

heitliche Einstellungspraxis zu erreichen, tatsächlich der Weg über eine Änderung des Strafgesetzbuches beschritten werden muss. Gesetzesänderungen, zumal im Kernstrafrecht, sind ultima ratio. Wenn also in der Praxis eine angemessene Berücksichtigung der Einzelumstände erfolgt und das Strafbefehlsverfahren nur betrieben wird bzw. Anklage erfolgt, wenn erschwerende Umstände, wie Alkoholisierung, Vorstrafen, grob verkehrswidriges Verhalten und erhebliche Verletzungen des Opfers festgestellt werden können, m. a. W. die Verfolgung „mit Augenmaß“ betrieben wird, bedarf es einer Gesetzesänderung im Ergebnis nicht. Das vorhandene gesetzliche Instrumentarium ist reichhaltig. Lediglich als Stichworte sind hier zu nennen die Einstellungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft und des Gerichts nach §§ 153 und 153 a StPO, die Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB und letztlich auch eine Berücksichtigung der Einzelumstände bei der Strafzumessung.

V. (Zwischen-)Ergebnis:

Dass der Problemkreis beim diesjährigen Jubiläumsverkehrsgerichtstag wieder auf dem Programm steht, ist zu begrüßen. Allein der Umstand, dass dieses bedeutende Thema seit rund zwanzig Jahren vom VGT nicht mehr angerührt wurde, während etwa die Reform der Verkehrsunfallflucht schon wiederholt auf der Agenda stand, ist bemerkenswert und rührt daher, dass Entkriminalisierungsbestrebungen in den letzten Jahren im politischen Raum kaum mehr Realisierungschancen eingeräumt wurden.

In dem Spannungsfeld, ob der im Straßenverkehr fahrlässig Handelnde von einem strafrechtlichen Vorwurf verschont werden soll oder der hohe Stellenwert der geschützten Rechtsgüter strafrechtlichen Schutz gebietet, ist entscheidend, ob eine Entkriminalisierung etwa leichter Fahrlässigkeit – im Verkehrsbereich oder auf allgemein-strafrechtlicher Basis – aus Gründen des Opferschutzes heute akzeptiert werden kann. Die normative Missbilligung fahrlässiger Verletzungshandlungen dient den Opfern. Sie haben in der Strafrechtspolitik der letzten 25 Jahre erheblich an Bedeutung gewonnen³⁷. Einer Reform könnten daher heute wohl nur dann Erfolgsaussichten eingeräumt werden, wenn der Schutz

der (Unfall-)Opfer zumindest durch flankierende rechtliche Maßnahmen – etwa durch Schadenswiedergutmachung oder Schmerzensgeld – in gleicher Weise gewährleistet wird. Ob dieser Weg erfolgversprechend sein kann, wird noch vom Arbeitskreis des 50. VGT zu prüfen sein.

Indes, auch wenn der VGT erneut „nur“ zur Sensibilisierung der Problematik beitragen sollte, kann er seine Aufgabe vollkommen erfüllen. Die eingangs angesprochene Eröffnungsrede zum 14. VGT schloss *Spiegel* mit folgender, den Kern der Problematik treffenden Schlussbemerkung:

„Und auf die Frage nach der künftigen Aufgabe des Deutschen Verkehrsgerichtstages: dass er sich auch weiterhin bemühe, im nur fahrlässig schuldig Gewordenen gleichwohl zu allererst den Menschen zu sehen, den Mitmenschen.“

Dass diese hohe Erwartung auch beim 50. VGT erfüllt werden kann, wird schon durch die Mitwirkenden bei der diesjährigen Behandlung des Themas gewährleistet.

Der Arbeitskreis wird wieder unter der bewährten Leitung des renommierten (und kürzlich emeritierten) Strafrechtslehrers *Klaus Geppert* stehen, der wenn auch noch nicht seit fünf Jahrzehnten, so doch bereits rekordverdächtige zwölf Mal (!) den Organisatoren für verschiedene strafrechtliche Themenstellungen zur Verfügung stand. Allein seine erneute Berufung – und das darf in einem Jubiläumsjahr getrost einmal gebührend gewürdigt werden – bürgt wiederum dafür, dass die kontroversen Stellungnahmen in einer griffigen Empfehlung einmünden werden, die dann rechtzeitig in der anschließenden Pressekonferenz vom Präsidenten präsentiert werden kann.

Auch angesichts der ebenso hochkarätigen Referenten, darunter zwei „alte Bekannte“ in diesem Format, kann auch in diesem 50. Jubiläumsjahr mit anregenden Vorträgen, lebhaften Diskussionen und guten Arbeitsergebnissen gerechnet werden, die den ehemals von *Spiegel* angesprochenen hohen Erwartungen entsprechen und, wenn man dereinst zurückblickt, vielleicht sogar wieder als „besonders bedeutend“ erscheinen werden. ■

37 Vgl. *Herrmann* ZIS 2010, 236.

Prof. Dr. Christian Huber, RWTH Aachen

Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation¹

A. Zielsetzung des Beitrags

Das Angehörigenschmerzensgeld ist derzeit ein heiß umkämpfter Schadensposten². In ganz Europa gibt es ein solches oder die jeweilige nationale höchstrichterliche Rechtsprechung bzw. Gesetzgebung setzen Maßnahmen, um es einzuführen³ oder auszubauen⁴. Deutschland steht dem gegenüber im „Schmollwinkel“. Es gilt zu untersuchen, ob diese Haltung sachgerecht ist. Bezug genommen wird dabei in erster Linie auf die Rechtsordnungen Österreichs und der Schweiz.

B. Um welche Sachverhalte geht es

Die Eltern verlieren bei einem Verkehrsunfall ihr (einziges) Kind; entweder haben sie selbst mitangesehen, wie ihr Kind jämmerlich zu Tode gekommen ist; oder sie sind nach der Nachricht darüber verzweifelt. Oder aber das Leben der Ehefrau wird völlig auf den Kopf gestellt, indem aus dem agilen, vitalen Ehemann von jetzt auf dann ein rund um die Uhr zu pflegender Krüppel geworden ist.

1 Gewidmet Prof. Dr. H. Stoll, der diese Problematik auf dem 45. DJT 1964 Band I, 145 ff. bereits erörtert hat und mit dem ich die einschlägigen Fragen während meines von ihm betreuten Humboldt-Stipendiums 1989/90 in Freiburg bereits ausführlich diskutiert habe. Für seine seit damals bestehende Förderung bedanke ich mich aus ganzem Herzen.

2 Die gegenläufigen Positionen prägnant darstellend *Schultzky*, VersR 2011, 857 ff. (pro); A. *Diederichsen*, DAR 2011, 122 ff. (contra); anders noch der Befund von *Wagner*, 66. DJT (2006) Band I A 62: ... „eine intensive Diskussion hat bis jetzt nicht stattgefunden.“

3 So in Portugal im Jahr 1996 Art. 496 Abs. 2 Código civil – dazu *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1583; in Schweden 2002 – dazu *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1615.

4 *Sanstedt*, VersRAI 2006, 53 f.: Erweiterung auf den Fall einer Verletzung im schwedischen Recht; zum französischen Recht *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1593: Verweis auf Art. 1379 Abs. 2 Code civil (Avant-projet Catala 2005).

Bei Tod eines – minderjährigen – Kindes gibt es abgesehen von den Bestattungskosten nach § 844 Abs. 1 BGB keinen ersatzfähigen Schaden. Das Leid und die Verzweiflung bleiben aber grundsätzlich unentschädigt, es sei denn, es liegen psycho-pathologische Veränderungen von einiger Dauer vor, die weit über das hinausgehen, was bei einem solchen Ereignis in einer derartigen Konstellation üblich ist⁵.

Der Schaden des Verletzten wird ausgeglichen; ebenso der Unterhaltsstandard der Familie. Wie aber verhält es sich mit der Ehefrau des zum Pflegefall gewordenen Krüppels. Sie ist in ihrem Freizeitverhalten enorm eingeschränkt, hat keinen ehelichen Sexualpartner mehr⁶, sondern ist – bei entsprechender ehelicher Verbundenheit – für Jahrzehnte an den Krüppel gebunden. Sofern sie das seelisch gut bewältigt, wird das nach der allgemeinen Verkehrsauffassung⁷ als – nicht ersatzfähiges – allgemeines Lebensrisiko qualifiziert.

