

Professor Dr. Thomas Kadner Graziano, LL.M. (Harv.), Genf

## Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Würfel fallen

Nach dem Absturz des Flugzeugs der *Germanwings* ist die Diskussion um das Thema Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld in Deutschland in vollem Gange. Der Beitrag untersucht rechtsvergleichend die Fragen, die sich im Zusammenhang mit diesem Thema stellen, und macht konkrete Vorschläge für ein Trauerschmerzensgeld auch im deutschen Recht.

### I. Einleitung

Gelegentlich ist erst ein besonders tragisches Ereignis der Auslöser dafür, dass Haftungsrecht einen wichtigen Schritt vorankommt, es aus nationaler Isolierung heraustritt und es wohlbegründete europäische Entwicklungen nachvollzieht. Am 24. 3. 2015 stürzte ein Airbus der deutschen Fluggesellschaft *Germanwings* auf dem Weg von Barcelona nach Düsseldorf in den südfranzösischen Alpen ab. An Bord waren 144 Passagiere aus 18 Ländern und sechs Besatzungsmitglieder, sie alle kamen bei dem Absturz ums Leben. Die Ermittlungen deutscher und französischer Behörden in den Tagen nach dem Unfall ergaben, dass der Copilot der Maschine an einer schweren Erkrankung gelitten hatte, er am Absturztag krankgeschrieben war und er die Maschine absichtlich zum Absturz brachte. Nach den Erkenntnissen der zuständigen Staatsanwaltschaft in Marseille war er fluguntauglich.<sup>1</sup>

Bei dem Absturz verloren Menschen ihre Ehegatten oder Lebenspartner, Kinder, Eltern, Geschwister, Enkel, Freunde oder Arbeitskollegen. Die Angehörigen der unmittelbaren Opfer durchleben seither großes Leid, das oft weit über den Schmerz über eine Verletzung an der eigenen Gesundheit hinausgeht. In den deutschen Medien hieß es in den Tagen nach dem Absturz allerdings einmal mehr und zutreffend, für dieses Leid sehe das deutsche Recht für die Angehörigen keinen Anspruch auf Schmerzensgeld vor, ganz anders als viele andere Haftungsrechte in Europa und darüber hinaus. Zugleich wurde berichtet, die Lufthansa AG, Muttergesellschaft von *Germanwings*, habe den Angehörigen umgehend Zahlungen in Höhe von je 50 000 € als „Soforthilfe“ und Anzahlung auf den Ersatz ihrer materiellen Schäden geleistet. Zudem wurden 25 000 € Schmerzensgeld wegen der Todesangst vor dem Absturz für jedes Opfer selbst zugesagt, die im Wege der Erbfolge auf die Angehörigen übergingen, sowie 10 000 € an die trauernden nächsten Angehörigen<sup>2</sup> – Letzteres nach deutschem Recht allerdings ohne eine entsprechende Rechtspflicht.

Mit seiner Ablehnung eines Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeldes<sup>3</sup> ist das deutsche Haftungsrecht in Europa

heute weitestgehend isoliert.<sup>4</sup> Der Koalitionsvertrag zwischen den Regierungsparteien vom Dezember 2013 sieht vor, dies zumindest teilweise zu ändern. Dort heißt es:

„Menschen, die einen nahen Angehörigen durch Verschulden eines Dritten verloren haben, räumen wir als Zeichen der Anerkennung ihres seelischen Leids einen eigenständigen Schmerzensgeldanspruch ein, der sich in das deutsche System des Schadensersatzrechts einfügt.“<sup>5</sup>

Im Jahre 2014 geschah zunächst nichts. Im Anschluss an den Absturz des Airbus in Südfrankreich brachte eine Gruppe von Bundestagsabgeordneten sowie die Bundestagsfraktion von Bündnis 90/DIE GRÜNEN am 10. 6. 2015 dann im Bundestag den Antrag ein, der Bundestag möge die Rechtslage in Deutschland ändern und beschließen, die gesetzliche Grundlage für ein Angehörigenschmerzensgeld zu schaffen.<sup>6</sup> Auch die Fraktionen der regierenden Parteien konstatierten im Anschluss an den *Germanwings*-Absturz einen erhöhten Handlungsbedarf.<sup>7</sup>

Der folgende Beitrag stellt zunächst einige Fallkonstellationen vor, im Zusammenhang mit denen im In- und Ausland ein Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld thematisiert bzw. in denen es gewährt wird (II.). Im Anschluss werden die zentralen Fragen skizziert, die sich in Sachen Angehörigenschmerzensgeld stellen (III.). Es folgt eine Analyse der Gründe, die für oder gegen ein Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld sprechen. Hierbei werden u. a. in Deutschland bislang weitgehend unbeachtet gebliebene Entscheide des europäischen Gerichtshofs für

1 Siehe etwa den Bericht in DIE ZEIT-Online (Juni 2015), unter: [www.zeit.de/wissen/2015-03/airbus-a320-germanwings-absturz-frankreich-faq](http://www.zeit.de/wissen/2015-03/airbus-a320-germanwings-absturz-frankreich-faq) (von Behrend, Biermann, Stockrahm, Polke-Majewski, Venohr und Blickle).

2 Vgl. DER SPIEGEL, 28/2015 vom 4. 7. 2015, S. 38 f.: „Wie eine Ohrfeige“ (von Ammann, Deggerich, Fink, Gebauer, Hipp und Traufetter); sowie: „Schmerzensgeld für Germanwings-Opfer“ (Interview von D. Hipp mit dem Autor dieses Beitrages), SPIEGEL-Online (Juli 2015), unter: [www.spiegel.de/panorama/germanwings-absturz-interview-zum-schmerzensgeld-der-lufthansa-a-1043650.html](http://www.spiegel.de/panorama/germanwings-absturz-interview-zum-schmerzensgeld-der-lufthansa-a-1043650.html); siehe auch DER STERN, 30/2015, vom 16. 7. 2015, S. 44 ff.: „Germanwings-Absturz. Der Schmerz ist nicht auszuhalten – ein Mann trauert um seine Tochter, seinen Enkel und seinen Schwiegersohn“ (von Herrkind und Büchse); „Eine große Ungerechtigkeit“ (Interview von S. Abdi-Herrle mit dem Autor der folgenden Zeilen), DIE ZEIT-Online (Juli 2015), unter: [www.zeit.de/geellschaft/zeitgeschehen/2015-07/schmerzensgeld-loveparade-thomas-kadner-graziano](http://www.zeit.de/geellschaft/zeitgeschehen/2015-07/schmerzensgeld-loveparade-thomas-kadner-graziano).

3 Beide Begriffe werden im Folgenden synonym verwendet.

4 Ausführlich unten V.

5 „Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD“, 18. Legislaturperiode, 16. 12. 2013, S. 102.

6 BT-Drs. 18/5099 vom 10. 6. 2015: „Gesetzliche Grundlage für ein Angehörigenschmerzensgeld schaffen“.

7 Siehe den Bericht in DIE ZEIT-ONLINE vom 13. 4. 2015: „Familien von Unfallopfern sollen entschädigt werden“, unter: [www.zeit.de/politik/deutschland/2015-04/germanwings-opfer-entschaedigung](http://www.zeit.de/politik/deutschland/2015-04/germanwings-opfer-entschaedigung).

Menschenrechte vorgestellt, welche die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention als ausgesprochen kritisch bzw. gar als Verstoß gegen die Konvention erscheinen lassen (IV.). Hieran anschließend folgt eine Darstellung der Rechtslage im europäischen Ausland (V.). Dabei wird der Blick auf eine Vielzahl ausländischer Haftungsrechte gerichtet, die nahezu alle unter bestimmten Voraussetzungen ein Schmerzensgeld für Menschen vorsehen, die bei einem Haftungsfall einen geliebten Menschen verloren haben oder bei dem ein geliebter Mensch schwer verletzt wurde. Im Anschluss an die Darstellung wird jeweils gefragt, welche Konsequenzen aus den Erfahrungen im Ausland für das deutsche Recht gezogen werden könnten. Vor dem Hintergrund der reichen rechtsvergleichenden Erfahrungen werden schließlich zehn Eckpunkte für ein Angehörigenschmerzensgeld im deutschen Recht vorgestellt (VI.). Die Überlegungen münden in einen konkreten Regelungsvorschlag für ein Trauerschmerzensgeld auch im deutschen Recht (VII.).

## II. Fallkonstellationen

Die Situationen, in denen Trauerschmerzensgelder in den europäischen Rechtsordnungen thematisiert werden, sind regelmäßig von großer Tragik.

### 1. Erste Fallgruppe

In den Niederlanden spielte ein kleines Mädchen mit seinem Fahrrad vor dem elterlichen Haus. Ihre Mutter sah vom Küchenfenster aus, wie sie von einem Allrad-Pkw überfahren und ihr Schädel zertrümmert wurde. Sie eilte hinzu und fand das Mädchen tot in seiner Hirnflüssigkeit liegend. In den Niederlanden löste dieser Fall eine Diskussion über die Notwendigkeit eines Angehörigenschmerzensgeldes aus.<sup>8</sup>

Ein belgischer Lkw geriet im französischen Abschnitt des Mont-Blanc-Tunnels in Brand. In dem folgenden Inferno starben 39 Menschen aus 9 verschiedenen Staaten.<sup>9</sup> Der Unfall führte zu öffentlichen Diskussionen um die Unterschiede in der Höhe von Angehörigenschmerzensgeldern in den europäischen Privatrechten, insbesondere im Verhältnis Frankreich-Italien.<sup>10</sup>

Im englischen Sheffield gab es vor einem Semifinalspiel des FA-Cups erheblichen Publikumsandrang. Die für die Zuständigkeit im Stadion zuständige Polizei verlor die Kontrolle und ließ sehr viel mehr Besucher ins Stadion als vorgehen. Beim anschließenden Gedränge wurden Besucher im Stadion an die Absperrungen zum Spielfeld geschoben und dort regelrecht zerquetscht. 95 Zuschauer verloren ihr Leben, über 400 weitere wurden zum Teil schwer verletzt. Viele Angehörige verfolgten die Ereignisse per Liveübertragung im Fernsehen. Die englischen Gerichte nahmen den Fall zum Anlass, den Kreis derjenigen Menschen, denen ein Schmerzensgeld zusteht, sowie dessen Voraussetzungen näher zu definieren.<sup>11</sup>

In Österreich wurde Trauerschmerzensgeld z. B. nach dem tragischen Seilbahnunglück in Kaprun geleistet, bei dem 155 Menschen ums Leben kamen.<sup>12</sup>

In Deutschland verlor ein Ehepaar bei einem Verkehrsunfall seine drei Kinder im Alter von 17, 19 und 21 Jahren. Ein Führerscheinneuling hatte in einer Nacht von Samstag auf Sonntag in angetrunkenem Zustand mit 110 km/h mutwillig ein Stoppschild an einer Kreuzung überfahren und war mit dem Pkw der drei Geschwister kollidiert. Das OLG Nürnberg sprach den Eltern auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB ein Schmerzensgeld wegen ihrer infolge des Unfalles

erlittenen Schockschäden an der eigenen Gesundheit zu. Den Antrag, ihnen auch ein Trauerschmerzensgeld zu gewähren, wies das Gericht dagegen ab.<sup>13</sup> Der BGH lehnte es ab, eine hiergegen gerichtete Revision der Kläger anzunehmen, und auch das BVerfG lehnte die Annahme des Falles ab.<sup>14</sup>

In Deutschland wurde Trauerschmerzensgeld nach dem Anschlag auf eine Moschee im tunesischen Djerba, bei dem 19 Touristen ums Leben kamen, und nach den Attentaten vom 11. 9. 2001 erneut diskutiert – allerdings jeweils ohne Folgen. Nach dem Absturz des Flugzeugs der *Germanwings* in den südfranzösischen Alpen lebt die Diskussion nun wiederum auf, diesmal eventuell mit größeren Aussichten auf eine Gesetzesreform.

### 2. Zweite Fallgruppe

Bei der *Loveparade* im deutschen Duisburg kam es in einer Unterführung zu einem Gedränge, bei dem 21 Menschen ihr Leben verloren sowie 541 zum Teil schwer verletzt wurden. Die Opfer waren im Schnitt 25 Jahre alt. Viele Überlebende sind von den tragischen Vorkommnissen auch noch Jahre nach den Vorfällen schwer gezeichnet.<sup>15</sup>

- 8 Niederländischer Hoge Raad, 22. 2. 2002, Nederlandse Jurisprudentie 2002, 240; dazu Cairns/Caterina/Dacoronia et al., ERPL 2003, 412; zum niederländischen Recht auch Hinghofer-Szalkay (mit Exkurs von Prisching), ZVR 2008, 444, 448 f.
- 9 Siehe den Bericht in DER SPIEGEL 13/1999: „Skelette im Schmelzofen“ (von Falksohn).
- 10 Siehe hierzu die Genfer Tageszeitung *Le Courrier* vom 13. 9. 2002, S. 1: „Le deal secret pour indemniser les familles est au point mort“, und S. 20: „Mont-Blanc: l'imbroglia des indemnités – Il n'y a pas de statut des victimes à l'échelle européenne, dénoncent les victimes“. Sowohl das französische als auch das italienische Recht gewähren Angehörigenschmerzensgelder. Allerdings sind die Beträge nach italienischem Recht bis zu zehnmal höher als nach französischem; vgl. unten V. 4. a. Da sich der Unfall im französischen Abschnitt des Tunnels ereignete, war auf die Ersatzbegehren der Angehörigen grundsätzlich französisches Recht anwendbar.
- 11 Siehe den Fall *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, 28. 11. 1991, [1991] UKHL 5, [1992] 1 AC 310, [1991] 4 All ER 907 (House of Lords). Die britischen Medienstandards verboten es, dass die Opfer im Fernsehen zu identifizieren waren. Im Vordergrund standen Ansprüche wegen Schockschäden, das Gericht äußerte sich jedoch auch zur Thematik von Trauerschmerzensgeldern. 23 Jahre später wurden Versäumnisse und Vertuschungen der zuständigen Polizei offenbart, die seinerzeit eine Vielzahl von Zeugenaussagen unterdrückt hatte. Siehe *The Guardian*, 13. 9. 2012, S. 1, 2, 5: „Hillsborough: the reckoning“; *Independent*, 12. 9. 2012, S. 1, 6: „Hillsborough: police did doctor evidence in bid to avoid blame“; 13. 9. 2012, S. 1 ff.: „Hillsborough: At long last, the truth“; *The Times*, 14. 9. 2012, S. 1, 9: „Hillsborough cover-up: police to face reckoning“; *Daily Mail*, 13. 9. 2012, S. 1, 4 ff.: „Finally the Hillsborough families know the truth: the police lied and lied. Now will they get justice?“.
- 12 Im Jahre 2008 kam es zu einem Vergleich mit 453 Angehörigen über Schmerzensgeld in einem Gesamtvolumen von 13,4 Mio. € (i. e. durchschnittlich 30000 € pro Person). B. Koch weist darauf hin und kritisiert, dass bei diesem Ereignis – da medial besonders wirksam – z. T. dreifach höhere Summen gezahlt wurden als üblich; bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 859 und Fn. 18.
- 13 OLG Nürnberg, 1. 8. 1995, Recht und Schaden 1995, 384; NZV 1996, 367; VersR 1997, 328 L. Über den Fall wurde seinerzeit im STERN 34/1995 berichtet: „Unser ganzes Leben wurde zerstört“ (von Metzner). Siehe auch den österreichischen Fall OGH, 30. 10. 2003, ZVR 2004/6: Der Lenker eines Sattelschleppers verschuldet einen Verkehrsunfall, bei dem ein Mann seine Ehefrau und seine drei Kinder verliert. Siehe auch die schweizerischen Fälle BGE 58 II 244, 248: Verlust beider Eltern; BGE 56 II 116, 127: Verlust des Ehemannes und Vaters von fünf Kindern; BGE 65 II 256: Verlust beider Eltern von fünf Kindern; BGE 58 II 29: Tötung zweier Söhne durch Lkw; BGE 57 II 199: Verlust zweier Kinder infolge unrichtiger ärztlicher Diagnose.
- 14 BGH, 16. 4. 1996, VI ZR 308/95 (unveröffentlicht); BVerfG, VersR 2000, 897; NJW 2000, 2187.
- 15 Siehe etwa den Bericht in DER SPIEGEL 31/2010, unter: [www.spiegel.de/spiegel/print/d-72462682.html](http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-72462682.html). Auch fünf Jahre nach der Tragödie steht deren zivilrechtliche Aufarbeitung noch aus; vgl. SPIEGEL On-

In der Schweiz wurde eine Frau bei einem Verkehrsunfall so schwer verletzt, dass sie den Rest ihres Lebens schwer pflegebedürftig wurde und nur noch über eine Kanüle ernährt werden konnte. Erschwert wurde die Situation dadurch, dass sich ihr Zustand im Laufe der Zeit soweit besserte, dass sie sich ihres eigenen Zustandes mindestens teilweise bewusst wurde. Die Lebensverhältnisse der Eheleute wurden durch den Unfall völlig umgestürzt, und der Ehemann kümmerte sich seither um seine schwer beeinträchtigte Frau. Das schweizerische Bundesgericht nahm diese Konstellation zum Anlass, Trauerschmerzensgeld auf Fälle schwerster Verletzung auszudehnen.<sup>16</sup>

Ein 7-jähriger Junge wurde Opfer eines Straßenverkehrsunfalles (hypothetische Variante: eines Behandlungsfehlers). Er erlitt schwere Hirnverletzungen und Lähmungen aller vier Extremitäten. Seither wurde der Junge von seiner Mutter zu Hause gepflegt, wo er mit den Eltern und einer Schwester lebte.<sup>17</sup>

Die Fälle der ersten Gruppe haben gemeinsam, dass die Erstgeschädigten bei dem Haftungsfall ihr Leben verloren, während in der zweiten Fallgruppe die Erstgeschädigten (bei der *Loveparade*: viele von ihnen) schwerstverletzt überlebten und ihre Angehörigen das Leid seither gemeinsam mit ihnen durchleben.

