

Das richterliche Ermessen und der Nichtvermögensschaden

P.G. MONATERI,
Professor für Zivilrecht, Universität Turin

Abstract : Der Autor untersucht, wie der Bereich des Nichtvermögensschadens durch die Auslegungsgewalt des Richters immer wieder neu festgelegt und die Figur des existentiellen Schadens geschaffen wurde, dessen Würdigung ebenfalls dem richterlichen Ermessen überlassen ist, und wie die „judicial discretion“ auf dem Sektor der zivilrechtlichen Haftung weiter ausgedehnt wurde.

1. Ermessen, Nichtvermögensschaden und Orientierung der Vereinten Senate

Seit längerer Zeit wurde beobachtet, dass der Bereich der zivilrechtlichen Haftung schlechthin der Sektor des Privatrechts ist, auf dem das richterliche Ermessen die größte Rolle spielt.¹

In der amerikanischen Lehre geht dies sogar so weit, dass Prosser und Keeton ihr klassisches Werk in Sachen Torts mit folgender Behauptung eröffnen „...Torts is not a proper subject for a Law book“². Es geht also nicht um ein besonderes Problem der Modelle des Civil Law, die sich auf die Auslegung geschriebener Texte stützen, sondern um etwas, das der Materie der unerlaubten Handlung selbst innezuwohnen scheint. In diesem Zusammenhang wurde vielmehr angemerkt, dass einer Kodifikation durch Generalklauseln – worum es sich sowohl bei Art. 1382 C. Nap. als auch bei § 823 BGB und bei Art. 2043 Codice civile zu handeln scheint – einer *Nicht*-Kodifikation gleichzusetzen ist und dass die Materie der außervertraglichen Haftung deshalb nur dem Anschein nach kodifiziert wurde³.

Im traditionellen Sinne wird die Beurteilung der Haftung als analytischer Prozess dargestellt⁴, bei dem das Vorliegen jeder einzelnen Voraussetzung der unerlaubten Handlung getrennt festgestellt wird.

Die Ersatzpflicht entsteht aus der Vereinigung der einzelnen Tatsachenelemente, und die Verurteilung zum Schadenersatz ist also nichts anderes als das unumgängliche Ergebnis einer logischen Gegenüberstellung zwischen dem konkreten Fall und dem Schema der Norm. Die positive Lösung ergibt sich aus der Übereinstimmung der Tatsachen mit dem Bereich jedes normativen Elements: Schuld, kausaler Zusammenhang, Schaden, usw.

In Wirklichkeit ist der Prozess, der zur Verurteilung zum Schadenersatz führt, weitaus weniger linear und *muss* auch viel weniger linear sein.

1 Francesco Parisi. Liability for negligence and judicial discretion. University of California at Berkeley, 1992

2 Prosser u. Keeton, *Torts*, 5. Aufl., West Pub. CO., 1984, Kap.1, Einleitung, S.1.

3 A. Gambaro, Stichwort "Codice Civile", in *Digesto Italiano*, 4. Aufl., II, Torino, 1988, S. 442 FF.

4 S. die Beschreibung und Kritik in ALPA u. BESSONE, 1980, 101.

Die zivilrechtliche Haftung stützt sich wie gesagt auf wenige Kernelemente: Schuld, Vorsatz, rechtswidriger Schaden, kausaler Zusammenhang; das sind aber alles unbestimmte Worte ohne eine präzise Bedeutung. Es handelt sich um Worte, denen der Auslegende einen Sinn beimessen muss. Die zivilrechtliche Haftung betrifft im Übrigen in ständiger Entwicklung befindliche Verhaltensweisen⁵, für die das Gesetz nur die allgemeinen Aspekte regeln kann. Trifft es also zu, dass eine Kodifikation durch Generalklauseln einer Nichtkodifikation gleichzusetzen ist, kann behauptet werden, dass das Recht der zivilrechtlichen Haftung *nur teilweise* kodifiziert worden ist. Bei den Artikeln 2043 – 2059 handelt es sich um allgemeine Vorgaben bzw. Schemen, *innerhalb der* der Auslegende das Recht zur Anwendung bringen muss.

Im Allgemeinen kann die Aussage getroffen werden, dass die *Aufgabe*⁶ der zivilrechtlichen Haftung darin besteht, einen **Schaden** von einer Person auf eine andere zu **übertragen**. Deshalb ist *zu ermitteln*, welche Schäden zu übertragen sind und welche dagegen an ihrem Entstehungsort zu belassen sind. Weiter ist *zu ermitteln*, aufgrund *welcher Kriterien* und an wen diese Schäden übertragen werden und wie die solche Schäden verursachenden Handlungen unterdrückt werden können.

