

Christoph Brömmelmeyer/Martin Ebers
Mirko Sauer (Hrsg.)

Innovatives Denken zwischen Recht und Markt

Festschrift für Hans-Peter Schwintowski

Handwritten notes:
6344-10-06
9/2010



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4482-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8726-3 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Das „neue“ Hinterbliebenengeld des § 844 Abs 3 BGB – Versuch einer ersten Einschätzung mit rechtsvergleichenden Bezügen zum österreichischen und schweizerischen Recht

*Christian Huber, Aachen**

A. Problem, bisherige Rechtsprechung und Anwendungsfelder

Eine Person wird schwer(st) verletzt oder getötet. Die engsten Bezugspersonen sind ge- bzw. betroffen, deren psychische Integrität ist beeinträchtigt:¹ Bei einer schwer(st)en Verletzung ist das bisherige Leben von heute auf morgen auf den Kopf gestellt.² Alles dreht sich ab sofort um die pflegebedürftige Person. Vieles von dem Lebensspektrum, das bisher selbstverständlich war, wird es nicht mehr geben. Der Ehepartner der verletzten Person ist nur noch damit beschäftigt, dass der Verletzte versorgt wird, bisher selbstverständliche lustvolle Aktivitäten sind schon aus Zeitgründen kaum mehr möglich; und auch das noch minderjährige Kind wird vernachlässigt, weil die Beanspruchung des gesunden Elternteils für die Pflege des kranken Elternteils nahezu das gesamte Zeitbudget absorbiert. Ist nicht ein Elternteil schwer(st) verletzt, sondern das Kind, gibt es zwar im Regelfall zwei Elternteile, die sich die Pflege aufteilen; aber auch in einem solchen Fall verläuft das Leben ab sofort in ganz anderen Bahnen: Die Eltern sind nachhaltig beeinträchtigt, aber auch die Geschwister, für die sehr viel weniger Zeit übrig bleibt.

Auch bei Tod eines Angehörigen verändern sich die Koordinaten. In jedem Fall gibt es eine erste Phase der Trauer und Niedergeschlagenheit, die

* Prof. Dr. Christian Huber, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen.

1 So die Begrifflichkeit bei *Landolt*, in: Ch. Huber/D. Jaeger/Luckey (Hrsg.), Festschrift Jaeger, 2014, S. 355, 356.

2 *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller* (Hrsg.), *Das Schmerzengeld in medizinischer und juristischer Sicht*¹⁰ (2013), S. 216: Unter Bezugnahme auf das römische Kassationsgericht „Änderung des Gleichgewichts innerhalb der Familienverhältnisse“. Drastischer noch *Schwintowski*, *VuR* 2016, 18, 20: Menschen haben „neben sich gestanden“; „verlieren den Boden unter den Füßen“, funktionieren nur wie „Marionetten, die fremdbestimmt einem fremden Willen gehorchen“.

typischerweise 6 bis 12 Monate dauert;³ die allermeisten fassen dann aber Mut und beherzigen die Devise: Das Leben muss weitergehen, mag es auch nicht mehr so (schön) sein wie ohne die getötete Person. Die Witwe oder der Witwer finden – namentlich in jungen Jahren – einen neuen Partner und heiraten wieder. Mitunter gibt es aber Konstellationen, in denen die Auswirkungen für den überlebenden Angehörigen weiter in die Zukunft wirken. Wenn ein minderjähriges Kind ohne Vater oder Mutter aufwächst, dann geht ein Elternteil selbst dann ab, wenn der überlebende Elternteil wieder heiratet und der neue Partner den getöteten Elternteil – so gut es eben geht – substituiert. Dazu kommen Fälle, in denen ein – zu meist betagter – Ehegatte ganz auf den anderen fixiert ist, weil dieser ihn womöglich gepflegt, jedenfalls die Dinge des Alltags erledigt hat, die dieser allein oder doch viel besser konnte. Wenn dieser Partner getötet wird, bricht für den Überlebenden eine Welt zusammen; nicht selten vereinsamt der Überlebende dann⁴ und seine Restlebenszeit ist dann häufig auch begrenzt.

In allen Fällen ist der Schicksalsschlag, ob schwer(st)e Verletzung oder Tötung an sich, schon bitter. Wenn dafür ein Schädiger verantwortlich ist, der vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat, kommt zusätzlich Bitterkeit bei den Angehörigen dazu.⁵ Es stellt sich die Frage, ob ein Schädiger, der für die schwer(st)e Verletzung oder den Tod verantwortlich ist, verpflichtet sein soll, für solche immateriellen Einbußen aufzukommen. Bisher hat das deutsche Recht einen Anspruch lediglich bejaht, wenn beim betroffenen Angehörigen nicht nur eine pathologisch fassbare Gesundheitsbeeinträchtigung gegeben war; zusätzlich wurde verlangt, dass diese über das übliche Maß des im Hinblick auf einen solchen Schicksalsschlag verständliche Unwohlseins hinausgehen müsse,⁶ wobei offen blieb, ob

3 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1045; *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller* (Hrsg.), S. 270 Fn 441.

4 So die zutreffende Einschätzung in der Stellungnahme des DAV 5. Sämtliche Stellungnahmen sind abrufbar unter <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsv erfahren/DE/Hinterbliebenengeld.html> (abgerufen am 24.7.2017).

5 Stellungnahme des DAV 5.

6 So die Leitentscheidungen BGH, Urt. v. 11.5.1971 - VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163; BGH, Urt. v. 4.4.1989 - VI ZR 97/88, NJW 1989, 2317; zuletzt BGH, Urt. v. 10.2.2015 - VI ZR 8/14, NJW 2015, 2246 = NZV 2015, 281 (*Burmann*); BGH, Urt. v. 27.1.2015 - VI ZR 548/12, NJW 2015, 1451 (*Thora*) = DAR 2015, 200

dieser Umstand rechtstatsächlich, also statistisch, oder normativ zu beurteilen war.⁷ Der Verweis auf die Verkehrsanschauung ist ein Indiz für eine normative Beurteilung. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass namentlich jenseits von Süddeutschland die Anschauung verbreitet ist, dass man sich die Trauer möglichst nicht anmerken lassen soll,⁸ ist nachvollziehbar, dass die Hürde für einen solchen Ersatzanspruch beträchtlich hoch ist.⁹

Wo spielen solche Fragen eine Rolle? Mit Abstand am häufigsten ereignen sich derartige Fälle bei Verkehrsunfällen, sei es mit dem Auto, der Bahn, dem Flugzeug oder einem Schiff.¹⁰ Dazu kommen Verhaltensweisen, die das Strafrecht bei fahrlässiger oder vorsätzlicher Beeinträchtigung der körperlichen Integrität sanktioniert. Auch ärztliche Kunstfehler sowie die Haftung des Reiseveranstalters kommen öfter vor. Eine potentielle Ersatzpflicht eines Schädigers kann sich freilich aus jedem Grund der Vertrags- oder Deliktshaftung unter Einschluss der Gefährdungshaftung ergeben.

Die bloße Trauer, also eine immaterielle Einbuße ohne Nachweis einer das Maß des Alltäglichen in solchen Fällen übersteigenden medizinisch fassbaren, somit qualifiziert pathologischen Beeinträchtigung, war bisher nach deutschem Recht nicht ersatzpflichtig, weil es als allgemeines Lebensrisiko angesehen wurde. Die beiden deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen haben dazu schon seit einiger Zeit eine großzügigere Haltung eingenommen: Im Fall der Tötung gibt es in der Schweiz bereits

(Watzlawik) = BOLMK 2015, 367675 (Schiemann); Vgl auch Müller, VersR 2017, 321, 322: Beeinträchtigung müsse einen „echten“ Krankheitswert haben; Man ist geneigt zu fragen: Gibt es auch einen „unechten“? Kritisch auch Jaeger, VersR 2017, 1041, 1044.

7 Vgl dazu Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 172: 21% bis 24% erleiden – in Österreich – eine posttraumatische Belastungsstörung nach Erhalt der Mitteilung vom Tod eines Angehörigen. Ob die Menschen in Deutschland seelisch robuster sind, soll dahingestellt bleiben.

8 Ch. Huber, NZV 2012, 5.

9 Diederichsen, DAR 2011, 122, 123; dazu Jaeger, VersR 2017, 1041, 1048: Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes durch den Gesetzgeber Reaktion auf „eigenwillige“ Rechtsprechung des BGH.

10 Spektakulär die „Katastrophen“ mit vielen Toten, aufgezählt bei Jaeger, VersR 2017, 1041, 1043 unter Hinweis darauf, dass die Entschädigungssummen für die Hinterbliebenen stark differierten und der zutreffenden Feststellung, dass das Leid der Angehörigen bei jedem Verkehrsunfall mit tödlichem Ausgang nicht minder groß ist; ebenso Müller, VersR 2017, 321.

seit 1875 eine in Art 47 OR geregelte „Hinterbliebenengenugtuung“.¹¹ Seit einer BG-Entscheidung aus dem Jahr 1986,¹² die durchaus einfühlend erkannte, dass die seelischen Belastungen bei schwer(st)en Verletzungen gravierender sind als bei Tötung, ist in der Schweiz auch im Fall einer schwer(st)en Verletzung¹³ eine Angehörigenengugtuung, somit ein Anspruch auf den Ersatz von deren immateriellen Schäden anerkannt.

In Österreich hat der OGH¹⁴ – wohl ausgelöst durch die Seilbahnkatastrophe von Kaprun¹⁵ – immerhin bei grober Fahrlässigkeit die Ersatzfähigkeit eines „reinen“ Trauerschadens anerkannt;¹⁶ und auch wenn er bisher noch keinen Fall eines Trauerschadens bei schwer(st)er Verletzung zu beurteilen hatte, ist es folgerichtig, dass auch in solchen Fällen – wiewohl nur bei grober Fahrlässigkeit – die immaterielle Einbuße der Angehörigen ersatzfähig ist.¹⁷

B. Bezug des Themas zum Jubilar

Schwintowski ist keiner, der sich am akademischen Glasperlenspiel ergötzt; vielmehr verwendet er starke Worte und spricht Klartext, wenn er Missstände wahrgenommen hat. Ihm geht es um den großen Wurf, nicht um Randerscheinungen. Dabei schweift sein Blick über Grenzen in mehrfacher Hinsicht: Bei ihm bleibt es nicht bei der Nabelschau des BGB; seine Problemwahrnehmung erfolgt häufig unter Einbeziehung des Verfassungs- und Europarechts sowie des Sozialrechts. Er stellt rechtsvergleichende Bezüge her und zieht Erkenntnisse von Nachbardisziplinen heran.

11 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Band II, Genugtuung bei Körperverletzung, 2013, Rn. 539.

12 Schweizer BG, Urt. v. 11.3.1986 - BGE 112 II 118.

13 Dazu *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 571.

14 OGH, Urt. v. 16.5.2001 - 2 Ob 84/01v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 (*Karner*).

15 Dazu *Danzl*, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 172 f, 191, Fn. 506.

16 Für eine Erweiterung auf Fälle leichter Fahrlässigkeit unter Einschluss der Gefährdungshaftung nahezu die gesamte österr. Literatur; stellvertretend *Reischauer*, in: Rummel, ABGB³, § 1325 Rn. 5a sowie jüngst umfassend *Hinteregger*, in: Ch. Huber/Neumayr/Reisinger (Hrsg.), Festschrift Danzl, 2017, S. 69 ff.

17 *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 96; *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444 ff. unter Hinweis auf OGH, Beschl. v. 2.2.2006 – 2 Ob 18/06w, ecolex 2007/144 (*Pri-sching*); Beschl. v. 14.6.2007 – 2 Ob 163/06v, Zak 2007/521 = JBl 2007, 791: Jeweils Abweisung (bloß) wegen Fehlens grober Fahrlässigkeit.