### III. Trauerschmerzensgeld – die zentralen Fragen

Ist die grundlegende Entscheidung zur Einführung eines Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeldes einmal gefallen,<sup>18</sup> so stellen sich im Anschluss mindestens fünf konkrete Fragen:

- (1) Soll das Trauerschmerzensgeld allein im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung eines nahestehenden Menschen gewährt werden?
- (2) Ist das Trauerschmerzensgeld auf die Verschuldenshaftung zu beschränken (so wie dies der Koalitionsvertrag vorsieht) oder soll es auch in Fällen der Gefährdungshaftung gewährt werden (so wie dies im Antrag von Bundestagsabgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 10. 6. 2015 gefordert wird)?
- (3) Wer soll zum Kreis der Anspruchsberechtigten zählen, insbesondere: ist es auf enge Familienangehörige zu beschränken oder sollen auch Lebenspartner, eventuell auch enge Freunde oder Arbeitskollegen etc. berechtigt sein können? Soll eine abstrakte Nähebeziehung (etwa eine Eltern-Kind-Beziehung) genügen oder ist im Einzelfall eine tatsächliche enge Beziehung darzulegen?
- (4) Ist der Betrag des Trauerschmerzensgeldes im Gesetz vorzusehen oder sollte die Festsetzung den Gerichten überlassen bleiben? Mit welcher Höhe (und welchen Kosten für die Versicherungsgemeinschaft) ist zu rechnen?
- (5) Im Rahmen eines konkreten Gesetzgebungsvorschlages ist schließlich zu entscheiden, welche Antworten auf all diese Fragen im Gesetz gegeben werden sollen und welche der Rechtsprechung überlassen bleiben sollten.

All diese Fragen haben sich bereits in vielen ausländischen Haftungsrechten gestellt und wurden dort von der Gesetzgebung oder den Gerichten beantwortet. Zum Teil ist dort zu beobachten, dass einzelne Grundentscheidungen (und manche zu zurückhaltende Antwort auf die oben genannten Fragen) bereits nach kurzer Zeit korrigiert wurden, gelegentlich vom Gesetzgeber, meist aber von der Rechtsprechung. Um die reichen Erfahrungen zu nutzen, welche mit Trauer-

schmerzensgeldern im Ausland bereits gewonnen wurden, und um ein Nachjustieren in Deutschland von vornherein unnötig zu machen, wird im Folgenden der Blick auf eine Vielzahl ausländischer Haftungsrechte gerichtet und betrachtet, wie die genannten Fragen dort beantwortet werden und welche Erfahrungen insoweit gemacht wurden (V). Vorab soll jedoch der Frage nach dem „Ob“ nachgegangen und sollen die Argumente für und wider ein Trauerschmerzensgeld abgewogen werden.

### IV. Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld – die Argumente

Wie erwähnt, sehen sowohl der Koalitionsvertrag zwischen den Regierungsparteien vom Dezember 2013 also auch der am 10. 6. 2015 in den Bundestag eingebrachte Antrag von Parlamentariern und der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/DIE GRÜNEN die Einführung eines Angehörigen-schmerzensgeldes ins deutsche Haftungsrecht vor. Vor diesem Hintergrund erscheint es fast müßig, noch die Frage nach dessen Für und Wider zu stellen. Andererseits bildeten diejenigen, die in der deutschen Literatur die Einführung eines Angehörigen-schmerzensgeldes forderten, bis vor Kurzem eine Minderheit.<sup>19</sup> Auch wurde ein Angehörigen-schmerzensgeld auf dem 45. (1964) und dem 66. (2006) Deutschen Juristentag zwar diskutiert, aber (mit zuletzt knappen Mehrheiten<sup>20</sup>) abgelehnt. Der 50. Deutsche Verkehrsgerichtstag 2012 in Goslar empfahl zwar seine Einführung, bislang aber ohne Folgen. Schließlich führte auch eine entsprechende Initiative der bayerischen Landesregierung aus dem Jahre 2012 (noch) nicht zum Erfolg.<sup>21</sup> Es erscheint daher durchaus angebracht, das Für und Wider eines Trauerschmerzensgeldes auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt und trotz des sich abzeichnenden Meinungswandels noch einmal vor Augen zu führen. Auch scheinen einige wichtige Argumente in Deutschland bisher kaum Eingang in die Diskussion gefunden zu haben. Schließlich besteht noch keinerlei Einigkeit zu Voraussetzungen und Anwendungsbereich eines eventuellen Trauerschmerzensgeldes im deutschen Recht.

line, unter: [www.spiegel.de/panorama/justiz/love-parade-in-duisburg-zivilprozesse-koennten-bald-beginnen-a-1024281.html](http://www.spiegel.de/panorama/justiz/love-parade-in-duisburg-zivilprozesse-koennten-bald-beginnen-a-1024281.html).

16 BG, 22. 4. 1986, BGE 112 II 220.

17 BG, 27. 10. 1992, BGE 118 II 404 = ZEuP 1996, 135 m. Anm. Kadner Graziano.

18 Zu den Argumenten für und wider Trauerschmerzensgeld sogleich unter IV.

19 Für ein Angehörigen-schmerzensgeld in der Literatur bereits *de lege lata*: Ch. Huber, A. Janssen, Kadner Graziano, Jancker, R. Kern; *de lege ferenda*: dies. und Gontard, Hacks, Hohloch, Deutsch, Lieberwirth, Odersky, Scheffen, Stein, Stoll, Stürmer, Vorndran (Nachw. für alle bereits bei Kadner Graziano, ZEuP 2002, 835, 858, Fn. 73), sowie in jüngerer Zeit Staudinger, NJW 2006, 2433, 2435; ders., DAR 2012, 282; Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi, ZfSch 2012, 6; Wiedemann/Spelsberg-Korspeter, NZV 2012, 471; Kuhn, SVR 2012, 288; Höke, NZV 2014, 1; Hoppstedt/Stern, ZRP 2015, 18. Und erneut: Ch. Huber, NZV 2012, 5. Nach Wagner, in: Festschrift Rolf Stürmer, 2013, S. 231, 253, „gehört [es allerdings]... nicht auf die vorderen Ränge der rechtspolitischen Agenda“. Für ein Trauerschmerzensgeld z.B. auch der ADAC.

20 Auf dem 66. DJT mit einem Stimmenverhältnis (für den Todesfall) von 41:45 bei 4 Enthaltungen.

21 Siehe hierzu Schultzky, VersR 2011, 857, 860, sowie den Bericht in DER SPIEGEL 4/2012, S. 28: „Kaltes Gesetz“ (von Hipp). Text des Entwurfs von 2012 bei Wagner (Fn. 19), S. 231, 234. Am 2. 2. 2015 legte der bayerische Justizminister Bausback einen neuen Gesetzesentwurf zum Angehörigen-schmerzensgeld vor, in: [www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetz/gesetzentwurf\\_angehoerigenschmerzensgeld.pdf](http://www.justiz.bayern.de/media/pdf/gesetz/gesetzentwurf_angehoerigenschmerzensgeld.pdf).

## 1. Die Argumente pro und contra – im Allgemeinen<sup>22</sup>

In der deutschen Diskussion wurde (und wird zum Teil noch) gegen ein Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld eingewandt, Ansprüche auf Entschädigung immaterieller Verluste wegen des Todes oder der Verletzung naher Angehöriger verletzen das Rechtsgefühl. Es bleibe immer ein gewisses Unbehagen, wenn der Schmerz über den Tod oder die schwere Verletzung eines geliebten Menschen zu Geld gemacht werde. Eine Kommerzialisierung des Lebens verbiete sich. Der Verlust von Angehörigen gehöre, so hart dies auch sein mag, zum allgemeinen Lebensrisiko. Man müsse ihm daher mit der Bereitschaft begegnen, menschliches Leid zu ertragen, ohne dass Haftungsrecht eingreife. Auch könne ein solches Schmerzensgeld den Schmerz über den Verlust oder die Schädigung eines nahestehenden Menschen, wenn er denn echt sei, gar nicht lindern oder gar ausgleichen. Schließlich könne der Tod oder die Verletzung eines Menschen eine Vielzahl von Personen betreffen. Solche Ersatzansprüche drohten daher auszufern, und sie seien – dies ein weiteres Argument in der Diskussion – gar nicht versicherbar und wenn, dann nur zu erheblich höheren Prämien.

Auf die Interessen von Versicherern und Versichertengemeinschaft wird sogleich (unten 2.) näher eingegangen. Der Gefahr, dass die Zahl der Anspruchsteller unüberschaubar wird, lässt sich durch eine sorgfältige Begrenzung auf besonders tragische Fälle sowie auf einen kleinen Kreis besonders nahestehender Berechtigter begegnen (dazu unten V. 3.). Was die weiteren Gegenargumente betrifft, so gilt: Zwar ist richtig, dass der Schmerz über den unfallbedingten Verlust eines geliebten Menschen kaum durch eine Geldzahlung auszugleichen ist. Während ein HWS-Syndrom durch eine Schmerzensgeldzahlung i. H. v. z. B. 1000 € spürbar gelindert und vielleicht ganz vergessen gemacht werden kann, ist dies bei der Tötung oder schweren Verletzung eines nahestehenden Menschen selbst durch eine noch so hohe Geldzahlung kaum zu erwarten. Dieses Problem besteht aber nicht nur bei Trauerschmerzensgeld, sondern bei Schmerzensgeld in besonders schweren Fällen generell. Schmerzensgeld kann jedoch zum einen helfen, die Lebenssituation des Berechtigten wenigstens etwas erträglicher zu machen. So wies etwa der Ehrenvorsitzende des Weißen Rings, Reinhard Böttcher, bei einem Fachgespräch zum Angehörigen Schmerzensgeld im Bayerischen Justizministerium darauf hin, dass der Weiße Ring Ferienkostenzuschüsse gewährt, um Angehörigen von Verbrechensopfern wegen ihres Leids einen Urlaub zu ermöglichen, um Abstand zu gewinnen und wieder ins Leben zurückzufinden.<sup>23</sup> Zum anderen kommt dem Schmerzensgeld hier die wichtige Funktion zu, Anerkennung des schweren Leids der Angehörigen durch die Gesellschaft zum Ausdruck zu bringen.<sup>24</sup> Als kaum nachvollziehbar wird es auch empfunden, dass bei Verkehrsunfällen z. B. ein HWS-Trauma zu einem Schmerzensgeld führt, bei Reiseverträgen für entgangene Urlaubsfreude entschädigt wird, bei Verkehrsunfällen Wertverlust und vorenthaltene Nutzung von Pkw großzügig entschädigt wird etc., der als viel schlimmer empfundene existentielle Schmerz über den Verlust oder die schwerste Verletzung eines nahen Angehörigen dagegen ersatzlos bleibt. Ein Trauerschmerzensgeld könnte hier Wertungslücken und -widersprüche schließen.<sup>25</sup>

Im Ergebnis wird es in der großen Mehrzahl der Rechtsordnungen daher als härter – und unfairer – betrachtet, Schmerzensgeld gerade für den vielleicht schlimmsten Schmerz, den man erleiden kann, zu versagen: den Schmerz über den

Verlust (und in einer zunehmenden Zahl von Rechtsordnungen auch die schwerste Verletzungen) eines Kindes, des Partners oder eines Elternteils.<sup>26</sup>

In Österreich erkannte der Oberste Gerichtshof in einer bemerkenswerten Entscheidung daher im Jahre 2001 unter Aufgabe einer langjährigen Rechtsprechung grundsätzlich an, dass Angehörigen ein Anspruch auf Trauerschmerzensgeld zustehen kann. In dem Urteil, in dem sich der OGH maßgeblich auch auf die Rechtslage in vielen ausländischen Rechtsordnungen stützt,<sup>27</sup> heißt es u. a.:

„Die Rechtslage, derzufolge bei Tötung naher Angehöriger bloße Gefühlsschäden nicht ersetzt werden, wird zunehmend als unbefriedigend empfunden. Die Abgrenzung zwischen Trauer mit und ohne Krankheitswert ist häufig problematisch. Hinterbliebene Eltern, die über die Tötung ihres Kindes trauern, werden es kaum verstehen, wenn ihrem Schmerzensgeldanspruch entgegengehalten wird, mangels Krankheitswert hätte sich hier nur ihr allgemeines, von ihnen selbst zu tragendes Lebensrisiko verwirklicht. Während geringe Körperverletzungen wie Prellungen oder Zerrungen ohne weiteres zu Schmerzensgeldansprüchen führen, sollen solche bei (bloßen) seelischen Schmerzen über den Verlust eines nahen Angehörigen nicht bestehen, obwohl ein derartiger Schmerz regelmäßig als weit größer empfunden wird.“<sup>28</sup>

All dies ließe sich ebenso und mit derselben Berechtigung für das deutsche Recht sagen.

## 2. Insbesondere: Versicherbarkeit und Interessen der Versichertengemeinschaft – zur Befriedungsfunktion des Trauerschmerzensgeldes

Fast schon klassisch zu nennen sind Bedenken zur Versicherbarkeit eines Angehörigen Schmerzensgeldes und zu seinen Folgen für die Versichertengemeinschaft.<sup>29</sup> Wie die folgenden Überlegungen zeigen, sprechen die Interessen der Versichertengemeinschaft jedoch nicht gegen, sondern ganz im Gegenteil für ein Trauerschmerzensgeld.

### a) Vergleichsweise niedrige Zahl von Haftungsfällen mit Schwerstverletzten oder Toten

Zunächst ist festzuhalten, dass Haftungsfälle mit Schwerstverletzten oder Toten – verglichen mit dem Gesamtvolumen

22 Siehe auch *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 19f.; *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 238 ff., 241 ff.; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471; *A. Diederichsen*, DAR 2011, 122.

23 Siehe bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 858.

24 So schon *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 61; *Hinghofer-Szalkay/Prisching*, ZfRV 2008, 444, 449; *von Jeinsen*, zfs 2008, 61, 62; *Böttcher*, bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 858; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471, 472, These 1; *Kuhn*, SVR 2012, 288, 290; *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 21.

25 Vgl. *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20; *Huber*, NZV 2012, 5, 10; *Schultzky*, VersR 2011, 857, 858; *Wagner*, Gutachten A für den 66. DJT 2006, S. A 65; und bereits *Kadner Graziano*, ZEuP 2002, 834, 855. Siehe auch *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471: Es „entsteht der Eindruck, das deutsche Recht erlaube umso eher eine finanzielle Kompensation, je banaler die Rechtsverletzung, und umso weniger, je gravierender diese sei. Dies kann nicht befriedigen“.

26 Zum Ganzen bereits *Kadner Graziano*, ZEuP 1996, 135, insbes. 150 f.; *ders.*, ZEuP 2002, 834, z. B. 854 f.

27 Zur Legitimität von Rechtsvergleichung durch die Gerichte unlängst *Kadner Graziano*, RIW 2014, 473.

28 OGH, 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01v, JBl. 2001, 660 = (Wiener) ZVR 2001/73, S. 284 Anm. *Karner*; sogleich bestätigt durch OGH, 16. 5. 2001, 2 Ob 136/00i, ZVR 2001/72. Zum Ausgang des Verfahrens sogleich unten V. 2. a.

29 Vergleiche etwa bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 860; zu den Bedenken des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 19; *Kuhn*, SVR 2012, 288, 290; siehe auch *Lützelbach/Möbus*, ZfV 2014, 740, betitelt: „Angehörigen Schmerzensgeld: Eine Bedrohung für die Versicherungswirtschaft?“.

von Haftpflichtfällen – glücklicherweise selten sind. Nach Angaben aus der Versicherungswirtschaft machen sie z. B. in der Kfz-Haftpflichtversicherung ca. 3 % der Gesamtzahl aller Unfälle aus.<sup>30</sup> Wie die Erfahrungen aus dem Ausland belegen, fallen Angehörigenschmerzensgelder bei der Berechnung von Prämien der Haftpflichtversicherung praktisch nicht ins Gewicht. Viel relevanter sind nach Angaben von Versicherern etwa die Kosten für langwierige medizinische Heilbehandlungen, Rehabilitationsmaßnahmen, Verdienstaustausch<sup>31</sup> und für den Ersatz von Sachschäden an Pkw sowie – wegen der großen Zahl von Fällen – in Deutschland zudem die Entschädigung für vorenthaltene Nutzung für Pkw sowie Mietwagen- und Gutachterkosten.

b) *Förderung der Kooperationsbereitschaft von Angehörigen bei der Gesamtregulierung und damit verbunden: Stabilisierung oder gar Senkung der Gesamtkosten*

Der Blick über die Grenzen, z. B. nach Österreich oder in die Schweiz, wo Angehörigen- bzw. Trauerschmerzensgelder gewährt werden (in der Schweiz seit jeher), zeigt, dass diese zu keiner relevanten Kostensteigerung geführt haben, ganz im Gegenteil. Vertreter der Versicherungswirtschaft weisen auf Folgendes hin: Wird ein Opfer schwer geschädigt, so entfällt ein hoher Teil des Ersatzbetrages auf Behandlungskosten, insbesondere für stationäre Behandlung, sowie auf Ersatz von Verdienstaustausch. Angehörigen der Geschädigten kommt hier eine wichtige Rolle zu: Sind sie kooperativ und bereit, sich aktiv für die Wiederherstellung des Opfers einzusetzen, kann hierin ein wichtiger Faktor für eine Stabilisierung oder gar Senkung der Kosten und eine Entlastung der Versichertengemeinschaft liegen. Sind Angehörige etwa bereit, bei einer häuslichen Pflege mitzuwirken, so kann dies stationäre Krankenhausaufenthalte verkürzen, u. U. langwierige Rehabilitationsmaßnahmen vermeiden oder verkürzen helfen, etc.<sup>32</sup> Es besteht daher ein erhebliches Interesse der Versichertengemeinschaft daran, ein Klima der Kooperation zwischen Versicherer und Angehörigen zu schaffen. Hier kommt dem Angehörigenschmerzensgeld eine wichtige *Befriedigungs- und Anerkennungsfunktion* zu.<sup>33</sup> Zahlt ein Versicherer unbürokratisch ein Angehörigenschmerzensgeld, so erkennt er hiermit das Leid der Angehörigen an und trägt dazu bei, einen Dialog mit den Angehörigen zu schaffen, was die Planung eines möglichst sanften und aus Sicht von Versicherer und Versichertengemeinschaft nicht zuletzt auch kostensparenden Genesungsprozesses unter Einbeziehung der Angehörigen begünstigt. Kurz: Trauerschmerzensgeld schafft ein „besseres Klima der Gesamtregulierung“.<sup>34</sup>

Im Koalitionsvertrag von 2013 wird die *Anerkennungsfunktion* von Trauerschmerzensgeld daher zu Recht ausdrücklich erwähnt. Sie stellt sogar die einzige Funktion dar, mit welcher der Koalitionsvertrag den Vorschlag zu seiner Einführung begründet.

