

Prof. Dr. Christian Huber | Prof. Dr. Thomas Kadner Graziano |
Dr. Jan Luckey [Hrsg.]

Hinterbliebenengeld

Anspruchsgrundlagen | Durchsetzung | Muster
mit Länderteil: Österreich | Schweiz | Italien | England

Mag.a Evelyn Gallmetzer, PhD, Leopold-Franzens Universität Innsbruck | **Prof. Dr. Christian Huber**, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, RWTH Aachen | **Prof. Dr. Thomas Kadner Graziano, LL.M. (Harvard)**, Lehrstuhl für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Genf | **Dr. Jan Luckey, LL.M. LL.M.**, Richter am Oberlandesgericht, Köln | **Prof. Andrew Tettenborn LL.M.**, Swansea University

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4454-1

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Deutschland hatte lange Zeit in Europa ein unrühmliches Alleinstellungsmerkmal in Bezug auf die Abgeltung ideeller Nachteile von Personen, deren Angehörige bei einem Haftungsfall getötet oder schwer(st) verletzt wurden, gab es doch hierfür regelmäßig keinerlei Entschädigung. Mit Einführung des Hinterbliebenengeldes durch Gesetz vom 22.7.2017, BGBl. I S. 2421 wurde dieses beseitigt; es ist ein Befreiungsschlag gelungen (siehe schon *Ch. Huber*, Kein Angehörigenschmerzensgeld de lege lata – Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa oder ein Befreiungsschlag aus der Isolation, NZV 2012, 5 ff). Die Reform erfasst einen Teil der Fälle, bei denen bisher jegliche Entschädigung versagt wurde oder davon abhängig war, dass der Anspruchsteller eine beträchtliche seelische Erkrankung von einiger Dauer (einen sogenannten „Schockschaden“) nachweisen konnte, was nicht selten von der Inszenierung des Betroffenen bzw. den argumentativen Fähigkeiten des medizinischen Sachverständigen abhängig war.

Darauf soll es künftig nicht mehr ankommen. Nicht die pathologische Beeinträchtigung, sondern die Trauer als solche soll – wie in den allermeisten europäischen Rechtsordnungen – nun auch nach deutschem Recht abgegolten werden. Dies war schon Teil des Regierungsprogramms; letzter Auslöser für die Neuregelung war dann wohl die *Germanwings*-Katastrophe vom 24.3.2015. Vom Entwurf der Bundesregierung bis zur Gesetzwerdung vergingen nur wenige Monate. Entschieden hat sich der Gesetzgeber für eine schlanke Norm mit dem „Preis“, dass viele Detailfragen offen geblieben sind. Aus den Materialien ergibt sich mitunter nur, worüber kein Konsens erzielt werden konnte. Die Lösung offener Punkte wurde an die Praxis, in letzter Instanz an den BGH, namentlich den VI. Senat, delegiert.

Da in den Nachbarrechtsordnungen zu diesem Schadensposten eine mehr oder weniger lange Tradition besteht (dazu mit ausführlichen Nachweisen *Th. Kadner Graziano*, Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen, RIW 2015, 549 ff.), bietet es sich an, auf Erkenntnisse der Rechtsvergleichung zurückzugreifen; das Rad muss – auch in Deutschland – nicht stets neu erfunden werden. Abgesehen davon, dass der Blick über den Tellerrand eine gewisse Offenheit voraussetzt, ist es erforderlich, dass die einschlägigen Quellen einigermaßen bequem zur Verfügung stehen. Dieser Band stellt neben die Erläuterung zum deutschen Recht die Rechtslage in einigen Nachbarrechtsordnungen (Österreich, Schweiz, Italien, England) exemplarisch dar. Frau Mag.a *Evelyn Gallmetzer*, PhD und Herrn Prof. *Andrew Tettenborn* LL.M. danken wir dafür, dass sie durch rasche und profunde Bearbeitung ihres Teils zur Weitung des Horizonts beigetragen haben.

Da Recht haben und Recht bekommen abhängig ist von der konkreten Durchsetzung des Anspruchs, umfasst dieser Band auch prozedurale und prozessuale Fragen. Ein häufiger Anwendungsbereich sind Verkehrsunfälle auf Straße, Schiene, zu Wasser oder in der Luft. Sie haben nicht selten Auslandsbezug; daher lag es nahe, die internationale Dimension miteinzubeziehen.

Die Herausgeber danken dem Verlag Nomos, namentlich Herrn Rechtsanwalt *Frank Michel*, ganz herzlich dafür, dass er schon ab der Spätphase des Gesetzeswerdungsprozesses für dieses Projekt offen war und eine Plattform geschaffen hat, um der Praxis in einer möglichst frühen Phase eine Arbeitshilfe zur Verfügung zu stellen, die eine erste Orientierung auf diesem Neuland bietet.

Aachen, Genf und Köln, im April 2018

Christian Huber
Thomas Kadner Graziano
Jan Luckey

Zitiervorschlag

Bearbeiter in: Huber/Kadner Graziano/Luckey, *Hinterbliebenengeld*, Teil ..., § ...
Rn. ...

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
Allgemeines Abkürzungsverzeichnis	15
Teil 1: Materielles, prozessuales und internationales Recht	21
§ 1 Ersatzansprüche Dritter bei Tötung (Huber)	25
A. Der faktische Befund	25
B. Ausgangspunkt und Durchbrechungen des Dogmas: Nur der unmittelbar Geschädigte ist ersatzberechtigt	26
I. Der Ausgangspunkt	26
II. Durchbrechung des Dogmas: Schockschaden bzw. Fernwirkungsschaden	27
III. Entschädigungsniveau	29
C. Hinterbliebenengeld	30
I. Beweggründe des Gesetzgebers zur Einführung eines Hinterbliebenengeldes	30
II. Qualifikation des Anspruchs	33
III. Zielsetzung: Nicht Ersatz des Lebens, was aber dann	33
IV. Bezeichnung Hinterbliebenengeld	34
V. Systematische Stellung: Deliktsrecht und Gefährdungshaftung, aber Ausschluss vertraglicher Schadenersatzansprüche	35
VI. Hauptanwendungsgebiete	38
VII. Kreis der Anspruchsberechtigten	38
1. Gleichklang zum Anspruch auf (potenziellen) Unterhaltersatz	38
a) Maßgeblicher Zeitpunkt: Verletzung und Tötung	39
b) Der privilegierte Personenkreis nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB: Eltern, Kinder, Ehegatten, Lebenspartner	40
aa) Nachweis im Regelfall	40
bb) Ausnahmsweise Versagung: Abgrenzung zwischen gestörter familienrechtlicher Beziehung und Entfremdung	40
(1) Eltern-Kind-Verhältnis	41
(2) Beziehung zwischen Ehegatten	42
c) Nasciturus als Anspruchsberechtigter oder Getöteter	44
aa) Anspruchsberechtigung des Nasciturus	44
bb) Tötung des Nasciturus	45
2. Sonstige Personen mit Beweislast des Nachweises einer emotionalen Nahebeziehung	45
a) (Faktische) Familienangehörige im weiteren Sinn	46
aa) Geschwister und Großeltern	46

bb) Mitglieder von Patchwork-Familien	48
cc) Nanny, Leih-Opa bzw. -Oma, Au-Pair-Mädchen	48
dd) Nichteheliche Lebensgemeinschaft bzw. Verlobte	48
b) Bedeutung von Ansprüchen von anderen als (faktischen) Familienangehörigen	49
3. Mehrere Schädiger, mehrere Getötete, mehrere Anspruchsberechtigte	50
VIII. Entschädigungsniveau – abhängig von welchen Determinanten	51
1. Anhaltspunkte für die Größenordnung des Ersatzes, namentlich das Verhältnis zum Schockschaden	51
2. Pauschalsummen oder individuell ausgemessene Ersatzbeträge	55
3. Anknüpfung an Hilfstatsachen für die Messung der seelischen Betroffenheit	56
a) Verwandtschafts- oder Ehe- bzw. Partnerschaftsverhältnis im Rahmen des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB	56
b) Sönstige engste Bezugspersonen	57
4. Detailfragen	58
a) Erfordernis des Empfindens	58
b) Hinterbliebenengeld für den Nasciturus oder eine Person im Kleinkindalter	59
c) Tod nach langer Leidensdauer oder Ungewissheit	59
d) Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. Kaufkraftparität	61
e) Ausgleich oder Genugtuung – Bedeutsamkeit des Verschuldens des Schädigers	62
f) Bedeutsamkeit der Steuerungsfunktion – ökonomische Analyse des Rechts, Tod soll nicht ohne Sanktion sein	62
5. Transparenz der Bemessung	63
6. Anpassung an die Inflation	64
IX. Ersatzform: nur Kapital oder auch Rente	65
X. Nur im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung	65
XI. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch	68
1. Parallelen zum Schockschaden – Mitverschulden oder Zurechnung der Betriebsgefahr des Primäropfers	68
a) Erfordernis einer Gesamtbetrachtung bei Mitverschulden bzw. Betriebsgefahr von Primär- und Sekundäropfer	68
b) Tod als Folge des Verstoßes gegen Schadensminderungspflicht des Primäropfers	69
c) Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall	70
2. Unterschiede zum Schockschaden	71
a) Unterlassene Therapie	71
b) Anfälligkeit des Geschädigten	72

XII. Verhältnis des Schockschadens zum Hinterbliebenengeld	72
1. Entschädigungsniveau im Verhältnis zum Hinterbliebenengeld.....	72
2. Schockschaden, bloß Zugabe zum Hinterbliebenengeld? – Einheitliche oder getrennte Bemessung	74
3. Fälle des Schockschadens ohne Anspruch auf Hinterbliebenengeld.....	75
XIII. Restliche Detailfragen	76
1. Fälligkeit	76
2. Übertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit	76
3. Teil des Zugewinnausgleichs	77
4. Versicherungsschutz.....	77
5. Auswirkungen auf die Versicherungsprämien.....	77
6. Sozialrecht – Anrechnung als Einkommen.....	78
7. Übergangsrecht.....	79
§ 2 Verfahrensrecht (<i>Luckey</i>)	81
A. Zivilverfahren	81
I. Zuständigkeit	81
II. Klageart	81
III. Klageantrag	84
IV. Streitgegenstand	85
V. Verfahren bei sozialrechtlichen Vorfragen	86
VI. Prozesskostenhilfe	89
VII. Rechtsmittel	91
B. Adhäsionsverfahren	91
I. Allgemeines	91
II. Antrag und Beteiligte	92
III. Entscheidung des Gerichts	93
IV. Rechtsmittel und Rechtskraft	95
V. Strafrechtliche Sanktionen und Hinterbliebenengeld	96
C. FamFG-Verfahren	97
I. Verlöbnis (Nr. 1)	97
II. Eheherrührende Ansprüche (Nr. 2)	98
III. Ansprüche unter Ehegatten (Nr. 3)	98
IV. Ansprüche aus dem Eltern-Kind-Verhältnis (Nr. 4)	99
D. Schlichtungsverfahren	99
I. Arzthaftung	99
II. Versicherungsrecht	100
III. Personenbeförderung	100
E. Vergleich beim Hinterbliebenengeld	101
I. Allgemeines	101
II. Beratungspflichten des Rechtsanwalts	101

III. Umfang der Erledigung	102
IV. Aktivlegitimation, Beteiligung Dritter	102
F. Schriftsatzmuster	103
I. Vorprozessualer Schriftverkehr	103
1. Deckungsschutzanfrage bei der Rechtsschutzversicherung.....	103
2. Aktenanforderung bei der Polizei	104
3. Anforderung von ärztlichen Behandlungsunterlagen des Getöteten	104
4. Anforderung von ärztlichen Behandlungsunterlagen des Hinterbliebenen	104
5. Schadensmeldung beim Versicherer dem Grunde nach	105
6. Abschlusschreiben an den Versicherer (Hinterbliebenengeld, baldiger Tod)	105
II. Prozess	106
1. Deckungsschutzanfrage bei der Rechtsschutzversicherung (Klage)	106
2. Klage auf Hinterbliebenengeld	106
3. Baustein: Hinterbliebenengeldklage gegen die Verkehrsoferhilfe	107
4. Baustein: Klage auf Hinterbliebenengeld ohne Vermutung für Näheverhältnis	108
5. Klage auf Hinterbliebenengeld und Schmerzensgeld für baldigen Tod.....	108
6. Klage auf Schockschaden, hilfsweise Hinterbliebenengeld (Variante 15.000 EUR).....	110
7. Klage auf Hinterbliebenengeld, hilfsweise Schockschaden (10.000 EUR)	111
8. Klage auf Schockschaden (verletzter Angehöriger)	113
9. Antrag auf Prozesskostenhilfe	114
10. Antrag im Adhäsionsverfahren	115
III. Vergleich	117
1. Umfassende Erledigung	117
2. Umfassende Erledigung (weitere Anspruchsinhaber)	117
3. Umfassende Erledigung zu Lebzeiten des Verletzten mit Ausschluss späterer Todesfallansprüche	118
4. Vergleich mit Vorbehalt (Schockschaden).....	119
5. Aufklärung des Mandanten	119
§ 3 Internationales Zivilprozess- und Privatrecht (<i>Luckey</i>)	121
A. Internationales Zivilprozessrecht	121
I. Brüssel-Ia-VO	121
1. Allgemeines	121
2. Gerichtsstand für Direktklagen.....	122
a) Verkehrsunfallklagen	122

b) Person des „Geschädigten“	123
II. Lugano-Abkommen	124
III. Grundregel	125
B. Internationales Privatrecht	125
I. Allgemeines	125
II. Ermittlung ausländischen Rechts	126
1. Erkenntnismittel	126
2. Risiken bei der Ermittlung	126
III. Anknüpfung des internationalen Deliktsrechts	127
IV. Anwendung von Kollisionsnormen	128
1. Hinterbliebenengeld	128
2. „Näheverhältnis“	128
3. Schadensschätzung und Bezifferung des Hinterbliebenengeldes	129
4. Sachnormverweisung	129
V. Die Anknüpfung internationaler Unfälle	129
1. Anknüpfungssystematik	129
2. Erfolgsort iSd Art. 4 Abs. 1 Rom-II-VO beim Hinterbliebenengeld	130
3. Anknüpfungen nach Art. 4 Abs. 2, Abs. 3 Rom-II-VO für das Hinterbliebenengeld?	133
4. Verweisungsbegrenzung	134
5. Verkehrsregeln	134
6. Direktanspruch	134
VI. Sonderregelungen für Verkehrsunfälle mit Auslandsbezug	134
1. Versicherungsschutz bei Ausländerunfällen im Inland	135
2. Vereinheitlichung durch die 4. Kfz-Haftpflicht-RL	136
3. Fünfte EU-KH-RL	137
VII. Berücksichtigung eines Auslandsbezugs im Sachrecht	138
Teil 2: Länderberichte	141
§ 1 Österreich – eine richterliche Lösung und 15 Jahre Erfahrung mit dem Hinterbliebenengeld (Huber)	141
A. Einleitung	144
B. Ausgangspunkt Schockschaden bzw. Fernwirkungsschaden	146
I. Durchbrechung des Dogmas: Nur der unmittelbar Geschädigte ist ersatzberechtigt	146
1. Schockschaden	146
2. Fernwirkungsschaden	147
3. Trauerschaden	147
II. Schwelle der psychischen Beeinträchtigung	148
III. Nur bei Tötung oder auch bei Verletzung	149
IV. Personenkreis	151

V. Wechselwirkungen zum Vermögensschaden	152
VI. Anspruchsniveau	152
1. Fernwirkungsschaden – Schaden bei Nachricht von der Tötung naher Angehöriger	154
2. Schockschaden bei Miterleben der Tötung naher Angehöriger	156
3. Schockschaden bei schwerer Verletzung naher Angehöriger	157
4. Schockschaden bei Tötung bzw. Verletzung dritter Personen	158
VII. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch	160
C. Angehörigenschmerzensgeld	160
I. Unterschied zum Schockschaden: Keine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert	160
II. Rechtsfortbildung durch den OGH	161
III. Kreis der Anspruchsberechtigten	163
1. Unterschiedliche Wertung gegenüber dem Schockschaden?	163
2. Anknüpfungsmerkmale	163
a) Haushaltsgemeinschaft im Rahmen der Kernfamilie	163
b) Besondere emotionale Nähebeziehung in Sonderfällen	165
aa) Sonstige Personen, zwischen denen eine auf Dauer angelegte Haushaltsgemeinschaft besteht	165
bb) Sonstige engste Bezugsperson ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft	166
cc) Besonderheiten eines Nasciturus	166
(1) Nasciturus als Anspruchsberechtigter	166
(2) Anspruchsberechtigung bei Tod eines Nasciturus	167
3. Abgrenzung zwischen gestörter familienrechtlicher Beziehung und Entfremdung	167
4. Welcher Zeitpunkt maßgeblich – Verletzung oder Tod	168
IV. Entschädigungsniveau – abhängig von welchen Determinanten	168
1. Größenordnung	168
2. Abstufung des Angehörigenschmerzensgeldes	171
3. Verhältnis zum Fernwirkungsschaden	173
4. Was hat im österreichischen Recht bisher keine Rolle gespielt?	174
V. Auswirkungen auf die Versicherungsprämien	175
VI. Anpassung an die Inflation	175
VII. Ersatzform: Nur Kapital oder auch Rente	176
VIII. Nur im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung	176
1. Schwelle	176
2. Beeinträchtigung der Beischlaffähigkeit des Partners	177
IX. Verhältnis zum vererbten Schmerzensgeldanspruch des Getöteten	178
X. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch	178
1. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr des Primäröpfungers	178
2. Kumulation von Mitverschulden von Primär- und Sekundäröpfung – Erfordernis einer Gesamtbetrachtung	179

3. Unterschiede zum Fernwirkungsschaden	180
4. Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall	181
XI. Bevorschussung des Staates bei der Durchsetzung	181
§ 2 Hinterbliebenengeld in der Schweiz – etablierte Rechtslage und reichhaltige Erfahrungen (<i>Kadner Graziano</i>)	182
A. Einführung: Gesetzgeberische Ausgangsposition und Terminologie	184
B. Abgrenzung zu den sogenannten „Schockschäden“	186
I. Rechtslage in der Schweiz	186
II. Lehren für das deutsche Recht?	188
1. Unterschiedliche Anknüpfungspunkte für Schockschadensersatz und Hinterbliebenengeld	188
2. Entlastung der Schockschadenspraxis durch Hinterbliebenengeld	188
3. Schockschadensersatz unabhängig von Anwesenheit des Zweitgeschädigten am Unfallort	189
III. Geltungsgrund und Zielsetzung des Hinterbliebenengeldes: Nicht Ersatz des Lebens, aber was dann?	189
IV. Hauptanwendungsgebiete für das Hinterbliebenengeld	191
1. Unfälle mit Verkehrsmitteln	191
2. Entschädigung der Opfer von Straftaten: Haftungsrecht, staatliches Opferhilferecht und Entschädigungsfonds	191
3. Sonstige	193
V. Anspruchsgrundlagen: Delikt, Gefährdungshaftung, Vertrag	193
VI. Kreis der Anspruchsberechtigten	193
VII. Entschädigungsniveau und maßgebliche Kriterien – Pauschalsummen oder individuell ausgemessene Ersatzbeträge	194
VIII. Die konkreten Ersatzbeträge in den einzelnen Fallgruppen von Statusbeziehungen	201
1. Überlebende Ehegatten	201
2. Eltern minderjähriger, im gemeinsamen Haushalt lebender Kinder	202
3. Eltern volljähriger, nicht mehr im gemeinsamen Haushalt lebender Kinder	203
4. Kinder beim Verlust ihrer Eltern	204
5. Geschwister, die in einem gemeinsamen Haushalt lebten	206
6. Geschwister, zwischen denen keine Hausgemeinschaft mehr bestand	207
7. Verlobte und Partner in nichtehelicher Lebensgemeinschaft	209
IX. Anspruchsmindernde Faktoren: Mitverschulden des Erst- oder des Zweitgeschädigten	210
X. Ausblick: Angehörigenschmerzensgeld auch bei schwerer bzw. schwerster Verletzung des Erstgeschädigten – eine Perspektive für das deutsche Recht?	211

XI. Gesamtbewertung	213
§ 3 Hinterbliebenengeld als Grundrecht? – Einführung und neueste Entwicklungen in Italien (<i>Gallmetzer</i>)	214
1. Einführung	215
a) Hinterbliebenengeld (Schadensersatz <i>iure proprio</i>)	217
b) Schadensersatzansprüche <i>iure hereditatis</i>	219
2. Die Haftungsgrundlage: Verschuldens- und Gefährdungshaftung	220
3. Der Kreis der Ersatzberechtigten	222
a) Kinder	224
b) Ehegatte	224
c) Lebensgefährte	225
d) Sonstige Verwandte	226
e) Freunde	227
4. Nichtvermögensschäden bei schwerer bzw. schwerster Verletzung des Erstgeschädigten	227
5. Bemessungskriterien für das Hinterbliebenengeld	229
a) Schadensbemessung nach Billigkeit	229
b) Tabellen zur Schadensbemessung	231
c) Schadensbemessung bei schwerer und schwerster Verletzung ...	235
d) Mitverschulden des Erstgeschädigten	235
6. Anspruch auf Hinterbliebenengeld als Grundsatz der Rechtsordnung.	236
7. Gesamtbewertung	237
§ 4 England und Schottland: langjährige Erfahrungen mit Hinterbliebenengeldern und – unlängst – Einfluss der Europäischen Konvention für Menschenrechte (<i>Tettenborn</i>)	239
A. Einführung	239
B. England	240
C. Schottland	249
D. Einfluss der Europäischen Konvention für Menschenrechte	252
Stichwortverzeichnis	257

§ 1 Ersatzansprüche Dritter bei Tötung

§ 844 Abs. 3 BGB Ersatzansprüche Dritter bei Tötung

(3) ¹Der Ersatzpflichtige hat dem Hinterbliebenen, der zur Zeit der Verletzung zu dem Getöteten in einem besonderen persönlichen Näheverhältnis stand, für das dem Hinterbliebenen zugefügte seelische Leid eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten. ²Ein besonderes persönliches Näheverhältnis wird vermutet, wenn der Hinterbliebene der Ehegatte, der Lebenspartner, ein Elternteil oder ein Kind des Getöteten war.

A. Der faktische Befund

Durch ein schädigendes Ereignis, häufig – aber nicht immer – ein Unfall oder eine Straftat, wird eine Person (**Primäröpfer**) getötet bzw. schwer(st) verletzt, was auch Auswirkungen auf die **Angehörigen** (**Sekundäröpfer**) hat.¹ Der Fall des Todes führt dazu, dass der überlebende Angehörige eine Bezugsperson verliert, zu der er eine besonders nahe – emotionale – Bindung hatte. Prototypisch sind zu nennen der Ehegatte bzw. Lebenspartner, Kinder und Eltern, aber auch weitere Personen, zu denen eine besondere Nahebeziehung bestand wie der Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft, Angehörige von Patchwork-Familien oder Geschwister.

Wird die Person einer Familie so schwer verletzt, dass diese ein Pflegefall wird, hat das Auswirkungen meist für sämtliche Mitglieder der Haushaltsgemeinschaft. Ist es der Ehegatte oder Lebenspartner, der zum Pflegefall wird, und nimmt der jeweils andere das bei Eingehung der Ehe oder Lebenspartnerschaft gegebene Versprechen ernst („bis der Tod uns scheidet“), entgeht diesem viel gegenüber dem Zustand ohne schädigendes Ereignis: Die Pflege absorbiert einen Großteil des Zeithaushalts; lustvolle Aktivitäten sind schon deshalb kaum, jedenfalls nur noch selten möglich.

Sind Kinder vorhanden, leiden auch diese, weil ihnen – verglichen mit dem Zustand ohne schädigendes Ereignis – wegen des Pflegefalls eines Elternteils deutlich weniger Aufmerksamkeit zuteil wird, somit auch sie – beträchtliche – Abstriche in ihrer Lebensgestaltung hinnehmen müssen. Wird ein Kind zum Pflegefall, ist der Befund nur insoweit ein anderer, als sich die Last der Pflege auf beide Eltern (Vater und Mutter) verteilt; die Beeinträchtigung der dem Haushalt angehörigen Geschwister stellt sich in ähnlicher Weise dar.

Wird eine Person getötet, ist das für einen – glücklich verheirateten – Ehepartner bzw. Lebenspartner schrecklich. Namentlich in jungen Jahren wird er aber nach einer gewissen Phase Leid und Kummer überwinden; womöglich findet er einen neuen Partner und kann fortan ein erfülltes Leben mit diesem führen.

Wird ein Elternteil getötet, sind die Auswirkungen für ein minderjähriges Kind womöglich noch gravierender als für den Ehepartner oder Lebenspartner. Es hat Vater oder Mutter für immer verloren. Selbst wenn ein überlebender Elternteil bemüht ist, den getöteten soweit wie möglich zu ersetzen und/oder wieder heiratet und der Stiefelternteil bemüht ist, den getöteten Elternteil – so gut es eben geht – zu ersetzen, ist es

1 Zum faktischen Befund *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920 f.

nicht der eigene Vater bzw. die eigene Mutter. Psychische Beeinträchtigungen ergeben sich nicht immer sogleich nach dem Tod eines Elternteils, sondern in weiterer Folge, wobei die Pubertät eine besonders sensible Phase ist.²

- 6 Der Verlust eines – minderjährigen – Kindes zählt zu den furchtbarsten Ereignissen, die vorstellbar sind.³ Aber selbst darüber müssen die Eltern schlussendlich hinwegkommen; das Leben muss weitergehen.
- 7 Ist für eine solche schwerste Verletzung oder den Tod ein Schädiger verantwortlich, stellt sich in jeder Rechtsordnung die Frage, ob die immaterielle Beeinträchtigung der Angehörigen ein ersatzfähiger Nachteil ist, für den der Schädiger Ersatz zu leisten hat. Bei Großereignissen mit vielen Toten⁴ wird von den Medien die Betroffenheit der Angehörigen thematisiert. Zu verweisen ist indes darauf, dass bei jedem – alltäglichen – Verkehrsunfall mit tödlichem Ausgang das Leid der Angehörigen genauso groß ist.⁵ Ob noch weitere Dutzende oder noch mehr betroffen sind, ist für das Leid und die Trauer des jeweiligen Angehörigen von eher untergeordneter Bedeutung; dass es vielen anderen ebenso geht, vermag das Leid eher zu lindern, freilich nur in marginalem Ausmaß.

B. Ausgangspunkt und Durchbrechungen des Dogmas: Nur der unmittelbar Geschädigte ist ersatzberechtigt

I. Der Ausgangspunkt

- 8 Zur Vermeidung der Uferlosigkeit von Schadenersatzansprüchen und der Sicherung der allgemeinen Handlungsfreiheit – eines potenziellen Ersatzpflichtigen – geht das deutsche Privatrecht vom Grundsatz aus, dass nur der Schaden des unmittelbar Beeinträchtigten ersatzfähig ist, nicht aber Schäden Dritter.⁶ Als Durchbrechung dieses Grundsatzes wird § 844 Abs. 2 BGB aufgezählt, wonach Familienangehörige Anspruch auf den ihnen entgehenden gesetzlichen Unterhalt haben.
- 9 Bei näherer Betrachtung handelt es sich bei § 844 Abs. 2 BGB allerdings insofern bloß um eine formale Ausnahme, als anspruchsberechtigt nicht die Person ist, in deren Rechtsgut unmittelbar eingegriffen wurde, sondern die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger. Deren Ansprüche sind nämlich ein Ausschnitt aus dem Erwerbsschaden, den der Getötete geltend machen könnte, würde er überleben; und aus dieser Quelle wäre dann der – ersatzfähige – Unterhalt der Familienangehörigen gespeist worden. Beim Geldunterhalt ist das nicht anders als in Bezug auf die Haushaltsführung. Von den Bestattungskosten in § 844 Abs. 1 BGB und der antiquierten Norm des § 845

2 BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn. 151 d.

3 Wagner, NJW 2017, 2641, 2645.

4 Aufzählung bei Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401; Quaisser, DAR 2017, 688: Seilbahnunglück in Cavalese im Jahr 1998, Zugunglück ICE in Eschede im Jahr 1998, Absturz der Concorde über dem Atlantik im Jahr 2000; Love Parade in Duisburg am 24.10.2010; Absturz des Flugzeugs der Fluglinie Germanwings in den französischen Alpen am 24.3.2015; Zugunglück in Bad Aibling am 9.2.2016; Busunglück auf der A9 am 3.7.2017. Zu ergänzen ist noch der Unfall in der Gletscherbahn von Kaprun am 11.11.2000.

5 Jaeger, VersR 2017, 1041, 1043; Müller, VersR 2017, 321.

6 Röthel, Jura 2018, 235; Katzenmeier, JZ 2017, 869, 871: Deliktsrecht hat nicht den Zweck, Schäden aus „jedem beliebigen Maß persönlicher Empfindsamkeit“ auszugleichen. Darum dürfte es freilich in concreto gerade nicht gehen.

BGB, die kaum noch einen praktischen Anwendungsbereich hat, abgesehen gab es im BGB keine weitere Regelung, die den Ersatz von Drittschäden vorsah.

II. Durchbrechung des Dogmas: Schockschaden bzw. Fernwirkungsschaden

Dieses Dogma wird – aus Billigkeitsgründen und für extrem gelagerte Ausnahmefälle – schon bisher durchbrochen, nämlich in den Fällen eines Schock- bzw. Fernwirkungsschadens.⁷ Unter einem Schockschaden versteht man die seelische Beeinträchtigung eines Dritten, der durch das Miterleben eines Unfalls eine psychische Erkrankung und dadurch einen materiellen oder immateriellen Schaden erleidet.⁸ Insoweit geht es um die Frage der Reichweite der Zurechnung, inwieweit das Verhalten des Schädigers in Bezug auf die Person, die den Unfall miterlebt, rechtswidrig ist.⁹ Auf die Eigenschaft als naher Angehöriger sollte es insoweit nicht ankommen.

Der Begriff Schockschaden wird in dem hier beschriebenen engen Sinn verwendet. Gebräuchlich ist er auch als Oberbegriff für all die Fälle, in denen es infolge eines vom Schädiger zu verantwortenden Verhaltens, meist eines Unfalls, zu einer psychischen Erkrankung eines Dritten kommt, sei es durch das Miterleben, sei es durch die Nachricht von dem Ereignis.¹⁰ Für den letzteren Fall ist die Bezeichnung Fernwirkungsschaden gebräuchlich, der sich dadurch auszeichnet, dass allein durch die Nachricht vom Tod oder einer schwer(st)en Verletzung eine psychische Erkrankung bei einem Angehörigen ausgelöst wird. Beim Fernwirkungsschaden wird einerseits zu Recht verlangt, dass der Anspruchsteller zum Schwer(st)verletzten bzw. Getöteten in einem Angehörigenverhältnis im Zeitpunkt der Verletzung stand und es sich im Fall der Verletzung des primär Geschädigten um eine besonders gravierende Verletzung handelte.¹¹

7 RG 21.6.1931 – VI 149/31, RGZ 133, 270; RG 8.1.1940 – VIII 720/39, RGZ 162, 321; BGH 11.5.1971 – VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883; BGH 4.4.1989 – VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317; BGH 10.2.2015 – VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246.

8 BGH 11.5.1971 – VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883; BGH 4.4.1989 – VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317; BGH 10.2.2015 – VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*); BGH 27.1.2015 – VI ZR 548/12, NJW 2015, 1451 (*Thora*).

9 Prototypisch für die überaus restriktiven Kriterien für eine Zurechnung BGH 22.5.2007 – VI ZR 17/06, BGHZ 172, 263 = NJW 2007, 2764 (*Elsner*): Ein Geisterfahrer haftete nicht für ein posttraumatisches Belastungssyndrom zweier Polizeibeamter, die nach Ende ihres Dienstes zur Unfallstelle kamen und – ohne helfend eingreifen zu können – mitansahen mussten, wie die Insassen beider Unfallfahrzeuge hilflos verbrannten. Eine Schädigung, die aus der bloßen Anwesenheit bei einem schrecklichen Ereignis herrührt, sei dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen. Daran ändere auch ein allfälliger Rettungsversuch nichts, da dieser jedenfalls abgebrochen worden sei, als die Fahrzeuge in Flammen aufgingen. Jedenfalls nach österreichischem Recht wäre ein solcher Rettungsschaden (dazu *Karner*, in: *Koziol/P. Bydlinki/Bollenberger*, *Kurzkommentar zum ABGB § 1295 Rn. 4; ders.*, FS-Danzl (2017), 87, 92) zu ersetzen unter Hinweis darauf, dass derjenige nicht anspruchsberechtigt sei, der sich lediglich als neugieriger Gaffer an die Unfallstelle gibt.

10 Gegen eine Ablehnung der Ersatzfähigkeit eines solchen Fernwirkungsschadens *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692, wobei er der BGH-Entscheidung vom 27.1.2015 – VI ZR 548/12, NJW 2015, 1451 (*Thora*) eine Aussage unterstellt, die sich jedenfalls in dieser Striktheit dort nicht findet. Der BGH wies lediglich darauf hin, dass das BerG nicht ausreichend berücksichtigt habe, dass im konkreten Fall ein „Miterleben“ des Unfalls gegeben war. Das könnte nicht nur für die Zurechnung bzw. den Nachweis eines Schockschadens, sondern auch für das Ausmaß des Ersatzes bedeutsam gewesen sein. Eine (künftige) Ablehnung jedweden Fernwirkungsschadens ergibt sich daraus gerade nicht; so aber auch *Röthel*, Jura 1018, 237.

11 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 871: Erforderlich ist eine lebensbedrohliche Verletzung; BGH 5.2.1985 – VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390; OLG Hamm 10.3.1997 – 6 U 175/96, NJW-RR 1997, 1048.

- 12 Wie eine aktuelle Entscheidung des OLG Frankfurt¹² deutlich macht, ist die **Abgrenzung nicht immer einfach**: Die Ehefrau fuhr mit einem Pkw vor dem mit dem Motorrad fahrenden Ehemann, ehe sie in der Dunkelheit nur noch das Motorrad – schlindernd – sah. Als sie – auf der Autobahn – anhielt und zurücklief, fand sie zunächst das Motorrad – ohne Fahrer – vor, ehe sie sich auf die Suche nach ihrem Ehemann machte, den sie schlussendlich unter dem Fahrerhaus eines LKW eingeklemmt entdeckte. Den Unfall selbst erlebte die Ehefrau nicht mit, sie war aber zeitlich nahe am Unfallgeschehen beteiligt. Das OLG Frankfurt¹³ nahm in concreto ein „Miterleben am Unfall“ und nicht lediglich eine „Benachrichtigung“ an.¹⁴ Zutreffend ist, dass die Wahrscheinlichkeit, dass eine psychische Erkrankung ausgelöst wird, im Fall des Miterlebens höher ist als bei „bloßer“ Benachrichtigung.¹⁵
- 13 Sowohl beim Schockschaden (im engeren Sinn) als auch beim Fernwirkungsschaden wird verlangt, dass es sich um eine **psychische Beeinträchtigung** handelt, die über das Maß hinausgeht, dem Hinterbliebene beim Tod oder Angehörige bei einer solchen schwer(st)en Verletzung erfahrungsgemäß ausgesetzt sind bzw. die **deutlich über das Normalmaß von Trauer und Niedergeschlagenheit hinausreicht**;¹⁶ dass eine **psychische Erkrankung diagnostiziert** werden kann, ist **nicht ausreichend**; auch diese muss über das Maß einer psychischen Erkrankung hinausgehen, die Angehörige in solchen Schicksalsschlägen typischerweise erleiden.¹⁷ **Medizinische Fassbarkeit** ist zu wenig; es muss eine gewisse – beträchtliche – **Schwelle überschritten** werden und es muss eine gewisse **Dauer** einer solchen Beeinträchtigung gegeben sein.¹⁸
- 14 Diese Voraussetzungen beruhen auf widersprüchlichen Prämissen, dürfte doch der BGH frei nach der Devise, dass man keine Mimosen züchten soll, davon ausgehen, dass bei einem – deutschen – Normalbürger ein solcher **Schicksalsschlag** gerade zu **keiner psychischen Erkrankung** führt.¹⁹ Er dürfte deshalb annehmen, dass erst die **besondere Verletzlichkeit** bzw. **Sensibilität** beim Anspruchsteller ursächlich für den Auslöser der psychischen Krankheit ist, ein Umstand, der unausgesprochen zu einer **Dämpfung des Anspruchs** führt. Dazu kommt, dass nach allgemeinen Schadenersatz-

12 OLG Frankfurt 6.9.2017 – 6 U 216/16, zfs 2017, 677 (Diehl).

13 OLG Frankfurt 6.9.2017 – 6 U 216/16, zfs 2017, 677, 679 (Diehl): Keine PTBS, wenn die Ehefrau den getöteten Ehemann nicht unter dem LKW vorgefunden, sondern von diesem Ereignis nur berichtet bekommen hätte. ME ist das freilich reine „Spekulation“.

14 Zustimmung *Diehl*, zfs 2017, 681: Maßgeblich, Anblick von Unfallfolgen ausgesetzt zu sein.

15 *Diehl*, zfs 2017, 681.

16 *Wagner*, NJW 2017, 2641.

17 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 871: Die Voraussetzungen sind denkbar streng; Röthel, Jura 2018, 235, 236: „Die Hürden liegen allerdings nach wie vor hoch“; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 921 f.: Offen ist, ob das rechtstatsächlich, also statistisch, oder normativ zu beurteilen ist. Der Verweis auf die **Verkehrsanschauung** ist ein Indiz für eine normative Beurteilung. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass namentlich nördlich von Süddeutschland die Anschauung verbreitet ist, dass man sich die Trauer möglichst nicht anmerken lassen soll, ist es nachvollziehbar, dass die Hürde für einen solchen Ersatzanspruch beträchtlich hoch ist. Zur Bedeutung des Menschenbildes für die dogmatische Beurteilung *Ch. Huber*, NZV 2012, 5, 6 f.

18 *Küppersbusch/Höber*, Rn. 304 f.

19 Vgl. aber *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 179: In Österreich liegt bei 21 bis 24 % solcher Fälle eine **posttraumatische Belastungsstörung**, somit eine psychische Erkrankung, vor. Ob die „österreichische Seele“ leichter verwundbar ist als die deutsche, sei dahingestellt. Womöglich ist bloß die **Wahrnehmung** der „Verwundung“ unterschiedlich stark ausgeprägt, sodass nicht die Sensibilität der Anspruchsteller unterschiedlich ist, sondern die Sensibilität der darauf reagierenden Rechtsprechung in Bezug auf das jeweilige Phänomen.

rechtlichen Regeln eine Differenzrechnung anzustellen ist zwischen dem konkreten Zustand und dem Zustand ohne schädigendes Ereignis der jeweils beeinträchtigten Person. In concreto wird aber der konkrete Zustand verglichen mit der Bewältigung des Schicksalsschlags durch einen „Normalbürger“. Warum von der allgemeinen Regel im konkreten Fall abgewichen wird, bedürfte einer Begründung.

Schließlich leuchtet nicht ohne Weiteres ein und steht mit den beschriebenen Ungeheimheiten in einem gewissen Zusammenhang, warum nicht – wie sonst – jede psychische Erkrankung zu einem Ersatzanspruch führt, sondern nur eine besonders qualifizierte. Das lässt sich jedenfalls mit Zurechnungsgesichtspunkten nicht ausreichend begründen, wird doch die Zurechnung schon dadurch begrenzt, dass einerseits der Tod oder eine schwer(st)e Verletzung verlangt wird und andererseits beim Fernwirkungsschaden der Kreis der Anspruchsberechtigten auf die Angehörigen eingeschränkt wird. 15

Vorgeschlagen wurde, die engen Voraussetzungen beim Schock- bzw. Fernwirkungsschaden insoweit zu lockern, als die Schwere der psychischen Beeinträchtigung herabgesetzt werden könnte.²⁰ Auch deshalb, weil sich der VI. Senat nicht bewegt und an seiner Rechtsprechung festgehalten hat, wurde der Reformbedarf noch dringlicher.²¹ Der Gesetzgeber hat nun mit dem berühmten Federstrich durch Einführung eines Hinterbliebenengeldes eine Korrektur vorgenommen. Er hat dabei in § 844 Abs. 3 BGB eine wenige Worte enthaltende, knappe Regelung getroffen.²² Deren Einordnung in das bisherige System, ihre Reichweite sowie das Verhältnis zum Schock- bzw. Fernwirkungsschaden sind dabei von der Praxis zu bewältigen. Die hier erfolgende Erläuterung unter Berücksichtigung der ersten Aufsätze zu diesem Thema²³ und unter Bezugnahme auf die Nachbarrechtsordnungen, namentlich die von Österreich und der Schweiz, bemüht sich um eine erste möglichst umfassende Standortbestimmung. 16

III. Entschädigungsniveau

Wegen des Ausnahmecharakters einer Billigkeitsentschädigung in Extremfällen ist das Entschädigungsniveau bei Schock- und Fernwirkungsschäden überaus bescheiden: Die Einschätzung variiert zwischen 500 EUR und 3.000 EUR,²⁴ 3.000 EUR 17

20 Katzenmeier, JZ 2002, 1029, 1035; Staudinger, DAR 2012, 280, 283 f.; Ch. Huber, NZV 2012, 5, 10; Lutckey, SVR 2012, 1, 2 ff.; Zwickel, NZV 2015, 214, 215 f., A. Diederichsen, DAR 2011, 122, 124.

21 Zwickel, NZV 2015, 214, 215; Jaeger, VersR 2017, 1041, 1048: Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes durch den Gesetzgeber Reaktion auf die „eigenwillige“ Rechtsprechung des BGH.

22 Zustimmend Wagner, NJW 2017, 2641, 2642: Gegen Formulierung nichts einzuwenden, kein Wort zu viel, aber zentrale Wertungen zum Ausdruck gebracht.

23 Bischoff, MDR 2017, 739; Bredemeyer, ZEV 2017, 690 ff.; Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401 ff.; Frank, FamRZ 2017, 1640 ff.; Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920 ff.; Jaeger, VersR 2017, 1041 ff.; Katzenmeier, JZ 2017, 869 ff.; Nugel, zfs 2018, 72 ff.; Quaisser, DAR 2017, 688 ff.; Schiemann, GesR 2018, 69 ff.; Steenbuck, r+s 2017, 449 ff.; Wagner, NJW 2017, 2641 ff.; Walter, MedR 2018, 213 ff.

24 NK-BGB/Ch. Huber § 253 Rn. 68.

und 5.000 EUR²⁵ oder 5.000 EUR und 10.000 EUR.²⁶ In Ausnahmefällen wurden aber auch Beträge von 30.000 EUR²⁷ bzw. jüngst sogar 100.000 EUR²⁸ erreicht.

C. Hinterbliebenengeld

I. Beweggründe des Gesetzgebers zur Einführung eines Hinterbliebenengeldes

- 18 In den letzten Jahrzehnten ist auf europäischer Ebene zu beobachten, dass die Wertigkeit immaterieller Rechtsgüter zugenommen hat.²⁹ Der Mensch wird nicht – mehr – nur als homo oeconomicus betrachtet, der allein in Vermögenskategorien denkt und handelt; einbezogen werden auch seine Gefühle und Empfindungen. Zwar trifft es zu, dass eine rechtsvergleichende Betrachtung sämtliche Schadensposten unter Einschluss des Sozialversicherungsrechts in den Blick nehmen muss;³⁰ zu betonen ist indes, dass im Rahmen des Sozialversicherungsrechts typischerweise gerade keine immateriellen Einbußen abgegolten werden. Im europäischen Vergleich war das deutsche Recht insoweit „rückständig“³¹ bzw. „geizig“.³² Es hatte ein Alleinstellungsmerkmal, auf das Deutschland nicht stolz sein konnte.³³ Die Neuregelung ist ein Beitrag zur Vereinheitlichung oder doch Angleichung des europäischen Deliktsrechts.³⁴
- 19 Die Einführung eines Hinterbliebenengeldes erfolgte nicht in Umsetzung einer europäischen Richtlinie; immerhin war es eine Forderung des EGMR, dass nationale Rechtsordnungen nach Art. 13 EMRK jedenfalls bei staatlicher Mitverantwortung den nahen Angehörigen im Todesfall einen zivilrechtlichen Anspruch einräumen und eine angemessene Entschädigung zubilligen müssen.³⁵ Von daher war es naheliegend, Schädiger ohne staatliche Mitverantwortung ebenso zu behandeln.
- 20 Die mit der Einführung eines Hinterbliebenengeldes verfolgte Intention war die Schließung einer „Gerechtigkeitslücke“. Eine solche wurde deutlich bei Massenschäden, bei denen offensichtlich wurde, dass nach anderen Rechtsordnungen deutlich höherer Ersatz gebühren würde, was dann zu Bestrebungen führte, einen ausländischen Gerichtsstand mit der Anwendung eines ausländischen Rechts zu suchen, namentlich in den USA, mit dann häufig unkalkulierbarem Ausgang. Es geht somit um einen annähernden „Gleichklang“ oder zumindest eine Annäherung an das Entschädigungsniveau in Europa, so unterschiedlich dieses im Einzelnen auch sein mag. Mag

25 Quaisser, DAR 2017, 688, 691; Bredemeyer, ZEV 2017, 690, 692; Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 409.

26 Jaeger, VersR 2017, 1041, 1053.

27 OLG Nürnberg 1.8.1995 – 3 U 468/95, NZV 1996, 367; Verlust aller 3 Kinder.

28 OLG Frankfurt 6.9.2017 – 6 U 216/16, zfs 2017, 677 (Diehl): Bereits mehr als 12 Jahre andauernde schwere posttraumatische Belastungsstörung, wobei eine Besserung nicht absehbar ist. Zutreffender Hinweis, dass bei Bedachtnahme auf die Dauer von 12 Jahren bloß 8.500 EUR pro Jahr zuerkannt wurden und ein Ende noch gar nicht absehbar ist.

29 Wagner, NJW 2017, 2641.

30 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 873.

31 Ch. Huber, NZV 2012, 5, 6: Deutschland auch künftig der letzte Mohikaner in Europa; Janssen, ZRP 2003, 156, 159: Anschluss verpasst; Katzenmeier, JZ 2017, 869, 870: Rückständig, Sonderrolle als problematisch empfunden.