Jedenfalls im Privatversicherungs- und Schadenersatzrecht¹⁸ ist er bereit, bei Bedarf mit kraftvollen Zügen auch gegen den Strom (der herrschenden Meinung) zu schwimmen. Pars pro toto seien genannt die Überschussbeteiligung des Versicherungsnehmers in der Lebensversicherung,¹⁹ die Kapitalisierung von Schadenersatzrenten²⁰ sowie die Bemessung des Schmerzensgeldes²¹ unter Einschluss von Berechtigung und Umfang des Angehörigenschmerzensgeldes,²² das der Gesetzgeber nun mit der Bezeichnung „Hinterbliebenengeld“ eingeführt hat.²³

Dass die Einführung „überreif“ war, hat der Jubilar eingemahnt;²⁴ dass dann ein Elementarereignis wie der Germanwings-Absturz auch den politischen Boden für eine Reform vor anstehenden Bundestagswahlen bereitet hat, mag die Gunst des Augenblicks gewesen sein; namentlich einem Österreicher drängt sich die Parallele zur Seilbahnkatastrophe von Kaprun in Österreich auf, wenngleich sich dort das Höchstgericht und nicht der Gesetzgeber bewegt hat.²⁵ Dazu kommt auf europäischer Ebene die Forderung des EGMR, dass nationale Rechtsordnungen jedenfalls bei staatlicher Mitverantwortung den nahen Angehörigen im Todesfall einen zivilrechtlichen Anspruch einräumen und dem Angehörigen eine angemessene Entschädigung zubilligen müssen.²⁶ Es gab somit viele Gründe, warum der Gesetzgeber – gerade jetzt – gehandelt hat.

18 Das ist der Bereich, den der Verfasser dieses Beitrags einigermaßen überblickt.

19 *Schwintowski*, VuR 1998, 219; diese Petita umsetzend BVerfG, Urt. v. 26.7.2005 - 1 BvR 80/95, VuR 2005, 302.

20 *Schwintowski*, VersR 2010, 149.

21 *Schwintowski*, in: *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, Handbuch Schmerzensgeld, 2013, Teil A § 1-15.

22 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6; *Schwintowski*, VuR 2016, 18.

23 Immer noch skeptisch *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*.“ Hervorhebungen durch den Verfasser dieses Beitrags. Ebenso Stellungnahme Deutscher Richterbund 2 und GDV 3: Schockschadenrechtsprechung eine gute und dem Einzelfall gerecht werdende Lösung, die in Fällen erheblichen Trauerschmerzes einen Anspruch verschafft; dass das fast nie der Fall ist, wird wohlweislich verschwiegen.

24 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6, 7.

25 *Danzl*, ZVR 2000, 398.

26 *Müller*, VersR 2017, 1041, 1048; *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1048: Die Dringlichkeit wurde dadurch erhöht.

Schwintowski hat seinen Angriff gegen die restriktive Position des BGH in mehreren Angriffswellen vorgetragen: Zunächst hat er vertreten, dass Primär- und Sekundärpfer,²⁷ verletzte bzw getötete Person und Angehöriger, zu einem sozialen Netzwerk verschmolzen seien, sodass es nach diesem Konzept auf eine qualifizierte pathologische Beeinträchtigung zusätzlich beim Angehörigen nicht mehr ankomme.²⁸ Sodann hat er Erkenntnisse der Neurobiologie ins Treffen geführt, dass die messbaren Gehirnströme im Rahmen der Schmerzverarbeitung beim Primär- und Sekundärpfer, wenn letzteres beim Unfall zuschaut, nahezu die gleiche Intensität haben.²⁹ Ob das beim Fernwirkungsschaden³⁰ ebenso ist, ist freilich eine andere Frage. Er hat sich auch nicht mit subtilen Zwischenlösungen begnügt. Sein Befund ist vielmehr eindeutig:

Die Rechtslage sei inakzeptabel und im Hinblick auf die Steuerungsfunktion des Schadenersatzrechts dysfunktional.³¹ Ein punktuelles Herumdoktern durch Lockerung der Schockschadensrechtsprechung³² bringe keine Abhilfe. Vielmehr habe das höchste Zivilgericht die als Unrecht empfundene und im Rechtssystem erkannte Lücke mit Mitteln der verfassungsrechtlichen Interpretation zivilrechtlicher Tatbestandsmerkmale zu füllen; es gehe nämlich nicht an, „höchstrichterlich empfundenes Unrecht am Nagel dogmatischer Lücken des Zivilrechts aufzuhängen und zu vergessen.“³³

Aus dem Befund, dass die Steuerungsfunktion des Schadensrechts insoweit leer laufe, zieht er den Schluss, dass die Verhaltenssteuerung nicht zur Disposition des einfachen Gesetzgebers stehe, was insbesondere bei besonders vorwerfbarem Verhalten nicht hinzunehmen sei;³⁴ ein Zuwarten auf eine Reaktion des Gesetzgebers sei entbehrlich.³⁵ Explizit heißt es, es sei an der Zeit, dass das BVerfG die Dinge zurechtrücke.³⁶ Wenn BGH

27 Zu dieser Terminologie *Fischer*, VersR 2016, 1155.

28 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6, 7.

29 *Schwintowski*, VuR 2016, 18, 19 f.

30 Beim Schockschaden erlebt ein Angehöriger das Unfallgeschehen mit, beim Fernwirkungsschaden tritt die psychische Beeinträchtigung bei diesem infolge der Nachricht über das Unfallereignis ein.

31 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6, 7.

32 Dafür *Diederichsen*, DAR 2011, 122 ff.

33 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6, 8.

34 *Schwintowski*, in: *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, § 4 Rn. 3 f.

35 *Schwintowski*, in: *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, § 5 Rn. 15.

36 *Schwintowski*, VuR 2016, 18, 20.

und Gesetzgeber nicht „funktionierten“, müsste eben mit anderem Geschütz operiert werden.³⁷ Quasi als Flankenschutz beruft er sich auch noch auf Regelungen bei Miterleben eines traumatischen Ereignisses bei Soldaten sowie europarechtliche Normen, die diese Sichtweise unterstützen.

Nun hat der Gesetzgeber gehandelt, wobei der Jubilar als Sachverständiger im Bundestag (ausreichend?) gehört wurde.³⁸ Hat der deutsche Gesetzgeber damit den Standard der (deutschsprachigen) Nachbarrechtsordnungen erreicht? In welcher Größenordnung wird Ersatz zuerkannt werden? Da die Neuregelung des § 844 Abs 3 BGB durchaus Spielräume bei der Auslegung zulässt, stellt sich die Frage, ob der BGH dabei auf die reichhaltige höchstrichterliche Rechtsprechung der (deutschsprachigen) Nachbarrechtsordnungen Bezug nehmen wird.³⁹ *Landolt*⁴⁰ hat das in die Worte gefasst: Gibt es eine „*unité de doctrine*“?

Zu klären ist zudem: Wie wird sich das Hinterbliebenengeld auf die Schockschadenrechtsprechung auswirken? Gibt es noch Schwachstellen, die *Schwintowski* angeprangert hat bzw hätte die Reform noch weitergehen können? Da sein Lösungsansatz auf verfassungsrechtlichen Vorgaben beruhte, mag es reizvoll sein zu untersuchen, inwieweit der (einfache) Gesetzgeber nun seine Hausaufgaben gemacht hat und eine Bezugnahme auf das Verfassungsrecht damit entbehrlich geworden ist. Aus Platzgründen können in diesem Festschriftbeitrag nur einige ausgewählte Probleme erörtert werden.

C. Die „Frohbotschaft“ vorweg: Durch § 844 Abs 3 BGB ist Deutschland nicht mehr der letzte Mohikaner

Deutschland hatte in Europa insofern ein Alleinstellungsmerkmal, als bei Tötung einer Person die bloße Trauer von Angehörigen – ohne Nachweis einer qualifizierten pathologischen seelischen Beeinträchtigung – entschädigungslos blieb. Das ist nunmehr weggefallen; durch die Reform⁴¹ er-

37 Diametral entgegengesetzt die Stellungnahme des Deutschen Richterbunds 2: Rechtspolitische Entscheidung, die allein dem Gesetzgeber obliegt.

38 Becklink 2006479.

39 Zur Wahrnehmung der Entwicklung der Rechtslage der Schweiz in Österreich *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 213 ff.

40 *Landolt*, in: *Festschrift Jaeger*, S. 355, 356.

41 Das Gesetz ist im Bundesgesetzblatt verkündet worden am 17.7.2017.

folgte ein Befreiungsschlag.⁴² Es wird damit eine Gerechtigkeitslücke geschlossen.⁴³ Die Angehörigen müssen ihr Engagement nicht mehr in den Nachweis einer seelischen Krankheit investieren, was der Regulierungsumgebung förderlich ist.⁴⁴ Ersatz erhält nicht nur der wohl situierte Bürger, der sich auf die Couch des Psychiaters legt, durch seelische Wellnessrichtungen tingelt und Psychopharmaka schluckt,⁴⁵ sondern auch derjenige (aus der Unterschicht), der ebenso trauert, der solche Therapien aber nicht in Anspruch nimmt, weil er alle Hände voll zu tun hat, dass das Leben weitergeht.⁴⁶

D. Bezeichnung Hinterbliebenengeld

In der Sache geht es um Inhalte, nicht um Bezeichnungen. Freilich steckt schon in der Wortwahl eine bestimmte Botschaft. Zunächst ist es der rechtsvergleichenden Diskussion nicht förderlich, wenn jede Rechtsordnung das jeweilige Phänomen unterschiedlich bezeichnet. In der Schweiz sind die Begriffe Hinterbliebenen- bzw Angehörigengengugtuung gebräuchlich, in Österreich Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld; der deutsche Gesetzgeber hat sich für den Terminus „Hinterbliebenengeld“ entschieden. Müller⁴⁷ verweist zutreffend darauf, dass das klingt wie Wohngeld oder Kindergeld, somit Assoziationen nach einer wiederkehrenden, pauschalen Transferleistung auslöst. Darum geht es allerdings gerade nicht. Vielmehr soll eine einmalige, nach richterlichem Ermessen individualisierte Entschädigung zuerkannt werden. Insoweit wäre der von Müller⁴⁸ vorgeschlagene Terminus „Hinterbliebenenentschädigung“ gewiss passender (gewesen).

42 Dazu Ch. Huber, NZV 2012, 5 ff.

43 Nomos-Komm BGB³/Ch. Huber, § 253 Rn. 66.

44 Kadner Graziano, RIW 2015, 549, 553 ff.

45 Prototypisch OLG Köln, Urt. v. 18.12.2006 - 16 U 40/06, OLGR 2007, 363: Die Witwe lässt kaum eine in Betracht kommende Therapie aus und bekommt neben den Therapiekosten auch Schmerzensgeld für den Schockschaden.

46 Prototypisch OLG Naumburg, Beschl. v. 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 des Antrags auf Prozesskostenhilfe.

47 Müller, VersR 2017, 321, 323.

48 Müller, VersR 2017, 321, 323.

Mit der Bezeichnung wird freilich eine Wertentscheidung dergestalt vorgenommen, dass lediglich Personen bei Tötung eines anderen anspruchsberechtigt sind, nicht aber im Fall einer – auch noch so schweren – Verletzung.⁴⁹ Müller⁵⁰ weist zudem darauf hin, dass der Begriff des Hinterbliebenen weiter sei als der des Angehörigen. Das hat mE kaum Bedeutung, wie die rechtsvergleichende Analyse mit dem schweizerischen und österreichischen Recht zeigen wird.

E. Ort der Positionierung des Hinterbliebenengeldes im BGB

Anders als das Schmerzensgeld, das im Zuge des 2. Schadenersatzrechtsänderungsgesetzes von § 847 aF BGB nach § 253 BGB verlagert wurde, um zu gewährleisten, dass ein solcher Anspruch bei jeder Anspruchsgrundlage besteht, hat sich der Gesetzgeber beim Hinterbliebenengeld für eine Regelung im Kontext des Unterhaltersatzes entschieden. Er hat damit zum Ausdruck gebracht, dass ein Anspruch nur bei Vorliegen eines Deliktstatbestands besteht; darüber hinaus wurden Regelungen bei einzelnen Gefährdungshaftungen sowie gewissen Vertragsverhältnissen von Transportverträgen vorgesehen.⁵¹

Müller⁵² konstatiert, dass der Anspruch weder bei § 253 BGB passe, weil es sich um kein Schmerzensgeld handle, noch bei § 844 BGB, weil es kein Vermögensschaden sei, billigt aber dem Gesetzgeber zu, dass er gleichwohl eine Regelung treffen könne. Den einen geht das zu weit,⁵³ den anderen zu wenig weit.⁵⁴ ME ist einzuräumen, dass schwer zu begründen wäre, weshalb das Hinterbliebenengeld auch bei einer Vertragsverlet-

49 Dazu sogleich unten unter Punkt F.

50 Müller, VersR 2017, 321, 323.

51 Kritisch die Stellungnahme des Verbands der Reeder 1 ff mit dem Hinweis, dass nicht einzusehen sei, dass ausgerechnet bei der Passagierschadenshaftung im Seeverkehr eine vertragliche Anspruchsgrundlage gegeben sei; internationale Normen würden das nicht erfordern.