Vom gegenwärtigen deutschen Schadensrecht gehen dagegen ganz andere Anreize aus. Schmerzensgeld wird im deutschen Recht bekanntlich nur beim Vorliegen eines sog. „Schockschadens“ der Angehörigen gewährt, d. h. bei der Verletzung der Angehörigen in ihrer eigenen Gesundheit aufgrund des traumatischen Ereignisses.<sup>35</sup> Für diese besteht daher ein Anreiz, das eigene Leid sich bis zu einer Gesundheitsverletzung entfalten zu lassen, wollen sie Ersatz für ihre immateriellen Beeinträchtigungen erhalten.<sup>36</sup> Stärke bei der Bewältigung von tragischen Ereignissen sowie Kooperation

bei der Genesung und Rehabilitation werden vom deutschen Schadensrecht also nicht gefördert oder honoriert, sondern geradezu sanktioniert. Dies schafft ein Klima der Konfrontation, nicht der Kooperation zwischen Versicherer und Angehörigen. In der Schweiz, wo Angehörigenschmerzensgeld, wie erwähnt, seit jeher gewährt wird, spielen Schockschäden dagegen kaum eine Rolle in der Rechtsprechung und werden Fehlsteuerungen wie im deutschen Recht vermieden.<sup>37</sup> Nicht zuletzt wird in der Schweiz so die Regulierung vereinfacht und werden (zum Teil erhebliche) Kosten für die Begutachtung von Schockschäden durch Sachverständige entbehrlich.

c) *Vermeidung hoher Rechtsverfolgungskosten in grenzüberschreitenden Fallkonstellationen*

Nicht selten haben Haftungsfälle einen grenzüberschreitenden Bezug, und es stellt sich die Frage, nach welchem Haftungsrecht der Fall zu beurteilen ist. Der *Germanwings*-Absturz in Südfrankreich bietet hierfür ein Beispiel. Angesichts der erheblichen Unterschiede beim Angehörigenschmerzensgeld liegt es auf der Hand, dass der Ausgang eines Rechtsstreits maßgeblich davon abhängen kann, nach welchem Haftungsrecht ein Begehren zu beurteilen ist. In grenzüberschreitenden Fällen sind es daher immer wieder Trauerschmerzensgelder, derentwegen Angehörige auf der einen und Haftpflichtige bzw. deren Versicherer auf der anderen Seite bis vor die höchsten Gerichte über das anwendbare Haftungsrecht streiten.<sup>38</sup>

Gelegentlich kamen ausländische Gerichte dabei zu dem Ergebnis, die Weigerung eines ausländischen Rechts, ein Angehörigenschmerzensgeld zuzusprechen, verstieße gegen die öffentliche Ordnung (den *Ordre public*) des Gerichtsstaates. So urteilte etwa ein italienisches Gericht, die (seinerzeitige) Weigerung des österreichischen Rechts, nach einem tödlichen Verkehrsunfall den überlebenden Angehörigen

30 *Werwigk*, in: *Schultzky*, *VersR* 2011, 857, 860.

31 Vgl. *Werwigk*, in: *Schultzky*, *VersR* 2011, 857, 860; vgl. auch die Einschätzung von *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, *NZV* 2012, 471, 473.

32 Hierzu aus medizinischer und psychologischer Sicht *Lude-Sigrist*, Querschnittlähmung: Der Verarbeitungsprozess bei Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen, *Diss. Bern* 2002, S. 188: „Die Rolle und Einbindung der Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen in die Rehabilitation der querschnittgelähmten Patientinnen und Patienten kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. ... die Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen [werden im Idealfall] fast unmerklich zur Stütze und Ressource ... des Rehabilitationsteams. ... Sie sind zentrale Schlüsselfiguren bei der sozialen Integration“.

33 Nicht nur aus juristischer, sondern auch aus medizinischer und psychologischer Sicht, s. wiederum *Lude-Sigrist* (Fn. 32), S. 187: „Angehörige sind [im Falle von Schwerverletzungen] die wichtigste Stütze in der Gesundheitsversorgung“. Es gilt „ihre Leistung anzuerkennen, zu würdigen und gezielt zu fördern, d. h. auch finanziell“.

34 *Werwigk*, in: *Schultzky*, *VersR* 2011, 857, 860.

35 Grundlegend BGH, 11. 5. 1971, BGHZ 56, 163, 165 f.; ferner z. B. BGH, *NJW* 1984, 1405; BGH, *NJW* 2006, 3268.

36 Siehe schon *Stoll*, *Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht*, 1993: Die Rechtsprechung zu den Schockschäden „begünstigt Angehörige, die eine solche Schädigung darzustellen wissen“. Ähnlich *Huber*, *NZV* 2012, 5, 8 und 10: „Häufig entscheidet die schauspielerische Darstellung durch den Angehörigen sowie die Eloquenz des eingeschalteten Facharztes und nicht das Maß an Betroffenheit über Grund und Umfang des von den Gerichten gewährten Ersatzes“.

37 Siehe den grundlegenden schweizerischen Fall zu Schockschäden BG, 11. 3. 1986, BGE 112 II 118: Verlust zweier minderjähriger Kinder bei Absturz eines Militärflugzeugs. Ein Trauerschmerzensgeld war in diesem Fall vom schweizerischen Bund anstandslos bezahlt worden (jeweils 40 000 CHF an Mutter und Vater wegen des Verlusts zweier Kinder, 12 000 CHF an einen Sohn wegen Verlusts des Bruders). In Österreich und Italien sind Urteile zu Schockschäden ebenfalls selten; vgl. *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, *ZfRV* 2007, 44, 49.

38 Näher *Kadner Graziano*, *ZEuP* 2002, 834, 847 ff. mit Nachw. belgischer, französischer, italienischer und österreichischer Urteile.

gen ein Trauerschmerzensgeld zu zahlen, verstoße gegen die italienische Verfassung; es wendete stattdessen italienisches Recht an. Im August 2013 bestätigte die italienische *Corte di Cassazione* das Urteil. Das höchste italienische Zivilgericht urteilte, die Ablehnung von Trauerschmerzensgeld durch das eigentlich anwendbare ausländische Recht verstoße nicht nur gegen die italienische Verfassung, sondern auch gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 8) und die Europäische Grundrechtscharta (Art. 7) und sei daher auch mit dem internationalen *Ordre public* Italiens unvereinbar.<sup>39</sup> Mit demselben Ergebnis wäre vor italienischen Gerichten auch im Hinblick auf das deutsche Recht zu rechnen. Selbst bei Geltung der Rom II-Verordnung, nach welcher das anwendbare Haftungsrecht in den Mitgliedstaaten der EU seit 2009 zu bestimmen ist, ist ein solcher *Ordre public*-Einwand möglich (Art. 26 Rom II-VO<sup>40</sup>).

Rechtsstreitigkeiten über das anwendbare Recht, die bis vor die höchsten nationalen Instanzen geführt werden, stellen naturgemäß einen erheblichen Kostenfaktor dar. Eine Angleichung des deutschen Rechts an die europäische Rechtslage würde Anreize zur gerichtlichen Auseinandersetzung über das anwendbare Recht mindern oder sogar beseitigen. Die freiwillige Zahlung von Trauerschmerzensgeld durch die Lufthansa an die Angehörigen der Opfer nach dem *Germanwings*-Absturz ist daher auch ökonomisch durchaus rational (von ihrer Höhe einmal abgesehen). Gelangt vor deutschen Gerichten letztlich ausländisches Recht zur Anwendung, zahlen auch deutsche Versicherer im Übrigen schon heute Trauerschmerzensgelder.<sup>41</sup>

#### d) Resümee

Bei genauem Hinsehen sprechen die wirtschaftlichen Interessen von Versicherern und Versichertengemeinschaft aus den genannten Gründen somit nicht gegen, sondern ganz im Gegenteil für die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes.<sup>42</sup>

### 3. Trauerschmerzensgeld und Erkenntnisse der Opferpsychologie

Auch Erkenntnisse der Opferpsychologie sprechen für das Trauerschmerzensgeld. Kommt es zu einer schweren Verletzung, etwa einer Querschnittlähmung nach einem fremdverursachten Verkehrsunfall, wird der Erstgeschädigte<sup>43</sup> oft in Rehabilitationsmaßnahmen eingebunden, die ihn in hohem Maße zeitlich und gedanklich in Anspruch nehmen. Im Idealfall arbeitet er hart daran, seine eigene Situation zu verbessern.<sup>44</sup> In solchen Situationen sind Angehörige mit den massiven physischen Veränderungen der geliebten Person konfrontiert, ohne dass sie – in dieser Phase – selbst aktiv an der Verbesserung der Lage arbeiten oder auch nur maßgeblich an ihr mitwirken können. Dieses Verurteilt-Sein zur Untätigkeit angesichts des Leids einer geliebten Person löst seinerseits oft erhebliche psychische Belastungs- und Trauerreaktionen aus, welche die psychische Belastung des (im Idealfall in Rehabilitationsmaßnahmen aktiven) Erstgeschädigten sogar übersteigen können. Das Leid der zur Untätigkeit verurteilten Angehörigen ist also oft nicht geringer, sondern kann ebenso groß oder u. U. sogar stärker sein als das Leid des erstgeschädigten Unfallopfers.<sup>45</sup> Sind Krankenhausaufenthalt und stationäre Rehabilitation abgeschlossen, führt das Leben mit dem behinderten Erstgeschädigten zu einer Vielzahl „situationsbedingter Belastungen“. „Angehörige bzw. nahe Bezugspersonen haben ... ein riesiges Alltags-

pensum zu bewältigen und können kaum einen Schritt spontan ohne Absprache aus dem Haus machen.“<sup>46</sup>

Aus psychologischer Sicht sind die „Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen ...“, sowohl was die kurzfristigen Wirkungen als auch die längerfristigen Auswirkungen betrifft, ebenfalls direkt Betroffene. ... Angehörige bzw. nahe Bezugspersonen haben keine eigentliche Wahl. Mit dem schicksalhaften Unfall oder der Krankheit wird die neue Lebenslage automatisch auch zum Schicksal der Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen.“<sup>47</sup> Zielt Schadensersatz auf den Ausgleich der durch das Haftungsereignis verursachten Schäden, so ist nicht ersichtlich, weshalb die psychischen Schäden des erstgeschädigten Unfallopfers ersetzt werden, nicht jedoch diejenigen zweitgeschädigter Angehöriger.

Aus ökonomischer Sicht würden andernfalls negative externe Effekte erzielt, d. h. Kosten, die von der Allgemeinheit zu tragen wären, statt diese zu internalisieren, d. h. auf den Verursacher zurückzuführen.<sup>48</sup>

### 4. Trauerschmerzensgeld und die Europäische Menschenrechtskonvention

In der deutschen Diskussion noch zu wenig beachtet sind drei Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus den Jahren 2001, 2002 und 2012.<sup>49</sup> In allen drei Fällen waren junge Männer durch Verschulden von Mitarbeitern staatlicher Institutionen (von Gefängnissen in den Fällen *Keenan* und *Edwards* sowie einer Krankenstation im Fall *Reynolds*) ums Leben gekommen. Die Mütter bzw. El-

39 Corte di Cassazione Civile, sez. III., 22. 8. 2013, n. 19405, Foro italiano, fascicolo 10, 2014, colonna 2809 m. Anm. Casoria (zum österreichischen Recht vor der Wende der Rechtsprechung von 2001). Das Berufungsgericht von Venedig als Vorinstanz hatte daher auf Grundlage des hilfsweise anwendbaren italienischen Rechts den Eltern des Opfers jeweils 65 000 € sowie 20 000 € jedem Geschwisterkind für ihren Trauerschaden zugesprochen, d. h. unabhängig von eventuellen materiellen Schäden.

40 Art. 26 (Öffentliche Ordnung im Staat des angerufenen Gerichts) lautet: „Die Anwendung einer Vorschrift des nach dieser Verordnung bezeichneten Rechts kann nur versagt werden, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung („Ordre public“) des Staates des angerufenen Gerichts offensichtlich unvereinbar ist“.

41 Darauf weist *Werwigk* hin, Vice President Claims & Liability der Swiss Re, bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 859.

42 Die genannten Aspekte wären in die Kosten-Nutzen-Analyse von *Wagner* noch einzustellen (*Wagner* [Fn. 19], S. 231, 244 ff.).

43 Unter Erstgeschädigtem wird das am Unfallort unmittelbar anwesende und dort physisch geschädigte Opfer verstanden, unter Zweitgeschädigtem der (mit-)leidende Angehörige.

44 Siehe die Studie von *Lude-Sigrist* (Fn. 32), S. 9: „Dieses harte Training wird oft mit Leistungssport verglichen.“; sowie S. 12 f. (Zitat) und auch 29, 188: Die verletzte Person „mobilisiert quasi als Überlebensreaktion alle möglichen Kräfte und konzentriert sich, sofern noch möglich, auf das Machbare. ... Ganz im Gegensatz dazu stehen Angehörige bzw. nahe Bezugspersonen sinnbildlich am Ufer und müssen dem Ertrinkenden bzw. der Rettungsaktion durch Fachpersonen zuschauen, ohne selbst helfen zu können“.

45 Vgl. die Ergebnisse der Studie von *Lude-Sigrist* (Fn. 32), S. 194: „Die Angehörigen bzw. nahen Bezugspersonen sind signifikant höher belastet als die Direktbetroffenen ... Sie zeigen das Belastungs-Bild, das man von den Direktbetroffenen erwartet. ... Das Nicht-Erleiden der schwerwiegenden Verletzung erweist sich insofern als regelrechtes Handicap“.

46 *Lude-Sigrist* (Fn. 32), S. 27. Es heißt weiter: „Dies gilt für Angehörige bzw. nahe Bezugspersonen von hochgelähmten Menschen das weitere Leben lang, denn die Lebenserwartung von Menschen mit Querschnittlähmung entspricht dank der medizinischen Fortschritte annähernd derjenigen der Normalbevölkerung“.

47 *Lude-Sigrist* (Fn. 32), S. 2; zu den Belastungsbildern anschaulich *dies.*, z. B. S. 4 ff. und 15.

48 *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, ZfSch 2012, 6, III.

49 EGMR, 3. 4. 2001, *Keenan v. the United Kingdom*, Nr. 27229/95; EGMR, 14. 3. 2002, *Edwards v. the United Kingdom*, Nr. 46477/99; EGMR, 13. 3. 2012, *Reynolds v. the United Kingdom*, Nr. 2694/08.

tern der ums Leben Gekommenen klagten jeweils auf Zahlung eines Schmerzensgeldes für das Leid, das sie infolge des Verlusts des Sohnes erlitten hatten.

Das englische Recht sieht in Sect. 1A des *Fatal Accident Act* ein Trauerschmerzensgeld in gesetzlich geregelter Höhe für den überlebenden Ehegatten sowie die Eltern minderjähriger, unverheirateter Kinder vor,<sup>50</sup> nicht aber für die Eltern erwachsener Kinder. Der Europäische Menschenrechtsgerichtshof sah darin, dass ein solches Ersatzbegehren der klagenden Mütter bzw. Eltern eines erwachsenen Kindes nach englischem Recht von vornherein aussichtslos ist, eine Verletzung der Eltern in ihren durch die Konvention geschützten Rechten aus Art. 13 EMRK in Verbindung mit Art. 2 EMRK.

Wenn diese Urteile im Hinblick auf ihre dogmatischen Begründungen auch viele Fragen aufwerfen und zudem noch offen ist, ob die maßgeblichen Rechtsgrundsätze über die Schädigung in staatlichen Institutionen hinaus Relevanz haben, so etwa, wenn ein Gericht es ablehnt, ein Trauerschmerzensgeld z.B. nach einem Verkehrsunfall zu gewähren, so ist doch ganz eindeutig: In Konstellationen wie denjenigen der drei genannten Fälle wäre Deutschland ebenso wie England wegen Verstoßes gegen die EMRK zu verurteilen.

