

Anita Maria Stiegler

# Schmerzensgeld für Schock- und Trauerschäden

Rechtsvergleichende Analyse  
des Angehörigenbegriffes und der  
Mitverschuldensanrechnung

**Böhlau**

**Böhlau**



Anita Maria Stiegler

SCHMERZENGELD  
FÜR SCHOCK-  
UND TRAUERSCHÄDEN

Rechtsvergleichende Analyse des Angehörigenbegriffes  
und der Mitverschuldensanrechnung

BÖHLAU VERLAG WIEN · KÖLN · WEIMAR



Gedruckt mit der Unterstützung durch den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek:  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;  
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-205-78199-8

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf fotomechanischem oder ähnlichem Wege, der Wiedergabe im Internet und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten.

© 2009 by Böhlau Verlag Ges.m.b.H. und Co. KG, Wien · Köln · Weimar  
<http://www.boehlau.at>  
<http://www.boehlau.de>

Gedruckt auf umweltfreundlichem, chlor- und säurefrei gebleichtem Papier.

Druck : Prime Rate kft., Budapest

## Inhalt

I. EINLEITUNG . . . . .	11
A) Definition Schockschaden . . . . .	11
B) Definition Gefühlsschaden (Trauerschaden) . . . . .	12
C) Das Bestreben nach internationaler Rechtsangleichung . . . . .	12
D) Probleme des Ersatzes von Schock- und Gefühlsschäden . . . . .	12
II. RECHTSVERGLEICHENDER LÄNDERÜBERBLICK . . . . .	17
A) Die Entwicklung der heutigen Rechtslage . . . . .	17
B) Konkreter Vergleich der Rechtslage . . . . .	23
C) Die Bedeutung einer europäischen Lösung . . . . .	25
III. ANSPRUCHSBERECHTIGTER PERSONENKREIS . . . . .	33
A) Der Begriff „nahe Angehörige“ im Rechtsvergleich . . . . .	33
1. Rechtsvergleichende Untersuchung . . . . .	34
2. Untersuchung der Rechtsordnungen im Einzelnen . . . . .	48
a) Deutschland . . . . .	48
Rechtsprechung . . . . .	48
Lehre . . . . .	51
b) England . . . . .	56
Rechtsprechung . . . . .	56
Lehre . . . . .	60

c) Frankreich . . . . .	62
Rechtsprechung . . . . .	62
Lehre . . . . .	67
d) Österreich. . . . .	71
Rechtsprechung . . . . .	71
Lehre . . . . .	72
e) Schweiz . . . . .	77
Rechtsprechung . . . . .	77
Lehre . . . . .	83
f) Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts (Principles). . . . .	85
g) Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen. . . . .	86
B) Einfluss der Kriterien auf die Anspruchshöhe . . . . .	90
C) Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ . . . . .	95
1. Rechtsvergleichende Untersuchung . . . . .	95
2. Länderweise Untersuchung betreffend Schockschäden . . . . .	102
a) Deutschland . . . . .	102
Juristischer Körperverletzungsbegriff als Haftungsgrenze . . . . .	102
Rechtsprechung . . . . .	107
Lehre . . . . .	110
Zusammenfassung. . . . .	113
b) England . . . . .	115
Die Unterscheidung von Primär- und Sekundäröpfen in der	
Rechtsprechung . . . . .	115
Die Unterscheidung von Primär- und Sekundäröpfen in der Lehre . . .	117
Die Stellung des bloßen Beobachters in Rechtsprechung und Lehre . . .	119
Zusammenfassung. . . . .	122
c) Österreich . . . . .	123
Rechtsprechung . . . . .	123
Lehre . . . . .	126
Zusammenfassung. . . . .	127
d) Schweiz . . . . .	128
Rechtsprechung . . . . .	128
Lehre . . . . .	129
e) Frankreich . . . . .	130
Rechtsprechung . . . . .	130

f) Zusammenfassende Gegenüberstellung . . . . .	132
3. Länderweise Untersuchung betreffend Gefühlsschäden. . . . .	134
a) Österreich. . . . .	134
b) Schweiz . . . . .	135
c) Frankreich . . . . .	136
4. Rechtsvergleichende Zusammenfassung. . . . .	138
5. Die Bedeutung des besonderen Unrechtsgehalts der Tat . . . . .	141
6. Ergebnis für das österreichische Recht. . . . .	143
D) Fallstudie zu den „Nahen Angehörigen“ im Einzelnen. . . . .	146
1. Nahe Verwandte. . . . .	146
a) Ehegatte. . . . .	146
2 Ob 186/03x. . . . .	146
b) Eltern . . . . .	147
2 Ob 136/00i . . . . .	147
2 Ob 84/01v . . . . .	148
2 Ob 79/00g . . . . .	151
c) Kinder. . . . .	153
2 Ob 141/04f . . . . .	153
2 Ob 45/93 . . . . .	155
2 Ob 99/95 . . . . .	156
2 Ob 111/03t . . . . .	158
2. Weiter entfernt Verwandte. . . . .	160
a) Geschwister . . . . .	160
2 Ob 90/05g . . . . .	160
b) Großeltern bzw. Enkelkinder . . . . .	162
2 Ob 41/03y . . . . .	162
3. Nicht verwandte Personen – Lebensgefährten . . . . .	163
8 Ob 127/02p . . . . .	163
IV. MITVERSCHULDENSEINWAND . . . . .	166
A) Berücksichtigung des Mitverschuldens. . . . .	166
1. Englisches und französisches Straßenverkehrsrecht/Principles. . . . .	167
a) Principles of European Tort Law (PETL) . . . . .	167
b) Englisches und französisches Straßenverkehrsrecht. . . . .	168

Fälle aus der Rechtsprechung . . . . .	171
2. Allgemeiner Länderüberblick . . . . .	179
a) England . . . . .	179
b) Schweiz . . . . .	181
Rechtsprechung . . . . .	183
c) Deutschland . . . . .	189
Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1971 . . . . .	189
Lehre . . . . .	190
Zusammenfassung und rechtsvergleichende Bemerkungen . . . . .	193
Fälle aus der Rechtsprechung . . . . .	195
d) Österreich . . . . .	200
Rechtsprechung . . . . .	201
Lehre . . . . .	203
Zusammenfassung . . . . .	204
e) Frankreich . . . . .	207
Lehre . . . . .	207
Rechtsprechung . . . . .	211
3. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung . . . . .	216
a) Begründungen für die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands . . . . .	216
b) Zusammenfassung der Rechtsvergleichenden Bemerkungen . . . . .	219
 B) Eigenständigkeit bzw. Abhängigkeit des Anspruchs . . . . .	222
1. Definition „selbstständiger“ Schmerzensgeldanspruch . . . . .	222
2. Abhängige Schmerzensgeldansprüche als Ausnahme . . . . .	223
3. Selbstständiger Schmerzensgeldanspruch in den Ländern . . . . .	224
a) Schweiz . . . . .	225
b) Frankreich . . . . .	225
c) Deutschland . . . . .	226
d) Österreich . . . . .	228
e) England . . . . .	228
f) Zusammenfassung . . . . .	228
 V. SCHLUSSWORT . . . . .	230
 LITERATURVERZEICHNIS . . . . .	237
DEUTSCHLAND . . . . .	237
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	237

II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	238
III. Gesetzesausgaben . . . . .	240
ENGLAND . . . . .	240
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	240
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	240
III. Gesetzesausgaben . . . . .	241
FRANKREICH . . . . .	241
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	241
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	242
III. Gesetzesausgaben . . . . .	244
ÖSTERREICH . . . . .	244
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	244
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	244
III. Gesetzesausgaben . . . . .	247
SCHWEIZ . . . . .	247
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	247
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	247
III. Gesetzesausgaben . . . . .	276
RECHTSVERGLEICH UND PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW . . . . .	248
I. Selbstständige Werke und Kommentare . . . . .	248
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken . . . .	248
III. Principles of European Tort Law . . . . .	249
ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS . . . . .	251
DEUTSCHLAND . . . . .	251
Bundesgerichtshof . . . . .	251
Bundessozialgericht . . . . .	251
Bundesverfassungsgericht . . . . .	251
Oberlandesgerichte . . . . .	252
Landgerichte, Kammergerichte und Kreisgerichte . . . . .	252
ENGLAND . . . . .	253
House of Lords . . . . .	253
Queen's Bench Division . . . . .	253
Court of Appeal . . . . .	253
County Courts . . . . .	254
FRANKREICH . . . . .	254
Cour de Cassation . . . . .	254

Cour d'appel . . . . .	256
Conseil D'état . . . . .	256
Tribunaux. . . . .	256
ÖSTERREICH . . . . .	256
Oberster Gerichtshof . . . . .	256
Oberlandesgerichte . . . . .	258
Landesgerichte. . . . .	258
SCHWEIZ . . . . .	258
Bundesgericht . . . . .	258
Appellationshof und Obergerichte der Kantone . . . . .	260
Kantonsgerichte . . . . .	260

# I. Einleitung

## A) Definition Schockschaden

Der Tod oder die Verletzung einer Person kann auch Dritten einen immateriellen Schaden zufügen. Es kann also **Erst- und Zweitgeschädigte aus ein und demselben schädigenden Ereignis** geben. Je nachdem, ob das seelische Leid des Zweitgeschädigten das Ausmaß einer Körperverletzung erreicht oder nicht, werden Schock- und Trauerschäden (bzw. Gefühlsschäden) unterschieden.

Von einer Körperverletzung, also einem **Schockschaden** ist dann auszugehen, wenn krankheitswertige, körperliche Symptome auftreten<sup>1</sup>, die aus ärztlicher Sicht einer Behandlung bedürfen, damit diese abklingen und keine dauernden Schäden zurückbleiben. Unter dem Begriff der Körperverletzung iSd § 1325 ABGB ist jede Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen Unversehrtheit zu verstehen. Eine äußerlich sichtbare Verletzung ist dafür aber nicht erforderlich. Auch innere Verletzungen oder Nervenschäden fallen darunter. So hat die Rechtsprechung schon bisher Störungen der Gehirn- und Nervenfunktionen, wie z. B. Schlaflosigkeit und Aufregungs- bzw. Erregungszustände als Körperverletzung anerkannt. Psychische Beeinträchtigungen, die sich bloß in Unbehagen und Unlustgefühlen äußern, reichen jedoch nicht aus, um eine Körperverletzung zu begründen<sup>2</sup>. Das heißt, dass die Einwirkung in die Psyche mit körperlichen Symptomen von Krankheitswert einhergehen muss, was jedenfalls dann zu bejahen ist, wenn sie einer ärztlichen Behandlung bedürfen, um abzuklingen oder um dauerhafte Schäden abzuwenden. So liegt ein Schockschaden z. B. dann vor, wenn angstneurotische Symptome nicht allein überwunden werden können und diese künftige Störungen erwarten lassen.

---

1 *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht <sup>8</sup> (2003) 126, 137; *Griehser/Tutsch*, Schmerzensgeld für psychische Alterationen, ZVR 2006, 260 (261); OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116; OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997, 186; *Danzl*, Internationale Länderübersicht zum Schockschaden und Trauerschmerzensgeld, ZVR 2006, 140.

2 *Griehser/Tutsch*, ZVR 2006, 261; OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116 (117).

## B) Definition Gefühlsschaden (Trauerschaden)

Bei **Gefühlsschäden** (Trauerschäden im Todesfall) verfestigt sich die psychische Beeinträchtigung nicht zu einer Krankheit und es kommt im Laufe eines Jahres zu keinen oder nur geringen körperlichen Symptomen. Die psychische Beeinträchtigung erreicht also nicht das Ausmaß einer Körperverletzung und die auftretenden Störungen klingen ohne medizinische Behandlung ab. Die Beurteilung des seelischen Leids durch den Richter wird dadurch erschwert, dass eine Körperverletzung als objektiver Anhaltspunkt fehlt.

## C) Das Bestreben nach internationaler Rechtsangleichung

Bei Schock- und Gefühlsschäden handelt es sich um keine neue Problematik, sah sich doch schon vor mehr als dreißig Jahren der Europarat zu einer Entschließung veranlasst<sup>3</sup>. Die **Entschließung des Europarats vom 14.3.1975** stellt eine Empfehlung an die Mitgliedsstaaten zugunsten einer Rechtsangleichung dar und versucht den Ersatz für Schock- und Gefühlsschäden einzugrenzen. Grundsatz 13 sieht den Ersatz zugunsten der Eltern und des Ehegatten bei außergewöhnlichem seelischem Leid aufgrund der Verletzung des Erstgeschädigten vor. Grundsatz 19 normiert für den Todesfall folgende Richtlinie: Die Eltern, der Ehegatte, der Verlobte und die Kinder sollen für einen Schmerzensgeldanspruch in Frage kommen, wenn eine enge Gefühlsbindung bestanden hat.

## D) Probleme des Ersatzes von Schock- und Gefühlsschäden

Die Gefahr einer Haftungsausuferung stellt eines der Hauptargumente gegen den Ersatz von Gefühlsschäden dar und wird z. T. auch zur Begründung eines bloß eingeschränkten Ersatzes vorgebracht. Gegen den Ersatz von Schock- und Trauerschäden wurde eine Vielzahl von Bedenken geäußert, die durch eine umgehende Klarstellung ausgeräumt werden könnten. Vielfach werden nämlich Bedenken gegen ein Angehörigen-schmerzensgeld geäußert, weil man sich vor **unlösbare Probleme** gestellt sieht. So lehnen etwa *Odersky* und *Vorndran* einen Schmerzensgeldanspruch im Falle des Überlebens des

---

<sup>3</sup> *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld <sup>8</sup> 129; *Wiesbauer*, Die Empfehlungen des Europarats zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe des Schadenersatzes bei Körperverletzung und Tötung, RZ 1977, 24.

Erstgeschädigten ab, weil es nicht abschätzbar sei, bei welchem Schweregrad des Erstschadens ein schweres seelisches Leid der „nahen Angehörigen“ vorliegt<sup>4</sup>. *Gontard* und *Strömer* entgegnen dem völlig zu Recht, dass die Gerichte die Betroffenheit der „nahen Angehörigen“ auch im Todesfall überprüfen müssen. Andere lehnen ein Angehörigen-schmerzensgeld auch mit der Begründung ab, dass die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ oder die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten Schwierigkeiten mit sich bringen würden. Das ist jedoch entschieden zurückzuweisen, weil Juristen die Aufgabe haben, schwierige Fragen zu lösen<sup>5</sup>. Ebenso wenig werden die Richter davon entbunden, ein angemessenes Schmerzensgeld zuzusprechen, nur weil die Bemessung von Nichtvermögensschäden schwierig ist. Dieser **verantwortungsvollen Aufgabe** hat man sich in Frankreich schon früh gestellt und der Kassationshof (die Cour de Cassation) hat es entschieden zurückgewiesen, Gefühlsschäden als nicht ausgleichsfähig zu erachten und deshalb ein niedrigeres oder gar kein Schmerzensgeld zu gewähren<sup>6</sup>. Es mag zwar schwierig sein, Nichtvermögensschäden in Geld „umzuwägen“, das ändere aber nichts am Vorliegen eines **ausgleichsfähigen Schadens**. So könne man beispielsweise einer Witwe, die ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden begehrt, nicht entgegenhalten, dass ihr seelisches Leid nicht in Geld umgewogen werden kann<sup>7</sup>. Auch wenn der Erstschaden nicht rückgängig gemacht werden kann, können sich die „nahen Angehörigen“ mit der Schmerzensgeldsumme andere Annehmlichkeiten verschaffen, um ihr seelisches Leid zu lindern und wieder zu einem geregelten Leben zurückzufinden<sup>8</sup>.

Zu erwähnen ist insbesondere der Vorschlag von *Leitzenberger*, wonach man das für Gefühlsschäden gewährte Schmerzensgeld einer **sozialen Einrichtung** zugutekommen lassen sollte<sup>9</sup>. Damit verkennt er, dass die „nahen Angehörigen“ durch die Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten auch dann in ihrer Persönlichkeit verletzt sein können, wenn ihr seelisches Leid nicht das Ausmaß einer Körperverletzung erreicht. Die schwere und tiefgründige Trauer über den Tod eines „nahen Angehörigen“ und ein

4 *Vorn dran*, ZRP 1988, 295; *Eustacchio*, Ersatz ideeller Schäden bei Tötung von Familienangehörigen, Diss (1993) 230f; *Strömer*, Schmerzensgeld für Angehörige, ZRP 1988, 440.

5 So auch *Kramer*, Der überflüssige „mittelbare“ Schaden, ZVR 1971, 141 (144, 146); *Kramer*, Noch einmal: Zum Problem des „mittelbaren“ Schadens, ZVR 1974, 129 (132).

6 *Stahmer*, Entschädigung von Nichtvermögensschäden bei Tötung (2004) 110f; Cass crim 15.5.1957, D. 1957, 530 = RTD 1957, 683 (*Henri / Mazeaud*).

7 *Carbonnier*, ZBJV 1964, 309.

8 *Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser* in *Fucik/Hartl/Schlösser* (Hrsg), Handbuch des Verkehrsunfalls VI (2005) Rz IV/3; Cour de Nîmes 20.4.1961, RTD, 1961, 676 (677f) (*Tunc*).

9 *Leitzenberger*, Presse 2005/12/03, Rechtspanorama vom 21.3.2005; ähnlich auch *Jansen*, ZEuP 2001, 61 und *Brügge meier*, Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage (1999) 195.

damit vergleichbares seelisches Leid infolge der Verletzung eines „nahen Angehörigen“ – die schwere und nachhaltige psychische Belastung durch den schlechten Gesundheitszustand eines „nahen Angehörigen“ – stellen nämlich eine schwere Persönlichkeitsverletzung dar. Es liegt eine schwerwiegende Beeinträchtigung der persönlichen Lebensführung vor, weil in elementare Beziehungen eingegriffen wird und sich das Leben der „nahen Angehörigen“ grundlegend und nachteilig verändert. Ein schwerwiegender Eingriff in enge familiäre Beziehungen bedeutet einen tiefen und nur schwer überwindbaren Einschnitt im Leben eines Menschen. Das seelische Gleichgewicht wird erheblich gestört und kann nur schwer oder überhaupt nicht wiederhergestellt werden. Dabei handelt es sich um einen ausgleichfähigen Schaden. Das sollte nicht verkannt und als anerkennungsunwürdig abgetan werden, weil die Bemessung eines angemessenen Schmerzensgeldes für seelische Schmerzen schwierig ist. **Juristen müssen sich schwierigen Rechtsfragen stellen und dafür eine Lösung finden.**

Die vorliegende Arbeit soll zeigen, dass sich viele offene Fragen sehr wohl beantworten lassen und insbesondere der Kreis der „nahen Angehörigen“ sehr klar abgegrenzt werden kann. Seelische Schmerzen sind genauso anerkennungswürdig wie körperliche. Bedauerlicherweise ist auch in der medizinischen Wissenschaft noch viel zu viel über die menschliche Psyche unerforscht, was zu der bloß zögerlichen Anerkennung von Gefühlsschäden beiträgt. Es geht nicht darum, den Schädiger durch die Verpflichtung zur Leistung eines Schmerzensgeldes zu bestrafen, sondern vielmehr darum, ein schweres seelisches Leid auszugleichen. Das beruht auf dem Gedanken, dass **psychische und physische Leiden als gleichwertige Schäden** anzuerkennen sind. Über den Verwendungszweck des Schmerzensgeldes kann daher nur jeder „nahe Angehörige“ selbst bestimmen und der Erhalt eines Schmerzensgeldes ist genauso wenig negativ behaftet wie im Falle einer physischen Schädigung. Wieso sollte sich also ein „naher Angehöriger“ den Vorwurf machen, dass er das Schmerzensgeld nur erhalten hat, weil der Erstgeschädigte gestorben ist oder verletzt wurde? Die „nahen Angehörigen“ sind selbst Opfer der Schädigungshandlung und ziehen daraus keinen Nutzen, wie das anscheinend immer wieder unterstellt wird. Derartige Schlussfolgerungen verkennen die psychische Schädigung der „nahen Angehörigen“ unter dem **Vorwand der erschwerten Nachvollziehbarkeit seelischen Leids**. Nicht nur der Erstgeschädigte wird durch das schädigende Ereignis unmittelbar geschädigt, sondern auch seine „nahen Angehörigen“. Ihr Schaden beruht auf der engen Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten, eine schwere Persönlichkeitsverletzung bedeutet zugleich, in einem Rechtsgut verletzt zu sein und ist dem Schutz des Gesetzes zu unterstellen.

Auch in der Lehre wird diesbezüglich immer wieder von der **Verletzung der Persönlichkeit** gesprochen. So fordert *Eustacchio* in Anlehnung an *Gontard* die Anerkennung

von Schock- und Trauerschäden als eine der schwerwiegendsten und nachhaltigsten Beeinträchtigungen der Persönlichkeit<sup>10</sup>: „Kummer und Trauer über den Tod eines nahen Angehörigen müssen als Schaden angesehen werden, der aus einer schädigenden Handlung entstanden ist. Die Auswirkungen solcher schädigenden Handlungen beschränken sich nicht auf das unmittelbare Opfer, sondern ziehen vielfach auch Drittpersonen in Mitleidenschaft“<sup>11</sup>. Ähnlich argumentiert *Schmiedmaier*<sup>12</sup> und spricht sich insofern für die Gleichstellung seelischer und körperlicher Schäden aus. Die **Gleichstellung psychischer und physischer Schäden** mangels anderer Anhaltspunkte im Gesetz ist überhaupt ein großes Anliegen der Lehre<sup>13</sup> und verdient vollste Zustimmung. Auch *Savatier* sieht im Familienleben einen wichtigen Teil der Persönlichkeit, welche durch den Verlust eines engen Familienmitglieds empfindlich gestört wird<sup>14</sup>. Weiters vertritt *Kadner* die Auffassung, dass die Anerkennung von Trauerschäden in den meisten Ländern Europas, die das bisher abgelehnt haben, de lege lata über das Persönlichkeitsrecht erfolgen und die Rechtsprechung dadurch nicht nur Wertungswidersprüche beseitigen, sondern auch eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften in Europa erzielen könnte<sup>15</sup>. Insbesondere weist er darauf hin, dass auch der BGH in seiner Entscheidung vom 22.11.1988<sup>16</sup> denselben Weg wie das BG einschlagen und den Eltern des durch einen Behandlungsfehler schwer geschädigten Kindes über die Verletzung des Persönlichkeitsrechtes ein Schmerzensgeld hätte zusprechen können<sup>17</sup>. Das würde auch mit dem BGB in Einklang stehen, weil § 823 Abs 1 BGB das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt.

Die ablehnende Haltung gegenüber Gefühlsschäden erspart die **Auseinandersetzung mit vielen heiklen Fragen**, für die aber durchaus eine Antwort gefunden werden kann: Insbesondere wird die Gefahr einer Haftungsausuferung oder die Unausgleichbarkeit von Gefühlsschäden behauptet. So begegnet man der Gefahr einer Haftungs-

10 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 306.

11 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 1.

12 *Schmiedmaier*, Schmerzensgeld für psychische Schäden (1998) 55.

13 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (287) (*Karner*); *Deubner*, Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis – BGH, NJW 1971, 1883\*, JuS 1971, 622 (623f); *Karczewski*, Schockschäden 344, 347 und 350; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht<sup>2</sup> (2003) 602; *Wagner* in *Rebmann/Rixecker/Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V (2004) § 823 Rz 78; *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 37 (41).

14 *Savatier*, Le dommage et la personne, D. 1955, Chr 5 (10).

15 *Kadner*, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEuP 1996, 135 (153).

16 BGH VI ZR 126/88, NJW 1989, 766.

17 *Kadner*, ZEuP 1996, 149ff.

ausuferung in den Ländern, die dafür ein Schmerzensgeld gewähren, durch die enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises und verlangt zudem einen besonders schweren Eingriff in das Persönlichkeitsrecht oder ein schweres Verschulden des Schädigers. Außerdem ist das Verständnis des Ausgleichsprinzips für alle Schmerzensgeldansprüche derart zu modifizieren, dass sich die „nahen Angehörigen“ durch die Geldentschädigung Annehmlichkeiten verschaffen können, um ihr Leben erträglicher zu gestalten und ihr seelisches Leid zu lindern. Auch *Karner* weist darauf hin, dass die §§ 1323, 1324 ABGB als Generalklausel des immateriellen Schadenersatzes auf die Verletzung eines Persönlichkeitsrechts abstellen und die Haftung daher nicht ausufern lassen. Der OGH hat das schon im 19. Jhdt. anerkannt, ist davon aber im Jahr 1908 abgegangen und hat in Anlehnung an die restriktive Haltung in Deutschland ausgesprochen, dass im österreichischen Recht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für den immateriellen Schadenersatz fehlt und in Ermangelung einer solchen kein Ersatz gewährt wird. Das wurde zwar zugunsten bestimmter immaterieller Schäden später wieder durchbrochen, der OGH ist aber nicht mehr gänzlich zu seiner ursprünglichen Auffassung zurückgekehrt, wonach die §§ 1323, 1324 ABGB den immateriellen Schadenersatz generell regeln und ausdrücklich anordnen<sup>18</sup>. Die **Umschreibung eines konkreten Tatbestandes** sei sehr wichtig, um von dem Eingriff in ein Persönlichkeitsrecht auszugehen. Weniger bedeutend sei es hingegen, ob man von einem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder mehreren einzelnen Persönlichkeitsrechten ausgeht. Weiters weist auch *Brehm* darauf hin, dass die Gefühlsbindung im engeren Kreise der Familie zur Persönlichkeitssphäre gehört und diese insbesondere die Ausübung der Obsorge durch die Eltern umfasst. Die schwere Beeinträchtigung eines Menschen verletze demzufolge auch die Persönlichkeit seiner „nahen Angehörigen“<sup>19</sup>. Art. 49 OR verlange nur, dass die Schwere der widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung ein Schmerzensgeld rechtfertigt. Daher könne eine schwere Persönlichkeitsverletzung auch darin bestehen, dass ein „naher Angehöriger“ auf Dauer pflegebedürftig ist.

---

18 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (288) (*Karner*).

19 *Brehm* in *Hausherr* (Hrsg), Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> (1998) Art. 49 Rz 39 und 67.

## II. Rechtsvergleichender Länderüberblick

### A) Die Entwicklung der heutigen Rechtslage

In Deutschland, England, Frankreich, Österreich und der Schweiz hat der Ersatz für Schock- und Trauerschäden **unterschiedlich lange Tradition und Ausprägung** erfahren. Daher soll zunächst ein Überblick über die unterschiedliche Rechtsentwicklung in diesen Ländern gegeben werden. Denn erst wenn man versteht, wie das Recht gewachsen ist, kann man auch die heutige Rechtslage verstehen<sup>20</sup>. Umso mehr gilt das natürlich für die Beschäftigung mit einer fremden Rechtsordnung.

In **Deutschland** geht die Anerkennung von Schockschäden Dritter auf das Urteil des OLG Hamburg vom 20.5.1903 sowie auf die Urteile des Reichsgerichts vom 21.9.1931, 15.1.1938 oder 8.1.1940 zurück<sup>21</sup>. Der BGH bejahte den Schmerzensgeldanspruch schockgeschädigter Dritter erstmals im Jahr 1965 und entwickelte daraufhin im Grundsatzzurteil von 1971 die bis heute gültigen Grundsätze für den Ersatz von Schockschäden Dritter auf der Grundlage des § 823 Abs1 BGB<sup>22</sup>. Ein Ersatz für Trauerschäden wurde von der deutschen Rechtsprechung bisher noch nicht eingeführt<sup>23</sup>. Obwohl die Diskussion in Deutschland schon lange andauert, hat sich der Gesetzgeber anlässlich der Schuldrechtsreform 2002 nicht mit der Problematik auseinandergesetzt und keine ausdrückliche Regelung des Angehörigenschmerzensgeldes ins BGB eingefügt<sup>24</sup>. Bloße Trauer ohne eine eigene Gesundheitsverletzung bleibt daher auch weiterhin unentschädigt und die von der Rechtsprechung de lege lata entwickelten Grundsätze für

---

20 Siehe *Danzl*, ZVR 2006, 140ff.

21 *Heldermann*, Schadenersatz für Schockschäden Dritter im Vergleich des Deutschen Rechts gemäß §823 I BGB zum Englischen bzw. Irischen Recht (2004) 20.

22 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 84f.

23 *Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht<sup>3</sup> (2000) 106; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 1 und 9.

24 *Burmann/Heß*, Das Angehörigenschmerzensgeld und mittelbar Betroffene, NJW-Spezial 2006, 303; *Diederichsen*, Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, VersR 2005, 433 (438); *Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch, r+s 2003, 89 (91); *Kadner*, Tödliche Flussfahrt auf dem Mekong – Anknüpfung der Ansprüche von Angehörigen im europäischen Delikt koordinationsrecht, IRPax 2006, 307 (309); *Katzenmeier*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ 2002, 1029 (1034f).

den Ersatz von Schockschäden bleiben maßgeblich. Eine begrüßenswerte Erweiterung durch die Schuldrechtsreform 2002 ist jedoch darin zu sehen, dass ein Schmerzensgeld über den neuen § 253 Abs 2 BGB auch auf der Grundlage der Vertrags- und Gefährdungshaftung gewährt werden kann und Kinder im Straßenverkehr besonders geschützt werden<sup>25</sup>.

In **England** geht die Anerkennung von Schockschäden Dritter auf die Entscheidung *Hambrook v Stokes* aus dem Jahr 1925 zurück<sup>26</sup>. Während in Deutschland überhaupt kein Ersatz für Trauerschäden gewährt wird, gibt es in England seit 1982 eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für den Ersatz von Trauerschäden bei tödlichen Verkehrsunfällen (sec. 1A FAA 1976)<sup>27</sup>. Der Ersatz für Trauerschäden ist in England jedoch so eng begrenzt, dass der Schockschaden-Judikatur daneben große Bedeutung zukommt. Denn abgesehen von der genannten gesetzlichen Grundlage gibt es keinen Ersatz von Trauerschäden nach englischem Recht: Es muss eine erkennbare psychische Erkrankung vorliegen, um für einen Schockschaden Ersatz zu bekommen, bloße Trauer bleibt dagegen wie in Deutschland ohne Ersatz<sup>28</sup>.

Anders stellt sich die Rechtslage hingegen in Frankreich und der Schweiz dar<sup>29</sup>, wo Trauerschäden schon lange anerkannt sind und die Problematik des Ersatzes für Schockschäden daher eher in den Hintergrund getreten ist.

Das **Schweizerische Recht** sieht den Ersatz von Trauerschäden im Todesfall schon seit 1881 ausdrücklich vor. Die lange Tradition des Angehörigenschmerzensgeldes beruht auf dem **Gedanken**, dass der Verlust eines „nahen Angehörigen“ vergleichbares oder sogar schwereres seelisches Leid hervorrufen kann als die eigene physische Schädigung<sup>30</sup>. Durch die Anerkennung von Schockschäden Dritter und von Gefühlsschäden infolge der Verletzung eines „nahen Angehörigen“ beseitigte die schweizerische Rechtsprechung in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1986 auch noch die letzten Schranken: Im ersten Fall bemühte das BG Art. 47 OR als Grundlage für den Schmerzensgeld-

25 *Buller/Heß*, Der Kinderunfall und das Schmerzensgeld nach Änderung des Schadenersatzrechtes, zfs 2003, 218; *Kilian* in *Graf von Westphalen/Hensler* (Hrsg), Praxis der Schuldrechtsreform (2003) § 253 Rz 25ff; *Wagner*, JZ 2004, 319.

26 *Beckwith/Giliker*, Tort (2000) 86; *Lunney/Oliphant*, Tort Law. Text and Materials <sup>2</sup> (2003) 301.

27 Fatal Accident Acts. *Mullis*, Damages, in *Grubb* (Hrsg), The Law of Tort (2002) 197 (278).

28 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law (2005) 51; *Barrie*, Personal Injury Law. Liability, Compensation and Procedure <sup>2</sup> (2005) 350; *Kidner*, Casebook on Torts <sup>8</sup> (2004) 125.

29 *Karczewski*, Schockschäden 326f; *Widmer*, Stellungnahme zum Gutachten Karner/Koziol aus schweizerischer und rechtsvergleichender Sicht, in 15. ÖJT II/2 (2004) 36 (52).

30 *Kadner*, ZEuP 1996, 141.

anspruch (BGE 112 II 118)<sup>31</sup>, im zweiten Art.49 OR (BGE 112 II 220)<sup>32</sup> und erkannte beide Schäden als unmittelbare Verletzung in einem absolut geschützten Recht an. In der Lehre wurde kritisiert, dass das BG den Schmerzensgeldanspruch für Gefühlsschäden durch die Verletzung eines „nahen Angehörigen“ nicht auf Art. 47 OR gestützt hat<sup>33</sup>. Darüber hinaus wurde darauf hingewiesen, dass das BG viele Fragen über den Ersatz von Schockschäden Dritter unbeantwortet ließ<sup>34</sup>.

Auch in **Frankreich** hat die Rechtsprechung ihre vorübergehend restriktive Haltung gegenüber Gefühlsschäden nach und nach wieder aufgegeben. Nach einer anfangs liberalen Rechtsprechung im 19. Jhd. und zu Beginn des 20. Jhdts. versuchte der Kassationshof, den Ersatz von Gefühlsschäden im Jahr 1931 mehrfach zu beschränken: erstens auf den Todesfall und zweitens auf die rechtlich durch Verwandtschaft oder Verschwägerung begründete Familie<sup>35</sup>; Personen, zu denen kein verwandtschaftliches Verhältnis bestand, waren vom Ersatz ausgeschlossen; Pflegeeltern bzw. Pflegekinder, Verlobte, Freunde und Lebensgefährten konnten daher keinen Ersatz erhalten. Das stieß in der Lehre auf heftige Kritik und wurde von der Rechtsprechung abgelehnt, so dass der Kassationshof beide Beschränkungen wieder aufgegeben hat. Heute wird aufgrund der Generalklausel des Art. 1382 CC wieder weitgehend Ersatz für Gefühlsschäden gewährt, obwohl Art. 1382 CC den Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld nicht ausdrücklich normiert. Die Unterscheidung zwischen Schock- und Trauerschäden hat in Frankreich keine große Bedeutung erlangt, weil beide Schäden ersetzt werden, wenn der Schaden persönlich, unmittelbar und gewiss ist<sup>36</sup>. Das ist auf die weite **Formulierung des Art. 1382 CC** zurückzuführen, der die Haftung nicht an die Verletzung bestimmter, aufgezählter Rechtsgüter, sondern an den Eintritt eines Schadens anknüpft. Die Strafkammer des Kassationshofes war zwar anfangs restriktiv, öffnet aber später auch das Adhä-

---

31 *Fischer*, Schockschäden Dritter 4f; *Kramer*, ZBJV 1987, 310ff; *Ranieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 620; *Widmer* in 15. ÖJT II/2 54; s. a. *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> (2004) 22f.

32 *Gauch*, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225 (237); *Kadner*, ZEuP 1996, 142; *Widmer* in 15. ÖJT II/2 53.

33 *Gauch*, recht 1996, 237; *Koller*, Haftung aus Verschulden, in *Guhl* (Hrsg.), Das schweizerische Obligationenrecht<sup>9</sup> (2000) 186 (Rz 18).

34 *Fischer*, Außervertragliche Haftung für Schockschäden Dritter (1988) 7f; *Kramer*, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289 (312f); AH Bern Nr. 180/I/92, ZBJV 1995, 120 (126) (*Beck*).

35 *Boyer/Roland/Starck*, Obligations. Responsabilité délictuelle<sup>5</sup> (1996) 97ff.

36 *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>3</sup> 142; *Koch/Koziol*, Vergleichende Analyse, in *Koch/Koziol* (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003) 364 (Rz 71); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 106f und 140f.

sionsverfahren für Schockschäden Dritter. Die Zivilkammer des Kassationshofes hat Schockschäden schon lange davor anerkannt.

In **Österreich** ist noch nicht viel Zeit seit der Anerkennung von Schock- und Trauerschäden verstrichen: 1994 änderte der OGH seine Rechtsprechung und sprach erstmals ein Schmerzensgeld für den Schockschaden Dritter zu<sup>37</sup>. Seither anerkennt der OGH Schockschäden Dritter als „Körperverletzung“ iSd § 1325 ABGB. Der Gerichtshof hat in den letzten zehn Jahren eine **dynamische Rechtsfortbildung** vollzogen, welche die Anerkennung rein psychischer Schäden mit sich brachte. Im Jahr 2001 entwickelte er Grundsätze für den Ersatz von Trauerschäden (Ausweitung de lege lata): „Nahe Angehörige“ sollen bei grobem Verschulden des Schädigers Ersatz erhalten. Im vorliegenden Fall scheiterte der Schmerzensgeldanspruch der Eltern der Getöteten aber am Nichtvorliegen eines groben Verschuldens des Schädigers<sup>38</sup>. *Helmich* überraschte die Entscheidung nicht, weil der OGH die „Angehörigen“ schon länger durch die Einführung der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches begünstigt hatte. Sie kritisierte die Entscheidung, weil ihres Erachtens die behauptete Gesetzeslücke ebenso wenig vorliege wie die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes<sup>39</sup>. Im Jahr 2004 bestätigte der OGH seine neue Judikaturlinie und bejaht, dass auch der erwachsene Sohn der Getöteten einen Schmerzensgeldanspruch für seinen Trauerschaden haben kann<sup>40</sup>. 2005 setzte der OGH seine Rechtsprechung fort, als er dem Bruder des Getöteten ein Schmerzensgeld für seinen Trauerschaden zusprach<sup>41</sup>. Der OGH hat damit im Gegensatz zum deutschen Gesetzgeber erkannt, dass die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches keine Alternative zum eigenen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ darstellt<sup>42</sup>.

37 OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; *Ebers*, ERPL 2003/3, 412 (462f); *Fucik/Hartl/Ofner/Schlosser* in *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI Rz IV/16; *Huber*, Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 (229f); *Kath*, Schmerzensgeld (2005) 107ff.

38 OGH 2 Ob 84/01v, ecolex 2001/235 = ecolex 2001, 668 (*Helmich*) = JBl 2001, 660 = RdW 2002/203 = ZVR 2001, 287 (*Karner*) = ZVR 2001/73; *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, Ersatzansprüche für immaterielle Schäden aus Tötung naher Angehöriger – eine rechtsvergleichende Untersuchung, ZfRV 2007, 44 (50f); *Stärker*, Seelische Schmerzen als ersatzfähiger Schaden, ASoK 2001, 323 (328).

39 OGH 2 Ob 84/01v, ecolex 2001, 668 (669) (*Helmich*).

40 OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 = ZVR 2004/86 = ecolex 2005, 39; *Leitzenberger*, Presse 2005/12/03, Rechtspanorama vom 21.3.2005; *Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2004, ZVR 2005, 75 (84).

41 *Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2005, ZVR 2006, 175 (184); OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; bestätigend: OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

42 OGH 6 Ob 2068/96t, ecolex 1996, 913 (*Wilhelm*); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 10ff.

Daher lassen sich **vollkommen gegenläufige Tendenzen** in den zu untersuchenden Rechtsordnungen feststellen: In Frankreich und der Schweiz wurde zuerst Ersatz für Gefühlsschäden gewährt, während Schockschäden erst später anerkannt wurden; in Deutschland, England und Österreich erfolgte die Anerkennung von Schockschäden hingegen zeitlich früher und der Ersatz von Gefühlsschäden ist dort noch heute weitgehend zurückgedrängt.

Die **Ergebnisse** der bisher dargelegten Ausführungen sollen an dieser Stelle noch einmal zusammengefasst werden. Der Ersatz von Schockschäden steht in Deutschland, England und Österreich derzeit im Vordergrund, weil es dort entweder keinen, nur stark eingegrenzten oder noch nicht lange Ersatz für Trauerschäden gibt. So werden Trauerschäden in Österreich erst seit dem Jahr 2001 anerkannt und der Ersatz nach der ständigen Rechtsprechung von grobem Verschulden abhängig gemacht. Die deutsche Rechtsprechung lehnt den Ersatz von Trauerschäden hingegen konsequent ab und auch in England gibt es jenseits des Straßenverkehrsrechts (FAA 1976) keinen Ersatz von Trauerschäden. In Frankreich und der Schweiz wurden Gefühlsschäden dagegen früher anerkannt als Schockschäden, was sich bis heute spürbar bemerkbar macht. Man hat den Ersatz von Schockschäden nämlich an jenen von Gefühlsschäden angelehnt, so dass in beiden Ländern aufgrund der kaum vorhandenen Schockschaden-Judikatur noch vieles über Schockschäden unklar geblieben ist<sup>43</sup>. In Frankreich wird unter denselben Voraussetzungen Schmerzensgeld für Schock- und Trauerschäden zugesprochen. In der Schweiz werden Schwierigkeiten mit der Trauerarbeit (also Schockschäden) regelmäßig erhöhend beim Ersatz von Gefühlsschäden geltend gemacht, so dass von einer eigenen Schockschaden-Klage eher Abstand genommen wird. Vom heutigen Standpunkt aus kann man feststellen, dass Schockschäden Dritter in den zu untersuchenden Rechtsordnungen weitgehend anerkannt sind. Nur das deutsche Recht stellt relativ hohe Anforderungen an das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung<sup>44</sup>.

Der der Anerkennung von Schockschäden zugrundeliegende **Gedanke**, dass die Schädigung einer Person auch die Gesundheit einer anderen Person erheblich gefährden kann und der Schädiger in diesem Fall auch gegenüber Dritten rechtswidrig handelt, wird heute allgemein anerkannt. Unterschiede bestehen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen insofern, als z. T. das Aufhalten in unmittelbarer Nähe des schädigenden Ereignisses verlangt wird sowie hinsichtlich des anspruchsberechtigten Personenkreises. Darauf wird aber noch näher eingegangen.

---

43 Cass crim 23.5.1991, Pourvoi n°90-83.280; *Fischer*, Schockschäden Dritter 7f; *Kramer*, ZBJV 1987, 312f.

44 *Koch/Koziol* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 69ff; s. a. *Koch/Koziol*, Schadenersatz bei Personenschäden in Europa, in *Verein für Haftung und Versicherung* (Hrsg), HAVE Personen-Schaden-Forum 2003 (2003) 13 (23f).

Die dargelegten **Unterschiede** werden dann besonders deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass es Bereiche gibt, in denen in Frankreich und der Schweiz verschuldensunabhängig gehaftet wird, während in Deutschland, England und Österreich überhaupt kein Ersatz in Frage kommt. Nicht umsonst meinen manche, dass Deutschland mit der Schuldrechtsreform 2002 eine Chance zur Rechtsangleichung vertan hat<sup>45</sup>. Positiv ist zwar die Einführung des Schmerzensgeldanspruches in die Vertrags- und Gefährdungshaftung durch dessen Verankerung im allgemeinen Schuldrecht und die Neufassung der Verweisungsnormen in den Spezialgesetzen zu vermerken<sup>46</sup>. Dass hier ein Nachholbedarf bestand, wird aber dadurch belegt, dass es im österreichischen Recht bereits seit der EKHG-Novelle 1968 einen Schmerzensgeldanspruch im EKHG gibt<sup>47</sup>.

Ein Gleichklang mit dem österreichischen, französischen und schweizerischen Recht wurde insofern erzielt, als nun für Schockschäden eine verschuldensunabhängige Haftung besteht. Die bestehenden Unterschiede sind aber noch groß, weil in Deutschland und Österreich nur für Schockschäden verschuldensunabhängig gehaftet wird, während das in Frankreich und der Schweiz auch für Trauerschäden gilt. Das englische Recht nimmt diesbezüglich eine **Sonderstellung** ein, weil der Ersatz von Schock- und Trauerschäden dort auf die Deliktshaftung beschränkt ist<sup>48</sup>. Auch das FAA 1976 verlangt ein Verschulden des Schädigers, obwohl die anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen für Verkehrsunfälle eine Gefährdungshaftung vorsehen. So sieht das deutsche StVG seit der Schuldrechtsreform 2002 einen Schmerzensgeldanspruch vor. Im österreichischen EKHG ist dagegen schon seit der EKHG-Novelle 1968 ein Schmerzensgeldanspruch vorgesehen. Da der Ersatz von Trauerschäden in Österreich derzeit von einem groben Verschulden des Schädigers abhängt, kommt das EKHG aber nur für Schockschäden Dritter zur Anwendung.

Da Straßenverkehrsunfälle einen **Hauptanwendungsfall für Schock- und Trauerschäden** darstellen, sind die jeweiligen straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen besonders wichtig. Sie lassen hinsichtlich ihres **Anwendungsbereiches** durchaus Übereinstimmungen erkennen. So kommt das EKHG zur Anwendung, wenn sich der Unfall beim Betrieb eines Kfz oder einer Eisenbahn ereignet<sup>49</sup>.

45 *Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung, ZRP 2003, 156 (159); *Klinger*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsopfern?, NZV 2005, 290.

46 *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld Rz 93f; *Wagner*, JZ 2004, 319.

47 *Apathy* in *Apathy* (Hrsg), Kommentar zum EKHG (1992) § 13 Rz1; *Danzl*, Kommentar zum EKHG <sup>7</sup> (2002) § 12 EKHG 341f; s. a. *Stoll*, Ersatz für immateriellen Schaden im Verkehrsrecht, DAR 1968, 303.

48 *Rogers*, Non-Pecuniary Loss under English Law, in *Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001) 54 (Rz 20f); *Wagner*, JZ 2004, 320.

49 *Dittrich/Tades*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Taschenkommentar Manz <sup>21</sup> (2005) 655.

Ähnlich stellt auch das französische Gesetz vom 5.7.1985 darauf ab, dass ein Kfz in den Unfall verwickelt ist<sup>50</sup>. Nach dem Gesetz vom 5.7.1985 werden Schock- und Trauerschäden unter denselben Voraussetzungen ersetzt wie bei der Deliktshaftung nach Art. 1382 CC: Dritte müssen einen persönlichen, unmittelbaren und gewissen Schaden nachweisen. Neben Spezialgesetzen bildet Art. 1384 CC als Generalklausel der Sachhalterhaftung eine bedeutende Grundlage für die Gefährdungshaftung im französischen Recht<sup>51</sup>. Auch in der Schweiz gibt es neben der Deliktshaftung eine verschuldensunabhängige Haftung für Schock- und Trauerschäden<sup>52</sup>: entweder auf der Grundlage von Spezialgesetzen, die auf das OR verweisen und eine Gefährdungshaftung normieren (insbesondere das SVG) oder auf der Grundlage der Kausalhaftung nach Art. 54-58 OR (siehe BGE 117 II 50 – Kausalhaftung nach Art. 58 iVm Art. 49 OR). Der Motorfahrzeughalter haftet nach dem SVG verschuldensunabhängig für Personenschäden, die durch den Betrieb eines Kfz verursacht worden sind<sup>53</sup>.

## B) Konkreter Vergleich der Rechtslage

Während es in Deutschland überhaupt keinen Ersatz von **Trauerschäden** gibt, unterliegt dieser in **England einer doppelten Begrenzung**<sup>54</sup>: der Schmerzensgeldanspruch ist auf einen kleinen Personenkreis und auf tödliche Verkehrsunfälle beschränkt. Nach sec. 1A (2) FAA 1976 kommen nur Ehegatten, die Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft<sup>55</sup> und die Eltern minderjähriger und unverheirateter Kinder für einen Anspruch in Frage – bei unehelichen Kindern die Mutter.

**Nach dem französischen und schweizerischen Recht bestehen keine entsprechenden Begrenzungen für den Ersatz von Trauerschäden:** Dieser ist weder auf den Tod des Erstgeschädigten, noch auf Verkehrsunfälle beschränkt. Darüber hinaus kann ein größerer Personenkreis ein Schmerzensgeld für Gefühlsschäden begehren als in England. Der Grund dafür ist, dass weder das Gesetz, noch die Rechtsprechung in Frankreich und der Schweiz eine

---

50 *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 412 (441ff).

51 *Backu*, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallsschäden in Frankreich, Spanien und Portugal, DAR 2001, 587; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 111; *Wagner*, JZ 2004, 319f.

52 *Honsell*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> 105 und 107; *Koller* in *Guhl*, Obligationenrecht Rz 1 und 18.

53 *Brehm*, Schadenersatz für Körperverletzung in der Schweiz, in *Koch/Koziol* (Hrsg.), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003) 325 (Rz 28f).

54 *Janssen*, ZRP 2003, 158; *Kadner*, ZEuP 1996, 147f; *Shaw*, England and Wales in *v. Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa (1994) 108; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 162.

55 *Oliphant*, England and Wales, in *Koziol/Steininger* (Hrsg.), European Tort Law 2004 (2005) Rz 1.

fixe Liste aufgezählter Anspruchsberechtigter kennen. Vielmehr ist das Vorliegen einer engen Nahebeziehung entscheidend, was für jeden Einzelfall zu prüfen ist. So können in Frankreich und der Schweiz regelmäßig auch die Eltern erwachsener Kinder, die Kinder des Erstgeschädigten sowie Verlobte, Lebensgefährten und u. U. Geschwister Ersatz für ihren Trauerschaden erhalten<sup>56</sup>. **Im Falle des Überlebens** des Erstgeschädigten lehnen es beide Rechtsordnungen ab, starr an eine besonders<sup>57</sup> schwere Verletzung des Erstgeschädigten anzuknüpfen, um berücksichtigen zu können, dass auch unter dieser Schwelle schweres seelisches Leid der „nahen Angehörigen“ vorliegen kann.

In **Österreich** wurde bisher nur in Todesfällen Ersatz für Trauerschäden gewährt und der Kreis der Anspruchsberechtigten ist ebenfalls weiter als in England. Wie in Frankreich und der Schweiz ist der anspruchsberechtigte Personenkreis auf **keine fixe Liste** begrenzt, so dass auch erwachsene Kinder und Geschwister bei Vorliegen einer engen Nahebeziehung Ersatz für ihre Trauerschäden erhalten können<sup>58</sup>. Blickt man auf den **Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts**<sup>59</sup>, so spricht einiges dafür, den „nahen Angehörigen“ auch im Falle schwerster Verletzungen des Erstgeschädigten Ersatz für ihren Gefühlsschaden zu gewähren.

**Auch bei Schockschäden** gibt es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen **keine fixe Liste**, in der mögliche Anspruchsberechtigte aufgezählt sind<sup>60</sup>.

Der **Schweregrad der Erstverletzung** ist insofern von Bedeutung, als ein verständlicher Anlassfall für den Schockschaden vorliegen muss<sup>61</sup>. Unter Umständen kann auch die **ernsthafte Gefährdung** eines „nahen Angehörigen“ genügen<sup>62</sup>.

56 *Honsell*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> 106; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 50; *Kadner*, ZEuP 1996, 147f.

57 *Cadiet/Tourneau*, Droit de la Responsabilité (1998) Rz 701; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Die Genugtuung. Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide aus den Jahren 1990-2005<sup>3</sup> (2005) IX/14f (bis 2005); *Galand-Carval*, Non-Pecuniary Loss under French Law, in *Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001) 87 (Rz 19); *Oftringer/Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> (1995) Rz 76f; *Rey*, Außervertragliches Haftpflichtrecht<sup>3</sup> (2003) Rz 455; *Werro*, La responsabilité civile (2005) Rz 152.

58 OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 = ZVR 2004/86 = ecolex 2005, 39; OGH 2 Ob 90/05g, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; bestätigend: OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

59 *Griss*, JBl 2005, 282; *Kommenda*, Von Angst bis Unternehmerhaftung. Schadenersatz neu, Presse 2005/23/02, Rechtspanorama vom 6.6.2005.

60 *Heldermann*, Schadenersatz 110; *Koch/Koziol* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 71; *Ranieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 621; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 106f, 140f.

61 *Karczewski*, Schockschäden 374f; *Karner*, ZVR 1998, 188; *Ranieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 623f; *Zeytin*, Zur Problematik des Schmerzensgeldes (2001) 58.

62 *Heldermann*, Schadenersatz 142, 144ff und 225; *Park*, Grund und Haftung für Schockschäden nach § 823 I BGB (1997) 193ff; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 53; *Janssen*, ZRP 2003, 157; *Karner*, ZVR 1998, 188; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform. 15. Österreichischer Juristentag II/1 (2003) 88f; *Karczewski*, Schockschäden 376f und 393.

Unterschiede gibt es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen hinsichtlich des **Körperverletzungsbegriffes**: Während sich dieser in England, Frankreich, Österreich und der Schweiz überwiegend nach der medizinischen Wissenschaft bestimmt, wurde in Deutschland ein juristischer Körperverletzungsbegriff für Schockschäden Dritter geschaffen, der sich an der allgemeinen Verkehrsauffassung und nicht an der medizinischen Wissenschaft orientiert<sup>63</sup>. Das führt dazu, dass der Nachweis einer Körperverletzung in Deutschland schwerer zu erbringen ist als in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen, weil dafür außergewöhnlich schweres seelisches Leid vorliegen muss.

Übereinstimmung besteht zwischen dem deutschen, englischen und österreichischen Recht insofern, als auch **Schockschäden Fremder**<sup>64</sup> ersetzt werden, die entweder in die Lage des Unfallbeteiligten gezwungen wurden oder selbst der Gefahr einer physischen Schädigung ausgesetzt waren, also zumindest eine begründete Furcht hatten, eine solche zu erleiden. Auch nach dem schweizerischen Recht spricht einiges für den Ersatz in einem derartigen Fall<sup>65</sup>. In Frankreich stellte sich diese Frage hingegen noch nicht<sup>66</sup>.

In Deutschland, Frankreich, Österreich und der Schweiz werden Schockschäden auch dann ersetzt, wenn sie durch die **Nachricht** von einem folgenschweren Unfall eines „nahen Angehörigen“ ausgelöst werden<sup>67</sup>. In England muss hingegen in jedem Fall **unmittelbare Nähe zum schädigenden Ereignis** vorliegen, Schockschäden infolge bloßer Benachrichtigung begründen keinen Schmerzensgeldanspruch. Damit wurde im englischen Recht eine sehr hohe Hürde für die Schmerzensgeldansprüche Dritter geschaffen<sup>68</sup>.

### C) Die Bedeutung einer europäischen Lösung

An dieser Stelle sollen der Diskussionsstand und die Reformbestreben in den zu untersuchenden Ländern sowie die kollisionsrechtliche Problematik bei Schadensfällen mit Auslandsberührung kurz Erwähnung finden, weil sie die Bedeutung einer einheitlichen

63 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation 51; *Cadiet/Tourneau*, Responsabilité Rz 753; *Diederichsen*, VersR 2005, 438; *Fischer*, Schockschäden Dritter 29ff; *Heldermann*, Schadenersatz 13f; *Karner*, ZVR 1998, 185; *Klinger*, NZV 2005, 290; *Ranieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 623ff.

64 *Karner*, ZVR 1998, 188; *Heldermann*, Schadenersatz 112f; *Beckwith/Giliker*, Tort 93f.

65 *Fischer*, Schockschäden Dritter 13, 30 und 45f; *Kramer*, ZBJV 1987, 312 und 314; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff.

66 *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury. A Comparative Legal Study (2001) 17.

67 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation 52; *Heldermann*, Schadenersatz 132; *Henry/Jacob/Tisserand-Martin/Wiederkehr*, Code Civil<sup>104</sup> (2005) § 1383 Rz 69; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 142; *Karner*, Schmerzensgeld für Angehörige, *ecolex* 2001, 37; *Mullis*, Tort, All ER AR 1992, 435 (443).

68 *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 42ff und 51.

europäischen Lösung aufzeigen und zum Verständnis der Rechtslage in den Ländern beitragen.