52 Müller, VersR 2017, 321, 322.

53 Kritik an der Einbeziehung der Gefährdungshaftung Stellungnahme Deutscher Richterbund 2, anders freilich 3.

54 Stellungnahme DAV 9 f: Vertragliche Anspruchsgrundlage geboten. Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 90: Die Begrenzung des Hinterbliebenengeldes auf deliktische Ansprüche und die Ablehnung vertraglicher Ansprüche ist im Hinblick auf die Platzierung des Schmerzensgeldes in § 253 BGB „überraschend“.

zung zustehen soll, der Unterhaltersatz jedoch nur bei deliktischer Schädigung. Das ist freilich ein „Webfehler“ des Unterhaltersatzanspruchs, der besser ebenfalls im Kontext der §§ 249 ff BGB geregelt werden sollte.⁵⁵ Sachlich sprechen die besseren Argumente für eine Zubilligung des Anspruchs auch bei einer vertraglichen Anspruchsgrundlage, wie das auch in der Schweiz⁵⁶ und Österreich⁵⁷ anerkannt ist. Weniger bedeutsam ist das im Verkehrsrecht, wo häufig eine Anspruchsgrundlage aus einem Gefährdungshaftungstatbestand besteht. Vor allem bei der Arzthaftung⁵⁸ und im Reiserecht spielt die Beweislastverteilung und die Zurechnung des Gehilfenverhaltens jedoch eine wichtige Rolle; der deliktische Anspruch, der in solchen Fällen durchaus besteht, ist mitunter anders als der vertragliche nicht durchsetzbar; insofern hat der Gesetzgeber die Rechtslage nicht richtig eingeschätzt.⁵⁹

ME wäre eine Regelung dergestalt wünschenswert gewesen, dass die Hinterbliebenen immer dann einen Anspruch haben, wenn dem Getöteten für den Fall seines Überlebens ein Ersatzanspruch zugestanden wäre. Zu begründen wäre das damit gewesen, dass es sich auch sonst um einen vom Getöteten abgeleiteten Anspruch handelt.⁶⁰ Dann würde man auch nicht auf die Krücken der culpa in contrahendo und des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zurückgreifen müssen, bei dem häufig fraglich ist, welche Dritten gerade – noch – einzubeziehen sind.⁶¹ Eine Einbeziehung

55 Ch. Huber, Editorial NZV 2017 Heft 3.

56 Hütte, in: Hütte/Landolt, Genugtuungsrecht, Band I, Genugtuung als Folge von Tötung oder Sexualdelikten, 2013, Rn. 12 f.; Landolt, in: Festschrift Jaeger, S. 355, 357, jeweils unter Bezugnahme auf Schweizer BG, Urt. v. 23.10.1990 - BGE 116 II 519.

57 Die mangelnde Systembildung des im Vergleich zum BGB fast 100 Jahre älteren ABGB erweist sich insoweit als „Vorteil“.

58 Jaeger, VersR 2017, 1041, 1051.

59 Jaeger, VersR 2017, 1041, 1051.

60 Näheres dazu unter Punkt H.

61 Illustrativ insoweit OGH, Beschl. v. 3.6.2010 - 9 Ob 83/09k, SZ 2010/79 = Zak 2010/613 (Schmaranzer): Bei einem Schockschaden wurde der ärztliche Behandlungsvertrag als solcher mit Schutzwirkungen zugunsten der Angehörigen qualifiziert; dazu Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm ABGB⁴, § 1325 Rn. 134; Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 91 f. Zu den Grenzen durchaus zutreffend Schmaranzer in der Anmerkung, der darauf verweist, dass diese Rechtsfigur jedenfalls bei einer Aufklärungspflichtverletzung nicht in Betracht kommt. Zudem werden wohl nicht alle potentiell anspruchsberechtigten Hinterbliebenen in die Schutzwirkungen eines solchen Vertrags einbezogen werden können.

der Gefährdungshaftung ist – wie im schweizerischen Recht⁶² – mE deshalb sachlich berechtigt, um wie beim Schmerzensgeld zu vermeiden, dass wegen eines einzelnen Anspruchs um das Verschulden gestritten werden muss. Erwähnt sei, dass die vorgenommene Regelungstechnik insoweit „fehleranfällig“ ist, als die enumerative Aufzählung in den Gefährdungshaftungsgesetzen stets das Risiko birgt, ein – entlegenes – Gefährdungshaftungsgesetz bzw bei Einführung eines neuen Gefährdungshaftungsbestands das Hinterbliebenengeld zu übersehen; dieses Risiko wäre bei einer Positionierung bei § 253 BGB nicht gegeben gewesen.

F. Nur Tötung, nicht auch schwerste Verletzung

Schon durch die 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;⁶³ *Jaeger*⁶⁴ bezeichnet das zu Recht als „kleine Lösung“. Man könnte das noch deutlicher als „kleinmütige Lösung“ taxieren. Diejenigen, die der Einführung der neuen Regelung an sich skeptisch gegenüberstehen, billigen diese Einschränkung, weil es ansonsten zu einer „unabsehbaren Ausuferung des Anspruchs“ käme und Abgrenzungsschwierigkeiten nicht zu bewältigen seien.⁶⁵ Zudem würden die betroffenen Angehörigen vom Schmerzensgeld des primär Verletzten profitieren.

Das Problem von Abgrenzungsschwierigkeiten ist durchaus gegeben, ist dem Zivilrecht aber so immanent wie das Amen in der Kirche. Konsens besteht darüber, dass das seelische Leid der Hinterbliebenen im Fall einer schwer(st)en Verletzung größer ist als im Tötungsfall.⁶⁶ Verwiesen wird auf die junge Witwe, die bei Tötung des Ehemanns geraume Zeit später wieder heiratet, während der Ehefrau, die den zum Krüppel gewordenen

62 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 546 unter Hinweis auf Art 58 SVG; *ders.*, HAVE 2009, 125, 133; Schweizer BG, Urt. v. 7.2.2012 - 4A_364/2011, BGE 138 III 276.

63 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1043.

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

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

66 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1050; *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 15; *Danzl*, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 215.

Ehemann ein Leben lang pflegt, weil sie das Eheversprechen „bis der Tod uns scheidet“ ernst nimmt, deutlich mehr entgeht.⁶⁷ Es sollte zu denken geben, dass das schweizerische Höchstgericht⁶⁸ die gesetzgeberische Regelung, die lediglich eine Hinterbliebenengenugtuung in Art 47 OR vorsah, auf Fälle einer Verletztengenugtuung unter Berufung auf Art 49 OR ergänzte. Dass die Verletztengenugtuung in der Schweiz – zu Recht – deutlich höher ausfällt als die Hinterbliebenengenugtuung,⁶⁹ ist Ausdruck dieses zutreffenden Befunds; hinzukommen entsprechende Ansprüche bei der Militärversicherung und im Opferhilferecht.⁷⁰ Auch der OGH⁷¹ judiziert beim Schockschaden so. Beim Trauerschmerzensgeld kann es nicht anders sein.⁷²

Worauf die Befürworter der Begrenzung auf den Tötungsfall hinweisen, dass nämlich das Schmerzensgeld des Verletzten mittelbar auch den Angehörigen zugutekomme,⁷³ führt ebenso zu einer – bestenfalls – halben Lösung, wie der Verweis der Angehörigen auf das vererbte Schmerzensgeld im Tötungsfall, das zu einem Erbsenzählen nach der Überlebenszeit führt, ganz abgesehen davon, dass Erben und trauernde Angehörige nicht ident sein müssen und der Nachlass überschuldet sein kann.⁷⁴ Bei Einräumung eines eigenen Anspruchs an die Angehörigen im Verletzungsfall⁷⁵ wäre es deren seelisches Leid, das zu bemessen wäre.⁷⁶ Und genau darum geht es.

67 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1050; *Landolt*, *HAVE* 2009, 125, 133; *Ch. Huber*, *NZV* Editorial *NZV* Heft 3.

68 Schweizer BG, Urt. v. 11.3.1986 - BGE 112 II 118.

69 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 598: Relation der Angehörigenengugtuung (Tötungsfall) zur Verletztengenugtuung: Ehegatten 20% bis 57 %, Eltern 20% bis 50%, Kinder 17% bis 33 %, Geschwister 20% bis 25 %.

70 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 540.

71 OGH, *Beschl. v. 13.6.2012 - 2 Ob 136/11f*, *ZVR* 2012/204 (*Karner*).

72 *Karner*, in: *Festschrift Danzl*, S. 85, 96; *Hinghofer-Szalkay*, *ZVR* 2008, 444 unter Hinweis auf OGH, *Beschl. v. 2.2.2006 - 2 Ob 18/06w*, *ecolex* 2007/144 (*Pri-sching*); *Beschl. v. 14.6.2007 - 2 Ob 163/06v*, *Zak* 2007/521 = *JB1* 2007, 791: Jeweils Abweisung (bloß) wegen des Fehlens grober Fahrlässigkeit.

73 *Müller*, *VersR* 2017, 321, 323.

74 *Nomos-Komm³/Ch. Huber*, § 253 Rn 71.

75 Dafür *Bischoff*, *MDR* 2017, 739, 740; *Zwickel*, *NZV* 2015, 214, 217; *Stellungnahme Weißer Ring* 1. Nachdrücklich für eine rechtsgleiche Behandlung auch *Landolt*, in: *Festschrift Jaeger*, S. 355, 360: Ansonsten ungerechtfertigte Privilegierung des Getöteten, 368: Nicht nachvollziehbar bzw unbegreiflich, dass kein Anspruch bei schwerster Verletzung.

76 So auch der Befund von *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1050.

Plausibel könnte es insoweit sein, eine Begrenzung des Personenkreises auf die Haushaltsangehörigen vorzunehmen, die entweder den Verletzten pflegen oder von dessen schwer(st)er Verletzung besonders in Mitleidenschaft gezogen sind wie etwa minderjährige Kinder, denen dadurch im Rahmen der Erziehung weniger Aufmerksamkeit zuteil wird. Wenn das schweizerische Höchstgericht wegen der mit Händen zu greifenden Wertungsdisparität schlussendlich zu einer Ausweitung gekommen ist, ist nicht auszuschließen, dass sich auch der BGH oder das BVerfG dieser Erkenntnis eines Tages nicht verschließen werden; der Gleichheitsgrundsatz wäre dafür ein Anknüpfungskriterium. Die neue gesetzliche Regelung macht wegen der darin deutlich bekundeten Wertentscheidung der Begrenzung auf den Todesfall aber ein Überspringen dieser Hürde deutlich schwerer. Das schweizerische BG hat immerhin mehr als ein Jahrhundert dafür gebraucht.

Es wird *de lege lata* nach deutschem Recht daher bei einer schwer(st)en Verletzung des Primäropfers dabei zu bleiben haben, 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 BGH⁷⁷ einen Ersatzanspruch bejaht. ME sind die Grenzwerte sowohl beim Primär- als auch Sekundäröpfung deutlich tiefer anzusetzen.⁷⁸ ME 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.⁷⁹ Karner⁸⁰ hat zum österreichischen Recht mE zu Recht darauf hingewiesen, dass es insoweit lediglich auf eine *ex-ante*-Betrachtung ankommen kann.

Bei dauernden Beeinträchtigungen, namentlich den Auswirkungen der Impotenz des verletzten Ehemannes auf die Ehefrau, zeigt sich, dass die

77 BGH, Urt. v. 5.2.1985 - VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351.

78 Für eine Abkehr von schwersten, einem Pflegefall gleichkommenden Verletzungen zu Recht Karner, in: Festschrift Danzl, S. 24.

79 Für eine solche Fallgruppenbildung Hinghofer-Szalkay, ZVR 2008, 444, 448.

80 Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 104.