Die englischen Gerichte haben auf diese Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte reagiert und gewähren nun in Fällen, in denen Erwachsene in staatlichen Institutionen durch fahrlässiges Verhalten zu Tode kommen, bestimmten Angehörigen ein Trauerschmerzensgeld auch über die im Gesetz geregelten Fälle hinaus.<sup>51</sup> Die deutsche Rechtsprechung müsste in solchen Konstellationen ebenso verfahren, würde sie eine Verurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vermeiden wollen.<sup>52</sup>

## V. Trauerschmerzensgeld: die europäische Rechtslage

Es sprechen mithin zahlreiche gute Gründe für das Trauerschmerzensgeld – und für seine Einführung auch ins deutsche Recht. Im Folgenden wird ein Überblick über die europäische Rechtslage zur Frage von Trauerschmerzensgeld gegeben. In der Struktur orientiert sich die Darstellung an den fünf oben (III.) genannten Kernfragen und untersucht, welche Antworten in den europäischen Haftungsrechten auf sie gegeben werden. Im Anschluss wird jeweils gefragt, welche Lösung sich im Hinblick auf die behandelte Frage für das deutsche Recht empfehlen würde.

### 1. Angehörigenschmerzensgeld: nur im Todesfall oder auch bei schwerster Verletzung?

#### a) Die europäische Rechtslage

##### aa) Im Todesfall

Trauerschmerzensgelder werden in der ganz überwiegenden Zahl europäischer Rechtsordnungen beim unfallbedingten Tod bestimmter nahestehender Menschen gewährt. Zu nennen sind etwa die Haftungsrechte Frankreichs, Belgiens, Luxemburgs, von England und Wales, Schottlands, Irlands, Finnlands, Norwegens, Dänemarks, Schwedens, der Schweiz, Österreichs, Italiens, Spaniens, Portugals, Sloweniens, Polens, der Tschechischen Republik, der baltischen Staaten Estland, Litauen und Lettland, Ungarns, Serbiens, Rumäniens, Bulgariens und Griechenlands.<sup>53</sup> Wendet man

den Blick über Europa hinaus, so finden sich Trauerschmerzensgelder etwa im Recht der kanadischen Provinz Québec, in den Rechten Japans, Südkoreas und Chinas sowie in einzelnen Bundesstaaten der USA.<sup>54</sup> In einer zunehmenden Zahl von Rechtsordnungen ist das Trauerschmerzensgeld gesetzlich vorgesehen,<sup>55</sup> in anderen hat es die Rechtsprechung im Wege der Auslegung der allgemeinen haftungsrechtlichen Vorschriften gewährt.<sup>56</sup>

Rechtsordnungen, welche Angehörigenschmerzensgeld noch immer ablehnen, sind inzwischen ganz selten in Europa. Zu nennen ist hier zunächst das deutsche Recht. Selbst in Fällen größter Tragik blieb die Rechtsprechung in ihrer Ablehnung standhaft. Der Fall des OLG Nürnberg, in dem ein Ehepaar auf einen Schlag alle drei Kinder verlor, wurde

50 Näher unten V. 4. b.

51 Siehe etwa den Fall *Rabone v. Pennine Care NHS Foundation Trust* (2012) UKSC 1, (2012) MHLQ 6.

52 Dazu, dass dies nach deutschem Recht schon *de lege lata* möglich wäre, siehe *Kadner Graziano*, ZEuP 1996, 135, 149 ff. mit Lösungsvorschlag.

53 Für Frankreich stellvertr. Cour de Cassation, 22. 10. 1946 (Société nationale de Chemins de fers français c. Genex et époux Chamard), D. 1947, 59; Cour de Cassation, 29. 11. 1989 (Balian c. Deturmeny), J.C.P. 1990 IV. S. 31; für Belgien etwa Cour de Cassation/Hof van Kassaatie, 7. 12. 1970, Pasicrisie belge, 1971 I 319; für Luxemburg stellvertr. Cour de Cassation, 8. 5. 1896, Pas. lux. 4, 177; 1. 2. 1984, Pas. lux. 26, 147; für England und Wales: Fatal Accidents Act, Sect. 1A (Damages for Bereavement) (siehe unten V. 4. b) und Fn. 130) und z. B. *Deakin/Johnson/Markesinis*, Markesinis and Deakin's Tort Law, 7. Aufl. 2012, S. 851 f.; für Schottland: Damages (Scotland) Act 2011, Sect. 4 (3) (b); für Irland: Civil Liability Act 1961, Section 49 (1) (b) i. d. F. v 2014; für Finnland: finnischer Vahingonkorvauslaki (Haftpflichtgesetz), Kapitel 5, § 4a; für Norwegen: norwegisches Skadeserstatningsloven (Schadensersatzgesetz), § 3-5 Abs. 2; für Dänemark: Erstatningsansvarsdloven (Haftpflichtgesetz) i. d. F. von 2002 (vgl. *Ullbeck*, in: Koziol/Steininger [Hrsg.], Yearbook of European Tort Law 2002, IV. Denmark, Nr. 1 f.); für Schweden siehe bereits *Kadner Graziano*, ZEuP 2002, 834, 849 ff. m. w. Nachw.; für die Schweiz: z. B. Bundesgericht, 22. 4. 1986, BGE 112 II 220; für Österreich: seit OGH, 16. 5. 2001, JBl. 2001, 660; ZVR 2001, 73/284; für Slowenien: Obligacijski zakonik (slowenisches Schuldrechtsgesetz), Art. 180; für Polen: polnischer Kodeks cywilny (ZGB), Art. 446 § 4; für Estland: Võlaõigusseadus (estnisches Schuldrechtsgesetz), § 142 Abs. 3; für Litauen: Civilinis kodeksas (ZGB), Art. 6.250, 6.284, und Lietuvos Aukščiausiasio Teismo civilinių bylų skyriaus išplėstinės teisėjų kolegijos (litauischer Höchster Gerichtshof, Zivilrechtsabteilung), 18. 4. 2005 nutartis c. b. L. Z., M. Z., V. Z., G. Z. v. *Všl Marijampolės ligoninė*, No. 3K-255/2005; Lietuvos Aukščiausiasio Teismo Civilinių bylų skyriaus teisėjų kolegijos, 23. 2. 2010 nutartis c. b. I. J. and others v. *Public Institution Vilnius City University Hospital*, No. 3K-3-59/2010; für Lettland: Art. 1635 ZGB; für Ungarn: siehe schon *Bard/Kiss*, VersR 1981, 911, 912; für Serbien: Art. 201 des Vertrags- und Deliktgesetzes; für Rumänien: rumänischer Codal civil (ZGB), Art. 1391 Abs. 1 und 2; für Bulgarien: Supreme Court of Cassation, III. Civil Division, 3. 7. 2005, Decision No. 377, Civil Case 3667/2002, in: *Winiger/Koziol/Koch/Zimmermann* (eds.), Digest of European Tort Law, Vol. 2: Essentiel Cases on Damage, 2011, 12/27/6; für Italien: Corte Costituzionale, 11. 7. 2003, Foro italiano 2003, 2201; umfangr. Nachw. der Rspr. bei *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 51 f. und 58 f.; Nachw. der älteren Rspr. a. a. O., 50 Fn. 58; siehe für Spanien stellvertr. Tribunal Supremo, 19. 12. 1986, Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia (RAJ) 1986, no. 7682; Tribunal Supremo, 15. 6. 1989, RAJ 1989, no. 5123; für Portugal: portugiesischer Código civil, Art. 496; für Tschechien: Art. 444 Abs. 3 des tschechischen ZGB; für Griechenland: Αστικό Κώδικας (griechisches ZGB), Art. 932 Satz 3.

54 Québec: Supreme Court of Canada, *Augustus v. Gosset*, 3. 10. 1996 [1996] 3 SCR 268; Japan: 民法 (ZGB), Art. 711; Südkorea: Art. 752 des ZGB; zu beiden sowie dem Recht Chinas *Frank*, FamRZ 2015, 289; für die USA siehe stellvertr. einerseits Florida: Wrongful Death Act, Sect. 768.16, 768.17, 768.19, 768.21 (Trauerschmerzensgeld wird gewährt) und andererseits: New York Estates, Powers & Trusts – Part 4. Rights of Members of Family Resulting From Wrongful Act, Neglect or Default Causing Death of Decedent, § 5-4.1, § 5-4.3 (kein Trauerschmerzensgeld).

55 So etwa in England und Wales, Schottland, Irland, der Schweiz, Finnland, Norwegen, Slowenien, Polen, Estland, Litauen, Rumänien, Serbien, Portugal, Griechenland und z. B. Japan und Südkorea sowie einigen Bundesstaaten der USA (z. B. Florida) (Nachw. in Fn. 53 und 54).

56 So in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Österreich, Italien, Spanien, und z. B. Québec (Nachw. in Fn. 53 und 54).

oben bereits genannt.<sup>57</sup> Zu erwähnen ist des Weiteren z. B. ein Fall des OLG Freiburg bereits aus den fünfziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts: Einem 6-jährigen Mädchen wurde zur Behandlung einer Erkältung von einem Apotheker irrtümlich statt einer Kochsalzlösung ein hochgiftiges Mittel gegeben. Die Mutter, selbst Ärztin, wurde Zeugin des schrecklichen, 16-stündigen Todeskampfes ihrer kleinen Tochter. Das Landgericht Freiburg gewährte Schadensersatz wegen eines Schockschadens der Mutter sowie wegen ihres Leides über den Verlust der Tochter. Das OLG Freiburg kürzte den Ersatzbetrag um die Hälfte, da das Leid über den Verlust der Tochter (anders als das Leiden wegen des Schockschadens der Mutter) nicht aus der Verletzung der Mutter in einem deliktsrechtlich geschützten absoluten Rechtsgut resultiere und es nach deutschem Recht daher nicht als Grundlage für einen Ersatzanspruch dienen könne.<sup>58</sup> Dies ist in Deutschland noch immer geltendes Recht.<sup>59</sup>

Zu nennen ist des Weiteren das – im Übrigen so fortschrittliche – Haftungsrecht im Zivilgesetzbuch der Niederlande, dem Burgerlijk Wetboek. Der niederländische Hoge Raad nahm den oben (II.) geschilderten tragischen Unfalltod des kleinen Mädchens zum Anlass, den Gesetzgeber zur Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes aufzufordern. Zu einem Ergebnis hat dies bislang noch nicht geführt.<sup>60</sup>

#### bb) Auch bei schwerster Verletzung

In einer wachsenden Zahl von Rechtsordnungen wird den Angehörigen ein Trauerschmerzensgeld nicht nur im Todesfall, sondern auch bei besonders schwerer Verletzung des Erstgeschädigten gewährt. Dies ist ausdrücklich vorgesehen z. B. in den Zivilgesetzbüchern Sloweniens, Estlands und Serbiens<sup>61</sup> sowie in den aus umfangreichen rechtsvergleichenden Arbeiten hervorgegangenen *Principles of European Tort Law* (Art. 10:301 Abs. 1 Satz 3)<sup>62</sup> sowie im *Draft Common Frame of Reference* (Art. VI. – 2:202).<sup>63</sup>

In anderen Rechtsordnungen ist Trauerschmerzensgeld in den gesetzlichen Regelungen zwar eigentlich nur für den Todesfall des Erstgeschädigten vorgesehen; die Rechtsprechung nahm besonders tragische Konstellationen dann aber zum Anlass, es auch auf Fälle besonders schwerer Verletzung auszuweiten.

Ein Beispiel hierfür bietet die Rechtslage in der Schweiz. Nach Art. 47 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) kann der Richter „[b]ei der Tötung ... unter Würdigung der besonderen Umstände ... den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen“. Das Bundesgericht gewährt Trauerschmerzensgeld seit einem Entscheid von 1986 aber auch bei schwerster Verletzung einer besonders nahestehenden Person. Als Grundlage dient Art. 49 OR, nach dem bei widerrechtlichen Verletzungen der Persönlichkeit ein Anspruch auf Genugtuung in Geld besteht. Das Bundesgericht vertritt – mit sehr einflussamer Begründung – die Ansicht, dass bei schwersten Verletzungen, welche die gesamten Lebensverhältnisse eines Paares oder einer Familie umstürzen, auch die Angehörigen in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt sind.<sup>64</sup> Die seelische Belastung könne in solchen Fällen u. U. sogar größer sein als beim Tod des Erstgeschädigten. In der Leitscheidung war eine Frau bei einem Verkehrsunfall schwer geschädigt worden. Sie erblindete völlig, befand sich lange Zeit im Zustand tiefer Bewusstlosigkeit und erlitt weitere schwerste Verletzungen, die sie dauerhaft pflegebedürftig

machten. In einem solchen Fall sei der Angehörige nicht nur reflexartig betroffen, sondern als Zweitgeschädigter rechtlich relevant in seinem Persönlichkeitsrecht betroffen, so dass ihm ein eigener Anspruch auf Ersatz seines immateriellen Schadens zustehe.

Eine ähnliche Entwicklung fand kürzlich z. B. in Litauen statt. Der Gesetzgeber hatte das Trauerschmerzensgeld in Art. 6.284 des neuen litauischen ZGB von 2001 für den Fall der Tötung eines nahen Angehörigen vorgesehen. Der Oberste Gerichtshof Litauens ging dann bereits im Jahre 2005 unter Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertungen darüber hinaus und gewährte den Eltern von Zwillingen, die kurz nach ihrer Geburt infolge eines Fehlers des Krankenhauspersonals schwere Verbrennungen erlitten hatten, einen eigenen Ersatzanspruch wegen des Leids, das sie infolge der schweren Verletzung ihrer Neugeborenen erlitten hatten.

In anderen Rechtsordnungen blieb es von vornherein der Rechtsprechung vorbehalten, Trauerschmerzensgeld auch im Verletzungsfall einzuführen bzw. es auf den Verletzungsfall auszudehnen.

So gewährt z. B. die französische *Cour de Cassation* auf Grundlage der deliktischen Generalklausel im *Code civil* seit jeher Trauerschmerzensgeld auch im Verletzungsfall. In gleicher Weise verfahren die Kassationshöfe Belgiens und Luxemburgs und auch im italienischen und im spanischen Recht ist Trauerschmerzensgeld nicht auf den Todesfall des Erstgeschädigten beschränkt.<sup>65</sup>

In Italien wird hierbei das von der Verfassung geschützte Rechtsgut auf uneingeschränkte Lebensführung herangezogen. Es wird als betroffen angesehen, wenn sich die Angehörigen um die Betreuung eines nun schwerbehinderten Familienmitglieds kümmern – mit all den hiermit verbundenen Veränderungen der eigenen Lebensumstände und den emotionalen Belastungen durch Trauer, Verzweiflung etc. Wie in der Schweiz so können die Trauerschmerzensgelder bei Schwerstverletzungen in Italien dieselbe Höhe erreichen wie bei Tötung des Erstgeschädigten.<sup>66</sup>

57 Oben unter II.

58 OLG Freiburg, 30. 6. 1953, JZ 1953, 704, und oben II.

59 Das deutsche Recht geht insoweit einen „schädigerfreundlichen Sonderweg“, so *Weller/Rentsch/Thomale*, NJW 2015, 1909, 1912, bzw. einen „Sonder- und Irrweg“, so *Brand*, in: FS Jaeger, 2014, S. 191.

60 Zum niederländischen Recht *Dacoronia et al.*, ERPL 2003, 412; *Koolhoven*, VersRAI 2007, 20; *Hinghofer-Szalkay (und Prisching)*, ZVR 2008, 444; *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 232 m. Nachw.

61 *Obligacijski zakonik* (slowenisches Schuldrechtsgesetz), Art. 180; *Võlaõigusseadus* (estnisches Schuldrechtsgesetz), § 142 Abs. 3; Art. 201 des serbischen Vertrags- und Deliktsgesetzes.

62 Art. 10:301. Non-pecuniary damage. (1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. 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. [...]

63 VI. – 2:202. Loss suffered by third persons as a result of another's personal injury or death. (1) 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.

64 Ausf. *Kadner Graziano*, ZEuP 1996, 135, 140 f.

65 Nachw. für alle bei *Kadner Graziano*, ZEuP 2002, 834, 845 und Fn. 25 f.; für Italien *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444, 448, Fn. 39 (Rspr. seit 2002 gefestigt). Allerdings sind italienische Urteile, in denen Trauerschmerzensgeld im Verletzungsfall gewährt wird, deutlich seltener als bei Todesfällen. Nachw. für Litauen oben Fn. 53.

66 So wurde einem Ehemann, dessen Frau bei einem Unfall querschnittgelähmt wurde, ein eigenes Trauerschmerzensgeld i. H. v. 200 000 € zugesprochen; zit. nach *Wenter*, zfs 2012, 1, 3. Zur Höhe der Schmerzensgelder in den einzelnen Rechtsordnungen noch unten V. 4. a.

