This item is the archived peer-reviewed author-version of:

Schmerzensgeld und actio iniuriarum aestimatoria - der Fall Van Kreuningen/Bessem

Reference:

Wallinga Tammo.- Schmerzensgeld und actio iniuriarum aestimatoria - der Fall Van Kreuningen/Bessem
Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis - ISSN 0040-7585 - 83(2015), p. 226-247
To cite this reference: <http://hdl.handle.net/10067/1327270151162165141>

Schmerzensgeld und *actio iniuriarum aestimatoria* – der Fall Van Kreuningen/Bessem¹

Tammo Wallinga (Erasmus Universiteit Rotterdam / Universiteit Antwerpen)

Summary

In the case Van Kreuningen/Bessem of 1943, the Roman *actio iniuriarum (aestimatoria)* was used as an argument in favour of granting compensation for non-pecuniary loss. This is surprising for a number of reasons, not least because it was a penal action. In this article, the action and its value as an argument is studied in the wider context of the history of compensation for pain, suffering and disfigurement in Dutch law before and after the codification of 1838.

Keywords

actio iniuriarum (aestimatoria), non-pecuniary loss, Dutch Civil Code of 1838 art. 1407

Am 21. Oktober 1933 fand ein Verkehrsunfall statt wobei Van Kreuningen durch ein Auto überfahren wurde. Der Fahrer dieses Autos war Bessem. Van Kreuningen wurde dabei schwer verletzt. Er verbrachte längere Zeit im Krankenhaus und brauchte mehrere Jahre bis sein Zustand sich stabilisierte. Er musste sich aber seitdem auf Krücken fortbewegen und war nur noch zu 50% arbeitsfähig. Es ist keine Überraschung, dass es zum Prozess kam. Dabei forderte Van Kreuningen viererlei Schadensersatz:

- medizinische Kosten;
- jährlich aufgrund seiner Invalidität wiederkehrende Kosten;
- Einkommensverlust in Höhe von 50% seines letzten Gehaltes und wegen verlorengegangener Möglichkeiten sich beruflich weiterzuentwickeln;
- und letztendlich Schmerzensgeld wegen erlittener Schmerzen und Verlust von Lebensfreude.

Seinen Forderungen wurde 1941 vom Landesgericht (*Rechtbank*) Den Haag teilweise stattgegeben. In der Berufung sprach ihm 1942 das Oberlandesgericht (*Gerechtshof*) Den Haag noch mehr zu, aber in beiden Instanzen wurde ihm das Schmerzensgeld nicht zugestanden. Das Oberlandesgericht führte dabei aus, dass das niederländische bürgerliche Gesetzbuch (von 1838) weder im Allgemeinen noch speziell im Artikel 1407 ein Recht auf Schmerzensgeld wegen erlittener Schmerzen und Verlust von Lebensfreude anerkannte. Diese Auffassung wurde von Van Kreuningen in der Kassation beim Hoge Raad bekämpft.

Der Art. 1407 des BW-1838 gewährt Schadensersatz bei Verletzung, und stellt fest, dass es sich dabei nicht ausschließlich um Kosten der ärztlichen Versorgung handelt:

Moedwillige of onvoorzigte kwetsing of verminking van eenig deel des ligchaams geeft aan den gewonde het regt om, behalve de vergoeding der kosten van herstel, ook die der schade, door de kwetsing of de verminking veroorzaakt, te vorderen.

Ook deze worden gewaardeerd naar gelang van den wederzijdschen stand en de fortuin der personen, en naar de omstandigheden.

---

¹ Hoge Raad 21-05-1943, NJ 1943, 455. Dieser Aufsatz ist eine ausgearbeitete und erweiterte Fassung eines Vortrages auf dem Kongress der Société Internationale “Fernand de Visscher” pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité, 10.-15. September 2013 in Salzburg. Thema des Kongresses war “*Das Römische Recht als Grundlage des modernen Rechts*”. Der Verfasser dankt seiner Wiener Kollegin Verena Halbwachs für viele sprachliche Verbesserungen.

Deze laatste bepaling is in het algemeen toepasselijk bij de waardering der schade, ontstaan uit elk misdrijf tegen den persoon gepleegd.

Absichtliche oder unvorsichtige Verletzung oder Verstümmelung von irgendwelchem Körperteil gibt dem Verletzten das Recht, ausser Ersatz der Kosten der Besserung, auch den des durch die Verletzung oder Verstümmelung verursachten Schadens zu fordern.

Auch diese werden berechnet aufgrund von beiderseitigen Stand und Vermögen der Personen, und von den Umständen.

Diese letzte Anordnung trifft im allgemeinen zu beim Berechnen des Schadens, der aus jedem Verbrechen gegen die Person entstanden ist.

Es soll also auch der durch die Verletzung oder Verstümmelung verursachte Schaden ersetzt werden. Leider macht der Artikel nicht genauer klar, was alles zu diesem Schaden zählen kann. *Inde lacrimae...* Erstaunlich erscheint, warum es mehr als ein Jahrhundert gedauert hat, bis die Frage, ob Schmerzensgeld von diesem Schadensersatz erfasst ist, zum Hoge Raad gelangte. Dass es sich in der Praxis um relativ niedrige eingeforderte Beträge handelte, wird dabei eine Rolle gespielt haben². Unbekannt oder neu war sie nicht. Schon im 19. Jahrhundert gab es mehrere richterliche Entscheidungen zu Fällen, in denen Schmerzensgeld eingeklagt wurde; teilweise wurde dieses zugesprochen, teilweise aber auch verweigert. In den Handbüchern werden zu diesem Thema unterschiedliche Auffassungen vertreten: Diephuis will den Schaden auf finanziellen Nachteil beschränken³, während Land den Ersatz von Schmerzensgeld zumindest als möglich erwägt⁴. Im 20. Jahrhundert sehen wir das gleiche Bild: teilweise Anerkennung, teilweise Verweigerung. In der juristischen Literatur kann man auf mehrere Dissertationen wie etwa die von Bleeker (1888)⁵, Ribbius (1906)⁶ und Greebe (1935)⁷ verweisen, die im Allgemeinen das Schmerzensgeld befürworten und vertreten, dass es an sich sehr wohl Bestand des geltenden Rechts sei, aber dennoch eine Gesetzesänderung empfehlen, um jeden Zweifel darüber auszuräumen. Weiters existiert ein umfangreicher, mehrteiliger Aufsatz von Drucker aus den Jahren 1889-1892⁸, in dem für die Anerkennung von Schmerzensgeld plädiert wird. Kritisch hingegen ist 1935 das Buch von Jonckers Nieboer⁹, der meint, Schmerzensgeld sei eigentlich

---

² Eine Liste der einschlägigen Judikatur zeigt bis 1935 fast nur Urteile in erster und zweiter Instanz: J.H. Jonckers Nieboer, *De schadevergoeding bij onrechtmatig lichamelijk letsel* (artt. 1406, 1407 B.W.). 's-Gravenhage 1935, 108-113. Nur ein Fall aus 1849, in dem die Rechtbank Amsterdam Schmerzensgeld zugewiesen hatte (Rb. Amsterdam 14-11-1849, W. 1081), was der Gerechtshof Noord-Holland in der Berufung aber zurückwies (Provinciaal Gerechtshof in Noord-Holland 7-1-1850, W. 1124), hat es zum Hoge Raad gebracht. In der Kassation wurde die Frage nach der Zuweisbarkeit von Schmerzensgeld aber überhaupt nicht gestellt (HR 2-4-1850, W. 1139). Mulderijc nimmt in seinem *prae-advies* von 1940 an, die geforderten Beträge wären relativ gering gewesen, so dass es sich nicht lohnte, darüber bis zum Hoge Raad zu kämpfen: H. Mulderijc, *Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, wijziging?* Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1940, zeventigste jaargang, Zwolle 1940, 81-156, auf S. 120.

