JOHANNES ADY

Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht 136

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

136

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann

Johannes Ady

Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen

Mohr Siebeck

Johannes Ady, geboren 1971; Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen und Mailand; 2003 Promotion; Staatsanwalt.

978-3-16-158471-8 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019
ISBN 3-16-148510-6
ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.ddb.de* abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Die Anfertigung der vorliegenden Arbeit fiel in die Zeit großer Reformen in nationalem ebenso wie in internationalem Bereich. Nur mit tatkräftiger Unterstützung durch andere konnte der entstandene Arbeitsandrang bewältigt und die Arbeit in ihre jetzige Form gebracht werden.

Vorab gebührt ein besonderer Dank Professor Dr. Dietrich Rothoeft, der durch seine Vorlesungen zur Rechtsvergleichung in Tübingen nicht nur mein Verständnis für das deutsche Privatrecht wesentlich geschärft, sondern insbesondere auch mein Interesse an vertiefter wissenschaftlicher und rechtsvergleichender Arbeit erweckt hat. Ohne ihn und die Zeit als sein wissenschaftlicher Mitarbeiter hätten mir wesentliche Voraussetzungen gefehlt, um diese Arbeit anfertigen zu können.

Genauso bin ich Professor Dr. Mathias Rohe zu Dank verpflichtet, der die Betreuung dieser Arbeit von ihrem Entstehen bis zum Abschluss einschließlich des Abfassens des Erstvotums übernommen hat. In zahlreichen Gesprächen mit ihm kamen neue Impulse und Denkansätze auf, die gerade in schwierigen Momenten die Arbeit vorantrieben. Seiner Unterstützung und Förderung ist es zu verdanken, dass die Arbeit ihre jetzige Form gefunden hat. Herrn Professor Dr. Winfried Veelken danke ich für die Erstellung des Zweitberichts.

Ein weiterer Dank gebührt Professor Dr. Hermann Reichold, der mir während meiner Zeit an seinem Lehrstuhl, die ich auch heute noch in sehr guter Erinnerung habe, den notwendigen Freiraum gewährte, um recherchieren und die Arbeit vorantreiben zu können.

Schließlich danke ich den Herausgebern der Schriftenreihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ für ihre Entscheidung, die vorliegende Arbeit in den Kreis der darin veröffentlichten Werke aufgenommen zu haben.

Es wären an dieser Stelle noch viele weitere Personen zu nennen, die durch Zeitschriften- und Literaturrecherche, Übersetzung, Korrekturlesen oder auch nur psychische Unterstützung zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Bei ihnen habe ich mich persönlich bedankt, sodass ich dem Leser an dieser Stelle weitere Namen nicht mehr nennen möchte.

Inhaltsübersicht

Einleitung 1

Teil 1 - Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

A. Begriff immaterieller Schaden 5
B. Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens in unterschiedlichen Rechtsordnungen 26

Teil 2 - Die Bemessung der Entschädigung

A. Überblick über die Bemessungskriterien im deutschen Recht 84
B. Die Funktionen des Ersatzanspruchs als Hauptkriterium für seine Bemessung 98
C. Die Bemessung des Entschädigungsanspruchs in anderen Rechtsordnungen 126
D. Alternative Berechnungsmöglichkeiten 164

Teil 3 - Folgerungen und Entwicklung

A. Folgerungen aus der bisherigen Darstellung 185
B. Ausblick: Immaterieller Schadensersatz als Mediator zwischen Schädiger und Geschädigtem? 231
C. Zusammenfassendes Endergebnis 259

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XIX

Teil 1 - Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

A. Begriff immaterieller Schaden 5
I. § 253 BGB als Ausgangspunkt 5
II. Historische Entwicklung 7
1. Wurzeln des immateriellen Schadens 7
a) Vergeltungsrecht 7
b) Römisches Recht: die *actio injuriarum* 8
c) Das altarabische Recht 10
d) Germanisches Recht: das Schmerzensgeld 10
e) Weitere Formen von Entschädigungsansprüchen 11
2. Veränderungen bis in die Zeit der Aufklärung 12
3. Die Ausprägung des immateriellen Schadens im neunzehnten Jahrhundert 14
III. Trennung des Schadensbegriffs im Ausland 16
1. Romanischer Rechtskreis 17
a) Frankreich 17
b) Spanien 19
c) Italien 20
2. Rechtskreis des *Common Law* 21
3. Kodifikationen des 20. Jahrhunderts 21
4. Zusammenfassendes Ergebnis 22
IV. Definition 23

B. Die Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens in unterschiedlichen Rechtsordnungen 26
I. Überblick über die Regelungen 26
1. Überstaatliches Recht 26
a) Europarat 26
b) Europäisches Gemeinschaftsrecht 27
2. Frankreich 29
a) Rechtslage 29
(1) *Dommage moral* im Allgemeinen 29
(2) *Dommage corporel* im Besonderen 30
(3) Begrenzung 33
b) Schadenshöhe 33
(1) Personenschäden 33

(2) Andere Fälle ... 34
c) Verwandte Rechtsordnungen ... 35
3. England ... 35
a) Rechtslage ... 35
(1) Schadensterminologie ... 35
(2) *Pain and suffering* ... 37
(3) Andere nichtvermögensrechtliche Schadensgruppen ... 38
b) Schadenshöhe ... 39
(1) Personenschäden ... 40
(2) Andere Fälle ... 41
c) Verwandte Rechtsordnungen ... 41
(1) Persönlichkeitsrecht ... 41
(2) *Punitive Damages* ... 42
(3) Juryverfahren ... 43
4. Italien ... 44
a) Rechtslage ... 44
(1) Gesetzeslage ... 44
(2) Rechtsprechung, *danno alla salute* ... 45
b) Schadenshöhe ... 47
5. Schweiz ... 48
a) Rechtslage ... 48
b) Höhe der Genugtuung ... 49
6. Österreich ... 50
a) Rechtslage ... 50
b) Schadenshöhe ... 52
7. Niederlande ... 52
a) Rechtslage ... 52
b) Höhe ... 53
8. Osteuropa ... 54
9. Islamisches Recht ... 55
10. Deutschland ... 57
a) Bisherige Rechtslage ... 57
b) Änderungen 2002 ... 58
c) Höhe ... 58
II. Folgerungen aus dem Überblick ... 59
1. Hinsichtlich der Ersatzbereitschaft ... 59
a) Gemeinsamkeiten und Unterschiede ... 59
(1) Vorbemerkung ... 59
(2) Ausarbeitung am Deliktsrecht ... 60
(3) Aktuelle Tendenzen ... 61
(4) Fallgruppen ... 62

b) Die Motive zu § 253 BGB ... 62
(1) Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein ... 63
(2) Bußvorschriften ... 63
(3) Ausschluss des Affektionsinteresses ... 64
(4) Ausschluss der *actio injuriarum* ... 64
(5) Messbarkeit und richterliche Einschätzung ... 65
c) Gründe aus anderen Rechtsordnungen ... 65
d) Aktualität der Motive ... 66
(1) Rechts- und Sittlichkeitsbewusstsein ... 67
(2) Einschätzungsfreiheit des Richters ... 67
(3) Bußvorschriften ... 68
(4) Affektionsinteresse ... 69
(5) Reparation und Unberechenbarkeit ... 70
(6) Zwischenergebnis ... 70
e) Ergebnis ... 71
2. Hinsichtlich der Schadenshöhe ... 72
a) *Dommage corporel* ... 72
b) *Danno alla salute* ... 73
c) *Danno morale,* Genugtuung ... 73
d) *Nominal* und *general damages* ... 74
e) *Aggravated, contemptuous* und *exemplary* bzw. *punitive damages* ... 74
f) Affektionsinteresse ... 74
g) Anwaltskosten und andere Zahlungsverpflichtungen des Geschädigten ... 74
h) Vergleich ... 75
i) Vergleichsergebnis ... 78