Schweiz⁸¹ – zu Recht – lustbetonter ist als Deutschland⁸² und auch Österreich⁸³ eine solche Beeinträchtigung als schwerwiegend ansieht. Abgesehen von diesem – jedenfalls für viele Lebensstadien 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 auf die Dauer der Beeinträchtigung und deren Auswirkung für das Zusammenleben. So hat namentlich der OGH Kindern Ersatz von immateriellem Schaden zuerkannt, weil diese eine Zeit hindurch die Mutter⁸⁴ oder beide Eltern⁸⁵ entbehren mussten. Auch unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit einer solchen Schädigung ist die Dauer der Entbehrung der elterlichen Fürsorge mE das maßgebliche Kriterium.

G. Personenkreis

I. Einigkeit in der Sache

Losgelöst von der jeweiligen gesetzlichen Determinierung oder der Herausbildung von Kriterien durch die – höchstrichterliche – Rechtsprechung ist man sich in allen drei deutschsprachigen Rechtsordnungen der Sache

81 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 544 unter Hinweis auf Schweizer BG, Urt. v. 22.4.1986 - BGE 112 II 226.

82 LG Frankenthal, Urt. v. 19.12.1996 – 8 O 105/96, MedR 1998, 130; OLG Köln, Beschl. v. 22.12.2015 – 5 U 135/15, VersR 2016, 796; kritisch *Ziegler/Rektorschek*, Impotenz durch Behandlungsfehler - geht der Partner leer aus?, VersR 2009, 181 ff, die freilich in überzogener Form den immateriellen Schaden nach den – fiktiven – Kosten von Bordellbesuchen taxieren wollen, was je nach Alter und Häufigkeit zu exorbitanten Beträgen führen würde; insoweit kritisch *Nomos-Komm³/Ch. Huber*, § 253 Rn 62.

83 *Landolt*, in: Festschrift Jaeger, S. 355, 362 unter Einbeziehung Österreichs zur Fraktion der „Lustbetonten“ unter Bezugnahme auf OLG Wien 15 R 213/04k; vgl. freilich die danach ergangene OGH, Beschl. v. 22.5.2014 - 2 Ob 70/14d, Zak 2014/511: Abweisung des Begehrens; kritisch dazu *Ch. Huber*, in: Schwimann, TaKomm⁴, § 1325 Rn. 146.

84 OGH, Urt. v. 16.6.1994 - 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46: Kleinkind erlitt eine Trennungsneurose, weil die Mutter schwerstverletzt 2 Monate in einem Krankenhaus verbringen musste.

85 OGH, Urt. v. 12.06.2003 – 2 Ob 111/03t, ZVR 2004/26: Durch Überforderung ausgelöste Magersucht der Tochter, die wegen des Krankenhausaufenthalts der Eltern den Haushalt führen und die Geschwister betreuen musste.

nach einig, wer dem Grunde nach anspruchsberechtigt sein soll: Es sind dies die Personen, die zum Getöteten in einer intensiven Gefühlsbeziehung standen,⁸⁶ nicht die Mitglieder der Kegelrunde.⁸⁷ Da dieses Kriterium schwer ermittelbar bzw messbar ist, ist man darauf angewiesen, es mithilfe von Hilfstatsachen zu bejahen oder zu verneinen. Plausibel ist dabei mE ein zweistufiges Vorgehen: In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob eine Person an sich anspruchsberechtigt ist; in einem zweiten Schritt ist dann im Rahmen der Festlegung des Umfangs festzulegen, ob Zu- oder Abschläge bezogen auf einen Durchschnittswert vorzunehmen sind, der für die jeweilige familiäre Statusbeziehung angenommen wird.

Die Auswahl des anspruchsberechtigten Personenkreises steht im Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Sachgerechtigkeit im Einzelfall.⁸⁸ Als Anknüpfungspunkte kommen in Betracht eine formale familienrechtliche Statusbeziehung, nämlich Verwandtschaft sowie Ehe bzw Lebenspartnerschaft, oder das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft. Einigkeit besteht darin, dass diese Umstände jeweils noch einer Korrektur im Einzelfall bedürfen und nicht abschließend sind.⁸⁹ Besteht eine formale familienrechtliche Statusbeziehung nur noch auf dem Papier, sei es eine Ehe bzw Lebenspartnerschaft oder eine Eltern-Kind-Beziehung, ohne dass ein enger persönlicher Kontakt besteht, soll dem Hinterbliebenen kein unverdienter Glücksfall in den Schoß fallen.⁹⁰ Umgekehrt mag es Fälle geben, in denen eine Person, zu der weder eine familienrechtliche Statusbeziehung noch mit der ein gemeinsamer Haushalt besteht, als legitimerweise anspruchsberechtigt anzusehen ist. Insoweit wird es sich freilich um – rare – Einzelfälle handeln. Die relativ reichhaltige Judikatur in der Schweiz und Österreich kann deutschen Gerichten Anhaltspunkte für eine

86 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 55: Angehörigenkreis nicht gesetzlich geregelt, abgestellt wird auf tatsächliche Nähe und Intensität der Beziehungen des Anspruchstellers zum Verletzten (bzw Getöteten); ebenso *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 175, Fn. 456; *Müller*, *VersR* 2017, 321, 323.

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

88 Für eine stärkere Betonung der Rechtssicherheit der Bundesrat, BRDS 127/1/17: Vorschlag einer abschließenden Fixierung des anspruchsberechtigten Personenkreises unter Einschluss von Geschwistern und Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wobei bei Kindern erwogen wurde, auf deren Minderjährigkeit oder deren Zugehörigkeit zur Haushaltsgemeinschaft abzustellen.

89 *Karner*, in: *Festschrift Danzl*, S. 85, 97.

90 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1052.

sachgerechte Abgrenzung bei der Auslegung von § 844 Abs 3 BGB liefern.

Letztlich stellt sich bloß – aber immerhin – die Frage nach dem passenden archimedischen Punkt. Zu bedenken ist, dass die Regulierung eines Haftpflichtschadens nicht dazu führen soll, dass einerseits die Anspruchsteller intimste Umstände der Privatsphäre preisgeben müssen,⁹¹ andererseits aber der Ersatzpflichtige auch nicht mit ungebührlichem Regulierungsaufwand bei der Nachprüfung der Nahebeziehung belastet werden soll. Der für den Schädiger typischerweise einstandspflichtige Haftpflichtversicherer hat zudem keine Kenntnis von den Umständen aus der Sphäre des Getöteten und der potentiell Anspruchsberechtigten. Der deutsche Gesetzgeber hat sich in § 844 Abs 3 BGB für eine Anknüpfung an den Familienstatus entschieden,⁹² während der OGH⁹³ primär an die Haushaltszugehörigkeit anknüpft.⁹⁴ In solchen Fällen wird die intensive Gefühlsgemeinschaft jeweils vermutet, in den anderen Fällen ist sie vom Anspruchsteller gesondert nachzuweisen. Mit einer derartigen Vermutungsregelung wird für die Ansprüche derart Privilegierter Regulierungsaufwand gespart, was mE zu begrüßen ist.⁹⁵

Wie bei § 844 Abs 2 BGB ist auch bei § 844 Abs 3 BGB auf den Verletzungszeitpunkt abzustellen. Entsteht nach diesem Zeitpunkt erst eine enge Gefühlsgemeinschaft zu einer – später versterbenden – Person, ist keine Anspruchsberechtigung gegeben, so bei einem Ehepartner nach späterer Verhehlung oder bei später gezeugten Kindern.⁹⁶ Das ist rechtspolitisch durchaus diskutabel und begünstigt einseitig den Schädiger. Bestand nämlich im Zeitpunkt der Verletzung eine enge Gefühlsbeziehung zu einer bestimmten Person, ist diese aber im Fall des Todes nicht mehr gegeben, weil der Angehörige, zu dem diese gegeben war, nicht mehr lebt oder die Ehe geschieden wurde, besteht kein Anspruch. Für dieses Ergebnis spricht

91 Stellungnahme des ADAC 2.

92 Kritisch Stellungnahme Deutschen Richterbund 3; *Bischoff*, MDR 2017, 739, 740: Nahe Verwandte, die zum Getöteten in keinem persönlichen Naheverhältnis stehen, werden privilegiert, ohne dass dafür eine Rechtfertigung erkennbar ist.

93 OGH, Beschl. v. 1.7.2004 – 2 Ob 141/04f, *ecolex* 2005/06; weitere Nachweise bei *Ch. Huber*, in: *Schwimann, TaKomm*⁴, § 1325 Rn 142.

94 Im schweizerischen Recht spielen beide Kriterien eine maßgebliche Rolle.

95 Ebenso *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1052.

96 Zum nasciturus sogleich unter Punkt II.3.

indes der Gleichklang zum Unterhaltersatzanspruch,⁹⁷ mag der Kreis der Anspruchsberechtigten auch nicht deckungsgleich sein.

II. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis

1. Grundsätzlich Anspruch der in § 844 Abs 3 S 2 BGB genannten Personen: Ehegatte, Lebenspartner, Eltern, Kinder

Die in § 844 Abs 3 BGB getroffene Regelung stellt eine Vermutungsregelung auf, die für ein gewisses Maß an Rechtssicherheit und Begrenzung des Regulierungsaufwands bei Anspruchsberechtigung der privilegierten Hinterbliebenengruppe sorgt, andere Personen aber nicht ausschließt.⁹⁸ Auch der von *Schwintowski*⁹⁹ benannte besonders enge Freund, namentlich aus einem soldatischen Kameradschaftsverhältnis, ist dabei inkludiert.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, unter welchen Voraussetzungen den „privilegierten“ Hinterbliebenen, bei denen eine gesetzliche Vermutung besteht, ausnahmsweise kein Anspruch zusteht. Da der Ersatzpflichtige keine Kenntnisse aus der Sphäre des Getöteten und der Anspruchsberechtigten hat, trifft diese eine sekundäre Darlegungslast.¹⁰⁰ Maßstab der intensiven Gefühlsbeziehung ist eine intakte Familienbeziehung.¹⁰¹ Diese wird wohl im höchsten Maß gegeben sein bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft. Wird diese aufgehoben, ist auch das Zusammengehörigkeitsgefühl meist herabgesetzt.¹⁰² Namentlich bei Ehepartnern ist das zu beobachten: Verlässt ein Ehepartner aus freien Stücken den gemeinsamen Wohnsitz nicht nur vorübergehend, ist die Scheidung häufig nicht mehr weit. Davon sind Fälle abzugrenzen, in denen ein getrennter Haushalt durch äußere Umstände bedingt ist, sei es, dass dies aus beruflichen Gründen erfolgt oder ein Ehepartner sich im Gefängnis befindet – berechtigt oder unberechtigt.¹⁰³

97 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1052.

98 Zustimmung Stellungnahme ADAC I.

99 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, zfs 2012, 6, 7. Nicht in Betracht genommen werden indes Geschwister.

100 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1052.

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

102 So auch *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I, Rn. 52.

103 *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I, Rn. 53.

Die österreichische Judikatur¹⁰⁴ hat aber zutreffend darauf hingewiesen, dass es Konstellationen gibt, in denen trotz gemeinsamen Haushalts der Familiensegen auch schon einmal schief hängt. Hingewiesen wird darauf, dass namentlich in der Pubertät das Verhältnis des Kindes zu den Eltern und umgekehrt gelegentlich eine Trübung erfährt. Auch in so mancher Ehe hängt der Himmel nicht permanent voller Geigen. Ein Anspruch wurde aber nur dann versagt, wenn es zu einer Entfremdung gekommen ist mit der Folge, dass schon längere Zeit und voraussichtlich auf Dauer keine Kommunikation gegeben ist. Begründet wird das durchaus einleuchtend damit, dass im Fall des Todes auch die Möglichkeit der Aussöhnung unwiederbringlich verloren gegangen ist, was für den Überlebenden bitter ist.¹⁰⁵ Das Abstellen auf die Entfremdung wäre mE auch für das deutsche Recht ein plausibles k.-o.-Kriterium. Das 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, weil der Getötete bzw der Anspruchsteller die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat,¹⁰⁶ aber weniger streng, einen Anspruch schon bei jedem Getrenntleben von Ehegatten und Lebenspartnern zu versagen.¹⁰⁷ Eine non-liquet-Situation ginge dabei nach der gesetzlichen Vermutungsregel zu Lasten des Ersatzpflichtigen.

