

Sanktionen im Deliktsrecht und Stellung der Gerichte in Deutschland

Jochen Taupitz *

I. EINLEITUNG

Meine Aufgabe besteht darin, ein Korreferat insbesondere zu den Referaten von *Prof. Kashu* und *Prof. Kubota* zu halten. Aufgrund ihrer so hervorragenden Referate ist meine Aufgabe einfach und schwierig zugleich. Einfach ist sie, weil ich beiden Kollegen in vielen Punkten zustimmen und auf ihre ausführlichen Darlegungen verweisen kann. Schwierig ist meine Aufgabe, weil von mir zusätzliche Gesichtspunkte und Anregungen erwartet werden. So will ich denn versuchen, auf einige Aspekte einzugehen, die in den Referaten von Herrn *Kashu* und Herrn *Kubota* aus Zeitgründen nicht erwähnt werden konnten.

II. ZUM BEGRIFF DER „SANKTION“

Bevor ich mich dem Verhältnis von Sanktionsrecht und Deliktsrecht zuwende, möchte ich zunächst einen Blick darauf werfen, was „Sanktionen“ im Recht überhaupt bedeuten. Der Begriff der Sanktion stammt vom lateinischen Verb „sancire“ ab, was „heiligen“ im Sinne von „als unverbrüchlich festsetzen“ heißt.¹ Dementsprechend wird unter Sanktion in der allgemeinen Rechtslehre auch ganz allgemein *jede* Rechtsfolge verstanden, die einer Regelung zur effektiven Geltung verhelfen soll.² Aus diesem funktionalen Blickwinkel ist die in die Zukunft gerichtete Bekräftigung und Verwirklichung der Rechtsordnung, die *Prävention*, der tragende Grund für die Verhängung einer Sanktion. Und aus diesem Blickwinkel haben die zivilrechtlichen Schadensersatznormen nach heute in Deutschland wohl allgemeiner Auffassung einen zumindest *auch* sanktionierenden, das heißt präventiven Charakter.³ Gestritten wird lediglich darum, ob dieser Präventivfunktion wirklich der *höchste* Stellenwert zukommt, so wie es z.B. von der sogenannten ökonomischen Analyse des Rechts vertreten wird⁴.

* Die mündlich vorgetragene Fassung wurde lediglich geringfügig erweitert und um einige weiterführende Fußnoten ergänzt.

1 Brockhaus-Enzyklopädie, Band 19 (19. Aufl. 1992) Stichwort ‚Sanktion‘.

2 CREIFELDS (Hrsg.), Rechtswörterbuch (13. Aufl. 1996) Stichwort ‚Sanktion‘.

3 Vgl. nur BGH, NJW 1996, 984, 985; H. LANGE, Schadensersatz (2. Aufl. 1990) 10 f. m.w.N.

4 Übersicht hierzu bei J. TAUPITZ, Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz: AcP 196 (1996) 110, 120 ff., 146 ff. m.w.N.

Die Themenstellung, mit der sich mein Vortrag befassen soll, geht allerdings offenbar von einem anderen Problem der „Sanktionierung“ aus, nämlich von ihrer *retrospektiv* in die Vergangenheit ausgerichteten Funktion. Hier stellt sich die Frage, ob das Deliktsrecht nur auf den *Geschädigten* und den bei ihm entstandenen Rechtsnachteil abstellt (Stichwort: *Ausgleichsfunktion*) oder ob und inwieweit das Deliktsrecht (auch *sühnend und vergeltend auf den Täter* hin ausgerichtet ist. Der am *Täter* orientierte Blick spielt bekanntlich in der strafrechtlichen Diskussion eine herausragende Rolle (Strafrecht als Schuld- und nicht Erfolgsstrafrecht⁵; Diskussion um die verschiedenen Straftheorien⁶). Ausgehend von diesem Verständnis stellt sich für meinen Vortrag die Frage, inwieweit das Deliktsrecht den *Handlungsunwert* (mit) zur Grundlage seiner Sanktionen macht und dabei etwa unterschiedliche Absichten und Motive des Täters „sanktioniert“.

