prüfstand gestellt werden müßten. Man könnte also behaupten, daß es gar nicht nötig sei, die Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht kritisch zu beleuchten, sondern daß die evidenten Funktionsunterschiede es rechtfertigten, sogar die verbleibenden Gemeinsamkeiten in Frage zu stellen. Ich möchte dem zwei Thesen entgegenstellen: (1) Die Funktionen von Delikts- und Strafrecht unterscheiden sich nur marginal. Sie können die Unterschiede zwischen beiden Rechtsgebieten nicht erklären und schon gar nicht rechtfertigen. (2) Es sind vielmehr allein die unterschiedlichen Rechtsfolgen – Haftung auf einen kompensierenden Schadensersatz auf der einen Seite und Sanktion auf der anderen Seite –, die in den Vordergrund gerückt werden müssen. Eine rechtsfolgenorientierte Analyse ist geboten.

B. Strafen ist kein Selbstzweck

Behaupten Vertreter des Zivilrechts, daß der zivilrechtlichen Haftung auf Schadensersatz eine Straffunktion fremd sei, und versuchen sie so, die Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht zu erklären, dann erwecken sie den Eindruck, als trage eine Strafe ihren Zweck in sich. Doch werfen Vertreter des Strafrechts die Frage nach der Funktion des Strafens ebenso auf, wie Vertreter des Zivilrechts nach der Funktion von Schadensersatzansprüchen fragen.³⁴ Dabei werden im Strafrecht absolute und relative Straftheorien unterschieden.³⁵ Nach den absoluten Theorien ist Zweck der Strafe Vergeltung, Sühne oder Schuldausgleich. Nach den relativen Straftheorien ist Strafzweck entweder eine General-

³³ So, jeweils unterschiedlich nuanciert *Großfeld* (Fn. 14), passim; *Erman/Schiemann* (Fn. 28), Vor § 823 Rn. 15; *H. Stoll*, Schadensersatz und Strafe. Eine rechtsvergleichende Skizze, in: E. von Caemmerer et al. (Hrsg.), *Ius Privatum Gentium*. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Bd. 2 (1969), 569–590; *ders.*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden?, in: Verhandlungen des fünfundvierzigsten Deutschen Juristentag, Bd. 1 (1964), 154 f.; *B.A. Koch*, Strafe muß sein – auch im Haftungsrecht, in: H. Altmeyers et al. (Hrsg.), *Festschrift Günter H. Roth zum 70. Geburtstag* (2011), 379–393; *Harke* (Fn. 8), Rn. 270; *C. Schäfer*, Strafe und Prävention im Bürgerlichen Recht, *AcP* 202 (2002), 397–434; *T. Dreier*, Kompensation und Prävention (2002), 500–553; *P. Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht (2000), passim; *M. Körner*, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, *NJW* 2000, 241–246; *B.-R. Kern*, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht, *AcP* 191 (1991), 247–272.

³⁴ Hierauf weist auch *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 3), Vor § 823 Rn. 48–50, hin.

³⁵ Zum folgenden vgl. *Kaspar* (Fn. 2), Rn. 6–17; *Roxin* (Fn. 2), § 3 Rn. 1–62.

oder Spezialprävention, wobei der Präventionsgedanke noch weiter aufgefächert wird. Vorherrschend ist heute eine mit unterschiedlichen Gewichtungen vertretene Vereinigungstheorie, die die Ideen der Vergeltung, der General- und der Spezialprävention in sich aufnimmt. Freilich sind die Einzelheiten umstritten. Insbesondere ist die Rolle der Vergeltung im Rahmen solcher Vereinigungstheorien strittig.

C. Ausgleich, Prävention und Vergeltung bzw. Genugtuung als rechtsgebietsübergreifende Zwecke

Vor diesem Hintergrund macht die Aussage, daß es im zivilrechtlichen Deliktsrecht um Ausgleich, Prävention und Genugtuung, aber nicht um Strafen geht, wenig Sinn. Denn beim Strafen geht es gerade auch nicht um Strafen an sich, sondern um Ausgleich, Prävention und Vergeltung. Strafen ist gerade kein Selbstzweck. Wenig Sinn macht es auch, wenn im zivilrechtlichen Diskurs behauptet wird, im Deliktsrecht gehe es nicht um Strafen, sondern um Verhaltenssteuerung. Denn nach den in der strafrechtlichen Lehre inzwischen wohl vorherrschenden präventiven Vereinigungstheorien geht es auch beim Strafen allein um Prävention. Und wenn der zivilrechtliche Diskurs die Genugtuungsfunktion als dem Privatrecht wesensfremd ansieht und meint, Genugtuung sei eher dem Strafrecht vorbehalten, dann wird übersehen, daß die strafrechtlichen Vertreter der präventiven Vereinigungstheorien einen Vergeltungsgedanken ebenfalls ablehnen. Die Diskussionen um den Zweck des Deliktsrechts und des Strafrechts laufen mithin aneinander vorbei und sind nicht aufeinander abgestimmt. Betrachtet man es aus anderer Perspektive, laufen die Diskussionen parallel, ohne daß dies zur Kenntnis genommen wird.³⁶ Die vom zivilrechtlichen Diskurs unterstellten Funktionsunterschiede existieren auf den ersten Blick nicht.

D. Ausgleich und Prävention

Im Delikts- und Strafrecht wird vielmehr mit Ausgleich einerseits sowie Prävention und Verhaltenssteuerung andererseits im Kern auf vergleichbare Zwecke verwiesen. Freilich sind dabei die Anknüpfungspunkte verschieden. Im Privatrecht wird ein Schaden des *Opfers* durch Schadensersatz, im Strafrecht die Schuld des *Täters* durch Bestrafung ausgeglichen. Im Privatrecht soll die Androhung der Pflicht zum Schadensersatz das Verhalten steuern; im Strafrecht soll dies die Androhung und Durchsetzung von Strafen bewirken.

³⁶ Siehe schon *Hellwege/Wittig* (Fn. *), 128. Siehe außerdem *Harke* (Fn. 8), Rn. 270.

E. Genugtuung und Vergeltung

Auch die Tatsache, daß im zivilrechtlichen Deliktsrecht zumindest in bestimmten Fällen auf die Genugtuungsfunktion von Schadensersatzansprüchen verwiesen wird, während die Vergeltung eine Straffunktion darstellen soll, stellt keinen Unterschied zwischen Delikts- und Strafrecht dar. Es handelt sich allein um einen begrifflichen Unterschied. Gemeint ist mit Genugtuung und Vergeltung wohl eine vergleichbare Funktion, die im Delikts- und Strafrecht freilich gleichermaßen umstritten ist.

In diesem Sinne sprechen Erwin Deutsch und Hans-Jürgen Ahrens davon, daß die deliktsrechtliche Genugtuung sanktionsnah sei.³⁷ Horst Ehmann erkennt an, daß in „der Genugtuungsfunktion ... also letztlich der alte Vergeltungsgedanke“ stecke, „der im Strafrecht als Strafzweck immer weiter zu Gunsten der ‚relativen Theorien‘ (Besserung und Abschreckung) zurückgedrängt“ werde.³⁸ Und Johannes Hager meint, daß das „Deliktsrecht, namentlich aber die Entschädigung für immaterielle Schäden etwa bei Persönlichkeitsverletzungen, [...] in seinen Auswirkungen auch pönale Elemente“ habe, und schränkt sofort ein, „gemeint sein kann damit nicht der gesondert zu betrachtende Präventiveffekt, sondern der Gedanke der Vergeltung. Doch ist die Straffunktion in diesem Sinne kein Ziel des Deliktsrechts.“³⁹ Sehr viel offener gibt sich Gottfried Schiemann, der bei Erörterung der Frage nach den Funktionen des Deliktsrechts explizit ausspricht, daß in „einer Reihe deliktsrechtlicher Entscheidungen [...] deutlich der Sanktionsgesichtspunkt bei der Gewährung des privaten Schadensersatzanspruch im Vordergrund“ stehe, doch führt er sofort eine Differenzierung ein, die dem Strafrechtler nicht unmittelbar einleuchten wird, wenn er schreibt, daß vom „Sanktionsgesichtspunkt zu trennen [...] der Präventionsgedanke“ sei.⁴⁰ Für den Strafrechtler sind Prävention und Sanktion nicht zu trennen. Schiemann stellt hier offensichtlich Sanktion mit Genugtuung gleich. Umgekehrt wird die Genugtuungsfunktion im Zivilrecht wegen ihrer Nähe zur strafrechtlichen Vergeltung auch immer wieder kritisiert: Eine Genugtuungsfunktion sei abzulehnen, weil durch sie pönale Elemente in das Privatrecht hineingetragen werden.⁴¹ Auch dieser Gedanke macht wenig Sinn, wird doch auch der Gedanke der Vergeltung im Strafrecht immer weiter zurückgedrängt.

³⁷ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 699.

³⁸ *Ehmann* (Fn. 11), 167.

³⁹ *Staudinger/Hager* (Fn. 11), Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 11.

⁴⁰ *Erman/Schiemann* (Fn. 28), Vor § 823 Rn. 15.

⁴¹ *H.J. Hirsch*, Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, in: P. Bockelmann et al. (Hrsg.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag* (1969), 304–327. Vgl. zudem *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 253 Rn. 12; *C.-W. Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: H.-J. Ahrens et al. (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch* (1999), 85–109, 99–109; *Brand* (Fn. 31), § 2 Rn. 25. Anders *Harke* (Fn. 8), Rn. 270; *Neuner* (Fn. 32), 584.

Mit Sicherheit läßt sich aber nicht sagen, in welchem Verhältnis privatrechtliche Genugtuung und strafrechtliche Vergeltung genau zueinander stehen. Denn mir scheint der zivilrechtliche Diskurs unterentwickelt zu sein, wenn es darum geht aufzuzeigen, was mit Genugtuung eigentlich genau gemeint ist.⁴² Zivilrechtliche Kolleginnen und Kollegen scheinen zudem unterschiedliches mit dem Begriff der Genugtuung zu verbinden, und das Begriffsverständnis hat sich auch seit der Rezeption dieses Begriffes aus dem schweizerischen Recht gewandelt. Heute schwingt in der Genugtuungsfunktion der gleiche Ausgleichsgedanke mit, der auch der Vergeltung zu eigen ist. Durch den Schadensersatzanspruch ohne Genugtuungsfunktion soll ein materieller und eventuell auch ein immaterieller Schaden des Opfers ausgeglichen werden. Im Strafrecht soll nach modernem Verständnis der Vergeltungsfunktion die Schuld des Täters ausgeglichen werden. Im Zivilrecht ist unklar, was der Schadensersatzanspruch mit Genugtuungsfunktion ausgleichen soll, möglicherweise auch die Schuld des Täters, vielleicht die immateriellen Schäden des Opfers, eventuell aber auch weitere Momente auf Seiten des Opfers, die man nicht mehr als immaterielle Schäden bezeichnen möchte. Wichtig scheint mir aber, daß Kompensation und Ausgleich einerseits und Vergeltung bzw. Genugtuung andererseits wesensverwandt sind. Es wird nur jeweils unterschiedliches ausgeglichen.