C. Rechtslage im Rest von Europa⁸

Die Rechtslage bezüglich eines Angehörigenschmerzensgeldes in den einzelnen Rechtsordnungen Europas ist unterschiedlich. Es gibt Rechtsordnungen, bei denen eine gesetzliche Regelung vorhanden ist wie etwa in der Schweiz in Art. 47 OR⁹ oder Frankreich in Gestalt einer Generalklausel des Art. 1382 Code Civil; oder solche, bei denen die höchstgerichtliche Rechtsprechung¹⁰ in einem Schritt – mutiger – Rechtsfortbildung eine solche Kategorie etabliert hat wie in Österreich. Oder aber das Höchstgericht hat ein Trauerschmerzensgeld versagt oder nur unter restriktiven Voraussetzungen zugebilligt, aber gleichzeitig bekundet, dass die Einführung eines solchen durch den Gesetzgeber geboten wäre. Dieser hat die Botschaft vernommen und ist tätig geworden wie in Schweden¹¹ oder ringt um eine Lösung wie in den Niederlanden¹².

Immer ist ein Wechselspiel zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung zu beobachten. War im Ansatz eine gesetzliche Regelung vorhanden, hat die Rechtsprechung das Anwendungsgebiet mitunter ausgebaut, so in der Schweiz, wo eine gesetzliche Regelung für den Fall der Tötung bestand und das Höchstgericht eine Erstreckung auf den Fall schwer(st)er Verletzung vorgenommen hat¹³. Stets hat die schadenersatzrechtliche Literatur einen beträchtlichen Einfluss gehabt; und soweit das Höchstgericht einen Umschwung herbeigeführt hat, waren es versierte Geschädigtenanwälte, die durch ein entsprechendes Begehren und substanziiertes Vorbringen dem (Höchst-)Gericht die Gelegenheit gegeben haben, sich einen Ruck zu geben und über die bisherige Judikatur hinauszugehen. Womöglich fehlt es (derzeit) an solchen „dynamischen“ Kräften in Deutschland. Es soll daher analysiert werden, weshalb die Beharrungskräfte in Deutschland – bislang – die Oberhand behalten (haben).

D. Gründe für die ablehnende Haltung in Deutschland

Bedeutsam ist, dass die Haftpflichtliteratur in Deutschland ganz überwiegend aus der Feder von Vertretern der Versicherungswirtschaft¹⁴ oder Anwälten, die in deren Sold tätig werden¹⁵, stammt. Entsprechendes gilt für die Ausbildung der Fachanwälte für Verkehrsrecht. Selbst soweit BGH-Richter daran mitwirken, liegen einschlägige – und einseitige, die Sicht der Haftpflichtversicherer darstellende – Hand- oder Lehrbücher bzw. Skripten zugrunde, nach denen sie die Inhalte vortragen. Und was man anderen mehrmals vermittelt, daran glaubt man schlussendlich selbst.

Abgesehen von dieser Ausgangsposition ist zu beobachten, dass in der Judikatur des VI. Senats im Laufe der Jahrzehnte Literaturstimmen eine zunehmend geringere Rolle spielen; ein Blick über die Grenze wird

kaum jemals unternommen. Die Begründungen begnügen sich oft mit dem Verweis auf die eigene – einschlägige – Vorjudikatur. Dass das nicht so sein muss, zeigt etwa die österr. Judikatur¹⁶, in der ein – auch in den jeweiligen Entscheidungen durch Belegstellen zum Ausdruck kommender – lebhafter Dialog mit der Literatur stattfindet; und bei besonders bedeutsamen Problemen, wie etwa der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes¹⁷, wird auch ein Blick über die Grenze unternommen und das dokumentiert.

Möglicherweise ist die Ehrfurcht der Mitglieder des VI. Senats vor den Amtsvorgängern besonders ausgeprägt¹⁸. Der Urvater Steffen¹⁹ hat das Angehörigenschmerzensgeld abgelehnt; Dressler²⁰ hat ihm beigeplichtet. G. Müller²¹ sah das nicht anders; und A. Diederichsen²² führt diese Linie fort, wobei letzterer immerhin zu denken gibt, dass es in ganz Europa anders ist.

Auch das richterliche Selbstverständnis mag ein Hemmungsgrund in Bezug auf die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes sein. Die Väter des BGB haben darauf geachtet, dass die sich aus der Schadenszufügung resultierende Belastung gut prognostizierbar sein sollte. Beim *ideellen Schaden* spielt das richterliche Ermessen aber naturgemäß eine größere Rolle als beim Vermögensschaden. Bei solchen Konstellationen wäre der Richter nämlich deutlich mehr als ein Subsumtionsautomat.

Möglicherweise spielt aber auch die Religion und das damit einhergehende Menschenbild²³ eine nicht zu unterschätzende

5 A. Diederichsen, DAR 2011, 122, 123: Voraussetzungen denkbar eng, grundsätzlich nur extreme Härtefälle ausgeglichen; Klinger, NZV 2003, 290: Neurose oder Psychose; zu den strengeren Anforderungen des BGH gegenüber dem OGH in Österreich Fötschl, VersRAI 2001, 60, 62 FN 19; Christandl/Hinghofer-Szalkay, ZfR 2007, 44, 49; zur Entwicklung im deutschen Recht mit Nachweisen von Leitentscheidungen Ranieri, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1552 ff.

6 Zu Recht großzügig insoweit das französische Recht, gleich hohe Entschädigung für Partner wie für Opfer selbst; dazu Backu/Wendenburg, DAR 2006, 547; bemerkenswert auch das schweizerische Recht: Abgeltung für Verringerung der Häufigkeit des ehelichen Beischlafs – dazu Landolt, HAVE 2009, 125, 133 FN 150.

7 Diese ist empirisch nicht ermittelbar und meist ident mit der Ansicht des Gerichts. Die Berufung darauf trägt damit kaum zur Überzeugungskraft eines bestimmten Ergebnisses bei. Prototypisch die Berufung auf eine solche in BGHZ 56, 163 = JZ 1972, 122 (Selb); NJW 1989, 2317: Abweisung, weil keine „echte“ Gesundheitsstörung. Gibt es auch eine „unechte“?

8 Ein aktueller Überblick findet sich bei Danz, FS-200 Jahre ABGB (2011) 1633 ff.; überaus aufschlussreich auch der Rechtsvergleich zwischen österr. und italienischem Recht Christandl/Hinghofer-Szalkay, ZfR 2007, 44 ff.; weitere Nachweise bei Schultzky, VersR 2011, 857 Fn. 8.

9 So schon seit 1881.

10 OGH, NZV 2002, 26.

11 Dazu Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 850.

12 Ranieri, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1585; Janssen, ZRP 2003, 156, 159 unter Hinweis auf die E des Hoge Raad aus 2002, in der dieser auf die Defizite der lex lata hinweist; Hinghofer-Szalkay/Prisching, ZfR 2008, 444, 448 f. Zur Zurückweisung des Gesetzgebungsentwurfs durch die Erste Kammer http://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/28781_affectieschade.

13 BGE 112 II 220: gestützt auf Art. 49 OR unter Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht – dazu Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 844.

14 Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden¹⁰ (2010); Jahnke, Unfalltötung und Schadenersatz (2007).

15 Berz/Burmann/Hef, Handbuch des Straßenverkehrsrechts i. d. F. der 28. Ergänzungslieferung 2011; van Bühren/Lemckel/Jahnke, Anwalts-handbuch Verkehrsrecht² (2011).

16 Pars pro toto OGH ZfR 2010/157 (Ch. Huber).

17 OGH, NZV 2002, 26; Fötschl, VersRAI 2001, 60, 63: Weg zu diesem Ergebnis durch die Lehre aufbereitet.

18 A. A. aber Scheffen, ZRP 1999, 189, 193.

19 Steffen, in: FS-Odersky (1996) 723, 730 f.; Steffen, in: FS 25-jähriges Bestehen Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins (2005) S. 145, 150, 155.