III. DIE SANKTIONSRECHTLICHE AUFGABENVERTEILUNG INNERHALB DER RECHTSORDNUNG

Die Beantwortung der Frage, inwieweit das Deliktsrecht täterbezogenes Sanktionsrecht ist oder sein sollte, hängt mit davon ab, welche *anderen* Sanktionen einer Rechtsordnung zur Verfügung stehen, um ein von ihr mißbilligtes Verhalten zu ahnden und nach Möglichkeit für die Zukunft zu verhindern. Dabei sind nicht nur die *Rechtsfolgen* der jeweiligen Rechtsbereiche in die Betrachtung einzubeziehen, sondern es ist das *gesamte Zusammenwirken von Voraussetzungen, Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung* zu untersuchen. Daraus ergibt sich ein die engen Fachgrenzen übergreifendes Wechselspiel:⁷ Je effektiver das Strafrecht mit seinen Sanktionsmechanismen einsetzt, um so weniger Sanktionsdruck wird auf das Zivilrecht ausgeübt. Je effektiver das öffentliche Recht – etwa das Verwaltungsrecht – für die Rechtsdurchsetzung sorgt, um so weniger Mitverantwortung muß man dem einzelnen Bürger im Sinne des Konzepts von Jhering „Der Kampf ums Recht“ bei der Verwirklichung der Rechtsordnung auferlegen. Aber nicht nur die Effizienz ist Maßstab für die sanktionsrechtliche Aufgabenverteilung in einer Rechtsordnung, sondern auch die Art des jeweils zu schützenden Rechts oder Rechtsgutes. Denn je stärker es um „nur“ individuelle und im Zivilrecht wohl aufgehobene Belange des Bürgers geht, um so eher können sich Strafrecht und öffentliches Recht zurückziehen und dem Bürger den Kampf um sein ureigenes Recht und damit um die Bewahrung der Rechtsordnung insgesamt überlassen.

5 Der durch das Strafrecht beabsichtigte Rechtsgüterschutz wird durch die Schuldangemessenheit der Strafe begrenzt, siehe BGH, NJW 1993, 338, 340.

6 Kurze Übersicht bei J. ENDRES, Sanktionszweckstellungen im Rechtsbewußtsein von Laien (1992) 16 ff.

7 Siehe hierzu ausführlich H. STOLL, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht: eine Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage (1993) 83 ff.

Auch innerhalb der jeweiligen Rechtsbereiche (etwa innerhalb des Zivilrechts) ist das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsinstitute zu berücksichtigen. Das bedeutet für unsere Frage nach dem Sanktionscharakter des *Deliktsrechts*, daß eine Antwort nicht ohne Blick auf die alternativen Möglichkeiten der Rechtsbewährung etwa durch das Vertragsrecht, das Bereicherungsrecht und das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag sinnvoll ist.

IV. BEISPIELE

Lassen Sie mich einige wenige Beispiele nennen:

1. Bezogen auf ärztliche Behandlungsfehler hat sich in Deutschland eine deutliche Verlagerung weg vom Strafrecht hin zum Zivilrecht ergeben. Ärzte werden wegen „normaler“ Behandlungsfehler eher selten strafrechtlich verfolgt, obwohl an sich die „normalen“ Körperverletzungstatbestände (und natürlich auch die Tötungstatbestände) auf die fehlerhafte Heilbehandlung anwendbar sind⁸. Hintergrund ist offenbar der Umstand, daß im Zivilrecht (über den Gedanken des § 46a StGB hinaus⁹) als ausreichend empfundene Sanktionsmechanismen zur Verfügung stehen. Nach § 823 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 249 ff. BGB sind die Vermögensschäden, die der Patient durch den Behandlungsfehler und die dadurch bei ihm herbeigeführte Körper- oder Gesundheitsbeschädigung erlitten hat, zu ersetzen. Nach § 847 BGB kann der Verletzte zudem für Nichtvermögensschäden eine – wie es heißt – „billige Entschädigung in Geld“ verlangen. Diese billige Entschädigung in Geld – mißverständlich als „Schmerzensgeld“ bezeichnet – hat nach herrschender Rechtsprechung ihrerseits eine – ausdrücklich hervorgehobene – *Doppelfunktion*: Neben dem „Ausgleich“ von immateriellen Schäden soll sie auch der Genugtuung dienen¹⁰. Da also das Zivilrecht – so meine These – jedenfalls nach herrschender Meinung eine Genugtuung in Fällen ärztlicher Behandlungsfehler ermöglicht, kann das Strafrecht mit seiner Sühnefunktion eher zurücktreten.

8 Zu dem (nicht Gesetz gewordenen) Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums über die Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung von 1996 siehe F.-C. SCHROEDER, Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? (1998); Kurzrezension m.w.N. von M.-K. MEYER, ZRP 1999, 31.

9 Nach § 46a StGB kann das Gericht die Strafe mildern oder, falls der Täter nur eine geringe Strafe verwirkt hat, sogar ganz von ihr absehen, wenn sich der Täter um eine Wiedergutmachung und insbesondere eine Entschädigung bemüht hat.

10 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ (GrZS) 18, 149, 157; zumindest für vorsätzliche Schädigungen ausdrücklich aufrecht erhalten in BGH, NJW 1996, 1591; kritisch jedoch die Lit., vgl. E. LORENZ, Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten?, in: Festschrift für Günther Wiese (1998). 261 ff. m.w.N.; E. LORENZ, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“ (1981); zum Verständnis des Schmerzensgeldes als Privatstrafe siehe B.-R. KERN, Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht., AcP 191 (1991) 247 ff.