F. Zwischenfazit

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, daß die Diskussionen um den Zweck von Delikts- und Strafrecht nicht aufeinander abgestimmt sind. Vertreter des Zivilrechts behaupten immer, im Deliktsrecht gehe es nicht um Strafen. Prima facie könnte das die bestehenden Unterschiede zwischen Deliktsrecht und Strafrecht erklären, ja sogar eine sehr viel deutlichere Abgrenzung rechtfertigen. Strafe ist aber für den Vertreter des Strafrechts kein Selbstzweck. Im Kern werden im Delikts- und Strafrecht ähnliche Zwecke erörtert und problematisiert: Ausgleich, Prävention bzw. Verhaltenssteuerung und Genugtuung bzw. Vergeltung. Ein Satz wie:

„Soweit das Schadensersatzrecht auch präventive Funktionen wahrnimmt, hat dies mit einem Strafcharakter nichts zu tun. [...] Die Verpflichtung zum Schadensersatz erfolgt nicht, um den Schädiger zu bestrafen, sondern um ihn präventiv von der Rechtsverletzung abzuhalten“⁴³

⁴² So auch die Einschätzung von *Wagner*, in: *Karlsruher Forum* 2006 (Fn. 3), 15; *Brand* (Fn. 31), § 2 Rn. 25. Vgl. beispielhaft die Diskussionen bei *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 698. Ausführlich dagegen *K. Nehlsen-von Stryk*, Schmerzensgeld ohne Genugtuung, *JZ* 1987, 119–127, 124–127; *Lange/Schiemann* (Fn. 31), 435–440.

⁴³ *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 378.

macht daher schlicht keinen Sinn und bringt alles durcheinander. Delikts- und Strafrecht unterscheiden sich im Ergebnis gar nicht durch ihre Zweckrichtungen. Unterschiedliche Zweckrichtungen können die zahlreichen Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht damit auch nicht rechtfertigen. Delikts- und Strafrecht unterscheiden sich durch ihre Rechtsfolge: Haftung auf kompensierenden Schadensersatz einerseits und Sanktion andererseits. Und durch diese unterschiedlichen Rechtsfolgen soll unterschiedliches ausgeglichen werden: der Schaden des Geschädigten einerseits und die Schuld des Täters andererseits.

G. Die Funktion und das Warum von Schadensersatzansprüchen

Aber auch in sich weist der zivilrechtliche Diskurs Defizite auf. Zahlreiche Autoren meinen, der Ausgleichsgedanke müsse als Zweck deliktischer Schadensersatzansprüche ausscheiden, weil sich aus ihm nicht herleiten lasse, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch gewährt werde; es werde ja nicht jeder Schaden ausgeglichen; aus der Verhaltenssteuerungsfunktion deliktischer Ansprüche könnten die Fragen nach dem Ob und den Voraussetzungen solcher Ansprüche dagegen schlüssig beantwortet werden, wenn man den Gedanken der Verhaltenssteuerung mit Argumenten aus der ökonomischen Analyse des Rechts ausfülle.⁴⁴ Das Strafrecht differenziert in diesem Punkt. Die Strafzwecktheorien erklären nur den Zweck der Rechtsfolge. Sie sollen aber nicht erklären, wann der Staat strafen darf, wann ihm also das *ius puniendi* zusteht. Diese Fragen soll die Lehre des materiellen Verbrechensbegriffs beantworten. Roxin spricht vom Strafrecht als „subsidiäre[m] Rechtsgüterschutz“.⁴⁵ Eine Strafe darf also nur zum Schutz von Rechtsgütern

⁴⁴ MüKo-BGB/Wagner (Fn. 3), Vor § 823 Rn. 43–47, 51–72; ders., in: *Karlsruher Forum* 2006 (Fn. 3), 18–35; ders., *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht* (Fn. 31), 453–455; ders., *Neue Perspektiven im Schadensrecht* (Fn. 31), A20; ders., *Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht*, in: P. Apathy et al. (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag* (2010), 925–942; H. Kötz und G. Wagner, *Deliktsrecht* (13. Aufl., 2016), Rn. 56–64; H. Kötz, *Ziele des Haftungsrechts*, in: J.F. Baur et al. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag* (1990), 643–666. Ausführlich zu einer Nutzbarmachung der ökonomischen Analyse etwa M. Adams, *Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung* (1985), passim; J. Taupitz, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz*, AcP 196 (1996), 114–167; S. Korch, *Haftung und Verhalten. Eine ökonomische Untersuchung des Haftungsrechts unter Berücksichtigung begrenzter Rationalität und komplexer Präferenzen* (2015), passim; Bost (Fn. 31), passim; K. Sailer, *Prävention im Haftungsrecht* (2005), 151–242. Gegen eine Betonung der Präventionsfunktion zu Lasten der Kompensationsfunktion Staudinger/Hager (Fn. 11), Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 10; G. Schiemann, in: J. von Staudinger *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Neubearbeitung 2017), § 253 Rn. 33; MüKo-BGB/Oetker (Fn. 31), § 253 Rn. 14.

⁴⁵ Roxin (Fn. 2), § 3 Rn. 1. Etwas anders Kaspar (Fn. 2), Rn. 6 f., 17.

ausgesprochen werden. Und sie muß *ultima ratio* bleiben. Diese Differenzierung kann auch im Zivilrecht nutzbar gemacht werden.⁴⁶ Auf der einen Seite stellt sich die Frage nach den Funktionen von Schadensersatz als Rechtsfolge: Ausgleich und Prävention. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage nach dem Warum von deliktischen Schadensersatzansprüchen: Rechtsgüterschutz.⁴⁷ Der Rechtsgüterschutz des Deliktsrechts ist aber anders als der des Strafrechts nicht subsidiär im Sinne einer *ultima ratio*.

H. Rationalitätsdefizite als Folge einer Reduzierung der Funktionen von Schadensersatz auf Verhaltenssteuerung

Aber noch aus einem anderen Grund sollte man die Funktion von Schadensersatzansprüchen nicht auf eine Verhaltenssteuerung reduzieren. Ein Gesetzgeber kann ganz unterschiedliche Maßnahmen ergreifen, die jeweils präventiv und verhaltenssteuernd wirken. Möchte die ökonomische Analyse des Rechts mit Verweis auf die verhaltenssteuernde Wirkung von deliktischen Schadensersatzansprüchen die Frage beantworten, wann und unter welchen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch gewährt werden darf oder muß, dann muß sie zugleich die Frage beantworten können, warum gerade Schadensersatzansprüche gewährt und nicht andere verhaltenssteuernde Maßnahmen ergriffen werden. Sexualekunde an den Schulen, Warnhinweise auf Zigarettenschachteln, Lebensmittelampeln, Rauchmelder, Schadensersatzansprüche, Strafen – all diese Maßnahmen wirken verhaltenssteuernd. Ja, im Kern lenkt wohl das gesamte Recht irgendwie das Verhalten der Rechtsunterworfenen und soll dies auch. Warum reichen dann Warnhinweise auf Drogen nicht aus und warum ist der Drogenhandel unter Strafe gestellt? Warum sind Halter von Kraftfahrzeugen einer Gefährdungshaftung ausgesetzt und warum genügen hier nicht Hinweisschilder am Straßenrand, daß die Teilnahme am Straßenverkehr gefährlich ist? Ein Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts wird Antworten auf diese Fragen entwickeln können, wenn er den Gedanken der Prävention um solche der ökonomischen Analyse anreichert. Aber er kann dies nur, wenn er die Ausgleichsfunktion von Schadensersatzansprüchen mitdenkt. Denn um zwischen den verschiedenen präventiv wirkenden verwaltungs-, privat- und strafrechtlichen Mitteln, Maßnahmen und Rechtsfolgen auswählen zu können, kommt es entscheidend auch auf das Merkmal an, daß diese verschiedenen Mittel, Maßnahmen und Rechtsfolgen unterscheidet. Und das Schadensrecht und das Strafrecht unterscheidet nun einmal die Rechtsfolge: hier der den Schaden des Opfers ausgleichende Schadensersatz, dort die die Schuld des Täters ausgleichende Strafe, die *ultima ratio* bleiben muß. Reduziert man hingegen

⁴⁶ Vgl. auch MüKo-BGB/Oetker (Fn. 31), § 249 Rn. 8 f.

⁴⁷ Statt vieler Soergel/Spickhoff (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 37; Larenz/Canaris, Schuldrecht 2/2 (Fn. 11), 350.

die Funktion von Schadensersatzansprüchen auf den Gedanken der Verhaltenssteuerung, dann verlieren die verschiedenen Mittel, Maßnahmen und Rechtsfolgen ihre Unterscheidbarkeit und die identifizierte Funktion verliert ihren Erklärungswert. Es kommt zu Rationalitätsdefiziten.

I. Die Ausgleichsfunktion und das schadensrechtliche Bereicherungsverbot

Doch darf noch aus einem weiteren Grund den Vertretern der ökonomischen Analyse in ihrer vollständigen Ablehnung des Ausgleichsgedankens als Funktion von Schadensersatzansprüchen und in ihrer Behauptung, Schadensersatzansprüche hätten allein eine verhaltenssteuernde Funktion, nicht gefolgt werden. Und auch dieser Grund erhellt sich durch einen Blick ins Strafrecht. Der Ausgleichsgedanke ist im Strafrecht unverzichtbar. Denn eine Strafe muß durch die Schuld begrenzt werden und darf nicht aus bloßen Präventionsgedanken über die Schuld hinausgehen. Dies wird im Strafrecht auf unterschiedliche Weise erreicht.⁴⁸ Da ist zum einen die sogenannte vergeltende Vereinigungstheorie, die wohl nach wie vor in der Rechtsprechung vorherrschend ist und die den Ausgleichsgedanken in die Strafzwecktheorien einbezieht. Die inzwischen wohl in der Lehre vorherrschende sogenannte präventive Vereinigungstheorie zieht das Schuldprinzip immerhin als „Mittel der Eingriffsbegrenzung“ heran. Der Ausgleichsgedanke tritt nach dieser Meinung neben die Strafzwecktheorien, ihm kommt aber weiterhin eine entscheidende Rolle zu. Ähnliches muß im zivilrechtlichen Schadensrecht gelten. Verzichtet man auf den Gedanken, daß Schadensersatzansprüche eine Ausgleichsfunktion haben, und will man Schadensersatzansprüche nur noch auf ihre verhaltenssteuernde Funktion zurückführen, dann kann man nicht mehr plausibel erklären, warum ein Schadensersatzanspruch in der Regel nur den erlittenen Schaden ausgleichen soll. Man müßte eigentlich das schadensrechtliche Bereicherungsverbot insgesamt in Frage stellen, wenn Gründe der Verhaltenssteuerung dies erfordern. Aber damit würde man zugleich einen Kerngedanken des deutschen Schadensrechts in Frage stellen.⁴⁹ Auf die Ausgleichsfunktion darf also keinesfalls verzichtet werden.⁵⁰ Und auch die ökonomische Analyse verzichtet nicht wirklich auf den Ausgleichsgedanken, obwohl sie immer wieder betont, daß der Ausgleich nicht Zweck eines Schadensersatzanspruches sei. Denn sie setzt ja den wahrscheinlichen Schaden in Verhältnis zum Preis der Schadensvermeidung. In der Gesamtschau ist der Ausgleichsgedanke damit prägend für das

⁴⁸ Zum folgenden statt aller mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung *Roxin* (Fn. 2), § 3 Rn. 51–58.

⁴⁹ Vgl. *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), Vorbem. zu §§ 249 ff. Rn. 2. Kritisch zum Bereicherungsverbot *Wagner*, in: *Karlsruher Forum 2006* (Fn. 3), 12 f. Richtig ist, daß das Verbot nicht ohne Ausnahmen ist. Es bleibt aber eine wichtige Richtschnur, und sollte nur dort unberücksichtigt bleiben, wo dies normativ geboten ist.