20 Dressler, DAR 1996, 81.

21 G. Müller, DRiZ 2003, 167, 168; dies., VersR 2003, 1, 4 f.

22 A. Diederichsen, DAR 2011, 122, 124.

23 Darauf hinweisend Schultzky, VersR 2011, 857, 858.

Rolle – in Kombination mit dem Vertrauen auf das lebenslange Bestehen einer Ehe bzw. eine umfassenden Absicherung im Fall der Scheidung. Woher kommt es, dass es in den romanischen Rechtsordnungen ein Angehörigenschmerzensgeld gibt, in Deutschland aber nicht; und in den Niederlanden der Gesetzgeber heftig ringt, ob er ein solches einführen soll²⁴? Ist es womöglich kein Zufall, dass Initiativen zur Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes immer wieder aus Bayern²⁵ kommen, das dem Süden nächstgelegenen Bundesland, wo barocke, katholische Menschen die Mehrheit der Bevölkerung stellen?

Denkbar ist, dass nach der protestantischen (calvinistischen) Ethik der Einzelne das Maß aller Dinge ist, während bei den Südländern die Familie einen größeren Stellenwert hat²⁶. Auch könnte es sein, dass das preußisch beeinflusste Gedankengut es als Charakterschwäche oder Mangel an Selbstbeherrschung ansieht²⁷, wenn man nach dem Tod eines Angehörigen sich die Trauer anmerken lässt²⁸. Schon in der Gesetzgebungsphase des BGB²⁹ hieß es, dass es unschicklich sei, sich seine Schmerzen in Geld abgelden zu lassen³⁰. Das muss dann erst recht für die Trauer gelten³¹. Und zudem würde das der Anschauung der besseren Volkskreise, die offenbar als Maßstab genommen werden, widersprechen³².

Das sind freilich überkommene Wertungen³³! Bei den Persönlichkeitsverletzungen ist bekannt, dass Frau *Grimaldi*³⁴ ganz satte Summen für erfundene Interviews mit ihr von dem betreffenden Herausgeber der betreffenden Gazette der Regenbogenpresse beansprucht und zugesprochen bekommen hat, ungeachtet des Umstands, dass sie vor Verehlichung mit dem Wolfenprinzen nur ansatzweise deutsch gesprochen und sich kaum in den Kreisen bewegt haben dürfte, die die Regenbogenpresse zu ihrer täglichen Lektüre zählen. Dass der eigentliche Beweggrund für den Zuspruch solch beträchtlicher Summen ist, eine außer Rand und Band geratene Presse auf diese Art zu disziplinieren, was eigentlich über eine Abschöpfung der von ihr damit erzielten Übergewinne erfolgen sollte und dies aus Gründen des freien richterlichen Ermessens in das Gewand eines ideellen Schadens gekleidet ist³⁵, steht auf einem anderen Blatt.

Gegen das Angehörigenschmerzensgeld wird ins Treffen geführt, dass keine irgendwie sachgerechten Bewertungsparameter greifbar sind³⁶. *Koch*³⁷ meint, man könnte genauso gut darum würfeln. Deshalb komme eine Heranziehung von § 287 ZPO nicht in Betracht; vielmehr müsse das Recht die Waffen strecken³⁸. Dagegen ist zu bedenken, dass eine bestimmte Recheneinheit für die Abgeltung ideeller Schäden generell nicht existiert³⁹. Stutzig machen müsste, dass die Gerichte im Rest von Europa in der Lage sind, diese Aufgabe zu bewältigen; und auch ein deutsches Gericht das tun muss, wenn es um die Anwendung ausländischen Rechts geht⁴⁰, was infolge der *Odenbreit*-Entscheidung des EuGH⁴¹ jedenfalls bei Verkehrsunfällen künftig keinen ausgerissener Ausnahmefall darstellen wird.

Womöglich hängen diese Skrupel gepaart mit der Unlust, sich darauf einzulassen, mit der Fragestellung zusammen. Es ist zutreffend, dass das Leben in § 253 BGB als schützenswertes Rechtsgut fehlt⁴² und es für den Wert des vernichteten Lebens kein Geldäquivalent gibt⁴³. Aber geht es darum⁴⁴? Die Argumentation erinnert daran, dass bei Tötung der Mutter in urdenklichen Vorzeiten damit argumentiert wurde, dass eine Mutter für ein Kind nicht ersetzbar sei, weshalb man gar keinen Ersatz zuspreche. Heute gibt es dafür immerhin die Kosten einer Ersatzkraft. Bei der nächtlichen Betreuung eines infolge einer Verletzung brüllenden Kindes verharret der BGH⁴⁵ hingegen – noch – auf dem m. E. unzutreffenden Standpunkt, dass in solchen Fällen Abhilfe nur von den eigenen Eltern geschaffen werden könne⁴⁶.

Wenn die Abgeltung des Wertes des Lebens der „falsche“ Ansatz ist, worum geht es dann der Sache nach? In den meisten Fällen soll durch das Trauerschmerzensgeld ein Beitrag geleistet werden, dass symbolhaft anerkannt wird, dass auch bei den Angehörigen ein Verlust eingetreten ist⁴⁷. Die-

ser kann zwar durch einen Geldbetrag nicht wieder gut gemacht werden. Aber der Geldbetrag soll den Verletzten in die Lage versetzen, Abstand zu gewinnen, sich Annehmlichkeiten etwa in Form einer Urlaubsreise zu verschaffen, um auf diese Art etwas leichter über diese Phase der Niedergeschlagenheit hinwegzukommen. Bezugsgröße ist damit ein Betrag von derzeit ca. 15 000.– €⁴⁸.

Womöglich beruhigt man sich damit, dass der Schmerzensgeldanspruch des Verletzten nunmehr vererblich ist. Und in aller Regel sind die Angehörigen auch die Erben⁴⁹. Das ist freilich der verkehrte Ansatz⁵⁰. Worum es geht, das ist die Abgeltung der Niedergeschlagenheit und des ideellen Verlustes des Angehörigen. Und diese orientieren sich nicht an den Schmerzen des sodann Verstorbenen, die dieser mit in sein Grab nimmt.

24 Zum Stand im Jahr 2008, der sich in Bezug auf die alsbaldige Einführung als zu optimistisch erwiesen hat, *Koolhoven*, *VersRAI* 2007, 20 ff.

25 *Vorndran*, *ZRP* 1988, 293 ff.

26 *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, *ZfRV* 2007, 44, 55.

27 So die Einschätzung von *Staudinger/Schiemann* (2005) § 249 Rn. 46; *Jaeger*, *VRR* 2005, 10, 11; *Kramer*, *FS Koziol* (2010) 743, 756; *Spickhoff*, *IPrax* 2009, 527; *NK-BGB/Huber* § 253 Rn. 66.

28 *Von Jensen*, *zfs* 2008, 61, 63: Vergleich mit dem Panik-im-Schweinstall-Fall. Verletzung der Tiere Folge der intensiven Viehhaltung, daher kein Ersatz; kein Bedarf nach Entschädigung der Niedergeschlagenheit, weil Angehöriger sich auf Familie eingelassen hat.

29 Zu den rechtsgeschichtlichen Wurzeln *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*³ (2010) 1541 ff.

30 Nachweise bei *Staudinger/Schiemann* (2005) § 253 Rn. 1.

31 *Schobel*, *PFH* 2003, 69, 70: Hier nicht einmal indirekter Bezug zu objektiv nachprüfbareren Anhaltspunkten.

32 *Staudinger/Schiemann* (2005) § 253 Rn. 2.

33 A. *Diederichsen*, *DAR* 2011, 122; *Katzenmeier*, *JZ* 2002, 1029, 1030.

34 *BGHZ* 128, 1 = *NJW* 1995, 861.

35 Dazu umfassend *Wagner*, *VersR* 2000, 1305 ff.

36 *G. Müller*, 1995, 489, 494; *dies.*, *VersR* 2006, 1289, 1290; *Katzenmeier*, *JZ* 2002, 1029, 1035; *Adelmann*, *VersR* 2009, 449, 454; A. *Diederichsen*, *DAR* 2011, 122, 124; zur Bemessung des Ersatzes bei ideellen Schäden umfassend *F. Bydliński*, *FS-Widmer* (2003) 27 ff.