Teil 2 - Die Bemessung der Entschädigung

A. Überblick über die Bemessungskriterien im deutschen Recht ... 84
I. Die Billigkeit ... 84
1. Überblick ... 84
2. Die Billigkeit nach Rümelin ... 85
3. Die Billigkeit nach Aarnio und dem BGH ... 86
4. Neue Strömungen ... 87
5. Zwischenergebnis ... 88
II. Die Funktionen ... 89
1. Problem ... 89
2. Zulässigkeit mehrerer Funktionen bei § 847 BGB ... 90
a) Verfassungsrechtliche Bedenken ... 90
b) Inhalt des § 847 BGB ... 90
(1) Historische Entwicklung ... 91

(2) Wortlaut ... 91
(3) Systematische Stellung ... 91
3. Übertragung auf den immateriellen Schaden allgemein und § 253 II BGB ... 92
a) Schadensrecht allgemein ... 92
b) Weitere gesetzliche Regelungen (§§ 611a, 651f II BGB) .. 93
(1) Wortlaut ... 93
(2) Problemlage ... 93
(3) Rechtsprechung ... 94
(4) Wissenschaftliche Diskussion ... 94
(5) Fazit ... 94
c) Aktuelle Entwicklungen ... 95
III. Verhältnis von Billigkeit und Funktionen ... 96

B. Die Funktionen des Ersatzanspruchs als Hauptkriterium für seine Bemessung ... 98
I. Zum aktuellen Meinungsstand in Deutschland ... 98
1. Rechtsprechung ... 98
2. Die Erörterung der Funktionen in der Wissenschaft ... 99
a) Weiterer Weg der Genugtuungsfunktion ... 99
b) Tendenz zur reinen Ausgleichsfunktion ... 100
c) Sonstige Funktionen ... 101
II. Der Inhalt der dargestellten Funktionen ... 103
1. Die Ausgleichsfunktion ... 103
a) Subjektiver Ansatz des BGH ... 103
b) Probleme des subjektiven Ansatzes ... 104
c) Historische Entwicklung ... 104
d) Verhaltensunrecht ... 105
e) Verobjektivierung ... 106
f) Rechtsfortsetzung und Rechtsverfolgung ... 106
g) Abgeltung ... 107
h) Zwischenergebnis ... 108
2. Die Genugtuungsfunktion ... 109
a) Entwicklung im 19. Jahrhundert ... 109
b) Bedeutung in der Rechtsprechung ... 110
c) Entwicklung in der Lehre ... 111
d) Bestätigungsgedanke ... 112
e) Zwischenergebnis ... 112
3. Die Präventivfunktion ... 114
a) Rechtsprechung ... 115
b) Dogmatische Aufbereitung ... 116
c) Generalprävention ... 117
d) Spezialprävention ... 118

e) Kritik am Präventionsgedanken ... 118
f) Zwischenergebnis ... 120
4. Die gewinnabschöpfende Funktion ... 120
a) Bisherige Behandlung ... 120
b) Probleme einer gewinnabschöpfenden Funktion ... 121
c) Zwischenergebnis ... 122
III. Übertragung auf die Beispielsfälle ... 123
IV. Die Probleme aller dargestellten Funktionen ... 124

C. Die Bemessung des Entschädigungsanspruchs in anderen Rechtsordnungen ... 126
I. Die Vergleichbarkeit der Entscheidungen anderer Rechtsordnungen ... 126
1. Entscheidungsgrundlage ... 126
2. Der Entscheidungsträger und das Jurysystem ... 127
a) Historische Entwicklung der Jury ... 127
b) Bedeutung der Jury im Staatswesen ... 128
c) Kritik ... 130
3. Auszahlungsform ... 131
II. Die Rechtsprechung in ausgewählten Staaten ... 131
1. Englische Rechtsprechung ... 131
a) *Compensatory damages* ... 131
(1) Gerechter Ausgleich ... 132
(2) Einheitlichkeit ... 132
(3) Vorhersehbarkeit ... 133
(4) Folgerungen ... 133
b) *Aggravated* und *exemplary damages* ... 133
2. US-amerikanische Rechtsprechung ... 134
3. Italienische Rechtsprechung ... 136
a) Genueser Methode ... 137
b) Pisaner Methode ... 137
c) Weiterentwicklung ... 138
d) Mailänder Methode ... 138
e) Der *danno morale* ... 139
f) Zwischenergebnis ... 139
g) Presserechtsentscheidungen ... 140
4. Französische Rechtsprechung ... 140
a) Die *appréciation souveraine* ... 140
b) Persönlichkeitsverletzungen ... 141
5. Ergebnis des Überblicks ... 142
III. Überblick über die Ziele des Entschädigungsanspruchs in der Wissenschaft ... 143
1. Ausgleich – Kompensation ... 143

a) Österreich ... 143
b) Frankreich ... 143
2. Genugtuung – Satisfaktion – Besänftigung ... 144
a) Schweiz, Niederlande ... 144
b) Anglo-amerikanisches Recht ... 146
c) Romanische Doktrin ... 147
3. Strafcharakter ... 147
a) Italien ... 148
b) Strömung in Europa ... 149
c) Anglo-amerikanische Rechtsordnung ... 150
4. Prävention ... 151
a) Anglo-amerikanisches Rechtssystem ... 152
b) Europäisches Gemeinschaftsrecht ... 153
c) Übrige Staaten ... 153
5. Gewinnabschöpfung ... 154
6. Weitere Ziele ... 154
a) Gemeinnützigkeit ... 155
b) Anreiz und Belohnung des Klägers ... 155
c) Entlastung des Staates und des Gerichtswesens ... 156
d) Ergebniskorrekturfunktion ... 156
IV. Zwischenergebnis ... 157
1. Pluralismus ... 157
2. Erklärung der unterschiedlichen Entschädigungssummen? .. 157
a) Der Markt ... 157
(1) Kaufkraft ... 157
(2) Marktgröße ... 158
(3) Beschränkung auf den Heimatmarkt ... 159
b) Das Recht ... 159
(1) Zivil- und Strafrecht ... 159
(2) Zivil- und Sozialversicherungsrecht ... 160
(3) Das Rechtsfolgensystem ... 161
c) Die Öffentlichkeit ... 161
3. Übertragung auf den Einleitungsfall (*World Trade Center*) . 162

D. Alternative Berechnungsmöglichkeiten ... 164
I. Probleme der herkömmlichen Bemessung ... 164
1. Auswirkungen auf die Versicherungsprämien ... 164
2. Willkür und Unvorhersehbarkeit ... 165
3. Probleme bei der Regulierung ... 165
4. Folgerungen ... 165
II. Rein juristische Bemessung ... 166
1. Werteinschätzung ... 166
2. Verfeinerung ... 166

3. Bezugsgrößen ... 167
a) Zeit ... 167
b) Monatsgehalt ... 167
c) Alternativen ... 167
4. Orientierung am materiellen Schaden ... 169
III. Gesetzlich vorgegebene Beträge und Regelungen ... 170
1. Fest- und Höchstbeträge ... 170
2. Regelungen zu Bemessungskriterien ... 172
IV. Ökonomische Berechnungen ... 173
1. Der Ansatz nach der ökonomischen Analyse des Rechts – Berechnung nach Bruttosozialprodukt ... 173
a) Ansatzpunkt ... 173
b) Kritik an dieser Lehre ... 174
(1) Der *homo oeconomicus* ... 174
(2) Systemgebundenheit ... 175
c) Der Gedanke der Prävention ... 175
d) Übertragung auf den immateriellen Schaden ... 176
e) Volkswirtschaftliche Funktion ... 177
2. Berechnungsmodi bei wirtschaftlichen Immaterialgütern – Methode der Lizenzanalogie ... 177
a) Rechtslage ... 177
(1) Konkrete Bezifferung ... 178
(2) Lizenzgebühr ... 178
(3) Herausgabe des Verletzergewinns ... 179
b) Übertragung auf den Ersatz immateriellen Schadens ... 179
(1) Konkrete Bezifferung und Verletzergewinn ... 179
(2) Lizenzgebühr ... 180
3. Die „*peine médiatisée*" ... 180
4. Die Berechnung bei Umweltschäden – Hypothetische Marktbildung ... 181
a) Hypothetischer Markt ... 181
b) Übertragung auf den immateriellen Schaden ... 182