⁵⁰ Ebenso *Soergel/Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 31.

Schadensrecht. Ob er, parallel zur strafrechtlichen vergeltenden Vereinigungstheorie, weiterhin als Teil der Funktionen des Schadensersatzes begriffen werden oder, parallel zur strafrechtlichen präventiven Vereinigungstheorie, selbständig neben die Funktionen des Schadensersatzes treten, scheint mir auf den ersten Blick nebensächlich zu sein. Ich möchte im folgenden aber daran festhalten, daß der Ausgleich wirkliche Funktion des Schadensersatzes ist. Das scheint mir die natürlichste Betrachtung zu sein. Denn schon im Begriff „Ersatz“ schwingt ja der Gedanke des Schadensausgleichs mit.

J. Zusammenfassung

Damit die identifizierten Funktionen einer Rechtsfolge oder eines Rechtsgebietes ihren Erklärungswert behalten und dazu beitragen, Recht zu rationalisieren, muß ihnen eine Unterscheidungsfunktion zukommen. Daher ist es untunlich, deliktische Schadensersatzansprüche allein auf eine verhaltenssteuernde Funktion zu reduzieren. Sie wären in der Masse verwaltungs-, privat- und strafrechtlicher präventiver Mittel, Maßnahmen und Rechtsfolgen ununterscheidbar. Der Gedanke der Prävention ist zu konturenlos und zu allgemein, als daß er allein geeignet wäre, ein recht kleines Rechtsgebiet wie das private Deliktsrecht in seiner Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten zu erklären. Die Frage, warum der Gesetzgeber gerade deliktischen Schadensersatz anordnen soll, kann nur beantwortet werden, wenn man die kompensatorische Funktion von Schadensersatzansprüchen als unterscheidendes Merkmal zu den anderen verwaltungs-, privat- und strafrechtlichen präventiv wirkenden Mitteln, Maßnahmen und Rechtsfolgen mitdenkt. Damit steht zugleich fest, daß sich ein Rechtsgebiet typischerweise nicht auf einen Gedanken beschränken, sich dessen Wesen nicht auf ein Merkmal reduzieren und sich ein Rechtsgebiet mithin nicht durch ein Merkmal von anderen Rechtsgebieten abgrenzen läßt.

Betrachtet man die verschiedenen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche, dann eint sie zunächst allein die Rechtsfolge und der ihr innewohnende Gedanke der Kompensation. Allen deliktischen Schadensersatzansprüchen ist zudem gemein, daß sie dem Rechtsgüterschutz dienen. Vertragliche Schadensersatzansprüche dienen zwar auch dem Rechtsgüterschutz, wie § 241 Abs. 2 BGB deutlich macht, dennoch treten hier andere Funktionen in den Vordergrund. Die deliktischen Schadensersatzansprüche sind also geprägt durch die Gedanken der Kompensation und des Rechtsgüterschutzes. Für die schadensrechtliche Verschuldenshaftung bei rechtswidrigem Handeln tritt sodann noch die Präventionsfunktion hinzu. Bei der Gefährdungshaftung tritt diese Funktion bereits zurück. Nicht die unmittelbar schädigende Handlung soll verhindert werden. Derjenige, der nicht in der Lage oder gewillt ist, die aus einer Gefahr resultierenden Risiken zu tragen oder zu versichern, soll vielmehr die zwar rechtmäßige, aber dennoch gefahrgeneigte Handlung, an die die Haftung

geknüpft ist, gar nicht erst aufnehmen.⁵¹ Bei der Billigkeitshaftung nach § 829 BGB ist eine Verhaltenssteuerung als Zweck schlicht abzulehnen.⁵²

Mit Blick auf das Ziel des vorliegenden Beitrages, das Verhältnis von Delikts- und Strafrecht zu beleuchten, können folgende Ergebnisse zusammengefaßt werden: Delikts- und Strafrecht eint, daß es bei beiden um Rechtsgüterschutz geht. Sie eint zudem der Gedanke der Kompensation. Doch wird dieser Gedanke auf unterschiedliche Weise umgesetzt: Schadensersatz soll den Schaden des Opfers ausgleichen, Strafe soll die Schuld des Täters ausgleichen. Trotz dieses Unterschiedes erfüllt der Gedanke der Kompensation in beiden Rechtsgebieten eine vergleichbare und wichtige Funktion: Die Strafe muß auf die Schuld des Täters beschränkt bleiben; der Schadensersatz muß grundsätzlich auf den Schaden des Opfers beschränkt bleiben. Die schadensrechtliche Haftung für Verschulden bei rechtswidrigem Handeln und das Strafrecht eint weiterhin ihre Präventionsfunktion. Die deliktische Haftung auf Schadensersatz für Verschulden bei rechtswidrigem Handeln und das Strafrecht unterscheiden sich also nicht bzw. nur marginal in ihren Funktionen. Man kann nicht sagen, daß es im Deliktsrecht um Ausgleich und Prävention, aber nicht um Strafen geht, weil eben auch im Strafrecht Strafen kein Selbstzweck ist.

Beleuchtet man also das Verhältnis von Delikts- und Strafrecht aus dem Blickwinkel der Einheit der Rechtsordnung, so muß man vor allem die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen der deliktischen Haftung für Verschulden bei rechtswidrigem Handeln und das Strafrecht in Beziehung zueinander setzen. Der prägende Unterschied zwischen ihnen ist in der Rechtsfolge zu finden.⁵³

VII. Kleine Generalklauseln versus einzelne Straftatbestände

Ein Unterschied zwischen Deliktsrecht und Strafrecht ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (oben II.1). Die wichtigsten deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüche sind in Form der drei kleinen Generalklauseln normiert:⁵⁴ § 823 Abs. 1, § 823 Abs. 2 und § 826 BGB. Das Strafrecht normiert dagegen einzelne Straftatbestände:⁵⁵ *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, certa et stricta* – so lauten drei der vier Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips.

⁵¹ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 515.

⁵² *T. Flachsbarth*, Die Billigkeitshaftung (2007), 55.

⁵³ Ähnlich wohl *Harke* (Fn. 8), Rn. 269.

⁵⁴ *Staudinger/Hager* (Fn. 11), Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 5, 19; *Erman/Schiemann* (Fn. 28), Vor § 823 Rn. 1; *Soergel/Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 12; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II (Fn. 11), Rn. 1236; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 94 f.; *Wandt* (Fn. 31), § 15 Rn. 7; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 3 f.

⁵⁵ *Roxin* (Fn. 2), § 5 Rn. 1–11.

Daß eine generalklauselartige Fassung von schadensrechtlichen Haftungstatbeständen zulässig ist, kann nicht mit der Intensität der Rechtsfolge erklärt werden. Wer leicht fahrlässig einen Unfall verursacht, kann bei Personenschäden an der Pflicht, Schadensersatz zu leisten, wirtschaftlich zugrunde gehen – sofern kein Versicherungsschutz besteht. Die strafrechtliche Sanktion fällt bei einer leichten Fahrlässigkeit dagegen wohl kaum ins Gewicht, wenn das fahrlässige Handeln überhaupt mit Strafe bedroht ist: § 15 StGB. Der aufgezeigte Unterschied ist wohl am ehesten mit einer rechtsfolgenorientierten Analyse erklärbar, die zugleich die unterschiedlichen Ausprägungen der Ausgleichsfunktion berücksichtigt. Beim Schadensrecht geht es allein um die Frage, einen bereits entstandenen materiellen oder immateriellen Schaden des Geschädigten auszugleichen und im Verhältnis zwischen zwei Privaten zuzuordnen. Die strafrechtliche Sanktion geht darüber hinaus. Der Staat möchte im Verhältnis zum Täter von seinem *ius puniendi* Gebrauch machen und diesen entsprechend seiner Schuld bestrafen.

VIII. Kausalität und Zurechnung

Im Delikts- und Strafrecht stellen sich Kausalitätsprobleme (oben II.3). Dabei erkennt man, daß die Äquivalenztheorie, nach der die Kausalität mit der *conditio sine qua non*-Formel bestimmt wird, zu weit geht. Im Zivilrecht greift man zu ihrer Eingrenzung auf die Adäquanztheorie zurück.⁵⁶ Im Strafrecht lehnt man hingegen auch die Adäquanztheorie ab⁵⁷ und glaubt, daß man die auftretenden Probleme nicht im Rahmen der Kausalität im engeren Sinne, sondern nur mit Hilfe einer zusätzlichen Kategorie lösen kann. Als vorherrschend hat sich die Lehre von der objektiven Zurechnung herausgebildet.⁵⁸ Freilich greifen die Vertreter des Zivilrechts im Rahmen der Adäquanztheorie auf Kriterien zurück, die in ähnlicher Weise auch im Strafrecht im Rahmen der objektiven Zurechnung herangezogen werden: Vorhersehbarkeit und relevante Risikoerhöhung ergänzt um Schutzzweckerwägungen.⁵⁹ Doch werden diese Krite-

⁵⁶ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 21, 41–50, 51–59; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 191–194; *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), § 249 Rn. 8, 12 f.; *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 249 Rn. 103–109; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 31), § 45 Rn. 6–17; *Wandt* (Fn. 31), § 16 Rn. 123–132; *Ehmann* (Fn. 11), 66–69; *Staae* (Fn. 31), § 8 Rn. 196–202; *Brand* (Fn. 31), § 3 Rn. 18–29; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 84.

⁵⁷ *J. Wessels, W. Beulke und H. Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil (48. Aufl., 2018), Rn. 252.

⁵⁸ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 57), Rn. 256–311; *Kaspar* (Fn. 2), Rn. 156, 886.

⁵⁹ Vgl. die Diskussionsbeiträge von *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 21, 51–59; *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 249 Rn. 109–120; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 191–202; *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), § 249 Rn. 27; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 31), § 45 Rn. 21;

rien sodann im Zivilrecht großzügiger angewendet. Deutsch und Ahrens meinen in Anlehnung an Ernst von Caemmerer sogar, daß im Zivilrecht die Kausalität selten auf Grundlage der Adäquanztheorie abgelehnt werde.⁶⁰ Ein zivilrechtliches Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1987 verdeutlicht die Unterschiede:⁶¹

„Die damals 13jährige Klägerin erlitt am 6. Februar 1976 einen Sportunfall und wurde [...] in das Krankenhaus E. überwiesen, dessen Träger der beklagte Landkreis ist. [...] H. untersuchte die Klägerin und entschloß sich zu einer operativen Öffnung der Bauchhöhle. Als er Verletzungen der linken Niere feststellte, entfernte er diese. Am nächsten Tag wurde die Klägerin wegen akuten Nierenversagens in die Universitätsklinik H. verlegt. Es stellte sich dort heraus, daß sie von Geburt an keine rechte Niere besaß, ihr mithin im Kreiskrankenhaus E. die einzige vorhandene Niere entfernt worden war. [...] Auf Anraten der [...] Ärzte erklärte sich die Mutter der Klägerin zu einer Nierenspende bereit. Am 31. März 1976 wurde ihr in G. eine Niere entnommen und der Klägerin implantiert. [...].“

Die Klägerin hatte im Rechtsstreit H. und den beklagten Landkreis auf Ersatz ihrer eigenen materiellen und immateriellen Schäden in Anspruch genommen. Insoweit ist der Rechtsstreit erledigt. Seitdem ist auch außer Streit, daß die Entfernung der Niere der Klägerin durch [...] H. ein schuldhafter Behandlungsfehler war; die Niere hätte bei richtigem ärztlichem Vorgehen gerettet werden können. Die Klägerin verlangt jetzt noch die Feststellung, daß der beklagte Landkreis verpflichtet ist, ihrer Mutter vorbehaltlich des Übergangs von Ansprüchen auf Sozialversicherungsträger alle materiellen Schäden zu ersetzen, die dieser wegen der am 31. März 1976 durchgeführten Entnahme einer Niere entstehen. Sie hat sich insoweit etwaige Schadensersatzansprüche ihrer Mutter abtreten lassen.“

Ein Schadensersatzanspruch der Mutter aus § 823 Abs. 1 BGB und damit auch die haftungsbegründende Kausalität, also der Ursachenzusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler des Arztes an der Klägerin und dem Verletzungserfolg bei der Mutter, wurden bejaht. Über eine Strafbarkeit des Arztes nach § 229 StGB wegen fahrlässiger Körperverletzung der Mutter hatte der BGH nicht zu entscheiden. Sie wäre auch abzulehnen gewesen. Auf Grundlage einer rechtsfolgenorientierten Analyse sind solche Unterschiede bei Bewertung der Kausalität bzw. der objektiven Zurechnung nicht zu beanstanden.