Deshalb kann behauptet werden, dass es sich beim **Recht** der zivilrechtlichen Haftung im *Wesentlichen* um **von den Auslegenden erarbeitetes** Recht handelt: von der Rechtsprechung und von der Lehre⁷.

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint der Weg entscheidend zu sein, den der italienische Kassationshof in den letzten Jahren mit Bezug auf die Kategorien des Nichtvermögensschadens und die Richtlinien für seine Würdigung durch das Prozessgericht beschritten hat.

Ausgangspunkt ist also die Entscheidung der Vereinten Senate des Obersten Gerichtshofs aus dem Jahr 2008, die den Rahmen der neuen Schadensposition umreißt, die die Lehre unter heftigen Debatten seit dem Ende der 90er Jahre und über das gesamte erste Jahrzehnt des neuen Jahrhunderts hinweg vorschlägt.

Das Urteil 26975 aus dem Jahr 2008 stellt eindeutig den Rechtsgrundsatz auf, wonach die existentiellen Beeinträchtigungen ersatzfähig sind, wenn sie – auch in nicht ausdrücklich vom Gesetz vorgesehenen Fällen – durch die Verletzung eines verfassungsrechtlich geschützten Rechts der Person entstanden sind.

Diese Beeinträchtigungen bilden *keine* eigene Rechtskategorie, sondern stellen eine *categoria descrittiva* (beschreibende Kategorie) dar und werden als solche von den Senaten ausdrücklich als Untergruppe der Kategorie des Codice civile der Nichtvermögensschäden erwähnt und angesehen, die nicht mehr nur im Fall von Straftaten ersatzfähig sind.

In der Fortsetzung des Urteils wird darüber hinaus darauf hingewiesen, dass zum Nachweis dieser Schäden in großzügigem Ausmaß auf Vermutungen zurückgegriffen

5 R.A.HEINER, *Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Legal Precedent and Rules*, 15 JO. OF LEG. STUD. 227 (1986).

6 Vgl. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967.

7 RODOTA', 1963, 30, 131; *Foro it.*, Rep. 1987; LIBERTINI Mario, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, *Contratto e impr.*, 1987, 85; GALGANO Francesco, *La commedia della responsabilità civile*, *Riv. critica dir. privato*, 1987, 191; VISINTINI, *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, *Contratto e impr.*, 1987, 73.

werden kann, da die Zivilprozessordnung keine Hierarchie zwischen den Beweisquellen vorgibt und den Beweis durch Vermutung im Vergleich zu anderen Beweisen nicht diskriminiert.

Auf diese Weise folgt der Kassationshof, der mit den beiden Urteilen aus dem Jahr 2003 verhalten auf diese Schäden Bezug genommen hatte, schließlich dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs aus demselben Jahr, mit dem Art. 2059 mit dem Hinweis, dass die existentiellen Beeinträchtigungen darin inbegriffen sind, vor der Verfassungswidrigkeit gerettet wurde.

Dabei handelt es sich selbstverständlich um einen wichtigen Präzedenzfall, denn es geht um ein Urteil der Vereinten Senate und um einen paradigmatischen Fall der *außervertraglichen* Haftung. Die Orientierung der Vereinten Senate entspricht in der Tat den Grundsätzen, die in der Vergangenheit bereits von....* aufgestellt wurden, jedoch in einer Entscheidung, die einen Fall der Reduzierung des Aufgabenbereichs betraf, d.h. in einem Fall der vertraglichen Haftung.

Selbstverständlich waren nur einige wenige der Ansicht, dass, wenn der existentielle Schaden *ex contractu* ersatzfähig ist, er nicht auch *ex delicto* ersatzfähig ist; aber auch diese Meinung wurde vertreten und nunmehr von den Senaten eindeutig widerlegt.

Soweit also zum Inhalt der hier besprochenen Entscheidung. Auf operationaler Ebene sind keine wichtigen Elemente hinzuzufügen. Es ist aber angebracht, die Begründung eingehender zu untersuchen, denn dabei handelt es sich um eine ziemlich lange und ausführliche Abhandlung.

