

Aufsatz

Das Angehörigenschmerzensgeld – Systembruch oder Fortentwicklung?

— Rechtsanwalt Dr. Ulrich v. Jeinsen,¹ Hannover

Einleitung

Während der Vorbereitung der Schadensersatzrechtsreform im Frühjahr 2001 hat eine Gruppe auf die Vertretung von Katastrophenopfern spezialisierter Anwälte die damalige Bundesjustizministerin angeschrieben. Sie wollten einen Anstoß dazu geben, dass in Deutschland ein Anspruch auf Schmerzensgeld für den Verlust naher Angehöriger eingeführt wird, wie dieser in zahlreichen, auch europäischen, Ländern längst existiert. Die Antwort der Ministerin war deutlich: es sei – abgesehen von Praktikabilitäts- und Bemessungsfragen – sehr zweifelhaft, ob die Kommerzialisierung von Trauer und Leid bei der Tötung oder Verletzung von Angehörigen rechtsethisch und -politisch wünschenswert sei. Daher ist es in Deutschland trotz der Schadensersatzrechtsreform bei der bisherigen Rechtslage geblieben, wonach ein derartiges Schmerzensgeld nur anerkannt wird, wenn die Trauer um den Verlust eines nahen Angehörigen derart intensive Folgen für den Anspruchsteller hat, dass sie Krankheitswert haben.

Nachfolgend soll überlegt werden, ob diese in Rechtsprechung und Literatur nahezu unverrückbar feststehende Auffassung ihre Berechtigung hat, weil das deutsche Schadensrecht nicht „amerikanisiert“ werden darf, da die Ausweitung von Ersatzansprüchen auf derartige Fälle mit unseren rechtsethischen und -moralischen Prinzipien unvereinbar wäre; oder ob nicht die Anerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldanspruchs eine logische Weiterentwicklung des hiesigen Rechts ist.

1. Derzeitige Rechtslage und Diskussion

Nach der derzeitigen höchstrichterlichen Rechtsprechung in Deutschland reicht die „bloße“ Trauer wegen des Verlustes eines nahen Angehörigen nicht aus, um dem Hinterbliebenen ein eigenes Schmerzensgeld zuzusprechen.

Liest man in zwei der tragenden Entscheidungen des Bundesgerichtshofs nach, findet sich zur Begründung der ablehnenden Haltung Erstaunliches. Das geltende Recht hätte – so die eine Entscheidung aus dem Jahre 1971² – bewusst und ver-

bindlich entschieden, einen Anspruch für Schäden durch zugefügten seelischen Schmerz zu versagen, sofern dieser nicht wiederum Auswirkung der Verletzung des eigenen Körpers oder der eigenen Gesundheit sei. Sei eine psychisch vermittelte Gesundheitsbeeinträchtigung vom Täter nicht gewollt, sei – unabhängig von der herkömmlichen Adäquanzformel – eine Beschränkung auf solche Schäden erforderlich, die aus medizinischer Sicht und nach der allgemeinen Verkehrsauffassung Körper- oder Gesundheitsverletzungen sind. Diese Begründung hat der Bundesgerichtshof in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1989³ erweitert: die besagte gesetzgeberische Entscheidung ergebe aus der Existenz der §§ 844, 845 BGB, also derjenigen Bestimmungen, die bei Tod eines Menschen den Angehörigen Ersatz der Beerdigungskosten des entgangenen Unterhalts und der entgangenen Dienste gewähren. Im Übrigen sei die Deliktshaftung auf den Schaden der „unmittelbar“ Verletzten beschränkt. Nur wenn der Angehörige an psychopathologischen Ausfällen von einiger Dauer leide, sein Schock auf den Unfalltod eines Angehörigen also eine nachhaltige traumatische Schädigung erreiche, die über das normale Lebensrisiko der menschlichen Teilnahme an den Ereignissen der Umwelt hinausgehe, könne von einer eigenen Verletzung und damit einem Schmerzensgeldanspruch die Rede sein.⁴ Das ist allerdings bisher nur in seltenen Fällen bejaht worden.⁵

Im Jahr 2006 hat sich der 66. Deutsche Juristentag in Stuttgart ebenfalls mit der Frage der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes befasst. Obwohl *Wagner* in seinem Gutachten zum Juristentag die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes zur Harmonisierung des europäischen

¹ Dr. v. Jeinsen ist Partner von Göhmann Rechtsanwälte (Hannover) und u.a. spezialisiert auf die Abwicklung nationaler und internationaler Großschadensfälle.

² BGHZ 56, 163.

³ BGH NJW 1989, 2317.

⁴ OLG Hamm NZV 2002, 234.

⁵ So etwa bei einem Vater, der sich nach dem Unfalltod des einzigen Kindes aus seinem sozialen Umfeld völlig zurückzog und sich über Jahre in nervenärztlicher sowie psychotherapeutischer Behandlung befand: EUR 11.250 (LG Saarbrücken, Urt. v. 9.9.1999, 6 O 327/97).

Privatrechts empfahl,⁶ hat sich der Juristentag bei der Abstimmung dagegen ausgesprochen. Für die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes spreche zwar, dass es nicht einzusehen sei, jemanden, der in einen fassungslosen Zustand gerät anders zu behandeln, als den, der sein Leid in sich begräbt.⁷ Und: Die Zahlung eines solchen Betrages sei ein Respekt vor der Trauer der Hinterbliebenen, eine Geste, die daran erinnere, dass ein Tod mehr auslöst als Beerdigungskosten und entgehenden Unterhalt, eine Geste also, die unserer vielfach als kalt empfundenen Rechtsordnung gut stünde.⁸ Zur Begründung des letztlich negativen Votums wurde aber angeführt, dass die Schwierigkeiten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes unüberwindlich seien. Denn die Bewertung von Trauer bzw. die Abgeltung eines so höchstpersönlichen Verlustes übersteige die Möglichkeiten richterlicher Schadensschätzung.⁹ Zudem wurde die Auffassung vertreten, dass den Angehörigen eher die Bestrafung des Täters als ein Schmerzensgeld Genugtuung verschaffe.

