

Schriften zum Bürgerlichen Recht

---

Band 266

**Die Privatstrafe –  
eine Untersuchung  
privater Strafzwecke**

**Zivilrechtlicher Schutz  
vor Zwangskommerzialisierung**

**Von**

**Steffen Klumpp**



**Duncker & Humblot · Berlin**

STEFFEN KLUMPP

Die Privatstrafe – eine Untersuchung  
privater Strafzwecke

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 266

# Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke

Zivilrechtlicher Schutz  
vor Zwangskommerzialisierung

Von  
Steffen Klumpp



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Klumpp, Steffen:**

Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke :  
zivilrechtlicher Schutz vor Zwangskommerzialisierung / von  
Steffen Klumpp. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002  
(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 266)  
Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2001  
ISBN 3-428-10648-2

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7387  
ISBN 3-428-10648-2

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2001 von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Mannheim als Dissertation angenommen.

Mein Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Volker Rieble, der die Arbeit angeregt und stets gefördert hat. Ihm verdanke ich viel. Ebenfalls zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Professor Dr. Egon Lorenz, der nicht nur das Zweitgutachten erstellt, sondern der Dissertation auch inhaltlich durch seine wissenschaftlichen Arbeiten wesentliche Impulse gegeben hat.

Nicht missen möchte ich die Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Mannheim; das Klima an diesem Lehrstuhl war mehr als angenehm und förderte so die Arbeit zusätzlich.

Für den geduldig und liebevoll getragenen Verzicht danke ich Frau Claudia S. Thommes.

In Dankbarkeit gewidmet ist dieses Buch meinen Eltern.

Mannheim, im September 2001

*Steffen Klumpp*



# Inhaltsverzeichnis

## Teil I

### Darstellung der Privatstrafe

13

A. Die Aktualität der privaten Strafe .....	13
B. Was ist Privatstrafe? .....	16
I. Phänomenologie der Privatstrafe .....	16
1. Merkmale der Strafe .....	17
a) Strafe als Übelauerlegung .....	17
b) Strafe als zwangsläufige Reaktion auf normbrecherisches Verhalten ....	19
c) Adressat: Der schuldhafte Normbrecher .....	20
2. Zweck der Strafe .....	21
a) Strafe als bloße Reaktion auf eine Rechtsverletzung .....	22
b) Relative Strafzwecke: Spezial- und Generalprävention .....	25
aa) Spezialprävention .....	25
bb) Generalprävention .....	27
cc) Vereinigung der Strafzwecke in der strafrechtlichen Praxis .....	29
3. Die private Strafe .....	30
a) Offensichtliche Unmöglichkeit einer privaten Strafe? .....	30
b) Die vollkommene Privatstrafe .....	31
c) Struktur einer modernen Privatstrafe .....	32
aa) Zivilrechtliche Strafwürdigkeit .....	33
bb) Verhängung der Strafe .....	33
cc) Der Anspruch aus Privatstrafe .....	35
dd) Legitimation durch Strafgrund .....	36
II. Zusammenfassung .....	36
C. Die Privatstrafe im historischen Überblick .....	37
I. Germanisches Recht .....	37
II. Römisches Recht .....	38
D. Privatstrafe in anderen Rechtssystemen .....	39
I. USA – punitive damages .....	40
1. Besondere Voraussetzungen für die Gewährung von punitive damages ....	40
2. Funktionen der punitive damages .....	41
3. Kritik an punitive damages .....	42
4. Punitive damages und Persönlichkeitsrechtsverletzungen .....	43
II. England .....	44
III. Frankreich .....	45
IV. Ergebnis .....	46

E. Verfassungsrechtliche Fragen und systematische Fragen .....	46
I. Verfassungsrechtliche Probleme .....	46
II. Systematische Vorüberlegungen .....	49
1. Notwendigkeit einer systematischen Einordnung .....	49
2. Elemente (Prinzipien) des inneren Systems .....	53
3. Einordnung der Privatstrafe in das äußere System des Schuldrechts .....	54