2. Die Ersatzfähigkeit der existentiellen Beeinträchtigungen

Der operationale Rahmen der Entscheidungen der Vereinten Senate ist z.B. auf S. 31 des Urteils 26975 zu finden, wo der Verfasser auf folgendes hinweist: „Mangels einer Straftat und bei Nichtvorliegen eines gesetzlich geregelten Falls sind existentielle Beeinträchtigungen dann ersatzfähig, wenn sie durch die Verletzung eines unantastbaren Rechts der Person entstanden sind“.

Dieser Fall tritt „zum Beispiel“ dann ein, wenn *das Familienleben durch den Verlust eines Angehörigen erschüttert wird*, dem s.g. Schaden aus dem Verlust des Verwandtschaftsverhältnisses, denn die existentielle Beeinträchtigung folgt aus der Verletzung unantastbarer Rechte der Familie: Art. 2, 29 und 30 der it. Verfassung.

Hier kommen nämlich Beeinträchtigungen zum Tragen, die das Leben der Person betreffen und „der Einfachheit halber als existentielle Beeinträchtigungen beschrieben und definiert werden können“.

Der Punkt ist überaus wichtig. Bekanntlich begann die *Querelle* über den existentiellen Schaden gleich nach der Entscheidung Nr. 372/94 des Verfassungsgerichtshofs, mit der die Ersatzfähigkeit des Schadens aus einem Trauerfall scheinbar dann abgelehnt wurde, wenn es sich nicht um einen biologischen und nosographisch feststellbaren Schaden handelt. Deshalb ist es offensichtlich, dass dieser Satz des Verfassers bei der Würdigung der Entscheidung der Vereinten Senate entscheidende Bedeutung übernimmt: Das Beispiel, das die Senate zur Definition des paradigmatischen Falls der ersatzfähigen existentiellen Schäden verwendet haben, entspricht genau dem vom

Verfassungsgerichtshof geprüften Sachverhalt. Dass diese existentiellen Beeinträchtigungen auf jeden Fall ersatzfähig sind, hatte der Gerichtshof im Übrigen bereits mit seinem Urteil aus dem Jahr 2003 klargestellt.

Die mit dem Urteil Nr. 372 aus dem Jahr 1994 aufgetretenen Auslegungszweifel sind also nunmehr als überwunden anzusehen. Daraus folgt die von den Vereinten Senaten vertretene Auffassung, und zwar, dass andere existentielle Beeinträchtigungen, die *nicht* unter den Bereich des biologischen Schadens fallen, dann ersatzfähig sind, wenn sie durch die Verletzung eines unantastbaren Rechts der Person, bei dem es sich *nicht* um das Recht auf psychische und physische Integrität handelt, verursacht wurden: „Die existentielle Beeinträchtigung ist also innerhalb der vom verfassungsrechtlich qualifizierten Unrecht des Schadensfalls gesetzten Grenze ersatzfähig“ (S. 32 der o.g. Entscheidung). Diese Lösung hatten wir bereits vor zehn Jahren aufgezeigt.⁸

Wir sind also den Vereinten Senaten zu Dank verpflichtet, da zu diesem wichtigen Punkt der Materie Klarheit geschaffen wurde und kein Raum für gegenteilige Behauptungen zu bleiben scheint.

3. Die Definition der existentiellen Beeinträchtigung

Nach der von den Vereinten Senaten anerkannten Definition ist die existentielle Beeinträchtigung ein Schaden, der nicht die Einkommenslage der Person betrifft und ihre Lebensgewohnheiten und ihr früheres Beziehungsleben verändert und sie im Hinblick auf die Entfaltung und Realisierung ihrer Persönlichkeit im Außenverhältnis zu anderen Lebensentscheidungen bewegt (S. 35-6). Diese Definition, die im Gegensatz zu rein emotiven und inneren Beeinträchtigungen auf den objektiven Charakter des existentiellen Schadens gerichtet ist, ist ebenfalls von entscheidender Bedeutung, denn hierbei handelt es sich um denselben Blickwinkel, aus dem das Problem in einer bekannten und etwas weiter zurückliegenden Abhandlung in Angriff genommen wurde⁹.