Dabei ist des weiteren von nicht zu unterschätzender Bedeutung, daß der sonst zwischen Strafprozeß und Zivilprozeß bestehende große Unterschied, wonach nämlich im Strafprozeß von Amts wegen ermittelt wird, während im Zivilprozeß die Parteien eigenverantwortlich und mit ihren manchmal unzureichenden Mitteln die notwendigen Tatsachen beizubringen haben, gerade im Arzthaftungsprozeß weitgehend eingeebnet ist. Im Arzthaftungsprozeß wird nämlich zur Herstellung von Waffengleichheit der Parteien sehr viel stärker als im normalen Zivilprozeß vom Gericht erfragt, angeregt und ermittelt¹¹, so daß auf diesem Weg faktisch Funktionen des Strafprozesses, nämlich u.a. das Ziel einer objektiven Wahrheitsermittlung, wahrgenommen werden¹². Ich meine, daß diese Entlastung des Strafrechts, das ja seinerseits konzeptionell eher als ultima ratio zur Anwendung kommen soll, durchaus zu begrüßen ist. Die Entlastung des Strafrechts bewirkt eine Entkriminalisierung des normalen Fehlverhaltens von Ärzten, eines Fehlverhaltens, das in ihrem gefahrenträchtigen Beruf zwangsläufig „immer einmal passieren kann“. Nicht von ungefähr wird ja auch immer wieder gefordert, daß eine strafrechtliche Sanktion bei ärztlichem Fehlverhalten erst ab *grober* Fahrlässigkeit eingreifen sollte¹³.

2. Ein zweites Beispiel soll zeigen, daß eine zivilrechtliche Sanktion manchmal sogar die einzige Sanktion darstellt und dabei dem Sühnedanken eine ganz besondere Bedeutung zukommt. Eingegangen sei auf die Situation, daß dem Körper eines Verstorbenen Körperteile oder Organe entnommen werden, ohne daß der Verstorbene zu Lebzeiten oder seine Angehörigen nach dem Tode dieser Entnahme zugestimmt hätten¹⁴. Ein Straftatbestand (§ 168 StGB, Störung der Totenruhe) ist in einem solchen Fall nur dann erfüllt, wenn der Körperteil von einem Außenstehenden aus dem Gewahrsam des Berechtigten entfernt wurde. Gerade das ist aber dann nicht gegeben, wenn der Institutsleiter die Maßnahme selbst durchführt oder die Krankenhausleitung zugestimmt hat. Eine Körperverletzung liegt nicht vor, da der menschliche Leichnam nach allgemeiner Auffassung nicht vom Körperverletzungstatbestand geschützt ist.

11 Siehe BGH, NJW 1979, 1933, 1934.

12 Im Zivilprozeß ist das Gericht demgegenüber grundsätzlich an einen übereinstimmenden Tatsachenvortrag der Parteien gebunden, ohne dessen Wahrheitsgehalt überprüfen zu können, so daß man hier vom Prinzip der „formellen“ Wahrheit spricht, siehe etwa MünchKomm/Lüke, ZPO (1992) Einl., Rdnr. 188.

13 E. DEUTSCH, Reform des Arztrechts: NJW 1978, 1657; J. TAUPITZ, Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen: NJW 1986, 2851, 2853. Abzuwarten ist, welche entkriminalisierende Wirkung die geplante Ausdehnung des Schmerzensgeldes auf die Gefährdungshaftungstatbestände in der Zukunft in anderen Bereichen haben wird (§ 253 Abs. 2 BGB in der Fassung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung vom 27.3.1998, BR-Drucks. 265/98; vgl. die Darstellung in DRiZ 1998, 179 ff.).

14 Hierzu ausführlich J. TAUPITZ, Das Recht im Tod: Freie Verfügbarkeit der Leiche? (1996); J. TAUPITZ, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper?: AcP 191 (1991) 201 ff.

In Betracht kommt lediglich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, und zwar entweder des fortwirkenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen oder desjenigen seiner Angehörigen. Strafrechtlich ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht allerdings nicht geschützt¹⁵. Unstreitig ist jedoch heute, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht einen *zivilrechtlichen* Anspruch aus § 847 BGB („Schmerzensgeld“) rechtfertigt¹⁶, obwohl es in dieser Vorschrift nicht genannt ist¹⁷. Die Rechtsprechung hat diese Erweiterung des § 847 BGB schon früh gerade auf die Erwägung gestützt, daß eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in vielen Fällen sonst ohne jede Sanktion bliebe und dies von Verfassung wegen nicht haltbar sei¹⁸. Deshalb soll bezeichnenderweise auch der Genugtuungsfunktion bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine besondere Bedeutung zukommen. Dies schlägt sich u.a. in den Voraussetzungen für die Gewährung von „Schmerzensgeld“ bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen nieder: Bei einer Persönlichkeitsrechtsverletzung soll nämlich ein „Schmerzensgeld“ nur dann zu zahlen sein, wenn eine *schwerwiegende* Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt¹⁹. Eine solche schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung wiederum ist entweder gegeben, wenn es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung handelt, oder aber dann – und das ist für unser Thema besonders wichtig –, wenn den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft²⁰. Die böse Absicht des Schädigers wird also sanktioniert, und zwar mit Hilfe des zivilrechtlichen Deliktsrechts – deutliches Zeichen für das Bedürfnis nach Sanktionierung und Sühne, und zwar vor allem deshalb, weil ein adäquater Sanktions- und Sühneersatz von der übrigen Rechtsordnung und insbesondere vom Strafrecht nicht bereitgestellt wird. Gleiches gilt auch bei andersartigen Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, die ebenfalls zum großen Teil nicht durch besondere Strafvorschriften sanktioniert sind²¹.