2. Stellungnahme

Die vom BGH in der letztgenannten Entscheidung angeführte Begründung aus der Gesetzesentstehung heraus hat auf den ersten Blick einiges für sich.¹⁰ Sie steht bei näherer Betrachtung einer Ausweitung der Ansprüche des nahen Angehörigen eines verunglückten Menschen auf immateriellen Schadenersatz nicht entgegen. Dies ergibt sich aus der Entstehung der Vorschriften und der Funktion des Schmerzensgeldes.

a) Gesetzesentstehung und Zweck der Gewährung von Schmerzensgeld

Die Väter des BGB hatten sich darauf verständigt, den Erben eines Getöteten nicht den vollen materiellen Schadenersatz zuzusprechen. In dem ersten Gesetzesentwurf war sogar eine Nachlassminderung wegen vorzeitigen Todes vorgesehen. Der Ersatzanspruch wurde in den §§ 844, 845 BGB auf den Ersatz der Kosten für die Beerdigung sowie für den Ausfall von Unterhalt und entgangenen Diensten beschränkt. Das deckt sich mit den seither bestehenden Grundsätzen des Schadenersatzrechts, wonach der Geschädigte aus Gründen der ausgleichenden Gerechtigkeit ein Surrogat für seinen Verlust erhalten soll, ohne „bereichert“ zu werden.¹¹

Jedoch: Diese Vorschriften regeln lediglich den materiellen Schadenersatz des Angehörigen, d.h. die beim Tod eines Menschen (ausnahmsweise) ersatzfähigen Vermögensschäden. Sie befassen sich nicht mit dem hier diskutierten immateriellen Schadenersatz. In den Gesetzesmaterialien lässt sich nichts finden, was allein die Auffassung rechtfertigt, dass nur ein unmittelbares Opfer dem Grunde nach Schmerzensgeldberechtigt sei.

Eine derartige „reine, ursprüngliche Lehre“ wäre auch seit der „Doppelfunktion-Grundsatzentscheidung“ des BGH zur Be-

rechtigung des Schmerzensgeldanspruchs vom 6.7.1955¹² überholt. Danach verfolgt das Schmerzensgeld den Zweck, dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Lebenshemmungen zu gewähren, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Zugleich soll auch dem Gedanken Rechnung getragen werden, dass der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung für das schuldet, was er ihm angetan hat.

In gleicher Weise wird auch in der Literatur¹³ die Funktion des Schmerzensgeldes erläutert. Neben der Ausgleichsfunktion, der Kompensation materieller Schäden, komme dem Schmerzensgeldanspruch eine Genugtuungsfunktion zu, die Zahlung eines Geldbetrages bezwecke also auch die „Besänftigung der negativen Gefühle, die aus der flagranten Verletzung des Rechts entstehen“.¹⁴

Derartige Gefühle entstehen doch aber unabhängig davon, ob der Anspruchsteller Opfer oder Angehöriger ist. Es ist nur die Frage, wie weit man den Zirkel schlägt; ferner, ob es zwingende systematische Gründe gibt, Angehörige trotz Existenz negativer Gefühle von einem Schmerzensgeldanspruch auszuschließen. Unter dem Gesichtspunkt der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes wirkt es konstruiert, wenn der BGH ausgerechnet bei der Frage des Angehörigenschmerzensgeldes zwischen unmittelbar und mittelbar Geschädigtem unterscheidet, wohingegen doch sonst gerade der Grad der Verkettung mit dem schädigenden Ereignis nicht eine Voraussetzung für die Gewährung von Schadenersatz ist.¹⁵

So wird in einer neueren Zusammenfassung zu diesem Komplex¹⁶ auch der Eindruck wiedergegeben, dass der Gesetzgeber und das höchste Gericht ein Angehörigenschmerzensgeld bisher schlicht nicht wollen – trotz einer vielfach empfundenen Ungerechtigkeit sowie einer kaum noch herzustellenden Vergleichbarkeit der Rechtslage zwischen Deutschland und den meisten anderen Ländern der Europäischen Union.

b) Trauerreaktionen des Angehörigen als Gesundheitsbeeinträchtigung

Auch unter einem weiteren Gesichtspunkt erscheint die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes ebenfalls in den Fällen

⁶ Vgl. *Wagner*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentag Stuttgart 2006, Bd. I, A 65.

⁷ *Macke*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2 L 137.

⁸ *Macke*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/2 L 137.

⁹ So *Müller*, in ihrem Ref., Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentages Stuttgart 2006, Bd. II/1 L 11.

¹⁰ S.a. *Staudinger-Schäfer*, BGB, 12. Aufl. § 844/3.

¹¹ *Staudinger-Schäfer*, BGB, 13. Aufl. vor §§ 249 ff., Rn 2 f.

¹² BGHZ 18, 149 (154 ff.).

¹³ *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, 4. Aufl., Tz. 474 ff.

¹⁴ *Deutsch*, a.a.O., Tz. 475.

¹⁵ *Staudinger-Schiemann*, BGH, 13. Aufl., vor § 249 Rn 43.

¹⁶ *Staudinger-Schiemann*, BGH, 13. Aufl., § 253 Rn 13.

gerechtfertigt, in denen der Angehörige nicht i.S.d. vorerwähnten BGH-Rechtsprechung erkrankt.

Ob psychische Beeinträchtigungen eines Opfers selbst zu Schmerzensgeld verpflichtet, ist eigentlich eine klare Sache: Jede Beeinträchtigung des physiologischen und psychischen Zusammenspiels im Körper eines Menschen ist dasjenige, was *Deutsch*¹⁷ als eine Gesundheitsverletzung i.S.v. § 823 BGB definiert. Konsequenterweise ist dann ein Schmerzensgeld von der Rechtsprechung bei psychischen Beeinträchtigungen des Opfers vielfach bejaht worden; so etwa bei psychischen Dauerschäden eines Unfallopfers, die zur Berufsaufgabe führen.¹⁸

Ob dies auch dann gilt, wenn den psychischen Beeinträchtigungen keine unmittelbare Verletzungshandlung des Schädigers gegen den Betroffenen zugrunde liegt, scheint eher eine Frage der Adäquanz zu sein. Anders als im Strafrecht führen nur diejenigen Schadensfolgen zu einer haftungsrechtlichen Konsequenz, die „nach der Lebenserfahrung einigermaßen nahe liegend“ sind.