Die Vereinten Senate gehen zwar davon aus, dass diese Definition keine autonome Schadenskategorie ins Leben ruft – auf dieses Problem werden wir später zurückkommen – und dass auch der Begriff des biologischen Schadens und des moralischen Schadens rein beschreibenden Anforderungen Rechnung trägt und *nicht* die Anerkennung eigener Schadenskategorien voraussetzt (S. 51) – dieser Punkt ist *überaus* wichtig –; dies schließt nicht aus, dass eine solche Kategorie vorgegeben und eingeführt wird, damit – der Einfachheit halber – jene Schäden eingeordnet werden können, die die Würde der Person betreffen und kraft der Art. 1, 2, 4 und 35 der it. Verfassung ersatzfähig sind.

Diese Definition ist im Übrigen bereits auf vertraglicher Ebene in zahlreichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs anerkannt worden (4260/2007; 5221/2007; 11278/2007; 26561/2007). Auf diese Weise hat sich also ein Begriff der existentiellen Beeinträchtigung durchgesetzt, was – wie später aufgezeigt wird – *nicht* für den Begriff des biologischen Schadens und für den des moralischen Schadens gilt.

⁸ P.G.Monateri, *La responsabilità civile*, Torino, Utet, 1998, S. 303.

⁹ P.Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, Contratto e Impresa, 1994, S. 84.

4. Der Beweis und die Qualifikation der existentiellen Beeinträchtigungen

Mit klarer und extremer Konsequenz halten die Vereinten Senate fest, dass im Hinblick auf die Beweismittel für den biologischen Schaden eine gerichtsmedizinische Feststellung erforderlich ist (S. 55).

Für die anderen Nichtvermögensschäden kann dagegen auf den Zeugen-, den Urkundenbeweis und Vermutungen zurückgegriffen werden (S. 56).

Die (nicht biologische) Beeinträchtigung¹⁰ betrifft nämlich ein immaterielles Gut, und deshalb übernimmt der Einsatz des Beweises durch Vermutung *besondere Bedeutung* und kann auch *die einzige Grundlage* für das Entstehen der richterlichen Überzeugung darstellen, denn es handelt sich *nicht* um ein den anderen Beweismitteln untergeordnetes Beweismittel¹¹.

In diesem Zusammenhang treffen die Vereinten Senate gegenüber früheren Entscheidungen keine neuen Aussagen, aber selbstverständlich ist deren Bestätigung von Relevanz. Die existentiellen Beeinträchtigungen gehören also zu jenen Kategorien der *general damages*, die normalerweise auf die Verletzung folgen und deshalb vorbehaltlich des Gegenbeweises vermutet werden können.

Hierbei ist zu beachten, dass diese Beeinträchtigungen geltend gemacht und *vorgetragen* werden müssen, aber die Tatsache, dass in der Erschütterung des Familienlebens eine objektive Verschlechterung der Existenz der betroffenen Personen liegt, ist ein Begriff des *id quod plerumque*. Werden sie also nicht vorgetragen, können sie nicht anerkannt werden: Es handelt sich *weder* um Schäden *in re ipsa*, noch um *danni evento* (Ereignisschäden), wie (dgegen für den biologischen Schaden!) im Urteil Nr. 184/86 in Aussicht gestellt wurde. Es sind Folgeschäden, die aber – soweit sie vorgetragen werden – durch Vermutung, auch *nur* durch Vermutung, unter Beweis gestellt werden können, wie gesagt vorbehaltlich des Gegenbeweises bzw. vorbehaltlich – und dies ist der Punkt – des Beweises, dass ihr Ausmaß über den üblichen Rahmen hinausgeht. Der Kläger kann also das *id quod plerumque* in Anspruch nehmen oder nachweisen, dass im konkreten Fall höhere und umfangreichere Schäden eingetreten sind.

Was den Rechtstitel eines solchen Schadenersatzes betrifft, bleibt dieser – ebenso wie vor der Entscheidung der Vereinten Senate – im Art. 2059 Codice civile verankert, so dass bei der Qualifikation als *danni* oder *pregiudizi* keine *mutatio libelli* eintritt. Der Kläger hat nur die Pflicht, die Tatsachen und ggfs. die Gesetzesartikel *zusammenfassend* anzugeben, und der Richter ist nicht an die vom Kläger gewählte juristische Qualifikation gebunden. Auch wenn der Kläger einen Vertrag als Werkvertrag qualifiziert hat, kann ihn der Richter ohne weiteres als Kaufvertrag qualifizieren. Ähnliche Probleme wurden im

10 Hier möchte ich den Gebrauch des Ausdrucks "Nachteil" durch die Vereinten Senate unterstreichen: Dieser betrifft alle Unterbegriffe des Nichtvermögensschadens gemäß Art. 2059: d.h. der biologische „Schaden“ ist nicht mehr eine *species* des rechtswidrigen Schadens gemäß Art. 2043, aber er ist auch nicht mehr der „biologische Schaden“; er ist – ebenso wie der existentielle – ein Nachteil. Es würde mich freuen, wenn einer *meiner 25 Leser* die Ironie oder *maladresse* (?) dieses Abschnitts der Senate erfassen würde.