³ G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht naar de volgorde van het Burgerlijk Wetboek*, zesde deel, Groningen 1859, 280.

⁴ N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, Vierde deel, Boek III, Titel 1-4. ²Haarlem 1907, 330-331.

⁵ N. Bleeker, *Schadevergoeding bij doodslag en verwonding*. Groningen 1888.

⁶ H.R. Ribbius, *Omvang van de te vergoeden schade bij niet nakoming van verbintenissen en bij onrechtmatige daad*. Leiden 1906.

⁷ J.J.A.F. Greebe, *Eenige rechtsvergelijkende beschouwingen over de vergoeding van onstoffelijke schade bij niet nakoming van overeenkomsten en bij onrechtmatige daad*. Amsterdam 1935.

⁸ H.L. Drucker, *Bescherming van rechten, die niet op geld waardeerbaar zijn*. Rechtsgeleerd Magazijn 8 (1889) 1-21; 369-411; 11 (1892) 176-242.

⁹ Oben, Fn. 2, 113-116.

eine Art von Buße, die im Zivilrecht keinen Platz hat. Und kurz vor der Kassation im Fall Van Kreuningen/Bessem hatte der niederländische Juristenverein in seiner Versammlung des Jahres 1940 über das Schmerzensgeld diskutiert anhand zweier sogenannter *prae-adviezen* (Gutachten) von De Jong und Mulderije, die beide Schmerzensgeld negativ gegenüberstanden. In der Versammlung gab es aber auch kritische Anmerkungen zu den *prae-adviezen* und mehrere Mitglieder des Vereins beurteilten die Frage der Zuweisung von Schmerzensgeld wesentlich positiver¹⁰. Ob es eine Abstimmung über das Thema gegeben hat, war für mich nicht feststellbar. Jedenfalls aber war die Frage der Gewährung von Schmerzensgeld in diesen Jahren ein lebhaft diskutiertes und divers beurteiltes Thema.

Das Urteil des Hoge Raad im Kassationsverfahren wurde damals von der Staatsanwaltschaft¹¹ mit einer sogenannten *conclusie* vorbereitet: ein rechtsgelehrtes Gutachten, das dem Hoge Raad übrigens alle Freiheit lässt, anders zu entscheiden als vorgeschlagen. Im Fall Van Kreuningen/Bessem wurde es von Procureur-Generaal (PG) Berger erstellt. Diese *conclusie* kommt zur Schlussfolgerung, dass es gute Gründe gibt, Van Kreuningen Schmerzensgeld zu gewähren. Die Argumente sind teilweise rechtshistorisch, teilweise rechtsvergleichend. Unter den rechtshistorischen Argumenten findet sich die *actio iniuriarum aestimatoria*, die bereits im römischen Recht eine allgemeine Forderung wegen Beleidigung, Verletzung und Schmerzen ermöglicht hatte. Obwohl das römische Recht in den nördlichen Niederlanden bereits 1809 außer Kraft gesetzt wurde – was in Folge noch zweimal wiederholt wurde¹² – wird es doch als Beispiel mit Autorität angeführt, wohl mit dem Gedanken „wenn die Römer es schon hatten, warum wir dann nicht?“ Fast ein rechtshistorisches, rechtsvergleichendes und auch noch Autoritätsargument in Einem. Die Frage ist nun einerseits, ob es für den Fall van Kreuningen/Bessem ein gutes Argument ist, und andererseits, woher diese *actio iniuriarum aestimatoria* überhaupt stammt.

In der *conclusie* heisst es (frei übersetzt):

„Damit ich nicht zu ausführlich werde, sehe ich davon ab, zu untersuchen, ob man sich zu Recht auf Gaius beruft, wenn man behauptet, das römische Recht hätte keinen Schadensersatz wegen Schmerzen und Verunzierung des Körpers gekannt. Das Gegenteil scheint, aufgrund von Untersuchungen von

---

¹⁰ *Behoeft de wettelijke regeling van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid wegens het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel, wijziging?* Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1940, zeventigste jaargang, Zwolle 1940, 1-80 (F.J. de Jong); 81-156 (H. Mulderije). De Jong sieht im Schmerzensgeld im Wesentlichen eher Buße als Schadensersatz und lehnt es deshalb für das Privatrecht ab; Schaden ist seiner Meinung nach nur Vermögensschaden, und wenn es letzteren nicht gibt, ist eine Zahlung durch den Täter an das Opfer als Buße aufzufassen (61-64). Mulderije zitiert den römischen Satz „*liberum corpus nullam recipit aestimationem*“ (121). Er behandelt das Schmerzensgeld S. 114-123 und weist es in der Schlussfolgerung ab, selbst für den Fall von „verringerten Ehechancen“ (123).

¹¹ Es geht dabei um eine Funktion der Staatsanwaltschaft als *amicus curiae*; mit Verfolgung in Strafsachen hat diese nichts zu tun. Heutzutage wird die *conclusie* noch immer von einem Procureur-Generaal oder Advocaat-Generaal erstellt, aber sie gehören zum sg. *Parket bij de Hoge Raad der Nederlanden*, das nicht länger Teil der Staatsanwaltschaft ist.

¹² Anlass war die Einführung des *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koningrijk Holland*, das erste einheitliche bürgerliche Gesetzbuch für die ganzen nördlichen Niederlanden; wiederholt wurde die Abschaffung in der *Afschaffingswet* von 1829, und nochmal 1838, als das „alte“ niederländische Burgerlijk Wetboek eingeführt wurde. Siehe H. Kooiker, *Lex scripta Abrogata. De derde renaissance van het Romeinse recht*. (...) Nijmegen 1996, 344-345; 360-361.

Jhering, wahrscheinlich geworden zu sein, weil nach römischem Recht in vielen Fällen Ersatz von immateriellem Schaden möglich war mittels der *actio iniuriarum aestimatoria*.¹³

Der PG kannte die hier zitierte Studie von Jhering wohl aus dem Aufsatz von Drucker¹⁴, scheint ihn aber auch selber gelesen zu haben. Drucker formuliert, dass es sich um einen „dieser netten Aufsätze, mit denen der Herr Jhering uns ab und zu überrascht“ handelt. Mit 183 Seiten ist es übrigens eher ein Buch als ein Aufsatz ... Drucker betont, dass Jhering gezeigt hat, wie bedeutend die *actio iniuriarum* als allgemeine Klage, die für verschiedenste Arten von Unrecht Genugtuung bieten konnte, war. Dass es im römischen Recht um eine privatrechtliche Buße geht, stört ihn nicht; er meint, auch eine Buße bedeute für den Geschädigten Genugtuung. Für Drucker heisst das, dass es auch im römischen Recht einen Grund gibt, dem Opfer im Falle von immateriellem Schaden eine Geldsumme zu gewähren. Dogmatisch gesehen ist er damit ausgesprochen liberal: er erwähnt nie, dass die *actio iniuriarum* vorsätzliches Handeln des Täters voraussetzt und somit keineswegs eine so umfassend anwendbare Klage ist. Dazu kommt noch, dass die *actio iniuriarum* im römischen Recht infamierend ist und – noch wichtiger – dass der Kläger, wenn er den Prozess verliert, dem Beklagten ein Zehntel der abgewiesenen Forderung schuldet¹⁵. Die Klage war also in römischen Zeiten gar nicht so breit anwendbar und brachte ein gewisses Risiko mit sich, was nicht gerade dazu einlud, sie leichtfertig anzuwenden.