3. Ein letztes Beispiel möge aufzeigen, daß man nicht leichtfertig eine Sanktionierung durch das Deliktsrecht dort vorsehen sollte, wo andere gleichwertige Mittel zur Ver-

15 Diese Schutzlücke kann nicht durch die Rechtsprechung geschlossen werden, da aus Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB das strafrechtliche Analogieverbot folgt, siehe dazu etwa BVerfG, NJW 1986, 1671.

16 BGH, NJW 1985, 1617, 1619; siehe auch BGH, NJW 1996, 984, 985, sowie MÜNCHKOMM/SCHWEDTNER, BGB, 3. Aufl. (1993), § 12 Rdnrn. 285 ff. m.w.N., auch zu den verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten dieses Anspruchs (§ 847 BGB analog oder direkt aus Art. 2, 1 GG).

17 Das Zivilrecht kann vor allem deshalb flexibler auf neu entstandene Schutzbedürfnisse reagieren, weil in seinem Bereich das strafrechtliche Analogieverbot nicht gilt, siehe BVerfGE 34, 269, 285 ff.; BGHZ 26, 349, 354 ff.

18 BGHZ 35, 363, 367 f.; BGHZ 39, 124, 131 f.

19 BGHZ 35, 363, 369; NJW 1980, 994, 995.

20 BGHZ 128, 117, 121; MÜNCHKOMM/STEIN, BGB, 3. Aufl. (197) § 847 Rdnr. 34 m.w.N.

21 Beispiele für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bei Palandt/Thomas, BGB, 57. Aufl. (1998) § 823 Rdnr. 195.

fügung stehen, und zwar vor allem innerhalb ein- und desselben Rechtsbereichs. Ich möchte dabei die von Herrn *Kubota* aufgeworfene Frage aufgreifen, ob der Schädiger, der ein Photo von einem berühmten Schauspieler ohne dessen Erlaubnis zur Werbung benutzt hat und der durch die Werbung 10 Millionen Yen als reinen Vermögensvorteil erlangt, durch das Deliktsrecht dergestalt zu sanktionieren ist, daß er die 10 Millionen Yen an den Schauspieler herausgeben muß. Folgen wir der deutschen Rechtsprechung, gibt es mehrere Möglichkeiten, und zwar alle innerhalb des deliktischen Schadensersatzrechts:

- a) Der BGH hat in mehreren einschlägigen Entscheidungen, in denen es um unerlaubt veröffentlichte Bilder von Caroline von Monaco ging, hervorgehoben, daß bei vorsätzlicher Persönlichkeitsrechtsverletzung in Gewinnerzielungsabsicht schon aus Gründen der Prävention eine genügend abschreckende Entschädigung wegen *immaterieller* Schäden nach § 847 BGB zuzusprechen sei²².
- b) Die Rechtsprechung gewährt ferner drei verschiedene Möglichkeiten der Berechnung *materieller* Schäden, weshalb man auch von der sogenannten „dreifachen“ Schadensberechnungsmethode spricht²³:
 - aa) Die Rechtsprechung gewährt zum einen den „normalen“ Anspruch auf Ersatz des *entgangenen Gewinns* nach § 252 BGB. Es geht hier um den beim Verletzten entstandenen Schaden durch Verlust einer sonst vereinbarten Lizenzgebühr. Voraussetzung ist allerdings, daß der Verletzte die Wahrscheinlichkeit dartun kann, daß es bei ordnungsgemäßem Vorgehen des Schädigers tatsächlich zu einer entsprechenden Vereinbarung gekommen wäre. Dies wird nicht immer gelingen, weil der Schädiger u.U. behaupten mag, er hätte die Verwendung des Bildes unterlassen, wenn er dafür hätte bezahlen müssen.
 - bb) Die Rechtsprechung gewährt zum zweiten einen Anspruch auf eine *angemessene Lizenzgebühr*, wie ein vernünftiger Erlaubnisgeber sie gefordert und ein vernünftiger Erlaubnisnehmer sie gewährt hätte. Der BGH begründet diese schadensersatzrechtliche Sonderbehandlung, die in einer *fiktiven* Schadensberechnung besteht, mit der besonderen Verletzlichkeit von Immaterialgütern und dem besonderen Schutzbedürfnis des Rechtsinhabers.
 - cc) Und schließlich gewährt die Rechtsprechung – ebenfalls im Rahmen des Schadensersatzrechts – einen Anspruch auf Herausgabe des tatsächlich erzielten Gewinns, soweit dieser berechnet werden kann²⁴.