2. Nachweispflicht der in § 844 Abs 3 S 2 BGB nicht privilegierten Personengruppe

Die in § 844 Abs 3 S 2 BGB nicht privilegierte Personengruppe muss eine Gefühlsbeziehung von der Intensität nachweisen, wie sie in intakten Familienverhältnissen zwischen den dort genannten Personen angenommen wird.¹⁰⁸ Welche Personen kommen dabei in Betracht? Es handelt sich in

104 OGH, Urt. v. 22.2.2001 - 2 Ob 79/00g, SZ 74/24 = ZVR 2001/52 (*Karner*); OGH, Beschl. v. 1.7.2004 - 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86; ebenso *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 98.

105 *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 180 f; *Reischauer*, in: *Rummel*, ABGB³ § 1325 Rn. 5.

106 *Müller*, *VersR* 2017, 321, 323; *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1052 f.

107 Stellungnahme des DAV 7.

108 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1052.

erster Linie um Lebensabschnittsgemeinschaften unterschiedlichen¹⁰⁹ oder gleichen Geschlechts¹¹⁰ sowie Beziehungen von Kindern zu Stiefeltern in Patchworkfamilien während des Bestehens einer Haushaltsgemeinschaft. Dazu kommen Fälle von Pflegeeltern¹¹¹ 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. Bei einem Au-pair-Mädchen fehlt es mE an der Dauerhaftigkeit der Familienbeziehung, ist deren Aufenthaltsdauer doch meist auf weniger als 1 Jahr begrenzt.

Die von mir benannten engen Bezugspersonen einer Klosterbruderschaft oder Kommune¹¹² dürften wahrscheinlich ebenso von bloß akademischem Interesse sein wie der von *Schwintowski*¹¹³ apostrophierte Kamerad des Soldatenlebens.¹¹⁴ Bezeichnend ist, dass es in der über 140-jährigen Geschichte des Art 47 OR keinen einzigen in der Literatur dokumentierten Fall in der schweizerischen Rechtsprechung gibt,¹¹⁵ obwohl die gesetzliche Formulierung bzw Auslegung dieser Norm eine solche Subsumtion durchaus zuließen.¹¹⁶ Womöglich handelt es sich um Schimären, die von fantasiebegabten Professoren ins Spiel gebracht werden und um die es zu fiktiven Spiegelfechtereien kommt. Gegen die praktische Bedeutsamkeit spricht schließlich noch, dass das Maß persönlicher Verbundenheit während eines soldatischen Einsatzes durchaus das Ausmaß einer familiären Nahebeziehung wie bei bestehender Haushaltsgemeinschaft in einer intakten Familie erreichen kann; nach Beendigung bleibt aber häufig nicht mehr als die verklarte Vergangenheit.¹¹⁷

109 Bejahend OGH, Beschl. v. 29.7.2002 - 8 Ob 127/02p, ZVR 2002/96 (*Karner*); OGH, Urt.v. 2.2.2006 - 2 Ob 212/04x, Zak 2006/235.

110 Für eine Gleichstellung zu Recht *Fucik/Hartl/Schlosser*, Verkehrsunfall VI² (2012), Rn. 627.

111 *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 99: Entfernter Verwandter, der Kind an Stelle der Eltern aufgezogen hat, ohne es formal zu adoptieren.

112 Nomos-Komm³/*Ch. Huber*, § 253 Rn. 67.

113 *Schwintowski/C. Shah Sedi/M. Shah Sedi*, zfs 2012, 6, 7.

114 Vorsichtig *Müller*, VersR 2017, 321, 323: Ob auch andere (nämlich solche) Personen in Betracht kommen, muss die Rechtspraxis zeigen.

115 *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn 565.

116 BernerKomm OR⁴/*Brehm*, Art 47 Rn. 160a: Fraglich, ob auch guter Freund zu den Angehörigen zählt.

117 Die Schweiz hatte so lange Frieden bzw schickte ihre Soldaten wegen ihrer Neutralität nicht in Auslandseinsätze, sodass unter Umständen deshalb dort ein solcher Fall (noch) nicht aufgetreten ist.

ME ist die gemeinsame Haushaltszugehörigkeit das stärkste und wegen des formalen Anknüpfungspunktes auch am leichtesten beweisbare Indiz für das Bestehen einer engen Gefühlsgemeinschaft im Sinn von § 844 Abs 3 S 1 BGB.¹¹⁸ Wenn die Gefühlsgemeinschaft eine gewisse Intensität erreicht, ziehen Lebensabschnittsbegleiter häufig zusammen. Da es beim Nachweis der intensiven Gefühlsgemeinschaft auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, kann es aber für die Anspruchsberechtigung nach § 844 Abs 3 BGB nicht maßgeblich sein, ob der Anspruchsteller und der Getötete unter einem Dach gelebt haben bzw ihre Wohnräume jeweils über einen eigenen oder getrennten Eingang zu betreten waren. Der OGH¹¹⁹ hat 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.

Dieser Fall macht freilich deutlich, dass der unterschiedliche archimedische Punkt im deutschen und österreichischen Recht, nämlich formaler Familienstatus bzw Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft, im Einzelfall doch zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. Während nach österreichischem Recht eine „de-facto-Haushaltsgemeinschaft“ bzw ein an diese angenäherter Zustand nachgewiesen werden musste, hätte nach § 844 Abs 3 S 2 BGB die bloße Bezugnahme auf das Bestehen einer familienrechtlichen Statusbeziehung ausgereicht. Bei zwei Brüdern hat es der OGH¹²⁰ – ohne Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft – für ausreichend angesehen, dass zwischen den Brüdern eine Nahebeziehung bestand, die der zwischen Vater und Sohn angenähert war. Bejaht wurde ein Anspruch auch einer Verlobten – die Vorwirkung zur Ehe war somit ausreichend.¹²¹ Das überzeugt deshalb, ist doch gerade in dieser Lebensphase eine besonders enge Gefühlsgemeinschaft gegeben.

Da es auf die faktische Nähe der Gefühlsbeziehung ankommt, ist es nach schweizerischem Recht bei Bestehen einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft nicht von Bedeutung, wie lange diese schon besteht.¹²² Wird sie noch während des Bestehens einer aufrechten Ehe eines Partners ein-

118 So auch Stellungnahme des DAV 8.

119 OGH, Beschl. v. 1.7.2004 - 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86.

120 OGH, Urt. v. 21.4.2005 - 2 Ob 90/05g, ZVR 2005/73 S. 254 (Karner).

121 OGH, Urt.v. 2.2.2006 - OGH 2 Ob 212/04x, Zak 2006/235.

122 Landolt, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 557.

gegangen, hat das BG¹²³ sowohl der Ehefrau als auch der Lebensabschnittsbegleiterin eine Genugtuung zuerkannt. ME stellt sich freilich die Frage, ob in einem solchen Fall die Ehefrau nicht nur noch eine intensive „wirtschaftliche“ Nahebeziehung zum Ehemann hatte, weil sowohl der eheliche Unterhalt als auch die rentenrechtliche Absicherung in diesem Status gegenüber dem einer geschiedenen Ehefrau vorzugswürdig sein dürften. Zu verweisen ist indes darauf, dass es mitunter vorkommt, dass ein Mann mit zwei Frauen zusammenlebt, der Ehefrau und der Geliebten, wie das etwa beim österreichischen Nobelpreisträger *Erwin Schrödinger* der Fall war. Zu erwägen könnte sein, insoweit wegen des sogar durch den *ordre public* geschützten Prinzips der Einehe eine normative Korrektur vorzunehmen. Die besseren Gründe sprechen indes dafür, allein auf die intensive Gefühlsgemeinschaft abzustellen, ist doch für eine solche eine Geschlechtsgemeinschaft keine Voraussetzung.¹²⁴ Bei Geschwistern wird sowohl im schweizerischen als auch österreichischen Recht eine Anspruchsberechtigung grundsätzlich nur bei Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft bejaht.¹²⁵ Auch Großeltern sind nur ausnahmsweise anspruchsberechtigt.¹²⁶

Als Anhaltspunkt für das Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft der durch § 844 Abs 3 S 2 BGB nicht privilegierten Personen könnte zudem hilfsweise auf die Haushaltszugehörigkeit im Sinn des § 86 Abs 3 VVG bzw den Kreis der Personen, deren Besuchskosten im Rahmen der Heilungskosten¹²⁷ ersatzfähig sind, abgestellt werden, mögen diese Normen auch unterschiedliche Ziele verfolgen, nämlich die Vermeidung der Vereitelung des Zwecks einer Versicherung für den Versicherungsnehmer

123 Schweizer BG, Urt. v. 2.2.2012 - 6B_368/2011, BGE 138 III 157; bloß referierend BernerKomm⁴/*Brehm*, Art 47 Rn 160b; zustimmend *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 557.

124 Vgl dazu auch *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1052: Intensive Gefühlsgemeinschaft denkbar auch bei geschiedenen Personen.

125 *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 563; Anders aber bei besonders enger Gefühlsgemeinschaft OGH, Urt. v. 21.4.2005 – 2 Ob 90/05g, *ZVR* 2005/73 S. 254 (*Karner*) = *JB1* 2005, 652 = *ÖJZ* 2005/165: Der nicht im gemeinsamen Haushalt lebende Bruder hatte eine einem Vater angenäherte Position.

126 BernerKomm⁴/*Brehm*, Art 47 Rn 133; *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 562: Großeltern anspruchsberechtigt, sofern diese den leiblichen Eltern vergleichbare Beziehung zum Kind pflegen. OGH, Urt. v. 12.5.2005 – 2 Ob 41/03y *ZVR* 2005/88 (*Griehser*): Einem 7 Monate alten Enkel Anspruch bei Tod des Großvaters versagt.

127 *Ch. Huber*, in: *Schwimann*, *TaKomm*⁴, § 1325 Rn. 137.

bzw das Wohlergehen der verletzten Person. Wenig treffsicher ist hingegen, bei Geschwistern für das Bestehen einer intensiven Nahebeziehung für maßgeblich anzusehen, ob deren Erbquote mindestens die Hälfte ausmacht.¹²⁸ Zwischen dem einen und dem anderen auch nur irgendeinen Zusammenhang herzustellen, erscheint mE besonders weit hergeholt zu sein.

3. Besonderheit des nasciturus

Auch ein noch nicht geborenes Kind kann – unter der Voraussetzung der Lebendgeburt – Anspruch auf das durch die Tötung eines Elternteils bewirkte seelische Leid haben. Dabei sind besondere Bemessungsdeterminanten zu berücksichtigen, worauf im folgenden Punkt H einzugehen sein wird. Kürzlich hat der OGH¹²⁹ den umgekehrten Fall entschieden, ob bei Tötung eines Fötus die Eltern anspruchsberechtigt sind. Der OGH hat das – zu Recht – für den konkreten Fall zugunsten von Mutter und Vater bejaht, weil der Fötus zu dem Zeitpunkt, zu dem der ärztliche Kunstfehler zum Tod des Fötus geführt hat, dieser als Kind überlebensfähig gewesen wäre. ME sprechen bei einem Wunschkind aber gute Gründe dafür, dass bereits ab der Zeugung ein solcher Anspruch zu bejahen ist.¹³⁰ Durchaus in Entsprechung zur Kategorie der Entfremdung ist ein solcher Anspruch lediglich dann abzulehnen, wenn der Vater bzw beide Eltern eine Abtreibung vornehmen oder das Kind später zur Adoption freigeben wollten.¹³¹

H. Originärer oder abgeleiteter Anspruch

Der Anspruch auf Hinterbliebenengeld besteht, weil einerseits der Getötete einen Anspruch hätte, wenn er „bloß“ verletzt und nicht getötet worden wäre und andererseits die Hinterbliebenen in einem qualifizierten Nahe-

128 So aber Stellungnahme des DAV 8.

129 OGH, Urt. v. 30.8.2016 - 1 Ob 114/16w, RdM 2017/63, S. 72 (Karner); dazu Ch. Huber, Zuspruch von Trauerschmerzensgeld an beide Elternteile im Fall der Totgeburt – Bestandsaufnahme und weitergehende Überlegungen, Anmerkung zu OGH, Urt. v. 30.8.2016 - 1 Ob 114/16w, ÖJZ 2017/52 S. 383 ff sowie Danzl, ZVR 2016, 456, 457.