*Teil 2*

**Private Strafzwecke** 55

A. Privatstrafgrund der Prävention .....	56
I. Vorfragen .....	56
1. Prävention durch Zivilrecht? .....	56
2. Prävention durch Verhaltenssteuerung .....	56
3. Begründung einer Leistungspflicht als Mittel der Verhaltenssteuerung .....	59
4. Prävention durch Rechtsverlust .....	60
a) Inventaruntreue, § 2005 BGB .....	61
b) Erbnunwürdigkeit, § 2339 BGB .....	61
c) Kondiktionsausschluß § 817 Abs. 1 Satz 2 BGB .....	62
II. Bestandsaufnahme: Zivilrechtliche Leistungspflichten mit Präventionszweck .....	64
1. Die Vertragsstrafe .....	64
2. Schadensersatz .....	67
a) § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB .....	67
b) § 288 Abs. 1 BGB .....	68
c) Dreifache Schadensberechnung bei Verletzung von Immaterialgüterrechten .....	69
d) GEMA-Fälle und Aufwendungen für Überwachungskosten .....	70
e) Diskriminierungsentschädigung des § 611 a Abs. 2 BGB .....	71
f) Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB .....	73
g) Verhaltenssteuerung durch Schadensersatz? .....	75
aa) Präventive Wirkung der Haftungsbegründung .....	75
bb) Präventive Wirkung durch Haftungsausfüllung .....	76
cc) Prävention durch Ausweitung des Schadensbegriffes? .....	77
dd) Prävention als Funktion des Schadensersatzes neben dem Ausgleich .....	79
h) Zwischenergebnis .....	81
3. Strafzuschläge .....	83
4. Zusammenfassung für die Privatstrafe .....	84
III. Legitimation der präventiven Privatstrafe .....	85
1. Systematische Einordnung .....	85
2. Wirkung und Begründung von Schuldverhältnissen .....	87
a) Rechtswirkungen eines Schuldverhältnisses .....	87
b) Begründung eines Schuldverhältnisses – Die Privatstrafe als heteronomes Schuldverhältnis .....	88
3. Die Legitimation von Rechtsfolgen des Schuldverhältnisses .....	89
a) Willenslegitimierte rein präventiv ausgelegte Schuldverhältnisse .....	89

aa) Der Wille als Legitimationsgrund .....	89
bb) Die Vertragsstrafe .....	90
b) Rechtsfolgenlegitimation bei heteronom begründeten Schuldverhältnissen .....	93
4. Prinzip der qualitativen Relativität .....	93
a) Ausprägungen und Durchbrechung der quantitativ-relativen Leistungsbeziehung .....	93
b) Die qualitative Relativität bei außervertraglichen Schuldverhältnissen ..	97
aa) Ausgangspunkt: Zivilrecht als System des Interessenausgleichs ....	98
bb) Erscheinungsform der iustitia commutativa .....	100
c) Von der qualitativen Relativität getragene Rechtsfolgen .....	102
aa) Ausgangspunkt: Die unerlaubte Handlung .....	104
bb) Der Zuordnungsbereich des Rechtssubjekts (Rechtskreis) .....	105
cc) Die Begrenzung des Handlungsspielraumes bei unerlaubter Handlung .....	107
d) Die heteronome Obligation als Gleichgewichtslösung .....	110
5. Einordnung der Prävention .....	111
a) Unterscheidung zwischen monofunktionaler Prävention und Prävention als Reflexwirkung .....	111
b) Verstoß einer generalpräventiv orientierten Leistungspflicht gegen den Grundsatz der Relativität .....	114
c) Verstoß einer spezialpräventiv orientierten Leistungspflicht gegen den Grundsatz der Relativität .....	115
6. Gerechtfertigte Durchbrechung des Prinzips der Relativität im Falle der präventiv orientierten Privatstrafe? .....	117
a) Grundsätzliche Geeignetheit der Privatstrafe zur Verhaltenssteuerung ..	118
b) Unsicherheitsfaktor: Einsatz der Privatstrafe .....	119
c) Unsicherheitsfaktor: Präventionswirksame Bemessung der Privatstraforderung .....	123
d) Zwischenergebnis .....	124
7. Möglichkeiten der Gewinnhaftung bei Zwangskommerzialisierung .....	125
a) Mögliche Grundlagen der Haftung .....	125
b) Der Grund der Haftung .....	126
aa) Zuweisungsgehalt .....	126
(1) Grundsätzliches .....	126
(2) Besondere Persönlichkeitsrechte .....	128
(a) Das Recht am eigenen Bild .....	128
(b) Das Recht am Namen .....	131
(3) Die Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit .....	132
(a) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als alleiniges Abwehrrecht .....	132
(b) Die dualistische Auffassung .....	133
(c) Die monistische Auffassung .....	134
(d) Entscheidende Kriterien für den Zuweisungsgehalt .....	135
(aa) Nutzungsmöglichkeit durch Einwilligungsvorbehalt ..	136
(bb) Anerkennenswerter Marktwert .....	138
(e) Der fehlende Kommerzialisierungswillen .....	138