37 *Koch*, *FS-Barta* (2009) 171, 179.

38 *G. Müller*, *VersR* 2006, 1289, 1290.

39 *Vorndran*, *ZRP* 1988, 293, 294: Berechnungsprobleme letztlich wohl nur vorgeschoben.

40 *Vorndran*, *ZRP* 1988, 293, 294.

41 *EuGH NZV* 2008, 133.

42 A. *Diederichsen*, *DAR* 2011, 122; *Kötz/Wagner*, *Deliktsrecht*¹¹ (2010) Rn. 730.

43 *G. Müller*, *VersR* 2006, 1289, 1290.

44 Diese Frage verneinend *Schultzky*, *VersR* 2011, 857, 858, 861; *Wagner*, *JZ* 2004, 319, 326.

45 *BGH*, *NJW* 1999, 2819 = *LM* § 843 BGB Nr. 59 (*Kullmann*); *BGHZ* 106, 28 = *NJW* 1989, 766 = *JZ* 1989, 344 (*Grunsky*) = *JR* 1989, 236 (*Schlund*) sowie kritisch dazu *NK-BGB/Ch. Huber* § 842 f. Rn. 218; zustimmend hingegen *Grunsky*, *BB* 1995, 937 ff., der in diesen Prozessen gutachterlich für den Ersatzpflichtigen tätig war. Die positive Stellungnahme ist somit die eines Prozesssieggers, nicht eines – unabhängigen – Wissenschaftlers! Redlich und positiv hervorzuheben ist die Offenlegung des Umstands der gutachterlichen Tätigkeit durch *Grunsky*.

46 Zustimmend freilich *Kadner*, *ZEuP* 1996, 135, 149: Keine Kommerzialisierung persönlicher elterlicher Zuwendung.

47 *Von Jensen*, *zfs* 2008, 61, 62: Respekt vor der Trauer, Geste; ähnlich *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, *ZfRV* 2007, 44, 61: Anerkennungsfunktion; *Hinghofer-Szalkay/Prisching*, *ZVR* 2008, 444, 449: symbolischer Betrag, aber kein Ausgleich im engeren Sinn.

48 *Wagner*, 66. DJT (2006) Band I A 64; zur Bandbreite von 5000.– € bis 30 000.– € zu Ausreißern nach oben bis 300 000.– € in Italien *Wernigk*, in: *Schultzky*, *VersR* 2011, 857; zur Anhebung des geringeren Betrags von 7500 Pfund auf nunmehr 11 800 Pfund in England *Koch*, *FS-Barta* (2009) 171, 180; zu den deutlich höheren Zusprüchen in Italien *Pichler*, *DAR* 2006, 553; *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, *ZfRV* 2007, 44 ff. Bedeutsam könnte sein, dass dort nicht nur die bzw. anstelle der Trauer, der Verlust eines Verwandten abgegolten werden soll; zu prüfen wäre auch das dortige Ersatzniveau des Unterhaltersatzes sowie das des Erwerbsschadens.

49 *BTDS* 11/4415, 2; kritisch *Kadner-Graziano*, *ZEuP* 2002, 834, 858 FN 72.

50 Kritisch dazu bereits *Vorndran*, *ZRP* 1988, 293, 295; *Ch. Huber*, *NZV* 1998, 345, 351; *ders.*, *ZVR* 2000, 218, 229 ff.

Zum Festhalten am status quo kommt eine Inaktivität des Bundesjustizministeriums⁵¹, wobei eine wechselseitige Bezugnahme zu beobachten ist, eine durchaus „Unheilige Allianz“: Die Rechtsprechung verweist darauf, dass es der Gesetzgeber in der Hand hätte, den status quo zu ändern⁵²; und das Justizministerium lehnt eine solche Änderung unter anderem mit dem Argument ab, dass eine solche vom VI. Senat des BGH nicht goutiert würde.

Abschließend sei in diesem Zusammenhang noch auf Folgen des verwiesen: Der Gesetzgeber hat – aus gutem Grund – darauf zu achten, dass es bei Reform des Haftpflichtrechts zu einer Ausgewogenheit zwischen Belastung und Entlastung der Haftpflichtversicherer kommt. (Auch) auf dem 34. VGT 1996⁵³ wurde betont, dass es wünschenswert wäre, eine Umverteilung vom Sach- zum Personenschaden vorzunehmen. Zieht man nach 16 Jahren Bilanz, kann man feststellen, dass es beim Sachschaden kräftige Abstriche⁵⁴ gegeben hat; Belegstellen für eine Aufwertung des Personenschadens sucht man in der Gesetzgebung sowie Judikatur des VI. Senats freilich vergeblich. Das sei vorsorglich erwähnt, wenn als Gegenargument gegen die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes ins Treffen geführt werden sollte, dass das nicht möglich sei, weil es dadurch zu einem beträchtlichen Ansteigen der Kfz-Haftpflichtversicherungsprämien kommen würde⁵⁵.

Nach diesem Befund soll unter Bezugnahme auf die Rechtsvergleichung ein sachgerechte Lösungsvorschlag (E.) formuliert werden. In einer abschließenden Betrachtung (F.) soll ausgelotet werden, auf welche Weise eine Umsetzung im deutschen Recht möglich sein könnte.

E. Sachgerechte Lösung

I. Gesundheitsbeeinträchtigung oder bloße Trauer als Anspruchsvoraussetzung

Derzeit gebührt Ersatz beim Schockschaden nur dann, wenn eine nicht unbeträchtliche Schwelle überschritten ist. Es geht nicht allein um pathologisch fassbare Phänomene; diese müssen zusätzlich gravierend und von einiger Dauer sein. Das Gegenmodell sieht eine Abgeltung bei „reiner“ Trauer vor⁵⁶. Ob eine pathologische Beeinträchtigung gegeben ist oder nicht, ist lediglich in der Theorie eine messerscharfe Abgrenzung. Die Praxis sieht anders aus. Zwei Beispiele aus der jüngeren Judikatur mögen das belegen:

In einer E des OLG Naumburg⁵⁷ wurde der Sohn durch Rechtsradikale zusammengeschlagen. Er hat sich bis zur Mutter geschleppt und ist wenig später im Krankenhaus „verendet“. Bei der Mutter war keine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung feststellbar. Dem Zeugnis des Hausarztes wurde keine Bedeutung beigemessen. Es fehlte an der Darlegung der Symptome sowie des Ausmaßes einer etwaigen Behandlung nebst Medikation.

In einer E des OLG Köln⁵⁸ ging es um den Anspruch einer Witwe gegen den Reiseveranstalter, weil der betrunkene Ehemann über die unzureichend dimensionierte Brüstung des Balkons – in der Türkei – in die Tiefe gestürzt ist und das nicht überlebt hat. Die Witwe ist durch sämtliche seelischen Wellnesseinrichtungen „getingelt“ und hat womöglich auch noch Psychopharmaka in beträchtlichen Mengen geschluckt – auf Kosten des Ersatzpflichtigen. Dazu kam, dass der entsprechende Facharzt wusste; auf die Verwendung welcher Schlüsselwörter es ankommt⁵⁹. In concreto lag eine „Dekompensation und Depression mit psychotischen Symptomen“ vor, was immer das sein mag. Neben den Aufwendungen für Psychiater und Medikation waren dann dokumentierte Anhaltspunkte für eine pathologische psychische Störung von einiger Dauer gegeben.

Bei nüchterner Betrachtung entsteht bei Gegenüberstellung dieser beiden Sachverhalte der Eindruck, dass die Mutter im Fall des OLG Naumburg nicht weniger schutzwürdig ist als die Witwe in dem des OLG Köln. Bei aller Zurückgenommenen-

heit wird man sagen können, dass es jedenfalls fließende Übergänge zwischen „bloßer“ Trauer und „pathologischer“ Folge gibt. Häufig entscheidet die (schauspielerische) Darstellung durch den Angehörigen sowie die Eloquenz des eingeschalteten Facharztes und nicht das Maß an Betroffenheit über Grund und Umfang des von den Gerichten gewährten Ersatzes⁶⁰.