Wenn aber beispielsweise eine Frau auf die Nachricht vom Unfalltod ihres Mannes in Trauer verfällt, Schlafstörungen hat, in ihrer beruflichen Arbeitsleistung massiv beeinträchtigt ist und ihr Lebensfreude und Lebensmut genommen sind, dann ist dies eine Beeinträchtigung des physiologischen und psychischen Zusammenspiels im Körper eines Menschen, mithin eine Gesundheitsverletzung i.S.d. vorstehenden Definition. Wenn das so ist, sollte man eigentlich mit Recht von einem logischen Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung sprechen dürfen. Denn wo liegt – bezogen auf die Adäquanz – der Grund, diesen Fall anders als denjenigen zu behandeln, in dem das verletzte Opfer selbst unter den gleichen Symptomen leidet?

Auf der Suche nach der Rechtfertigung der Linie des BGH ist man geneigt, dessen „Panik-im-Schweinestall-Fall“¹⁹ heranzuziehen: Ein Landwirt soll von dem Verursacher nicht Schadensersatz verlangen können, wenn auf Grund der Geräusche eines nahen Unfalls seine Schweine in Panik geraten und verenden; dies sei nämlich eine Konsequenz dieser Art der intensiven Viehhaltung. Kann das – auf die hier diskutierte Frage bezogen – bedeuten, den Schmerzensgeldanspruch der Witwe mit der Begründung zu verneinen, ihr Schockschaden sei bei wertender Betrachtung der Preis, den sie für die Unvernunft der Eheschließung zu zahlen hätte?

Wer einen nahestehenden Menschen verliert, erlebt eine unmittelbare Beeinträchtigung der eigenen Lebensführung. Der Grund für die eben beschriebenen Symptome ist die emotionale Nähe eines Menschen zu einem anderen. Das aber ist kein systemfremder Außenfaktor, der es rechtfertigen würde, von einem lediglich mittelbaren Schaden zu sprechen. Vielmehr haben wir es mit einem dem Menschen immanenten Wesenszug zu tun. Dieser bedarf gerade heute, in einer Zeit der Mini-Familien sowie zerfallender Gesellschaftsstrukturen, der Akzeptanz durch das Recht.

Neben den Diskussionen zum Grunde, wird auch die Frage nach der Höhe des Anspruchs als Argument herangezogen. *Medicus* begründet die Verneinung eines Angehörigenschmerzensgeldes u.a. damit, rechtspolitisch stünden einem solchen Anspruch auch Schwierigkeiten bei der Bezifferung entgegen.²⁰ So hatte sich ja auch die Bundesjustizministerin eingelassen, und der Juristentag 2006 lässt ebenfalls dieses Argument anklingen.

Ich kenne keine Entscheidung, wonach Schwierigkeiten bei der Schadensbemessung ein Grund für die Ablehnung eines Ersatzanspruches dem Grunde nach ist. So geht es im Übrigen auch sonst nicht. Schon die Motive²¹ weisen auf die tatrichterliche Schätzungsbefugnis nach dem damaligen § 260 ZPO hin, und dieser Gedanke hat sich für derartige Fälle bis heute konkretisiert. Es gibt ja auch keine Norm, die einem Kunstfehler-Patienten genau das Schmerzensgeld zuspricht, das für seinen konkreten Fall etwa die ADAC-Schmerzensgeldtabelle hergibt; denn deshalb gibt es diese Tabelle.

Aus diesen Gründen vermag ich auch das Argument im Votum des 66. Deutschen Juristentages nicht zu teilen, wonach Schwierigkeiten bei der Schadensbemessung gegen die Zubilligung eines Angehörigenschmerzensgeldes dem Grunde nach sprächen.

c) Rechtspolitische Erwägungen

Sollte es also dabei bleiben, dass ein derartiges Schmerzensgeld nur dann zuzusprechen ist, wenn die Beeinträchtigungen des überlebenden Angehörigen die normale Trauerreaktion übersteigen, was immer das sein mag? Bei einer Subsumtion nach allgemeinen Maßstäben und mit dem Argument der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldanspruchs scheint dieses Ergebnis kaum erreichbar zu sein. Ist dann wenigstens ein Angehörigenschmerzensgeld – wie *Medicus*?²² meint – aus rechtspolitischen Gründen abzulehnen?

Ich möchte an dieser Stelle einen Fall vortragen, den ich vertreten habe: Eine 31-jährige gesunde Mutter bekam in einem Krankenhaus in Hannover an einem Freitag ihr zweites Kind durch einen Kaiserschnitt. Dem Kind ging es gut, sie selbst bekam schnell ziemlich hohes Fieber und schellen Puls, und aus der Erfahrung der ersten Geburt merkte sie, dass etwas mit ihr nicht in Ordnung war. Nach den international festgeschriebenen Standards, die jeder Medizinstudent lernt, war von einer ernststen Entzündung auszugehen. Die Ärzte beachtetten jedoch nicht, was jeder Arzt erkennen muss, ordneten halbherzige Untersuchungen an, die nicht durchgeführt wurden und werteten durchgeführte Untersuchungen nicht aus. Sie wollten bis Montag warten. In der Nacht zum Montag

¹⁷ *Deutsch/Ahrens*, a.a.O., Tz. 183.

¹⁸ OLG Köln vom 26.7.2001 7 U 188/99.

¹⁹ BGHZ 115, 84.

²⁰ A.a.O. S. 88, 84.

²¹ Zu § 728 S. 801.

²² A.a.O. S. 88.

starb die Patientin an Kindbettfieber. Das mit der Schadensersatzklage der Angehörigen befasste Gericht verneinte einen Schmerzensgeldanspruch des Witwers und der Kinder mit der Begründung, dass eine über das Normale hinausgehende Trauerreaktion nicht festzustellen sei. Dies traf in dem vorliegenden Fall sicherlich zu. Denn sie kamen aus einer größeren, heilen Familie, in der Eltern und Geschwister des Witwers die Katastrophe menschlich nach Kräften und damit weitgehend aufgefangen haben.