**Je nach Rechtslage sind auch die Zielsetzungen allfälliger Reformen und der Diskussionsgegenstand verschieden.** Während in Deutschland die Einführung des Angehörigenschmerzensgeldes durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung diskutiert wird, bilden in England insbesondere die Ausdehnung des Ersatzes von Trauerschäden sowie eine gesetzliche Regelung für den Ersatz von Schockschäden den Gegenstand der Diskussion. In Frankreich wird hingegen eine angemessene und klare Begrenzung des Ersatzes bzw. die Adaptierung des Gesetzes an die gegenwärtigen Verhältnisse gefordert. In der Schweiz und in Österreich gibt es ebenfalls Reformbestrebungen<sup>69</sup>: Während der schweizerische VE darauf gerichtet ist, die von der Rechtsprechung *de lege lata* entwickelten Grundsätze über den Ersatz von Trauerschäden ausdrücklich in das Gesetz zu verlagern, geht der österreichische Entwurf für ein neues Schadenersatzrecht sogar noch über die bisher von der Judikatur entwickelten Grundsätze hinaus. **Mit einer einheitlichen europäischen Lösung könnten bereits vehement geforderte Reformen umgesetzt und ein Gleichklang der Rechtsordnungen hergestellt werden.** Ein kurzer Überblick über die gegenständliche Diskussion in den zu untersuchenden Rechtsordnungen soll die Problematik verdeutlichen.

Gerade der Blick auf die Diskussion in **Deutschland** unterstreicht die Bedeutung einer gemeinsamen europäischen Initiative für die wünschenswerte Harmonisierung der Rechtsvorschriften. Versuche, den deutschen Gesetzgeber zur Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes zu bewegen, sind mehrfach gescheitert. Die Empfehlung des 45. DJT im Jahr 1964, welche sich auf das Gutachten von *Stoll* stützte und dem Gesetzgeber die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeld bei Todesfällen nahelegte, war neben dem Gesetzesentwurf des bayerischen Justizministeriums aus dem Jahr 1988 ein wichtiger Bestandteil einer befürwortenden Bewegung in Deutschland<sup>70</sup>.

Besonders einschneidend war die **Einführung der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches** im Jahr 1990, welche der Gesetzgeber zum Anlass nahm, um Trauerschäden endgültig die Anerkennung zu versagen. Das führte zu **Kritik** in der Lehre<sup>71</sup>: Die

<sup>69</sup> *Griss*, JBl 2005, 282; *Kommenda*, Presse 2005/23/02, Rechtspanorama vom 6.6.2005.

<sup>70</sup> *Stoll*, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. DJT, in *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg), Verhandlungen des 45. DJT I/1 (1964) 145ff; 45. Deutscher Juristentag in Karlsruhe, NJW 1964, 2098; *Lieberwirth*, Das Schmerzensgeld – ein dringendes Reformproblem, DAR 1966, 179 (181); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 10ff.

<sup>71</sup> *Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345 (353); *Scheffén*, Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfällen, ärztlichen

Rechtsslage sei unbefriedigend, weil die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches keine Alternative zu einem eigenen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ darstelle und die Einführung des Angehörigenschmerzensgeldes durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wünschenswert wäre. Insbesondere wird auf Wertungswidersprüche hingewiesen, die sich nach der derzeitigen Rechtsslage ergeben sowie auf **die Sonderstellung des deutschen Rechts im Rechtsvergleich mit dem französischem, englischen, schweizerischen und österreichischen Recht**<sup>72</sup>.

Es werden jedoch auch **Bedenken** gegen die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes angemeldet<sup>73</sup>: Insbesondere die Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises, die Prüfung der tatsächlichen Intensität zwischenmenschlicher Beziehungen sowie eine pauschale Entschädigung werden als problematisch erachtet. Weiters wird behauptet, dass das Angehörigenschmerzensgeld einen Fremdkörper im BGB darstellen oder zur doppelten Bestrafung des Schädigers führen würde.

Auch in **England** sind die Versuche, den Gesetzgeber zu einer Reform der Haftung für Schock- und Trauerschäden zu bewegen, bisher erfolglos geblieben. Hinsichtlich des Ersatzes von Trauerschäden hat der Rechtsausschuss 1999 empfohlen, den anspruchsberechtigten Personenkreis nach sec. 1A (2) FAA 1976 zu erweitern und den Ersatz der Höhe nach anzuheben (**Bericht Nr. 263**)<sup>74</sup>. Das wurde bisher jedoch nur ansatzweise in die Tat umgesetzt und eine weitere Umsetzung der Reformvorschläge ist derzeit nicht zu erwarten. Der Rechtsausschuss wollte nämlich auch den Kindern, Geschwistern und Eltern des Verstorbenen unabhängig von seinem Alter sowie Verlobten und Lebensgefährten einen Anspruch zubilligen. Lebensgefährten sollten Ersatz erhalten, wenn sie bereits zwei Jahre vor dem tödlichen Unfall mit dem Verstorbenen zusammengelebt hatten. Homosexuelle Lebensgemeinschaften sollten den heterosexuellen gleichgestellt sein.

1998 hat der Rechtsausschuss eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für den Ersatz von Schockschäden vorgeschlagen (**Bericht Nr. 249**)<sup>75</sup>: Danach sollte das Erfordernis

---

Kunstfehlern und Produzentenhaftung, ZRP 1999, 189 (193); *Vofß*, Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs, VersR 1990, 821 (826).

72 *v. Bar*, Schmerzensgeld in Europa, in FS Deutsch (1999) 41; *Katzenmeier*, JZ 2002, 1034.

73 *Bollinger*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger, ZRP 1989, 32; *Jaeger/Luckey*, Schmerzensgeld Rz 233f; *Jaeger/Luckey*, Schadenersatzrecht Rz 79; *Müller*, Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG, VersR 1995, 489; *Müller*, Haftungsrechtliche Probleme des Massenschadens, VersR 1998, 1181; *Kötz* in FS Caemmerer 409.

74 *Oliphant*, England and Wales, in *Kozziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003) 142; *Mullis* in *Grubb*, Law of Tort 279; *Rogers* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss 62.

75 *Beckwith/Giliker*, Tort 105f; *Cane*, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law <sup>6</sup> (1999) 73; *Hedley*, Contract, Tort & Restitution <sup>2</sup> (1999) 582ff; *Lunney/Oliphant*, Tort Law <sup>2</sup> 335.

unmittelbarer Nähe zum schädigenden Ereignis sowie besonderer vermittelnder Umstände aufgegeben werden und der Schmerzensgeldanspruch von Sekundäröpfen nur noch von der Nahebeziehung zum Erstgeschädigten abhängen. Personen, zu denen gewöhnlich eine hinreichend enge Nahebeziehung besteht – Eltern, Kinder, Geschwister, Ehegatten und Lebensgefährten – sollten gesetzlich aufgezählt sein. Letztere müssten mindestens zwei Jahre mit dem Erstgeschädigten zusammenleben und homosexuelle Paare wären den heterosexuellen gleichzustellen. Der Schmerzensgeldanspruch anderer Personen wäre hierdurch nicht ausgeschlossen, diese müssten aber eine enge Nahebeziehung nachweisen.

Aufgrund der Untätigkeit des Gesetzgebers konnte die Anerkennung von Schock- und Trauerschäden in **Österreich** nur *de lege lata* (durch die Rechtsprechung) erfolgen. Das beklagt insbesondere *Fötschl*, der die OGH-Entscheidung 2 Ob 84/01v lobt, weil sie zur Rechtsangleichung in Europa beiträgt und die Rechtslage an die gegenwärtigen sozialen Entwicklungen und Verhältnisse anpasst<sup>76</sup>. Auch *Kadner* begrüßt, dass der OGH Gleichklang mit der Rechtslage in den meisten europäischen Ländern herstellt und seine Entscheidung auf den **Rechtsvergleich und die angestrebte Harmonisierung** stützt<sup>77</sup>. Indem der OGH für den Ersatz von Trauerschäden grobes Verschulden verlangt, setzt er aber nicht nur allfälligen Ansprüchen, sondern auch der Harmonisierung eine *Grenze*. *Kadner* meint dazu, dass diese **Grenze** keinen Bestand haben sollte und verweist dabei auf die Entwicklung in der Schweiz, wo vor 1985 ebenfalls grobes Verschulden für einen Anspruch nach Art. 49 OR erforderlich war. *Greiter*<sup>78</sup> befürwortet den Ersatz von Trauerschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit oder bloßer Gefährdungshaftung des Schädigers. Eine derartige Erweiterung könne **de lege lata** durch eine zeitgemäße Interpretation des ABGB erfolgen. Für Letzteres liefert *Reischauer* einen Lösungsvorschlag: Aus den Wertungen der gesamten Rechtsordnung könne man ableiten, dass Trauerschäden auch schon bei leichter Fahrlässigkeit oder bloßer Gefährdungshaftung zu ersetzen seien<sup>79</sup>. Aufgrund des erforderlichen groben Verschuldens bestünden Wer-

76 *Fötschl*, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des OGH zum Schmerzensgeld, VersRAI 2001, 60 (63f).

77 *Kadner*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834 (855ff) **kritisch**: *Harrer* in *Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI<sup>3</sup> (2006) § 1325 Rz 13; *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinki, ZfV 1985, 577 (I) und ZfV 1985, 461 (II); zugunsten der **befürwortenden** Autoren auch *Posch*, in *Bydlinki/Krejci/Schilcher/Steininger*, BS 253ff; *Stoll*, in FS Bydlinki 429ff; *Flessner*, Europäisches Privatrecht und Bewegliches System, JBl 2003, 205 (205ff).

78 *Greiter*, Der Ersatz immaterieller Schäden\*) Zukunftsvisionen unter Berücksichtigung der Entwicklung in anderen Ländern, AnwBl 2002/9, 442 (449f); so auch *Kadner*, ZEuP 2002, 853 und *Schobel*, RdW 2002, 208f.

79 *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2b<sup>3</sup> (2004) § 1325 Rz 5a.

tungswidersprüche, weil in verschiedenen Rechtsbereichen weitaus geringfügigere seelische Beeinträchtigungen schon bei leichter Fahrlässigkeit ersetzt würden (z. B. nach § 31e Abs3 KSchG oder nach § 1328a ABGB). Auch bei bloßer Gefährdungshaftung spreche einiges für den Ersatz von Gefühlsschäden, und dieser sollte nicht auf die Tötung eines „nahen Angehörigen“ beschränkt werden. *Karner* und *Koziol* halten hingegen eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für erforderlich, um den Ersatz von Gefühlsschäden auszuweiten und so auch bei leichter Fahrlässigkeit oder bloßer Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld zu gewähren (Ausweitung nur **de lege ferenda**)<sup>80</sup>.

Ähnlich wie in Deutschland wird auch in Österreich eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des Angehörigenschmerzensgeldes befürwortet<sup>81</sup>. Der Entwurf für das neue Schadenersatzrecht sieht den Ersatz von Gefühlsschäden nicht nur bei Tötung, sondern auch bei besonders schwerer Verletzung „naher Angehöriger“ vor (§ 1316 Abs3 Z2)<sup>82</sup>. Wer zu den „nahen Angehörigen“ zählt, das bestimmt sich nach der Nahebeziehung zum Erstgeschädigten: Ehegatten, Eltern und Kindern soll eine Vermutung zugutekommen, andere Personen müssen eine vergleichbare Nahebeziehung nachweisen. Durch diese ausdrückliche gesetzliche Regelung würde ein Ersatz von Gefühlsschäden auch bei leichter Fahrlässigkeit erfolgen und auch wie in der Lehre gefordert auf der Grundlage der Gefährdungshaftung<sup>83</sup>.

Zu den jüngsten Reformbestrebungen in der **Schweiz** ist anzumerken, dass Art. 45e VE den Schmerzensgeldanspruch bei besonders schwerer Verletzung eines „nahen Angehörigen“ ausdrücklich normiert und Art. 41 VE iVm Art. 50 Abs1 VE und Art. 42 VE eine einheitliche Grundlage für die Vertrags-, Verschuldens- und Gefährdungshaftung bilden<sup>84</sup>. Die gesetzliche **Umsetzung des Vorentwurfes ist in näherer Zukunft aber nicht zu erwarten**, weil der Bundesrat die Revision des Haftpflichtrechts nicht in das Gesetzgebungsprogramm 2003-07 aufgenommen hat<sup>85</sup>.

In **Frankreich** wird kritisiert, dass Art. 1382 CC einen zu weiten Rahmen für den Ersatz von Schock- und Gefühlsschäden vorgebe, der kaum nähere Abgrenzungen

80 *Karner/Koziol*, Reform II/1 82.

81 *Danzl*, Juristischer Teil, in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller* (Hrsg.), Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht<sup>8</sup> (2003) 61 (153); *Eustachio*, Tötung von Familienangehörigen 304; *Heidrich*, Kein Geld für „Herz und Schmerz“. Die Schmerzensgeldpraxis in Österreich, ÖAZ 2001, 77; *Huber*, ZVR 2000, 231; *Karner/Koziol*, Reform II/1 82 und 144.

82 *Griss*, JBl 2005, 282; *Karner*, Geldersatz für ideelle Schäden, in *Griss/Kathrein/Koziol* (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) Rz 6f.

83 *Greiter*, AnWBl 2002/9, 449f; *Kadner*, ZEuP 2002, 853; *Karner/Koziol*, Reform II/1 82; *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5a; *Schobel*, RdW 2002, 208f.

84 *Koch*, Materialien. Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZEuP 2001, 753 (758ff).

85 *Loser*, Switzerland, in *Koziol/Steininger* (Hrsg.), European Tort Law 2004 (2005), 583 (Rz 6).

zulasse<sup>86</sup>. Außerdem wären die bestehenden gesetzlichen Regelungen im **Straßenverkehrsrecht** unbefriedigend, weil sie bestimmte Problemkreise wie die Anrechnung des Mitverschuldens des Erst- und des Zweitgeschädigten nicht zur Genüge abdecken und dem Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung nicht Rechnung tragen<sup>87</sup>.

Insbesondere wird in der französischen Lehre darauf hingewiesen, dass für eine Eingrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises aufgrund der weiten Formulierung des Art. 1382 CC die gesetzliche Grundlage fehlt<sup>88</sup>. Art. 1382 CC knüpft nämlich an den Eintritt eines Schadens an, ohne diesen Begriff zu bestimmen oder irgendeine Eingrenzung vorzunehmen, wie es z. B. im deutschen Recht durch das Abstellen auf die Verletzung bestimmter Rechtsgüter geschieht<sup>89</sup>. Daher geht die Rechtsprechung von einem **weiten Schadensbegriff** aus, obwohl Art. 1382 CC ein Angehörigenschmerzensgeld nicht ausdrücklich vorsieht.

**In Österreich konnte sich eine ähnlich weite Auslegung des ABGB nicht durchsetzen<sup>90</sup>:** Die Auslegung des § 1293 ABGB war strittig. Die Auffassung von *Strasser*, wonach § 1293 ABGB als Generalklausel für den immateriellen Schadenersatz auszulegen sei, stieß auf Ablehnung. Diese Auslegung hätte zu einem ähnlichen Ergebnis wie in Frankreich geführt – zu einem Ersatz aufgrund einer Generalklausel mit einem weiten und unbestimmten Schadensbegriff. Anders als der französische Kassationshof nahm der OGH lange Zeit eine sehr **restriktive Haltung** gegenüber Schock- und Trauerschäden Dritter ein<sup>91</sup>: Psychische Schäden begründeten für sich keine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB; seelische Schmerzen wurden nur dann ersetzt, wenn sie mit physischen Schäden einhergingen. Diese restriktive Auslegung des ABGB **blieb in der Lehre aber nicht unkritisiert<sup>92</sup>.**

86 *Cadiet/Tourneau*, Responsabilité Rz 701 und Rz 753; *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 198f (Rz 5); *Galand-Carval* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 28; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 53 und 143; *Vidal*, L'arrêt de la Chambre mixte du 27 Février 1970, SJ 1971 I 2390 Nr. 5.

87 *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 198f (Rz 5); *Chabas*, Les accidents de la circulation (1995) 99ff; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 312 und 1174.

88 *Chabas*, Leçons de droit civil. Obligations <sup>9</sup> (1998) 423; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 53.

89 *Ady*, Ersatzansprüche 17; *Kadner*, ZEuP 1996, 144.

90 *Bydlinski*, Der immaterielle Schaden in der österreichischen Rechtsentwicklung, in FS Caemmerer (1978) 785 (792ff); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1324 Rz 10ff; *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964), 24ff; *Wolff* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB VI<sup>2</sup> (1951) § 1323 122.

91 OGH 3 Ob 331/50, SZ 23/311; OGH 2 Ob 501/57, ZVR 1958, 153 (154); OGH 2 Ob 34/63, ZVR 1963, 155; OGH 8 Ob 64/85, ZVR 1987, 79 (83).

92 *Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des § 1325 ABGB, ZVR 1990, 1; *Eustachio*, Tötung von Familienangehörigen 303ff; *Feil* (Hrsg), ABGB Handkommentar für die Praxis VII (1978) § 1327 283; *Karner*, eolex 2001, 37; *Klang*, Der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens, JBl 1952, 475 (477); *Kozioł*, Haftpflichtrecht <sup>3</sup> Rz 8/47 und 11/11; *Kramer*, ZVR 1971, 146; *Kramer*, ZVR 1974, 132; *Migisch*, Ist die Theorie vom mittelbaren Schaden überwunden?, VR 1974, 3 (11); *Welser*, ÖJZ 1975, 40f; *Wolff* in *Klang*, ABGB VI<sup>2</sup> § 1295 40.

**Die unterschiedliche Rechtslage in den zu untersuchenden Rechtsordnungen kommt besonders bei Fällen mit Auslandsberührung zum Tragen. Welches Recht anzuwenden ist, kann dafür entscheidend sein, ob ein Schmerzensgeldanspruch für den Schock- bzw. Trauerschaden besteht oder nicht.** Insbesondere *Kadner* und *Stahmer* verweisen auf die Bedeutung der Frage nach dem anzuwendenden Recht<sup>93</sup>.

Eine Entscheidung der Cour de Cassation aus dem Jahr 1967 ist besonders brisant<sup>94</sup>. Bei einem Verkehrsunfall zweier Franzosen in Deutschland kam einer der beiden Beteiligten ums Leben. Während das Berufungsgericht den Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld unter Anwendung des französischen Rechts bejaht, hebt der Kassationshof das Urteil auf und verneint den Anspruch nach deutschem Recht (**lex loci delicti**). Bemerkenswert ist auch die OGH-Entscheidung vom 14.12.1967<sup>95</sup>, weil der OGH den Klägern auf der Grundlage des italienischen Rechts ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden zusprach, obwohl nach damaliger österreichischer Rechtslage kein Ersatz für Trauerschäden gewährt wurde.

Die Lehre weist insbesondere darauf hin, dass die restriktive Haltung der deutschen Rechtsprechung großzügigere ausländische Rechtsordnungen in das Blickfeld der Anspruchsteller und ihrer Anwälte rückt. *Schmid* befürwortet die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes, um den **Ruf nach dem amerikanischen Recht** zu stoppen<sup>96</sup>. So wurde auch im Concorde-Fall eine Klage in Amerika als Druckmittel verwendet, um einen günstigen Vergleich mit der Air France zu erzielen<sup>97</sup>. Deutsche Opfer seien gegenüber jenen aus anderen Ländern benachteiligt, wo weiterreichender Ersatz für Schock- und Trauerschäden gewährt wird. Die Schuldrechtsreform 2002 enttäusche wegen der Nichteinführung einer entsprechenden gesetzlichen Regelung<sup>98</sup>. Eine einheitliche europäische Lösung im Luftfahrtbereich wäre daher wünschenswert. Besonders bei Großschadensereignissen bestehe eine deutliche Tendenz zur Flucht ins Ausland<sup>99</sup>, um Schmerzensgeldansprüche durchzusetzen. Eine Globalisierung der Rechtsverfolgung sei festzustellen.

---

93 *Kadner*, ZEuP 2002, 847; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 30.

94 *Deutsch*, Immaterieller Schadenersatz für neue Ansprüche: Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung und Forschungsunfall, in FS Hausherr (2002) 551 (557f).

95 OGH 2 Ob 324/67, ZfRV 1969, 304.

96 *Schmid*, Wenn böse Buben locken. Überlegungen zum Concorde-Unfall, Anwalt 2001, 6 (9).

97 *Schmid*, Opfer-Entschädigung: Der Kampf der Angehörigen, Anwalt 2001, 48.

98 *Schmid*, Neue Haftungsrisiken bei Personenschäden im Luftfahrtbereich, VersR 2002, 26 (29).

99 *Gimulla*, Erfahrungen und Folgerungen aus Großschadensereignissen in der Luftfahrt. 13. Versicherungswissenschaftliches Symposium in Graz, VR 2003, 11; *Posch*, Materielle rechtliche Aspekte von Kumul- und Großschäden. 13. Versicherungswissenschaftliches Symposium in Graz, VR 2003, 22.

Gerade Fälle mit Auslandsberührung zeigen, wie sich die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Schock- und Trauerschäden auswirken kann: Bei Anwendung des französischen Rechts kann ein Schmerzengeldanspruch bestehen, nach dem deutschen Recht hingegen nicht. **Das kann auch bei sehr ähnlichen schädigenden Ereignissen zu einer Ungleichbehandlung führen. Darüber hinaus wird insbesondere bei Großschadensereignissen versucht, die Anwendung eines günstigeren Rechts zu erzielen.** Um diesen Problemen entgegenzuwirken, hat man Vorschläge für eine einheitliche europäische Lösung ausgearbeitet.

Als Beispiel für einen solchen **Lösungsvorschlag** sind die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts (**Principles of European Tort Law**) zu nennen, welche die Europäische Arbeitsgruppe für Schadenersatzrecht (**European Group of Tort Law**) aufgrund rechtsvergleichender Vorarbeiten ausgearbeitet hat<sup>100</sup>. Man wollte dadurch keinen starren Gesetzesentwurf schaffen, sondern maßgebliche Kriterien flexibel als Grundsätze der Deliktshaftung niederschreiben. Diese Grundsätze sollen als Diskussionsgrundlage für ein einheitliches europäisches Schadenersatzrecht dienen. Denn angesichts der punktuellen Harmonisierung in der Europäischen Union schien die Erarbeitung eines Gesamtkonzepts notwendig.

Viele Gründe sprechen für eine einheitliche europäische Regelung des Angehörigenschmerzengeldes, insbesondere die Häufigkeit von Schadensfällen mit Auslandsberührung, die globalisierte Rechtsverfolgung sowie die Schwierigkeit, die zur Harmonisierung notwendigen Reformen auf nationaler Ebene umzusetzen. *Zimmermann* sprach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts die **rechtliche Qualität von Rechtsnormen** zu, weil sie sich durch die Normierung von Tatbestand und Rechtsfolge auszeichneten<sup>101</sup>. Auf ihrer Grundlage könnte ein einheitlicher Ersatz von Schock- und Trauerschäden erfolgen (Art. 10:301 Abs1 PETL)<sup>102</sup>.

---

100 *Koziol*, Diskussionsbeitrag: Rechtsvereinheitlichung und Bewegliches System, in *Funk/Koller/Schilcher* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 311ff; *Koziol*, Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum, JBl 2001, 29; siehe auch *Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998, 619; *Koziol*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZEuP 1996, 587.

101 *Zimmermann*, Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004) 2 (9).

102 *Koziol*, Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, ZEuP 2004, 234 (243, 257).

### III. Anspruchsberechtigter Personenkreis

#### A) Der Begriff „nahe Angehörige“ im Rechtsvergleich

Im Folgenden soll der Begriff der „nahen Angehörigen“ klargestellt und untersucht werden, welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten es bezüglich der Definition gibt. Auf dieser Grundlage soll dann geklärt werden, wer zum Kreis der „nahen Angehörigen“ zählt und ob der Begriff in Deutschland, England, Frankreich, Österreich und der Schweiz sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts unterschiedlich weit gefasst ist. Insbesondere sollen jene Kriterien herausgearbeitet und miteinander verglichen werden, welche für die „Angehörigeneigenschaft“, d. h. für die Zugehörigkeit zu den „nahen Angehörigen“ in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts maßgeblich sind.

Es werden also mehrere Fragen aufgeworfen, die eng miteinander verbunden sind. Wer ist als ein „naher Angehöriger“ zu qualifizieren? Kommt es dabei auf die formale Familienzugehörigkeit oder auf die faktische Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten an? Ist also die „Angehörigeneigenschaft“ davon abhängig, dass zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ein verwandtschaftliches Verhältnis besteht oder ist das Vorliegen einer engen Gefühlsbindung entscheidend? Oder anders gefragt: Zählen nur Familienangehörige (Verwandte) zu den „nahen Angehörigen“ oder auch faktische Familienmitglieder (Verlobte, Lebensgefährten, Pflegeeltern und Pflegekinder, Freunde)?

Nach einer **allgemeinen Begriffsklärung** kann im nächsten Schritt darauf eingegangen werden, ob nur enge Familienangehörige (Eltern, Kinder, Ehegatte) zu den „nahen Angehörigen“ zählen oder ob auch weiter entfernt Verwandte (Geschwister, Großeltern und Enkelkinder, Onkeln/Tanten bzw. Nichten und Neffen, Verschwägerter) und nicht verwandte Personen dazu zählen können. Anhand welcher **Kriterien** kann man also den Begriff der „nahen Angehörigen“ bestimmen und welche Bedeutung hat insbesondere das Bestehen einer Wohngemeinschaft?

## 1. Rechtsvergleichende Untersuchung

In den zu untersuchenden Rechtsordnungen geben die **gesetzlichen Grundlagen** für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden keine Antwort auf die Frage, was die „nahen Angehörigen“ sind.

In der Schweiz räumt **Art. 47 OR** zwar ausdrücklich den „Angehörigen“ einen Schmerzensgeldanspruch ein, die Auslegung dieses Begriffes obliegt aber auch hier der Rechtsprechung<sup>103</sup>. Demgegenüber sind **Art. 1382 CC, § 823 Abs1 BGB und § 1325 ABGB** sehr allgemein formuliert und erwähnen den Begriff der „nahen Angehörigen“ nicht einmal<sup>104</sup>. Außerdem wird in Österreich ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage Ersatz für Trauerschäden gewährt und in England ist der Ersatz von Schockschäden reines Richterrecht.

**Da die vorhandenen gesetzlichen Regelungen den Begriff der „nahen Angehörigen“ nicht bestimmen, muss dieser von der Rechtsprechung und Lehre ausgefüllt werden.** Dabei handelt es sich um eine **wertende Entscheidung**, in welche nicht nur die tatsächlichen Lebensverhältnisse, Sitten sowie die öffentliche Meinung einfließen, sondern auch die Wertungen der gesamten Rechtsordnung bis hin zur medizinischen Wissenschaft<sup>105</sup>.

Der **Rechtsprechung** in den zu untersuchenden Rechtsordnungen kann man **folgenden, grundlegenden Gedanken** entnehmen: Eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ist für das Entstehen eines Schock- bzw. Trauerschadens von entscheidender Bedeutung, weil man sich das Schicksal Nahestehender besonders zu Herzen nimmt – sich ihr seelisches und körperliches Leid zu eigen macht<sup>106</sup>. So hält

103 *Aeppli/Casanova* in *Aeppli/Casanova/Gauch*, Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Rechtsprechung des Bundesgerichts <sup>4</sup> (1996) Art. 47 147; *Wildhaber*, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld (2000) 63.

104 Beck- Texte, BGB <sup>55</sup> (2004) 203; *Dittrich/Tades*, ABGB Taschenkommentar Manz <sup>21</sup> 503; *Henry/Jacob/Tisserand-Martin/Wiederkehr*, Code Civil <sup>104</sup> Art. 1382; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 106f; *Zeytin*, Problematik 55.

105 *Gomaa*, La réparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé, D. 1970, Chr 145 (146ff); *Gurzeler*, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung. Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse (2005) 150; *Hütte*, Anm zu OG Aargau ST 2000.00362, HAVE 2002, 126 (128); OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (*Karner*); *Karczewski*, Schockschäden 353f und 362f; *Knoche*, Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als „Familienangehörige“? (1987) 66, 86ff, 236ff; *Mazeaud*, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D. 1954, Chr 39 (39f); *Scheffen*, Umdenken im Haftungsrecht, NZV 1995, 218 (219); *Teff*, LQR 1983, 104f; *Zeytin*, Problematik 55.

106 *Aeppli/Casanova* in *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR <sup>4</sup> Art. 47 147; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 377; *Heldermann*, Schadenersatz 110; *Tercier* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 20; *Stoll*, Law and State I 113; BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170, 172) = JZ 1972, 122 (123f) = VersR 1971, 905 (908).

die französische Rechtsprechung einen Gefühlsschaden nur dann für erwiesen, wenn zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten eine enge Nahebeziehung besteht<sup>107</sup>.

Die **österreichische Rechtsprechung** geht insbesondere davon aus, dass die Erstschädigung bei Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten in hohem Maße dazu geeignet sei, dem Zweitgeschädigten einen Schockschaden zuzufügen<sup>108</sup>. Die englische Rechtsprechung knüpft an eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten an, weil sie den Schockschaden des Zweitgeschädigten für den Schädiger vorhersehbar mache<sup>109</sup>. Auch die Grundsätze des Europäischen Schadenersatzrechts stellen auf eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ab<sup>110</sup>.

Daher kommt dem Vorliegen einer **engen Nahebeziehung** sowohl nach der Rechtsprechung in den zu untersuchenden Rechtsordnungen als auch nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ vordergründige Bedeutung zu.

**Dieser Grundgedanke findet sich auch in der Lehre wieder:** Hinter der Frage, wer als ein „naher Angehöriger“ zu qualifizieren ist, verbirgt sich eigentlich die Frage, wer dem Erstgeschädigten am nächsten steht und durch seine Verletzung bzw. Tötung am meisten betroffen ist. Das trifft selbst dann zu, wenn etwa starr an die formale Familienzugehörigkeit und das Vorliegen einer Wohngemeinschaft angeknüpft wird<sup>111</sup>. Deutlich machen das auch die Erwägungen von *Karczewski*<sup>112</sup>. Nach der medizinischen Wissenschaft komme es für das Entstehen eines Schockschadens maßgeblich auf die persönliche Nahebeziehung zum Erstgeschädigten an. Nur bei einer sehr engen Gefühlsbindung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten komme es regelmäßig zu derart schweren psychischen Schäden, während bei anderen Dritten grundsätzlich ausreichend psychische Stärke vorausgesetzt werden müsse und ein Anspruch nur ausnahmsweise in besonderen Fällen in Betracht komme. Deshalb kann man den Kreis der „nahen Ange-

107 *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 444; *Radé/Bloch*, La Réparation du Dommage Corporel en France, in *Koch/Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003) Rz 76.

108 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (206) (*Kamerer*); *Koch*, Comparative Remarks, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003) 515 (518).

109 *Fairgrieve*, State Liability in Tort (2004) 215; *Mc Manus/Russell*, Delict (1998) 76; *Pretto*, ERPL 2003/3, 412 (429f); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 167.

110 *Rogers*, Non-Pecuniary Damage, in *European Group on Tort Law* (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) Rz 8 und 16.

111 *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 Rz 134; *Gilliard*, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967/2, 193 (253 und 256); *Kegeles*, Haftung für Zufügung seelischer Schmerzen, in *Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften* (Hrsg), Vorträge G 266 (1983) 19; *Kramer*, ZBJV 1987, 313.

112 *Karczewski*, Schockschäden 353f und 362f.

hörigen“ auch nicht starr auf bestimmte Familienangehörige begrenzen. Stattdessen ist auf das Vorliegen einer persönlichen Nahebeziehung abzustellen. Daraus folgt, dass die entscheidende Frage nur sein kann, wann eine enge Nahebeziehung vorliegt.

Übereinstimmend kann man daher festhalten, dass das Vorliegen einer engen Nahebeziehung für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ maßgeblich ist. **Auf den ersten Blick wird es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen jedoch völlig unterschiedlich beurteilt, warum es darauf ankommt.** In Österreich fließt die enge Nahebeziehung in die umfassende Interessenabwägung für die Begründung der Rechtswidrigkeit ein, während in Deutschland und der Schweiz die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes an sich für die Begründung der Rechtswidrigkeit genügt. Die „Angehörigeneigenschaft“ fließt dort vielmehr in die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein<sup>113</sup>. Über Schutzbereichüberlegungen werden jedoch auch in Deutschland die Anforderungen an die Adäquanz erhöht, was dazu führen kann, dass selbst adäquate Folgen eines schädigenden Ereignisses dem Schädiger nicht zugerechnet werden. Im englischen Recht stellt die Rechtswidrigkeit hingegen überhaupt keine selbstständige Haftungsvoraussetzung dar, weil dort vielmehr alle deliktischen Handlungen als rechtswidrig bezeichnet werden und die „Angehörigeneigenschaft“ für die Begründung einer Sorgfaltspflicht bzw. bei der Prüfung des Verschuldens eine Rolle spielt<sup>114</sup>. Nach dem englischen Recht handelt der Schädiger nämlich gegenüber dem Schockgeschädigten schuldhaft, wenn das Bestehen einer Sorgfaltspflicht zu seinen Lasten zu bejahen ist und er diese verletzt hat. Tatsächlich unterscheiden sich diese Überlegungen aber nicht wesentlich von jenen, die man nach der Lehre vom Verhaltensunrecht für die Begründung der Rechtswidrigkeit anstellen würde<sup>115</sup>. Auch die Adäquanz stellt kein selbstständiges Kriterium zur Haftungsbegrenzung im englischen Recht dar, obwohl sich derartige Überlegungen zweifelsohne auch in das englische Recht übertragen lassen<sup>116</sup>. In Frankreich steht die Frage im Vordergrund, ob ein Schaden vorliegt und der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Schädigungshandlung gegeben ist. Adäquanzüberlegungen als eigenständige Haftungsvoraussetzung sind dem französischen Recht fremd. Die Rechtswidrigkeit ist dort als Haftungsgrenze in den Hintergrund getreten, nachdem man die Ansprüche von unehelichen Kindern und von Lebensgefährten selbst bei Ehebruch anerkannt hat, was auch mit der gesetzlichen Entkriminalisierung des Ehebruchs im Jahr 1975 einherging<sup>117</sup>.

113 BGE 112 II 118 (127f); *Fischer*, Schockschäden Dritter 27; *Heldermann*, Schadenersatz 163ff, 172 und 224; *Koller in Guhl*, Obligationenrecht<sup>9</sup> 190.

114 *Heldermann*, Schadenersatz 162.

115 *Heldermann*, Schadenersatz 164.

116 *Heldermann*, Schadenersatz 224.

117 *Lambert-Faivre*, Dommage Corporel<sup>5</sup> 292f; *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 443f.

Was zunächst völlig verschieden scheint, läuft aber tatsächlich immer auf dasselbe Ergebnis hinaus: **Die enge Nahebeziehung ist die Grundlage für die Nachvollziehbarkeit des Schadens.** In Österreich führt die enge Nahebeziehung dazu, dass die Schädigungshandlung in hohem Maße dazu geeignet ist, einen Schock- oder Gefühlsschaden zuzufügen. Das heißt, dass aufgrund dieser Sonderbeziehung der psychische Schaden so nachvollziehbar ist, dass der Schädiger auch gegenüber Dritten rechtswidrig handelt. In England macht die enge Nahebeziehung den Schockschaden vorhersehbar, so dass der Schädiger auch gegenüber Dritten eine Sorgfaltspflicht innehat und ihnen gegenüber schuldhaft handelt. In Frankreich würde man sagen, dass sowohl Schaden als auch Kausalzusammenhang vorliegen, wenn eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten besteht. In der Schweiz fließt das Vorliegen einer engen Nahebeziehung in die Überlegung ein, dass der Schock- oder Gefühlsschaden verständlich, also eine zu erwartende Folge der Schädigungshandlung ist. In Deutschland spielt die enge Nahebeziehung hingegen für die Umschreibung des gesetzlichen Schutzbereiches eine erhebliche Rolle. Dort ist danach zu fragen, wann eine Sonderbeziehung vorliegt, die dem gesetzlichen Schutz zu unterstellen ist. In allen Ländern sind neben der gefühlsmäßigen Sonderbeziehung aber auch andere Umstände wie der Schweregrad der Erstverletzung und die Art der Schadensvermittlung zu beachten.

**Hier zeigt sich besonders deutlich, dass sich das Recht in den zu untersuchenden Ländern unterschiedlich entwickelt hat. Übereinstimmung besteht jedoch insofern, als die enge Nahebeziehung eine wichtige Brücke zwischen psychischem Schaden und Haftung darstellt, weil sie den Schaden nachvollziehbar macht.** Die Nachvollziehbarkeit des Schadens hat wiederum für die Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen (der Zurechnungsgründe) entscheidende Bedeutung.

Auch bezüglich der Frage, **wann eine enge Nahebeziehung vorliegt**, die den Schaden nachvollziehbar macht, kann man in den zu untersuchenden Rechtsordnungen Übereinstimmungen erkennen<sup>118</sup>: Dem engsten Kreis der Familie im herkömmlichen Sinn (**Eltern, Kindern, Ehegatten**) kommt eine widerlegbare Vermutung zugute, während andere Personen das Vorliegen einer engen Nahebeziehung beweisen müssen. Das ergibt

---

118 *Beckwith/Giliker*, Tort 95; *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 99; *Cane*, Atiyah's Accidents<sup>6</sup> 72; *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 197; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 116f und 149f; *Fairgrieve*, State Liability 215; *Galand-Carval* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 19 und Rz 28; *Heldermann*, Schadenersatz 91, 110; *Hinteregger*, Stellungnahme zum Gutachten von Karner/Koziol, in 15. ÖJT II/2 (2004) 11 (29); *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 50f; *Karczewski*, Schockschäden 124, 305; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207) (*Karner*); *Mc Manus/Russell*, Delict 76; *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 444; *Pretto*, ERPL 2003/3, 429f; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 126f, 167; OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (390f) (*Karner*); OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (793).

sich daraus, dass die Rechtsprechung bei Eltern, Kindern und Ehegatten eine enge Nahebeziehung ohne weitere Prüfung annimmt, andere Personen aber grundsätzlich nicht vom Nachweis einer solchen ausschließt. Bei Eltern, Kindern und Ehegatten geht die **Rechtsprechung** daher grundsätzlich von einer engen Nahebeziehung aus, bei anderen Personen hingegen nicht. Obwohl die Rechtsprechung bei engen Familienangehörigen (Eltern, Kindern und Ehegatten) recht schematisch vorgeht, sollten auch dort konkrete Ausführungen zur tatsächlichen Nahebeziehung nicht fehlen. Denn diese entscheidet über die „Angehörigeneigenschaft“ des Zweitgeschädigten. Darauf weist auch *Hütte* mit Nachdruck hin, weil man den meisten schweizerischen Urteilen zwar den Verwandtschaftsgrad des Zweitgeschädigten ohne Mühe entnehmen kann, die tatsächlichen Naheverhältnisse bei engen Familienangehörigen aber nicht immer klar sind<sup>119</sup>. Die Erläuterungen der tatsächlichen Naheverhältnisse sollten umso ausführlicher ausfallen, wenn die Verwandtschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten weiter entfernt oder überhaupt nicht gegeben ist.

Die **Widerlegbarkeit der Vermutung** bedeutet, dass die Rechtsprechung bei normalen Familienverhältnissen von einer engen Nahebeziehung zwischen Ehegatten, Eltern und ihren Kindern ausgeht. Dem Beklagten obliegt der Gegenbeweis<sup>120</sup>: Er kann die Vermutung durch den Nachweis entkräften, dass die Ehegatten seit Jahren getrennt oder in Scheidung leben, zwischen den Eltern und ihren Kindern nie eine Beziehung bestanden hat oder eine Entfremdung eingetreten ist oder das Verhältnis der Ehegatten bzw. der Eltern und ihrer Kinder von Disharmonie, Hass und Feindseligkeit geprägt war.

Die bloße Störung der Beziehung, etwa durch pubertätsbedingte Auseinandersetzungen der Kinder mit ihren Eltern oder eine Affäre des Ehegatten, genügt noch nicht, um die Vermutung zu entkräften<sup>121</sup>. Die Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass es auch in guten Beziehungsverhältnissen gelegentlich zu Streit und Auseinandersetzungen kommen kann und die enge Nahebeziehung trotz Störungen noch aufrecht ist. Das gibt wiederum Auskunft darüber, was **normale Familienverhältnisse** sind: Störungen

119 *Hütte*, Art. 47 OR – Genugtuung? Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsschädigungen, SJZ 1974, 273 (274).

120 *Beckwith/Gilker*, Tort 95; *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 99; *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 197; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 149f; *Galand-Carval* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 19 und Rz 28; *Karzewski*, Schockschäden 305; *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 444; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 126f; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 50f; OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (793).

121 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207f) (*Karner*); *Karner/Kozziol*, Reform II/1 83f; BGE 99 II 207 (214); OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (303) (*Danzl*); OG Zürich 1.12.1964, SJZ 1965, 127; Cass civ 2<sup>e</sup> 15.5.1992, Pourvoi n<sup>o</sup>90-19.961.

können vorkommen, lebt die Familie aber faktisch getrennt oder ist eine nachhaltige Entfremdung eingetreten, liegen keine normalen Familienverhältnisse vor. Hat der Beklagte die Vermutung einer engen Nahebeziehung widerlegt, müssten auch Ehegatten, Eltern und Kinder beweisen, dass tatsächlich eine enge Nahebeziehung vorgelegen ist, was in aller Regel nur selten gelingen dürfte.

Dass die Rechtsprechung Eltern, Kindern und Ehegatten eine besondere Stellung einräumt, **deckt sich mit der nahezu einhelligen Auffassung der Lehre**. Selbst jene Autoren, die den Begriff der „nahen Angehörigen“ sehr eng verstehen, anerkennen diese Sonderbeziehung. Lediglich sec. 1A (2) FAA 1976 räumt den Kindern keinen Schmerzensgeldanspruch ein, was in der englischen Lehre jedoch auf heftige Kritik stößt<sup>122</sup>.

Ganz in diesem Sinne enthält auch Art. 10:301 Abs1 PETL keine fixe Liste von Personen, die zu den „nahen Angehörigen“ zählen<sup>123</sup>. Wie in den zu untersuchenden Rechtsordnungen soll eine **enge familiäre Beziehung** entscheidend sein.

Die **Grundwertung**, die man den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts entnehmen kann, lautet daher wie folgt: **Eine enge Nahebeziehung liegt vor, wenn die Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten mit der gewöhnlichen Beziehung zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern vergleichbar ist**. Dann liegt eine Beziehung (Gefühlsbindung) vor, die den psychischen Schaden nachvollziehbar macht. Nach **österreichischem Verständnis** wäre die Schädigungshandlung also in hohem Maße dazu geeignet, dem Dritten einen Schock- oder Gefühlsschaden zuzufügen. Der Schädiger muss daher sogar für den Schaden eines Dritten haften, weil so starke Zurechnungsgründe vorliegen.

Die genannte Grundwertung spiegelt sich in der widerlegbaren Vermutung zugunsten der engen Familienangehörigen wider und gibt gleichzeitig Auskunft darüber, wann eigentlich eine enge Nahebeziehung (ein nachvollziehbarer Schaden) vorliegt. Die Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass bei normalen Familienverhältnissen zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und ihren Kindern eine enge Nahebeziehung vorliegt. **Die enge Nahebeziehung ist also eine intensive Gefühlsgemeinschaft, welche durch das normale Verhältnis zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und ihren Kindern weiter charakterisiert wird**. Daher ist danach zu fragen, wodurch sich die Beziehung zwischen engen Familienangehörigen gewöhnlich auszeichnet.

**Bezeichnend für die Beziehung** zwischen Ehegatten ist die Entscheidung, ein Leben mit dem Partner zu teilen, also eine stabile und auf Dauer angelegte Beziehung. Dane-

122 *Cane*, Atiyah's Accidents 6 74; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 165; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 163.

123 *Rogers in European Group on Tort Law*, PETL Rz 8 und 16.

ben besteht zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und ihren Kindern meist eine langjährige Wohngemeinschaft, eine Beziehung mit Versorgungscharakter und wechselseitiger Hilfeleistung. **Insbesondere das wechselseitige Kümmern und Sorgetragen sowie Betreuungs- und Pflegeverhältnisse** zeichnen ihre Beziehung aus: Die Eltern betreuen ihre Kinder von klein auf; je unselbstständiger die Kinder noch sind, desto mehr sind sie auf die Betreuung und Hilfe ihrer Eltern angewiesen; umgekehrt leisten auch die Kinder ihren Eltern Beistand – besonders im Alter<sup>124</sup> oder bei Krankheit; oft pflegen sie ihre Eltern oder sorgen zumindest dafür, dass sie sich in guter Pflege befinden; insgesamt kann man festhalten, dass sich Ehegatten, Eltern und Kinder im Falle einer Krankheit oder eines Gebrechens regelmäßig Beistand leisten.

Ein **besonderer Aspekt** der Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern ist, dass die enge Nahebeziehung nach Auffassung der Rechtsprechung selbst dann aufrecht bleibt, wenn Kinder das Elternhaus verlassen und eine eigene Familie gründen. Mag sich ihre Beziehung auch lockern, ihre intensive Gefühlsgemeinschaft bleibt bestehen<sup>125</sup>: Für die Eltern bedeutet es meist eine große Freude, wenn ihre Kinder eine eigene Familie gründen und ihnen Enkelkinder schenken; auch die Kinder halten meistens regelmäßigen Kontakt zu ihren Eltern.

Die schweizerische Rechtsprechung räumt auch Kleinkindern eine privilegierte Stellung ein: Sogar eine **zukünftige Sonderbeziehung** wird geschützt. So sprach etwa das OG Aargau einem Kleinkind ein Schmerzensgeld zu, obwohl es seinen Vater nie gekannt hat und zwischen seinen Eltern auch nur eine flüchtige Bekanntschaft vorlag<sup>126</sup>. Denn nach ständiger BG-Rechtsprechung zählen Kleinkinder selbst dann zu den „nahen Angehörigen“, wenn sie erst nach dem Tod ihres Vaters zur Welt kommen. Dennoch kritisiert *Hütte* die vorliegende Entscheidung, weil er es für unwahrscheinlich hält, dass sich zwischen dem Kläger und seinem Vater eine Vater-Sohn-Beziehung entwickelt hätte. Das OG Aargau erblickt das seelische Leid des Klägers darin, dass ihm die Möglichkeit genommen wurde, seinen Vater kennenzulernen. Die wahrscheinliche Intensität der Vater-Sohn-Beziehung wirkt sich daher nur auf die Anspruchshöhe aus.

Eine enge Nahebeziehung ist also eine intensive und facettenreiche Gefühlsgemeinschaft. Die englische Rechtsprechung spricht in diesem Zusammenhang von einer Be-

124 BGE 58 II 213 (216f und 218) – Bei Tötung des 10 Jahre alten Sohnes berücksichtigt.

125 *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 Rz 141ff; *Brehm* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 127f; *Karczewski*, Schockschäden 123f; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> 458f; *Zeytin*, Problematik 57; OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 = ZVR 2004/86 = ecolex 2005, 39; AH Bern Nr. 180/1/92, ZBJV 1995, 120 (*Beck*); OLG Stuttgart, 14 U 3/88, NJW-RR 1989, 477; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907.

126 *Hütte*, HAVE 2002, 129.

ziehung, die **von Liebe und Verbundenheit geprägt** ist<sup>127</sup>. Da die Rechtsprechung eine enge Nahebeziehung bei engen Familienangehörigen widerlegbar vermutet und andere Personen eine solche beweisen können, bildet die normale Beziehung zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und ihren Kindern den **Maßstab dafür**, ob auch **weiter entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen** zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen sind<sup>128</sup>. Demzufolge ist **in allen Fällen** zu prüfen, ob eine **enge familiäre Beziehung** vorliegt, wie sie gewöhnlich zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und ihren Kindern besteht. Um noch weitergehende Erkenntnisse über den Charakter einer engen Nahebeziehung zu gewinnen, soll im Einzelnen geprüft werden, wann eine solche zwischen weiter entfernt Verwandten oder nicht Verwandten vorliegt.

**Geschwister** nehmen unter den weiter entfernt Verwandten den ersten Rang ein. Bei ihnen genügt regelmäßig der Nachweis einer Wohngemeinschaft<sup>129</sup>. Auch der Umstand, dass die Geschwister noch nicht lange getrennt leben und sich ihre Beziehung daher noch nicht gelockert hat, kann genügen, um eine enge Nahebeziehung nachzuweisen.

Bei **erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern** geht die Rechtsprechung jedoch davon aus, dass sich ihre Beziehung lockert und sie nur in besonders gelagerten Fällen zu den „nahen Angehörigen“ zählen<sup>130</sup>: Wenn ein enges freundschaftliches Verhältnis besteht, sich die Geschwister umeinander kümmern und einander helfen, so dass auch bei ihnen schwereres seelisches Leid vorliegt. Nach der Auffassung der Rechtsprechung haben erwachsene und getrennt lebende Geschwister also regelmäßig kein so enges Verhältnis zueinander wie Ehegatten oder Eltern und ihre Kinder. Daher können sie die Tötung oder Verletzung des Bruders oder der Schwester leichter ertragen,

127 *Beckwith/Giliker*, Tort 95; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 167.

128 *Beckwith/Giliker*, Tort 95; *Fedtke/Magnus*, Non-Pecuniary Loss under German Law, in *Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001) 109 (111); *Heldermann*, Schadenersatz 91, 107, 110; *Janssen*, Hoge Raad, Judgment of 22 February 2002 – on Compensation for psychiatric injury and emotional distress suffered by close relatives, ERPL 2003/3, 412 (434f); *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 103; *Karner/Koziol*, Reform II/1 83f; OGH 2 Ob 90/05g, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; bestätigend: OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

129 BG 6S.700/2001, HAVE 2003, 339 = Pra 2003 Nr.122; *Karczewski*, Schockschäden 124; Cass civ 2<sup>e</sup> 16.10.1991, Pourvoi n<sup>o</sup>90-15.574; QBD Jones and others v Wright, All ER 1991/1, 353 (353 und 375f); OGH 2 Ob 90/05g, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

130 *Beckwith/Giliker*, Tort 95; OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*); BG 6S.700/2001, HAVE 2003, 339 = Pra 2003 Nr.122; BGE 66 II 206 (222); BGE 89 II 396 (401); *Karczewski*, Schockschäden 124; *Mullis*, Nervous Shock, All ER AR 1991, 372 und 374; CA de Paris 10.2.1933, D. 1933, 290 (291); Trib.corr.de Millau 13.1.1956, D.1957, Somm. 18 = RTD 1957, 109 (*Henri/Mazeaud*).

so dass keine schwere Betroffenheit ihrerseits vorliegt. Die Geschwister müssen das Gegenteil beweisen.

Das zeigt wiederum, dass nur jene Personen zu den „nahen Angehörigen“ zählen, die ein sehr enges Verhältnis zum Erstgeschädigten haben und daher durch seine Tötung oder Verletzung **schwer betroffen** sind. Die enge Nahebeziehung bedeutet also, dass bloßes „Nahestehen“ und „Betroffensein“ nicht genug ist, um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen. Vielmehr muss ein enges familiäres Verhältnis bestehen und **schweres seelisches Leid** vorliegen. Das trifft auf Ehegatten, Eltern und Kinder gewöhnlich zu, stellt für erwachsene und getrennt lebende Geschwister aber eher eine Ausnahme und daher einen besonderen Fall dar.

Diesbezüglich gilt auch nach dem französischen Recht nichts anderes: Geschwister müssen als weiter entfernt Verwandte eine „Nahebeziehung“ nachweisen, wie die Rechtsprechung jedoch zeigt, gelingt das nur in besonderen Fällen<sup>131</sup>. Obwohl der Kassationshof bloß von einer „Nahebeziehung“ spricht, meint er damit sinngemäß eine „enge Nahebeziehung“ und mit dem Vorliegen einer „besonderen Nahebeziehung“ (Gefühlsbindung) eine „besonders enge Nahebeziehung“. Letztere bildet auch in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen keine Voraussetzung für die „Angehörigeneigenschaft“, kann sich aber auf die Schmerzensgeldhöhe auswirken<sup>132</sup>.

Meines Erachtens wird das französische Recht sehr oft missverstanden, weil etwa die schweizerische Rechtsprechung bei erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern vom Erfordernis einer „besonderen Gefühlsbindung“ bzw. eines „außergewöhnlichen seelischen Leids“ spricht. Damit drückt Letztere aber bloß die Auffassung aus, dass zwischen erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern gewöhnlich keine enge Nahebeziehung besteht. Das bildet nämlich eher die **Ausnahme** und würde nur in einem besonderen Fall vorliegen. Denn die Rechtsprechung<sup>133</sup> geht davon aus, dass sich die Beziehung zwischen erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern lockert und nicht mit der engen Beziehung zwischen Ehegatten oder Eltern und ihren Kindern vergleichbar ist. Das normale und gute Verhältnis erwachsener und getrennt lebender Geschwister genügt daher noch nicht, weil dessen Abbruch oder Beeinträchtigung kein

131 CA de Paris 10.2.1933, D. 1933, 290 (291); Trib.corr.de Millau 13.1.1956, D.1957, Somm. 18 = RTD 1957, 109 (*Henri/Mazeaud*).

132 Cass civ 2<sup>e</sup> 16.10.1991, Pourvoi n<sup>o</sup>90-15.574; Cass civ 2<sup>e</sup> Pourvoi n<sup>o</sup>94-13.613, D. 1997, Somm. 31 (*Jourdain*) = D. 1996/2, IR 135.

133 OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165; OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*); BG 6S.700/2001, HAVE 2003, 339 = Pra 2003 Nr.122; BGE 66 II 206 (222); BGE 89 II 396 (401); CA de Paris 10.2.1933, D. 1933, 290 (291); Trib.corr.de Millau 13.1.1956, D.1957, Somm. 18 = RTD 1957, 109 (*Henri/Mazeaud*).

schweres seelisches Leid auslöst. Die Voraussetzung für die „Angehörigeneigenschaft“ ist jedoch immer die gleiche: nämlich die enge Nahebeziehung. Das hat auch der Kassationshof schon mehrmals klargestellt<sup>134</sup>. Um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen, muss eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bestehen. Da eine solche zwischen Ehegatten, Eltern und ihren Kindern **regelmäßig** vorliegt, vermutet sie die Rechtsprechung zugunsten dieser Personen widerlegbar, während weiter entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen eine enge Nahebeziehung nachweisen müssen. Außerdem geht die Rechtsprechung davon aus, dass zwischen weit entfernt Verwandten regelmäßig nur ein lockeres Verhältnis besteht, so dass ihre normale und gute Beziehung nicht für den Nachweis einer engen Nahebeziehung genügt<sup>135</sup>. Es müsste also ein besonderer Fall vorliegen, damit diese Beziehungen mit der zwischen engen Familienangehörigen (nahen Verwandten) vergleichbar sind.

Für weit entfernt Verwandte gelten aber **nicht andere Voraussetzungen**, um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen. Dass sie selten zu den „nahen Angehörigen“ zählen, ergibt sich vielmehr daraus, dass sie eine enge Nahebeziehung beweisen müssen und dieser **Beweis nur schwer erbracht** werden kann. Denn dafür muss eine enge familiäre Beziehung vorliegen, die zwischen weit entfernt Verwandten aber nur selten besteht. **Ihr normales und gutes Verhältnis genügt nicht, weil es weit entfernt Verwandte nicht von anderen Personen unterscheidet, die etwa zum bloßen Bekanntenkreis des Erstgeschädigten zählen.**

Auch erwachsene und getrennt lebende Geschwister können den Nachweis einer engen freundschaftlichen Beziehung nur schwer erbringen<sup>136</sup>: Der Verlust des einzigen Bruders oder der einzigen Schwester und regelmäßiger Kontakt muss noch nicht genügen – besonderes Gewicht kann etwa haben, dass Geschwister in unmittelbarer Nähe leben und fast alltäglich Kontakt miteinander haben oder regelmäßig gemeinsame Urlaube und Freizeitaktivitäten unternehmen.