M. E. ist einer Lösung der Vorzug zu geben, die in jedem solchen Schicksalsschlag einen Grundbetrag pro Angehörigen⁶¹ zuerkennt, mag dieser bei einer im Einzelnen nachgewiesenen psychischen Beeinträchtigung dann auch anrechenbar sein. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Schock- und Fernwirkungsschaden mit dem Erfordernis des Nachweises einer seelischen Erkrankung und dem pauschalierten Angehörigenschmerzensgeld würde – wie in der Schweiz⁶² – auf den Kopf gestellt mit der Folge, dass viel Begutachtungsaufwand solcher Sachverständiger entbehrlich und die Regulierung vereinfacht würde.

II. Ersatz nur bei Tötung oder auch bei schwerster Verletzung

Im Vordergrund der Diskussion um das Angehörigenschmerzensgeld steht der Fall der Tötung. Die Vernichtung der Existenz eines Menschen ist das Schlimmste, das einem Angehörigen passieren kann. Mag das auch pietätlos klingen, so ist – selbst und gerade für die Angehörigen – ein langjähriges Siechtum und eine damit verbundene Pflegebedürftigkeit eines der ihren für sie mindestens ebenso belastend; ja im Grunde genommen noch schwerwiegender⁶³.

So schlimm der Tod im Moment auch ist, das Leben der Angehörigen geht weiter. Und diese haben die Möglichkeit, sich neu zu orientieren. Je nach Alter und Verbundenheit mit dem Getöteten gelingt das leichter oder weniger leicht. Kinder werden sich eher anpassen als ein Ehepartner im fortgeschrittenen Alter⁶⁴. Zu bedenken ist indes, dass der Verlust eines Elternteils dazu führt, dass das betreffende Kind ein Leben lang auf einen Elternteil verzichten muss⁶⁵. Der Fall

51 Dazu von Jeinsen, zfs 2008, 61 unter Hinweis auf die behauptete Gefahr der „Amerikanisierung“.

52 G. Müller, VersR 2006, 1289, 1290: Wiederholt erhobene Forderung nicht aufgegriffen.

53 AK V; Geier, VersR 1996, 1457 ff.; Dressler, DAR 1996, 81 ff.; zu den Beschlüssen VersR 1996, 310, 312.

54 Kappung der USt in § 249 Abs. 2 S. 2 BGB, Reduzierung der Mietwagenkosten auf ca. 1/3 seit der grundlegenden Wende BGHZ 160, 377 = NZV 2005, 32 sowie Begrenzung der fiktiven Abrechnung bei älteren Fahrzeugen (BGHZ 183, 21 = NZV 2010, 133).

55 Zur Berücksichtigung von Rechtsprechungsänderungen bei der Prämienkalkulation Fötschl, VersRAI 2001, 60, 64.

56 Rameri, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1607: Noch weitergehend das italienische Recht – Zuspruch wegen Verlustes einer Verwandtschaftsbeziehung.

57 OLG Naumburg NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (Jaeger).

58 OLG Köln OLG 2007, 363.

59 So NK-BGB²/Cb. Huber § 253 Rn. 66.

60 Ähnlich die Einschätzung von Koch, FS-Barta (2009) 171, 183: Gefahr eines Etikettenschwindels.

61 Anders der Lösungsansatz im irischen Recht; dazu Schultzy, VersR 2011, 857, 858: 25 400.- € für alle Angehörigen zusammen.

62 Kadner-Graziano, in Schultzy, VersR 2011, 857, 859.

63 Kadner-Graziano und Koch, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 859; Hinghofer-Szalkay, Zak 2007, 166 ff.; Hauptfleisch, DAR 2003, 403, 405; Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 844; ZrKomm³/Landolt Vorbem zu Art. 47/49 OR Rn. 58 sowie Art. 47 Rn. 436; knausrig insoweit der Gesetzesvorschlag in den Niederlanden, der eine Begrenzung des Anspruchs auf 10 000.- € vorsieht; dazu Hinghofer-Szalkay/Prisching, ZVR 2008, 444, 449.

64 Zur Bedeutsamkeit dieses Kriteriums im schweizerischen Recht ZrKomm³/Landolt Art. 47 Rn. 461.

65 Dies als eigene Fallgruppe mit einem entsprechend höheren Ersatzbetrag charakterisierend, freilich nicht nur für das Kind, sondern auch den Ehepartner Christiandl/Hinghofer-Szalkay, ZfRV 2007, 44, 52, 61. Zur Bedeutsamkeit des Verlustes von Eltern in der Phase der Pubertät ZrKomm³/Landolt Art. 47 Rn. 586.

der schwer(st)en Verletzung bringt es freilich mit sich, dass eine Umstellung des gesamten Lebens – auch des Angehörigen – für einen sehr langen Zeitraum die Folge ist. Wegen dieses noch gravierenderen Eingriffs sprechen gute Gründe, ein Angehörigenschmerzensgeld nicht nur bei Tötung, sondern auch bei einer schweren Verletzung zuzusprechen⁶⁶.

Geht es im Fall der Tötung darum, dass ein Betrag zur Verfügung steht, um sich abzulenken und sich wieder in der nächsten Lebensetappe zurechtzufinden, wofür allein ein Kapitalbetrag die adäquate Ersatzform ist⁶⁷, geht es beim Angehörigenschmerzensgeld im Fall einer schweren Verletzung darum, dass dieses Unwägbarkeiten abgelten soll, die namentlich für die Pflegeperson während eines längeren Zeitraums andauern. Insofern könnte insoweit eine Rente die passende Ersatzform sein, weil damit das Risiko der Prognose, wie lange solche Unwägbarkeiten andauern, wegfällt. Würden die Pflegeleistungen im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse angemessen abgegolten, hätte das Angehörigenschmerzensgeld eine durchaus untergeordnete Bedeutung. Sieht man als eine Zielsetzung, dass sich die Pflegeperson ab und zu, wie etwa ein Arbeitnehmer, einen Urlaub leisten kann, so wäre dieser Zielsetzung schon dadurch Rechnung getragen, wenn man bei den Ersatzkraftkosten nicht bloß auf den Stundenlohn einer Ersatzkraft abstellt, sondern die realen Ersatzkraftkosten zu Grunde legt. Das würde bedeuten, dass 12 Monatsbezüge gezahlt werden, für den Zeitraum des Urlaubs des pflegenden Angehörigen aber die dann anfallenden zusätzlichen Kosten einer „echten“ Ersatzkraft übernommen werden. Ein solcher Berechnungsansatz wird von der österreichischen⁶⁸ und schweizerischen⁶⁹ Judikatur ohne weiteres anerkannt.

Für das Angehörigenschmerzensgeld bleibt dann lediglich die Unbill, die das tägliche Zusammenleben mit einer schwer verletzten Person mit sich bringt, wobei die Bemessung für die Pflegeperson wesentlich höher auszufallen hat als für die übrigen Familienmitglieder. Ganz zu versagen ist diesen ein solches freilich nicht, weil auch sie eine Einbuße haben (können). Man denke an den Fall, dass der Familienvater schwer verletzt wurde und ein Pflegefall ist mit der Folge, dass die Mutter sich mehr um ihn kümmern muss und für die Kinder weniger Zeit hat.

III. Personenkreis – Kernfamilie oder weitere Anspruchsberechtigte

Außer Streit steht, dass Ehegatten, Eltern und (minderjährige)⁷⁰ Kinder anspruchsberechtigt sein sollen⁷¹. Im Verhältnis von Enkelkindern und Großeltern sehe ich keine solche besondere Notwendigkeit. Im abgestuften Ausmaß ist eine Anspruchsberechtigung zu bejahen bei Geschwistern⁷², jedenfalls so lange sie in einer gemeinsamen Hausgemeinschaft leben. Da familiäre Beziehungen heute nicht mehr stets durch einen Ehevertrag verfestigt sind, ist auch der Lebensgefährte als anspruchsberechtigt anzusehen⁷³; freilich nur einer, nicht die Lebensabschnittsbegleiterin und dazu die Ehefrau⁷⁴. Für das Bestehen einer Lebensgemeinschaft sind die Kriterien heranzuziehen, die bei § 86 VVG maßgeblich sind⁷⁵.