Ich will hier nicht mit den Sätzen argumentieren, die ein amerikanischer Kollege in seinen closing statements gebracht und mit denen er ein Schmerzensgeld vermutlich in Millionenhöhe erreicht hätte. Ich frage mich nur: Kann eine Familie dafür benachteiligt werden, wenn sie so heil ist, dass sie eine solche Katastrophe auffängt? Und was ist, wenn sich die heutige Tendenz fortsetzt, wonach viele Paare mit akademischer Ausbildung erst spät heiraten und allenfalls ein Kind bekommen? Ein bis zwei Generationen weitergedacht, gibt es keine Familie im eigentlichen Sinne mehr, die eine solche Katastrophe auffangen kann. Sollen dann die benachteiligt sein, die im althergebrachten Sinne leben und noch eine „richtige“ Familie haben? Nicht berücksichtigt werden zudem die Lebenshemmungen, die ein Vater, ein zweijähriges Kind und ein Baby natürlich ohne Frau und Mutter haben und behalten; sowie die Genugtuungswirkung eines Schmerzensgeldes.

Auch kann es bei Unfällen zu kaum zu rechtfertigenden Ungleichbehandlungen kommen. Die Passagiere des Birgen-Air-Absturzes vor der Dominikanischen Republik vom Februar 1996 waren häufig ganze Großfamilien aus den neuen Bundesländern, also Geschwister, Vettern, Cousins, deren Lebenspartner sowie die Kinder: Zurück blieb die alleinstehende, durch eine Rente versorgte Oma. Diese hatte dazu noch die Ferienreise mitfinanziert, durch den Unfall jedoch ihr komplettes soziales Umfeld verloren. Mit dem Gerechtigkeitsempfinden ist es kaum zu vereinbaren, dass bei der bestehenden Rechtslage der Schädiger in einem solchen Fall nichts, aber auch gar nichts zu zahlen hat.

Zudem ist es schwer zu erklären, warum bei einem Flugzeugabsturz in Paris Angehörigenschmerzensgeld gezahlt wird, bei einem Absturz in Frankfurt/Main aber nicht, und warum in Deutschland ein leichtes Halswirbelschleudertrauma unter § 253 Abs. 2 BGB anstandslos entschädigt wird, während das viel schwerwiegendere Leid bei Verlust einer geliebten Person entschädigungslos beiseite geschoben wird.²³

Das Recht ist auch immer ein Spiegelbild seiner Zeit. Eine verantwortungsbewusste Rechtspolitik sollte das Recht auch an soziologische Veränderungen anpassen, soweit dem nicht grundsätzliche Überlegungen entgegenstehen. Dafür spricht auch die Doppelfunktion des Schmerzensgeldes, das auch eine Genugtuungskomponente hat. Wo bleibt aber bei bestehender Rechtslage diese Genugtuungsfunktion, wenn der Unfalltod eine moderne Kleinfamilie mit volljährigen oder finanziell unabhängigen Angehörigen trifft? Erst recht, wenn

dieser Unfalltod schnell und ohne besonderes Leiden des Opfers eintritt, so dass dieses Opfer keinen vererbaren Schmerzensgeldanspruch hinterlässt²⁴

Verneint man die Zuerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldes, ist die Angelegenheit für den Täter also eine „Win-Situation“. Er kommt finanziell ungeschoren davon, weil es niemanden gibt, dem er Schadensersatz zu zahlen hat. Das lässt sich mit der Genugtuungskomponente des Schmerzensgeldes jedoch kaum in Einklang bringen.

Fraglich ist zudem, ob es den Angehörigen – zum Zwecke der Erfüllung der vom BGH an die Zubilligung eines Angehörigenschmerzensgeldes gestellten Voraussetzungen – zugemutet werden soll, auch noch so geistesgegenwärtig zu sein, beim Tod des Ehemannes, Kindes usw. gleich den Anwalt aufzusuchen, der raten muss, der Klient möge sich zur Beweissicherung sofort ärztlich untersuchen lassen. Ist nicht zu befürchten, dass derjenige, der auf anwaltlichen Rat so handelt, sich wenigstens von der Gegenpartei anhören muss, dass derjenige, der so kaltschnäuzig ist, in einer solchen Situation sogleich zum Anwalt und dann zum Arzt zu laufen, weniger schockiert sein und leiden könne als der Angehörige „mittlerer Art und Güte“, den der BGH als den „normal Trauernden“ apostrophiert – und deshalb schon gar keinen Schmerzensgeldanspruch haben könne.

d) Blick über die Grenzen

Wenn man sich mit der Frage eines Angehörigenschmerzensgeldes befasst, darf ein Blick auf die anderen Länder der Europäischen Union nicht fehlen. Das ist im Zusammenhang mit der Schuldrechtsreform durch den Gesetzgeber selbst erfolgt, der in der Begründung zum Regierungsentwurf²⁵ die Einführung eines Schmerzensgeldes bei Gefährdungshaftung gerade mit Blick auf die europäischen Nachbarrechtsordnungen erklärt.

In zahlreichen Mitgliedsstaaten ist die Zuerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldes etwas Selbstverständliches.²⁶ Der gesamte romanische Rechtskreis erkennt diesen Anspruch, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung, an. In Großbritannien ist er gesetzlich verankert. Schweden, und für uns noch näherliegender Österreich, haben in den letzten Jahren eine Kehrtwendung vollzogen. Der OGH hat in einem Urteil aus 2001²⁷ ausdrücklich unter Zuhilfenahme einiger Gesetzesanalogien entschieden, dass der Seelenschmerz über den Verlust naher Angehöriger, der zu keiner Gesundheitsverletzung des Anspruchstellers führt, grundsätzlich ersatzfähig ist. Ausdrücklich ist der OGH dabei von seiner früheren

²³ So zu Recht *Wagner*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag, Stuttgart 2006, S. A 65.

²⁴ Vgl. dazu grundsätzlich BGH, NJW 1998, 2741.

²⁵ Bl. 30.