Teil 3 – Folgerungen und Entwicklung

A. Folgerungen aus der bisherigen Darstellung ... 185
I. Zwei konträre Ansätze ... 185
II. Ergebnis für das deutsche Recht: Abschied von der reinen Ausgleichsfunktion ... 185
1. Rechtswirklichkeit ... 185
2. Rechtsnatur des Anspruchs ... 187
3. Ergebnisse aus der Rechtsvergleichung ... 188
a) Terminologie und Schaden ... 188

b) Höchstpersönlichkeit ... 188
c) Weitere Besonderheiten ... 189
d) Funktionen ... 189
e) Bedürfnis ... 189
4. Entwicklung im deutschen Recht ... 190
5. Unerreichbarkeit des Ausgleichs ... 191
6. Zwischenergebnis ... 192
III. Die Interessen der Parteien ... 192
1. Ableitung aus den Beispielsfällen ... 193
a) Fallbeispiel α) ... 193
b) Fallbeispiel β) ... 193
c) Fallbeispiel γ) ... 194
d) Fallbeispiel δ) ... 194
e) Fallbeispiel ε) ... 195
2. Interessen auf Seiten des Geschädigten ... 195
a) Die objektiven Verletzungen ... 195
b) Die subjektiven Verletzungen ... 196
(1) Problem ... 196
(2) Ausschluss von der Ersatzfähigkeit? ... 196
(3) Berücksichtigung unter Ausgleichsgesichtspunkten? ... 197
(4) Berücksichtigung unter Genugtuungsaspekten? ... 197
(5) Begrenzung der subjektiven Einbußen ... 199
c) Genugtuungs- und Strafbedürfnis ... 200
d) Spezialprävention und Gewinnabschöpfung ... 200
e) Weitere Interessen ... 201
f) Zwischenergebnis ... 201
3. Interessen auf Seiten des Schädigers ... 201
IV. Gesamtgesellschaftliche Interessen ... 202
1. Frage der Berücksichtigung gesellschaftlicher Interessen ... 202
a) Vorbemerkung ... 202
b) Billige Entscheidung und Grundrechte ... 203
c) Rechtsvergleichung ... 203
d) Weitere Gründe ... 204
2. Ableitung gesamtgesellschaftlicher Interessen aus den Beispielsfällen ... 205
a) Fallbeispiel α) ... 205
b) Fallbeispiel β) ... 205
c) Fallbeispiel γ) ... 205
d) Fallbeispiel δ) ... 206
e) Fallbeispiel ε) ... 206
3. Denkbare Interessen der Gesamtgesellschaft ... 206

a) Grundrechte ... 206
b) Vorhersehbarkeit ... 207
c) Rechtsfrieden und Rechtsgüterschutz ... 207
(1) Begriff ... 207
(2) Rechtsgüterschutz und Deliktsrecht ... 208
(3) Zwischenergebnis ... 209
d) Akzeptanz ... 209
e) Moralische Fragen ... 210
4. Zwischenergebnis ... 211
V. Übertragung auf die Berechnungsmethoden ... 211
1. Bezugsgrößen ... 211
2. Orientierung am materiellen Schaden ... 212
3. Gesetzliche Regelungen ... 212
a) Steter Wandel ... 212
b) Pauschalität ... 213
c) Höchstgrenzen ... 213
d) Regelungen über Bemessungskriterien ... 213
4. Berechnung nach Bruttosozialprodukt ... 213
a) Wert und Würde ... 213
b) Motive zu § 253 BGB ... 214
c) Wertunterschiede ... 214
d) Starrheit ... 215
5. Volkswirtschaftlicher Schaden ... 215
6. Lizenzanalogie ... 215
7. Die *peine médiatisée* ... 216
8. Hypothetische Marktbildung ... 217
VI. Die Interessenabwägung ... 217
1. Die Schadensbestimmung ... 218
a) Zweiteilung der Schadensfälle ... 218
b) Trennung in objektive und subjektive Einbußen ... 219
c) Feinere Untergliederung ... 220
2. Fortentwicklung zu einer Interessenentscheidung ... 221
a) Verhältnis zu den Funktionen ... 221
b) Anlage in der Billigkeitsentscheidung ... 222
c) Vereinbarkeit mit dem Zivilrecht ... 222
3. Einteilung der Interessen ... 223
4. Ergebnis und Grenzen ... 223
VII. Folgen für die Bemessung ... 224
1. Überprüfung anhand der Beispielsfälle ... 224
a) Fallbeispiel α) ... 224
(1) Niveau ... 224
(2) Ergebnis ... 225

b) Fallbeispiel β) 225
c) Fallbeispiel γ) 226
d) Fallbeispiel δ) 227
e) Fallbeispiel ε) 228
2. Ergebnis 229

B. Ausblick: Immaterieller Schadensersatz als Mediator zwischen Schädiger und Geschädigtem? 231
1. Fortentwicklung 231
2. Der Gedanke der Mediation 232
3. Neuartigkeit der Mediation 233
a) Überblick 233
b) Konzeption der Mediation 234
4. Steuerungsmöglichkeiten durch den Entschädigungsanspruch 234

C. Zusammenfassendes Endergebnis 237

Literaturverzeichnis 238

Übersicht über die wichtigsten zitierten Vorschriften 251

Sachverzeichnis 265

Abkürzungsverzeichnis

A 2d	Atlantic Reporter Second Series
a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
aaO	am angegebenen Ort
A.C.	The Law Reports - Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AfP	Zeitschrift für Meiden- und Kommunikationsrecht (früher: Archiv für Presserecht)
AG	Amtsgericht
All E.R.	The All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Anm.	Anmerkung
AnwK	Anwaltkommentar Schuldrecht (vgl. Literatur-verzeichnis)
ArchBglR	Archiv für bürgerliches Recht
Art., Artt.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
bearb.	bearbeitet
Begr.	Begründer
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BK	Berner Kommentar
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesvefassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.A.	Court of Appeal
C.C.	Codice Civile
C.P.	Codice Penale

CA	Cour d'Appel; Corte d'Appello
Cal. Rptr.	West's California Reporter
Cass.	Cassation, Cassazione
CCC	Constitutio Criminalis Carolina; Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V.
civ.	civil, civile
C.L.J.	Cambridge Law Journal
C.L.Y.	Current Law Yearbook
Corte Cost.	Corte Costituzionale
Dir. inf.	Il diritto dell'Informazione e dell'Informatica
dkr.	dänische Kronen
DM	Deutsche Mark
E.L.Rev.	European Law Review
E.R.	English Reports
EG	Einführungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EKHG	Eisenbahn- und Kraftverkehr-Haftpflichtgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl.	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Beilage zu ÖJZ)
f.	folgende
fasc.	fascicule
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GdP	Giudice di Pace
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechtrechte
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GI	Giurisprudenza Italiana
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
H.L.C.	The Law Reports - House of Lords Cases
Hfl	niederländische Gulden
HIV	Humanes Immunschwäche-Virus
Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung

inf. rap.	informations rapides
Int. Comp. L. Q.	The International and comparative law quarterly
IPP	Incapacité permanente partielle
IPT	Incapacité permanente totale
insb.	insbesondere
it.	italienisch
ITT	Incapacité temporaire de travail
JBl.	Juristische Blätter
JCP	Juris Classeur Périodique (La Semaine Juridique)
JhJhrb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
jur.	jurisprudence
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
L.R.	Law Reports
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit	italienische Lire
L. J.	Lord Justice
Loy. L.A. Int'l & Comp. L. J.	Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal
m. krit. Anm.	mit kritischer Anmerkung
MDHS	Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz
MedienR	Medien und Recht
MK	Münchener Kommentar zum BGB
mwN	mit weiteren Nachweisen
M. R.	Master of the Rolls
n.A.	neuer Abdruck
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
ndl.	niederländisch
NJ	Nederlandse jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NSWLR	New South Wales Law Reports
NYJVR	New York Jury Verdict Reports
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OAppG	Oberappelationsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht
öS	österreichische Schillinge
öst.	österreichisch
préj.	préjudice
Ptk	Polgári törvénykönyvéröl (ungarisches bürgerliches Gesetzbuch)
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
RA	Republik Argentinien
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Ref. Nr.	Referenznummer
Rep. F. It.	Repertorio del Foro Italiano
Resp. Civ. Prev.	Responsabilità civile e previdenza
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. giur. circ. trasp.	Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti
Riv. it. dir. pen.	Rivista italiana di diritto penale
Rn	Randnummer
S.	Seite
S.Ct.	United States Supreme Court reports
S.J.	Solicitor's Journal
S.W.2d	South Western Reporter Second Series
sec.	section
SeuffA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
sez.	sezione
sFr	schweizer Franken
SGB IX	Sozialgesetzbuch IX. Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen vom 19. Juni 2001
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
somm.	sommaire
Sp.	Spalte
span.	spanisch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen

TGI	Tribunal de grande instance
Tit.	Titel, titulum
Trib.	Tribunal, Tribunale
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem, unter anderen
U.S.	United States Report
UrhG	Urhebergesetz
US L.Ed. 2d	United States Supreme Court reports Lawyers Edition Second Series
usw.	und so weiter
u.v.a.	und viele andere
v.	versus
v.a.	vor allem
Var.	Variante
VE	Vorentwurf
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
W.L.R.	Weekly Law Reports
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGesStWiss	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (früher: für Insolvenzpraxis)
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

Angenommen, die Verantwortlichen für die Attentate in New York vom 11. September 2001 würden lebend gefasst und von einem Hinterbliebenen, der seinen Ehepartner bei dem Anschlag verloren hat, vor einem Jurygericht auf Schadensersatz verklagt: welchen Betrag würde die Ziviljury dem Kläger zusprechen?

Gerade in jüngster Zeit haben Vergleiche und Urteile über solche Entschädigungen, erinnert sei nur an die Opfer des *Concorde*-Absturzes vom 25. Juli 2000[1], Schlagzeilen gemacht. Die Öffentlichkeit verfolgt mit Interesse, welche Summen mittlerweile bei der Verfolgung von Ansprüchen auf immateriellen Schadensersatz erreicht werden können. Die Beispiele zeigen auch, dass im Bereich des Schadensrechtes längst eine internationale Verflechtung zu beobachten ist und sich die Entschädigung nicht mehr allein nach nationalem Recht bestimmen lässt.

Beachtung verdient zunächst die Tatsache, dass die Höhe des immateriellen Schadensersatzes von Rechtsordnung zu Rechtsordnung, in Europa und im Vergleich mit außereuropäischen Staaten, erstaunlich divergiert. So sahen sich amerikanische Bundesstaaten gezwungen, zur Eindämmung der Schadensersatzsummen Höchstgrenzen im Bereich von bis zu einer Million Dollar einzuführen, während in Griechenland kaum ein Urteil die Grenze von DM 40.000,- erreicht[2]. Gegenstand dieser Arbeit soll insbesondere der letztgenannte Umstand sein. Wie kommt es, dass ein und derselbe Schaden so unterschiedlich bemessen wird?

Im deutschen Recht ist die Bemessung des immateriellen Schadens nahezu ausschließlich Richterrecht. Die einschlägigen Vorschriften (§§ 253 II, 611a II, 651f II BGB) stellen die Höhe jeweils in das Ermessen des Gerichts, das eine „billige" oder „angemessene" Entschädigung festsetzen soll.

Welcher Betrag als billig oder angemessen gilt, sagt das Gesetz nicht aus. Der Bemessung haftet etwas Willkürliches, ja fast etwas „Mystisches"[3] an. Eine Studie des Max-Planck-Instituts für europäische Rechts-

---

[1] Vgl. VON JEINSEN, S. 30 ff; NZZ vom 5. Juli 2001, S. 56 oder SZ vom 9. Juli 2001, S. 12: an die Hinterbliebenen wurden insgesamt etwa 100.000.000 $ ausbezahlt, an jeden einzelnen Angehörigen Beträge im Bereich von 100.000 bis 1.000.000 $.

[2] VON BAR, Schmerzensgeld, S. 30.

[3] Vgl. den Titel von NIXDORF: Mysterium Schmerzensgeld.

geschichte brachte an den Tag, dass deutsche Richter in ein und demselben Fall einen Schmerzensgeldbetrag von 5.000 bis 50.000 DM als angemessen angesehen haben[4].

Unter Berufung auf ausländische Rechtsordnungen, insbesondere Urteile aus dem US-amerikanischen Raum, wurden in der Vergangenheit immer wieder die in Deutschland zugesprochenen Summen als zu niedrig kritisiert[5]. Diese Hinweise blieben von der Rechtsprechung keineswegs unbeachtet, sodass in den letzten Jahren ein Anstieg der zugesprochenen Summen festgestellt werden kann. Vorläufiger Höhepunkt dieser Entwicklung ist der Betrag von 180.000 DM, den *Caroline von Monaco* 1996 für die Verunglimpfung ihrer Persönlichkeit durch die Presse erhalten hat. Dieser Betrag übersteigt auch dann noch alles in diesem Bereich bisher Dagewesene, wenn man berücksichtigt, dass er für drei getrennte Verletzungshandlungen zugesprochen wurde[6].

In dieser Arbeit soll nun der Frage nachgegangen werden, ob Entscheidungen dieser Höhe noch gerechtfertigt sind oder immer noch, gemessen an manchen Entscheidungen aus dem Ausland, zu niedrig ausfallen. Dabei geht es ausschließlich um solche Entschädigungen, denen kein messbarer Vermögensverlust gegenübersteht. Im ersten Teil der Arbeit soll daher aufgezeigt werden, wie ausgewählte Rechtsordnungen überhaupt auf die Frage reagieren, ob solche Einbußen zu ersetzen sind. Danach soll im zweiten Teil vorgestellt werden, anhand welcher Kriterien der Schaden bemessen wird und welche Alternativvorschläge in der Lehre kursieren. Das Ergebnis der Arbeit soll sein, aus den unterschiedlichen Ansätzen ein mit dem deutschen Recht vereinbares Ziel für die Bemessung der Entschädigungsansprüche vorzustellen.

---

[4] SCHMID/DROSDECK/KOCH, S. 101.

[5] STOLL 1964, S. 149 („eher zu kleinlich"); DETHLOFF, S. 485; OTT/SCHÄFER 1990, S. 572; HOPPE, S. 48 („sehr niedrig"); FOERSTE, S. 2951; WIESE, S. 58; insb. TEPLITZKY, S. 388 ff.

[6] OLG Hamburg NJW 1996, 2870; zum Vergleich: im *Soraya*-Fall von 1964, BGH NJW 1965, 685, wurden 15.000 DM zugesprochen. Die Sachlage (erfundenes Interview, Auflagenstärke 900.000 Exemplare) ist nahezu identisch.