**Besondere Fälle**, in denen zwischen weit entfernten Verwandten eine enge Nahebeziehung besteht, liegen insbesondere dann vor, wenn weit entfernt Verwandte ein Kind aufnehmen und wie das eigene aufziehen, die Mutter/der Vater des Kindes allein-erziehend ist und daher von weit entfernt Verwandten unterstützt wird, die Eltern des

134 Cass crim 20.1.1987, Pourvoi n°86-90.934; Cass civ 2<sup>e</sup> Pourvoi n°94-13.613, D. 1997, Somm. 31 (*Jourdain*) = D. 1996/2, IR 135.

135 BGE 88 II 455 (462) – Schwiegereltern; Trib.corr.de Millau 13.1.1956, D.1957, Somm. 18 = RTD 1957, 109 (*Henri/Mazeaud*) – Geschwister; OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, Rechtspanorama vom 30.5.2005 (*Kommenda*) = JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165 = ÖJZ-LSK 2005/195; OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

136 BGE 89 II 396 (401).

Kindes berufstätig sind und etwa die Großeltern das Kind betreuen oder sich weit entfernt Verwandte um ältere, behinderte oder kranke Familienmitglieder kümmern, diese pflegen und versorgen<sup>137</sup>. So leben beispielsweise behinderte Verwandte, die selbst nie eine Familie gegründet haben, häufig bei weiter entfernten Verwandten (Geschwistern, u. a. auch Nichten/Neffen). Großes Gewicht kommt also dem Bestehen einer Wohngemeinschaft sowie Betreuungs- und Pflegeverhältnissen zu, wobei das Vorliegen einer Wohngemeinschaft allein nicht immer genügt<sup>138</sup> und ebenso wenig ein enges harmonisches Verhältnis<sup>139</sup>. Vielmehr muss eine Beziehung nachgewiesen werden, die mit der zwischen Ehegatten, Eltern und ihren Kindern vergleichbar ist. **Bei weit entfernt Verwandten müssten** dazu aber **besondere Umstände vorliegen**, was nur selten zutrifft.

Auch **nicht verwandte Personen** können zu den „nahen Angehörigen“ zählen, wenn sie in einer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen. Vor ihrer gesetzlichen Gleichstellung mit den ehelichen Kindern, galten die unehelichen Kinder in Frankreich als mit dem Vater nicht verwandt. Aus dieser Zeit gab es eine Reihe von Fällen<sup>140</sup>, die sehr gut verdeutlichen, dass häufig auch nicht verwandte Personen zum engen Kreis der Familie des Erstgeschädigten zählen und der **Anerkennung faktischer Familienverhältnisse** daher immense Bedeutung zukommt. Heute hat das besonders für die Anerkennung von Verlobten, Lebensgefährten, Pflegeeltern und Pflegekindern sowie für Freunde und sonstige Bezugspersonen Bedeutung<sup>141</sup>.

Während es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts weitgehend anerkannt ist, dass auch zwischen Verlobten, Lebensgefährten sowie zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern eine enge Nahebeziehung bestehen kann, gibt es zu **Freunden und sonstigen Bezugspersonen** auch in der französischen Rechtsprechung kaum Fälle<sup>142</sup>. Da eine enge Nahebeziehung als enge familiäre Beziehung zu verstehen ist, steht grundsätzlich auch einem Anspruch von Freunden oder sonstigen Bezugspersonen nichts entgegen. Denn der Begriff der „nahen Angehörigen“ ist nach allen zu untersuchenden Rechtsordnun-

137 *Beckwith/Giliker*, Tort 95; OG Bern 9.9.1958, ZBJV 1960, 331 (333); CA de Caen 4.7.1935, D. 1935, 514; CA de Nîmes 3.4.1933, D. 1933, 389; *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 98; Cass civ 2<sup>e</sup> 5.1.1973, RTD 1973, 776 (*Durry*); *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 50; *Heldermann*, Schadenersatz 107; *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 29; *Karner/Kozioł*, Reform II/1 83f; *Zeytin*, Problematik 57.

138 Siehe etwa BGE 88 II 455 (462) – Schwiegereltern.

139 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> VI/2 (bis 2005) – Groß- und Schwiegereltern (OHG).

140 Cass civ 2<sup>e</sup> 5.1.1973, D. 1973, IR 38 = RTD 1973, 776 (*Durry*); CA de Nîmes 3.4.1933, D. 1933, 389; *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 98; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 134.

141 Siehe *Knoche*, Partner 86ff und 236ff – zur „Familie“ als Gefühlsgemeinschaft.

142 Cass crim 20.3.1973, RTD 1973, 776 (776f) (*Durry*); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/37; *Kadner*, ZEuP 1996, 145; *Karczewski*, Schockschäden 311.

gen nicht im Sinne von biologischer Verwandtschaft, sondern nach den tatsächlichen Naheverhältnissen zu verstehen, was insbesondere daraus folgt, dass auch Ehegatten, Eltern und Kinder nur dazu zählen, wenn zwischen ihnen eine enge Nahebeziehung bestanden hat. Ebenso wie es für die „Angehörigeneigenschaft“ von Verwandten entscheidend ist, dass eine enge familiäre Beziehung vorliegt, gilt auch für nicht verwandte Personen nichts anderes. **Denkbar sind insbesondere Fälle**, in denen alleinerziehende Eltern auf die Hilfe und den Rat von engen Freunden angewiesen sind und der Freund/die Freundin eigentlich den anderen Elternteil ersetzen oder ältere Menschen bei nicht Verwandten in der Familie aufgenommen und gepflegt werden. Letzteres meint nicht bloß ein entgeltliches Pflegeverhältnis, sondern vielmehr, die Aufnahme in eine Familie, zu der kein verwandtschaftliches Verhältnis besteht: Das gab es schon früher etwa bei landwirtschaftlichen Arbeitskräften, die ihr Leben lang in einer Landwirtschaft mitgearbeitet haben und dann auch im Alter bei dieser Familie verblieben, während zu den eigenen Verwandten u. U. überhaupt kein Kontakt bestand.

Freunden sollte nicht entgegengehalten werden, dass aus einer freundschaftlichen Beziehung keinerlei Rechte abgeleitet werden können, wie es etwa bis 1970 bei Lebensgefährten in Frankreich der Fall war<sup>143</sup>. Denn der Anerkennung von Schock- und Trauerschäden liegt die **Auffassung** zugrunde, dass psychische Schäden den physischen gleichwertig sind und schweres seelisches Leid nicht unbeachtet bleiben darf. Weiters herrscht die Auffassung vor, dass „nahe Angehörige“ einen Schock- oder Trauerschaden aufgrund ihrer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten erleiden, so dass auch der Begriff der „nahen Angehörigen“ selbst nicht im rechtlichen Sinn zu verstehen ist, sondern sich nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen bestimmt. Da die „Angehörigeneigenschaft“ das tatsächliche Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten voraussetzt, auch nahe Verwandte nicht immer für einen Anspruch in Frage kommen, ganz zu Schweigen von weit entfernt Verwandten, und im Gegenzug auch faktische Familienmitglieder zu den „nahen Angehörigen“ zählen können, kann auch für Freunde oder sonstige Bezugspersonen nichts anderes gelten. Damit ist keine Erweiterung oder Eingrenzung des geltenden Rechts bezweckt, sondern vielmehr eine Klarstellung. Da die persönliche Sonderbeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten für das Entstehen von Schock- und Trauerschäden von besonderer Bedeutung ist und sich diese nicht durch ein bestimmtes verwandtschaftliches Verhältnis, sondern vielmehr durch eine intensive Gefühlsgemeinschaft auszeichnet, muss auch der Kreis der „nahen Angehörigen“ in einem

---

143 Cass Ch Mixte 27.2.1970, D. 1970, 201 (*Combaldieu*) = RTD 1972, 595 (596) (*Durry*); s. a. *Scheffén*, NZV 1995, 219.

**flexiblen System**<sup>144</sup> bestimmt werden, ohne an starre Kriterien anzuknüpfen wie ein bestimmtes verwandtschaftliches Verhältnis oder das Bestehen einer Wohngemeinschaft. Nur durch ein flexibles System kann diesem Gedanken Rechnung getragen werden.

Flexibel heißt aber nicht, dass der Kreis der „nahen Angehörigen“ unklar ist, darüber in der Rechtsprechung keine präzisen Aussagen gemacht werden oder die Haftung intensiver ausfällt als bei einem starren System. In den zu untersuchenden Rechtsordnungen haben sich nämlich sehr konkrete Vorstellungen darüber herausgebildet, wann eine enge Nahebeziehung vorliegt und daher von „nahen Angehörigen“ auszugehen ist. Die französische Rechtsprechung hat diesem Gedanken bisher in vollem Umfang Rechnung getragen und wird diesbezüglich zu Unrecht als zu weitgehend erachtet. Denn wie die Ausführungen zeigen, stellt die enge Nahebeziehung **eine hinreichende und enge Begrenzung dar, welche den Ersatz von Schock- und Trauerschäden nicht ausufern lässt**.

Was müssen also Pflegeeltern bzw. Pflegekinder, Verlobte und Lebensgefährten nachweisen, um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen? **Bei Pflegeeltern und Pflegekindern** ist das tatsächliche Vorliegen einer Eltern-Kind-Beziehung entscheidend<sup>145</sup>. **Bei Verlobten** kommt es auf die Beständigkeit der Beziehung und die Ernsthaftigkeit ihrer Heiratsabsicht an, wobei die Rechtsprechung z. T. recht schematisch vorgeht<sup>146</sup>.

Für die Anerkennung einer **Lebensgemeinschaft** kann man eine Vielzahl von Kriterien nennen, fraglich ist jedoch, ob alle gleichzeitig vorliegen müssen<sup>147</sup>: eine Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft, Wohngemeinschaft, Eheähnlichkeit, gewisse Dauer (Stabilität) und das Fehlen eines Ehegatten. Der Kassationshof verlangte zunächst die Stabilität der Lebensgemeinschaft sowie das Fehlen eines Ehegatten, hat

144 *Adamović*, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung, JBl 2002, 681 (I) und JBl 2002, 693 (II); *Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683; *Bydlinski*, JBl 1997, 617ff; *Bydlinski*, Die „Elemente“ des Beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung, in *Funk/Koller/Schilcher* (Hrsg) Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 16; *Posch*, Die Bedeutung des Beweglichen Systems für die Rechtsvergleichung und das Einheitsprivatrecht, in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, BS 255; *Schilcher*, Prinzipien und Regeln als Elemente einer Theorie des gebundenen Ermessens, in *Funk/Koller/Schilcher*, System 153ff; *Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977) 184ff; *Wilburg*, Bewegliches System 3ff.

145 *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 98; OG Bern 9.9.1958, ZBJV 1960, 331 (333); CA de Caen 4.7.1935, D. 1935, 514; *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 29.

146 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (914f); *Karczewski*, Schockschäden 124; BGE 57 II 53 (54 und 57).

147 OGH 8 Ob 127/02p, ecolex 2003/9 = EFSlg. 100.766, 100.767, 100.773 = JBl 2003, 118 = ÖAMTC-LSK 2002/166 = ÖJZ-LSK 2003/28 = Presse 2002/44/02 (*Kommenda*) = RZ-EÜ 2003/72 = ZVR 2002, 388 (*Karner*); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5b; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 123ff; *Hütte*, HAVE 2002, 127f.

Letzteres dann aber fallen gelassen und ausgesprochen, dass der **Ehebruch** nur von den Ehegatten im Innenverhältnis geltend gemacht werden kann<sup>148</sup>. Dabei handelte es sich um Fälle, in denen der Ehegatte schon vor Jahrzehnten verschwunden war, den Lebensgefährten vor langer Zeit verlassen hatte oder die Ehegatten schon lange getrennt lebten (es lag also faktisch keine Polygamie vor, es gibt jedoch einen Fall in der unterinstanzlichen Rechtsprechung, in dem die Ehegattin und die Geliebte nebeneinander Ersatz erhielten). In der französischen Lehre wurde das insbesondere in zwei Fällen befürwortet: wenn der Lebensgefährte von seinem Ehegatten verlassen wurde oder wenn sich die Ehegatten auf eine Trennung geeinigt hatten<sup>149</sup>. Auch eine Wohngemeinschaft hält der Kassationshof nicht für erforderlich, solange eine enge Gefühlsbindung zwischen den Lebensgefährten besteht.

Der Nachweis einer beständigen und auf Dauer angelegten Beziehung steht daher im Vordergrund des französischen Rechts. In einem Fall, wo der Getötete zwei Geliebte hatte, sprach der Kassationshof aus, dass zu keiner von beiden eine **stabile Beziehung** vorlag. Auch nach dem schweizerischen und österreichischen Recht spricht einiges dafür, überwiegend auf die Beständigkeit der Beziehung abzustellen<sup>150</sup>. Denn die Fälle in der französischen Rechtsprechung zeigen, dass auch ohne Wohngemeinschaft der Lebensgefährten und auch beim Vorhandensein eines Ehegatten eine enge Nahebeziehung zwischen den Lebensgefährten bestehen kann. Auch für die **Gleichstellung homosexueller Lebensgemeinschaften** spricht einiges, obwohl der Kassationshof bisher in einem Mietrechtsfall die Gleichstellung mit dem Hinweis auf die fehlende Eheähnlichkeit abgelehnt hat. Das stieß auf heftige Kritik in der Lehre, weil die homosexuelle Lebensgemeinschaft in Frankreich bereits durch die Einführung des P.A.C.S. mit dem Gesetz vom 15.11.1999 gesetzlich anerkannt wurde<sup>151</sup>. Dieses Gesetz spricht außerdem für das Erfordernis einer monogamen Beziehung<sup>152</sup>. Der nachfolgende Fall zeigt sehr gut, dass der Beständigkeit der Beziehung auch nach dem schweizerischen Recht besondere Bedeutung zukommt: Das OG Aargau hat das Vorliegen einer engen Nahebeziehung in einem Fall verneint, in dem die Klägerin aus einer flüchtigen Bekanntschaft mit dem Getöteten ein Kind zeugte, und sprach dazu aus, dass diese Geschlechtsgemeinschaft allein nicht genügt, weil weder eine Wohngemeinschaft bestanden habe, noch gemeinsame Zukunftspläne<sup>153</sup>. *Hütte* kritisiert die vorliegende Ent-

148 Cass crim 14.6.1973, D. 1973, 585; Cass crim 19.6.1975, D.1975, 679 (*Tunc*).

149 Cass crim 19.6.1975, D.1975, 679 (682) (*Tunc*).

150 *Gurzeler*, Beitrag 150.

151 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 125.

152 *Lambert-Favre*, Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation<sup>5</sup> (2004) 291f.

153 *Hütte*, HAVE 2002, 127f.

scheidung, weil das OG Aargau keine gesetzliche Grundlage genannt hat, aus der es die maßgeblichen Kriterien für eine „Angehörigeneigenschaft“ der Lebensgefährten ableitet. Weiters vertritt er die Auffassung, dass die Anerkennung der Lebensgefährten als „nahe Angehörige“ nur durch eine Gesetzesänderung erfolgen könne und nach derzeitiger Rechtslage nur Verlobte dazu zählen würden<sup>154</sup>. Das ist jedoch entschieden zurückzuweisen, worauf noch ausführlich eingegangen wird.

## 2. Untersuchung der Rechtsordnungen im Einzelnen

Die Gemeinsamkeiten der zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie der Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts erlauben eine allgemeine Begriffsklärung durch umfassende rechtsvergleichende Analyse. Dennoch ist die Betrachtung der Besonderheiten in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts für ein besseres Verständnis unentbehrlich. Deshalb soll nun im Detail untersucht werden, welche Aussagen die Rechtsprechung und Lehre in den einzelnen zu untersuchenden Rechtsordnungen und die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts zum Begriff der „nahen Angehörigen“ machen.

### a) Deutschland

#### *Rechtsprechung*

Der BGH stellte in seiner **Grundsatzentscheidung** aus dem Jahre 1971 ausdrücklich auf „nahe Angehörige“ bzw. „Angehörige“ ab und machte dazu **klare Aussagen**<sup>155</sup>: Die enge persönliche Bindung zum Erstgeschädigten führe dazu, dass man sich dessen Leid – das ihm zugestoßene Unglück – zu eigen macht. Im vorliegenden Fall ging es um den Anspruch der Ehegattin, weshalb sich der BGH zu näheren Ausführungen nicht veranlasst sah, denn es bestand kein Zweifel an der „Angehörigeneigenschaft“ der Ehegattin. Weiters lehnte es der BGH ab, auf Fälle einzugehen, in denen keine persönliche Sonderbeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten besteht und sprach dabei von Personen, die weder verwandtschaftlich noch sonst mit dem Erstgeschädigten eng verbunden sind. **Diese Ausführungen zeigen**, dass der BGH nicht auf ein bestimmtes verwandtschaftliches Verhältnis zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten, sondern auf das Vorliegen einer engen Nahebeziehung abstellt und diese zugunsten der Ehegattin widerlegbar vermutet. Der Begriff der „(nahen) Angehörigen“ ist daher nicht im

154 BGE 66 II 206 (222).

155 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170, 172) = JZ 1972, 122 (123f) = VersR 1971, 905 (908).

rechtlichen Sinne von „verwandt“ sein, sondern nach den tatsächlichen Verhältnissen zu verstehen<sup>156</sup>. Auch aus § 823 Abs1 BGB kann man das Erfordernis eines verwandtschaftlichen Verhältnisses nicht ableiten<sup>157</sup>.

**In der Lehre wurde das jedoch zunächst nicht so gesehen.** *Herkner* kritisierte die Entscheidung, weil Unklarheit darüber herrsche, wer zu den „nahen Angehörigen“ zählt und nannte dazu folgende Beispiele<sup>158</sup>: Der Getötete hatte zu seiner Schwester, Mutter oder Schwiegermutter kein sehr herzliches Verhältnis, selbst wenn sie ihm sehr zugetan waren; der Getötete lebte von seiner Ehegattin getrennt oder in Scheidung, hatte aber eine Geliebte, die für ihn alles bedeutete. Weiters war man sich **uneinig darüber**, wie weit der Begriff der „nahen Angehörigen“ zu verstehen sei<sup>159</sup>. Während ein Teil der Lehre nur den Ehegatten, die Eltern und die Kinder des Erstgeschädigten dazu zählte, ging ein nicht undeutender Teil der Lehre davon aus, dass der Begriff weiter zu fassen sei, weil auch der BGH in seinem Grundsatzurteil nicht auf ein bestimmtes familiäres Verhältnis, sondern auf die persönliche Beziehung zum Erstgeschädigten abstellte, die bewirke, dass man sich das Leid des Erstgeschädigten zu eigen mache. Vor allem die neueren Beiträge in der Literatur bestätigen letztere Ansicht. Danach komme ein Anspruch auch für weiter entfernt Verwandte (insbesondere Geschwister bei Wohngemeinschaft) oder nicht verwandte Personen (sogar für Freunde) in Frage.

Bisher gibt es jedoch kaum **Fälle in der Rechtsprechung**, in denen anderen Personen als den Eltern, Kindern oder Ehegatten ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden zugesprochen wurde, was v. a. darauf zurückzuführen ist, dass die Trauer der „nahen Angehörigen“ selten das Ausmaß einer Körperverletzung nach allgemeiner Verkehrsauffassung erreicht.

Das LG Frankfurt hat in seiner Entscheidung vom 28.3.1969<sup>160</sup> der Verlobten des Getöteten ein Schmerzensgeld zugesprochen und führte dazu Folgendes aus: **Es wäre zu restriktiv, bloß den nahen Verwandten einen Anspruch zuzusprechen, auch auf das Vorliegen einer Verlobung komme es nicht zwingend an; außerdem komme dem unmittelbaren Miterleben der Tötung im vorliegenden Fall Bedeutung zu**, während bei bloßer Benachrichtigung eine engere Begrenzung in Betracht zu ziehen wäre. *Weimar* meinte dazu, dass das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen Erst- und Zweitgeschä-

156 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170, 172) = JZ 1972, 122 (123f) = VersR 1971, 905 (908); v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999) Rz 66; *Heldermann*, Schadenersatz 107.

157 v. Bar, Deliktsrecht II Rz 69.

158 *Herkner*, Anm zu BGH VI ZR 78/70, VersR 1971, 1140 (1141).

159 *Heldermann*, Schadenersatz 106f; *Karczewski*, Schockschäden 70f.

160 LG Frankfurt 2/12 O 50/67, NJW 1969, 2286 (2287) = VersR 1970, 357.

digten immer geprüft werden muss, weil der **adäquate Kausalzusammenhang** davon abhängt<sup>161</sup>.

Die Entscheidung des OLG Stuttgart vom 21.7.1988 enthält eine ausdrückliche Äußerung zum Begriff der „nahen Angehörigen“<sup>162</sup>: Nach dem **Schutzzweck** des § 823 Abs1 BGB sei **eine enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises** vorzunehmen, der Integritätsverlust des anderen müsse als Beeinträchtigung der eigenen Integrität empfunden werden; das OLG bejahte das Vorliegen einer Sonderbeziehung zwischen Eltern und ihren Kindern, im vorliegenden Fall scheiterte der Anspruch der erwachsenen Tochter, deren Mutter durch einen Behandlungsfehler starb, jedoch am Erfordernis einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB.

Das LG Tübingen verneinte in seiner Entscheidung vom 29.11.1967, dass die Freundin der Getöteten zu ihren „nahen Angehörigen“ zählt<sup>163</sup>. Nach ständiger Rechtsprechung bestehe nur bei „nahen Angehörigen“ ein **Kausalzusammenhang** zwischen dem Schockschaden und der Erstschädigung, wobei bisher nur Eltern, Kindern und Ehegatten Ersatz zugesprochen wurde. Eine Ausdehnung auf Fremde oder entfernt Verwandte stehe mit § 847 BGB nicht im Einklang. *Deutsch* und *Weyers* **kritisieren** aber die enge Beschränkung im vorliegenden Fall: Während *Deutsch* das unmittelbare Miterleben des schädigenden Ereignisses stärker gewichten will, hält *Weyers* das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung allein für ausreichend, um die Haftung zu begrenzen<sup>164</sup>. *Schmidt* tritt dafür ein, die Nahebeziehung nur bei der Bemessung der Schmerzensgeldsumme zu berücksichtigen und *Hans Stoll* will den „nahen Angehörigen“ des Getöteten einen gesetzlichen Anspruch auf Schmerzensgeld einräumen, Schockschäden aber nur mehr beim Miterleben des schädigenden Ereignisses ersetzen, so dass auch ein Anspruch von Fremden in Betracht kommen könnte<sup>165</sup>.

Die Entscheidungen des LG Frankfurt und des LG Tübingen helfen zwar nicht viel weiter, weil sie bereits vor der Grundsatzentscheidung des BGH ergangen sind und den dort dargelegten Grundsätzen daher gar nicht Rechnung tragen konnten, sie werden aber **von der Lehre immer wieder zur Begründung** des einen oder anderen Standpunkts **herangezogen**, weshalb auch sie Erwähnung finden sollen. Darüber hinaus zeigen die genannten Entscheidungen sowie die Anmerkungen in der Lehre, dass **ein zu starres Vorgehen eher auf Ablehnung stößt**: So haben es sowohl das LG Frankfurt als auch einige Autoren in der Lehre abgelehnt, Verlobte oder Freundinnen generell von

161 *Heldermann*, Schadenersatz 105.

162 OLG Stuttgart, 14 U 3/88, NJW-RR 1989, 477.

163 LG Tübingen, 1S 107/67, NJW 1968, 1187.

164 *Deutsch*, Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 1969, 197 (200); *Heldermann*, Schadenersatz 104f.

165 *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993) 362ff.

einem Anspruch auszuschließen und *Weimar* forderte, dass das Vorliegen einer engen Nahebeziehung geprüft werden müsse. Weiters hat die Entscheidung des LG Tübingen dazu geführt, dass das Abstellen auf die „Angehörigeneigenschaft“ von einigen Autoren gänzlich ablehnt wurde. Auch die älteren Ausführungen in der Rechtsprechung und Lehre zeigen daher, dass nur ein flexibler Begriff der „nahen Angehörigen“ weitgehende Anerkennung erlangen kann.

#### Lehre

Das Ergebnis der dargelegten rechtsvergleichenden Analyse, wonach es für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ auf eine **enge familiäre Beziehung** ankommt<sup>166</sup>, kann **auch** mit der **Auffassung jener Autoren** in Einklang gebracht werden, **die den Begriff der „nahen Angehörigen“ eher eng umgrenzen**. So ging etwa *Kegel* bloß bei Ehegatten, Kindern und Eltern von einer engen Nahebeziehung aus<sup>167</sup>: Bei weiter entfernt Verwandten, Freunden oder gar Fremden würde die persönliche Betroffenheit abnehmen, so dass ihr Schockschaden im Bereich des eigenen Lebensrisikos liege; *Kegel* stützte sich dabei auf die Entscheidung des LG Tübingen vom 29.11.1967. Auch *Hippel* bezweifelte das Bestehen einer Sonderbeziehung bei weiter entfernt Verwandten (z. B. Geschwistern) und Verlobten und verneinte diese bei Freunden und Bekannten<sup>168</sup>. Ganz in diesem Sinne ist nach den rechtsvergleichenden Erkenntnissen davon auszugehen, dass eine enge familiäre Beziehung zwischen weit entfernt Verwandten oder nicht Verwandten einen besonderen Fall darstellt und eine enge Nahebeziehung daher nachgewiesen werden muss. Um den tatsächlichen Lebensverhältnissen Rechnung tragen zu können, sollte das aber nicht vorweg ausgeschlossen werden. Eine solche Absicht kann außerdem weder dem Grundsatzzurteil des BGH noch der nachfolgenden Rechtsprechung entnommen werden.

In Deutschland wurde bis heute eingehend darüber diskutiert, wie eine **mögliche gesetzliche Regelung** für den Ersatz von Trauerschäden aussehen könnte. Während einzelne Vertreter der Lehre den Begriff der „nahen Angehörigen“ starr aufgrund der formalen Familienzugehörigkeit und einer bestehenden Wohngemeinschaft bestimmen, wird **überwiegend eine flexiblere Begriffsbestimmung befürwortet**. Danach könne eine enge Nahebeziehung unabhängig von der formalen Familienzugehörigkeit oder dem Vorliegen einer Wohngemeinschaft bestehen und der Begriff der „nahen Angehörigen“ sei nicht im rechtlichen Sinne, sondern nach den tatsächlichen Verhältnissen zu

166 Ganz in diesem Sinne *Zeytin*, Problematik 57.

167 *Kegel* in *Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*, Vorträge 19.

168 *Hippel*, Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 1965, 1890 (1893); *Heldermann*, Schadenersatz 103f.

verstehen. Diese Auffassung ist von dem **Gedanken** geleitet, dass nur bei einer engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten von einem schweren seelischen Leid des Zweitgeschädigten auszugehen sei und man der Vielfältigkeit möglicher Nahebeziehungen Rechnung tragen solle. Die formale Familienzugehörigkeit und das Bestehen einer Wohngemeinschaft können demnach zwar ein starkes Indiz für eine enge Nahebeziehung sein, diese kann aber auch unabhängig davon bestehen.

Zunächst soll auf die **Ausführungen jener Autoren** eingegangen werden, **welche den Begriff der „nahen Angehörigen“ eher starr begrenzen**. *Scheffén* ging bei nahen und haushaltszugehörigen Verwandten von **elementaren zwischenmenschlichen Beziehungen** aus<sup>169</sup>. Während die Wohngemeinschaft ein entscheidendes Kriterium für die enge Nahebeziehung sei, wäre das Abstellen auf einen Unterhaltsanspruch abzulehnen. Lebensgefährten seien nicht zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen, weil die Wertungen der gesamten Rechtsordnung zu beachten und Lebensgefährten den Ehegatten bisher nicht gleichgestellt sind. *Odersky* wollte bei Bestehen einer Wohngemeinschaft wahlweise dem Ehegatten, den Eltern und den Kindern oder den „nahen Angehörigen“ des Getöteten einen Schmerzensgeldanspruch einräumen<sup>170</sup>. Der Begriff der „nahen Angehörigen“ wäre flexibler und müsste von der Rechtsprechung ausgelegt werden. Eine **Generalklausel** zugunsten aller Personen, die zum Getöteten in einer engen Nahebeziehung stehen, wäre **zwar billig, aber nicht praktikabel**, weil die Auslegung durch die Rechtsprechung eine Vielzahl von Entscheidungen erfordert und daher Rechtsunsicherheit bestehen würde. Außerdem sei das Abstellen auf das Bestehen einer Wohngemeinschaft zu befürworten, weil ein Anspruch aller Verwandten zu weit wäre. *Vorndran* wollte dem Ehegatten, den Eltern und Kindern des Getöteten bei Bestehen einer Wohngemeinschaft Ersatz für ihren Trauerschaden zusprechen<sup>171</sup>. Gegen einen weitergehenden Personenkreis hatte er **Bedenken** mangels Nachvollziehbarkeit der Naheverhältnisse. Obwohl auch die Verletzung eines Familienmitglieds schweres seelisches Leid bedeuten kann, lehnte er einen Anspruch bei Überleben des Erstgeschädigten ab, **weil es nicht abschätzbar wäre, bei welchem Schweregrad des Erstschadens schweres seelisches Leid** der Familienangehörigen vorliege.

Auffallend ist zunächst, dass die genannten Autoren den Ersatz von Gefühlsschäden auf den **Todesfall** beschränken wollen<sup>172</sup>. Den dargelegten Auffassungen kann man

169 *Scheffén*, NZV 1995, 219; so auch *Janke*, Möglichkeiten und Grenzen einer Neugewichtung der Schadenersatzleistungen bei Verkehrsunfällen, ZRP 1997, 416 (421).

170 *Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989) 22f.

171 *Vorndran*, ZRP 1988, 295.

172 So auch *Lauer*, Stellungnahme zum Gutachten Karner/Koziol aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, in 15. ÖJT II/2 (2004) 61 (75).

insbesondere entgegenhalten, dass der Gesetzesentwurf des bayerischen Justizministeriums, welcher bei Bestehen einer Wohngemeinschaft zugunsten der engen Familienangehörigen des Getöteten einen Schmerzensgeldanspruch vorsah, auf **heftige Kritik** gestoßen ist<sup>173</sup>. So wurde es für bedenklich gehalten, Eltern bzw. Kinder mangels Wohngemeinschaft von einem Ersatz auszuschließen, Geschwister, Pflegekinder, Verlobte und Lebensgefährten überhaupt nicht miteinzubeziehen und ausschließlich im Falle der Tötung des Erstgeschädigten Ersatz zu gewähren. Auch die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass eine Begrenzung der „nahen Angehörigen“ auf die Eltern, Ehegatten und Kinder im Falle einer Wohngemeinschaft **weitgehend auf Ablehnung in der deutschen Lehre stoßen würde**. Darüber hinaus lassen sich die gegen eine flexiblere Begriffsbestimmung geäußerten Bedenken entkräften. Die **fehlende gesetzliche Gleichstellung von Lebensgefährten ist kein Argument, das man auch in Zukunft aufrechterhalten kann**. Denn die gesetzliche Anerkennung der Lebensgemeinschaft schreitet immer mehr voran und es sollte nicht daran angeknüpft werden, dass man aus seiner Beziehung zum Erstgeschädigten bestimmte Rechte ableiten kann: Die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ in Hinblick auf den Ersatz von Schock- und Trauerschäden hat ausschließlich mit dem tatsächlichen Bestehen einer engen Nahebeziehung etwas zu tun, so dass auch Ehegatten, Eltern oder Kinder keinen Ersatz erhalten sollen, wenn sie mit dem Erstgeschädigten nicht eng verbunden sind. Weiters haben sich in der Rechtsprechung und Lehre sehr konkrete Vorstellungen dafür herausgebildet, wann eine enge Nahebeziehung vorliegt. So gibt es für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung eine Reihe objektiver Kriterien, denen Indizwirkung zukommt. Deshalb kann von **Rechtsunsicherheit oder mangelnder Nachvollziehbarkeit** keine Rede mehr sein. Darüber hinaus stellt die enge Nahebeziehung eine **ausreichende Begrenzung** dar, so dass eine engere Begrenzung nicht erforderlich ist und auch überwiegend auf Ablehnung stoßen würde.

Nun aber zu **jenen Vertretern der deutschen Lehre**, die von einem **weiteren Verständnis** ausgehen. *Weimar* und *Berg* tendieren im Gegensatz zu den bereits genannten Autoren schon zu einem weiteren Begriff der „nahen Angehörigen“<sup>174</sup>: Beide stellen auf eine enge Nahebeziehung ab, während *Weimar* davon ausgeht, dass eine solche eher bei Familienangehörigen (in erster Linie bei Eltern, Kindern, Ehegatten und Geschwistern) und bei Verlobten besteht, berücksichtigt *Berg*, dass auch zwischen rein faktisch nahestehenden Personen eine enge Nahebeziehung bestehen kann. Auch *Huber* stellt

173 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 10f; *Ullmann*, FamRZ 1988, 802.

174 *Heldermann*, Schadenersatz 105; *Weimar*, Wann haftet ein Schadensstifter für Schockschäden Dritter?, MDR 1970, 565 (566); *Weimar*, Schreck- und Schockschäden bei Verkehrsunfällen, MDR 1964, 987 (988).

auf das Vorliegen einer engen Nahebeziehung ab und will den engsten Bezugspersonen des Erstgeschädigten Ersatz zusprechen. Daher seien auch Lebensgefährten oder Geschwister in den Kreis der „nahen Angehörigen“ miteinzubeziehen<sup>175</sup>. Das Abstellen auf eine häusliche Gemeinschaft hält er angesichts der **heutigen Wohnverhältnisse** nicht für geeignet, um den Kreis der „nahen Angehörigen“ zu bestimmen. Vielmehr sei daran anzuknüpfen, wer **Besuchskosten** im Rahmen der Heilungskosten vergütet erhält. Park meint, dass neben Eltern, Ehegatten und Kindern auch weiter entfernt Verwandte und nicht verwandte Personen zu den „nahen Angehörigen“ zählen können<sup>176</sup>. Das Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft sei entscheidend, weil diese dazu führe, dass man sich das Leid des anderen zu eigen macht. Eine Ehegattin, die schon lange vom Getöteten getrennt lebt, soll daher keinen Ersatz erhalten. In diesem Sinne hat auch das LG Frankfurt entschieden und auf die tatsächliche Nahebeziehung abgestellt, ohne das Vorliegen einer Verlobung als zwingend zu erachten. Außerdem muss die **Gefühlsbindung auf beiden Seiten** bestehen, um etwa Fans, die vom Tod eines Stars erfahren, von einem Anspruch auszuschließen. Da es auf eine enge Nahebeziehung ankommt, können auch Freunde, Betreuungspersonen wie Lehrer und Kindermädchen oder Arbeitskollegen anspruchsberechtigt sein. Auch *Dunz* tritt dafür ein, dass der Begriff der „nahen Angehörigen“ nicht streng im familienrechtlichen Sinn zu verstehen sei<sup>177</sup>.

*Stoll* erachtet die faktische Nahebeziehung als ausschlaggebend, weil nur dann von einer schweren Erschütterung der „nahen Angehörigen“ auszugehen sei<sup>178</sup>. Selbst die engsten Familienangehörigen des Getöteten müssen deshalb ihre schwere Erschütterung nachweisen, welche von den Gerichten unter der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen ist. In diesem Sinne weist *Schäfer* darauf hin, dass es nach der Formulierung der Grundsatzentscheidung des BGH auf die faktische Nahebeziehung und nicht auf die formale Familienzugehörigkeit ankomme: Auch zwischen Lebensgefährten könne eine enge persönliche Verbundenheit wie zwischen Ehegatten bestehen, auch zwischen Geschwistern könne eine enge Nahebeziehung bestehen, wenn etwa beide ehelos geblieben sind und die Schwester für den Bruder den Haushalt führt<sup>179</sup>. *Wagner* hält ebenfalls die persönliche Nahebeziehung zum Erstgeschädigten für entscheidend<sup>180</sup>: Auf die formale Familienzugehörigkeit komme es nicht notwen-

175 *Huber*, NZV 1998, 352.

176 *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 178ff und 198f.

177 *Dunz*, Anm zu BGH VI ZR 198/83, MedR 1985, 269.

178 *Stoll*, Haftungsfolgen 362ff.

179 *Heldermann*, Schadenersatz 107.

180 *Wagner* in *Rebmann/Rixecker/Säcker*, Münch Komm zum BGB V § 823 Rz 78.

digerweise an und flexiblere Kriterien wären dieser vorzuziehen. Damit könne den heutigen Gesellschaftsverhältnissen besser entsprochen werden, **eine Generalklausel wie im französischen Recht sei jedoch abzulehnen**, weil die Gerichte mit einer Vielzahl von Klagen konfrontiert wären und aufwendige Beweisaufnahmen darüber durchführen müssten, ob und wie nahe sich der Erst- und der Zweitgeschädigte tatsächlich standen<sup>181</sup>. Das spreche für eine Begrenzung auf bestimmte Personen, die, wie er meint, „handgreiflich und nachweislich“ betroffen sind. *Deutsch* und *Grüneberg* zählen auch Verlobte und Lebensgefährten neben „Angehörigen im familienrechtlichen Sinn“ zu den „nahen Angehörigen“<sup>182</sup>. *Grüneberg* verweist insofern auf die Entscheidung des LG Frankfurt vom 28.3.1969, verneint aber, wie es das LG Tübingen in seiner Entscheidung vom 29.11.1967 ausgesprochen hat, dass auch Freunde dazu zählen. *Schmidt* zählt hingegen neben Verlobten auch enge Freunde zu den „nahen Angehörigen“<sup>183</sup>. Ob eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten vorliegt, müsse im Einzelfall geprüft werden und der Schock bilde ein Indiz dafür. *Jahnke* zählt neben Eltern, Kindern und Ehegatten zwar auch die Partner einer eingetragenen Lebensgemeinschaft zu den „nahen Angehörigen“, alle anderen Personen, insbesondere Verlobte oder außereheliche Lebensgefährten, würden aber nicht dazu zählen<sup>184</sup>. *Zeytin* geht von einem flexiblen Begriff der „nahen Angehörigen“ aus und stellt auf eine enge familiäre Beziehung ab<sup>185</sup>. Darüber können nämlich die tatsächlichen Naheverhältnisse im Einzelfall berücksichtigt werden. So wäre es etwa denkbar, dass Enkelkinder bei ihren Großeltern aufwachsen und daher eng mit ihnen verbunden sind oder dass zwischen Freunden eine enge Nahebeziehung besteht.

Die Auffassung von *Wagner*, wonach das französische Recht zu weit gehe, ist meines Erachtens vehement zurückzuweisen. Auch kommt es zu **keiner Überlastung der Gerichte**, weil für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung auf konkrete und objektive Kriterien abgestellt wird und eine Beweisaufnahme bis ins letzte Detail daher selten durchzuführen sein wird. Ebenso abzulehnen ist das Abstellen auf jenen Personenkreis, der Ersatz für seine Besuchskosten erhält (bestimmte Rechte aus seiner Beziehung zum Erstgeschädigten ableiten kann).

Auch jene Vertreter der deutschen Lehre, die von einem flexibleren Verständnis der „nahen Angehörigen“ ausgehen, fassen den Kreis der „nahen Angehörigen“ z. T. unter-

---

181 *Wagner*, JZ 2004, 327.

182 *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht<sup>2</sup> (1996) Rz 916; *Grüneberg* in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I (2003) § 249 Rz 39.

183 *Schmidt*, Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität, MDR 1971, 538 (540).

184 *Jahnke*, r+s 2003, 91.

185 *Zeytin*, Problematik 57.

schiedlich weit. Dennoch sind ihre Auffassungen vom **selben Gedanken** getragen wie die rechtsvergleichenden Erkenntnisse. Daher kann das Ergebnis der rechtsvergleichenden Analyse, wonach es auf eine **enge familiäre Beziehung** ankommt, mit **weitgehender Anerkennung in der deutschen Lehre** rechnen. Denn die Autoren, die den Kreis der „nahen Angehörigen“ eher starr auf bestimmte Personen begrenzen, nennen dafür keine plausible Erklärung. Autoren, die von einer derartigen Begrenzung absehen und ein flexibles System zur Begriffsbestimmung befürworten, liefern dagegen eine ausführliche Begründung, warum es ihrer Meinung nach auf eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ankommt<sup>186</sup>. **Der Auffassung, welche Freunde generell mit dem Hinweis auf die Entscheidung des LG Tübingen aus dem Jahr 1967 ausschließt, kann man Folgendes entgegenhalten:** Auch nach den dargelegten rechtsvergleichenden Erkenntnissen muss eine enge familiäre Beziehung zwischen Freunden vorliegen; eine solche fehlte aber im gegenständlichen Fall, weil es sich um ein normales freundschaftliches Verhältnis handelte, das allein nicht genügt, um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen.

#### b) England

##### *Rechtsprechung*

In England findet man dagegen sowohl in der Rechtsprechung als auch in der überwiegenden Lehre ein **ausdrückliches Bekenntnis zu einem flexiblen System**<sup>187</sup>. Die englische **Rechtsprechung** hat den Begriff der „nahen Angehörigen“ Schritt für Schritt fortentwickelt, bis sie zum bereits dargelegten Ergebnis kam. Schon Richter *Atkin* hat in *Hambrook v Stokes* auf die Schwierigkeit hingewiesen, den Kreis „naher Angehöriger“ zu bestimmen<sup>188</sup>: Weshalb sollte nur im Falle einer Eltern-Kind-Beziehung eine Sorgfaltspflicht bestehen, nicht aber bei anderen Naheverhältnissen? Richter *Denning* hat 1970 in *Hinz v Berry*<sup>189</sup> ausgesprochen, dass nach dem geltenden Recht jedenfalls ein naher Verwandter zu den „nahen Angehörigen“ zählt. Lord *Wilberforce* stellte in *McLoughlin v. O'Brian* auf das tatsächliche Vorliegen einer engen Nahebeziehung ab<sup>190</sup>: Bei Ehegat-

186 Siehe insbesondere *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 178ff und 198f; *Zeytin*, Problematik 55ff.

187 Siehe *Schülcher*, Schadensverteilung 184ff; *Bydlinski* in *Funk/Koller/Schülcher*, System 16; *Posch* in *Bydlinski/Krejci/Schülcher/Steininger*, BS 255; *Schülcher* in *Funk/Koller/Schülcher*, System 153ff; *Wilburg*, Bewegliches System 3ff.

188 Siehe HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (919). Diese HL-Entscheidung wird im Folgenden als „Alcock“ bezeichnet.

189 CA *Hinz v Berry* All ER 1970/1, 1074 (1075); *Heldermann*, Schadenersatz 89.

190 HL *McLoughlin v O'Brian and others* All ER 1982, 298 (304); *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 35.

ten, Eltern und Kindern wurde bisher von einer engen Nahebeziehung ausgegangen, ein Anspruch anderer Personen sei zwar nicht ausgeschlossen, verlange aber nach einer genaueren Prüfung. Da die Klägerin als Mutter und Ehegattin der Erstgeschädigten zweifelsohne zu dem genannten Personenkreis zählt, seien keine weiteren Aussagen erforderlich. Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass die Klage umso mehr Gewicht hat, je enger das persönliche Band zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ist. Dabei komme es nicht nur auf das verwandtschaftliche Verhältnis, sondern auch auf Pflege- und Betreuungsverhältnisse an.

Dieses flexible System wurde vom House of Lords in *Alcock* bestätigt und weiter präzisiert. Der erstinstanzliche Richter *Hidden* kam im vorliegenden Fall hingegen zu einer völlig anderen Lösung, was besonders brisant ist, weil es zeigt, dass **ein flexibles System nicht unbedingt weiterreichenden Ersatz bringt**<sup>191</sup>. Im Gegenteil, im vorliegenden Fall war die starre Begriffsbildung in erster Instanz großzügiger, weil Richter *Hidden* bei Geschwistern das verwandtschaftliche Verhältnis an sich genügen ließ, das House of Lords aber nicht. Richter *Hidden* ging nämlich davon aus, dass Ehegatten, Eltern, Kindern und Geschwistern aufgrund ihres verwandtschaftlichen Verhältnisses zu den „nahen Angehörigen“ zählen würden, während Großeltern, Schwäger, Verlobte und Freunde generell ausscheiden. Das House of Lords hat den Anspruch eines Revisionswerbers, der seinen Bruder verloren hat und ansonsten alle Voraussetzungen erfüllt, mangels Nachweises einer engen Nahebeziehung verneint. Der Kläger habe nicht nachgewiesen, dass er seinen Bruder besonders geliebt oder sich um diesen gekümmert hat<sup>192</sup>.

Richter *Hidden* hat zur „Angehörigeneigenschaft“ der Geschwister folgende Erwägungen angestellt: Unter den Opfern waren überwiegend junge Männer, die also entweder noch gar nicht oder noch nicht lange verheiratet waren, so dass sich ihr Verhältnis zu den Eltern und Geschwistern noch nicht gelockert hatte; Geschwister würden gemeinsam aufwachsen und gerade jugendliche Geschwister würden einander länger kennen als alle anderen Menschen (u. U. auch länger als den Ehegatten), sie haben ihr ganzes Leben miteinander verbracht und gehen noch nicht lange getrennte Wege; daher sei auch das Verhältnis zwischen Geschwistern zu den engsten zwischenmenschlichen Beziehungen zu zählen, wobei auf normale Familienverhältnisse abgestellt werde und bloße Konflikte die Vermutung einer engen Nahebeziehung noch nicht entkräften könnten; die Beziehungen zwischen Ehegatten, zwischen Eltern und ihren Kindern sowie zwischen Geschwistern seien einander so ähnlich, dass es keinen Grund gäbe,

---

191 *Mullis*, All ER AR 1991, 372 und 374; QBD Jones and others v Wright, All ER 1991/1, 353 (353 und 375f).

192 *Mullis*, All ER AR 1991, 372 und 374.

Geschwister auszuschließen. Das House of Lords hat es zwar abgelehnt auch zugunsten der Geschwister eine enge Nahebeziehung zu vermuten, die Ausführungen von Richter *Hidden* geben aber **Aufschluss darüber, warum jugendlichen Geschwistern der Nachweis einer engen Nahebeziehung noch leichter gelingt als Erwachsenen.**

Das House of Lords gelangt in *Alcock* zu einem flexiblen Begriff „naher Angehöriger“: Der anspruchsberechtigte Personenkreis wird nicht auf Ehegatten, Eltern und Kinder beschränkt; vielmehr kommt es darauf an, dass der Schockschaden aufgrund der engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten vernünftigerweise vorhersehbar ist<sup>193</sup>. Richter *Keith* hält die Frage für maßgeblich, wann der Schockschaden vernünftigerweise vorhersehbar ist und will den in Betracht kommenden Personenkreis nicht auf bestimmte familiäre Verhältnisse wie die Beziehungen zwischen Ehegatten, Eltern und ihren Kindern beschränken. Denn die Beziehungen, bei denen eine intensive Gefühlsgemeinschaft vorliegt, könnten **unterschiedlicher Natur** sein: So könne eine solche nicht nur zwischen Verwandten, sondern auch zwischen engen Freunden bestehen und zwischen Verlobten intensiver sein als zwischen seit vielen Jahren verheirateten Ehegatten<sup>194</sup>. Gerade die intensive Gefühlsgemeinschaft führe jedoch zur psychischen Beeinträchtigung und stelle für Dritte eine tatsächliche Gefahr dar, einen Schockschaden zu erleiden. Der Kläger müsse das Vorliegen einer engen Nahebeziehung nachweisen. In bestimmten Fällen kann diese vermutet werden. Im Hinblick auf den vorliegenden Fall wäre das Vorliegen einer engen Nahebeziehung bei Eltern und Verlobten widerlegbar zu vermuten, bei Geschwistern, Großeltern oder Verschwägerten liege jedoch keine solche besondere Beziehung vor, die eine enge Nahebeziehung vermuten lässt. Letztere müssten beweisen, dass eine enge Nahebeziehung bestanden habe, was den Klägern im vorliegenden Fall jedoch nicht gelungen sei. Auch Richter *Ackner* meint, dass zugunsten von Ehegatten, Eltern und Kindern das Vorliegen einer engen Nahebeziehung widerlegbar zu vermuten sei<sup>195</sup>. Bei weiter entfernt Verwandten oder Freunden sei in aller Regel davon auszugehen, dass keine so intensive Gefühlsgemeinschaft vorliegt und sie daher keinen Schockschaden erleiden; sollte das jedoch der Fall sein, sollten auch sie nicht anders behandelt werden. Dabei verweist er auf die Auffassung der Berufungsrichter *Stocker* und *Nolan*, die im Berufungsverfahren Folgendes ausgesprochen haben: **Eine abschließende Begrenzung des in Frage kommenden Personenkreises sei nicht möglich**, sondern vielmehr sei

193 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (908f); s. a. *Lunney/Oliphant*, Tort Law <sup>2</sup> 305ff.

194 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (914f); *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 35f.

195 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (919f); *Kidner*, Casebook on Torts <sup>8</sup> 127f.

entscheidend, wann der Schädiger einen Schockschaden vorhersehen kann; das wäre bei Ehegatten, Eltern und Kindern sowie bei Personen mit einer vergleichbaren Nahebeziehung zu bejahen. Richter *Oliver* hält das Abstellen auf ein bestimmtes verwandtschaftliches Verhältnis für ungerecht, unlogisch und unbegründet<sup>196</sup>. Auch wenn Ehegatten, Eltern und Kindern der Beweis leichter falle, dass ihr Schockschaden vorhersehbar ist, so sei das auch bei weiter entfernt Verwandten oder Freunden nicht ausgeschlossen. Denn in allen Fällen sei das Vorliegen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft entscheidend, weil sie den Schockschaden unabhängig von der Art der vorliegenden Beziehung vorhersehbar mache. Richter *Jauncey* lehnt es ebenfalls ab, den Personenkreis abschließend festzulegen, zu dem eine hinreichend enge Nahebeziehung besteht<sup>197</sup>. Bisher sei anerkannt worden, dass die zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern bestehende Gefühlsgemeinschaft ihren Schockschaden vorhersehbar mache. Deshalb könne auch für Personen mit einer vergleichbaren Nahebeziehung zum Erstgeschädigten nichts anderes gelten (entfernte Verwandte, Freunde, etc.). Es sei jedoch Richter *Wilberforce* zuzustimmen, der bei Letzteren eine genauere Prüfung für erforderlich hält.

*Lynch* kritisiert zwar zunächst, die Ausführungen des House of Lords als vage und unbestimmt, hält der Entscheidung dann jedoch zugute, dass insbesondere durch die Widerlegbarkeit der Vermutung eine gewisse Flexibilität gewahrt bleibe und **auch eine gesetzliche Verankerung in der Form einer abschließenden und starren Regelung keine zufriedenstellende Lösung bringe**<sup>198</sup>. Auch andere Autoren stimmen der vorliegenden Entscheidung zu, womit ein flexibles System zur Bestimmung der „nahen Angehörigen“ geschaffen wurde<sup>199</sup>. *Mullis* meint, in *Alcock* würden sich zwei verschiedene Auffassungen über die erforderliche personale Nähe gegenüber stehen<sup>200</sup>: Zunächst sind sich die Richter darüber einig, den anspruchsberechtigten Personenkreis nicht abschließend festzulegen und auch nicht an ein bestimmtes verwandtschaftliches Verhältnis anzuknüpfen; dennoch gehen Richter *Keith* und *Oliver* davon aus, dass jede enge Nahebeziehung genügen soll und eine solche bei Ehegatten, Eltern und Kindern zu vermuten ist, während Richter *Ackner* und *Jauncey* darauf abstellen, dass eine Nahebeziehung vorliegen muss, die mit jener zwischen Ehegatten, Eltern und ihren Kindern vergleichbar ist.

**Meines Erachtens kann *Mullis* nicht gefolgt werden:** Die Höchstrichter sind sich über die Bedeutung einer engen Nahebeziehung nicht uneinig. Auch wenn ihre Ausführungen in bestimmten Punkten voneinander abweichen, stimmen sie im Ergebnis überein.

196 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (930f).

197 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (935f).

198 *Lynch*, A victory for pragmatism? Nervous Shock reconsidered, LQR 1992, 367 (368 und 370f).

199 *Lunney*, Book review (*Handford/Mullany*, Liability for Psychiatric Injury (1993)), MLR 1993, 408 (409).

200 *Mullis*, Tort, All ER AR 1991, 374.

Alle Höchstrichter gehen davon aus, dass eine enge Nahebeziehung bei engen Familienangehörigen (Ehegatte, Eltern, Kinder) im Regelfall vorliege und es daher auf eine vergleichbare Beziehung ankomme. Dass Richter *Keith* und *Oliver* eine enge Nahebeziehung bei den engen Familienangehörigen widerlegbar vermuten, während Richter *Ackner* und *Jauncey* ausdrücklich ausführen, dass eine vergleichbare Beziehung auch für den Anspruch anderer Personen entscheidend sei, macht keinen Unterschied. Die Vermutung einer engen Nahebeziehung ist auch für ihre Bestimmung entscheidend: Wieso sollte man bei engen Familienangehörigen eine enge Nahebeziehung widerlegbar vermuten, wenn die Art dieser Beziehungen völlig belanglos wäre? Die Vermutung macht deutlich, wonach zu suchen ist. Auch enge Familienangehörige haben nur dann einen Schmerzensgeldanspruch, wenn eine enge Nahebeziehung tatsächlich vorliegt. Nichts anderes gilt für weiter entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen (insbesondere Freunde). Da die Rechtsprechung bei engen Familienangehörigen von einer engen Nahebeziehung ausgeht, bilden diese Beziehungen auch den Maßstab für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen anderen Personen. Mit der Vermutung drückt die Rechtsprechung aus, welcher Art die Beziehungen sein müssen. Wie in der Schweiz wird in Hinblick auf weiter entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen vom Nachweis einer besonderen Gefühlsbindung gesprochen. Damit ist gemeint, dass eine enge Nahebeziehung bei diesen zwar nur in besonderen und seltenen Fällen vorliegen wird, aber nicht auszuschließen ist. **Weiters ist nicht davon auszugehen**, dass eine enge Nahebeziehung auch zugunsten von Verlobten widerlegbar zu vermuten ist. Richter *Keith* spricht zwar ausdrücklich davon, stellt aber auf die Umstände des vorliegenden Falles ab, wonach die Klägerin ihren Verlobten schon seit vier Jahren kannte. Daher handelt sich eigentlich nicht um eine Vermutung, sondern vielmehr um den gelungenen Nachweis einer beständigen Beziehung und einer ernsthaften Heiratsabsicht.