In Österreich führte der Oberste Gerichtshof Angehörigen-schmerzensgeld in einer bemerkenswerten Entscheidung im Jahre 2001 ein. Auszüge aus den Gründen wurden oben bereits wiedergegeben.<sup>67</sup> Der OGH bediente sich dabei einer Gesetzesanalogie zu einer Reihe haftungsrechtlicher Vorschriften im österreichischen ABGB. Einige Jahre später erkannte der OGH ein Recht auf Trauerschmerzensgeld auch bei besonders schwerer Verletzung an, jedenfalls dann, wenn der oder die Erstgeschädigte bleibende Schäden erleidet oder lebenslanger Pflege bedarf.<sup>68</sup>

#### b) Perspektiven für das deutsche Recht

Damit ergibt sich folgender Befund: In fast allen europäischen Rechtsordnungen wird Trauerschmerzensgeld heute jedenfalls beim unfallbedingten Tod eines nahe stehenden Menschen gewährt, in einer zunehmenden Zahl von Rechtsordnungen auch bei schwersten Verletzungen des Erstgeschädigten. Trauerschmerzensgeld gehört heute gleichsam zum haftungsrechtlichen *acquis communautaire*.<sup>69</sup>

Ist die Entscheidung für die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes im deutschen Recht einmal gefallen, so stellt sich auch hier die Frage, ob es sich auch auf Fälle schwerster Verletzung erstrecken soll.

Wie erwähnt, hat das schweizerische Bundesgericht mit sehr einfühlsamer Begründung ausgeführt, eine schwere, bleibende Verletzung eines geliebten Menschen könne für Angehörige vergleichbares, vielleicht sogar noch schlimmeres und länger währendes Leid bedeuten als ein Todesfall.<sup>70</sup> Tatsächlich erfolgt die Bewältigung eines Todesfalls in mehreren Etappen und besteht nach einigen Jahren eine Aussicht auf Verarbeitung und eventuell auf einen Neustart.<sup>71</sup> Bei schwersten bleibenden Verletzungen sind die Angehörigen dagegen konstant und u.U. bis ans Ende ihres eigenen Lebens mit dem Leid des geliebten Menschen konfrontiert, den sie eventuell bis zu ihrem Lebensende pflegen. Ihre persönlichen Lebensverhältnisse sind dann bleibend umgestürzt.

Wie oben dargelegt, kann Angehörigen-schmerzensgeld über seine Anerkennungs- und Befriedungsfunktion gerade in Fällen schwerster Verletzung einen wichtigen Beitrag dazu leisten, das Regulierungsklima zu verbessern und die Kooperation von Versicherer und Pflegepersonal auf der einen und Angehörigen auf der anderen Seite zu fördern. Diese letztere Funktion erfüllt es sogar allein im Verletzungsfall. Es ist daher wohlbegründet, dass immer mehr Rechtsordnungen das Angehörigen-schmerzensgeld auch im Falle schwerster Verletzungen vorsehen. Das deutsche Recht wäre gut beraten, dies unmittelbar nachzuvollziehen und das Angehörigen-schmerzensgeld von vornherein auch auf Fälle schwerster Verletzung zu erstrecken.<sup>72</sup> Andernfalls dürfte in einigen Jahren nachzubessern sein.

## 2. Trauerschmerzensgeld ausschließlich auf Grundlage der Verschuldens- oder auch der Gefährdungshaftung?

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob Trauerschmerzensgeld in den europäischen Privatrechten auf die Verschuldenshaftung beschränkt ist (so wie dies der Koalitionsvertrag vom Dezember 2013 für das deutsche Recht vorschlägt), oder ob es auch auf Grundlage von Gefährdungshaftung gewährt wird (so wie dies im Antrag von Bundestagsabgeordneten und der Fraktion von Bündnis 90/DIE GRÜNEN vom 10. 6.

2015 für das deutsche Recht vorgesehen ist und es auch vom Bayerischen Justizministerium vorgeschlagen wurde) – und welche Lösung sich insoweit für das deutsche Recht empfiehlt.

#### a) Die europäische Rechtslage

In dem bereits erwähnten Fall, welcher der Rechtsprechungsänderung in Österreich zugrunde lag, fühlte sich der OGH durch die vorgenommene Gesetzesanalogie zu Vorschriften des ABGB verpflichtet, das Trauerschmerzensgeld auf Fälle von *grober Fahrlässigkeit* oder *Vorsatz* des Schädigers zu beschränken. In dem Fall war die 8-jährige Tochter der Klägerin als Fußgängerin von einem LKW erfasst und getötet worden. Dem Lenker des Lkw waren allerdings weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen, und der Halter haftete allein auf Grundlage der Gefährdungshaftung. Das Begehren der Mutter blieb daher letztlich erfolglos. Erst in weiteren Konstellationen war dann auch das Erfordernis qualifizierten Verschuldens erfüllt, und der OGH gewährte tatsächlich ein Trauerschmerzensgeld.

Qualifiziertes Verschulden wird auch nach finnischem, norwegischem und dänischem Gesetzesrecht vorausgesetzt.<sup>73</sup> In England und Irland ist die Haftung für Schäden aus Verkehrsunfällen nach wie vor vom Verschulden abhängig; insoweit gibt es noch immer keine Gefährdungshaftung.<sup>74</sup> Gleiches gilt dann naturgemäß für das Trauerschmerzensgeld (sog. *damages for bereavement*).

In den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen gelten keine solchen Beschränkungen und ist Trauerschmerzensgeld nicht vom Verschulden oder gar einem qualifizierten Verschulden des Haftpflichtigen abhängig. Vielmehr wird es dort ganz selbstverständlich auch auf Grundlage der Gefährdungshaftung gewährt.<sup>75</sup>

#### b) Perspektiven für das deutsche Recht

Wird das Trauerschmerzensgeld vom Verschulden des Verantwortlichen abhängig gemacht, so treten statt der Person des betroffenen Angehörigen und dessen Bedürfnis nach

67 OGH, 16. 1. 2001, 2 Ob 84/01v (oben IV. 1. und Fn. 28).

68 Seit OGH, 3. 9. 2009, 2 Ob 77/09a, ZVR 2010, 264. Zuvor bereits 2 Ob 18/06w (das Kind der Klägerin wurde bei einem Verkehrsunfall schwerstverletzt, blieb stark behindert und bedurfte zeitweiliger fremder Hilfe; allerdings fehlte es an grober Fahrlässigkeit des Schädigers) und 2 Ob 163/06v (Unfall mit schwersten Dauerfolgen; wieder wurde ein Kind ständig pflegebedürftig, wiederum fehlte es aber an grober Fahrlässigkeit des Schädigers). Ausf. zur Rechtslage in Österreich *Karner*, ZVR 2008, 44; *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444.

69 *Staudinger*, NJW 2006, 2433, 2435.

70 BG, 22. 4. 1986, BGE 112 II 220, 223 ff.; BG, 27. 10. 1992, BGE 118 II 404, 409.

71 Beim Verlust eines Kindes kann dies allerdings besonders schwierig sein; siehe nur die in DER SPIEGEL 28/2015 und DER STERN 30/2015 (Fn. 2) dargestellten Schicksale.

72 So auch *Merk*: Gerade in Fällen der Pflegebedürftigkeit ist ein Angehörigen-schmerzensgeld besonders wichtig, bei *Schultzky*, VersR 2011, 857, 860; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471, 473, These 3; *Huber*, NZV 2012, 5, 8 f. – Skeptisch, da Abgrenzungsprobleme zwischen Schwerst- und sonstigen Verletzungen befürchtend, *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20; *Kuhn*, SVR 2012, 288, 290. Hier könnten ausländische Präjudizien jedoch eine wichtige Hilfestellung leisten.

73 So Kapitel 5, § 4a *Vahingonkorvauslaki* (finnisches Haftpflichtgesetz); § 3-5 *Skadeserstatningsloven* (norwegisches Schadenersatzgesetz); für Dänemark: *Erstatningsanvarðsloven* (Haftpflichtgesetz) i. d. F. von 2002; vgl. *Ulfbeck*, in: *Kozio/Steininger* (Hrsg.), *Yearbook of European Tort Law 2002*, IV, Denmark, Nr. 1 f.

74 Court of Appeal, *Carter v. Sheath*, 28. 7. 1989, [1990] R.T.R. 12; Court of Appeal, *Mansfield v. Weetabix*, 26. 3. 1997 [1997] EWCA Civ 1352; *Weir*, A Casebook on Tort, 10. Aufl. 2004, S. 170 ff.; nach wie vor aktuell: *Lord Denning*, *What next in the Law*, 1982, S. 126 ff.

75 Dies gilt etwa für das schweizerische und das französische Recht.

Ausgleich und vor allem Anerkennung seines Leids die Person des Schädigers sowie letztlich pönale Elemente in den Vordergrund. Fehlt es an einem Verschulden oder ist dieses nicht nachweisbar, so scheidet Kompensation und Anerkennung des von den Angehörigen erlittenen Leids aus. Aus der Sicht desjenigen, welcher der Anerkennung bedarf und dem der Gedanke der Sanktion eventuell völlig fremd ist, wird der Anspruch auf Trauerschmerzensgeld dann von vielen Unwägbarkeiten abhängig. Auch beim Trauerschmerzensgeld sollte jedoch – wie beim Schmerzensgeld generell – der Ausgleichs- und Anerkennungsgedanke im Vordergrund stehen sowie die Schwere des Schmerzes, nicht indes Umstände in der Person des Schädigers.

Zudem gilt: Wird für Unfallschäden grundsätzlich unabhängig vom Verschulden gehaftet, so ist für Angehörige schwer einzusehen, weshalb dies zwar für Körperverletzungen und Schmerzensgeld des Erstgeschädigten, für Sachschäden und ggf. für entgangene Nutzung gelten soll, für ihr trauerbedingtes Leid dagegen nicht. Eine solche Lösung würde etwa bei Verkehrsunfällen zudem dazu führen, dass in dieser für das Trauerschmerzensgeld so relevanten Fallgruppe die Verschuldensfrage doch wieder maßgeblich zu thematisieren wäre – trotz Gefährdungshaftung im Übrigen. Gefährdungshaftung würde bei schweren Unfällen dadurch einiges an ihrer Effizienz verlieren. Die Befriedigungs- und Anerkennungsfunktion von Trauerschmerzensgeld würde von Streitigkeiten um ein Verschulden geradezu konterkariert.

Wäre Trauerschmerzensgeld auf die Verschuldenshaftung begrenzt, wäre seine Gewährung z. B. im Fall *Germanwings* eventuell von langwierigen Klärungen der Fragen abhängig, ob der Pilot, der den Absturz verursachte, überhaupt verschuldensfähig war oder ob die Fluggesellschaft ein eigenes Verschulden an dem Absturz trifft.<sup>76</sup> Von solchen Ungewissheiten (und Streitigkeiten) sollte das Trauerschmerzensgeld unabhängig sein, sofern im Übrigen eine Gefährdungshaftung eingreift. Nach den tragischen Vorfällen bei der *Love-parade* in Duisburg hat die gerichtliche Klärung von zivilrechtlichen Ansprüchen von Opfern und Angehörigen sowie der Verschuldensfrage in Deutschland selbst fünf Jahre nach den Vorfällen noch nicht einmal begonnen.<sup>77</sup>

Schließlich sollte nicht vergessen werden, dass dieselbe Diskussion im deutschen Recht bereits für Schmerzensgeld generell geführt wurde: Vor der Schuldrechtsreform war Schmerzensgeld bekanntlich auf die Verschuldenshaftung beschränkt. Das 2. Schadensrechtsänderungsgesetz von 2002 dehnte es dann auch auf die Gefährdungshaftung aus. Für das Trauerschmerzensgeld sollte diese Entwicklung nicht wiederum nur schrittweise nachvollzogen werden, sondern sogleich das Endergebnis übernommen werden. In Österreich, wo die Rechtsprechung, wie erwähnt, qualifiziertes Verschulden fordert, spricht sich die ganz überwiegende Lehre inzwischen dafür aus, Trauerschäden bei jedem Verschulden und auch auf Grundlage der Gefährdungshaftung zu gewähren.<sup>78</sup>

Trauerschmerzensgeld sollte im deutschen Recht aus all diesen Gründen nicht nur auf Grundlage der Verschuldens-, sondern auch der Gefährdungshaftung gewährt werden.<sup>79</sup> Ein eventuelles Verschulden des Haftpflichtigen sollte mithin nicht bei der Frage nach dem Ob, sondern allenfalls bei der Höhe des Trauerschmerzensgeldes Berücksichtigung finden. So könnte etwa (wie in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts) eine vorsätzliche Straftat erhöhend wirken.

### 3. Kreis der Ersatzberechtigten?

Des Weiteren stellt sich die Frage, wer zum Kreis der Anspruchsberechtigten zählt bzw. in Deutschland zählen soll, und insbesondere, ob das Trauerschmerzensgeld auf enge Familienangehörige zu beschränken ist oder auch Lebenspartner, eventuell auch enge Freunde oder Arbeitskollegen berechtigt sein sollen. Zudem gilt es zu klären, ob eine abstrakte Nähebeziehung (wie insbesondere eine Eltern-Kind-Beziehung) genügen soll oder die Angehörigen im Einzelfall eine tatsächliche enge Beziehung darlegen und gegebenenfalls beweisen müssen.

#### a) Die europäische Rechtslage

Bezüglich eines Kerns von Berechtigten, die ggf. Anspruch auf ein Angehörigenschmerzensgeld haben, herrscht nahezu Einigkeit im europäischen Haftungsrecht: Hierzu zählen nahezu überall Eltern, deren Kinder getötet (oder schwer verletzt) wurden, Kinder, denen dies mit einem Elternteil widerfahren ist, und Ehegatten im Verhältnis zueinander.<sup>80</sup> In den meisten Rechtsordnungen kommt es zudem bei Schädigung von *Verlobten* und *Lebenspartnern* in Betracht, jedenfalls wenn diese mit dem Opfer in einer dauerhaften Beziehung und einem gemeinsamen Haushalt lebten.<sup>81</sup> Viele

76 Nach Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 des Montrealer Übereinkommens zur Vereinheitlichung bestimmter Vorschriften über die Beförderung im internationalen Luftverkehr haftet der Luftfrachtführer für Personenschäden bis zu einem Betrag von rund 145 000 € verschuldensunabhängig. Jenseits dieses Betrages gilt eine Verschuldensvermutung, Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Art. 21 Abs. 2 des Übk. Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich dann nach dem vom IPR des Gerichtsstaates berufenen nationalen Recht, in der EU also nach Art. 5 Abs. 2 Rom I-VO und Art. 4 ff. Rom II-VO; vgl. Art. 29 Satz 1 Hs. 2 des Übk. Dazu *Reuschle*, Montrealer Übereinkommen, Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 17 Rdnr. 1 ff., Art. 17 Rdnr. 79 ff.; *Weller/Rentsch/Thomale*, NJW 2015, 1909. Das Montrealer Übereinkommen ist seit 2004 Teil der EU-Rechtsordnung. International zuständig sind gemäß Art. 33 Abs. 1 die Gerichte am (Wohn-)Sitz des Luftfrachtführers, an seiner Hauptniederlassung, seiner Geschäftsstelle und am Bestimmungsort der Luftreise. Gemäß Art. 33 Abs. 2 und 3 kommen bei Personenschäden Gerichtsstände am Hauptwohnsitz und am gewöhnlichen Aufenthalt des Reisenden hinzu.

77 Siehe oben Fn. 15.

78 *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 50 m. umf. Nachw.; *Huber*, NZV 2012, 5, 11 (das Erfordernis grober Fahrlässigkeit beschränkt den Anwendungsbereich von Trauerschmerzensgeld „auf Straftaten sowie Verkehrsunfälle bei Lenkern im alkoholisierten Zustand und Geisterfahrern“).

79 So z. B. auch *Staudinger*, NJW 2006, 2433, 2436; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471, 473.

80 Für die Schweiz: BGE 113 II 323 (Ehegatten); BGE 112 II 122 und BGE 118 II 404 (Eltern); BGE 117 II 50, 56 (Kinder); BGE 103 V 186 f., selbst wenn die Kinder nicht mehr im gemeinsamen Haushalt lebten und bereits eine eigene Familie hatten; *Heierli/Schnyder*, in: *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, 5. Aufl. 2011, Art. 47 Rdnr. 9; *Werro*, in: *Commentaire Romand, Code des obligations I*, 2. Aufl. 2014, Art. 47 Rdnr. 15 f.; für Österreich: *Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2008, 444, 447 m. Nachw. der Rspr.; Nachw. für Frankreich und Italien: unten, Fn. 86; siehe des Weiteren z. B. das norwegische Schadensersatzgesetz, § 3-5 Abs. 2 (Ehegatte, Kinder, Eltern); das finnische Haftpflichtgesetz, Kapitel 5, § 4a; Art. 446 § 4 des polnischen ZGB (engste Familienangehörige); § 444 Abs. 3 lit. a–d) des tschechischen ZGB; Art. 180 Abs. 1 und 2 des slowenischen Schuldrechtsgesetzes (Ehegatten, Kinder, Eltern); Art. 6.284 des litauischen ZGB (Ehegatten, Kinder, Eltern minderjährige Kinder, die Rspr. gewährt es inzwischen auch beim Tod volljähriger Kinder); Art. 1391 Abs. 2 des rumänischen ZGB; Art. 496 des portugiesischen ZGB (Ehegatte und Kinder, hilfsweise Eltern); Art. 932 des griechischen ZGB (berechtigt sind Familienangehörige); Art. 201 Abs. 1 und 3 des serbischen Vertrags- und Deliktsgesetzes; ebenso die Rechtslage z. B. in Japan (§ 711 des ZGB), Südkorea (Art. 752 des ZGB) und China; dazu *Frank*, FamRZ 2015, 289.