22 BGH, NJW 1996, 984, 985; BGH NJW 1995, 861, 865; ebenso BGH, NJW 1996, 985, 987 (den Sohn von Caroline von Monaco betreffend); siehe ferner BGH, NJW 1997, 1148, 1150; OLG Hamburg, NJW 1996, 2870, 2872; OLG Koblenz, NJW 1997, 1375, 1376; LG Ansbach, NJW-RR 1997, 978, 979; E. STEFFEN, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien: NJW 1997, 10, 13; DERS., Die Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes, in: Festschrift für Odersky (1996) 723, 735 f.

23 BGH, NJW 1992, 2753, 2754 f.; BGHZ 20, 345, 353 zur Verletzung des Rechts am eigenen Bild.

Ich meine, daß die beiden letztgenannten Rechnungsposten richtigerweise *nicht* über das Schadensersatzrecht ausgeglichen werden dürfen. Grundlage einer angemessenen Lizenzgebühr (also dessen, was vernünftigerweise gezahlt worden wäre) ist nach richtiger Auffassung das Bereicherungsrecht: Hier geht es nämlich nicht darum, daß dem Berechtigten etwas genommen wurde – wenn dies doch in concreto der Fall ist, kommt man ja schon mit dem Anspruch auf entgangenen Gewinn nach § 252 BGB zurecht –, sondern es geht um den *Vermögenszuwachs*, den der Eingreifende durch die Nutzung bzw. den Gebrauch des Schutzgegenstandes erzielt hat. Und da die Herausgabe der Nutzung unmöglich ist, muß gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz geleistet werden, der richtigerweise am objektiven Verkehrswert des primär Erlangten zu bemessen ist.

Soweit es um die Herausgabe des konkret vom Eingreifenden erzielten Gewinns geht, ist der Weg über die unerlaubte Eigengeschäftsführung (§§ 687 Abs. 2 S. 1, 681, 667 BGB) die richtige Lösung – mit der durchaus angemessenen Konsequenz, daß nur der *vorsätzliche* Eingriff in das Persönlichkeitsrecht einen Anspruch auf Herausgabe des Gewinns begründet²⁵. Als *Schaden*, also als *unfreiwilliges* Vermögensopfer des Geschädigten, läßt sich der Vermögenszuwachs auf seiten des Eingreifenden nicht qualifizieren. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber den Anspruch auf Gewinnherausgabe terminologisch vom Schadensersatzanspruch getrennt. Folgt man dagegen der verbreiteten Rechtsprechung, wonach auch der tatsächlich später erzielte Gewinn im Rahmen eines *Schadensersatzanspruchs* herauszugeben ist, verstößt man gegen das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot, also gegen den Grundsatz, daß ein Schadensersatzanspruch den Verletzten nicht besser stellen darf, als er ohne die Rechtsverletzung stünde²⁶. Zu Recht hat denn auch der BGH in den bereits erwähnten Caroline von Monaco-Entscheidungen ausdrücklich hervorgehoben, daß auch im Rahmen der – vielfach als „Schmerzensgeld“ bezeichneten – *Entschädigung* eine „Gewinnabschöpfung“ nicht möglich sei²⁷. Von daher dürfte der Weg über die angemäße Eigengeschäftsführung in der Tat vorzugswürdig sein²⁸.

24 Im Strafrecht findet dies eine gewisse Parallele im Verfall und der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB, die allerdings nicht dem Geschädigten (dem Opfer) zugute kommen, sondern dem Staat.

25 Ein Bereicherungsanspruch scheidet daran, daß der aufgrund eigener kommerzieller Leistung später tatsächlich erzielte Gewinn nicht das auf Kosten des Verletzten primär „Erlangte“ ist und auch nicht dessen nach § 818 II BGB zu ersetzender Wert.

26 Vgl. auch R. MÜLLER, Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen (1997) 185 f.: Der Substanzträger müsse konkret darlegen, daß die als entgangener Gewinn geltend gemachten Vermögensvorteile entweder im Zeitpunkt des Ereignisses zu seinem Vermögen gehörten oder ihm doch zumindest ohne den Eingriff zugeflossen wären. Nur in Ausnahmefällen werde der Substanzträger aber darlegen können, daß er seine Körpersubstanzen ohne den Eingriff selbst wirtschaftlich genutzt hätte. Die bloße Chance eines entgeltlichen Vertrages über die Körpersubstanzen genüge hierfür nicht.