#### Lehre

Schon vor *Alcock* wurde in der Lehre ein flexibles System befürwortet und insbesondere darauf hingewiesen, dass für eine starre Begrenzung eine überzeugende Begründung fehlt<sup>201</sup>. Es wäre nicht einzusehen, warum der Anspruch auf Eltern, Ehegatten und Kinder des Erstgeschädigten beschränkt sein sollte und andere Beziehungen wie insbeson-

201 Siehe *Schilcher*, Schadensverteilung 184ff; *Bydlinski* in *Funk/Koller/Schilcher*, System 16; *Posch* in *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger*, BS 255; *Schilcher* in *Funk/Koller/Schilcher*, System 153ff; *Wilburg*, Bewegliches System 3ff.

dere Verlobte oder Arbeitskollegen davon ausgeschlossen sein sollten<sup>202</sup>. So lehnt es etwa *Teff* ab, an ein bestimmtes familiäres Verhältnis anzuknüpfen und den anspruchsberechtigten Personenkreis abschließend festzulegen<sup>203</sup>. **Eine enge Nahebeziehung liege vielmehr immer dann vor, wenn eine so intensive Gefühlsgemeinschaft besteht, dass sie geeignet ist, beim Dritten einen Schockschaden auszulösen.** *Teff* stellt die medizinische Wissenschaft in den Vordergrund seiner Erwägungen. In aller Regel würde es nur bei einer engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten zu psychischen Beeinträchtigungen von Krankheitswert kommen<sup>204</sup>. **Eine Klageflut oder eine Simulation wäre daher nicht zu befürchten**, weil es bei Personen ohne (tatsächliche) enge Nahebeziehung kaum zu psychischen Beeinträchtigungen von Krankheitswert kommen würde. Die tatsächlich enge Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten sei also entscheidend dafür, dass es zu einem Schockschaden kommt, und bilde daher auch eine **ausreichende Haftungsgrenze**. Auch *Trindade* befürwortet einen flexiblen Begriff der „nahen Angehörigen“: Entscheidend sei die faktische enge Nahebeziehung<sup>205</sup>. Es gebe **keinen Grund** dafür, Personen außerhalb der „Familie im rechtlichen Sinn“ auszuschließen. Bei ihnen wäre **lediglich eine genauere Prüfung** erforderlich. Besteht eine enge Nahebeziehung, sollen auch Personen ohne formale Familienzugehörigkeit, etwa aufgrund einem Betreuungs- oder Pflegeverhältnis, zu den „nahen Angehörigen“ zählen. Das könnte insbesondere bei Verlobten, Freunden, Arbeitskollegen, Rettern, Lehrern und sogar für eine Krankenschwester in Betracht kommen (man beachte die etwas weitläufige Tendenz des englischen Rechts vor *White v. Chief Constable of South Yorkshire*<sup>206</sup>).

In England wird überwiegend ein flexibler Begriff der „nahen Angehörigen“ befürwortet<sup>207</sup>: Es komme darauf an, bei wem der Schockschaden voraussehbar ist. Dabei komme einer intensiven Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten entscheidende Bedeutung zu, so dass der Schockschaden bei engen Familienangehörigen (Ehegatte, Eltern, Kinder) regelmäßig vorhersehbar sei, aber auch bei anderen Personen mit einer engen Gefühlsbindung vorhersehbar sein könne. Eine starre Begriffsbestimmung durch die Beschränkung auf die engen Familienangehörigen wird dagegen nur vereinzelt vertreten.

202 *Hepple*, Tort, All ER AR 1982, 297 (300).

203 *Teff*, LQR 1983, 108.

204 *Teff*, LQR 1983, 104f.

205 *Trindade*, The Principles governing the recovery of damages for negligently caused nervous shock, CLJ 1986, 476 (488f).

206 HL *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others*, VersRAI 2000, 28 = All ER 1999/1, 1 - HL-Entscheidung zum Anspruch Fremder, wird im Folgenden als „White“ bezeichnet.

207 *Karczewski*, Schockschäden 164ff.

Deshalb stößt das FAA 1976 auf **heftige Kritik** in der Lehre<sup>208</sup>, weil es das Bestehen und den Umfang des Trauerschadens zugunsten bestimmter Personen mit formaler Familienzugehörigkeit unwiderlegbar vermutet, nicht auf das tatsächliche seelische Leid bzw. die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten abstellt und den Umständen des Einzelfalles aufgrund der Pauschalbeträge nicht Rechnung trägt: So kann einer Ehegattin auch dann ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden zustehen, wenn sie schon seit mehreren Jahren vom Getöteten getrennt oder in Scheidung lebt, während die Lebensgefährtin des Getöteten, zu der er ein enges Verhältnis hatte, nicht anspruchsberechtigt ist. Weiters sei es nicht einzusehen, warum für den Fall einer schweren Verletzung des Erstgeschädigten kein Ersatz vorgesehen ist, obwohl das seelische Leid „naher Angehöriger“ weitaus größer sein kann als bei dessen Tod. Darüber hinaus sei es unakzeptabel, dass Eltern nur bis zur Volljährigkeit ihrer Kinder Ersatz erhalten, Kinder auch beim Verlust beider Elternteile keinen Anspruch auf Schmerzensgeld haben<sup>209</sup>. Auch wird darauf hingewiesen, dass das FAA 1976 einem weitaus größeren Personenkreis Ersatz für ihre durch den Todesfall erlittenen Vermögensnachteile gewährt und es nicht einzusehen sei, warum der Ersatz von Trauerschäden im Gegensatz dazu so eng begrenzt ist<sup>210</sup>. Von einem weiteren anspruchsberechtigten Personenkreis wurde insbesondere deshalb abgesehen, weil man den materiellen Schadenersatz als ausreichend erachtete.

### c) Frankreich

#### *Rechtsprechung*

In Frankreich ist ein flexibles System zur Bestimmung der „nahen Angehörigen“ seit langem anerkannt, nachdem die Rechtsprechung wieder vom Erfordernis der formalen Familienzugehörigkeit abgegangen ist<sup>211</sup>. Zu Unrecht wird das französische Recht jedoch oft als zu großzügig dargestellt<sup>212</sup>. Über **das Kriterium eines gewissen Schadens** stellt die Rechtsprechung nämlich auf die faktische Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ab und verneint den Schmerzensgeldanspruch bei Fehlen

208 *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 74; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 165; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 163.

209 *Harris/Skidmore/Stantan/Wright*, Statutory Torts (2003) 395f; *Elliott/Quinn*, Tort Law <sup>4</sup> (2003) 343.

210 *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 522f; *Harris/Skidmore/Stantan/Wright*, Torts 388f und 395; s. a. *Kadner*, ZEuP 1996, 146.

211 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 19 und 122ff.

212 *Cadiet/Tourneau*, Responsabilité Rz 701 und Rz 753; *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 198f (Rz 5); *Galand-Carval* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 28; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 53.

einer Nahebeziehung, weil der Gefühlsschaden dann ungewiss ist<sup>213</sup>. So hat der Kassationshof etwa den Schmerzensgeldanspruch von geschiedenen Ehegatten oder bei Trennung von Tisch und Bett verneint. Auch bei der faktischen Trennung der Familie hat der Kassationshof den Anspruch der Kinder und der Ehegattin des Getöteten wegen Fehlens einer Nahebeziehung verneint<sup>214</sup>: Die Ehegattin und die Kinder lebten im gegenständlichen Fall ohne Kontakt zum Getöteten in Algerien, der schon mehr als ein Jahrzehnt in Frankreich lebte und dort eine Lebensgefährtin hatte (vermutlich hat zu den Kindern nie eine Nahebeziehung bestanden). Hingegen hat der Kassationshof in einem Fall das Vorliegen einer Nahebeziehung zwischen dem obsorgeberechtigten Vater und seinem Sohn bejaht, obwohl der Sohn schon seit längerer Zeit ausschließlich von der Großmutter väterlicherseits versorgt und erzogen wurde<sup>215</sup>. Lebensgefährten müssen die Beständigkeit ihrer Beziehung nachweisen, damit ein gewisser Schaden von der Rechtsprechung angenommen wird. Die Beständigkeit der Lebensgemeinschaft zeichnet sich insbesondere durch die wechselseitige Verpflichtung zu Beistand und Treue aus<sup>216</sup>. Mit der Entscheidung vom 16.4.1996<sup>217</sup> hat der Kassationshof ausgesprochen, dass auch Onkeln und Tanten keine besondere Nahebeziehung beweisen müssen, sondern **nur der Beweis eines persönlichen, unmittelbaren und gewissen Schadens** erforderlich ist. Das heißt, dass der Beweis einer Nahebeziehung ausreicht, um einen gewissen Schaden darzutun und für alle Personen gelten dieselben Anspruchsvoraussetzungen, nämlich der Nachweis einer Nahebeziehung. Nach ständiger Rechtsprechung stehe ein zusätzliches Kriterium für den Schadensnachweis nicht im Einklang mit Art. 1382 CC.

*Jourdain* tritt hingegen **für eine Differenzierung** ein: Um die Existenz eines ohnehin schwer feststellbaren Schadens sicherzustellen, sollten etwa für weit entfernt Verwandte, die nicht von der widerlegbaren Vermutung des Gefühlsschadens (bzw. der Nahebeziehung) profitieren, erhöhte Anforderungen gelten. Letzteres ist jedoch durch die Etablierung einer widerlegbaren Vermutung zugunsten der engen Familienangehörigen bereits der Fall und der Nachweis einer Nahebeziehung ist keineswegs so leicht zu erbringen, wie das gerne behauptet wird. Wahrscheinlich ist es irreführend, dass der Kassationshof bloß von einer „Nahebeziehung“ spricht, obwohl diese **sinngemäß als „enge Nahebeziehung“ zu verstehen** ist. Das heißt, dass auch in Frankreich eine enge

213 *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 444; *Radé/Bloch* in *Koch/Kozziol*, Personal Injury Rz 76.

214 Cass civ 2<sup>e</sup> 16.1.1991, Pourvoi n<sup>o</sup>89-17981.

215 Cass civ 2<sup>e</sup> 16.10.1991, Pourvoi n<sup>o</sup>89-17940.

216 *Lambert-Faivre*, Dommage Corporel <sup>5</sup> 290.

217 Cass civ 2<sup>e</sup> Pourvoi n<sup>o</sup>94-13.613, D.1997, somm. 31 (*Jourdain*) = D. 1996/2, IR 135; *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 443; *Henry/Jacob/Tisserand/Venandet/Wiederkehr*, Code Civil <sup>104</sup> Art. 1383 CC Rz 49.

familiäre Beziehung bestehen muss, um für einen Schmerzensgeldanspruch in Frage zu kommen. Im Gegensatz zum deutschen, schweizerischen oder österreichischen Recht wurde in Frankreich aber schon vor langer Zeit klargestellt, dass der Begriff der „nahen Angehörigen“ in einem flexiblen System zu bestimmen ist.

**Auch im Falle der Verletzung** des Erstgeschädigten gilt für den Begriff der „nahen Angehörigen“ nichts anderes<sup>218</sup>: Um Ersatz für seinen Gefühlsschaden zu erhalten, muss der Zweitgeschädigte einen **unmittelbaren, persönlichen und gewissen Schaden** beweisen; im Jahre 1977 hat der Kassationshof nämlich seine **restriktive Haltung aufgegeben**, wonach der Zweitgeschädigte den Nachweis erbringen musste, durch die Verletzung des Erstgeschädigten „außergewöhnliches seelisches Leid“<sup>219</sup> erlitten zu haben. **Diese restriktive Auffassung beruhte darauf, dass der Ersatz von Gefühlsschäden zeitweilig auf den Todesfall beschränkt war und erst nach und nach wieder im Falle der Verletzung anerkannt wurde.** Dem Judikaturwechsel lagen die folgenden Erwägungen zugrunde. **Das „außergewöhnliche seelische Leid“ des Zweitgeschädigten hat sich als untaugliches Kriterium erwiesen**, weil die Rechtsprechung darüber starr auf das Vorliegen einer besonders schweren Verletzung des Erstgeschädigten abgestellt hat und anderen Fällen nicht zur Genüge Rechnung tragen konnte. So wurde etwa die Klage einer Ehegattin abgewiesen, die ihren Mann nach seinem Unfall pflegte, weil man die 75%ige Invalidität ihres Mannes als nicht hinreichend schwere Verletzung erachtete und die dadurch erforderliche Pflege daher nicht über die gewöhnliche eheliche Beistandsleistung hinausgehen würde<sup>220</sup>. Das stieß in der Lehre zu Recht auf heftige Kritik und ließ die Frage aufkommen, ob es allein darauf ankommt, dass der Erstgeschädigte „nur zu 75%“ und nicht mehr als 80% invalid ist. Die neuere Rechtsprechung hat klargestellt, dass vielmehr auf das Vorliegen eines Gefühlsschadens, genauer auf das schwere seelische Leid des Zweitgeschädigten abzustellen ist. Dass schweres seelisches Leid für den Nachweis eines Gefühlsschadens vorliegen muss, ergibt sich insbesondere daraus, dass nur Personen zu den „nahen Angehörigen“ zählen, die dem Erstgeschädigten sehr nahestehen<sup>221</sup>.

**Regelmäßig** wird ein Gefühlsschaden zwar nur im Falle schwerster Verletzungen des Erstgeschädigten vorliegen, die Rechtsprechung müsse jedoch dem Einzelfall

218 *Cadiet/Tourneau*, Responsabilité Rz 701; *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 198; *Jourdain/Vinney*, Les conditions<sup>2</sup> 141; Cass civ 2<sup>e</sup> 8.12.1971, D. 1972, Somm. 88 = RTD 1972, 595 (*Durry*); Cass civ 2<sup>e</sup> 23.5.1977, D. 1977, IR 441; Cass civ 2<sup>e</sup> 4.7.1990, Pourvoi n°89-12.228; *Wagner*, JZ 2004, 325f.

219 Würde nach unserem Verständnis „außerordentlich schweres“ oder „besonders schweres“ seelisches Leid bedeuten. Insofern bestehen sprachliche Unterschiede zwischen der schweizerischen und französischen Rechtsprechung (siehe dazu II.A) 79.

220 Cass civ 2<sup>e</sup> 5.1.1973, RTD 1973, 774 (775) (*Durry*).

221 Cass civ 2<sup>e</sup> 12.11.1986, Pourvoi n°85-14.486; Cass civ 2<sup>e</sup> 5.10.1988, Pourvoi n°87-14.873.

Rechnung tragen können. So kann es etwa bei der Ehegattin des Erstgeschädigten durch das Risiko einer Lähmung und die Durchführung mehrmaliger Operationen selbst dann zu einer enormen psychischen Belastung kommen, wenn die Operationen schließlich erfolgreich waren und beim Erstgeschädigten nur eine geringfügige Invalidität zurückbleibt<sup>222</sup>. **Die Sorge und psychische Belastung der „nahen Angehörigen“ in solchen besonderen Fällen dürfe nicht unberücksichtigt bleiben.** Das seelische Leid der „nahen Angehörigen“ darf nicht einfach deshalb mit dem Hinweis auf die gewöhnliche Beistandsleistung untergraben werden, weil der Erstgeschädigte nicht völlig invalid ist. Entscheidend ist vielmehr, dass die Ehegattin ihren invaliden Mann pflegt, ihr Leben dadurch völlig umgestürzt wird und sie zweifelsohne schweres seelisches Leid erfährt. Dasselbe kann für rein psychische Schäden des Erstgeschädigten und für Fälle von schwerem sexuellen Missbrauch oder Vergewaltigung ins Treffen geführt werden: Auch den „nahen Angehörigen“ kann dadurch ein Gefühlsschaden erwachsen, wenn ihre Beziehung zum Erstgeschädigten und das Familienleben schwer beeinträchtigt wurden<sup>223</sup>. Es kann also besondere Fälle geben, in denen der Erstscha-den hinter einer völligen oder nahezu gänzlichen Invalidität zurückbleibt, aber dennoch das Leben der „nahen Angehörigen“ völlig umwirft. Soweit es sich nicht bloß um geringfügige Beeinträchtigungen in den persönlichen Verhältnissen handelt, so dass das Bestehen eines Gefühlsschadens zu verneinen ist, kann man diesen über ein flexibles System Rechnung tragen. **Das Vorliegen einer völligen oder nahezu gänzlichen Invalidität (einer besonders schweren Verletzung) des Erstgeschädigten hat zwar zweifelsohne starke Indizwirkung für das Bestehen eines Gefühlsschadens, bildet jedoch keine Anspruchsvoraussetzung im französischen Recht mehr.**

Zusammenfassend kann man daher für Gefühlsschäden durch die Verletzung des Erstgeschädigten Folgendes festhalten: **Über das Kriterium des gewissen Schadens kommt dem Schweregrad des Erstscha-dens neben der „Angehörigeneigenschaft“ Bedeutung zu, um das Bestehen eines Gefühlsschadens nachzuweisen;** es wird jedoch nicht starr an das Vorliegen einer besonders schweren Verletzung des Erstgeschädigten angeknüpft, sondern das schwere seelische Leid der „nahen Angehörigen“ in einem flexiblen System gewürdigt, wodurch man dem Einzelfall besser Rechnung tragen kann.

In Frankreich können die „nahen Angehörigen“ ihren Schmerzensgeldanspruch auch im **Adhäsionsverfahren** geltend machen: Bei Überleben des Erstgeschädigten ist das

222 Cass civ 2<sup>e</sup> 3.5.1995, Pourvoi n<sup>o</sup>93-17.936.

223 Cass crim 4.2.1998, D. 1999, 445 (445f) (*Bourgault-Coudevyille*); s. a. BGE 129 IV 22 = HAVE 2003, 152; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/14f (bis 2005); *Schunack*, Schmerzensgeld 115.

aber erst seit 1989 möglich. In der Kassationshofentscheidung vom 9. 2. 1989<sup>224</sup> hat die Strafkammer das Berufungsgericht bestätigt, das der Ehegattin und den Kindern des Verletzten ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden zugesprochen hat. Die Strafkammer ist damit von ihrer restriktiven Haltung abgegangen, wonach man nur im Fall der eigenen Verletzung Ansprüche im Adhäsionsverfahren geltend machen konnte. Eine Ausnahme hatte schon bisher für Gefühlsschäden durch die Tötung eines „nahen Angehörigen“ gegolten. Die neue Judikaturlinie wurde in der Lehre begrüßt und seither von der Rechtsprechung aufrechtgehalten. Für Schockschäden durch den schlechten Gesundheitszustand „naher Angehöriger“ öffnete die Strafkammer das Adhäsionsverfahren noch später<sup>225</sup>, während man Schockschäden durch die Tötung „naher Angehöriger“ auch schon davor im Strafverfahren geltend machen konnte<sup>226</sup>.

Im Gegensatz zu den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen gibt es in Frankreich eine ganze Reihe von Fällen, in denen auch zwischen weiter entfernt Verwandten oder nicht verwandten Personen das Vorliegen einer engen Nahebeziehung bejaht wurde. **Vor allem die französische Rechtsprechung gibt nähere Auskunft darüber, wann besondere und seltene Fälle vorliegen, in denen auf der einen Seite zwischen engen Familienangehörigen eine enge Nahebeziehung zu verneinen sein kann und auf der anderen Seite zwischen weit entfernt Verwandten oder nicht Verwandten eine enge Nahebeziehung bestehen kann.** Freunden hat jedoch auch der Kassationshof bisher noch kein Schmerzensgeld zugesprochen, obwohl ein solcher Anspruch nach dem französischen Recht zweifelsohne in Betracht kommt<sup>227</sup>.

Weiters liefert das französische Recht den Beweis dafür, dass der dargelegte und flexible Begriff der „nahen Angehörigen“ eine **hinreichende Begrenzung** darstellt, Gefühlsschäden regelmäßig von engen Familienangehörigen geltend gemacht werden, unter den weit entfernt Verwandten die Geschwister den ersten Rang einnehmen und v. a. jugendlichen und noch zusammenlebenden Geschwistern leichter der Beweis einer engen Nahebeziehung gelingt, während das bei anderen weit entfernt Verwandten und auch erwachsenen Geschwistern eher eine Ausnahme bildet. **Von der Lehre wird eine Klageflut daher insbesondere bei Großfamilien befürchtet und aus diesem Grund die hierarchische Reihung der Familienmitglieder befürwortet**<sup>228</sup>. Das Zusammentreffen

224 *Capitant/Terré/Lequette*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 198 (Rz 5); *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 141; Cass crim Pourvoi n°87-91.359, D.1989, 614 (*Bruneau*) = D.1989, Somm 389 (*Pradel*); bestätigend Cass crim Pourvoi n°88-80.816, D.1989, IR 187.

225 Cass crim 23.5.1991, Pourvoi n°90-83.280.

226 Cass crim 6.5.1982, RTD 1983, 348 (349) (*Durry*).

227 *Kadner*, ZEuP 1996, 145.

228 *Boyer/Roland/Starck*, Obligations <sup>5</sup> 99; *Mazeaud*, Comment limiter le nombre des actions intentées en ré-

mehrerer Klagen ist insbesondere dann der Fall, wenn der Erstgeschädigte noch im Elternhaus lebte und eine Vielzahl von Geschwistern hatte. Solche Fälle hat es in der Vergangenheit jedoch auch schon in der Schweiz gegeben<sup>229</sup>. **Die Rechtsprechung trägt dem Zusammentreffen mehrerer Ansprüche über die Bemessung Rechnung**, weil etwa Geschwister deutlich niedrigere Schmerzensgeldbeträge erhalten als die Eltern des Erstgeschädigten.

Insofern besteht sowohl in der Schweiz als auch in Frankreich eine hierarchische Reihung nach der Nähe des Verwandtschaftsgrades, dem Vorliegen einer Wohngemeinschaft und der Intensität der Gefühlsgemeinschaft. Sollte also mehreren Personen der Nachweis einer engen Nahebeziehung gelingen, kann die Höhe der Schmerzensgeldbeträge durchaus unterschiedlich ausfallen. **Es besteht daher eine doppelte Begrenzung**. Obwohl die formale Familienzugehörigkeit, das Bestehen einer Wohngemeinschaft oder ein besonders inniges Verhältnis bloß Indizwirkung für den Nachweis einer engen Nahebeziehung haben und keine zwingenden Anspruchsvoraussetzungen darstellen, fließen sie in die Bemessung des Schmerzensgeldes ein. Auch *Fossereau*<sup>230</sup> zeigt die **Bedeutung einer engen familiären Beziehung als Haftungsgrenze** auf: Der Kreis „naher Angehöriger“ sei nach dem französischen Recht zwar nicht starr begrenzt, über die Gewissheit des Gefühlsschadens (die enge Nahebeziehung) wurde jedoch eine flexible Grenze geschaffen, wobei der Nähe des Verwandtschaftsgrades sowie der Intensität der Gefühlsgemeinschaft erhebliche Bedeutung zukommen. Sehr oft werde nämlich geltend gemacht, dass ein familiäres (verwandtschaftliches) Verhältnis bestanden hat, in Zukunft bestanden hätte (Verlobte) oder ein vergleichbares Verhältnis bestanden hat. Die nahen Verwandten zählen daher regelmäßig zum Kreis „naher Angehöriger“.

#### Lehre

An dieser Stelle sollen auch **kritische Stimmen in der französischen Lehre und deren Bedenken** Erwähnung finden, die wie in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen auch in Frankreich vereinzelt anzutreffen sind. So befürworten manche **höhere Anforderungen an den Schadensnachweis** und wollen auf den Nachweis eines beson-

---

paration d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel?, D. 1932, Chr 77 (83); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 128.

229 So etwa AH Bern 12.7.1935, ZBJV 1936, 344 (352) – die sieben Geschwister und die Eltern des Getöteten erhalten ein Schmerzensgeld.

230 *Fossereau*, L'incidence de la faute de la victime sur le droit à réparation de ses ayants cause agissant à titre personnel, RTD 1963, 7 (10ff).

deren seelischen Leids abstellen<sup>231</sup>. Damit wird verkannt, dass für den Nachweis eines Gefühlsschadens ohnehin schweres seelisches Leid vorliegen muss, was sich aus dem Erfordernis einer engen Nahebeziehung ergibt und **eine noch engere Begrenzung**, wie sie etwa *Lambert-Faivre* befürwortet, **in der Lehre überwiegend auf Ablehnung stoßen würde**. So zählt *Lambert-Faivre* nur die engen und haushaltszugehörigen Familienangehörigen zu den „nahen Angehörigen“<sup>232</sup>. In diesem Zusammenhang spricht *Lambert-Faivre* von der **Störung existenzieller Lebensverhältnisse**. Das alltägliche Leben werde nur dann durch den Tod oder die Verletzung des Erstgeschädigten völlig umgestürzt, wenn man mit ihm zusammenlebt. Auch nahe Verwandte, die nicht mit dem Erstgeschädigten zusammenleben, sollten daher keinen Ersatz für ihren Gefühlsschaden erhalten, weil ihr Leben durch den Unfall nicht völlig umgeworfen werde. Es sei immer sehr schmerzlich, eine geliebte Person leiden zu sehen, sie zu besuchen und ihr zu helfen, gewisse Schwierigkeiten zu überwinden. Ein Ersatz für Gefühlsschäden sollte jedoch nur im Kreis der engsten Familie gewährt werden, die zusammenlebt und ihr Leben miteinander teilt.

**Beim richtigen Verständnis der engen Nahebeziehung** als enge familiäre Beziehung zeigt sich, dass genau diesen Erwägungen, die für eine engere Begrenzung angeführt werden, Rechnung getragen wird. Der Unterschied ist, dass nicht starr an das Vorliegen formaler Familienzugehörigkeit oder das Bestehen einer Wohngemeinschaft angeknüpft wird. Man geht nämlich von dem **Grundgedanken** aus, dass die persönlichen Naheverhältnisse vielgesichtig sein und auch jenseits der formalen Familienzugehörigkeit oder einer Wohngemeinschaft bestehen können. Beides hat jedoch starke Indizwirkung für den Nachweis eines Gefühlsschadens. Auch eine enge Nahebeziehung verlangt danach zu fragen, wo der Erstgeschädigte seinen Lebensmittelpunkt hat und wie der Kreis seiner engeren Familie beschaffen ist. Schon der Begriff „enge Nahebeziehung“ verdeutlicht, dass es sich um eine strenge, aber flexible Grenze handelt: Verwandtschaft, Bekanntschaft, Freundschaft – nahestehen allein ist nicht genug; im Gegenteil, nur der Kreis der engeren Familie, der durch den Tod oder die Verletzung des Erstgeschädigten schwer betroffen ist, kann ein Schmerzensgeld für seinen Gefühlsschaden begehren. Insofern kann man **die tatsächliche Beschaffenheit der Familie** berücksichtigen. So kann auch ein langjähriger und enger Freund zur Familie des Erstgeschädigten zählen, zwischen erwachsenen und getrennt lebenden Ge-

231 *Karczewski*, Schockschäden 311f.

232 *Lambert-Faivre*, Dommage Corporel<sup>5</sup> 306; *Lambert-Faivre*, Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, D. 1992, Chr 165 (168); *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 445; *Carval*, La construction de la responsabilité civile (2001) 302; restriktiv auch *Memeteau*, La réparation du préjudice d'affection ou: la pierre philosophale, GP 1978/2, 400.

schwistern ein enges freundschaftliches Band bestehen oder der Erstgeschädigte mit seiner Lebensgefährtin eine Familie gegründet haben. **Flexibilität bedeutet aber keine uferlose Haftung. Denn es gibt eine Vielzahl objektiver Kriterien, welche die erforderliche enge familiäre Beziehung konkretisieren und nachvollziehbare Abgrenzungen zu lassen.** Ganz in diesem Sinne hat *Savatier* schon vor langer Zeit darauf hingewiesen, dass die Tötung eines engen Familienmitglieds eine Persönlichkeitsverletzung darstellt und der enge Kreis der Familie dadurch empfindlich in seiner Persönlichkeit gestört wird<sup>233</sup>. **Ausgehend von dem Verständnis**, dass nicht nur die Tötung, sondern auch die Verletzung des Erstgeschädigten das Leben seiner „nahen Angehörigen“ völlig umstürzen kann und sich der engere Familienkreis nicht immer aus engen Familienangehörigen zusammensetzt, kam man zum heutigen flexiblen System. Dabei spielt der **Aspekt** eine erhebliche Rolle, dass die enge Nahebeziehung zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern gewöhnlich selbst dann fortbesteht, wenn sie nicht mehr zusammenwohnen. Deshalb wurde auch auf das starre Anknüpfen an eine bestehende Wohngemeinschaft verzichtet. Für die „Angehörigeneigenschaft“ ist nach heutigem Verständnis daher weder die formale Familienzugehörigkeit noch das Bestehen einer Wohngemeinschaft zwingend<sup>234</sup>. Entscheidend ist vielmehr, dass man gefühlsmäßig eng miteinander verbunden ist, was sich anhand **objektiver Kriterien** feststellen lässt: Dabei haben das wechselseitige Kümmern und Sorgetragen besondere Bedeutung – regelmäßiger Kontakt, wechselseitige Hilfeleistung, der Versorgungscharakter der Beziehung sowie Pflege- und Betreuungsverhältnisse sind deshalb als objektive Kriterien von entscheidender Bedeutung.

Wie in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen gibt es auch in Frankreich vereinzelt Autoren, die den Ersatz von Gefühlsschäden generell ablehnen<sup>235</sup>. Die **Argumente der Gegner** ähneln einander durchaus: So wird insbesondere vorgebracht, dass die Kommerzialisierung von Gefühlen abzulehnen sei, Letztere nur schwer nachvollziehbar seien und die Umschreibung des anspruchsberechtigten Personenkreises schwierig sei. **Dem ist zu entgegnen**, dass es sich um schweres seelisches Leid handelt und daher von einer Kommerzialisierung der Gefühle nicht die Rede sein kann. Schweres seelisches Leid darf nicht einfach untergraben werden, weil es sich um einen psychischen und nicht physischen Schaden handelt und deshalb weniger augenfällig ist. Nach den fortschreitenden medizinischen Erkenntnissen kann auch nicht mehr be-

---

233 *Savatier*, D. 1955, Chr 10.

234 Das ist eng verbunden mit dem gewandelten Verständnis einer „Familie“ – *Knoche*, Partner 69, 86ff und 236ff.

235 *Karczewski*, Schockschäden 311f; *Ripert*, Le prix de la douleur, D. 1948, Chr 1 (1 und 4).

hauptet werden, dass man psychische Schäden nicht objektiv nachvollziehen kann (so wird etwa mittlerweile untersucht, ob ein Trauma zu feststellbaren Veränderungen der Gehirnströme führt und ein Schaden am Gehirn feststellbar ist). Wie die Auseinandersetzung mit den Fällen der Rechtsprechung zeigt, lassen sich anhand der derzeitigen **medizinischen Erkenntnisse**<sup>236</sup> selbst dann eine Vielzahl körperlicher Symptome von Trauer feststellen, wenn sie nach ihrer Intensität und Dauer keinen Krankheitswert erreichen und keine ärztliche Behandlung erfordern.

**Die enge Begrenzung der „nahen Angehörigen“ trägt dem Umstand Rechnung, dass nur für schweres seelisches Leid ein Schmerzensgeld gewährt werden soll.** Auch wenn noch wenig über psychische Schäden bekannt ist, dürfen sie **nicht schlechthin als ein selbst zu tragendes Lebensrisiko** abgetan werden. Sie müssen nach den **Grundsätzen unseres Haftungsrechts** behandelt werden, **so dass sie ab einem erheblichen Schweregrad und bei Vorliegen starker Zurechnungsgründe einen Schmerzensgeldanspruch begründen können**<sup>237</sup>: Das wäre bei schweren Persönlichkeitsverletzungen durch die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“ zu befürworten. Bei derart empfindlichen Störungen des Lebens von Kommerzialisierung zu sprechen, beruht auf der **Verkennung immaterieller Schäden** als Schaden an nicht vermögensrechtlichen Gütern (wie es ohnehin die Bezeichnung „immateriell“ ausdrückt). Sie sind nicht weniger anerkennenswert als materielle Schäden und auch durch eine Geldentschädigung ausgleichsfähig. Letzteres ist auf das **Verständnis** zurückzuführen, dass sich der Zweitgeschädigte durch die Geldentschädigung Annehmlichkeiten verschaffen kann, die ihm dabei helfen sollen, seinen Schmerz zu überwinden und in einer völlig veränderten Lebenssituation wieder Fuß zu fassen. Dass man immaterielle Schäden schwerer einem bestimmten Geldwert zuordnen kann<sup>238</sup>, mag zwar zutreffen, wie die Rechtsprechung in den zu untersuchenden Rechtsordnungen aber zeigt, handelt es sich dabei **nicht um eine unlösbare Schwierigkeit**. Vielmehr haben sich sehr konkrete Vorstellungen über die Höhe der Schmerzensgeldbeträge und eine Vielzahl objektiver Bemessungskriterien entwickelt, auf die noch näher eingegangen wird<sup>239</sup>. Die vorliegende Arbeit versucht, mehr **Klarheit über den Begriff** der „nahen Angehörigen“ zu schaffen. Das trägt wieder-

236 Siehe *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 126 – aus psychiatrischer Sicht liegt eine normale Trauer vor, wenn die psychischen Beeinträchtigungen nicht mehr als **ein Jahr** andauern. Das heißt, psychische Qualen im Zeitraum bis zu einem Jahr sind u. U. völlig normal und daher noch nicht behandlungsbedürftig.

237 Siehe Entwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht: § 1316 Abs2 iVm § 1316 Abs3 Z1 und Z2 – *Griss*, JBl 2005, 282.

238 Siehe *Jourdain/Viney*, *Les Effets*<sup>2</sup> 277ff; *Ripert*, D. 1948, Chr 1 und 4.

239 Dazu am Ende des vorliegenden Kapitels sowie unter II. C).

rum zur Beseitigung sogenannter „unlösbarer Schwierigkeiten“ sowie zur Nachvollziehbarkeit von Gefühlsschäden bei.

d) Österreich  
*Rechtsprechung*

In Österreich stellt der Ersatz von Schock- und Trauerschäden zwar **noch juristisches Neuland** dar, in der Lehre und Rechtsprechung wurden aber schon sehr konkrete Vorstellungen zum Begriff der „nahen Angehörigen“ entwickelt. In den ersten Schockschadensfällen sah der OGH keinen Anlass, sich zum Begriff der „nahen Angehörigen“ zu äußern<sup>240</sup>. Die Kläger hatten den Unfall enger Familienangehöriger unmittelbar miterlebt (es lag in beiden Fällen zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten eine Eltern-Kind-Beziehung vor). Die erste Klarstellung brachte die Entscheidung vom 22.2.2001<sup>241</sup>: Der OGH sprach aus, dass „nahe Angehörige“ auch bei bloßer Unfallnachricht einen Anspruch auf Ersatz ihres Schockschadens haben und die bloß vorübergehende Störung der Eltern-Kind-Beziehung einem Anspruch nicht entgegensteht. Dem stimmt *Karner* zu, der Anspruch solle aber dann entfallen, wenn ein Naheverhältnis zwischen Eltern und ihren Kinder nie bestanden hat oder eine völlige Entfremdung eingetreten ist<sup>242</sup>. Erst die Entscheidung vom 29.8.2002<sup>243</sup> **gab dem OGH Anlass, sich eingehend mit dem Begriff der „nahen Angehörigen“ zu befassen**: Die Klägerin machte geltend, dass sie durch die Nachricht vom Tod ihres Lebensgefährten einen Schockschaden erlitten hat. Der OGH hat **aus der gesamten Rechtsordnung Kriterien** für die „Angehörigeneigenschaft“ der Lebensgefährtin **abgeleitet** und erstmals den Anspruch einer Person bejaht, die keine formale Familienzugehörigkeit zum Erstgeschädigten auswies. Damit stellte der OGH klar, dass die formale Familienzugehörigkeit keine Anspruchsvoraussetzung darstellt, sondern die faktische Nahebeziehung entscheidend ist. Darüber hinaus schuf der OGH in der vorliegenden Entscheidung **objektive (d. h. nach außen erkennbare und überprüfbare) Kriterien** dafür, wann zwischen Lebensgefährten eine enge Nahebeziehung vorliegt<sup>244</sup>: Eine

240 OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; *Karner*, ZVR 1998, 182; OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75.

241 OGH 2 Ob 79/00g, EFSlg 97.042, 97.043, 97.044 = JBl 2001, 659 = ÖAMTC-LSK 2001/118 = RdW 2001/556 = ZVR 2001, 204 (*Karner*).

242 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207f) (*Karner*); idS OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (793).

243 OGH 8 Ob 127/02p, ecolex 2003/9 = EFSlg. 100.766, 100.767, 100.773 = JBl 2003, 118 = ÖAMTC-LSK 2002/166 = ÖJZ-LSK 2003/28 = Presse 2002/44/02 (*Kommenda*) = RZ-EÜ 2003/72 = ZVR 2002, 388 (*Karner*); *Ebers*, ERPL 2003/3, 463; *Steininger*, Austria, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003) 81.

244 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (390f) (*Karner*).

Lebensgemeinschaft sei zunächst als Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft zu verstehen; daneben nannte der OGH die Eheähnlichkeit der Beziehung, das Bestehen einer Wohngemeinschaft, die Beständigkeit der Beziehung und das Fehlen eines Ehepartners als maßgebliche Kriterien. Da zwischen der Klägerin und ihrem Lebensgefährten zweifelsohne eine enge Nahebeziehung vorlag, weil sie 20 Jahre lang zusammenlebten und auch kein Ehegatte vorhanden war, machte der OGH keine weiteren Aussagen darüber, ob alle genannten Kriterien gleichzeitig vorliegen müssen.

In den neueren Entscheidungen<sup>245</sup> zum Ersatz von Trauerschäden äußerte sich der OGH ausführlich dazu, worauf es ihm für eine enge Nahebeziehung ankommt: Zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten könne auch ohne häusliche Gemeinschaft eine enge Nahebeziehung bestehen. Entscheidend seien vielmehr regelmäßiger Kontakt, eine liebevolle und innige Beziehung oder auch ein Betreuungs- bzw. Pflegeverhältnis. Deshalb bejahte der OGH das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen dem erwachsenen Sohn und seiner getöteten Mutter, obwohl der Sohn bereits einen eigenen Hausstand und eine Familie gegründet hatte. In einem anderen Fall bejahte das der OGH sogar bei erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern, weil sich der Kläger immer um seinen behinderten Bruder gekümmert hatte, ihn regelmäßig besuchte und Behördenwege für ihn erledigte. Weiters stellte der OGH ausdrücklich klar<sup>246</sup>, dass er zugunsten der engen Familienangehörigen eine enge Nahebeziehung vermutet und es dem Beklagten obliege, diese zu entkräften, was insbesondere dann in Betracht kommen würde, wenn Ehegatten bereits die Scheidung beantragt haben.

### Lehre

In der österreichischen Lehre finden die genannten Entscheidungen des OGH Zustimmung und ein flexibles System zur Bestimmung der „nahen Angehörigen“ klare Befürwortung. So stimmt *Karner* dem OGH zu, weil er anerkennt, dass auch Lebensgefährten zu den „nahen Angehörigen“ zählen können und stellt dafür objektive Kriterien auf<sup>247</sup>. Bei Personen ohne formale Familienzugehörigkeit würden andere **objektive Kriterien** für die Feststellung einer engen Nahebeziehung an Gewicht gewinnen. Da bei

245 OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (793) = ZVR 2004/86 = ecolex 2005, 39 = Presse 2004/35/02, Rechts-panorama vom 23.8.2004 (*Kommenda*); *Steininger*, Austria, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005) Rz 32; OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, Rechtspanorama vom 30.5.2005 (*Kommenda*) = JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165 = ÖJZ-LSK 2005/195; OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (*Danzl*).

246 *Danzl*, ZVR 2005, 84; OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (793).

247 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (392f) (*Karner*); *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2002 81.

Lebensgefährten die formale Familienzugehörigkeit als Indiz für die enge Nahebeziehung fehlt, verlange der OGH völlig zu Recht, dass die enge Nahebeziehung aufgrund anderer Kriterien von außen erkennbar sein müsse. Entscheidend seien jene Kriterien, bei deren Vorliegen die gesamte Rechtsordnung der Lebensgemeinschaft rechtliche Bedeutung zuspricht. Der Begriff der „nahen Angehörigen“ sei nach der faktischen Nahebeziehung zu bestimmen. Bei Schockschäden werde das Vorliegen einer engen Nahebeziehung durch die **Gesundheitsverletzung** indiziert, **bei Trauerschäden fehle dagegen dieser objektive Anhaltspunkt**, weshalb die formale Familienzugehörigkeit besonderes Gewicht habe. Ein völlig schematisches Vorgehen sei aber auch hier abzulehnen. Auch weit entfernt Verwandten oder nicht verwandten Personen solle es offen stehen, eine enge Nahebeziehung aufgrund objektiver Umstände nachzuweisen (z. B. bei einem Betreuungsverhältnis ohne Adoption und im Falle einer Lebensgemeinschaft). Weiters komme es bei „nahen Angehörigen“ auch nicht darauf an, dass die Beziehung immer harmonisch und konfliktfrei verlaufen ist. Daher sei der OGH-Entscheidung vom 22. 2. 2001 zuzustimmen, in welcher der OGH ausspricht, dass auch bei einer vorübergehenden Störung der Eltern-Kind-Beziehung von einer engen Nahebeziehung auszugehen ist<sup>248</sup>. Das Vorliegen einer engen Nahebeziehung wäre aber dann zu verneinen, wenn nie ein Naheverhältnis zwischen den Eltern und ihren Kindern bestanden hat oder eine völlige Entfremdung eingetreten ist. Es wäre nämlich abzulehnen, bei formaler Familienzugehörigkeit generell den Anspruch zu bejahen, ohne auf die **tatsächliche Nahebeziehung** abzustellen. Denn die formale Familienzugehörigkeit sei ein bloßes Indiz für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung. Die enge Gefühlsbindung, welche gewöhnlich zwischen Eltern und ihren Kindern sowie zwischen Ehegatten oder Lebensgefährten besteht, bilde den **Maßstab** für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung und somit für die „Angehörigeneigenschaft“ anderer Personen<sup>249</sup>. Freunde oder bloße Bekannte würden jedoch nicht zu den „nahen Angehörigen“ zählen<sup>250</sup>.

Ebenso tritt *Harrer* für ein flexibles Verständnis des Begriffes der „nahen Angehörigen“ ein und will auch Verlobte und Lebensgefährten miteinbeziehen<sup>251</sup>.

*Karner* und *Koziol* stellen auf die faktische Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ab<sup>252</sup>. Die formale Familienzugehörigkeit sei zwar ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Nahebeziehung, entscheidend wäre aber die tatsächliche Intensität der persönlichen Verbundenheit. In diesem Sinne habe auch der OGH entschieden

---

248 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207f) (*Karner*).

249 *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 103.

250 *Karner*, ZVR 1998, 187.

251 *Harrer* in *Schwimmann*, Praxiskommentar VII § 1295 Rz 16.

252 *Karner/Koziol*, Reform II/1 83f.

und die langjährige Lebensgefährtin des Getöteten zu seinen „nahen Angehörigen“ gezählt. Es sei auf eine enge Nahebeziehung abzustellen, wie sie typischerweise zwischen Eltern und ihren Kindern, Ehegatten oder Lebensgefährten besteht. Nur Personen mit einer engen familiären Bindung zum Erstgeschädigten sollen zu den „nahen Angehörigen“ zählen. Haben die Kläger eine enge Nahebeziehung nachgewiesen, stehen nach der Auffassung des OGH auch vorübergehende Konflikte der „Angehörigeneigenschaft“ nicht entgegen. Das heißt **es komme bei „nahen Angehörigen“ nicht darauf an, dass ihre Beziehung immer harmonisch und konfliktfrei verlaufen ist**. Vielmehr könne z. B. die Beziehung zwischen Eltern und ihren Kindern während der Pubertät oft schwierig sein. **Die enge Nahebeziehung wäre aber jedenfalls dann zu verneinen**, wenn zwischen Eltern und ihren Kindern nie ein Naheverhältnis bestanden hat, eine völlige Entfremdung eingetreten ist oder bei Lebensgefährten, wenn die Lebensgemeinschaft schon vor längerer Zeit geendet hat. Die enge Nahebeziehung **müsse durch objektive, nachvollziehbare Umstände nachgewiesen** werden<sup>253</sup>: Während bei Schockschäden die Gesundheitsverletzung einen objektiven Anhaltspunkt liefert, komme der formalen Familienzugehörigkeit bei Trauerschäden große Bedeutung zu, um den Gefühlsschaden nachvollziehbar zu machen. Dennoch sei auch bei Trauerschäden der Kreis der „nahen Angehörigen“ nicht allein nach der formalen Familienzugehörigkeit zu bestimmen. Grundsätzlich zähle zwar nur der enge Familienkreis zu den „nahen Angehörigen“, es solle aber die **Vielfältigkeit möglicher Naheverhältnisse** insofern berücksichtigt werden, als eine solche enge familiäre Beziehung auch zu weit entfernt Verwandten (z. B. wenn ein Kind bei den Großeltern oder bei Onkel und Tante aufwächst) oder zu nicht verwandten Personen bestehen könne (Verlobte, Lebensgefährten, Pflegeeltern). *Koziol* stellt insbesondere darauf ab, dass der Trauerschaden beim Nachweis einer engen familienrechtlichen Beziehung **vermutet** werden könne, dem Schädiger aber der Gegenbeweis offen stehen müsse<sup>254</sup>. *Hinteregger* überzeugt der **Gedanke**, dass es auf die persönliche Verbundenheit des Erst- und Zweitgeschädigten und nicht auf die formale Familienzugehörigkeit ankommen solle und meint, **dem könne am besten über eine (gesetzliche) Vermutung** zugunsten der engen Familienangehörigen **Rechnung getragen werden**<sup>255</sup>.

**Was zeigen die dargelegten Ausführungen der österreichischen Lehre?** Für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung kommt es auf eine enge familiäre Beziehung an, denn nur der enge Familienkreis zählt a priori zu den „nahen Angehörigen“<sup>256</sup>. Das unter-

253 Siehe auch OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (258) (*Karner*).

254 *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 11/11.

255 *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 29.

256 Besonders ausführlich *Karner/Koziol*, Reform II/1 83f.

scheidet eine starre Begriffsbildung aber noch nicht von einer flexiblen Bestimmung der „nahen Angehörigen“. Beide Auffassungen unterscheiden sich vielmehr durch **die darin begründete Erkenntnis** der Letzteren, dass eine Familie tatsächlich nicht immer aus engen Familienangehörigen besteht und auch zwischen engen Familienangehörigen nicht immer eine enge Verbundenheit besteht. **Mit den zunehmend gewandelten Lebensverhältnissen ändert sich also auch das Verständnis der „Familie“:** Während nach dem herkömmlichen Verständnis regelmäßig der Ehegatte, die Kinder und die Eltern des Erstgeschädigten zum engeren Familienkreis zählen, muss sich dieser nach dem heutigen Verständnis<sup>257</sup> nicht immer aus den genannten Personen zusammensetzen und es können ihm auch Verlobte, Lebensgefährten, Pflegeeltern und Pflegekinder oder weiter entfernt Verwandte angehören. Der Fall, in dem zwischen engen Freunden eine enge familiäre Beziehung vorliegt, wurde bisher nicht bedacht und z. T. sogar verneint<sup>258</sup>. Das Abstellen auf die „Familie“ schließt ein enges freundschaftliches Verhältnis jedoch nicht aus, weil über die enge Nahebeziehung ohnehin danach zu fragen ist, wer tatsächlich und nicht bloß oder ausschließlich rechtlich zum engen Kreis der Familie des Erstgeschädigten zählt. **Sollten derartige Fälle auch selten sein, sie sind denkbar und sollten daher nicht generell ausgeschlossen werden, um eine gerechte und auch für die Zukunft relevante Lösung zu schaffen. Über das Kriterium der engen Nahebeziehung sind nämlich alle Kläger gleichgestellt:** Zwar kommen engen Familienangehörigen Beweiserleichterungen zugute, das ändert aber nichts daran, dass jeder dieselben Voraussetzungen erfüllen muss, um zu den „nahen Angehörigen“ zu zählen, nämlich die enge Nahebeziehung.

Ein flexibles System bedeutet auch nicht, dass sich in Zukunft zehn oder mehr „nahe Angehörige“ die Hand reichen und meinen, dass sie alle schwer betroffen sind. Der Kreis der „nahen Angehörigen“ ist lediglich **nicht abschließend durch eine fixe Liste aufgezählter Personen festgelegt**. Stattdessen kann man eine Vielzahl zwischenmenschlicher Beziehungen nennen, bei denen eine enge Nahebeziehung vorliegen könnte: So bei engen Familienangehörigen, aber auch bei weit entfernt Verwandten oder nicht Verwandten. Das heißt aber nicht, dass sie im konkreten Einzelfall alle nebeneinander stehen. Wie es die französische und schweizerische Rechtsprechung zeigen, kommt es am häufigsten zu einem **Zusammentreffen mehrerer „naher Angehöriger“**, wenn der Erstgeschädigte noch im Elternhaus lebte und daher neben den Eltern auch mehrere Geschwister zu seinen „nahen Angehörigen“ zählen oder der Erstgeschädigte mehrere Kinder hatte und neben diesen auch die Eltern und der Partner des Erstgeschädigten

---

257 Auch familiäre Strukturen unterliegen einem Wandel – *Knoche*, Partner 86ff und 236ff.

258 So etwa *Karner*, ZVR 1998, 187.

(der Verlobte, Lebensgefährte oder Ehegatte) dazu zählen. Das kann sein, muss aber nicht sein und **hängt** zudem **von der Beschaffenheit der Familie des Erstgeschädigten ab**. Die enge Nahebeziehung stellt jedoch eine **hinreichende Begrenzung** dar, weil in aller Regel nur wenige und oft sogar nur einzelne Personen als „nahe Angehörige“ in Frage kommen. Außerdem gibt es auch **bei der Schmerzengeldhöhe Abstufungen**, womit man dem Zusammentreffen mehrerer „nahe Angehöriger“ entgegenwirken kann.

Darüber hinaus wird in der österreichischen Lehre **die Möglichkeit** in Betracht gezogen, **den Kreis „nahe Angehöriger“ bei Schock- und Trauerschäden unterschiedlich weit zu ziehen**<sup>259</sup>. Für eine engere Begrenzung im Falle der zuletzt Genannten spreche die erschwerte Nachvollziehbarkeit von Gefühlsschäden bzw. das Fehlen einer Gesundheitsverletzung als Indiz für eine enge Nahebeziehung. **Richtig ist zwar zunächst**, dass der Gesundheitsverletzung gewisse Indizwirkung für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zukommt, **ein unterschiedlicher Begriff** der „nahen Angehörigen“ für Schock- und Trauerschäden **ist jedoch abzulehnen**<sup>260</sup>. Man kann nämlich **zwei Argumente** gegenüberstellen, **die sich gegenseitig aufheben**: Einerseits muss eine besondere Gefühlsbindung bestehen, damit die Trauer überhaupt Krankheitswert erreicht, andererseits muss eine besondere Gefühlsbindung bestehen, um auch für einen „bloßen“ Gefühlsschaden Ersatz zu erhalten. Letzterem ist anzumerken, dass es sich **beim richtigen Verständnis** der Gefühlsschäden nicht bloß um einen geringfügigen Schaden, sondern um schweres seelisches Leid handelt und auch nur Personen mit einer besonderen Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten zu den „nahen Angehörigen“ zählen. Die enge Nahebeziehung ist nichts anderes als eine solche besondere Gefühlsbindung, wie sie gefordert und **gleichermaßen für das Entstehen eines Schock- und Trauerschadens als maßgeblich erachtet** wird. In beiden Fällen kommt es zu schweren psychischen Schäden und **es darf keinen Unterschied machen, ob etwa ein „nahe Angehöriger“ das schädigende Ereignis besser verarbeiten kann als ein anderer**. Ganz in diesem Sinne geht man auch bei Schockschäden davon aus, dass eine **Anlage**<sup>261</sup> dem Ersatz nicht entgegensteht, solange ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schockschaden und der Schädigungshandlung besteht. Das bedeutet, dass der Schädiger sich nicht durch die Behauptung entlasten kann, dass der Geschädigte psychisch labil und ohnehin schon

259 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (392f) (*Karner*); *Karner/Kozziol*, Reform II/1 83f; OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (258) (*Karner*).

260 So auch OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (302f) (*Danzl*).

261 Siehe etwa OLG Oldenburg 5 U 127-98, NJW-RR 1999, 820; OGH 2 Ob 111/03t, eccolx 2003/331 = EFSlg. 104.752, 104.753 = JBl 2004, 111 = ÖJZ (EvBl) 2004/1 = ÖJZ-LSK 2003/216 = Presse 2003/34/01 (*Kommenda*) = RdW 2003/551 = RZ-EÜ 2003/241 = ZVR 2004/26; Cass civ 1<sup>re</sup> 29.11.1989, Pourvoi n°88-10.075.

angeschlagen war. **Die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“ kann sich im Einzelfall unterschiedlich auswirken:** die psychische Beeinträchtigung kann das Ausmaß einer Körperverletzung erreichen oder nicht und **es gibt auch keine allgemeine Regel dafür, warum „nahe Angehörige“ in einem Fall einen Schockschaden erleiden und in einem anderen einen Gefühlsschaden. Entscheidend ist vielmehr, dass die enge Nahebeziehung als Ursache ihres Schadens anzusehen ist und daher auch in beiden Fällen die Grenze bildet.** Deshalb sollte der Begriff der „nahen Angehörigen“ bei Schock- und Trauerschäden nicht unterschiedlich begrenzt werden, denn die enge Nahebeziehung ist als Ursache beider Schäden anzusehen und führt zu einer hinreichenden Begrenzung.

e) Schweiz  
*Rechtsprechung*

Nicht nur das französische, sondern auch das schweizerische Recht werden **zu Unrecht oft missverstanden:** Während das französische Recht wegen der Vielzahl möglicher Naheverhältnisse als großzügiger dargestellt wird, als es tatsächlich ist, besteht bei der Darstellung des schweizerischen Rechts die gegenläufige Tendenz – das schweizerische Recht wird gerne so dargestellt, als würden nur Familienangehörige und ausnahmsweise Verlobte als „nahe Angehörige“ in Frage kommen<sup>262</sup>. **Das ist jedoch nach dem heutigen Stand der Lehre und Rechtsprechung entschieden zurückzuweisen.** Die Rechtsprechung stellt nämlich nicht auf die formale Familienzugehörigkeit, sondern auf die faktische Verbundenheit ab, die dazu führe, dass man sich das Leid des Erstgeschädigten zu eigen mache<sup>263</sup>. Daher hat die Rechtsprechung anerkannt, dass neben den engen Familienangehörigen auch weit entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen als „nahe Angehörige“ in Betracht kommen können. Bei weit entfernt Verwandten treffe das jedoch nur auf seltene und besondere Fälle zu. Am ehesten dann, wenn Geschwister (noch) zusammen leben<sup>264</sup>. Außerdem geht die Rechtsprechung davon aus, dass die enge Nahebeziehung zwischen Eltern und ihren Kindern auch nach Verlassen des Elternhauses regelmäßig fortbesteht und daher auch erwachsene Kinder bzw. umgekehrt die Eltern erwachsener Kinder zu den „nahen Angehörigen“ zählen können<sup>265</sup>. Damit wurde das Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und

262 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 21.

263 *Aeppli/Casanova* in *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> Art. 47 147; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 377; *Tercier* in *Rogers*, Non-Pecuniary Loss Rz 20; *Stoll*, Law and State I 113.

264 *Brehm* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 112f und Rz 128.

265 *Brehm* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 126f.

Zweitgeschädigten in den Vordergrund gerückt und klargestellt, dass es auch auf eine bestehende Wohngemeinschaft nicht zwingend ankommt.