²⁶ Vgl. zu alledem ausführlich und m.w.N. *Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung, ZRP 2003, 156 ff.

²⁷ NZV 2002, 26.

Auffassung abgewichen, nach der – wie der BGH heute noch – zwischen dem unmittelbar und den mittelbar Geschädigten unterschieden werden muss.

Es gibt zwar im Europäischen Recht noch keinen Gleichheitssatz entsprechend Art. 3 GG. Es ist aber auch nicht gerechtfertigt, dass die Angehörigen eines deutschen und eines europäischen Flugunfallopfers fast beliebiger anderer Nationalität, die nebeneinander gesessen haben, völlig unterschiedlich entschädigt werden; nur weil der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf ein Angehörigenschmerzensgeld nicht umsetzt, was er bei anderen Fragen vehement nach vorn treibt.

e) Zwischenergebnis

Es lässt sich also feststellen:

Nach den auch sonst in Bezug auf Schaden und Kausalität angewandten Maßstäben und der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes erscheint der Zuspruch eines Angehörigenschmerzensgeldes vertretbar, wenn nicht gar logisch zwingend.

Rechtspolitisch sollte das bisherige deutsche „Das wollen wir nicht!“ zumindest vor dem Hintergrund einer EU-Harmonisierung überdacht werden.

3. Das Angehörigenschmerzensgeld als Systembruch?

Ist man soweit gekommen, stellt sich die Frage, ob es andere zwingende Systematiken unseres Rechts gibt, die eine Ausweitung als (sonstigen) Systembruch erscheinen ließen. Das erscheint nicht der Fall zu sein, im Gegenteil:

a) Ausgangslage

Wie bereits ausgeführt wurde, waren die Väter des BGB sowohl bei der Zubilligung von Schmerzensgeld als auch hinsichtlich des Angehörigen-Schadensersatzes zurückhaltend. Die Gründe hierfür lagen offensichtlich in den damaligen Lebensumständen.

Es war die Zeit der ausklingenden industriellen Revolution. Ständig gab es neue Erfindungen, Eisenbahn, Pkw, Elektrizität. Allen Erfindungen war zweierlei gemeinsam: Die meisten waren – im Nachhinein betrachtet – bei richtiger, i.S.d. Erfinders erfolgreicher Anwendung für die Menschheit ein großer Gewinn. Andererseits bargen alle derartigen Erfindungen Gefahrenpotentiale, die für den seinerzeitigen Bürger unvorstellbar waren, für viele geradezu bedrohlich sein mussten.

Die Erfinder von damals waren aber in der Vorstellungswelt ihrer Zeit nicht das Drohpotential, das Forscher genmanipulierter Pflanzen in den Augen mancher heutigen Zeitgenossen sind. Sie waren Helden, die die Sache selbst, ihre Zeit – und in den Augen vieler auch ihr Vaterland – entscheidend nach vorn

brachten. Sie sollten nicht durch Schmerzensgeldverpflichtungen für Fehler, die jedem Erfinder passieren können, in geradezu existenzbedrohender Art zur Rechenschaft gezogen werden.

Auf diese Vorgabe reagierten auch die Väter des BGB. Ausgehend von dem seinerzeitigen Grundsatz, dass das Schmerzensgeld seinen Ansatz in seiner Straffunktion hat,²⁸ gewährten sie den Erfindern einen gewissen Schutz davor, dass jeder anfängliche Entwicklungsfehler zu ruinösen Schadensersatzpflichten führen könnte. Es sollte vermieden werden, dass Forschungen im Ausland umgesetzt würden.

Ein eherner Grundsatz des Ur-BGB war also, dass zu ersetzender Schaden stets und in aller Regel Vermögensschaden sein sollte; es sei denn, das Gesetz sah Ausnahmen ausdrücklich vor.

Die Motive nehmen zur Begründung eines daneben zuzusprechenden Schmerzensgeldes auf den seinerzeitigen § 231 StGB Bezug, der bei Körperverletzungen auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auch eine Wiedergutmachung vorsah.²⁹ Diese Regelung sei die gesetzgeberische Anerkennung, dass insbesondere bei Körperverletzungen ein Bedürfnis bestehe, von dem Grundsatz einer Kompensation lediglich von Vermögensschäden abzuweichen.³⁰

Die Motive streichen an dieser Stelle weiter heraus,³¹ dass durch das Schmerzensgeld – namentlich bei körperlichen Entstellungen – auch die verminderten Aussichten der Verletzten auf ein besseres Fortkommen oder auf Versorgung kompensiert werden sollen.

Wie weit die seinerzeitige Vorstellung ging, kann aus dem ursprünglichen § 847 Abs. 2 BGB abgeleitet werden, der den Schmerzensgeldanspruch einer nicht verheirateten Frau nach erzwungenem oder „erschlichenem“ außerehelichen Beischlaf vorsah. Namentlich die dadurch verminderten Heiratsaussichten waren, so ausdrücklich die Motive, ein Grund für die Einführung von Schmerzensgeld; ähnlich dem „Kranzgeld“ des § 1300 BGB bei aufgelöster Verlobung.

b) Bisherige Prinzip-Durchbrechungen

Von dieser fast reinen Lehre, dass in der Regel nur Vermögensschäden zu ersetzen sind, hat sich das BGB – *de lege lata* wie *de lege ferenda* – in den vergangenen hundert Jahren an zahlreichen Stellen abgewandt. Die Zubilligung von immateriellem Schadensersatz hat sich – sowohl bezogen auf den begünstigten Personenkreis wie auch auf den Anspruchs-

²⁸ So auch *Hacks* u.a., *Schmerzensgeldbeträge*, 2. Aufl. S. 11.

²⁹ Wortlaut: „In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegendende Buße erkannt werden. Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus. Für diese Buße haften die zu derselben Verurteilten als Gesamtschuldner.“

³⁰ Motive § 728 S. 800.

³¹ Zu § 728 S. 800.

grund – kontinuierlich ausgeweitet. Dies sei anhand von einigen Beispielen verdeutlicht.

aa) § 231 StGB a.F.