27 BGH, NJW 1996, 984, 985 m. Anm. DEUTSCH, LM 5/1996 § 823 (Ah) BGB Nr. 122; BGH NJW 1995, 861, 865; ebenso (und noch ausführlicher begründet) OLG Hamburg, NJW

V. SCHLUSSFOLGERUNGEN FÜR DAS DELIKTSRECHT

Nimmt man insoweit eine Gesamtbetrachtung aus dem Blickwinkel des Deliktsrechts vor, dann lassen sich, so meine ich, folgende Thesen aufstellen:

1. Die Rechtsprechung sollte die *Schadensausgleichsfunktion* des *Deliktsrechts* nicht über Gebühr ausdehnen, soweit andere taugliche Instrumente des Zivilrechts zur Verfügung stehen, die das gewünschte Ergebnis systemkonformer tragen. Aus diesem Blickwinkel sind (neben dem Vertragsrecht) das Bereicherungsrecht und das Recht der unerlaubten Eigengeschäftsführung als komplementäre, also ergänzende Instrumentarien zu begreifen. Die sogenannte „dreifache“ Schadensberechnungsmethode der Rechtsprechung sollte deshalb auf eine „einfache“ Schadensberechnungsmethode, ergänzt um bereicherungsrechtliche und GoA-Ansprüche, zurückgeführt werden.
2. Die Rechtsprechung sollte die *Genugtuungsfunktion* des „Schmerzensgeldes“ nicht bemühen, soweit andere taugliche Instrumente des Zivilrechts zur Verfügung stehen, die das gewünschte Ergebnis systemkonformer tragen. Denn immerhin ist zu berücksichtigen, daß die Sühnefunktion dem Zivilrecht fremd ist, weshalb übrigens auch der deutsche BGH die Vollstreckung amerikanischer punitive-damage-Urteile in Deutschland für ordre-public-widrig erklärt hat²⁹. Demnach sollte die Genugtuungsfunktion des „Schmerzensgeldes“, die der BGH im selben Urteil wegen ihres im Vergleich zu punitive damages *weniger* „strafenden“ Charakters ausdrücklich gebilligt hat, nur dort zum Tragen kommen, wo sie wirklich erforderlich ist. Folglich sollte die Rechtsprechung bei der Sanktionierung der bösen Gewinnerzielungs*absicht* mit Hilfe des „Schmerzensgeldes“ dort zurückhaltend sein, wo der konkret erzielte Gewinn über die unerlaubte Eigengeschäftsführung abgeschöpft werden kann.
3. Die Rechtsprechung sollte die *Genugtuungsfunktion* des „Schmerzensgeldes“ nicht bemühen, soweit *deliktsrechts-immanent* mit der Ausgleichsfunktion zurecht-zukommen ist. Im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzung eröffnet sich ein Ausweg in der Tat dadurch, daß eine rechtswidrige und als Grundlage einer „Schmerzensgeldzahlung“ in Betracht kommende Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung anerkanntermaßen von einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung abhängt³⁰ und bei ganzheitlicher Würdigung richtigerweise durchaus von der durch die Verletzung hervorgerufenen Beziehung zum Schädiger und den in des-

1996, 2870, 2872; STEFFEN (Fn. 22) NJW 1997, 10, 13; a.A. M. PRINZ, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien: NJW 1996, 953, 955 f. m.w.N.

28 So auch MÜLLER (Fn. 26) 187 f.; siehe zu den verschiedenen Konstruktionsmöglichkeiten der Gewinnabschöpfung ferner MünchKomm/Seiler, BGB, 3. Aufl. (1997) § 687 Rdnr. 22.

29 BGHZ 118, 312, 338 ff.

30 BGH VersR 1986, 173, 174; BGHZ (GrZS) 18, 149, 151 ff.; MÜNCHKOMM/STEIN (Fn. 20) § 847 Rdnrn. 18 ff. m.w.N.

sen Verhalten zum Ausdruck kommenden Gesinnungsmerkmalen abhängig ist³¹. Anders gesagt: Wenn die Schwere einer rechtswidrigen Persönlichkeitsrechtsverletzung auch von Anlaß und Beweggrund des Handelnden sowie vom Grad seines Verschuldens abhängig ist, dann spricht schon die *Ausgleichsfunktion* dafür, diese Umstände in die „Schmerzensgeldbemessung“ einzubeziehen. Auf die Genugtuungsfunktion braucht dann nicht zurückgegriffen zu werden³². Erst recht gilt dies etwa für die heftig umstrittene Frage einer „Schmerzensgeldzahlung“ für den durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten³³: Soweit hier „Schmerzensgeld“ gezahlt werden muß, obwohl der Verletzte (wegen der Schwere der Verletzungen) gar keine „Schmerzen“ (mehr) empfinden kann, ist dahinter keineswegs der „sanktionierende“ Sühnegeranke auszumachen. Richtigerweise ist vielmehr durch die „billige Entschädigung in Geld“ nach § 847 BGB u.a. auch der Verlust an Entfaltungsfreiheit des Verletzten, in den Worten von E. Lorenz der „Lebensführungsschaden“, *auszugleichen*³⁴.