11 Orientierung seit dem Urteil 9834/2002

Übrigen bereits *de plano* gelöst, als vom Anspruch auf Ersatz des biologischen Schadens gemäß Art. 2043 auf den Anspruch nach Art. 2059 übergegangen wurde. D.h. wenngleich der ursprüngliche Anspruch vom Kläger als existentieller Schaden geltend gemacht wurde, stellt dies für den Richter kein Problem dar und steht auch *mutatio libelli* seiner Neuqualifizierung als existentielle *Beeinträchtigung* im Sinne einer Unterkategorie des Nichtvermögensschadens nicht entgegen.

5. Kategorien und Beschreibungen

Bei den vorstehenden Aussagen handelt es sich um eine wahre Rechtsanalyse der Orientierung der Vereinten Senate.

Im Zuge einer literarischen Analyse der Begründungen wäre es naheliegend – wenn man nicht wüsste, dass das Dokument von einem einzigen Verfasser stammt – den Eingriff mehrerer Autoren zu vermuten, die einen unterschiedlichen Stil haben und verschiedenartige Auffassungen, Wesensarten und Ideen verkörpern.

Der erste Teil der Entscheidung ist nüchtern und trocken, umreißt die Probleme und zeigt die bereits besprochene Lösung auf. Der zweite Teil ist schwermütiger und richtet sich vehement gegen die Bagatellschäden: der gebrochene Absatz der Braut und andere Fälle, bei denen es sich ausnahmslos bzw. zum Großteil um *vertragliche Schäden* handelt. Ein dritter Teil geht schließlich auf die Regulierung des biologischen Schadens und seine Verbindungen mit dem problematischen moralischen Schaden ein.

Der erste Teil übernimmt im Wesentlichen die Ergebnisse der Lehre, und es geht nicht mehr in erster Linie darum, die existentiellen Beeinträchtigungen als solche zu *nennen*, denn diese sind bereits abschließend genannt, und in diesem Zusammenhang heißt es ausdrücklich, dass sie als solche bezeichnet werden können, sondern hauptsächlich um das Anliegen, keine juristische Kategorie, sondern eine rein beschreibende Kategorie daraus zu machen.

Hier sind einige Präzisierungen erforderlich. Bonilini traf bereits 1983 – bezüglich des moralischen Schadens – die korrekte Aussage, dass der Codice nur die Kategorie des „Nichtvermögensschadens“ kennt. Sind also die juristischen Kategorien die des Codice, ist es offensichtlich, dass die einzige Kategorie im Art. 2059 zum Ausdruck kommt. Demzufolge ist nicht nur der existentielle Schaden, sondern auch der moralische, keine juristische, sondern eine rein beschreibende Kategorie. Und doch hat die Kategorie des moralischen Schadens eine lange Geschichte: Sie kommt von weit her und wird – glaube ich – noch einen weiten Weg beschreiten. Und dazu fragt man sich, was dann aus den anderen Kategorien wird, die im Codice nicht geregelt sind, wie z.B. der Kategorie des Rechtsgeschäfts. Handelt es sich dabei um eine *beschreibende* Kategorie?

In diesem Zusammenhang scheint mir, dass der Verfasser ein *nomen* entwertet, das vielleicht nicht mehr modern, aber auf rechtlicher Ebene von großem Nutzen ist, d.h. die *dogmatische* Kategorie.

Da unter Dogma eine Definition zu verstehen ist, die eine gewisse Gruppe von Tatsachelementen identifiziert bzw. eine gewisse Gruppe von Auswirkungen des Tatbestandes oder auch eine Gruppe von Rechtsverhältnissen, sind die Dogmen natürlich

beschreibend. Das Rechtsgeschäft *beschreibt* und identifiziert z.B. als dogmatische Kategorie die Willenserklärung als Element verschiedener Tatbestände (das Versprechen, das reine Verlustangebot, die Erklärung des Verzichts auf die Verjährung, die Erklärung der Inanspruchnahme des *jus penitendi*, usw.). Bekanntlich müssen die dogmatischen Kategorien *nicht* mit den der Quellen übereinstimmen, denn der Zweck ihrer Ausarbeitung besteht gerade eben darin, diese besser zu verstehen und weiter zu entwickeln. Die Willensäußerung *qua tale* war unter den Quellen von Niehbur nicht vorhanden.