Wandt (Fn. 31), § 16 Rn. 133–140; *Staahe* (Fn. 31), § 8 Rn. 199–216; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 84 f. Das Verhältnis der Adäquanztheorie zu den Schutzzweckerwägungen ist strittig, vgl. die Diskussion bei *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 249 Rn. 118.

⁶⁰ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 53. Vgl. auch *Staahe* (Fn. 31), § 8 Rn. 201 sowie die Beispiele aus der Rechtsprechung bei *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 249 Rn. 114 f.

⁶¹ BGHZ 101, 215.

IX. Vorsatztheorie versus eingeschränkte Schuldtheorie

Mit Blick auf die Frage, ob sich der Vorsatz auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen muß, folgt das Zivilrecht im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB der Vorsatztheorie, das Strafrecht hingegen der eingeschränkten Schuldtheorie⁶² (oben II.4). Im Zivilrecht verlangt man folglich, daß mit Unrechtsbewußtsein gehandelt worden sein muß.⁶³ Hat der Täter sein Handeln rechtlich falsch bewertet, erliegt er also einem Verbotsirrtum, so scheidet eine Haftung wegen Vorsatzes aus.⁶⁴ Jedoch kommt eine Haftung wegen Fahrlässigkeit in Betracht, wenn dem Täter der Verbotsirrtum fahrlässig unterlief, insbesondere wenn der Irrtum vermeidbar war.⁶⁵ Denn im Zivilrecht reicht ein Fahrlässigkeitsvorwurf im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB aus, um eine deliktische Haftung zu begründen. Im Strafrecht muß sich der Vorsatz nach der eingeschränkten Schuldtheorie nicht auf das Unrechtsbewußtsein beziehen. Die Vorsatztheorie wird abgelehnt. Sie findet zum einen im StGB heute keine Stütze mehr. Zum anderen würde sie zu Strafbarkeitslücken führen. Nach § 15 StGB ist nämlich strafbar „nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht“. Derjenige, der rechtsgleichgültig ist, würde demnach straffrei ausgehen, wenn die Anordnung einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit fehlt. Ist der Verbotsirrtum dagegen unvermeidbar, dann greift § 17 StGB und die Schuld wird verneint. Damit kommt man im Strafrecht unter Heranziehung vergleichbarer Kriterien zu vergleichbaren Ergebnissen wie im Zivilrecht, nur auf anderer dogmatischer Grundlage. Der aufgezeigte Unterschied folgt also im Kern daraus, daß im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB für Fahrlässigkeit gehaftet wird, im Strafrecht dagegen nur, wenn dies ausdrücklich angeordnet wird. Dieser Unterschied ist seinerseits begründet, weil Strafe als Rechtsfolge *ultima ratio* ist.

⁶² *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 57), Rn. 741–756.

⁶³ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 16, 127; *Deutsch* (Fn. 31), Rn. 353–355.

⁶⁴ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 130 f.

⁶⁵ *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 123.

X. Objektiver versus subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff

Das Zivilrecht folgt einem objektiven,⁶⁶ das Strafrecht einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff⁶⁷ (oben II.5). Stimmen, die sich auch im zivilrechtlichen Deliktsrecht für einen subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff ausgesprochen haben, konnten sich nicht durchsetzen.⁶⁸ Die Argumente gegen einen objektiven Fahrlässigkeitsbegriff im zivilrechtlichen Deliktsrecht sind also bekannt: Soll eine Strafe die Schuld des Täters ausgleichen, so ist es unerlässlich, im Strafrecht von einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff auszugehen, fehlt es doch andernfalls an einer subjektiven Vorwerfbarkeit der Tat. Dagegen soll ein Schadensersatzanspruch den Schaden des Opfers ausgleichen. Aber anders als im Strafrecht folgt aus dieser Funktion zum einen nicht zwingend, daß ein subjektiver Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde gelegt werden muß. Zum anderen verliert bei einem bloß objektiven Fahrlässigkeitsvorwurf die innere Berechtigung für die Schadensverlagerung und damit für die Ausnahme vom Prinzip *casum sentit dominus*⁶⁹ an Kraft. Schließlich überzeugt die Begründung, die im zivilrechtlichen Diskurs für den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff angeführt wird, mit Blick auf die deliktische Haftung nicht:

„Von jedermann wird grundsätzlich erwartet, daß er die Sorgfalt setzt, die der Verkehr an seiner Stelle erwartet. Zu diesem Zweck werden sog. Verkehrskreise nach Berufsgruppen und Gefahrenbereichen gebildet.“⁷⁰

„Vielmehr handelt fahrlässig schon derjenige, der bei seiner Tätigkeit oder seinem Verhalten objektiv nicht diejenige Sorgfalt einhält, die andere von eine[r] gewissenhaften und sorgfältigen Person in dieser Lage erwarten können.“⁷¹

Im Kern wird der objektive Fahrlässigkeitsbegriff im privaten Haftungsrecht also mit den Erwartungen des Geschädigten und dessen Vertrauen begründet.

⁶⁶ Soergel/*Spickhoff* (Fn. 10), Vor § 823 Rn. 38 f.; *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 143 f.; *D. Medicus* und *S. Lorenz*, Schuldrecht I. Allgemeiner Teil (21. Aufl., 2015), Rn. 359; *Jansen* (Fn. 4), 444; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 114; *MüKo-BGB/Wagner* (Fn. 3), § 823 Rn. 38 f.; *Wandt* (Fn. 31), § 16 Rn. 172; *T. Pfeiffer*, in: Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 3/2 (13. Aufl., 2014), § 276 Rn. 83; *Staahe* (Fn. 31), § 8 Rn. 225; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 98; *Ehmann* (Fn. 11), 95.

⁶⁷ *Kaspar* (Fn. 2), Rn. 909; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 57), Rn. 1144.

⁶⁸ *H. Koziol*, Objektivierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs im Schadensrecht, AcP 196 (1996), 593–610; *ders.*, Grundfragen (Fn. 31), 203 f.; *H.C. Nipperdey*, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777–1782, 1780–1782; *E. von Caemmerer*, Die absoluten Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, in: *Karlsruher Forum* 1961. Referate und Diskussionen zum Thema Grundprobleme der Haftung in § 823 Abs. 1 BGB, 19–27, 25–27.

⁶⁹ Hierzu statt aller *Larenz/Canaris*, Schuldrecht 2/2 (Fn. 3), 351.

⁷⁰ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 144.

⁷¹ *Ehmann* (Fn. 11), 96.

Diese Begründung leuchtet im vertraglichen Kontext unmittelbar ein.⁷² Und in der Tat klingen bei den von der herrschenden Meinung angeführten Beispielen immer vertragsrechtliche Vorstellungen mit. So fragen Hein Kötz und Gerhard Wagner in ihrem Lehrbuch zum Deliktsrecht:⁷³

„Vor allem aber: Kann es ihn [einen Assistenzarzt, der einen Behandlungsfehler begeht] entlasten, wenn sich herausstellt, dass er nicht über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügte, die der Verkehr von einem ‚erfahrenen Assistenzarzt‘ mit Recht erwartet? Die Frage stellen, heißt sie verneinen, denn wer den Anforderungen der eigenen beruflichen Rolle nicht gewachsen ist, der muss sich fortbilden oder sich aus diesem Beruf zurückziehen, keinesfalls aber einfach weitermachen und darauf hoffen, es werde schon irgendwie gutgehen.“

Ich denke, die Frage stellen, heißt antworten, wie es Juristen zu pflegen tun: es kommt darauf an. Geht es um eine vertragliche Haftung auf Schadensersatz, dann darf der Patient in der Tat erwarten, daß der Assistenzarzt seiner beruflichen Rolle gewachsen ist. Dieser schuldet die Kenntnisse und Fähigkeiten, die er eben vertraglich versprochen hat. Eilt ein Arzt allerdings in einer Notsituation rettend zu Hilfe und ist er aufgrund mangelnder Erfahrung dieser konkreten Notsituation nicht gewachsen, ohne dies selbst erkennen zu können, so scheinen mir die Erwartungen des Geschädigten an die Erfahrungen des Arztes nicht schützenswert. Bezeichnend ist, daß die wohl vorherrschende Meinung gerade in solchen Notsituationen vom objektiven Fahrlässigkeitsbegriff abweichen möchte.⁷⁴ Zudem stößt man dort, wo dem Täter selbst nicht bewußt ist, daß er nicht die Fähigkeiten hat, eine Tätigkeit so auszuführen, daß sie keinen anderen schädigt, auch mit der verhaltenssteuernden Funktion des Deliktsrechts als Begründung an Grenzen.⁷⁵ Es sind also die wenigen Fälle problematisch, in denen nicht einmal ein subjektiver Fahrlässigkeitsvorwurf im Rahmen des sogenannten Übernahmeverschuldens gemacht werden kann.

Im Rahmen einer vertraglichen Haftung ist nach alledem der objektive Fahrlässigkeitsbegriff einleuchtend. Dagegen trägt im Rahmen der deliktischen Haftung die immer wieder zu lesende Begründung nicht den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff.⁷⁶ Mir scheint der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff im Deliktsrecht daher vorzugswürdig zu sein. Möchten Theorie und Praxis an dem objektiven Fahrlässigkeitsbegriff auch im Rahmen des Deliktsrechts festhalten, müssen sie zumindest eine Begründung für diesen objektiven Fahrlässigkeitsbegriff erarbeiten, die diesen nicht nur im vertraglichen, sondern auch im

⁷² Zum folgenden bereits *Koziol*, Objektivierung (Fn. 68), 605 f.; *ders.*, Grundfragen (Fn. 31), 204.

⁷³ *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 117.

⁷⁴ Vgl. nur *Deutsch* (Fn. 31), Rn. 404.

⁷⁵ So auch *Koziol*, Objektivierung (Fn. 68), 601.