Nach dem früheren § 231 StGB war bei Körperverletzungen auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auch eine Wiedergutmachung zu leisten. Dass diese Vorschrift schon lange abgeschafft ist, besagt im Prinzip gar nichts. Denn spätestens seit der „Doppelfunktion-Entscheidung“ des BGH³² ist ebenfalls zivilrechtlich klar, dass Schmerzensgeld auch eine Genugtuungsfunktion hat. Allenfalls kann man etwas ketzerisch auf § 46a StGB hinweisen, diejenige Bestimmung, nach der der Richter u.a. von Strafe absehen kann, wenn der Täter die Tat wieder gutmacht. Wenn aber zivilrechtlich die Grenzen so eng gezogen werden, dass der Täter gegenüber den Angehörigen nicht haftet, dann ist ihm auch die Möglichkeit verwehrt, ohne Strafe davonzukommen. Ob dieses aus strafrechtlicher Sicht fast absurde Ergebnis rechtspolitisch zu rechtfertigen ist, erscheint zumindest fraglich.

bb) Drittschaden

Eine positive Bestimmung, die Schadensersatzansprüche der Angehörigen eines Gläubigers – sei dieser nun Vertragspartner oder Geschädigter aus Delikt – ausschließt, gibt es natürlich nicht. Auch die Motive geben nicht her, dass der Gesetzgeber sich bewusst dagegen entschieden hat.

Vielmehr ist sonst die Einbeziehung Drittgeschädigter in einen Schadensfall etwas völlig Normales. Dies zeigen z.B. die Grundsätze des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Drittschadensliquidation sowie die Legalzession zugunsten des Arbeitgebers oder des Sozialversicherungsträgers nach § 6 EFZG bzw. § 116 Abs. 8 SGB X.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Besuchskosten-Rechtsprechung des BGH,³³ wonach die Kosten Teil des Schadensersatzes sind, die nahe Angehörige im Zusammenhang mit ihren Besuchen haben, wenn ein Unfallopfer stationär im Krankenhaus behandelt wird. Um das hier thematisierte Problem zu umgehen, ordnet man den Ersatzanspruch dem Patienten als unmittelbar Verletztem zu, d.h. mit einigen juristischen Kunstgriffen werden die Aufwendungen des mittelbar Geschädigten als Schaden des „unmittelbar“ Verletzten behandelt.³⁴ Bei näherer Betrachtung scheint es jedoch fast grotesk, davon auszugehen, dass die Angehörigen dem Patienten ihre Besuchskosten tatsächlich in Rechnung stellen. Es wäre wohl praxisnaher, den besuchenden Angehörigen einen eigenen Ersatzanspruch zuzubilligen.

cc) Abschaffung § 847 Abs. 1 S. 2 BGB

Eine weitere Tendenz zur Einbeziehung des Drittbetroffenen zeigt die Abschaffung des § 847 Abs. 1 S. 2 BGB im Jahr 1990, der in seiner ursprünglichen Version „Der Anspruch ist

nicht übertragbar und geht nicht auf den Erben über, es sei denn, dass er anerkannt oder dass er rechtshängig geworden ist.“ lautete.

Die Väter des BGB gingen noch von dem Grundsatz aus, dass mit dem Tode der von dem Verletzten erduldeten Schmerzsterbe und es anstößig sei, dem Erben die Geltendmachung eines Geldbetrages zuzusprechen, an deren Forderung der Verletzte vielleicht gar nicht dachte.³⁵ Insbesondere die letzte Alternative des § 847 Abs. 1 S. 2 BGB, nach der Vererblichkeit ab Rechtshängigkeit möglich war, führte zu einem makaberen Wettlauf mit dem Tod; dann nämlich, wenn der Verletzte im Koma lag, das Bewusstsein vor Todeseintritt nicht wiedererlangte und die Einreichung einer Klage möglich war.³⁶

Die Abschaffung jener Bestimmung ist aber eine gegenläufige Entwicklung im Verhältnis zu der hier diskutierten Frage. Während hinsichtlich des Angehörigenschmerzensgeldes der BGH die Einbeziehung Dritter, mittelbar Geschädigter, ausdrücklich ablehnt, können seit der Abschaffung von § 847 Abs. 1 S. 2 BGB diese Dritten als Erben nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers einen Schmerzensgeldanspruch geltend machen und werden so gesetzgeberisch geschützt. Anders macht die Abschaffung der Bestimmung, die zugleich eine Ausweitung des Kreises der Berechtigten ist, keinen systematischen Sinn. Von dieser Gesetzesänderung aus ist es kein weiter Weg zur rechtspolitischen Anerkennung auch eines unmittelbaren Schadensersatzanspruchs der mittelbar Geschädigten.

dd) Schadenskommerzialisierung durch die Rechtsprechung

Nach § 253 Abs. 1 BGB kann für immaterielle Schäden nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen Ersatz gefordert werden. Als Beispiele seien der ehemalige § 847 BGB, der jetzige § 253 Abs. 2 BGB, der Anspruch auf Schadensersatz für entgangene Urlaubsfreude – auf den noch gesondert zurückgekommen wird – sowie Vorschriften des Urheber-, Datenschutz-, und des Sozialrechts und der Europäischen Menschenrechtskonvention angeführt.³⁷

Aber immer dann, wenn die Rechtsprechung der Meinung war, im immateriellen Bereich „ginge etwas so nicht“, wurde ein Schaden aus diesem Bereich „kommerzialisiert“ und damit zum ersatzfähigen Vermögensschaden. Denn wenn ein Bedürfnis käuflich erworben wurde, soll es seinen immateriellen Charakter verlieren.³⁸

³² S.o. Fn 6.

³³ Etwa BGHZ 106, 28; weiter Staudinger-Schiemann, BGB, § 249 Rn 239 m. ausf. w.N.

³⁴ Staudinger-Schiemann, BGB, vor § 249 Rn 56 m.w.N.

³⁵ Motive § 728, S. 802.

³⁶ Vgl. dazu Voß, VersR 1990, 821; Deutsch/Ahrens, Tz. 478.

³⁷ Vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger-Schiemann, BGB, § 253 Rn 4.

³⁸ Staudinger-Schiemann, BGB, § 251 Rn 75.