Da auch die Kategorien der Quellen – soweit sie sich auf Tatbestände, Geschehnisse und Verhältnisse beziehen – Kategorien sind, die gewisse Elemente beschreiben, um die Vorschrift der Norm als hypothetisches Gebot auf sie anzuwenden, besteht die Alternative – im Gegensatz zur Annahme der Vereinten Senate in einer Welt, die die allgemeine Theorie verloren zu haben scheint – *nicht* zwischen *juristischen* und *beschreibenden* Kategorien, da die ersten auch die Funktion der zweiten übernehmen und die zweiten auch die ersten sind, sondern zwischen dogmatischen und gesetzgeberischen Kategorien. Und dies nicht, weil ein wesentlicher Unterschied zwischen den ersten und den zweiten (zwischen zweiseitigem Rechtsgeschäft und Vertrag) besteht, sondern weil sich dieser Gebrauch durchgesetzt hat, um – im Wissen über die Abstammung der einen und anderen – eine gewisse philologische Strenge im Recht beizubehalten.

Die Bezeichnung beschreibende Kategorie ist also keineswegs als Abwertung aufzufassen, denn der wahre Name ist dogmatische Kategorie.

Nicht zuletzt wird dadurch deutlich, dass es sich bei diesem Teil des Urteils um ein *obiter* handelt, denn die Aufgabe der Senate besteht darin, eine einheitliche Auslegung zu gewährleisten und bekanntlich nicht darin, über Dogmatik zu diskutieren.

6. Pain and Suffering und Verletzung der unantastbaren Rechte

Lang und beherzt sind die Ausführungen zu den Bagatellschäden. Unserer Auffassung nach haben die Vereinten Senate mehr als Recht, vergessen aber die Ansichten, die der Oberste Gerichtshof mit Bezug auf die von den Friedensrichtern vorgenommenen Schadensregulierungen vertritt.

Gerade eben in einem kürzlich entschiedenen Fall, in dem es um einen durch Fernseh-Schock verursachten Schaden ging, meinte der Kassationshof, dass die Schlussfolgerungen der Friedensrichter keiner Revision zugänglich seien, da diese Richter nach billigem Ermessen urteilen.

Lässt man den Friedensrichtern freie Hand, dann werden diese Ausführungen zu leeren Worten.

Interessanter sind aber folgende Überlegungen.

Es geht also – nach Aussage der Vereinten Senate selbst – um Verletzungen unantastbarer Rechte. Gehen wir also z.B. erneut auf den von den Vereinten Senaten zitierten Fall der Erschütterung des Familienlebens im Hinblick auf Verletzungen von Art. 1, Abs. 1 des Gesetzes 858/1955 zur Umsetzung der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten ein.

In einem analogen Fall der Verletzung von Art. 8, der von der griesgrämigen Queen's

Bench Division della High Court¹² geprüft wurde und in dem es um einen Verzug des Sozialmates bei der Zuweisung einer geeigneten Wohnung an einen Behinderten ging, hat Mr. Justice Sullivan mit Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs von Straßburg und auf den noch griesgrämigeren Report von Lord Woolf, Master of the Rolls, behauptet, dass in diesen Fällen (Nr. 44) die zu ersetzenden Schadenskategorien (categories of loss) folgendes beinhalten:

“distress, frustration, inconvenience, humiliation and anxiety”.

An dieser Stelle ist es aufschlussreich, die Behauptungen der Richter unserer Vereinten Senate festzuhalten, deren Webseite auf der *Homepage* einen *Link* auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs von Straßburg enthält:

“Eindeutig nicht schutzwürdig sind im Hinblick auf den als existentiellen Schaden geltend gemachten Ersatzanspruch die Beeinträchtigungen, die in Unannehmlichkeiten, Belästigungen, Enttäuschungen, Besorgnissen und jeder anderen Unzufriedenheit bestehen”

Wonderful !

Im Rechtsvergleich sind selten zwei identische Auffassungen zu finden, aber völlig entgegengesetzte wie diese ...