32 Wagner, ZEuP 2015, 874, 880.

33 Frank, FamRZ 2017, 1640: Deutschland Außenseiterrolle.

34 Steenbuck, r+s 2017, 449.

35 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 873 mit Nachweisen in Fn. 71; Frank, FamRZ 2017, 1640; ebenso die Bezugnahme des Gesetzgebers in BT-Drs. 18/11397, 8, 14.

das auch an der Grenze des Pietätvollen liegen, so war die **Germanwings-Katastrophe** wohl der letzte „Kick“, damit der Gesetzgeber tatsächlich tätig geworden ist.³⁶

Eine „Gerechtigkeitslücke“ war aber auch im Rahmen des innerstaatlichen Rechts auszumachen. Im deutschen Recht gilt generell, dass **Sachschäden überaus großzügig** entschädigt werden, so großzügig wie in keiner anderen Rechtsordnung auf dieser Welt, das Ausmaß der Ersatzleistung bei **Personenschäden** aber mitunter **sehr engherzig** ist.³⁷ Als eklatanter Wertungswiderspruch ist es anzusehen, dass die vereitelte Nutzungsmöglichkeit des eigenen Kfz ab dem ersten Tag zu entschädigen ist, der Tod der engsten Bezugsperson aber bislang entschädigungslos hinzunehmen war, sofern der Getötete kein gesetzlicher Unterhaltsschuldner war.³⁸

Zudem will es partout nicht einleuchten, dass eine verletzte Person für eine **Prellung** oder einen **Beinbruch** eine beträchtliche Entschädigung für ihre immaterielle Einbuße erhält, für den in aller Regel viel schwerer wiegenden Verlust einer **besonders nahe stehenden Person** jedoch unentschädigt bleibt.³⁹ Es geht in den Fällen, in denen der Gesetzgeber eine Entschädigung angeordnet hat, nicht um den Ausgleich für Schäden aus jedem beliebigen Maß persönlicher Empfindsamkeit.⁴⁰ Vielmehr ist ein ganz zentraler Bereich des Menschen als homo socialis betroffen. Beseitigt wird damit ein bisher bestehender Wertungswiderspruch. Zutreffend ist die Einschätzung, dass kein Systembruch vorliegt,⁴¹ sondern diese Ergänzung systematisch geboten war.⁴²

Verwiesen wird darauf, dass die Einführung eine **Konzession an den Zeitgeist** darstelle. Das könnte so zu verstehen sein, dass man das zwar **gezwungenermaßen tut**, davon aber **nicht wirklich überzeugt** ist.⁴³ Unter Bezugnahme darauf, dass eigentlich schon § 844 Abs. 1 und 2 BGB⁴⁴ ein Fremdkörper sei, muss das für den neu eingeführten § 844 Abs. 3 BGB erst recht gelten. Ausgehend vom ALR bestand beim deutschen Gesetzgeber eine Abneigung, bei immateriellen Einbußen Geldersatz zu gewähren.⁴⁵ Bei Körperverletzungen hat man das in § 253 Abs. 2 BGB immerhin zugelassen.

36 *Diehl*, zfs 2017, 681, 683; *Schiemann*, GesR 2018, 69; ähnlich in Österreich die Tötung einer großen Anzahl von Menschen in der Gletscherseilbahn von Kaprun; allerdings hat dort nicht der Gesetzgeber reagiert, sondern das Höchstgericht hat sich zu einem Akt richterlicher Rechtsfortbildung durchgerungen; dazu *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 179 mit dem Hinweis, dass durch das spektakuläre Seilbahnunglück von Kaprun die Diskussion über die Sinnhaftigkeit eines Schmerzensgeldes für Hinterbliebene „wieder in Gang gesetzt“ worden sei; ebenso *ders.*, ZVR 2000, 398.

37 Dazu *Ch. Huber*, FS-Jaeger (2014) 309 ff.

38 *Neuner*, JuS 2013, 577, 583.

39 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 873; *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 552, 564; *Ch. Huber*, NZV 2012, 5, 10; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471.

40 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 871.

41 So aber *Müller*, VersR 2017, 321, 322.

42 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2642. Zurückhaltend *Schiemann*, GesR 2018, 69, 70: Wenigstens vordergründig durchaus ein konsequentes „Weiterdenken“ und eine sachgerechte Aktualisierung durch den Gesetzgeber.

43 In diesem Sinn wohl *Müller*, VersR 2017, 321, 325: „In dieser Form könnte er (der Entwurf) brauchbar sein, um den eingangs erwähnten Forderungen nachzukommen, wenn man sie denn für unabweisbar hält.“ Ähnlich *Diehl*, zfs 2017, 681, 684: Bedenken, dass damit ein weiterer Schritt zur Kommerzialisierung persönlicher Schicksalsschläge erfolgt, sind unberücksichtigt geblieben.

44 § 845 BGB hat in der Praxis heute praktisch keine Bedeutung mehr.

45 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 870 unter Hinweis auf die Befürchtung des historischen Gesetzgebers gegenüber einem zu weitgehendem Bewertungsmessen des Richters in Motive Band II 22; zudem wurde es ohnehin als anstößig angesehen, sich einen immateriellen Schaden überhaupt in Geld aufwiegen zu lassen unter Bezugnahme auf Protokolle I 623.

- 24 Um wieviel größer müssen dann aber die Bedenken sein, wenn nicht einmal eine greifbare Beeinträchtigung der körperlichen Integrität vorliegt, sondern bloße Trauer? Ins Treffen geführt wird, dass sich Schmerzen schon schwer bemessen lassen, was mithilfe medizinischer Sachverständiger schlussendlich aber doch einigermaßen gelinge; bei reiner Trauer sei das freilich überhaupt nicht möglich, weshalb das Hinterbliebenengeld mit dem Schmerzensgeld nicht vergleichbar sei,⁴⁶ wofür auch die systematische Platzierung im Kontext des § 844 BGB spreche.⁴⁷
- 25 „Konzession an den Zeitgeist“ klingt resignierend, „Wahrnehmung des Menschen in seiner Gesamtheit unter Einschluss seiner Seele“ ist hingegen eine vorwärtsgewandte Deutung und Ausdruck besserer Erkenntnis.⁴⁸ Für die Einführung eines Ersatzes bei Trauer der Angehörigen spricht der Umstand, dass zwar formal eine saubere Abgrenzung zwischen psychischer Erkrankung und schlichter Trauer möglich ist. In der Praxis sind indes die Übergänge fließend und von Unwägbarkeiten abhängig, die nicht immer überzeugend sind.⁴⁹
- 26 Die Angehörigen müssen nunmehr jedenfalls für den Zuspruch eines Mindestbetrags ihr Engagement nicht mehr in den Nachweis einer seelischen Krankheit investieren, was volkswirtschaftlich wertvoll und zudem der Regulierungsatmosphäre förderlich ist.⁵⁰ Ersatz erhält nicht nur der wohl situierte Bürger, der sich auf die Couch des Psychiaters legt, durch seelische Wellnesseinrichtungen tingelt und Psychopharmaka schluckt,⁵¹ sondern auch der weniger gut Situierte, der ebenso trauert, der solche Therapien aber nicht in Anspruch nimmt, weil er alle Hände voll zu tun hat, dass das Leben weitergeht.⁵²
- 27 Da der Gesetzgeber sich für eine „schlanke“ Norm entschieden hat, zudem im Gesetzgebungsverfahren manche Probleme nicht erkannt bzw. falsch eingeschätzt wurden oder schlicht kein Konsens zu erzielen war, ist der Freiraum der Gerichte bei der Konkretisierung beträchtlich. Zu beobachten ist, nachdem das Hinterbliebenengeld zu einer zusätzlichen Belastung für die Ersatzpflichtigen, zumeist die Haftpflichtversicherer, führt, dass deren Interessenvertreter, in erster Linie die Anwälte der Defensivkanzleien,⁵³ bemüht sind, alle Register zu ziehen und sämtliche Kategorien auszuloten, um den Anspruch möglichst im Keim zu ersticken oder die Anspruchshöhe je-

46 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 410.

47 *Quaisser*, DAR 2017, 688, 689, 691.

48 Für letztere Deutung auch *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 870 f.

49 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 926 f.

50 *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 553.

51 Prototypisch OLG Köln 18.12.2006 – 16 U 40/06, OLGR 2007, 363: Inanspruchnahme sämtlicher seelischer Wellnesseinrichtungen durch eine Witwe, deren Ehemann in betrunkenem Zustand – in der Türkei – über ein nach deutschen Verhältnissen unterdimensioniertes Balkongerüst gestürzt ist und das nicht überlebt hat. Zugute kam ihr die eloquente Ausdrucksweise des medizinischen Sachverständigen: „Dekompensation und Depression mit psychotischen Symptomen“.

52 Ebenso prototypisch OLG Naumburg 7.3.2005 – 12 W 118/04, NJW-RR 2005, 900 = VRR 2005, 268 (*Jaeger*): Von Rechtsradikalen zusammengeschlagener Sohn, der sich im Park noch blutverströmt zur Mutter schleppt und vor ihren Augen „verendet“; Ablehnung sogar des Antrags auf Prozesskostenhilfe, weil die Mutter nur den Hausarzt aufgesucht hatte und „daher“ keine greifbaren Anhaltspunkte für eine „psychische Erkrankung“ vorlagen.

53 Prototypisch *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401; *Quaisser*, DAR 2017, 688 ff.; etwas differenzierter *Nugel*, zfs 2018, 72 ff.

denfalls möglichst gering zu halten. Solche Lobbypolitik ist nicht unzulässig; freilich sollte sie als solche gekennzeichnet und wahrgenommen werden.

II. Qualifikation des Anspruchs

Vom Schockschaden bzw. Fernwirkungsschaden unterscheidet sich das Hinterbliebenengeld dadurch, dass Voraussetzung für einen Ersatzanspruch eine Beeinträchtigung des Rechtsguts Gesundheit ist, während beim Hinterbliebenengeld Trauer und Betroffenheit ausreichend sind. Die Beeinträchtigung des Rechtsguts Gesundheit bzw. die dabei auftretenden – psychischen – Schmerzen lassen sich – wenn auch mit gewissen Unwägbarkeiten – mithilfe eines medizinischen Sachverständigengutachtens ermitteln, während Trauer und Betroffenheit kaum messbar erscheinen,⁵⁴ so dass lediglich eine Anknüpfung an Hilfstatsachen in Betracht kommt.

Mag das auch eine neue Kategorie im Gefüge des deutschen Deliktsrechts sein, ist eine systematische Einordnung geboten, weil der Gesetzgeber nicht jede Rechtsfolge im Detail regeln konnte, so dass eine Verweisung auf die nächstverwandte Kategorie geboten erscheint. Mit der Bezeichnung Anspruch eigener Art⁵⁵ ist insoweit wenig gewonnen, weil man dadurch nicht weiß, auf die Regelungen welchen Anspruchstyps man zurückgreifen kann. ME bestehen ungeachtet des fehlenden Eingriffs in das Rechtsgut Gesundheit die meisten Parallelen zum Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB,⁵⁶ jedenfalls engere als zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.⁵⁷

III. Zielsetzung: Nicht Ersatz des Lebens, was aber dann

Einigkeit besteht darüber, dass das Hinterbliebenengeld nicht das Ziel verfolgt, den Wert des zerstörten Lebens zu ersetzen;⁵⁸ damit wäre die Rechtsordnung in der Tat überfordert.⁵⁹ Abzugelten ist vielmehr die Betroffenheit, die Trauer und das Leid der Angehörigen. Wenn darauf hingewiesen wird, dass es nur um ein symbolisches Zeichen der Anerkennung des Leids geht,⁶⁰ dann ist daraus kein wie immer gearteter Bemessungsansatz zu gewinnen; einzuräumen ist, dass selbst die – häufig strafrechtliche – Verurteilung des Täters den Hinterbliebenen ein Gefühl der Genugtuung beschert.⁶¹ Das Hinterbliebenengeld soll aber dem jeweils Betroffenen einen Geldbetrag verschaffen, den er zur Linderung seines Leids im Rahmen der Trauerarbeit – frei – verwenden kann.

Es geht somit um Ausgleich, mag Trauer auch nicht präzise messbar sein. Ein Quantifizierungsproblem stellt sich bei immateriellen Nachteilen generell, wobei einzuräumen ist, dass es bei Körperverletzungen am geringsten sein mag, bei rein seelischen

54 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 875; Müller, VersR 2017, 321, 325.

55 Walter, MedR 2018, 213.

56 In diesem Sinn auch Nugel, zfs 2018, 72; Wie ein immaterieller Schadenersatz für einen mittelbar Geschädigten. Ähnlich Schiemann, GesR 2018, 69; Schmerzensgeld für die nächsten Angehörigen bei Todesfällen.

57 Schiemann, GesR 2018, 69, 70 f.

58 Müller, VersR 2017, 321, 323; Fechner, DRiZ 2017, 84; Krämer, zfs 2016, 421; Wagner, NJW 2017, 2641, 2645.

59 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 945.

60 So Müller, VersR 2017, 321, 322.

61 Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller 2013, 323.

Schmerzen schon etwas größer und bei reiner Trauer am größten. Die Unterschiede sind aber nicht substantieller, sondern durchaus **gradueller Natur**; insoweit besteht durchaus eine Parallele zum Schmerzensgeld.⁶²

- 32 Die Bejahung bzw. Verneinung der **Ausgleichs-**⁶³ bzw. **Genugtuungskomponente**⁶⁴ des Anspruchs ist mehr als ein akademisches Glasperlenspiel. Es hat Auswirkungen auf die Rechtsfolgen: Sieht man in der **grundsätzlichen Messbarkeit** Parallelen zu den seelischen Krankheiten, kann man mit größerer Überzeugungskraft eine stärkere Differenzierung des Ersatzumfangs begründen.⁶⁵ Beim Schmerzensgeld ist das Ausmaß des Ersatzes in Abhängigkeit davon, ob Verschulden gegeben ist oder bloß ein Gefährdungshaftungstatbestand verwirklicht ist, davon abhängig, welche Rolle man der **Genugtuung** beimisst. Das Verschulden spielt jedenfalls bei **leichter Fahrlässigkeit keine Rolle**; nur bei grober bzw. gröbster Fahrlässigkeit oder Vorsatz wird das befürwortet.⁶⁶ Es gibt mE keine Argumente, dass beim Hinterbliebenengeld, das ebenfalls eine ideelle Beeinträchtigung abgelten soll, anders verfahren werden sollte.
- 33 Manche knüpfen daran auch die Rechtsfolge der **Vererblichkeit** unter Hinweis darauf, dass der BGH⁶⁷ eine solche bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts versagt hat. Für diese Rechtsfolge wird von *Quaisser*⁶⁸ die **Platzierung** im Rahmen des § 844 BGB und nicht des § 253 BGB angeführt. Damit war indes lediglich eine Beschränkung auf **deliktsrechtliche Anspruchsgrundlagen** intendiert, nicht jedoch ein Ausschluss der für das Schmerzensgeld sonst geltenden Rechtsfolgen.

IV. Bezeichnung Hinterbliebenengeld

- 34 Der **Streit um Worte** und Termini mag müßig sein; im Vordergrund stehen gewiss die **Inhalte**. Der Gesetzgeber sollte aber bemüht sein, die passenden Begriffe zu wählen. Und mit einer bestimmten Bezeichnung ist mitunter auch eine **inhaltliche Festlegung** verbunden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 844 Abs. 3 BGB für den Begriff „**Hinterbliebenengeld**“ entschieden. Daran ist in mehrfacher Hinsicht Kritik zu üben. In Österreich und der Schweiz sind die Begriffe **Angehörigenschmerzensgeld** oder **Hinterbliebenen- bzw. Angehörigengenugtung** gebräuchlich. Der rechtsvergleichenden Diskussion bzw. der Wegbereitung eines einheitlichen europäischen Schadenersatzrechts ist es wenig förderlich, wenn die deutschsprachigen Rechtsordnungen für das identische Phänomen unterschiedliche Bezeichnungen wählen.⁶⁹

62 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451; gegenteilig *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 410, die den – fundamentalen – Unterschied zum Schmerzensgeld betonen.

63 Eine solche verneinend *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692: Keine Ausgleichsfunktion, allein Genugtuungs- und Anerkennungsfunktion; freilich mit der wenig logischen Folge, dass bei der Bemessung nicht zwischen Verschuldens- und Gefährdungshaftung zu unterscheiden sei. Genau darauf kommt es beim Schmerzensgeld nach Maßgabe des Grads des – schweren – Verschuldens aber an!

64 Dafür *Müller*, VersR 2017, 321, 325; *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 410; *Schiemann*, GesR 2018, 69, 71; diese verneinend *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451.

65 Gegenteilig *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 410: Das Hinterbliebenengeld orientiert sich nicht am konkreten Leid der Hinterbliebenen, sondern am abstrakten Umstand der Hinterbliebeneneigenschaft.

66 Nachweise bei NK-BGB/Cb. *Huber* § 253 Rn. 29.

67 BGH 23.5.2017 – VI ZR 261/16, NJW 2017, 3004.

68 DAR 2017, 688, 689.

69 *Frank*, FamRZ 2017, 1640; dazu auch *Landolt*, FS-Jaeger (2014) 355, 356 unter Hinweis auf die „*unité de doctrine*“.

Müller⁷⁰ meint, dass der Kreis der **Hinterbliebenen** weiter reiche als der der **Angehörigen**. Die nachfolgende Analyse wird unter Bezugnahme auf das schweizerische und österreichische Recht erweisen, dass dem nicht so ist; allenfalls der archimedische Punkt mag ein unterschiedlicher sein, je nachdem, ob das primäre Anknüpfungsmerkmal die **Haushaltsgemeinschaft** oder der **familiäre Status** zwischen Ehegatten, Lebenspartnern oder engsten Verwandten ist.⁷¹

Dazu kommt, dass der Ausdruck Hinterbliebenengeld ähnlich klingt wie Wohngeld, Arbeitslosengeld, Kindergeld und dergleichen. Man denkt an **typisierte, wiederkehrende Sozialleistungen**. Gerade darum geht es aber nicht.⁷² Vorzugswürdig wäre in der Tat der von Müller⁷³ vorgeschlagene Begriff „**Hinterbliebenenentschädigung**“ (gewesen).

Schlussendlich wollte der Gesetzgeber mit dieser Ausdrucksweise deutlich machen, dass er lediglich Ersatz für den Todesfall gewähren möchte,⁷⁴ eine durchaus **fragwürdige Wertentscheidung**.⁷⁵ Sollte das bei einer vorgesehenen Evaluierung nach fünf Jahren⁷⁶ abgeändert werden, kommt man in die Verlegenheit, auch die **Begrifflichkeit** anpassen zu müssen. Der jetzt gewählte Terminus kann bei besserem Wissensstand dann jedenfalls kein Hindernis sein, eine Entschädigung an Angehörige von Schwer(st)verletzten unter Hinweis auf die Begrifflichkeit abzulehnen.

V. Systematische Stellung: Deliktsrecht und Gefährdungshaftung, aber Ausschluss vertraglicher Schadenersatzansprüche

Der Gesetzgeber hat sich für eine Platzierung im Rahmen des § 844 BGB und gegen § 253 BGB entschieden.⁷⁷ Auch das erfolgte durchaus mit Bedacht. Es sollte ein **Ausschluss vertraglicher Ansprüche** und eine **Beschränkung auf deliktische Ansprüche** erfolgen, wobei in den jeweiligen **Gefährdungshaftungsgesetzen** eine dem § 844 Abs. 3 BGB entsprechende Regelung aufgenommen wurde.⁷⁸ Der Gesetzgeber hat angenommen, dass dadurch **keine Schutzlücken** entstehen würden, weil bei Tötung einer Person jeweils ein **deliktischer Schadenersatzanspruch** gegeben sei.⁷⁹ Diese Einschätzung ist **unzutreffend**.⁸⁰ Es gibt eine Fülle von Konstellationen, in denen ein Anspruchsteller einen weiterreichenden vertraglichen Anspruch hat, ihm dann aber kein Hinterbliebenengeld zusteht.⁸¹

70 VersR 2017, 321, 323.

71 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 933 ff.

72 So auch Frank, FamRZ 2017, 1640.

73 VersR 2017, 321, 323.

74 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 870.

75 Dazu → Rn. 164 ff.

76 So der Hinweis in BT-Drs. 18/11397, 10.

77 Dazu Müller, VersR 2017, 321, 322: Anspruch passt weder da noch dort, was den Gesetzgeber aber nicht hindern kann, eine solche Regelung einzuführen.

78 Nachweise bei Steenbuck, r+s 2017, 449, 450.

79 BT-Drs. 18/11397, 8; ähnlich der Befund von Wagner, NJW 2017, 2641, 2643: „Eine praktisch nennenswerte Haftungslücke besteht bei sachgerechter anwaltlicher Beratung der Hinterbliebenen nicht.“

80 Kritisch auch Schubert, Karlsruher Forum 2017, 32: Einräumung eines Anspruchs nur bei Delikt und Gefährdungshaftung „sachlich nicht gerechtfertigter Bruch in der Rechtsordnung“; Walter, MedR 2018, 213, 215: Erwägungen des Gesetzgebers unvollkommen und im Ergebnis auch nicht überzeugend.

81 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 874.

- 39 Der **Sorgfaltsmaßstab** ist im Vertragsrecht mitunter strenger als im Deliktsrecht. Die **Beweislastumkehr** ist nur bei einer Sonderverbindung nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB gegeben. Mitunter gibt es Beweiserleichterungen, etwa beim ärztlichen Behandlungsvertrag, namentlich § 630h BGB.⁸² Obwohl diese Norm ursprünglich von der Rechtsprechung für das Deliktsrecht entwickelt wurde, weil es nur bei einer solchen Anspruchsgrundlage einen Anspruch auf Schmerzensgeld gab (§ 847 BGB aF), hat der Gesetzgeber die nunmehrige Regelung als vertraglichen Anspruch ausgestaltet, so dass ein Hinterbliebenengeld darauf nicht gestützt werden kann.⁸³
- 40 Die **Zurechnung des Fehlverhaltens von Gehilfen** nach § 278 BGB ist deutlich strenger als der Anspruch nach § 831 BGB wegen schuldhafter Auswahl oder nicht ausreichender Beaufsichtigung von Gehilfen,⁸⁴ ganz abgesehen davon, dass bei (selbstständigen) Unternehmern ein Ersatzanspruch nach § 831 BGB keinesfalls in Betracht kommt.⁸⁵ Der Verweis von § 618 Abs. 3 BGB und § 62 Abs. 3 HGB auf § 844 BGB, mit dem sich *Wagner*⁸⁶ beruhigt, erfasst lediglich ein Verschulden des Dienstherrn; häufig geht es aber um ein Fehlverhalten des Dienstleistenden, so etwa des Arztes beim Arztvertrag oder des Reiseveranstalters beim Reisevertrag.
- 41 Bei **Schädigung eines externen Dritten** durch einen Arbeitnehmer verweist *Wagner*⁸⁷ auf den Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber im Rahmen des **innerbetrieblichen Schadensausgleichs**; ein solcher ist allerdings jedenfalls bei **grober Fahrlässigkeit** typischerweise nicht gegeben.⁸⁸ Beim Mietvertrag besteht für anfängliche Mängel nach § 536 a Abs. 1 BGB eine verschuldensunabhängige vertragliche Haftung des Vermieters.
- 42 Es wäre sachgerecht gewesen, in all diesen Fällen dem anspruchsberechtigten Hinterbliebenen einen Anspruch einzuräumen, wobei klargestellt hätte werden sollen, dass der Hinterbliebene **stets potenziell dann anspruchsberechtigt sein soll**, wenn der Getötete selbst im Fall seiner Verletzung einen Anspruch wegen Beeinträchtigung seiner körperlichen Integrität hätte erheben können. Die Frage, **welche Angehörigen** in den Schutzbereich des Vertrags einzubeziehen sind, würde sich dann freilich noch immer stellen.⁸⁹
- 43 Die **Einbeziehung der Gefährdungshaftung**⁹⁰ ist schon aus pragmatischen Gründen sachgerecht, sonst müsste nämlich wie beim Schmerzensgeld „nur“ wegen des Hin-

82 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 453.

83 Ausführlich dazu *Schiemann*, GesR 2018, 69, 73 ff.

84 Kritisch auch *Frank*, FamRZ 2017, 1640 f. unter Hinweis auf Fälle von Verrichtungsgehilfen in Altenheim, Kita und Krankenhaus, wo kein Anspruch gegen den Träger der Einrichtung gegeben ist, wenn es an einem Auswahl- oder Überwachungsverschulden fehlt.

85 MüKoBGB/*Wagner*, § 831 Rn. 14, 16.

86 NJW 2017, 2641, 2643.

87 Ebenda.

88 MüKoBGB/*Wagner*, § 823 Rn. 128.

89 Dazu illustrativ OGH 30.6.2010, 9 Ob 83/09k, SZ 2010/79 = ZVR 2011/45 = Zak 2010/613 (*Schmaranzer*): Bei einem Schockschaden bei einem ärztlichen Behandlungsvertrag in Bezug auf die Lebensgefährtin bejaht, jüngst in OGH 29.11.2017, 7 Ob 105/17t in Bezug auf einen Bruder, zu dem eine besondere persönliche Nahebeziehung bestand, verneint.

90 Zustimmend *Frank*, FamRZ 2017, 1640: Sachgerecht; so auch im schweizerischen Recht; dazu *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 546 unter Hinweis auf Art. 58 SVG; *ders.*, HAVE 2009, 125, 133; BGE 138 III 276.

terbliebenengeldes um das Verschulden gestritten werden.⁹¹ Die **Regelungstechnik** der in Einzelgesetzen erfolgten „Wiederholung“ des § 844 Abs. 3 BGB⁹² birgt indes Gefahren: Leicht kann der Gesetzgeber – trotz aller Sorgfalt – eine Gefährdungshaftung übersehen bzw. bei Einführung einer neuen nicht an den zu implementierenden Inhalt des § 844 Abs. 3 BGB denken. Soweit internationale Übereinkommen konkurrierende deliktische Ansprüche ausschließen, wie im Warschauer Abkommen und Montrealer Abkommen und den jeweiligen Durchführungsgesetzen, musste der Gesetzgeber zur Vermeidung von Schutzlücken – ausnahmsweise – einen vertraglichen Anspruch begründen.⁹³ Das ist **unnötig kompliziert**; jedenfalls muss der Gesetzgeber auch solche internationale Regelungswerke jeweils im Blick haben.

Dazu kommt, dass sich die Frage stellt, ob ein Hinterbliebenengeld nicht allein in den Fällen der **Gefährdungshaftung** gelten soll, sondern auch in denen der **Eingriffshaftung**. Eine Platzierung im Kontext des § 253 BGB wäre insoweit weniger „fehleranfällig“ gewesen. Immerhin wird man aus der umfassenden Verankerung bei Einführung des Hinterbliebenengeldes den Schluss ziehen dürfen, dass vom Gesetzgeber gewollt ist, in sämtlichen Fällen der deliktischen und sonstigen **außervertraglichen Haftung** wie etwa einer Geschäftsführung ohne Auftrag einen derartigen Anspruch auf Hinterbliebenengeld einzuführen,⁹⁴ was auch bei Bejahung eines Anspruchs aus einer Einzel- oder Gesamtanalogie im Rahmen der Gefährdungshaftung bedeutsam sein könnte.

So sehr die inhaltliche Analyse der Rechtslage für eine Regelung im Kontext des § 253 BGB gesprochen hätte, weil alle Argumente, die für den **Wechsel des Anspruchs auf Schmerzensgeld von § 847 BGB aF nach § 253 BGB** ins Treffen geführt wurden, auch für das Hinterbliebenengeld gelten,⁹⁵ bleibt allein ein **beachtliches Gegenargument**. Es wäre kaum sachlich zu begründen (gewesen), dass der – doch eher periphere – Anspruch auf **Hinterbliebenengeld** bei jeder, somit auch vertraglichen Anspruchsgrundlage zustehen würde, der wirtschaftlich viel bedeutsamere auf **Unterhaltersatz** nach § 844 Abs. 2 BGB aber nur bei Vorliegen eines Deliktstatbestands.⁹⁶ Zudem signalisiert die Platzierung im Rahmen des § 844 BGB, dass auch **andere dort geltende Prinzipien auf das Hinterbliebenengeld zu übertragen sind**⁹⁷ wie etwa die Maßgeb-

91 Katzenmeier, JZ 2017, 869, 874; Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 929 f.

92 Nachweise bei Katzenmeier, JZ 2017, 869 Fn. 3.

93 BT-Drs. 18/11397, 9; Steenbuck, r+s 2017, 449, 450; Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 403 unter Hinweis auf die Sonderregelungen im Luftverkehr für die Passagierschadenshaftung; ein Regelungsbedarf für den Eisenbahn- und Seeverkehr bestand nicht.

94 Steenbuck, r+s 2017, 449, 450; Nugel, zfs 2018, 72.

95 Karner, FS-Danzl (2017) 87 ff.: „Diese Entscheidung ist überraschend, hat sich doch der deutsche Gesetzgeber erst im Jahr 2002 für die lange und mit Nachdruck geforderte Erweiterung des Schmerzensgelds auch auf Vertragsverhältnisse entschieden. ... Im Fall des Hinterbliebenengelds geht man nun aber davon aus, dass Hinterbliebene häufig ohnehin nicht in den Schutzbereich eines zwischen dem Getöteten und dem für die Tötung Verantwortlichen abgeschlossenen Vertragsverhältnisses einbezogen wären und daher aus diesem auch keine eigenen Ansprüche ableiten könnten. In Österreich ist genau dies freilich anerkannt, wie die Rechtsprechung im Bereich der Arzthaftung zeigt. Die in § 844 Abs. 3 BGB nF verankerte Beschränkung auf die deliktische Verschuldenshaftung ist deshalb nicht nur systematisch bedenklich, sondern vor allem für die Betroffenen mehr als ein bloßer Schönheitsfehler, der – mit einer Implementierung des Hinterbliebenengelds in § 253 BGB, also im allgemeinen Teil des Schuldrechts – leicht vermeidbar gewesen wäre.“

96 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 928 f.; Wagner, NJW 2017, 2641, 2643.

97 Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 404.

lichkeit des Verletzungszeitpunkts,⁹⁸ Grenzen der Zurechnung,⁹⁹ die Anspruchsberechtigung des Nasciturus¹⁰⁰ oder die Anrechnung des Mitverschuldens oder der mitwirkenden Betriebsgefahr beim Getöteten.¹⁰¹

- 46 Die Platzierung des Hinterbliebenengeldes in § 844 Abs. 3 BGB ist freilich nur eine **halb richtige Lösung**. Folgerichtig wäre es vielmehr, den **Inhalt der §§ 842 bis 844 BGB** wie das Schmerzensgeld im Schuldrecht Allgemeiner Teil zu regeln, geht es bei diesen Normen doch – bei richtiger Betrachtung – um **keine Spezifika des Deliktsrechts**, sondern um Präzisierungen des Umfangs des Ersatzes.¹⁰² Im Fall einer **Verletzung** hat das keine Auswirkungen, weil man die Rechtsfolgen der §§ 842 f. BGB auch aus den §§ 249 ff. BGB ableiten kann, zu denen die §§ 842 f. BGB lediglich eine Konkretisierung darstellen. Im Fall der **Tötung** könnte man aber durch eine Verschiebung des Inhalts des § 844 BGB die oben beschriebenen Schutzlücken der Ausklammerung einer vertraglichen Haftung, die für den Unterhaltersatzanspruch in gleicher Weise bestehen, schließen.¹⁰³ Womöglich hat dem Gesetzgeber dieses Mal für einen so „radikalen“ Schritt der Mut gefehlt; bei einer **Evaluierung in fünf Jahren** könnte dann freilich eine „ganz richtige“ Lösung getroffen werden.

VI. Hauptanwendungsgebiete

- 47 Ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld kann entstehen bei jeder **deliktischen Schädigung**, die zum Tod einer Person führt, bzw. bei Verwirklichung eines **Gefährdungshaftungstatbestands**. Am häufigsten sind indes **Verkehrsunfälle**, sei es im Straßenverkehr, mit der Eisenbahn, einem Flugzeug oder einem Schiff. In Bezug auf die Häufigkeit zunehmend sind Ansprüche aus **ärztlichen Kunstfehlern** sowie die Einstandspflicht von **Reiseveranstaltern**. Schließlich kommt eine Haftung bei Verwirklichung eines **Straftatbestands** in Betracht, wobei im Fall vorsätzlicher Begehung gemäß § 103 VVG typischerweise keine Haftpflichtdeckung des Schädigers gegeben ist, so dass die Durchsetzung nicht immer gelingen wird.

VII. Kreis der Anspruchsberechtigten

1. Gleichklang zum Anspruch auf (potenziellen) Unterhaltersatz

- 48 In allen drei deutschsprachigen Rechtsordnungen ist man sich – inhaltlich – einig, wer anspruchsberechtigt sein soll, nämlich Personen, die zum Getöteten in einer **besonderen emotionalen Nahebeziehung** gestanden sind.¹⁰⁴ Dieser Umstand könnte ganz genau – wenn überhaupt – nur mit beträchtlichem Ermittlungsaufwand geklärt werden. Deshalb ist es sachgerecht, an **Hilfstatsachen** anzuknüpfen.¹⁰⁵ Es besteht da-

98 → Rn. 52 ff.

99 BGH 6.6.1989 – VI ZR 241/88, BGHZ 107, 359 = NJW 1989, 2616: Kein Ersatz, wenn sich Unfallgegner an Unfallort derart erregt, dass er an einem Schlaganfall verstirbt.

100 → Rn. 70 ff.

101 → Rn. 175 ff.

102 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 873; *MüKoBGB/Wagner*, §§ 842 f. Rn. 10.

103 So auch die Rechtslage in der Schweiz und Österreich; dazu *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 928 f. sowie *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I S. 12 f.; *ders.*, FS-Jaeger (2014) 355, 357, jeweils unter Bezugnahme auf BGE 116 II 519.

104 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 933 ff.

105 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2644.

bei ein Spannungsverhältnis zwischen dem größtmöglichen Grad an Rechtssicherheit in Verbindung mit der Minimierung des Regulierungsaufwands einerseits und der Einzelfallgerechtigkeit andererseits.¹⁰⁶ Das bedingt, dass nicht jede Person anspruchsberechtigt sein soll, die auf eine formale – familienrechtliche – Statusbeziehung verweisen kann,¹⁰⁷ eine solche aber wiederum auch nicht unabdingbare Voraussetzung für einen solchen Anspruch sein muss.¹⁰⁸

In der schweizerischen Rechtsordnung spielen Familienstatus und Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft eine zentrale Rolle, in der österreichischen Rechtsprechung ist das Abstellen auf das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft das primäre Anknüpfungsmerkmal; der deutsche Gesetzgeber hat sich – stimmig mit der Platzierung in § 844 BGB – dafür entschieden, dass eine persönliche Nahebeziehung vermutet wird zwischen Personen, zwischen denen – potenziell – Unterhaltsansprüche bestehen, mag zwischen diesen eine Haushaltsgemeinschaft bestehen oder auch nicht.¹⁰⁹ 49

Welchen archimedischen Punkt man als Ausgangspunkt wählt, das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft oder eine familienrechtliche Statusbeziehung, ist eher eine Zweckmäßigsfrage. Das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft hat den Vorzug, dass sie wohl am häufigsten mit einer emotionalen Nahebeziehung korreliert; für die indizielle Maßgeblichkeit des Familienstatus spricht, dass dieser Umstand sich ganz eindeutig feststellen lässt. 50

Bei der Vorgabe, dass es nicht um Verhaltenssteuerung und grobschlächlige Pauschalierung geht, ist das Wechselspiel von Vermutungsregel und weitergehendem Beweis bzw. Gegenbeweis eine durchaus sachgerechte Lösung;¹¹⁰ meist sind es die Gegner eines solchen Anspruchs, die unüberwindbare Hürden für die Regulierung bzw. Rechtsprechung sehen.¹¹¹ Die Regulierungspraxis und höchstrichterliche Judikatur in der Schweiz und Österreich haben diese Schwierigkeiten jedenfalls gemeistert. Für Deutschland müssen auch in diesem Zusammenhang die Worte von *Angela Merkel* gelten: „Wir schaffen das.“ 51

a) Maßgeblicher Zeitpunkt: Verletzung und Tötung

Wie beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 BGB muss der Familienstatus, der die Indizwirkung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB auslöst, im Zeitpunkt der Verletzung bestanden haben und im Zeitpunkt des Todes noch bestehen.¹¹² Sie gilt in § 844 Abs. 3 BGB für sämtliche Anspruchsberechtigten. Diese Regelung begünstigt einseitig den Schädiger: Bestand im Zeitpunkt der Verletzung eine Ehe, ist diese dann aber – wemöglich auch infolge der Unfallverletzung – gescheitert und wurde sie in der Folge 52

106 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2643.

107 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 875.

108 *Schiemann*, GesR 2018, 69, 70: Eine besondere persönliche Verbundenheit ist nicht mit einer Unterhaltsbeziehung identisch.

109 *Frank*, FamRZ 2017, 1640, 1642: Regelung vernünftig und auch praktikabel.

110 *Cb. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 936.

111 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 404: Regulierungspraxis wird das vor schwer lösbare Schwierigkeiten stellen; 405: Beweis eines persönlichen Naheverhältnisses wird nur sehr schwer zu führen sein: *Diehl*, zfs 2017, 681, 683: Die Technik des Einsatzes von Vermutungen für den Eintritt von Leid durch Anknüpfen an das Bestehen einer persönlichen Nahebeziehung kann sich als „überflüssige Arbeitsbeschaffungsmaßnahme für Instanzgerichte“ erweisen.

112 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

geschieden, hat der überlebende Ehepartner keinen Anspruch auf Hinterbliebenengeld.¹¹³ Hat umgekehrt der später Verstorbene nach der Verletzung – etwa während der auf die Verletzung anschließenden Heilungsphase im Krankenhaus – eine Krankenschwester kennen und lieben gelernt, die er dann auch heiratet, ist diese im Fall des Todes nicht anspruchsberechtigt.¹¹⁴

- 53 Besteht im Zeitpunkt der Verletzung zwischen zwei Personen bereits eine **außereheliche Lebensgemeinschaft**, die nach der Verletzung in eine Ehe mündet, kommt dem überlebenden Partner bei Tod des verletzten Partners nicht die Indizwirkung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB zugute; vielmehr muss er eine enge emotionale Nahebeziehung bereits im Verletzungszeitpunkt nachweisen, wofür die **nachfolgende Ehe** freilich ein **starkes Indiz** ist.¹¹⁵ Ein **nach der Verletzung gezeugtes Kind** ist nicht anspruchsberechtigt.¹¹⁶ War ein Kind im Verletzungszeitpunkt schon in die Familie aufgenommen, wurde es aber erst **später adoptiert**, kommt diesem zwar nicht die Indizwirkung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB zugute; es gilt aber Entsprechendes wie bei der nachfolgenden Eheschließung von Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

b) Der privilegierte Personenkreis nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB: Eltern, Ehegatten, Lebenspartner

aa) Nachweis im Regelfall

- 54 Leitbild der gesetzlichen Regelung ist die **persönliche Nahebeziehung in einer intakten Familie**, was insbesondere bei Bestehen einer **Haushaltsgemeinschaft** gegeben ist. Bei solchen Personen wird nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB eine besondere persönliche Nahebeziehung vermutet. Für das **Bestehen eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld** genügt die Bezugnahme auf die im Gesetz umschriebene familiäre Statusbeziehung. Für den **Umfang des Hinterbliebenengeldes** mag es allerdings hilfreich sein, eine **besonders intensive Verbundenheit** durch weitere **Indizien** zu belegen. Ohne **substanziellen Einwand des Ersatzpflichtigen** wird vom Anspruchsteller aber keine weitere Darlegung verlangt werden können.¹¹⁷ Dass eine solche für die **Höhe seines Anspruchs** hilfreich und nützlich sein mag, steht auf einem anderen Blatt.

bb) Ausnahmsweise Versagung: Abgrenzung zwischen gestörter familienrechtlicher Beziehung und Entfremdung

- 55 Nicht in jeder Familie herrscht **permanent Liebe und Verständnis für die Belange des anderen**; es kommen auch Phasen von **Konflikten und Auseinandersetzungen** vor. Es stellt sich die Frage, welches **Ausmaß die Belastung des familiären Verhältnisses** erreicht haben muss, um einen Anspruch auf Hinterbliebenengeld dem Grunde nach zu versagen. Belastungen der familiären Harmonie kommen namentlich in zwei Konstellationen vor:
- 56 Wenn **Kinder das Alter der Pubertät erreichen**, kommt es mitunter zu **Auffassungsunterschieden** zwischen ihnen und den Eltern; Ähnliches wiederholt sich gegebenenfalls,

113 *Burmanni/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692.

114 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451; *Walter*, MedR 2018, 213, 216.

115 *Burmanni/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

116 Zum Nasciturus → Rn. 70 ff.

117 *Walter*, MedR 2018, 213, 216.

wenn der **Abnabelungsprozess der Kinder** weiter voranschreitet, sei es bei Beginn des Studiums oder Begründung eines eigenen Haushalts.

Zwischen Eheleuten wird die am Anfang bestehende Harmonie im Laufe der Jahre oft abgelöst durch ein Gefühl der Bitterkeit und des Haderns mit dem eigenen Schicksal; an die Stelle des Verständnisses für den anderen tritt zunehmender Egoismus. Das führt zunächst zu **getrennten Schlafzimmern**, dann zu **getrennten Wohnsitzen** und mitunter endet das in einer **Scheidung** oder in einem **permanenten Getrenntleben**, das der Scheidung vorgezogen wird, weil dadurch unliebsame Folgen des Versorgungsausgleichs und der Krankenversicherung sowie beim Splittingtarif vermieden werden können.¹¹⁸ Womöglich ist das eine Phase, in der die Eheleute um die **Harmonie ihrer Beziehung noch ringen**,¹¹⁹ oder aber es ist ein **endgültiger Bruch** eingetreten und auf den letzten Schritt der Scheidung wird lediglich aus **wirtschaftlichen Gründen** verzichtet.¹²⁰ 57

Zielsetzung des § 844 Abs. 3 BGB ist die Abgeltung von Trauer und Betroffenheit wegen des vom Schädiger zu verantwortenden Todes einer Person, zu der eine **enge emotionale Beziehung** bestand. Wenn das aber ungeachtet der familiären Statusbeziehung nicht mehr gegeben ist, soll der Tod des – nicht mehr geliebten und mit Wertschätzung versehenen – Familienangehörigen nicht auch noch zum **Geschäft für den überlebenden Familienangehörigen** werden.¹²¹ Bei Anlegung dieses Maßstabs und unter Bezugnahme auf die Judikatur in der Schweiz und Österreich lassen sich folgende Grenzlinien ziehen: 58

(1) Eltern-Kind-Verhältnis

Für das **Eltern-Kind-Verhältnis** ist charakteristisch, dass es abgesehen vom Ausnahmefall der Adoption – anders als das Verhältnis zwischen Ehegatten – **unauflösbar** ist. Gerade in den geschilderten Phasen der Pubertät sowie der Abnabelung im Zuge des Selbstständigwerdens eines Kindes als Jugendlicher oder junger Erwachsener ist es geradezu normal, dass die **Innigkeit des Verhältnisses zwischen Kindern und Eltern nachlässt**. In vielen Fällen wird eine solche „Delle“ überwunden: Kinder begreifen in der nachfolgenden Phase, was ihre Eltern für sie geleistet haben; Eltern anerkennen im Lauf der Zeit, dass ihre Kinder einen eigenen Weg gehen (mussten). 59

Wenn in der Phase der Belastung der familiären Beziehung ein Elternteil oder ein Kind getötet wird, führt das dazu, dass eine „**Versöhnung**“, woran dem überlebenden Familienmitglied gelegen war, **unwiederbringlich unmöglich** geworden ist, was zu besonderer Bitterkeit führen kann, so dass der Anspruch gerade in solchen Fällen nicht auszuschließen ist.¹²² Fällt das Schadensereignis in eine Phase der **weniger ausgepräg-** 60

118 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 405.

119 Dazu OLG Karlsruhe 18.10.2011 – 1 U 28/11, NZV 2012, 41: Zuspruch von Schmerzensgeld bei einem Schockschaden trotz Getrenntlebens seit mehreren Monaten, weil die Eheleute die Ehe nicht als gescheitert angesehen haben und der Anspruchsteller davon überzeugt war, dass sie wieder zusammenkommen.

120 *Cb. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 936.

121 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 875: Über das Hinterbliebenengeld soll nicht ein unerwarteter Vorteil zufließen.

122 OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*); OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86; zustimmend *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 180 f.; *Reischauer*, in: *Rummel*, ABGB § 1325 Rn. 5.

ten **Innigkeit** zwischen Eltern und Kindern, ist ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld daher nicht vorschnell zu versagen.

- 61 Auch der Umstand, dass sich ein **minderjähriges Kind** nicht im **Haushaltsverband der Eltern** aufhält, führt per se zu keinem Ausschluss;¹²³ womöglich wird das Kind zu dessen Wohle in einem **Internat** erzogen, weil es nur dort eine Spezialausbildung (etwa Musik, Sport) erfahren kann, oder hält sich zur Vertiefung von Sprachkenntnissen längere Zeit im **Ausland** auf. Mit erwachsenen Kindern wird ohnehin typischerweise keine Haushaltsgemeinschaft mehr bestehen, was bei der Bemessung berücksichtigt werden kann.