Mit diesem Gedanken ist das System durchlässig geworden. Vieles ist kommerzialisiert worden. Die Nutzungsausfallentschädigung eines Kfz-Besitzers während der durchgeführten Reparatur, selbst wenn kein Ersatzfahrzeug gemietet wird, ist allgemein bekannt.³⁹ Die mit 200 DM bewertete Freude der Gattin, sich auf einer Kreuzfahrt recht oft umziehen zu können (das Gepäck war nicht rechtzeitig angekommen), hat der BGH schon früh kommerzialisiert,⁴⁰ die Jagdfreude eines Jagdpächters jedoch nicht.⁴¹

Nun ist es sicher so, dass – zumindest meistens – Ehe und Familie in Deutschland nicht käuflich erworben werden. Aber das ist bei dem Herrenreiter⁴² und Prinzessin Caroline von Monaco⁴³ in Bezug auf deren Prominenz auch nicht der Fall gewesen; und es war diese Prominenz, die zu Geldentschädigungen wegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte führte. Interessant ist an dieser Stelle, dass der BGH zur Rechtfertigung eines derartigen Geldersatzes auf den umfassenden Schutz der menschlichen Persönlichkeit durch das Grundgesetz verweist, welches ebenfalls die Ehe und Familie schützt.

ee) Einführung des § 651f BGB

Die Kodifizierung eines Schadensersatzes für entgangene Urlaubsfreude zeigt eine weitere Entwicklung des Rechts. Nicht, weil über diese Bestimmung Dritte, also die Mitreisenden des Vertragspartners, in einen Schadensersatzanspruch unmittelbar einbezogen werden; sie haben nämlich, wenngleich auf noch nicht endgültig geklärt rechtlicher Grundlage,⁴⁴ eigene Schadensersatzansprüche.

Interessant ist vielmehr die Diskussion um die Frage, was „Schaden“ im Zusammenhang mit vertaner Urlaubszeit ist. Vor der Einführung der §§ 651a ff. BGB kommerzialisierte die Rechtsprechung diesen Schaden. Urlaub diente der Erhaltung bzw. Wiederherstellung der Arbeitskraft. Vertaner Urlaub war also ein Vermögensschaden, so dass Rentnern, Arbeitslosen und Studenten kein dementsprechender Ersatzanspruch zugesprochen wurde.⁴⁵ Im Zuge der Diskussion um die gesetzliche Regelung des Reisevertragsrechts wurde diese Kommerzialisierung als Beschränkung und als ungerecht empfunden. Erholungsurlaub als solchem sei ein entschädigungsfähiger Wert beizumessen, denn es ginge (auch) darum, dem Reisenden durch die versprochene Gestaltung der Urlaubszeit auch entsprechende Urlaubsfreude zu vermitteln.⁴⁶ Das bedeutet bei aller dogmatischen Diskussion um die Rechtsnatur dieses Schadensersatzes,⁴⁷ dass ihm eine immaterielle Komponente nicht abgesprochen werden kann; wenn man ihn nicht, wie weite Teile der Literatur dies tun, sowieso als Nichtvermögensschaden einzuordnen hat. Denn anders wäre – um die nette Formulierung von *Schiemann*⁴⁸ zu zitieren – nicht zu erklären, wieso bei einem Kfz-Schaden ein Nutzungsausfall nur denjenigen zuzusprechen ist, die ein Kraftfahrzeug besitzen. Folglich billigt das Gesetz jedem eine

Kompensation in Geld für den immateriellen Verlust an Urlaubsfreude zu.

Warum das Recht aber denjenigen, für die Ehe und Familie ein Grund zur Freude sind, keinen Ersatzanspruch zubilligt, lässt sich schwer nachvollziehen. Das ist umso weniger einseitig, als Ehe und Familie in aller Regel länger dauern als eine Urlaubsreise und, im Unterschied zu dieser, sogar Grundrechtsschutz haben.

Man kann im Übrigen auch nicht sagen, mit der Zuerkennung eines Angehörigenschmerzensgeldes müsse bis zu einer dementsprechenden Entscheidung des Gesetzgebers gewartet werden. Denn der Schadensersatz wegen entgangener Urlaubsfreude entstand auch nicht mit der Einführung des § 651f BGB. Dies ist vielmehr die gesetzgeberische Umsetzung der „Seereise-Entscheidung“ des BGH⁴⁹ – keine Lücke.

ff) Ersetzung des § 847 BGB a.F. durch § 253 Abs. 2 BGB

Die „Umstellung“ und Änderung des bisherigen § 847 BGB im Zuge der Reform des Schadensersatzrechts bedeutet ebenfalls eine Ausweitung insoweit, als – auf Grund der jetzigen Stellung der Norm im Gesetz – Schmerzensgeld seit dem nicht nur bei deliktischen, sondern auch bei vertraglichen Anspruchsgrundlagen gewährt wird.⁵⁰ Durch die weitere Ausweitung ebenfalls auf die Fälle der Gefährdungshaftung⁵¹ ist zudem auch insoweit das seit *Jhering* geltende Prinzip⁵² abgeschafft worden, wonach nicht der Schaden zum Schadensersatz verpflichtet, sondern die Schuld. Das ist – vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsentwicklung – fast revolutionär, und man fragt sich, warum der Gesetzgeber an dieser Stelle haltgemacht und nicht auch ein Angehörigenschmerzensgeld ermöglicht hat. Systematische Gründe dafür gibt es – wie vorstehend ausgeführt – nicht.

Ein weiteres Argument für die Ausweitung des Schmerzensgeldanspruchs ergibt sich aus der Umformulierung des neuen § 253 Abs. 2 BGB. Schmerzensgeld nach dem alten § 847 Abs. 2 BGB wegen erschlichenen Beischlafs gab es wegen der verminderten Heiratsaussichten der betroffenen Frau. Daraus ist das Schmerzensgeld wegen Verletzung der sexuellen

³⁹ Staudinger-*Schiemann*, BGB, § 251 Rn 73 ff.

⁴⁰ BGH NJW 1956, 1234.

⁴¹ BGH Z 55, 146; 112, 392.