130 Ch. Huber, in: Schwimann, TaKomm⁴, § 1325 Rn. 108a; Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 101.

131 Karner, in Festschrift Danzl, S. 85, 100.

verhältnis zum Getöteten stehen. Bei diesem Ausgangspunkt ist es mE allein folgerichtig, dass der Anspruch der Hinterbliebenen ein abgeleiteter Anspruch ist.¹³² Das hat zur Folge, dass sie sich das Mitverschulden¹³³ sowie die Betriebsgefahr, die sich beim Getöteten ausgewirkt hätte, hätte er überlebt, anspruchsmindernd entgegenhalten lassen müssen.¹³⁴ Führt freilich das Mitverschulden des Getöteten zu seinem Tod und hätte er ohne dieses Mitverschulden überlebt, ist nach einer überzeugend begründeten neueren OGH-Entscheidung¹³⁵ 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. Das wird so gut wie immer der Fall sein, weil schon das Schmerzensgeld des Verletzten typischerweise höher ist als das Schmerzensgeld oder Hinterbliebenengeld der sekundär Geschädigten; allenfalls bei einer hohen Zahl sekundär Geschädigter, einem Elternteil mit besonders vielen Kindern, mag es ausnahmsweise anders sein.

Da es nicht auf die sachliche Kongruenz einzelner Schadensposten, sondern den globalen rechnerischen Schaden ankommt, sind auch Vermögensschäden in diese Differenzrechnung einzubeziehen. Und dann ist kaum jemals vorstellbar, dass die Belastung des Schädigers im Tötungsfall höher ausfällt: Der Unterhaltersatz ist gegenüber dem Erwerbsschaden immer geringer; dazu kommt dass es bei Tötung keine (weiteren) Heilungskosten und vermehrten Bedürfnisse gibt. In concreto ging es um eine verweigerte Blutkonserve einer Zeugin Jehovas, was nach einer bei einem Verkehrsunfall erlittenen Verletzung – einer erforderlichen Oberschenkelamputation – zu ihrem Tod geführt hat; bedeutsamer werden in der Praxis aber Fälle sein, in denen der Verunfallte gestorben ist und nicht bloß

132 OGH, Beschl. v. 4.11.2004 - 2 Ob 233/04k; OGH, Beschl. v. 7.7.2005 - 2 Ob 62/05i, ZVR 2006/4 (*Kathrein*), OGH, Beschl. v. 11.5.2010 - 4 Ob 36/10p, Zak 2010/480 (*Kletecka*); *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 106: Jeweils Berufung auf den juristischen Gleichgewichtssinn, wonach es nicht sein kann, dass ein und derselbe Umstand zwar als Belastungsnorm in die Betrachtung einzubeziehen ist, bei der Entlastung aber nicht zu berücksichtigen ist. Ebenso Schweizer BG, Urt. v. 12.3.1991 - BGE 117 II 50; kritisch *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 623 ff, der nur ein Mitverschulden des Anspruchstellers berücksichtigen will.

133 OGH, Beschl. v. 23.9.2003 - 2 Ob 178/04x, ZVR 2004/105 (*Danzl*): Mitfahrender Ehemann in Auto eines Betrunknenen, Schockschaden der Ehefrau.

134 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1054.

135 OGH, Urt. v. 31.8.2016 - 2 Ob 148/15a, ZVR 2017/92 (*Ch. Huber*).

verletzt wurde, weil er beim Lenken des Motorrads keinen Sturzhelm trug oder im Auto nicht angeschnallt war.

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 zusätzlich in Anschlag zu bringen sind. Bei Tötung eines Kindes kommt etwa die Verletzung der Aufsichtspflicht der Eltern in Betracht.¹³⁶ Genannt wird auch das Unterlassen von zumutbaren Therapiemaßnahmen, wenn dadurch die seelische Erkrankung in ihrem Ausmaß oder ihrer zeitlichen Erstreckung begrenzt werden hätte können.¹³⁷ Dabei wurde mE bisher zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Kosten einer solchen Therapie der Schädiger tragen hätte müssen, sodass 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 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.

Der entscheidende Punkt ist aber der, dass es beim Hinterbliebenengeld nicht um die Abgeltung von Schmerzen bei pathologischen Zuständen geht, sondern um die Linderung von seelischem Leid. Dieses ist aber unabhängig von der Inanspruchnahme von Therapiemaßnahmen gegeben, sodass eine Unterlassung der Inanspruchnahme sich keinesfalls anspruchsmindernd auswirken kann. Beim Schockschaden wird die besondere Anfälligkeit des Geschädigten mitunter mindernd in Ansatz gebracht.¹³⁸ 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.¹³⁹ Jedenfalls unangebracht ist das aber beim Hinterbliebenengeld, bei dem es um die pauschale Abgeltung von seelischem Leid geht.

Bei Berücksichtigung des Mitverschuldens des Getöteten und eines zusätzlichen eigenen Mitverschuldens des jeweils Hinterbliebenen ist zu beachten, dass es zu keiner mechanischen Addition der beiden Mitverschul-

136 *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 105.

137 *Danzl*, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 184.

138 *Adelmann*, *VersR* 2009, 449, 453 f.

139 *Nomos-Komm³/Ch. Huber*, § 253 Rn. 69.

densanteile kommen darf. 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 Seite des Schädigers kann das keinesfalls das richtige Ergebnis sein. Das zeigt, dass eine Gesamtbetrachtung geboten ist, in der die Belastungsmomente auf Seite des Getöteten und des jeweiligen Hinterbliebenen einerseits und des Schädigers andererseits gegenüber gestellt werden müssen. Dass eine solche Betrachtung für jeden einzelnen Hinterbliebenen zu einer unterschiedlichen Gewichtung führen kann, versteht sich von selbst.

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. Nach dem Konzept des vom Getöteten abgeleiteten Anspruchs wäre es folgerichtig, einen solchen Anspruch zu versagen.¹⁴⁰ Das hat der DAV¹⁴¹ unter Berufung auf eine BGH-Entscheidung des 3. Senats¹⁴² auch postuliert. Übersehen hat er freilich, dass es eine gegenteilige BGH-Entscheidung des 6. Senats¹⁴³ gibt.¹⁴⁴ 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 höhere Sachkompetenz und damit auch die höhere Autorität.

140 So OGH, Urt. v. 21.4.2005 - 2 Ob 82/05f, ZVR 2005/110 (*Kathrein*); OGH, Urt. v. 28.1.2009 - 1 Ob 259/08g, SZ 2009/14; *Huber*, in: Schwimann, TaKomm⁴, § 1325 Rn. 145; *Karner*, in: Festschrift Danzl, S. 85, 107.

141 Stellungnahme des DAV 9.

142 BGH, Urt. v. 8.3.2012 - III ZR 191/11, NZS 2012, 546.

143 BGH, Urt. v. 6.2.2007 - VI ZR 55/06, NJW-RR 2007, 1395.

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

I. Größenordnung des Ersatzes – Kriterien der Bemessung

I. Worum geht es nicht, worum schon

Einigkeit besteht darüber, dass das Hinterbliebenengeld nicht das Ziel verfolgt, den Wert des zerstörten Lebens zu ersetzen;¹⁴⁵ damit wäre die Rechtsordnung in der Tat überfordert. Wenn daraus gefolgert wird, dass es nur um ein symbolisches Zeichen der Anerkennung des seelischen Leids der Hinterbliebenen geht,¹⁴⁶ ist daraus einerseits kein wie immer gearteter Bemessungsansatz zu gewinnen, andererseits kann das dazu führen, dass über die gerichtliche Verurteilung des Täters¹⁴⁷ diese Funktion den Angehörigen gegenüber auch mit dem Beitrag eines einzigen symbolischen Euro erreicht sein könnte. Das lag aber ganz sicher nicht in der Intention des Gesetzgebers und kommt daher nicht in Betracht.

Hilfreich für die Bemessung könnte die Beschreibung der typischen Trauerverarbeitung sein:¹⁴⁸ Nach einer ersten meist wenige Tage dauernden Phase der Desorganisation schließt sich eine zweite zwischen einem halben und ganzen Jahr dauernde Phase der Trauerarbeit an, ehe in der Folge das Andenken an den Toten geformt und der Verlust akzeptiert wird. In der zweiten Phase der Trauerarbeit kann es hilfreich sein, wenn dem Hinterbliebenen ein bestimmter Geldbetrag zur Verfügung steht, um Aktivitäten entfalten zu können, mit denen er sich ablenken und auf andere Gedanken kommen kann. Prototypisch steht dafür das Unternehmen einer größeren Reise. Das liefert immerhin einen Anhaltspunkt für die Größenordnung. Folgerichtig ist es daher, dass beim Hinterbliebenengeld das Alter grundsätzlich keine Rolle spielt.¹⁴⁹

Geht es im Regelfall um einen begrenzten Zeitraum nach dem Tod, ehe der Hinterbliebene wieder – einigermaßen – ins „normale“ Leben zurückkehrt, gibt es ausnahmsweise Konstellationen, in denen die immateriellen Beeinträchtigungen darüber hinausgehen. Prototypisch ist das so bei Tod eines Elternteils bei minderjährigen Kindern; selbst wenn der überlebende

145 Müller, VersR 2017, 321, 323; Fechner, DRiZ 2017, 84; Krämer, zfs 2016, 421.

146 So Müller, VersR 2017, 321, 322.

147 Dazu Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 172: Schon diese hilft den Hinterbliebenen, wie sich bei Großschäden wie Kaprun gezeigt hat.

148 Danzl, in: Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller, S. 169.

149 So für das schweizerische Recht in Bezug auf Eheleute BernerKomm⁴/Brehm Art 47 Rn. 138.

Elternteil sich besonders um das Kind annimmt oder auch wieder heiratet und der neue Partner bemüht ist, die Rolle des getöteten Elternteils zu übernehmen, ist insoweit von einer nachhaltigen immateriellen Beeinträchtigung des Kindes auszugehen. Folgerichtig ist es daher, auch noch nicht geborenen Kindern einen Anspruch einzuräumen.¹⁵⁰ Im schweizerischen Recht wird betont, dass das Fehlen eines Elternteils insbesondere in der Pubertät am schmerzlichsten empfunden wird;¹⁵¹ Kleinkinder könnten sich demgegenüber eher an den veränderten Zustand gewöhnen; für erwachsene Kinder, namentlich wenn sie verheiratet sind und selbst Kinder haben, spielt der Verlust eines Elternteils hingegen nicht mehr eine so zentrale Rolle.

Diesem Fall gleich gelagert ist der, wenn bei einem älteren Paar ein Partner getötet wird, auf den der überlebende in besonderer Weise angewiesen war, sei es, dass er den Überlebenden gepflegt hat, sei es, dass er solche Dinge im Alltagsleben – für den nun überlebenden Partner – erledigt hat, die dieser besonders gut konnte und wozu der überlebende Partner kaum oder nicht in der Lage ist. Entsprechendes gilt, wenn ein solches Paar wenige Außenkontakte hatte, sodass der Verlust des einen für den anderen als besonders gravierend erlebt wird.¹⁵² In solchen Fällen könnte auch eine Rente die passende Ersatzform sein.¹⁵³

Bedeutsam ist zudem, ob der Aspekt der Verhaltenssteuerung eine Rolle spielt. Das wird namentlich von den Vertretern der ökonomischen Analyse ins Treffen geführt.¹⁵⁴ ME wird dieser Gesichtspunkt überschätzt. Von den relativ geringfügigen Beträgen, um die es in concreto geht, wird außerhalb der restriktiven Annahmen des mikroökonomischen Modells kaum eine wirkliche Verhaltensanpassung stattfinden. Und selbst wenn man das für plausibel hielte, wäre ein Globalbetrag je Schadensfall für alle Angehörigen zusammen besser geeignet, dieses Ziel zu verfolgen als ein Ersatzbetrag für den jeweiligen Hinterbliebenen.¹⁵⁵ Der Gesetzgeber hat sich zu Recht für letzteres Modell entschieden, wofür neben allen anderen Aspek-

150 BernerKomm⁴/*Brehm* Art 47 Rn. 151a und b: Ausgleichswirkung später.

151 BernerKomm⁴/*Brehm* OR Art 47 Rn. 151d.

152 Stellungnahme des DAV 5 unter Hinweis auf die Gefahr der Vereinsamung.

153 AA *Karner*, in: Festschrift Danzl, 85, 109: Niemals Rente bei Trauerschaden.

154 *Wagner*, in: Bruns/Kern/Münch/Piekenbrock/Stadler/Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift Stürner, 2013, S. 231 ff.; *Schwintowski*, in: Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, § 4 Rn. 3 f.