(2) Beziehung zwischen Ehegatten

- 62 Zwischen den Ehegatten ist ein **getrennter Wohnsitz** in der Tat ein Indiz dafür, dass eine für eine Ehe typische emotionale Nahebeziehung nicht mehr gegeben ist, sofern dafür nicht **plausible sachliche Gründe** gegeben sind, dass etwa ein Ehegatte einer **weit entfernten beruflichen Erwerbstätigkeit** nachgeht oder – **berechtigt oder unberechtigt** – eine **Freiheitsstrafe im Gefängnis** abbüßt oder ein Ehegatte aus **gesundheitlichen Gründen** einen längeren Aufenthalt an einem Ort mit bestimmtem Klima verbringen muss oder dem **eigenen Elternteil** in der **letzten Lebensphase** beisteht.
- 63 Aber selbst wenn es an solchen sachlichen Gründen fehlt, ist zu prüfen, ob die Eheleute noch um den **Bestand ihrer Zweisamkeit** ringen oder eine – **völlige** – **Entfremdung**¹²⁴ eingetreten ist mit der Folge, dass eine Partizipation am Leben und Schicksal des anderen unterbleibt.¹²⁵ Selbst das **Unternehmen ausgedehnter Reisen in der ganzen Welt** durch **nur einen Ehepartner**, während der andere seine beruflichen Pflichten erfüllen muss, ist kein verlässliches Indiz für eine Entfremdung.¹²⁶
- 64 Das **Fehlen des überlebenden Ehegatten auf der Traueranzeige** könnte in der Tat ein Indiz für eine fehlende emotionale Bindung sein,¹²⁷ aber auch nicht mehr. Denkbar ist etwa bei Tod eines Elternteils, dass der Ehegatte oder das Kind, das die Bestattung organisiert, das (Stief-)Kind bzw. seinen Bruder oder seine Schwester übergeht, weil dieses **Verhältnis belastet** ist; die Beziehung zum Verstorbenen kann dessen ungeachtet durchaus herzlich und intensiv gewesen sein.
- 65 Das **Ausschlusskriterium der Entfremdung** ist eine Spur strenger, als darauf abzustellen, dass nach § 1933 BGB bzw. § 10 Abs. 3 LPartG kein gesetzliches Erbrecht mehr besteht, weil die Voraussetzungen für die Scheidung bestehen und der Getötete bzw. der Anspruchsteller die **Scheidung beantragt** oder ihr **zugestimmt** hat,¹²⁸ aber weniger streng, einen Anspruch schon bei **jedem Getrenntleben** von Ehegatten und Lebenspartnern zu versagen.¹²⁹ Eine **non-liquet-Situation** geht dabei nach der gesetzlichen Vermutungsregel zu Lasten des Ersatzpflichtigen.

123 AA wohl *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2644, der nicht auf den Grund abstellt.

124 Darauf abstellend *Frank*, FamRZ 2017, 1640, 1642.

125 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451.

126 Kaiser *Franz Joseph* wäre gegenüber dem Mörder seiner Ehefrau *Kaiserin Elisabeth* wohl anspruchsberechtigt gewesen, wäre § 844 Abs. 3 BGB damals anwendbar gewesen. Dass der Kaiser auf eine solche „Zugabe“ nicht angewiesen war, steht auf einem anderen Blatt.

127 So *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 454.

128 *Müller*, VersR 2017, 321, 323; *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1052 f.; *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451.

129 Stellungnahme des DAV 7.

In der Schweiz musste sich das BG¹³⁰ mit der Frage beschäftigen, ob der Anspruch einer Ehefrau auch dann besteht, wenn der getötete Ehemann – während bestehender Ehe – bereits in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit einer Geliebten sich befunden hat. Es wird mE auf den konkreten Fall ankommen. Das Prinzip der Einehe und der *ordre public* könnten dagegen sprechen, wie in der Schweiz sowohl der Ehefrau als auch der Geliebten eine Entschädigung für ihre Trauer zuzubilligen. Zu beachten ist indes, dass nicht allein auf das Vorliegen einer Geschlechtsgemeinschaft abzustellen ist, sondern eine – darüber hinausgehende – emotionale Verbundenheit.¹³¹ 66

Es wird Fälle geben, in denen die Ehefrau nur noch oder doch vornehmlich eine „wirtschaftliche“ Nahebeziehung zu ihrem Ehemann hat; womöglich hing sie aber noch immer an ihm, namentlich dann, wenn sie von der Liaison keine Kenntnis hatte oder diese kannte und duldete, etwa weil sie selbst zu einer Geschlechtsgemeinschaft nicht mehr in der Lage war. Auch der Status als geschiedener Ehepartner ist nicht stets ein Ausschlusskriterium für jeglichen Anspruch;¹³² womöglich haben sich die Partner wieder auf einander zubewegt oder die Scheidung erfolgte aus wirtschaftlichen Gründen, etwa um Gläubigern den Zugriff auf Vermögenswerte zu vereiteln bzw. zu erschweren. Dem geschiedenen Ehepartner kommt jedenfalls nicht die Privilegierung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB zugute; vielmehr trifft den Anspruchsberechtigten die Beweislast für das Vorliegen einer besonderen emotionalen Nahebeziehung. 67

Die Ausleuchtung des familiären Intimlebens kann nicht Aufgabe des mit der Schadensregulierung typischerweise betrauten Haftpflichtversicherers sein. Bei greifbaren Anhaltspunkten für den Ersatzpflichtigen und einer entsprechenden Einwendung zum Vorliegen greifbarer Anhaltspunkte für ein fehlendes Naheverhältnis wird für den Anspruchsteller eine sekundäre Darlegungslast bestehen, dazu Stellung zu nehmen, ob eine völlige Entfremdung eingetreten ist oder das nicht der Fall ist.¹³³ Keinesfalls soll der Haftpflichtprozess der Ort der Austragung von familiärer Schmutzwäsche sein,¹³⁴ wie das bei einer streitigen Ehescheidung mitunter nicht vermeidbar ist, wobei beim Hinterbliebenengeld im Vordergrund steht, allfällige Garstigkeiten kleinzureden.¹³⁵ 68

Die Interessenlage ist im Verhältnis zwischen Anspruchsteller und Ersatzpflichtigem gegenläufig. Dem Anspruchsteller freilich „Betrug“ vorzuwerfen, wenn er familiäre Spannungen nicht von sich aus offenlegt,¹³⁶ geht viel zu weit. Wie dargelegt, ist ein Anspruch lediglich bei völliger Entfremdung zu versagen, die umso eher zu bejahen ist, je länger kein Kontakt zum Getöteten mehr gegeben war und die Absicht bestand, an dem Status quo auch in Zukunft nicht (mehr) zu rütteln. Das Alltagsgeschäft der 69

130 BG 138 III 157; bloß referierend BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn. 160 b; zustimmend Landolt, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 557.

131 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 939 f.

132 Jaeger, VersR 2017, 1041, 1052.

133 Steenbuck, r+s 2017, 449, 454.

134 Wagner, NJW 2017, 2641, 2644: Zu hoffen ist, dass sich Schadensregulierer an leicht feststellbaren Umständen orientieren und den Betroffenen und den Gerichten das Waschen schmutziger Wäsche ersparen.

135 Gegenteilig die Einschätzung von Diebl, zfs 2017, 681, 683: Wegen der Möglichkeit einer Widerlegung (§ 292 ZPO), wenn das Verhältnis bis zur Feindseligkeit getrübt war, kann die gerichtliche Auseinandersetzung über das Hinterbliebenengeld einen sehr hässlichen Zuschnitt bekommen.

136 So Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 406 ohne weitere Belegstelle.

mit der Schadensregulierung befassten Ersatzpflichtigen sollte mit derartigen Mutmaßungen freilich nicht belastet werden.¹³⁷ Auch dürften für die Haftpflichtversicherer das Nachforschen und die dabei vereinzelt aufgedeckte, ausnahmsweise fehlende Anspruchsberechtigung in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zu den in vielen Fällen frustrierten Aufwendungen stehen. Auch Pietätsgründe und die Zielsetzung des Hinterbliebenengeldes sprechen für ein gewisses Maß an Zurückhaltung.¹³⁸

c) Nasciturus als Anspruchsberechtigter oder Getöteter

aa) Anspruchsberechtigung des Nasciturus

- 70 Es stellt sich die Frage, ob der Nasciturus bei späterer Lebendgeburt – wie bei § 844 Abs. 2 BGB – auch in Bezug auf das Hinterbliebenengeld anspruchsberechtigt ist. Abgesehen davon, dass seine immaterielle Beeinträchtigung sich anders darstellt als bei den im Zeitpunkt der Verletzung bzw. Tötung Lebenden,¹³⁹ gibt es keine Gründe, § 844 Abs. 2 S. 2 BGB, der einen solchen Anspruch auf Unterhalt für den Fall der Lebendgeburt ausdrücklich bejaht, bei einem Anspruch nach § 844 Abs. 3 BGB nicht anzuwenden.¹⁴⁰ Insoweit hat die Regelung in § 844 BGB Leitbildcharakter; sie darf nicht nur bemüht werden, um damit den Anspruch auf Hinterbliebenengeld einzuschränken, so beim Mitverschulden, oder zu versagen, so beim Abstellen auf den Verletzungszeitpunkt, sondern selbstverständlich auch, um ihn zu begründen. § 844 BGB ist keine Einbahnstraße mit dem Ziel der Minimierung der Einstandspflicht von Ersatzpflichtigen!
- 71 Die Berufung darauf, dass es sich um eine Ausnahmeregelung handle,¹⁴¹ die nicht analogiefähig sei, ist schon nach den Regeln der Methodenlehre unzutreffend.¹⁴² Vielmehr ist auf den Zweck der Norm abzustellen.¹⁴³ Der Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber eine Regelung für den Unterhaltersatz in § 844 Abs. 2 S. 2 BGB, nicht aber das Hinterbliebenengeld in § 844 Abs. 3 BGB getroffen habe, ist wenig gewichtig, war dem Gesetzgeber doch an einer schlanken Norm gelegen und hat er durch die Platzierung im Rahmen des § 844 BGB zum Ausdruck gebracht, dass insoweit die dort geltenden Regeln anzuwenden sein sollen. Darauf, ob der Elternteil vor oder nach der Geburt stirbt, kommt es somit nicht an.¹⁴⁴ Der Nasciturus kann sich auch auf die Privilegierung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB berufen, da der Nasciturus zu seinen Eltern in gerader Linie verwandt ist.

137 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 405.

138 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 875.

139 Näheres dazu → Rn. 123 ff.

140 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2644 unter Hinweis auf BGH 5.2.1985 – VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390, wo dem Nasciturus ein solcher Anspruch bei einem Schockschaden zugebilligt worden ist.

141 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 406; diesen folgend *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 693.

142 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 355; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, Rn. 489 a; *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 440.

143 *Staudinger/Röthel*, § 844 Rn. 24.

144 AA *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 693.

bb) Tötung des Nasciturus

Bei Tod des Nasciturus wird die Ansicht vertreten, dass die Eltern keinen Anspruch geltend machen könnten, weil der Nasciturus gerade noch nicht rechtsfähig sei.¹⁴⁵ Gerade diesem Argument hat der OGH in einer neuen Entscheidung¹⁴⁶ – zu Recht – eine Absage erteilt. In concreto ging es um einen Nasciturus, der schon lebensfähig gewesen wäre, hätte man zum Zeitpunkt seines Todes eine Frühgeburt eingeleitet. Diesen Fall hatte der OGH zu entscheiden. Er deutet aber an, dass das für ihn kein maßgebliches Kriterium war.

In der österreichischen Literatur wird die Meinung vertreten, dass die Eltern bei einem Wunschkind ab dem Zeitpunkt der Zeugung anspruchsberechtigt seien.¹⁴⁷ Die Berufung auf die familiäre Statusbeziehung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB muss auch hier greifen. Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn die Eltern – oder auch nur die Mutter in Bezug auf ihren Anspruch – das Kind abtreiben oder nach Geburt das Kind zur Adoption freigeben wollten. Eine solche Verhaltensweise ist einer völligen Entfremdung zwischen lebenden Familienangehörigen gleichzustellen.¹⁴⁸ Mag das Kind auch kein Wunschkind gewesen sein, hätte man es aber akzeptiert, gebührt Hinterbliebenengeld.

2. Sonstige Personen mit Beweislast des Nachweises einer emotionalen Nahebeziehung

Maßstab für den Nachweis einer besonderen emotionalen Nahebeziehung ist eine harmonische Familie, die typischerweise im Verbund einer Haushaltsgemeinschaft zusammenlebt. Dass die Beteiligten sich kennen, gegenseitig vertrauen und wertschätzen,¹⁴⁹ wird zu wenig sein. Das ist wohl eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung.¹⁵⁰ Nur wenn die Beziehung zu einer in § 844 Abs. 3 S. 2 BGB nicht privilegierten Person annähernd die gleiche Qualität erreicht wie in einer harmonischen Familie, soll auch diese anspruchsberechtigt sein.¹⁵¹ Die Kriterien, die für den Nachweis in Betracht kommen, sind vielfältig. Eine rein beruflich oder durch gemeinsame Freizeitgestaltung geprägte Beziehung¹⁵² ist nicht ausreichend.¹⁵³ Das stärkste Indiz ist gewiss der gemeinsame Haushaltsverbund.

Darüber hinaus kommen in Betracht das häufige Unternehmen gemeinsamer Reisen,¹⁵⁴ häufige wechselseitige Besuche bzw. intensive Kommunikation, was namentlich bei jungen Menschen durch Kommunikationsprotokolle von sozialen Medien wie WhatsApp oder Facebook dokumentiert werden kann.¹⁵⁵ Ältere Menschen heira-

145 *Burmann/Jabnke*, NZV 2017, 401, 404.

146 OGH 30.8.2016, 1 Ob 114/16 w, RdM 2017/63 (*Karner*) = ÖJZ 2017/53; dazu *Ch. Huber*, ÖJZ 2017, 383 ff. sowie *Danzl*, ZVR 2016, 456, 457.

147 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 108 a; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 101.

148 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 100; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 941.

149 Darauf abstellend *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451.

150 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2644: Die Beziehung muss an Tiefe und Intensität über freundschaftliche Beziehungen in der Sozialsphäre deutlich hinausgehen.

151 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451.

152 *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 352: Nicht die Kegelrunde.

153 *Walter*, MedR 2018, 213, 216.

154 *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 691.

155 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2645.

ten mitunter nicht mehr; behalten auch jeweils ihren Wohnsitz, haben aber einen Partner, mit dem sie ein Herz und eine Seele sind und mit dem sie den Lebensabend verbringen, mag eine geschlechtliche Beziehung gegeben sein oder auch nicht (mehr).

- 76 **Schenkungen zu Lebzeiten**, etwa durch den reichen (Paten-)Onkel (nicht nur aus Amerika), können Ausdruck besonderer Verbundenheit sein.¹⁵⁶ Entsprechendes gilt für **umfassende Dienstleistungen**, etwa der Pflege bei einem behinderten Menschen, nicht jedoch jeder Handgriff im Rahmen der Nachbarschaftshilfe. **Großzügige Unterhaltszuwendungen** eines nicht zu gesetzlichem Unterhalt Verpflichteten können Anhaltspunkt für eine solche Qualifikation sein, nicht jedoch Unterhaltsleistungen eines Schuldners, der dazu verpflichtet ist, etwa der geschiedene Ehegatte.
- 77 Nicht nur Zuwendungen zu Lebzeiten, auch **letztwillige Verfügungen** können ein Indiz sein,¹⁵⁷ wobei sowohl das Bedenken als auch das Bedachtwerden in Betracht kommt; ob die Einsetzung als Erbe oder Vermächtnisnehmer erfolgt, spielt hingegen keine Rolle.
- 78 Kein taugliches Kriterium ist der Kreis der Personen, denen bei einem **Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter** vertragliche Ansprüche eingeräumt werden.¹⁵⁸ Wenn eine Familie ein Nachbarskind mit auf Urlaub in eine Ferienwohnung nimmt und es übernachtet dort mit der Familie, dann hat das durch eine herabfallende Decke verletzte Nachbarskind einen **vertraglichen Schadenersatzanspruch** gegen den Vermieter; eine solche **einmalige Mitnahme in den Urlaub** begründet aber **keine nachhaltige emotionale Nahebeziehung**, die bewirken würde, dass die Nachbarsfamilie dieses Kindes bei dessen Tod in Bezug auf das Hinterbliebenengeld anspruchsberechtigt wird.
- 79 Insoweit geht es um eine **völlig andere Interessenlage**, beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter um – ergänzende – **Vertragsauslegung**,¹⁵⁹ beim Begriff der anspruchsberechtigten Hinterbliebenen um **Gesetzesinterpretation**. Eher tauglich wäre als Hilfskriterium, auf den Personenkreis abzustellen, bei dem **Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten** erstattet werden, wobei einzuräumen ist, dass es bei den Heilungskosten um das Wohlergehen des Verletzten, beim Hinterbliebenengeld jedoch um die ideelle Einbuße bei den nahestehenden Personen geht.¹⁶⁰

a) (Faktische) Familienangehörige im weiteren Sinn

aa) Geschwister und Großeltern

- 80 Der Gesetzgeber hat **Geschwister** sowie **Großeltern** nicht zum privilegierten Kreis der Anspruchsberechtigten nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB gezählt. Das ist eine **zu respektierende rechtspolitische Entscheidung**. Auch in der Schweiz und Österreich wird Ge-

156 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2644.

157 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 406: Wer jemanden zum Erben einsetzt. Ebenso *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 691.

158 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 404 mit dem Hinweis, dass auch dort keine unabsehbare Ausweitung des Anspruchstellerkreises erfolgen solle. So auch *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 691.

159 Instruktiv insoweit zur Reichweite der Schutzwirkungen bei einem ärztlichen Behandlungsvertrag OGH 30.6.2010, 9 Ob 83/09 k, SZ 2010/79, ZVR 2011/45 = Zak 2010/613 (*Schmaranzer*): Bei Lebensgefährtin bejaht, jüngst in OGH 29.11.2017, 7 Ob 105/17 t bei Bruder verneint.

160 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 940 f.

schwistern grundsätzlich nur bei Verbund in einer **Haushaltsgemeinschaft** Ersatz zugebilligt,¹⁶¹ und dies in reduziertem Ausmaß; auch Großeltern werden nur ausnahmsweise als anspruchsberechtigt angesehen.¹⁶²

Besteht zwischen diesen Personen eine **Haushaltsgemeinschaft**, ist dies mE ein starkes **Indiz für das Bestehen einer besonderen emotionalen Beziehung**. Bei solchen Personen sollten dann geringere weitere **Beweisanforderungen** gestellt werden.¹⁶³ Das Verhältnis zwischen Geschwistern sowie zwischen Großeltern und Enkeln ist – mitunter – weniger konfliktträchtig als das zwischen (pubertierenden bzw. am Sprung in die Selbstständigkeit befindlichen) Kindern und ihren Eltern sowie zwischen Ehegatten.

Ansatzpunkt für eine Anspruchsberechtigung könnte sein, dass die **Interaktion nicht geringer** ist als die zwischen den privilegierten Familienmitgliedern untereinander bzw. sonst eine besonders enge **Verbundenheit** besteht. Das könnte angenommen werden, wenn Großeltern in einen De-facto-Haushaltsverbund eingebunden sind und Aufgaben der Eltern übernehmen wie etwa Haushaltsführung und Kinderbetreuung¹⁶⁴ bzw. Kinder einen Großteil der nicht durch Kindergarten oder Schule gebundenen Zeit bei den Großeltern verbringen.¹⁶⁵

Besteht keine **Haushaltsgemeinschaft**, hat der OGH in einer überaus sorgfältig begründeten Entscheidung¹⁶⁶ ausgesprochen, dass bei Fehlen der Haushaltsgemeinschaft, dem primären Anknüpfungsmoment im österreichischen Recht, eine Anspruchsberechtigung dennoch gegeben ist, wenn der getötete **Bruder** faktisch eine **ähnlich fürsorgende Position** wie ein Vater gegenüber dem – körperlich behinderten – Bruder ausgeübt hat. Dieses **Judiz** erscheint auch für das deutsche Recht passend.

Im deutschen Recht besteht bei einer **Eltern-Kind-Beziehung** die Vermutung einer **besonderen emotionalen Nahebeziehung**, und das ungeachtet des Zusammenlebens in einem gemeinsamen Haushalt, wie es zwischen Eltern und erwachsenen Kindern nur ausnahmsweise gegeben sein wird. Mag dieser Umstand auch zu einem **Abschlag bei der Bemessung** führen, ist doch maßgeblich, dass es auch für andere – nicht privilegierte – Bezugspersonen reichen muss, wenn sie zur verstorbenen Person eine **Nahebeziehung** hatten, die der entspricht, wie sie zwischen erwachsenen **Eltern und Kindern** besteht.

Den **Zuspruch von Hinterbliebenengeld** an Geschwister davon abhängig zu machen, dass deren **Erbquote mindestens die Hälfte** ausmacht,¹⁶⁷ ist wenig nachvollziehbar.

161 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 940.

162 *BernerKomm/Brehm*, Art. 47 Rn. 133; *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 562: Großeltern sind anspruchsberechtigt, sofern diese eine den leiblichen Eltern vergleichbare Beziehung zum Kind pflegen.

163 Ähnlich *Walter*, *MedR* 2018, 213, 216: Zusammenleben in einem Haushalt kann zur Darlegung eines besonderen Naheverhältnisses hilfreich sein.

164 So im Sachverhalt von OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86: Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld bei Tötung der 61-jährigen Mutter, die zwar nicht im gemeinsamen Haushalt des 40-jährigen Sohnes gelebt hat, sondern vis-a-vis, aber durch Einnahme gemeinsamer Mahlzeiten in das Familienleben des Sohnes wie ein Haushaltsangehöriger integriert war. Insoweit wären mE auch die Enkelkinder bzw. bei deren Tötung die Großmutter anspruchsberechtigt.

165 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 562.

166 OGH 21.4.2005, 2 Ob 90/05 g, ZVR 2005/73 S 254 (*Karner*) = *JBl* 2005, 652 = *ÖJZ* 2005/165.

167 So Stellungnahme des DAV 8.

Zwischen dem einen und dem anderen auch nur irgendeinen Zusammenhang herzustellen, erscheint mE besonders weit hergeholt zu sein.¹⁶⁸

bb) Mitglieder von Patchwork-Familien

- 86 Ähnlich ist mE zu verfahren bei den heutzutage durchaus häufigen **Patchwork-Familien**, bei denen zwar eine Adoption unterbleibt, das Verhältnis zum nicht leiblichen Elternteil, in concreto Stiefvater oder Stiefmutter, sich **emotional nicht von dem eines leiblichen Kindes unterscheidet**.¹⁶⁹ Sollte diesem Verhältnis auch bei den **faktischen Zuwendungen**, insbesondere dem **Betreuungs- und/oder materiellen Unterhalt** sowie im Rahmen der **letztwilligen Verfügung** Rechnung getragen worden sein, wäre das ein weiteres Indiz. Mutatis mutandis gilt das für Stiefgeschwister im gemeinsamem Haushalt.
- 87 Entsprechendes gilt für **Pflegeeltern**; auf das formale Kriterium der Adoption kommt es nur für die Indizwirkung des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB an, nicht aber für die abschließende Entscheidung, ob ein ausreichendes Ausmaß an emotionaler Verbundenheit gegeben ist, das einen Anspruch auf Hinterbliebenengeld rechtfertigt.

cc) Nanny, Leih-Opa bzw. -Oma, Au-Pair-Mädchen

- 88 Bedürfen die Eltern infolge ihrer beruflichen Beanspruchung einer Hilfe für die Betreuung ihrer Kinder, sind es – schon wegen der räumlichen Entfernung – nicht immer die Großeltern, die einspringen. In adeligen und großbürgerlichen Kreisen war – und ist es zum Teil – die **Nanny**, zu denen die Kinder – und meist auch die Eltern – eine besondere Nahebeziehung haben – und umgekehrt. Diese ist in die **Haushaltsgemeinschaft eingegliedert** und auch für einen **längeren Zeitraum** – de facto – Mitglied der Familie.
- 89 Die Aufnahme eines **Au-pair-Mädchens** oder **-Jungens** in die Haushaltsgemeinschaft ist demgegenüber **meist auf ein Jahr begrenzt**, was im Regelfall zu keiner nachhaltigen emotionalen Bindung führen wird.¹⁷⁰ Verbreitet ist heute auch eine „**Leih-Oma**“ oder ein „**Leih-Opa**“, die manche der an sich den Eltern zukommenden Erziehungs- und Betreuungsaufgaben wahrnehmen. Wie bei den „Leihautos“ handelt es sich freilich jeweils um „Mietverhältnisse“, erfolgt doch im Regelfall eine Entlohnung. Dieser Umstand steht freilich der Annahme einer emotionalen Beziehung nicht im Weg. Bei der „Leih-Oma“ oder dem „Leih-Opa“, die Kinder oft über viele Jahre betreuen und mit der Familie auch den Urlaub verbringen, sind freilich **besonders hohe Beweisforderungen** zu stellen, weil diese **nicht in den Haushalt integriert** sind; das gilt umso mehr, wenn sie nur für wenige Stunden pro Woche engagiert sind.

dd) Nichteheliche Lebensgemeinschaft bzw. Verlobte

- 90 Personen einer **nichtehelichen Lebensgemeinschaft** leben zusammen wie Eheleute, ohne formal verheiratet zu sein. Für gleichgeschlechtliche Partner gilt Entsprechendes. ME ist bei diesen **beweismäßig lediglich zu verlangen**, dass das so ist. Im schweizerischen Recht wird eine solche Anspruchsberechtigung **unabhängig von der Zeitdauer**

168 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 940 f.

169 Zweifelnd *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 406.

170 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 937 f.

des Zusammenlebens zu Recht bejaht.¹⁷¹ Wenn in Deutschland von manchen dafür ein Zeitraum von einem Jahr verlangt wird, weil das in anderen Normen so sei,¹⁷² oder dass eine solche Lebensgemeinschaft „gefestigt“ sein müsse,¹⁷³ ist das für den konkreten Kontext abzulehnen.¹⁷⁴ Es kommt in concreto nämlich nicht einmal darauf an, ob eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bereits besteht.

Der OGH¹⁷⁵ hat zu Recht eine Anspruchsberechtigung bei Bestehen eines Verlöbnisses bejaht. Das ist gut nachvollziehbar, ist doch die emotionale Verbundenheit zwischen den Partnern gerade in dieser Phase besonders groß.¹⁷⁶ Dass der Geschlechtspartner eines One-Night-Stands nicht darunter fällt, sei der Vollständigkeit halber erwähnt. Maßgeblich ist, dass eine Beziehung auf Nachhaltigkeit angelegt ist. 91

Wurde noch kein gemeinsamer Wohnsitz begründet, kann als Indiz für eine besondere emotionale Beziehung auch die Anzahlung für einen gemeinsamen Wohnsitz oder künftige Möbel dienen. Haben Eltern ein Kind gezeugt, aber – noch – nicht geheiratet, kann auch ein gemeinsames Kind, für das sie gemeinsam Verantwortung tragen, ein solcher Ansatzpunkt sein; zu verneinen wäre das indes beim bloßen Zahlvater oder der bloßen Zahlmutter, die weder zum Kind noch zum Zeugungspartner Kontakt halten.¹⁷⁷ Auch das Bestehen einer bloßen Wohngemeinschaft ist nicht ausreichend.¹⁷⁸ 92

b) Bedeutung von Ansprüchen von anderen als (faktischen) Familienangehörigen

Vorstellbar wäre, dass auch andere Personen als (faktische) Familienangehörige im weiteren Sinn anspruchsberechtigt sein könnten. Auch bei Mitgliedern einer Klosterbruder- oder -schwwesterschaft¹⁷⁹ bzw. einer Kommune könnte eine solche Person gegeben sein, wobei darauf zu verweisen ist, dass auch insoweit eine Quasi-Haushaltsgemeinschaft gegeben ist. *Schwintowski*¹⁸⁰ führt als weiteren Fall einen soldatischen Kameraden an, wobei darauf hinzuweisen ist, dass in der Phase eines militärischen Einsatzes – auch in Friedenszeiten – eine derart enge emotionale Bindung wie in einer intakten Familie bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft durchaus vorstellbar ist, diese aber nach Beendigung des „Einsatzes“ meist abflacht, so dass lediglich eine verklärte Vergangenheit zurückbleibt.¹⁸¹ 93

Womöglich handelt es sich insoweit auch bloß um theoretische Überlegungen fantasiebegabter Professoren, die in der Praxis jedoch keine Rolle spielen. Dafür könnte sprechen, dass es in der 140-jährigen Geschichte zu Art. 47 OR unter Einschluss der 94

171 *Landolt* in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 557.

172 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 875 Fn. 102: Sofern nicht gemeinsame Kinder vorhanden sind, unter Verweis auf § 7 Abs. 3 a SGB II sowie § 86 Abs. 3 VVG.

173 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451; ähnlich *Quaisser*, DAR 2017, 688, 692: Vorzutragen zur Dauer der Beziehung.

174 Auf Probleme von deren Feststellung hinweisend *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 406 unter Hinweis auf § 116 IV SGB X, § 86 III VVG.

175 OGH 2.2.2006, 2 Ob 212/04 x, Zak 2006/235.

176 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 939.

177 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411.

178 *Schiemann*, GesR 2018, 69, 71.

179 NK-BGB/*Ch. Huber* § 253 Rn. 67.

180 In: *Schwintowski/C. Schab Sedi/M. Schab Sedi*, zfs 2012, 6, 7.

181 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 938.

Vorgängernorm keine einzige in der Literatur¹⁸² referierte Entscheidung, auch keine solche eines Instanzgerichts, gibt. Allenfalls mag man das darauf zurückführen, dass es in der Schweiz – vergleichsweise – wenige Klöster und Kommunen gibt und die (neutrale) Schweiz bei Militäreinsätzen in den letzten Jahrzehnten überaus enthalten war.

- 95 Mit Müller¹⁸³ ist darauf zu verweisen, dass abzuwarten bleibt, ob sich in der Praxis solche Fälle stellen werden.¹⁸⁴ Bei dem von *Burmam/Jahnke*¹⁸⁵ erwogenen Fall des *Betreuers*, etwa eines Anwalts, wird das – jedenfalls typischerweise – zu verneinen sein, weil dieser eher ein sachliches Mandat wahrnimmt, aber nur ausnahmsweise eine – besondere! – emotionale Bindung zur betreuten Person und vice versa entstehen wird. Anders zu beurteilen ist der Fall, wenn sich ein naher Verwandter eines Minderjährigen oder einer geistig behinderten Person annimmt, zu dessen engster Bezugsperson wird und dann auch noch die Position als Betreuer wahrnimmt.

3. Mehrere Schädiger, mehrere Getötete, mehrere Anspruchsberechtigte

- 96 Sind mehrere Schädiger für den Tod verantwortlich, haften sie solidarisch; den jeweiligen Anspruchsberechtigten steht freilich Hinterbliebenengeld nur einmal zu.¹⁸⁶ In welcher Höhe welcher Schädiger letztendlich belastet wird, ist eine Frage des Innenverhältnisses zwischen mehreren Schädigern.
- 97 Wenn hingegen mehrere Personen getötet werden, nimmt die hM¹⁸⁷ zum Schockschaden einen einheitlich zu bemessenden Anspruch an. Das ist insofern folgerichtig, als es auf die mithilfe eines medizinischen Sachverständigengutachtens zu messenden – seelischen – Schmerzen ankommt. Wie bei Verlust von paarigen Organen wird es häufig so sein, dass die Auswirkungen noch drastischer sind als bei Verlust eines einzigen Angehörigen, wobei es aber auf die Reaktion des jeweiligen Individuums ankommt.
- 98 Beim Hinterbliebenengeld wird aber an die Betroffenheit für die jeweils getötete Person abgestellt. Verlieren Eltern etwa alle drei Kinder gleichzeitig, gebührt ihnen je Kind ein bestimmter Ersatzanspruch. Verliert ein Kind beide Elternteile, gilt Entsprechendes. Insoweit darf beim Hinterbliebenengeld keine Globalbemessung pro schädigendem Ereignis vorgenommen werden. Es ist daher denkbar, dass der Ersatzbetrag, der sich bei Abstellen auf das Hinterbliebenengeld ergibt, höher ist als der bei einer geringfügigen Belastungsstörung im Rahmen eines Schockschadens. Da aber nach der hier vertretenen Ansicht das Hinterbliebenengeld ohnehin den bisher nicht ersatzfähigen Nachteil der Trauer bzw. einer pathologischen Störung geringfügigen Ausmaßes abgelten soll, ist das keine Anomalie und auch kein Argument dafür, das Hinterbliebenengeld besonders maßvoll zu bemessen.¹⁸⁸

182 Landolt, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 565.

183 VersR 2017, 321, 323.

184 Ähnlich *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 875.

185 NZV 2017, 401, 406.

186 *Burmam/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

187 OLG Nürnberg 1.8.1995 – 3 U 468/95, NZV 1996, 367; *Burmam/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

188 So aber *Nügel*, zfs 2018, 72, 77, der ebenfalls die Ansicht vertritt, dass beim Hinterbliebenengeld je getöteter Person dem jeweiligen Anspruchsberechtigten ein bestimmter Ersatzbetrag gebührt.

Mehrere Hinterbliebene haben jeweils individuelle Ansprüche.¹⁸⁹ Es geht um die Bemessung von Leid und Trauer jedes Einzelnen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bewusst gegen das Modell des englischen Rechts entschieden, wonach bei Tötung ein Pauschalbetrag gebührt, der zwischen den Anspruchsberechtigten aufzuteilen ist.¹⁹⁰ 99

VIII. Entschädigungsniveau – abhängig von welchen Determinanten

1. Anhaltspunkte für die Größenordnung des Ersatzes, namentlich das Verhältnis zum Schockschaden

Eine der zentralen Fragen ist die nach dem Entschädigungsniveau des Hinterbliebenengeldes. Da im Gesetzgebungsverfahren insoweit kein Konsens zu erzielen war, hat der Gesetzgeber nicht einmal die Bandbreite des Ersatzes angegeben, sondern den Schwarzen Peter an die Rechtsprechung weitergegeben.¹⁹¹ Dem Gesetzgebungsverfahren ist lediglich zu entnehmen, dass Beträge in der Größenordnung von 30.000 EUR bis 60.000 EUR nicht mehrheitsfähig waren,¹⁹² wobei diese Bandbreite schwerlich mit dem sonstigen Schmerzensgeldgefüge vereinbar gewesen wäre. 100

Bei den finanziellen Auswirkungen für die Ersatzpflichtigen, namentlich die Haftpflichtversicherer, ist der Gesetzgeber von einem Durchschnittsbetrag von 10.000 EUR ausgegangen, wobei umstritten ist, ob das ein Orientierungspunkt sein soll oder eine Obergrenze,¹⁹³ die Verweisung auf einen Durchschnittswert spricht für einen Orientierungspunkt. Er hat dabei Bezug genommen auf das Ersatzniveau bei Schockschäden; es zeigt sich indes, dass er insoweit womöglich von falschen Zahlen ausgegangen ist.¹⁹⁴ Die Einschätzung, wie viel Ersatz für Schockschäden durchschnittlich zu leisten ist, ist selbst unter Experten durchaus umstritten: Die Einschätzung variiert zwischen 500 EUR und 3.000 EUR,¹⁹⁵ 3.000 EUR und 5.000 EUR,¹⁹⁶ 5.000 EUR und 10.000 EUR¹⁹⁷ oder 5.000 EUR und 20.000 EUR.¹⁹⁸ 101

Nugel¹⁹⁹ unterscheidet zwischen einem Schmerzensgeld bei einer Anpassungsstörung, die nach mehreren Monaten oder spätestens 2 Jahren wieder abklingt oder einer posttraumatischen Belastungsstörung, die mehrere Jahre andauert oder gar dauerhaft sein kann. Auch andere Reaktionen auf schwere Belastungen wie die Aufgabe des Berufs, das Verlassen des bisherigen Wohnsitzes oder eine fortlaufende psychologische Betreuung mit mehrfachen stationären Aufenthalten rechtfertigen den Zuspruch von Schmerzensgeld nach der Schockschaden-Rechtsprechung; auch das geht über das hi- 102

189 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

190 Zu diesem vom deutschen Gesetzgeber – zu Recht – abgelehnten Modell, das den Gedanken der Prävention und Verhaltenssteuerung betont, *Wagner*, FS-Stürmer (2013) I 231, 237 f.

191 So auch die Einschätzung von *Walter*, MedR 2018, 213, 216: „Gesetzesbegründung für Bemessung des Hinterbliebenengeldes keine belastbare Hilfestellung.“

192 *Fechner*, DRiZ 2017, 84, 85.

193 *Nugel*, zfs 2018, 72, 75, der auch in Betracht zieht, dass davon ein Abschlag vorzunehmen sein soll.

194 Dazu *Nugel*, zfs 2018, 72, 76: Die 10.000 EUR zum Schockschaden sind nicht mit konkreten Fundstellen belegt.

195 NK-BGB/Cb. *Huber* § 253 Rn. 68.

196 *Quaisser*, DAR 2017, 688, 691; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692; *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 409.

197 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1053.

198 *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle Rn. 307.

199 zfs 2018, 72, 76.

naus, was andere Angehörige in vergleichbaren Situationen erfahrungsgemäß erleiden.²⁰⁰

- 103 Bei einer **Anpassungsstörung** liegt der Ersatzbetrag zwischen 3.000 und 5.000 EUR; als Höchstgrenze bei einer **posttraumatischen Belastungsstörung** nennt *Nugel* 30.000 EUR. Wie eine ganz neue Entscheidung des OLG Frankfurt²⁰¹ belegt, ist eine solche Durchschnittsbildung sehr schwierig, weil die **Auswirkungen seelischer Erkrankungen sehr weitreichend** sein können. Insoweit hat die Entscheidung des OLG Frankfurt den **bisherigen Rahmen gesprengt** bzw. die Bandbreite deutlich erweitert. Anders als in der Entscheidung des OLG Nürnberg, wo für die Tötung aller drei Kinder ein Schockschaden von 30.000 EUR zugebilligt wurde, hat das OLG Frankfurt bei Verlust „allein“ des Ehemanns 100.000 EUR zugesprochen. Hält man den **Bezug zur Höhe des Ersatzes von Schmerzensgeld nach der bisherigen Schockschadenrechtsprechung für allein maßgeblich**,²⁰² ist es folgerichtig, das Hinterbliebenengeld im Regelfall bei 3.000 EUR bis 5.000 EUR einzufrieren.²⁰³
- 104 Aussagen über die **typische Betroffenheit**, das Leid und den Kummer sind mE im Rahmen des Hinterbliebenengeldes eher möglich als beim Schockschaden. Das Hinterbliebenengeld geht von einer Person aus, die **psychisch gesund** ist, jedenfalls keine seelische Erkrankung in einem Ausmaß erleidet, dass sie Anspruch auf Ersatz eines Schockschadens hat. Bei aller Unterschiedlichkeit der Menschen sollten insoweit **Typenbildungen und Abstufungen** möglich sein. Im Rahmen des Schockschadens sind die Auswirkungen auf das jeweilige Individuum aber **sehr unterschiedlich** ausgeprägt. Der eine erreicht die Schwelle einer psychischen Erkrankung, die für den **Zuspruch eines Schockschadens gerade ausreichend** ist; der andere wird völlig aus der Bahn geworfen, verlässt den **bisherigen Wohnsitz**, gibt den **bisherigen Beruf** auf und muss sich über einen längeren Zeitraum einer psychiatrischen Behandlung unterziehen.
- 105 Immerhin hat sich der Gesetzgeber in der Weise geäußert, dass bei einem Schockschaden, somit einer **zusätzlichen seelischen Beeinträchtigung mit Krankheitswert**, das **Ausmaß des Ersatzes insgesamt** nicht geringer sein dürfe als ohne solche Erkrankung. Dieser Größenschluss liegt ziemlich auf der Hand; darüber kann es keinen Streit geben. Sehr wohl lassen sich daraus aber unterschiedliche Schlussfolgerungen dazu ziehen, wie hoch das Entschädigungsniveau beim reinen **Trauerschaden** einerseits und einem über den Trauerschaden hinausgehenden **Schockschaden** andererseits sein soll.
- 106 Es trifft zu, dass der **Bemessungsansatz** ein unterschiedlicher ist. Der Schockschaden wird wie ein sonstiger immaterieller Schaden nach Maßgabe der von einem **medizinischen Sachverständigen ermittelten Schmerzen** ermittelt; die Höhe des Hinterbliebenengeldes ist indes durch die Anknüpfung an Hilfstatsachen zu ermitteln, weil es für **Trauer und Leid keinen Maßstab** gibt. Kann diese Unterscheidung auch formal getroffen werden, ist doch darauf zu verweisen, dass die **Übergänge fließend** sind und die Identifizierung einer psychischen Erkrankung sowie die Quantifizierung der da-

200 *Walter*, MedR 2018, 213, 214.

201 OLG Frankfurt 6.9.2017 – 6 U 216/16, zfs 2017, 677 (*Diehl*).

202 Dafür *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411.

203 *Nugel*, zfs 2018, 72, 77. Noch restriktiver *Quaisser*, DAR 2017, 688, 691: Schockschaden meist zwischen 3.000 und 5.000 EUR, für das Hinterbliebenengeld realistisch daher 2.500 bis 3.000 EUR als Regelbetrag.

raus resultierenden Schmerzen häufig von der Inszenierung des Anspruchstellers sowie der vorhandenen bzw. fehlenden Einfühlsamkeit des medizinischen Sachverständigen abhängig ist.

Eine Schlussfolgerung ist jedenfalls unzutreffend, nämlich, dass der **bisherige Anspruch für Schockschäden** auch die **künftige Obergrenze** für das Hinterbliebenengeld markiere.²⁰⁴ Das ist schon deshalb falsch, weil künftig eben auch **Kummer und Trauer** unter Einschluss von psychischen Beeinträchtigungen mit Krankheitswert, die wegen Unterschreitens der für maßgeblich angesehenen Schwelle im Rahmen des Schockschadens unentschädigt bleiben, **nunmehr ersatzfähig** sind. Das muss notwendigerweise dazu führen, dass die **Abgeltung von Schockschäden** – unter Einschluss des Hinterbliebenengeldes – **künftig höher** ausfallen muss.

Das wird besonders deutlich bei einem Sachverhalt, bei dem der Hinterbliebene **zunächst nur Beeinträchtigungen im Rahmen der üblichen Trauer** erleidet, sein seelisches Gleichgewicht in einer späteren Phase dann aber kippt, mit der Folge, dass es anschließend zu einer psychischen Erkrankung kommt.²⁰⁵ Dann muss ihm – jedenfalls vom Umfang her – für die erste Phase das Hinterbliebenengeld zustehen, für die **nachfolgende** steht ihm aber zusätzlich ein **Schmerzensgeld** für die erlittene psychische Erkrankung zu. Ob diese Phasen nacheinander stattfinden oder sich ineinanderschieben, kann im Ergebnis keinen – substanziellen – Unterschied machen.

Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber dem **Leid** und der **Trauer** bei solchen Schicksalsschlägen eine **höhere Wertigkeit** beimessen wollte, was auch in einer **ins Gewicht fallenden Ausgleichszahlung** zum Ausdruck kommen sollte.²⁰⁶ Das stimmt mit dem Trend überein, den Personenschaden einigermaßen so großzügig zu entschädigen wie den Sachschaden.²⁰⁷ Zudem sollte eine **Annäherung an das Entschädigungsniveau anderer europäischer Rechtsordnungen** erreicht werden. Dieser Gesichtspunkt spricht dafür, eine Orientierung am Entschädigungsniveau der benachbarten deutschsprachigen Rechtsordnungen, nämlich der Schweiz und Österreichs, vorzunehmen.

Dafür ist weniger bedeutsam, dass insoweit keine oder kaum Sprachbarrieren bestehen; ausschlaggebend ist vielmehr, dass diese Rechtsordnungen, namentlich von der Struktur und der Berechnung des Vermögenspersonenschadens, die **größten Ähnlichkeiten zur deutschen Rechtslage** aufweisen. Bei der Schweiz ist einzuräumen, dass dort das **Lohn- und Kaufkraftniveau** gegenüber Deutschland ca. beim **Doppelten** liegt. Im Verhältnis zu Österreich sind **Lohn- und Kaufkraftniveau** aber vergleichbar.

Insofern ist es bedeutsam, dass die zum zeitlichen Abstand der jeweiligen Gerichtsentscheidung mit der Inflation aufgewerteten **Beträge in Österreich für reine Trauerschäden** zwischen 9.300 und 24.000 EUR liegen,²⁰⁸ in der Schweiz ca. beim doppel-

204 So aber *Quaisser*, DAR 2017, 688, 691 unter Verweis auf *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411.

205 Dazu *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1045, der darauf hinweist, dass früher ein Trauerjahr üblich war. Zutreffend auch *Röthel*, Jura 2018, 235, 236 f. Begriff Schockschaden missverständlich; es geht nicht um kurzfristige Schockerlebnisse, sondern langwierige psychische Folgestörungen.

206 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2645.

207 Dazu *Ch. Huber*, FS-Jaeger (2014) 309 ff.

208 Nachweise → Teil 2 § 1 Rn. 85 ff.

ten Niveau.²⁰⁹ Die deutsche Literatur,²¹⁰ die eine höhere Wertigkeit immaterieller Einbußen bei Tötung eines nahen Angehörigen befürwortet, ist insoweit etwas zurückhaltender. Das gilt beim Schockschaden für die erstinstanzliche Judikatur ebenso wie für die Vorstellungen der Anspruchsteller.²¹¹ Der Rahmen darf jedenfalls nicht „beleidigend niedrig“ sein.²¹²

- 112 Bedeutsam ist schließlich die Relation zum Schmerzensgeld bei Körperverletzungen, die eine Person – selbst – erleidet. Es sollte Konsens darüber erzielt werden (können), dass der Verlust der engsten Bezugsperson und die damit verbundene Trauer nicht geringer zu taxieren sind als ein Beinbruch, der folgenlos verheilt. Dafür bewegen sich die Zusprüche zwischen 10.000 und 20.000 EUR.²¹³ Umgekehrt können die Werte des Hinterbliebenengeldes nicht eine Größenordnung erreichen wie bei Verlust einer Gliedmaße, etwa eines Oberarms, wofür zwischen 15.000 und 75.000 EUR²¹⁴ zugesprochen werden. Es ist festzustellen, dass die deutschen Werte des Schmerzensgeldes für eine Körperverletzung insoweit nicht unter denen in Österreich und auch der Schweiz liegen.²¹⁵
- 113 Wenn bei der Abgeltung von Schockschäden das Entschädigungsniveau in der Schweiz und Österreich deutlich über dem von Deutschland liegt, wäre darüber nachzudenken, ob möglicherweise die Relationen in den Alpenländern eher passen als in Deutschland. Im Vorfeld der Einführung des § 844 Abs. 3 BGB ist überlegt worden, die Anspruchsvoraussetzungen beim Schockschaden abzumildern.²¹⁶ Das ist die eine Seite der Medaille; die andere aber könnte sein, zu prüfen, ob das Entschädigungsniveau insoweit im Verhältnis zu den sonstigen Schmerzensgeldern stimmig ist. Einen Abschlag vorzunehmen, weil die Zurechnung schwächer ist, wäre mE nicht berechtigt, ist doch die *Beeinträchtigung beim Betroffenen* im einen wie im anderen Fall gleich groß.
- 114 Auch in anderem Zusammenhang ist es vorgekommen, dass durch die Änderung der Rechtslage in einem Bereich eine Regelung auf einem anderen davon formal nicht tangierten Gebiet nicht mehr zu halten war. Nach der Vorgabe der zweijährigen Sachmängelgewährleistungsfrist für bewegliche Sachen durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie war – wertungsmäßig – klar, dass es unumgänglich war, die einjährige Gewährleistungsfrist für unbewegliche Sachen in § 477 Abs. 1 BGB aF zu verlängern, wiewohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sich darauf gar nicht bezog.
- 115 Vor diesem Hintergrund könnte es geboten sein, auch das Entschädigungsniveau bei Schockschäden maßvoll anzuheben, um keine Wertungswidersprüche zum Hinter-

209 *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I S. 56 f.