⁴² BGHZ 26, 349.

⁴³ BGH NJW 1996, 985.

⁴⁴ Staudinger-*Eckert*, BGB, § 651f Rn 38 m.w.N.

⁴⁵ Z.B. BGHZ 77, 116; vgl. ausführlich Staudinger-*Eckert*, BGB, 13. Aufl. [2003], § 651f Rn 39 ff.

⁴⁶ Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drucks 8/2343/11.

⁴⁷ Zusammenfassend dazu Staudinger-*Eckert*, BGB, § 651f Rn 45 ff.

⁴⁸ A.a.O. § 651f Rn 55.

⁴⁹ Staudinger-*Schiemann*, BGB, § 253 Rn 13. Aufl. (1998) Rn 18.

⁵⁰ Staudinger-*Schiemann*, BGB, § 253 Rn 3.

⁵¹ Regierungsbegründung Bl. 32.

⁵² *Diederichsen*, in: Okko Behrens, *Ihering'sches Rechtsdenken*, 1996, S. 190 ff.

Selbstbestimmung geworden, also eines Tatbestandes, der hinsichtlich des Kreises der Geschützten sowie der möglichen Handlungen und Konsequenzen weit über die ursprüngliche Regelung hinausgeht. Das entspricht gewiss dem soziologischen Stand von heute, wo Frauen nicht unbedingt heiraten müssen und Männer Männer heiraten können, und ist daher gewiss richtig. Mit einem Ausgleich für eine verminderte Lebensabsicherung durch Heirat, was heute mehr als fraglich ist, also mit einer „Kommerzialisierung“, hat die neue Rechtslage nichts zu tun. Und wenn man auch insoweit mit Traditionen bricht, fragt es sich einmal mehr, warum das nicht auch hinsichtlich des Angehörigenschmerzensgeldes geschieht.

c) Zwischenergebnis

Als weiteres Ergebnis lässt sich also festhalten:

In der Rechtsprechung und Gesetzgebung ist die Tendenz festzustellen, den begünstigten Personenkreis sowie den Grund für immateriellen Schadensersatz zu erweitern. Ein Angehörigenschmerzensgeld wäre nicht als systemwidrig einzustufen.

4. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Ur-BGB im Bereich des immateriellen Schadensersatzes den Schutz des Schädigers eher im Auge hatte als den des Geschädigten. Davon hat man sich inzwischen weit entfernt.

Jedenfalls nach der Schuldrechtsreform dürfte ein *Jhering* der Gegenwart eher formulieren:

„Jeder fremdverursachte Schaden verpflichtet zum Schadensersatz, bei schuldhaftem Verhalten umso mehr.“

Und wenn man den Kommerzialisierungsgedanken einen Moment einmal vernachlässigt – wie es der Gesetzgeber selbst bei § 651f BGB getan hat – ist festzustellen, dass sich auch im immateriellen Bereich einiges getan hat, was die Einschränkung des § 253 Abs. 1 BGB so aufgeweicht hat, dass da auch noch Platz für mehr ist.

Gegen ein Angehörigenschmerzensgeld wird zwar häufig angeführt, dass einem solchen Anspruch Schwierigkeiten bei der Bezifferung entgegenstehen.⁵³ So hatte sich ja auch die Bundesjustizministerin in dem eingangs erwähnten Antwortschreiben eingelassen.

Allerdings sollten Schwierigkeiten bei der Schadensbemessung kein Grund für die Ablehnung eines Ersatzanspruches dem Grunde nach sein. Schon die Motive⁵⁴ weisen auf die tatrichterliche Schätzungsbefugnis nach dem damaligen § 260 ZPO hin, und dieser Gedanke hat sich für derartige Fälle bis heute konkretisiert. Es gibt ja auch keine Norm, die einem Kunstfehler-Patienten genau das Schmerzensgeld zuspricht, das für seinen konkreten Fall etwa die ADAC-Schmerzensgeldtabelle hergibt. Deshalb gibt es diese Tabelle.

Auch eine drohende „Amerikanisierung“ unseres Rechts, wonach gierige Anwälte sich und denjenigen zum Millionär machen, der sich an einem Kaffeebecher verbrennt oder seine Katze in der Mikrowelle trocknen will, sollte der Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes nicht entgegenstehen. Diese Gefahr wird oft überschätzt, weil viel über erstinstanzlich hohe „jury-awards“ berichtet wird; nicht jedoch über dasjenige, was in der Berufungsinstanz daraus wird. Des Weiteren läuft unter dem Stichwort „tort reform“ in den USA derzeit eine Rechtsentwicklung, durch prozessuale Beschränkungen und Obergrenzen für Schadensersatz derart „frivole“ Rechtsstreitigkeiten zu verhindern.

Und solange in Deutschland Berufsrichter anstelle von teilweise geschickte emotionalisierten Juries mit Augenmaß mit der gegebenen Möglichkeit umgehen, besteht kaum die Gefahr, dass es der Höhe nach zu Auswüchsen kommt. Wir haben auch bei sonstigen Verletzungen keine gesetzliche Schmerzensgeldzumessung, vielmehr in der ADAC-Tabelle und ähnlichen genannten Werken eine subtile Sammlung von Gerichtsentscheidungen, anhand derer jeder eigentlich weiß, woran er ist. Es wäre eine Frage der Zeit, bis die Rechtsprechung auch für das Angehörigenschmerzensgeld das Material für einen entsprechenden Katalog geliefert hat.

Dem deutschen Recht dürfte vielmehr auf Grund der aufgezeigten Umstände eine Anpassung an europäische Standards gut zu Gesicht stehen, wie dies in anderen Ländern Europas der Fall ist.⁵⁵ Systematische Gründe stehen dem nicht entgegen.

⁵³ So *Mediens*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., S. 88, 84.

⁵⁴ Zu § 728 S. 801.

⁵⁵ Jüngst hat sogar der Türkische Oberste Gerichtshof seine bisherige Meinung zu Schmerzensgeldhöhen mit dem Argument verlassen, dass sich die Türkei europäischen Maßstäben angleichen müsse, wolle das Land in die EU aufgenommen werden.