4. Nur am Rande möchte ich schließlich darauf hinweisen, daß die Ausgleichs- und Sühnefunktion nicht selten auch in anderer Beziehung (und über den von Herrn Kubota bereits zutreffend genannten Fall des Mitverschuldens hinaus³⁵) miteinander verwoben sind. Dazu ein Beispiel: Bekanntlich gewährt § 823 Abs. 1 BGB keinen Ausgleich für reine Vermögensschäden. Es hat sich allerdings in bestimmten Bereichen das Bedürfnis gezeigt, doch reine Vermögensschäden über das Deliktsrecht auszugleichen. Dies gilt etwa für den gewerblichen Bereich, so daß die Rechtsprechung das sogenannte „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt hat. Voraussetzung für einen Anspruch wegen einer Verletzung des Rechts am Gewerbebetrieb ist allerdings, daß eine *unmittelbare* Verletzung dieses Rechts vorliegt. Was dafür im einzelnen erforderlich ist, ist zwar sehr umstritten; nach herrschender Auffassung liegt aber ein unmittelbarer Eingriff jedenfalls dann vor, wenn eine *vorsätzliche*, zielgerichtete Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs gegeben ist³⁶. Liegt dieser Beurteilung nicht, und das ist meine vorsichtige Frage,

31 BGHZ 118, 312, 339: Die Genugtuungsfunktion bringt immer eine gewisse, durch den Schadensfall hervorgerufene persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigtem zum Ausdruck; siehe zu dieser Frage auch BVerfGE 91, 335 ff.

32 Kritisch zum fließenden Übergang von Ausgleichsschmerzensgeld zum Strafschmerzensgeld E. DEUTSCH, Anm. zu BGHZ 118, 312: JZ 1993, 266, 267.

33 Ausführliche Darstellung der Problematik bei LORENZ, FS Wiese (Fn. 10) 261 ff.; siehe aus neuerer Zeit ferner OLG Schleswig NJW-RR 1998, 1404 f.

34 LORENZ, FS Wiese (Fn. 10) 268 ff.

35 Nach § 254 BGB ist ein schuldhaftes Verhalten des Geschädigten anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Das gilt jedoch nach h. M. dann nicht, wenn der Schädiger vorsätzlich handelt, siehe BGHZ 98, 148, 158; BGH, NJW 92, 310, 311.

36 Siehe näher J. TAUPITZ, Haftung für Energieleiterstörungen durch Dritte (1981) 179 f.

letztlich auch die Auffassung zugrunde, daß vorsätzliches Verhalten sanktionswürdiger ist als bloß fahrlässiges Verhalten, so daß auch hier – wie beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht – auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen der Präventionsgedanke und möglicherweise sogar der Sühnegedanke eine Rolle spielt? In der Tat meine ich, daß überall dort, wo die Rechtsprechung sogenannte offene Tatbestände auszufüllen hat, was wiederum aufgrund einer, wie es stereotyp heißt, „umfassenden Güter- und Interessenabwägung“ zu erfolgen hat, auch der rechtsethische Unwert einer Handlung einfließen kann und damit Sühneaspekte, zumindest ihre präventive Kehrseite, mit eine Rolle spielen.

VI. ZUR STELLUNG DER GERICHTE

Zur Stellung der Gerichte kann ich aus Zeitgründen nur noch wenig sagen. Folgende Punkte sind vielleicht gerade im Hinblick auf die vorherigen Referate bemerkenswert:

Zum einen werden die Gerichte in Deutschland bekanntlich in sehr viel größerem Umfang als in Japan von den Bürgern in Anspruch genommen – über die Ursachen ist schon gesprochen worden. Das bedeutet, daß unter anderem auch das deutsche Deliktsrecht in sehr viel stärkerem Ausmaß durch die Gerichte ausgeformt, konkretisiert und fortentwickelt wird. Gerade zum Deliktsrecht kann man sagen, daß es zu ganz wesentlichen Teilen Richterrecht ist. Diese richterliche Prägung beginnt – um nur wenige Beispiele zu nennen – bei der Anerkennung ungeschriebener „sonstiger Rechte“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB, geht weiter über eine detaillierte Ausgestaltung der Verkehrspflichten, zeigt sich in der Ausdehnung der Billigkeitsentschädigung nach § 847 BGB auf das in dieser Norm nicht genannte allgemeine Persönlichkeitsrecht und spiegelt sich nicht zuletzt in Modifikationen des Prozeßrechts wider, etwa durch Umkehrungen der Beweislast oder in Annäherungen an die Inquisitionsmaxime etwa im Arzthaftungsprozeß (Stichwort: Herstellung von Waffengleichheit im Prozeß). Eine ganz besondere Rolle spielt bei dieser richterrechtlichen Gestaltung auch die Tatsache, daß mit der Materie des Haftungsrechts zunehmend Spezialspruchkörper befaßt sind, also Kammern oder Senate, die schwerpunktmäßig oder sogar ausschließlich haftungsrechtliche Fragen beurteilen. Neben den damit verbundenen Vorteilen einer Spezialisierung im Sinne großer Fachkenntnis beinhaltet dies freilich auch die Gefahr, daß der Blick für die Gesamtrechtsordnung bzw. das übrige Zivilrecht verloren geht und damit eine ungute Abkoppelung von anderen Teilen der Rechtsordnung gefördert wird³⁷.