Im österreichischen Recht geht die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft ein Indiz für eine Gefühlsgemeinschaft ist; besteht keine Haushaltsgemeinschaft⁷⁶, muss der Anspruchsteller eine besondere Nahebeziehung aufgrund äußerer Anhaltspunkte nachweisen⁷⁷. Das erscheint sachgerecht. Zu bedenken ist, dass die Trauer oder Betroffenheit als solche kaum messbar sein wird. Dazu kommt, dass der Schadensregulierungsaufwand sich in erträglichen Grenzen halten muss.

IV. Größenordnung des Ersatzes

Im Tötungsfall könnte als Anhaltspunkt ein Betrag von derzeit 15 000. € angemessen sein⁷⁸. Es stellt sich die Frage, ob

ein fixer vom Gesetzgeber dekreditierter Betrag wie in England in Höhe von zunächst 7500.– Pfund,⁷⁹ dann 10 000.– Pfund und nunmehr 11 800 Pfund (= derzeit ca. 13 000.– €)⁸⁰ vorzugswürdig ist⁸¹ gegenüber einem nach den – so häufig beschworenen – Umständen des Einzelfalles vom Gericht zu bemessender Betrag⁸². Ein fixer Betrag⁸³ hat den Nachteil, allzu schematisch zu sein, ganz abgesehen davon, dass sich die Notwendigkeit ergibt, ihn – kontinuierlich oder jedenfalls nach einiger Zeit – anzupassen, weil er infolge der Inflation entwertet wird⁸⁴. Mit Einschränkungen gilt das auch für Tabellen⁸⁵, die immerhin den Nahegrad der Verwandtschaft berücksichtigen können⁸⁶. Bei fixen Beträgen ist es zudem schwer, eine Valorisierung bei einem ausländischen Geschädigten vorzunehmen⁸⁷. Selbst wenn Skrupel der Bemessung ins Treffen geführt werden, ist m. E. ein Gericht in der Lage, die Feinadjustierung vorzunehmen⁸⁸.

66 Koch, FS-Barta (2009) 171, 178; Belgien, Frankreich, Schweiz, Portugal – und wohl auch Österreich, dazu Hinghofer-Szalkay, Zak 2007, 166 ff.; Hinghofer-Szalkay/Prisching, ZVR 2008, 444 ff.; a. A. Vorndran, ZRP 1988, 293, 295 mit dem Hinweis, dass der Anspruch dann seine scharfen Konturen verlieren würde und ein nicht unbedeutlicher Anspruch des Verletzten bestünde.

67 OGH ZVR 2010, 136 (Ch. Huber) = IPrax 2011, 292 (Nordmeier): Begehrtes pretium doloris nach brasilianischem Recht.

68 ABGB-TaKomm/Ch. Huber § 1325 Rn. 49.

69 ZÜRKOMM³/Landolt Art. 46 Rn. 126.

70 So die Einschränkung im englischen Recht. Dazu Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 843; eine Erweiterung des Personenkreises wurde aber gefordert, so Wagner, JZ 2004, 319, 326; Koch, FS-Barta (2009) 171, 180 f.; ähnlich restriktiv aber Art. 496 Abs. 2 Código civil in Portugal – dazu Ramieri, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1583.

71 Für einen solchen engen Kreis Vorndran, ZRP 1988, 293, 295 mit Ausnahmen: Enkel wohnen bei Großeltern.

72 So auch die Rechtslage in der Schweiz; dazu ZÜRKOMM³/Landolt Art. 47 Rn. 408.

73 Kadner-Graziano, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 859; so auch für das schweizerische Recht ZÜRKOMM³/Landolt Art. 47 Rn. 414.

74 So aber das großzügige französische Recht; dazu Kadner, ZEuP 1996, 135, 144; 2 Lebensgefährtingen; Danzl, FS-200 Jahre ABGB (2011) 1633, 1647 FN 60: „eine (nicht auch zwei) Freundin neben der Ehefrau.“

75 NK-BGB²/Ch. Huber § 253 Rn. 67.

76 Für eine Vergütung in einem solchen Fall Vorndran, ZRP 1988, 293.

77 Zur Vermeidung einer sekundären Traumatisierung durch das Erfordernis des Nachweises der Trauer Breit, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 860.

78 Dazu der niederländische Entwurf http://vorige.nrc.nl/binnenland/article2_510_214.ece/Senaat_geen_geld_bij_smart_naasten: Bandbreite 12 500.– bis 17 500.– €; instruktiver Überblick bei Kadner-Graziano, ZVglRWiss 2008, 113, 136; besonders großzügig in Italien und Irland, so um die 100 000.– €, maßvoll in Belgien 10 000.– €. In England ca. 13 000.– €, in der Schweiz 12 000.– €. Geringfügig andere Werte bei Koch, FS-Barta (2009) 171, 181.

79 Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 843; Kadner, ZEuP 1996, 135, 146; Bei Geldtendmachung durch die Eltern erhält jeder nur die Hälfte.

80 Schultzy, VersR 2011, 857, 858.

81 So Koch, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 859 f.; ders., FS-Barta (2009) 171, 180: elegantere, wenn auch nicht vollends befriedigende Lösung; vorsichtiger Wagner, JZ 2004, 319, 327: „wer nicht auf die Weisheit deutscher Gerichte vertrauen will, ...“; dagegen Hauptfleisch, DAR 2003, 403.

82 Dafür Kadner-Graziano, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 860; Standinger, NJW 2006, 2433, 2436.

83 Für einen solchen aber Koch und Werwigk, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 859 f.

84 Zur Notwendigkeit der Anpassung der Basisgenugtuung in der Schweiz ZÜRKOMM³/Landolt Art. 47 Rn. 437.

85 So die indikative Tabelle im belgischen Recht, deren Werte immerhin hinweisenden Charakter haben; dazu Lentz, DAR 2009, 606, 610 f. Im deutschen Recht gibt es etwas Vergleichbares zur pauschalieren Nutzungsausfallsentschädigung, zuletzt Sanden/Danner/Küppersbusch, DAR Service Beilage 2011, 1.

86 Ganz strikt Spanien, wo für Verkehrsunfälle in einer Tabelle der materielle und ideelle Schaden in einem Tötungsfall in einer Tabelle abschließend festgelegt wird; dazu Koch, FS-Barta (2009) 171, 182 f. mit dem Hinweis, dass in anderen Schadensfällen das 4-5-fache zu zahlen ist, was im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes höchst bedenklich ist.

87 Zu dieser Notwendigkeit nach schweizerischem Vorbild Ch. Huber, NZV 2006, 169 ff.; zur Anpassung des Angehörigenschmerzensgeldes in der Schweiz ZÜRKOMM³/Landolt Art. 47 Rn. 430.

88 Hinghofer-Szalkay/Prisching, ZVR 2008, 444, 450.

Eine solche Regelung ist dann elastisch genug, dass darauf Rücksicht genommen werden kann, dass eine Mutter trotz getrennten Wohnsitzes sehr eng in die Familiengemeinschaft eingebunden war⁸⁹ oder ein Bruder eine dem Vater ähnliche Rolle gehabt hat⁹⁰.

V. Vorzüge eines solchen Ansatzes

Durch die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes würde ein höheres Maß an Wertungskonsistenz erzeugt⁹¹. Nicht nachvollziehbar ist, dass für eine leichte Prellung⁹² oder HWS-Verletzung⁹³, für entgangene Urlaubsfreude gem. § 65 BGB⁹⁴ oder den vorübergehenden Verzicht auf das eigene Fahrzeug einer Privatperson⁹⁵ Ersatz zu leisten ist, nicht aber für den Verlust der engsten Bezugsperson⁹⁶.