210 *Walter*, *MedR* 2018, 213, 217: Empfehlung, 10.000 bis 12.000 EUR als Schmerzensgeldvorstellung anzugeben. Etwas großzügiger *Katzenmeier*, *JZ* 2017, 869, 876: 5.000 bis 15.000 EUR; *Wagner*, *NJW* 2017, 2641, 2645: Untergrenze bei 5.000 EUR, Obergrenze bei 20.000 EUR.

211 *Walter*, *MedR* 2018, 213, 215 f.

212 *Ślzyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle Rn. 301; ähnlich *Katzenmeier*, *JZ* 2017, 869, 876: „Eine Abfindung Hinterbliebener mit kleiner Münze schließt keine Gerechtigkeitslücke, sie kann das Gegenteil ... bewirken.“

213 Nachweise bei *Jaeger/Luckey*, S. 1210 ff.

214 *Ślzyk*, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle, Nr. 4272, 1632, 1881, 5049, 1611, 1565, 831, 2634, 3084.

215 Für Österreich etwa bei Unterschenkelbruch OLG Graz 18.9.2007, 2 R 123/07: Drehbruch des linken Schien- und Wadenbeins – Zuspruch von 11.000 EUR.

216 *A. Diederichsen*, *DAR* 2011, 122, 124.

bliebenengeld zu erzeugen.²¹⁷ ME haben sich daher die Ersatzbeträge für Schockschäden nach oben zu bewegen, nicht aber die Ersatzbeträge für das Hinterbliebenengeld an dem – im Regelfall überaus knickrigen – Niveau der Schockschäden zu orientieren. Ein signifikantes Unterschreiten des vom Gesetzgeber genannten Durchschnittswerts würde das Hinterbliebenengeld entleeren,²¹⁸ die Zielsetzung, dadurch ein symbolhaftes Zeichen für die Trauer der Hinterbliebenen zu setzen, in das Gegenteil verkehren; viele Hinterbliebene würden Beträge von 2.000 EUR oder 3.000 EUR eher als beschämend und provokant empfinden, jedenfalls nicht als Zeichen der angemessenen Anerkennung ihrer Betroffenheit.

Die jüngste Entscheidung des OLG Frankfurt²¹⁹ setzt diesen Gedanken in einem zugegebenermaßen extrem gelagerten Fall bereits um, wobei der aus dem bisherigen Schmerzensgeldgefälle herausragende Zuspruch unter anderem dadurch zustande kam, dass sich das Gericht vor Augen hielt, dass angesichts der Leidensdauer von 12 Jahren²²⁰ auf das jeweilige Jahr ein Betrag von etwas mehr als 8.000 EUR entfiel, was – zu Recht – als keinesfalls überzogen angesehen wurde, ganz abgesehen davon, dass im konkreten Fall nicht absehbar war, wann eine Besserung des Zustands eintreten würde. 116

2. Pauschalsummen oder individuell ausgemessene Ersatzbeträge

Manche mögen sich eine andere Lösung gewünscht haben, etwa einen vom Gesetzgeber vorgegebenen Pauschalbetrag für alle Angehörigen zusammen – wie im englischen Recht – oder jeden einzelnen. Der Gesetzgeber hat sich aber für eine – letztlich vom Gericht – jeweils individuell auszumessende Entschädigung entschieden. Wenn zum Teil dagegen angeführt wurde, dass die Gerichte damit überfordert sein würden, ist einerseits darauf hinzuweisen, dass die Gerichte in den Nachbarrechtsordnungen das bewältigen,²²¹ andererseits aber dieser Vorgabe des Gesetzgebers Rechnung zu tragen ist. 117

Es ist daher ein Raster is einer Gruppenbildung zu entwickeln, die es ermöglicht, ähnlich wie das bei den Schmerzensgeldtabellen Usus ist, in Anknüpfung an eine möglichst vergleichbare Vorentscheidung unter Beachtung der inflationsmäßigen Aufwertung den relativ richtigen Globalbetrag zu ermitteln.²²² Wie beim Schmerzensgeld wird man eine Rundung vorzunehmen haben. Während gesetzlich festgeschriebene Pauschalsummen den Nachteil haben, dass der Gesetzgeber – wie in England – bei der Anpassung an die Inflation mitunter säumig ist,²²³ führt eine Delegation der Bemessung an die Gerichte dazu, dass diese punktgenau eine Aufwertung nach dem Verbraucherpreisindex vornehmen können. 118

217 Dafür auch *Walter*, *MedR* 2018, 213, 218.

218 *Wagner*, *NJW* 2017, 2641; *Walter*, *MedR* 2018, 213, 216 f.

219 OLG Frankfurt 6.9.2017 – 6 U 216/16, *zfs* 2017, 677 (*Diehl*).

220 Zur Bedeutung der Leidensdauer für den Umfang des Schmerzensgeldes *Ch. Huber*, *VersR* 2016, 73 ff.

221 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1049.

222 *Bredemeyer*, *ZEV* 2017, 690, 692 unter Bezugnahme auf die verwandtschaftliche Beziehung sowie sonstige Lebensstellung als Baby, Kleinkind, Jugendlicher, junger Erwachsener oder Kind im vorgerückten Erwachsenenalter. Auch das Bestehen oder Fehlen einer Haushaltsgemeinschaft spielt mE eine zentrale Rolle.

223 *Schubert*, *Karlsruher Forum* 2017, 3, 37.

3. Anknüpfung an Hilfsstatsachen für die Messung der seelischen Betroffenheit

a) Verwandtschafts- oder Ehe- bzw. Partnerschaftsverhältnis im Rahmen des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB

- 119 Im Ausgangspunkt ist zu klären, welches Verwandtschafts- oder Ehe- bzw. Partnerschaftsverhältnis typischerweise die höchste Betroffenheit auslöst. In der Schweiz wird das beim Verlust eines Ehegatten angenommen; in Österreich wird die Ansicht vertreten, dass der Verlust eines – minderjährigen – Kindes die höchste Betroffenheit auslöst, wobei darauf zu verweisen ist, dass es in Österreich zum Verlust eines Ehegatten noch keine höchstrichterliche Entscheidung für das Trauerschmerzengeld gibt.
- 120 ME ist mit *Wagner*²²⁴ davon auszugehen, dass der Verlust eines minderjährigen Kindes für die Eltern das Furchtbarste ist, was passieren kann. Das ist zwar nicht in Stein gemeißelt, aber als Ausgangspunkt plausibel. Dafür spricht auch – nicht allein – der Umstand, dass Eltern ohne das schädigende Ereignis den Tod ihres Kindes – nach der Wahrscheinlichkeit bzw. Lebenserwartung – niemals hätten hinnehmen müssen, es somit nicht bloß um eine zeitliche Vorverlagerung geht. Der Verlust eines Ehegatten bzw. Partners einer eingetragenen Lebensgemeinschaft sowie der Verlust eines Elternteils durch ein minderjähriges Kind sind in etwa gleich zu gewichten. Dabei ist zu bedenken, dass jeder Verlust schmerzlich ist, es aber für ein Kind einen Unterschied macht, ob der Elternteil im Todeszeitpunkt 40, 60, 80 oder 100 Jahre alt ist.
- 121 Sofern eine Haushaltsgemeinschaft besteht, gebührt ein höherer Betrag, als wenn keine Haushaltsgemeinschaft gegeben ist. Wenn erwachsene Kinder ihre eigene Familie gegründet haben oder einen eigenen Hausstand führen, gebührt ihnen ein geringerer Ersatz.
- 122 Bei Tötung eines Kindes, das sich im Haushaltsverbund befindet, gebührt den Eltern der höchste Zuspruch, unabhängig davon, wie alt das Kind ist. Hat das Kind die Haushaltsgemeinschaft verlassen, ist gegenüber der Tötung des im Haushalt befindlichen Kindes ein Abschlag vorzunehmen.
- 123 Bei Tötung eines Elternteils gebührt dem Kind der – relativ – höchste Betrag, wenn die Tötung in der Phase der Pubertät des Kindes erfolgt, weil das Kind sich dann am schwersten tut, damit fertig zu werden. Kleinkinder schaffen das leichter als Kinder im weiter fortgeschrittenen Alter. Beim Nasciturus oder einem Kleinkind mag man darauf verweisen, dass diese weder intellektuell noch emotional – im Zeitpunkt des Todes eines Elternteils – begreifen können, was passiert ist; sie kennen keine andere „Realität“.²²⁵
- 124 Das ist zwar zutreffend; der Zuspruch von Hinterbliebenengeld beruht in solchen Fällen freilich auf einem anderen Gedanken: Der Verlust eines – eigenen – Elternteils wirkt sich erst später aus. Selbst wenn der überlebende Elternteil (Vater oder Mutter) bzw. der Stiefelternteil, der an die Stelle des getöteten Elternteils tritt, sich redlich be-

224 NJW 2017, 2641, 2645.

225 Deshalb einen Ersatzanspruch ablehnend *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451 f.; *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411; *Schiemann*, GesR 2018, 69, 71; aA *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2645; auf die Kontroverse bloß hinweisend *Nugel*, zfs 2018, 72, 74.

müht, den leiblichen Elternteil zu ersetzen, gelingt das im Regelfall nur unvollständig; es bleibt eine seelische Wunde zurück. Das Hinterbliebenengeld soll eine Abgeltung für diese Unbill sein.

Wird ein Elternteil im vorgerückten Alter getötet, wirkt sich das mindernd aus; mag das auch am Rande der Pietät liegen, kann das damit begründet werden, dass das umso mehr gilt, je näher der durch das schädigende Ereignis verursachte Tod an der statistischen Sterbewahrscheinlichkeit des Getöteten liegt, zu dem das Kind mit diesem Schicksalsschlag fertig hätte werden müssen. Vice versa ist das Hinterbliebenengeld umso höher zu gewichten, eine je größere Zeitspanne zwischen dem Tod infolge des schädigenden Ereignisses und dem nach der statistischen Sterbewahrscheinlichkeit des jeweils Getöteten liegt.

Bei Ehegatten gebührt mE ein Zuschlag zu Beginn der Ehe, weil in dieser Phase eine besonders enge emotionale Bindung besteht, und – gegebenenfalls auch – im vorgerückten Alter, wenn die Ehegatten in besonderer Weise aufeinander angewiesen sind, sei es, dass einer den anderen pflegt bzw. Tätigkeiten verrichtet, die nur dieser kann oder die dieser zumindest besonders gut kann.

Das Alter spielt – von den geschilderten Ausnahmen abgesehen, nämlich Ehepartnern zu Beginn der Ehe oder in einem besonders fortgeschrittenen Alter der Ehepartner, Nasciturus oder Kleinkind bzw. Kind in der Pubertät oder erwachsenes Kind – grundsätzlich keine Rolle. Der Zweck des Hinterbliebenengeldes liegt darin, den Anspruchsteller durch einen Geldbetrag in die Lage zu versetzen, sich eine Annehmlichkeit zu verschaffen, um seine Trauer zu lindern, auf andere Gedanken zu kommen und schlussendlich wieder ins Normalleben zurückzukehren. Das ist bei Verarbeitung ohne seelische Erkrankung in einem überschaubaren Zeitraum möglich, weshalb das Lebensalter des Anspruchstellers grundsätzlich keine Rolle spielt.

Je länger zwischen der getöteten Person und dem Anspruchsteller kein direkter persönlicher Kontakt gegeben war, ein umso höherer Abschlag ist gerechtfertigt. Bei völliger Entfremdung gebührt schon dem Grunde nach kein Ersatz. Eine Belastung des Eltern-Kind-Verhältnisses in der Phase der Pubertät oder Abnabelung sollte zu keinen Abschlügen führen, weil das meist vorübergehende Zeitabschnitte sind; die Betroffenheit durch Unmöglichkeit einer Annäherung bzw. Versöhnung wiegt meist ebenso schwer wie die vorige Etappe, in der das Verhältnis belastet war.²²⁶

b) Sonstige engste Bezugspersonen

Bei diesen lässt sich weniger als bei dem nach § 844 Abs. 3 S. 2 BGB privilegierten Personenkreis eine Typisierung vornehmen. Am ehesten wird man Geschwistern einen Anspruch zuzugestehen haben, hat dieser auch geringer auszufallen, sofern nicht eine besonders enge Beziehung zwischen den Geschwistern gegeben war. Ein zentraler Anknüpfungspunkt ist das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft oder die Übernahme einer Elternrolle durch Bruder oder Schwester für eines der Geschwister.²²⁷

²²⁶ So der Sachverhalt in OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24, ZVR 2001/52 (Karner).

²²⁷ So in OGH 21.4.2005, 2 Ob 90/05 g, ZVR 2005/73 (Karner) = JBl 2005, 652 = ÖJZ 2005/165.

- 130 Auch bei **Großeltern** bzw **Enkelkindern** gelten ähnliche Kriterien. Generell wird man bei sonstigen engsten Bezugspersonen, so ihnen überhaupt ein Anspruch zusteht, verlangen müssen, dass sie eine besondere Gefühlsbeziehung nachweisen, die der des jeweiligen Ehepartners, Lebenspartners oder sonst privilegierten Verwandten entspricht, wobei zu beachten ist, dass zum privilegierten Kreis des § 844 Abs. 3 S. 2 BGB auch Eltern und erwachsene Kinder zählen, zwischen denen typischerweise keine Haushaltsgemeinschaft besteht. Gelingt der Nachweis einer ebensolchen besonderen emotionalen Nahebeziehung, gebührt allerdings Ersatz in eben dieser Größenordnung.

4. Detailfragen

a) Erfordernis des Empfindens

- 131 Schmerzensgeld gebührt auch bei **Zerstörung der Persönlichkeit**,²²⁸ somit auch in Fällen des Komas, in dem die verletzte Person nicht nur intellektuell keinen Zusammenhang zwischen Beeinträchtigung und Schmerzensgeld herstellen kann, sondern auch **keinen Schmerz empfindet**, soweit man das mit naturwissenschaftlichen Methoden feststellen kann. Das Schmerzensgeld kann in solchen Fällen seine genuine Funktion, dem Verletzten Erleichterungen zu verschaffen, nicht erreichen; den Zuspruch begründet der BGH unter Verweis auf die eigenständige Fallgruppe der „Zerstörung der Persönlichkeit“. Darüber hinaus erfolgt ein relativ großzügiger Zuspruch, soweit es um Fälle **kurzfristigen Überlebens** geht.²²⁹
- 132 Es stellt sich die Frage, ob es insoweit **Parallelen zwischen Schmerzensgeld und Hinterbliebenengeld** gibt oder darauf abzustellen ist, ob der Hinterbliebene tatsächlich in der Lage ist, Trauer und Kummer zu **empfinden**.²³⁰ Auf die intellektuelle Fähigkeit, einen Zusammenhang zwischen dem schädigenden Ereignis, der Tötung einer engen Bezugsperson und der dadurch erlittenen Beeinträchtigung herstellen zu können, wird man nicht abstellen dürfen. Jedoch ist es sachgerecht, den Zuspruch davon abhängig zu machen, dass **Trauer und Kummer erlebt bzw. empfunden** werden.²³¹
- 133 Ist der „potenziell“ Anspruchsberechtigte im maßgeblichen Zeitpunkt des Todes selbst im Koma oder einem Zustand so hochgradiger Demenz, dass er auch nicht annähernd begreift, was passiert ist, wäre ein **Transfer von Vermögenswerten** an ihn wenig sachgerecht. Das Hinterbliebenengeld hätte dann bloß die Funktion, weitervererbt zu werden. Ein solcher Zustand sollte aber nicht leichtfertig angenommen werden, ist doch selbst bei – leicht – dementen Personen ein gewisses Gefühl vorhanden, dass ihnen eine enge Bezugsperson abhandengekommen ist. Die **nur diffuse Wahrnehmung** mag bei der Bemessung einen **Abschlag** rechtfertigen, mag das aus Pietäts-

228 Grundlegend BGH 13.10.1992 – VI ZR 201/91, BGHZ 120, 1 = NJW 1993, 781 (*Deutsch*) = LM BGB § 847 Nr. 89 (*Schmidt-Salzer*) = VersR 1993, 893 (*Geisbauer*) = JZ 1993, 516 (*Giesen*).

229 BGH 12.5.1998 – VI ZR 182/97, BGHZ 138, 388 = NJW 1998, 2741: 1.500 EUR für einen Zeitraum von einer Stunde sowie von 14.000 EUR für einen Zeitraum von zehn Tagen. Aus letzter Zeit OLG Düsseldorf 12.10.2011 – I-18 U 216/10, BeckRS 2013, 18320: 10.000 EUR für Leidensphase von 10 Sekunden bei Absturz mit einem Fallschirm. Kritisch zu dieser Rechtsprechung, die ein „verkapptes“ Hinterbliebenengeld darstellte, *Ch. Huber*, NZV 1998, 345 ff.

230 Dafür *Nugel*, zfs 2018, 72.

231 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451; *Walter*, MedR 2018, 213, 216.

gründen auch heikel sein; wenn freilich eine **besondere Angewiesenheit** gegenüber dem Getöteten gegeben war, rechtfertigt das umgekehrt einen **Zuschlag**.

Verlangt man das Erfordernis des Empfindens von Trauer und Schmerz, stellt sich die Folgefrage, **wie lange** der Anspruchsteller die getötete Person überlebt haben muss. Ganz kurze Zeiträume von **wenigen Minuten oder Stunden** werden dafür mE nicht genügen; umgekehrt wird man aber nicht verlangen dürfen, dass der Hinterbliebene das Geld (noch) sinnvoll ausgeben hätte können; darauf kommt es wie beim Schmerzensgeld nicht an. Eine **kurze Überlebenszeit** ist als **Abschlag bei der Bemessung** zu berücksichtigen. 134

b) Hinterbliebenengeld für den Nasciturus oder eine Person im Kleinkindalter

Eine **Person im Kleinkindalter** kann – ähnlich wie eine **Person im Koma** oder im **Zustand schwerer Demenz** – jedenfalls intellektuell keinen Zusammenhang herstellen zwischen einem von einem Ersatzpflichtigen zu verantwortenden Verhalten und der Tötung eines Angehörigen. Während bei der im Koma befindlichen Person gute Gründe bestehen, ein Hinterbliebenengeld zu versagen, und es beim Demenzkranken darauf ankommt, ob er wahrnehmen kann, dass eine ihm vertraute Person nicht mehr – für ihn – da ist, gibt es gute Gründe, sowohl dem Nasciturus als auch dem **Kleinkind** ein Hinterbliebenengeld zuzusprechen,²³² sofern der Vater nicht nur Zahlvater war.²³³ 135

Die Auswirkungen der fehlenden engsten Bezugsperson, meist werden es die Eltern sein, sind zwar mitunter, insbesondere beim Nasciturus, **nicht sogleich spürbar**, sondern erst **später**; aber es fehlt solchen Angehörigen ein Leben lang etwas, präziser **jemand**, nämlich die leibliche Mutter oder der leibliche Vater, was durch den überlebenden Elternteil bzw. den Stiefelternteil nie vollständig ersetzt werden kann. Mag auch die **immaterielle Einbuße** erst später eintreten, ist es beim Hinterbliebenengeld ähnlich wie beim Schmerzensgeld, bei dem auch künftige, vorhersehbare Einbußen schon zeitnah zum schädigenden Ereignis abgegolten werden. Einen Anspruch zu versagen, weil § 844 Abs. 3 BGB nur den Verlust – vorhandener – persönlicher Nähe abgelten will, nicht aber deren Fehlen von Anfang an,²³⁴ ist mE nicht überzeugend und auch vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Auch die schweizerische Rechtsprechung bejaht einen solchen Anspruch.²³⁵ 136

c) Tod nach langer Leidensdauer oder Ungewissheit

Es gibt Konstellationen, in denen eine Person zunächst **schwer verletzt** wird und eine **längere Zeit** hindurch mit dem eigenen Leben ringt, selbst nicht loslassen kann oder die lebenserhaltenden Maschinen – einige Zeit hindurch – eingeschaltet bleiben, obwohl die Lage völlig aussichtslos ist. Für die Angehörigen wird diese **Leidensphase des „Moribundus“** gewiss – auch in ideeller Hinsicht – häufig sehr **belastend** sein. Allein, der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, lediglich Trauer und Kummer im Fall des Todes abzugelten. 137

232 AA Steenbuck, r+s 2017, 449, 451.

233 Nur insofern zutreffend *Burmam/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411.

234 *Schiemann*, GesR 2018, 69, 71.

235 *BernerKomm/Brehm* Art. 47 Rn. 151 a und b.

- 138 Eine ähnliche Situation kann sich ergeben, wenn eine Person Opfer eines Gewaltverbrechens ist, zunächst aber weder der Täter noch die Leiche ausgeforscht werden.²³⁶ Schon und gerade in dieser Phase ist die psychische Belastung – nicht zuletzt wegen der Ungewissheit – enorm groß. Stellt sich dann heraus, dass die vermisste Person tot ist, wird die Leiche gefunden und erfährt man schlussendlich auch, wer der Mörder war, lässt womöglich die psychische Belastung sogar nach.
- 139 Es würde nun an menschenverachtenden Zynismus grenzen, wenn der Ersatzpflichtige beim schlussendlich eintretenden Tod bzw. der späteren Kenntnis der Angehörigen von diesem sich damit entlasten könnte, dass die Hinterbliebenen all ihre Trauer schon in der Verletzungsphase erlitten hätten, so dass der Tod – auch ihnen – mehr Erleichterung als Kummer, jedenfalls keine zusätzliche Trauer beschert habe.²³⁷
- 140 Dass das OEG das für sozialrechtliche Entschädigungsleistungen als maßgeblich ansieht,²³⁸ hat für das Schadenersatzrecht keine Präjudizwirkung. ME ist es eine bedauerlichere rechtspolitische (Fehl-)Entscheidung des Gesetzgebers, in den Fällen schwer(st)er Verletzungen den Angehörigen keine Abgeltung für ihre Unbill einzuräumen. Das kann aber nicht dazu führen, den Hinterbliebenen bei einer längeren Leidensphase, die dem Tod vorausgegangen ist, gar keinen oder einen stark reduzierten Ersatzbetrag zuzubilligen.
- 141 Es mag durchaus Fälle geben, bei denen die Betroffenheit der Angehörigen in der Leidensphase des schlussendlich Verstorbenen so groß war, dass der Tod von diesen als Erleichterung empfunden wird, namentlich wenn die Angehörigen in die Pflege eingebunden waren. In solchen Fällen ist aber nicht auf den tatsächlichen „Gemütszustand“ abzustellen; vielmehr hat eine normative Korrektur dergestalt stattzufinden, dass eine Bemessung so vorzunehmen ist, als ob der Verstorbene unmittelbar vorher verletzt worden wäre und keine derart lange Leidensphase durchgemacht hätte.
- 142 Sollte der Gesetzgeber bei einer Evaluierung in fünf Jahren eine Entschädigung auch für Fälle schwerster Verletzung vorsehen, ist es durchaus diskutabel, das in der Verletzungsphase bezogene Angehörigenschmerzengeld wie in der Schweiz – dort Angehörigengenußung genannt – auf die Entschädigung im Todesfall nach Billigkeit anzurechnen.²³⁹
- 143 Verwiesen wird zudem darauf, dass in solchen Fällen schon deshalb kein Hinterbliebenengeld gebührt, weil der Verletzte selbst Anspruch auf Schmerzensgeld hatte, das bei seinem Tod vererbt wird.²⁴⁰ Auch wenn das zutrifft, kann ein Hinterbliebenengeld nicht pauschal versagt werden, schon gar nicht a priori, wenn zwischen der Verletzung und dem Tod mehr als sechs Monate liegen.²⁴¹ Eine solch pauschalierende

236 LSG Sachsen-Anhalt 20.4.2017 – L 7 VE 3/14, BeckRS 2017, 121444.

237 In diesem Sinn *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411.

238 LSG Sachsen-Anhalt 20.4.2017 – L 7 VE 3/14, BeckRS 2017, 121444: Keine Sozialleistung, wenn die psychische Erkrankung bereits durch Verschwinden der Tochter ausgelöst wurde, nicht erst durch Auffinden der Leiche.

239 ZüricherKomm/Landolt, Vorbemerkungen zu Art 47/49 OR Rn. 56 ff.

240 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692.

241 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411, die den Zurechnungszusammenhang wie beim Schockschaden auf 6 Monate eingrenzen. Einerseits ist das für den Schockschaden unzutreffend; andererseits wird dafür keine Belegstelle angegeben, sondern nur auf die Regulierungspraxis verwiesen, die insoweit nach Gutsherrenart vorgeht und berechtigte Ansprüche versagt.

Betrachtung ist dem Haftungsrecht fremd. Zu betonen ist, dass der Schmerz des Verletzten und die Trauer der Hinterbliebenen zwei unterschiedliche Bereiche sind, die zu getrennten Ansprüchen führen,²⁴² ganz abgesehen davon, dass der Kreis der Erben und der der anspruchsberechtigten Hinterbliebenen nicht deckungsgleich ist.

ME ist eher der umgekehrte Schluss zu ziehen: Das Schmerzensgeld des Verletzten, das für diesen nicht mehr widmungsgemäß verwendet werden kann, wurde bisher als „verkapttes Hinterbliebenengeld“ angesehen und deshalb großzügig bemessen, um eine gesetzliche Lücke mithilfe einer Notkonstruktion weniger drastisch erscheinen zu lassen. Da es aber nun ein Hinterbliebenengeld gibt, das sich an der Trauer und Betroffenheit der Hinterbliebenen orientiert, wäre es durchaus sachgerecht, das Schmerzensgeld des Verletzten in solchen Fällen und in dem Ausmaß geringer zu bemessen, in dem das Schmerzensgeld seine eigentliche Funktion, dem Verletzten Annehmlichkeiten zu verschaffen, nicht mehr erfüllen kann. 144

Der BGH wird seine Rechtsprechung zur Zerstörung der Persönlichkeit nicht aufgeben; denkbar wären aber maßvollere Zusprüche sowohl in solchen Fällen als auch bei nur kurzfristigem Überleben einer Person²⁴³. Der Gesetzgeber hat mit § 844 Abs. 3 BGB eine Norm geschaffen, mit der die Betroffenheit bei den Personen zu einer Entschädigung führt, bei denen sie tatsächlich gegeben ist. 145

d) Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. Kaufkraftparität

Das Schmerzensgeld ist – anders als der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse²⁴⁴ – von den Vermögens- und Einkommensverhältnissen sowohl des Anspruchstellers als auch des Ersatzpflichtigen unabhängig. Das muss entsprechend auch für das Hinterbliebenengeld gelten.²⁴⁵ 146

Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob wesentlich unterschiedliche Kaufkraftparitäten von Angehörigen, die im Ausland leben, zu einer Anpassung führen sollen. Das ist mE wie beim Schmerzensgeld zu bejahen.²⁴⁶ In der Schweiz waren gerade solche Fälle²⁴⁷ Auslöser für eine Korrektur, weil es als „stoßend“, somit anstößig, empfunden wurde, dass Menschen in Staaten mit viel geringerem Kaufkraftniveau in nominell gleicher Höhe wie in der Schweiz lebende Hinterbliebene entschädigt würden, weil die Entschädigungsleistung bei diesen dann nicht mehr Trauer und Kummer ausgleichen, sondern zu einer ungerechtfertigten Bereicherung führen würde.²⁴⁸ Auch für Deutschland wird zutreffen, dass eine Absenkung eher praktisch sein wird als eine Aufwertung, ist doch das Kaufkraft- und Einkommensniveau in den allermeisten Staaten dieser Welt (wesentlich) geringer als in Deutschland. 147

242 Steenbuck, r+s 2017, 449, 452.

243 Dafür bereits Ch. Huber, NZV 1998, 345 ff.

244 Dazu Ch. Huber, NZV 2005, 620 ff. Der Wohnsitz eines Kleinbürgers wird – anders als in concreto der Zweitwohnsitz der Verletzten in der Schweiz – für die behindertengerechte Ausgestaltung keine sechsstellige Summe erfordern.

245 Stellungnahme des DAV S. 4; Jaeger, VersR 2017, 1041, 1054 mit dem zusätzlichen Hinweis, dass diese auch beim Schädiger grundsätzlich keine Rolle spielen dürfen.

246 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 949.

247 BG 10.1.1997, BGE 123 III 10; 6.12.1999, BGE 125 II 554.

248 Ch. Huber, NZV 2006, 169 ff.

e) **Ausgleich oder Genugtuung – Bedeutsamkeit des Verschuldens des Schädigers**

- 148 Je nach dogmatischer Begründung des Hinterbliebenengeldes als Ausprägung des Ausgleichs- oder Genugtuungsgedankens spielt das Verschulden eine unterschiedliche Rolle. Es finden sich völlig konträre Positionen; die einen begründen das Hinterbliebenengeld allein unter Bezugnahme auf das **Ausgleichsprinzip**,²⁴⁹ manche ausschließlich auf den **Genugtuungsgedanken**.²⁵⁰ Der Genugtuungsgedanke allein kann schon deshalb nicht tragfähig sein, weil Hinterbliebenengeld auch in den Fällen der **Gefährdungshaftung** gebührt, bei der die Genugtuungskomponente, somit die Sühneleistung dafür, was der Täter infolge seines subjektiv vorwerfbaren Verhaltens dem Opfer angetan hat, keine Rolle spielen kann. ME gelten beim **Hinterbliebenengeld** entsprechende Regeln wie beim **Schmerzensgeld**:
- 149 Es dominiert jedenfalls das **Ausgleichsprinzip**.²⁵¹ Es geht um die **Abgeltung von Trauer und Kummer** der Hinterbliebenen. Selbst wenn ein besonders qualifiziertes Verschulden gegeben ist, etwa bei einem heimtückischen Mord, kann häufig ein höherer Zuspruch unter Bezugnahme auf das **Ausgleichsprinzip** begründet werden, ist doch die Betroffenheit der Hinterbliebenen dann gerade deshalb besonders hoch.²⁵² Das Verschulden sollte aber grundsätzlich keine Rolle spielen. Es gilt wie beim **Schmerzensgeld**, dass kein Prozess um das Verschulden geführt werden soll, um noch eine Schippe mehr zu erhalten.²⁵³
- 150 Nur bei besonders qualifiziertem Verschulden, also grober oder gröbster Fahrlässigkeit bzw. Vorsatz, ist es mE diskutabel, das besonders verpönte Verhalten des Schädigers mit einem Zuschlag zu sanktionieren,²⁵⁴ was freilich die eigentliche Zielsetzung der Genugtuung, **Sühne des jeweiligen Täters**, dann nicht bewirken kann, wenn eine **Haftpflichtversicherung** einstandspflichtig ist, mag infolge des Trennungsprinzips deren Ersatzpflicht bei der Bemessung auch auszuklammern sein. Da bei vorsätzlichem Verhalten typischerweise der Risikoabschluss des § 103 VVG greift, trifft dann der „Genugtuungszuschlag“ wenigstens den Täter selbst.

f) **Bedeutsamkeit der Steuerungsfunktion – ökonomische Analyse des Rechts, Tod soll nicht ohne Sanktion sein**

- 151 Namentlich die Vertreter der ökonomischen Analyse des Rechts²⁵⁵ begründen das Hinterbliebenengeld unter Bezugnahme auf die **Präventions- bzw. Steuerungsfunktion** des Privatrechts. So sei nicht einzusehen, dass der Schädiger bei **Verletzung** einer Person eine beträchtliche Geldsumme an Ersatz leisten müsse, im Fall der **Tötung** aber keine vergleichbare Sanktion gegeben sei. Die Rechtsordnung müsse nach dem ökonomischen Kalkül einen Anreiz für sorgfältiges Verhalten setzen, wozu auch die **Anordnung der Pflicht zur Leistung eines Hinterbliebenengeldes** diene.²⁵⁶

249 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 451: Anders als Schmerzensgeld hat das Hinterbliebenengeld keine Genugtuungsfunktion.

250 *So Müller*, VersR 2017, 321, 325; *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 410.

251 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1042; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 947; *Nugel*, zfs 2018, 72, 77 f.

252 Zutreffend Stellungnahme des DAV 5.

253 NK-BGB/Ch. Huber § 253 Rn. 29.

254 Zur Zurückdrängung in den letzten Jahrzehnten eindrucksvoll *Lepa*, FS-G. Müller (2009) 113 ff.

255 *Wagner*, FS-Stürner (2013) I 231 ff.; *ders.*, NJW 2017, 2641, 2645; *Schwintowski*, in: Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi § 4 Rn. 3 f.

256 *Wagner*, FS-Stürner (2013) I 231 ff.

Dieser Gedankengang ist freilich allein im mikroökonomischen Modell zwingend; in der – rauen – Lebenswirklichkeit wird man kaum den empirischen Nachweis führen können, dass auch nur ein Bürger sich einen Deut sorgfältiger verhält, weil bei Tötung einer Person bei einem zurechenbaren Verhalten vom Ersatzpflichtigen nunmehr ein Hinterbliebenengeld zu zahlen ist, das noch dazu so gut wie immer seine Haftpflichtversicherung leistet, so dass sich die Auswirkungen im Regelfall im Verlust des Schadensfreiheitsrabatts erschöpfen.²⁵⁷ 152

Abgesehen davon, dass von derart geringen Ersatzbeträgen wie dem Hinterbliebenengeld kaum ins Gewicht fallende Sorgfaltsanreize ausgehen werden, würde – jedenfalls nach dem theoretischen Konzept der ökonomischen Analyse – dem Präventionsprinzip stärker Rechnung getragen, wenn eine pauschale Ersatzpflicht an ein schädigendes Ereignis geknüpft würde, wie das im englischen Recht der Fall ist, bei dem dann die Hinterbliebenen um die Aufteilung des „Hinterbliebenengeldkuchens“ streiten müssen. 153

Zu verweisen ist aber darauf, dass sich der deutsche Gesetzgeber – zu Recht – für ein abweichendes Konzept entschieden hat, bei dem es dem Ausgleichsprinzip entsprechend auf die Einbuße beim jeweils betroffenen Angehörigen ankommt.²⁵⁸ Auch eine weitere Schlussfolgerung, die aus dem Präventionsprinzip abgeleitet wird, trägt nicht, nämlich die Begründung der Versagung von Ersatz in den Fällen schwerer bzw. schwerster Verletzung, weil in solchen Fällen ohnehin eine Sanktion gegeben sei.²⁵⁹ Ist die Abgeltung der jeweiligen immateriellen Einbuße der maßgebliche Gesichtspunkt, kommt es allein auf diese an. Dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, bei einer schwer(st)en Verletzung des Primäröpfers eine immaterielle Einbuße der Sekundäröpfer ohne Gesundheitsverletzung entschädigungslos zu belassen, steht freilich auf einem anderen Blatt. 154

Die Ablehnung der Bedeutsamkeit des Präventionsprinzips wirkt sich allerdings de lege lata in der Weise aus, dass damit nicht begründet werden kann, dass sich der hinterbliebene Angehörige das geerbte Schmerzensgeld des Verstorbenen anrechnen lassen muss.²⁶⁰ Denn insoweit geht es um die Abgeltung von unterschiedlichen immateriellen Einbußen,²⁶¹ was auch nicht durch Bezugnahme auf das Präventionsprinzip überspielt werden darf. 155

5. Transparenz der Bemessung

Dem schweizerischen Recht ist eine Differenzierung zwischen Basisgenugtuung und Feinjustierung geläufig.²⁶² Die Basisgenugtuung erfasst die typisierenden Umstände wie die Intensität der Gefühlsbeziehung zwischen bestimmten Personen, die Feinjustierung führt dann zu Zu- oder Abschlägen, die besonderen Umständen Rechnung tragen. 156

257 Ebenso die Einschätzung bei *Slyzek*, IMM-DAT Rn. 303.

258 *Frank*, FamRZ 2017, 1640, 1641 f.

259 So aber *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2642.

260 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 411; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 692; aA zum Schockschaden *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 44.

261 So auch *Luckey*, Personenschaden Rn 1545 j.

262 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 370; *BernerKomm/Brehm* Art. 47 Rn. 62 ff.

- 157 Erhöhend können sich auswirken das Miterleben des Todes, die Art der Tötung, die namentlich bei einer Straftat besondere Bitterkeit hervorrufen kann, die Angewiesenheit auf die verstorbene Person,²⁶³ namentlich bei minderjährigen Kindern oder älteren Menschen, oder besondere subjektive Veranlagungen bei der Bewältigung von Trauer.²⁶⁴
- 158 Ein Abschlag ist geboten, wenn keine Haushaltsgemeinschaft besteht bzw. der Kontakt zwischen den privilegierten Familienangehörigen, etwa Eltern und erwachsenen Kindern, kein besonders intensiver war. Da die Höhe des Hinterbliebenengeldes sich zwar am Einzelfall orientieren soll, aber auch der Regulierungsaufwand sich in erträglichen Grenzen halten muss, soll die Subjektivierung nicht auf die Spitze getrieben werden.²⁶⁵
- 159 Wenn eine pathologische Störung hinzukommt, wird im schweizerischen Recht ein weiterer Zuschlag gewährt.²⁶⁶ Wenn der deutsche Gesetzgeber sich vorgestellt hat, dass Hinterbliebenengeld und Schockschaden dann in einer Globalsumme ausgeworfen werden sollen, mag man durchaus so verfahren. Entscheidend ist freilich, dass das gesamte Spektrum von Kummer und Trauer einerseits und darüber hinausgehender seelischer Erkrankung andererseits angemessen abgegolten wird. Der entscheidende Punkt ist nicht die Rundung nach oben oder unten; bedeutsam ist vielmehr die Nachvollziehbarkeit des Bemessungsvorgangs.
- 160 Wird dieser im Rahmen der richterlichen Entscheidungsfindung nicht offengelegt, besteht die Gefahr, dass das mit der Entscheidung befasste Gericht eine solche rationale Aufspaltung in einzelne Bemessungskomponenten nicht vornimmt, sondern den Ersatzbetrag über den Daumen peilt. Durch eine Vermengung unterschiedlicher Schadensposten in einem Globalbetrag wird die Nachvollziehbarkeit erschwert.²⁶⁷ Zudem sind die Bemessungs- bzw. Kürzungsansätze bei Schockschaden und Hinterbliebenengeld nicht völlig identisch.²⁶⁸

6. Anpassung an die Inflation

- 161 Derzeit bewegt sich die Inflation auf mäßigem Niveau. Das war nicht immer so und muss auch nicht so bleiben. Selbst bei mäßiger Inflation findet im Laufe der Jahre aber eine beträchtliche Geldentwertung statt. Deshalb ist es geboten, die Ersatzbeträge an die Geldentwertung anzupassen. Im Zweifel sollte eine Bindung an den Verbraucherpreisindex vorgenommen werden; und zwar bei Referenzentscheidungen unter Bezugnahme auf das Datum der Erstentscheidung in Annäherung an die letzte mündliche Verhandlung im Verfahren 1. Instanz. Dieser Grundsatz, der vom OGH²⁶⁹

263 Steenbuck, r+s 2017, 449, 452.

264 Nugel, zfs 2018, 72, 77.

265 So auch Schiemann, GesR 2018, 69, 72: Wert und Rang der persönlichen Beziehung sind in einer objektiven, nachvollziehbaren Weise zu erfassen.

266 BG 11.3.1986, BGE 112 II 118: Fall Hunter, 40.000 SFR Hinterbliebenengeld, zusätzlich 20.000 SFR Schmerzensgeld auf Basis eines Schock- bzw. Fernwirkungsschadens.

267 So freilich auch die Rechtsprechung in Österreich; Nachweise → Teil 2 § 1 Rn. 93.

268 Näheres dazu → Rn. 186 ff.

269 Prototypisch OGH 24.8.2011, 3 Ob 128/11 m, ZVR 2012/129 (Ch. Huber).

in Österreich ausdrücklich ausgesprochen worden ist, gilt für Deutschland entsprechend; und zwar sowohl für das Schmerzensgeld als auch das Hinterbliebenengeld.²⁷⁰

IX. Ersatzform: nur Kapital oder auch Rente

Beim Hinterbliebenengeld geht es im Regelfall darum, dem Hinterbliebenen einen Geldbetrag zur Verfügung zu stellen, damit er im Rahmen der Trauerarbeit sich Annehmlichkeiten leisten, etwa eine größere Reise unternehmen kann, um über den Verlust einer engsten Bezugsperson hinwegzukommen. Schon dieser Umstand spricht für eine Ersatzleistung in Kapitalform. 162

Dazu kommt, dass selbst in Ausnahmefällen, in denen die immaterielle Einbuße eines Kleinkindes abgegolten werden soll, weil es einen leiblichen Elternteil verloren hat, was sich – womöglich – erst in einer späteren Lebensetappe auswirkt, so dass insoweit eine Rente angemessen sein könnte, die Ersatzbeträge so geringfügig sind, dass eine Auszahlung in Rentenform auch deshalb ausscheidet.²⁷¹ Selbst bei gravierenden Verletzungen lehnt die Rechtsprechung monatliche Renten unter 100 EUR ab, weil der Verletzte das nicht mehr als Erleichterung wahrnimmt und zudem ein unverhältnismäßiger Regulierungsaufwand gegeben ist.²⁷² Das Argument der ungünstigen Vermögensverhältnisse beim Schädiger, die die Auszahlung in Rentenform rechtfertigen soll,²⁷³ ist wenig überzeugend, kann der Anspruchsteller doch aus einem urteilsmäßig zuerkannten Kapitalbetrag 30 Jahre lang Zwangsvollstreckung betreiben. 163

X. Nur im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung²⁷⁴

Schon mit der Bezeichnung „Hinterbliebenengeld“ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er lediglich Angehörigen von getöteten Personen eine Abgeltung für deren seelisches Leid zubilligen will, nicht aber solchen bei schwer(st)er Verletzung; Jaeger²⁷⁵ bezeichnet das zu Recht als „kleine Lösung“. Man könnte das noch deutlicher als „kleinmütige Lösung“ taxieren.²⁷⁶ Diejenigen, die der Einführung der neuen Regelung an sich skeptisch gegenüberstehen,²⁷⁷ billigen diese Einschränkung, weil es ansonsten zu einer „unabsehbaren Ausuferung des Anspruchs“ käme und Abgrenzungsschwierigkeiten nicht zu bewältigen seien.²⁷⁸ Zudem würden die betroffenen Angehörigen vom Schmerzensgeld des primär Verletzten profitieren. Wenn Frank²⁷⁹ darauf verweist, dass bei der Anhörung im Bundestag kein Sachverständiger sich für eine Ersatzpflicht auch bei schwer(st)er Verletzung ausgesprochen hat, trifft das zu; allerdings könnte das auch damit zusammenhängen, dass womöglich gerade 164

270 Dazu Karner, FS-Danzl (2017) 87 ff., wo sämtliche Werte in aufgewerteter Form wiedergeben werden.

271 Ähnlich Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 412; Wegen des bloß symbolischen Charakters bloß Kapital.

272 NK-BGB/Ch. Huber, § 253 Rn. 128; Wenker, NZV 2014, 241, 244.

273 Steenbuck, r+s 2017, 449, 452; Rente, wenn ungünstige Vermögensverhältnisse beim Schädiger eine Streckung nahelegen, so bei einkommensschwachen und nicht versicherten Schädigern.

274 Zum Folgenden Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 930 ff.

275 VersR 2017, 1041, 1049.

276 Kritisch auch Katzenmeier, JZ 2017, 869, 874; Frank, FamRZ 2017, 1640, 1641; Diebl, zfs 2017, 681, 683; Walter, MedR 2018, 213, 216 f.