⁷⁶ Kritisch auch *Koziol*, Objektivierung (Fn. 68), 597.

deliktsrechtlichen Kontext trägt. Ich werde im nächsten Abschnitt dieses Beitrages noch einmal auf den Fahrlässigkeitsbegriff zurückkommen.⁷⁷

XI. Rationalitätseffekte I: Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Schmerzensgeld als Privatstrafe

Der Ertrag einer rechtsfolgenorientierten Abgrenzung zwischen Delikts- und Strafrecht scheint damit auf den ersten Blick gering zu sein: Von den oben herausgearbeiteten Unterschieden zwischen Delikts- und Strafrecht scheinen allenfalls die unterschiedlichen Fahrlässigkeitsbegriffe problematisch zu sein. Im übrigen lassen sich die tradierten Unterschiede auch mit einer rechtsfolgenorientierten Abgrenzung rechtfertigen. Eine rechtsfolgenorientierte Abgrenzung scheint damit auf den ersten Blick nur eine Erklärungsalternative zu sein, die ohne allzu große Relevanz bleibt. Doch ist das ein Trugschluß. Ihre Bedeutung hat eine rechtsfolgenorientierte Abgrenzung zwischen Delikts- und Strafrecht vor allem bei der Frage nach der Grenzziehung zwischen beiden Rechtsgebieten. Ich greife dabei einen in der Vergangenheit von verschiedenen Autoren immer wieder formulierten Gedanken auf: Dort, wo ein Schmerzensgeld oder eine Geldentschädigung nicht mehr nur materielle oder immaterielle Schäden ausgleicht, handelt es sich zumindest auch um eine Form der Privatstrafe. Freilich konnte sich dieser Gedanke in Theorie und Praxis bisher nicht durchsetzen. Das liegt wohl auch daran, daß die Autoren, die diesen Gedanken in der Vergangenheit bereits formuliert haben, ihn vor allem damit begründet haben, daß der Schadensersatz, der über den Ausgleich von Schäden hinausgeht, ein Fremdkörper im Schadensrecht ist. Aber die Anerkennung, daß es sich bei solchen Entschädigungen um eine Form der Privatstrafe handelt, bringt auch Rationalitätseffekte mit sich. Zahlreiche Besonderheiten bei Ansprüchen auf überkompensierende Entschädigungen lassen sich besser erklären, wenn man solche Ansprüche als Form der Privatstrafe begreift. Dieses Potential möchte ich in diesem und dem nachfolgenden Abschnitt dieses Beitrages beispielhaft entwickeln (XI und unten XII). Freilich wirft die Anerkennung einer Privatstrafe auch verfassungsrechtliche Fragen auf (unten XIII).

A. Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und Schmerzensgeld als Privatstrafe

Schadensersatzansprüche sind auf den Ausgleich eines Schadens gerichtet. Primär wird Naturalrestitution geschuldet. Unter den in §§ 249 ff. BGB normierten Voraussetzungen kann zudem eine Entschädigung in Geld verlangt werden.

⁷⁷ Siehe unten den Text zu und nach Fn. 97.

Auch diese zielt auf einen Ausgleich des entstandenen Schadens. Freilich sind im Zivilrecht Fälle anerkannt, in denen die Geldentschädigung über eine bloße Kompensation von Schäden hinausgeht. Zwei wichtige Beispiele sind das Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB und die Entschädigung in Geld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Dabei soll das Schmerzensgeld eine Doppelfunktion haben.⁷⁸ In bestimmten Fällen soll es schlicht die immateriellen Schäden kompensieren. In anderen Fällen soll es über eine Kompensation hinausgehen.

Für dieses überschießende Moment beim Schmerzensgeld sowie für die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen kann man trotz der systematischen Einordnung des Schmerzensgelds in den §§ 249 ff. BGB⁷⁹ kaum mehr von einem Schadensersatzanspruch sprechen, denn der Anspruch ist gerade nicht auf Ausgleich eines materiellen oder immateriellen Schadens des Opfers gerichtet. Er geht darüber hinaus. Schmerzensgeld und Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sollen dabei auch eine Genugtuungsfunktion haben. Wie oben bereits deutlich wurde, erkennt die Literatur durchaus die Nähe der Genugtuungsfunktion zur strafrechtlichen Vergeltung:⁸⁰ nach Deutsch und Ahrens ist die deliktsrechtliche Genugtuung sanktionsnah.⁸¹ Ehmann meint, daß in „der Genugtuungsfunktion [...] letztlich der alte Vergeltungsgedanke“ stecke.⁸² Hager erkennt an, daß das „Deliktsrecht, namentlich aber die Entschädigung für immaterielle Schäden etwa bei Persönlichkeitsverletzungen, [...] in seinen Auswirkungen auch pönale Elemente“ habe und schränkt gleich wieder ein: „Doch ist die Straffunktion [...] kein Ziel des Deliktsrechts.“⁸³

Die hier vertretene rechtsfolgenorientierte Analyse zwingt hingegen dazu, offen anzuerkennen, daß ein überkompensierendes Schmerzensgeld und die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nichts anderes als Privatstrafen sind. Dieser Gedanke ist freilich nicht neu. Ähnlich schreibt Jan Dirk Harke:

„Dass auf diese Weise in Wahrheit eine Privatstrafe verhängt wird, verbrämt die Rechtsprechung zum einen damit, dass sie den ‚unmittelbaren‘ Strafcharakter des Schmerzensgelds in Abrede stellt und von einem ‚nicht notwendig pönalen, verfeinerten Sühnegedanken‘ spricht, zum anderen, indem sie die Genugtuung nicht als alleinigen Zweck des Schmerzensgelds,

⁷⁸ BGHZ 18, 149; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 31), § 48 Rn. 7; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I (Fn. 66), Rn. 735; *I. Ebert*, in: H.P. Westermann et al. (Hrsg.), *Erman. Bürgerliches Gesetzbuch*, Bd. 1 (14. Aufl., 2014), § 253 Rn. 17.

⁷⁹ Anders *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), § 253 Rn. 28.

⁸⁰ Siehe oben S. 166 f.

⁸¹ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 699.

⁸² *Ehmann* (Fn. 11), 167.

⁸³ *Staudinger/Hager* (Fn. 11), Vorbem. zu §§ 823 ff. Rn. 11.

sondern als eine von zwei Funktionen neben dem Ausgleich der erlittenen Beeinträchtigung ansieht.“⁸⁴

„Noch schlechter bemänteln als beim Schmerzensgeld für Körper- und Freiheitsbeeinträchtigungen lässt sich der Strafcharakter bei der Entschädigung für Persönlichkeitsverletzungen.“⁸⁵

Und Ina Ebert fordert:⁸⁶

„Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sollten dazu übergehen, Privatstrafen und andere pönale Elemente des Privatrechts auch klar als solche zu bezeichnen.“

Schmerzensgeld und Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gehen über den bloßen Ausgleich eines Schadens des Opfers hinaus. Sie stellen keine Haftung auf Schadensersatz dar. Sie sind in ihrer Rechtsfolge Sanktion.⁸⁷ Den Unterschied einer solchen Privatstrafe zur Sanktion des öffentlichen Strafrechts hat Großfeld in seiner Dissertation bereits klar herausgearbeitet:⁸⁸

„Charakteristisch für die Privatstrafe im Gegensatz zur öffentlichen Strafe ist vielmehr, daß der Verletzte als strafberechtigt erscheint. Die Bestrafung erfolgt im Wege der Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs, also mit Mitteln und in den Formen des Privatrechts. Als Ausdruck dieser Berechtigung des Verletzten und damit als wesentliches Kennzeichen der Privatstrafe wird heute angesehen, daß der für den Bestraften entstehende Nachteil zu einem unmittelbaren Vorteil für eine Privatperson wird.“

Und später in seiner Arbeit schreibt er:⁸⁹

„Ausgangspunkt des Schadensersatzes ist der Schaden. Der Ersatz hat die Aufgabe, diesen Schaden auszugleichen. Er muß daher der Höhe des Schadens entsprechen. Anders die Strafe. [...] Eine Privatstrafe ist also insbesondere dann anzunehmen, wenn die vom Täter zu zahlende Geldsumme den Schaden übersteigt.“

Hans Stoll meinte schließlich in seinem Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag:⁹⁰

„Die Genugtuung ist wegen des ihr innewohnenden Moments der Sühne grundverschieden von der Entschädigung. Die Anwendungsbereiche der beiden Institute decken sich nicht. Während die Entschädigung des immateriellen Schadens auch außerhalb der deliktischen Verschuldenshaftung weithin möglich und notwendig ist, ist die Genugtuung an qualifizierte Formen schuldhaften Unrechts gebunden. Sie fügt sich auch nicht in das System der für die Entschädigung gültigen Rechtsnormen ein.“

⁸⁴ Harke (Fn. 8), Rn. 328. Vgl. außerdem Möller (Fn. 31), 278–286.

⁸⁵ Harke (Fn. 8), Rn. 331.

⁸⁶ Ebert (Fn. 8), 577.

⁸⁷ Ebenso Harke (Fn. 8), Rn. 268. Umgekehrt T. Hoppe, Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht (2001).

⁸⁸ Großfeld (Fn. 14), 1 f.

⁸⁹ Großfeld (Fn. 14), 11.

⁹⁰ Stoll, 45. DJT (Fn. 33), 154.

Dieser Gedanke ist freilich auch nicht dem 20. Jahrhundert entsprungen. Schon Bernhard Windscheid vertrat ihn in seinem Pandektenlehrbuch bis zur 3. Auflage:⁹¹

„Aber es ist zu bedenken, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen sind; das Schmerzensgeld ist also eben nicht Ersatz, und wenn es nicht Ersatz ist, so muß es Strafe sein. Allerdings ist der dem Schmerzensgeld zu Grunde liegende Gedanke der, daß dem Verletzten sein Schmerz bezahlt werden soll; aber es ist eben der Gedanke einer jeden Privatstrafe, daß dem Verletzten das erlittene Unrecht bezahlt werden soll.“

In den nachfolgenden Auflagen schloß sich Windscheid der Ansicht von Carl Georg von Wächter an⁹² und erkannte auch dem Schmerzensgeld eine ausgleichende Funktion zu.⁹³ So heißt es etwa in der 5. Auflage von 1879:⁹⁴

„Auch ich habe in früheren Auflagen dieses Lehrbuchs die entgegengesetzte Ansicht vertreten, bestimmt durch das Argument, daß Schmerzen und Geldleistungen absolut unvergleichbare Größen seien, und daher das Schmerzensgeld Entschädigung nicht sein könne. Aber ich erkenne gegenwärtig die Richtigkeit der von Wächter [...] gemachten Entgegnung an; auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder ausgewogen wird.“

Es ist also durchaus vertretbar zu behaupten, ein Schmerzensgeld sei kompensatorisch, wenn es immaterielle Schäden ausgleicht. Das war wohl auch ursprünglich mit dem Begriff der Genugtuung gemeint. Aber im geltenden deutschen Recht geht das Schmerzensgeld auch hierüber hinaus. Und dann ist es nicht mehr möglich, von einem Schadensausgleich zu sprechen. Es handelt sich dann um eine Form der Privatstrafe. Damit bricht die hier vertretene Analyse mit einer Grundannahme der deutschen Zivilrechtsdogmatik. Doch werden so die Besonderheiten eines Anspruchs auf Schmerzensgeld und eines Anspruchs auf Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung überhaupt erst rational erklärbar. Die herrschende Meinung kann diese Besonderheiten kaum schlüssig erklären. Durch die Anerkennung, daß es sich bei beiden Beispielen um Privatstrafen handelt, kommt es mithin zu positiven Rationalitätseffekten. Das gilt es nachfolgend aufzuzeigen.

B. Privatstrafe als ultima ratio

Für die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung, die über den Ausgleich materieller Schäden hinausgeht, ist anerkannt, daß sie nur bei einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung gewährt wird und nur dann,

⁹¹ B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 (3. Aufl., 1870) § 455 Fn. 31 (S. 660).