Mag das Schadenersatzrecht auch keine soziale Dimension aufweisen, so würde durch die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes bewirkt, dass nicht nur derjenige – aus der Oberschicht – eine Abgeltung seines Kammers erhält, der den Weg zum Psychiater beschreitet und seine Trauer zu inszenieren versteht⁹⁷, sondern auch der ebenso Betroffene aus der Unterschicht, der weniger „ortskundig“ ist. Zudem würde die Rechtslage in Deutschland an die in den übrigen Staaten Europas angenähert⁹⁸. Vorschläge zu einem künftigen europäischen Schadenersatzrecht sehen eine entsprechende Regelung denn auch explizit vor⁹⁹. Unter praktischen Gesichtspunkten würde das den Streit um das aus dem Kollisionsrecht sich ergebende materielle Recht deutlich entkräften¹⁰⁰.

F. Der Weg dorthin

I. Vorzug des Einschreitens des Gesetzgebers

Das Einschreiten des Gesetzgebers brächte die Chance einer Lösung aus einem Guss¹⁰¹. Die Rechtsprechung muss sich dem gegenüber mit Flickschusterei begnügen und kann stets nur Einzelfälle entscheiden¹⁰². Die Extrapolation auf andere Sachverhalte ist dabei stets mit beträchtlichen Unwägbarkeiten verbunden. Als passender systematischer Ort kommt die Nähe zu § 844 oder eine solche zu § 253 in Betracht. Vorzugswürdig ist jedenfalls die zu § 253¹⁰³. Einerseits ist damit sichergestellt, dass ein solcher Anspruch nicht nur bei deliktischer Schädigung zusteht¹⁰⁴, also auch in den Fällen der Gefährdungshaftung und im Fall einer vertraglichen Haftung¹⁰⁵, bei Verkehrsunfällen kein ausgerissener Ausnahmefall. Andererseits geht es um einen ideellen Schaden; dass dieser bei qualifizierter Verletzung ebenso wie bei Tötung besteht, lässt sich im Kontext des § 253 leichter darstellen. Dazu kommt, dass der Kreis der in den § 844 f BGB umschriebenen Anspruchsberechtigten zu eng erscheint¹⁰⁶.

II. Möglichkeiten der Rechtsprechung bei Trägheit des Gesetzgebers

Bei weiterer Untätigkeit des Gesetzgebers¹⁰⁷ gibt es für die höchstrichterliche Rechtsprechung m. E. zwei Ansatzpunkte, der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes näher zu kommen¹⁰⁸:

Bislang wird beim Schockschaden eine qualifizierte länger andauernde pathologische Beeinträchtigung verlangt¹⁰⁹. Diese Schwelle könnte herabgesetzt werden¹¹⁰. In einem ersten Schritt könnte man sich damit begnügen, was erforderlich ist, um bei einer Primärverletzung eine Erhöhung des Schmerzensgeldes zu bewirken. Darüber hinaus ist es fragwürdig, weshalb es darauf ankommen soll, dass der Antragsteller um ein bestimmtes Maß mehr betroffen sein muss als ein Durchschnittsbürger in einer solchen Situation, nämlich bei Tod oder schwerer Verletzung eines Familienangehörigen¹¹¹. Normalerweise vergleicht man die Situation ohne schädigendes Ereignis. Der Endpunkt könnte sein, dass

man wie das schwedische Höchstgericht auf der Beweisebene eine kaum widerlegliche Vermutung annimmt, dass es durch den Tod eines Familienangehörigen zu einer seelischen Erschütterung kommt, die als Gesundheitsbeeinträchtigung qualifiziert wird¹¹². Das wäre freilich eine „Rheinländische Lösung“, also eine solche, bei der mit Augenzwinkern ein Ergebnis erzielt wird, dessen sachliche Begründung auf tönernen Füßen steht¹¹³.

Vorzugswürdig ist es, die Betroffenheit als solche zum Ansatzpunkt zu machen. Eine Judikaturänderung ließe sich durch Bezugnahme auf die Grundrechte begründen. Ein innovationsfreudigerer BGH¹¹⁴ hat den unzureichenden Ehrenschutz im BGB durch das aus dem GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrecht überspielt und ausgebaut. Der Gleichheitsgrundsatz war Ursache, dass § 845 BGB zur „normativen Ruine“ verkommen ist¹¹⁵ und der Haushaltsführungsschaden ein vollkommen neues dogmatisches Fundament erhalten hat. Die Grundrechte könnten auch im vorliegenden Kontext Schrittmacherdienste leisten. Das Argument, dass in den §§ 844, 845 kein Ersatz ideellen Schadens vorgesehen ist¹¹⁶, kann damit nicht letztlich entscheidend sein. Bei der Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht¹¹⁷ ist freilich darauf zu achten, dass es beim Angehörigen

89 OGH ZVR 2004/86.

90 OGH SZ 2005/59 = ZVR 2005/73 (Karner).

91 Vorndran, ZRP 1988, 293, 294; Schobel, PFI 2003, 69.

92 Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 855.

93 Schultsky, VersR 2011, 857, 858; Vorndran, ZRP 1988, 293.

94 Von Jensen, zfs 2008, 61, 67; Vorndran, ZRP 1988, 293, 294.

95 Zur Erstreckung auf Unternehmer, die sich mit der Bezifferung einer Erwerbseinbuße schwer tun BGH NZV 2008, 192 und dazu Ch. Huber, NJW 2008, 1785 ff.

96 NK-BGB²/Ch. Huber § 253 Rn. 71.

97 H. Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 363: Rechtsprechung „begünstigt Angehörige, die eine solche Schädigung darzustellen wissen.“

98 Janssen, ZRP 2003, 156, 159: Die Regelung überall anders in Europa kann kein abschließendes Argument sein. „Nur weil alle von der Brücke springen, muss man es nicht auch tun.“

99 Zu den marginalen Unterschieden der Principles der European Group on Tort Law und der Study Group on a European Civil Code Magnus, ZEuP 2004, 562, 578. Zur Aufnahme in den DCFR *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht³ (2010) 1618. Skeptisch wegen der – in der italienischen Rechtspraxis bereits vorhandenen – unkontrollierten Ausweitung der Deliktshaftung *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529, 540 f.

100 Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 855.

101 So schon *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989) 28; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 362 f.; *Hauptfleisch*, DAR 2003, 403; für ein Einschreiten des Gesetzgebers trotz der vom OGH vollzogenen Rechtsfortbildung aus Gründen der Rechtssicherheit *Danzl*, FS-200 Jahre ABGB (2011) 1633, 1643, 1666.

102 *Hinghofer-Szalkay/Prisching*, ZVR 2008, 444, 450.

103 A. A. *Wagner*, 66. DJT (2006) Band I A 65; *Staudinger*, NJW 2006, 2433, 2436.

104 So aber noch *Vorndran*, ZRP 1988, 293, 295; das ist durch das 2. SchadenersatzrechtsänderungsG durch die Ausdehnung des Schmerzensgeldes auf Gefährdungs- und Vertragshaftung überholt.

105 Diese übersehend *Staudinger*, NJW 2006, 2433, 2436.

106 Für eine solche Begrenzung unter Hinweis auf sonst hohe Abwicklungskosten *Wagner*, JZ 2004, 319, 327.

107 *Fötschl*, VersRAI 2001, 60, 63: Aufruf zur Hilfe an den Gesetzgeber in Österreich ungehört, Weg der Rechtsfortbildung hat sich als der schnellere erwiesen.

108 So bereits für das österr. Recht *Ch. Huber*, ZVR 2000, 218, 229 f.

109 A. *Diederichsen*, DAR 2011, 122, 123.

110 So der Ansatz von *Katzenmeier*, JZ 2002, 1029, 1035; A. *Diederichsen*, DAR 2011, 122, 124.

111 So die derzeitige Rechtsprechung zur Bewältigung wenig akzeptabler Härtefälle A. *Diederichsen*, DAR 2011, 122, 123.

112 Dazu *Kadner-Graziano*, ZEuP 2002, 834, 849 ff; *Janssen*, ZRP 2003, 156, 158: „verkappres Angehörigenschmerzensgeld“; *Sanstedt*, VersRAI 2006, 53, 54.

113 Ablehnend für das österreichische Recht *Karner*, ZVR 2001, 284, 287.

114 BGHZ 26, 349: Herrenreiter.

115 *Ch. Huber*, Ringvorlesung der Universität Augsburg anlässlich 100 Jahre BGB, 25 Jahre Universität Augsburg (1997) 35 ff.