(4) Zwischenergebnis .....	139
bb) Tatbestandsmerkmale der angemäßen Eigengeschäftsführung .....	139
c) Der Haftungsumfang .....	140
aa) Lizenzanalogie – zur Prävention nicht geeignet .....	140
bb) Die Gewinnhaftung .....	141
(1) Grundlagen .....	141
(2) Die Gewinnberechnung .....	142
IV. Ergebnis .....	145
B. Der Strafzweck der Genugtuung .....	145
I. Entwicklung der Genugtuung .....	146
1. Gesetzgebungs- und Rechtsprechungsgeschichte des § 847 BGB .....	147
2. Die Doppelfunktionslehre des BGH .....	148
II. Was ist Genugtuung? .....	151
III. Kritik der Genugtuung .....	155
1. Der spezielle Subjektivismus der Genugtuung .....	155
2. Keine Rechtfertigung durch den Ausgleichsgedanken .....	157
3. Das Interesse an Genugtuung ist rechtlich nicht zu schützen .....	158
4. Keine interessengerechten Ergebnisse .....	159
5. Genugtuung als Funktion der Vertragsstrafe? .....	160
6. Zwischenergebnis .....	161
IV. Entschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen jenseits der Genugtuung .....	162
1. Grundlage der Entschädigungszahlung .....	162
2. Bemessung der Entschädigung .....	164
a) Der Nichtvermögensschaden nach § 847 BGB .....	164
b) Die rein objektive Schadensbestimmung .....	167
c) Stellungnahme .....	169
3. Folgen für die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes .....	171
V. Zusammenfassung .....	173
C. Strafzweck der Vergeltung .....	173
I. Die Verschuldenshaftung, Ausgang für eine Vergeltungs- oder Sühnefunktion? .....	173
1. Die Schuld im Strafrecht .....	174
2. Der zivilrechtliche Verschuldensbegriff .....	176
3. Objektiver Verschuldensmaßstab .....	177
a) Der objektive Fahrlässigkeitsmaßstab .....	177
b) Vorwerfbarkeit bei Vorsatz? .....	179
4. Das Alles-oder-Nichts-Prinzip .....	180
II. Ergebnis .....	182
<i>Teil 3</i>	
<b>Ergebnisse</b>	183
A. Die Privatstrafe .....	183
B. Der private Strafgrund der Prävention .....	183

Inhaltsverzeichnis	11
C. Der Strafgrund der Genugtuung .....	184
D. Die Verschuldenshaftung hat keine dem Strafrecht vergleichbare vergeltenden Elemente .....	185
E. Die Privatstrafe ist nicht zu rechtfertigen .....	186
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	187
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	202



## Teil 1

# Darstellung der Privatstrafe

## A. Die Aktualität der privaten Strafe

Eine zivilrechtliche Strafe wird ganz überwiegend abgelehnt<sup>1</sup>. Wie selbstverständlich werden „poenale Elemente“ als dem Privatrecht systemfremd bezeichnet – eine Ansicht, die sich auf die Gesetzgebungsgeschichte des BGB stützen kann<sup>2</sup>. Die Privatstrafe als privatrechtliches Strafinstrument ist danach ein „Saurier der Rechtsgeschichte“, wie schon *Philipp Heck* 1929 meinte<sup>3</sup>, und die Aufgabe zu strafen wird allein dem Strafrecht überantwortet. Strafende Rechtsfolgen werden damit aus dem Privatrecht ausgeschlossen. Eine lange rechtshistorische Entwicklung hat in der Trennung von Zivil- und Strafrecht scheinbar ihren Abschluß gefunden. Dies dokumentiert nichts deutlicher als die Tatsache, daß der *BGH* die US-amerikanischen punitive damages, die als Prototyp einer Privatstrafe gelten können, als mit dem deutschen *ordre public* nicht vereinbar erklärt hat<sup>4</sup>.

Allerdings ist die Diskussion um Strafelemente im Zivilrecht nie gänzlich verstummt – vor allem über die Frage der Bemessung der Entschädigung immaterieller Schäden wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes<sup>5</sup>. Hier wurden, nachdem das allgemeine Persönlichkeitsrecht als absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB anerkannt war<sup>6</sup>, durch die höchstrichterliche Rechtsprechung immer auch Funktionen der Entschädigungszahlung und in der Folge Faktoren für die Bemessung der Höhe der Entschädigungszahlung berücksichtigt, die nach striktem Verständnis eher einer strafenden denn einer ausgleichenden Rechtsfolge zuzuordnen wären: Wurden unter die der Entschädigung zukommenden Funktionen die der Genugtuung, der Sühne und der Prävention gerechnet<sup>7</sup>, so unter die Bemessungsfaktoren die Schwere des Eingriffes, der Verschuldensgrad, die Vermögensverhältnisse<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Siehe nur *BGH* vom 4.6.1992 – IX ZR 149/91 – BGHZ 118, 312; *Lange*, Schadensersatz<sup>2</sup>, S. 12.