Weiter meint Drucker, dass sowohl das römische wie auch das germanische¹⁶ Recht als Bausteine für das moderne Recht gedient haben. Gerade für das Thema Schmerzensgeld sind seine Ausführungen hier allerdings zu beschränkt. Äußerst bedeutsam für das Schmerzensgeld ist das kanonische Recht, bzw. die Moraltheologie des Thomas von Aquin und seiner Nachfolger in der spanischen Spätscholastik. Ganz im Gegensatz zum römischen Recht gibt es bei Thomas keine individuellen Klagen, sondern ein allgemeines Konzept, das sich auf alle Unvollkommenheiten menschlichen Umgangs anwenden lässt. Er geht – mit Aristoteles als Beispiel – von zwei Arten von Gerechtigkeit aus: die *iustitia distributiva* und die *iustitia commutativa*. Die erste schafft eine gewisse natürliche Ordnung, in der alle Menschen etwas haben – nicht alle das Gleiche, sondern gemäss ihrem Talent und Eifer. Jede schuldhafte Störung dieser natürlichen Ordnung wird von Thomas als Sünde angesehen, die der Schuldige natürlich beichten und auch wiederherstellen muss, bevor er die Absolution bekommen kann. Die Wiederherstellung dieser Ordnung ist Aufgabe der *iustitia commutativa*. Dabei kann man sich die römischrechtlichen Aktionen als Erscheinungsformen der *iustitia commutativa* denken, darf dabei aber nie vergessen, dass die *iustitia commutativa* bei Thomas flächendeckend ist, ohne die Beschränkungen der römischrechtlichen Aktionen. Alle schuldhaften Eingriffe in die natürliche Ordnung müssen bei Thomas durch *restitutio* ausgeglichen

---

¹³ NJ 1943, 455, S. 617. Das Adjektiv *aestimatoria* wird von Kaser (*Römisches Privatrecht* I, 625 Fn. 27) als „quellenfremd“ bezeichnet. Es beruht auf Gellius, *Noctes Atticae* 20,1,13 und 20,1,37 wo zweimal von (*de*) *iniuriis aestimandis* die Rede ist. Drucker (oben, Fn. 8) hat es übrigens in seinem Aufsatz nicht benutzt; er spricht einfach von der *actio iniuriarum*.

¹⁴ Oben, Fn. 8.

¹⁵ Kaser, *Römisches Privatrecht* I, 529.

¹⁶ Der niederländische Sachsenspiegel (II, 16) gewährt Schadensersatz für Schmerzen und Leiden, aber nur für den besonderen Fall von unrechtmässiger gerichtlicher Folter: B.J.L. Baron de Geer van Jutphaas, *De Saksenspiegel in Nederland*. 's-Gravenhage 1888, 53-54.

werden, auch diejenige, bei denen Wiederherstellung an sich undenkbar ist, so wie – man sehe das Beispiel am Ende dieses Textes – wenn jemand durch die Schuld eines Andern einen Körperteil verliert:

Thomas von Aquin (1225-1274), *Summa Theologiae*, Secunda Secundae, Quaestio 62, articulus 2 ad secundum¹⁷

Videtur quod non sit necessarium ad salutem quod fiat restitutio eius quod ablatum est...

Sed contra est quod Augustinus dicit: Non dimittitur peccatum nisi restituatur ablatum.

Respondeo dicendum quod restitutio, sicut dictum est, est actus iustitiae commutativae, quae in quadam aequalitate consistit. Et ideo restituere importat redditionem illius rei quae iniuste ablata est: sic enim per iteratam eius exhibitionem aequalitas reparatur. Si vero iuste ablatum sit, inaequalitas erit ut ei restituatur: quia iustitia in aequalitate consistit. Cum igitur servare iustitiam sit de necessitate salutis, consequens est quod restituere id quod iniuste ablatum est alicui, sit de necessitate salutis.

... quando id quod est ablatum non est restituibile per aliquid aequale, debet fieri recompensatio qualis possibilis est. Puta, cum aliquis alicui abstulit membrum, debet ei recompensare vel in pecunia vel in aliquo honore, considerata conditione utriusque personae, secundum arbitrium probi viri...

Es scheint für das Heil der Seele nicht notwendig zu sein, dass Rückgabe von dem, was weggenommen wurde, stattfindet.

Aber dagegen spricht, was Augustinus sagt: "Die Sünde wird nicht verziehen, wenn das Weggenommene nicht zurückgegeben wird".

Ich antworte, dass die restitutio, wie schon gesagt wurde, eine Tat der kommutativen Gerechtigkeit ist, welche aus einer gewissen Gleichwertigkeit (aequalitas) besteht. Und deshalb bedeutet restituieren das Zurückgeben einer Sache, die unrechtmässig weggenommen wurde: so wird nämlich die Gleichwertigkeit wiederhergestellt, indem die Sache erneut hergegeben wird. Wenn sie aber rechtmässig weggenommen wurde, wird es Ungleichwertigkeit geben, wenn sie ihm zurückgegeben wird, weil eben die Gerechtigkeit aus Gleichwertigkeit besteht. Weil es für das Heil der Seele notwendig ist, die Gerechtigkeit zu üben, ist es folgerichtig, für das Heil der Seele notwendig dasjenige, was bei jemandem unrechtmässig weggenommen wurde, zurückzugeben.

... wenn das Weggenommene nicht durch etwas Gleichwertiges zurückgegeben werden kann, muss ein Ersatz stattfinden in einer Form, die möglich ist. Zum Beispiel, wenn jemand einem Andern einen Körperteil wegnimmt, muss er ihm Ersatz geben in Geld oder in irgendwelcher Ehrenerweisung, wobei der Stand der beiden Personen in Betracht gezogen werden muss, nach dem Urteil eines redlichen Mannes ...

In der spanischen Spätscholastik wurde das Gedankengut des Hl. Thomas weiter durchdacht und auf das juristische Fachgebiet übertragen. Man sieht, dass etwa Domingo de Soto die Ideen von Thomas übernimmt:

Dominicus Soto (1494-1560), *De iustitia et iure* (1557), liber 4, quaestio 6, art. 3¹⁸

... Atqui in primis recolendum est ex superioribus necessarium esse homicidae et restitutionem facere damni dati et satisfactionem de iniuria: et ideo de utraque est dubium in foro conscientiae:... Dicamus ergo prius de damno dato. De quo est omnium conclusio, quod si occisus familiam sudore proprio alebat, tenetur tunc homicida illud damnum compensare, alendo eandem familiam...

His ergo praetermissis certissima quae hic potest conclusio stabiliri, est haec. In his quae secundum speciem reparari nequeunt, restitutio est ad arbitrium prudentium facienda. Neque particularius aliud Sanctus Thomas respondet: nimirum intelligens nihil posse certius constitui. In hoc autem arbitramento habenda est ratio personarum, tam occisi, quam occidentis, quam etiam haeredum...