116 BGH, NJW 1989, 2317; A. *Diederichsen*, DAR 2011, 122.

117 Dafür *Kadner-Graziano*, ZEuP 2002, 834, 858; *ders.*, IPrax 2006, 307, 309.

genschmerzensgeld nicht auf einen schweren Verschuldensvorwurf ankommen kann. Die Voraussetzung grober Fahrlässigkeit – wie im österreichischen Recht¹¹⁸ – ist wenig überzeugend¹¹⁹. Zudem liegt bei den meisten Verkehrsunfällen leichte Fahrlässigkeit oder ein Fall der Gefährdungshaftung vor. Sosehr die OGH-Entscheidung¹²⁰ in Österreich als richtungweisend¹²¹ gefeiert wird, so hat sie mehr akademische als praktische Bedeutung. Anzuwenden ist sie in erster Linie auf Straftaten sowie Verkehrsunfälle bei Lenkern im alkoholisierten Zustand und Geisterfahrern¹²².

Vorzugswürdig ist dem gegenüber eine unmittelbare Rekurrenz auf das Grundrecht von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG¹²³. Für den Schutz dieser Institutionen ist es grundgesetzlich geboten, dass bei Tötung oder schwer(st)er Verletzung eines Familienmitglieds die anderen davon betroffenen Familienmitglieder Ersatz ihrer ideellen Einbuße verlangen können. Das mag als kühner Schritt erscheinen. Im Vergleich zur Kreierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sollte das eher eine Kleinigkeit sein¹²⁴.

G. Resümee

1. Für die Etablierung eines Trauerschmerzensgeldes im deutschen Schadenersatzrecht besteht eine dringende Notwendigkeit. Damit keine Missverständnisse aufkommen¹²⁵, sei darauf verwiesen, dass das mit Nachdruck betrieben werden sollte¹²⁶.

2. Dem VI. Senat sollte die abweichende Rechtslage in Europa nicht nur zu denken geben¹²⁷; er sollte nachdenken, auf welcher Schiene er das befördern kann, wenn der Gesetzgeber weiter untätig bleiben sollte. Die

Versicherungswirtschaft sollte dagegen keinen (massiven) Widerstand leisten, sind die Kosten für sie doch in der Tat überschaubar.

3. Für den einzelnen Betroffenen ist ein solcher Schadensposten zwar nicht existenziell, aber in einer besonders exponierten Situation doch ein besonders wohlthuendes Trostpflaster; für den Haftpflichtversicherer ergibt sich der Vorteil eines „besseren Klimas der Gesamtregulierung“¹²⁸.

118 OGH NZV 2002, 26; zu Recht das als nicht zukunftsweisend kritisierend Kadner-Graziano, ZEuP 2002, 834, 856 unter Hinweis auf die Abschaffung des Erfordernisses groben Verschuldens im schweizerischen Recht in Art. 49 OR am 1. 7. 1985; kritisch auch Hinghofer-Szalkay/Prisching, ZVR 2008, 444, 446; auf den Hinweis der hohen Regulierungskosten bei derzeitiger Ablehnung bei leichter Fahrlässigkeit hinweisend Reisinger, ZVR-Sonderheft 2008, 49, 52.

119 Koch, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 859; so auch zum österr. Recht Schobel, RdW 2002, 206, 208 f; Rummel/Reischauer § 1325 Rn. 5 und 5 a; Christiandl/Hinghofer-Szalkay, ZfRV 2007, 44, 50; Karner, ZVR 2008, 44, 46.

120 OGH NZV 2002, 26.

121 Ähnlich Karner, ZVR 2001, 287: „Bahn brechend“; Schobel, RdW 2002, 206: „Aufsehen erregend“.

122 Reisinger, ZVR-Sonderheft 2008, 49, 52.

123 Weller, MedR 2010, 570; von Jeinsen, zfs 2008, 61, 67; Klinger, NZV 2005, 290, 292.

124 Klinger, NZV 2005, 290, 292.

125 G. Müller, VersR 2006, 1289, 1290: Empfehlung von Wagner nicht mit besonderem Nachdruck.

126 So auch Schultzy, VersR 2011, 857, 861; Staudinger, NJW 2006, 2433, 2435; deutlich anders als Wagner, 66. DJT 2006 Band I A 65: Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes nicht zur „Befriedigung eines dringenden Bedürfnisses“ erforderlich, gehöre nicht auf die vorderen Ränge der rechtspolitischen Agenda.

127 So A. Diederichsen, DAR 2011, 122, 124.

128 Werwigh, in: Schultzy, VersR 2011, 857, 860.

RA Dr. Michael Burmann / RA Jürgen Jahnke, Erfurt / Münster*

(Kein) Ersatz von mittelbaren Schäden im Haftpflichtfall

I. Einleitung

Infolge eines Haftpflichtgeschehens erwachsen nicht nur den unmittelbar am Unfall beteiligten Personen Schäden und Aufwendungen, auch Dritte können durchaus wirtschaftliche Einbußen haben und immaterielle Schäden erleiden.

1. Grundsatz

Ersatzansprüche nach einem Haftpflichtereignis hat grundsätzlich nur der unmittelbar Betroffene (verletzte Person). Verstirbt diese Person, ist die Schadenentwicklung mit dem Tode abgeschlossen. Soweit die zu Lebzeiten noch entstandenen Schäden noch nicht ausgeglichen sind, sind diese von und mit den Erben des verstorbenen Verletzten abzuwickeln.

Die Entscheidung des Gesetzgebers, jedenfalls bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen die Ersatzpflicht von einer Rechts- bzw. Rechtsgutverletzung (§ 823 I BGB) oder einer Schutzgesetzverletzung (§ 823 II BGB) abhängig zu machen, dient vor allem dem Ziel, den Kreis der Ersatzberechtigten auf die Inhaber des Rechts bzw. Rechtsgutes und die unter dem Schutzzweck der verletzten Norm stehenden zu beschränken¹.

2. Schaden, aber kein Anspruch

Der Umstand, dass Fremdverhalten Schäden herbeigeführt hat, bedeutet nicht automatisch, dass hierfür stets auch je-

mand anderer einzustehen hat. Materielle Vermögenseinbußen und immaterielles Schmerzensgeld sind nur dann zu zahlen, wenn eine Anspruchsnorm einen Ersatzanspruch dem Grunde nach dem Beeinträchtigten zuweist und einen Dritten zum Ersatz verpflichtet.

Es gibt durchaus Fälle, in denen ein Geschädigter zwar ein Unglück erleidet, gleichwohl aber dem Schädiger kein Unrecht vorhalten kann und seinen Schaden – so hart dies im Einzelfall sein mag – selbst tragen muss: „Er hat ein ‚Unglück‘ erlitten und kann dem Schädiger kein ‚Unrecht‘ vorhalten“². Nicht jeder abstrakten Gefahr kann vorbeugend begegnet werden. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch³.

3. Rechtsgutverletzung

Durch die Haftungsnormen (wie § 7 StVG, § 823 BGB) geschützte Rechtsgüter sind neben dem Eigentum und Besitz einer Sache der Körper, die Gesundheit und das Leben des Unfallbeteiligten. Sonstige Rechtsgüter (wie der Schutz des

* RA Dr. Burmann ist Partner der Sozietät Dr. Eick & Partner in Erfurt, RA Jahnke ist bei der LVM Versicherung in Münster tätig.

1 OLG Celle v. 28. 4. 2005 – 9 U 242/04 – VersR 2006, 1376 (BGH hat Revision nicht angenommen, Beschl. v. 16. 5. 2006 – VI ZR 108/05 –).

2 BGH v. 8. 11. 2005 – VI ZR 332/04 – NZV 2006, 195 (nur Ls.) = VersR 2006, 233, BGH v. 15. 7. 2003 – VI ZR 155/02 – NZV 2004, 79.

3 BGH v. 15. 2. 2011 – VI ZR 176/10 – VersR 2011, 546, BGH v. 9. 9. 2008 – VI ZR 279/06 – NZV 2009, 29, BGH v. 15. 4. 1975 – VI ZR 19/74 – VersR 1975, 812.