⁹² C.G. von Wächter, Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht (1874), 79.

⁹³ Vgl. hierzu schon Nehlsen-von Stryk (Fn. 42), 120–122.

⁹⁴ B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2 (5. Aufl., 1879), § 455 Fn. 31 (S. 716).

wenn diese Verletzung nicht auf andere Weise ausgeglichen werden kann.⁹⁵ Die Entschädigung in Geld bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist mit anderen Worten und anders als der Schadensersatz, aber genau wie die strafrechtliche Sanktion *ultima ratio*. Diese einschränkenden Voraussetzungen lassen sich mithin zwanglos aus der Natur der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung als Privatstrafe erklären. Für das Schmerzensgeld erkennt § 253 Abs. 2 BGB selbst an, daß nur die Verletzung besonders bedeutsamer Rechtsgüter zu einem Schmerzensgeld führen darf. Auch das Schmerzensgeld ist damit *ultima ratio*. In diese Richtung gehend schrieb auch Stoll 1969:⁹⁶

„Die Ablehnung der Privatstrafe als allgemeines Rechtsinstitut schließt nicht aus, daß die Privatstrafe in gewissen Zusammenhängen ein sachgerechtes Mittel zur Verwirklichung spezieller Rechtsschutzziele ist. Übersteigt etwa der Vorteil, den der Deliktstäter aus seiner Tat zieht, den Schaden des Verletzten, so ist die Privatstrafe möglicherweise ‚ultima ratio‘, um zu verhindern, daß das Unrecht sich auszahlt. Mit dem Zweck der Bestrafung des Täters kann sich auch das Motiv verbinden, einen Anreiz dafür zu geben, daß der Verletzte das ihm zugefügte Unrecht im Interesse der Allgemeinheit verfolgt.“

C. Geltung des subjektiven Fahrlässigkeitsbegriffs für die Privatstrafe

Zudem ist anerkannt, daß für einen Anspruch auf Schmerzensgeld dann nicht der im Zivilrecht übliche objektive, sondern der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff gelten soll, wenn das konkret zugesprochene Schmerzensgeld der Genugtuungsfunktion dient.⁹⁷ Auch dieser Unterschied kann zwanglos damit erklärt werden, daß es sich beim Schmerzensgeld um eine Privatstrafe handelt. In ihrer Genugtuungsfunktion soll das Schmerzensgeld nicht einen Schaden des Opfers ausgleichen, sondern die Schuld des Täters. Das erfordert aber eine subjektive Vorwerfbarkeit der Tat. Damit hat die Zivilrechtsdogmatik mit Blick auf den Fahrlässigkeitsbegriff zwei Möglichkeiten. Sie kann entweder die Trennlinie zwischen vertraglicher und außervertraglicher Haftung ziehen und für den vertraglichen Schadensersatzanspruch von einem objektiven, für den außervertraglichen dagegen von einem subjektiven Fahrlässigkeitsbegriff ausgehen, weil der Verkehr nur im vertraglichen Kontext erwarten darf, daß die im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten wird.⁹⁸ Oder sie kann die Trennlinie zwischen dem kompensierenden außervertraglichen Schadensersatz einerseits und der in Form des Schmerzensgelds und der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen auftretenden Privatstrafe andererseits ziehen. Für

⁹⁵ BGHZ 128, 1; BGHZ 143, 214, 218; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 420; *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 31), § 48 Rn. 13; *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), § 253 Rn. 58; *Wandt* (Fn. 31), § 16 Rn. 65; *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 699; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 58.

⁹⁶ *Stoll*, FS Rheinwein (Fn. 33), 572.

⁹⁷ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 147, 699.

⁹⁸ Siehe oben S. 176 f.

das Schmerzensgeld hätte diese Grenzziehung eine wichtige Folge: Da das einen immateriellen Schaden ausgleichende Schmerzensgeld einerseits und das überkompensatorische Schmerzensgeld andererseits dann unterschiedlichen Regeln folgen würde, sollten beide wohl auch im Urteil unterschieden werden. Ganz ähnlich forderte Stoll bereits 1964:⁹⁹

„Aus allen diesen Gründen muß dem Richter zugemutet werden, bei der Wiedergutmachung ideeller Schäden eine etwaige Genugtuung, die zusätzlich zu der Entschädigung zu leisten ist, gesondert festzusetzen.“

Derzeit geht die Rechtsprechung aber davon aus, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld ein einheitlicher ist, selbst wenn es in seiner Doppelfunktion auftritt.¹⁰⁰

D. Die entsprechende Anwendung des § 46 StGB auf die Bemessung der Privatstrafe

Weiterhin haben sich Besonderheiten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes herauskristallisiert. Nach § 253 Abs. 2 BGB kann als Schmerzensgeld eine „billige Entschädigung in Geld“ verlangt werden. Es geht also im Kern um die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Billigkeit. Es seien „alle in Betracht kommenden Umstände des Falles“ zu berücksichtigen.¹⁰¹ Die Einzelheiten sind strittig.¹⁰² Klar ist, daß es vor allem auf den Grad des Verschuldens des Täters ankommt. Im Rahmen der Gefährdungshaftung soll ein mit Blick auf die Genugtuungsfunktion erhöhtes Schmerzensgeld nur in Betracht kommen, wenn der Täter vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. Auch die weiteren Beweggründe des Täters und der Anlaß seines Handels sollen Berücksichtigung finden. Weiterhin sollen die Vermögensverhältnisse des Täters bei der Bemessung des Schmerzensgeldes eine Rolle spielen.¹⁰³ Die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen orientiert sich dabei vor allem am Verletzergewinn.¹⁰⁴ Ebenfalls zu berücksichtigen seien die Folgen der Tat für das Opfer. Deutsch und Ahrens weisen darauf hin, daß Schmerzensgeld und

⁹⁹ Stoll, 45. DJT (Fn. 33), 155.

¹⁰⁰ BGH, VersR 1995, 351, 352.

¹⁰¹ BGHZ 18, 149.

¹⁰² Siehe die Diskussionsbeiträge von *Looschelders*, Schuldrecht AT (Fn. 31), § 48 Rn. 7 f.; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I (Fn. 66), Rn. 735; *Lange/Schiemann* (Fn. 31), 440–446; *Kötz/Wagner* (Fn. 44), Rn. 709–711, 714; *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 699, 705; *Staudinger/Schiemann* (Fn. 44), § 253 Rn. 26, 34–43; *MüKo-BGB/Oetker* (Fn. 31), § 253 Rn. 13, 39, 48–53; *Soergel/Ekkenga/Kuntz* (Fn. 32), § 253 Rn. 14–25; *Ehmann* (Fn. 11), 166, 284 f.; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* (Fn. 11), 58, 254.

¹⁰³ BGH, 12.10.2015 – GSZ 1/14.

¹⁰⁴ BGHZ 128, 1.

Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung bei alledem nicht übermäßig sein dürfen.¹⁰⁵

Bei der Rationalisierung dieser Besonderheiten ist der hier vertretene Ansatz, und damit die Einordnung des überkompensatorischen Schmerzensgelds und der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung als Privatstrafe wieder hilfreich. Es kann schlicht auf § 46 StGB in entsprechender Anwendung zurückgegriffen werden.¹⁰⁶ Das Analogieverbot steht einer solchen entsprechenden Anwendung nicht entgegen.¹⁰⁷ Schmerzensgeld und Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzung haben sich demnach in erster Linie am subjektiven Schuldvorwurf des Täters zu orientieren. Nur wenn sie dies tun, sind sie nicht übermäßig. Im übrigen sind die in § 46 Abs. 2 StGB genannten Umstände zu berücksichtigen. Die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Opfers scheint damit problematisch zu sein. Und auch hier liegt ein entscheidender Unterschied zum Schadensersatz, den Großfeld bereits 1961 klar herausgestellt hat:¹⁰⁸

„Die Höhe des Schadensersatzes wird grundsätzlich nicht am Verschulden gemessen, leichtes und schweres Verschulden werden insoweit gleich behandelt. Anders die Strafe. Die Schuld des Täters ist hier der zentrale Begriff. Strafe ohne Schuld ist unserem Recht fremd; die Schuld ist Maßstab für die Höhe der Strafe. Eine Privatstrafe liegt also [...] vor, wenn die Höhe der zu zahlenden Geldsumme vom Grad des Verschuldens abhängig gemacht wird.“

Großfeld scheint mir diese Gedanken in erster Linie formuliert zu haben, um zu begründen, warum es sich bei dem überkompensatorischen Schmerzensgeld um eine Form der Privatstrafe handelt: Eben weil es sich wie die öffentlich-rechtliche Strafe am Verschulden des Täters und nicht wie der Schadensersatz am Schaden des Opfers orientiert. Ich möchte es umgekehrt formulieren. Die Tatsache, daß der Grad des Verschuldens bei der Bemessung einer Geldentschädigung berücksichtigt wird, dient nicht nur der Identifizierung von Beispielen der Privatstrafe. Vielmehr ermöglicht umgekehrt die Erkenntnis, daß es sich um Formen der Privatstrafe handelt, die Grundsätze der Bemessung der überkompensatorischen Geldentschädigung zu rationalisieren.

¹⁰⁵ *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 724.

¹⁰⁶ Zu den Einzelheiten der Strafzumessung nach § 46 StGB vgl. nur *T. Fischer*, Strafgesetzbuch (65. Aufl., 2018), § 46 Rn. 2–12, 25–75; *K. Kühl*, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch (29. Aufl., 2018), § 46 Rn. 22–51; *F. Streng*, in: U. Kindhäuser et al. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Bd. 1 (5. Aufl., 2017), § 46 Rn. 19–32a, 51–95.

¹⁰⁷ Vgl. die Ausführungen von Lackner/Kühl/Kühl (Fn. 106), § 1 Rn. 72; *W. Hassemer* und *W. Kargl*, in: Kindhäuser (Fn. 106), § 1 Rn. 72; *H. Satzger*, in: ders. und W. Schluckebier (Hrsg.), Strafgesetzbuch (3. Aufl., 2016), § 1 Rn. 41.

¹⁰⁸ *Großfeld* (Fn. 14), 11.

E. Weitere Konsequenzen der Einordnung der Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und des Schmerzensgeldes als Privatstrafe

Aus der hier vertretenen rechtsfolgenorientierten Abgrenzung zwischen Delikts- und Strafrecht und der daraus resultierenden Einordnung des überkompensatorischen Schmerzensgeldes und der Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen als Privatstrafe folgen weitere Konsequenzen. Sollten sich etwa Kausalitätsprobleme im Rahmen eines Anspruchs auf Geldentschädigung oder eines Anspruchs auf Schmerzensgeld, das über die bloße Kompensation eines materiellen oder immateriellen Schadens hinausgeht, stellen, so ist zu erwägen, daß man nicht die sehr viel großzügigeren Maßstäbe des Privatrechts anwendet, sondern sich nach den strengeren Maßstäben des Strafrechts richtet.¹⁰⁹ Und auch die zivilprozessualen Beweislastregeln müßten vor diesem Hintergrund im einzelnen kritisch hinterfragt werden, inwieweit sie für Formen der Privatstrafe passend sind.