Idem prorsus dicendum de mutilatione membri: ut qui manum alteri abscidit, tenetur solvere operas medici et damna cessantesque labores in integrum: ad arbitrium tamen sapientum virorum...

... Erstens muss daran erinnert werden, dass es aufgrund des Vorhergehenden für denjenigen, der einen Totschlag begangen hat, notwendig ist sowohl restitutio des Schadens wie auch Genugtuung wegen des

¹⁷ Zitiert nach R. Feenstra / L.C. Winkel, *Vergelding en vergoeding. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, ³Deventer 2002, 34-35.

¹⁸ Zitiert nach *ibidem*, 36-38.

Unrechts zu geben. Über beide Verpflichtungen gibt es Zweifel vor dem forum internum... Reden wir zuerst von dem Schaden. Darüber sind sich alle einig, dass wenn das Opfer seine Familie durch seine Arbeit ernährte, der Täter diesen Schaden ersetzen muss, indem er dieser Familie Nahrung verschafft...

Nachdem dies festgestellt worden ist, kann folgendes als die sicherste Schlussfolgerung formuliert werden. In Bezug auf Sachen die nach ihrer Art nicht wiederhergestellt werden können, muss die restitutio aufgrund des Urteils weiser Männer geschehen. Und auch der heilige Thomas antwortet nichts Genaueres: es kann darüber nichts Intelligenteres mit mehr Sicherheit gesagt werden. Bei diesem Urteil müssen die Personen in Betracht gezogen werden, sowohl das Opfer wie der Täter und die Erben ...

Das Gleiche muss über die Verstümmelung eines Körperteiles gesagt werden. So ist derjenige, der einem andern die Hand abgehauen hat, dazu verpflichtet, den Lohn des Arztes und den übrigen Schaden, darunter das verlorengegangene Einkommen aus Arbeit vollständig zu erstatten, und zwar nach dem Urteil von weisen Männern ...

Und wir wissen, dass dieses Werk von Soto durch Hugo de Groot gelesen wurde und auf diesem Weg auch das rationelle Naturrecht beeinflusste. De Groot übernimmt von Soto das Kriterium, dass diejenigen, die vom Verstorbenen ernährt wurden, gegen denjenigen, der ihn getötet hat, eine Klage haben:

Hugo de Groot, *De iure belli ac pacis*, 2,17,13

... Homicida iniustus tenetur solvere impensas si quae factae sunt in medicos, et iis quos occisus alere ex officio solebat, puta parentibus, uxoribus, liberis, dare tantum quantum illa spes alimentorum, ratione habita aetatis occisi, valebat...

... Wer unrechtmässig jemanden getötet hat, haftet für die eventuellen ärztlichen Kosten, und muss denjenigen, die der Getötete durch seine Arbeit ernährte, soviel bezahlen, wie jener erwartete Lebensunterhalt – rechnend mit dem Alter des Getöteten – wert war ...

Umso mehr fällt auf, dass De Groot in *De Iure Belli ac Pacis* das Schmerzensgeld in seinem allgemeinen Naturrecht noch nicht zugelassen hat¹⁹:

Hugo de Groot, *De iure belli ac pacis* (1625), 2,17,14

Qui mutilavit similiter tenebitur ad impensas et ad aestimationem eius quod iam qui mutilatus est minus poterit lucrari. Sed sicut ibi vitae, ita et hic cicatricis in libero homine aestimatio non fit. (...)

Wer verstümmelt hat haftet für die Kosten und für die Schätzung dessen, was der Verstümmelte an Gewinn weniger erhalten kann. Aber so wie dort das Leben, wird hier bei einem freien Mann die Narbe nicht geschätzt. (...)

Als Praktiker aber hat Hugo de Groot in seiner *Inleidinge in de Hollandse Regtsgeleerdheid* das Schmerzensgeld für die Provinz Holland anerkannt, wenn auch aus seinen Worten allerdings deutlich wird, dass ihm die Abwendung vom römischrechtlichen Prinzip *liberum corpus nullam recipit aestimationem*²⁰ schwer fällt:

Hugo de Groot (Grotius, 1583-1645), *Inleidinge tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid* (1619/1631) III,34,2
“ ... De smert ende ontsiering van 't lichaem, hoewel eighentlick niet en sijn vergoedelick, werden op geld geschat, soo wanneer sulcks versocht werd.”

¹⁹ R. Feenstra, *Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung*. In: *Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert* [Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7] Berlin [1992], 429-454; idem, *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, in: *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*, [Paris] 1959, 157-171 (nachgedruckt in: R. Feenstra, *Fata iuris romani, Études d'histoire du droit* [= *Leidse Juridische Reeks*, 13], Leiden 1974, 323-337).

²⁰ D. 9,1,3 (Gaius) – dieses Prinzip ist also aus dem Tierschadenrecht verallgemeinert worden.

Der Schmerz und die Verunzierung des Körpers, obwohl sie eigentlich nicht vergütbar sind, wurden auf Geld geschätzt, wenn dieses beantragt wurde.

Andere Juristen haben damit weniger Probleme, etwa Simon van Groenewegen:

Simon van Groenewegen (1613-1652), *Tractatus de legibus abrogatis* (Amsterdam 1669) p. 139 (zitiert nach Wieling, *Interesse und Privatstrafe* 140)

Cicatricum autem, et deformitatis iure civili nulla fit aestimatio: quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Futilis, me hercule, ratio: nam vel ob id ipsum, quod tanti sit humana facies, quae ad similitudinem pulchritudinis caelestis figurata dicitur, eo magis ratio haberi debet cicatricum et deformitatis ... Quod quemadmodum in virginibus admittunt iuris civilis interpretes ..., ita merito nostris et Gallorum moribus propter iniuriae atrocitatem in utroque sexu observatur.

Von den Narben und von der Verstümmelung findet nach zivilem Recht keine Schätzung statt : weil ein freier Körper keine Schätzung zulässt. Donnerwetter, was für ein unbedeutender Grund! Denn schon deshalb, weil das menschliche Gesicht, das – so sagt man – eine Nachahmung der himmlischen Schönheit ist, so viel wert ist, umso mehr muss den Narben und der Verstümmelung Rechnung getragen werden ... Und so wie die Zivilisten das bei Jungfrauen zulassen ..., so wird das nach unser und der Franzosen Gewohnheit, wegen der Schrecklichkeit des Unrechts, bei beiden Geschlechtern in Betracht gezogen.

Groenewegen nimmt hier aber nicht auf die *actio iniuriarum* Bezug, obwohl er diese in seiner Schrift nicht als abgeschafftes römisches Recht betrachtet. Man geht davon aus, dass die Klage im alt-vaterländischen Recht der Niederlande rezipiert worden war²¹. De Blécourt / Fischer verweisen auf Hugo de Groot's *Inleidinge* III, 36 (*hoon*) und III, 37 (*lastering*), wo von Verbrechen gegen die Freiheit und die Ehre gehandelt wird; ob die Klage aber auch auf die Körperverletzung freier Personen *sui iuris* angewandt wird, wird nicht klar. Dieser Fall ist übrigens im Digestentitel 47,10 *De iniuriis et famosis libellis* fast nicht vertreten. Nur D. 47,10,7,8 bis D. 47,10,9,1 – vier Paragraphen – sprechen von einer Verletzung (*vulnus*), die die *iniuria* zur *atrox iniuria* macht. Konkrete Fälle werden dabei nicht erwähnt und auch die Glosse thematisiert die Verletzung nicht. Interessant ist aber, dass in der Glosse an mehreren Stellen betont wird, dass es sich bei der *actio iniuriarum* – anders als bei der *actio legis Aquiliae* – nicht um Schadensersatz (*damnum*) handelt. Es geht dabei um Glossen zu zwei Texten aus D. 47,10 (*De iniuriis et famosis libellis*), die an sich dieses auch schon klar ausdrücken:

D. 47,10,7,1 (Ulp. Ed. 57)

... quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur.