277 Müller, VersR 2017, 321, 323; Stellungnahme Deutscher Richterbund 4; Stellungnahme des GDV 6.

278 BT-Drs. 18/11397, 9; Steenbuck, r+s 2017, 449, 451.

279 FamRZ 2017, 1640, 1641.

die Sachverständigen eingeladen worden sind, bei denen absehbar war, dass sie sich positiv zu der vom BMJ vorgeschlagenen Regelung äußern würden.²⁸⁰

- 165 **Abgrenzungsschwierigkeiten** sind durchaus gegeben, sind aber dem Zivilrecht so immanent wie das Amen in der Kirche, ganz abgesehen davon, dass die Abgrenzung auch beim Schockschaden bewältigt werden muss.²⁸¹ Konsens besteht darüber, dass das **seelische Leid** der Hinterbliebenen im Fall einer **schwer(st)en Verletzung größer** ist als im **Tötungsfall**. Prototypisch sei auf die **junge Witwe** verwiesen, die bei Tötung des – ungefähr gleich alten – Ehemanns geraume Zeit später wieder heiratet und ein erfülltes (Ehe-)Leben führt, während sie dann, wenn sie das Eheversprechen mit dem schwerverletzten Ehepartner („bis der Tod uns scheidet“) Ernst nimmt, ein noch viele Jahre dauerndes Leben damit zubringt, sich um den zum Pflegefall gewordenen Ehemann zu kümmern, wodurch sie deutlich stärker belastet ist als durch den Kummer in der Zeitspanne zwischen dem Tod des Ehemanns bis zum Kennenlernen eines neuen Partners.
- 166 Bei **Kindern** verhält es sich ähnlich, wenn die gesamte Aufmerksamkeit einem schwerverletzten und in häuslicher Pflege befindlichen Elternteil zuteil wird mit der Folge, dass die an sich für Aktivitäten mit den Kindern vorgesehene Zeit nicht mehr für diese zur Verfügung steht. Kinder werden aber eines Tages erwachsen und verlassen den Haushalt, so dass ihre immaterielle Beeinträchtigung zeitlich geringer ist als die der pflegenden Ehefrau.
- 167 Es sollte zu denken geben, dass das **schweizerische Höchstgericht**²⁸² die gesetzgeberische Regelung, die lediglich eine **Hinterbliebenengenugtung** in Art. 47 OR vorsah, um Fälle der **Verletztengenugtung** unter Berufung auf Art. 49 OR ergänzte. Dass die **Verletztengenugtung** in der Schweiz – zu Recht – **deutlich höher** ist als die **Hinterbliebenengenugtung**,²⁸³ ist Ausdruck dieses zutreffenden Befunds; hinzukommen entsprechende Ansprüche bei der Militärversicherung und im Opferhilferecht. Auch der OGH²⁸⁴ judiziert beim Schockschaden so, wobei sich die Literatur²⁸⁵ einig ist, dass beim Trauerschmerzengeld ebenso zu verfahren sei.²⁸⁶
- 168 Worauf die Befürworter der Begrenzung auf den Tötungsfall hinweisen, dass nämlich das **Schmerzengeld des Verletzten** mittelbar auch den **Angehörigen** zugutekomme, führt ebenso zu einer – bestenfalls – **halben Lösung**, abgesehen davon, dass diese Meinung abzulehnen ist.

280 Zum Petition der Ausdehnung auf den Verletzungsfall *Cb. Huber*, NZV 2012, 5, 8 ff.; *ders.*, NZV 2017, Editorial Heft 3.

281 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 874 Fn. 91 unter Hinweis auf BGH 5.2.1985 – VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390; BGH 10.2.2015 – VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246.

282 BG 11.3.1986, BGE 112 II 118.

283 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 589.

284 OGH 26.6.2007, 1 Ob 88/07h, ZVR 2008/77 (*Karner*); OGH 8.6.2010, 4 Ob 71/10k, ZVR 2011/5 (*Kathrein*); OGH 13.6.2012, 2 Ob 136/11f, ZVR 2012/204 (*Karner*).

285 *Karner/Koziol*, Gutachten 15. ÖJT (2003) II/1, 88 ff.; *Hinghofer-Szalkay/Prischinig*, ZVR 2008, 444 ff.; *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 217 ff.; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 98; *Cb. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 923.

286 Dazu OGH 2.2.2006, 2 Ob 18/06w, *ecolex* 2007/144 (*Prischinig*); OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06v, Zak 2007/521 = JBI 2007, 791; OGH 18.11.2017, 2 Ob 189/16g, Zak 2018/60; jeweils Abweisung, weil es an grober Fahrlässigkeit fehlt hat, nicht aber, weil bei schwer(st)er Verletzung kein Anspruch bestünde.

Wird den Angehörigen im Verletzungsfall ein eigener Anspruch eingeräumt, wäre es deren seelisches Leid, das zu bemessen wäre.²⁸⁷ Plausibel könnte es allerdings sein, eine **Begrenzung des Personenkreises auf die Haushaltsangehörigen** vorzunehmen, die entweder den Verletzten pflegen oder von dessen schwerer Verletzung besonders in Mitleidenschaft gezogen sind wie etwa minderjährige Kinder, denen dadurch im Rahmen der Erziehung weniger Aufmerksamkeit zuteilwird. 169

Es bleibt *de lege lata* nach deutschem Recht daher bei einer schwer(st)en Verletzung des Primäröpfers dabei, dass der betroffene Angehörige eine **eigene (seelische) pathologische Veränderung** nachweisen muss. Als ein im Mutterleib befindliches Kind wegen eines Schocks der Mutter nach einer Verletzung des Vaters, der unter Lebensgefahr drei Wochen bewusstlos war, mit einem Hirnschaden auf die Welt gekommen ist, hat der BGH²⁸⁸ einen Ersatzanspruch bejaht. ME sind die **Grenzwerte** sowohl beim Primär- als auch beim Sekundäröpfers deutlich tiefer anzusetzen. 170

Es ist zwischen **zwei Fallgruppen** zu unterscheiden, nämlich der durch die Nachricht über die Verletzung ausgelösten seelischen Beeinträchtigung und den immateriellen Einbußen der Angehörigen infolge einer lang andauernden Krankheit oder Behinderung des primär Verletzten. *Karner*²⁸⁹ hat zum österreichischen Recht mE zu Recht darauf hingewiesen, dass es bezüglich der durch die Nachricht ausgelösten **seelischen Beeinträchtigung** lediglich auf eine **ex-ante-Betrachtung** ankommt. Soweit erkennbar hat die deutsche Judikatur²⁹⁰ immaterielle Beeinträchtigungen, die erst durch die Pflege bei den Angehörigen entstehen – anders als der OGH in Österreich²⁹¹ – bisher als nicht ersatzfähig angesehen. Auch diese restriktive Position erscheint überprüfungsbedürftig, gerade auf der Basis der subjektiv-konkreten Schadensbetrachtung. 171

Bei dauernden Beeinträchtigungen, namentlich den **Auswirkungen der Impotenz des verletzten Ehemannes auf die Ehefrau**, zeigt sich, dass die Schweiz²⁹² – zu Recht – lustbetonter ist als Deutschland²⁹³ und auch Österreich,²⁹⁴ und auch eine solche Beeinträchtigung als schwerwiegend ansieht. Abgesehen von diesem – jedenfalls für viele Lebensetappen nicht ganz unmaßgeblichen – Detailaspekt wäre mE zu erwägen, ob es bei einem Dauerzustand beim Anspruch des Sekundäröpfers nicht so sehr auf die Schwere der Verletzung des Primäröpfers ankommt, sondern vielmehr auch auf die **Dauer der Beeinträchtigung** und deren **Auswirkung für das Zusammenleben**. So hat namentlich der OGH²⁹⁵ im Rahmen von Schockschäden Kindern den Ersatz immateriellen Schadens zuerkannt, weil diese eine Zeit hindurch die Mutter oder beide Eltern entbehren mussten. 172

287 *Diehl*, zfs 2017, 681, 683.

288 BGH 5.2.1985 – VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390.

289 FS-Danzl (2017) 87, 104.

290 Dazu OLG Koblenz 8.3.2017 – 5 U 768/14, BeckRS 2017, 127336.

291 OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06 v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791.

292 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 544 unter Hinweis auf BGE 112 II 226.

293 Zuletzt OLG Köln 22.12.2015 – 5 U 135/15, VersR 2016, 796.

294 *Landolt*, FS-Jaeger (2014) 355, 362 unter Einbeziehung Österreichs; vgl. freilich die danach ergangene Entscheidung OGH 22.5.2014, 2 Ob 70/14 d, Zak 2014/511: Abweisung des Begehrens; kritisch dazu *Ch. Huber*, in *Schwimann*, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 146.

295 OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; 12.6.2003, 2 Ob 111/03t, ZVR 2004/26.

- 173 Angesichts der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers ist eine Korrektur im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung durch den BGH einerseits nicht zu erwarten, andererseits aber auch auf absehbare Zeit unzulässig.²⁹⁶ Allenfalls käme eine Korrektur durch das BVerfG wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz in Betracht. Das schweizerische BG hat eine richterliche Korrektur über 100 Jahre nach der Einführung einer Norm, die den Ersatz eines immateriellen Schadens der Angehörigen nur im Tötungsfall vorsah, korrigiert und auf Fälle schwerer Verletzung erweitert.²⁹⁷ Realistischer gegenüber dem Zuwarten über einen sehr langen Zeitraum, um an die Vorgabe des historischen Gesetzgebers nicht mehr gebunden zu sein, erscheint demgegenüber eine gesetzgeberische Korrektur im Rahmen der Evaluierung der Norm fünf Jahre nach deren Einführung.²⁹⁸

XI. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch

- 174 Aus der Platzierung des Anspruchs auf Hinterbliebenengeld im Kontext des bisherigen § 844 Abs. 2 BGB ist abzuleiten, dass der Anspruch des Hinterbliebenen zwar dessen eigener Anspruch ist, aber in mancherlei Hinsicht doch Abhängigkeiten zu dem Anspruch aufweist, den der Getötete hätte, wäre er nicht getötet, sondern nur verletzt worden. Die Rechtsfolgen verlaufen somit grundsätzlich parallel zum Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 BGB bzw. zum Schmerzensgeldanspruch wegen eines Schockschadens. Ausnahmsweise gelten aber Sonderwertungen:

1. Parallelen zum Schockschaden – Mitverschulden oder Zurechnung der Betriebsgefahr des Primäröpfers

a) Erfordernis einer Gesamtbetrachtung bei Mitverschulden bzw. Betriebsgefahr von Primär- und Sekundäropfers

- 175 Die Hinterbliebenen müssen sich eine Kürzung wegen Mitverschuldens des Primäropfers oder der diesem zuzurechnenden Betriebsgefahr gefallen lassen. Ob man dafür auf § 846 BGB verweist²⁹⁹ oder sich auf § 242 BGB beruft,³⁰⁰ führt zu keinem unterschiedlichen Ergebnis; die Regelung des Hinterbliebenengeldes in § 844 BGB spricht für die unmittelbare Anwendung von § 846 BGB, der ausdrücklich auf § 844 BGB Bezug nimmt. Neben einer Berücksichtigung von Zurechnungsgründen, die beim Getöteten zu einer Reduktion des Anspruchs geführt hätten, ist beim Schockschaden anerkannt, dass darüber hinaus auch Belastungsmomente in der Sphäre des Anspruchstellers nach § 254 BGB zusätzlich in Ansatz zu bringen sind. Bei Tötung eines Kindes kommt etwa die Verletzung der Aufsichtspflicht der Eltern in Betracht.
- 176 Bei Berücksichtigung des Mitverschuldens des Getöteten und eines zusätzlichen eigenen Mitverschuldens der Hinterbliebenen ist zu beachten, dass es dabei zu keiner me-

296 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 404; *Walter*, MedR 2018, 213, 216 f.; vorsichtiger *Nugel*, zfs 2018, 72, 73: Insoweit dürfte eine Analogie ausscheiden.

297 Einführung einer dem Art. 47 OR entsprechenden Norm bereits 1875; Korrektur durch BG 22.4.1986, BGE 112 II 220.

298 *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 874.

299 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2646 § 846 unter Bezugnahme auf RG 15.1.1938 – VI 168/37, RGZ 157, 11; BGH 11.5.1971 – VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 = NJW 1971, 1883.

300 *Küppersbusch/Höher*, Rn. 306.

chanischen Addition der beiden Mitverschuldensanteile kommen darf.³⁰¹ Ein argumentum ad absurdum soll das verdeutlichen: Wenn sowohl beim **Getöteten** als auch beim **Hinterbliebenen** 50 % Mitverschulden angenommen wird, käme man bei schlichter Addition dazu, dass kein Anspruch gegeben wäre. Bei einem entsprechenden Belastungsmoment auf Seiten des Schädigers kann das keinesfalls das richtige Ergebnis sein. Das zeigt, dass eine **Gesamtbetrachtung** geboten ist, in der die Belastungsmomente auf Seiten des Getöteten und des Hinterbliebenen einerseits und des Schädigers andererseits einander gegenübergestellt werden müssen.³⁰² Dass eine solche Betrachtung für jeden einzelnen Hinterbliebenen anzustellen ist und demgemäß zu einer jeweils unterschiedlichen Gewichtung führen kann, versteht sich von selbst.

Wenn darauf hingewiesen wird, dass das **Mitverschulden** bzw. die Betriebsgefahr wie beim Schmerzensgeld **nicht strikt** zu berücksichtigen ist, sondern dieser Umstand nur einer unter mehreren Bemessungsfaktoren ist,³⁰³ ist das zwar zutreffend. Diese Vorgehensweise ist freilich schon für das Schmerzensgeld zu kritisieren³⁰⁴ und gilt beim Hinterbliebenengeld in entsprechender Weise. Es ist jedenfalls der Transparenz des Bemessungsvorgangs förderlich, wenn die **Kürzung** wie bei einem **Vermögensschaden** nach strikten Grundsätzen vorgenommen wird. 177

b) Tod als Folge des Verstoßes gegen Schadensminderungspflicht des Primäröpfers

Eine besondere Betrachtung ist angezeigt, wenn ein **Mitverschulden** des **Getöteten** zu seinem Tod geführt hat, er ohne dieses Mitverschulden aber verletzt überlebt hätte.³⁰⁵ Nach einer überzeugend begründeten neueren OGH-Entscheidung³⁰⁶ ist eine Gegenrechnung dergestalt aufzumachen, dass der Hinterbliebene sich das Mitverschulden insoweit nicht entgegenhalten lassen muss, als die **Belastung des Schädigers im Verletzungsfall** höher gewesen wäre. 178

Das wird so gut wie immer der Fall sein, weil das Schmerzensgeld des Verletzten typischerweise höher ist als der Schockschaden oder das Hinterbliebenengeld der sekundär Geschädigten; allenfalls bei einer hohen Zahl sekundär Geschädigter, einem getöteten Elternteil mit besonders vielen Kindern, mag es ausnahmsweise anders sein. 179

Da es aber nicht auf die **sachliche Kongruenz einzelner Schadensposten**, sondern den **globalen rechnerischen Schaden** ankommt, sind sämtliche Vermögenspersonenschäden in diese Differenzrechnung einzubeziehen.³⁰⁷ Und dann ist kaum jemals vorstellbar, dass die Belastung des Schädigers im Tötungsfall per Saldo höher ausfällt: Der **Unterhaltersatz** ist gegenüber dem **Erwerbsschaden** immer geringer; dazu kommt, dass es bei einer **Tötung** keine (weiteren) **Heilungskosten** und **vermehrten Bedürfnisse** gibt. In concreto³⁰⁸ ging es um eine verweigerte Blutkonserve durch eine Zeugin Je- 180

301 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 408.

302 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 943 f.

303 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 452.

304 NK-BGB/Ch. Huber, § 253 Rn. 33 f.; ähnlich *Küppersbusch/Höber*, Rn. 283: Weder einleuchtend noch praktikabel.

305 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 942.

306 OGH 31.8.2016, 2 Ob 148/15 a, ZVR 2017/92 (*Ch. Huber*).

307 Die Gesamtrechnung ist vergleichbar mit der eines Regressanspruchs der gesetzlichen Unfallversicherung bei grober Fahrlässigkeit des Arbeitgebers nach § 110 SGB VII.

308 OGH 31.8.2016, 2 Ob 148/15 a, ZVR 2017/92 (*Ch. Huber*).

hovas, was nach einer bei einem Verkehrsunfall erlittenen Verletzung zu ihrem Tod geführt hat, während sie bei Verabreichung mit einer Beinamputation überlebt hätte; bedeutsamer werden in der Praxis aber Fälle sein, in denen der Verunfallte gestorben ist und nicht bloß verletzt wurde, weil er beim Motorrad keinen Sturzhelm trug oder im Auto nicht angeschnallt war. Es ist kein Grund ersichtlich, das vom OGH entwickelte Judiz nicht auch für das deutsche Recht zu übernehmen.

c) Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall

- 181 Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob die **Haftungsersetzung** der §§ 104 ff. SGB VII bei einem Arbeitsunfall dazu führt, dass den Hinterbliebenen kein Schmerzensgeld im Rahmen des Schockschadens und in weiterer Folge auch kein Hinterbliebenengeld zusteht.³⁰⁹ Nach dem Konzept des vom Getöteten abgeleiteten Anspruchs wäre es folgerichtig, einen solchen Anspruch zu versagen.³¹⁰ Das hat der DAV³¹¹ unter Berufung auf eine BGH-Entscheidung des 3. Senats³¹² auch postuliert. Übersehen hat er freilich, dass es eine gegenteilige, einen Schockschaden in Bezug auf Schmerzensgeld bejahende BGH-Entscheidung des 6. Senats³¹³ gibt.³¹⁴ Eine solche Judikaturdivergenz ist an sich misslich. Insoweit kann aber für das Hinterbliebenengeld nichts anderes gelten als für den Schockschaden. Und im Zweifel wird man sich insoweit an der BGH-Entscheidung des 6. Senats zu orientieren haben, hat dieser doch auf diesem Gebiet die größere Sachkompetenz und damit auch die höhere Autorität.³¹⁵
- 182 *Burmahn/Jahnke*³¹⁶ plädieren hingegen für eine Versagung des Hinterbliebenengeldes und begründen dies damit, dass bei diesem anders als bei einem Schockschaden kein **absolut geschütztes Rechtsgut** der mittelbar Geschädigten beeinträchtigt werde und der Zweck der Haftungsprivilegierung es gebiete, die Regelungen der §§ 104 ff. SGB VII auf das Hinterbliebenengeld zu erstrecken. Ersteres ist eine *petitio principii*; in § 844 Abs. 3 BGB hat der Gesetzgeber in einem speziellen Kontext, nämlich bei Tötung einer Person, zu der eine besondere emotionale Nahebeziehung bestand, **Trauer und Leid** zu einem **absolut geschützten Rechtsgut** erklärt – daher auch die Regelung im Deliktsrecht. Warum der Sinn und Zweck des Haftungsausschlusses der §§ 104 ff. SGB VII in Bezug auf Schockschaden und Hinterbliebenengeld ein unterschiedlicher sein soll, wird man kaum begründen können.
- 183 Auch die weiteren Argumente von *Burmahn/Jahnke*³¹⁷ vermögen nicht zu überzeugen: Es müsste dann ein **Arbeitskollege** Ersatz leisten, was dieser im Rahmen des in-

309 Immerhin wird in dem Bericht der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit 2015 (2016) 32 für das Jahr 2015 eine Zahl von 639 tödlichen Arbeitsunfällen angegeben.

310 So auch OGH 21.4.2005, 2 Ob 82/05 f, ZVR 2005/110 (*Kathrein*); OGH 28.1.2009, 1 Ob 259/08 g, SZ 2009/14 = Zak 2009/217; *Ch. Huber*, in Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 145; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 107.

311 Stellungnahme des DAV 9.

312 BGH 8.3.2012 – III ZR 191/11, NZS 2012, 546.

313 BGH 6. 2. 2007 – VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*).

314 Ebenso die Rechtslage in der Schweiz, so *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 151, 184.

315 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 944.

316 NZV 2017, 401, 408.

317 Ebenda.

nerbetrieblichen Schadensausgleichs nicht immer auf den Arbeitgeber überwälzen könne; zudem könnte es sein, dass der Arbeitgeber nicht haftpflichtversichert ist, dessen Haftpflichtversicherung die Deckung solcher Schäden nicht umfasst oder er ohne Haftpflichtversicherung insolvent ist, so dass dann der schädigende Arbeitnehmer mitunter beträchtlichen Ersatz zu leisten hätte. All das trifft zu; warum das freilich beim Schockschaden hinzunehmen sei, nicht aber beim Hinterbliebenengeld, dafür gibt es mE keine überzeugenden Gründe.

Darüber hinaus wurde in Erwägung gezogen, dass eine betriebliche Altersversorgung des getöteten Arbeitnehmers, die den Angehörigen im Todesfall zugutekommt, etwa eine Lebensversicherung, den Anspruch auf Hinterbliebenengeld, das letztlich der Arbeitgeber zu tragen hätte, konsumiert bzw. auf dieses anzurechnen sein soll.³¹⁸ Diesbezüglich ist freilich das gewünschte Ergebnis der Vater des Gedankens; zu beachten ist, dass die betriebliche Altersversorgung der materiellen Absicherung der Familienangehörigen dient, das Hinterbliebenengeld jedoch die immaterielle Einbuße der Hinterbliebenen ausgleichen soll, so dass es insoweit an der sachlichen Kongruenz fehlt, ganz abgesehen davon, dass der Kreis der aus einer betrieblichen Altersversorgung Begünstigten nicht identisch ist mit den nach § 844 Abs. 3 BGB Anspruchsberechtigten.

Bei einem Dienstoffall eines Beamten vertreten *Burmann/Jahnke*³¹⁹ unter Bezugnahme auf den in § 46 Abs. 2 BeamtVG geregelten Haftungsausschluss die Ansicht, dass ein Anspruch von Schockschäden und Hinterbliebenengeld nicht in Betracht komme. Die angeführten Entscheidungen belegen das freilich nicht.³²⁰ Zu verweisen ist darauf, dass § 46 Abs. 2 Ziff. 2 BeamtVG – ähnlich wie § 333 Abs. 3 ASVG im österreichischen Recht – den Haftungsausschluss in den Fällen begrenzt, in denen es zu einem Unfall bei Teilnahme am allgemeinen Verkehr kommt; Zielsetzung ist offenbar die „Durchgriffsmöglichkeit“ auf den Kfz-Haftpflichtversicherer. Aber auch außerhalb dieses Bereichs sprechen mE die besseren Gründe für einen Gleichklang mit dem Arbeitsunfall von Arbeitnehmern mit der Rechtsfolge, dass die Hinterbliebenen sowohl einen Schockschaden als auch Hinterbliebenengeld gegenüber dem Dienstherrn geltend machen können.

2. Unterschiede zum Schockschaden

a) Unterlassene Therapie

Genannt wird für die Kürzung eines Anspruchs wegen eines Schockschadens wegen Mitverschuldens auch das Unterlassen von zumutbaren Therapiemaßnahmen, wenn

318 BeckOGK/Witschen, BGB § 618 Rn. 174.

319 NZV 2017, 401, 408 f.

320 In der Entscheidung OLG Celle 5.6.2007 – 16 U 103/06, OLGR Celle 2007, 548 wurde ein Anspruch versagt, weil die Beeinträchtigung die Schwelle für die Ersatzfähigkeit eines Schockschadens nicht überschritten hatte. Die Entscheidung OLG Celle 21.8.2002 – 9 U 13/02, OLGR 2002, 231 lehnte einen Anspruch auf Ersatz eines Schockschadens eines Hinterbliebenen gegen den Dienstherrn zwar ab, betonte aber die Parallele zwischen § 46 Abs. 2 BeamtVG und § 104 SGB VII; sie erging zudem vor der Entscheidung BGH 6.2.2007 – VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395 = SVR 2008, 20 (*Luckey*). Die Entscheidung BGH 19.3.2013 – VI ZR 174/12 erging zu keinem Anspruch auf Ersatz eines Schockschadens, sondern äußerte sich lediglich zum Regress des Dienstherrn, der bei einem Unfall bei Teilnahme am Verkehr gemäß § 46 Abs. 2 Ziff. 2 BeamtVG weiter reicht als nach den §§ 104 ff. SGB VII.

dadurch die seelische Erkrankung in ihrem Ausmaß oder ihrer zeitlichen Erstreckung begrenzt hätte werden können.³²¹ Dabei wurde mE bisher zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Kosten einer solchen Therapie der Schädiger tragen muss, so dass insoweit ein Saldo zu bilden wäre. Dazu kommt, dass in Bezug auf die Annahme eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht Zurückhaltung geboten ist. Anders als bei physiologisch fassbaren Krankheiten wie einem Beinbruch ist es bei seelischen Beschwerden durchaus unwägbar, ob das Schlucken von Psychopharmaka bzw. die Couch des Psychiaters tatsächlich eine Besserung bewirkt. Die Beweislast trifft insoweit den Schädiger. Die Privatautonomie des Betroffenen ist mE gebührend zu respektieren.³²²

- 187 Der entscheidende Punkt ist aber der, dass es beim Hinterbliebenengeld nicht um die Abgeltung von Schmerzen bei pathologischen Zuständen geht, sondern um die Linderung seelischen Leids. Dieses ist aber unabhängig von der Inanspruchnahme von Therapiemaßnahmen gegeben, so dass die Unterlassung der Inanspruchnahme einer Therapie sich keinesfalls anspruchsmindernd auswirken kann.³²³

b) Anfälligkeit des Geschädigten

- 188 Beim Schockschaden wird die besondere Anfälligkeit des Geschädigten mitunter mindernd in Ansatz gebracht.³²⁴ ME ist das schon für den Schockschaden unzutreffend, weil der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, und nicht geltend machen kann, einen Gesunden geschädigt zu haben.³²⁵ Jedenfalls unangebracht ist das aber beim Hinterbliebenengeld, bei dem es um die pauschale Abgeltung seelischen Leids geht.

XII. Verhältnis des Schockschadens zum Hinterbliebenengeld

1. Entschädigungsniveau im Verhältnis zum Hinterbliebenengeld

- 189 Durch Einführung eines Hinterbliebenengeldes sollte jedenfalls eine Abgeltung für Trauer und Betroffenheit ohne pathologische Beeinträchtigung erfolgen; darüber hinaus führt die Neuregelung des § 844 Abs. 3 BGB zu einem Ersatz bei einer pathologischen seelischen Störung, die aber – nach derzeitiger Rechtsprechung – die Schwelle für eine Ersatzfähigkeit des Schockschadens nicht erreicht. Verwiesen wird darauf, dass es durch Hinterbliebenengeld und Schmerzensgeld wegen eines Schockschadens nicht zu einer – stets verpönten – Doppelentschädigung kommen soll.³²⁶ Das ist jedoch nicht der Fall, weil Leid und Kummer bisher nicht abgegolten worden sind.
- 190 Außer Streit steht, dass jemand, der eine seelische Erkrankung in dem Ausmaß erleidet, wofür er bisher Schmerzensgeld wegen Schockschadens erhielt, einen höheren Ersatz erhalten muss als eine Person ohne seelische Erkrankung, bei der es allein um

321 BGH 10.2.2015 – VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (Burmam).

322 Dazu OGH 28.3.2017, 2 Ob 48/16x, Zak 2017/280: In concreto kein ausreichendes Vorbringen, sehr wohl aber der Hinweis: Wenn das Opfer nicht will, dann ist eine solche Maßnahme sinnlos.

323 Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 408; Bredemeyer, ZEV 2017, 690, 692.

324 BGH 11.11.1997 – VI ZR 376/96, NJW 1998, 810, 813; BGH 30.4.1996 – VI ZR 55/95, NJW 1996, 2425.

325 Zuletzt OLG Frankfurt aM 6.9.2017 – 6 U 216/16, zfs 2017, 677 (Diehl).

326 Walter, MedR 2018, 213, 217.

die Abgeltung von Trauer und Betroffenheit geht. Da aber schon die immaterielle Beeinträchtigung von Trauer und Betroffenheit abgegolten werden soll, ist der Schluss keineswegs zwingend, dass in solchen Fällen das Hinterbliebenengeld im Schockschaden aufgeht³²⁷ und die Abgeltung für einen solchen Schockschaden im bisherigen Ausmaß auch die Obergrenze für solche Fälle in Zukunft bildet.

An folgendem Fall lässt sich das prototypisch verdeutlichen: In der ersten Phase reichen die psychischen Kräfte des Hinterbliebenen aus, um eine seelische Krankheit abzuwenden, er empfindet aber **Kummer und Trauer**. Dafür steht ihm **Hinterbliebenengeld** zu. In einer späteren Phase kommt es aber infolge der Tötung einer engen Bezugsperson zum Ausbruch einer seelischen Erkrankung in einem Ausmaß, das nach bisheriger Rechtsprechung den Zuspruch von **Schmerzensgeld wegen Vorliegens eines Schockschadens** rechtfertigt. Dann muss es für diese Beeinträchtigung eine zusätzliche Abgeltung geben.³²⁸ Ob die Phasen sich nacheinander ereignen oder überlagern, kann mE keinen signifikanten Unterschied machen.

ME bietet die Neuregelung des § 844 Abs. 3 BGB Anlass, die **Stimmigkeit der Schockschadensrechtsprechung** in Bezug auf die Höhe der zuerkannten Schmerzensgeldbeträge zu überprüfen.³²⁹ Wenn behauptet wird, dass der Gesetzgeber an der bisherigen Schockschadenrechtsprechung nichts ändern wollte,³³⁰ ergibt sich das aus den Materialien keinesfalls mit gebotener Deutlichkeit, ganz abgesehen davon, dass der Gesetzgeber die dogmatischen Details nicht mit ausreichender Sachkunde beurteilen konnte. Sofern es um einen **Vermögensschaden** geht, der im Rahmen des Schockschadens ersetzt wird, ist die entstandene Einbuße in vollem Umfang ersatzfähig und nicht bloß mit einem nach Billigkeit zu kürzenden Anerkennungsbetrag. Warum bei einer **immateriellen Einbuße anders verfahren** werden soll, dafür gibt es keine sachlichen Gründe.³³¹

Die Zurückhaltung bei der Bemessung beruht vielmehr auf dem – nicht offengelegten – Vorverständnis, dass einem „**ordentlichen Bürger**“ so etwas nicht passiert, weil er „**seine Nerven im Griff**“ hat,³³² ganz abgesehen davon, dass die Abgeltung immaterieller Beeinträchtigungen in Geld stets als problematisch angesehen wird, und das noch mehr, wenn man sich nicht nur Schmerzen, sondern sogar Trauer „in Geld abkaufen lässt“. Löst man sich freilich von diesem **unzutreffenden Vorverständnis**, wäre es folgerichtig, auch bei Schockschäden Schmerzensgeld in dem Ausmaß zuzusprechen, das gebühren würde, wenn der **Anspruchsteller unmittelbar eine psychische Be-**

327 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407, 410; *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 452.

328 So auch *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407: Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld führt nicht dazu, dass der Anspruch auf einen Schockschaden ausgeschlossen ist.

329 Vorsichtig in diese Richtung *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2645: Hinweis darauf, dass die Aufwertung des Immaterialschadenersatzes bei Todesfällen gewollt ist, was auch eine maßvolle Erhöhung der Entschädigungssummen bei Schockschäden trägt; ebenso *Katzenmeier*, JZ 2017, 869, 876; *Schiemann*, GesR 2018, 69, 72 Fn. 43; skeptisch *Müller*, VersR 2017, 321, 324.

330 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407: Veränderung des Anspruchs auf Ersatz von Schockschäden durch Gesetzesreform erklärtermaßen nicht gewollt; ebenso *Nugel*, zfs 2018, 72, 76.

331 *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 46.

332 Vgl. dazu *Staudinger/Schiemann*, § 249 Rn. 43: Schadensanfälligkeit führt vielfach erst zu einem Schockschaden, sowie Rn. 46: Diese Betrachtungsweise ist noch zu sehr von der Vorstellung geprägt, dass seelische Erkrankungen ein Zeichen mangelnder „Selbstbeherrschung“ seien.

einträchtigung erlitten hätte oder die psychische Beeinträchtigung Folge einer Körperverletzung wäre.³³³

- 194 Auch die Differenzierung zwischen dem Miterleben eines Unfalls, dem **Schockschaden im engeren Sinn**, und dem **Fernwirkungsschaden**, also der psychischen Beeinträchtigung durch die Übermittlung der Nachricht vom Tod einer nahestehenden Person, bezieht sich lediglich auf die **Beweisebene**; steht aber fest, dass durch das rechtswidrige Verhalten des Schädigers bei einem Hinterbliebenen eine psychische Krankheit im Sinne des § 844 Abs. 3 BGB adäquat verursacht wurde, gebührt ihm für das Ausmaß der Beeinträchtigung eine **gleich hohe Entschädigung**.³³⁴

2. Schockschaden, bloß Zugabe zum Hinterbliebenengeld? – Einheitliche oder getrennte Bemessung

- 195 Vorgestellt hat sich der Gesetzgeber, dass im Fall eines Schockschadens **kein getrennter Ausweis** von Hinterbliebenengeld und Schockschaden für die immaterielle Beeinträchtigung erfolgen soll. Das mag man so handhaben unter Einschluss der Rundung der Ersatzbeträge, sofern der **Bemessungsvorgang** ausreichend **transparent** erfolgt. Die besseren Gründe würden mE aber dafür sprechen, beide Ansprüche getrennt auszuweisen, wie das etwa in der Schweiz erfolgt.³³⁵ Dafür spricht der Umstand, dass im Detail **unterschiedliche Bemessungs- bzw. Kürzungsansätze** bestehen:
- 196 Beim Schockschaden wird – wenn auch zu Unrecht – die **Anfälligkeit des Anspruchstellers als Dämpfungskriterium** berücksichtigt;³³⁶ ebenso eine Vergrößerung des Schadens, weil der **Anspruchsteller keine therapeutischen Maßnahmen** ergriffen hat, um den Schaden zu mindern.³³⁷ Beide Umstände spielen beim Hinterbliebenengeld keine Rolle. Werden **mehrere engste Bezugspersonen** getötet, kommt es beim Ersatz des Schmerzensgeldes im Rahmen des Schockschadens auf das Ausmaß der dadurch hervorgerufenen seelischen Schmerzen an. Das Hinterbliebenengeld stellt demgegenüber auf die **Abgeltung von Trauer und Kummer** für den Verlust der jeweiligen Person ab.³³⁸ Nur bei – jedenfalls gedanklich – getrennter Ermittlung von Schockschaden und Hinterbliebenengeld können diese Details Beachtung finden. Bei Aufgehen des Hinterbliebenengeldes im Schockschaden besteht indes die Gefahr, dass diese **Besonderheiten nicht gebührend berücksichtigt** werden.
- 197 Zum **Verhältnis von Hinterbliebenengeld und Schockschaden** ist in der Schweiz zu beobachten, dass die Hinterbliebenengenugtuung, das Äquivalent zum Hinterbliebenengeld, dominiert und Fälle, in denen wegen einer psychischen Erkrankung eine weitere Entschädigung **zuerkannt** wird, selten sind.³³⁹ Das ist umso eher angemessen,

333 Staudinger/Schiemann, § 249 Rn. 46: Keine der drei Einschränkungen der Rechtsprechung für den Ersatz von Schockschäden ist daher berechtigt, Angehörigeneigenschaft beim Schockschaden im engeren Sinn, besonders hohe Schwelle und Dauerhaftigkeit der Beeinträchtigung. Ähnlich kritisch Staudinger/Hager, § 823 B 34 f.

334 Staudinger/Schiemann, § 249 Rn. 44.

335 Prototypisch die Entscheidung Hunter: BG 11.3.1986, BGE 112 II 118: 40.000 SFR Hinterbliebenengeld, zusätzlich 20.000 SFR Schmerzensgeld auf Basis eines Schock- bzw. Fernwirkungsschadens.

336 → Rn. 188.

337 → Rn. 186.

338 → Rn. 98.

339 → Teil 2 § 2 Rn. 20.

je mehr über Trauer und Kummer hinaus auch – gewisse geringfügige – seelische Erkrankungen, die mit dem Tod eines nahestehenden Angehörigen verbunden sind, pauschal mit abgegolten werden und je höher das **Entschädigungsniveau des Hinterbliebenengeldes** ist. Eine solche Sichtweise mag allerdings dem **Postulat der subjektiv-konkreten Schadensberechnung** widersprechen, weil auf diese Weise auch Anspruchsteller eine Abgeltung für geringfügige seelische Erkrankungen erhalten, die diese gar nicht erleiden.

Aus **pragmatischer Sicht** spricht für das schweizerische Modell, dass auf diese Weise **198 beträchtlicher Regulierungsaufwand eingespart** wird: Die Anspruchsteller müssen sich nicht „produzieren“, um den Nachweis einer seelischen Erkrankung zu inszenieren. Die Leistung eines angemessenen Hinterbliebenengeldes durch den Ersatzpflichtigen wirkt sich meist förderlich auf die **Atmosphäre bei der Regulierung** anderer Schadensposten aus. Die Darlegungslast und der Beweiserhebungsaufwand für das nach Hilfsstatsachen zu bemessende Hinterbliebenengeld sind deutlich geringer als für das „echte“ Schmerzensgeld. Jedenfalls können die **Kosten für ein medizinisches Sachverständigengutachten** eingespart werden. Die außerordentlich restriktive Schockschadenrechtsprechung des BGH lässt sich damit zwar nicht zur Gänze rechtfertigen, aber es wäre bei einer angemessenen Höhe des Hinterbliebenengeldes, die etwa nach dem Vorbild Österreichs – derzeit – in einer Bandbreite zwischen 9.300 und 24.000 EUR liegt, durchaus stimmig, dass jedenfalls im Tötungsfall **Schmerzensgeld für Schockschäden nur bei ganz außergewöhnlichen Folgen** zuerkannt wird.

Da sich nicht verlässlich vorhersagen lässt, welchen Weg die Rechtsprechung beschreiten wird, soll der Anspruchsteller bzw. dessen Anwalt im Zweifel sowohl **199 das Hinterbliebenengeld als auch den Schockschaden** geltend machen, entweder getrennt oder in einer Summe, die beide Ansprüche zusammenfasst.³⁴⁰ Bei einem **Abfindungsvergleich** sollte der Ersatzpflichtige darauf achten, dass durch eine **verglichene Summe beide Ansprüche** erfasst werden.³⁴¹

3. Fälle des Schockschadens ohne Anspruch auf Hinterbliebenengeld

Da ein Anspruch auf Hinterbliebenengeld nur bei Tötung einer Person, nicht aber bei **200 schwerer Verletzung** gegeben ist, bleibt die **Schockschadenrechtsprechung** weiterhin jedenfalls im **Verletzungsfall** allein bedeutsam.³⁴² Dazu kommt, dass bei Schockschäden häufig auch **Vermögensschäden** hervorgerufen werden, die in Summe mitunter deutlich mehr ausmachen als die Abgeltung für die immaterielle Beeinträchtigung, mögen die Vermögensschäden auch durch sachlich kongruente Leistungen Dritter überlagert werden, so dass sie nicht so sehr im Fokus der Hinterbliebenen stehen. Schließlich gebührt Hinterbliebenengeld nicht bei einer **Vertragsverletzung**, so dass auch insoweit Ersatz nur mithilfe des Nachweises einer qualifizierten seelischen Erkrankung im Rahmen des Schockschadens in Betracht kommt.

340 AA *Schiemann*, GesR 2018, 69, 73: Nicht zu verlangen, dass der Geschädigte zusätzlich zur Entschädigung für die Gesundheitsverletzung ein besonderes Hinterbliebenengeld verlangt.

341 Dazu OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15 s, ÖJZ 2016/39 (Ch. Huber).

342 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 407.

XIII. Restliche Detailfragen

1. Fälligkeit

201 Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld ist mit dem Tod des Primäröpfers fällig.³⁴³

2. Übertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit

202 Es besteht Einigkeit, dass der Anspruch auf Hinterbliebenengeld als Geldforderung nicht höchstpersönlich ist.³⁴⁴ Daraus folgt, dass er übertragbar ist, somit unter Lebenden abgetreten werden kann. Es ist dann folgerichtig, dass er auch – wie ein Schmerzensgeldanspruch – gepfändet werden kann.³⁴⁵

203 Umstritten ist indes, ob er vererblich ist. Wenn Abtretung und Pfändung möglich sind, wäre es kaum einzusehen, warum die Rechtsnachfolge von Todes wegen verneint werden sollte. *Burmann/Jahnke*³⁴⁶ begründen die fehlende Vererblichkeit durch eine Bezugnahme auf den Anspruch wegen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der sachlichen Rechtfertigung allein mithilfe der Genugtuung; selbst eine gerichtliche Geltendmachung soll nicht ausreichend sein, sondern erst ein rechtskräftiges Urteil. Wie oben (→ Rn. 38 ff.) ausgeführt, ist das schon deshalb unzutreffend, weil der Anspruch auch bei Ansprüchen aus der Gefährdungshaftung besteht, es bei dieser aber per definitionem keine Genugtuung geben kann. Auch der Gesetzgeber betont die Ausgleichskomponente, mag Trauer und Betroffenheit auch schwer messbar sein und diesbezüglich an Hilfstarsachen angeknüpft werden müssen.

204 Insoweit ist eine dem Schmerzensgeld vergleichbare Interessenlage gegeben. Da wie dort soll es keinen unwürdigen Lauf zu Gericht geben; stellt man auf den Zeitpunkt eines rechtskräftigen Urteils ab, hätte der Anspruchsinhaber die Durchsetzung des Anspruchs noch weniger in der Hand, wobei zu bedenken ist, dass in manchen Fällen schon die Klärung der Haftung dem Grunde nach wie namentlich bei der Arzthafnung oft sehr lange dauert.³⁴⁷ Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld ist somit vererblich.³⁴⁸ Wenn beim Schmerzensgeld dieses bei dem für die Verfahrenshilfe maßgeblichen Einkommen ausgeklammert wird,³⁴⁹ muss das auch für das Hinterbliebenengeld gelten.

205 Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob bei Tötung mehrerer Angehöriger auch der Anspruch auf Hinterbliebenengeld des einen getöteten Angehörigen wegen der Tötung des anderen Angehörigen vererbt wird. Praktisch ist das, wenn bei einem Verkehrsunfall beide Eltern schwer verletzt werden und im engsten zeitlichen Naheverhältnis zunächst der Vater und dann die Mutter verstirbt oder umgekehrt. Dann steht dem Kind sowohl für den Tod des Vaters als auch der Mutter ein Hinterbliebenengeld zu. Ist zunächst der Vater verstorben, kommt in Betracht, dass das Kind auch

343 *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 693.

344 So auch *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 404.

345 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 452; *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 693.

346 NZV 2017, 401, 412 f.; diesen folgend *Bredemeyer*, ZEV 2017, 690, 693.

347 *Walter*, MedR 2018, 213, 218.

348 *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2646 unter Hinweis auf die andere Rechtsnatur als bei einem Anspruch wegen Persönlichkeitsverletzung: BGH 29.4.2014 – VI ZR 246/12, BGHZ 201, 45 = NJW 2014, 2871 = JZ 2014, 1053 (*Schubert*); so auch jüngst auch BGH 23.5.2017 – VI ZR 261/16, NJW 2017, 3004 = JZ 2018, 42 (*Schack*).

349 OLG Saarbrücken 25.2.2014 – 4 W 9/14, FamRZ 2014, 1725.

den Anspruch auf Hinterbliebenengeld der Mutter wegen der Tötung des Vaters erbt. Das ist freilich davon abhängig, ob die Voraussetzungen für den Anspruch auf Hinterbliebenengeld beim überlebenden Elternteil gegeben sind. Voraussetzung dafür ist, dass der überlebende Elternteil Trauer und Betroffenheit empfunden hat. Das ist einerseits dann zu verneinen, wenn der überlebende, schwer verletzte Elternteil im Koma lag, aber auch dann, wenn zwischen dem Tod des einen Elternteiles und dem des anderen Elternteils ein ganz kurzer Zeitraum lag.³⁵⁰

3. Teil des Zugewinnausgleichs

Wie der Schmerzensgeldanspruch fällt der Anspruch auf Hinterbliebenengeld grundsätzlich in den Zugewinnausgleich.³⁵¹ Das ist in Bezug auf beide Ansprüche wenig sachgerecht, weil der andere Ehegatte an diesem Vermögenswert, nämlich der Abgeltung für Schmerzen bzw. Leid und Betroffenheit eines Angehörigen, auch nicht irgendwie verdienstlich mitgewirkt hat. Es ist deshalb eine Reform des § 1374 Abs. 2 BGB geplant (gewesen),³⁵² dass solche Forderungen vom Zugewinnausgleich ausgeklammert werden sollen. Konsequenterweise gilt das dann für das Schmerzensgeld ebenso wie für das Hinterbliebenengeld.

4. Versicherungsschutz

Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld ist jedenfalls ein Schadenersatzanspruch. Bedeutsam ist diese Qualifikation auch für die Deckung des Schadenersatzanspruchs der Hinterbliebenen gegen den Versicherungsnehmer oder Mitversicherten durch deren Haftpflichtversicherung. In der Kfz-Haftpflichtversicherung ist eine solche Deckung zwingend gegeben. Bei freiwilligen Haftpflichtversicherungen unter Einschluss der Fahrerversicherung ist das grundsätzlich ebenso, es sei denn, es ist ein Ausschluss in den allgemeinen Versicherungsbedingungen ausreichend transparent vereinbart.³⁵³

*Burmann/Jahnke*³⁵⁴ verweisen darauf, dass der Gesetzgeber Leistungen des Haftpflichtversicherers im Auge habe, prägend somit der pflichtversicherte und damit solvante Schädiger sei. Der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass auch bei einer freiwilligen Haftpflichtversicherung der Anspruchsteller das ihm zustehende Hinterbliebenengeld bei Insolvenz des Schädigers gegen dessen Haftpflichtversicherung in vollem Umfang durchsetzen kann, weil § 157 VVG ein gesetzliches Recht des Geschädigten auf abgesonderte Befriedigung vorsieht.

5. Auswirkungen auf die Versicherungsprämien

Der Gesetzgeber³⁵⁵ geht von folgenden Zahlen pro Jahr aus: 3.000 Tote im Straßenverkehr, 1.500 durch ärztliche Kunstfehler,³⁵⁶ 500 durch Mord oder Totschlag sowie ca 1.000 weitere. Bei durchschnittlich vier Hinterbliebenen ergibt das 24.000 Haf-

350 So wohl auch *Wagner*, NJW 2017, 2641, 2646. Näheres dazu → Rn. 134.

351 *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 452.

352 <https://www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung>.

353 *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 413.

354 NZV 2017, 401, 413.

355 BT-Drs. 18/11397, 10.

356 Diese Zahl als realistisch einstuftend *Andreas*, ArztR 2017, 117, 120.

tungsfälle. Bei Annahme einer durchschnittlichen Ersatzleistung von 10.000 EUR kommt er auf eine Belastung der Ersatzpflichtigen von jährlich 240 Mio. EUR und zieht daraus die zutreffende Schlussfolgerung, dass unvertretbare Prämien erhöhungen dadurch nicht zu befürchten seien.