155 So Stellungnahme des DAV 8: Alle Hinterbliebenen zusammen 50.000.- €.

ten folgender Gedanke spricht: Die Hinterbliebenen müssen ohnehin schon mit dem Tod eines ihnen nahe stehenden Menschen fertig werden. Was sie in einer solchen Situation am allerwenigsten gebrauchen können, das ist eine Streitaustragung zwischen ihnen, wem – infolge welcher Intensität des Naheverhältnisses – welche Portion am global bemessenen Hinterbliebenengeldkuchen zusteht. Dass sich das gleiche Problem beim Erbe stellt, trifft zwar zu. Das ist aber einerseits nicht zu vermeiden, andererseits gibt es – namentlich bei Kindern und Jugendlichen bzw jungen Erwachsenen – nicht immer eine ins Gewicht fallende Erbschaft.

Diskutiert wird auch die Bedeutung der Genugtuung für die Ermittlung des Ersatzumfangs. Müller¹⁵⁶ meint, den Zuspruch allein mit dem Genugtuungsgedanken begründen zu können.¹⁵⁷ Das ist schon deshalb unzutreffend, weil das Hinterbliebenengeld auch bei Verwirklichung eines Tatbestands der Gefährdungshaftung geschuldet wird, bei dem der Genugtuungsaspekt keine Rolle spielen kann. ME ist dem Ansatz zu folgen, dass grundsätzlich das Ausgleichsprinzip allein eine tragfähige Stütze für den Zuspruch darstellt.¹⁵⁸ Selbst bei qualifiziertem Verschulden des Täters kann ein darauf gestützter Zuschlag damit begründet werden, dass die Bitterkeit der Hinterbliebenen gerade deshalb besonders groß ist.¹⁵⁹ Sofern man das Genugtuungsprinzip überhaupt bemühen will,¹⁶⁰ sollte es in concreto auf Fälle der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes bei Straftaten beschränkt werden.

Angenommen wird, dass das seelische Leid der Hinterbliebenen – anders als die psychische Beeinträchtigung bei einem Schockschaden – nicht messbar sei.¹⁶¹ Wenn Schwintowski¹⁶² darauf verweist, dass sich die Gehirnströme von Personen, die einen Unfall miterleben, in ähnlicher Weise verhalten wie die beim Opfer selbst, so erfasst das freilich nur die Fälle, in denen Angehörige den Unfall selbst miterleben. Beim Hinterbliebenengeld geht es aber in erster Linie um Fälle, in denen ein „Seelenschmerz“ durch die Nachricht vom Tod eintritt. Mangels Messbarkeit des individu-

156 Müller, VersR 2017, 321, 325.

157 Für dessen Akzentuierung auch Schwintowski in: Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, § 5 Rn 11.

158 So auch Jaeger, VersR 2017, 1041, 1042.

159 Zutreffend Stellungnahme des DAV 5.

160 Zur Zurückdrängung in den letzten Jahrzehnten eindrucksvoll Lepa, in: Greiner/Gross/Nehm/Spickhoff (Hrsg.), Festschrift Müller, 2009, S. 113 ff.

161 Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 108.

162 Schwintowski, VuR 2016, 18, 19 f.

ellen seelischen Leids ist man somit darauf angewiesen, an Hilfskriterien anzuknüpfen, mag das auch schematisch sein.¹⁶³ Es handelt sich aber immer noch um eine sachgerechtere Vorgangsweise als unter Hinweis auf Probleme der Bemessung jeglichen Ersatz zu versagen.¹⁶⁴ Dass die fürsorgliche und liebevolle Betreuung eines Kindes durch die eigene Mutter nach deren Tötung niemals durch eine fremde Ersatzkraft aufgefangen werden kann, steht außer Streit; gleichwohl ist noch niemand auf die Idee gekommen, insofern jeglichen Ersatz zu versagen.

In der Schweiz und Österreich wird die Intensität der Gefühlsbeziehung – ermittelt nach dem familiären Naheverhältnis – herangezogen als Maßstab für die Relation der den einzelnen Hinterbliebenen zustehenden Entschädigungshöhe. In der Schweiz wird die Entschädigung für den Ehegatten am höchsten taxiert, gefolgt vom Verlust eines minderjährigen Kindes, dem Verlust eines Elternteils bei einem minderjährigen Kind und schließlich von Geschwistern, wobei eine Abstufung erfolgt, ob eine gemeinsame Haushaltsgemeinschaft besteht.¹⁶⁵ In Österreich wurden die Höchstwerte zuerkannt für den Verlust eines – minderjährigen – Kindes.¹⁶⁶ Das ist keine in Stein gemeißelte Hierarchie, hat aber immerhin eine gewisse Plausibilität für sich. Wie dargelegt, gibt es mE gute Gründe wegen der Nachhaltigkeit der seelischen Störung minderjährigen Kindern bzw Ehe- bzw Lebenspartnern, die sich im Tötungszeitpunkt in einer Lebensetappe befanden, in der sie besonders aufeinander angewiesen waren, die höchste Entschädigung zuzubilligen.

163 So Müller, VersR 2017, 321, 325: Eine solche schematische Bemessung ist fragwürdig.

164 Nomos-Komm³/Ch. Huber § 253 Rn 71; ebenso Karner, in: Festschrift Danzl, S. 85, 109; Jaeger, VersR 2017, 1041, 1042: Bemessungsschwierigkeiten sollte es für Richter nicht geben. Wenn ein Gericht bei hirngeschädigten Kindern die Vernichtung der Persönlichkeit bewerten kann, sollte es auch in der Lage sein, den höchstpersönlichen Verlust eines Angehörigen zu bewerten.

165 Nachweise bei Hütte, in: Hütte/Landolt, Band I, Rn. 56.

166 OGH, Urt. v. 12.7.2007 – 2 Ob 263/06z, ZVR 2007/239 (Danzl); Urt. v. 26.6.2008 – 2 Ob 55/08i, Zak 2008/579; Ch. Huber, in: Schwimann, Ta-Komm⁴, § 1325 Rn. 144; Karner, in: Festschrift Danzl, S. 33; für eine solche Abstufung auch BernerKomm⁴/Brehm Art 47 Rn. 140b.

Einigkeit besteht, dass – anders als beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse¹⁶⁷ – die Einkommens- oder Vermögensverhältnisse der jeweiligen Hinterbliebenen – wie beim Schmerzensgeld – keine Rolle spielen sollen.¹⁶⁸ Davon ist freilich zu unterscheiden, dass eine Abstufung nach der Kaufkraftparität eines im Ausland lebenden Hinterbliebenen – wie beim Schmerzensgeld – sehr wohl vorzunehmen ist,¹⁶⁹ um insbesondere eine Überentschädigung zu vermeiden, gibt es doch auf der Welt nicht sehr viele Staaten, in denen der Lebensstandard höher ist als in Deutschland, indes besonders viele, in denen er wesentlich geringer ist.

Der Ersatz eines Schockschadens kommt im deutschen Recht nicht nur deshalb so selten vor, weil der BGH das Überspringen einer hohen Hürde verlangt.¹⁷⁰ Die vielfältigen Abweisungen haben auch damit zu tun, dass sich nicht alle potentiellen Anspruchsteller entsprechend zu inszenieren verstehen, sie weder Psychopharmaka schlucken noch sich auf die Couch des Psychiaters legen bzw durch sonstige seelische Wellnesseinrichtungen tingeln, eine entsprechende medizinische Dokumentation fehlt und schlussendlich sie selbst unter Einschluss des sie vertretenden Anwalts nicht in der Lage sind, ihr Begehren in der außergerichtlichen Regulierung oder im Ernstfall bei Gericht entsprechend substantiiert vorzutragen.¹⁷¹

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

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

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

170 *Bischoff*, MDR 2017, 739, 741.

171 So auch die Einschätzung von *Müller*, VersR 2017, 321, 325: Fraglich, ob seelische Beeinträchtigungen von besonderer Komplexität in einem Rechtsstreit zudem von oft wenig wortgewandten Anspruchstellern bzw ihren Anwälten nachvollziehbar vorgetragen werden können. Ähnlich *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1047: Erforderlich ist „einige Phantasie des Verletzten und seines Anwaltes“ bei Substantiierung des Begehrens. Prototypisch die Leitentscheidung zum Trauerschmerzensgeld in Österreich OGH, Urt. v. 16.5.2001 - 2 Ob 84/01v, SZ 74/90 = ZVR 2001/73 (*Karner*): Die zu Zwillingen schwangere Mutter wurde informiert, dass ihre 8-jährige Tochter von einem LKW überfahren wurde. Es ist mE kaum vorstellbar, dass man bei Konsultierung eines „wohlwollenden“ Arztes nicht irgendeine Form von seelischer Krankheit – in dieser besonderen Lebensetappe der Mutter – diagnostizieren hätte können.

Auch insoweit will die Neuregelung Abhilfe schaffen.¹⁷² Das spricht dafür, ein angemessenes Gleichgewicht zu finden zwischen den einzelnen an das Maß der Betroffenheit in Bezug auf die intensive Gefühlsgemeinschaft anknüpfenden Parametern und der daraus ableitbaren Pauschalentschädigung,¹⁷³ die bei entsprechendem Vortrag von Kläger oder Beklagtem noch einer Feinjustierung zugänglich ist. Im Sinn der vom Gesetzgeber verfolgten Intention ist der Akzent dabei stärker auf die pauschale Entschädigung als auf eine sublimen Feinjustierung zu richten.

II. Bezugnahme auf die Entschädigungshöhe beim Schockschaden und Beachtung des Schmerzensgeldgefüges

Der springende Punkt ist freilich das Entschädigungsniveau sowie das Verhältnis zum Schockschaden. *Wagner*¹⁷⁴ weist zu Recht darauf hin, dass den Materialien nicht einmal die „Oktave“ des Entschädigungsniveaus zu entnehmen ist. Bei der Taxierung der Belastung der Haftpflichtversicherer wird unter Bezugnahme auf den durchschnittlichen Ersatzbetrag bei Schockschäden von einer Belastung je Anspruchsteller von pauschal 10.000.- € ausgegangen. Diese Bezugnahme ist einerseits widersprüchlich, weil das tatsächliche Entschädigungsniveau viel geringer ist,¹⁷⁵ birgt aber andererseits den Keim für eine – wohl kaum gewollte – Unterentschädigung.

Außer Streit zu stellen ist, dass ein Hinterbliebener, der neben dem mit dem Tod eines Angehörigen verbundenen seelischen Leid noch zusätzlich eine pathologische Beeinträchtigung erleidet, nicht geringer entschädigt werden darf als eine Person, die nur das „übliche“ Leid zu tragen hat.¹⁷⁶ Damit ist freilich nicht die Frage beantwortet, ob das Hinterbliebenengeld

172 *Fechner*, DRiZ 2017, 84, 85: Opfern soll erspart bleiben, komplizierte und lang andauernde Streitigkeiten um die Entschädigung zu führen.

173 So für das schweizerische Recht *Landolt*, in: Hütte/Landolt, Band II, Rn. 582: Egalitärer Betrag für Personen mit gleichem Angehörigenstatus, jedenfalls in Bezug auf die Basisangehörigenengung.

174 *Wagner*, Editorial NJW 2017 Heft 5.

175 *Jaeger*, VersR 2017, 1041, 1053: Zwischen 5.000.- € und 10.000.- €; Stellungnahme des GDV 7: Zwischen 3.000.- € und 5.000.- €.; €; *Nomos-Komm³/Ch. Huber* § 253 Rn 68: Zwischen 500.- € und 3.000.- €.

176 *Müller*, VersR 2017, 321, 324; Stellungnahme des ADAC 3; Stellungnahme des GDV 2.