Teil 1

Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden

A. Begriff immaterieller Schaden

I. § 253 BGB als Ausgangspunkt

Nicht gerade großzügig ist der Gesetzgeber des bürgerlichen Gesetzbuches mit dem immateriellen Schaden umgegangen. Nur eine Vorschrift aus dem Bereich des Schadensrechts, § 253 BGB, beschäftigt sich mit ihm, und sie bringt nicht etwa eine Definition des Begriffs, sondern schließt dessen Ersatz grundsätzlich aus und spiegelt somit die ablehnende Haltung des Gesetzgebers gegenüber der Ersatzfähigkeit des immateriellen Schadens wieder.

§ 253 BGB ist eine derjenigen Vorschriften, die sich so hartnäckig im Gesetz gehalten hat wie die Kritik an ihr. Schon in der Entstehungszeit herrschte keineswegs Einigkeit über den Regelungsgehalt, hatte doch von Jhering gerade erst im „Gäubahn-Gutachten“[1] von 1880 die bis dahin herrschende und im Ergebnis in das BGB eingeflossene[2], den Ersatz immaterieller Schäden ablehnende Haltung bei Vertragsverhältnissen eine „Irrlehre“ genannt und mit dem römischen Recht eindrucksvoll widerlegt.

1929, die Vorschrift war gerade einmal 29 Jahre in Kraft, hielt Heck den Sinn der Vorschrift für „de lege ferenda schwerlich zu billigen.“[3] Der 45. Deutsche Juristentag forderte in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts ebenso eine Änderung der Vorschrift[4] wie Hohloch in seinem Gutachten für die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts[5] knapp 20 Jahre später. Sämtliche Reformvorschläge wurden jedoch nie Gesetz; die Reform des § 253 BGB wurde nicht einmal mehr in den Abschlussbericht der Schuldrechts-Kommission[6] aufgenommen, die Änderung des § 847 BGB schaffte es immerhin in den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften[7].

---

[1] Von Jhering, Gutachten, S. 41 ff.

[2] Vgl. Protokolle, bei Mugdan S. 517.

[3] Heck, § 18 Nr. 5 (S. 57).

[4] Vorschläge im Gutachten von Stoll 1964, S. 126, 162.

[5] Hohloch, S. 474.

[6] Abschlußbericht, S. 289.

[7] Referenten-Entwurf Begr. S. 148 ff.

Ein Blick in aktuelle Großkommentare zeigt noch heute die Unzufriedenheit mit der Vorschrift des § 253 BGB auf[8]. Und schließlich darf nicht vergessen werden, dass sich die Rechtsprechung 1958 im *Herrenreiter*-Urteil unter Berufung auf das Verfassungsrecht großzügig über die Vorschrift hinwegsetzte[9]. Trotzdem ist im neuesten, inzwischen Gesetz gewordenen Entwurf zur Überarbeitung des deutschen Schadensrechts am Regelungsgehalt des § 253 BGB ausdrücklich festgehalten worden[10].

Auffallend ist, dass sich alle genannten Kritiker (auch) auf den Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen stützen. So erwähnt schon Heck die schweizerische, französische und englische Rechtsordnung[11] als Vergleichsfälle. Im Gutachten zum 45. Deutschen Juristentag legt Stoll Regelungen zum immateriellen Schadensersatz aus Rechtsordnungen von Österreich bis Bulgarien dar[12]. Auch Hohloch widmet in seinem Gutachten der Rechtsvergleichung einen eigenen Abschnitt, und sogar der BGH verweist in seiner *Ginsengwurzel*-Entscheidung, eine Entscheidung in Folge der oben genannten *Herrenreiter*-Entscheidung, auf Art. 49 I des schweizerischen Obligationenrechts[13].

Dabei wird die Rechtsvergleichung stets zum Anlass genommen, die Vorschrift des § 253 BGB als im internationalen Vergleich zu eng darzustellen. Deutlich wird dies in Hohlochs Gutachten, der das in seinen Augen gegenüber dem deutschen Recht noch „restriktivere" österreichische Recht für nicht darstellungswürdig hält, „da es nicht im Sinne des Gutachters ist, hinter den geltenden Zustand des deutschen Rechts zurückzukehren."[14] Schließlich wurde schon bald nach Verabschiedung des BGB, im Jahre 1911, die einzige ausländische Vorschrift, auf die sich die Gesetzgeber des BGB berufen hatten – Art. 55 des alten schweizerischen Obligationenrechts –, aufgehoben.

In letzter Zeit ist die Diskussion über den Regelungsgehalt des § 253 BGB abgeflacht und die jüngste Änderung[15] ging ohne große Kontroverse

---

[8] STAUDINGER – SCHIEMANN, § 253, Rn 2; MK – GRUNSKY, § 253, Rn 1.

[9] BGHZ 26, 349, dort ist § 253 BGB nicht einmal erwähnt; dazu insb. Stoll 1964, S. 46 ff.; vgl. auch BGHZ 35, 363, 367, wo die Auseinandersetzung mit § 253 BGB nachgeholt wird.

[10] BT-Drs. 13/10435, S. 4, 17 („strukturelle Fortschreibung"); etwas distanzierter aber jetzt BT-Drs. 14/7752, S. 14 ff; kritisch VON MAYENBURG, S. 280-282.

[11] HECK, § 18 Nr. 4 (S. 56).

[12] STOLL 1964, S. 61-124.

[13] BGHZ 35, 363, 369.

[14] HOHLOCH, S. 434.

[15] BT-Drs. 14/7752 vom 7. Dezember 2001; dazu ADY; DEUTSCH 1998 und 2001; JAEGER, Verlagerung; KATZENMAIER; G. MÜLLER 1998 ; WAGNER 2002.

vonstatten. Dies liegt sicherlich daran, dass der Ersatz immateriellen Schadens bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts inzwischen als „Gewohnheitsrecht“[16] anerkannt ist. Seit der *Caroline*-Entscheidung[17] des BGH 1996 steht jedoch ein anderer Diskussionspunkt des immateriellen Schadens im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. Heute geht es weniger um die Frage, in welchen Fällen Ersatz verlangt werden kann, sondern wieviel. An § 253 BGB entzündet sich die Frage, ob das Schadensrecht allein dem Schadensausgleich dient oder zugleich Einfallstor für präventive und pönale Zwecke sein kann[18]. In den Schadenssummen finden diese Zwecke dann ihren entsprechenden Ausdruck.

Ein flüchtiger Blick ins Ausland zeigt, dass § 253 BGB und der „Nichtvermögensschaden“ bei diesem Problem nicht isoliert betrachtet werden kann. Er ist vielmehr Bestandteil des gesamten Schadensersatzkonzepts der Rechtsordnungen. Die Differenzierung zwischen materiellem und immateriellem Schaden offenbart sich großenteils als ein Phänomen des deutschen Rechts: Art. 1382 des französischen Code Civil unterscheidet begrifflich nicht zwischen den Schadensarten[19]. Im schweizerischen Recht wird zwischen Schaden und Genugtuung differenziert. Treitel behandelt den immateriellen Schaden unter der Überschrift „*Specific limitations*“[20] [des Schadensersatzanspruches].

II. Historische Entwicklung des immateriellen Schadens im deutschen Recht

1. Wurzeln des immateriellen Schadens

a) Vergeltungsrecht

Die Idee, dem Verletzten für die Verletzung immaterieller Rechtsgüter einen Gegenanspruch zu gewähren, ist nicht neu. Schon im Alten Testament findet sich mit dem Vergeltungsrecht eine Reaktion auf die Verletzung von Körper und Gesundheit: „Entsteht ein dauernder Schaden, so sollst du geben Leben um Leben, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Hand um Hand, Fuß um Fuß, Brandmal um Brandmal, Beule um Beule, Wunde um

---

[16] HOHLOCH, S. 430.

[17] BGHZ 128, 1.

[18] Vgl. zum Überblick KÖRNER, S. 241 ff.

[19] Dazu KÖNDGEN 1976, S. 112; MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC, S. 400.

[20] TREITEL, S. 194.