- 210 In der Literatur wird namentlich von Anwälten der Haftpflichtversicherer³⁵⁷ eine durchschnittliche Belastung von 10.000 EUR für viel zu hoch angesehen. Aber selbst wenn das zutrifft, liegt die Belastung der Haftpflichtversicherer deutlich darunter, weil nicht bei jedem Unfall ein Haftungstatbestand gegeben ist, so etwa wenn der Fahrzeugführer gegen einen Baum fährt und der schuldhaft handelnde Fahrzeugführer außerhalb der Fahrerversicherung keinen Anspruch hat, Ansprüche wegen Mitverschuldens gekürzt werden und bei vorsätzlichen Kriminalstraftaten wie auch sonst bei vorsätzlichem Verhalten gemäß § 103 VVG ein Risikoausschluss besteht.
- 211 Der Entwurf des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz³⁵⁸ hat für die damalige Ausgestaltung der vorgeschlagenen Regelung, die von der nun Gesetz gewordenen nicht signifikant abweicht, errechnet, dass in der Kfz-Haftpflichtversicherung der Aufwand für das Hinterbliebenengeld 0,2 % des gesamten Schadensaufwands aus Sach- und Personenschaden bzw. 0,55 % des Aufwands für Personenschäden beträgt. Wenn *Burmann/Jahnke*³⁵⁹ darauf verweisen, dass es Haftpflichtversicherungsschutz nicht umsonst gebe und dies Auswirkungen auf die Prämien habe, so dürfte die tatsächliche Mehrbelastung eher im homöopathischen Unschärfebereich der Prämienkalkulation liegen; dazu kommt, dass durch die Kappung der Umsatzsteuer bei der fiktiven Sachschadensabrechnung in § 249 Abs. 2 S. 2 BGB, die dramatische Kürzung der Mietwagenkosten sowie die Reduzierung der Stundenverrechnungssätze in den letzten 15 Jahren sich Einsparungen in zigfacher Höhe ergeben haben, ohne dass sich das in einer Prämienreduktion niedergeschlagen hat.
- 212 Versicherungsprämien sind nämlich nicht nur von Schadenaufwand und Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung abhängig, sondern in hohem Maß von den Erträgen der Veranlagung der Rücklagen sowie vom Wettbewerb zwischen den Anbietern. Und so mancher Versicherer nimmt Verluste bei der Kfz-Haftpflichtversicherung in Kauf, wenn der gewonnene Kunde dann eine gewinnträchtige andere Versicherung bei eben dieser Versicherung abschließt.

6. Sozialrecht – Anrechnung als Einkommen

- 213 In diversen Sozialgesetzen stellt sich die Frage, ob die Entschädigung für eine immaterielle Einbuße als Einkommen zu qualifizieren ist. Es sind dies – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – § 11 a Abs. 2 SGB II, § 93 Abs. 1 S. 2 SGB VIII, §§ 2 Abs. 1, 83 Abs. 2 SGB XII, § 25 d Abs. 4 S. 2 BVG, in denen der Gesetzgeber für einen Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2 BGB explizit festgelegt hat, dass ein solcher Anspruch nicht als Einkommen anzusehen ist. Wenn der Gesetzgeber bei der Regelung des Hinterbliebenengeldes in § 844 Abs. 3 BGB den jeweiligen Verweis nicht in einzelnen Sozialgesetzen erweitert hat, darf kein mechanischer Verweis auf den Wort-

357 *Nugel*, zfs 2018, 72, 77. Noch restriktiver *Quaisser*, DAR 2017, 688, 691.

358 <https://www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung/> 11.

359 NZV 2017, 401, 413.

laut der Regelung erfolgen. Eine Ausklammerung lässt sich auch nicht mit dem – noch dazu unzutreffenden – Hinweis begründen, dass **Ausnahmeregelungen eng auszulegen** sind.³⁶⁰

Vielmehr ist das ein Musterbeispiel dafür, dass der Gesetzgeber selbst im Dickicht der gesetzlichen Normen den – vollen – Überblick verloren hat; in Bezug auf die **Erstreckung der Rechtsfolgen des § 844 Abs. 3 BGB auf die Gefährdungshaftungsnormen** hat er die gebotene Sorgfalt verwendet, weil deren Normsetzung wie die des § 844 Abs. 3 BGB in die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz fällt. Das dürfte in Bezug auf die Sozialgesetze nicht der Fall sein, weshalb die Abstimmung mit der Neuregelung des § 844 Abs. 3 BGB nicht im Blick behalten wurde. Hätte man die Regelung im Kontext des § 253 Abs. 2 BGB getroffen, wäre solche Vorsicht auch nicht geboten gewesen. 214

ME handelt es sich geradezu um ein **Musterbeispiel für eine teleologische Interpretation**: Der Anspruch auf Schmerzensgeld wird nicht als anrechnungspflichtiges Einkommen qualifiziert, weil das Schmerzensgeld der **Abgeltung einer immateriellen Einbuße des Anspruchstellers** dient. Genau dieser Zweck ist freilich auch beim **Hinterbliebenengeld** verwirklicht, mag die Höhe des Ersatzbetrags auch nach anderen Determinanten ermittelt werden, so dass insoweit eine Analogie auf der Hand liegt, somit eine Versagung der Qualifikation als Einkommen unter allen Umständen geboten ist.³⁶¹ 215

*Burmann/Jahnke*³⁶² verweisen darauf, dass der Dienstherr für Schmerzensgeldansprüche nach § 78 a BBG sowie § 31 a Soldatengesetz dann in Vorlage zu treten hat, wenn ein **Beamter als Amtsträger angegriffen und vorsätzlich verletzt** wird. Entsprechende Regelungen sehen auch die Beamtengesetze der Länder vor, so etwa Art. 97 BayBG oder § 83 a LBG Schleswig Holstein. Auch insoweit soll das Hinterbliebenengeld davon nicht erfasst sein, weil **Ausnahmenormen restriktiv auszulegen** seien. 216

Auch diesbezüglich ist jedenfalls die **Begründung unzutreffend**. Fraglich ist in concreto, ob der besondere Schutz, der dem Beamten gewährt wird, auf seine Angehörigen zu erstrecken ist. Sollte das freilich in Bezug auf einen Schockschaden zu bejahen sein, wird man in Bezug auf das Hinterbliebenengeld nicht gegenteilig entscheiden können. 217

7. Übergangsrecht

Der Gesetzgeber hat sich **gegen eine Rückwirkung der Norm** entschieden. Nach Art. 229 § 43 EGBGB sind § 844 Abs. 3 BGB und die entsprechenden Gefährdungshaftungsnormen nur auf Neufälle anzuwenden, die sich nach dem Inkrafttreten am 22.7.2017 ereignet haben. Es stellt sich dabei die Frage, worauf es genau ankommt. In Betracht kommen der **Tod des Primäröpfers**, die **Zufügung der Verletzung**, die schlussendlich zum Tod führt, oder die **Verletzungshandlung**. Mitunter ereignen sich diese Umstände **innerhalb weniger Sekunden**, wie das beim Germanwings-Absturz der Fall war. Der Copilot steuerte das Flugzeug gegen eine Felswand, was dazu führte, dass die 218

360 So aber *Burmann/Jahnke*, NZV 2017, 401, 412.

361 So auch *Steenbuck*, r+s 2017, 449, 453.

362 NZV 2017, 401, 409.

Insassen nicht nur schwer verletzt, sondern praktisch zeitgleich mit dem Aufprall auch tot waren.

- 219 Das ist freilich nicht immer so. Zwischen der Zufügung einer Verletzung und dem nachfolgenden Tod liegt mitunter ein Zeitraum des Leidens. Darüber hinaus sind Konstellationen denkbar, dass zwischen der Verletzungshandlung und dem Eintritt der Verletzung ein gewisser Zeitraum liegt. Solche Fälle gibt es nicht nur im Arzthaftungsrecht, sondern auch im Strafrecht, man denke etwa an eine Zeitbombe oder einen Giftmord.
- 220 Der Wortlaut von Art. 29 § 43 EGBGB ist eindeutig: Wenn die zum Tode führende Verletzung nach dem 22.7.2017 eingetreten ist, sind die durch das Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld vom 17.7.2017³⁶³ geänderten Vorschriften in den dort genannten Gesetzen anzuwenden. Maßgeblich ist somit die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Primäröpfers.³⁶⁴ Es ergibt sich insofern durchaus eine gewisse Rückwirkung, als auch eine Verletzungshandlung erfasst wird, die zwar vor 24 Uhr des 22.7.2017 begangen wurde, aber eine Verletzung des Primäröpfers erst nach diesem Zeitpunkt hervorgerufen hat.³⁶⁵ Diese Detailfrage wird mit zeitlichem Abstand zum Inkrafttreten an Bedeutung verlieren. Befolgt man den Wortlaut, erübrigt sich die Feststellung, welches Verhalten im Detail die Verletzung ausgelöst hat und ob in der Folge wegen Vorliegens eines Dauerdelikts auch ein späteres Verhalten in Betracht kommen könnte. Jedenfalls nicht vom Anwendungsbereich des § 844 Abs. 3 BGB erfasst sind Fälle, in denen vor dem 22.7.2017 24 Uhr ein Mord stattgefunden hat, die Hinterbliebenen aber erst geraume Zeit später davon erfahren haben, mit der Folge, dass deren Trauer und Betroffenheit auch erst ab diesem späteren Zeitpunkt entstehen konnte.

363 BGBl. I S. 2421.

364 Wagner, NJW 2017, 2641, 2646; Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 402 f.; Quaisser, DAR 2017, 688, 689; Walter, MedR 2018, 213, 216.

365 AA Steenbuck, r+s 2017, 449, 450; Nugel, zfs 2018, 72: Auch die Verletzungshandlung muss nach 24 Uhr des 22.7.2017 gesetzt worden sein. Möglicherweise ebenso Burmann/Jahnke, NZV 2017, 401, 403, die darauf verweisen, dass im Medizinhaftungsbereich nicht immer eindeutig identifizierbar sei, wann ein gebotenes Handeln erforderlich bzw. auf welche fehlerhafte Befunderhebung abzustellen war.

Teil 2: Länderberichte

§ 1 Österreich – eine richterliche Lösung und 15 Jahre Erfahrung mit dem Hinterbliebenengeld¹

Spezielle Abkürzungen

ABGB	(österreichisches) Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABGB-ON	Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei (Jahr, Seite)
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
ATS	Österreichischer Schilling
BerG	Berufungsgericht
BernerKomm	Berner Kommentar
BG	Schweizerisches Bundesgericht
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtshofes (Amtliche Sammlung)
DAG	Österreichische Zeitschrift für das ärztliche Gutachten (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
EU	Europäische Union
EUR	Euro
EvBl	Evidenzblatt
HAVE	Haftung und Versicherung (schweizerische Fachzeitschrift)
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
JBl	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
LS	Leitsatz
NK	NomosKommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJT	Österreichischer Juristentag bzw. Verhandlungen des österreichischen Juristentages

ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
österr	Österreichisch
ÖZPR	Österreichische Zeitschrift für Pfleregerecht (Jahr, Seite)
PETL	Principles of European Tort Law
RDB	Rechtsdatenbank
RdM	Recht der Medizin (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
Rev	Revision
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
SZ	Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen – amtliche Sammlung (Band bzw Jahr und Nummer)
TaKomm	Taschenkommentar
udgl	und dergleichen
VersRAI	Versicherungsrecht-Beilage Ausland (deutsche Fachzeitschrift)
VPI	Verbraucherpreisindex
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)
ZfG	Zeitschrift für Gesundheitsrecht (Jahr, Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht (Jahr, Entscheidung mit Nummer, Aufsatz mit Seite)

Neben der unten angegebenen Literatur gibt es in Österreich folgende zentrale, zum Teil ganz aktuelle Werke, denen der Text folgt:

Danzl, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht¹⁰ (2013) – umfassendstes Werk zum Thema; *Greiter*, Schmerzensgeld für Trauer – 162 Gerichtsurteile für Angehörige von Unfallopfern und von Schwerverletzten, für Rechtsanwälte, Richter, Versicherungen und für alle, die mit Unfällen zu tun haben (2016) – umfassende Sammlung von Gerichtsentscheidungen; *Ch. Huber*, in: *Schwimann*, TaKomm ABGB⁴ § 1325 Rn. 134 ff. – aktuellste Kommentierung, erschienen Dezember 2017; *Ch. Huber*, Das „neue“ Hinterbliebenengeld des § 844 Abs. 3 BGB – Versuch einer ersten Einschätzung mit rechtsver-

1 Die (kostenlose) Abrufbarkeit österreichischer (OGH-)Entscheidungen ist im RIS möglich unter <https://www.ris.bka.gv.at/Judikatur/>. Die meisten in Fachzeitschriften veröffentlichten Entscheidungen sowie Kommentare sind – kostenpflichtig – abrufbar in der RDB bzw. in der Lexis-Nexis-Rechtsdatenbank. Hingewiesen sei darauf, dass in Österreich bei vielen Entscheidungen eine Zitierung mit der Nr. gebräuchlich ist, was bei der Zitierung mit einem „/“ erfolgt, so in ÖJZ, ZVR, Zak, RdM, RdW, iFamZ, EF-Z, JAP und DAG anders allerdings in JBl, ASoK, ÖZPR und ZfG, wo nach der Seite zitiert wird, was mit einem „;“ erfolgt. In österreichischen Werken werden Entscheidungen in der ÖJZ mit EvBl (Evidenzblatt) zitiert, hier aber mit ÖJZ.

gleichenden Bezügen zum österreichischen und schweizerischen Recht, FS-Schwintowski (2018) 920 ff. – Bestandsaufnahme zum deutschen Recht mit Bezügen zum österreichischen Recht, erschienen Januar 2018; *Karner*, Zur Ersatzfähigkeit von Schock- und Trauerschäden – eine Bilanz, FS-Danzl (2017) 87 ff. – erschienen November 2017.

An weiterführender Literatur in Handbüchern und Kommentaren können folgende Werke angeführt werden:

Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch des Verkehrsunfalls – Teil 6² (2012); *Harrer/Wagner*, in: Schwimann/Kodek, Praxiskommentar ABGB – Band 6⁴ § 1325 Rn. 63 ff. (2016); *Hinteregger*, in: Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 1325 Rn. 41 ff. (Stand 1.7.2016, rdb.at); *Reischauer*, in: Rummel, ABGB Kommentar⁴ § 1325 Rn. 5 f. (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Sonstige weiterführende Literatur:

von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht Bd. II (1999); *von Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) IV (2009); *Beisteiner*, Angehörigenschmerzensgeld (2009); *Beisteiner*, Geteiltes Leid ist halbes Leid?, Anmerkungen zur Mitverschuldensanrechnung bei Schockschädigung, ZVR 2010, 4; *BernerKomm⁴/Brehm* (2013) Art. 47 OR; *F. Bydliński*, Die „Umrechnung“ immaterieller Schäden in Geld, FS-Widmer (2003) 27; *Gerstner/Rienmüller*, Trauer-Schmerzensgeld nach vermeidbarer Totgeburt (intrauterinem Fruchttod) in der 37. Schwangerschaftswoche, DAG 2017/51, 105; *Ch. Huber*, Umfasst der Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse auch die Errichtungskosten eines privaten Schwimmbades?, VersR 1992, 545; *Ch. Huber*, Wenn statt des Verletzten Angehörige leiden, in Rechtspanorama (Die Presse), 18.11.1996, 8; *Ch. Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferrierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345; *Ch. Huber*, Antithesen zum Schmerzensgeld – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218; *Ch. Huber*, Behinderungsbedingter Umbau – hat es der Schlossherr besser, NZV 2005, 620; *Ch. Huber*, Höhe des Schmerzensgeldes und ausländischer Wohnsitz des Verletzten, NZV 2006, 169; *Ch. Huber*, Die Reform des österreichischen Schadenersatzrechts, ZVR 2006, 472; *Ch. Huber*, Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die „betroffene“ Mutter – zugleich Besprechung von OGH 10.6.2008, 4 Ob 78/08 m, iFamZ 2008/125, 252, iFamZ 2009, 27; *Ch. Huber*, in: NomosKomm³ (2016) § 253; *Ch. Huber*, Zuspruch von Trauerschmerzensgeld an beide Eltern im Fall der Totgeburt – Bestandsaufnahme und weitergehende Überlegungen, ÖJZ 2017, 383; *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1; *Danzl*, Schmerzensgeldansprüche für Angehörige der Opfer des Unglücks von Kaprun?, ZVR 2000, 398; *Danzl*, Internationale Länderübersicht zum Schockschaden und Trauerschmerzensgeld, ZVR 2006, 140; *Danzl*, Der Ersatz ideeller Schäden in Europa und im ABGB am Beispiel des Angehörigenschmerzensgeldes, FS-200 Jahre

ABGB (2011) 1633; *Danzl*, Aktuelle (Fort-)Entwicklungen beim Schmerzensgeld, ZVR 2016, 456; *Fötschl*, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH zum Schmerzensgeld, VersRAI 2001, 60; *Griehser/Tutsch*, Schmerzensgeld für psychische Alterationen, ZVR 2006, 260; *Hinghofer-Szalkay/Prisching*, Schwerste Verletzung eines Angehörigen: Fortentwicklung des „Trauerschmerzensgeldes“?, ZVR 2008, 444; *Hütte/Landolt*, Genugtuungsrecht – Genugtuung bei Körperverletzung I und II (2013); *Kadner Graziano*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834; *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999); *Karner*, Rechtsprechungswende bei Schock- und Fernwirkungsschäden Dritter?, ZVR 1998, 182; *Karner*, Trauerschmerz und Schockschäden in der aktuellen Judikatur, ZVR 2008, 44; *Karner/Koziol*, Der Ersatz des ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT (2003) Bd. III/1; *Kath*, Schmerzensgeld (2005); *Kerschner*, Schmerzensgeld (2013); *Konrad/Nitsch*, Schmerzensgeld der Eltern bei Totgeburt, JAP 2016/2017, 168; *Kramer*, Schockschäden mit Krankheitswert – noch offene Fragen?, FS-Koziol (2010) 743; *Landolt*, Angehörigenschaden: Reflex- oder Direktschaden – oder sogar beides?, HAVE 2009, 3; *Landolt*, Haftung für Schockschäden von Angehörigen aus rechtsvergleichender Sicht, FS-Jaeger (2014) 355; *Müller*, Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld, VersR 2017, 321; *Schobel*, Ersatzfähigkeit reiner Trauerschäden, RdW 2002, 206.

A. Einleitung

- 1 Aufgrund eines – meist abrupten – Eingriffs, in der Regel eines Unfalls oder Verbrechens, mitunter auch eines ärztlichen Kunstfehlers, wird durch den Tod oder eine schwere Verletzung einer Person (**Primäröpfer**) in das Leben einer anderen Person (**Sekundäröpfer**) eingegriffen, die zum Getöteten oder schwer Verletzten in einer persönlichen Nähebeziehung stand.² Auch wenn eine solche Konstellation bei jeder Beeinträchtigung der körperlichen Integrität des Primäröpfers eintreten kann, gibt es doch solche, die besonders häufig vorkommen: Das sind **Verkehrsunfälle** (auf einer Straße, mit einer Eisenbahn, einem Flugzeug oder einem Schiff), **ärztliche Kunstfehler**, **Pflichtverletzungen der Reiseveranstalter** oder **Strafdelikte**.
- 2 Bei **Tötung** folgt beim Überlebenden nach einer ersten Phase, in der der betreffende Angehörige die Welt nicht mehr versteht, eine zweite der Trauerarbeit, ehe in einer dritten eine Neuorientierung beginnt:³ Der Ehepartner heiratet wieder; die (minderjährigen) **Kinder** stellen sich darauf ein oder finden sich – mehr oder weniger gut – damit ab, dass sie nur noch einen Elternteil oder einen Stiefelternteil haben. **Eltern** werden damit fertig, dass sie ein (minderjähriges) Kind verloren haben. Namentlich in der zweiten Phase kann ein Geldbetrag helfen, dass der betroffene Angehörige aus dem „**Tal der Tränen**“ herausfindet und etwa durch **Unternehmen einer größeren Reise** auf andere Gedanken kommt und den Weg ins „**Normalleben**“ wieder zurückfindet.

² *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht 175.

³ *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht 176.

Bei einer schweren Verletzung sind die Auswirkungen nachhaltiger. Von heute auf morgen sind alle Aktivitäten auf die pflegebedürftige Person konzentriert. Das Geben und Nehmen in einer Ehe reduziert sich auf das Empfangen von Pflegedienstleistungen durch den Schwerverletzten und die Erbringung solcher Leistungen durch den gesunden Ehepartner. Die gesunden (minderjährigen) Kinder sind dadurch insoweit in Mitleidenschaft gezogen, als ihnen weniger Aufmerksamkeit zuteil wird. Bei einem schwerverletzten Kind wird nahezu der gesamte Tagesablauf von dessen Bedürfnissen absorbiert. Bisherige Aktivitäten der Eltern sind kaum oder gar nicht mehr möglich. Auch die im gleichen Haushalt lebenden Geschwister leiden darunter, weil ihnen weniger Aufmerksamkeit zuteil wird.

Wenn solche Phänomene „nur“ Leid und Betroffenheit auslösen, bezeichnet man das als „reinen Trauerschaden“, der unter bestimmten Voraussetzungen durch ein „Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld“ auszugleichen ist. Wenn eine psychische Erkrankung die Folge ist, gebührt nach Maßgabe der erlittenen Schmerzen Schmerzensgeld. In Österreich liegt bei 21–24 % der Fälle eine posttraumatische Belastungsstörung, somit eine erhebliche psychische Erkrankung, vor.⁴ Was in der Theorie trennscharf voneinander abgegrenzt werden kann, nämlich „reine Trauer“ oder „psychische Erkrankung“, verläuft in der Praxis auf einem Kontinuum, bei dem es fließende Übergänge gibt. Ob eine pathologische – psychische – Störung vorliegt, ist häufig in hohem Maß abhängig vom Ermessen des medizinischen Sachverständigen sowie der Inszenierung des jeweils Betroffenen.

Bei Vorliegen einer pathologischen Beeinträchtigung ist ein Schock- oder Fernwirkungsschaden gegeben. Ein Schockschaden liegt vor, wenn eine psychische Erkrankung durch das Miterleben eines schädigenden Ereignisses, meist eines Unfalls, ausgelöst wird. Auf die Angehörigeneigenschaft kommt es nicht an.⁵ Ein Fernwirkungsschaden ist zu bejahen, wenn durch die Nachricht darüber bei einem Angehörigen eine psychische Erkrankung ausgelöst wird; nur ein solcher ist anspruchsberechtigt.⁶ Erreicht die Betroffenheit nicht den Pegel einer psychischen Erkrankung, konstatiert man „bloße Trauer“; ein solcher „Trauerschaden“ ist nur ausnahmsweise ersatzfähig.

Aus rechtsvergleichender Perspektive wird der Schock- und Fernwirkungsschaden mit einbezogen, weil jedenfalls im österreichischen Recht nur vor diesem Hintergrund die Ersatzfähigkeit des Angehörigen- bzw. Trauerschmerzensgeldes, so die Bezeichnung im österreichischen Recht, verständlich ist. Das gilt namentlich deshalb, weil – anders als im deutschen Recht – die Ersatzfähigkeit von Schock- bzw. Fernwirkungsschäden im österreichischen Recht noch nicht sehr lange gegeben ist. Die darüber hinausgehende Entwicklung zur Ersatzfähigkeit eines „reinen Trauerschadens“ erfolgte somit überaus rasch. Das führt dazu, dass – anders als in der Schweiz – die Rechtsprechung noch nicht so gefestigt ist und um Orientierungspunkte ringt, ganz abgesehen davon, dass der Ersatz eines ideellen Schadens stets eine Einzelfallentscheidung ist, bei der

4 Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht 179.

5 Karner, FS-Danzl (2017) 87, 95.

6 Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 139; OGH 12.6.2003, 2 Ob 111/03 t, SZ 2003/67 = ZVR 2004/26 = JBl 2004, 111; Tochter; OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (Karner); Vater; OGH 29.8.2002, 8 Ob 127/02 p, ZVR 2002/96 (Karner); Lebensgefährtin.

nicht immer nachvollziehbar ist, welche Kriterien sich in welchem – quantitativen – Ausmaß bei der Zuerkennung eines bestimmten Betrags ausgewirkt haben.

- 7 Zu beachten ist zudem, dass anders als im deutschen Recht ein österreichisches Gericht maximal den Betrag zusprechen kann, den der Anspruchsteller begehrt hat. Da es in Österreich zudem keine Fachanwälte (für Verkehrs- oder Medizinrecht) gibt, darüber hinaus jeder Anwalt zur Einlegung eines Rechtsmittels an den OGH berechtigt ist, kommt es nicht selten vor, dass der OGH durchaus mehr zugesprochen hätte, wenn nur mehr begehrt worden wäre.

B. Ausgangspunkt Schockschaden bzw. Fernwirkungsschaden

I. Durchbrechung des Dogmas: Nur der unmittelbar Geschädigte ist ersatzberechtigt

- 8 Die längste Zeit wurde der Ersatz eines – jedenfalls immateriellen – Drittschadens kategorisch abgelehnt, weil es sich insoweit um ein allgemeines Lebensrisiko handle.⁷
- 9 Beim Vermögensschaden wurde schon relativ früh ein „Drittschaden“ für ersatzfähig angesehen.
- 10 In OGH 7.12.1972, 2 Ob 65, 66/72, SZ 45/135 = ZVR 1974/41 (Teilveröffentlichung nur betreffend Schmerzensgeld) hatte ein bei einem Unfall selbst schwer verletzter Mann seine Ehefrau verloren. Der Schockzustand über diesen Verlust und das Unfallereignis führten dazu, dass er wegen Dienstunfähigkeit in den dauernden Ruhestand versetzt werden musste. Der OGH bejahte die Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens. Die Ersatzfähigkeit zusätzlichen Schmerzensgeldes wegen zu berücksichtigender psychischer Beeinträchtigungen konnte laut OGH „auf sich beruhen“.
- 11 Auf dieser Linie liegt auch OGH 29.1.1976, 2 Ob 285/75, ZVR 1977/54: Zugesprochen wurde der Erwerbsschaden für die schockbedingte Absage zweier Auftritte eines Opernsängers an der Wiener Staatsoper.⁸
- 12 Die Rechtsprechungswende beim immateriellen Schaden fand durch folgende OGH-Entscheidungen statt:⁹

1. Schockschaden

- 13 In OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46 erlitt ein Kleinkind eine Trennungseurose, weil die Mutter schwerstverletzt zwei Monate in einem Krankenhaus verbringen musste. Das Kind, das bei dem Unfall im Auto saß, erlitt zwar selbst nur eine geringfügige Verletzung, die psychische Erkrankung war aber auf die Trennung von der Mutter zurückzuführen.
- 14 In OGH 21.12.1995, 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75 erlitt ein 8-Jähriger einen Schockschaden, weil er bei einem Verkehrsunfall als Insasse die schwere Verletzung der Mutter sowie die Tötung des Bruders und eines Cousins miterleben musste. Wiede-

⁷ Zuletzt noch OGH 13.2.1986, 8 Ob 64/85, ZVR 1987/23; weitere Nachweise bei *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 88 Fn. 9.

⁸ Zustimmend *Reischauer*, in: Rummel § 1325 Rn. 5.

⁹ Dazu *Karner*, ZVR 1998, 182 ff.

rum war eine Körperverletzung des Anspruchstellers gegeben, die psychische Erkrankung beruhte aber auf dem Unfallereignis.

2. Fernwirkungsschaden

In OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*) erfolgte eine **reaktive Depression** des Vaters auf die **Nachricht vom Tod des Sohnes**. Der Anspruchsteller hatte eine derart schwere psychische Erkrankung mit medizinischer Behandlungsbedürftigkeit erlitten, dass er sogar die Voraussetzungen für eine vorzeitige Alterspension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit erfüllte. Es handelte sich um den ersten Fall, bei dem eine psychische Beeinträchtigung durch die **Nachricht vom Tod eines Angehörigen** erfolgte.¹⁰ 15

In OGH 12.6.2003, 2 Ob 111/03 t, ZVR 2004/26 führte bei der 14-jährigen Tochter, die wegen des Krankenhausaufenthalts der unfallverletzten Eltern den Haushalt führen und die Geschwister betreuen musste, die **Überlastungssituation** zu einer Magersucht. 16

In OGH 20.1.2005, 2 Ob 292/04 m, ZVR 2005/109 (*Danzl*) erlitt eine 31-jährige zweifache Mutter nach dem Tod des Mannes einen **Gewichtsverlust von 23 kg mit Suizidgefahr**; ihr gelang es aber, nach einem Jahr eine neue Beziehung einzugehen. 17

In OGH 30.10.2003, 2 Ob 186/03 x, JBl 2004, 448 = ZVR 2004/6 verlor in einem an Tragik kaum zu überbietenden Sachverhalt ein 55-jähriger Ehemann und Vater bei einem fremdverschuldeten Verkehrsunfall seine **Gattin und alle drei Kinder** (im Alter von 20 bzw. fast 16 Jahren [Zwillinge]). Er erlitt ein schweres krankheitswertiges Trauma mit massiven psychischen Beeinträchtigungen bis zur **Berufsunfähigkeit und Suizidgedanken** ohne – trotz kontinuierlicher Behandlung und Betreuung – Rückbildungswahrscheinlichkeit. Der OGH sprach 65.000 EUR zu, wobei er wegen des begrenzt eingelegten Rechtsmittels nicht mehr zusprechen konnte. Das lässt sich der OGH-Entscheidung entnehmen; noch deutlicher kommt das aber in der Erläuterung bei *Danzl*¹¹ zum Ausdruck. 18

3. Trauerschaden

Die Leit-Entscheidung zum Trauerschaden ist OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01 v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 (*Karner*) = ecolex 2001, 668 (*Helmich*) = ASoK 2001, 323 (*Stärker*): Ein 8-jähriges Mädchen wurde von einem LKW überrollt. Die Eltern waren wenig später am Tatort und sahen nur noch ihr totes Kind. Der Vater, der vom Unfall von einer Nachbarin verständigt worden war, fand seine Tochter an der Unfallstelle noch auf der Straße liegend. Der Notarzt teilte ihm mit, dass sie keine Chance gehabt habe. Aus **neuropsychiatrischer und neuropsychologischer Sicht** kam es zu einer Trauerreaktion, welche als **psychologisch normal** zu betrachten war. Eine **posttraumatische Belastungsstörung** war nicht gegeben. Der zum Untersuchungszeitpunkt noch bestehende depressive Verstimmungszustand war Ausdruck der noch bestehenden Trauer. 19

10 Zustimmend *Kath*, Schmerzengeld (2005) 110: „Quantensprung“.

11 In: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht, 203 f.

- 20 Die Mutter war zum Unfallzeitpunkt schwanger und erwartete Zwillinge. Sie begab sich mit dem Vater zur Unfallstelle und sah dort ebenfalls das tote Kind. Sie erlebte eine massive Trauerreaktion, wobei sie durch Schwangerschaftskomplikationen zusätzlich belastet war, vor allem auch angesichts früherer Fehlgeburten. Neuropsychologisch handelte es sich um eine normale Trauerreaktion. Der Sachverständige konstatierte: Es bestehen keine Hinweise auf eine posttraumatische Belastungsstörung.
- 21 Der OGH sprach aus, dass in concreto kein Ersatz gebühre, weil lediglich eine Haftung nach §§ 1, 5 EKHG – der Entsprechung zu § 7 StVG im deutschen Recht – gegeben sei; im Fall grober Fahrlässigkeit sei dies indes gegenteilig zu beurteilen.
- 22 Damit war der Bann gebrochen. In der konkreten Entscheidung wurde zwar das Begehren abgewiesen; das obiter dictum wies aber den Weg für die künftige Rechtsprechung. Anzumerken ist, dass zur Rechtsprechungsänderung womöglich auch beigetragen haben könnte, dass der medizinische Sachverständige sich nicht in der Lage sah, eine psychische – oder sonstige – Erkrankung zu konstatieren. Gerade bei der Mutter wäre eine solche Diagnose wegen der Schwangerschaftskomplikationen mE naheliegend gewesen.

II. Schwelle der psychischen Beeinträchtigung

- 23 Wie in der Entscheidung OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01 v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 (Karner) = ecolex 2001, 668 (Helmich) = ASoK 2001, 323 (Stärker) ausgesprochen, ist der Maßstab, den der OGH bzw. die medizinischen Sachverständigen anlegen, der, ob die Trauerreaktion nach dem Tod sich noch im Bereich des Normalen bewegt oder das nicht der Fall ist. Bei Betrachtung der Kausalität des rechtswidrigen und schuldhaften bzw. sonst zurechenbaren Verhaltens ist aber ansonsten maßgeblich der Vergleich mit dem Zustand ohne Schädigung. Das bedeutet, dass der Vergleichsmaßstab der Zustand ohne schädigendes Ereignis und somit ohne jegliche Trauerreaktion und nicht ein solcher bei normaler Trauerreaktion sein müsste.
- 24 Abgesehen davon ist die Schwelle für die Annahme einer psychischen Erkrankung ansonsten nicht allzu hoch. Eine Schlafstörung liegt in den allermeisten Fällen vor. Dann muss nur noch eine weitere ins Gewicht fallende Beschwerde dazukommen, um eine psychische Erkrankung zu bejahen:¹²
- völlige Schwunglosigkeit (OGH 16.5.2001, 2 Ob 136/00 i, ZVR 2001/72)
 - Erschöpfungszustände (OGH 29.8.2002, 8 Ob 127/02 p, ZVR 2002/96 [Karner])
 - posttraumatische Belastungsstörung (OGH 21.5.2003, 2 Ob 120/02 i, ZVR 2004/25)
 - traurige Verstimmung sowie Antriebsstörungen (OGH 30.10.2003, 2 Ob 186/03 x, ZVR 2004/6 = JBl 2004, 448)
 - Erschöpfungserscheinung (OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06 v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791 = ÖJZ 2007/158 = ecolex 2007/321).
- 25 Kriterium für die psychische Erkrankung ist deren Behandlungsbedürftigkeit. Wurde eine – auch nur kurzfristige – Behandlung durchgeführt, erleichtert das den Nach-

¹² Cb. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 136.

weis.¹³ Aber selbst wenn keine Behandlung erfolgt ist, hindert das nicht die Anerkennung als psychische Erkrankung, wenn sie nur behandlungsbedürftig gewesen wäre.¹⁴

III. Nur bei Tötung oder auch bei Verletzung

Ist es allein der Tod oder auch eine schwere bzw. schwerste Verletzung, die als Auslöser für einen Ersatz des Schockschadens bei Eintritt einer psychischen Erkrankung ausreichend ist? Wiederum wird danach zu differenzieren sein, ob der anspruchsberechtigte Drittgeschädigte den Unfall unmittelbar miterlebt hat oder das nicht der Fall war. 26

Beim Miterleben kommt es auf die Angehörigeneigenschaft nicht an. Derjenige, der einen Unfall miterlebt, ist auch dann anspruchsberechtigt, wenn sich – ex post – herausstellt, dass das primäre Unfallopfer gar nicht getötet worden, sondern womöglich sogar unverletzt geblieben ist. *Karner*¹⁵ führt dafür das instruktive Beispiel an, dass ein Kind zwischen den Reifen eines Autos liegen bleibt; führt dieses Mitansetzen zu einer psychischen Erkrankung der den Unfall beobachtenden Eltern, gebührt Ersatz. 27

Bei einem Fernwirkungsschaden, bei dem eine psychische Erkrankung allein durch die Nachricht ausgelöst wird, also ohne das Miterleben des schadensauslösenden Geschehens, kommt es einerseits auf die Angehörigeneigenschaft an; andererseits wird für die Ersatzfähigkeit eine „schwerste, einem Pflegefall gleichkommende Verletzung“ verlangt.¹⁶ Dabei sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden: 28

- In OGH 19.3.2008, 13 Os 151/08 t, AnwBl 2010, 7 ging es um ein besonders heimtückisch ausgeführtes Giftattentat mittels einer mit Strychnin gefüllten Praline beim Verbrechensopfer, das „nicht mehr rückbildungsfähige, schwerste hirnrorganische Gewebsdefekte zur Folge hatte, die eine massive bleibende körperliche und geistige Behinderung, also Dauerfolgen, erwarten lassen.“ Es handelt sich um einen Zustand, der dem des Todes nahekommt. Es war die Nachricht von diesem Zustand, der zur psychischen Erkrankung führte. 29
- In OGH 13.6.2012, 2 Ob 136/11 f, ZVR 2012/204 (*Karner*) ging es darum, dass die Ehefrau so schwere Verletzungen erlitt, dass sie sich zehn Tage auf der Intensivstation befand. Der OGH verlangt somit eine Verletzung von der Schwere, die auf die Angehörigen typischerweise ähnlich wie eine Todesnachricht wirkt. Das wird in der Regel nur auf Verletzungen von solcher Schwere zutreffen, bei der für das Unfallopfer entweder eine akute Lebensgefahr oder die konkrete Gefahr dauernder Pflegebedürftigkeit besteht. Das wurde in concreto bejaht; dass sich das Primäröpfung in der Folge von der schweren Verletzung erholte, war kein Ausschlussgrund für den zum Zeitpunkt der Benachrichtigung des Ehemanns durch 30

13 OGH 13.6.2012, 2 Ob 136/11 f, Zak 2012/526 = JBl 2012, 593 = ÖJZ 2013/3 (*Spitzer*) = ZVR 2012/204: 3 Sitzungen à EUR 100.

14 OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06 v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791: Für Behandlung der psychischen Beeinträchtigung keine Zeit.

15 FS-Danzl (2017) 87, 95.

16 OGH 26.6.2007, 1 Ob 88/07h, ZVR 2008/77 (*Karner*); OGH 8.6.2010, 4 Ob 71/10k, ZVR 2011/5 (*Kathrein*); OGH 13.6.2012, 2 Ob 136/11 f, ZVR 2012/204 (*Karner*).

die Ärzte hervorgerufenen Schockschaden. Maßgeblich ist die **Beurteilung ex ante**.¹⁷

- 31 ■ In OGH 12.6.2006, 2 Ob 53/05 s, ZVR 2006/178 (*Karner*) hat der OGH aber auch **Grenzen der Ersatzfähigkeit** markiert: Ein Busfahrer war in einen besonders schweren Verkehrsunfall verwickelt, bei dem acht Businsassen getötet und weitere 23 zum Teil schwer verletzt worden sind. Der **Busfahrer** war zwar nicht körperlich verletzt worden, erlitt aber aufgrund des Miterlebens des fremdverschuldeten Unfalls eine posttraumatische Belastungsstörung. Die dadurch ausgelöste Belastungssituation löste auch bei der **Ehefrau** eine tiefgreifende seelische Störung mit Krankheitswert aus. Der OGH lehnte eine Ersatzfähigkeit ab, weil die **Belastungsstörung des Ehemannes** keine schwerste, einem Pflegefall gleich kommende Verletzung darstelle.¹⁸
- 32 ■ Davon zu unterscheiden ist eine **dritte Fallgruppe**, in der die **psychische Beeinträchtigung erst im Zuge der Pflege** eintritt. Prototypisch dafür ist die Entscheidung OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06 v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791: Die **16-jährige Tochter** wurde bei einem Verkehrsunfall **schwerstverletzt**; sie bedarf **ständiger Pflege** und Aufsicht; sie hat zudem eine **gestörte Sprachentwicklung** und auch eine gestörte mentale Entwicklung. Die Mutter hat den Beruf aufgegeben, um der Tochter beizustehen.¹⁹ Bei den Eltern hat sich eine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert ergeben, die diese aber nicht behandeln haben lassen, weil sie alle Hände voll zu tun hatten, sich um die Tochter zu kümmern. Der OGH sprach unter Berufung auf *Karner*²⁰ aus: Es „erscheint [...] nur folgerichtig, dass man einen Ersatzanspruch auch dann gewähre, wenn nicht die Verletzung des Angehörigen selbst einen Schock auslöse, sondern beispielsweise **erst seine Betreuung aufgrund einer Überlastungssituation** zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung des pflegenden Familienmitgliedes führe.“
- 33 ■ In diesem Sinn haben sich auch bereits die ersten einschlägigen Entscheidungen ausgesprochen:
- OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46: **Kleinkind** erlitt eine **Trennungsneurose**, weil die Mutter schwerstverletzt zwei Monate in einem Krankenhaus verbringen musste.
 - OGH 12.6.2003, 2 Ob 111/03 t, ZVR 2004/26: Durch Überforderung ausgelöste **Magersucht der Tochter**, die wegen des Krankenhausaufenthalts der Eltern den Haushalt führen und die Geschwister betreuen musste.
 - Anzumerken ist insoweit, dass in beiden Entscheidungen wohl eher die **Zeitdauer der Abwesenheit** als die **Schwere der Verletzung** Auslöser der psychischen Krankheit beim Angehörigen waren.

17 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 105 f.

18 Zustimmung *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 104 f.: Schockschaden zweiten Grades.

19 Zur Ersatzfähigkeit des Erwerbsschadens der Mutter als Schaden der Tochter im Rahmen von deren Anspruch auf Ersatz vermehrter Bedürfnisse OGH 10.6.2008, 4 Ob 78/08 m, EF-Z 2008/135 = Zak 2008/543 = ecolex 2008/337 S 908 = iFamZ 2008/125; dazu *Ch. Huber*, iFamZ 2009, 27.

20 ZVR 2006, 459, 460 – Anmerkung zu OGH 12.6.2006, 2 Ob 53/05 s.

- Sofern es sich um keine ganz schwere Verletzung handelt, weist der OGH einen derartigen Anspruch – auch bei Bestehen einer psychischen Krankheit beim Angehörigen – jedoch ab. Prototypisch dafür ist die Entscheidung OGH 3.9.2009, 2 Ob 77/09 a, Zak 2009/674 = ZVR 2010/120 (*Kathrein*): Der Ehemann erlitt eine schwere Schädel-Hirn-Verletzung und war infolgedessen arbeitsunfähig. Dazu kam bei diesem eine irreversible, gering- bis mäßiggradige organische Persönlichkeitsstörung. Diese zeigte sich in seiner reduzierten Fähigkeit, zielgerichtete Aktivitäten über längere Zeiträume durchzuhalten, sowie in emotionaler Labilität und Reizbarkeit oder kurz andauernden Aggressionsausbrüchen. Damit verbunden war eine Störung des Sprachflusses und Weitschweifigkeit. Des Weiteren litt der Ehemann der Klägerin an einer mittelgradigen depressiven Erkrankung, die sich in abhängig-klammerndem Verhalten gegenüber der Ehefrau und in sozialphobischem Verhalten äußerte. Eine solche Verletzung des Primäröpfers hat der OGH als „nicht ausreichend schwer“ angesehen und hat den Schmerzensgeldanspruch der Ehefrau – des Sekundäröpfers – infolge der von ihr erlittenen psychischen Erkrankung abgewiesen.

IV. Personenkreis

Beim Fernwirkungsschaden wird darauf abgestellt, ob ein Angehöriger eine psychische Beeinträchtigung erlitten hat.²¹ Ausgangspunkt ist dabei die Zugehörigkeit zum gemeinsamen Haushalt, wo eine intensive Gefühlsbeziehung vermutet wird. Bei Personen außerhalb des gemeinsamen Haushalts muss diese im Einzelfall nachgewiesen werden.²² Bei den allermeisten Fällen werden als anspruchsberechtigt angesehen die Ehegatten, Eltern und Kinder sowie Geschwister, wenn sie dem gleichen Haushalt angehören²³ sowie Partner einer – außerehelichen – Lebensgemeinschaft.²⁴ Der Angehörigenkreis beim Fernwirkungs- und Trauerschaden ist identisch. Auszuklammern sind jedenfalls Personen, bei denen eine solche emotionale Verbundenheit nicht besteht wie bei einem Popidol²⁵ oder Angehörigen einer Kegelrunde.²⁶ Plädiert wird dafür, insoweit die gleichen Kriterien anzuwenden wie bei der Ersatzfähigkeit von Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten, mag es insofern auch um verschiedene Ziele gehen, nämlich bei den Heilungskosten um den Einfluss auf den Genesungsfortschritt des Verletzten und beim Fernwirkungsschaden um die Zurechnung der Beeinträchtigung beim Sekundäröpfer.²⁷

21 Zum Kreis anspruchsberechtigter Personen im internationalen Rechtsvergleich s. ausführlich *Danzl*, ZVR 2006, 140 sowie *ders.*, FS-200 Jahre ABGB (2011) 1633.

22 Zu erwachsenen Geschwistern: OGH 21.4.2005, 2 Ob 90/05 g, ZVR 2005/73 (*Karner*); OGH 23.5.2005, 2 Ob 99/05 f, ZVR 2005/89 (*Danzl*).

23 *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, 15. ÖJT Band II/1 (2003) 83 f.

24 OGH 29.8.2002, 8 Ob 127/02 p, ZVR 2002/96 (*Karner*); OGH 2.2.2006, 2 Ob 212/04 x, Zak 2006/235; 24.5.2011, 1 Ob 80/11 p, Zak 2011/472 = RdW 2011/627 = ÖJZ 2011/140.

25 *Karner*, ZVR 1998, 182, 187; *ders.*, ZVR 2001, 207 f.

26 *Ch. Huber*, NZV 1998, 345, 352.

27 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 137.