... Was sagen wir vom Aquilischen Gesetz? Denn auch die Klage geht vor allem darum (sc. Schadensersatz), nicht aber an erster Stelle um das Töten eines Sklaven; denn dort wird an erster Stelle eine Klage erhoben über den Schaden, der dem Eigentümer zugefügt wurde, aber bei der *actio iniuriarum* über das Töten an sich, oder das Gift, damit das geahndet wird, nicht aber damit der Schaden ersetzt wird.

D. 47,10,15,46 (Ulp. Ed. 77)

Si quis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae agat, Labeo scribit eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

²¹ A.S. de Blécourt / H.F.W.D. Fischer, *Kort begrip van het oud-vaderlands burgerlijk recht*. ⁷Groningen [1967], 317.

Wenn jemand die actio iniurarum erhebt, weil sein Sklave geschlagen wurde, und nachher die aquilische Klage erhebt, schreibt Labeo, dass es nicht die gleiche Sache ist, weil die eine Klage sich bezieht auf den durch Schuld verursachten Schaden, und die andere auf die Misshandlung.

In der Glosse heisst es etwa:

(...) nam in ciuili iniuria ut in criminali l. Cornelia de sica. et venef. agitur ad vindictam tantum (...) ²²
(...) weil in der zivilen Klage wegen iniuria so wie in der Kiminalklage der lex Cornelia ... nur auf Rache geklagt wird (...)

und auch

*Altera ad contumeliam, ut iniuriarum. Sed si primo egit iniur. civiliter, postea non aget criminaliter (...) ²³
Die andere auf Beleidigung, wie die actio iniuriarum. Aber wenn er erst mit der zivilen actio iniuriarum geklagt hat, kann er später nicht mit der Kriminalklage verfahren (...)*

Die Glosse beschränkt die *actio iniuriarum* klar auf Strafe; geht also nicht so weit, die Verurteilung wegen *iniuria* als Schadensersatz für immateriellen Schaden aufzufassen: anders als die *actio legis Aquiliae* bleibt die *actio iniuriarum* eine reine Pönalklage. Das bleibt sie auch später in den Niederlanden. Vinnius etwa schreibt in seinem Institutionenkommentar:

Vinnius, *Institutionum Imperialium Commentarius* ad Inst. 4,4,11
Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat (...)
(...) Weil die Injurienklage nicht irgendeinen finanziellen Schaden ausgleichen will, sondern auf Bestrafung abzielt (...) ²⁴

Vinnius gibt einige Beispiele der Anwendung der *actio iniuriarum* in seiner eigener Zeit und zwar in Holland wie auch in Friesland. Es existierten aber auch eher einheimische Rechtsfiguren, die besonders im Falle von Beleidigung zu Verfügung standen: einerseits die Klage mit der zur Zurücknahme der Beleidigung (*παλινωδία*, Lat. *recantatio*) aufgefordert wurde; andererseits die Klage auf *amende honorable et profitable*. Der Kommentar von Joh. Voet gibt eine spätere Sachlage, am Anfang des 18. Jahrhunderts, wieder:

Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas* II, 's-Gravenhage 1704 ad D. 47,10 De injuriis et famosis libellis
17. Denique moribus hodiernis recepta maxime actio ad palinodiam, sive injuriarum recantationem (diversa omnino ab actione injuriarum Romani juris ...) qualis recantatio sat magnam in se poenam habet, dum nullus 'gravius afficitur, quam qui ad supplicium poenitentiae traditur', autore Seneca libr. 3. de ira cap. 26. Quia tamen poena illa neque pecuniaria est, aut fisco applicanda, neque corporalis, sequitur hanc ad palinodiam actionem, civilibus magis, quam criminalibus judiciis accensendam esse,

²² Glosse *Principaliter* zu D. 47,10,7,1 (in der Ausgabe *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, studio et opera Ioannis Fehi* Lugduni 1627 (Nachdr. Osnabrück 1966), III Sp. 1360.

²³ *Ibidem*, Sp. 1373.

²⁴ Übersetzung aus: K. Wille, *Arnold Vinnius, Institutionenkommentar, Schuldrecht. Text und Übersetzung*. Heidelberg [2005], 741.

moribus praesertim nostris, quibus placuit, privatos nullum criminale movere iudicium, sed tantum ad indemnitatem agere posse, si alieno delicto laesi sint (...)

Dann ist nach den heutigen Sitten vor allem die Klage auf *παλινωδία*, das heisst Zurücknahme der Beleidigung (vollkommen verschieden von der *actio iniuriarum* des römischen Rechts) rezipiert worden, welche Zurücknahme eine ausreichend große Strafe in sich hat, weil niemand „stärker getroffen wird, als derjenige, der der Strafe der Reue überliefert wird“, nach Seneca, *De ira* 3,26. Weil jene Strafe weder finanziell, noch dem Fiskus zuzuwenden, noch körperlich ist, folgt daraus, dass diese *actio ad palinodiam* eher den zivilen, als den kriminellen Klagen zuzurechnen ist, vor allem nach unseren Sitten, die entschieden haben, dass Privatpersonen keine einzige kriminelle Klage bringen, sondern nur auf Schadensersatz klagen können, wenn sie vom Delikt eines andern verletzt worden sind (...)

18. *Caeterum moribus nostris illud obtinet, quod injuriam passus praeter hanc actionem ad amendam honorabilem et profitabilem, nullam aliam vel privatam vel publicam injuriae sibi factae executionem habeat, sed tantum actionem privatam ex lege Aquilia ad indemnitatem, si forte injuria illata etiam ad damnum rei familiaris pertinuerit (...)* De caetero solus fiscus criminalem injuriarum persecutionem facit (...)

Übrigens gilt nach unseren Sitten, dass wer Unrecht erlitten hat, ausser dieser Klage auf *amende honorable et profitable* keine andere private oder öffentliche Verfolgung des ihm zugefügten Unrechts hat, sondern nur eine Privatklage auf Schadensersatz aufgrund des Aquilischen Gesetzes, falls vielleicht das zugefügte Unrecht auch zu Schaden im Vermögen geführt hat (...) Sonst führt nur der Fiskus die kriminelle Verfolgung von Unrecht durch (...)

Voet erweckt den Eindruck, dass Anfang des 18. Jahrhunderts die römischrechtliche *actio iniuriarum* in den Niederlanden nur wenig praktische Bedeutung hatte: Bestrafen wäre ausschließlich Sache der Behörde geworden und für Schadensersatz würde die rezipierte *actio legis Aquiliae* verwendet. Überhaupt ist es fraglich, ob die *actio iniuriarum* in den Niederlanden im Falle von Körperverletzung angewandt wurde. In den Kommentaren von Van Leeuwen, Matthaeus, Vinnius und Voet wird sie primär im Rahmen der Beleidigung behandelt; der Fall von Körperverletzung wird zwar erwähnt, aber im Vergleich zur Beleidigung kaum ausgearbeitet. Für medizinische Kosten stand die *actio legis Aquiliae* zur Verfügung. Somit erscheint es mir in einer Gesamtschau sehr zweifelhaft, dass die *actio iniuriarum* einen ernsthaften Einfluss auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes in den Niederlanden gehabt hätte.