Wunde."[21] Diese Vorstellung von Vergeltung findet sich in ähnlicher Form auch im altarabischen und im frühen römischen Recht. Schon in den Gesellschaftsordnungen vor 2500 Jahren war anerkannt, dass ein Verletzter nach einer Schädigung an immateriellen Rechten Gegen-„Ansprüche" gegen den Schädiger hatte, wenngleich der Inhalt der Ansprüche nicht monetärer Natur war, sondern sich am geschädigten Rechtsgut orientierte.

b) Römisches Recht: die actio injuriarum

Ursprünglich gewährte das römische Recht bei Delikten gegen Persönlichkeitsrechte ausschließlich zivilrechtliche Ersatzansprüche[22]. Bis zum Mord wurden im altrömischen Recht Delikte privatrechtlich verfolgt, nur sehr langsam setzte ein Bewusstseinswandel ein, der in späteren Zeiten zumindest die Tötungsdelikte einer öffentlichen Klage unterstellte[23]. Die private Verfolgung der Straftaten gegen die Person sollte das Rachebedürfnis des Verletzten befriedigen und dürfte nicht selten zum Tod des Schädigers geführt haben[24]. Bei Tötung konnte die Sippe des Verstorbenen das Racherecht ausüben[25].

Eine erste Einschränkung dieser Privatrache ist im Zwölftafelgesetz von ca. 450 v. Chr.[26] bezeugt:

„si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto"[27].

Das Talionsrecht sieht eine Vergeltung Gleichen mit Gleichem vor und verbietet die Zufügung einer schwereren Verletzung[28]. Noch wichtiger als die Beschränkung des Racherechts ist allerdings, dass eine gütliche Einigung („*ni cum eo pacit*") in den Vordergrund gestellt wird.

Schon diese gütliche Einigung, der der Vorrang vor dem Talionsrecht eingeräumt ist, deutet an, dass die Entwicklung fort von der Privatrache hin zu einem anders gearteten Anspruch geht, und dieser kann, sieht man einmal von der Möglichkeit der standesgemäßen Entschuldigung ab, sinnvollerweise nur in einem Geldanspruch bestehen. Einen Geldanspruch sieht das Zwölftafelgesetz denn auch für weniger schwere Körperverletzungen vor:

---

[21] 2. Mose 21, 23 – 25.

[22] HAUSMANINGER/SELB, S. 354; KASER, § 39.

[23] KASER, § 142 I.

[24] So KASER, § 39 II 2.

[25] KASER, § 39 II 1.

[26] HAUSMANINGER/SELB, S. 46 ff.

[27] Tafel VIII, 2.

[28] KASER, § 39 II 2 b.

„[...] si os fregit libero CCC, si servo CL poenae sunto“[29],
„si iniuriam alteri faxsit, XXV poenae sunto“[30].

Diese standardisierten Frühformen im römischen Recht sind mit der weiteren Rechtsentwicklung alsbald verschwunden und wurden durch eine Klage auf einen Geldanspruch ersetzt[31], die *actio injuriarum*. Tatbestandsvoraussetzung war eine *injuria*, worunter in der Frühzeit nur tatsächlich sichtbare Verletzungen (Realinjurien) gefallen waren. Der Begriff wurde aber später auf jede Mißachtung der Person ausgedehnt (Verbalinjurie)[32]. Der Betrag, im Zwölftafelgesetz noch auf 25 Asse festgesetzt, wurde vom Richter geschätzt (daher auch die spätere Bezeichnung „*actio injuriarum ästimatoria*“): *quantam pecuniam vobis bonum aequum videbitur*[33]. Mit der *actio injuriarum* sollte neben dem Ersatz des Vermögensschadens[34] auch dem Strafbedürfnis des Verletzten, teilweise auch dem der Gesellschaft, Rechnung getragen werden. Die *actio injuriarum* sollte Genugtuung und Buße[35] gewähren.

Erweitert um einige standestypische Tatbestände (Vortritt, Sitzordnung)[36] führte die *actio injuriarum* auch nach dem Untergang des römischen Reiches ein (wechselvolles) Dasein. Sie wurde bis in das 19. Jahrhundert hinein in Deutschland praktiziert[37] und schließlich durch § 11 I EGStPO 1877 aufgehoben[38]. Nach von Waechter lebte der Gedanke der *actio injuriarum* noch in den Bußvorschriften (§§ 188, 231) des StGB von 1871 fort[39]. Diese wurden erst 1974 aufgehoben.

---

[29] Tafel VIII, 3.

[30] Tafel VIII, 4.

[31] WIELING, S. 239.

[32] HAUSMANINGER/SELB, S. 364; KASER, § 145 II 1; COING, § 100; STOLL 1964, S. 52; vgl. MACKELDEY, § 453 und K.J. SEITZ 1873, S. 155: „*omne quod non jure fit*“.

[33] HAUSMANINGER/SELB, S. 363; BONILINI, S. 104; VON JHERING, Injurie, S. 155.

[34] Dieses scheint in der Frühzeit des römischen Rechts sogar eine eher untergeordnete Funktion gewesen zu sein, vgl. näher MOOSHEIMER, S. 8 ff; COING, § 100 I.

[35] HAUSMANINGER/SELB, S. 354; FISCHER, § 18 II 1 (S. 276); WINDSCHEID, § 455 Nr. 5; BONILINI, S. 99, 105.

[36] COING, § 103 I.

[37] STOBBE, § 199 Nr. 2 (S. 373); K.J. SEITZ 1860, S. 109; SENG, S. 360; STINTZING, S. 596.

[38] Oder auch schon durch § 2 EGRStGB, vgl. hierzu STOLL 1964, S. 53 Fn 212; VON JHERING, Injurie, S. 267.

[39] VON WAECHTER, S. 9.

c) Das altarabische Recht

Ein Blick auf das altarabische und islamische Recht zeigt, dass die Entwicklung dort in vergleichbaren Schritten vonstatten ging wie im römischen Recht. So ist der *Qisas*, dem römischen Talionsrecht vergleichbar, nach dem Koran selbst „eine Erleichterung und Barmherzigkeit" gegenüber der früheren Handhabung der Blutrache[40], wobei mit Blutrache altarabische Vorstellungen eines Vergeltungsrechtes gemeint sind[41]. In der zeitlich späteren Sure V, Vers 45 wurde auch der *Qisas* überholt und durch den Blutpreis (*Diya*) ersetzt, der eine Gegenleistung an die Angehörigen bei Tötung darstellt und jedenfalls in der Vergangenheit in Kamelen berechnet worden ist[42]. Die *Diya* wird heute als Grundlage für Entschädigungsansprüche bei immateriellen Einbußen im Koran gesehen[43].

d) Germanisches Recht: das Schmerzensgeld

Weit zurück reichen auch die Spuren des Schmerzensgeldes. Anders als die *actio injuriarum* handelt es sich dabei um ein deutschrechtliches Element[44]. Der Anspruch dürfte sich aus dem germanischen Wergeld entwickelt haben[45]. Das Wergeld ist ein Teil des umfangreichen germanischen (insbesondere fränkischen) Bußensystems[46]. Dabei ist die Buße, die in einer Geldzahlung besteht, die Antwort des germanischen Rechts auf Rechtsbruch. Die Buße geht über die Kompensation eines durch Delikt entstandenen Schadens hinaus: sie gewährt Schadensersatz und Rache, die nach Genugtuung verlangt[47]. Die meisten Bußen waren gesetzlich festgesetzt und machten einen Bruchteil des Wergelds aus[48]. Das Wergeld selbst brachte den rechtlich geschätzten Wert der Persönlichkeit zum Ausdruck[49]. Folglich spielten Stand, Geschlecht und Amt eine nicht unerhebliche Rolle bei der Bewertung. So war das Wergeld für einen Germanen

---

[40] Sure II, Vers 178, Satz 3, zitiert nach der Übersetzung des Korans von PARET.