**Im französischen und schweizerischen Recht sind Gefühlsschäden nicht nur im Falle der Tötung, sondern auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten anerkannt<sup>266</sup>. Dabei spielte es in beiden Rechtsordnungen eine erhebliche Rolle, dass die Anerkennung von Gefühlsschäden im Falle der Tötung des Erstgeschädigten zeitlich früher erfolgte als im Falle der Verletzung.** Die schweizerische Rechtsprechung spricht für Gefühlsschäden durch die Verletzung des Erstgeschädigten ein Schmerzensgeld auf der Grundlage von **Art. 49 Abs1 OR** zu. Danach kann der Richter **ein Schmerzensgeld für eine Persönlichkeitsverletzung zusprechen, wenn sie widerrechtlich war, ihrer Schwere nach eine Entschädigung rechtfertigt und nicht anders wiedergutmacht wurde<sup>267</sup>.** Das wurde von der Rechtsprechung folgendermaßen ausgelegt: Die „nahen Angehörigen“ müssen durch die Verletzung des Erstgeschädigten in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt werden, außerordentliches seelisches Leid empfinden und **gleich schwer oder schwerer betroffen sein als im Falle seiner Tötung.** Das heißt<sup>268</sup>, dass es auf die Schwere der Persönlichkeitsverletzung der „nahen Angehörigen“ ankommt. Insofern muss „schweres“<sup>269</sup> seelisches Leid vorliegen. **Nur schweres seelisches Leid rechtfertigt einen Schmerzensgeldanspruch.** Einerseits bildet das seelische Leid im Falle der Tötung des Erstgeschädigten den **Maßstab** dafür, wann auch im Falle der Verletzung von einem schweren seelischen Leid der „nahen Angehörigen“ auszugehen ist, andererseits lässt das Rückschlüsse darauf zu, dass auch im Falle der Tötung schweres seelisches Leid vorliegen muss<sup>270</sup>. Davon spricht die Rechtsprechung aber selten ausdrücklich. Meistens nur dann, wenn eine besonders schwere Betroffenheit erhöhend bei der Bemessung berücksichtigt wird oder etwa bei erwachsenen und getrennt lebenden Geschwistern: So müsse der Verlust einen außergewöhnlichen Schmerz darstellen, damit

266 *Aeppli/Casanova* in *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> Art. 49 151; *Brehm* in *Koch/Koziol*, Personal Injury Rz 114 und Rz 133ff; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 49 Rz 67b; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 76f.

267 *Gurzeler*, Beitrag 221ff; *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23; *Rey*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 460f; *Werro*, La responsabilité civile Rz 156; *Widmer* in 15. ÖJT II/2 53; *Wildhaber*, Genugtuung 66f.

268 *Rey*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 470f; *Werro*, La responsabilité civile Rz 138 und 146f; Gesetzesänderung: Art. 49 OR verlangt heute keine „besonders schwere“ Persönlichkeitsverletzung mehr – *Werro*, La responsabilité civile Rz 152.

269 Gleichbedeutend wäre ein „außerordentliches“ oder „besonderes“ seelisches Leid im Gegensatz zu „außerordentlich schwerem“ oder „besonders schwerem“ seelischen Leid. Der Kassationshof sprach von „außergewöhnlichem“ seelischen Leid und meinte damit eigentlich „besonders schweres“ seelisches Leid. Ebenso spricht der Kassationshof von einer „Nahebeziehung“ und meint damit sinngemäß eine „enge Nahebeziehung“.

270 *Gurzeler*, Beitrag 219ff.

erwachsene und getrennt lebende Geschwister zu den „nahen Angehörigen“ zählen. **Gerade der Hinweis auf einen außerordentlichen oder außergewöhnlichen Schmerz zeigt aber, was in allen Fällen die Grundlage für den Ersatz von Gefühlsschäden bildet, nämlich schweres seelisches Leid.**

Nachdem das BG im Jahr 1986 anerkannte, dass auch die Verletzung des Erstgeschädigten seine „nahen Angehörigen“ in ihrer Persönlichkeit verletzen kann, gab es **in der Lehre zunächst Stimmen für eine möglichst enge Begrenzung** des Schmerzensgeldanspruches: So sollte ein Schmerzensgeld nur den nahen und haushaltszugehörigen Verwandten<sup>271</sup> sowie ausschließlich im Falle schwerster (besonders schwerer) Verletzungen des Erstgeschädigten gewährt werden<sup>272</sup>. **Die Rechtsprechung hat beide Beschränkungen völlig zu Recht abgelehnt<sup>273</sup>. Zunächst zur engeren Eingrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises nach Art. 49 OR:** Das BG beabsichtigt in keiner seiner Entscheidungen, den Kreis der „nahen Angehörigen“ im Fall der Verletzung des Erstgeschädigten enger zu ziehen als im Fall der Tötung, sondern orientiert sich vielmehr am „Angehörigenbegriff“ des Art. 47 OR<sup>274</sup>; nach der ständigen Rechtsprechung des BG ist zwar auf ein außergewöhnliches seelisches Leid iSd Entschließung des Europarates vom 14. 3. 1975 abzustellen<sup>275</sup>, das bezieht sich jedoch auf den erforderlichen Schweregrad der Persönlichkeitsverletzung und damit auf das Erfordernis von schweren seelischen Leid der „nahen Angehörigen“; dass das BG den Kreis der „nahen Angehörigen“ im Sinne der genannten Entschließung begrenzen will, ist nirgends erkennbar und trifft, wie es das BG bereits mehrfach klarstellte, auch nicht zu, weil etwa Geschwister nicht nur im Falle der Tötung, sondern auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten zu den „nahen Angehörigen“ zählen können<sup>276</sup>. **Zur Beschränkung auf eine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten:** Die Beurteilung der Persönlichkeitsverletzung stellt eine Einzelfallentscheidung dar<sup>277</sup>, die auch unter der Schwelle völliger oder nahezu gänzlicher Invalidität (d. h. einer besonders schweren Verletzung) des Erstgeschädigten einen Ersatz zulässt<sup>278</sup>; dabei kommt dem Eingriff in die persönliche Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten und dessen Auswirkungen

271 *Gurzeler*, Beitrag 222f; *Hütte*, Genugtuungsrecht im Wandel, SJZ 1988, 169 (174f).

272 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/92; *Gurzeler*, Beitrag 223; *Hütte*, SJZ 1988, 174f.

273 Das lässt sich dem Gesetz (Art. 49 OR) nämlich nicht entnehmen – *Widmer* in 15. ÖJT II/2 53.

274 BGE 117 II 50 (56 und 58f).

275 BGE 112 II 220 (225); BGE 112 II 226 (227); BGE 117 II 50 (56); BGE 118 II 404 (409); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/90.

276 BGE 118 II 404 (409); BGE 129 IV 22 = HAVE 2003, 152.

277 *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>f</sup> Rz 76f; BGE 122 III 5 (6f).

278 BGE 112 II 220 (224); BGE 112 II 226 (227f); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/14f (bis 2005); *Schunack*, Schmerzensgeld 115; BGE 129 IV 22 = HAVE 2003, 152.

auf das gesamte Familienleben neben der Beeinträchtigung der freien Lebensführung des Zweitgeschädigten entscheidende Bedeutung zu<sup>279</sup>; es ist daher danach zu fragen, ob sich der Erstgeschädigte durch das schädigende Ereignis so nachteilig verändert hat, dass dadurch auch das Leben seiner „nahen Angehörigen“ völlig und auf vergleichbare Weise umgeworfen wurde wie im Falle seiner Tötung.

**Sowohl im Falle der Tötung als auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten ist von einem identischen Begriff der „nahen Angehörigen“ auszugehen**, der sich nach der engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bestimmt<sup>280</sup>. **Ganz in diesem Sinne** äußerte sich auch der Appellationshof des Kantons Bern in seiner Entscheidung vom 18.2.1994 und sprach dem Ehegatten und den beiden Söhnen einer schwerinvaliden Frau ein Schmerzensgeld mit folgender Begründung zu<sup>281</sup>: Die enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten sei für den Schmerzensgeldanspruch entscheidend, das Vorliegen einer Wohngemeinschaft stelle dabei nur ein Indiz für die persönliche Verbundenheit dar. Daher seien im vorliegenden Fall beide Söhne der Erstgeschädigten gleich zu behandeln, obwohl nur mehr einer von ihnen im Elternhaus wohnt. Bei beiden liege nämlich eine enge Gefühlsbindung vor. *Beck* hält den Kreis der „nahen Angehörigen“ nach Art. 49 OR jedoch weiterhin für ungeklärt<sup>282</sup>. **Dieser Auffassung kann zwar mittlerweile nicht mehr gefolgt werden**, sie zeigt aber, dass der Begriff der „nahen Angehörigen“ nach der Anerkennung von Gefühlsschäden im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten zunächst unklar war. Das BG stellt völlig zu Recht auf den Begriff der „nahen Angehörigen“ nach Art. 47 OR ab und schafft damit einen einheitlichen Begriff im Falle der Tötung und Verletzung des Erstgeschädigten<sup>283</sup>. Jede andere Lösung wäre abzulehnen, weil die enge Nahebeziehung sowohl im Falle der Tötung als auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten sicherstellt, dass ein Schmerzensgeldanspruch nur bei schwerem seelischen Leid und daher nur für einen kleinen Personenkreis in Frage kommt.

Aus dem Erfordernis einer schweren Persönlichkeitsverletzung der „nahen Angehörigen“ wurde von einigen Vertretern der Lehre<sup>284</sup> zu Unrecht abgeleitet, dass eine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten vorliegen muss<sup>285</sup>. Vielmehr kommt

279 BGE 112 II 220 (224 und 225f); BGE 112 II 226 (227f); BGE 117 II 50 (57 und 59); BGE 118 II 404 (408f).

280 *Gurzeler*, Beitrag 222f.

281 AH Bern Nr. 180/I/92, ZBJV 1995, 120 (121f) (*Beck*).

282 AH Bern Nr. 180/I/92, ZBJV 1995, 120 (126) (*Beck*).

283 *Gurzeler*, Beitrag 222f.

284 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/92; *Freund*, Neuere Entscheidungen zum schweizerischen Verkehrens- und Schadenersatzrecht, DAR 2001, 600; *Hütte*, SJZ 1988, 174f; s. a. *Gurzeler*, Beitrag 222f; *Wildhaber*, Genugtuung 67.

285 So auch *Gurzeler*, Beitrag 223ff.

es darauf an, dass die „nahen Angehörigen“ nachweisen, durch die Verletzung des Erstgeschädigten schweres seelisches Leid erlitten zu haben. Ihr seelisches Leid muss dem im Falle der Tötung gleichzusetzen sein. Das entscheidet über ihren Schmerzensgeldanspruch und lässt eine gewisse Flexibilität zu, um dem Einzelfall Rechnung zu tragen. **Keineswegs ist dabei starr an einen bestimmten Schweregrad des Erstschadens anzuknüpfen. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wann überhaupt eine besonders schwere Verletzung vorliegen würde.** Das kann jedoch nur in Fällen völliger oder nahezu gänzlicher Invalidität des Erstgeschädigten zu bejahen sein, weil beispielsweise in folgenden Fällen eine **schwere Verletzung** vorliegen würde<sup>286</sup>: akute Lebensgefahr mit u. U. längerem Koma, schwere Verbrennungen, erhebliche Gehirnschäden, Verlust eines wichtigen Körperteiles oder Organs, Dauerschäden an den Augen, am Gehirn oder Sprachvermögen, Impotenz, erhebliche Entstellung, dauerhafte Gebrechlichkeit oder Bettlägerigkeit. Der Schweregrad des Erstschadens ist zweifelsohne ein starkes Indiz für eine schwere Persönlichkeitsverletzung der „nahen Angehörigen“. Dennoch hat das BG in keiner seiner Entscheidungen die Absicht erkennen lassen, den „nahen Angehörigen“ nur im Falle völliger oder nahezu gänzlicher Invalidität des Erstgeschädigten ein Schmerzensgeld zusprechen zu wollen. Diese **Begrenzung** kann man auch nicht allein aus dem Umstand ableiten, dass es sich in den ersten BG-Entscheidungen jeweils um derartige Fälle handelte (um die Definition einer schweren Verletzung jedoch nicht aufzuweichen, wäre das Erfordernis einer besonders schweren Verletzung des Erstgeschädigten, aber auch schon im Fall der Impotenz des verletzten Ehegatten anzuzweifeln gewesen<sup>287</sup>). **Das BG stellte in seiner Entscheidung vom 26. 11. 2002 ausdrücklich klar**, dass keine besonders schwere Verletzung des Erstgeschädigten erforderlich ist<sup>288</sup>: In dieser Entscheidung sprach das BG den Eltern und der Schwester eines Geiselopfers ein Schmerzensgeld zu, wobei die Erstgeschädigte schwere psychische Schäden erlitt, die jedoch keine völlige oder nahezu gänzliche Invalidität bewirkten. Im vorliegenden Fall lag jedoch eine schwere psychische Belastung der „nahen Angehörigen“ durch die Entführung der Tochter bzw. Schwester, ihre 45h lange Anhaltung und die wiederholt geäußerten Morddrohungen der Entführer vor. Auch der **Rechtsprechung der Untergerichte**<sup>289</sup> ist schon vor dieser BG-Entscheidung

---

286 *Karczewski*, Schockschäden 374f; die **Definition** einer „schweren“ Körperverletzung ist von entscheidender Bedeutung, wenn eine „besonders schwere“ Verletzung des Erstgeschädigten verlangt wird, hier sind aber **deutliche Auffassungsunterschiede** zu erkennen – *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 30 (Anlehnung an § 84 StGB); s. a. *Kath*, Schmerzensgeld 122.

287 BGE 112 II 226 (227f).

288 BGE 129 IV 22 = HAVE 2003, 152.

289 BGE 112 II 220 (224); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/13, IX/14f und IX/21f (bis 2005); *Schnack*, Schmerzensgeld 115.

nichts anderes zu entnehmen. So gab es etwa Fälle von schwerem sexuellen Kindesmissbrauch, in denen ein Elternteil für den schwerwiegenden Eingriff in die Eltern-Kind-Beziehung sowie für die nachteiligen Auswirkungen auf das Familienleben ein Schmerzensgeld erhielt<sup>290</sup>. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des Kantonsgerichts Zug vom 23.8.1999, in der dem Ehegatten und den beiden Söhnen einer Frau ein Schmerzensgeld zugesprochen wurde: *Freund kritisiert zu Unrecht*, dass keine hinreichend schwere Verletzung der Erstgeschädigten vorlag<sup>291</sup>. Die Frau wurde als Radfahrerin von einem Autolenker angefahren und hat durch den Unfall ein Schleudertrauma erlitten, das eine schwerwiegende Veränderung ihrer Persönlichkeit zur Folge hatte: Sie musste ihren Beruf sowie ihre bisherigen Freizeitaktivitäten aufgeben, gemeinsame Unternehmungen mit der Familie waren nicht mehr möglich; im Haushalt ist sie weitgehend auf die Mithilfe ihrer Familie angewiesen, auch das Sexualleben mit ihrem Ehegatten leidet unter der eingetretenen Persönlichkeitsveränderung. *Freund* weist darauf hin, dass das BG den „nahen Angehörigen“ bisher nur in Fällen schwerster Invalidität des Erstgeschädigten ein Schmerzensgeld zugesprochen hat und daher die Zerstörung des harmonischen Familienlebens infolge der Persönlichkeitsveränderung der Ehefrau und Mutter wohl unter dem erforderlichen Schweregrad liegt.

Meines Erachtens sprechen aber durchaus gute Gründe für einen Ersatz im vorliegenden Fall. Auch wenn die Erstgeschädigte zu keinem vollen Pflegefall geworden ist und noch kleinere und leichte Aufgaben im Haushalt übernehmen kann, so wurde doch das Leben ihrer Familie durch den Unfall gänzlich umgestürzt. Außerdem wird die **Gleichwertigkeit psychischer Schäden verkannt**: Das Schleudertrauma hatte im vorliegenden Fall schwerwiegende Folgen und wirkte sich nachteilig auf die Psyche der Erstgeschädigten aus. Neben der Beeinträchtigung der freien Lebensführung durch die Pflege und Betreuung des Erstgeschädigten kann auch die nachteilige Wesensveränderung des Erstgeschädigten eine erhebliche Rolle spielen: Ist der Erstgeschädigte etwa kaum oder nicht ansprechbar und ein Gespräch mit ihm nicht möglich, verlieren seine „nahen Angehörigen“ eine Beziehung und ihr seelisches Leid kann sogar größer sein als im Falle der Tötung des Erstgeschädigten<sup>292</sup>. **Es liegt im Ermessen des Richters, für den Einzelfall festzustellen, ob eine schwere Persönlichkeitsverletzung der „nahen Angehörigen“ vorliegt**. Muss man dem Erstgeschädigten etwa bloß beim An- und Ausziehen helfen, wird das zu verneinen sein.

---

290 Nicht jeder Fall von sexuellem Missbrauch führte bisher zu einem Schmerzensgeldanspruch „naher Angehöriger“: so etwa, wenn das Familienleben schon vorher gestört war – *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/2 (bis 2005) oder keine so schwere Betroffenheit wie im Todesfall vorlag – *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/4f und IX/6 (bis 2005).

291 *Freund*, DAR 2001, 600.

292 *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 76f.

## Lehre

In der schweizerischen Lehre gehen einige Autoren<sup>293</sup> zu **Unrecht** von einem **rechtlichen Verständnis des „Angehörigenbegriffes“** in Art. 47 OR aus („la famille“ im französischen Text). So meint etwa *Hütte*<sup>294</sup>, dass für die Anerkennung der Lebensgefährten als „nahe Angehörige“ eine Gesetzesänderung erforderlich wäre und setzt sich damit **ausdrücklich in Widerspruch zum Grundgedanken der ständigen Rechtsprechung**, wonach der Begriff der „Angehörigen“ in Art. 47 OR nicht im rechtlichen Sinn, sondern nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen zu beurteilen ist<sup>295</sup>. Es schadet nicht, dass Art. 47 OR nicht ausdrücklich von „nahen Angehörigen“ spricht, denn **sinngemäß** wird Art. 47 OR so ausgelegt: Die Rechtsprechung zählt nämlich nicht schlechthin alle Verwandten zu den „Angehörigen“ iSd Art. 47 OR, im Gegenteil, Großeltern und Geschwister zählen nur ausnahmsweise dazu; weiters ist der Begriff der „Angehörigen“ in Art. 47 OR nach ständiger Rechtsprechung so auszulegen, dass es auf eine enge Nahebeziehung und nicht zwingend auf formale Familienzugehörigkeit ankommt<sup>296</sup>. *Schaetzle* und *Weber*<sup>297</sup> befürworten die Rechtsprechung, welche bei Geschwistern recht schematisch von einer engen Nahebeziehung ausgeht, wenn sie noch zusammenleben. Sie meinen, **das Abstellen auf objektive Kriterien** (wie z. B. das Bestehen eines verwandtschaftlichen Verhältnisses oder einer Wohngemeinschaft) **wäre der Prüfung von schwer nachweisbaren Umständen, also jener der tatsächlichen Intensität der Nahebeziehung vorzuziehen**. Eine enge „familiäre“<sup>298</sup> Beziehung sei entscheidend für das Vorliegen einer schweren Betroffenheit<sup>299</sup>. *Kramer* und *Tercier* sprechen sich für die Anerkennung faktischer Naheverhältnisse aus. So berücksichtigt *Kramer*, dass auch zwischen Lebensgefährten und Freunden eine enge Nahebeziehung bestehen kann<sup>300</sup>. *Gilliard* kritisiert dagegen die Rechtsprechung, wonach auch Verlobte und erwachsene (zusammenlebende) Geschwister zu den „nahen Angehörigen“

293 *Gilliard*, ZSR 1967/2, 253 und 256; *Giovannoni*, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé aux droits allemand et français, ZSR 1977/1, 31 (38f); *Hütte*, HAVE 2002, 128; s. a. *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 Rz 133f.

294 *Hütte*, HAVE 2002, 128; s. a. *Gurzeler*, Beitrag 148; *Wildhaber*, Genugtuung 64.

295 *Karczewski*, Schockschäden 124; BGE 57 II 53 (54 und 57).

296 *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 Rz 133.

297 *Schaetzle/Weber*, Absolute Gleichheit als erträglichste Ungerechtigkeit, in *Verein für Haftung und Versicherung* (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2004 (2004) 205 (206f).

298 *Schaetzle* und *Weber* gehen von einem überholten Verständnis der „Familie“ aus, weil sie nur die Verwandten dazu zählen. Die Diskussion über das Verständnis der „Familie“ kann **nicht einfach als belanglos oder rein soziologisch** abgetan werden. **Darin liegt die Wurzel für die Wertungen in unserem Gesetz**. Es geht dabei um das Aufstellen rechtlicher Grenzen (Haftungsvoraussetzungen, Zurechnungsgründe)!

299 *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 Rz 134; *Wildhaber*, Genugtuung 63.

300 *Kramer*, ZBJV 1987, 313.

zählen können, weil bei diesen **keine tiefe Betroffenheit** vorliege<sup>301</sup>. *Giovannoni* meint, es könne dem Gesetzgeber kein Vorwurf gemacht werden, weil er den Kreis „naher Angehöriger“ nicht bestimmt<sup>302</sup>. Vielmehr sei es eine logische Konsequenz dessen, dass die Umstände des Gefühlslebens schwer objektivierbar sind. Auch weit entfernt Verwandten solle der Beweis offenstehen, dass eine enge Nahebeziehung zum Getöteten bestanden hat. Dafür werde das Bestehen einer Wohngemeinschaft häufig als Indiz angesehen. Nach seiner Meinung würde es jedoch zu weit gehen, den Nachweis einer engen Nahebeziehung an sich genügen zu lassen. *Gurzeler* hält es für nicht ersichtlich, warum der Begriff der „Angehörigen“ in Art. 47 OR die formale Familienzugehörigkeit des Zweitgeschädigten voraussetzen soll, wo doch die Lebensgemeinschaft in der heutigen Zeit stark an Bedeutung gewonnen hat und auch Verwandte nicht automatisch dazu zählen<sup>303</sup>. Die **herrschende Lehre** stelle die Intensität der Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten daher völlig zu Recht in den Vordergrund: **Entscheidend wären nämlich die tatsächlichen Lebensverhältnisse bzw. die tatsächliche Beschaffenheit der Familie und nicht ihre rechtliche Begründung**. Deshalb können zu den „Angehörigen“ in Art. 47 OR auch nicht verwandte Personen zählen.

**Die zurückhaltende Auffassung einiger Autoren ist z. T. auf das Verständnis zurückzuführen**, dass nur der Ehegatte, die Eltern und die Kinder des Erstgeschädigten durch seinen Tod schwer betroffen sind. Andererseits werden auch Bedenken gegen die Prüfung zwischenmenschlicher Naheverhältnisse geäußert und auf die erschwerte Nachvollziehbarkeit des Gefühlslebens hingewiesen. Auch nach dem schweizerischen Recht ergibt sich jedoch kein anderes Bild für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ als nach den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen. Zwar verkennen einzelne Autoren auch heute noch die klaren Aussagen der Rechtsprechung zum flexiblen Begriff der „nahen Angehörigen“, die Argumente und **Bedenken** der anderen Autoren, **lassen sich aber zweifelsohne entkräften**. Die Erkenntnis, dass schwere Betroffenheit eine enge familiäre Beziehung zum Erstgeschädigten voraussetzt, kann man in der schweizerischen Lehre schon lange Zeit antreffen. Die **konsequente Fortführung dieses Gedankens** ist entscheidend für die flexible Bestimmung der „nahen Angehörigen“<sup>304</sup>: Denn eine enge familiäre Beziehung kann zwischen weit entfernt oder nicht verwandten Personen genauso bestehen wie zwischen engen Familienangehörigen; darüber hinaus muss eine solche auch zwischen engen Familienangehörigen nicht immer vor-

301 *Gilliard*, ZSR 1967/2, 253 und 256.

302 *Giovannoni*, ZSR 1977/1, 38f.

303 *Gurzeler*, Beitrag 148f.

304 Ganz in diesem Sinne *Gurzeler*, Beitrag 148f.

liegen. **Deshalb ist der Begriff der „Angehörigen“ in Art. 47 OR nicht im rechtlichen Sinne zu verstehen.**

f) Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts (Principles)

Bleibt nur noch festzustellen, welche Aussagen über das Vorliegen einer engen familiären Beziehung nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts gemacht werden können. Im Kommentar<sup>305</sup> heißt es dazu, dass faktisch getrennt lebende Ehegatten nicht zu den „nahen Angehörigen“ zählen sollen, eine eheähnliche Lebensgemeinschaft die „Angehörigeneigenschaft“ aber selbst bei Ehebruch begründen könne: Dazu wird der Fall genannt, dass der Getötete seit zehn Jahren mit seiner Lebensgefährtin zusammenlebte und mit ihr zwei Kinder hatte, während er zu seiner Ehegattin schon seit Jahren keinen Kontakt mehr hatte. Auch für die „Angehörigeneigenschaft“ gleichgeschlechtlicher Lebensgefährten spreche einiges. Im vorliegenden Beispielfall wird die „Angehörigeneigenschaft“ des guten Geschäftsfreundes dagegen mit der Begründung verneint, **dass man sich bei der Normierung des Art. 10:301 Abs1 PETL von der Vorstellung einer „Familie“<sup>306</sup> habe leiten lassen.** Soll das bedeuten, dass ein Anspruch von Freunden in keinem Fall in Frage kommt? Im vorliegenden Fall bestand die Familie des Erstgeschädigten zweifelsohne aus seiner langjährigen Lebensgefährtin und seinen beiden aus der Lebensgemeinschaft stammenden Kindern.

Was gilt jedoch in Fällen, in denen der Erstgeschädigte keinen Partner oder keine Kinder hat? Wäre es nicht naheliegend, dass in solchen Fällen zu einem guten und langjährigen Freund eine vergleichbar enge Beziehung bestanden hat, wie sie gewöhnlich zwischen engen Familienangehörigen besteht? **Auch Freunde können in besonderen und seltenen Fällen zum engen Familienkreis des Erstgeschädigten zählen, wenn sie gemeinsam durchs Leben gehen und einander beistehen.** Geht man vom Erfordernis einer engen Nahebeziehung aus, die als eine enge familiäre Beziehung zu verstehen ist, ist der Kreis „naher Angehöriger“ grundsätzlich nicht begrenzt. Vielmehr ist danach zu fragen, welche Nahebeziehungen den **Lebensmittelpunkt** des Erstgeschädigten ausmachen: Wer steht dem Erstgeschädigten am nächsten und hat zu ihm eine enge familiäre Beziehung? Freunde in jedem Fall von einem Schmerzengeldanspruch auszuschließen, kann daher **nicht im Sinne der Bestimmung** sein. Denn es sind Fälle

305 Rogers in *European Group on Tort Law*, PETL Rz 8 und 16.

306 **Was ist eine „Familie“?** Die tatsächlichen Lebensverhältnisse und das Gefühlsleben sollen im Vordergrund stehen – so Knoche, Partner 69. Dem ist aber anzumerken, dass bei Schock- und Trauerschäden andere Überlegungen eine Rolle spielen als z. B. im Erbrecht.

denkbar, in denen der Freund oder die Freundin eine Stellung einnehmen, wie sie sonst engen Familienangehörigen zukommt: z. B. wenn eine Freundin die Erstgeschädigte schon bei der Geburt ihres Kindes begleitet und auch später bei Angelegenheiten der Kindererziehung immer beraten hat, weil die Erstgeschädigte alleinerziehende Mutter war und sich nicht an den Vater des Kindes wenden konnte. Der genannte Fall lässt eindeutig erkennen, dass es auch Fällen geben kann, in denen zwischen Freunden eine enge familiäre Beziehung besteht. Ein Indiz dafür kann u. a. das Nichtvorhandensein eines Lebenspartners oder eigener Kinder sein. Das kann nämlich dazu führen, dass freundschaftliche Beziehungen im Lebensmittelpunkt des Erstgeschädigten stehen. Außerdem lässt nur eine so enge Verbundenheit erwarten, dass man sich im Falle schwerer Krankheit oder eines Gebrechens umeinander kümmert, wechselseitig Hilfe leistet, den Erstgeschädigten pflegt und für sein Wohlbefinden Sorge trägt.

Art. 10:301 Abs1 PETL spricht ohne nähere Begriffsbestimmung von „schwersten“ Verletzungen des Erstgeschädigten. Auch der Kommentar schweigt darüber. Damit **wollte man wohl die Auffassung ausdrücken**, dass den „nahen Angehörigen“ im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten **nur in besonders schweren Fällen** ein Schmerzensgeld zukommen soll. Nichts anderes gilt grundsätzlich nach dem französischen und schweizerischen Recht. Allerdings hat man dort klargestellt, dass es für einen Schmerzensgeldanspruch auf das Vorliegen eines Gefühlsschadens bzw. einer schweren Persönlichkeitsverletzung (d. h. auf schweres seelisches Leid) der „nahen Angehörigen“ ankommt und nicht starr an einen bestimmten Schweregrad des Erstschadens anknüpft werden kann. In Österreich wurde bisher nur in Todesfällen ein Schmerzensgeld für Gefühlsschäden zugesprochen. **Der OGH muss sich erst der verantwortungsvollen Aufgabe stellen, für Gefühlsschäden durch die Verletzung des Erstgeschädigten Zurechnungskriterien zu entwickeln. Das schweizerische und französische Recht haben gezeigt, dass das starre Anknüpfen an einen bestimmten Schweregrad des Erstschadens zu ungerechten und nicht zufriedenstellenden Ergebnissen führt. Deshalb wird dem OGH nahegelegt, einem solchen Verständnis nicht zu folgen. Gerecht und für die Zukunft tauglich ist nämlich nur ein flexibleres Verständnis, das dem Einzelfall Rechnung trägt.** Die zu enge Begrenzung der Haftung für Gefühlsschäden setzt auch der Gleichwertigkeit psychischer und physischer Schäden eine Grenze.

#### g) Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen

Die zu untersuchenden Rechtsordnungen und die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts haben sich zugunsten eines **flexiblen Systems zur Bestimmung der „nahen Angehörigen“** entschieden. **Im Gegensatz dazu** sieht die Entschließung des Euro-

parates vom 14. 3. 1975 in den Grundsätzen 13 und 19 eher eine starre Begriffsbildung vor<sup>307</sup>: Die in Betracht kommenden Personen sind abschließend aufgezählt; zudem ist der Begriff im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten enger gefasst als im Falle der Tötung; so kommen bei außergewöhnlichem seelischen Leid durch die Verletzung des Erstgeschädigten der Ehegatte und die Eltern für einen Schmerzensgeldanspruch in Frage, bei der Tötung des Erstgeschädigten aber auch der Verlobte und die Kinder, wenn eine enge Nahebeziehung vorlag. Diese Grundsätze werden in der Rechtsprechung und Lehre zwar immer wieder als **Richtlinie** erwähnt<sup>308</sup>, tatsächlich entsprechen sie aber nicht der heutigen Rechtslage in den zu untersuchenden Rechtsordnungen.

Die Ausführungen haben auch gezeigt, dass die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ **eng mit anderen Fragen verbunden** ist, wie insbesondere der Frage nach dem erforderlichen Schweregrad des Erstschadens. Diese Frage ist nicht nur für Gefühlschäden relevant, sondern auch für Schockschäden. Während Schockschäden infolge einer schweren Verletzung des Erstgeschädigten als anerkannt gelten<sup>309</sup>, ist es fraglich, ob auch unter dieser Schwelle ein Ersatz in Betracht kommt. Folgender Beispielfall wird in diesem Zusammenhang oft genannt<sup>310</sup>: Das OLG Dresden hat im Jahr 1941 die Klage eines Mannes abgewiesen, der einen Schockschaden durch die Nachricht vom Armbruch seines Sohnes geltend machte. Im vorliegenden Fall fehlte ein verständlicher Anlassfall für den Schockschaden. *Karczewski* führt aus, dass das Miterleben der ernsthaften Gefährdung eines „nahen Angehörigen“ nach der medizinischen Wissenschaft zur Zufügung eines Schockschadens geeignet sei<sup>311</sup>. So könne es Fälle geben, in denen der Erstgeschädigte zwar nur leicht oder gar nicht verletzt wurde, darüber hinaus aber ernsthaft gefährdet war. Zudem können die Verletzungen des Erstgeschädigten zunächst schwerer erscheinen, als sie tatsächlich sind. Deshalb sei auch bei Schockschäden eine **allzu starre Begrenzung auf einen bestimmten Schweregrad der Erstverletzung abzulehnen**, um dem Einzelfall Rechnung tragen zu können.

Abschließend kann man daher festhalten, dass die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts und alle zu untersuchenden Rechtsordnungen den Begriff der „nahen Angehörigen“ nach der faktischen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bestimmen: Die formale Familienzugehörigkeit ist nicht entschei-

---

307 *Danzl*, ZVR 2000, 400; *Wiesbauer*, RZ 1977, 5 und 24ff.

308 *Huber*, ZVR 2000, 230.

309 *Heldermann*, Schadenersatz 144f; *Karczewski*, Schockschäden 373; *Karner*, ZVR 1998, 187; *Karner*, *ecolex* 2001, 37; *Koch/Koziol*, Schadenersatz für Körperverletzung in Österreich, in *Koch/Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective 4 (21).

310 *Karczewski*, Schockschäden 374f; *Karner*, ZVR 1998, 188.

311 *Karczewski*, Schockschäden 376f.

dend, sondern eine intensive Gefühlsgemeinschaft (enge Nahebeziehung). Dabei wird auf eine enge familiäre Beziehung abgestellt, wie sie gewöhnlich zwischen Eltern und ihren Kindern sowie zwischen Ehegatten besteht. Deshalb können auch weit entfernt Verwandte oder nicht verwandte Personen zu den „nahen Angehörigen“ zählen. Bisher wurde das jedoch selten für Freunde ins Auge gefasst, obwohl auch für sie nichts anderes gelten kann. Denn das Verständnis der „Familie“ hat sich insofern gewandelt, als auch faktische Naheverhältnisse zu berücksichtigen sind. Ausgehend von diesem Verständnis kommt man in Hinblick auf den Begriff der „nahen Angehörigen“ zu übereinstimmenden Ergebnissen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts. **Zusammenfassend wird versucht, für den Begriff der „nahen Angehörigen“ eine allgemeine Definition zu finden.**

**Damit ist zunächst ein eigenständiger Begriff gemeint, der einen bestimmten Personenkreis umschreibt. Dieser Personenkreis erleidet einen Schock- oder Trauerschaden aufgrund seiner engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten. Der Begriff „nahe Angehörige“ ist von jenem der Familienangehörigen deutlich abzugrenzen, weil auch zwischen Familienangehörigen nicht immer eine enge Nahebeziehung besteht. Der Begriff „Angehörige“ ist also nicht im rechtlichen Sinn zu verstehen, sondern nach den tatsächlichen Lebensverhältnissen. Der Zusatz „nahe“ drückt aus, dass nur ein kleiner Personenkreis dafür in Frage kommt. Durch das Abstellen auf die enge Nahebeziehung wird sichergestellt, dass nur jene Personen dazu zählen, die durch die Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten schweres seelisches Leid erfahren. Um das Vorliegen einer engen Nahebeziehung und damit die Existenz und den Umfang eines Schock- oder Trauerschadens nachvollziehbar zu machen, wird diese an objektive Kriterien angeknüpft. Insofern kommt der formalen Familienzugehörigkeit, dem Bestehen einer Wohngemeinschaft, dem Vorliegen eines Pflege- oder Betreuungsverhältnisses bzw. dem regelmäßigen Kontakt zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten große Bedeutung zu.**

Durch die Entwicklung objektiver Kriterien können allfällige Bedenken<sup>312</sup> ausgeräumt werden, die gegen die Überprüfung zwischenmenschlicher Naheverhältnisse, die Schwierigkeiten ihrer Feststellung und in Hinblick auf die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ geäußert werden.

312 *Carbonnier*, ZBJV 1964, 309; *Greiter*, RZ 2005, 86f; *Jaeger/Luckey*, Schmerzengeld Rz 233f; *Jaeger/Luckey*, Schadenersatzrecht Rz 79; *Karner*, ZVR 1998, 184; *Karner*, ZVR 2001, 208; *Karczewski*, Schockschäden 312; *Kötz* in FS Caemmerer 409; *Kozioł*, Haftpflichtrecht F<sup>3</sup> Rz 11/11; *Leitzenberger*, Presse 2005/12/03, Rechtspanorama vom 21.3.2005; *Lorenz*, Immaterieller Schaden 51ff; *Medicus*, Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht\*, JuS 2005, 289 (291); *Schobel*, RdW 2002, 207; *Teff*, LQR 1983, 105; *Ullmann*, FamRZ 1988, 803; *Vorndran*, ZRP 1988, 295; *Wagner*, JZ 2004, 326f.

**Die Begriffsbildung ist aber keineswegs so einfach wie es zunächst scheint.** Der Begriff der „nahen Angehörigen“ wird in der Rechtsprechung und Lehre zwar schon seit längerem verwendet, aber **selten klar abgegrenzt und daher mit dem Begriff der Familienangehörigen verwischt**: Sehr oft ist nur von den „Angehörigen“ die Rede, ohne eine Definition dafür zu liefern<sup>313</sup>; ebenso wird der Begriff der „nahen Angehörigen“ missverständlich verwendet und statt von nahen Verwandten von „nahen Angehörigen“ gesprochen<sup>314</sup>. *Park* spricht etwa davon, dass bei getrennt lebenden Ehegatten die „Angehörigeneigenschaft“ nicht für einen Anspruch reicht, obwohl er eigentlich die formale Familienzugehörigkeit meint<sup>315</sup>. Der Begriff der „Angehörigen“ wird auch unterschiedlich weit gefasst: Während *Park* von einem rechtlichen Verständnis ausgeht und nur Ehegatten, Eltern und Kinder dazu zählt, geht etwa *Kadner* davon aus, dass auch Verlobte und Lebensgefährten dazugehören<sup>316</sup>. *Karner* spricht von „Angehörigen“ und sonstigen nahestehenden Personen<sup>317</sup>. Während *Dunz* ausdrücklich von „nahen Angehörigen“ spricht und sich auch zur Bedeutung des Begriffes äußert, definiert *Odersky* den Begriff der „nahen Angehörigen“ nicht und hält bloß fest, dass dieser der Auslegung durch die Gerichte bedarf<sup>318</sup>. *Wagner* spricht von „nahen Angehörigen im sozialen Sinn“ und meint damit, dass auch faktisch nahestehende Personen, die keine formale Familienzugehörigkeit aufweisen, zu den „nahen Angehörigen“ zählen<sup>319</sup>. *Karczewski* spricht von „nahen Angehörigen“ und meint damit die engen Familienangehörigen<sup>320</sup>. Damit sollen bloß einige Beispiele genannt sein, um die Schwierigkeit aufzuzeigen, den Begriff der „nahen Angehörigen“ zu bestimmen und klar abzugrenzen.

Die rechtsvergleichende Betrachtung der Frage, was die „nahen Angehörigen“ sind, setzt außerdem voraus, dass es einen solchen Begriff in den zu untersuchenden Rechtsordnungen überhaupt gibt. Im deutschen Sprachraum wird zwar gern von „Angehörigen“ und „nahen Angehörigen“ gesprochen, die Bedeutung kann aber sehr unterschiedlich sein, so dass meist auf den **Sinnzusammenhang** abzustellen ist. Im französischen Recht kommt ihm am ehesten der Begriff „les proches“ nahe. Auch in

---

313 *Stoll*, Haftungsfolgen 362ff.

314 LG Frankfurt 2/12 O 50/67, NJW 1969, 2286 (2287); LG Tübingen 1S 107/67, NJW 1968, 1187; *Aeppli/Casanova* in *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> Art. 49 151.

315 *Park*, Schockschäden nach § 823 Abs1 BGB 180.

316 *Park*, Schockschäden nach § 823 Abs1 BGB 178 und 181; *Kadner*, ZEuP 1996, 148.

317 *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 103.

318 *Dunz*, MedR 1985, 269; *Odersky*, Schmerzensgeld 22.

319 *Wagner*, JZ 2004, 326.

320 *Karczewski*, Schockschäden 355.

Frankreich ist jedoch auf den Sinnzusammenhang abzustellen, weil die begriffliche Bezeichnung und deren Bedeutung sehr unterschiedlich sein können („les proches parents“, „les parents étroits“). In der französischen Rechtsprechung taucht in diesem Zusammenhang häufig der Begriff „les ayants-droit“ auf, der ebenfalls weiterer Auslegung bedarf. Das englische Recht und die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts **kennen hingegen keinen vergleichbaren Begriff**. Trotz des fehlenden Begriffes geht es aber um nichts anderes: wenn auf das Vorliegen einer engen Nahebeziehung abgestellt wird, dann wird eigentlich der Kreis der „nahen Angehörigen“ bestimmt.

## B) Einfluss der Kriterien auf die Anspruchshöhe

An dieser Stelle soll auch auf die Bemessung von Schock- und Trauerschäden eingegangen werden, weil die für das Bestehen des Schmerzensgeldanspruches relevanten Kriterien gleichzeitig für die Schmerzensgeldhöhe eine Rolle spielen. Bei der Bemessung von Schockschäden stehen die Schwere, Dauer und die Folgen der Gesundheitsverletzung im Vordergrund<sup>321</sup>. Bei Gefühlsschäden wirkt sich dagegen insbesondere die Intensität der Gefühlsgemeinschaft auf die Schmerzensgeldhöhe aus<sup>322</sup>.

In Frankreich und der Schweiz wurden bereits klare Richtlinien für die Bemessung von Gefühlsschäden entwickelt, wobei die für die „Angehörigeneigenschaft“ ausschlaggebenden Kriterien eine erhebliche Rolle spielen. In Frankreich stellen die Oberlandesgerichte jeweils für ihren Gerichtssprengel Entschädigungstabellen auf – so etwa das OLG Aix en Provence für Todesfälle<sup>323</sup>: Die höchsten Schmerzensgeldbeträge werden den Ehegatten, minderjährigen Kindern und Eltern bei häuslicher Gemeinschaft zugesprochen. Darüber hinaus erhalten minderjährige Vollwaisen erhöhte Schmerzensgeldbeträge. An nächster Stelle stehen die Eltern, deren Kind das Elternhaus bereits verlassen hat, dann volljährige Kinder, die noch im Elternhaus leben. Darauf folgen die Großeltern und Geschwister, die mit dem Verstorbenen zusammengelebt haben, dann die volljährigen Kinder, die nicht mehr im Elternhaus leben bzw. Großeltern und Geschwister ohne Wohngemeinschaft mit dem Verstorbenen. Der Kassationshof scheint eine derartige Bemessung zu würdigen und hat in der Entscheidung vom 16.10.1991 ausgesprochen, dass das Berufungsgericht Art. 1382 CC nicht verletzt hat, weil es das Schmerzensgeld der Eltern und des Bruders der Getöteten mangels Wohngemeinschaft

321 Siehe insb. OGH 2 Ob 186/03x, ZVR 2004, 21; OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (258) (*Karner*).

322 *Rey*, Haftpflichtrecht <sup>3</sup> Rz 492f.

323 *Backu*, DAR 2001, 589f; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 130f.

und einer besonders engen Nahebeziehung reduziert hat<sup>324</sup>. Weiters kommt eine Reduktion bei einem gestörten Verhältnis zum Erstgeschädigten in Betracht, so etwa bei Ehegatten, wenn ein Scheidungsverfahren auf Wunsch des Klägers eingeleitet, aber wieder eingestellt wurde und sich die Ehegatten versöhnten<sup>325</sup>.

**In Frankreich haben die Nähe des Verwandtschaftsgrades, das Bestehen einer Wohngemeinschaft und das Alter der Kinder maßgeblichen Einfluss auf die Höhe des Schmerzensgeldanspruches<sup>326</sup>.** Auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten tragen die Gerichte der Intensität der Nahebeziehung Rechnung, wobei es in besonders tragischen Fällen zu einer Erhöhung der Schmerzensgeldsumme kommen kann.

In der Schweiz werden den Ehegatten, Eltern und Kindern in absteigender Reihenfolge die höchsten Schmerzensgeldbeträge zugesprochen<sup>327</sup>. Obwohl alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, kommt es innerhalb dieser Gruppe kaum zu unterschiedlichen Schmerzensgeldsummen: So hat etwa das Alter des Kindes auf den Anspruch der Eltern bzw. auf seinen eigenen Anspruch kaum einen Einfluss; zu einer Erhöhung kann es jedoch kommen, wenn die Eltern ihr einziges Kind oder gleichzeitig mehrere Kinder verlieren. Bei Ehegatten spielen für die tatsächliche Verbundenheit insbesondere folgende Umstände eine Rolle: Hat eine enge oder eine lose Beziehung zwischen den Ehegatten bestanden; ist die Ehe harmonisch oder konfliktreich verlaufen; weiters werden das Alter des Ehegatten, die Umstände des Unfalls und Schwierigkeiten mit der Trauerarbeit berücksichtigt. Im Gegensatz zum französischen Recht erhalten erwachsene Kinder, die nicht mehr im Elternhaus leben, kaum geringere Schmerzensgeldsummen als minderjährige und haushaltszugehörige Kinder. Dabei stellt die schweizerische Rechtsprechung darauf ab, dass es dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspricht, dass Kinder irgendwann das Elternhaus verlassen und daher die persönliche Verbundenheit entscheidend ist<sup>328</sup>. **Das BG stellt insbesondere auf den Verwandtschaftsgrad als objektiven Anhaltspunkt ab und vermutet, dass das seelische Leid umso größer ist, je näher die Verwandtschaft ist (sogenannte Stufentheorie)<sup>329</sup>.** Es ist aber auch das Gefühlsleben zu berücksichtigen. Ehegatten ist nach ständiger Rechtsprechung die höchste Schmerzensgeldsumme zuzusprechen, weil ihre Lebensgemeinschaft gewöhnlich länger andauert als jene zwischen Eltern und Kindern. Mittlerweile

324 Cass civ 2<sup>e</sup> 16.10.1991, Pourvoi n°90-15.574.

325 Cass civ 2<sup>e</sup> 15.5.1992, Pourvoi n°90-19.961.

326 Bloch/Radé in Koch/Koziol, Personal Injury Rz 78.

327 Brehm in Koch/Koziol, Personal Injury Rz 122 und 125ff.

328 Ducksch/Guerrero/Hütte, Genugtuung<sup>3</sup> I/27.

329 Ducksch/Guerrero/Hütte, Genugtuung<sup>3</sup> I/25f; Eustacchio, Tötung von Familienangehörigen 136f; Hütte, SJZ 1974, 274; Zustimmend – OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (258f) (Kamerer).

erhalten aber auch Eltern beim Verlust eines Kindes annähernd so viel wie Ehegatten, weil die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung trägt, dass der Verlust eines Kindes von den Eltern oft nur schwer überwunden werden kann. Die Untergerichte bekennen sich weitgehend zu einer **2-Phasen-Methode**. Das BG hat diese zunächst abgelehnt, weil nicht schematisch vorgegangen werden darf und der Geldbetrag nach den Umständen des Einzelfalles festzulegen ist. Später hat sie das BG unter der Voraussetzung anerkannt, dass die Basissumme nur eine Richtlinie ist und die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden<sup>330</sup>. Genau dafür tritt auch Hütte ein: In der ersten Phase ist von einer **Basissumme**, dem Durchschnitt der Schmerzensgeldbeträge aus allen relevanten Urteilen auszugehen, welche abgestuft nach dem Verwandtschaftsgrad festzustellen ist; in der zweiten Phase ist die Basissumme je nach den Umständen des Einzelfalles zu erhöhen oder zu reduzieren. **Erhöhende Umstände** können sich aus dem schädigenden Ereignis, der Nahebeziehung zum Erstgeschädigten oder aus sonstigen Umständen ergeben<sup>331</sup>. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass das schwere Verschulden des Schädigers sowie die Sinnlosigkeit und Vermeidbarkeit der Tat den Schmerz der „nahen Angehörigen“ vertiefen können. Außerdem kann ein besonders inniges Verhältnis eine Erhöhung rechtfertigen, wofür den Kläger die Beweislast trifft<sup>332</sup>: Als Indizien dienen u. a. das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft, die Dauer des Zusammenlebens, gemeinsame Interessen, enger Kontakt, das Vorliegen einer besonderen Zuneigung z. B. bei Pflege- oder Betreuungsverhältnissen, die testamentarische Erbfolge und die Trauerarbeit. Kein besonders inniges Verhältnis<sup>333</sup> liegt regelmäßig dann vor, wenn die Scheidung beantragt wurde, der gemeinsame Haushalt wegen Streit verlassen wurde oder schon jahrelang kein Kontakt bestand. Sonstige erhöhende Umstände können sein<sup>334</sup>: das Auftreten gesundheitlicher Probleme (sofern nicht ohnehin ein Schockschaden geltend gemacht wird), das noch jugendliche Alter des Getöteten bzw. sein plötzlicher und unerwarteter Tod sowie die besondere Tragik des Falles (der gleichzeitige Tod mehrerer „Angehöriger“; besondere Anlässe wie z. B. Tod auf der Hochzeitsreise, Tod unmittelbar nach dem erfolgreichen Abschluss einer Ausbildung bzw. zu Beginn der Karriere). **Während den Kläger die Beweislast für alle erhöhenden Umstände trifft, gilt das hinsichtlich aller reduzierenden Umstände für den Beklagten**<sup>335</sup>: Dazu zählen insbesondere das Mitverschulden des Erstgeschädigten, die Störung der

330 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> 0/2ff; siehe etwa *Hütte*, HAVE 2002, 127ff.

331 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/38 und I/41.

332 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/43f.

333 Wirkt reduzierend, sofern der Nachweis einer engen Nahebeziehung überhaupt noch gelingt.

334 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/46f.

335 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/45 und I/48ff.

Nahebeziehung zum Erstgeschädigten (Indizien sind u. a. die Affäre eines Ehegatten, heftige Auseinandersetzungen unter den Ehegatten, eine baldige Wiederverheiratung, die Einleitung eines Scheidungsverfahrens, die Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft bzw. die Trennung der Familie), die niedrigere Lebenserwartung des Erstgeschädigten sowie geringere Lebenserhaltungskosten im Ausland<sup>336</sup>. Bei Gefühlsschäden durch die **Verletzung des Erstgeschädigten** haben sich auch in der Schweiz noch weniger Regeln für die Bemessung herausgebildet. Auch hier ist es entscheidend, das seelische Leid der „nahen Angehörigen“ aufgrund objektiver Umstände zu ermitteln<sup>337</sup>: Insbesondere ist auf die Schwere und die Art des Erstschadens, das Vorhandensein eines gemeinsamen Haushalts, die Intensität der Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten sowie die Beeinträchtigung der Lebensführung des Zweitgeschädigten durch die Pflege, Rücksichtnahme und sonstige nachteilige Veränderung seiner Lebensverhältnisse abzustellen<sup>338</sup>.

Wie in Frankreich und der Schweiz ist die Intensität der Nahebeziehung auch in **Österreich** für die Schmerzensgeldhöhe entscheidend<sup>339</sup>: So hat der OGH das Schmerzensgeld für den Trauerschaden des Sohnes deutlich höher bemessen als für den Bruder, weil zwischen Sohn und Mutter ein besonders inniges Verhältnis bestand und der Schmerz beim Verlust des Bruders in aller Regel unter dem beim Verlust eines Elternteils liegt. *Karner* schließt sich der schweizerischen Stufentheorie an, betont jedoch gleichzeitig das Abstellen auf die Umstände des Einzelfalles<sup>340</sup>: **Jene objektiven Umstände, die für den Nachweis einer engen Nahebeziehung dienen, wirken sich auch auf die Schmerzensgeldhöhe aus** (insbesondere die Nähe des Verwandtschaftsgrades, das Bestehen einer Wohngemeinschaft oder auch das Alter des Erst- und Zweitgeschädigten). **Der Entwurf für das neue österreichische Schadenersatzrecht hält sogar ausdrücklich fest**, dass die für den Anspruchsgrund maßgeblichen Kriterien auch für die Anspruchshöhe relevant sind (§ 1316 Abs5): insbesondere der Rang des verletzten Rechtsguts, die objektive Nachvollziehbarkeit, das Ausmaß und die Dauer der Beeinträchtigung sowie die Schwere der Zurechnungsgründe<sup>341</sup>. Daneben soll es nach §

336 *Hütte*, HAVE 2002, 130f; BGE 123 III 10; s. a. BGE 125 II 554 = AJP 2000, 1023 (*Zehntner*) (OHG).

337 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/88.

338 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/92; AH Bern Nr. 180/I/92, ZBJV 1995, 120 (122) (*Beck*); BGE 112 II 220; BGE 112 II 226; BGE 116 II 519; BGE 117 II 50; BGE 118 II 404 (409).

339 *Danzl*, ZVR 2005, 84; OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, Rechtspanorama vom 30.5.2005 (*Kommenda*) = JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165 = ÖJZ-LSK 2005/195; s. a. *Kath*, Schmerzensgeld 128ff.

340 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (258f) (*Karner*).

341 *Griss*, JBl 2005, 282f.

1317 möglich sein, eine niedrigere Schmerzensgeldsumme festzusetzen, wenn es der Billigkeit entspricht: der volle Ersatz muss für den Schädiger eine unverhältnismäßige und drückende Last bedeuten und die Teilentschädigung muss dem Geschädigten zumutbar sein; das ist insbesondere nach der **Schwere der Zurechnungsgründe** und den wirtschaftlichen Verhältnissen beider Parteien zu beurteilen.

Die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts sehen vor, dass auf **alle Umstände des Einzelfalles** abzustellen ist, besonders aber auf die Schwere, Dauer und die Folgen des Schadens (Art. 10:301 Abs2 PETL)<sup>342</sup>. Das **Verschulden des Schädigers** kann in die Bemessung des Schmerzensgeldes einfließen, wenn es bezeichnend zum Schaden beigetragen hat, was jedoch nur bei vorsätzlichem und bewusst rücksichtslosem Verhalten in Betracht kommen soll. Bei Schockschäden stellt die Körperverletzung einen objektiven Anhaltspunkt dar. **Besonderes Leid** kann zu einer Erhöhung führen, dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass **gleichgelagerte Fälle auch gleich behandelt** werden sollen (Art. 10:301 Abs3 PETL)<sup>343</sup>.

Zusammenfassend kann man also festhalten, dass für Gefühlsschäden ein **System der doppelten Begrenzung** besteht, weil die Intensität der Gefühlsgemeinschaft nicht nur für das Bestehen des Schmerzensgeldanspruches, sondern auch für die Schmerzensgeldhöhe entscheidend ist. Freilich sind alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, die Intensität der Gefühlsgemeinschaft hat aber maßgeblichen Einfluss auf die Schmerzensgeldbemessung<sup>344</sup>: Während sich diese **bei Schockschäden** vordergründig an der **Körperverletzung als objektiven Anhaltspunkt** orientiert, steht **bei Gefühlsschäden die Intensität der Gefühlbindung** im Mittelpunkt der Erwägungen, **um den Schaden nachvollziehbar zu machen und zu bestimmen**. So kann einerseits erhöhend berücksichtigt werden, dass der Erst- und der Zweitgeschädigte in einem Haushalt zusammenlebten oder sonst ein besonders inniges Verhältnis zueinander hatten, andererseits kann sich ein gestörtes Verhältnis zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten oder der Umstand reduzierend auswirken, dass ein „naher Angehöriger“ den Verlust leichter erträgt als ein anderer. Darüber kann man auch **grenzwertigen Fällen** Rechnung tragen, wo zwar der Nachweis einer engen Nahebeziehung gelingt, aber doch einiges für eine Reduktion spricht.

342 *Rogers in European Group on Tort Law*, PETL Rz 9.

343 *Rogers in European Group on Tort Law*, PETL Rz 11.