<sup>2</sup> Mot II, 17.

<sup>3</sup> Grundriß des Schuldrechts, S. 437.

<sup>4</sup> *BGH* vom 4.6.1992 – IX 149/91 – BGHZ 118, 312.

<sup>5</sup> *Lange*, Schadensersatz<sup>2</sup>, S. 12.

<sup>6</sup> *BGH* vom 25.5.1954 – I ZR 211/53 – BGHZ 13, 334.

<sup>7</sup> *BGH* vom 19.9.1961 – VI ZR 259/60 – BGHZ 35, 363, 367.

<sup>8</sup> Siehe nur *BGH* vom 8.7.1980 – VI ZR 158/78 – NJW 1980, 2810; MünchKomm-Rix-ecker<sup>4</sup>, § 12 Anh. Rn. 214 ff.

Letztlich neu entfacht wurde die alte, aber noch glimmende Diskussion um eine zivilrechtlich-straftende Rechtsfolge durch eine höchstrichterliche Entscheidung, die die Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit und mit ihr ein Problem der modernen Mediengesellschaft zivilrechtlich einzuordnen versuchte<sup>9</sup>.

Der *Bundesgerichtshof* sprach der Klägerin, einer monegasischen Prinzessin, eine Entschädigung für die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu, weil eine Zeitschrift auf ihrer Titelseite ein „Exklusivinterview“ mit ihr angekündigt und im Innenteil auch über mehrere Seiten abgedruckt hatte. Freilich war dieses Interview, das bezeichnenderweise das Verhältnis der Prinzessin zur Presse zum Inhalt hatte, nie geführt worden<sup>10</sup>. In einer späteren Ausgabe<sup>11</sup> derselben Zeitschrift konnte die Prinzessin Fotos aus ihrem „Familienalbum“ bestaunen, welche darin aber niemals enthalten waren, sondern von einem Paparazzo rechtswidrig aufgenommen wurden. Schließlich veröffentlichte ein anderes Blatt des beklagten Verlages vorwiegend die falsche Nachricht von der baldigen Hochzeit der Prinzessin<sup>12</sup>.

Nach der überkommenen Rechtsprechung ist eine Entschädigung für immateriellen Schäden an hohe Voraussetzungen geknüpft. Sie wird nur zugesprochen, wenn ein schwerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vorliegt und dem Schädiger ein hohes Verschulden zur Last gelegt werden kann. Darüber hinaus dürfen andere Rechtsbehelfe wie Widerruf oder Unterlassungsanspruch keine Abhilfe schaffen<sup>13</sup>.

In der Begründung des *Caroline*-Urteils führt das Gericht zusätzlich aus, aus den Art. 1, 2 GG folge auch ein zivilrechtlicher Schutzauftrag für die Persönlichkeitsrechte. Ein Schutz vor der Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Medien sei aber nur dann wirklich sicherzustellen, wenn von der zu leistenden Entschädigung für den Schädiger ein „echter Hemmeffekt“ ausgehe<sup>14</sup>. Folgerichtig wurden so als Bemessungsfaktor nicht etwaige Beeinträchtigungen auf Seiten der Prinzessin<sup>15</sup>, sondern der durch die Vermarktung erzielte Gewinn herangezogen – wobei freilich nicht der gesamte Gewinn abgeführt werden sollte<sup>16</sup>.

Obwohl auch bei vorangegangenen Entscheidungen bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes die Prävention als Funktion der Entschädigung genannt

<sup>9</sup> *BGH* vom 15.11.1994 – VI ZR 56/94 – BGHZ 128, 1 = NJW 1995, 861 = LM Nr. 119 zu § 823 (Ah) = JZ 1995, 360.

<sup>10</sup> „Die Bunte“ vom 19.3.1992, S. 16 ff.

<sup>11</sup> „Die Bunte“ vom 21.5.1992, S. 22 ff.

<sup>12</sup> „Glücks Revue“ vom 20.8.1992.

<sup>13</sup> Schon *BGH* vom 14.2.1958 – I ZR 151/56 – BGHZ 26, 349, 359; *BGH* vom 15.12.1987 – VI ZR 35/87 – VersR 1988, 405; *BGH* vom 15.11.1994 – 56/94 – BGHZ 128, 1, 12. Vgl. hierzu *G. Müller*, VersR 2000, S. 797, 800.

<sup>14</sup> *BGH* vom 15.11.1994 – VI ZR 56/94 – BGHZ 128, 1, 16.