Wie wurde der Fall Van Kreuningens/Bessem nun entschieden? Wie gesagt waren von der Staatsanwaltschaft rechtshistorische und rechtsvergleichende Argumente beigebracht worden. Die rechtsvergleichenden Argumente – die zum größten Teil aus der Dissertation von Greebe²⁵ stammten – bestanden, kurz gesagt, daraus, dass es in allen Ländern im direkten Umkreis eine Möglichkeit gab, Schmerzensgeld zu fordern: Belgien, Frankreich, England, Deutschland und die Schweiz werden hier als wichtigste Beispiele angeführt, ergänzt noch um Polen, Brasilien, China und Japan²⁶. Für Frankreich und Belgien gilt, dass diese Möglichkeit nicht direkt aus dem Gesetzestext von Art. 1382 Code civil hervorgeht. Zwar war der Begriff *dommage* vom Gesetzgeber weit konzipiert worden – das geht aus der Rede von Tarrille zum *Corps Législatif* hervor, obwohl seine Beispiele sich nur auf materiellen Schaden beziehen:

---

²⁵ Oben, Fn. 7.

²⁶ Greebe behandelt Frankreich, England, Deutschland, die Schweiz, Österreich und kurz auch noch Italien, China und Japan.

*Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniser la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés.*²⁷

Die belgische *Cour de Cassation* hatte schon 1881 das Schmerzensgeld vorbehaltlos zugewiesen²⁸, und weder in der Lehre noch in der Judikatur wurde dies später in Zweifel gezogen. In Frankreich aber dauerte es bis in das 20. Jahrhundert, dass die Richter so weit gingen; die *Cour de Cassation* sprach sich darüber erst 1923 klar aus²⁹. Der *Conseil d'État* war allerdings noch 1952 der Meinung, *dommage moral* sei nicht auf Geld zu schätzen und deshalb nicht zu erstatten³⁰.

Die rechtshistorischen Argumente im Fall Van Kreuning/Bessem – die mehr ausgearbeitet wurden – verwiesen auf das alt-vaterländische Recht, das Recht vor den für die vereinten nördlichen Niederlanden geltenden Gesetzbücher von 1809, 1811 und 1838. Dass es dort die Möglichkeit gab, Schmerzensgeld zu fordern – insbesondere in der Provinz Holland – geht, neben den schon oben genannten von Hugo de Groot und Simon van Groenewegen, aus mehreren Texten hervor. Die im Folgenden zitierten Beispiele stammen von Antonius Matthaeus:

Ant. Matthaeus (II, 1601-1654), *De Criminibus*, Utrecht 1644, ad lib. 47, tit. 3, cap. 3 sub 4

Quod si ob vulnera, aut membri mutilationem agatur, illud quoque moribus placuit; non solum mercedes medici praestitas, operas quibus caruit, aut cariturus est, aestimandas esse; sed et doloris et cicatricum atque deformitatis habendam rationem; utique si id nominatim petat vulneratus.

Wenn wegen Verletzungen oder der Verstümmelung eines Körperteils geklagt wird, ist auch das nach der Gewohnheit richtig, dass nicht nur das dem Arzt bezahlten Lohn und die Arbeitskraft die er vermisst hat oder vermissen wird geschätzt werden, sondern dass auch dem Schmerzen und den Narben und der Verstümmelung Rechnung getragen werden muss; vor allem, wenn der Verletzte darum ausdrücklich bittet.

Simon van Leeuwen:

Simon van Leeuwen (1626-1682), *Rooms Hollands Regt*, Leiden / Rotterdam 1664, IV, 35-39

Wat aangaat de vergoeding aan de gequetste, verminkte of beschadigde te doen. Alhoewel niemand verstaan werd Meester te zijn van zijn eigen ledematen, en een mense lichaam in zijn waarde niet kan geschat worden, is den self alsnog geregtigt tot vergoeding van het Meesterloon, scha en winstderving, so gedurende de genesing gehad alsook daarna te lijden, indien dat het gebrek geduyrig is. Ook van pijn, smert en ontciering van het lighaam indien dat het werd begeert, naar bescheydenheyt.

Was den Ersatz betrifft den man dem Verletzten, Verstümmelten oder Beschädigten schuldet. Obwohl niemand als Herr seiner eigenen Glieder betrachtet wird, und der Wert des Körpers eines Menschen nicht geschätzt werden kann, hat er selber trotzdem noch ein Recht auf Ersatz der ärztlichen Kosten, des Schadens und des entgangenen Gewinns, die er während der Besserung und auch nachdem erleidet, wenn die Behinderung dauerhaft ist. Auch von Leiden, Schmerzen und Verunzierung des Körpers, wenn es verlangt wurde, nach Bescheidenheit.

und Johannes Voet:

²⁷ Tarrible zum Corps législatif, 19 pluviöse des Jahres XII, Fenet XIII (1827; Nachdruck Osnabrück 1968) 488.

²⁸ *Pasicrisie* 1881, I, 163.

²⁹ Planiol / Ripert / Esmein, *Traité pratique de droit civil français* VI, Paris 1952, 753 ff.; Cass. Civ., 13 févr. 1923: DP 1923, 1, 52, note Lalou.

³⁰ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel 1964, 951 ff.

Joh. Voet (1647-1713), *Comm. ad Pandectas*, 's-Gravenhage 1698, IX,2,11

Adeo autem pro homine libero vulnerato actio datur, ut non modo inpendiorum in curationem ... sed et cicatricis et doloris atque deformitatis aestimatio moribus praestanda veniat, si per laesum laesamve petita sit; etsi iure Romano horum ratio habita non fuerit, dum corpus liberum proprie nullam recipit aestimationem.

In dem Ausmass aber wird bei einer verletzten freien Person eine Klage gegeben, dass nach der Gewohnheit nicht nur eine Schätzung der Kosten der Behandlung ... sondern auch der Narbe und des Schmerzens und der Verstümmelung bezahlt werden muss, wenn solches von dem oder der Verletzten beantragt wurde; wenn auch nach römischem Recht diesen Sachen keine Rechnung getragen wurde, weil ein freier Körper eigentlich keine Schätzung zulässt.

Man kann noch ein Fragment von Arnold Vinnius hinzufügen:

Arn. Vinnius (1588-1657), *Institutionum Imperialium Commentarius Academicus et Forensis*, Leiden 1642, ad Inst. 4,3,13

... Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, aestimatio fit, quamvis proprie haec pecunia sarciri non possunt, neque juri Romano id conveniat ...

*... Nach dem Gewohnheitsrecht unserer Region wird auch der Schmerz und die Verunstaltung des Körpers, wenn dies mal eingeklagt wird, veranschlagt, obwohl speziell diese Nachteile mit Geld nicht wiedergutmacht werden können und dies auch nicht mit dem römischen Recht in Einklang zu bringen ist ...*³¹

Besonders interessant an diesem Fragment ist, dass diese Regelung im Rahmen der *lex Aquilia* (Inst. 4,3) beschrieben wird und nicht beim Delikt *iniuria* (Inst. 4,4), und dass Vinnius sie als zum Gewohnheitsrecht gehörend darstellt – und nicht als rezipiertes römisches Recht.