344 **Bemessung in einem beweglichen System** – *Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser* in *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI Rz IV/48.

### C) Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“

Nachdem der Begriff der „nahen Angehörigen“ eingehend erörtert wurde, stellt sich die Frage, warum der Begriffsbildung Bedeutung zukommt. Bildet die „Angehörigeneigenschaft“ eine **Haftungsgrenze** für Schmerzensgeldansprüche Dritter? Das heißt, muss man ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten sein, um Ersatz für seinen Schock- oder Trauerschaden zu erhalten? Sollte die „Angehörigeneigenschaft“ für das Bestehen des Schmerzensgeldanspruches eine Rolle spielen, ist außerdem fraglich, **wie dadurch eine Begrenzung vorgenommen wird**: Ist sie für den Schadensnachweis bedeutsam, wird sie in Schutzbereichüberlegungen einbezogen oder beeinflusst sie die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs, der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens?

Bei der Klärung dieser Frage stößt man auf grundlegende Unterschiede, soweit sich in den zu untersuchenden Rechtsordnungen unterschiedliche **Haftungsvoraussetzungen** für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden herausgebildet haben.

#### 1. Rechtsvergleichende Untersuchung

Welche Bedeutung hat es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen und den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden, wenn man ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten ist? Ein genauer Blick offenbart die **mehrfach privilegierte Stellung** der „nahen Angehörigen“: **Es handelt sich dabei um einen ganz besonderen Personenkreis, zu dessen Gunsten Differenzierungen gerechtfertigt sind**. Die „Angehörigeneigenschaft“ bildet nämlich in den zu untersuchenden Rechtsordnungen und den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts weitgehend eine **Haftungsgrenze** für Schmerzensgeldansprüche Dritter<sup>345</sup>: Der Ersatz von Gefühlsschäden Dritter ist ausschließlich den „nahen Angehörigen“ vorbehalten und auch für Schockschäden Dritter kommt ein Ersatz nur ausnahmsweise, in ganz seltenen und besonderen Fällen ohne eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in Betracht.

Der Ersatz von **Gefühlsschäden** ist vom **Grundgedanken** geleitet, dass die Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten auch seinen „nahen Angehörigen“ schweres seelisches Leid zufügen kann. Daher soll es keinen Unterschied machen, ob ihr seeli-

345 *Deutsch* in FS Hausherr 554; *Beckwith/Giliker*, Tort 93ff; *Ranieri*, Europäisches OR 192ff; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 109f; *Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser* in *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI Rz IV/20, IV/22; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; *Karner*, ZVR 2001, 207; *Rogers* in *European Group on Tort Law*, PETL Rz 8, 16; *Fischer*, Schockschäden Dritter 45f; *Koller* in *Guhl*, Obligationenrecht<sup>9</sup> 190; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff.

sches Leid Krankheitswert erreicht und als Gesundheitsverletzung anzusehen ist. Auch unter dieser Schwelle wurde das seelische Leid „naher Angehöriger“ in England (im FAA 1976), Frankreich, Österreich und der Schweiz sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts anerkannt<sup>346</sup>, weil es selbst dann sehr schwer wiegt, wenn es nicht das Ausmaß einer Körperverletzung erreicht und Letzteres überhaupt sehr stark von subjektiven Gegebenheiten des Zweitgeschädigten abhängt, wie etwa dem Vorliegen einer Veranlagung<sup>347</sup>.

**Über die Begrenzung auf „nahe Angehörige“ wird sichergestellt**, dass es sich um schweres und nicht bloß geringfügiges seelisches Leid handelt, weil nur ein sehr kleiner Personenkreis für einen Anspruch in Frage kommt – die engsten Familienmitglieder, sei ihre Beziehung rechtlicher oder rein faktischer Natur, und zudem nur bei Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft mit dem Erstgeschädigten. Indirekt spielt auch der Schweregrad des Erstschadens eine Rolle dafür, wann ein schweres seelisches Leid der „nahen Angehörigen“ vorliegt. Denn bei einer schweren und dauerhaften Beeinträchtigung des Erstgeschädigten wird der Nachweis leichter gelingen, als bei darunter liegenden Verletzungen.

Im Gegensatz dazu hat das Miterleben des schädigenden Ereignisses für den Ersatz von **Schockschäden Dritter** besonderes Gewicht und kann einen Schmerzensgeldanspruch auch dann rechtfertigen, wenn zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten keine enge Nahebeziehung besteht. Besonders das englische Recht zeigt sehr gut, warum dem **Miterleben des schädigenden Ereignisses** so große Bedeutung zukommt<sup>348</sup>: Dort hat sich der Ersatz von Schockschäden nämlich aus dem **Gedanken** heraus entwickelt, dass das eigene Unfallerlebnis an sich zu psychischen Schäden von Krankheitswert führen kann; Schockschäden aufgrund der eigenen Gefährdung und Beteiligung am Unfallgeschehen wurden in England bereits früher anerkannt als Schockschäden, welche auf die Sorge um eine nahestehende Person zurückzuführen sind. In Deutschland, England, Österreich und der Schweiz wird **überwiegend die Auffassung** vertreten, dass ein Anspruch auch ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in Betracht kommen kann, wenn das unmittelbare Miterleben eines besonders grausamen Ereignisses eine gleichwertige Schockursache bzw. einen **gleichwertigen Zurechnungsgrund** bildet<sup>349</sup>. **Die entscheidende und zu klärende Frage lautet daher**, wann in den zu unter-

346 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (287) (*Karner*); *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 125; *Kadner*; ZEuP 1996, 141 und 144f; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (208f) (*Karner*); *Karner/Koziol*, Reform II/1 81.

347 *Ahrens/Deutsch*, Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadenersatz, Schmerzensgeld<sup>4</sup> (2002) Rz 473.

348 *Beckwith/Gilker*, Tort 85f.

349 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 120; *Fischer*, Schockschäden Dritter 45f; *Fucik/Hartl/Ofner*/

suchenden Rechtsordnungen vom unmittelbaren Miterleben eines besonders grausamen Ereignisses gesprochen wird. Tatsächlich ist das eng umgrenzt und wurde **bisher in Fällen anerkannt**, in denen der Schockgeschädigte schuldlos in die Rolle des Unfallbeteiligten gezwungen wurde, glücklicherweise keine oder nur leichte physische Schäden erlitt, aber das grausame Unfallerebnis (vorliegend die tödliche Verletzung des Erstgeschädigten) einen schweren und nachhaltigen psychischen Schaden zur Folge hatte<sup>350</sup>. Diese Fälle verdeutlichen, dass ein Ersatz für Schockschäden Dritter ohne „Angehörigeneigenschaft“ **nur in besonderen und seltenen Fällen** in Betracht kommt, wofür die **eigene Gefährdung und die Beteiligung am Unfallgeschehen** eine erhebliche Rolle spielen. Daher ist eine **Haftung** gegenüber Dritten, die in keiner engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen, **jedenfalls dann zu verneinen**, wenn sie erst nachträglich als Unbeteiligter zu einem Schadensfall hinzukommen (Augenzeugen, Retter, Einsatzkräfte) oder lediglich davon erfahren.

**Schockschäden „naher Angehöriger“** werden in den zu untersuchenden Rechtsordnungen hingegen auch bei größerer Entfernung zum Unfallgeschehen anerkannt. Das englische Recht nimmt hierbei zwar die restriktivste Haltung ein und verlangt das unmittelbare Wahrnehmen der Unfallfolgen mit eigenen Sinnen, was äußerst eng verstanden wird. In den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen sind Schockschäden „naher Angehöriger“ aber auch bei **bloßer Benachrichtigung** von der Tötung oder schweren Verletzung des Erstgeschädigten anerkannt und auch die englische Lehre tritt überwiegend dafür ein<sup>351</sup>. **Das ist auf die Auffassung zurückzuführen**, dass sich die „nahen Angehörigen“ das Leid des Erstgeschädigten zu eigen machen und es daher keinen Unterschied machen soll, ob sie das schädigende Ereignis selbst miterleben oder davon benachrichtigt werden. Darüber hinaus wird mit Erkenntnissen der **medizinischen Wissenschaft** argumentiert, wonach auch die bloße Benachrichtigung die

---

*Schlosser* in *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI Rz IV/20; *Heldermann*, Schadenersatz 106f und 109; *Karczewski*, Schockschäden 70ff und 164ff; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; *Karner*, ZVR 2001, 207; *Kramer*, ZBJV 1987, 314; *Mullis*, All ER AR 1991, 374f; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff; *Ranieri*, Europäisches OR 192f; *Steininger*, Austria, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004) 34 (43f); *Stoll*, Haftungsfolgen 364; *Teff*, LQR 1983, 102 und 104.

350 BGH VI ZR 103/84, NJW 1986, 777 = VersR 1986, 448 (*Dunz*) = VersR 1986, 240; OGH 2 Ob 120/02i, JBl 2004, 176.

351 *v. Bar*, Deliktsrecht II Rz 66; *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 198f; *Beckwith/Giliker*, Tort 93ff; *Hepple*, All ER AR 1982, 300; *Mullany*, English Psychiatric Injury Law – Chronically Depressing, LQR 1999, 30 (32ff); *Mullis*, All ER AR 1991, 371 und 376f; *Mullis*, All ER AR 1992, 443; *Lumley*, MLR 1993, 409; *Teff*, LQR 1983, 102 und 104; *Trindade*, CLJ 1986, 499; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; *Karner*, ZVR 2001, 207; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5; *Steininger*, Austria, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002) 58 (73); *Fischer*, Schockschäden Dritter 45f; *Kramer*, ZBJV 1987, 314; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff.

Gesundheit der „nahen Angehörigen“ erheblich gefährdet, weil das Miterleben eines Unfalls und die damit verbundene Sorge um einen Nahestehenden gewöhnlich nicht so schwerwiegenden Folgen nach sich zieht wie die darauffolgende Bewältigung des leidvollen Schicksals Nahestehender<sup>352</sup>. Die **Nachricht von leichten Verletzungen** des Erstgeschädigten oder einer bloßen Gefährdung desselben soll jedoch auch bei „nahen Angehörigen“ nicht genügen, um einen Schmerzensgeldanspruch zu begründen.

**Anders jedoch in Fällen**, in denen „nahe Angehörige“ eine ernstzunehmende Gefährdung des Erstgeschädigten selbst miterleben<sup>353</sup>. Von einer ernsthaften Gefahr oder **ernstzunehmenden Gefährdung** wird dann gesprochen, wenn durch das schädigende Ereignis für den Erstgeschädigten die Gefahr bestand, schwer verletzt oder getötet zu werden. Eine solche Gefahrenlage kann den „nahen Angehörigen“ selbst dann einen Schockschaden zufügen, wenn der Erstgeschädigte glücklicherweise nur leicht verletzt oder sogar unverletzt davonkommt. **Vorausgesetzt** ist das unmittelbare Miterleben des schädigenden Ereignisses: Befand sich der „nahe Angehörige“ selbst in qualifizierter Nähe zum schädigenden Ereignis, das heißt er war selbst daran beteiligt und dadurch der Gefahr einer physischen Schädigung ausgesetzt, scheint der Ersatz unproblematisch. Schwieriger sind dagegen Fallkonstellationen zu beurteilen, in denen die „nahen Angehörigen“ **keine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis** aufweisen, das Geschehen bloß beobachten und erst nachträglich als Unbeteiligter hinzukommen. In derartigen Fällen muss man die **Umstände des Einzelfalles** abwägen: insbesondere die Ernsthaftigkeit der Gefahrenlage, die Schwere der Erstverletzung und die Nähe zum schädigenden Ereignis. Ein Anspruch dürfte jedoch **nur in besonderen und seltenen Fällen** in Betracht kommen, weil es nicht einzusehen wäre, warum Retter und Einsatzkräfte, die oft mit schrecklichen Bildern konfrontiert sind, keinen Ersatz erhalten, während die „nahen Angehörigen“ bei jedem kleineren Schadensereignis Ersatz begehren können. **Entscheidend ist daher**, wann die ernsthafte Gefährdung eines „nahen Angehörigen“ so schwer wiegt, dass das Erlebte einen Schmerzensgeldanspruch begründen kann. **Völlig zutreffend umschreibt Janssen eine derartige Situation folgendermaßen**<sup>354</sup>: Der Schockschaden entsteht durch ein lebensbedrohliches, plötzliches oder angsteinjagendes Geschehen; dadurch wird der Zweitgeschädigte so erschreckt, dass die psychischen Folgen sein Leben negativ beeinflussen und das Ausmaß einer Gesundheitsverletzung erreichen. Besonders die Betrachtung des englischen Rechts zeigt,

352 *Teff*, LQR 1983, 106f; Kritisch zur englischen Rechtslage auch *v. Bar*, Deliktsrecht II Rz 69.

353 *Heldermann*, Schadenersatz 142, 144ff und 225; *Janssen*, ZRP 2003, 157; *Karczewski*, Schockschäden 376f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 193ff; CA Boardman v Sanderson, LQR 1965, 3 (*R.E.M.*); CA King v Phillips, LQR 1953, 347 (353) (*Goodhart*).

354 *Janssen*, ZRP 2003, 157.

dass derartige Fälle nicht gänzlich ausgeschlossen werden können und es sich dabei auch **keineswegs** um **bloß leichte und selbst zu tragende Schadensfälle** handelt<sup>355</sup>: In der englischen Rechtsprechung gab es bisher Fälle, in denen die Eltern durch das Beobachten einer ernsthaften Gefährdung ihres minderjährigen Kindes und das nachträgliche Hinzukommen einen Schockschaden erlitten haben. So liegt etwa der Entscheidung *Hambrook v Stokes* folgender Sachverhalt zugrunde: Eine schwangere Frau hat ihre drei Kinder ein Stück zur Schule begleitet; nachdem sie ihre Kinder allein weitergehen lässt, rast ein außer Kontrolle geratener LKW in die Richtung der Kinder; die Frau befürchtet, dass ihre Kinder von dem LKW überfahren werden, tatsächlich muss aber nur eines der Kinder mit Verletzungen ins Spital eingeliefert werden; sie erleidet durch den Vorfall einen schweren Schock, eine Fehlgeburt ist die Folge, an deren Komplikationen die Frau stirbt<sup>356</sup>. **Auffällig an den Entscheidungen in der englischen Rechtsprechung ist** die besondere Beziehung zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern, die sich insbesondere durch das Gefühl der Verantwortung, Liebe und Fürsorge der Eltern gegenüber ihren Kindern auszeichnet. Das Vorliegen einer **Gesundheitsverletzung** bildet nicht nur eine Hürde für die Schmerzensgeldansprüche Dritter in derartigen Fällen, sondern ist auch ein Indiz für die Ernsthaftigkeit der Gefahrenlage. Neben dem Gefühl der Verantwortung, Liebe und Fürsorge kann auch die längere Ungewissheit um das Wohl eines „nahen Angehörigen“ eine Rolle spielen. Bei Personen ohne eine enge Nahebeziehung wäre eine vergleichbare psychische Belastung aber zweifelsohne auszuschließen. **Das heißt die „nahen Angehörigen“ sind auch dort einer enormen psychischen Belastung ausgesetzt, wo es andere Personen nicht sind:** Im Falle der bloßen Nachricht von einer schweren Beeinträchtigung des Erstgeschädigten, weil die Tötung oder schwere Verletzung eines „nahen Angehörigen“ an sich nur schwer psychisch bewältigt werden kann, und u. U. im Falle des Miterlebens einer ernsthaften Gefährdung des Erstgeschädigten. Denn das kann für die „nahen Angehörigen“ eine ebenso große psychische Belastung darstellen, wie ihre eigene Verletzung oder Gefährdung.

Um die Problemstellung im Falle des Miterlebens einer ernsthaften Gefährdung eines „nahen Angehörigen“ zu verdeutlichen, sollen an dieser Stelle auch **zwei Beispielfälle** genannt werden: Im ersten Fall war der Zweitgeschädigte selbst gefährdet und beteiligt, im zweiten dagegen nicht.

Denkt man an die Katastrophe im Hillsborough-Stadion so würde der **erste Fall** folgendermaßen aussehen: Zwei Brüder besuchen das Fußballspiel und haben Karten für

355 CA Boardman v Sanderson, LQR 1965, 3 (R.E.M.); CA King v Phillips, LQR 1953, 347 (353) (Goodhart).

356 Barrie, Personal Injury Law <sup>2</sup> 352; Beckwith/Giliker, Tort 86; Helder mann, Schadenersatz 87f; Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes, Psychiatric Injury 34; Lunney/Oliphant, Tort Law <sup>2</sup> 301.

zwei nebeneinander liegende Plätze; es kommt zur Bewegung der Massen, als sich beide Brüder auf ihren Plätzen befinden; sie werden durch die Bewegung der Massen getrennt und können sich nicht mehr sehen; als sich der eine Bruder (der Zweitgeschädigte) befreien kann, sucht er verzweifelt unter den Toten und schwer Verletzten nach seinem Bruder, er kann ihn jedoch nicht finden; es bietet sich ihm ein schreckliches Bild, die Suche macht ihn noch verzweifelter, er befürchtet das Schlimmste; nach längerer Suche kann er seinen leicht verletzten Bruder (den Erstgeschädigten) befreien, die Freude, dass sein Bruder nicht schwer verletzt wurde und beide überlebt haben, ist groß, doch führt das Ereignis beim Zweitgeschädigten zu einer psychischen Erkrankung; er kann die Bilder nicht vergessen, die tiefe Sorge um den Bruder, die verzweifelte Suche und die Ungewissheit um sein Wohl waren erdrückend, obwohl sie beide überlebten, belastet ihn das Ereignis psychisch schwer.

Im **zweiten Beispielfall** verlässt der Zweitgeschädigte (einer der Brüder) kurz die Sitzplätze, um am Ausschank Getränke für ihn und seinen Bruder zu kaufen; da er sich durch die vielen Menschen durchzwängen muss, nimmt das längere Zeit in Anspruch; als er sich mit den Getränken auf den Rückweg machen will, hat die Katastrophe schon ihren Lauf genommen; er selbst war zwar nicht im Gefahrenbereich, weil er gerade Getränke am Ausschank gekauft hat, wird aber durch die Geschehnisse psychisch geschädigt: Vorbei an leblosen Körpern versucht er wieder zu den Plätzen zu kommen, beginnt verzweifelt nach seinem Bruder zu suchen; das schreckliche Ausmaß der Katastrophe und die erfolglose Suche in der Nähe der Sitzplätze verstärken seine Verzweiflung nur noch; es erscheint bereits hoffungslos, bis sich sein Bruder mit dem Handy bei ihm meldet, er hatte Glück und konnte sich nach einiger Zeit selbst befreien; durch die Bewegung der Massen wurde er an den äußeren Rand des Sektors gedrängt und weiter entfernt von den Sitzplätzen unter anderen Menschen begraben, blieb aber nahezu unverletzt.

**Zusammenfassend** kann man daher festhalten, dass die Sonderbeziehung zwischen „nahen Angehörigen“ **mehrfach eine besondere Behandlung** zulässt, **wo ein Schadensfall die Gesundheit der „nahen Angehörigen“ in hohem Maße gefährdet** oder die „nahen Angehörigen“ durch die Verletzung oder Tötung des Erstgeschädigten schweres seelisches Leid erfahren.

Wie das Wort „Dritte“ schon sagt, handelt es sich dabei um eine **besondere Fallkonstellation**, in der der Schock- oder Gefühlsschaden einer Person nicht auf die eigene Verletzung und Gefährdung, sondern vielmehr auf die Beeinträchtigung einer anderen Person zurückzuführen ist. Für diese Fälle bildet die „Angehörigeneigenschaft“ eine **maßgebliche und auch hinreichende Haftungsgrenze**. Dadurch werden nämlich auch bei Großschadensereignissen eine Vielzahl möglicher Klagen ausgeschlossen: So kann

nicht jeder, der zu einem Schadensfall hinzukommt, diesen beobachtet oder davon erfährt, einen Ersatz für seinen Gefühls- oder Schockschaden geltend machen, der auf das Schicksal einer anderen Person zurückzuführen ist. Das ist nur einem kleinen Personenkreis vorbehalten, der entweder selbst an einem folgenschweren schädigenden Ereignis unmittelbar beteiligt war oder zu einem Beteiligten in einer engen Nahebeziehung steht. Denn nur in diesen Fällen stellt das Schicksal anderer Menschen eine **besondere psychische Belastung dar, die ein Schmerzensgeld rechtfertigt**.

Um Dritte, die in keiner engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen, von einem Ersatz auszuschließen, wird gerne darauf hingewiesen, dass man als Dritter psychisch stark genug sein muss, um ein schädigendes Ereignis zu bewältigen<sup>357</sup>. Entscheidend ist jedoch vielmehr, dass man sich das Schicksal „naher Angehöriger“ ganz besonders zu Herzen nimmt. Deshalb können andere Dritte **mangels enger Nahebeziehung** zum Erstgeschädigten nur in besonderen und seltenen Fällen Ersatz erhalten, in denen eine **vergleichbare psychische Belastung** durch den Schadensfall vorliegt. Letzteres wurde bisher im Falle eines qualifizierten Unfallereignisses bejaht, bei dem der Zweitgeschädigte schuldlos in die Rolle des Unfallbeteiligten hineingezwungen wurde, zumindest gefährdet war, selbst einen physischen Schaden zu erleiden, oder leichtere physische Schäden erlitten hat oder wenn es sich um ein folgenschweres Schadensereignis handelte, bei dem der Erstgeschädigte getötet wurde. **Völlig zutreffend unterscheidet das englische Recht** zwischen Schockgeschädigten, die selbst am schädigenden Ereignis beteiligt waren und entweder selbst verletzt wurden oder zumindest so ernsthaft gefährdet waren, dass sie Grund dazu hatten, eigene physische Schäden zu befürchten, und jenen Schockgeschädigten, die in einer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen bzw. zu einem von ihnen, wenn es mehrere Erstgeschädigte gibt<sup>358</sup>. Die Höchstrichter wollten sich in *Alcock* zwar zunächst die Möglichkeit offenhalten, dem „**bloßen Beobachter**“ eines grausamen Ereignisses selbst dann Ersatz zu gewähren, wenn er in keiner engen Nahebeziehung zu einem Erstgeschädigten steht<sup>359</sup>.

Für den Schmerzensgeldanspruch eines solchen „bloßen Beobachters“ besteht jedoch auch im englischen Recht **kaum ein Spielraum**, weil das v. a. bei Großschadensereignissen eine Vielzahl von Klagen nach sich ziehen könnte und eine **Gesundheitsverletzung** daher **allein nicht ausreicht, um die Haftung zu begrenzen. Um eine Vielzahl von**

357 *Heldermann*, Schadenersatz 110f.

358 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation 54f; *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 351f; *Beckwith/Gilker*, Tort 93ff; *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 72; *Pretto*, ERPL 2003/3, 425; *Heldermann*, Schadenersatz 39; *McManus/Russell*, Delict 76f.

359 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (908f, 915, 919 und 930); *Mullis*, All ER AR 1991, 374f.

**Klagen vorweg auszuschließen**, muss deshalb der anspruchsberechtigte Personenkreis begrenzt werden, was über die „Angehörigeneigenschaft“ in hinreichendem Maße erfolgt, soweit der Schockgeschädigte keine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis aufweist. Dieses Problembewusstsein musste sich auch in England erst nach und nach entwickeln, weshalb die neuere Rechtsprechung und auch die Lehre die „Angehörigeneigenschaft“ als Haftungsgrenze in den Vordergrund rücken<sup>360</sup>.

Nachdem nun allgemein klargestellt wurde, dass die „Angehörigeneigenschaft“ von maßgeblicher Bedeutung für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden ist, kann auf die Besonderheiten der einzelnen Rechtsordnungen und der Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts näher eingegangen werden. Den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts kann man zunächst nur wenig über die Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ entnehmen<sup>361</sup>: Während diese für den Ersatz von Gefühlschäden Dritter unabdingbar ist, kommt ein Ersatz für Schockschäden Dritter auch ohne diese in Betracht, weil **Art. 10:301 Abs1 PETL** im Falle der Körperverletzung ein Schmerzensgeld ausdrücklich vorsieht und somit eine allgemeine und mit den vorhandenen Regelungen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen durchaus vergleichbare Grundlage für den Ersatz von Schockschäden schafft. Weder dem Kommentar, noch den Grundsätzen kann man jedoch nähere Ausführungen entnehmen, weshalb auf die weiterführende Analyse der zu untersuchenden Rechtsordnungen zu verweisen ist.

## 2. Länderweise Untersuchung betreffend Schockschäden

### a) Deutschland

#### *Juristischer Körperverletzungsbegriff als Haftungsgrenze*

In Deutschland hat die „Angehörigeneigenschaft“ insofern nur nachrangige Bedeutung, als einerseits kein Ersatz für Trauerschäden gewährt wird und andererseits über Schutzbereichüberlegungen hohe Anforderungen an eine Gesundheitsverletzung gestellt werden<sup>362</sup>. Schon durch das Erfordernis einer Gesundheitsverletzung iSd § 823

360 Richter Bridge in HL McLoughlin v O'Brian and others All ER 1982, 298 (317); HL White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others, All ER 1999/1, 1 = VersRAI 2000, 28; *Barrie*, Personal Injury Law 2 353f; CA McFarlane v EE Caledonia Ltd, All ER 1994/2, 1 (1f) = LQR 1995, 48, (*Feng*); CA Duncan v British Coal Corp, All ER 1997/1, 540 (541f); *Hepple*, All ER AR 1982, 300; *Mullany*, LQR 1999, 32f; *Mullis*, All ER AR 1991, 371 und 376f; *Mullis*, All ER AR 1992, 443; *Lunney*, MLR 1993, 409; *Teff*, LQR 1983, 102 und 104; *Trindade*, CLJ 1986, 499.

361 *Rogers* in *European Group on Tort Law*, PETL Rz 8 und 16.

362 *Ahrens/Deutsch*, Deliktsrecht 4 Rz 473; *Heldermann*, Schadenersatz 224; *Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschaden V<sup>8</sup> (2004) 102f; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 84f.

Abs1 BGB scheidet eine Vielzahl möglicher Ansprüche aus, weil die normale und erfahrungsgemäß eintretende psychische Belastung der „nahen Angehörigen“ nicht genügt und es zu psycho-pathologischen Ausfällen von einiger Dauer kommen muss. Damit wurde eine hohe Hürde für Schmerzensgeldansprüche Dritter geschaffen, weil derartige traumatische Auswirkungen sehr selten sind und daher **von vornherein nur ein kleiner Personenkreis für einen Ersatz in Betracht kommt**. Dabei spielt die **psychische Besonderheit des Einzelnen** eine erhebliche Rolle: Bei labilen oder von zurückliegenden Schicksalsschlägen bereits gezeichneten Personen ist der Eintritt einer solchen Gesundheitsverletzung wahrscheinlicher als bei anderen Personen; weiters steht auch eine Anlage dem Ersatz nicht entgegen, weil der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er ist. Das zeigt auch die besondere Tragik jener Fälle, in denen Ersatz zugesprochen wird<sup>363</sup>: So sprach etwa das OLG Oldenburg 1998 einem Mann Ersatz für seinen Schockschaden zu, den er durch die Nachricht vom Unfalltod seiner Adoptivtochter erlitten hat. Der Kläger hatte einige Jahre zuvor seine Frau durch Krankheit verloren. Das OLG verneinte, dass die allfällige psychische Labilität des Klägers seinem Anspruch entgegensteht und bejahte den Anspruch auf Ersatz des Schockschadens. Der Schädiger müsse den Geschädigten nämlich so nehmen wie er ist und die Beklagten haben zudem nicht behauptet, dass der Kläger schon vor dem Tod der Tochter wegen dem Tod seiner Frau psychisch erkrankt ist.

Der strenge Körperverletzungsbegriff blieb **in der Lehre auch nicht unkritisiert**: Für die Unterscheidung zwischen physischen und psychischen Schäden fehle die **gesetzliche Grundlage**, vielmehr solle an das Vorliegen einer faktischen Nahebeziehung angeknüpft werden<sup>364</sup>. *Deutsch* will den Ersatz bei hoher Labilität entsprechend reduzieren oder sogar entfallen lassen, auch *Kegel* überzeugt die Argumentation des BGH nicht, er will **stattdessen den Anspruch auf die „Kernfamilie“ begrenzen**, und *Huber* befürwortet insofern das Abgehen von der ständigen Rechtsprechung, weil auch ohne ein derartiges Erfordernis eine hinreichende Begrenzung vorgenommen werden könne<sup>365</sup>. *Karczewski* will darauf abstellen, wann aus medizinischer Sicht eine Behandlung der psychischen Störung geboten ist<sup>366</sup>. Die unterschiedliche Behandlung von physischen und psychischen Schäden sei nicht gerechtfertigt und **zur Haftungsbegrenzung könne insbesondere auf die persönliche Nahebeziehung** zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten,

363 OLG Oldenburg 5 U 127-98, NJW-RR 1999, 820.

364 *Ranieri*, Europäisches OR 185.

365 *Deutsch*, Haftungsrecht 2 Rz 915; *Deutsch/Schramm*, Schockschaden und frustrierte Aufwendungen, VersR 1990, 715 (716); *Huber*, NZV 1998, 353; *Kegel* in *Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*, Vorträge G 266 19f und 23.

366 *Karczewski*, Schockschäden 344, 347 und 350.

die Art des verletzten Rechtsguts und die Nähe zum Unfallgeschehen abgestellt werden. Weiters tritt auch *Wagner* für einen medizinischen Körperverletzungsbegriff ein – er kritisiert, dass für den Ersatz von Schockschäden Dritter **andere und hochgeschraubte Voraussetzungen** geschaffen wurden **als für psychische Beeinträchtigungen von unmittelbar Beteiligten**, die mit körperlichen Verletzungen einhergehen. Psychische Beeinträchtigungen sollten jedoch einer einheitlichen Behandlung zugeführt und aufgrund derselben Voraussetzungen als Gesundheitsverletzung anerkannt werden, wofür es auf die medizinische Diagnose und nicht auf die Verkehrsauffassung ankomme<sup>367</sup>.

Im Grundsatzurteil vom 11. 5. 1971<sup>368</sup> wird auch der **Unterschied** zwischen einem medizinischen und juristischen Körperverletzungsbegriff deutlich: Im vorliegenden Fall hat die Klägerin behauptet, durch den Tod ihres Mannes eine Gesundheitsverletzung erlitten zu haben. Der Ehemann der Klägerin kam im Alter von 64 Jahren bei einem Verkehrsunfall ums Leben. Das Berufungsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung bejaht, der BGH hob jedoch das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur neuerlichen Beurteilung an das Berufungsgericht zurück. Der BGH stellte darin die bis heute maßgeblichen Kriterien für den Begriff der Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB auf<sup>369</sup>: Nach derzeitiger Gesetzeslage würden seelische Schmerzen nur dann ersetzt werden, wenn eine solche Gesundheitsverletzung vorliegt. Sofern der Schädiger gegenüber dem Dritten nicht vorsätzlich gehandelt hat, genüge es nicht, dass die psychische Beeinträchtigung medizinisch fassbar ist, vielmehr müsse nach allgemeiner Verkehrsauffassung eine Gesundheitsverletzung vorliegen. Das sei jedoch nur bei erheblichen psycho-pathologischen Störungen von einiger Dauer zu bejahen, **obwohl es der allgemeinen Erfahrung entspreche, dass es auch unter dieser Schwelle zu erheblichen psychischen Beeinträchtigungen kommen könne, insbesondere bei der Trauer um einen „nahen Angehörigen“**. Insofern sei ein Abgehen von der herkömmlichen Adäquanzformel gerechtfertigt, um dem Willen des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, der die Haftung auf die Schäden unmittelbar Geschädigter beschränkt (Ausnahme §§ 844, 845 BGB). Der **Schutzzweck** des § 823 Abs1 BGB würde das seelische Leid der „nahen Angehörigen“ nur dann erfassen, wenn es die erfahrungsgemäß eintretenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen übersteigt und daher nach allgemeiner Verkehrsauffassung als Gesundheitsverletzung anzusehen ist.

---

367 *Wagner* in *Rebmann/Rixecker/Säcker*, Münch Komm zum BGB V § 823 Rz 78.

368 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 = VersR 1971, 905 = NJW 1971, 1883 = JZ 1972, 124 (*Selb*) = VersR 1971, 1140 (*Herkner*).

369 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (164ff).

*Deubner* kritisiert die vorliegende Entscheidung<sup>370</sup>: Für den vom BGH entwickelten Begriff einer Gesundheitsverletzung **fehlt jede gesetzliche Grundlage**. Das Gesetz unterscheide insbesondere nicht danach, ob psychische oder physische Schäden vorliegen, sondern verlange bloß das Vorliegen einer Körper- oder Gesundheitsverletzung. Der BGH habe vielmehr deshalb einen juristisch definierten Körperverletzungsbegriff geschaffen, weil das Abstellen auf die medizinische Wissenschaft **die Gerichte vor die schwierige Aufgabe stellt, das Vorliegen einer psychischen Beeinträchtigung von Krankheitswert festzustellen und sie diesbezüglich von der Beurteilung durch einen Sachverständigen abhängig macht**. Gerade Letzteres werde jedoch nicht als verlässliche Erkenntnisquelle erachtet und beinhalte die **Gefahr von Simulationen**. *Deubner* lehnt darüber hinaus die Auffassung des BGH entschieden ab, nach der normale Reaktionen auf einen Trauerfall von einer Haftung auszuschließen seien, weil sie nicht in den Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB fallen. Erstens **komme es für das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung nicht darauf an, ob sie eine typische oder atypische Folge** des Unfallgeschehens darstellt, sondern nur darauf, dass sich der Gesundheitszustand des Geschädigten negativ verändert hat. Zweitens könne **der Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB nur dazu dienen, atypische Folgen von einer Haftung auszuschließen und nicht die typischen**, wie es der BGH ausgesprochen habe. Die Rechtsprechung müsse den Schädiger nach § 823 Abs1 BGB haften lassen, wofür das Verschulden und die Adäquanz eine Begrenzung bilden, und könne nicht einfach mit anderen und mit dem Gesetz nicht im Einklang stehenden Kriterien eine Korrektur der Gesetzeslage herbeiführen.

Insgesamt kann man daher festhalten, dass der **Nachweis einer Gesundheitsverletzung in Deutschland schwerer zu erbringen** ist als in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen, wo die medizinische Diagnose im Vordergrund steht und insbesondere darauf abgestellt wird, ob nach medizinischer Sicht eine Behandlung geboten ist, damit die Symptome abklingen und keine bleibenden Schäden zurückbleiben<sup>371</sup>. Ebenfalls erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist die BGH-Entscheidung vom 13.1.1976, in welcher der BGH den Schmerzensgeldanspruch des Klägers verneinte, dessen Frau bei einem Verkehrsunfall ums Leben kam<sup>372</sup>: Nachdem das Berufungsgericht dem Kläger ein Schmerzensgeld zugesprochen hat, hat der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und den Anspruch wegen Fehlens einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB verneint. Der Kläger behauptete, durch die Nachricht vom Tod seiner Frau

---

370 *Deubner*, JuS 1971, 623f.

371 So etwa OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997/75; s. a. *Magnus* in *European Group on Tort Law*, PETL Rz 2.

372 BGH VI ZR 58/74, VersR 1976, 539 (540).

einen Schockschaden erlitten zu haben, insbesondere klagte er über Weinkrämpfe, er war acht Tage arbeitsunfähig und ihm wurde ein Monat lang bei Benützung eines PKW übel. Das Berufungsgericht hatte seiner Entscheidung zugrundegelegt, dass der Kläger kurz nach dem Unfall zur Unfallstelle kam, wo er vom Tod seiner Frau erfuhr. Er habe eine glückliche Ehe geführt und seine Kinder waren zum Unfallzeitpunkt noch sehr klein (ein, zwei und fünf Jahre alt). Das alles lasse auf besonders tragische Umstände und eine schwere Beeinträchtigung des Klägers schließen, dessen Gesundheitszustand sich jedoch mit zeitlichem Abstand zum Unglücksfall immer mehr gebessert hat. Der Kläger war Kraftfahrer und hat in der Vernehmung folgende Aussage gemacht: „Er sei damals nervlich fertig gewesen; ihm sei beim Autofahren schlecht geworden und er habe noch wochenlang Angst gehabt, ein Auto zu steuern; nachts habe er Weinkrämpfe gehabt; er habe seine Arbeitsstelle unmittelbar nach dem Unfall gekündigt und erst fast 4 Monate später wieder Arbeit als Reisender aufgenommen, wobei er wieder mit dem Auto fahren musste, aber dann sei es nicht mehr so schlimm gewesen“. Der BGH begründete die Aufhebung des Berufungsurteils wie folgt: **Die Beeinträchtigung des Klägers übersteige nicht das angesichts eines stark negativen Ereignisses normale Ausmaß; eine ungewöhnliche traumatische Auswirkung der Unfallnachricht wurde nicht festgestellt;** es handle sich daher um **bloß medizinisch feststellbare Beeinträchtigungen**, die keinen Ersatz rechtfertigen. Insbesondere führte der BGH zum vorliegenden Fall aus, dass der Kläger, von der Bescheinigung seiner Arbeitsunfähigkeit abgesehen, keinen weiteren Arzt zur Behandlung aufgesucht habe und die Beeinträchtigung des seelischen Wohlbefindens selbst dann nicht ersatzfähig sei, wenn der Betroffene zu ihrer Linderung Medikamente einnimmt.

Demzufolge stellt zwar auch die deutsche Rechtsprechung darauf ab, ob sich der Kläger in **medizinischer Behandlung** befand, ein Anspruch kann jedoch trotzdem ausscheiden. So erhielt etwa eine Klägerin kein Schmerzensgeld, die ihren 21 Jahre alten Sohn verlor und einen Nervenzusammenbruch neben psychischen und physischen Belastungen erlitten hatte, obwohl sie nach einem stationären Aufenthalt **ein Jahr in ambulanter Behandlung** war<sup>373</sup>. Ebenfalls verneint wurde das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB in einem Fall, in dem der Kläger den tödlichen Unfall seiner Mutter miterlebt hatte<sup>374</sup>. Der Kläger und seine Mutter haben gemeinsam mit weiteren Personen ein Baustellengelände betreten; dabei haben sich Erdmassen gelöst und den Kläger und seine Mutter mitgerissen; die Mutter des Klägers starb und der Kläger erlitt einen Oberschenkelbruch; der Kläger machte geltend, dass er durch den Tod seiner Mutter einen schweren

---

373 *Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeld – Tabelle 4 664 (Rz 1624).

374 OLG Düsseldorf 18 U 143/76, VersR 1977, 1011.

Schock erlitten habe und **neun Wochen lang stationär behandelt** werden musste. Das OLG Düsseldorf verneinte aber den Schmerzensgeldanspruch des Klägers, weil das Unfallereignis keine ungewöhnliche traumatische Auswirkung hatte. Im vorliegenden Fall konnte der Kläger jedoch für seine physische Schädigung erfolgreich ein Schmerzensgeld geltend machen, weil die Beklagte ihre Verkehrssicherungspflicht verletzt hatte.

In den nachfolgenden Entscheidungen kann man die **Unterscheidung** zwischen **Schock- und Trauerschäden** deutlich erkennen, wobei die Rechtsprechung immer wieder darauf hinweist, dass **auch unter der Schwelle einer Gesundheitsverletzung keine leichten psychischen Beeinträchtigungen** vorliegen. So begründete etwa das OLG Köln die Klagsabweisung damit, dass der durch eine Unfallnachricht ausgelöste Schock **zwar zu heftigen Gefühlsreaktionen wie Trauer, Schmerz, Niedergeschlagenheit, Angst und Schrecken** führen würde, in aller Regel aber **bloß eine vorübergehende Störung** bewirken und daher keinen Krankheitscharakter aufweisen würde<sup>375</sup>. Auch im vorliegenden Fall gäbe es keine gegenteiligen Anhaltspunkte, weil sich die Klägerin keiner speziellen medizinischen Behandlung unterzogen hatte, was im Falle einer Gesundheitsverletzung jedoch erforderlich gewesen wäre. Daher scheiterte der Anspruch der Ehegattin des Getöteten im vorliegenden Fall am Vorliegen einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB. Durchaus vergleichbare Erwägungen stellte das OLG Hamburg an und verneinte den Schmerzensgeldanspruch der Ehegattin eines Schwerverletzten<sup>376</sup>. Die Klägerin und ihr Ehemann wurden bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt. Der Ehegatte der Klägerin musste sich in der Folge einer Hüftoperation unterziehen, bei der es zu lebensbedrohlichen Komplikationen kam. Die Klägerin machte geltend, dass sie durch das wiederholte Miterleben der Lebensgefahr ihres Mannes einen Schockschaden erlitten habe. Das OLG Hamburg verneinte aber das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB, weil sich die Klägerin keiner ärztlichen Behandlung unterzogen hatte, **obwohl festgestellt worden war, dass sie aufgrund dem lebensbedrohlichen Zustand ihres Ehemannes erhebliches seelisches Leid ausgestanden hat**. Es sei daher zu keiner nachhaltigen traumatischen Schädigung gekommen.

#### *Rechtsprechung*

Trotz des Erfordernisses einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB kommt der „Angehörigeneigenschaft“ jedoch auch in Deutschland maßgebliche Bedeutung als Haftungsgrenze zu und die privilegierte Stellung der „nahen Angehörigen“ lässt sich keines-

---

375 OLG Köln 20 U 42/80, VersR 1982, 558.

376 OLG Hamburg 6 U 175/96, VersR 1998, 730.

wegs leugnen. Die ständige **Rechtsprechung** hat über die „Angehörigeneigenschaft“ eine Haftungsbegrenzung vorgenommen und ihr maßgebliche Bedeutung für die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs, des Verschuldens und der Zurechenbarkeit zugesprochen. **Schon vor dem Grundsatzurteil im Jahr 1971** scheiterten die Klagen von Personen ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten mangels adäquaten Kausalzusammenhangs<sup>377</sup>. Im **Grundsatzurteil aus dem Jahr 1971** äußerte sich der BGH ausführlich zu Schockschäden infolge einer Unfallnachricht und hielt diese nur bei „nahen Angehörigen“ für verständlich, vorhersehbar und dem Schädiger zurechenbar<sup>378</sup>: Da sich die „nahen Angehörigen“ aufgrund ihrer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten dessen Leid zu eigen machen, sei **auch die bloße Unfallnachricht dazu geeignet, ihnen einen Schockschaden zuzufügen; bei anderen Personen** dürfte eine Unfallnachricht hingegen **kaum dazu geeignet** sein, darüber hinaus wäre ihr Schockschaden **nicht für den Schädiger vorhersehbar**, so dass er ihnen gegenüber nicht schuldhaft handeln würde, und zudem wäre die **Zurechenbarkeit zu verneinen**. Zwischen „nahen Angehörigen“ bestehe nämlich eine Sonderbeziehung, so dass nicht danach unterschieden werden muss, ob sie das schädigende Ereignis miterleben oder bloß davon benachrichtigt werden.

So hatte auch bereits das OLG München die Schockschäden von Ehegatten und Eltern infolge einer Todesnachricht als adäquate Folge der Schädigungshandlung angesehen<sup>379</sup>. Der Schädiger müsse mit einer solchen Gesundheitsverletzung rechnen, weil sie nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt, es sei aber nicht erforderlich, dass er auch den konkret eingetretenen Schaden vorhersieht. **Im Grundsatzurteil** aus dem Jahr 1971 **machte der BGH jedoch deutlich, dass nicht wie bisher der adäquate Kausalzusammenhang und das Verschulden, sondern vielmehr Schutzbereichüberlegungen und die Zurechenbarkeit im Vordergrund stehen, um die Haftung selbst dort zu begrenzen**, wo Adäquanzüberlegungen allein nicht genügen. **Das wird insbesondere dann deutlich**, wenn andere Personen als die „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten einen Schockschaden geltend machen. So hat der BGH in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1985 ausgesprochen, dass der Schockschaden eines Dritten auch ohne Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in den Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB fallen könne<sup>380</sup>: Im vorliegenden Fall wurde der Kläger durch das grobe Verschulden des Getöteten in die

377 *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 178f.

378 *Deutsch* in FS Hausherr 554; *Heldermann*, Schadenersatz 105f, 110, 130, 178 und 224; BGH VI ZR 78/80, BGHZ 56, 163 (170) = JZ 1972, 122 (123) = VersR 1971,905 (907f).

379 OLG München 7 U 1017/62, VersR 1963, 666 (666f); s. a. OLG München 10 U 2240/68, VersR 1970, 525; OLG Frankfurt 1 U 14/71, VersR 1971, 968.

380 BGH VI ZR 103/84, NJW 1986, 777 = VersR 1986, 448 (*Dunz*) = VersR 1986, 240; *Heldermann*, Schadenersatz 112f; *Park*, Schockschäden nach §823 I BGB 184f.

Lage des Unfallbeteiligten gezwungen und erlitt durch die Mitwirkung am Unfallgeschehen und das Miterleben des folgenschweren Unfalles einen Schockschaden. Der Kläger hatte den fremden Mann trotz Brems- und Ausweichmanöver auf der Fahrbahn einer Autobahn überfahren und so schwer verletzt, dass er bald darauf verstarb. Der Kläger erlitt beim Unfall einen schweren Kreislaufschock, eine Gehirnerschütterung, kleinere Schnittwunden an der linken Hand sowie eine Gewalteinwirkung im Bereich der Halswirbelsäule und entwickelte in der Folge eine Unfallneurose. **In derartigen Fällen sei der Schockschaden eines Dritten nicht nur verständlich und vorhersehbar, sondern falle auch zweifelsohne in den Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB und sei dem Schädiger daher zuzurechnen.** Der BGH hat es in der vorliegenden Entscheidung offengelassen, ob auch der Schockschaden eines unbeteiligten Fremden in den Schutzbereich fallen würde, den er durch das „bloße Beobachten“ des schädigenden Ereignisses erlitten hat<sup>381</sup>. Umgekehrt hat er aber ausdrücklich klargestellt, dass der Kläger im vorliegenden Fall nicht bloß ein unbeteiligter Zeuge des Geschehens war.

Weiters ist dem Schädiger auch die **pränatale Schädigung eines Kindes** zuzurechnen, welche durch den Schock der Mutter vermittelt wurde. Das hat der BGH in seiner Entscheidung vom 5. 2. 1985 ausgesprochen und folgendermaßen begründet: **Die Nachricht von schweren Verletzungen des Erstgeschädigten sei nicht weniger als die Todesnachricht dazu geeignet, seinen „nahen Angehörigen“ einen Schockschaden zuzufügen**<sup>382</sup>; im vorliegenden Fall war zunächst das Schlimmste zu befürchten und **es entspreche der Erfahrung**, dass eine derartige Nachricht nicht nur die schwangere Ehegattin des Erstgeschädigten, sondern **auch ihr werdendes Kind gefährdet**; daher sei der Haftungszusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und der durch den Schock der Mutter vermittelten pränatalen Schädigung der Klägerin zu bejahen; dafür sei es unerheblich, ob auch die Mutter eine Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB erlitten hat. Zum Verschulden führte der BGH aus, dass der Schädiger auch gegenüber der Klägerin schuldhaft gehandelt hat, weil er **im Allgemeinen die Möglichkeit eines Schadenseintritts hätte erkennen müssen**. Die Klägerin müsse jedoch nicht beweisen, dass der Schädiger im Einzelnen vorhersehen konnte, einer Schwangeren oder ihrem werdenden Kind einen Schaden zuzufügen. Es genüge, wenn der Schädiger vorhersehen kann, dass eine derartige Unfallnachricht den „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten einen Schockschaden zufügen kann. Das sei im vorliegenden Fall zweifelsohne zu bejahen, weil die Mutter der Klägerin den Schock durch die Nachricht von den ernsthaften Verletzungen ihres Ehemannes erlitten habe.

---

381 BGH VI ZR 103/84, NJW 1986, 777 (E. 2c).

382 BGH VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 (356f) = VersR 1985, 499 (500f).

Interessant erscheint auch eine Entscheidung des OLG Düsseldorf, in der es die Haftung für den Schockschaden der „nahen Angehörigen“ verneinte, den sie durch die wahrheitswidrige Behauptung der Tötung des Erstgeschädigten erlitten haben<sup>383</sup>. Die Beklagte habe durch ihre wahrheitswidrige Behauptung im Zuge der gegen sie eingeleiteten strafrechtlichen Verfolgung **nicht rechtswidrig** gehandelt, weil es keine Anhaltspunkte dafür gäbe, dass sie den „nahen Angehörigen“ damit einen Schaden zufügen wollte.

Selbst bei „nahen Angehörigen“ fällt der Schockschaden dann nicht in den Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB, wenn ein **verständlicher Anlassfall** dafür fehlt<sup>384</sup>. Das würde etwa dann eintreffen, wenn die „nahen Angehörigen“ bloß von leichten Verletzungen des Erstgeschädigten benachrichtigt werden. So hat auch bereits das OLG Dresden im Jahre 1941 den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem Schockschaden in einem Fall verneint, in dem der Vater durch die Nachricht vom Armbruch seines Sohnes einen Schockschaden erlitten hat<sup>385</sup>. Im Gegensatz dazu könne jedoch auch die ernsthafte Befürchtung einer schweren Verletzung oder Tötung des Erstgeschädigten genügen: **In der Lehre wird etwa der Fall genannt**, in dem ein LKW über ein gestürztes Kind fährt, das Kind aber glücklicherweise unverletzt bleibt. Einzelne Vertreter in der Lehre wollen hingegen starr an einen bestimmten Schweregrad der Erstverletzung anknüpfen, eine ausdrückliche Klarstellung durch die Rechtsprechung fehlt bisher.

### Lehre

In der **deutschen Lehre** findet die „Angehörigeneigenschaft“ als Haftungsgrenze weitgehende Zustimmung, ein nicht unbedeutender Teil der Lehre spricht sich jedoch bei unmittelbarem Miterleben des Schadensereignisses dafür aus, dass ein Anspruch auch ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in Betracht kommen kann (d. h. auch für Retter oder unbeteiligte Augenzeugen)<sup>386</sup>. Die **herrschende Lehre** befürwortet, den Ersatz von Schockschäden im Falle der bloßen Unfallnachricht auf die „nahen Angehörigen“ zu beschränken, während beim Miterleben besonders schwerer Unfälle auch der

383 OLG Düsseldorf 13 U 78/93, NJW-RR 1995, 159 (E. 2a und 2b).

384 *Heldermann*, Schadenersatz 130, 142 und 224f; *Janssen*, ZRP 2003, 157; *Karczewski*, Schockschäden 374f; *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 203.

385 *Karczewski*, Schockschäden 374f; *Karner*, ZVR 1998, 188; ebenso kein verständlicher Anlass für Schlaganfall bei Nachricht von nicht schweren Verletzungen der Tochter – OLG Nürnberg, 1 U 558/05, r+s 2006, 395.

386 *Heldermann*, Schadenersatz 106f; *Karczewski*, Schockschäden 70ff.

Anspruch von Fremden zu erwägen sei<sup>387</sup>. Unterschiedlich sind z. T. die Begründungen, mit denen eine Begrenzung vorgenommen wird: Neben Adäquanz und Verschulden kommen dafür auch der Schutzzweck der verletzten Norm und das allgemeine Lebensrisiko in Frage<sup>388</sup>. Deshalb soll nun eine Auseinandersetzung mit den Auffassungen einiger Autoren folgen.

*Selb* sieht die **Adäquanz und das Verschulden als ausreichende Haftungsgrenze** an und verneint, dass eine weitere Eingrenzung der Haftung erforderlich sei<sup>389</sup>: Beides sei bei **Miterleben besonders grausamer schädigender Ereignisse** auch gegenüber Fremden zu bejahen, während das bei bloßer Unfallnachricht nur für die „nahen Angehörigen“ zutrefte. Der Schockschaden von Fremden, die in der Zeitung von einem Schadensfall lesen oder bloß harmlose Unfälle mit ansehen, wäre demzufolge wegen Inadäquanz von der Haftung auszuschließen. *Park* hält dagegen die **Adäquanz und das Verschulden nicht für ausreichend**, um die Haftung zu begrenzen, weil auch durchaus Schockschäden Fremder verständlich und vorhersehbar sein könnten. Daher wäre insbesondere auf den **Schutzzweck der Norm** oder das allgemeine Lebensrisiko abzustellen, um Schockschäden Fremder von der Haftung auszuschließen<sup>390</sup>: Während bei diesen das **bloße Mitansetzen** eines schweren Unglücks selbst dann **nicht genügen** solle<sup>391</sup>, wenn sie dazu gezwungen wurden, soll seiner Meinung nach die eigene Gefährdung (das Aufhalten im Gefahrenbereich) entscheidend sein. *Deutsch* geht davon aus, dass die Adäquanz und das Verschulden bei Schockschäden „naher Angehöriger“ in aller Regel zu bejahen sein wird<sup>392</sup>. *Kegeß*<sup>393</sup> meint, **das seelische Leid nehme mit der Nähe zum Unfallgeschehen zu, einen Anspruch Fremder lehnt er jedoch ab**. *Stoll*<sup>394</sup> will auch Fremden Ersatz für ihren Schockschaden zusprechen, den sie durch das Miterleben oder die bloße Beobachtung des Unfalls erleiden. *Baur*<sup>395</sup> befürwortet, den Schmerzengeldanspruch auf die „nahen Angehörigen“ zu begrenzen: Es sei **abzulehnen, dass jeder beliebige Zeuge**

387 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 120; *Heldermann*, Schadenersatz 107 und 109; *Stoll*, Haftungsfolgen 364.

388 *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 185 ff und 199f; *Karczewski*, Schockschäden 70.

389 *Selb*, Ein Problem der „mittelbaren Schädigung“ im deutschen und österreichischen bürgerlichen Recht, in FS Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (1967) 259 (265).

390 *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 177 und 181f.

391 So auch *Burmann/Hefß*, NJW-Spezial 2006, 304.

392 *Deutsch*, Haftungsrecht 2 Rz 915.

393 *Kegeß* in *Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*, Vorträge 19f.

394 *Stoll*, Haftungsfolgen 364.

395 *Baur*, Die Rechtsgrundlagen der Schadenersatzansprüche, in *Wussow/Bearbeiter* (Hrsg), Unfallhaftpflichtrecht 15 (2002) 46.