V. Wechselwirkungen zum Vermögensschaden

- 36 Das Schmerzensgeld ist Ausprägung des **Kompensationsinteresses** und steht in einer Wechselwirkung zum **Restitutionsinteresse**. Letzteres ist nicht bloß gegeben oder nicht gegeben; vielmehr sind **Abstufungen** möglich. Die österreichische Rechtsprechung kennt die „**Schaffung einer Ersatzlage**“.²⁸ Das bedeutet: Selbst wenn keine 100 %-ige Erreichung des **status quo ante** möglich ist, wäre denkbar, dass immerhin eine mehr oder minder große **Annäherung** erzielt wird. Auswirkungen hat das auch auf das restliche Kompensationsinteresse. Es kann folgende komparative Aussage formuliert werden: Je stärker die Annäherung an den **status quo ante** gelingt, umso geringer kann das restliche Kompensationsinteresse ausfallen.
- 37 Das ist ein **generelles Prinzip**.²⁹ Je **umfassender** eine **Kfz-Reparatur** ausfällt, umso **geringer** ist der **merkantile Minderwert** zu bemessen und *vice versa*. Dieser Gedanke ist auf den **Fernwirkungsschaden** durchaus übertragbar. Je eher konkrete – ersatzfähige – Maßnahmen dazu beitragen, die **psychische Beeinträchtigung** mit **Krankheitswert** zu vermindern, umso geringer sollte das restliche Schmerzensgeld ausfallen.
- 38 Verwiesen werden kann dafür auf 2 Ob 7/05 a,³⁰ in der einer 45-jährigen als Friseurin tätigen Mutter die Kosten einer **Facelifting-Operation** zur Beseitigung von Falten im Gesicht infolge einer Gewichtsabnahme vom 15 kg innerhalb eines halben Jahres infolge einer psychischen Erkrankung nach dem Tod der Tochter zuerkannt worden sind. Das OLG Wien 21.5.2015, 15 R 67/15 f, ZVR 2016/82 (krit. *Ch. Huber*) hat die **Kosten für die von der Mutter der Getöteten zur Bewältigung ihrer Trauer errichteten Kapelle** im Rahmen der Heilungskosten jedoch als nicht erstattungsfähig angesehen.³¹ Soweit es um die Substitution von Kosten für die Psychiatrie sowie Psychopharmaka geht, wäre mE ein **Mindestzuspruch** durchaus **erwägenswert**.³² In Betracht zu ziehen wären in diesem Zusammenhang auch die **Kosten für Gedenkveranstaltungen am Unfallort** für die Hinterbliebenen, wie das beim Germanwings-Absturz im März 2015 der Fall war.

VI. Anspruchsniveau

- 39 *Karner*, der sich neben *Danzl* am ausführlichsten mit dem Themenkreis beschäftigt hat,³³ verweist im Ausgangspunkt zutreffend darauf, dass sich **ideelle Schäden** eigentlich nicht in Geld bewerten lassen. Überwindet man aber diese Hürde, gebietet aber der **Gleichheitsgrundsatz**, zu den **feststehenden Präjudizien** eine **angemessene Relation** herzustellen.³⁴ Allerdings betont er mE zu stark die **Parallele** zwischen **körperlichen** und **seelischen Schmerzen** und akzentuiert zu stark den Unterschied zwischen **psychischen Beeinträchtigungen** mit und ohne **Krankheitswert**. Sofern eine – körperli-

28 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1323 Rn. 2, 4.

29 *Ch. Huber*, VersR 1992, 545 ff.; *ders.*, NZV 2005, 620 ff. – Besprechung von BGH 12.7.2005, VI ZR 83/04.

30 OGH 20.1.2005, 2 Ob 7/05 a, ZVR 2005/47 (*Karner*).

31 Zustimmung jedoch *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 89 Fn. 15.

32 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 138.

33 Richtungsweisend bereits *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Kopfverletzung (1999).

34 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 110; so bereits *Karner/Kozioł*, Gutachten 15. ÖJT (2003) II/1, 14 f., 120 f.; *F. Bydliński*, FS-Widmer (2003) 27 ff., 46 f.

che oder seelische – Erkrankung feststeht, kann nach *Karner*³⁵ das Schmerzausmaß durch Einholung eines medizinischen Gutachtens – mit naturwissenschaftlichen Methoden? – einigermaßen präzise ermittelt werden, während das bei bloßen Trauerschäden nicht in Betracht kommt.

Diese Sichtweise überschätzt mE die Fähigkeiten von Medizinerinnen bei der – präzisen – Ermittlung psychischer Beeinträchtigungen. Einerseits ist insoweit jedenfalls im Grenzbereich die Entscheidung, ob eine psychische Erkrankung bereits gegeben oder noch zu verneinen ist, mitunter sehr schwer zu fällen – insoweit besteht ein breiter Ermessensspielraum; andererseits hängt viel von der „Inszenierung und Artikulationsfähigkeit“ des Anspruchstellers ab. Die Grenze verläuft mE daher eher zwischen körperlichen und seelischen Schmerzen, nicht so sehr hingegen zwischen seelischen Beschwerden mit und ohne Krankheitswert.

In der österreichischen Rechtsprechung wird für die Obergrenze des Ersatzes eines immateriellen Schadens bei Vorliegen einer psychischen Erkrankung des Sekundäröpfungers namentlich auf zwei Entscheidungen verwiesen:

- In OGH 30.10.2003, 2 Ob 186/03 x, JBl 2004, 448 = ZVR 2004/6 verlor der 55-jährige Kläger bei einem fremd verschuldeten Verkehrsunfall seine Ehefrau und alle seine drei Kinder im Alter von 20 sowie bei den Zwillingen von 16 Jahren. Die psychischen Beeinträchtigungen führten zur Berufsunfähigkeit und Suizidgedanken. Trotz kontinuierlicher Behandlung war keine Rückbildungswahrscheinlichkeit erkennbar. Der OGH sprach 65.000 EUR zu, wobei *Danzl*³⁶ zu Recht betonte, dass ein höherer Zuspruch aus prozessualen Gründen nicht in Betracht kam. Diese Entscheidung wird häufig als Bezugspunkt für den Höchstzuspruch genannt.³⁷ ME ist freilich zu bemerken, dass es insoweit zu einer Gesamtverrechnung für die Tötung von vier Familienmitgliedern kommt, wobei sich erschwerend auswirkt, dass es sich dabei – auf einen Schlag – um die Tötung der gesamten Kernfamilie handelte. Rechnet man das je getötetem Individuum um, kommt man auf einen Durchschnittsbetrag von 16.250 EUR, was unter Berücksichtigung des Umstands, dass die gesamte restliche Kernfamilie ums Leben gekommen ist, nicht als übermäßig hoch anzusehen ist. Anzuerkennen ist allerdings, dass es beim Schock- oder Fernwirkungsschaden nicht um „Kopfprämien“ geht, sondern die durch das schädigende Ereignis beim Anspruchsteller hergerufene psychische Beeinträchtigung.
- Instruktiver ist insoweit OGH 27.9.2007, 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 (*Ch. Huber*), bei der ein 19-Jähriger nach einem Verkehrsunfall seine Mutter verlor, die seine einzige Bezugsperson war. Er verfiel in eine so schwere Depression, dass ihm bzw. nach seinem Selbstmord der Erbschaft posthum 35.000 EUR zugesprochen worden sind. Bezogen auf das getötete Individuum liegt das bei mehr als

35 FS-Danzl (2017) 87, 110.

36 In: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht, 203 f.

37 Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht, 203 f. So auch in OGH 27.9.2007, 2 Ob 135/07b, ZVR 2008/59 (*Ch. Huber*).

dem Doppelten des als „Höchstzuspruch“ titulierten Betrags von 65.000 EUR in OGH 30.10.2003, 2 Ob 186/03 x, JBl 2004, 448 = ZVR 2004/6.

44. Naturgemäß spielen „die Umstände des Einzelfalles“ auch bei der Abgeltung psychischer Beeinträchtigungen von Dritten eine zentrale Rolle. Die von *Karner*³⁸ jüngst zusammengestellten Tabellen, auf die hier verwiesen werden kann, sollen aber einen Eindruck über das Anspruchsniveau in solchen Fällen vermitteln. Verdienstvoll ist dabei hervorzuheben, dass jeweils eine Anpassung nach dem Verbraucherpreisindex vorgenommen wurde, was zu einer höheren Vergleichbarkeit der zugesprochenen Beträge führt.

1. Fernwirkungsschaden – Schaden bei Nachricht von der Tötung naher Angehöriger

45

Entscheidung	Kläger/in	Getötete/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI) ³⁹
OGH 30.10.2003, 2 Ob 186/03 x, ZVR 2004/6	55-jähriger Vater, massiver Schock	Ehefrau, erwachsener Sohn, zwei minderjährige Töchter (Verkehrsunfall)	EUR 65.000	EUR 84.500
OGH 27.9.2007, 2 Ob 135/07 b, ZVR 2008/59 (Ch. Huber)	19-jähriger, zum Zeitpunkt des Unfalls halbwaiser Sohn, zunächst schwere De- pression, Selbst- mord nach 2,5 Jahren	Mutter, einzige Bezugsperson (Verkehrsunfall)	EUR 35.000	EUR 42.000
OGH 20.1.2005, 2 Ob 292/04 m, ZVR 2005/109 (Danzl)	31-jährige Wit- we, mittelgradig ausgeprägte depressive Störung	gleichaltriger Ehemann (Arbeitsunfall)	EUR 25.000	EUR 31.400

38 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 112 ff.

39 Indexanpassung mittels VPI 2000, gerundet auf Hunderter (gerechnet nach Daten der Statistik Austria: <http://www.statistik.at/Indexrechner/Controller>).

Entscheidung	Kläger/in	Getötete/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI) ³⁹
OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15 s, ÖJZ 2016/39 (Ch. Huber)	Eltern	28-jähriger Sohn (Verkehrsunfall)	Vater: EUR 30.000 Mutter: EUR 25.000	EUR 30.800 EUR 25.700
OGH 29.5.2008, 2 Ob 99/08 k	Mutter, Depressionen, posttraumatische Belastungsstörung	12-jährige Tochter (Verkehrsunfall)	EUR 20.000	EUR 23.200
OGH 16.9.2008, 1 Ob 178/08 w	Mutter und 17-jähriger Zwillingsbruder	Sohn bzw. Zwillingsbruder (erstochen bei Notwehrexzess)	Mutter: EUR 18.000 Bruder: EUR 6.000 (vor Kürzung wegen Mitverschulden des Getöteten)	EUR 20.800 EUR 6.900
OGH 25.2.2016, 1 Ob 22/16 s, Zak 2016/189	13-jähriger Sohn	Vater (Herzinfarkt nach verweigerter Spitalsaufnahme)	EUR 20.000	EUR 20.600
OGH 2.2.2006, 2 Ob 212/04 x, Zak 2006/235	29-jähriger Verlobter, kurzzeitige akute Belastungsreaktion, Anpassungsstörungen, Trauerreaktion	Verlobte (Verkehrsunfall)	EUR 11.000 (vor Kürzung wegen Mitverschuldens der Getöteten, gefordert: EUR 11.000)	EUR 13.600
OGH 16.6.2001, 2 Ob 136/00 i, ZVR 2001/72	Mutter, depressive Psychose	Sohn (Verkehrsunfall)	EUR 7.267 (ATS 100.000 / gefordert: ATS 100.000)	EUR 9.700

Entscheidung	Kläger/in	Getötete/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI) ³⁹
OGH 23.9.2004, 2 Ob 178/04 x, ZVR 2004/105 (Danzl)	Witwe	Ehemann (Verkehrsunfall)	EUR 4.500 (vor Kürzung wegen Mit- verschuldens des Getöte- ten)	EUR 5.700

2. Schockschaden bei Miterleben der Tötung naher Angehöriger

46

Entscheidung	Kläger/in	Getötete/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI)
OGH 25.6.2009, 2 Ob 39/09 p, ZVR 2010/119 (Ch. Huber)	Bruder, (beim Unfall selbst verletzt)	Bruder (Verkehrsunfall)	EUR 37.000 (global auch für körperliche Verletzung)	EUR 42.900
OGH 21.12.1995, 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75	Bruder, 9 Jahre (beim Unfall selbst leicht verletzt)	7-jähriger Bruder, 9-jähriger Cousin, Lenker des Fahrzeugs (Mutter schwer verletzt)	EUR 14.500 (ATS 200.000)	EUR 21.500
OGH 30.8.2016, 1 Ob 114/16 w, RdM 2017/63 (Karner) = Zak 2016/714 = JBl 2017, 106 = Konrad/Nitsch, JAP 2016/2017, 168 = ecolex	<u>Mutter</u> (konnte tot geborenes Kind kurz sehen), schwerer psychischer Schock, depressive Anpassungsstörung, spätere Frühgeburten <u>Vater</u> (hielt Tochter im Arm), depressive Anpassungsstörung, akute Belastungsreaktion	ungeborene Tochter, rund drei Wochen vor dem geplanten Geburtstermin (ärztlicher Behandlungsfehler)	Mutter: EUR 20.000 Vater: EUR 10.000	EUR 20.500 EUR 10.200

Entscheidung	Kläger/in	Getötete/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI)
2017/44 = ÖJZ 2017/52 (Ch. Huber, ÖJZ 2017, 383 ff.) = HAVE 2017, 203 (Ch. Huber) = Gerstner/ Rienmüller, DAG 2017, 105				
OGH 28.3.2017, 2 Ob 217/16 z, Zak 2017/240	Lebensgefährtin (beim Unfall selbst leicht verletzt)	Lebensgefährte, verstarb 14 Monate nach dem Unfall (Verkehrsunfall)	EUR 15.000 (global, BerG veranschlagt davon etwa EUR 11.000 für Schock- schaden)	EUR 15.000

3. Schockschaden bei schwerer Verletzung naher Angehöriger

Entscheidung	Kläger/in	Verletzte/r	Ersatzbetrag	Indexangepasst (VPI)
OGH 12.6.2003, 2 Ob 111/03 t, ZVR 2004/26	14-jährige Tochter, massive Essstörungen, depressive Symptome, mehr- malige längere sta- tionäre Aufenthalte	Eltern, mehr- wöchiger Krankenhausaufenthalt, schwieriger Heilungsverlauf (Verkehrsunfall)	EUR 21.500	EUR 28.000
OGH 24.1.2008, 2 Ob 58/07 d, ZVR 2008/225 (Kathrein)	Kinder (7 und 10 Jahre, beide beim Unfall selbst leicht verletzt) Sohn: akute sowie posttraumatische Belastungsstörung, Schlafstörungen, Konzentrations-	Vater, wurde vor den Augen der Kinder zwischen Fahrzeug und Leitplanke eingekquetscht	Tochter: EUR 9.600 (gefordert: EUR 9.600) Sohn: EUR 7.500 (gefordert: EUR 7.500)	EUR 11.400 EUR 8.900

47

<i>Entscheidung</i>	<i>Kläger/in</i>	<i>Verletzter</i>	<i>Ersatzbetrag</i>	<i>Indexangepasst (VPI)</i>
	schwierigkeiten, Schreckhaftigkeit Tochter: posttraumatische Belastungsstörung, De-realisation, Anorexie, Identitätskrise			
OGH 23.10.2013, 2 Ob 72/13 x, Zak 2013/814	Ehemann, posttraumatische Belastungsstörungen, depressive Reaktion, gestörtes Sexualleben	Ehefrau (Verkehrsunfall)	EUR 10.000	EUR 10.500
OGH 16.6.1994, 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46	Tochter, 20 Monate (beim Unfall selbst leicht verletzt)	Mutter, mehrmonatiger Krankenhausaufenthalt	EUR 2.200 (ATS 30.000, gefordert: 30.000)	EUR 3.300

4. Schockschaden bei Tötung bzw. Verletzung dritter Personen

48

<i>Entscheidung</i>	<i>Kläger/in</i>	<i>Getöteter bzw. Verletzter</i>	<i>Ersatzbetrag</i>	<i>Indexangepasst (VPI)</i>
OGH 21.5.2003, 2 Ob 120/02 i, ZVR 2004/25	Schuldlos in Unfall verwickelte Fahrerin, posttraumatische Belastungsstörung	Motorradfahrerin, noch an der Unfallstelle verstorben (Verkehrsunfall)	EUR 10.900 (ATS 150.000)	EUR 14.200

Zur Abrundung sei noch dargestellt der jeweilige Tiefst- bzw. Höchstbetrag bei einer seelischen Erkrankung eines Sekundäröpfers in der Rechtsprechung der OLG, wie sie bei *Danzl*⁴⁰ mustergültig umfassend dargestellt ist.

40 *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 205 ff.; die Entscheidungs-Nr. bezieht sich auf die Entscheidungssammlung der CD-Rom.

■ OLG Graz

49

OLG Graz 10.11.2010, 2 R 157/10 s (E Nr. G 459 und 492)	Eltern	11-jähriger Sohn (Verkehrsunfall)	EUR 22.800 (Vater), EUR 50.000 (Mutter)
OLG Graz 2.8.2010, 5 R 110/10 a (E Nr. G 395)	(erwachsener) Sohn	Mutter (Verkehrsunfall)	EUR 6.000

■ OLG Innsbruck

50

OLG Inns- bruck 24.6.2009, 2 R 139/09 x (E Nr. I 1164 und 1072)	Mutter und Schwes- ter	Tochter bzw. Schwester (Selbstmord)	EUR 30.000 (Mutter), EUR 14.800 (Schwester)
OLG Inns- bruck 31.10.2006, 4 R 195/06 t	(türkisch-stämmige) Frau	Ehemann (Verkehrsunfall)	EUR 4.000

■ OLG Linz

51

OLG Linz 7.6.2004, 3 R 95/04 t	Mutter	9 Monate alter Sohn (gemeinsamer Ver- kehrsunfall)	EUR 30.000
OLG Linz 4.6.2009, 1 R 191/08 a (E Nr. L 247)	2 (türkisch-stämmi- ge) Brüder	17-jährige Schwester (Verkehrsunfall)	je EUR 2.700

■ OLG Wien

52

OLG Wien, 17.10.2006, 16 R 152/06 z	(türkisch-stämmige) 28-jährige (schwan- gere) Witwe und 7-jähriger Sohn	Ehemann (Arbeitsunfall)	EUR 45.000 (Witwe), EUR 30.000 (Sohn)
---	--	----------------------------	--

- 53 Es fällt auf, dass die Höchstbeträge je getöteter Person im Einzelfall noch deutlich über die des OGH hinausgehen und bei 45.000 EUR bzw. 50.000 EUR liegen; allerdings ist auch der Mindestbetrag – wohl infolge der höheren Revisionsgrenzen – mitunter deutlich niedriger, nämlich bei 2.700 EUR. Auffallend ist zudem, dass häufig Personen, die eine andere Staatsbürgerschaft als die österreichische haben, Anspruchsteller sind.

VII. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch

- 54 Der Anspruch des Angehörigen ist ein vom Primäröpfer abgeleiteter Anspruch. Das hat zur Folge, dass sich das Sekundäröpfer ein Mitverschulden des Primäröpfers gemäß § 1304 ABGB anrechnen lassen muss.⁴¹ Darüber hinaus wirkt sich ein Haftungsausschluss nach den Regeln des Arbeitgeberprivilegs gemäß § 333 ASVG in der Weise aus, dass auch ein Anspruch der Angehörigen zu versagen ist.⁴² Da der Haftungsausschluss wegen eines Arbeitsunfalls auch für Unfälle in der Schule gilt, scheidet ein Schmerzensgeldanspruch eines psychisch beeinträchtigten Angehörigen gegen den Schulerhalter aus.⁴³

C. Angehörigenschmerzensgeld

I. Unterschied zum Schockschaden: Keine psychische Beeinträchtigung mit Krankheitswert

- 55 Wie oben⁴⁴ bereits erwähnt, wird in formaler Hinsicht ein Gegensatz betont, nämlich der zwischen abzugeltenden, vom medizinischen Sachverständigen relativ präzise zu erfassenden Schmerzen bei einer psychischen Krankheit, und der Abgeltung von bloßer Trauer an einen Gesunden. Es wird betont, dass es sich um verschiedene Fallgruppen handle, die auch rechtlich differenziert zu behandeln seien.⁴⁵ Der Begriff der Körperverletzung dürfe nicht einfach aus Billigkeitsgründen systemwidrig erweitert werden.⁴⁶
- 56 Rein formal hat das alles seine Richtigkeit. Die Lebenswirklichkeit sieht allerdings anders aus: Ob eine seelische Erkrankung vorliegt oder nicht, lässt sich vom medizinischen Sachverständigen kaum messerscharf entscheiden; je nach Anlegung eines strengen oder einfühlsamen Maßstabs wird das bald bejaht oder verneint. Viel hängt zudem von der Inszenierung des Sekundäröpfers und dessen Artikulationsfähigkeit ab. Zutreffend ist freilich, dass diese Unterscheidung nach österreichischem Recht getroffen werden muss, weil – wie gleich⁴⁷ zu referieren sein wird – eine pathologische psychische Beeinträchtigung bei einem Angehörigen bei jedem Zurechnungsgrad ersatzfähig ist, ein reiner Trauerschaden hingegen nur bei grober Fahrlässigkeit.

41 Karner, FS-Danzl (2017) 87, 109.

42 OGH 21.4.2005, 2 Ob 82/05 f, ZVR 2005/110 (Kathrein).

43 OGH 28.1.2009, 1 Ob 259/08 g, Zak 2009/217 = iFamZ 2009/108 = ecolex 2009/154: Mordtat zwischen Schülern, die als „Arbeitsunfall“ nach § 175 Abs. 4 ASVG zu qualifizieren ist.

44 → Rn. 5, 39.

45 Karner, FS-Danzl (2017) 87, 93.

46 Karner, FS-Danzl (2017) 87, 97 in Abgrenzung zu Ch. Huber, ZVR 2000, 230.

47 → Rn. 57 ff.

II. Rechtsfortbildung durch den OGH

Die hier vertretene Ansicht, dass der Unterschied zwischen pathologischer seelischer Erkrankung und „reiner Trauer“ häufig ein durchaus **gradueller**, geradezu **marginaler** oder gar **zufälliger** ist, lässt sich anhand der Leit-Entscheidung⁴⁸ eindrucksvoll belegen: 57

- Ein 8-jähriges Mädchen wurde von einem Mülltransporter großflächig überrollt. Es wurde dabei an der in der Nähe des Wohnorts befindlichen Unfallstelle getötet. Beide Eltern – die Mutter war mit Zwillingen schwanger – eilten zur Unfallstelle und sahen, was passiert war. Der medizinische Sachverständige bescheinigte, dass es bei ihnen durch dieses dramatische Erlebnis aus neuropsychiatrischer und neuropsychologischer Sicht zu einer zwar massiven, jedoch **angesichts des Geschehenen psychologisch als normal zu bezeichnenden Trauerreaktion** (auch iS eines depressiven Verstimmungszustandes) ohne das Auftreten etwa einer **zusätzlichen posttraumatischen Belastungsstörung** oder Hinweisen für **Persönlichkeitsstörungen**, welche das Auftreten einer solchen begünstigt hätten, gekommen war.

Auch der OGH als **Höchstgericht** ist an eine solche **Tatsachenfeststellung gebunden**. 58
Eine rechtliche Frage ist mE immerhin, ob die Beeinträchtigung daran zu messen ist, wie ein psychisch gesunder Mensch auf ein solches Ereignis reagiert, oder ob die Beeinträchtigung zu messen ist gegenüber einem Zustand, als hätte das **schädigende Ereignis nicht stattgefunden**. Das ist sonst jeweils Basis der Differenzrechnung. Ein einfühlsamer medizinischer Sachverständiger wäre mE auch im Rahmen seines ärztlichen Ermessens in der Lage gewesen, namentlich der mit Zwillingen hoch schwangeren Mutter eine „**Krankheit**“, und sei es eine **psychische**, zu attestieren.⁴⁹

Womöglich hat die gegenteilige ärztliche Expertise den OGH dazu veranlasst, zwar 59
nicht im konkreten Fall, wohl aber in anderen Fällen seine Rechtsprechung im Wege der **richterlichen Rechtsfortbildung** zu ändern. Die **Seilbahnkatastrophe von Kaprun 2000** mit vielen Toten war dann wohl ein weiterer Schub dafür.⁵⁰ Bei Abweisung des konkreten Begehrens, das sich allein auf §§ 1, 5 EKHG – der Entsprechung zu § 7 StVG – gestützt hat, wurde hingewiesen, dass bei **grobem Verschulden** ein solcher Anspruch, nämlich die Zubilligung einer Entschädigung bei reiner Trauer, gegeben sei. Eine Anspruchsgrundlage nach der **Gefährdungshaftung** schied damit aus; ob der Anspruch auf **Vertrag** oder **Delikt** gestützt wird, darauf kommt es freilich nicht an.

Mit diesem **Akt mutiger Rechtsfortbildung** hat der OGH eine Bresche geschlagen und 60
hingewiesen, dass eine **umfassende Regelung** an sich **Aufgabe des Gesetzgebers** sei; dieser ist freilich bis heute untätig geblieben. Da grobe Fahrlässigkeit nur ausnahmsweise gegeben ist, wird nur ein Bruchteil der eigentlich regelungsbedürftigen Fälle erfasst. Geweckt wurden aber **Begehrensvorstellungen der Sekundäropfer**, die häufig

48 OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01 v, SZ 74/90, ZVR 2001/73 (*Karner*) = *ecolex* 2001, 668 (*Helmich*) = *ASoK* 2001, 323 (*Stärker*); dazu *Schobel*, RdW 2002, 206 ff.; zustimmend ua auch *Kadner Graziano*, ZEuP 2002, 834; *Fötschl*, VersRAI 2001, 60, 61 ff.

49 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 949 Fn. 171.

50 Dazu *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht, 179 mit dem Hinweis, dass durch das spektakuläre Seilbahnunglück von Kaprun die Diskussion über die Sinnhaftigkeit eines Schmerzengeldes für Hinterbliebene „wieder in Gang gesetzt“ worden sei.

hohen Regulierungsaufwand hervorrufen, aber zu keinen durchsetzbaren Ansprüchen führen.⁵¹

- 61 Im Straßenverkehr wird grobe Fahrlässigkeit meist angenommen, wenn der Lenker – in erheblichem Maß – alkoholisiert oder eine Vorrangverletzung gegeben war. Bei Großschäden – wie der Seilbahnkatastrophe von Kaprun – sind die Haftpflichtversicherer großzügiger, um zu vermeiden, dass ein US-amerikanischer Gerichtsstand gesucht und gefunden wird mit der Gefahr der dann unkalkulierbar hohen Ersatzansprüche der Sekundäropfer, über die in den USA häufig eine Laien-Jury entscheidet.
- 62 Bei den an den OGH herangetragenen Fällen hat *Danzl*, bis vor kurzem Vorsitzender Richter des für Verkehrsunfallsachen zuständigen 2. Fachsenats beim OGH und Verfasser des maßgeblichen Standardwerks,⁵² maßgeblichen Einfluss ausgeübt. Diese enorm belese Richterpersönlichkeit ist – namentlich auf diesem Gebiet – für Argumente der Rechtsvergleichung offen, wobei konkret häufig eine Orientierung am schweizerischen Recht erfolgte, wo es einerseits einschlägige Normen (Art. 47, 49 OR) schon sehr viel länger gibt und dementsprechend eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung. Hingewiesen sei auch auf die Empfehlungen des Europarats vom 14.3.1975, der laut Entschließung seines Ministerkomitees (75) 7 über den Schadenersatz im Falle von Körperverletzung oder Tötung⁵³ wie auch Art 10:301 Abs. 1 der Principles of European Tort Law (PETL)⁵⁴ sowie Art 2:202 Abs. 1 des Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁵⁵ einen Ersatz für jene Nichtvermögensschäden vorsehen, die durch die Tötung oder (schwere) Verletzung einer nahestehenden Person ausgelöst werden.⁵⁶ Auch die Vorgaben des EGMR⁵⁷ weisen in diese Richtung.
- 63 Einigkeit besteht dabei darüber, dass nicht der Wert des Lebens im Fall der Tötung ersatzfähig sein kann, denn dafür gäbe es in der Tat kaum Bemessungsansätze.⁵⁸ Zielsetzung kann allein sein, Kummer und Trauer der Hinterbliebenen – ähnlich wie den Schmerz bei einer Körperverletzung – abzumildern und die Anspruchsberechtigten durch einen Geldbetrag in die Lage zu versetzen, auf andere Gedanken zu kommen und im Rahmen der Trauerarbeit ihren Weg zurück ins „Normalleben“ zu finden. Diese Betroffenheit ist abstufbar und jedenfalls – *cum grano salis* – auch messbar.

51 *Cb. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 141.

52 *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht.

53 So die Bezugnahme bei *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 181 f.

54 Art 10:301 Abs. 1 PETL: „[...] *Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury.*“; s. dazu *European Group on Tort Law* (Hrsg.), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 171 ff.

55 Art 2:202 Abs. 1 DCFR: “*Non-economic loss caused to a natural person as a result of another’s personal injury or death is legally relevant damage if at the time of injury that person is in a particularly close personal relationship to the injured person.*“; dazu von *Bar/Clive* (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) IV (2009) 3225 f.

56 So die Bezugnahme bei *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 90 f.

57 13.3.2012, Nr. 2694/08 – *Reynolds J. Großbritannien*, Rn. 80 ff.; 17.3.2005, Nr. 50196/99 – *Bubbins J. Großbritannien*, Rn. 166 ff.; 3.4.2001, Nr. 27229/95 – *Keenan J. Großbritannien*, Rn. 125 ff.

58 *Cb. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 945.

III. Kreis der Anspruchsberechtigten

1. Unterschiedliche Wertung gegenüber dem Schockschaden?

*Karner*⁵⁹ plädiert für einen unterschiedlichen Angehörigenkreis, je nachdem, ob es sich um einen Schockschaden – unter Einschluss eines Fernwirkungsschadens – oder einen „reinen Trauerschaden“ handelt. Er begründet dies damit, dass sich bei einer psychischen Krankheit die Beeinträchtigung sicher feststellen und überprüfen lasse, was in Schockschadensfällen „gegen einen allzu engen und formalen Angehörigenbegriff“ spreche. Bei „reinen Trauerschäden“ lasse sich eine „gesundheitliche Beeinträchtigung nur sehr schwer feststellen und überprüfen“, weshalb „wegen dieses weitgehenden Fehlens einer sicheren Objektivierungsbasis“ „die formale familienrechtliche Beziehung größeres Gewicht“ gewinne. Das entspricht dem Denken im Rahmen eines beweglichen Systems. 64

Beim reinen Schockschaden kommt es auf das Miterleben des schädigenden Ereignisses, meist eines Unfalls, an; die Angehörigeneigenschaft spielt somit gar keine Rolle. Beim Fernwirkungsschaden und „reinen Trauerschaden“ ist das anders; bei diesen wird die psychische Beeinträchtigung typischerweise durch die Nachricht vom Tod oder die Imponderabilien der anschließenden Lebensphase, im Verletzungsfall häufig durch Pflege des Primäröpfers, ausgelöst. 65

Auch wenn im österreichischen Recht wegen der Begrenzung des Ersatzes von Trauerschäden auf Fälle eines grob fahrlässigen Verhaltens des Schädigers die Abgrenzung zwischen diesen beiden Kategorien – derzeit – noch erforderlich ist, ist zu hoffen, dass eines Tages auch der österreichische Gesetzgeber eingreift und eine Ersatzpflicht von Trauerschäden bei jedem Zurechnungsgrund anordnet. Dann wäre es schon aus pragmatischen Gründen wenig erfreulich, wenn der Angehörigenkreis unterschiedlich festgelegt würde. Nach der hier vertretenen Ansicht, wonach zwischen seelischer Erkrankung und Trauer bloß graduelle Unterschiede bestehen, sprechen auch Wertungsgesichtspunkte für eine gleichförmige Grenzziehung, wer Angehöriger ist – und wer nicht.⁶⁰ 66

2. Anknüpfungserkmale

a) Haushaltsgemeinschaft im Rahmen der Kernfamilie

Im österreichischen Recht wird das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft zwischen Primär- und Sekundäröpfer als maßgeblicher Anknüpfungspunkt für das Bestehen einer Gefühlsgemeinschaft und damit der Bejahung des Angehörigenstatus des Sekundäröpfers in Bezug auf das Primäröpfer angesehen. Bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft wird das vermutet – der Ersatzpflichtige ist beweisbelastet, dass diese nicht besteht. Ohne Haushaltsgemeinschaft muss das einen Anspruch stellende Sekundäröpfer eine Gefühlsgemeinschaft mit dem Primäröpfer nachweisen, die der Intensität nach derjenigen bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft in der Kernfamilie entspricht. 67

59 FS-Danzl (2017) 87, 100 f.

60 Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 142.

- 68 Das Anknüpfen an die Haushaltsgemeinschaft macht durchaus Sinn. Wenn die **gefühlsmäßige Verfestigung von zwei (erwachsenen) Personen vorangeschritten** ist, ziehen diese – als Zeichen, dass das passiert ist – zusammen. Wenn die **Gefühlsgemeinschaft deutlich nachgelassen** hat, zieht in einer Ehe ein Partner aus, sieht man von den Fällen ab, in denen ein getrennter Wohnsitz von Ehepartnern darauf beruht, dass dafür berufliche oder sonstige Gründe, etwa Studium oder Gefängnisstrafe eines Ehepartners, vorliegen.
- 69 An zwei prototypischen Beispielen sei das wiederum verdeutlicht:
- In OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86 hat der OGH einen Anspruch auch bei **Tötung der 61-jährigen Mutter** bejaht, die zwar nicht im gemeinsamen Haushalt des **40-jährigen Sohnes** gelebt hat, sondern **vis-a-vis**, aber durch **Einnahme gemeinsamer Mahlzeiten** in das Familienleben des Sohnes wie ein **Haushaltsangehöriger** integriert war. Das ist insoweit ein Grenzfall, als es beim Angehörigenbegriff letztlich nicht darauf ankommen kann, ob ein Haushaltsangehöriger zu seinem Wohnbereich einen **eigenen Eingang** hat oder dies nicht der Fall ist. Ob es sich um eine (**Einlieger-)**Wohnung im gleichen Haus oder eine **Wohnung vis-a-vis** handelt, kann keinen Unterschied machen. Maßgeblich ist allein, ob die betreffende Person in das **Familienleben integriert** war, als ob sie im gleichen Haushalt wohnen würde. Bei Großeltern wird das häufig vorkommen, wenn diese etwa kochen und die Enkelkinder **beaufsichtigen**. Der Begriff der **Haushaltsgemeinschaft** könnte insoweit **weit interpretiert** werden; oder aber aufgrund des intensiven Zusammenlebens wird deshalb eine enge Gefühlsgemeinschaft bejaht. Unterschiedlich ist lediglich die Begründung, nicht aber das Ergebnis, immerhin allerdings die Beweislastverteilung. Bedeutsam ist, dass der OGH für die enge Gefühlsbeziehung zwischen Mutter und Sohn einen **besonderen Nachweis** verlangte, die **Statusbeziehung allein nicht** ausgereicht hat. ME wäre es sachgerecht, in solchen Fällen den Begriff der Haushaltsgemeinschaft erweiternd auszulegen.
 - In OGH 21.4.2005, 2 Ob 90/05 g, ZVR 2005/73 (*Karner*) = JBl 2005, 652 = ÖJZ 2005/165 hat der OGH bei zwei **erwachsenen Brüdern** – ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft – eine ausreichende emotionale Nahebeziehung zwischen diesen bejaht, weil deren Verhältnis einer Beziehung zwischen Vater und Sohn angenähert war. Der **getötete ältere Bruder** hatte sich um den **behinderten jüngeren Bruder**, der von anderen Familienmitgliedern – wegen seiner Behinderung – **ausgegrenzt** worden war, besonders angenommen. Diese Entscheidung ist ein Musterbeispiel, dass selbst in einem **Ausnahmefall** zwischen Geschwistern ohne gemeinsame Haushaltsgemeinschaft aufgrund **greifbarer und nachweisbarer Umstände** eine besondere emotionale Nahebeziehung und damit ein Angehörigenstatus bejaht werden kann.⁶¹
- 70 Man kann somit resümieren, dass selbst in der **Kernfamilie ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft** ein besonderer Nachweis für die Bejahung einer besonderen

61 Abgelehnt allerdings jüngst in OGH 29.11.2017, 7 Ob 105/17t, Zak 2018/59, demnächst in ZVR 2018 (*Ch. Huber*), wo es freilich um die Auslegung eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ging.

Gefühlsgemeinschaft und damit eines Angehörigenstatus bestehen muss. *Danzl*⁶² verweist darauf, dass auch im Rahmen der psychosozialen Prozessbegleitung der Kreis der schutzwürdigen Angehörigen, wenn eine Person durch eine Straftat getötet worden ist, in ähnlicher Weise gezogen worden ist, soweit die betreffende Person nicht unmittelbar Zeuge der Tat war. Zwischen nicht im gleichen Haushalt lebenden Geschwistern oder Großeltern wird das nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu bejahen sein.⁶³

b) Besondere emotionale Nähebeziehung in Sonderfällen

aa) Sonstige Personen, zwischen denen eine auf Dauer angelegte Haushaltsgemeinschaft besteht

Es handelt sich in erster Linie um Lebensabschnittsgemeinschaften unterschiedlichen⁶⁴ oder gleichen Geschlechts⁶⁵ sowie Beziehungen von Kindern zu Stiefeltern in Patchworkfamilien während des Bestehens einer Haushaltsgemeinschaft. Dazu kommen Fälle von Pflegeeltern⁶⁶ oder auch einer Nanny, mag das auch eine Person sein, die vor 100 oder 150 Jahren in adeligen oder großbürgerlichen Haushalten noch häufiger vorkam, freilich in Kreisen der Oberschicht auch heute noch zu finden sein mag. Heute mögen solche Personen als „Leihopa“ bzw. „Leihoma“ bezeichnet werden. Bei einem Au-pair-Mädchen fehlt es mE an der Dauerhaftigkeit der Familienbeziehung, ist deren Aufenthaltsdauer doch meist auf weniger als ein Jahr begrenzt.⁶⁷

Der OGH musste sich noch nicht mit der Frage befassen, ob für das Vorliegen einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft eine bestimmte Mindestdauer gegeben sein muss, damit ein Angehörigenstatus zu bejahen ist. Im schweizerischen Recht wird das mE zu Recht verneint.⁶⁸

Ebenfalls keine OGH-Entscheidung gibt es zur Frage, ob bei Begründung einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft während aufrechter Ehe Ehefrau und Konkubine anspruchsberechtigt sein könnten. Das schweizerische BG⁶⁹ hat das bejaht. Dagegen könnte sprechen, dass die Ehefrau womöglich nur noch eine wirtschaftliche, aber keine emotionale Nähebeziehung zum Ehemann haben könnte. Wegen des Bestehens des Prinzips der Einehe könnte auch der ordre public dem entgegenstehen. Da es aber nicht auf das Bestehen einer Geschlechtsgemeinschaft ankommt, sprechen die besseren Argumente dafür, das nicht a priori auszuschließen.⁷⁰

62 In: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 201 f. unter Hinweis auf § 66 Abs. 2 iVm § 65 Z 1 lit. b StPO sowie § 73 b ZPO.

63 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 100; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 940.

64 Bejahend OGH 29.8.2002, 8 Ob 127/02 p, ZVR 2002/96 (*Karner*); OGH 2.2.2006, 2 Ob 212/04 x, Zak 2006/235.

65 Für eine Gleichstellung zu Recht *Fucik/Hartl/Schlosser*, Verkehrsunfall VI Rn. 627.

66 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 101: Entfernter Verwandter, der ein Kind an Stelle der Eltern aufgezogen hat, ohne es formal zu adoptieren.

67 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 937 f.

68 *Landolt* in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 557.

69 BGE 138 III 157; bloß referierend *BernerKomm/Brehm* Art. 47 Rn. 160 b; zustimmend *Landolt* in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 557.

70 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 929 f.

bb) Sonstige engste Bezugsperson ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft

- 74 Bei einer verlobten Person hat der OGH⁷¹ – auch ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft – eine ausreichend enge emotionale Bindung und damit den Status als anspruchsberechtigter Angehöriger bejaht; in einem Fall jedoch, bei dem lediglich behauptet worden war, dass das Eingehen einer Lebensgemeinschaft bloß geplant war, einen solchen Anspruch versagt.⁷² Kommt es letztlich nicht auf das Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft an, muss Entsprechendes für das Verlöbnis gelten. Freilich ist eine Bezugnahme auf einen solchen förmlichen Akt für den Nachweis der besonders engen Gefühlsgemeinschaft hilfreich.
- 75 Erwägenswert könnte als engste Bezugsperson noch ein Lebensfreund, etwa in einer Klosterbruderschaft oder Kommune,⁷³ oder auch ein Kamerad im Soldatenleben⁷⁴ sein. Fakt ist freilich, dass weder in der relativ jungen OGH-Judikatur noch in der über 140-jährigen Geschichte zu Art. 47 OR – bzw. seiner Vorgängernorm – ein einziger solcher Fall aufgetaucht ist.⁷⁵ Denkbar ist, dass es sich insoweit um Spiegelfechtereien von professoralen Hirngespinsten⁷⁶ und nicht Probleme der Praxis handelt.⁷⁷

cc) Besonderheiten eines Nasciturus

(1) Nasciturus als Anspruchsberechtigter

- 76 Auch ein Nasciturus kann unter der Voraussetzung der Lebendgeburt Anspruch auf ein Angehörigenschmerzensgeld haben.⁷⁸ Im Regelfall ist der tragende Grund, dass das Sekundäröpfer in der Phase der Trauerarbeit den zuerkannten Betrag dafür verwenden kann, um auf andere Gedanken zu kommen und das Leid zu mindern. Dieser Gedanke passt bei einem Nasciturus ebenso wenig wie bei einem Baby, das im Moment des Ereignisses nicht erfassen kann, was passiert ist.
- 77 An die Stelle tritt freilich ein anderer Gedanke: Vor allem bei Verlust eines Elternteils kann dieser nie vollständig ersetzt werden, weder durch den verbliebenen Elternteil noch durch eine Person, die an die Stelle des getöteten Elternteils tritt.⁷⁹ Das Angehörigenschmerzensgeld hat insoweit die Funktion, diese nach und nach fühlbare ideelle Beeinträchtigung auszugleichen.⁸⁰ In erster Linie trägt dieser Gedanke bei den Eltern; ausnahmsweise kann er auch gegenüber Geschwistern zum Tragen kommen, namentlich, wenn ein Nasciturus in der Folge als Einzelkind aufwachsen muss. Beim Großvater hat das der OGH⁸¹ bei einem sieben Monate alten Kind zu Recht abgelehnt.

71 OGH 2.2.2006, 2 Ob 212/04 x, Zak 2006/235.

72 OGH 14.6.2007, 2 Ob 15/07 f, Zak 2007/523.

73 NK/Cb. Huber BGB § 253 Rn. 67.

74 Schwintowski/C. Schab Sedi/M. Schab Sedi, zfs 2012, 6, 7.

75 Zum schweizerischen Recht Landolt, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 565.

76 Cb. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 938.

77 Einen solchen Fall immerhin erwägend Müller, VersR 2017, 321, 323: Ob auch andere (nämlich solche) Personen in Betracht kommen, muss die Rechtspraxis zeigen.

78 Cb. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 941.

79 Cb. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 945 f.

80 So auch BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn. 151 a und b: Ausgleichswirkung später.

81 OGH 12.5.2005, 2 Ob 41/03 y, ZVR 2005/88 (Griebsner).

(2) Anspruchsberechtigung bei Tod eines Nasciturus

In der Entscheidung 1 Ob 114/16 w⁸² hatte sich der OGH mit der Frage zu befassen, ob die Eltern bei Tod eines Nasciturus drei Wochen vor dem geplanten Geburtstermin Trauerschmerzensgeld verlangen können.⁸³ Er hat das im konkreten Fall bejaht und hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er bei einem Wunschkind das nicht nur für diese späte Phase so sehen würde. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass ein solcher Anspruch ab dem Zeitpunkt der Zeugung gegeben ist.⁸⁴ Ausdrücklich sei darauf hingewiesen, dass der OGH dezidiert ausgesprochen hat, dass es auf die Rechtsfähigkeit des Nasciturus nicht ankommt, vielmehr die Betroffenheit der Eltern der maßgebliche Gesichtspunkt ist. Kein Wunschkind ist gegeben, wenn ein Elternteil oder beide sich für eine Abtreibung entschieden haben oder die konkrete Absicht bestand, das Kind nach der Geburt zur Adoption frei zu geben. Insoweit wäre dann eine Parallele zur Entfremdung bei bestehenden Familienverhältnissen gegeben.⁸⁵

3. Abgrenzung zwischen gestörter familienrechtlicher Beziehung und Entfremdung

In einer Familie hängt der Himmel nicht immer voller Geigen. Namentlich zwischen Eltern und einem Kind, das sich in der Pubertät befindet, wie auch zwischen Ehegatten kommt es selbst in an sich harmonischen Familien gelegentlich zu Konflikten. Das Auf und Ab, wie es auch ein Familienleben prägt, führt dazu, dass Phasen der Streitaustragung durch solche der Versöhnung und Harmonie abgelöst werden. Wenn in einer Phase des Konflikts ein Familienangehöriger – das Primärpfeffer – getötet wird, wird dadurch auch dem mit diesem in einem Konflikt befindlichen Angehörigen die Möglichkeit einer Versöhnung – für immer! – genommen. Das löst mitunter erst recht besondere Betroffenheit aus.⁸⁶

■ Prototypisch dafür ist die Entscheidung OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*), in der das Verhältnis zwischen Vater und Sohn vor dem Unfall gerade gestört war, die Nachricht vom Tod des Sohnes beim Vater aber eine schwere psychische Erkrankung unter Einschluss einer geminderten Arbeitsfähigkeit mit vorzeitiger Pensionierung auslöste. Der OGH hat – obiter dictum – darauf in der Entscheidung OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86 bestätigend verwiesen, wo es in diesem Sachverhalt freilich um eine durchaus herzliche und besonders enge familiäre Bindung zwischen Mutter und Sohn ging.

Auch wenn die Entscheidung OGH 22.2.2001, 2 Ob 79/00 g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*) einen Fall eines Fernwirkungsschadens betraf, gelten für einen „reinen Trauerschaden“ keine anderen Kriterien. Für die Versagung eines Ersatzanspruchs ist eine vorübergehende Konfliktsituation nicht maßgeblich. Erst wenn eine

82 OGH 30.8.2016, 1 Ob 114/16 w, ÖJZ 2017/52 = RdM 2017/63 (*Karner*); hierzu *Danzl*, ZVR 2016, 456, 457 ff.; *Ch. Huber*, ÖJZ 2017, 383 ff.; *Konrad/Nitsch*, JAP 2016/2017, 168 ff.

83 Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der OGH auch eine pathologische seelische Beeinträchtigung bei den Eltern festgestellt hat, so dass wegen des Vorliegens grober Fahrlässigkeit des Schädigers neben dem Trauerschaden auch ein Schockschaden der Eltern bejaht wurde.

84 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 941; *ders.* in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 142; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 102 f.

85 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 101 f.

86 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 937.

Entfremdung zwischen Primär- und Sekundäröpfer gegeben wäre, wäre es wenig sachgerecht, einen Ersatzanspruch zuzubilligen. Das Sekundäröpfer, das sich über den Tod des Primäröpfers womöglich sogar noch freut, soll nicht auch noch Kasse machen dürfen.