Abzuwarten bleibt, welchen Einfluß seit kurzem geplante Änderungen hinsichtlich des Zugangs zu den Gerichten auf die rechtsprägende Kraft der Gerichte und die Rechtskultur haben werden. Denn Gerichte können die Rechtsordnung nur in dem Um-

37 Vgl. dazu J. TAUPITZ, *Medizinrecht vor den Gerichten – Ein Blick in die ferne Zukunft*: ZRP 1997, 161, 162.

fang fortentwickeln, in dem sie von den Bürgern mit einem konkreten Rechtsstreit befaßt werden. Anders als Wissenschaftler können sie dagegen nicht ein ihnen spannend und wichtig erscheinendes Problem aufgreifen. Deshalb ist es der Fortentwicklung der Rechtsordnung durchaus zuträglich, wenn offene Fragen vor die Gerichte gebracht werden. Nach einer Gesetzesinitiative des Bundesrates aus dem Jahre 1996 sollen nun aber die Länder die Möglichkeit erhalten, in Bagatellsachen die Zulässigkeit einer Klage von dem vorherigen Durchlaufen eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens abhängig zu machen.³⁸ Zu den Bagatellsachen werden neben vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Wert von bis zu 1.200 DM (etwa 85.000 Yen) und Nachbarschaftsstreitigkeiten auch Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, soweit sie nicht in Presse oder Rundfunk begangen wurden, gerechnet. Hintergrund ist aber nicht etwa der gerade in Asien so hochgeachtete Wunsch, einen gesichtswahrenden Kompromiß der Parteien zu erreichen, der dem Rechtsfrieden viel besser dient als ein kontradiktorisches Urteil. Vielmehr stehen vor allem *Kostengesichtspunkte* hinter diesem Vorschlag: Die Justiz soll entlastet werden, weil sie – angeblich³⁹ – zu teuer ist.

Abzuwarten bleibt, ob diese zwangsweise vorgeschalteten Schlichtungsverfahren überhaupt eine nennenswerte Entlastung der Gerichte bringen werden. Denn aus verfassungsrechtlichen Gründen kann ein Zugang zu den Gerichten durch Schlichtungsstellen nicht endgültig verwehrt werden; man kann den Zugang zu den Gerichten auf die vorgeschlagene Weise lediglich erschweren bzw. verzögern und – so die Hoffnung – in bestimmtem Umfang überflüssig machen.⁴⁰ Zugleich bleibt abzuwarten, inwieweit das zweigestufte Verfahren auch in Zukunft der effektiven Rechtsdurchsetzung dienen wird. Wenn man berücksichtigt, daß die Prozeßfreudigkeit der Deutschen wohl auch darauf beruht, daß man in Deutschland bisher relativ zügig⁴¹ und im großen und ganzen im Ergebnis überzeugend Recht bekam (und es in der Regel auch effektiv durchsetzen konnte), während die große Bedeutung außergerichtlicher Streitschlichtung in anderen Ländern wohl nicht zuletzt mit der dort schlechteren Verfassung der Justiz zu begründen ist, dann mag man an der Sachgerechtigkeit der jetzt vorgeschlagenen Änderung durchaus zweifeln. Gutes Recht ist vor allem auch schnelles Recht, und das wird in Zukunft in Deutschland vielleicht gerade in Bagatellfällen nicht mehr im gleichen Ausmaß wie bisher zu haben sein.

38 Geplanter § 15a EGZPO, siehe BR-Dr. 605/96; siehe hierzu A. STADLER, Außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung – Chance oder Illusion: NJW 1998, 2479.

39 Mit dem Hinweis auf die 50%ige Kostendeckung in der Zivilgerichtsbarkeit gegen das Kostenargument L. PETERS, Anwaltliche Fragezeichen bei geplanter obligatorischer außergerichtlicher Streitschlichtung: AnwBl. 1997, 531.

40 Vgl. STADLER (Fn. 38) 2484 m.w.N.

41 So liegt die durchschnittliche Verfahrensdauer vor den Amtsgerichten bei ca. 4,5 Monaten; allerdings mit erheblichen Abweichungen von Land zu Land: Bayern und Baden-Württemberg 3,6 bzw. 3,9 Monate, Brandenburg 6,1 Monate, zitiert nach STADLER (Fn. 38) 2483.