<sup>15</sup> Widersprüchlich hier *G. Müller*, VersR 2000, S. 797, 803, die zwar zugibt, daß kein wertmäßiger Zusammenhang zwischen dem erzielten Gewinn und der immateriellen Beeinträchtigung bestehe, gleichwohl aber am Charakter des Entschädigungsanspruches festhält.

<sup>16</sup> *BGH* vom 15.11.1994 – VI ZR 56/94 – BGHZ 128, 1, 16.

wurde<sup>17</sup>, trat diese bei BGHZ 128, 1 erstmals deutlich und als charakteristisches Merkmal hervor, das sogar beim Vergleich mit dem Schmerzensgeld nach § 847 BGB die bisweilen sehr differierenden Entschädigungszahlungen rechtfertigen können soll<sup>18</sup>.

Die *Caroline*-Entscheidung löste eine Fülle an wissenschaftlichen Äußerungen aus<sup>19</sup>. Dies nicht zuletzt deshalb, weil hier das klar abgegrenzt geglaubte zivil- und strafrechtliche Instrumentarium sich zu überschneiden scheint. Mit einer privatrechtlichen Rechtsfolge, nämlich der Verpflichtung zur Entschädigung eines immateriellen Schadens, sollte in erster Linie ein präventiver Zweck erreicht werden. Und die Bemessung der Verpflichtungssumme gehorchte hauptsächlich diesem Zweck. Man war Gleiches nur bei der Strafbemessung oder etwa bei US-amerikanischen punitive damages gewohnt. Somit steht die *Caroline*-Entscheidung in einem Spannungsverhältnis zur Rechtsprechung des *BGH* zur Vollstreckbarkeit von punitive damages. Wobei man bei dieser Wandlung der Rechtsprechung von der strikten Ablehnung der punitive damages hin zur – vielleicht unbewußten – Anerkennung von zumindest strafnahen Elementen an einen ähnlichen Wandel in den Auffassungen *v. Iherings* erinnert ist. Hatte dieser zunächst von der Privatstrafe als „vollkommene(r) pathologische(r) Form der Bekämpfung des zivilrechtlichen Unrechts“<sup>20</sup> gesprochen, so lobte er später im Zusammenhang mit den klassischen Privatstrafen das „gesunde römische Rechtsgefühl“<sup>21</sup>.

Auch die zeitgenössischen Meinungen zu privatrechtlichen Strafelementen divergieren. Wird einerseits begrüßt, daß Aspekte der Strafe – wenngleich die strafrechtliche Terminologie meist vermieden wird – auch im Zivilrecht Berücksichtigung finden<sup>22</sup>, weil gerade im Falle der Zwangskommerzialisierung das vom *BGH* gewählte das einzig geeignete Mittel für den Persönlichkeitsrechtsschutz sei, so wird auf der anderen Seite festgestellt, daß diese Rechtsprechung an den Grundlagen der Dogmatik rüttele<sup>23</sup>, wenn nicht gar ein „Todesstoß für die schadensrechtliche Dogmatik“ sei<sup>24</sup>.

---

<sup>17</sup> *BGH* vom 22.1.1985 – VI ZR 28/83 – VersR 1985, 391, 393; *BGH* vom 19.9.1961 – VI ZR 259/60 – BGHZ 35, 363, 367.

<sup>18</sup> So *BVerfG* vom 8.3.2000 – 1 BvR 1137/96 – NJW 2000, 2187, 2188.

<sup>19</sup> Es seien nur erwähnt *Bentert*, Das poenale Element, 1996; *Seitz*, NJW 1996, S. 2849; *Soehring*, NJW 1997, S. 360; *Prinz*, NJW 1996, S. 953; *Stürner*, AfP 1998, S. 1; *Gounalakis*, AfP 1998, S. 16; *Steffen*, NJW 1997, S. 10; *Canaris*, in: FS *Deutsch*, S. 85; *v. Holleben*, Geldersatz bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Medien; *Beuthien/Schmölz*, Persönlichkeitsrechtsschutz durch Gewinnherausgabe, K&R 1999, S. 396; *Löwe*, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, 2000.

<sup>20</sup> Schuldmoment, S. 61.

<sup>21</sup> Kampf um 's Recht, S. 84.

<sup>22</sup> *Bentert*, passim; *Stürner*, AfP 1998, S. 1; *Schwerdtner*, Karlsruher Forum, S. 43, nennt die Berücksichtigung präventiver Gesichtspunkte „dringend geboten“.

<sup>23</sup> *Seitz*, NJW 1996, S. 2849.

<sup>24</sup> *Gounalkais*, AfP 1998, S. 10, 18.