81 Nach einem Urteil des schweizerischen Bundesgerichts aus dem Jahre 2012 kann ein nichtehelicher Lebenspartner berechtigt sein, sofern er in einer festen Beziehung mit dem Erstgeschädigten lebt; BG, 2. 2. 2012, BGE 138 III 157. Dabei hält es das Bundesgericht für möglich, dass die aktuelle Lebenspartnerin neben der Ehefrau ein Trauerschmerzensgeld

Rechtsordnungen gewähren Angehörigenschmerzensgeld auch im Verhältnis zwischen *Geschwistern*.<sup>82</sup>

Enger ist der Kreis im englischen Recht sowie – entgegen weit verbreiteten Vermutungen in Europa – in vielen Bundesstaaten der USA, die insoweit stark vom englischen Recht beeinflusst bleiben. So sind im englischen Recht Ehegatten sowie Eltern minderjähriger, unverheirateter Kinder berechtigt; Kindern steht beim Verlust ihrer Eltern dagegen kein Trauerschmerzensgeld zu, ebenso wenig Eltern verheirateter oder volljähriger Kinder.<sup>83</sup> Im Recht z. B. des US-Bundesstaates Florida zählen zu den Berechtigten – wie im englischen Recht – der überlebende Ehegatte sowie Eltern minderjähriger Kinder, und schließlich – über das englische Recht hinaus – Eltern erwachsener Kinder, sofern keine anderen Familienangehörigen vorhanden sind, sowie erwachsene Kinder, sofern kein überlebender Ehegatte vorhanden ist.<sup>84</sup>

Weiter ist der Kreis dagegen im französischen, belgischen, italienischen und griechischen und – bei Fehlen näherer Verwandter – auch im portugiesischen Recht. Hier können sogar entferntere Angehörige berechtigt sein, so in Italien auch die Großeltern,<sup>85</sup> in Frankreich bei entsprechender enger Beziehung auch Onkel und Tanten, Nichten und Neffen.<sup>86</sup>

Gute Freunde oder enge Arbeitskollegen zählen, soweit ersichtlich, in keiner Rechtsordnung zu den Berechtigten.<sup>87</sup>

erhält. Siehe für Verlobte BGE 114 II 144, 149; *Heierli/Schnyder* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 9; *Werro* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 16. – Siehe für Frankreich Fn. 86. Für Österreich: OGH, 2 Ob 212/04x; *Karner*, ZVR 2008, 44, 46; *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444, 447; für Österreich und Italien: *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 56f.; siehe des Weiteren z. B. das finnische Haftpflichtgesetz, Kapitel 5, § 4a (Personen, die dem Opfer ähnlich nahe stehen wie enge Familienmitglieder); § 444 Abs. 3 lit. f) des tschechischen ZGB (Personen, die im selben Haushalt wie das Opfer leben); Art. 180 Abs. 4 des slowenischen Schuldrechtsgesetzes (nichtehelicher Partner, sofern eine langwährende Bindung bestand); Art. 201 Abs. 4 des serbischen Vertrags- und Deliktsgesetzes (sofern ein dauerhafter gemeinsamer Haushalt bestand).

82 Für Österreich: OGH, ZVR 2005/73; OGH, 2 Ob 99/05f, ZVR 2005/89; *Karner*, ZVR 2008, 44, 46; *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444, 447; für die Schweiz: BGE 112 II 122; BGE 118 II 404; *Heierli/Schnyder* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 9; *Werro* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 16; § 444 Abs. 3 lit. e) des tschechischen ZGB; Art. 180 Abs. 3 des slowenischen Schuldrechtsgesetzes (Geschwister, wenn eine enge Beziehung bestand); Art. 1391 Abs. 2 des rumänischen ZGB; Art. 201 Abs. 2 des serbischen Vertrags- und Deliktsgesetzes (sofern sie im selben Haushalt wohnten).

83 Fatal Accident Act, Sect. 1A, Wortlaut: unten V. 4.b (Fn. 130).

84 Florida Statutes, Wrongful Death Act, Sect. 768.16, 768.17, 768.19, 768.21. Das Recht z. B. New Yorks gewährt dagegen kein Trauerschmerzensgeld, siehe New York Estates, Powers & Trusts – Part 4. Rights of Members of Family Resulting From Wrongful Act, Neglect or Default Causing Death of Decedent, § 5-4.1, § 5-4.3.

85 Vgl. *Wenter*, zfs 2012, 1, 2.

86 Cour de Cassation, 16. 4. 1996, JCP 1996 I 3985; siehe für Frankreich auch *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Les obligations, 6. Aufl. 2013, n°222: Es wird kein formelles familiäres Band gefordert, theoretisch kommt auch der Bewunderer eines Künstlers bei dessen Ableben in Betracht. „Seule la sagesse des magistrats sert aujourd’hui de digue, ce qui n’est pas une panacée“. Dennoch sei zu beobachten, dass in erster Linie Familienangehörige von Erstgeschädigten sowie Lebenspartner Ersatz erhielten; *Malinvaud/Fenoüillel*, „Droit des obligations, 11. Aufl. 2010, n°563: Sie nennen als Beispiele: fiancé(e), compagnon, tous les proches, pacte civil, pacte de solidarité, etc.; *Flour/Aubert/Savaux*, Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique, 15. Aufl. 2012, n°147ff. et 149ff.: Als sog. *victim par ricochet* kommt für einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens praktisch jede Person in Betracht, die in einer engen Beziehung zum Erstgeschädigten gestanden hat.

87 So für Österreich: *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 444, 447; für Österreich und Italien: *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 60; für das französische Recht ist dies jedoch nicht ganz auszuschließen, siehe Fn. 86.

## b) Perspektiven für das deutsche Recht

Bei diesem rechtsvergleichenden Befund ergibt sich die Antwort für das deutsche Recht fast von selbst. Zu den Berechtigten sollten Ehegatten, Eltern und Kinder zählen. Wie bei den Schockschäden so sollten im deutschen Recht von vornherein zudem Verlobte und Partner, mit denen eine Lebensgemeinschaft besteht, zu den potentiell Begünstigten gerechnet werden.<sup>88</sup>

Erwogen werden sollte zudem, Geschwister in den Kreis möglicher Berechtigter einzubeziehen. Lebten sie unter einem Dach, könnte eine enge Beziehung vermutet werden; andernfalls und insbesondere mit zunehmendem Alter wird man in diesem Verhältnis verlangen können, dass eine besonders enge Beziehung dargetan wird.<sup>89</sup>

Jenseits dieser Beziehungen sollte Trauerschmerzensgeld allenfalls ausnahmsweise und bei Vorliegen ganz besonderer Umstände in Betracht kommen.<sup>90</sup>

## 4. Die Beträge: Höhe und Bemessungsgrundlage – im Gesetz vorgesehen oder von den Gerichten bestimmt?

### a) Zur Höhe der Ersatzbeträge

Was die Höhe der in Europa gewährten Angehörigenschmerzensgelder betrifft, so finden sich am unteren Ende der Skala osteuropäische Staaten, wobei allerdings zu berücksichtigen ist, dass die Lebenshaltungskosten dort ebenfalls deutlich niedriger sind. So gewährte das Oberste Gericht Litauens Eltern, die durch eine fehlerhafte Behandlung eine erwachsene Tochter verloren hatten, die mit den Eltern und einer eigenen Tochter in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hatte, jeweils einen Betrag von umgerechnet 2900 €. <sup>91</sup> In der Tschechischen Republik z. B. werden beim Verlust eines Kindes, Elternteils oder Ehepartners rund 9000 € gewährt, beim Verlust von Geschwistern ca. 6500 €. <sup>92</sup> In ähnlicher Größenordnung bewegen sich die Beträge in Bulgarien.<sup>93</sup>

88 So auch *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 20; *Wiedemann/Spelsberg-Korspeter*, NZV 2012, 471, 473, These 4; *Huber*, NZV 2012, 5, 9.

89 Ähnlich *Huber*, NZV 2012, 5, 9; *Wagner* (Fn. 19), 2013, S. 231, 251; für das österreichische Recht *Karner*, ZVR 2008, 44, 46, unter Hinweis auf die Rspr. des OGH; für die Schweiz: *Brehm*, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2012, Art. 47 N. 154; *Heierli/Schnyder* (Fn. 80), Art. 47 Rdnr. 9. Siehe auch Art. 180 Abs. 3 des slowenischen Schuldrechtsgesetzes (Geschwister, wenn eine enge Beziehung bestand) und Art. 201 Abs. 2 des serbischen Vertrags- und Deliktsgesetzes (sofern sie im selben Haushalt wohnten). Siehe auch *Lord Ackner* im englischen Fall *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, 28. 11. 1991 [1991] UKHL 5, [1991] 4 All ER 907, [1992] 1 AC 310 (conclusions): „The quality of brotherly love is well known to differ widely – from Cain and Abel to David and Jonathan“.

90 Siehe in der deutschen Literatur z. B. *Kuhn*, SVR 2012, 288, 289 (für die Einbeziehung der Großfamilie einschließlich von Eheleuten und eingetragenen Lebenspartnern, Kindern, Eltern, Geschwistern und Großeltern); für einen u. U. noch weiteren Kreis *Schwintowski/C. Schah Sedi/M. Schah Sedi*, ZfSch 2012, 6, V. (bei tiefen Lebensfreundschaften oder auch bei Kameradschaften im militärischen Bereich).

91 Lietuvos Aukščiausiasio Teismo Civilinių bylų skyriaus teisėjų kolegijos, 23. 2. 2010, nutartis c.b. *I. J. and others v. Public Institution Vilnius City University Hospital*, No. 3K-3-59/2010 (Auszüge mit englischer Übersetzung in: *Kadner Graziano*, Comparative Tort Law, Case 5b, erscheint demnächst).

92 § 444 Abs. 3 des tschechischen ZGB.

93 Supreme Court of Cassation, III. Civil Division, 3. 7. 2005, Decision No. 377, Civil Case 3667/2002: erwachsene Tochter mit eigener Familie verliert 49-jährigen Vater bei Arbeitsunfall, 10000 € (Vorinstanz), wegen erheblichen Mitverschuldens herabgesetzt auf 6500 €, in: *Winiger/Kozioł/Koch/Zimmermann* (eds.), Digest of European Tort Law, Vol. 2: Essentiel Cases on Damage, 2011, 12/27/6, m. Anm. *Tanev*.

Im niederländischen Gesetzgebungsverfahren, das auf die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes zielte, war ein gesetzlich fixierter, symbolischer Betrag von 10 000 € vorgesehen.<sup>94</sup>

In England beläuft sich das Trauerschmerzensgeld (*damages for bereavement*) bei Verlust eines Ehegatten oder minderjährigen Kindes auf 12 980 £ (18 300 €).<sup>95</sup>

In Österreich wurde Eltern, die ihren 19-jährigen Sohn verloren, der noch bei ihnen gelebt hatte, 20 000 € zugesprochen sowie den Geschwistern 15 000 €;<sup>96</sup> bei Tötung einer sechsjährigen Tochter wurden ebenfalls 20 000 € gewährt;<sup>97</sup> eine Frau, die ihren Vater bei einem Unfall verlor, erhielt 15 000 €;<sup>98</sup> ein 40-jähriger Mann nach dem Unfalltod seiner 61-jährigen, nicht im gemeinsamen Haushalt wohnenden Mutter 13 000 €;<sup>99</sup> ein 48-jähriger Mann wegen des Verlusts seines 46-jährigen Bruders, zu dem eine sehr enge Beziehung bestanden hatte, 9 000 €<sup>100</sup> etc.

In Frankreich werden beim Verlust eines Ehe- oder Lebenspartners zwischen 20 000 und 30 000 € gewährt, ebenso beim Verlust eines Kindes, wenn es noch zu Hause gewohnt hatte, andernfalls zwischen 15 000 und 20 000 €. Das minderjährige Kind erhält bei Verlust eines Elternteils ebenfalls 20 000 bis 30 000 €, das volljährige 15 000 bis 20 000 €, wenn es noch zu Hause wohnt, andernfalls 11 000 bis 15 000 €. Geschwister erhalten 9 000 bis 12 000 €, wenn sie im selben Haushalt wohnten, andernfalls 6 000 bis 9 000 €. Großeltern und Enkel erhalten jeweils zwischen 7 000 und 14 000 €.<sup>101</sup> Bei entfernterer Verwandtschaft muss eine konkrete enge Nähebeziehung nachgewiesen werden und werden dann Beträge bis zu 5 000 € gewährt.

In der Schweiz belaufen sich die Ersatzbeträge je nach Nähebeziehung auf bis zu zwischen 10 000 und 50 000 CHF (ca. 47 600 €). So erhält der überlebende Ehegatte i. d. R. 40 000 bis max. 50 000 CHF, Eltern bei Verlust des Kindes 20 000 bis 30 000 CHF, Kinder bei Verlust eines Elternteils um die 25 000 CHF und Geschwister bis 10 000, gelegentlich 12 000 CHF.<sup>102</sup> Wie erwähnt, sieht das Bundesgericht die bleibende schwere Verletzung für die Angehörigen oft als ebenso schlimm oder gar noch schlimmer an als einen Todesfall und gewährt dann regelmäßig zwischen 20 000 und 50 000 CHF (wiederum abhängig von der Nähebeziehung).<sup>103</sup>

Außergerichtlich werden zum Teil auch etwas höhere Beträge gezahlt. Offenbar besteht bei Versicherern der Wunsch, dem Risiko zur Verurteilung zu höheren Beträgen durch außergerichtliche Zahlung eines gewissen Zuschlags zu entgegenen.<sup>104</sup>

Am oberen Ende der europäischen Skala liegt Italien.<sup>105</sup> Die italienischen Gerichte gewähren Eltern, Kindern und Lebensgefährten, die mit dem Opfer zusammenlebten, sowie gelegentlich auch weiteren Verwandten ohne Nachweis einer eigenen Gesundheitsverletzung der Angehörigen die deutlich höchsten Ersatzbeträge in Europa. So erhalten Ehegatten bei Verlust des im gemeinsamen Haushalt lebenden Partners (je nach Gerichtsbezirk) zwischen 43 000 € und bis zu 228 000 €,<sup>106</sup> in Einzelfällen sogar bis zu 304 000 €; minderjährige, im gemeinsamen Haushalt lebende Kinder (wiederum je nach Gerichtsbezirk) zwischen mindestens 25 000 bis maximal rund 158 000 €,<sup>107</sup> volljährige Kinder etwas weniger; Eltern getöteter Kinder erhalten zwischen 25 000 und 196 000 €<sup>108</sup>; Geschwistern wird zwischen 6 000 und rund 90 000 € zugesprochen.<sup>109</sup> Die italienischen Gerichte stützen

sich hierbei auf die verfassungsrechtliche Wertentscheidung, nach welcher das Rechtsband des Familienlebens, das durch den Haftungsfall zerstört wurde, höchste Priorität genießt.

Die Diskussion um das Schmerzensgeld bei schwerwiegenden Personenschäden hat in Italien zu einer Neubewertung und Umverteilung von Schadensersatzleistungen geführt und zu Einschränkungen bei der Entschädigung von Sachschäden zugunsten derjenigen bei Personenschäden.<sup>110</sup> So werden nach italienischem Recht Wertminderungen von Pkw, Nutzungsausfall und auch Gutachterkosten nicht vorbehaltlos, sondern nur unter bestimmten, im Vergleich mit dem deutschen Recht erhöhten Voraussetzungen entschädigt. Wird einem Menschen das wohl Wertvollste genommen, das er besitzt, die Beziehung zu einem geliebten engen Familienmitglied, so löst dies in Italien dagegen Ersatzansprüche und -leistungen aus, welche die verfassungsrecht-

94 Näher mit Nachweisen *Hinghofer-Szalkay* (und *Prisching*), ZVR 2008, 444, 449.

95 Fatal Accident Act, Sect. 1A Bereavement, Wortlaut unten V.4.b) (Fn. 130).

96 OGH, 26. 6. 2008, 2 Ob 55/08i, ZVR 2009, 75.

97 OGH, ZVR 2007/239.

98 Vgl. OGH, 20. 9. 2012, 2 Ob 161/12h (Revision gegen das entsprechende vorinstanzliche Urteil zurückgewiesen; die Bemessung eines Trauerschmerzensgeldes von dieser Höhe halte sich noch im Rahmen der Judikatur).

99 OGH, 2. 7. 2004, 2 Ob 141/04f, ZVR 2004/86.

100 OGH, 21. 4. 2005, 2 Ob 90/05g, ZVR 2005/73.

101 Référentiel indicatif régional de l'indemnisation du préjudice corporel, Cours d'appel d'Agén, Angers, Bordeaux, Grenoble, Limoges, Nîmes, Orléans, Pau, Poitiers, Toulouse, Versailles, Basse-Terre, 4e éd., novembre 2011, unter: [www.avocats-toulouse.com/wp-content/uploads/2014/07/RIIPCoc2011.pdf](http://www.avocats-toulouse.com/wp-content/uploads/2014/07/RIIPCoc2011.pdf), S. 22.

102 *Fellmann/Kottmann*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 2012, Rdnr. 2689 ff.; in der jüngeren Rspr. dienen 40 000 CHF oft als Basisbetrag, der u. U. im Einzelfall nach oben oder unten korrigiert wird; 40 000 CHF wurden gewährt z. B. in den Fällen BG, 5. 5. 2006, 4C.435/2005 (bei Verlust des Ehemannes); BG, 12. 3. 2002, 4C.195/2001 (Verlust der Ehefrau), BG, 1. 6. 1997, 4C.343/1996 (ebenfalls Verlust des Ehemannes); höhere Beträge werden z. B. bei Tötung insbes. durch Straftaten zugesprochen (50 000 CHF an Witwe und 30 000 CHF an Sohn eines Mordopfers, BG, 31. 7. 2001, BGE 127 IV. 127); 30 000 CHF an Tochter eines Mordopfers (BG, 13. 10. 2000, 1A.203/2000). Bei Verlust eines Kindes werden häufig 30 000 CHF zugesprochen, so z. B. BG, 13. 5. 2008, 6B\_199/2007 (Tod eines Kindes bei Sportunfall anlässlich eines Ferienlagers, 30 000 CHF jeweils an Mutter und Vater, 10 000 CHF an Bruder); siehe auch den Fall BG, 11. 3. 1986, BGE 112 II 118 (Eltern erhalten jeweils 40 000 CHF für den Verlust zweier Kinder, ein Sohn 12 000 CHF wegen des Verlusts des Bruders).