**anspruchsberechtigt** ist und deshalb wäre dem BGH zuzustimmen, der den adäquaten Kausalzusammenhang und das Verschulden an das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten anknüpft. Diese biete nämlich auch die Grundlage für die Anrechnung des Mitverschuldens. *Deubner differenziert* zwischen Schockschäden bei Miterleben und bei bloßer Benachrichtigung: Bei unmittelbarem Miterleben seien auch Schockschäden von Personen als adäquate Folge des Unfallgeschehens anzusehen, die in keiner Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen, während bei bloßer Benachrichtigung aufgrund der Adäquanz eine Eingrenzung der Ansprüche erfolgen könne<sup>396</sup>. **Auch Schmidt nimmt eine entsprechende Einteilung vor:** Während bei unmittelbarem Miterleben die „Angehörigeneigenschaft“ für die Beurteilung der Adäquanz und des Verschuldens nur wenig Bedeutung haben solle, weil es in solchen Fällen willkürlich erscheine, den anspruchsberechtigten Personenkreis danach einzugrenzen, solle es bei bloßer Benachrichtigung sehr wohl auf die „Angehörigeneigenschaft“ ankommen und nur der Schockschaden von mit dem Erstgeschädigten eng verbundenen Personen verständlich und vorhersehbar sein<sup>397</sup>. Im Falle des Miterlebens sei daher nach seiner Auffassung der Kreis der Anspruchsberechtigten grundsätzlich nicht beschränkt und die Adäquanz solle nur dazu dienen, ganz ungewöhnliche Reaktionen von einer Haftung auszuschließen. So z. B. wenn keiner der Beteiligten eine Verletzung davonträgt und es nur zu geringfügigen Sachschäden kommt. *Weyers* kritisiert die Entscheidung des LG Tübingen, wonach zwischen dem Schockschaden der Klägerin und dem Unfalltod ihrer Freundin, den sie miterlebt hat, kein adäquater Kausalzusammenhang bestehen soll<sup>398</sup>. **Bei unmittelbarem Miterleben würden auch Schockschäden von Fremden nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen.**

Nach der Auffassung *Weimars* hat die „Angehörigeneigenschaft“ für die Beurteilung von Adäquanz und Verschulden entscheidende Bedeutung und dient dazu, **den anspruchsberechtigten Personenkreis nach Billigkeitserwägungen zu begrenzen**. Nicht nur bei bloßer Benachrichtigung, sondern auch bei unmittelbarem Miterleben sei eine Beschränkung auf die „nahen Angehörigen“ vorzunehmen. Schockschäden anderer Personen seien daher weder verständlich noch vorhersehbar und selbst bei „nahen Angehörigen“ müsse der Anlass für den Schockschaden verständlich sein, was bei der Nachricht vom Armbruch des Sohnes zu verneinen sei<sup>399</sup>. Da der Schockschaden nur dann adäquat verursacht sei, wenn zwischen Erst- und Zweitgeschädigten eine enge

---

396 *Deubner*, JuS 1971, 624.

397 *Schmidt*, MDR 1971, 540.

398 LG Tübingen 1S 107/67, NJW 1969, 558 (*Weyer*).

399 *Heldermann*, Schadenersatz 105; *Weimar*, MDR 1964, 988; *Weimar*, MDR 1970, 565f.

Nahebeziehung besteht und **ansonsten eine Haftungsausuferung zu befürchten wäre**, müsse auch im Einzelfall geprüft werden, ob eine enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten vorlag.

### *Zusammenfassung*

**Die Ausführungen lassen erkennen, dass im Falle des Miterlebens eines schädigenden Ereignisses meistens keine so enge Begrenzung** des anspruchsberechtigten Personenkreises befürwortet wird, wie im Falle der Benachrichtigung. Das bestätigt das Ergebnis der dargelegten rechtsvergleichenden Analyse insofern, als dem **eigenen Unfallerebnis** bei Schockschäden besondere Bedeutung zukommt und „nahe Angehörige“ auch dort einer enormen psychischen Belastung ausgesetzt sind, wo es andere Personen nicht sind. Es werden jedoch kaum konkrete Vorstellungen darüber geäußert, wann das Miterleben eines schädigenden Ereignisses für einen Schmerzengeldanspruch Dritter reichen soll, die in keiner engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten stehen. Während sich die **Auffassungen einzelner Autoren gegenüberstehen**, welche das Mit ansehen eines Unglücks („das bloße Beobachten“ als Unbeteiligter) entweder ausdrücklich ausschließen oder genügen lassen, **unterscheiden andere Autoren** lediglich zwischen dem unmittelbaren Miterleben und der bloßen Benachrichtigung. **Fraglich ist daher, was unter „unmittelbarem Miterleben“ verstanden wird**: Genügt auch das nachträgliche Hinzukommen zu einem schädigenden Ereignis als Augenzeuge, Retter oder Einsatzkraft, also der bloße Anblick eines grausamen schädigenden Ereignisses bzw. seiner Folgen, ohne selbst am Unfall beteiligt gewesen zu sein? Der BGH hat diesbezüglich zwar noch keine ausdrückliche Klarstellung getroffen, die Entscheidung vom 12.11.1985 hat jedoch gezeigt, dass **der Beteiligung am schädigenden Ereignis erhebliche Bedeutung zukommt**. So sieht das auch ein nicht unbedeutender Teil der Lehre<sup>400</sup>: Der bloße Anblick grausamer Ereignisse solle nicht genügen und das Aufhalten im Gefahrenbereich entscheidend sein.

Welchen **Sinn** würde es auch machen, den Kreis der „nahen Angehörigen“ möglichst eng zu begrenzen, um sodann jedem, der etwas Grausames gesehen hat, ein Schmerzengeld zuzubilligen. **Ein Anspruch von Augenzeugen, Rettern oder Einsatzkräften ist vehement abzulehnen, wenn sie erst nachträglich zu einem schädigenden Ereignis hinzukommen**. Nur die eigene Beteiligung am schädigenden Ereignis, v. a. dann wenn man in diese Lage hineingezwungen wird, führt dazu, dass man sich das Schicksal

---

<sup>400</sup> *Baur* in *Wussow*/Bearbeiter, Unfallhaftpflichtrecht <sup>15</sup> 46; *Kegel* in *Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften*, Vorträge 19f; *Park*, Schockschäden nach § 823 I BGB 181ff.

nicht nahestehender Personen besonders zu Herzen nimmt. Mag sich Augenzeugen, Rettern und Einsatzkräften auch oft ein schreckliches Bild bieten, sie werden durch das Schicksal der Geschädigten **nicht auf vergleichbare Weise getroffen wie die „nahen Angehörigen“**. Im alltäglichen Leben kann vieles schrecklich sein, außerdem können bei Katastrophenfällen mehrere Hunderte von Menschen Einsatzkräfte, Augenzeugen oder Retter sein und es kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sie durch die Geschehnisse einen Schockschaden erleiden. **Was Letztere jedoch von den „nahen Angehörigen“ unterscheidet**, ist, dass die „nahen Angehörigen“ ihr ganzes Leben lang mit dem Schicksal des Erstgeschädigten konfrontiert sind. Selbst dann, wenn sie mit der veränderten Situation wieder einigermaßen zurechtkommen, bleibt für sie immer eine nicht schließbare Lücke in ihrem Leben. Für jede andere Person wäre das nur dann zu bejahren, wenn sie selbst am schädigenden Ereignis beteiligt war und daher bewältigen muss, dass durch das Geschehen, das sie selbst gefährdet und u. U. auch physisch geschädigt hat, ein anderer Mensch getötet oder schwer verletzt wurde. Daher kommt der Anspruch eines Dritten ohne „Angehörigeneigenschaft“ nur selten in Betracht. Die eigene Verletzungs- und Lebensgefahr dafür spielt eine erhebliche Rolle, weil dadurch ein schädigendes Ereignis als besonders schrecklich empfunden wird und auch das Schicksal nicht nahestehender Personen besonders betroffen macht. **Die eigene Beteiligung und Gefährdung unterscheidet den Zweitgeschädigten daher wesentlich von außenstehenden Personen**, die bloß von einem schädigenden Ereignis lesen, sehen oder hören und ebenfalls keine „nahen Angehörigen“ eines Erstgeschädigten sind. War man selbst am schädigenden Ereignis beteiligt, wird man dadurch auf ähnliche Weise gebrandmarkt wie die „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten. Das schädigende Ereignis ist nicht bloß etwas alltägliches, das man einfach verdrängen oder wegdenken kann. Die BGH-Entscheidung vom 12.11.1985 gibt zwar Anlass zur Diskussion, weil der Erstgeschädigte im vorliegenden Fall zugleich der Schädiger war<sup>401</sup>, sie zeigt aber, welche **Gründe** es haben kann, dass man einen folgenschweren Unfall nur schwer psychisch bewältigen kann. Es wird nicht immer so sein, dass der Erstgeschädigte selbst Schuld an seinem Tod hatte, vielmehr soll jedoch klargestellt werden, wann das Miterleben eines schädigenden Ereignisses so schrecklich ist, dass man eine besondere Stellung in den zu untersuchenden Rechtsordnungen und daher auch im deutschen Recht einnimmt. Dafür muss der Bezug zum schädigenden Ereignis sehr eng sein, man muss selbst Beteiligter gewesen sein und es genügt nicht, als Unbeteiligter die schrecklichen Folgen eines schädigenden Ereignisses zu bezeugen. **Denn nur dadurch unterscheidet man sich von einer großen Masse von Personen**, die etwa über die Medien

---

401 BGH VI ZR 103/84, VersR 1986, 448 (449) (Dunz).

von einem schädigenden Ereignis erfahren und zweifelsohne auch eine gewisse Betroffenheit verspüren. Die Nähe zum schädigenden Ereignis bildet also bei Personen, die keine „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten sind, den **entscheidenden Faktor für den Grad ihrer Betroffenheit**. Da nur die eigene Beteiligung und Gefährdung dazu führt, dass man sich das Schicksal anderer und nicht nahestehender Menschen besonders zu Herzen nimmt, kann auch nur in diesem Fall hinreichende Nähe zum schädigenden Ereignis vorliegen; das heißt es muss eine qualifizierten Nähe zum schädigenden Ereignis nachgewiesen werden, die den Zweitgeschädigten von anderen und bloß außenstehenden Personen unterscheidet. **Der Schutzbereich des § 823 Abs1 BGB umfasst daher nur jene Personen, die in einer Sonderbeziehung zum Erstgeschädigten stehen, weil diese dazu führt, dass sich der Zweitgeschädigte das Schicksal des Erstgeschädigten besonders zu Herzen nimmt: Eine solche Sonderbeziehung kann entweder auf einer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten beruhen oder auf der qualifizierten Nähe zum schädigenden Ereignis, die sich durch die eigene Gefährdung und Beteiligung am schädigenden Ereignis auszeichnet.** Gewisse Bedeutung kommt auch dem Umstand zu, dass man in die Lage des Unfallbeteiligten hineingezwungen wurde, also nicht freiwillig oder durch das eigene Verschulden in diese Lage kam. Zudem muss auch ein **verständlicher Anlassfall** für den Schockschaden vorliegen<sup>402</sup>: Dabei kommt es auf die Schwere der Erstschädigung und die Umstände der Vermittlung an, weil selbst bei „nahen Angehörigen“ die Nachricht von leichten Verletzungen des Erstgeschädigten nicht genügt, während es in besonderen Fällen genügen kann, dass sie eine ernsthafte Gefährdung des Erstgeschädigten miterleben.

#### b) England

##### *Die Unterscheidung von Primär- und Sekundäröpfern in der Rechtsprechung*

Wie in Deutschland steht auch in England der Ersatz von Schockschäden im Vordergrund, weil der Ersatz von Trauerschäden sehr eng begrenzt ist. Übereinstimmungen gibt es zwischen dem deutschen und englischen Recht auch insofern, als den „nahen Angehörigen“ eine bevorrechtigte Stellung zukommt und die „Angehörigeneigenschaft“ eine **maßgebliche Haftungsgrenze** für den Ersatz von Schockschäden bildet. Ob im englischen Recht schon eine weiterreichende Klarstellung vorzufinden ist als im deutschen Recht, das soll im Folgenden untersucht werden. Das englische Recht **unterscheidet zwischen Primär- und Sekundäröpfern**<sup>403</sup>: Je nachdem, ob man sich selbst im

402 OLG Nürnberg, 1 U 558/05, r+s 2006, 395.

403 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation 54f; *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 351f; *Beckwith/Giliker*,

Gefahrenbereich des schädigenden Ereignisses befunden hat oder nicht. Da für Letztere weder die Gefahr einer physischen Schädigung bestand noch ein Grund dazu, eine solche zu befürchten, müssen sie „nahe Angehörige“ des Erstgeschädigten sein, um für einen Schmerzengeldanspruch in Betracht zu kommen. In Anlehnung an die Ausführungen von Lord *Wilberforce* in *McLoughlin v O'Brian* legt das House of Lords seiner Entscheidung **im Fall Alcock die folgenden Kriterien** einstimmig zugrunde: Um Ersatz für Schockschäden zu erhalten, müssen Sekundäropfer zunächst nachweisen, dass ihre Gesundheitsverletzung (eine erkennbare psychische Erkrankung) für den Schädiger vernünftigerweise vorhersehbar war, wobei **über die Vorhersehbarkeit auf das Vorliegen einer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten abgestellt** wird; daneben müssen sie räumliche und zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis oder seinen unmittelbaren Folgen und das Vorliegen besonderer vermittelnder Umstände nachweisen. Letzteres verlangt ein **plötzliches Schockerlebnis** durch das Miterleben des Unfalls oder das Wahrnehmen seiner unmittelbaren Folgen mit den eigenen Sinnen. Die bloße Unfallnachricht oder eine Fernsehübertragung des Unglücks reichen dafür nicht. Weiters ist das **Wahrnehmen der unmittelbaren Unfallfolgen** sehr eng zu verstehen<sup>404</sup>: So wurde das bisher in Fällen anerkannt, in denen eine Frau zwei Stunden nach dem Unfall ihrer Familie ins Krankenhaus nachkam oder bei der Anwesenheit der Ehegattin während der schmerzvollen Behandlung ihres Ehemannes in den Stunden nach dem Unfall; die Identifikation eines „nahen Angehörigen“ in der Leichenhalle einige Stunden nach dem Unglück fällt hingegen nicht darunter. Das begründet Richter *Jauncey* in *Alcock* nicht nur mit dem schon relativ großen zeitlichen Abstand zwischen dem Unglück und der Identifikation in den vorliegenden Fällen, sondern auch mit dem Zweck einer solchen: Die „nahen Angehörigen“ begeben sich nicht dorthin, um dem Erstgeschädigten zu helfen, ihn zu trösten oder ihm sonst Beistand zu leisten<sup>405</sup>. Daher wurde im englischen Recht **mit dem Erfordernis der räumlichen und zeitlichen Nähe und durch das Abstellen auf besondere vermittelnde Umstände eine sehr hohe Hürde für den Ersatz von Schockschäden der „nahen Angehörigen“ geschaffen**. Die enge Begrenzung der Ansprüche von Sekundäropfern hat auch dazu geführt, dass **vermehrt die Stellung als Primäropfer geltend gemacht** wurde und die Untergerichte versuchten, die Haftung auf

---

Tort 93ff; *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 72; *Heldermann*, Schadenersatz 39; *Kidner*, Casebook on Torts <sup>8</sup> 127f; *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 30 und 33; *Mc Manus/Russell*, Delict 76f; *Pretto*, ERPL 2003/3, 425; HL *Mc Loughlin v O'Brian* and others, All ER 1982/2, 298; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police* All ER 1991/4, 907.

404 *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 42ff; *Lynch*, LQR 1992, 370.

405 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (936f).

einen weiteren Personenkreis auszudehnen<sup>406</sup>. Dem hat das House of Lords in *White* jedoch eine **strikte Absage** erteilt.

*Die Unterscheidung von Primär- und Sekundäröpfen in der Lehre*

Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen stieß in der englischen Lehre auch auf **Kritik**, was **z. T. darauf zurückzuführen** ist, dass zunächst Verunsicherung über die Reichweite und Bedeutung dieser Unterscheidungsmerkmale bestand. So kritisiert *Trindade*<sup>407</sup>, dass die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfer **keineswegs immer leicht zu treffen sei und nicht immer zu gerechten Ergebnissen** führe. Damit sei die **Rechtslage komplex gemacht und große Rechtsunsicherheit** geschaffen worden. Andererseits wird die Aufgabe dieser Unterscheidung in der Lehre auch deshalb gefordert, weil man den „nahen Angehörigen“ auch im Falle der bloßen Unfallnachricht Ersatz gewähren will. So tritt etwa *Mullany* für eine Rechtsprechungsänderung ein, um den Empfehlungen des Rechtsausschusses gerecht zu werden<sup>408</sup>. Die Anerkennung von Schockschäden der „nahen Angehörigen“ im Falle der bloßen Benachrichtigung, bildet überhaupt ein dringliches **Anliegen der Lehre**<sup>409</sup>. **Eine Klageflut sei dadurch nicht zu befürchten, solange nur für eine Gesundheitsverletzung Ersatz gewährt wird**<sup>410</sup>. **Das persönliche Naheverhältnis zum Erstgeschädigten sei aus medizinischer Sicht entscheidend für das Entstehen des Schockschadens und spiele daher auch für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit eine bedeutende Rolle**<sup>411</sup>. Die Vorhersehbarkeit des Schadens stelle ein flexibles Mittel zur Begrenzung der Haftung dar und die Richter sollten die Haftung besser im Rahmen dieses flexiblen Systems begrenzen, als starr auf das Vorliegen bestimmter Tatsachen abzustellen und sich dadurch in Widersprüche zu verfangen<sup>412</sup>. Kritisiert wird auch, dass für psychische Folgeschäden eine **Sonderbehandlung** im Gegensatz zu physischen Schäden geschaffen wurde, weil die alleinige Prüfung, ob der Schädiger die Gesundheitsverletzung vernünftigerweise vorhersehen konnte, nicht

406 *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 353f; *Heldermann*, Schadenersatz 99.

407 HL Page v Smith, LQR 1996, 22 (*Trindade*); s. a. *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 73; *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 33; *Todd*, Psychiatric Injury and Rescuers, LQR 1999, 345 (347f).

408 *Mullany*, LQR 1999, 32ff.

409 Richter Bridge in HL McLoughlin v O'Brian and others All ER 1982, 298 (317); *Lunney*, MLR 1993, 409; *Mullis*, All ER AR 1991, 371 und 376f; *Mullis*, All ER AR 1992, 443; *Teff*, LQR 1983, 102.; *Trindade*, CLJ 1986, 499.

410 *Teff*, LQR 1983, 102; *Trindade*, CLJ 1986, 499.

411 *Hepple*, All ER AR 1982, 300; *Teff*, LQR 1983, 104.

412 *Owen*, Negligence – Nervous Shock, CLJ 1983, 41 (43).

reicht, um eine Sorgfaltspflicht zu begründen<sup>413</sup>. Daher kann der Auffassung der meisten Kritiker durch eine **umfassende Klarstellung** der Unterscheidungsmerkmale zwischen Primär- und Sekundäröpfen sowie durch die Anerkennung von Schockschäden „naher Angehöriger“ im Falle der bloßen Benachrichtigung entsprochen werden.

Deshalb soll nun noch präziser auf die Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ und damit auch auf jene der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen eingegangen werden. **Die „Angehörigeneigenschaft“ spielt in England eine erhebliche Rolle für die Begründung der Sorgfaltspflicht, weil die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten den Schockschaden voraussehbar macht**<sup>414</sup>. Daneben müssen Sekundäröpfe zwar auch die räumliche und zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis sowie das Vorliegen besonderer Umstände nachweisen, das Fehlen einer engen Nahebeziehung führt aber dazu, dass der Schockschaden nicht voraussehbar und das Bestehen einer Sorgfaltspflicht daher zu versagen ist.

Besonders *Teff* hat sich mit der Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ auseinandergesetzt<sup>415</sup>. Die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ist für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit des Schockschadens und somit für die Begründung einer Sorgfaltspflicht entscheidend. Anstatt den Personenkreis abschließend festzulegen, bei dem ein Schockschaden voraussehbar ist, stellt *Teff* darauf ab, ob der Schädiger den Schockschaden unter den besonderen Umständen des Einzelfalles voraussehen konnte. Dabei kommt die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten ins Spiel: Sie **mache den Schockschaden voraussehbar, weil es nach der medizinischen Wissenschaft in aller Regel nur bei einer intensiven Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten zu psychischen Beeinträchtigungen von Krankheitswert komme**. Andere Personen will *Teff* zwar nicht vom anspruchsberechtigten Personenkreis ausschließen, ihr Schockschaden wäre jedoch eine seltene Ausnahme und nur bei besonders grausamen Schadensfällen vorhersehbar. Dabei wäre darauf abzustellen, dass das schädigende Ereignis **auch bei Menschen mit normaltypischen Gefühlsleben zur Zufügung eines Schockschadens geeignet** ist. Die enge Nahebeziehung sei entscheidend für die Wahrscheinlichkeit des Schockschadens und bilde daher auch ein notwendiges und ausreichendes Kriterium, um die Vorhersehbarkeit des Schockschadens zu bestimmen. Die Vorhersehbarkeit und das Erfordernis einer Gesundheitsverletzung würden genügen, um die Haftung zu be-

413 *Alpa/Coester/Markesinis/Ullstein*, Compensation 54f; *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 351f; *Heldermann*, Schadenersatz 30 und 36ff.

414 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (908); *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 351 und 353.

415 *Teff*, LQR 1983, 101f und 108.

grenzen. Unerheblich sei dagegen, ob der Schockgeschädigte das schädigende Ereignis selbst miterlebt oder bloß davon benachrichtigt wird. Denn **aus medizinischer Sicht** führe die Sorge und Angst, die beim unmittelbaren Miterleben eines Unglücks um eine nahestehende Person durchgestanden wird, nicht zu so schweren und lang anhaltenden psychischen Beeinträchtigungen wie die nachfolgende Verarbeitung des schädigenden Ereignisses und die Bewältigung des Schicksals „naher Angehöriger“<sup>416</sup>. **Daher sei auch die Nachricht vom folgenschweren Unfall einer eng verbundenen Person besonders dazu geeignet, nachhaltige psychische Schäden auszulösen.** Darüber hinaus würden die „nahen Angehörigen“ aufgrund der fehlenden Vorstellung vom schädigenden Ereignis dazu neigen, noch mehr Grausamkeit zu unterstellen, als es vielleicht tatsächlich der Fall war.

*Alcock* wird der Auffassung *Teffs* insofern gerecht, als die Richter darüber übereinkommen, dass die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten den Schockschaden voraussehbar macht<sup>417</sup>. Entsprechend der bisherigen Rechtslage sind die Anforderungen an die räumliche und zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis sowie an die vermittelnden Umstände jedoch weiterhin sehr hoch. Diesbezüglich hat *Alcock* also **keine bedeutende Erweiterung** gebracht. Im Gegenteil, die Höchstrichter haben einen Schmerzensgeldanspruch im Falle der bloßen Benachrichtigung „naher Angehöriger“ in Hinblick auf zwei befürwortende unterinstanzliche Entscheidungen sogar ausdrücklich abgelehnt. Vielmehr stellt *Alcock* klar, welche Bedeutung die „Angehörigeneigenschaft“ für die Vorhersehbarkeit bzw. das Bestehen einer Sorgfaltspflicht insgesamt hat und gibt Auskunft darüber, was unter den „nahen Angehörigen“ zu verstehen ist. In der Vergangenheit stellte die Vorhersehbarkeit nämlich einen besonderen Problemkreis dar: Es war unklar, was vorhergesehen werden muss und welche Bedeutung die „Angehörigeneigenschaft“ dabei hat<sup>418</sup>.

#### *Die Stellung des bloßen Beobachters in Rechtsprechung und Lehre*

In *Alcock* schließen die Richter *Keith*, *Ackner* und *Oliver*<sup>419</sup> sehr seltene und besondere Fälle nicht aus, in denen der Schockschaden eines Sekundäröpfers auch ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten vorhersehbar sein kann, wenn auch ein Mensch

416 *Teff*, LQR 1983, 106f.

417 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (908f).

418 CA *Boardman v Sanderson*, LQR 1965, 3 (5) (*R.E.M.*); CA *King v Phillips*, LQR 1953, 347 (347ff) (*Goodhart*).

419 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (908f, 915, 919 und 930); *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, *Psychiatric Injury* 37.

normaler Stärke einen Schockschaden erlitten hätte, und sprechen in diesem Zusammenhang von einem „**bloßen Beobachter**“. Das heißt, dass sich der „bloße Beobachter“ selbst nicht im Gefahrenbereich eines schädigenden Ereignisses befindet und auch in keiner engen Nahebeziehung zu einem Erstgeschädigten steht. Er erleidet einen Schockschaden, weil er ein besonders grausames Ereignis mitansieht. **Derartige Fälle seien zwar schwer vorstellbar, können aber nicht gänzlich ausgeschlossen werden:** Es müsste sich eine besonders schreckliche Katastrophe in unmittelbarer Nähe des „Beobachters“ ereignen; genannt wird das Beispiel, dass ein Tankwagen außer Kontrolle gerät und während dem Unterricht in eine Schule kracht, die daraufhin in Flammen aufgeht. Neben einer **besonders schrecklichen Katastrophe** hatten die Höchstrichter Fälle vor Augen, in denen der „bloße Beobachter“ selbst in das schädigende Ereignis **verwickelt** war: Entweder als Retter wie in *Chadwick v British Transport Commission* oder durch einen schuldlosen Beitrag zum schädigenden Ereignis wie in *Dooley v Cammell Laird & Co Ltd*, wo ein Kranführer ohne sein Verschulden seine Last verloren hat und dadurch eine ernsthafte Gefahr für seine Arbeitskollegen bestand<sup>420</sup>. *Mullis* weist **völlig zu Recht darauf hin**, dass über das Kriterium der „Verwicklung“ Unklarheit herrscht und es dadurch zu einer sehr **weitreichenden Haftung** kommen könnte. Man bedenke, dass in die Geschehnisse im Hillsborough Stadion Hunderte von Menschen verwickelt waren.

In *White* erfolgte diesbezüglich die noch ausständige Klarstellung durch das House of Lords: Retter und Arbeitnehmer zählen zu keinem besonderen Personenkreis, zu dessen Gunsten Differenzierungen gerechtfertigt sind; sie können **nicht nach anderen Haftungsgrundsätzen Ersatz erhalten**. Das heißt sie können nur dann Ersatz erhalten, wenn sie selbst gefährdet waren (zumindest die begründete Furcht bestand, einen physischen Schaden zu erleiden) oder eine enge Nahebeziehung zu einem Erstgeschädigten vorlag<sup>421</sup>. So wurde in *White* ausgesprochen, dass ein diensthabender Polizist, der versucht hat, einige Opfer des Hillsborough-Unglücks zu retten, in Ermangelung einer engen Nahebeziehung von seinem Arbeitgeber kein Schmerzensgeld für seinen Schockschaden begehren kann, weil sein Schockschaden nicht vorhersehbar war<sup>422</sup>. **Ganz in diesem Sinne lautete schon** die Begründung der Entscheidung *McFarlane v EE Caledonia Ltd*, in welcher die Berufungsrichter einen Ersatz an den „bloßen Beobachter“ eines

420 *Mullis*, All ER AR 1991, 374f; QBD *Chadwick v British Railways* (*Chadwick v British Transport Commission*), LQR 1967/2, 945 = LQR 1967, 474 (P.V.B.).

421 HL *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others*, All ER 1999/1, 1 = VersRAI 2000, 28; *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 353f; *Lunney/Oliphant*, Tort Law <sup>2</sup> 319ff.

422 HL *White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others*, VersRAI 2000, 28.

besonders schrecklichen Ereignisses ablehnten<sup>423</sup>. Der Kläger habe sich selbst **nicht in Gefahr befunden und soll daher mangels einer engen Nahebeziehung auch keinen Ersatz erhalten. Sein Schockschaden wäre bei einem Menschen normaler psychischer Stärke nicht vorhersehbar.** Richter *Stuart-Smith* äußerte **Bedenken gegen die Haftung in derartigen Fällen**, weil nur schwer gesagt werden kann, dass eine Situation schrecklicher ist als eine andere – wonach sei es zu entscheiden, dass es mehr schrecklich wäre zu sehen, wie ein Tankwagen in eine Schule rast, als zu sehen, wie ein Kind von einem Auto überfahren wird?<sup>424</sup> Seiner Meinung nach müsse neben der Nähe zum schädigenden Ereignis auch eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten bestehen. Außerdem wäre im vorliegenden Fall **nicht davon auszugehen, dass ein Mensch normaler psychischer Stärke einen Schockschaden erlitten hätte.** Im vorliegenden Fall beobachtete der Kläger aus sicherer Entfernung wie es auf einer Öl-Plattform in der Nordsee zu Explosionen kam<sup>425</sup>. Er selbst war gerade außer Dienst und befand sich daher auf einem Versorgungsschiff. **In diesem Sinne begründet auch** der Richter erster Instanz in *Duncan v British Coal Corp* die Klagsabweisung<sup>426</sup>: Der Kläger kann als „bloßer Beobachter“ keinen Ersatz für seinen Schockschaden erhalten, **weil ein Mensch normaler psychischer Stärke keinen Schockschaden erlitten hätte.** Mag das Erlebnis des Klägers auch schrecklich gewesen sein, er hat nicht mehr gesehen als einen leblosen Körper, so wie er ihn auch bei einem Verkehrsunfall vorfinden könnte. Im vorliegenden Fall kam der Kläger als Erster zur Unglücksstelle: Sein Arbeitskollege war abgestürzt und scheinbar schon tot; der Kläger versuchte erfolglos, ihn wiederzubeleben. Das Berufungsgericht bestätigte die Klagsabweisung. Hinzuweisen ist auch auf die House of Lords-Entscheidung *Bourhill v Young*<sup>427</sup>: Die Klägerin erhielt keinen Ersatz für ihren Schockschaden, weil sie weder eine „nahe Angehörige“ des Erstgeschädigten war noch der Gefahr eigener physischer Schäden ausgesetzt war. Obwohl das damals vielleicht noch nicht ganz so gesehen wurde, weil man sich zunächst über die Haftung für Schockschäden von Sekundäröpfen uneinig war, **lässt sich** diese bereits lange zurückliegende Entscheidung des House of Lords **durchaus mit den heutigen Überlegungen in Einklang bringen.**

423 CA *McFarlane v EE Caledonia Ltd*, All ER 1994/2, 1 (1f); *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 354; *Kidner*, Case-book on Torts <sup>8</sup> 129; *Kottenhagen/Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury 37f; *Lunney/Oliphant*, Tort Law <sup>2</sup> 310.

424 CA *McFarlane v EE Caledonia Ltd*, All ER 1994/2, 1 (14).

425 CA *McFarlane v EE Caledonia Ltd*, All ER 1994/2, 1.

426 CA *Duncan v British Coal Corp*, All ER 1997/1, 540 (541f).

427 *Barrie*, Personal Injury Law <sup>2</sup> 352; *Beckwith/Giliker*, Tort 86; *Heldermann*, Schadenersatz 87f.

### Zusammenfassung

Während die Höchstrichter in *Alcock* noch eine Türe offen lassen wollten, um auch ausnahmsweise einem „bloßen Beobachter“ Ersatz zu gewähren, musste die nachfolgende Rechtsprechung wiederholt und insbesondere auch eine House of Lords-Entscheidung klarstellen, dass dafür eigentlich **kein Platz im englischen Recht** ist. Die Auffassung der Höchstrichter in *Alcock* beruhte wesentlich auf der durch die Unterinstanzen **zu Unrecht herbeigeführte, weite Auslegung der Primäropfereigenschaft**, wonach insbesondere Retter und Arbeitnehmer eine **bevorrechtigte Stellung** haben sollten. Die Katastrophe im Hillsborough-Stadion verdeutlichte jedoch die Problematik, wie weit die Haftung ausufern würde, wenn man auch einem „bloßen Beobachter“ Ersatz gewährt und bot daher den **Anlassfall für eine entsprechende Klarstellung und Grenzziehung**. Die neuere Rechtsprechung hat also verdeutlicht, dass der „Angehörigeneigenschaft“ immense Bedeutung für einen Schmerzensgeldanspruch nach dem englischen Recht zukommt. Die Rechtsprechung hat dadurch die **bevorrechtigte Stellung** der „nahen Angehörigen“ anerkannt, weil man ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten sein muss, wenn man sich selbst zum Zeitpunkt des Unglücks nicht im Gefahrenbereich aufhielt. Sie kommen demzufolge neben jenen Personen für einen Schmerzensgeldanspruch in Betracht, die eine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis aufweisen und nicht bloß nachträglich als Augenzeuge, Retter oder Einsatzkraft hinzukommen. Dass die „nahen Angehörigen“ **nach derzeitiger Rechtslage auch räumliche und zeitliche Nähe** zum schädigenden Ereignis nachweisen müssen, stellt eine Besonderheit des englischen Rechts dar und stößt **nicht nur in der englischen Lehre auf Ablehnung, sondern entspricht auch nicht dem Konsens in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen**. Nichtsdestotrotz wurde anerkannt, dass die „nahen Angehörigen“ im Gegensatz zu den Primäröpfen auch bei größerer Entfernung zum schädigenden Ereignis einer enormen psychischen Belastung ausgesetzt sind. **Einer Erweiterung** durch die Anerkennung von Schockschäden im Falle der bloßen Benachrichtigung „naher Angehöriger“ sowie durch die Anerkennung von Trauerschäden „naher Angehöriger“ **steht auch nach dem englischen Recht grundsätzlich nichts entgegen**. Diese könnte **ohne Bedenken** erfolgen, **nachdem mittlerweile mehr Klarheit** darüber herrscht, was die „nahen Angehörigen“ sind und warum dem Bedeutung zukommt. Obwohl das englische Recht diesbezüglich noch restriktiver ist als die anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen, leistet es auch dort einen **wichtigen Beitrag zur Klärung der Rechtslage**. Besonders in Deutschland, Österreich und der Schweiz fehlten bisher entsprechende Anlassfälle, die eine konkretere Auseinandersetzung mit der Stellung des „bloßen Beobachters“ in der Rechtsprechung und Lehre erfordert hätten. Das englische Recht macht deutlich, dass der Schadenersatz an den „bloßen Be-

obachter“ eines grausamen Ereignisses die Haftung ausufern lassen würde und verlangt daher eine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis, die sich durch das Aufhalten im Gefahrenbereich – die Gefahr einer eigenen physischen Schädigung oder zumindest die begründete Furcht vor einer solchen Schädigung auszeichnet.

Zusammenfassend ergibt sich für das englische Recht also das folgende Bild. **Der Zweitgeschädigte muss entweder eine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis aufweisen oder in einer engen Nahebeziehung zu einem Erstgeschädigten stehen, damit sein Schockschaden für den Schädiger vernünftigerweise vorhersehbar ist.** Das Vorliegen der „Angehörigeneigenschaft“ hat daher maßgeblichen Einfluss auf das Bestehen einer Sorgfaltspflicht, obwohl nach derzeitiger Rechtslage selbst die „nahen Angehörigen“ räumliche und zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis sowie besondere vermittelnde Umstände nachweisen müssen. Durch die **Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen** wird darauf abgestellt, ob sich der Zweitgeschädigte im Gefahrenbereich des schädigenden Ereignisses aufgehalten hat oder nicht. Primäröpfe weisen daher eine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis auf, so dass sie auch ohne eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten Ersatz erhalten können. Da bei Sekundäröpfen eine solche qualifizierte Nähe fehlt, müssen sie „nahe Angehörige“ des Erstgeschädigten sein: Bei „nahen Angehörigen“ genügt es daher auch, wenn sie das schädigende Ereignis bloß beobachten, nachträglich hinzukommen oder etwa unmittelbar danach ins Krankenhaus nachkommen und dort die Unfallfolgen selbst wahrnehmen. **An der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen kann daher auch dann festgehalten werden**, wenn die bloße Nachricht von schweren Verletzungen oder der Tötung des Erstgeschädigten genügen sollte. Dass die „nahen Angehörigen“ räumliche und zeitliche Nähe zum schädigenden Ereignis sowie besondere vermittelnde Umstände nachweisen müssen, hat nichts mit der Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen zu tun, sondern vielmehr mit der bisherigen Entwicklung in England, wonach das eigene Unfallerlebnis von Anbeginn immer im Vordergrund stand. Die Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfen stellt jedoch **ein taugliches Instrument für die Begrenzung** des anspruchsberechtigten Personenkreises beim Ersatz von Schockschäden Dritter dar und steht einer diesbezüglichen Erweiterung auch nicht entgegen.

#### c) Österreich

##### *Rechtsprechung*

Im österreichischen Recht gibt es **Parallelen** zu beiden der bereits dargestellten Rechtsordnungen: Einerseits geht der OGH ähnlich wie der BGH bei „nahen Angehörigen“ davon aus, dass **auch die bloße Unfallnachricht in hohem Maße dazu geeignet sei, ihnen**

einen Schockschaden zuzufügen und es daher für das Bestehen ihres Schmerzensgeldanspruches nicht darauf ankomme, ob sie den Unfall miterleben oder bloß davon benachrichtigt werden<sup>428</sup>; weiters hatte sich der OGH auch schon mit einem ähnlichen Fall auseinanderzusetzen wie der BGH; in dem Fall ging es um den Schockschaden einer Unfallbeteiligten, den sie wegen der tödlichen Verletzung einer anderen und fremden Unfallbeteiligten erlitt; in diesem Fall liegen jedoch zugleich die Parallelen zum englischen Recht und der grundlegenden Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundäröpfem, weil die **unmittelbare Beteiligung am Unfallgeschehen**, wie es *Steininger* zutreffend ausführt, **einen der „Angehörigeneigenschaft“ gleichwertigen und schweren Zurechnungsgrund** schafft; unmittelbar Beteiligte sind nämlich selbst dann **besonders gefährdet, einen Schockschaden zu erleiden**, wenn sie keine „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten sind; insbesondere die Gefahr einer physischen Schädigung erhöht auch die Gefahr einer psychischen Schädigung<sup>429</sup>. Im vorliegenden Fall hat der OGH den Schmerzensgeldanspruch einer Frau bejaht, die in die Rolle der Unfallbeteiligten hineingezwungen wurde<sup>430</sup>: Sie war mit einer Motorradlenkerin aus deren alleinigen Verschulden frontal zusammengestoßen, sah die schwerverletzte Motorradlenkerin am Boden liegen und war bei den Wiederbelebungsversuchen zugegen; sie selbst wurde beim Unfall zwar nicht körperlich verletzt, erlitt aber durch die spätere Nachricht vom Tod der Motorradlenkerin einen schweren Schock.

Ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen den genannten Rechtsordnungen jedoch insofern, als der OGH über die Prüfung der Rechtswidrigkeit eine Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises vornimmt, während der BGH dafür Schutzbereichüberlegungen anstellt und die „Angehörigeneigenschaft“ auch in die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs sowie des Verschuldens einfließen lässt, und in England das Bestehen einer Sorgfaltspflicht entsprechend begrenzt wird<sup>431</sup>. In Hinblick auf die **österreichische Entwicklung** erwähnenswert sind auch die Erwägungen des Berufungsgerichts, die der Entscheidung des OGH vom 16.4.1994 zugrundeliegen: Die Haftung für Schockschäden könne über die **Adäquanz** beschränkt werden, weil diese in aller Regel nur bei den „nahen Angehörigen“ des Verletzten zu bejahen sei<sup>432</sup>. Der OGH geht darauf in seinen Ausführungen aber nicht näher ein. Die weiteren Entscheidungen zeigen, dass der OGH für die Begründung und Begrenzung der Haftung **vielmehr** auf das **Vorhandensein besonderer Zurechnungsgründe** abstellt. Während der

428 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (206) (*Karner*); *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2001 73.

429 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2003 43f.

430 OGH 2 Ob 120/02i, EFSIlg 104.750, 104.758 = JBl 2004, 176 = RdW 2003/550 = ZVR 2004/25.

431 *Heldermann*, Schadenersatz 163ff und 172.

432 OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116.

OGH in den ersten beiden Schockschadensfällen, die er positiv beurteilt, lediglich darauf abstellt, dass der Schockgeschädigte in seinem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt wurde und daher als unmittelbar Geschädigter anzusehen ist, geht er in seiner Entscheidung vom 22.2.2001 ausführlich auf die **Begründung der Rechtswidrigkeit** ein und legt seiner Entscheidung die **Erwägungen Karner** zugrunde<sup>433</sup>. Der vorliegende Fall hatte den OGH zu ausführlicheren Äußerungen veranlasst, weil der Schockgeschädigte den Unfall nicht wie in den bisherigen Fällen selbst miterlebt hat, sondern nur davon benachrichtigt wurde. Die Rechtswidrigkeit ergäbe sich bei Schockschäden nicht aus der Verletzung jenes Schutzgesetzes, das den Erstschaden verhindern sollte, sondern aus der **Verletzung in einem absolut geschützten Rechtsgut und der dadurch gebotenen umfassenden Interessensabwägung. Die Gefahr einer unzumutbaren Haftungsausweitung wiegt gegenüber dem hohen Rang des verletzten Rechtsgutes so schwer, dass die Haftung nur bei Vorliegen eines besonders starken Zurechnungsgrundes gerechtfertigt ist. Letzteres ist dann zu bejahen, wenn die Schädigungshandlung auch einen Dritten besonders gefährdet, weil sie in hohem Maße dazu geeignet ist, ihm einen Schockschaden zuzufügen.** Das ist bei „nahen Angehörigen“ selbst dann zu bejahen, wenn sie den Unfall zwar nicht selbst miterleben, sondern bloß von der Tötung oder schweren Verletzung des Erstgeschädigten benachrichtigt werden. **Aufgrund der engen Nahebeziehung ist die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung auch gegenüber dem Schockgeschädigten zu bejahen und der Schockschaden dem Schädiger zuzurechnen, ohne dass eine unzumutbare Haftungsausweitung zu befürchten wäre.** Das gilt auch dann, wenn die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten vorübergehend gestört war. **Dadurch erhöht der OGH auch die Anforderungen an die Adäquanz und führt knapp aus, dass der Anlass des Schockschadens verständlich sein muss**<sup>434</sup>. Die vorliegende Entscheidung fand in der Lehre Zustimmung: So vertritt *Steininger*, dass die Entscheidung **von einem breiten Konsens in der Lehre getragen** werde und die Begründung des OGH überzeugend sei, wonach der Schädiger gegenüber den „nahen Angehörigen“ selbst dann rechtswidrig handle, wenn diese den Unfall nicht unmittelbar miterlebten, weil sie nach der allgemeinen Erfahrung aufgrund der bloßen Unfallnachricht in besonderer Gefahr seien, eine Gesundheitsverletzung zu erleiden<sup>435</sup>.

433 OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116 (117); OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997, 186 (187); OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (206) (*Karner*); *Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser* in *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI Rz IV/19f; *Kath*, Schmerzensgeld 110f; *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2001 73.

434 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (206) (*Karner*); OLG Graz 4R 215/99s, ZVR 2000, 341 (343); *Kath*, Schmerzensgeld 111.

435 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2001 73.

*Lehre*

Der **Blick auf die österreichische Lehre** bestätigt die maßgebliche Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ im österreichischen Recht. *Harrer* vertritt die Auffassung, dass Schockschäden nur bei den „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten adäquat verursacht sind<sup>436</sup>. Obwohl *Karner* die „Angehörigeneigenschaft“ **als generelle Haftungsgrenze** für den Ersatz von Schockschäden **ablehnt**, lässt er ihr bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit und somit bei der Haftungsbegründung maßgebliche Bedeutung zukommen<sup>437</sup>: **Im Falle der bloßen Unfallnachricht handle der Schädiger nur gegenüber den „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten rechtswidrig**, weil seine Schädigungshandlung diese in so hohem Maße gefährdet, dass ein besonders starker Zurechnungsgrund vorliegt, der einen Ersatz rechtfertigt. **Bei unmittelbarem Miterleben des schädigenden Ereignisses wäre ein besonders starker Zurechnungsgrund jedoch auch ohne eine enge Nahebeziehung** zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten zu bejahen, insbesondere dann, wenn der Zweitgeschädigte in das Unfallgeschehen miteinbezogen wird. **Bloß zufälliges Beobachten genüge jedoch nicht**. Vielmehr müsse man dem Unfallgeschehen direkt ausgesetzt sein, so dass die unmittelbare **Beteiligung** am Unfallgeschehen dem Vorliegen einer engen Nahebeziehung gleichzusetzen ist. Demzufolge habe die „Angehörigeneigenschaft“ auch für die Begründung der Rechtswidrigkeit Bedeutung, weil die Verletzung in einem absolut geschützten Recht allein nicht genüge und eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden müsse: **Insbesondere seien der hohe Rang des Rechtsguts, die Bewegungsfreiheit und Zumutbarkeit der Haftung gegeneinander abzuwägen**. Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit stehe der Haftung für Schockschäden noch nicht entgegen, weil diese ohnehin schon aufgrund des Erstschadens in den Hintergrund rücken muss. Viel schwerer wiege dagegen die **Gefahr einer unzumutbaren Haftungsausweitung**, so dass der hohe Rang des verletzten Rechtsguts allein nicht zur Begründung der Haftung ausreiche und zusätzlich ein besonders starker Zurechnungsgrund vorliegen müsse. In Ermangelung der unmittelbaren Beteiligung am Unfallgeschehen stelle die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten einen solchen Zurechnungsgrund dar. Daher begründe die Nachricht von der Tötung oder schweren Verletzung des Erstgeschädigten nur gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung. Beim Miterleben des Unfalls könne dagegen auch die bloße

436 *Harrer* in *Schwimann*, Praxiskommentar VI<sup>3</sup> § 1295 Rz 16.

437 *Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser* in *Fucik/Hartl/Schlösser*, Handbuch VI Rz IV/19f; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207) (*Karner*).

Gefährdung bzw. berechtigte Sorge um einen „nahen Angehörigen“ den **besonders starken Zurechnungsgrund** bilden. Bei vorsätzlicher oder sittenwidriger Schädigung ergäbe sich die Rechtswidrigkeit aus dem **besonderen Unrechtsgehalt der Tat**. Über die Rechtswidrigkeit komme der „Angehörigeneigenschaft“ also maßgebliche Bedeutung zu, um eine Haftung für Schockschäden zu begründen. Damit würden gleichzeitig höhere Anforderungen an die Adäquanz gestellt werden: Es müsse ein **hohes Maß an Adäquanz durch die besondere Gefahr der Schädigungshandlung** für einen Dritten vorliegen<sup>438</sup>.

Ähnlich argumentiert auch *Reischauer*<sup>439</sup>: Die „Angehörigeneigenschaft“ sei zwar keine Anspruchsvoraussetzung, erlange aber bei der **Schadenzurechnung** maßgebliche Bedeutung. Dem Schädiger könne der Schockschaden nur dann zugerechnet werden, wenn er sorgfaltswidrig handle. Das sei zu bejahen, wenn die Schädigungshandlung typischerweise dazu geeignet wäre, dem Dritten einen Schockschaden zuzufügen und ein maßgerechter Mensch das auch erkennen konnte. Die Nachricht vom Tod oder der schweren Verletzung des Erstgeschädigten sei nur bei „nahen Angehörigen“ in hohem Maße dazu geeignet, einen Schockschaden herbeizuführen, während beim unmittelbaren Miterleben des Unfalls als Beteiligter die Sorgfaltswidrigkeit auch ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten zu bejahen sein könne. Auch der **Entwurf für das neue österreichische Schadenersatzrecht** knüpft den Grund und die Höhe des Schmerzensgeldanspruches ausdrücklich an die Schwere der Zurechnungsgründe an (§§ 1292, 1316 Abs2 und Abs5, 1317)<sup>440</sup>.

### Zusammenfassung

In der österreichischen Lehre haben sich also schon konkrete Vorstellungen herausgebildet, **wann das Miterleben eines schädigenden Ereignisses auch ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten einen Schmerzensgeldanspruch rechtfertigen kann**<sup>441</sup>. Besonders *Karner* weist darauf hin, dass das zufällige Beobachten eines Unglücks nicht genügen soll und schon mehr Nähe zum Unglücksfall vorliegen müsse: Erforderlich sei die eigene Beteiligung und ein besonders starker Zurechnungsgrund sei insbesondere dann gegeben, wenn man in diese Lage hineingezwungen wurde und dadurch ein folgenschweres Unglück miterlebt. Weiters stellt *Steininger* auf das Aufhalten im

438 *Karner*, ZVR 1998, 186.

439 *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5.

440 *Griss*, JBl 2005, 274 und 282f.

441 *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102f; *Karner*, ZVR 1998, 186ff; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207) (*Karner*); *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2003 43f.

Gefahrenbereich ab, das heißt darauf, ob für den Zweitgeschädigten die Gefahr eigener physischer Schäden bestanden hat.

Das lässt erkennen, dass die eigene Beteiligung und Gefährdung dem Zweitgeschädigten das schädigende Ereignis so nahe bringen, dass es in hohem Maße dazu geeignet ist, ihm einen Schockschaden zuzufügen. Es muss daher eine qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis vorliegen, um ohne „Angehörigeneigenschaft“ für einen Schmerzensgeldanspruch in Betracht zu kommen und das bloße Beobachten genügt dafür nicht. **Das ergibt für das österreichische Recht nach § 1325 ABGB folgendes Ergebnis: Bei qualifizierter Nähe zum schädigenden Ereignis oder einer engen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten ist grundsätzlich ein besonders starker Zurechnungsgrund zu bejahen, der ein Schmerzensgeld rechtfertigt. Ansonsten ist es jedoch zu verneinen, dass der Schädiger gegenüber dem schockgeschädigten Dritten (dem Zweitgeschädigten) rechtswidrig gehandelt hat. Zudem muss ein verständlicher Anlassfall für den Schockschaden vorliegen. Zur Beantwortung der Frage, ob ein verständlicher Anlassfall vorliegt, ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen: Während bei „nahen Angehörigen“ Abstufungen danach möglich sind, ob sie das schädigende Ereignis selbst miterleben oder bloß davon benachrichtigt werden, und u. U. auch das Miterleben einer ernsthaften Gefährdung des Erstgeschädigten genügen kann, muss bei anderen Personen ein folgenschweres schädigendes Ereignis vorliegen, das die schwere Verletzung oder Tötung eines Menschen nach sich zieht.**

#### d) Schweiz

##### *Rechtsprechung*

In der Schweiz gab es seit der Anerkennung von Schockschäden im Jahr 1986 **noch nicht viele Fälle** in der Rechtsprechung. Der **Grund** dafür ist, dass gesundheitliche Beeinträchtigungen der „nahen Angehörigen“ nach der ständigen Rechtsprechung erhöhend beim Ersatz von Trauerschäden berücksichtigt werden<sup>442</sup>. In seiner Entscheidung vom 11.3.1986 bejahte das BG den **adäquaten Kausalzusammenhang** zwischen dem Schockschaden des Familienvaters und dem Flugzeugabsturz seiner Familie im Falle der bloßen Unfallnachricht<sup>443</sup>. Während das BG bei der Begründung des adäquaten Kausalzusammenhangs auf die enge Nahebeziehung zwischen dem Vater und seinen beiden Söhnen abstellte, ließ es für die Rechtswidrigkeit die Verletzung in einem absolut geschützten Rechtsgut (die Verletzung der körperlichen Integrität) genügen. Das

<sup>442</sup> *Brehm* in *Koch/Kozioł*, Personal Injury Rz 125ff; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/46f.

<sup>443</sup> BGE 112 II 118 (127f).

BG hat seine Entscheidung insbesondere auf den **Rechtsvergleich** gestützt: Auch nach dem deutschen und französischen Recht wurden Schockschäden zum damaligen Zeitpunkt ersetzt, in Österreich noch nicht. Durch die Anknüpfung an absolut geschützte Rechtsgüter war das deutsche Recht dem schweizerischen Recht jedoch ähnlicher als das französische Recht, das bloß an das Vorliegen eines Schadens anknüpft. Das BG hat in der vorliegenden Entscheidung **aber vieles offengelassen**: Unklar ist insbesondere, ob auch ohne eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten ein Schmerzensgeldanspruch in Betracht kommt. In Hinblick auf den vorliegenden Fall stellte das BG lediglich klar, dass der „Angehörigeneigenschaft“ im Falle der Benachrichtigung von einem schädigenden Ereignis entscheidende Bedeutung zukommt. Dabei hat sich das BG an die Rechtsprechung des BGH angelehnt und die „Angehörigeneigenschaft“ in die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs einfließen lassen (der BGH begrenzt die Haftung jedoch zusätzlich über Schutzbereichüberlegungen).

#### Lehre

Die vorliegende Entscheidung hat auch die **schweizerische Lehre** zu Überlegungen darüber veranlasst, welche Bedeutung die „Angehörigeneigenschaft“ für den Ersatz von Schockschäden hat. *Fischer* meint, **die Sonderbeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten könne über das Verschulden und die Adäquanz Bedeutung erlangen**<sup>444</sup>. Im Falle der bloßen Unfallnachricht wäre nämlich nur der Schockschaden „naher Angehöriger“ verständlich und vorhersehbar. *Fischer lehnt es aber ab, die Sonderbeziehung als eigenes Kriterium zu formulieren, weil dafür die gesetzliche Grundlage fehle*: Art. 41 OR verlange neben einer Gesundheitsverletzung im medizinischen Sinne bloß Kausalität, Adäquanz, Rechtswidrigkeit und Verschulden. Die grundsätzliche Begrenzung der Haftung auf Schockschäden „naher Angehöriger“ sei demnach abzulehnen. Ebenso wäre es abzulehnen, über den Schutzzweck der Norm zu diesem Ergebnis zu kommen. Eine entsprechende Klarstellung durch die Rechtsprechung fehle aber bisher, weil das BG noch nicht darüber ausgesprochen hat, ob auch Fremde einen Anspruch auf Ersatz ihres Schockschadens haben können. *Kramer* tritt dafür ein, Fremden bei **Miterleben besonders grausamer schädigender Ereignisse** ein Schmerzensgeld zuzusprechen und will Schockschäden auch im Falle der Verletzung des Erstgeschädigten ersetzen<sup>445</sup>. Insgesamt ergibt sich nach der schweizerischen Lehre folgendes Bild: **Überwiegend wird befürwortet**, dass ein Schmerzensgeldanspruch beim Miterleben des schädigenden Ereignis-

444 *Fischer*, Schockschäden Dritter 13, 30 und 45f.

445 *Kramer*, ZBJV 1987, 312 und 314; s. a. *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff.

nisses auch ohne Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in Betracht komme, während bei bloßer Nachricht eine Beschränkung auf die „nahen Angehörigen“ vorzunehmen sei und daher die „Angehörigeneigenschaft“ für die Beurteilung der Kausalität und des Verschuldens entscheidend sei<sup>446</sup>. Restriktiver ist dagegen *Koller*, weil er die Adäquanz generell nur bei Vorliegen einer engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bejaht<sup>447</sup>.

e) Frankreich

*Rechtsprechung*

In Frankreich erscheint die Rechtslage in Hinblick auf den Ersatz von Schockschäden Dritter am wenigsten klar, weil der Ersatz von Gefühlsschäden der „nahen Angehörigen“ seit langem nahezu unbestritten ist und Schockschäden daher auch nicht im Vordergrund der Erwägungen der französischen Rechtsprechung und Lehre standen. **Über das Kriterium eines unmittelbaren und gewissen Schadens versucht die französische Rechtsprechung ungewöhnliche Schockschäden von einer Haftung auszuschließen.** Der „Angehörigeneigenschaft“ und der Schwere des Erstschadens kommen dafür maßgebliche Bedeutung zu<sup>448</sup>. Anders als in Deutschland, England, Österreich und der Schweiz stellte sich in Frankreich die Frage noch nicht, ob auch Fremde Ersatz für ihren Schockschaden erhalten können. Übereinstimmungen mit den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen bestehen insofern, als die Schockschäden „naher Angehöriger“ auch im Falle der bloßen Unfallnachricht von der Tötung oder schweren Verletzung des Erstgeschädigten ersetzt werden und die dadurch ausgelöste psychische Belastung der „nahen Angehörigen“ berücksichtigt wird<sup>449</sup>. Weiters kommt dem **Anblick** der Verletzungen eines „nahen Angehörigen“ insbesondere dann Bedeutung zu, wenn sich der Erstgeschädigte keine schweren Verletzungen zugezogen hat<sup>450</sup>. Es muss aber auch nach dem französischen Recht ein **verständlicher Anlassfall** vorliegen, so dass die Aufregung über den Armbruch der Tochter ohne das Bestehen einer darüber hinaus gehenden und ernstzunehmenden Gefahrenlage nicht genügt. In diesem Zusammenhang sollen **zwei Kassationshofentscheidungen** Erwähnung finden.

446 *Fischer*, Schockschäden Dritter 45f; *Kramer*, ZBJV 1987, 314; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> Rz 73ff.