[41] Zum vorislamischen Talionsrecht KAZEMI-RACHED, S. 75.

[42] WENSINCK/KRAMERS, Stichwort „Diya".

[43] KAZEMI-RACHED, S. 135; hierzu ausführlicher im Länderbericht „Islamisches Recht" unten B I 9.

[44] K.J. SEITZ 1873, S. 160; STINTZING, S. 592; STOBBE, § 203 Fn 26 (S. 417); KIEFER, S. 70; WIELING, S. 4; NEHLSEN-VON STRYK, S. 120; GENSLER, S. 144.

[45] WIELING, S. 136 ff; K.J. SEITZ 1873, S. 159/160; GENSLER, S. 144; a.A. wohl NEHLSEN-VON STRYK, S. 120, die den Anspruch auf die Gerichtspraxis zurückführt.

[46] BRUNNER/FREIHERR VON SCHWERIN II, § 137; NIEMEYER, S. 14-20.

[47] WESEL, Rn 234.

[48] BRUNNER/FREIHERR VON SCHWERIN II, § 137 (S. 800 ff).

[49] BRUNNER I, § 30, S. 332/333.

Sachverzeichnis

Aarnio 86 f., 209.
Abgeltung 107, 195, 218, 220, 224 ff., 231, 237.
Abschöpfung s. Bereicherung.
Abschreckung s. Prävention.
Abtretbarkeit 30 f., 33, 49, 51, 53, 58, 68, 188 f.
Actio injuriarum 8 ff, 17, 20, 23, 60, 63 ff., 91, 124, 151, 188.
Äquitas 85.
Äußerer immaterieller Schaden 24 f., 106, 219.
Affektionsinteresse 24, 29, 32, 34 f., 47, 51 f., 61, 64, 69, 74.
Aggravated damages 36, 74, 133 f., 146, 169.
Akzeptanz 70, 86, 209 f., 215, 219, 223 ff., 228 ff., 234 f.
„Alles-oder-Nichts-Prinzip" 90, 95, 121, 191.
Anreiz. 112, 117 ff., 155 f., 162, 174 f., 177, 204, 234, 236.
Ashby v. White 21, 35.
Astreinte 30.
Aufmerksamkeit193 f.
Ausgleich 7, 74, 89 ff., 98 ff., 103 ff., 111, 113 f., 118, 123 ff., 140 ff., 166, 185 ff., 191 f., 195 ff.
Belgien 35, 172, 202.
Bereicherung 53 f., 80, 101 f., 111, 113, 115, 120 ff., 139 f., 148, 150, 154 f., 161, 172, 179 f., 194, 200 f., 218, 223, 227.
Bereicherungsverbot 14, 90.
BGH
- Beschluß vom 6.7.1955(GSZ 1/55, BGHZ 18, 149) 84, 89, 98, 100, 103, 109 f., 114, 186, 213, 228.
- Urteil vom 14.2.1958 (I ZR 151/56 „Herrenreiter", BGHZ 26, 349) 6, 216.
- Urteil vom 19.9.1961 (VI ZR 259/60 „Ginseng", BGHZ 35, 363) 6, 94, 98, 103, 115 f., 188.
- Urteil vom 10.3.1972 (I ZR 160/70 „GEMA", BGHZ 59, 286) 160, 178 ff., 212, 216.
- Urteil vom 13.10.1992 (VI ZR 201/91, BGHZ 120, 1) 98 f., 101, 103, 108, 110 f., 125, 186, 190, 219 f.
- Urteil vom 15.11.1994 (VI ZR 56/94 „Caroline von Monaco", BGHZ 128, 1) 2, 7, 68 f., 78 ff., 94, 98 f., 101 ff., 108, 111, 114 f., 118 f., 121 ff., 123, 158, 160 f., 176, 202, 208, 221, 226 f., 231 f.

Bill of Rights 128.
Billigkeit 1, 84 ff., 96 f., 119 f., 222.
BMW v. Gore 43, 78, 134 ff., 155, 159 f., 162, 169, 203.
Bruttoinlandsprodukt 137, 173, 176 f., 213 ff.
Bußensystem 10, 60, 91.
Bußvorschriften StGB 15, 63 f., 68, 91, 110, 113 f., 159, 191.
Caroline von Monaco s. BGH
Concorde-Absturz 1, 130, 202, 235.
Constitutio criminalis Carolina 11, 124, 148, 188.
Contemptuous damages s. Aggravated damages.

Corte Costituzionale
- Entscheidung vom 14.7.1986 20, 45
Cour de Cassation
- Entscheidung vom 15.6.1833 18, 65.
Dänemark 126, 171, 213.
Damnum 11, 13 f., 19, 22.
Danno alla salute, danno biologico 20, 45 f., 47 f., 73, 219.
Danno evento 46, 61, 136, 139, 188, 190.
Deep-Pocket-Prinzip 129, 135.
Deliktsrecht 12 ff., 60 ff., 105, 112, 152, 207 ff., 226.
Differenztheorie 15.
Dispositionsfreiheit 91.
Diya 10, 55 ff., 60, 190.
Dommage corporel 19, 30 ff, 72 f., 126.
Doppelfunktion s. BGH
Dreiteilung
- Deutschland 62, 83, 91 f., 99 ff., 109 f., 186 f., 235.
- Frankreich 19, 22, 61.
- Italien 20, 22, 45, 61.
- Schweiz 61, 145 f., 187.
Duplum 11, 160, 163, 169 f., 178 ff., 212, 216.
Dynamik 88, 95 f., 221, 231, 234 f.
Einbuße 60, 83 f., 91, 101, 119, 132, 181, 187, 192.
- objektive ~ 106 ff., 195 f., 218 ff., 237.
- subjektive ~ 104 f., 108, 113, 196 ff., 218 ff., 237.
Einheitlichkeit 87, 132 f., 176.
Einzelfallgerechtigkeit 84 ff., 95 f., 119 f., 126, 137 ff., 141 f., 147, 157, 185, 217, 232, 234.
Empfindungen 15, 25, 37 f., 71, 74, 83, 98 f., 101 103 ff., 108, 110 f., 113, 125, 170, 196 ff., 219, 222 ff., 234, 237.
Empörung 119, 194 f., 200, 218, 227 f., 234.
England 21, 24, 27, 35 ff., 60, 62, 85, 126 ff., 131 ff., 142 f., 146 ff., 150 ff., 159 f., 169, 182, 188 f., 197, 203, 220, 232.
Entlastung der Gerichte 63, 70, 156, 234.
Entscheidungsträger 65, 67 f., 86 ff., 94, 96 f., 120, 126 ff., 148 f., 166 f., 185, 210 ff., 222, 233, 235.
Equity 85.
Erfolgshonorar 129.
Europäische Menschenrechtskonvention 26 f., 51, 57.
Exemplary damages s. punitive damages
Festbeträge 126, 170 f., 212 f.
„Filtrierung" 72 ff.
Forum shopping 79, 210.
Frankreich 7, 17 ff., 29 ff., 60 f., 65, 126, 140 ff., 143 f., 153, 157, 160, 165 f., 168, 189, 191, 197, 220.
Friedrich II. von Hohenstaufen 12.
Functional approach 146.
Gebundenes Ermessen 87.
Gefühle s. Empfindungen.
Gemeinnützige Einrichtung 43, 75, 155, 204.
General damages 21, 36, 74, 132, 134.
Generalprävention 117, 120, 152, 162, 209, 227.
Genueser Methode 47, 137 f.
Genugtuung
- in Deutschland 89 ff., 98 ff., 109 ff., 115, 118, 122 ff., 187 f., 191, 194, 197 ff., 202, 228 f., 237.
  -- Ablehnung 90 ff., 100 f., 198, 213, 231.
  -- Straßenverkehr 98, 123, 193, 205, 224 f.
- in den Niederlanden und der Schweiz 7, 48 f., 61 f., 73, 144 ff., 161, 188, 197 f.