- 81 Wenn *Karner*⁸⁷ dafür verlangt, dass „zwischen Eltern und Kindern zu keiner Zeit ein Naheverhältnis bestanden hat ... oder etwa eine Lebensgemeinschaft schon vor geraumer Zeit unwiederbringlich aufgelöst wurde“, ist das für das Eltern-Kind-Verhältnis zu streng. Auch insoweit muss maßgeblich sein, wenn einerseits über einen längeren Zeitraum kein Kontakt bestand und andererseits mit der Wiederaufnahme eines solchen auch nicht zu rechnen ist. Abgesehen davon, dass beide Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, gehen Zweifel zu Lasten des Ersatzpflichtigen.
- 82 Das Problem wird sich im österreichischen Recht kaum stellen, weil die Haushaltsgemeinschaft und nicht der Familienstatus das primäre Anknüpfungsmoment ist; und bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft wird es kaum jemals vorkommen, dass es zu einem Abbruch jeglichen Kontakts und einer „völligen?“ Entfremdung gekommen ist. Besteht in solchen Fällen – im Regelfall – hingegen keine Haushaltsgemeinschaft, ist ohnehin das Sekundäröpfer beweispflichtig für eine besondere emotionale Nähebeziehung.
- 83 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei einem Wunschkind immer eine Nähebeziehung zwischen Eltern und Nasciturus bestehen wird; eine Entfremdung jedoch nur dann, wenn eine Abtreibung oder Freigabe zur Adoption geplant war.⁸⁸

4. Welcher Zeitpunkt maßgeblich – Verletzung oder Tod

- 84 Da der Wortlaut des § 1327 ABGB, der Entsprechung zu § 844 BGB, nicht eindeutig ist, war umstritten, ob für die Anspruchsberechtigung des Sekundäröpfers der Zeitpunkt der Verletzung oder der des Todes maßgeblich ist. Bedeutsam ist das in Fällen, in denen das Sekundäröpfer das Primäröpfer erst nach der Verletzung heiratet bzw. ein Kind erst nach diesem Zeitpunkt gezeugt wird.
- In OGH 4.5.2017, 5 Ob 41/17 s, Zak 2017/580 = JBl 2017, 798 = ZfG 2017, 90 hat der OGH in einem Arzthaftungsfall klargestellt, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalte und wegen des Gleichklangs mit § 12 Abs. 2 EKHG – der Entsprechung zu § 10 Abs. 2 StVG – maßgeblich der Verletzungszeitpunkt ist. In concreto ging es um Unterhalts- und Schockschadenansprüche; für den reinen Trauerschaden und das Angehörigenschmerzensgeld muss Entsprechendes gelten.

IV. Entschädigungsniveau – abhängig von welchen Determinanten

1. Größenordnung

- 85 Das Entschädigungsniveau in Österreich liegt – inxdexangepasst – für reine Trauerschäden zwischen 9.300 EUR und 24.000 EUR,⁸⁹ in der Schweiz ca. beim Doppel-

87 FS-Danzl (2017) 85, 100.

88 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 102.

89 *Cb. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 953 f.

ten.⁹⁰ Auch insoweit soll eine tabellarische Übersicht einen ersten Eindruck vermitteln.⁹¹ Es wird deutlich, dass die Judikaturdichte in Österreich (noch) sehr überschaubar ist.

<i>Entscheidung</i>	<i>Kläger/in</i>	<i>Getötete/r</i>	<i>Ersatzbetrag</i>	<i>Indexangepasst (VPI)</i>
OGH 12.7.2007, 2 Ob 263/06 z, ZVR 2007/239 (Danzl)	Eltern, fanden die Unfallopfer an der Unfallstelle vor	6-jährige Tochter (Verkehrsunfall), daneben wurde auch der 2-jährige Sohn leicht, sowie die Mutter des ErstKl schwer verletzt	je EUR 20.000	EUR 24.000
OGH 26.6.2008, 2 Ob 55/08 i, Zak 2008/579	volljährige, im gleichen Haushalt lebende Geschwister (18 und 20 Jahre) und Eltern	19-jährige Schwester bzw. Tochter (Verkehrsunfall)	Eltern: je EUR 20.000 Geschw: je EUR 15.000	EUR 23.300 EUR 17.400
OGH 9.9.2008, 10 Ob 81/08 x, ZfRV-LS 2008/71 (Ofner)	Eltern und Brüder, im gemeinsamen Haushalt lebend, fanden das Unfallopfer am Unfallort vor	Sohn bzw. Bruder (unsachgemäße Installation eines Benzinaggregats auf einer Yacht)	Eltern: je EUR 17.000 Brüder: je EUR 8.000	EUR 19.700 EUR 9.300
OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86	40-jähriger Sohn	61-jährige Mutter (Verkehrsunfall)	EUR 13.000	EUR 16.600
OGH 20.9.2012, 2 Ob 161/12 h, Zak 2012/709	Tochter	Vater (durch grobe Fahrlässigkeit des ebenfalls beim Unfall verstorbenen Bruders der Kl)	EUR 15.000	EUR 16.000

90 Hütte, in: Hütte/Landolt, Band I Rn. 56f.

91 Karner, FS-Danzl (2017) 87, 115 f, wo sich diese Tabelle findet.

2 Teil 2: Länderberichte

Zur Illustration wird auch auf die Judikatur der OLG verwiesen, bei denen der geringste und höchste Zuspruch dokumentiert wird.⁹²

86 ■ OLG Innsbruck

OLG Innsbruck 25.10.2005, 1 R 164/05 k	Witwe und 9-jährige Tochter	30-jähriger Ehemann bzw. Vater (Verkehrsunfall)	je EUR 15.000
OLG Innsbruck 29.5.2008, 2 R 82/08 p (E Nr. I 993)	(serbisch-stämmige) Eltern	Tochter und Schwiegersohn (Verkehrsunfall)	je EUR 5.000

87 ■ OLG Graz

OLG Graz 26.5.2008, 2 R 59/08 a) ⁹³ (E Nr. G 445 und 407)	Eltern und (jüngere) Brüder (alle in Serbien)	(erwachsener) Sohn bzw. Bruder (Sportunfall) ⁹⁴	je EUR 17.000 (Eltern), je EUR 8.000 (Brüder)
OLG Graz 14.9.2010, 5 R 114/10 i (E Nr. G 453)	30-jähriger Sohn	beide Eltern (Verkehrsunfall) ⁹⁵	EUR 20.000

88 ■ OLG Linz

OLG Linz 1.3.2004, 2 R 237/03 s	Lebensgefährtin ⁹⁶	36-jährige Frau (Verkehrsunfall)	EUR 7.500
OLG Linz, 22.8.2006, 1 R 69/06 g	Vater	14-jähriger Sohn (Verkehrsunfall) ⁹⁷	EUR 15.000

92 Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 211 ff., wo sich weitere Entscheidungen finden.

93 Revision zurückgewiesen OGH 9.9.2008, 10 Ob 81/08 x, ZfRV-LS 2008/71 (Ofner).

94 Durch Abgase eines unsachgemäß eingebauten Benzinaggregats auf einer Motoryacht.

95 Gemeinsamer Motorradunfall.

96 Seit 17 Jahren mit gemeinsamem 13-jährigen Sohn.

97 Der älteste von drei Söhnen war als Radfahrer von einem erheblich alkoholisierten Pkw-Fahrer erfasst und getötet worden.

■ OLG Wien

89

OLG Wien 12.12.2003, 13 R 167/03 d	Vater ⁹⁸	(erwachsener) Sohn (Verkehrsunfall)	EUR 7.000
OLG Wien 12.4.2006, 15 R 43/06 p	51-jährige Witwe	Ehemann	EUR 10.000
OLG Wien 10.1.2008, 13 R 266/07 v (E Nr. W 576)	9-jährige Tochter	Mutter (Verkehrsunfall)	EUR 20.000

Insoweit liegt keine Indexanpassung vor; die Werte oszillieren zwischen 5.000 EUR und 20.000 EUR.

Ein Anhaltspunkt für das „richtige“ Entschädigungsniveau könnte auch eine Bezugnahme auf die Schmerzensgelder bei Körperverletzungen sein. So mancher würde einen Beinbruch, der nach einem halben Jahr ohne größere Nachwirkungen verheilt ist, eher in Kauf nehmen als den Verlust eines ihm nahe stehenden Menschen.⁹⁹ Zwar trifft es zu, dass man nie „Äpfel mit Birnen“ vergleichen soll; für eine Kontrollrechnung bzw. Plausibilitätskontrolle könnte das freilich hilfreich sein; ebenso eine Bezugnahme auf die Schmerzensgelder bei besonders schweren Verletzungen. Da den allermeisten Menschen – durchaus zu Recht – das Hemd näher als der Rock ist, ist darauf zu achten, dass das Angehörigenschmerzensgeld die Ersatzbeträge bei Verlust einer Gliedmaße¹⁰⁰ oder einer Querschnittlähmung¹⁰¹ auch nicht annähernd erreicht.

90

2. Abstufung des Angehörigenschmerzensgeldes

Aufgrund der geringen Judikaturdichte haben sich im österreichischen Recht noch keine klaren Leitlinien herausgebildet. Immerhin kann man grobe Vorgaben ausmachen:

91

- Die höchsten Zusprüche erfolgten bisher an Eltern bei Verlust eines minderjährigen Kindes,¹⁰² nämlich jeweils 20.000 EUR bzw. 17.000 EUR.
- Etwas geringere Zusprüche erfolgten bei Tod der Eltern,¹⁰³ nämlich zwischen 13.000 EUR und 15.000 EUR.

98 „Sehr zu schaffen“ machte dem Kläger dabei auch der Umstand, dass seine an Brustkrebs leidende Gattin und Mutter des schuldlos von einem schwer alkoholisierten Fahrer Getöteten noch schwerer mit dessen Tod fertig wurde und rund zehn Monate später ebenfalls verstarb.

99 OLG Graz 18.9.2007, 2 R 123/07: Drehbruch des linken Schien- und Wadenbeins – Zuspruch von 11.000 EUR.

100 OLG 29.9.2010, Innsbruck 4 R 154/10 v: Amputation des Oberschenkels – Zuspruch von 65.000 EUR.

101 OLG Wien 11 R 74/09 x: Querschnittlähmung – Zuspruch von 135.000 EUR.

102 OGH 12.7.2007, 2 Ob 263/06 z, ZVR 2007/239 (Danzl): 20.000 EUR (6-jährige Tochter); OGH 26.6.2008, 2 Ob 55/08 i, Zak 2008/579: 20.000 EUR (19-jährige Tochter); OGH 9.9.2008, 10 Ob 81/08 x, ZfRV-LS 2008/71 (Ofner): 17.000 EUR (Sohn).

103 OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86: 13.000 EUR (Mutter); OGH 20.9.2012, 2 Ob 161/12 h, Zak 2012/709: 15.000 EUR (Vater).

- Noch geringer sind die Zusprüche an Geschwister,¹⁰⁴ nämlich zwischen 8.000 EUR und 15.000 EUR.
- 92 Zum Ausmaß des Angehörigenschmerzensgeldes eines Ehepartners gibt es noch gar keine Entscheidung. In der Literatur wird vertreten, dass das Angehörigenschmerzensgeld bei Verlust eines Ehegatten in etwa so hoch liegen müsse wie bei Verlust eines Elternteiles.¹⁰⁵
- 93 Erschwert wird die rationale Nachvollziehbarkeit dadurch, dass der OGH den Grundsatz der Globalbemessung betont. Das Gericht will sich bei seiner Entscheidungsfindung nicht in die Karten blicken lassen. Der Grundsatz der Globalbemessung besagt, dass ein einheitlicher Betrag auszuweisen sei, auch wenn zum Trauerschaden ein Schockschaden hinzutritt;¹⁰⁶ ebenso wenn noch eine eigene Körperverletzung beim Sekundäröpfer gegeben ist.¹⁰⁷ Das erschwert die Ermittlung der für Trauerschäden gebührenden Entschädigung. *Karner*¹⁰⁸ hält für die Feinabstimmung neben dem Verwandtschaftsgrad das Alter des Unfallopfers und des Angehörigen sowie das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft bzw. deren Auflösung, die Indiz für eine Lockerung der Beziehung ist, für maßgeblich; zudem, wenn mehrere Familienangehörige zugleich getötet worden sind, etwa beide Eltern, oder das einzige Kind.
- 94 Diese Umstände sind gewiss beachtlich; mE ließe sich die Transparenz noch deutlich steigern und die Abstufung erheblich verfeinern. Folgende Gesichtspunkte können zusätzlich genannt werden:
- Sinnvoll wäre ein Basisbetrag nach schweizerischem Vorbild, wobei man gewiss darüber diskutieren kann, ob der Verlust eines – minderjährigen – Kindes oder eines Ehepartners am schmerzlichsten zu taxieren ist.¹⁰⁹ Daran knüpft sich eine zweite Phase der Feinjustierung.
 - Jedenfalls wird man Einigkeit erzielen können, dass der Verlust von Geschwistern geringer zu bemessen ist als der von Ehepartnern bzw Kindern oder Eltern.
 - Dafür, dass der Verlust eines – namentlich minderjährigen – Kindes die höchste Betroffenheit auslöst, spricht, dass nach der Lebenswahrscheinlichkeit die Eltern ohne Schadensereignis eine solche Trauer niemals ertragen hätten müssen. Wird eine – deutlich – ältere Person getötet, geht es nach der Lebenswahrscheinlichkeit um das Vorziehen eines Ereignisses, mit dem der Angehörige später auch fertig werden hätte müssen. Mag das auch an der Grenze der Pietät liegen, gilt das umso mehr, je geringer der zeitliche Abstand zwischen dem Alter der getöteten Person und deren statistischer Sterbewahrscheinlichkeit ist.

104 OGH 9.9.2008 10 Ob 81/08x, ZfRV-LS 2008, 71 (*Ofner*): 8.000 EUR (Bruder); OGH 26.6.2008, 2 Ob 55/08 i, Zak 2008/579: 15.000 EUR (Geschwister).

105 *Cb. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 144.

106 OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15 s, ZVR 2015/214 (*Kathrein*) = ÖJZ 2016/39 (*Cb. Huber*).

107 OGH 28.3.2017, 2 Ob 217/16 z, Zak 2017/240: Körperverletzung sowie Tod des Lebensgefährten 14 Monate nach dem Unfall. Verweis auf den gleich gelagerten Fall OGH 25.6.2009, 2 Ob 39/09 p, ZVR 2010/119 (*Cb. Huber*).

108 FS-Danzl (2017) 87, 110 f.

109 Für den höchsten Zuspruch bei Verlust eines Ehepartners die Rechtsprechung in der Schweiz; Nachweise bei *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I Rn. 56.

- Bei Verlust eines Elternteils wirkt sich der seelische Schaden am meisten in der Pubertät aus.¹¹⁰ Insofern ist das Alter bei Kindern durchaus eine berücksichtigungsfähige Bemessungsvariante.
- Haben Kinder den elterlichen Haushalt verlassen, ist der Verlust eines Elternteiles nicht mehr so belastend, namentlich, wenn das Kind selbst verheiratet ist und Kinder hat.
- Bei Ehepaaren wird die wechselseitige Euphorie gerade zu Beginn der Ehe besonders hoch sein, werden doch heute – hoffentlich – die meisten Ehen aus Liebe geschlossen und nicht zur wirtschaftlichen Absicherung. Ein dementsprechend hoher Betrag ist demgemäß auch Verlobten zuzubilligen, die sich noch in der ersten Phase des Verliebtseins befinden.
- Bei älteren Ehepaaren, bei denen ein Partner auf den anderen angewiesen ist, sei es zur Pflege oder weil es Dinge gibt, die nur dieser kann oder besonders gut kann, rechtfertigt das ebenfalls einen Zuschlag.
- Besteht keine Haushaltsgemeinschaft mehr, rechtfertigt das einen Abschlag. Das gilt erst recht, wenn längere Zeit kein Kontakt mehr bestanden hat, aber gerade noch keine Entfremdung eingetreten ist. Im österreichischen Recht wird es sich freilich eher um einen theoretischen Fall handeln, ist doch beim Angehörigenschmerzensgeld ohne Bestehen einer Hausgemeinschaft eine besondere emotionale Nähebeziehung vom Anspruchsteller nachzuweisen.

Neben diesen typisierbaren Umständen kommen noch die „Umstände des Einzelfalles“ hinzu, dass etwa die Mutter umfassend in die Hausgemeinschaft eingebunden war,¹¹¹ der Bruder eine Stellung wie ein Vater hatte,¹¹² udgl. Je mehr Judikatur vorhanden ist, ein umso präziseres Koordinatensystem kann entwickelt werden. 95

Die Vergleichbarkeit beim Angehörigenschmerzensgeld müsste in höherem Ausmaß gegeben sein als bei einem Fernwirkungsschaden, weil der Bemessung der typische Fall zugrunde liegt, dass der Tod des Primäröpfungers ohne seelische Erkrankung des Sekundäröpfungers bewältigt wird. Nach Maßgabe der emotionalen Nähebeziehung ist ein abgestufter Ersatzbetrag für die dadurch ausgelöste Betroffenheit geboten, um in der Phase der Trauerarbeit zu einer Linderung des Leids und der Rückkehr ins Normalleben beizutragen. Abgesehen von den oben geschilderten Besonderheiten spielt das Alter keine Rolle für die Bemessung, weil es – ohne psychische Erkrankung – darum geht, dem Sekundäröpfungers im Rahmen der Trauerarbeit, also einem überschaubaren Zeitraum nach dem Tod des Primäröpfungers, einen Geldbetrag zur Linderung seiner Unbill zur Verfügung zu stellen.¹¹³ 96

3. Verhältnis zum Fernwirkungsschaden

Knüpft das Angehörigenschmerzensgeld im Ausgangspunkt an die emotionale Nahebeziehung an, unterscheidet sich insoweit der Bemessungsansatz beim Fernwirkungs- 97

110 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 945 f.; BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn. 151 d.

111 OGH 1.7.2004, 2 Ob 141/04 f, ZVR 2004/86.

112 OGH 21.4.2005, 2 Ob 90/05 g, ZVR 2005/73 (Karner) = JBl 2005, 652 = ÖJZ 2005/165.

113 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 945; so für das schweizerische Recht in Bezug auf Eheleute BernerKomm/Brehm Art. 47 Rn. 138.

schaden in der Tat grundlegend. Erfasst wird die pathologische Beeinträchtigung auf psychischem Gebiet.¹¹⁴ Diese kann kurz oder lang dauern, geringfügig oder heftig sein. Alles hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Zutreffend ist die Aussage, dass das Trauerschmerzensgeld bei einer getöteten Person geringer ausfallen muss als der Zusppruch bei einem Fernwirkungsschaden, weil bei diesem neben der üblichen Trauer noch eine pathologische psychische Beeinträchtigung hinzutritt.

- 98 Im österreichischen Recht ist indes folgender Umstand zu beachten: Normale Trauer ist lediglich bei grober Fahrlässigkeit abgeltungswürdig, sonst nicht.¹¹⁵ Das hat zur weiteren Folge, dass selbst bei Geltendmachung eines Fernwirkungsschadens und Vorliegens grober Fahrlässigkeit eine Abgeltung für den Trauerschaden verlangt werden muss, weil dieser bei der Abgeltung der psychischen Krankheit nicht automatisch mit inkludiert ist. Auch wenn Ausführungen darüber notwendigerweise schematisch sein müssen, ist denkbar, dass ein Sekundäröpfer zunächst mit dem Tod des Primäröpfers einigermaßen fertig wird, nach einem gewissen zeitlichen Abstand aber eine psychische Krankheit ausbricht. Sofern grobe Fahrlässigkeit gegeben ist, muss die bis dahin gegebene Trauer zusätzlich zur später ausgebrochenen psychischen Erkrankung abgegolten werden.
- 99 Im Regelfall geht es beim Angehörigenschmerzensgeld um die Abgeltung von Kummer und Niedergeschlagenheit des Sekundäröpfers in einem bestimmten zeitlichen Rahmen nach dem Tod des Primäröpfers. Gerade bei Kindern ist aber häufig offen, ob nicht als Spätfolge eine auf den Tod des Primäröpfers zurückzuführende psychische Erkrankung eintritt, so dass aus Vorsichtsgründen das Angehörigenschmerzensgeld nicht als abschließende Zahlung akzeptiert, sondern vielmehr ein Feststellungsurteil erwirkt werden sollte, das den Grund des Anspruchs klärt. Im Regelfall hingegen sollte der Ersatzpflichtige, meist ein Haftpflichtversicherer, darauf achten, dass er bei einem Abfindungsvergleich sowohl den Trauerschaden einerseits als auch den Schock- bzw. Fernwirkungsschaden abgilt, um – unliebsame – Nachschläge zu vermeiden.¹¹⁶

4. Was hat im österreichischen Recht bisher keine Rolle gespielt?

- 100 Trotz des gegliederten Schadensbegriffs, wonach beim Vermögensschaden nach §§ 1323 f. ABGB der entgangene Gewinn nur bei grober Fahrlässigkeit ersatzfähig ist, wirkt sich grobe Fahrlässigkeit nicht als schmerzensgelderhöhend aus.¹¹⁷ Beim Trauerschaden ist zudem grobe Fahrlässigkeit eine Anspruchsvoraussetzung.
- 101 Dass dem Schadenersatzrecht Steuerungsfunktion zukommt, der vom Schädiger zu verantwortende Tod eines anderen nicht ohne Sanktion bleiben soll, weil ansonsten falsche ökonomische Anreize gesetzt werden, hat in der österreichischen Rechtsprechung bisher keine Rolle gespielt.

¹¹⁴ Karner, FS-Danzl (2017) 85, 108 f.

¹¹⁵ Diese Judikaturlinie jüngst bekräftigend OGH 28.11.2017, 2 Ob 189/16g.

¹¹⁶ OGH 9.9.2015, 2 Ob 143/15s, Zak 2015/661 = ZVR 2015/214 = JBl 2016, 58 = ÖJZ 2016/39 (Ch. Huber); Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 145 a.

¹¹⁷ Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 116.

Die Einkommens- oder Vermögensverhältnisse der jeweiligen Angehörigen spielen 102 wie beim Schmerzensgeld – anders als beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse¹¹⁸ – keine Rolle.¹¹⁹ Mag ein solcher Fall in Österreich bisher auch noch nicht vorgekommen sein, wird eine Abstufung nach der Kaufkraftparität eines im Ausland lebenden Angehörigen – wie beim Schmerzensgeld – sehr wohl vorzunehmen sein,¹²⁰ um insbesondere eine Überentschädigung zu vermeiden, gibt es doch nicht besonders viele Staaten, in denen der Lebensstandard höher ist als in Österreich.¹²¹

V. Auswirkungen auf die Versicherungsprämien

Danzl¹²² verweist darauf, Befürchtungen, die Zubilligung eines Angehörigenschmerzensgeldes würde sich negativ auf die Versicherungsbranche (Prämienerhöhungen) 103 auswirken, haben sich nicht bewahrheitet. Das lässt sich anhand der jüngsten Verkehrsunfallstatistik gut nachvollziehen. 2017 gab es mit 413 Verkehrstoten die geringste Zahl seit Beginn der Aufzeichnungen im Jahr 1950.¹²³ In 10,9 % der Fälle waren Vorrangverletzungen die Ursache, in 19 Fällen war Alkohol im Spiel.

Diese beiden häufigsten Ursachen für grobe Fahrlässigkeit führen somit in 60 bis 70 104 Fällen pro Jahr zu einem Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld, wobei zu bedenken ist, dass nicht bei jedem grob fahrlässig verursachten tödlichen Verkehrsunfall ein solcher Anspruch entsteht. Wird bei dem Unfall allein der rechtswidrig und schuldhaft Lenker getötet, gibt es ebenso wenig einen Anspruch wie in dem Fall, dass die getötete Person keine Angehörigen hat. Zudem kann es wegen Mitverschuldens gemindert sein. Dass sich die überschaubare Anzahl solcher Fälle pro Jahr nicht auf die Prämienkalkulation auswirken kann, liegt dabei auf der Hand, mag es über das Verkehrsunfallrecht auch andere Anwendungsgebiete geben. Dazu kommen nach österreichischem Recht Fälle schwer(st)er Verletzung. Aber selbst bei Ausdehnung eines solchen Anspruchs auf leichte Fahrlässigkeit und die Gefährdungshaftung wären die Auswirkungen auf die Prämienkalkulation wohl homöopathisch gering.

VI. Anpassung an die Inflation

Vorbildhaft transparent ist in Österreich mittlerweile die Aufwertung judizierter 105 Schmerzensgeldbeträge mit dem Verbraucherpreisindex,¹²⁴ gemessen am Entscheidungsdatum der 1. Instanz. Wie die Tabellen von Karner belegen, gilt das – selbstverständlich – auch für den Fernwirkungs- und Trauerschaden der Angehörigen. Beim Ersatz ideeller Schäden unter Einschluss von Schock-, Fernwirkungs- und Trauer-

118 Dazu *Ch. Huber*, NZV 2005, 620 ff. Die behindertengerechte Ausgestaltung des Wohnsitzes eines Kleinbürgers wird – anders als in concreto der Zweitwohnsitz der bei einem Segeltörn schwer Verletzten in der Schweiz – für die behindertengerechte Ausgestaltung keine 6-stellige Summe erfordern.

119 *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 949.

120 *Ch. Huber*, NZV 2006, 169 ff.

121 Verwiesen sei auf die aktuelle Diskussion zur (europarechtlichen) Zulässigkeit der Indexierung der vom österreichischen Staat bezahlten Familienbeihilfe an im EU-Ausland lebende Kinder in Österreich arbeitender und in Österreich entlohnter EU-Ausländer.

122 In: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 198.

123 Die Presse 2.1.2018, 7.

124 Mustergültig klar OGH 24.8.2011, 3 Ob128/11 m, Zak 2011/627 = *ecolex* 2011/425 = ZVR 2012/129 (*Ch. Huber*).

schaden ist zu beobachten, dass die Werte wegen der zunehmend höheren Wertigkeit ideeller Umstände über die – derzeit mäßige – Inflation hinaus moderat nach oben weisen.¹²⁵

VII. Ersatzform: Nur Kapital oder auch Rente

- 106 Das Angehörigenschmerzensgeld erfasst den Fall, in dem es zu keiner pathologischen psychischen Störung kommt. Es soll dem Sekundärpfe im Rahmen der Trauerarbeit ermöglichen, durch Verwendung des Geldbetrags etwa für eine größere Reise auf andere Gedanken zu kommen und damit die Rückkehr ins Normalleben leichter zu bewältigen. Von dieser Zielsetzung her kommt nur ein Kapitalbetrag, aber keine Rente in Betracht.¹²⁶

VIII. Nur im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung

1. Schwelle

- 107 Es gibt bisher noch keine OGH-Entscheidung, die im Fall schwerster Verletzung ein Angehörigenschmerzensgeld zuerkennt; in drei OGH-Entscheidungen¹²⁷ wurde freilich die Versagung damit begründet, dass keine grobe Fahrlässigkeit gegeben war. In der Literatur¹²⁸ ist man sich einig, dass auch in solchen Fällen Ersatz gebühren muss. Zutreffend wird darauf verwiesen, dass die ideelle Beeinträchtigung der Angehörigen noch stärker ist als im Todesfall.
- 108 Das sei am prototypischen Fall einer jungen Ehefrau dargestellt, deren Ehemann bei einem Unfall so schwer verletzt wird, dass er ein Leben lang ein – von ihr – betreuungsbedürftiger Pflegefall bleibt. Wäre der Ehemann gestorben, hätte sie gewiss auch Kummer gehabt, diesen aber nach einiger Zeit überwunden, wieder geheiratet und so ein erfülltes weiteres Leben verbracht. Wenn sie im Verletzungsfall das gegebene Versprechen „bis der Tod uns scheidet“ Ernst nimmt und sich um den zum Pflegefall gewordenen Ehemann kümmert, entgeht ihr viel, was ihr ohne die vom Schädiger zu verantwortende Schädigung zuteil geworden wäre.
- 109 Diskutabel ist, dass in solchen Fällen eine Begrenzung auf die Angehörigen erfolgt die von einer solchen schweren Verletzung unmittelbar betroffen sind. Das sind zunächst die Pflegeperson bzw. die Pflegepersonen. Bei einem schwer verletzten Kind werden das im Regelfall beide Eltern sein. Zu betonen ist, dass bei voll angemessener Abgeltung der Pflegeleistungen der Angehörigen die Abgeltung von deren ideeller Beeinträchtigung nur den Charakter einer „Zugabe“ hat.
- 110 Wegen der zeitlichen Erstreckung wäre überlegenswert, in solchen Fällen anstelle einer Kapitalzahlung eine Rente zu gewähren. Das würde die Sensibilität für die Grö-

125 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 144.

126 OGH 25.3.2009, 2 Ob 150/08 k, ZVR 2010/58 (*Ch. Huber*) = IPRax 2011/35 (*Nordmeier*); *Ch. Huber* in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 141; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 111.

127 OGH 2.2.2006, 2 Ob 18/06 w, eolex 2007/144 (*Prisching*); OGH 14.6.2007, 2 Ob 163/06 v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791; OGH 28.11.2017, 2 Ob 189/16 g, Zak 2018/60 = demnächst ZVR 2018 (*Ch. Huber*).

128 *Karner/Koziol*, Gutachten 15. ÖJT (2003) II/1, 88 ff.; *Hinghofer-Szalkay/Prischinig*, ZVR 2008, 444 ff.; *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 217 ff.; *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 98; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 923.

ßenordnung schärfen. Die Pflegekosten im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse sollten so bemessen werden, dass die pflegenden Angehörigen während eines bestimmten Zeitraums eine andere Ersatzkraft einstellen können. Das Angehörigenschmerzensgeld sollte so bemessen werden, dass gewährleistet ist, dass die familiären Pflegekräfte die Mehrkosten für das Unternehmen einer größeren Reise bestreiten können. Dazu lässt sich eine gewisse **Entsprechung bei der Entlohnung eines Arbeitnehmers** herstellen, dessen Entgelt während des Urlaubs fortgezahlt wird, der aber – von manchen Arbeitgebern – zusätzlich ein **Urlaubsgeld** erhält, weil die Lebenshaltungskosten im Urlaub eben höher sind als im Alltagsleben. Insgesamt müsste das **Ausmaß der Entschädigung** in solchen Fällen schwer(st)er Verletzung **über dem bei Tötung** liegen.¹²⁹

Abgesehen von der Pflegeperson sind bei schwerer Verletzung eines Familienangehörigen nicht nur der **Ehepartner** bzw. die **Eltern** betroffen, sondern auch die im gleichen Haushalt lebenden – gesunden – **Kinder**. Entweder sind sie in die **Pflege eingebunden** oder aber ihnen wird wegen der Pflege einer Person, die fast die gesamte Arbeitskraft der Pflegenden in Anspruch nimmt, **weniger Aufmerksamkeit zuteil**. Diese ideelle Einbuße fällt durchaus ins Gewicht, wenngleich sie geringer zu bemessen ist als die Beschwerden der Pflegepersonen.

Es stellt sich die Frage, ab welcher Schwere einer Verletzung eine Abgeltung der ideellen Nachteile der Angehörigen gegeben sein soll.

- Prototypisch dazu ist die Entscheidung OGH 12.6.2006, 2 Ob 53/05 s, ZVR 2006/178 (*Karner*): Der Ehemann der Klägerin war in einen Unfall verwickelt, bei dem durch Fremdverschulden acht Businsassen getötet und weitere 23 zum Teil schwer verletzt worden sind. Der **Ehemann** der Klägerin als Buschauffeur erlitt eine **posttraumatische Belastungsstörung**, die sich in einer **überprotektiven Verhaltensweise** ihr und den Kindern gegenüber äußerte. Als Folge kam es auch bei der **Ehefrau** zu einer **tiefgreifenden seelischen Störung mit Krankheitswert**. Der OGH wies ein Angehörigenschmerzensgeld ab, weil es sich beim Primäropfer um keine schwerste, einem Pflegefall vergleichbare Erkrankung handelte.

2. Beeinträchtigung der Beischlaffähigkeit des Partners

Die Ehe ist eine Wohn-, Wirtschafts- und **Geschlechtsgemeinschaft**. Wird die Beischlaffähigkeit beeinträchtigt oder gar beseitigt, stellt sich die Frage, ob der Geschlechtspartner – auch außerhalb einer Ehe – Abgeltung der dadurch hervorgerufenen ideellen Einbuße haben soll. Im Gegensatz zur Rechtsprechung in der Schweiz¹³⁰ hat dies der OGH¹³¹ abgelehnt, während das OLG Wien¹³² in einem solchen Fall Ersatz zugesprochen hatte. ME ist die Beeinträchtigung, jedenfalls aber der **Verlust der Beischlaffähigkeit** zwar nicht eine einem schwer(st)en Pflegefall vergleichbare Beein-

129 *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 217 ff. unter Bezugnahme auf die Rechtslage in der Schweiz. Zur Rechtslage dort *Landolt*, HAVE 2009, 3, 8.

130 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II Rn. 544 unter Hinweis auf BGE 112 II 226; *Landolt*, FS-Jaeger (2014) 355, 362.

131 OGH 22.5.2014, 2 Ob 70/14 d, Zak 2014/511.

132 15 R 213/04 k.

trächtigung; es handelt sich freilich nicht um irgendeinen, sondern einen essentiellen Bestandteil der ehelichen Gemeinschaft, die zudem eine – auch geschlechtliche – Treuepflicht impliziert. ME sprechen daher gute Argumente dafür, das **Judiz der Schweiz** zu übernehmen.¹³³

IX. Verhältnis zum vererbten Schmerzensgeldanspruch des Getöteten

- 114 Der im Erbweg übergehende Schmerzensgeldanspruch des Primäröpfers, namentlich bei nur kurzfristigem Überleben, wird von der Judikatur häufig als „verkapptes Angehörigenschmerzensgeld“ betrachtet. Für das Primäröpfers ist eine widmungsgemäße Verwendung nicht mehr möglich, so dass die Schmerzensgeldforderung meist an die Erben, die häufig mit den Angehörigen identisch sind, durchgeleitet wird.
- 115 ME ist das Angehörigenschmerzensgeld sehr viel treffsicherer, weil es die Beeinträchtigung der „wirklich Betroffenen“ abgilt. Erben und trauernde Angehörige müssen nicht notwendigerweise deckungsgleich sein. Zudem kann der Nachlass überschuldet sein. All das spricht dafür, das Angehörigenschmerzensgeld bei jedem Zurechnungsgrund zuzuerkennen, das im Erbweg übergehende Schmerzensgeld, das häufig ein „verkapptes“ Trauerschmerzensgeld darstellt, dann im Gegenzug knapper als bisher zu bemessen.¹³⁴ In der Entscheidung OGH 28.3.2017, 2 Ob 48/16 x¹³⁵ hat der OGH bei Überleben eines Verkehrsunfallöpfers um einen Tag 2.000 EUR zugebilligt, was mE an der Obergrenze liegt.

X. Einschränkungen – originärer oder abgeleiteter Anspruch

1. Mitverschulden bzw. Zurechnung der Betriebsgefahr des Primäröpfers

- 116 Eine Person kann nur deshalb einen Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld erheben, weil sie sich als Sekundäröpfers im Verhältnis zum Primäröpfers auf einen Angehörigenstatus berufen kann. Dann gebietet aber der „juristische Gleichgewichtssinn“, dass sowohl Be- als auch Entlastungsmomente berücksichtigt werden.¹³⁶
- 117 Das führt dazu, dass sich der anspruchsberechtigte Angehörige beim Anspruch gegen den Schädiger nicht nur ein eigenes Mitverschulden anrechnen lassen muss, wenn etwa eine Mutter bei Tötung des Kindes ihre Aufsichtspflicht verletzt hat, sondern auch das Mitverschulden oder die Betriebsgefahr des Primäröpfers anspruchsmindernd in Ansatz zu bringen ist. Während das in der Schweiz generell¹³⁷ und in Österreich beim Schock- bzw. Fernwirkungsschaden zum Teil in der Literatur¹³⁸ gegenteilig beurteilt wird, besteht diesbezüglich eine einheitliche OGH-Rechtsprechung.
- Die Leit-Entscheidung OGH 23.9.2004, 2 Ob 178/04 x, ZVR 2004/105 (Danzl) soll wiederum kurz referiert werden: Der Ehemann, der sich für ihn erkennbar einem betrunkenen Fahrer anvertraut hatte, wurde bei einem Verkehrsunfall getö-

133 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 146; *Ch. Huber*, FS-Schwintowski (2018) 920, 932 f.

134 Noch weitergehend bei empfindungslosen Personen *Ch. Huber*, ZVR 2000, 218 ff.

135 Zak 2017/280.

136 *Karner*, FS-Danzl (2017) 87, 108.

137 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II Rn. 623 ff.

138 *Beisteiner*, ZVR 2010, 4 ff.

tet. Es stellte sich die Frage, ob die anspruchsberechtigte Ehefrau sich das Mitverschulden des Ehemannes bei ihrem Anspruch auf Trauerschmerzensgeld anspruchsmindernd entgegenhalten lassen muss. Das hat der OGH in dieser Entscheidung **zu Recht bejaht** und das in weiteren Entscheidungen¹³⁹ bestätigt.

- Eine bedeutsame Korrektur hat der OGH in der Entscheidung OGH 31.8.2016, 2 Ob 148/15 a¹⁴⁰ vorgenommen, indem er unter Bezug auf das **Alternativverhalten ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit** ausgesprochen hat, dass eine Kürzung wegen Mitverschuldens dann nicht in Betracht kommt, wenn der Ersatzpflichtige bei **Überleben des Primäröpfungers ohne Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit per Saldo beim Personenschaden stärker belastet** worden wäre. Eine **Zeugin Jehovas** hatte nach einer Oberschenkelamputation eine Bluttransfusion aus religiösen Gründen verweigert. Das billigte ihr der OGH zu; freilich nicht zu Lasten des Schädigers. Beachtlich war freilich auch der **Gegenstand** des Sekundäröpfungers, in concreto des Ehemannes, dass die verstorbene Ehefrau bei Akzeptanz einer Bluttransfusion überlebt hätte und die **Belastung des Schädigers dann erheblich höher** gewesen wäre. Allein schon das Schmerzensgeld im Verletzungsfall wäre höher als das Angehörigenschmerzensgeld des Witwers. Bedeutsam ist, dass eine **Globalbetrachtung beim Personenschaden** anzustellen ist; auf die **sachliche Kongruenz** wie bei der **Vorteilsausgleichung** kommt es nicht an.¹⁴¹

Die höhere Belastung des Schädigers bei Überleben wird typischerweise gegeben sein, ist doch auch der **Unterhaltersatz** bloß ein **Ausschnitt aus dem Erwerbsschaden**; und **weitere Heilungskosten** und **vermehrte Bedürfnisse** fallen bei Tötung anders als bei Verletzung nicht an. Selbst wenn sehr vielen Angehörigen Anspruch auf Trauerschmerzensgeld zustehen sollte, wird die Tötung für den Ersatzpflichtigen per Saldo in so gut wie allen Fällen mit geringeren Zahlungspflichten verbunden sein, so dass dann, wenn es durch den Verstoß gegen die Schadensminderungsobliegenheit zum Tod gekommen ist, das Mitverschulden des Primäröpfungers nicht anzurechnen ist. Häufiger wird vorkommen, dass das Primäröpfungers wegen **Verstoßes gegen die Anschnallpflicht beim Kfz** oder das **Unterlassen des Tragens von Schutzkleidung beim Motorradfahren**, insbesondere eines Helms, zu Tode kommt. 118

2. Kumulation von Mitverschulden von Primär- und Sekundäröpfungers – Erfordernis einer Gesamtbetrachtung

Besteht im Grunde Einigkeit, dass sich beim Angehörigenschmerzensgeld das Sekundäröpfungers sowohl das **Mitverschulden** und/oder die **Betriebsgefahr des Primäröpfungers** als auch ein eigenes Mitverschulden anspruchsmindernd anrechnen lassen muss, so darf jedoch **keine mechanische Zusammenrechnung** erfolgen; vielmehr ist eine Ge- 119

139 OGH 4.11.2004, 2 Ob 233/04 k; OGH 7.7.2005, 2 Ob 62/05 i, ZVR 2006/4 (*Kathrein*); OGH 11.5.2010, 4 Ob 36/10 p, ecolex 2010/269 = Zak 2010/480 (*Kletecka*) = *Resch*, ÖZPR 2010, 92 = RdM 2010/152 (*Bernat*) = iFamZ 2010/193, Ebenso BGE 117 II 50.

140 Zak 2016/643 = ZfG 2016, 131 (*Leitner*) = DAG 2017/8 = ecolex 2017/7 = ZVR 2017/92 (*Ch. Huber*) = HAVE 2017, 201 (*Ch. Huber*); zum 1. Rechtsgang OGH 22.6.2011, 2 Ob 219/10 k, SZ 2011/76 = ÖJZ 2011/152 (*B.C. Steiningner*) = RdM 2011, 228 (*Leischner*) = ZVR 2012/44 (*Ch. Huber*) = JBl 2012, 251 (*Kalb*).

141 *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 145.

sambetrachtung geboten. Angenommen, der Ersatzanspruch des Primäröpfers wird um 50 % gekürzt und auch beim Anspruch des Sekundäröpfers wird eine Kürzung wegen eines eigenen Mitverschuldens um 50 % vorgenommen, würde eine **mechanische Addierung** dazu führen, dass **jeglicher Anspruch versagt** würde. Wenn der Schädiger einstandspflichtig ist, kann das indes gewiss **nicht das richtige Ergebnis** sein.¹⁴²

3. Unterschiede zum Fernwirkungsschaden

- 120 Da der OGH eine **Globalbemessung** von Trauer- und Fernwirkungsschaden vornimmt,¹⁴³ spricht schon dieser Umstand dafür, sowohl Voraussetzungen als auch Kriterien zur Verminderung des Anspruchs möglichst gleich laufen zu lassen. Es gibt freilich **Ausnahmen**, bei denen dieses Postulat **nicht durchzuhalten** ist:
- 121 Bei einem **Schock- oder Fernwirkungsschaden** wird eine Kürzung unter Hinweis darauf vorgenommen, dass der Schaden geringer wäre, wenn sich das Sekundäröpfers einer (Psycho-)Therapie unterzogen hätte. Dabei wird nicht immer ausreichend bedacht, dass auch **solche Maßnahmen mit Kosten** verbunden wären, die der Schädiger zu tragen hätte. Eine Kürzung des Anspruchs kommt somit nur insoweit in Betracht, als die Aufwendungen geringer gewesen wären als der Nutzen, im Klartext die **Therapie zu einer Besserung** geführt hätte, wofür der Schädiger beweispflichtig ist.¹⁴⁴
- 122 Während bei **körperlichen Beeinträchtigungen** die angezeigten **Therapiemaßnahmen** eher eindeutig feststehen, ist es bei psychischen Erkrankungen mit **enormen Unwägbarkeiten** verbunden, ob das **Schlucken von Psychopharmaka** oder das **Liegen auf der Couch des Psychiaters** tatsächlich zu einer Besserung führt. Der Privatautonomie des Sekundäröpfers ist insoweit gebührender Raum einzuräumen. Wenn das Sekundäröpfers davon nichts hält, wird sich auch kaum ein Erfolg einstellen.¹⁴⁵
- 123 Der entscheidende Gesichtspunkt liegt aber auf einem weiteren Gebiet. Beim **Fernwirkungsschaden** geht es um die **Abmilderung von Krankheitsfolgen**, beim **Angehörigenschmerzensgeld** hingegen um die **Kompensation von Leid**, ohne dass eine **pathologische Störung** vorliegt. Und wenn keine Krankheit gegeben ist, kann auch ein Arzt nicht helfen. Das Leid besteht daher mit und ohne Inanspruchnahme einer Therapie. Das ist namentlich bei einer **Globalbemessung** zu beachten, bei der beim **Angehörigenschmerzensgeld** insoweit keinesfalls eine Kürzung angebracht ist, beim **Schock- oder Fernwirkungsschaden** so etwas allerdings in Betracht kommen könnte.
- 124 Beim **Schockschaden** wird die **besondere Anfälligkeit des Geschädigten** mitunter mindernd in Ansatz gebracht. ME ist das schon für den Schockschaden unzutreffend, weil der Schädiger den Geschädigten so zu nehmen hat, wie er ist, und nicht verlangen kann, einen **Gesunden geschädigt zu haben**.¹⁴⁶ Jedenfalls unangebracht ist das aber beim **Angehörigenschmerzensgeld**, bei dem es um die **pauschale Abgeltung von seelischem Leid** geht.¹⁴⁷ Zudem geht es beim **Angehörigenschmerzensgeld** um die Ab-

142 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 943.

143 Dazu → Rn. 93.

144 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 943.

145 Dazu OGH 28.3.2017, 2 Ob 48/16x, Zak 2017/280: In concreto kein ausreichendes Vorbringen, sehr wohl aber der Hinweis: Wenn das Opfer nicht will, dann ist eine solche Maßnahme sinnlos.

146 NK/Ch. Huber BGB § 253 Rn. 69.

147 Ch. Huber, FS-Schwintowski (2018) 920, 943.

geltung der persönlichen Betroffenheit je getötetem Angehörigen, nicht um die beim Sekundäröpfer „messbaren“ seelischen Schmerzen. Werden mehrere Angehörige getötet, kann das Angehörigenschmerzensgeld durchaus einen höheren Betrag ergeben als der Fernwirkungsschaden.

4. Haftungsausschluss bei Arbeitsunfall

Wie beim Fernwirkungsschaden führt der Haftungsausschluss des § 333 ASVG zu einem Ausschluss des Angehörigenschmerzensgeldes.¹⁴⁸ 125

XI. Bevorschussung des Staates bei der Durchsetzung

Die Einräumung entsprechender Ansprüche bei Straftaten gibt es zwar im österreichischen Recht; sie haben aber in der Judikatur und Literatur – anders als in der Schweiz – bisher keine Rolle gespielt. 126

148 OGH 21.4.2005, 2 Ob 82/05f, SZ 2005/58 = ZVR 2005/110 (Kathrein); Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB § 1325 Rn. 145.