Auch der erste gelungene – aber nie zum Gesetz gewordene – Entwurf für ein Bürgerliches Gesetzbuch für die ganzen nördlichen Niederlanden von Joannes van der Linden aus 1807 geht eindeutig davon aus, dass Schmerzensgeld gefordert werden kann:

Joannes van der Linden (1756-1835), *Ontwerp-BW 3,13,4* (1807)

Kwetsing of verminking aan eenig deel van 't ligchaam, geeft aan den gewondene het regt om te vorderen vergoeding van het meesterloon, en van de schade en winstderving, welke de gewonde door het toebrengen der wonde staat te hebben en te lijden. – De pijn en smart, als mede de ontsiering van het ligchaam, worden door de rechter op eene geldsomme in billijkheid gewaardeert.

Verletzung oder Verstümmelung an irgendeinem Körperteil gibt dem Verletzten das Recht Ersatz der ärztlichen Kosten zu fordern, und des Schadens und des entgangenen Gewinnes, die der Verletzte durch das Verursachen der Verletzung haben und empfinden wird. Leiden und Schmerz, wie auch die Verunzierung des Körpers, werden vom Richter auf eine redliche Summe geschätzt.

Einer der ganz wenigen, die sich prinzipiell gegen Schmerzensgeld aussprachen, war gegen Ende des 17. Jahrhunderts der berühmte Franeker Professor Ulrik Huber (1636-1694); dies stimmt auch gut damit überein, dass in Friesland die Rezeption des römischen Rechts etwas stärker war als in den anderen niederländischen Provinzen³². Seiner Meinung nach muss man im Fall von Körperverletzung:

Ulrik Huber, *Heedensdaegse Rechtsgeleertheit* VI, 4

³¹ Übersetzung aus: K. Wille, *Arnold Vinnius, Institutionenkommentar, Schuldrecht. Text und Übersetzung*. Heidelberg [2005], 695.

³² De Blécourt / Fischer (oben, Fn. 17), 20.

... reekenen het verzuim van de gequetste, het meester-loon, en voorts wat schade of verlooren profyt gereekent kan worden, maer van smert-loon of verergeringe van lichaem kan qualyk yets worden geëyscht, als voor soo veel bij de Ordonnantie seekere taxen op yeder lidt en quetsinge zijn gestelt.
... *berechnen die Abwesenheit des Verletzten, die medizinischen Kosten, und weiter was an Schaden oder verlorenem Gewinn berechnet werden kann, aber an Schmerz-lohn oder Verschlimmerung des Körpers kann schwerlich etwas gefordert werden, sofern nicht bei der Landesverordnung bestimmte Beträge für jedes Glied und jede Verletzung festgestellt worden sind.*

Eindeutig ist, dass das alt-vaterländische Recht der Niederlanden das Schmerzensgeld durchaus anerkannte. Es bleibt aber die Frage, ob sich daran zur Zeit der endgültigen Kodifikation von 1838 noch etwas geändert hatte. Hier gab es ein Problem. Im Wetboek Napoleon von 1809 (Art. 1320)³³ und im Entwurf für das Bürgerliche Gesetzbuch von 1820 (Art. 3023) war die Möglichkeit, Schmerzensgeld zu fordern, klar ausgedrückt. Dieser Artikel war im Entwurf von 1833 und im definitiven Gesetzestext von 1838 aber fortgelassen worden³⁴, ohne dass deutlich war, ob man diese Bestimmung nicht aufgenommen hatte weil es das Schmerzensgeld sowieso immer schon gegeben hatte und deshalb ein derartiger Artikel eigentlich überflüssig war, oder ob das Weglassen dieses Artikels damit zusammenhing, dass der Gesetzgeber von 1838 meinte, in der neuen Kodifikation gäbe es keinen Platz mehr für Schmerzensgeld. PG Berger allerdings war der Meinung, dass der Gesetzgeber einen derartigen Bruch mit der Tradition deutlich hätte begründen müssen – was er nicht gemacht hat – und plädierte am Ende seiner *conclusie* dafür, das Schmerzensgeld zuzuerkennen.

Bei alledem fällt auf, dass man scheinbar nicht oder kaum an zwei doch gewiss nicht unwichtigen Entwürfen für Gesetzesänderungen zum Thema der außervertraglichen Haftung interessiert war. Der Justizminister Regout legte Anfang 1911 einen Entwurf vor, in dem die Artikel 1401 ff. des BW von 1838 geändert wurden. Hauptanlass für diese Änderung war die streng-legistische Auslegung des Begriffes „onrechtmatig“ (*unrechtmäßig*) im Artikel 1401 durch den Hoge Raad, die zu Entscheidungen führte, die mit dem Rechtsgefühl nicht in Einklang standen.³⁵ Im selben Entwurf gab es aber im neuen Wortlaut des Artikels 1401 auch eine Bestimmung über Schmerzensgeld:

Wetsontwerp Regout 1911 (W. 9099, 20. Januar 1911)
Art. 1401 (Entwurf)

“Hij die door eene onregtmatische daad aan een ander schade toebrengt, is jegens hem tot schadevergoeding gehouden.

Onder onregtmatische daad wordt verstaan eene door de schuld des daders veroorzaakte handeling of nalatigheid, in strijd met de openbare orde, met de goede zeden of met de zorg van een goed huisvader.

³³ “Kwetsing, of verminking aan eenig deel van het ligchaam geeft aan den gewonden het regt om te vorderen vergoeding van het meesterloon, en van de schade en winstderving daardoor aan hem toegebracht, de pijn en smert en ontsiering van het ligchaam daaronder gerekend, hetgeen door den regter, naar gelang van den persoon en de omstandigheden, begroot wordt. (...)” – *Verletzung, oder Verstümmelung an irgendeinem Körperteil gibt dem Verletzten das Recht, Ersatz der ärztlichen Kosten und des Schadens und Verlustes von Gewinn, ihm dadurch verursacht, zu fordern, Schmerzen und Verunzierung des Körpers darunter berechnet, was durch den Richter gemäss der Person und den Umständen, geschätzt wird. (...)*

³⁴ Jonckers Nieboer (oben, Fn. 2), 107.

³⁵ Der berühmteste Fall war 1910 der von einer Frau, die sich in ärgerlicher Weise weigerte, einen Hauptwasserhahn zu schliessen und dadurch einen durch eine gebrochene Wasserleitung entstandenen Schaden viel schlimmer als nötig werden ließ. Der Hoge Raad entschied, dass sie dafür nicht hafte, weil es keine gesetzliche Bestimmung gab, die ihr eine Verpflichtung zum Schließen des Hauptwasserhahns auferlegte (HR 10.06.1910, W. 9038).

De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald.”

Wer durch eine unerlaubte Handlung einem anderen Schaden zufügt, ist ihm zum Schadensersatz verpflichtet.

Als unerlaubte Handlung wird verstanden eine durch die Schuld des Täters verursachte Handlung oder Unterlassung, strittig mit der öffentlichen Ordnung, mit den guten Sitten oder mit der Sorgfältigkeit eines guten Hausvaters.

Der geschuldete Schadensersatz wird, auch wenn und insoweit der erlittene Schaden sich nicht in Geld schätzen lässt, durch den Richter in Billigkeit nach den Umständen festgestellt.