XII. Rationalitätseffekte II: Anerkennung von ausländischen Urteilen auf Strafschadensersatz

Den folgenden Rationalitätseffekt möchte ich nur andeuten: Nach gefestigter Rechtsprechung sind ausländische Urteile über Strafschadensersatz grundsätzlich nicht anerkennungsfähig. Auch eine Vollstreckung scheidet aus. Zudem wird ein deutsches Gericht Normen über Strafschadensersatz nicht anwenden, selbst wenn das nach internationalem Privatrecht anwendbare Recht einen solchen Strafschadensersatz kennt. Schlüssel ist jeweils der *ordre public*.¹¹⁰ Schließlich bereiten auf Strafschadensersatz gerichtete Zivilverfahren auch im Rahmen der internationalen Rechtshilfe Probleme.

In seinem grundlegenden Urteil aus dem Jahr 1992 hat der BGH¹¹¹ ausgeführt, daß Bestrafung und schuldangemessene Abschreckung nicht Sache des Schadensrechts, sondern Strafziele seien. Ein deliktischer Schadensersatzanspruch sei nur auf einen Schadensausgleich gerichtet. Der Geschädigte solle sich dagegen nicht durch eine Schadensersatzleistung des Täters bereichern. Die Bestrafungs- und Abschreckungsfunktion hätten mit der Genugtuungsfunktion des deutschen Rechts nichts gemein.

¹⁰⁹ Siehe oben S. 185 f.

¹¹⁰ Vgl. nur die Darstellungen von P. Gottwald, in: W. Krüger und T. Rauscher (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 1 (5. Aufl., 2016), § 328 Rn. 123; H. Roth, in: R. Bork und H. Roth (Hrsg.), Stein/Jonas. Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 5 (23. Aufl., 2015), § 328 Rn. 108; B. Völzmann-Stickelbrock, in: H. Prütting und M. Gehrlein (Hrsg.), Zivilprozessordnung (10. Aufl., 2018), § 328 Rn. 27; R. Geimer, in: Zöller. Zivilprozessordnung (32. Aufl., 2018), § 228 Rn. 250.

¹¹¹ BGHZ 118, 312.

Diese Begründungsansätze überzeugen nicht. Selbstverständlich können deliktische Schadensersatzansprüche auch in Deutschland über einen bloßen Schadensausgleich hinausgehen und können in einer Bereicherung des Geschädigten resultieren.¹¹² Die Abschreckungsfunktion entspricht der Präventionsfunktion, die auch im deutschen Recht als Funktion von Schadensersatzansprüchen anerkannt ist.¹¹³ Mit der Genugtuungsfunktion darf dies nicht verwechselt werden. Der Hinweis auf die fehlende Straffunktion von Schadensersatzansprüchen ist schief.¹¹⁴ Und in der Tat ist das Urteil nicht nur auf Zustimmung gestoßen.¹¹⁵

Die vorstehende Analyse, nach welchen Regeln eine überkompensatorische Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen und ein überkompensatorisches Schmerzensgeld als Privatstrafe zugesprochen werden kann, sowie die nachfolgenden Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen der Anerkennung einer Privatstrafe sind meines Erachtens sehr viel besser geeignet aufzuzeigen, warum, mit welchen Argumenten und in welchen Fällen ein ausländisches Urteil auf Strafschadensersatz in Deutschland wegen Verstoßes gegen den *ordre public* nicht anerkennungsfähig ist.

XIII. Verfassungsrechtliche Implikationen: die Unterscheidung von strafersetzenden und strafergänzenden Privatstrafen

In der Literatur wird immer wieder darauf verwiesen, daß der Anerkennung von Privatstrafen im deutschen Recht verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen.¹¹⁶ Prima facie müßte der in Art. 103 Abs. 3 GG normierte Grundsatz *ne bis in idem* zur Anwendung kommen, wenn ein Täter wegen derselben Tat zum einen durch das öffentliche Strafrecht bestraft wird und eine überkompensatorische Privatstrafe an das Opfer zahlen soll. Das jeweils frühere Urteil müßte die zweite Strafe ausschließen. Zudem müßte prima facie das in Art. 103 Abs. 2 normierte Gesetzlichkeitsprinzip zur Anwendung kommen.

¹¹² Siehe oben S. 179–181.

¹¹³ Siehe oben S. 162–166.

¹¹⁴ Siehe oben S. 164.

¹¹⁵ Vgl. aus der umfangreichen Literatur etwa Müller (Fn. 33), passim; J. Rosengarten Punitive damages und ihre Anerkennung und Vollstreckung in der Bundesrepublik Deutschland (1994), 174–179; D. Herrmann, Die Anerkennung US-amerikanischer Urteile in Deutschland unter Berücksichtigung des *ordre public* (2000); D. Brockmeier, Punitive damages, multiple damages und deutscher *ordre public* (1999), 88–130. Anders etwa J. Mörsdorf-Schulte, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland (1999), passim.

¹¹⁶ Siehe statt aller Wagner, in: Karlsruher Forum 2006 (Fn. 3), 17; Staudinger/Schiermann (Fn. 44), § 253 Rn. 30.

Schon in der Vergangenheit haben diejenigen Autoren, die das überkompensatorische Schmerzensgeld und die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen als Formen der Privatstrafe eingeordnet haben, versucht zu begründen, warum Art. 103 Abs. 2 und 3 GG nicht einschlägig sein sollen.¹¹⁷ Nicht alle der vorgetragenen Begründungen überzeugen mich. So wird darauf verwiesen, daß Art. 103 Abs. 3 GG nicht zur Anwendung komme, weil bei Privatstrafen eine Freiheitsstrafe nicht möglich sei und kein Eintrag ins Strafregister erfolge.¹¹⁸ Mit dieser Begründung müßte die Anwendung von Art. 103 Abs. 3 GG aber schon dann ausgeschlossen sein, wenn eine Tat auch nach öffentlichem Strafrecht nur mit einer Geldstrafe bedroht und ein Eintrag ins Strafregister ausgeschlossen wäre. Der Gesetzgeber könnte also die Anwendung von Art. 103 Abs. 3 GG dadurch aushebeln, daß er die einschlägigen Sanktionen modifiziert. Andere argumentieren, daß Art. 103 Abs. 2 und 3 GG nur dann anwendbar sein, wenn der Staat von seinem *ius puniendi* Gebrauch mache; Art. 103 Abs. 3 sei ein Abwehrrecht gegen den Staat; zwischen gleichgeordneten Privatrechtssubjekten griffe Art. 103 Abs. 3 GG dagegen nicht.¹¹⁹ Diese Begründungen sind ebenfalls Bedenken ausgesetzt. Der Staat könnte durch eine Ersetzung von öffentlich-rechtlichen Strafen durch Privatstrafen Art. 103 Abs. 3 GG einfach umgehen.

Meines Erachtens sollte man zwei Formen der Privatstrafe unterscheiden. Eine Privatstrafe kann zum einen an die Stelle einer öffentlich-rechtlichen Strafe treten und diese ersetzen. Verkürzt und sprachlich etwas unbeholfen könnte man von einer strafvertretenden oder strafersetzenden Privatstrafe sprechen. Hermann Lange und Gottfried Schiemann führen aus:¹²⁰

„Eine erhebliche Veränderung würde eintreten, wenn die Bestrebungen zur Entkriminalisierung bestimmter Eigentumsdelikte (Ladendiebstahl) Erfolg haben sollten, die vom Gesetzgeber indessen bislang noch nicht aufgenommen worden sind.“

In einem solchen Fall würde der Gesetzgeber beschließen, daß der Unrechtsgehalt einer Tat zu gering ist, als daß die öffentliche Strafrechtspflege mit der Tat befaßt sein soll. Gleichzeitig würde der Gesetzgeber anerkennen, daß ein Strafbedürfnis aus Gründen der Prävention besteht und daß auch der Geschädigte allein aus diesem Grund ein berechtigtes Interesse daran hat, daß die Tat bestraft wird. Der Gesetzgeber könnte in solchen Fällen Privatstrafen einführen. Der Geschädigte kann dann nicht nur den erlittenen Schaden ersetzt, sondern auch eine Strafzahlung an sich verlangen. Die Privatstrafe würde an die Stelle der öffentlich-rechtlichen Strafe treten und sie ersetzen. Art. 103 Abs. 3 GG wäre auf solche Fälle ohne Einschränkungen anwendbar. Man müßte von

¹¹⁷ Vgl. etwa *Großfeld* (Fn. 14), 120–123; *Dreier* (Fn. 33), 509.

¹¹⁸ So etwa *Kern* (Fn. 33), 263; *Schäfer* (Fn. 33), 425.

¹¹⁹ So etwa *Müller* (Fn. 33), 20–22; *Möller* (Fn. 31), 286.

¹²⁰ *Lange/Schiemann* (Fn. 31), 13.

einem allgemeinen Strafgesetz im Sinne von Art. 103 Abs. 3 GG ausgehen.¹²¹ Auch Art. 103 Abs. 2 GG sollte in solchen Fällen zur Anwendung kommen.¹²² Ob es *de lege lata* bereits Beispiele einer solchen strafvertretenden oder strafersetzenden Privatstrafe gibt und ob eine solche Privatstrafe mit dem Strafmopol des Staates in Einklang zu bringen ist, müßte genauer untersucht werden. *De lege ferenda* könnte das Schwarzfahren auf diese Weise entkriminalisiert werden. Ganz ähnlich dachte wohl schon Stoll, der in seinem Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag mit Blick auf den Ehrenschatz schrieb:¹²³

„Der Beleidigte wird in der strafgerichtlichen Praxis fast immer auf den Privatklageweg verwiesen, mithin darauf, selbst um seine Genugtuung besorgt zu sein. Man sollte prüfen, ob nicht der strafrechtliche Ehrenschatz einzuschränken ist. Die Einführung einer Genugtuung in das Zivilrecht kann zu einer Entlastung des Strafrechts führen.“

Zum anderen kann eine Privatstrafe eine öffentlich-rechtliche Strafe nur ergänzen. Verkürzt und sprachlich wieder etwas unbeholfen könnte man von einer strafergänzenden Privatstrafe sprechen. Ihr liegt der Gedanke zugrunde, daß eine öffentlich-rechtliche Strafe die berechtigten Interessen des Opfers nicht immer ausreichend berücksichtigen kann. Strafrechtlich sind Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den Fällen der §§ 185–189 StGB geschützt. Und auch in diesen Fällen sind die ausgesprochenen Strafen eher gering. Dieser eingeschränkte Schutz und die geringe Höhe der Strafen werden dem Präventionsinteresse des Opfers nicht gerecht. Zwar mag die geringe Höhe einer öffentlich-rechtlichen Strafe aus Sicht der Allgemeinheit der Schuld des Täters entsprechen, relativ im Verhältnis zum Opfer muß dies im Einzelfall aber nicht zutreffen. Und zwar mag die geringe Höhe einer öffentlich-rechtlichen Strafe den Glauben der Allgemeinheit in den Bestand und den Schutz der Rechtsordnung wiederherstellen, relativ im Verhältnis zum Opfer mag dies im Einzelfall aber nicht zutreffen. Dann ist Raum für eine strafergänzende Privatstrafe.¹²⁴ Solange diese Privatstrafe neben einen das gleiche Rechtsgut schützenden Straftatbestand tritt, handelt es sich um eine Form der strafergänzenden Privatstrafe. Erst wenn der Gesetzgeber sich entscheidet, ein Rechtsgut gar nicht mehr durch das öffentliche Strafrecht, sondern nur noch durch die Privatstrafe zu schützen, wird sie zur strafersetzenden Privatstrafe. Für den Ehrenschatz hat der Gesetzgeber den von Stoll aufgezeigten Weg noch nicht aufgegriffen.¹²⁵ *De lege lata* können das überkompensatorische Schmerzensgeld und die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen daher als Beispiele

¹²¹ Vgl. allgemein B. Pieroth, in: H.D. Jarass und B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (15. Aufl., 2018), Art. 103 Rn. 101.