103 Siehe Fn. 102. Ähnlich offenbar die Beträge in Japan; vgl. *Frank*, FamRZ 2015, 289, 290 und 294: rund 44 000 € (bereinigt um eine Mitverschuldensquote). Für China nennt er Beträge von ungerechnet zwischen 12 000 und 13 000 €. Sie entsprechen dem dreifachen Jahreseinkommen eines Arbeiters in der Stadt.

104 So wird z. B. für Österreich von außergerichtlichen Zahlungen i. H. v. 30 000 € berichtet.

105 Näher *Wenter*, zfs 2012, 1; *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 58 ff.

106 Siehe die nach Gerichtsbezirken aufgeschlüsselten Zahlen bei *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 58. Unverheiratete in einem gemeinsamen Haushalt lebende Lebenspartner erhalten deutlich weniger.

107 *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 58.

108 *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 58.

109 *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 59; vgl. *Wenter*, zfs 2012, 1, 2. Er berichtet von einem Fall aus der eigenen Praxis, in dem den Eltern eines bei einem Verkehrsunfall ums Leben gekommenen Mannes 250 000 € sowie dem Bruder 100 000 € geleistet wurden. Dazu, dass Beträge in dieser Höhe auch in Italien nicht selbstverständlich sind, siehe die von *Christiandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 44, 51 f. geschilderten Fälle: Corte di Cassazione, 5. 8. 2004, Nr. 15001: 22-jähriger Mann verunglückt bei Verkehrsunfall tödlich, die Eltern erhalten gemeinsam 50 000 €, drei hinterbliebene Geschwister gemeinsam 30 000 €; Tribunale di Messina, 15. 7. 2002, Foro italiano I, 2002, 3494: 77 500 € für die Ehefrau und 30 000 € für die Tochter.

110 Hierzu und dem Folgenden *Wenter*, zfs 2012, 1, 4.

liche Stellung des betroffenen Gutes vollumfänglich widerspiegeln.

Für die Versicherer bedeutet diese Umverteilung, dass Beiträge, die an Angehörige von Todesopfern sowie von Schwerstverletzten geleistet werden, bei den Folgekosten von Sachschäden eingespart und die hohen Schmerzensgelder letztlich offenbar kostenneutral gewährt werden können.<sup>111</sup> Zu einem nennenswerten Missbrauch hat diese Höhe von Trauerschmerzensgeldern nach Angaben aus der Praxis nicht geführt.<sup>112</sup>

Das deutsche Recht, das (noch immer) kein Trauerschmerzensgeld kennt, ist bei Folgekosten von Sachschäden im Rechtsvergleich besonders großzügig.<sup>113</sup> Wie in Italien so wurde auch in Deutschland gefordert, Einsparungen bei Sachschäden vorzunehmen und dies den Opfern von Personenschäden zugutekommen zu lassen.<sup>114</sup> Erste Schritte in dieser Richtung sind erfolgt.<sup>115</sup> Nun gilt es, die Umverteilung in Richtung der Personenschäden zu realisieren. Was die Höhe betrifft, so sollte zu denken geben, dass im englischen Recht Beträge von rund 15000 € als geradezu lächerlich gering kritisiert wurden<sup>116</sup> und die dortige Law Commission schon seit geraumer Zeit eine Erhöhung auf 30000 £ (43000 €) empfiehlt.<sup>117</sup> In der europäischen Diskussion wird zudem kritisiert, dass in einigen europäischen Rechtsordnungen Trauerschmerzensgelder gewährt werden, die in ihrer Höhe „unter dem Kaufpreis eines Kleinwagens liegen“, den die Eltern eines bei einem Unfall getöteten jungen Mannes diesem eventuell wenige Wochen vor seinen Unfalltod gekauft haben.<sup>118</sup>

Für das Trauerschmerzensgeld sollte im deutschen Recht daher mindestens an Beträge gedacht werden, die zwischen denjenigen liegen, welche in Frankreich und der Schweiz geleistet werden (also an zwischen 30000 bis knapp 50000 €).<sup>119</sup> Beträge darunter dürften *de lege ferenda* unter Umständen als „pietätlos“ empfunden werden.<sup>120</sup> Nach dem folgenschweren Unfall im *Mont Blanc*-Tunnel und nun nach dem *Germanwings*-Absturz wurde in der öffentlichen Diskussion beklagt, es gebe keinen einheitlichen europäischen Opferstatus.<sup>121</sup> Auch als Antwort hierauf liegt es nahe, sich bei der Höhe der Beträge an den im (west-)europäischen Ausland geltenden Standards zu orientieren.

Die Beträge, welche die deutsche Rechtsprechung für Schockschäden zuspricht, sollten für Angehörigenschmerzensgelder in der Höhe keinesfalls als Obergrenze gelten.<sup>122</sup> Eltern, die ein Kind verloren haben, werden einen eigenen Schockschaden – und sei er auch noch so intensiv – wohl immer als weitaus weniger gewichtig ansehen als die langfristige Trauer über den Verlust eines eigenen Kindes.<sup>123</sup> In der schweizerischen Rechtsprechung z. B. treten Schockschäden daher fast völlig zurück hinter die ohne weiteres gewährten Angehörigenschmerzensgelder.

#### b) Bemessung durch den Gesetzgeber oder die Gerichte?

In einigen wenigen Rechtsordnungen sind die Beträge gesetzlich festgelegt. Zu nennen ist etwa Art. 444 des tschechischen ZGB<sup>124</sup> sowie das englische, das schottische und das irische Recht.<sup>125</sup>

Nach dem englischen Leitentscheid aus dem Fall *Baker v. Bolton* aus dem Jahre 1808 darf kein Mensch vom Tode eines anderen profitieren.<sup>126</sup> Hiernach waren Klagen auf Ersatz materiellen oder immateriellen Schadens, der aus dem Tod eines anderen resultierte, richterrechtlich ausgeschlossen.<sup>127</sup> Der

englische Gesetzgeber führte als Reaktion hierauf bereits Mitte des 19. Jahrhunderts zunächst einen gesetzlichen Anspruch auf Ersatz materiellen Schadens aus dem Verlust eines Angehörigen ein. Ab den 1930er Jahren gewährten die Gerichte dann für den Fall, dass ein Kind getötet wurde, diesem einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz für den Verlust seines Lebens. Dieser ging im Wege der Erbfolge auf seine Angehörigen über. Einzige Funktion dieses Konstrukts war es, Eltern eines minderjährigen Kindes, das bei einem Unfall getötet wurde, einen kleinen Betrag für ihr Leid zu gewähren.<sup>128</sup> In der englischen Literatur heißt es hierzu:

„In the case of death of a young child [...] its parents could recover nothing. Since it could not earn anything its ‘value’ to its parents was ‘nil’. ... Through the medium of damages for the expectation of life ‘the meanness of refusing parents damages for their grief was neutralized by the absurdity of giving the dead child a claim for being killed’.“<sup>129</sup>

111 *Wenter*, zfs 2012, 1, 4.

112 *Wenter*, zfs 2012, 1, 4 f. mit Beispielen: „Diskussionen, dass sich nahe Angehörige durch Zahlung von Schadensersatzbeträgen aufgrund des Ablebens des Familienangehörigen womöglich noch bereichern könnten, sind aus meiner Sicht völlig realitätsfremd“.

113 Ausf. *Kadner Graziano/Oertel*, ZVgIRWiss 2008, 113, 139 f.

114 Siehe die Empfehlungen des 34. Deutschen Verkehrsgerichtstages, *VersR* 1996, 310, 312; dazu *Huber*, NZV 2012, 5; *Höke*, NZV 2014, 1, 2.

115 Reduzierung der Mietwagenkosten seit der grundlegenden Wende in BGHZ 160, 377 und Begrenzung der fiktiven Abrechnung bei älteren Fahrzeugen in BGHZ 183, 21.

116 *McGregor*, *McGregor on Damages*, 19. Aufl. 2014, Rdnr. 39-020.

117 The Law Commission, *Claims for Wrongful Death*, Law Com. No. 263, November 1999, Rdnr. 6.8 ff., 6.11 ff.

118 *Wenter*, zfs 2012, 1, 5.

119 Zurückhaltender *Kuhn*, SVR 2012, 288, 290 (er empfiehlt Höchstbeträge zwischen 10000 € und 15000 €); *Höke*, NZV 2014, 1, 4 (15000 € seien angemessen); ähnlich *Hoppenstedt/Stern*, ZRP 2015, 18, 21; *Huber*, NZV 2012, 9; *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 245 ff., 253.

120 So zu Recht auch *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 246. Er kritisiert zudem, dass ein Schmerzensgeld i. H. v. nur 15000 € kaum verhaltenssteuernde Wirkung hätte.

121 Siehe seinerzeit die Genfer Tageszeitung *Le Courrier* vom 13. 9. 2002, S. 20: „Mont-Blanc: l’imbroglio des indemnités – Il n’y a pas de statut des victimes l’échelle européenne, dénoncent les victimes“. Siehe jetzt den Bericht in DER SPIEGEL (Fn. 2).

122 So aber in der Tendenz *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 245 f.

123 In dem von *Wagner* (Fn. 19), S. 231, 246, zitierten Fall des OLG Nürnberg (zu ihm schon oben II. 1.) dürfte der Ersatz von Schockschäden der Eltern in Höhe von insgesamt 70000 € an den Vater und 40000 € an die Mutter vor allem deshalb so hoch ausgefallen sein, weil damit stillschweigend auch der Schmerz über den Verlust aller drei Kinder abgegolten wurde.

124 Die Vorschrift lautet in englischer Übersetzung: § 444. Injury to health. [...] (3) A lump-sum payment is to be made to the surviving dependents for damage suffered from death, in particular to: a) the husband or wife, CZK 240000 [= approximately 9000 €], b) each child, CZK 240000, c) each parent, CZK 240000, d) each parent in the case of the loss of an unborn conceived child, CZK 85000, e) each sibling of the deceased, CZK 175000, f) each close person living in the same household with the deceased at the time of the occurrence of the incident which led to the injury to health resulting in death, CZK 240000.

125 Schottland: *Damages (Scotland) Act 2011*, Sect. 4 (3) (b); Irland: *Civil Liability Act 1961*, Section 49 (1) (b) i. d. F. von 2014; für England siehe weiter unten Fn. 130.

126 *Baker v. Bolton*, [1808] EWHC KB J92, (1808) 1 Camp 493; 170 ER 1033: „In a civil Court, the death of a human being could not be complained of as an injury“.

127 Nach den richterrechtlichen Regeln des Common Law gibt es im englischen Recht nach wie vor kein Trauerschmerzensgeld; siehe etwa *Lord Ackner*, in: House of Lords, *Alcock v. Chief Constable of South Yorkshire Police*, 28. 11. 1991, [1991] UKHL 5, [1991] 4 All ER 907, [1992] 1 AC 310, n. 3: „Mere mental suffering, although reasonably foreseeable, if unaccompanied by physical injury, is not a basis for a claim for damages“.

128 Siehe etwa *Deakin/Johnson/Markesinis*, *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 7. Aufl. 2012, S. 851 f.: „In the case of death the only real function of these damages performed was to give the parents of young children killed in an accident a small sum which they would otherwise not have obtained“.

Anfang der 1980er Jahre beseitigte der englische Gesetzgeber diese Kuriosität und schuf einen gesetzlichen Anspruch auf *damages for bereavement*. Heute steht den Eltern eines unfallbedingt ums Leben gekommenen minderjährigen, unverheirateten Kindes sowie einem Ehepartner beim Verlust des anderen nach Art. 1A des Fatal Accident Act ein gesetzlich festgesetzter Betrag für ihr Leid i. H. v. 12980 £ (rund 18300 €) zu.<sup>130</sup> In Irland beläuft sich der Betrag heute auf 35000 €. <sup>131</sup>

Die Rechtsentwicklung in England weist eine frappierende Ähnlichkeit zu aktuellen Entwicklungen in Deutschland auf – mit dem Unterschied allerdings, dass der letzte Schritt im deutschen Recht noch fehlt. Hier besteht in jüngster Zeit bei einigen Gerichten eine Tendenz, den Erstgeschädigten einen Schmerzensgeldanspruch für die Todesangst zuzusprechen, die sie in den letzten Momenten vor ihrem Tod empfunden haben, selbst wenn es nur um wenige Sekunden ging.<sup>132</sup> Der ums Leben gekommene Erstgeschädigte wird von einem solchen Schmerzensgeld naturgemäß nicht mehr erreicht und der Betrag geht im Wege der Erbfolge auf seine nächsten Verwandten über. Man mag hierin letztlich ein verstecktes Angehörigenschmerzensgeld sehen und in Abwandlung des oben wiedergegebenen Zitats aus der englischen Literatur ließe sich zu dieser Rechtsprechung in Deutschland anmerken:

Through the medium of damages for the fear of dying, the meanness of refusing parents damages for their grief was neutralized by the absurdity of giving the dead child a claim for the fear of being killed.

Der Rechtslage in England ähnlich ist die Lage in einer Reihe von Bundesstaaten der USA, wo Haftungsrecht grundsätzlich in die Kompetenz der Einzelstaaten fällt und die Einführung von *bereavement damages* ebenfalls meist den Gesetzgebern vorbehalten war.<sup>133</sup> Entgegen weit verbreiteter Vermutung ist das US-amerikanische Haftungsrecht beim Ersatz von Schockschäden und beim Angehörigenschmerzensgeld keineswegs zwangsläufig großzügiger als europäische Haftungsrechte, ja zum Teil sogar erheblich restriktiver.<sup>134</sup>

In der ganz überwiegenden Zahl der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen liegt die Festsetzung der Höhe von Trauerschmerzensgeldern dagegen im Ermessen der Gerichte. Dabei orientieren sich die Gerichte zum Teil an unverbindlichen Tabellen (so etwa in Frankreich, Italien und – in anderen Teilen der Welt – Japan). In einigen wenigen Ländern gelten verbindliche Regelwerke (*Baremos* in Spanien und Portugal).<sup>135</sup>

Die Bemessung den Gerichten zu überlassen (sowie die Praxis, sich hierbei an unverbindlichen Tabellen zu orientieren), hat den Vorteil, dass die Umstände des konkreten Falles berücksichtigt werden können, was wiederum zur Gerechtigkeit im Einzelfall beiträgt.<sup>136</sup> Wie die Praxis zum Schmerzensgeld in Deutschland sowie zum Trauerschmerzensgeld im Ausland belegt, bewältigen die Gerichte die damit verbundenen Anforderungen angemessen. Es dürfte daher kein Zufall sein, dass die Bemessung der Beträge durch die Gerichte das im Rechtsvergleich sehr viel weiter verbreitetere und damit insgesamt erfolgreichere Modell ist.

### c) Pauschalbeträge oder Einzelfallbetrachtungen?

Je näher die Beziehung zu dem Erstgeschädigten, desto eher wird in den europäischen Privatrechten die abstrakte Angehörigenbeziehung als ausreichend für den Anspruch auf ein

Trauerschmerzensgeld angesehen. Bei einer Eltern-Kind-Beziehung oder derjenigen unter Ehegatten oder Lebenspartnern gilt gleichsam eine Vermutung für eine tatsächliche und auch gelebte Nähebeziehung. Was die Bemessung des Betrages im Einzelfall betrifft, hat etwa der österreichische OGH ausgeführt:

„Der Oberste Gerichtshof folgt bei der Bemessung des Trauerschmerzensgeldes einem schematischen Ansatz, der sich an den familiären Beziehungen zwischen dem hinterbliebenen Angehörigen und dem Unfallopfer orientiert. Neben dem Verwandtschaftsgrad kommt es dabei insbesondere auf Aspekte wie die Intensität der Gefühlsgemeinschaft, das Alter des Angehörigen und des Unfallopfers sowie das Bestehen einer Hausgemeinschaft an.“<sup>137</sup>

Vergleichbare Aspekte finden in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts Berücksichtigung. Je entfernter eine verwandtschaftliche Beziehung, desto eher wird von den Anspruchstellern erwartet, eine konkrete Nähebeziehung darzulegen und ggf. zu beweisen. In der deutschen Diskussion wurde von Vertretern der Kirchen sowie von Opferorganisationen allerdings darauf hingewiesen, dass das Erfordernis, eine konkrete Nähebeziehung im Nachhinein nachweisen zu müssen, seinerseits traumatisierend wirken kann, vor allem bei enger Verwandtschaft. Insofern sind von den Gerichten also Fingerspitzengefühl und Zurückhaltung gefordert.<sup>138</sup>

129 Weir, Compensation for Personal Injuries and Death: Recent Proposals for Reform, in: The Cambridge-Tilburg Law Lectures: First Series 1978, 1978, S. 12.

130 Fatal Accident Act, Sect. 1A, Bereavement. (1) An action under this Act may consist of or include a claim for damages for bereavement.

(2) A claim for damages for bereavement shall only be for the benefit – (a) of the wife or husband or civil partner of the deceased; and (b) where the deceased was a minor who was never married or a civil partner – (i) of his parents, if he was legitimate; and (ii) of his mother, if he was illegitimate.