Der englische Richter und der Master of the Rolls (!) gehen eindeutig davon aus, dass in diesen Fällen jene Schäden zu ersetzen sind, die die italienischen Richter *eindeutig* für nicht schutzwürdig halten (!).

Der Leser hat sicher Verständnis dafür, dass ich diesen Punkt *ad libitum* vertiefen könnte. Und – wenn ich dazu fähig wäre – ironisch werden könnte.

Ich beschränke mich dagegen darauf, den für die Internetseite des Kassationshofs zuständigen Personen zu empfehlen, zumindest den *Link* auf die Rechtsprechung von Straßburg zu löschen.

7- Die Ungewissheit über die aktuellen Begriffe von “biologisch” und “moralisch”

Die vorhergehenden Überlegungen sind aber auch für die Begriffe der biologischen Beeinträchtigung und der moralischen Beeinträchtigung (nicht mehr Schaden!) von Bedeutung. Meiner Ansicht nach ist der eingangs zitierte und von den Vereinten Senaten übernommene Begriff der existentiellen Beeinträchtigung solider geworden. Der Begriff von „biologisch“ als Gesundheitsschaden durchlebt derzeit im Hinblick auf seine juristische Konkretetheit nämlich eine schwere Krise, und zwar vor dem Hintergrund des Begriffs der Gesundheit, den die Weltgesundheitsorganisation unter Art. 2 des Gesetzesdekrets Nr. 81 aus dem Jahr 2008 formuliert hat und wonach die Gesundheit der „Zustand des totalen *körperlichen, geistigen und sozialen* Wohlbefindens ist und *nicht* nur das Nichtvorliegen einer Krankheit oder eines Gebrechens betrifft“.

Ein Zustand, den nicht einmal die Zen-Mönche und vielleicht nur die griechischen Götter erreichen. Natürlich verursachen Definitionen wie diese und *nicht der pursuit of happiness* Probleme. Und diese Probleme sind auf das Werk eines unbesonnenen Gesetzgebers und *nicht* auf das der Ausleger zurückzuführen.

12 (Regina) Bernard vs London Borough of Enfield, 25 October 2002, EWHC 2282.

Dass die Weltgesundheitsorganisation ihre Zuständigkeit bis ins Maßlose ausdehnen will und dies natürlich durch eine Erweiterung des Gesundheitsbegriffs macht, ist verständlich und entspricht der Art und Weise, in der diese Organismen aufgebaut sind und agieren. Aber dies hat natürlich Folgen.

Ebenso ändert sich der Begriff des moralischen Schadens: Als Scognamiglio in diesem Zusammenhang von sozialer Sensibilität sprach, ordnete er diesen Begriff *nicht* dem Bereich des körperlichen oder psychischen Leidens, sondern eben des *moralischen* Leidens zu, d.h. *nicht* dem Leiden des Individuums, sondern der Person. Mit anderen Worten *nicht* dem Leiden des Individuums aufgrund der Verletzung, sondern dem Leiden der Person aufgrund ihrer Degradation.

Steht biologisch also eindeutig mit der nosographischen Feststellung und moralisch mit den Werten der Person in Verbindung, überschneiden sich die beiden Begriffe *nicht* und laufen auf parallelen Wegen, die einander nicht kreuzen.

Erstreckt sich biologisch dagegen – wie vom Gesetzgeber vertreten – auf das *soziale* Wohlbefinden und wird moralisch – wie von den Vereinten Staaten – als *subjektives Leiden* aufgrund der erlittenen Schädigungen (Schmerz) ausgelegt (S. 52), dann ist eine Überschneidung zwischen moralisch und biologisch unvermeidlich.

Meiner Meinung nach handelt es sich dabei um einen Fehler, der vom Wegfall der Werte der Person als solche und vom Bedeutungsverlust der moralischen Dimension der persönlichen Existenz herrührt.

Etwas, das weder befürwortet, noch unterdrückt werden kann, da es unserem vom Personalismus gekennzeichneten verfassungsrechtlichen Aufbau überhaupt *nicht* entspricht.

Das Problem stellt sich also hier in einer ziemlich absurden Form und wird uns zukünftig dazu zwingen, Ordnung unter diesen Begriffen zu schaffen.

Vor diesem Hintergrund erscheint der hier von den Vereinten Staaten übernommene Begriff der objektiven Verschlechterung der Lebensbedingungen, die den beschreibenden Kategorien der existentiellen Beeinträchtigungen zueigen sind, dagegen viel solider.