¹²² Vgl. allgemein H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 3 (3. Aufl., 2018), Art. 103 Abs. 2 Rn. 19–22.

¹²³ Stoll, 45. DJT (Fn. 33), 154.

¹²⁴ Ähnliche schon Stoll, 45. DJT (Fn. 33), 152 f.

¹²⁵ Siehe oben das Zitat zu Fn. 123.

einer strafergänzenden Privatstrafe verstanden werden. Daraus daß die strafergänzende Privatstrafe das besondere Präventionsinteresse des Opfers und dessen individuellen Glauben in den Bestand der Rechtsordnung in den Blick nimmt, kann hergeleitet werden, daß straf- und disziplinarrechtliche Maßnahmen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes und der Geldentschädigung unberücksichtigt bleiben dürfen.¹²⁶ Aus dem Wesen als bloße Ergänzung zur öffentlich-rechtlichen Strafe folgt, daß auf diese Art der Privatstrafe Art. 103 Abs. 3 GG nicht anzuwenden ist. Freilich kann das Rechtsstaatsprinzip Grenzen bei der Nichtberücksichtigung von straf- und disziplinarrechtlichen Maßnahmen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes setzen.¹²⁷ Die Frage, ob auf die strafergänzende Privatstrafe Art. 103 Abs. 2 GG anzuwenden ist, läßt sich nicht gleichermaßen einfach beantworten. Erwägenswert wäre eine differenzierende Lösung: Auf der einen Seite gelten die Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG für die Privatstrafe nicht gleichermaßen, weil es hier nicht darum geht, daß der Staat sein *ius puniendi* ausübt oder dessen Ausübung wie bei der strafvertretenden oder strafersetzenden Privatstrafe an Private delegiert. Auf der anderen Seite darf auf eine gesetzliche Fundierung auch der strafergänzenden Privatstrafe nicht vollkommen verzichtet werden. § 253 Abs. 2 BGB scheint mir für das Erfordernis der schriftlichen Fixierung ausreichend zu sein, und zwar auch mit Blick auf die erforderliche Bestimmtheit dieser Norm.¹²⁸ Gleiches möchte ich dann gelten lassen, wenn, wie im Fall der Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die Geldentschädigung unmittelbar aus verfassungsrechtlichen Vorgaben hergeleitet wird. Darüber hinaus setzt Art. 103 Abs. 2 GG aber auch der strafergänzende Privatstrafe Grenzen.

Die vorstehenden Ausführungen zu den verfassungsrechtlichen Implikationen der Anerkennung einer Privatstrafe und die Unterscheidung von strafvertretenden oder strafersetzenden Privatstrafen einerseits und strafergänzenden Privatstrafen andererseits können hier nur skizzenhaft vorgelegt werden. Sie bedürften einer monographischen Abhandlung. Klar scheint mir aber, daß auf beide Formen der Privatstrafe der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff und die sehr viel einschränkendere Handhabung der objektiven Zurechnung Anwendung finden müssen. Das scheint mir aus dem Blickwinkel der Einheit der Rechtsordnung zwingend zu sein. Auch die Berücksichtigung der Beweislastregeln des öffentlichen Strafrechts ist zu problematisieren.

Übrigens scheint mir auch die herrschende Meinung, die die Beispiele des geltenden Rechts für Privatstrafen nicht Privatstrafen nennen will, um diese Erkenntnisse nicht herumzukommen. Man kann eine Problematisierung von

¹²⁶ BGH, VersR 1995, 351, 353; *Deutsch/Ahrens* (Fn. 11), Rn. 724.

¹²⁷ Vgl. hierzu allgemein *Jarass/Pieroth* (Fn. 121), Art. 20 Rn. 147; *Schulze-Fielitz* (Rn. 122), Art. 103 Abs. 3 Rn. 23.

¹²⁸ So auch *Stoll*, 45. DJT (Fn. 33), 155 f. Zu Abstufungen beim Bestimmtheitsgrundsatz vgl. allgemein *Jarass/Pieroth* (Fn. 121), Art. 103 Rn. 73.

Art. 103 Abs. 2 und 3 GG, ein Nachdenken über die Berechtigung des objektiven Fahrlässigkeitsbegriffs, über die Anwendbarkeit der strafrechtlichen Lehre von der objektiven Zurechnung und der strafrechtlichen Beweislastregeln nicht dadurch umgehen, daß man etwas Schadensersatz und nicht Privatstrafe nennt. Schon die Erkenntnis, daß das überkompensatorische Schmerzensgeld und die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sanktionsnah sind, muß dazu zwingen, sich diesen Fragen und Problemen zu stellen.

XIV. Zusammenfassung

(1) Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung ist nicht nur ein verfassungsrechtlich fundiertes, rechtsstaatliches Postulat, sondern vor allem ein wissenschaftlicher Auftrag, Widersprüche zwischen verschiedenen Normen aufzuzeigen bzw. Unterschiede zu erklären.¹²⁹

(2) Die Unterschiede zwischen Privat- und Strafrecht können nicht mit Verweis auf Funktionsunterschiede beider Rechtsgebiete erklärt werden.¹³⁰ Zwar betonen die zivilrechtliche Theorie und Praxis immer wieder, daß es im zivilrechtlichen Deliktsrecht um Ausgleich, vielleicht um Prävention, in Ausnahmefällen auch um Genugtuung gehe, daß Strafen aber keine Funktion des zivilrechtlichen Deliktsrechts sei. Doch existieren solche Funktionsunterschiede nicht bzw. sie sind nur marginal. Im Delikts- und Strafrecht geht es gleichermaßen um Ausgleich und Prävention. Im Deliktsrecht darf insbesondere auf den Ausgleichsgedanken nicht verzichtet werden. Das würde zu Rationalitätsdefiziten führen.¹³¹ Einziger Unterschied zwischen Delikts- und Strafrecht ist, daß es im Deliktsrecht um den Ausgleich eines Schadens des Opfers, im Strafrecht um den Ausgleich der Schuld des Täters geht. Damit beschreiben die zivilrechtliche Kompensationsfunktion und die strafrechtliche Vergeltungsfunktion letztendlich nur auf unterschiedliche Weise einen Ausgleichsgedanken.

(3) Daraus daß der Ausgleichsgedanke im zivilrechtlichen Deliktsrecht und im Strafrecht eine jeweils verschiedene Zielsetzung hat, folgt unmittelbar, daß der entscheidende Unterschied zwischen zivilrechtlichem Deliktsrecht und Strafrecht in der Rechtsfolge zu suchen ist: der den Schaden ausgleichende Schadensersatz im zivilrechtlichen Deliktsrecht einerseits und die die Schuld des Täters ausgleichende, mit Blick auf den Schaden des Opfers aber überkompensatorische Sanktion des Strafrechts andererseits. Eine rechtsfolgenorientierte Analyse ist geboten.¹³²

¹²⁹ Siehe oben S. 158–162.

¹³⁰ Siehe oben S. 162–172.

¹³¹ Siehe oben S. 168–171.

¹³² Siehe oben S. 171–172.

(4) Die zahlreichen Unterschiede zwischen Delikts- und Strafrecht sind mit einer Ausnahme auch auf Grundlage der hier vertretenen rechtsfolgenorientierten Analyse rational erklärbar.¹³³ Die Ausnahme betrifft den im Zivilrecht vorherrschenden objektiven Fahrlässigkeitsbegriff.¹³⁴ Die in Theorie und Praxis formulierten Begründungen für den objektiven Fahrlässigkeitsbegriff tragen diesen nur im vertragsrechtlichen Kontext. Warum der objektive Fahrlässigkeitsbegriff auch im Deliktsrecht Anwendung finden soll, ist bisher noch nicht schlüssig begründet worden.

(5) Eine rechtsfolgenorientierte Analyse zwingt dazu, die Grenzen zwischen Privat- und Strafrecht neu zu ziehen. Dort, wo Schmerzensgeld und Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen weder einen materiellen noch einen immateriellen Schaden ausgleichen, handelt es sich nicht mehr um Schadensersatz, sondern um Privatstrafe.¹³⁵

(6) In der Vergangenheit haben sich diejenigen Autoren, die eine solche Privatstrafe anerkennen wollten, auf den Nachweis beschränkt, daß überkompensatorische Entschädigungen Sanktion sind. Doch hat die Anerkennung der Privatstrafe auch Rationalitätseffekte. Zahlreiche Besonderheiten beim Schmerzensgeld und bei der Geldentschädigung wegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen lassen sich so sehr viel klarer rationalisieren.¹³⁶ Auch könnte mit der Anerkennung, daß auch das deutsche Recht eine Privatstrafe kennt, eine Matrix entwickelt werden, die bei der Frage behilflich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ausländische auf Strafschadensersatz gerichtete Urteil anerkennungsfähig sind.¹³⁷

(7) Verfassungsrechtliche Bedenken bestehen gegen die Anerkennung einer Privatstrafe nicht, wenn man klar eine strafersetzende und eine strafergänzende Privatstrafe unterscheidet.¹³⁸ Das Schmerzensgeld mit Genugtuungsfunktion und die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind strafergänzende Privatstrafen. Sie treten ergänzend neben eine eventuell eingreifende öffentlich-rechtliche Strafe. Ihnen liegt der Gedanke zugrunde, daß eine öffentlich-rechtliche Strafe zwar das Präventionsinteresse der Allgemeinheit erfüllen mag, mit Blick auf ihre geringe Höhe aber nicht das besondere Präventionsinteresse des Opfers. Ihr liegt zudem der Gedanke zugrunde, daß der Glaube der Allgemeinheit in den Bestand der Rechtsordnung bereits durch eine geringe Sanktion wiederhergestellt werden kann, daß mit Blick auf das Opfer aber eine höhere Sanktion notwendig ist. Und aus dem Blick der Allgemeinheit kann auch die Schuld geringer eingeschätzt werden, als aus dem Blick des Opfers. Das mit den Straffunktionen im Einklang stehende Interesse des Opfers nach

¹³³ Siehe oben S. 173–176.

¹³⁴ Siehe oben S. 176–178.

¹³⁵ Siehe oben S. 178–181.

¹³⁶ Siehe oben S. 181–185.

¹³⁷ Siehe oben S. 185–186.

¹³⁸ Siehe oben S. 186–190.

einer höheren Sanktion kann im Wege einer Privatstrafe erfüllt werden. Aus dem Wesen dieser Form der Privatstrafe, daß sie die öffentlich-rechtliche Strafe nur ergänzt, folgt, daß Art. 103 Abs. 3 GG nicht anzuwenden ist. Und auch Art. 103 Abs. 2 GG gilt für diese Form der Privatstrafe nur abgestuft. Für die strafersetzende Privatstrafe müßten beide verfassungsrechtlichen Vorgaben dagegen voll zur Geltung kommen. Für beide Formen der Privatstrafe muß schließlich der subjektive Fahrlässigkeitsbegriff gelten. Fragen der Kausalität und der Zurechnung sind dem Strafrecht folgend für beide Formen der Privatstrafe strenger zu beurteilen. Die Berücksichtigung der strafrechtlichen Beweislastregeln muß noch vertieft erörtert werden.