(3) [...] [T]he sum to be awarded as damages under this section shall be £ 12,980.

(4) Where there is a claim for damages under this section for the benefit of both the parents of the deceased, the sum awarded shall be divided equally between them [...].

131 (Irish) Civil Liability Act 1961, Section 49 (1) (b), vgl. unter: www.irishstatutebook.ie/2014/en/si/0006.html.

132 Siehe dazu etwa Spindler, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 35. Edition (Stand: 1. 11. 2013), § 253 Rdnr. 37; OLG Düsseldorf, 12. 10. 2011, I-18 U 216/10: 10000 € nach kurzer Phase der Todesangst (11 Sekunden); OLG Bremen, 16. 3. 2012, 3 U 6/12: 50000 €, Todesangst von 30 Minuten; OLG Koblenz, NJW-RR 1999, 1402: 25000 DM; OLG Köln, NJW-RR 1992, 221: 40000 DM. In allen diesen Fällen kam der Erstgeschädigte nach der Phase der Todesangst ums Leben.

133 Die maßgeblichen Präjudizien des englischen richterrechtlichen Common Law werden auch von der Rspr. vieler US-amerikanischer Bundesstaaten beachtet. In einigen Bundesstaaten der USA wurde dies von den Gesetzgebern korrigiert, so in Florida, nicht dagegen in New York, dessen Recht kein Trauerschmerzensgeld vorsieht (Nachw. oben Fn. 54).

134 Siehe die Materialien in Kadner Graziano, Comparative Tort Law, Case 5a (erscheint demnächst); Wagner (Fn. 19), S. 231, 240 f. (keine Gefahr „amerikanischer Verhältnisse“); Weller/Rentsch/Thomale, NJW 2015, 1909, 1913: „das beliebte Klischee von der Höhe des US-amerikanischen Schadensersatzrechts [hält] bei Flugzeugunfällen – zumindest soweit es um Ansprüche gegen Fluggesellschaften geht – einer näheren Überprüfung nicht stand“.

135 Hierzu Kadner Graziano/Oertel, ZVglRWiss 2008, 113, 132 ff. m. w. Nachw.

136 So auch Hoppenstedt/Stern, ZRP 2015, 18, 20; Wiedemann/Spelsberg-Korspeter, NZV 2012, 471, 473; Staudinger, NJW 2006, 2433, 2436. Für eine gesetzliche Fixierung der Ersatzbeträge dagegen Wagner (Fn. 19), S. 231, 249 ff.

137 OGH, 20. 9. 2012, 2 Ob 161/12h.

138 Die Beweislast kann zu einer „sekundären Traumatisierung“ führen; so Breit (bayerische Landeskirche), ähnlich Böttcher (Weißer Ring), bei Schultzky, VersR 2011, 857, 860.

## VI. Perspektiven für das deutsche Recht: Zehn Eckpunkte für ein Trauerschmerzensgeld im deutschen Recht

Auf Grundlage des Rechtsvergleichs sowie der oben angelegten Abwägungen werden im Folgenden zehn Eckpunkte für ein Trauerschmerzensgeld im deutschen Recht vorgeschlagen:

(1) *Funktionen des Trauerschmerzensgeldes*: Vieles spricht für die Einführung eines Trauerschmerzensgeldes auch ins deutsche Recht. Es geht bei Trauerschmerzensgeld *nicht* um die Frage, was ein Menschenleben wert ist. Seine Funktion besteht vielmehr darin, die Situation von Angehörigen zumindest ein wenig erträglicher zu gestalten und das vielleicht schlimmste Leid, das Menschen empfinden können, zumindest ein wenig zu lindern: den Schmerz über den Verlust oder die schwere Verletzung eines Kindes, des Partners oder eines Elternteils. In Fällen schwerer und schwerster Verletzung trägt Trauerschmerzensgeld zudem dazu bei, das Klima der Gesamtregulierung zu verbessern, die Kooperationsbereitschaft von Angehörigen bei der Schadensbewältigung zu fördern und so letztlich zur Stabilisierung oder gar Senkung der Kosten beizutragen. Zudem hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass zumindest in bestimmten Konstellationen ein Trauerschmerzensgeld von der Europäischen Menschenrechtskonvention gefordert ist. Die wohl wichtigste Funktion des Trauerschmerzensgeldes liegt schließlich darin, die soziale Stellung des Angehörigen als Mitgeschädigten anzuerkennen und ihm bei der Verarbeitung des traumatischen Erlebnisses Solidarität, Trost und Unterstützung zu bekunden.

(2) *Im Todesfall und bei schwerer Verletzung*: Angehörigenerschmerzensgeld sollte im Einklang mit fast allen europäischen Haftungsrechten im Todesfall eines nahestehenden Menschen gewährt werden sowie – in Übereinstimmung mit einer wachsenden Zahl von Rechtsordnungen – auch bei dessen schwerster Verletzung. Eine schwere, bleibende Verletzung eines geliebten Menschen kann für Angehörige vergleichbares, vielleicht sogar noch schlimmeres und länger währendes Leid bedeuten als ein Todesfall. Seine Funktion, das Schadensregulierungsklima zu verbessern und die Kooperation von Versicherer und Pflegepersonal auf der einen und Angehörigen auf der anderen Seite zu erleichtern und zu fördern, erfüllt das Angehörigenerschmerzensgeld sogar allein im Verletzungsfall. Bei der Frage, welche Verletzungen als besonders schwer anzusehen sind, können als Anhaltspunkte die Schmerzensgelder dienen, welche nach Personenschäden an die Erstgeschädigten gezahlt werden. Auch die Rechtsprechung und Kasuistik des Auslandes, z. B. der Schweiz, kann hier als Quelle der Inspiration dienen.

(3) *Bei Verschuldens- und Gefährdungshaftung*: Trauerschmerzensgeld sollte, wie in den meisten ausländischen Rechten und wie Schmerzensgeld im deutschen Recht ganz generell sowohl auf Grundlage der Verschuldenshaftung als auch in Fällen der Gefährdungshaftung gewährt werden. Hierfür spricht, dass beim Trauerschmerzensgeld der Ausgleichs- und Anerkennungsgedanke im Vordergrund stehen sollten sowie die Schwere des Schmerzes, nicht dagegen Umstände in der Person des Schädigers. Es vom Verschulden abhängig zu machen, würde dazu führen, dass in der für das Trauerschmerzensgeld so relevanten Fallgruppe von Verkehrsunfällen die Verschuldensfrage doch wieder zu thematisieren wäre, trotz Gefährdungshaftung im Übrigen.

Dies wäre ineffizient und die Befriedungs- und Anerkennungsfunktion von Trauerschmerzensgeld würde von Streitigkeiten um ein Verschulden geradezu konterkariert.

(4) *Kreis potentiell Berechtigter*: Vor dem Hintergrund der Erfahrungen im Ausland sollten zum Kreis potentiell Berechtigter jedenfalls Ehepartner und sonstige Lebenspartner, Eltern und Kinder zählen, ebenso Geschwister, wobei dann, wenn Letztere unter einem gemeinsamen Dach wohnen, eine besondere Nähe vermutet werden sollte; andernfalls und insbesondere mit zunehmendem Alter könnte bei Geschwistern verlangt werden, dass eine besonders nahe Beziehung dargetan wird. Jenseits dieser Beziehungen sollte Trauerschmerzensgeld nur ausnahmsweise und bei Vorliegen ganz besonderer Umstände in Betracht kommen.

(5) *Beträge*: Hoffnungen von Angehörigen auf Beträge in sechs- oder gar siebenstelliger Höhe<sup>139</sup> sind vor dem Hintergrund der Praxis im europäischen Ausland wohl unrealistisch bzw. allenfalls außergerichtlich zu erzielen. Realistisch scheinen in Deutschland Erwartungen i. H. v. zwischen 30 000 € und 40 000 € bis maximal vielleicht 50 000 € beim unfallbedingten Tod oder bei schwerster Verletzung eines besonders nahestehenden Menschen. Nach spektakulären Unfällen wurde in der öffentlichen Diskussion beklagt, es gebe keinen einheitlichen europäischen Opferstatus. Auch als Antwort hierauf liegt es nahe, sich bei der Höhe der Beträge an den im europäischen Ausland geltenden Standards zu orientieren. Bei den genannten Beträgen ist in Erinnerung zu behalten, dass sie nicht dem Schadensausgleich oder gar der monetären Bewertung des Lebens, sondern primär der Anerkennung fremden Leids und dem Ziel dienen, die materielle Situation der Angehörigen ein wenig zu erleichtern.

(6) *Beträge (Alternative)*: Würde dies politisch gewünscht, wären durchaus auch höhere Beträge denkbar. Sie ließen sich wohl kostenneutral finanzieren, wenn die Folgekosten von Sachschäden bei Kfz-Unfällen (Ersatz von Mietwagenkosten und abstraktem Nutzungsentgang) weiter an die Rechtslage und Praxis im Ausland angenähert würden und die eingesparten Beträge auf den Ersatz von Personenschäden umgeleitet würden.

(7) *Versicherbarkeit*: Angesichts der unter (5) genannten Beträge sowie angesichts des Umstandes, dass schwerste Haftungsfälle mit Todesfolge oder besonders schweren Verletzungen im Verhältnis zur Gesamtzahl aller Haftungsfälle selten sind, ist nicht damit zu rechnen, dass Trauerschmerzensgeld einen spürbaren Einfluss auf die Höhe von Haftpflichtprämien haben wird.

(8) *Festlegung der Höhe im Gesetz oder Aufgabe der Rechtsprechung*: Um den Gerichten die Aufgabe der Bemessung im Einzelfall abzunehmen, wurde die Höhe der Trauerschmerzensgelder in einigen Rechtsordnungen (England, Schottland, Irland, Tschechische Republik) im Gesetz festgelegt. In der ganz überwiegenden Mehrzahl von Rechtsord-

<sup>139</sup> Vgl. den Hinweis im SPIEGEL, 28/2015, S. 38 f., auf den Absturz eines Flugzeugs der türkischen *Birgenair* im Jahre 1996 (erwähnt werden 100 000 € Schmerzensgeld für Hinterbliebene) sowie den Absturz der *Concorde* bei Paris im Jahre 2000 (erwähnt werden Zahlungen i. H. v. 1,2 Mio € pro Angehörigem). Zahlungen in dieser Höhe wurden bislang allein bei besonders spektakulären, öffentlichkeitswirksamen Katastrophen und dann auch nur im Vergleichswege unter Einbeziehung vieler weiterer Interessen der in Anspruch Genommenen erzielt. Ein wichtiges Argument mag bei solchen Verhandlungen die Fragwürdigkeit der deutschen Rechtslage im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention sowie die Europäische Menschenrechtscharta sein; vgl. oben IV.2. c und IV.4.

nungen liegt es dagegen bei den Gerichten, die Ersatzbeträge zu bemessen; diese berücksichtigen hierbei den Verwandtschaftsgrad sowie z.B. die Intensität der Gefühlsgemeinschaft zwischen den Angehörigen und dem Unfallopfer sowie die Frage, ob eine Hausgemeinschaft zwischen Erst- und Zweitgeschädigten bestand. Im Hinblick auf die Rechtslage im Ausland ganz ungewöhnlich wäre eine Fixierung von Mindest- oder Höchstbeträgen im Gesetz; in den Vergleichsrechtsordnungen findet sich hierfür kein Vorbild. Die Gerichte bewältigen die mit der Bemessung der Trauerschmerzensgelder verbundenen Herausforderungen angemessen. Es ist daher kein Zufall, dass die Festsetzung durch die Gerichte das im Rechtsvergleich sehr viel weiter verbreitete und damit insgesamt erfolgreichere Modell ist.

(9) *Trauerschmerzensgeld in transnationalen Konstellationen*: Würde ein Trauerschmerzensgeld auch im deutschen Recht gewährt, so wäre nicht zuletzt in grenzüberschreitenden Fällen ein wichtiger Anreiz beseitigt, über viele Jahre kostspielig über das anwendbare Haftungsrecht zu streiten. Das deutsche Recht entginge damit zudem dem Risiko, im Ausland als *Ordre public*-widrig eingestuft zu werden.

(10) *Korrektur eines Wertungsdefizits*: Die Diskussion um Angehörigen- oder Trauerschmerzensgeld lebt im deutschen Recht immer wieder auf, sei es im Rahmen besonders spektakulärer Haftungsfälle wie jetzt nach dem Absturz des Flugzeugs der *Germanwings*, sei es – im kleineren Rahmen – bei Verkehrsunfällen mit besonders tragischen Folgen. Eine Rechtsänderung in dieser Frage würde dem Umstand Rechnung tragen, dass solche Fälle nicht nur von den Betroffenen, sondern auch der Allgemeinheit als besonders schwerwiegend empfunden werden und der Unterschied zur immer bekannteren Rechtslage im Ausland als zunehmend ungerecht angesehen wird. Als besonders unangemessen wird zudem empfunden, dass bei Verkehrsunfällen z.B. ein HWS-Trauma zu einem Schmerzensgeld führt, oder bei Reiseverträgen für entgangene Urlaubsfreude entschädigt wird, der als viel schlimmer empfundene existentielle Schmerz über den Verlust oder die schwerste Verletzung eines nahen Angehörigen dagegen ersatzlos bleibt. Ein Trauerschmerzensgeld könnte so eine wichtige Wertungslücke schließen. Nicht zuletzt hätte es für das europäische Privatrecht einen wichtigen harmonisierenden Effekt.

Professor Dr. Claus Luttermann, Ingolstadt

## Wirtschaftssanktionen und Investitionsschutz in Russland und der Ukraine

Rechtsgrundlagen, Schiedsverfahren und eurasische Perspektiven

Wirtschaftssanktionen gelten als Mittel der Politik. Derart werden sie international in verschiedenen Ausprägungen benutzt, aktuell auch im Konflikt um die Ukraine. Das betrifft private Investitionen, die dort und in Russland siedeln. Geschäftsbeziehungen sind gewöhnlich und sinnvollerweise längerfristig angelegt. Unternehmer bauen transnational auf Nachhaltigkeit und benötigen Investitionsschutz. Sie

### VII. Regelungsvorschlag und Alternative

Um ein Angehörigenschmerzensgeld auch ins deutsche Recht einzuführen, könnte § 253 des BGB um einen Abs. 3 ergänzt werden, der z.B. folgenden Wortlaut haben könnte (entsprechende Regelungen wären in einer Reihe vom Verschulden unabhängiger Haftungstatbestände vorzusehen):

„(3) Im Falle des Todes oder der besonders schweren Verletzung der Gesundheit kann eine billige Entschädigung in Geld auch von engen Familienangehörigen (Ehegatten oder Lebenspartnern, Kindern, Eltern) gefordert werden. Sie kann auch von Geschwistern oder sonstigen Partnern sowie in Ausnahmefällen auch von anderen Personen gefordert werden, zu denen eine besonders enge Beziehung bestand, insbesondere wenn sie in einem gemeinsamen Haushalt lebten.“

In Anlehnung an Art. 10:301 Abs. 1 Satz 2 der *Principles of European Tort Law* könnte eine offenere Alternative etwa lauten:

„(3) Ausgleich eines Schadens, der nicht Vermögensschaden in Geld ist, kann auch von Personen gefordert werden, die in einer besonders engen Beziehung zu einem Getöteten oder sehr schwer Verletzten standen.“



**Professor Dr. Thomas Kadner Graziano**

Studium in Frankfurt, Genf und Harvard, Dr. iur. (Goethe-Universität Frankfurt), habil. (Humboldt-Universität zu Berlin), LL.M. (Harv.), Ordentlicher Professor an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf, Direktor des Departement de Droit International Privé und des Genfer Studienprogrammes für transnationales Recht (CDT/CTL). Gastprofessuren an den Universitäten von Florida, Potsdam, Poitiers, Exeter, Kaunas, Vilnius, Leuven und Lausanne sowie am DUKE-Geneva Institute in Transnational Law. Mitglied der schweizerischen Delegation bei der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und Mitglied der Haager Working Group on International Contracts. Dozent am Deutschen Anwaltsinstitut. Gutachter für Rechtsvergleichung u. a. in Verfahren vor der UN Compensation Commission sowie in Schiedsverfahren in Osteuropa und im Nahen Osten. Tätigkeitsschwerpunkte: Zivilrecht mit Schwerpunkt Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie schweizerisches, europäisches und vergleichendes Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht.

International Privé und des Genfer Studienprogrammes für transnationales Recht (CDT/CTL). Gastprofessuren an den Universitäten von Florida, Potsdam, Poitiers, Exeter, Kaunas, Vilnius, Leuven und Lausanne sowie am DUKE-Geneva Institute in Transnational Law. Mitglied der schweizerischen Delegation bei der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und Mitglied der Haager Working Group on International Contracts. Dozent am Deutschen Anwaltsinstitut. Gutachter für Rechtsvergleichung u. a. in Verfahren vor der UN Compensation Commission sowie in Schiedsverfahren in Osteuropa und im Nahen Osten. Tätigkeitsschwerpunkte: Zivilrecht mit Schwerpunkt Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie schweizerisches, europäisches und vergleichendes Internationales Privatrecht und Verfahrensrecht.

bewegen sich auf vertraglicher Basis und gerade in Russland und in der Ukraine für Rechtsfragen auf besonders unwegsam wirkendem Gebiet, zugleich aber auch in einem internationalen Rechtsrahmen. Dazu bietet der vorliegende Beitrag erste Orientierung bis hin zu Fragen der Anspruchssicherung durch Schiedsverfahren sowie zum Zukunftsgewinn durch Umdenken.