– deshalb – geringer ausfallen muss als die bisherigen Schockschäden¹⁷⁷ oder die angemessene Höhe der Schockschäden angesichts der vom Gesetzgeber angenommenen 10.000.- € für das Hinterbliebenengeld pro Anspruchsberechtigtem nach oben korrigiert werden muss.¹⁷⁸ In der Tat wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber seine Vorstellungen in den Materialien etwas deutlicher – und widerspruchsfreier – zum Ausdruck gebracht hätte. Womöglich war aber darüber kein Konsens zu erzielen,¹⁷⁹ sodass man den Schwarzen Peter der Rechtsprechung weitergereicht hat. Manche sind diesbezüglich optimistisch,¹⁸⁰ andere skeptisch,¹⁸¹ namentlich für die erste Phase nach Einführung des § 844 Abs 3 BGB.¹⁸² Wieder andere¹⁸³ verweisen darauf, dass das Schmerzensgeldgefüge in den Blick genommen werden müsse, um zu verhindern, dass für den Verlust eines Angehörigen einem Hinterbliebenen nicht ein höherer Ersatz zuerkannt wird als einem Verletzten für den Verlust eines (eigenen) Körperteils. *Wagner*¹⁸⁴ schließlich meint, dass am Ende der Anschluss an die internationale Entwicklung hergestellt werden müsse, wobei man die Frage stellen muss, an welche. Die Bandbreite des Entschädigungsniveaus in den einzelnen Rechtsordnungen weist eine beachtliche Spannbreite auf, die weit über eine Oktave hinausreicht.

ME ist plausibel eine Bezugnahme auf die Entschädigungshöhe im schweizerischen und österreichischen Schadenersatzrecht; und zwar nicht deshalb, weil es insoweit keine oder geringe Sprachbarrieren gibt, sondern weil diese Rechtsordnungen von ihrer Systematik der deutschen – bei allen Unterschiedlichkeiten – doch verwandt bzw ähnlich sind. Bei Bezugnahme auf die Schweiz mag man konzedieren, dass deren Lohn- und

177 So *Müller*, *VersR* 2017, 321, 324; Stellungnahme des GDV 7.

178 Dafür *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1056.

179 *Fechner*, *DRiZ* 2017, 84, 85: Vorstellbar wären gewesen Beträge von 30.000.- € bis 60.000.- €; das war aber nicht mehrheitsfähig.

180 Stellungnahme Deutscher Richterbund 3: Es bedarf keiner Angabe der Größenordnung, die Rechtsprechung schafft das von sich aus, jedenfalls auf längere Sicht.

181 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1053: Die im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Erwartung, die Gerichte würden es schon richten, ist blauäugig.

182 Stellungnahme des ADAC 2: Gefahr divergierender Rechtsprechung mit der Gefahr mangelnder Akzeptanz dieses Themas in der Öffentlichkeit.

183 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1053; Stellungnahme des ADAC 3, *Bischoff*, *MDR* 2017, 739, 741.

184 Editorial *NJW* 2017 Heft 5.

Kaufkraftniveau in etwa beim Doppelten von Deutschland liegt, sodass die dort zuerkannten Beträge in einer ersten Annäherung zu halbieren wären.¹⁸⁵ Für Österreich ist hingegen eine Gleichheit beim Lohnniveau und der Kaufkraftparität gegeben.

Wenn in Deutschland Befürchtungen geäußert werden, dass bei Zuerkennung der kolportierten 15.000.- €, ¹⁸⁶ 25.000.- €¹⁸⁷ oder gar 30.000.- € bis 50.000.- €¹⁸⁸ das Schmerzensgeldgefüge durcheinander gerate, sei folgender Hinweis gestattet: Das höchste in Deutschland zuerkannte Schmerzensgeld liegt bei über 700.000.- €, ¹⁸⁹ in der Schweiz und Österreich hingegen deutlich unter 300.000.- €;¹⁹⁰ das Entschädigungsniveau bei Schock- und Trauerschäden liegt in beiden Rechtsordnungen aber deutlich über den deutschen Werten.¹⁹¹ Bei aller Demut muss dann die Frage erlaubt sein, ob das – dem BGH – nicht zu denken geben sollte und es erforderlich sein könnte, dass das deutsche Höchstgericht seine Relationen überprüft.

Ein Abgleich müsste mE zu der Erkenntnis führen, dass eine geringfügige Körperverletzung, die alsbald wieder abheilt, eine wesentlich geringere immaterielle Unbill auslöst als der Verlust einer besonders engen Bezugsperson – und zwar für immer. Möglicherweise „stimmen“ die Relationen eher in den Alpenrepubliken als in Germanien. Und dass eine punktuelle Änderung zu einer Korrektur der Koordinaten im gesamten System

185 *Hütte*, in: *Hütte/Landolt*, Band I, Rn. 56 f: Basisgenugtuung bei einem Ehegatten 30.000 SFR bis 50.000.- SFR; bei einem Kind je nach gemeinsamem Haushalt zwischen 25.000.- SFR bis 35.000.- SFR bzw 15.000.- SFR bis 25.000.- SFR; entsprechend bei einem Elternteil zwischen 20.000.- SFR und 30.000.- SFR bzw 10.000.- SFR und 15.000.- SFR, bei Geschwistern zwischen 5.000.- SFR und 8.000.- SFR, bei einem Lebensgefährten 20.000.- SFR bis 30.000.- SFR. Mittlerweile kann von einer annähernden Währungsparität zwischen € und SFR ausgegangen werden.

186 *Nomos-Komm³/Ch. Huber* § 253 Rn 71e; *Höke*, NZV 2014, 1, 7.

187 So Stellungnahme des DAV 4 f: 10.000.- € oder auch 25.000.- €.

188 In diesem Sinn *Kadner Graziano*, RIW 2015, 549, 563.

189 LG Aachen, Urt. v. 30.11.2011 - 11 O 478/09, zitiert bei *Jaeger*, ZVR 21013, 114 Fn. 30.

190 Schweizer BG, Urt. v. 8.1.2008 - 4A_373/2007, BGE 134 III 97: 221.600 SFR; OLG Linz, Entscheidung v. 21.10.2014 – 2 R 150/14p, ZVR 2015/94 (*Danzl*): 220.000.- €.

191 *Ch. Huber*, HAVE 2015, 258; *Landolt*, in: *Festschrift Jaeger*, 355, 358 f. Fn. 18 und 21: Die Rechtsprechung ist in Österreich viel großzügiger als in Deutschland.

zwingt, ist anderswo bereits vorgekommen. Nach der Vorgabe der 2-jährigen Sachmängelgewährleistungsfrist für bewegliche Sachen bei einem Kauf zwischen Unternehmer und Verbraucher durch die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, war – wertungsmäßig – klar, dass die 1-jährige Gewährleistungsfrist für unbewegliche Sachen in § 477 Abs 1 BGB aF nicht mehr zu halten war, wiewohl die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sich darauf gar nicht bezog.

*Jaeger*¹⁹² weist schließlich zutreffend darauf hin, dass es sich beim Hinterbliebenengeld um kein Schmerzensgeld handelt, weil es um keine Abgeltung von Schmerzen für eine krankhafte seelische Störung geht.¹⁹³ *Fechner*¹⁹⁴ betont, dass mit § 844 Abs 3 BGB eine neue „klare“ Anspruchsgrundlage für die Hinterbliebenen geschaffen wurde.¹⁹⁵ Zudem ist zu bedenken, dass es mithilfe von § 844 Abs 3 BGB eine Abgeltung für Leid, Trauer und Niedergeschlagenheit geben soll, die bisher gerade unentschädigt blieb.¹⁹⁶ Und schließlich ist zu bedenken, dass gerade auf diesem Gebiet die Übergänge fließend sind: Nicht jede psychische Störung wurde im Rahmen des Schockschadens für abgeltungswürdig qualifiziert; und bei so mancher an sich abgeltungswürdiger ist ein Zuspruch daran gescheitert, dass sich der Anspruchsberechtigte nicht entsprechend zu inszenieren vermochte bzw sein Anwalt zu entsprechender Substanziierung des Begehrens nicht in der Lage war.¹⁹⁷

Damit die Ausführungen an dieser Stelle sich nicht in abstrakten Gedankengängen erschöpfen, soll versucht werden – ganz wie es dem Temperament des Jubilars entspricht – Nägel mit Köpfen zu machen und Beiträge zu nennen: Die vom Gesetzgeber bei einer Belastungsrechnung der Haftpflichtversicherer zugrunde gelegten 10.000.- € sind mE die absolute Untergrenze,¹⁹⁸ nicht die für Schockschäden zuerkannten 5.000.- € die Obergrenze. Das Entschädigungsniveau in Österreich liegt für reine Trau-

192 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1055.

193 Dazu die vermittelnde Terminologie im österreichischen Recht bei *Danzl*, in: *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, S. 188: „Seelenschmerz“, der zu keiner Gesundheitsbeeinträchtigung führt.

194 *Fechner*, *DRiZ* 2017, 84.

195 Zustimmung *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1056: Diese Sichtweise nicht „abwegig“.

196 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1055.

197 *Jaeger*, *VersR* 2017, 1041, 1053: Hinweis auf die Verantwortung des Anwaltes, den Streitstoff aufzubereiten.

198 Ähnlich *Schwintowski*, in: *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, § 4 Rn. 9 f unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 12.5.1998 - VI ZR 182/97, MDR

erschäden zwischen 9.300.- € und 24.000.- €, in der Schweiz beim Doppelten.¹⁹⁹ In dieser Bandbreite sollte sich in der Einführungsphase das Entschädigungsniveau für das Hinterbliebenengeld bewegen. Zu beachten könnte auch die Forderung des EGMR sein, dass nationale Rechtsordnungen jedenfalls bei staatlicher Mitverantwortung den nahen Angehörigen im Todesfall einen zivilrechtlichen Anspruch einräumen und eine angemessene Entschädigung zubilligen müssen. Was in einem solchen Fall angemessen ist, wird ohne Beteiligung des Staates kaum geringer taxiert werden dürfen. Dass die Beträge mit dem Verbraucherpreis zu valorisieren sind, sei der Vollständigkeit halber erwähnt.²⁰⁰ In Österreich ist darüber hinaus eine moderate Steigerung über der Inflationsrate zu beobachten.²⁰¹ Für die psychische Beeinträchtigung kommt ein Schockschaden hinzu, bei dem zu prüfen wäre, ob nicht insoweit die deutschen Werte viel zu gering sind.²⁰²

J. Resümee

*Schwintowski*²⁰³ hat mit seinem Befund, dass die Zeit für ein Umdenken reif sei, Recht behalten. Er war diesbezüglich kein Rufer in der Wüste; vielmehr wurde er gehört – der Gesetzgeber hat viele seiner Petita umgesetzt. Eine Detailanalyse hat freilich ergeben, dass noch zahlreiche Fragen ungeklärt geblieben sind bzw durch die „kleine Lösung“ der Beschränkung eines Ersatzanspruchs auf den Fall der Tötung und der Ausklammerung einer schwer(st)en Verletzung eine sachgerechte Lösung sogar noch erschwert haben. Es wird spannend sein, die Entwicklung gerade in der ersten Phase nach Inkrafttreten des neuen § 844 Abs 3 BGB zu beobachten, weil ein hohes Maß an Unwägbarkeit besteht, mit welchem Leben die

1998, 1029: Wenn bei 9 Tagen Koma 14.000.- € geschuldet sind, dann ist das die Untergrenze bei sofortigem Tod. Warum gerade 9 Tage die maßgebliche Bezugsgröße sein sollen, erschließt sich freilich nicht.

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

200 So umgesetzt bei *Karner*, in: *Festschrift Danzl*, S. 85, 110 ff. sowie *Landolt*, in: *Hütte/Landolt*, Band II, Rn. 620.

201 *Huber*, in *Schwimann, TaKomm*⁴, § 1325 Rn. 144.

202 Instrukтив etwa BGE 112 II 118: Für bei Flugzeugabsturz getöteten Sohn Hinterbliebenengenugtuung an den Vater in Höhe von 40.000.- SFR, für dessen Schockschaden noch einmal 20.000.- SFR zusätzlich.

203 *VuR* 2016, 18.

Rechtsprechung diese Norm erfüllen wird – wird es ein Feuerwerk mit Strahlkraft oder ein Grablicht, das zudem unter den Scheffel gestellt wird? Auch mit dieser Etappe, aus der sich Deutschland aus der Isolation gelöst hat, sind noch viele Gerechtigkeitslücken offen geblieben. *Schwintowski* ist zu wünschen, dass er weiterhin – da und auch anderswo – solche aufspürt, seinen Finger in die Wunde legt und den Weg zu ihrer Schließung weist. Es begleiten ihn dabei die besten Wünsche, dass er dies weiterhin so emsig und kraftvoll tun möge sowie seine Äußerungen gehört werden und auf fruchtbaren Boden fallen mögen.