- „volle" G. im österreichischen Recht 50, 60, 143.
Gesamtsumme 131.
Gewinnabschöpfung s. Bereicherung.
Gleichstellung 28, 56 f., 206.
Griechenland 1, 62, 158, 171.
Gruppenprävention 120.
Hemmungseffekt 102, 111, 114 f., 187, 190.
Höchstgrenzen 1, 28, 43, 52, 170 f., 213.
Höchstpersönlichkeit s. Abtretbarkeit.
Homo oeconomicus 174 f.
Hungergeld 16.
Immaterialgüterrecht 121 f., 172, 177 ff., 212, 215 f.
Innerer immaterieller Schaden 24 f., 106, 196, 219.
Islamisches Recht 10, 55 ff.
Italien 20, 44 ff., 60 ff., 65 f., 136 ff., 142, 148 f., 154, 160, 169, 172, 189, 197, 215, 219.
John v. MGN 41, 78, 132 f., 158, 203.
Jury 1, 36, 40 ff., 78, 127 ff., 133 f., 155, 161, 210, 230.
Kant, Immanuel 67, 211, 214.
Lex Aquilia 13 f.
Liz Taylor (Urteil) 78, 140, 169.
Lockheed (Urteil) 48, 140, 169.
Magna Charta 127.
Markt 157 ff., 173 f., 181 f., 216 f.
Materieller Schaden
- Abgrenzung 16 ff., 23.
- Bemessung in Relation zum ~ 43, 134 ff., 138 ff., 142, 169 f., 212.
McDonald's (Urteil) 43, 170, 202.
Medien 2, 48, 129, 140 ff., 158, 168, 171, 180 f., 202, 204 f., 210, 216 f., 226.
Meinungsfreiheit 42, 133, 161, 206.
Menschenwert 158, 176 f., 213 ff.
Mitgefühl 155, 181.
Monatsgehalt 28, 167, 212.
Montesquieu 127 f.
Multiplum 12 f., 20, 137, 169 f.
Niederlande 22, 52 ff., 62, 66, 93, 126, 146, 154, 158, 172, 179, 188 f., 197 f., 201 f.
Nominal Damages 21, 35, 39, 61, 74, 188, 190, 219.
Nulla poena sine lege 90, 136, 160.
Ökonomie 116 f., 120, 124, 151, 173 ff., 213 ff., 218.
Österreich 6, 26, 50 ff., 60, 65, 143, 154, 158, 169 f., 172, 202, 209.
Personenschaden 19 f., 24, 30 ff., 37, 40, 45 f., 53, 61, 72, 137, 141, 171, 209.
Pisaner Methode 47, 137 f.
Pönales Prinzip 112.
Postmoderne 157, 222, 234.
Prävention 7, 29, 88, 97, 99 ff., 111, 114 ff., 121 f., 124 f., 133, 136, 140, 142, 144, 150 ff., 160, 162, 164, 174 ff., 181, 188 f., 192, 200 f., 205, 208, 221, 223, 226 f.
Präventionsprinzip 118.
Presse s. Medien.
Privatstrafe 14 f., 91, 100, 113 f., 124, 144, 147 ff., 159, 189 f.
Prominentenrecht 210, 216, 226.
Punitive Damages 36 f., 39, 42 ff., 74, 126 f., 129, 133 ff., 142, 146, 150 ff., 160 ff., 169 ff., 177, 186, 189, 203.
Qisas 10, 55, 60, 91, 147.
Rache 8, 100, 145, 148, 151 f., 163, 199, 208.
Rechtsanwaltskosten 74 f., 126, 156.
Rechtsfortsetzung 90, 106 f., 201, 208, 218.
Rechtsfrieden 112, 205, 207 ff., 225.
Rechtsgefühl 85 f., 88, 99 ff., 109, 113, 146, 186, 200, 222.
Rechtsgüterschutz 67, 107 ff., 115, 117, 119, 124, 149, 190, 195, 205, 208 f., 222, 226, 229, 235.
Rechtsunsicherheit 119, 125, 130, 165.

Rechtsverfolgungskosten 135.
Reduktionsklausel 172, 202.
Reisevertrag 27, 39, 51, 53, 57, 204.
Rentenzahlung 131.
Restitution 14, 83, 107, 161, 191, 223.
Rookes v. Barnard 37, 42, 152.
Rücksichtslosigkeit 42, 135, 219.
Rümelin 85 ff., 130, 203, 222.
Rußland 22 ff., 54, 60, 62, 189.
Sachsenbuße 12.
Schadensersatzrechtsreform 6, 57 f., 71, 95 f., 124, 191 f., 204.
Schmerzgefühle s. Empfindungen.
Schuldrechtsreform 5, 88, 117, 124.
Schweiz 6, 7, 48 f., 93, 144 ff., 153 f., 158 f., 161, 172, 187 f., 197 f., 202.
Selbstwertgefühl 100, 194, 199 f., 225 ff.
Sozialistische Rechtsordnungen 54, 59.
Spanien 19, 35, 126, 143, 171.
Special Damages 21, 36, 39.
Spezialprävention 118, 120, 200, 203.
Starrheit 87, 95, 138, 212 f., 215.
Strafaufschlag 118, 186, 200 f.
Strafrecht
- Doppelbelastung 123, 194 f., 202, 223, 229.
- Sanktionslücke 69, 101, 149 ff., 155 f., 159 f., 162, 191 f., 204, 223, 227.
- Nähe der Genugtuung zu ~ 93, 100, 103, 111, 115, 118, 121, 124, 190, 200, 206, 220 ff., 226, 229.

Talionsrecht 7 f., 91, 147.
Tötung Angehöriger 10 f., 27, 32, 35, 38 f., 46 f., 49, 51, 53 f., 58, 66, 74.
Triplo 137.
Überdehnung 24, 71, 105, 186.
Überraschungseffekt 119, 165.
Überwindungsfunktion 101, 113.
Umfragen
- Deutschland 1, 217.
- England 40, 76, 161, 167, 182, 232.
- USA 130, 134 ff., 181.

Ungarn 54 f., 60.
USA 1, 41 ff., 127 ff., 146 ff., 150 ff., 158, 160 ff., 171, 176, 181, 189, 209.
Valore punto 73, 137 f.
Verbraucherschutz 162, 204.
Vererblichkeit 33, 39, 46 f., 49, 51, 58, 188 f.
Verfeinerung 31, 166, 220 f., 225, 237.
Vergleich der Bemessung 75 ff., 237.
Verhaltensunrecht 41, 61, 105 f., 190.
Verhaltenssteuerung s. Anreiz
Verkehrsunfall 80, 98, 123, 125, 141, 152, 165, 174, 193, 205, 218, 224.
Verschulden 28, 30, 36, 42, 44, 47, 49, 51, 53 f., 57 f., 61, 88, 95 f., 118 f., 127, 135 f., 139, 144, 148, 168, 194, 200, 219, 225 ff.
Versicherung 75, 96, 118, 142, 151 f., 160 f., 164 f., 175 f., 193, 204 f., 207, 213, 224.
Versicherungskrise 164.
Von Jhering 5, 16, 109.
Von Waechter 9, 15 f., 104 f., 188.
Vorentscheidungen 68, 86, 89, 133, 137, 139, 142, 165, 193, 224.
Vorhersehbarkeit 133, 135, 141, 164 f., 170, 205, 207, 213, 223 f.
Ward v. James 40, 131 ff.
Wergeld 10 f., 91.
Wertvorstellungen 85 ff., 96 f., 166, 174, 185, 210.
Willkür 1, 65, 86, 89, 103, 119 f., 165, 207, 223 f.
Windscheid 14 ff, 104 f., 114, 196.
World Trade Center 1, 162 f., 165 f.
Würdefunktion 101, 125, 186, 221.
Zeit 167, 192.