Der Entwurf sah darüberhinaus noch die Streichung der Artikel 1406 und 1407 vor, die nun neben dem neuen Artikel 1401 überflüssig geworden waren³⁶. Die Freiheit, eine Summe für nicht direkt in Geld schätzbaren Schaden nach Billigkeit festzusetzen, die dem Richter im letzten Satz gewährt wird, wurde von Ribbius – der auch in seiner Dissertation schon das Schmerzensgeld befürwortet hatte³⁷ – in einem Aufsatz über diesem Entwurf besonders positiv gewertet³⁸.

Nachdem Justizminister Regout plötzlich verstorben war, legte sein Nachfolger Heemskerk 1913 einen leicht modifizierten Entwurf für eine ähnliche Gesetzesänderung vor, in dem genau derselbe dritte Paragraph des Artikels 1401 aufgenommen war. Es scheint, dass dieser Entwurf im Parlament überhaupt nicht behandelt worden ist. Er wurde aber – allerdings was die Auslegung vom Begriff „onrechtmatig“ im Artikel 1401 betraf – in der Judikatur übernommen³⁹ und 1928 vom Justizministerium zurückgezogen.

Was das Schmerzensgeld betrifft ist es unbestritten, dass die Entwürfe von Regout und Heemskerk dem Richter die Möglichkeit boten, einen Täter zu einem derartigen Schadensersatz zu verurteilen. Im begleitenden Kommentar (*Memorie van Toelichting*) des Ministeriums wird darauf auch hingewiesen⁴⁰. Die *Memorie* begründet dabei diese Möglichkeit kaum; sie wird als vollkommen selbstverständlich dargestellt⁴¹. Die Gesetzesentwürfe scheinen aber bei den Juristen wenig Anklang gefunden zu haben. In den *prae-adviezen* von De Jong und Mulderije wird der Entwurf von Regout nur beiläufig erwähnt, ohne seine Bedeutung für das Schmerzensgeld zu behandeln⁴². Jonckers Nieboer beschreibt die Entwürfe, ohne aber ihre Bedeutung für das Schmerzensgeld hervorzuheben⁴³. Nur Greebe weist darauf hin, dass der Gesetzgeber im Entwurf von Regout ganz klar das Schmerzensgeld als Teil des Schadensersatzes dargestellt hat und verwendet das als Argument für dessen Anerkennung⁴⁴. Die meisten Juristen werden aber wohl aus der Zurückziehung des Entwurfes die umgekehrte Schlussfolgerung gezogen haben.

Das Urteil des Hoge Raad war für Van Kreuningen positiv. Mit der ausführlichen *conclusie* des PG Berger in der Hand brauchte der Hoge Raad nicht sehr lange argumentieren: das Verleihen von

³⁶ Art. 1406 betraf den Schadensersatz bei vorsätzlicher oder unvorsichtiger Tötung; Art. 1407 den bei vorsätzlicher oder unvorsichtiger Verletzung oder Verstümmelung.

³⁷ Vgl. oben, Fn. 6.

³⁸ H.R. Ribbius, *Eenige opmerkingen over het wetsontwerp tot regeling van de onrechtmatige daad*. Rechtsgeleerd Magazijn 30 (1911) 550-570, auf Seiten 567-570.

³⁹ In der berühmten Entscheidung im Fall Lindenbaum/Cohen: HR 31.01.1919, NJ 1919, S. 161.

⁴⁰ Siehe W. 9099 (1911) 1-3.

⁴¹ Allerdings gibt es in den Fußnoten einen Verweis auf den Aufsatz von Drucker aus 1889-1890: Drucker scheint damit jedenfalls das Justizministerium überzeugt zu haben.

⁴² Oben, Fn. 2 und 10, S. 48-50; 90. Der Entwurf von Heemskerk wird nicht erwähnt.

⁴³ Oben, Fn. 2, S. 159-161.

⁴⁴ Oben, Fn. 7, S. 142-143.

Schmerzensgeld war in Übereinstimmung mit der Praxis in den Nachbarländern, und auch mit dem was im altvaterländischen Recht üblich gewesen war. Der Hoge Raad übernahm also sowohl die rechtsvergleichenden wie auch die rechtshistorischen Argumente der Staatsanwaltschaft.

Von der *actio iniuriarum aestimatoria* findet sich aber in seinen Ausführungen keine Spur. Verschiedene Gründe sind dafür denkbar. Erstens reichten dem Hoge Raad die anderen Argumente schon mehr als genug um das Schmerzensgeld im niederländischen Privatrecht anzuerkennen. Zweitens wird in der *conclusie* diese *actio* eigentlich bloß, als nachher aufgekommener Gedanke erwähnt – sie gehört nicht zu den primären Argumenten. Und drittens darf man nicht vergessen – es lässt sich aber nicht feststellen, ob der Hoge Raad sich dessen bewusst war – dass sie auch nichts beitragen *konnte*: auch in der Interpretation von Jhering ist sie immerhin noch eine Klage die vorsätzliches Handeln beim Täter unterstellt, und davon war im Fall Van Kreuningen/ Bessem gar nicht die Rede.

Kann man die *actio iniuriarum aestimatoria* im Fall Van Kreuningen/Bessem überhaupt als römische Grundlage für modernes Recht betrachten? Es ist fraglich, ob die Klage vorher schon etwas zur Entwicklung des Schmerzensgeldes beigetragen hatte. Im Rahmen der *conclusie* des PG Berger hat sie eher eine rhetorische Funktion. Eine einflussreichere Grundlage für modernes Recht liegt wohl im Prinzip *liberum corpus nullam recipit aestimationem*, das sich bis in die moderne Zeit durchgesetzt hatte⁴⁵. Hugo de Groot konnte sich nur schwierig davon trennen und man spürt, dass die Juristen im 19. und 20. Jahrhundert Probleme hatten, mit Körperverletzung eine Geldsumme zu verbinden. Die *actio iniuriarum aestimatoria* wurde dann in einem solchen Fall angeführt, um diesen römisch-rechtlichen Gedanken zu bestreiten und zu zeigen, dass es auch bei den Römern schon möglich war, aufgrund von Körperverletzung eine Geldsumme zu verlangen. Dabei wurde verschwiegen, dass dies nur bei vorsätzlichem Handeln des Täters möglich war. Im Endeffekt bietet die Klage uns also vielleicht kein gewichtiges Beispiel von römischem als Grundlage des modernen Rechts, aber doch einen Blick auf die Weise, in der das Recht nach der Kodifikation mit dem abgeschafften – aber trotzdem hier und da noch sehr präsenten – römischen Recht verfuhr⁴⁶.

Rotterdam / Antwerpen

Tammo Wallinga

---

⁴⁵ Land zitiert es noch in seinem Handbuch (oben, Fn. 4), 331.

⁴⁶ Seit 1992 kann das Schmerzensgeld in den Niederlanden im Art. 6:106 des neuen bürgerlichen Gesetzbuches sowohl in vertraglichen wie ausservertraglichen Fällen Teil des Schadensersatzes sein. Sehe für die moderne Lage: S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (Diss. Leiden), Deventer 1998; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer 2008; für die letzten Entwicklungen: M.R. Hebly, I. van der Zalm, E.S. Engelhard, Wetsvoorstel schadevergoeding van zorg- en affectieschade: verbetering van de positie van slachtoffers en naasten. *Ars Aequi* 64 (2015), 93-105.