447 *Koller* in *Guhl*, Obligationenrecht<sup>9</sup> 190.

448 *Ranieri*, Europäisches OR 192; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 109f.

449 *Henry/Jacob/Tisserand-Martin/Wiederkehr*, Code Civil<sup>104</sup> § 1383 Rz 69; *Jourdain/Viney*, Les conditions 142; Cass crim 6.5.1982, RTD 1983, 348 (349) (*Durry*); Cass civ 1<sup>re</sup> 29.11.1989, Pourvoi n°88-10.075; Cass crim 23.5.1991, Pourvoi n°90-83.280.

450 *Ranieri*, Europäisches OR 192ff.

In der Entscheidung vom 17. 5. 1973 hat die 2. Zivilkammer des Kassationshofes das Berufungsurteil bestätigt, welches einer schwangeren Frau ein Schmerzensgeld zuspricht, die durch den Anblick ihres verletzten Mannes einen Schock und in weiterer Folge eine Fehlgeburt erlitt<sup>451</sup>. Im vorliegenden Fall wurde der Mann der Klägerin bei einem vom Beklagten verschuldeten Verkehrsunfall verletzt. Die Klägerin macht geltend, durch den Anblick ihres verletzten Mannes, der mit zerrissenen und blutigen Kleidern nach Hause kam, einen Schock erlitten zu haben, der zur späteren Fehlgeburt führte. Das Berufungsgericht bejahte entgegen der Vorbehalte des Sachverständigen den **Kausalzusammenhang zwischen der Fehlgeburt und dem Unfall**, weil die Schwangerschaft der Klägerin bis zum Unfall normal verlief und es erst danach zu Komplikationen kam, welche die Fehlgeburt der Klägerin zur Folge hatten. Der Kassationshof erblickte darin keinen Gesetzesverstoß: Das Berufungsgericht sei nicht an das Sachverständigengutachten gebunden und habe sein Urteil rechtsfehlerfrei begründet.

In der Entscheidung vom 29. 11. 1989 ging es um den Schockschaden durch das schwere Leid der Ehegattin und Mutter<sup>452</sup>: Der Kassationshof hob das Urteil des Berufungsgerichts auf, weil es den unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen der seelischen Belastung der „nahen Angehörigen“ und der Schädigungshandlung verneint hat. Die Ehegattin des Klägers wurde durch einen Behandlungsfehler schwer geschädigt. Er beehrte für sich und seine minderjährige Tochter ein Schmerzensgeld und machte geltend, dass sie durch das außergewöhnlich schwere Leid der Erstgeschädigten selbst gesundheitlich beeinträchtigt wurden. Das Berufungsgericht hatte die Klagen mit der Begründung abgewiesen, dass das Trauma des Klägers vielmehr auf seine **besondere Veranlagung** und das Verhalten der damals fünf Jahre alten Tochter auf das ungesunde Klima zurückzuführen sei. Zwischen dem Behandlungsfehler des Arztes und der gesundheitlichen Beeinträchtigung der Kläger bestehe jedoch kein unmittelbarer Kausalzusammenhang. Dadurch habe das Berufungsgericht Art. 1382 CC verletzt. Da das schwere und dauerhafte Leiden der Erstgeschädigten auslösend für die gesundheitliche Beeinträchtigung der Kläger war und auf den Behandlungsfehler des Arztes zurückzuführen ist, bestehe zwischen der Beeinträchtigung der Kläger und dem Behandlungsfehler selbst dann ein **unmittelbarer Kausalzusammenhang**, wenn diese durch andere Faktoren wie etwa eine Veranlagung vergrößert wurde.

Die französische Rechtsprechung kann die Haftung über das **Kriterium eines unmittelbaren Schadens** selbst dann ausschließen, wenn ein gewisser Schaden nachgewiesen wurde, also die „Angehörigeneigenschaft“ des Schockgeschädigten und das Vorliegen

---

451 *Ramieri*, Europäisches OR 192f.

452 Cass civ 1<sup>re</sup> 29.11.1989, Pourvoi n°88-10.075.

einer Gesundheitsverletzung nicht anzuzweifeln sind<sup>453</sup>. Das würde etwa dann zutreffen, wenn die Anlage des Schockgeschädigten derart war, dass sie den unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem Schockschaden durchbricht. Grundsätzlich dienen aber beide Kriterien – gewisser und unmittelbarer Schaden – dazu, unverständliche Schockschäden auszuschließen. Insofern spielen Adäquanzüberlegungen auch für das französische Recht eine Rolle. Da der Schockschaden Fremder bisher nicht diskutiert wurde, kann darüber nur gerätselt werden, ob neben dem Vorliegen einer Gesundheitsverletzung auch die qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis anstelle der „Angehörigeneigenschaft“ genügen würde, um einen gewissen Schaden nachzuweisen. Für beide Fälle steht jedoch fest, dass eine Haftung dann ausscheidet, wenn ein verständlicher Anlassfall für den Schockschaden des Dritten fehlt.

#### f) Zusammenfassende Gegenüberstellung

Grundlegende Unterschiede bestehen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen darüber, **wie eine Haftungsbegrenzung** durch die „Angehörigeneigenschaft“ **vorgenommen wird**: Während in Österreich eine umfassende Interessensabwägung für die Begründung der Rechtswidrigkeit vorgenommen wird, genügt in Deutschland und der Schweiz die Verletzung in einem absolut geschützten Rechtsgut für die Begründung der Rechtswidrigkeit und die „Angehörigeneigenschaft“ fließt dort vielmehr in die Beurteilung des adäquaten Kausalzusammenhangs ein<sup>454</sup>. Über Schutzbereichüberlegungen werden jedoch auch in Deutschland die Anforderungen an die Adäquanz erhöht, was dazu führen kann, dass selbst adäquate Folgen eines schädigenden Ereignisses dem Schädiger nicht zugerechnet werden. Im englischen Recht stellt die Rechtswidrigkeit hingegen überhaupt **keine selbstständige Haftungsvoraussetzung** dar, weil dort vielmehr alle deliktischen Handlungen als rechtswidrig bezeichnet werden und die „Angehörigeneigenschaft“ für die Begründung einer Sorgfaltspflicht bzw. bei der Prüfung des Verschuldens eine Rolle spielt<sup>455</sup>. Nach dem englischen Recht handelt der Schädiger nämlich gegenüber dem Schockgeschädigten schuldhaft, wenn das Bestehen einer Sorgfaltspflicht zu seinen Lasten zu bejahen ist und er diese verletzt hat. Tatsächlich unterscheiden sich diese Überlegungen aber nicht wesentlich von jenen, die man nach

453 *Ramieri*, Europäisches OR 193ff.

454 BGE 112 II 118 (127f); *Fischer*, Schockschäden Dritter 27; *Heldermann*, Schadenersatz 163ff, 172 und 224; *Koller in Guhl*, Obligationenrecht 9 190.

455 *Heldermann*, Schadenersatz 162.

der Lehre vom Verhaltensunrecht für die Begründung der Rechtswidrigkeit anstellen würde<sup>456</sup>. Auch die Adäquanz stellt **kein selbstständiges Kriterium zur Haftungsbegrenzung** im englischen Recht dar, obwohl sich derartige Überlegungen zweifelsohne auch in das englische Recht übertragen lassen<sup>457</sup>. In Frankreich steht die Frage im Vordergrund, ob ein Schaden vorliegt und der Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Schädigungshandlung gegeben ist. Adäquanzüberlegungen als selbstständige Haftungsvoraussetzung sind dem französischen Recht fremd, **obwohl derartige Überlegungen** natürlich bei der Prüfung des Schadens und des Kausalzusammenhanges **einfließen**. Die Rechtswidrigkeit ist dort als Haftungsgrenze in den Hintergrund getreten, nachdem man die Ansprüche von unehelichen Kindern und von Lebensgefährten selbst bei Ehebruch anerkannt hat, was auch mit der gesetzlichen Entkriminalisierung des Ehebruchs im Jahr 1975 einherging<sup>458</sup>.

Man könnte daher meinen, es stehen sich **im Wesentlichen zwei gegenläufige Tendenzen** gegenüber: Die eine, welche Adäquanzüberlegungen zur Haftungsbegrenzung genügen lässt und die andere, welche sich über andere Kriterien (z. B. Schutzzweck) die Möglichkeit vorbehält, sogar die Haftung für verständliche Schäden zu begrenzen. **Ausgehend vom Verständnis**, dass es sich bei Schock- und Gefühlsschäden Dritter um einen besonderen Fall handelt, weil der Schaden auf die Schädigung einer anderen Person zurückzuführen ist, hat man die Anforderungen an die Adäquanz in Österreich und Deutschland erhöht. Da man in Frankreich und der Schweiz darauf verzichtet hat, stellt sich die Frage, ob man Adäquanzüberlegungen nicht einfach genügen lassen könnte und den Schwerpunkt auf die enge Begrenzung möglicher Anspruchsberechtigter verlegen sollte. **Aus österreichischer Sicht** ist die gute wissenschaftliche Vorarbeit zu begrüßen, welche sich mit der Problematik des Drittschadens bzw. mit den Schwierigkeiten der Haftungsbegründung bereits eingehend auseinandergesetzt hat. **Es wurde aufgezeigt**, dass aufgrund der Besonderheit des Schadens (welche zur Gefahr einer Haftungsausuferung führt) ein enger Zusammenhang zwischen der Haftungsbegründung und Haftungsbegrenzung besteht und die Prüfung der Rechtswidrigkeit eine umfassende Interessensabwägung erfordert. Das **verdient vollste Zustimmung**, weil dadurch eine Haftungsausuferung vermieden und eine Grenzziehung erst möglich gemacht wird. Da es einen Unterschied macht, ob man einen Schockschaden durch den eigenen Unfall erleidet oder durch den Unfall eines „nahen Angehörigen“, ist auch eine unterschiedliche rechtliche Behandlung beider Schäden gerechtfertigt. **Ungleiches darf**

456 *Heldermann*, Schadenersatz 164.

457 *Heldermann*, Schadenersatz 224.

458 *Lambert-Fairve*, Dommage Corporel<sup>5</sup> 292f; *Meilhac-Redon*, ERPL 2003/3, 443f.

**auch ungleich behandelt werden.** Dadurch wird eine angemessene Haftungsbegrenzung auch in Zukunft gesichert, während Adäquanzüberlegungen allein bei Drittschäden kaum Grenzziehungen möglich machen. Um die Haftung für Schock- und Gefühlschäden Dritter nicht ausweiten zu lassen, müssen, wie *Karner* zutreffend ausführt, besonders starke Zurechnungsgründe vorliegen. Das verdeutlichen insbesondere die Ausführungen zum „bloßen Beobachter“ im englischen Recht. Derartige Schadensfälle sind durchaus denkbar und allfällige Schockschäden wären auch verständlich. Können sie jedoch auch eine Haftung begründen? **Nach dem österreichischen Verständnis** werden über das Erfordernis besonders starker Zurechnungsgründe hohe Anforderungen an die Verständlichkeit gestellt. Die bloße Verständlichkeit des Schadens genügt also noch nicht für die Schadenszurechnung. Vielmehr müssen angesichts der Gefahr einer Haftungsausuferung besonders starke Zurechnungsgründe vorliegen, um dem Schädiger die Haftung für einen Drittschaden aufzuerlegen. Da beim „bloßen Beobachter“ die qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis fehlt, müsste er ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten sein oder ein besonderer Unrechtsgehalt der Tat neben anderen Umständen (v. a. ein hoher Grad an persönlicher und räumlicher Nähe) vorliegen. Im österreichischen Recht erfolgt die Haftungsbegrenzung also auf mehreren Ebenen: Über die Rechtswidrigkeit, den Rechtswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck der Norm) und die Adäquanz.

### 3. Länderweise Untersuchung betreffend Gefühlsschäden

Unterschiede bestehen zwischen den zu untersuchenden Rechtsordnungen nicht nur in Hinblick auf den Ersatz von Schockschäden Dritter, sondern auch soweit es um den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter geht.

#### a) Österreich

Da der OGH eine unzumutbare Haftungsausweitung befürchtete, stellte er für den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter eine **hohe Hürde** auf: Neben der „Angehörigeneigenschaft“ müsse auch ein grobes Verschulden des Schädigers vorliegen, damit ein besonders starker Zurechnungsgrund zu bejahen sei, der einen Schmerzengeldanspruch rechtfertigt<sup>459</sup>. In seiner Entscheidung 2 Ob 84/01v stellte der OGH in Hinblick auf den **Anlassfall** auch ausdrücklich darauf ab, dass der „nahe Angehörige“ getötete wurde. Ob ein Ersatz von Gefühlsschäden auch im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten in

<sup>459</sup> OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (287); s. a. OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792.

Betrachtet kommt, hatte der OGH bisher noch nicht zu entscheiden. **Bei leichtem Verschulden oder bloßer Gefährdungshaftung kann der Trauerschaden dem Schädiger nach derzeitiger Rechtslage jedenfalls nicht zugerechnet werden.** Insofern hat die „Angehörigeneigenschaft“ in Österreich derzeit kein so großes Gewicht wie im schweizerischen oder französischen Recht, wo Gefühlsschäden Dritter auch bei leichtem Verschulden des Schädigers oder bloßer Gefährdungshaftung sowie im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten ersetzt werden.

#### b) Schweiz

In der Schweiz bildet die „Angehörigeneigenschaft“ eine der Anspruchsvoraussetzungen für den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter<sup>460</sup>: Daneben müssen nach Art. 47 OR „besondere Umstände“ vorliegen, welche die Gewährung eines Schmerzensgeldes rechtfertigen, und Art. 49 OR verlangt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung, deren Schwere ein Schmerzensgeld rechtfertigt und auch sonst nicht wiedergutmacht worden ist. Die „Angehörigeneigenschaft“ ist maßgeblich dafür, um von der **Verletzung in einem Rechtsgut** auszugehen und den Zweitgeschädigten als unmittelbar Verletzten anzusehen<sup>461</sup>. Besonders *Hütte* weist auf die Notwendigkeit hin, das verletzte Rechtsgut nach Art. 47 OR zu konkretisieren: Dafür sei neben dem Verwandtschaftsgrad die persönliche Beziehung zum Erstgeschädigten sowie dessen Alter und Lebenserwartung entscheidend<sup>462</sup>. Im schweizerischen Recht wurde also anerkannt, dass die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“ eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann. Die „nahen Angehörigen“ können daher selbst dann in einem Rechtsgut verletzt und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sein, wenn sie keine Gesundheitsverletzung erleiden. Dass der „Angehörigeneigenschaft“ als Haftungsgrenze entscheidende Bedeutung zukommt, zeigt insbesondere die geringe Anzahl von Fällen, in denen ein Schmerzensgeldanspruch nach Art. 47 OR mangels besonderer Umstände verneint wurde<sup>463</sup>. Im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten spielt daneben die Schwere des Erstschadens eine entscheidende Rolle, weil der Zweitgeschädigte eine **schwere Persönlichkeitsverletzung** nachweisen muss. Das bedeutet, er muss nachweisen, dass sein Leben durch die Verletzung des Erstgeschädigten auf vergleichbare Weise umgeworfen wurde wie im Falle des Todes des Erstgeschädigten. Dafür muss ein schwerwiegender

460 *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23.

461 OG Bern 9.9.1958, ZBJV 1960, 331 (333).

462 *Hütte*, SJZ 1974, 278.

463 BGE 57 II 469 (472) – Provokation; BGE 93 I 586 (587f und 596f) – Schlechter Gesundheitszustand; BGE 112 IB 322 (322 und 332f) – Selbstmord.

Eingriff in die Beziehung zum Erstgeschädigten sowie in das Familienleben vorliegen, unter dem der Zweitgeschädigte leidet. Die Anerkennung von Gefühlsschäden Dritter im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten beruht in Frankreich und der Schweiz auf der **Überzeugung**, dass eine schwere und dauerhafte Beeinträchtigung des Erstgeschädigten zu vergleichbaren oder sogar schlimmeren Leid seiner „nahen Angehörigen“ führen kann wie sein Tod<sup>464</sup>. Die Beziehungen zwischen „nahen Angehörigen“ zählen daher zu den **Persönlichkeitsrechten**<sup>465</sup>. Nur ein schwerer und widerrechtlicher Eingriff in ein solches kann aber einen Schmerzensgeldanspruch begründen.

### c) Frankreich

Nicht nur in der Schweiz, sondern auch in Frankreich vermochte man es mit Hilfe der Kriterien der „Angehörigeneigenschaft“ und des Schweregrades der Erstverletzung, eine **angemessene Begrenzung** für den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter herbeizuführen. Das offenbart jedoch erst ein genauer Blick auf das französische Recht, weil es grundsätzlich keine Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises kennt und nach ständiger Rechtsprechung nur der Beweis eines persönlichen, unmittelbaren und gewissen Schadens erforderlich ist<sup>466</sup>. Nur kurz zu den einzelnen **Kriterien**: Ein persönlicher Schaden bedeutet, dass den „nahen Angehörigen“ ein eigener Anspruch im Gegensatz zu einem abgeleiteten und vererbten Schmerzensgeldanspruch zukommt; unmittelbar ist der Schaden, wenn ein Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem Gefühlsschaden besteht und das Kriterium eines gewissen Schadens verlangt, dass die Kläger die Existenz und den Umfang ihres Schadens nachweisen.

Wie bereits zum „Angehörigenbegriff“ ausgeführt wurde, stellt die französische Rechtsprechung über das Kriterium des gewissen Schadens auf die „Angehörigeneigenschaft“ des Zweitgeschädigten ab. Früher hat man den Schaden der „nahen Angehörigen“ im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten als mittelbar verneint, wenn ihrerseits kein außergewöhnliches seelisches Leid vorlag oder der Erstschaden nicht hinreichend schwer war<sup>467</sup>. Davon ist der Kassationshof jedoch abgegangen, so dass dem Kriterium der Unmittelbarkeit für den Ersatz von Gefühlsschäden der „nahen Angehörigen“ nur mehr geringe Bedeutung zukommt<sup>468</sup>. Ein **Ermessensspielraum** des Richters bestehe zwar insoweit, als er aussprechen kann, dass das Bestehen des Ge-

464 *Kadner*; ZEuP 1996, 144f.

465 *Brehm* in *Hausherr*; Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Rz 67ff.

466 *Ranieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 622; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 109f.

467 Siehe etwa Cass civ 2<sup>e</sup> 5.1.1973, RTD 1973, 774 (775) (*Durry*).

468 Cass civ 2<sup>e</sup> 23.5.1977, D. 1977, IR 441.

fühlsschadens (ein gewisser Schaden) nicht nachgewiesen wurde, wofür auch dem Schweregrad der Erstverletzung neben der „Angehörigeneigenschaft“ Bedeutung zukomme, er dürfe jedoch nicht das Vorliegen von Tatsachen leugnen oder gar eine zusätzliche Anspruchsvoraussetzung aufstellen, wie etwa das Erfordernis von außergewöhnlich schwerem seelischen Leid. Hat der „nahe Angehörige“ seinen Gefühlschaden (schweres seelisches Leid) nachgewiesen, gelingt auch meistens der **Nachweis eines unmittelbaren Schadens**. Dafür genügt nämlich regelmäßig der Beweis, dass zwischen dem Erstschaden und der Schädigungshandlung ein Kausalzusammenhang besteht<sup>469</sup>. Im gegenteiligen Fall kann auch für den Gefühlsschaden kein Ersatz begehrt werden, wie der folgende Fall verdeutlicht<sup>470</sup>.

Im vorliegenden Fall erhielten die Ehegattin und die Kinder eines Verstorbenen mangels Kausalzusammenhang kein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden. Die Kläger machten geltend, die Aufregung über den Armbruch der Tochter, den der minderjährige Sohn des Beklagten dieser schuldhaft zugefügt hatte, sowie der nachfolgende Streit der Eltern beider Kinder hätten zum Herzinfarkt des Mannes geführt. Das Berufungsgericht schloss sich jedoch der Ansicht des Sachverständigen an, wonach der Verstorbene ein starker Raucher war, erst ein Jahr vor dem Unfall seiner Tochter mit dem Rauchen aufgehört hatte und sein Gesundheitszustand dadurch so beeinträchtigt war, dass **jederzeit mit einem Herzinfarkt gerechnet werden musste**. Daher **verneinte es den Kausalzusammenhang** zwischen der Verletzung der Tochter und dem Herzinfarkt des Mannes, was auch dazu führt, dass kein unmittelbarer Schaden seiner „nahen Angehörigen“ vorliegt.

*Durry kritisiert* die Begründung der Klagsabweisung durch das Berufungsgericht<sup>471</sup>: Die Ansicht, wonach im Falle einer Anlage des Geschädigten der Kausalzusammenhang zu verneinen sei, erscheint ihm als zu eng. Er sieht dahinter vielmehr ein Adäquanzproblem: Während es als adäquate Folge angesehen werden könne, dass der Tod des Erstgeschädigten zum Tod oder einer Fehlgeburt eines „nahen Angehörigen“ führt, sei das zweifelhaft, wenn der Erstgeschädigte bloß leicht verletzt wurde.

**Dem ist jedoch zu entgegenen**, dass auch nach dem französischen Recht eine Anlage grundsätzlich nicht entgegensteht, sofern sie nicht den Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem Schaden durchbricht, weshalb kein unmittelbarer Schaden vorliegt<sup>472</sup>.

---

469 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 106 und 109f.

470 *Ramieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 623f.

471 *Ramieri*, Europäisches OR<sup>2</sup> 624f.

472 Cass civ 1<sup>re</sup> 29.11.1989, Pourvoi n°88-10.075.

Die französische Rechtsprechung hat den Gefühlsschaden der „nahen Angehörigen“ schon **seit langem als adäquate Folge** der Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten **anerkannt** und das Kriterium der Unmittelbarkeit spielt als Haftungsgrenze nur insofern eine Rolle, als überhaupt kein Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und dem Schaden besteht<sup>473</sup>.

#### 4. Rechtsvergleichende Zusammenfassung

Zusammenfassend kann man festhalten, dass die **„Angehörigeneigenschaft“ eine Anspruchsvoraussetzung für den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter ist**. Das ergibt sich in der Schweiz ausdrücklich aus dem Gesetz. In Österreich und Frankreich kann man das den gesetzlichen Grundlagen nicht ausdrücklich entnehmen, diese sind vielmehr von der Rechtsprechung und Lehre so ausgelegt worden. Die österreichische Rechtsprechung berücksichtigt die „Angehörigeneigenschaft“ bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit, während sie in Frankreich für den Schadensnachweis entscheidend ist. Die „Angehörigeneigenschaft“ ist in Österreich, Frankreich und der Schweiz jedoch **nicht die einzige Anspruchsvoraussetzung** für den Ersatz von Gefühlsschäden Dritter, so dass auch „nahe Angehörige“ nicht immer einen Schmerzensgeldanspruch haben.

**Für den Ersatz von Schockschäden Dritter bildet die „Angehörigeneigenschaft“** in den zu untersuchenden Rechtsordnungen **zwar keine generelle Anspruchsvoraussetzung, sie hat aber großes Gewicht für die Umschreibung des anspruchsberechtigten Personenkreises**: Die erforderliche Sonderbeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten kann nämlich alternativ in der qualifizierten Nähe zum schädigenden Ereignis oder einer engen Nahebeziehung bestehen. Zudem muss ein verständlicher Anlassfall für den Schockschaden vorliegen, wofür die vermittelnden Umstände und die Schwere der Erstverletzung entscheidend sind. Insgesamt kann man feststellen, dass der Zweitgeschädigte eine **mehrfach privilegierte Stellung** einnimmt, wenn er ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten ist: So erhält er außer in England auch im Falle der bloßen Nachricht von einem folgenschweren Unfall des Erstgeschädigten Ersatz und es kann sogar das „bloße Beobachten“ einer ernstzunehmenden Gefährdung des Erstgeschädigten genügen. Jeder andere Zweitgeschädigte kommt dagegen nur dann für einen Anspruch in Frage, wenn er an einem folgenschweren Unglück beteiligt war und dadurch der Gefahr eigener physischer Schäden ausgesetzt wurde, wodurch auch die Gefahr einer psychischen Schädigung in hohem Maße besteht. **Über dieses flexible System wird sichergestellt, dass Schockschäden Dritter nur in besonders schweren Fällen einen**

---

473 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 109f.

**Schmerzensgeldanspruch rechtfertigen.** Da die vorhandenen gesetzlichen Grundlagen für den Ersatz von Schockschäden in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sehr allgemein formuliert sind und bloß an das Vorliegen einer Körper- bzw. Gesundheitsverletzung anknüpfen (§ 823 Abs1 BGB, § 1325 ABGB, Art. 47 OR und Art. 1382 CC), **ist dieses flexible System von der Rechtsprechung und Lehre entwickelt worden.** Liegt ein besonders schwerer Fall vor, wird die Haftung zudem durch das Erfordernis einer **Gesundheitsverletzung** wesentlich beschränkt. Damit wird zur Genüge sichergestellt, dass leichte Schadensfälle des alltäglichen Lebens selbst zu tragen sind und keinen Schmerzensgeldanspruch rechtfertigen.

**Ein großes Privileg der „nahen Angehörigen“ besteht insbesondere darin, dass es mit der fortschreitenden Anerkennung von Gefühlsschäden auch auf die Voraussetzung einer Gesundheitsverletzung nicht mehr notwendigerweise ankommt.** Während es im Falle der Tötung des Erstgeschädigten unbestritten ist, dass seine „nahen Angehörigen“ eine **schwere Persönlichkeitsverletzung** erleiden, muss das im Falle seines Überlebens nachgewiesen werden. Dabei wird in der Schweiz auf eine vergleichbare seelische Belastung wie im Falle der Tötung abgestellt, wofür ein schwerwiegender Eingriff in die Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten sowie in das Familienleben an sich vorliegen muss. Sowohl in Frankreich als auch in der Schweiz wird es abgelehnt, allzu starr an einen bestimmten Schweregrad der Erstverletzung anzuknüpfen, dieser spielt jedoch indirekt für das Bestehen des Schadens bzw. das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung eine erhebliche Rolle, so dass **auch hier über ein bewegliches System nur in besonders schweren Fällen Ersatz gewährt wird und die leichten Schadensfälle des alltäglichen Lebens selbst zu tragen sind.**

Warum ist aber von einem „**anspruchsberechtigten Personenkreis**“ die Rede? Richtig ist, dass die „Angehörigeneigenschaft“ bzw. die alternativen Kriterien bei Schockschäden (qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis/der besondere Unrechtsgehalt der Tat neben anderen Umständen) allein noch keinen Schmerzensgeldanspruch begründen. Eigentlich müsste man daher von der **Umschreibung eines möglicherweise anspruchsberechtigten Personenkreises** sprechen. Denn diese Personen kommen bei Vorliegen der übrigen Anspruchsvoraussetzungen (z. B. Gesundheitsverletzung) für einen Schmerzensgeldanspruch in Betracht. Aber um welche Anspruchsvoraussetzungen soll es dabei gehen? Die gesamten Ausführungen zum „anspruchsberechtigten Personenkreis“ drehen sich um **die Auslegung der vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen und die Klärung ihres Tatbestandes.** Die Bezeichnung „Anspruch“ ist daher auf den **Gedanken** zurückzuführen, die vorhandenen gesetzlichen Regelungen auszufüllen und ihren Tatbestand zu klären. Da die für Schock- und Trauerschäden relevanten Bestimmungen sehr **abstrakt formuliert** sind, hat die nähere Auslegung durch die Rechtspre-

chung und Lehre umso größeres Gewicht. Für Gefühlsschäden stellt sich überhaupt die Frage, ob man auf eine vorhandene gesetzliche Bestimmung zurückgreifen kann. Insofern ist **die bisherige OGH-Rechtsprechung zu hinterfragen**. Bestätigt sich ihre Auslegung, so dass der Ersatz von Gefühlsschäden nur auf die Analogie zu einer Fülle von Bestimmungen gestützt werden kann, oder gibt es im ABGB keine durch Analogie zu schließende Gesetzeslücke. Während also bei Schockschäden die nähere Auslegung des § 1325 ABGB angestrebt ist, muss bei Gefühlsschäden erst geklärt werden, ob es nicht doch eine Regelung für den Ersatz von Gefühlsschäden im ABGB gibt, so dass von einer Gesetzeslücke nicht die Rede sein kann.

Bei der Umschreibung eines Personenkreises, der für einen Schmerzengeldanspruch in Betracht kommt, geht es um **ein Tatbestandselement**. Die enge Begrenzung möglicher Anspruchsberechtigter bedeutet eine klare Abfuhr für § 1295 ABGB als mögliche Anspruchsgrundlage, wonach „jedermann“ Anspruch auf Schadenersatz hat. Neben dem in Frage kommenden Personenkreis gibt es natürlich auch andere Tatbestandsvoraussetzungen. Bei diesem Verständnis macht es **Sinn**, dass sich die Bezeichnung „Anspruchsvoraussetzung“ auf das Vorliegen besonders starker Zurechnungsgründe bezieht, weil durch das Ergebnis der Ausführungen ein gesetzlicher Tatbestand ausgefüllt werden soll<sup>474</sup>. Was haben aber Haftungstatbestände mit den **besonders starken Zurechnungsgründen** zu tun? Das Gesetz verankert die Haftung dort, wo besonders starke Zurechnungsgründe vorliegen. Deshalb kann die entscheidende Frage nur sein, welche die relevanten, gesetzlichen Bestimmungen für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden sind und wie diese auszulegen sind. Warum ist aber eine **Klarstellung nötig**? Die bisher weitgehend unklare Rechtslage hat zu massiven Bedenken gegen den Ersatz von Schock- und Trauerschäden geführt. Die Befürchtung einer Haftungsausuferung drückt aus, dass man sich über die für die Haftungsbegrenzung maßgeblichen Kriterien weitgehend im Unklaren ist und sich daher außer Stande sieht, die Haftung angemessen zu begrenzen. **Eine klare gesetzliche Regelung für den Ersatz ist ein wichtiges Anliegen** in der Lehre. Denn davon erhofft man, eine hinreichende Begrenzung möglicher Anspruchsberechtigter. Das Gesetz soll durch einen klaren Tatbestand eine Vielzahl von Klagen vorweg ausschließen, damit eine **Klageflut unterbleibt und Rechtssicherheit herrscht**. Klarstellen bedeutet aber auch, Bedenken auszuräumen und Kritik zu entkräften. Gleichzeitig erwirbt man durch Klarstellungen die Fähigkeit, das Recht zu verstehen und auf dieser Grundlage Lösungsansätze für die Auslegung des Gesetzes zu finden.

---

474 Falls sich herausstellt, dass es für Gefühlsschäden noch keine entsprechende Regelung im ABGB gibt, würden sich die Ausführungen auf den Entwurf einer entsprechenden Regelung richten.

Die Bezeichnung als „anspruchsberechtigter Personenkreis“ ist insofern nicht falsch, als die **Sonderbeziehung** zum Erstgeschädigten („Angehörigeneigenschaft/ qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis/besonderer Unrechtsgehalt der Tat verbunden mit anderen Umständen) eine Anspruchsvoraussetzung bildet, also **für das Vorliegen besonders starker Zurechnungsgründe zwingend** ist. Das heißt, ohne die genannte Sonderbeziehung scheidet der Anspruch aus. Es wird damit eine Grenze gezogen, die dazu geeignet ist, eine Vielzahl von Klagen vorweg auszuschließen. Jeder Kläger muss diesem Personenkreis angehören, um für einen Anspruch in Frage zu kommen. Welche Voraussetzungen sonst noch für einen Anspruch zu erfüllen sind, wird in den Ländern unterschiedlich gehandhabt. Deshalb ist diesbezüglich auf die länderweise Betrachtung zu verweisen.

##### 5. Die Bedeutung des besonderen Unrechtsgehalts der Tat

Was bisher noch nicht näher erläutert wurde, sind die Erwägungen *Karners* in Hinblick auf **Schockschäden Dritter**, wonach der besondere Unrechtsgehalt der Tat im Falle einer sittenwidrigen oder vorsätzlichen Schädigungshandlung für die Begründung der Rechtswidrigkeit genügen soll<sup>475</sup>. Damit hat *Karner* anderen weit vorausgedacht, denn vergleichbare Erwägungen sind in den zu untersuchenden Rechtsordnungen bisher kaum anzutreffen. Was bedeutet das aber für den anspruchsberechtigten Personenkreis? Würde dieser im Falle einer vorsätzlichen oder sittenwidrigen Schädigungshandlung anders aussehen, weil durch den besonderen Unrechtsgehalt der Tat auch andere Personen in hohem Maße der Gefahr einer psychischen Schädigung ausgesetzt sind?

Das ist nur in **besonders schweren Fällen** vorstellbar, in denen mehrere zusammenfassende Umstände abzuwiegen sind: Insbesondere die Schwere des Unrechtsgehalts, die persönliche Nähe zum Erstgeschädigten sowie die Nähe zum schädigenden Ereignis. **Denkbar wäre** die Haftung für einen Schockschaden Dritter etwa im folgenden Fall: Während der Pausenaufsicht einer Lehrerin kommt es zwischen zwei Buben zu einer Messerstecherei; der unbewaffnete Bub wird vom anderen auf brutalste Weise attackiert und regelrecht aufgeschlitzt; die Lehrerin kommt als Erste zum Schwerstverletzten; sie versucht, die Blutungen zu stoppen, für den ihr bekannten und netten Buben gibt es jedoch keine Hilfe mehr, er stirbt im Krankenhaus; die Tat löst bei der Lehrerin einen schweren Schock aus, sie muss lange Zeit ärztlich behandelt werden; die Unverständlichkeit der Tat und die Grausamkeit, mit der vorgegangen wurde, enturzeln sie derart, dass sie nur schwer wieder zur Normalität zurückfinden kann und

---

475 *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 102; *Karner*, ZVR 1998, 186.

Schwierigkeiten hat, anderen Menschen gegenüber Vertrauen zu bringen. Die Umstände des vorliegenden Falles ergeben, dass es sich hierbei um **keinen leichten und selbst zu tragenden Schadensfall** handelt. Auch ohne eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten oder die qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis wird das Miterleben des schädigenden Ereignisses als besonders schrecklich empfunden. Dafür spielt der besondere Unrechtsgehalt der Tat eine entscheidende Rolle. **Man kann dem besonderen Unrechtsgehalt der Tat also dort Rechnung tragen, wo er auch Personen in einem hohen Maße gefährdet, einen Schockschaden zu erleiden, die sonst für einen Anspruch nicht in Frage kämen.** Der besondere Unrechtsgehalt kann daher in besonders schweren Fällen zu einer Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises führen, **eine Haftungsausuferung ist dadurch aber nicht zu befürchten, weil dafür mehrere Umstände zusammentreffen müssen und zudem eine Gesundheitsverletzung vorliegen muss**<sup>476</sup>. Ansonsten sollte der anspruchsberechtigte Personenkreis jedoch auch bei besonderem Unrechtsgehalt nicht verändert werden: diesbezüglich gelten die bereits dargelegten Ausführungen zum anspruchsberechtigten Personenkreis bei Schockschäden Dritter.

Während der besondere Unrechtsgehalt der Tat in Österreich zu einer Erweiterung der besonders starken Zurechnungsgründe für die Begründung der Rechtswidrigkeit führt, lässt der besondere Unrechtsgehalt in Deutschland eine großzügigere Definition der **Gesundheitsverletzung** iSd § 823 Abs1 BGB zu. Denn bei Vorsatztaten wird diesbezüglich nicht so streng vorgegangen, was den Nachweis einer Gesundheitsverletzung erleichtert<sup>477</sup>. Der besondere Unrechtsgehalt der Tat erweitert daher den Schutzzweck des § 823 Abs1 BGB.

Außerdem kann der besondere Unrechtsgehalt der Tat auch für den **Ersatz von Gefühlsschäden „naher Angehöriger“** eine Rolle spielen<sup>478</sup>: So wurde bisher in Frankreich und der Schweiz etwa bei schwerem sexuellen Missbrauch, Vergewaltigung oder qualifizierter Geiselnahme auch den „nahen Angehörigen“ der Erstgeschädigten ein Ersatz zugesprochen. Gerade der besondere Unrechtsgehalt der Tat und das dadurch ausgelöste Leid der Erstgeschädigten fügen nämlich auch ihren „nahen Angehörigen“ schweres seelisches Leid zu und haben daher große **Bedeutung für das Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsverletzung** (bzw. eines Gefühlsschadens). Diese Fälle zeigen außerdem, warum nicht allzu starr an einen bestimmten Schweregrad der Erstverlet-

476 Siehe etwa *Gurzeler*, Beitrag 220f.

477 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (164ff); OLG Nürnberg 6 U 3913/97, VersR 1999, 1501 (1502).

478 BGE 129 IV 22 = HAVE 2003, 152; Cass crim 4.2.1998, D. 1999, 445 (445f) (*Bourgault-Coudevylle*); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> IX/14f (bis 2005); *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 53; *Schunack*, Schmerzensgeld 115.

zung angeknüpft werden kann und es vielmehr entscheidend ist, wann eine schwere Persönlichkeitsverletzung der „nahen Angehörigen“ vorliegt, die ein Schmerzensgeld rechtfertigt.

Weiters berücksichtigt das BG die besondere Tragik des schädigenden Ereignisses, die Sinnlosigkeit und Brutalität der Tat als **erhöhenden Umstand bei der Bemessung** des Schmerzensgeldes<sup>479</sup>: So etwa in einem Fall, in dem eine zweifache Mutter erstochen wurde und der Täter in die Wohnung eingedrungen war, weil er einen Diebstahl beabsichtigte (BG-Entscheidung vom 30.3.1998, 6S.101/1998). Auch Hütte stimmt der Entscheidung des OG Zürich vom 21.5.1971 zu, in der die Sinnlosigkeit des Todes, die Leichtsinnigkeit des Schädigers und das Bewusstsein über den besonders qualvollen Tod des Sohnes erhöhend gewertet wurden<sup>480</sup>.

## 6. Ergebnis für das österreichische Recht

Die Klärung der Frage, was die „nahen Angehörigen“ sind und warum dem Bedeutung zukommt, leistet in Hinblick auf Schock- und Trauerschäden einen **wichtigen Beitrag** zur klaren Auslegung der vorhandenen Haftungstatbestände. Dadurch wird ein Personenkreis umschrieben, der aufgrund einer **Sonderbeziehung zum Erstgeschädigten** („Angehörigeneigenschaft“/qualifizierte Nähe zum schädigenden Ereignis/besonderer Unrechtsgehalt verbunden mit anderen Umständen) auch als Dritter für einen Schmerzensgeldanspruch in Frage kommt. Dass hinsichtlich möglicher Anspruchsberechtigter eine klare Grenzziehung möglich ist, ist wiederum die Voraussetzung, um Schock- und Trauerschäden bedenkenlos anzuerkennen und die Gefahr einer Haftungsausuferung auszuschließen. Dadurch kann man eine **Vielzahl unberechtigter Klagen vorweg ausschließen**, weil die Rechtssuchenden eine klare Vorstellung davon haben, wann sie für einen Ersatz in Betracht kommen können und wann nicht. Das erhöht zugleich das **Gefühl der Rechtssicherheit**.

Lobenswert ist, dass Schock- und Trauerschäden in den zu untersuchenden Rechtsordnungen weitgehende Anerkennung finden. Der Ersatz von Schock- und Trauerschäden erfolgt in den zu untersuchenden Rechtsordnungen in einem flexiblen System, wodurch die **Haftung durch klare und strenge Kriterien begrenzt** werden kann und gerechtere Ergebnisse erzielt werden können als durch ein starres Anknüpfen. Auch der Gesetzgeber kann ein solches **flexibles System** eigentlich nicht schaffen, weil er die betreffenden Regelungen sehr allgemein formulieren muss, um dem Einzelfall Rech-

---

479 *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> II/2f (1995-1997) und II/5 (1998-2000).

480 *Hütte*, SJZ 1974, 276.

nung zu tragen und diese daher der Auslegung durch die Rechtsprechung und Lehre bedürfen.

**Für das österreichische Recht bedeutet das** in Hinblick auf Schock- und Trauerschäden, dass auch der Ruf nach dem Gesetzgeber keine Abhilfe schafft, weil **selbst ausdrückliche gesetzliche Regelungen erst von der Rechtsprechung und Lehre ausgefüllt werden müssen und eine starre Begrenzung zu ungerechten Ergebnissen führen würde**. Dass die Anerkennung von Schock- und Trauerschäden grundsätzlich eine weiterreichende Haftung bewirkt, als es ohne eine solche der Fall wäre, liegt in der Natur der Sache. Entscheidend ist aber vielmehr, ob die Haftung mit strengen und klaren Kriterien begrenzt werden kann, so dass eine Haftungsausuferung nicht zu befürchten ist. Die umfassende Klarstellung des für einen Anspruch in Frage kommenden Personenkreises bildet das **Fundament**, um solche Befürchtungen auszuschließen.

Da sich in der österreichischen Rechtsprechung und Lehre mittlerweile hinreichend klare Vorstellungen zur Haftungsbegrenzung entwickelt haben, **bestehen auch nach dem österreichischen Recht keine Bedenken mehr**<sup>481</sup> gegen eine weitreichendere Anerkennung von Gefühlsschäden. Die Gefühlsschäden „naher Angehöriger“ sollten daher **auch ohne grobes Verschulden** des Schädigers **sowie im Falle des Überlebens** des Erstgeschädigten ersetzt werden.

**Die bereits vorhandenen gesetzlichen Regelungen**<sup>482</sup> **bieten dafür eine ausreichende Grundlage**: §§ 1323, 1324 ABGB enthalten den allgemeinen Grundsatz, wonach immaterieller Schadenersatz nur bei grobem Verschulden gewährt wird, sofern es dafür keine ausdrückliche Regelung im Gesetz gibt; § 1325 ABGB enthält eine ausdrückliche Regelung für den Ersatz von Schockschäden und **§ 1293 ABGB für den Ersatz von Gefühlsschäden, genauer für den Tatbestand einer schweren Persönlichkeitsverletzung durch die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“**<sup>483</sup>. Damit kann der OGH nicht nur den **Wertungen** unserer Rechtsordnung, sondern auch jenen der europäischen Rechtsgemeinschaft Rechnung tragen. Die Rechtsprechung und Lehre hat zur Ge-

481 **Auch de lege lata** Greiter, AnwBl 2002/9, 449f; Kadner, ZEuP 2002, 855ff; Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5a; Schobel, RdW 2002, 208f; a.M. OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (208f) (Karner); Karner/Koziol, Reform II/1 81f – **de lege ferenda**.

482 Bydlinski in FS Caemmerer 792ff; Bydlinski, JBl 1965, 179ff und 238ff; Danzl, ZVR 1990, 1; Eustacchio, Tötung von Familienangehörigen 303ff; Feil, ABGB Handkommentar VII § 1327 283; Fucik/Hartl/Ofner/Schlösser in Fucik/Hartl/Schlösser, Handbuch VI Rz I/11; OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 287 (288) (Karner); Karner, eolex 2001, 37; Klang, JBl 1952, 477; Koziol, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 8/47 und 11/11; Kramer, ZVR 1971, 146; Kramer, ZVR 1974, 132; Migisch, VR 1974, 11; Reischauer in Rummel, ABGB II/2b<sup>3</sup> §1324 Rz 10ff; Strasser, Der immaterielle Schaden 24ff; Welser, ÖJZ 1975, 40f; Wolff in Klang, Kommentar zum ABGB VI<sup>2</sup> §1323 122 und §1295 40.

483 Siehe Strasser, Der immaterielle Schaden 24ff.

nüge geeignete Kriterien für eine strenge und klare Haftungsbegrenzung im Rahmen eines beweglichen Systems entwickelt, so dass eine weiterreichende Anerkennung von Gefühlsschäden der „nahen Angehörigen“ bedenkenlos erfolgen kann. Damit bleibt eine gewisse Flexibilität gewahrt, um dem Einzelfall Rechnung zu tragen, die Gefahr einer Haftungsausuferung besteht jedoch nicht. Eine derartige Anerkennung trägt dazu bei, dass **die höchstrangigsten Rechtsgüter** unserer Rechtsordnung, die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie das menschliche Leben, auch **tatsächlich den ihnen zugedachten Rang einnehmen** und nicht einfach negiert werden. Zudem bewirkt es eine **Erhöhung der Sorgfaltspflicht** gegenüber diesen Rechtsgütern, was selbst für Verkehrsunfälle zutrifft, weil dem Zuspruch von Schmerzengeldsummen eine hohe Abschreckwirkung zukommt und die **Generalprävention** im Vordergrund steht. Daher ist die Rechtslage in jenen Rechtsordnungen, die Schock- und Trauerschäden anerkennen, zu verteidigen. Bisher eher zurückhaltenden Rechtsordnungen wird dagegen eine Erweiterung nahegelegt, weil auch sie keine unzumutbare Haftungsausuferung zu befürchten haben.

Aus österreichischer Sicht gelangt man also zu einem **zufriedenstellenden Ergebnis**. Es gibt für den Ersatz von Schock- und Trauerschäden ausdrückliche Regelungen im ABGB. Um dem Einzelfall gerecht zu werden, musste der Gesetzgeber diese jedoch **auf das Wesentliche reduzieren**: Die Grundwertung, nämlich die grundsätzliche Anerkennung von Schock- und Gefühlsschäden Dritter. Erst durch die Rechtsprechung und Lehre wurde auf dieser Grundlage ein bewegliches System geschaffen. Ein solches hätte der Gesetzgeber wohl kaum schaffen können. Denn die Erarbeitung klarer und geeigneter Kriterien zur Haftungsbegrenzung setzt eine **umfassende Erkenntnisgewinnung** voraus. Unter Umständen die jahrzehntelange, intensive Forschung in der Lehre sowie jahrelange Einzelfalljudikatur. Erst die Vorstellung von einer Fülle möglicher zu beurteilender Lebenssachverhalte zeigt, wo eine Grenzziehung möglich, gerecht und für die Zukunft tauglich ist. Intensive, rechtsvergleichende Arbeit bringt heute den Vorteil, den Vorgang der Erkenntnisgewinnung zu beschleunigen. Man kann bei anderen Rechtsordnungen abschauen, was möglicherweise auch im eigenen Recht zu berücksichtigen ist. **Das Wissen um mögliche Schadensfälle** ist nämlich erforderlich, um auch das Haftungsrecht danach ausrichten zu können. Wichtig ist es aber nicht, schnell Lösungen zu finden, sondern vielmehr **ein für die Zukunft taugliches Haftungssystem** zu schaffen. Denn das erhöht das Vertrauen auf das Recht und trägt zur Gerechtigkeit und Rechtssicherheit bei.

## D) Fallstudie zu den „Nahen Angehörigen“ im Einzelnen

### 1. Nahe Verwandte

#### a) Ehegatte

#### 2 Ob 186/03x

Ein außergewöhnlich schwerer Fall veranlasste den OGH, sich zur Höhe des Schmerzensgeldes für Schockschäden Dritter zu äußern<sup>484</sup>: Im vorliegenden Fall hat der Kläger durch einen Verkehrsunfall seine gesamte Familie verloren und wurde durch die Nachricht vom Tod seiner Ehegattin und seiner drei Kinder nachhaltig und schwer psychisch beeinträchtigt. Ein Sattelfahrzeug war aus Verschulden des beklagten LKW-Lenkens mit dem PKW der Familie des Klägers frontal zusammengestoßen<sup>485</sup>. Der Kläger war zum Unfallszeitpunkt 55 Jahre alt und machte geltend, dass die Nachricht vom Tod seiner engsten Familienmitglieder bei ihm zu massiven psychischen Beeinträchtigungen geführt habe. Er sei dadurch invalid geworden und wurde deshalb frühzeitig pensioniert. Die Beklagten wenden ein, dass die Beschwerden des Klägers nicht den Grad der normalen Trauer über den Tod eines „nahen Angehörigen“ übersteigen und längstens nach zwei Jahren abklingen würden. Sollte das jedoch nicht der Fall sein, beruhen sie auf einer Anlage des Klägers und der Kausalzusammenhang zwischen dem Unfall und den Beschwerden des Klägers wäre zu verneinen. Das Erstgericht sprach dem Kläger 65.000 zu, der OGH hob das abändernde Berufungsurteil auf und stellte das Urteil des Erstgerichts wieder her<sup>486</sup>. Der OGH hielt den vom Erstgericht zugesprochenen Betrag für angemessen.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die bislang höchste Schmerzensgeldsumme für Schockschäden „naher Angehöriger“, diese stellt daher auch eine Messlatte für die Schmerzensgeldansprüche in anderen Fällen dar. Der OGH traf insbesondere folgende Erwägungen zur **Bemessung des Schmerzensgeldes für Schockschäden: Die Art, Dauer und Intensität der Schmerzen seien entscheidend**. Dabei seien körperliche und seelische Schmerzen gemeinsam zu beurteilen und global zu entschädigen, d. h. das Schmerzensgeld sei als **Entschädigung für alle eingetretenen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge noch zu erwartenden Schmerzen** festzusetzen. Damit solle dem Geschädigten die **Möglichkeit gegeben werden, Anschaffungen zu tätigen, um seine Lebensqualität zu erhöhen und seine entgangene Lebensfreude zu kompensieren**. Im vorliegenden Fall

484 OGH 2 Ob 186/03x, EFSlg. 104.751, 104.754 = JBl 2004, 448 = KRES 10/156 = ÖAMTC-LSK 2003/161 = VR Info 2003 H12, 8 = ZVR 2004, 19; *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 57; *Kath*, Schmerzensgeld 128.

485 OGH 2 Ob 186/03x, ZVR 2004, 19.

486 OGH 2 Ob 186/03x, ZVR 2004, 21; *Greiter*, RZ 2005, 87.

wurde der Kläger schwer und nachhaltig psychisch geschädigt. Angesichts seines Alters und seiner dauerhaften psychischen Belastung sowie der nicht möglichen völligen Wiederherstellung wäre das vom Erstgericht zugesprochene Schmerzensgeld angemessen. Kurz noch zu den Feststellungen des Erstgerichts, die der Auffassung des OGH zugrundeliegen, wonach eine Körperverletzung des Klägers iSd § 1325 ABGB und daher ein ersatzfähiger Schaden vorliegen<sup>487</sup>. Der Kläger hatte zwar eine stationäre Behandlung aus verschiedenen Gründen abgelehnt, wurde jedoch von seinem Hausarzt mit Infusionen behandelt und müsse bis zum heutigen Tag Medikamente einnehmen. Familie, Bekannte sowie die Mitarbeiter einer psychosozialen Beratungsstelle haben den Kläger unterstützt und betreut. Der behandelnde Arzt schrieb den Kläger nach dem Unfall arbeitsunfähig und dem Kläger wurde schon wenige Monate nach dem Unfall eine Invaliditätspension zuerkannt, wofür die traumatische Auswirkung des Unfalls und die dadurch ausgelöste Depression des Klägers entscheidende Bedeutung hatten. Der Verlust der gesamten Familie hat sich auf den Kläger traumatisierend ausgewirkt und zu einer schweren Depression des Klägers geführt: In den ersten drei Wochen nach dem Unfall litt der Kläger an starken Schmerzen, die sich dadurch auszeichnen, dass es für den Kläger nichts Positives in seinem Leben gab; danach litt der Kläger an mittelstarken Schmerzen, die bis heute andauern und in einer behandlungsbedürftigen depressiven Verstimmung des Klägers bestehen; eine völlige Genesung des Klägers sei nicht zu erwarten.

b) Eltern

*2 Ob 136/00i*

Der OGH äußerte sich in der vorliegenden Entscheidung zum Schmerzensgeldanspruch der Eltern bei Tötung ihres erwachsenen Kindes<sup>488</sup>: Der Sohn der Klägerin verunglückte ohne eigenes Verschulden als PKW-Lenker; sie klagte daraufhin die Haftpflichtversicherung des alleinschuldigen PKW-Lenkers und dehnte ihr Schmerzensgeldbegehren mit dem Vorbringen aus, dass der Krankheitswert ihrer psychischen Beeinträchtigungen für sie erst nach einem halben Jahr erkennbar gewesen wäre und sie an einer behandlungsbedürftigen, depressiven Psychose leide. Die Beklagte wendete insbesondere ein, dass der Sohn der Klägerin schon erwachsen gewesen sei und es daher zu einer Abnabelung gekommen wäre. Da ihr Sohn als PKW-Lenker am Straßenverkehr teilgenommen hat, hätte sie mit den Gefahren rechnen müssen, die der

---

487 OGH 2 Ob 186/03x, ZVR 2004, 19f.

488 OGH 2 Ob 136/00i, ZVR 2001, 283.

Straßenverkehr mit sich bringt. Darüber hinaus würden die Beschwerden der Klägerin keinen Krankheitswert erreichen, weshalb sie nicht unmittelbar geschädigt sei. Das ausgedehnte Schmerzensgeldbegehren der Klägerin sei nämlich bereits verjährt. Das Erstgericht gab der Klage in vollem Umfang statt und stellte fest, dass bei der Klägerin eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB vorliege, welche auf den Unfalltod ihres Sohnes zurückzuführen sei. Für einen Anspruch der Klägerin komme es weder auf das Alter ihres Sohnes (das Erreichen der Volljährigkeit) noch darauf an, dass sie den Unfall ihres Sohnes miterlebt habe. Die dreijährige Verjährungsfrist beginne erst mit der Kenntnis des Schadens und des Schädigers zu laufen. Das Berufungsgericht teilte die Auffassung des Erstgerichts und führte insbesondere aus, dass die emotionale Bindung zwischen Eltern und ihren Kindern durch eine Abnabelung oder ein Loslassen des Kindes nicht zu bestehen aufhöre und es daher abzulehnen sei, nur den Eltern minderjähriger Kinder oder im Falle des Miterlebens ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden zu gewähren. Auch eine Verjährung sei nicht eingetreten, weil die dreijährige Verjährungsfrist nicht mit dem tatsächlichen Schadenseintritt zu laufen beginne. Der OGH bestätigte die beiden Vorinstanzen: **Als Mutter zähle die Klägerin unabhängig vom Alter ihres Sohnes zu seinen „nahen Angehörigen“** und wie in der Entscheidung 2 Ob 79/00g bereits ausgeführt wurde, mache es bei „nahen Angehörigen“ keinen Unterschied, ob sie den Schockschaden durch das Miterleben des Unfalls oder die Unfallnachricht erleiden. Die psychischen Beeinträchtigungen der Klägerin seien behandlungsbedürftig und haben Krankheitswert erreicht, wovon sie aber erst ein halbes Jahr nach dem Unfalltod ihres Sohnes Kenntnis erlangen konnte. Da die dreijährige Verjährungsfrist erst ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt, sei der Anspruch der Klägerin noch nicht verjährt. Unabhängig davon, ob die Klägerin im vorliegenden Fall auch einen Anspruch auf Ersatz ihres Trauerschadens gehabt hätte, wurde ihr daher völlig zu Recht ein angemessenes Schmerzensgeld für ihren Schockschaden (ihre depressive Psychose) zugesprochen.

#### 2 Ob 84/01v

In Österreich geht die Anerkennung von Trauerschäden auf einen Fall zurück, in dem die acht Jahre alte Tochter der Kläger als Fußgängerin von einem LKW erfasst und tödlich verletzt wurde<sup>489</sup>. Beide Kläger wurden vom Unfall ihrer Tochter verständigt und

---

489 OGH 2 Ob 84/01v, ecolex 2001/235 = ecolex 2001, 668 (*Helmich*) = EFSlg. 97.045 = JBl 2001, 660 = KREIS 9/78 = RdW 2002/203 = RZ-EÜ 2001/75 = VR Info 2002 H3,4 = ZVR 2001, 284 (*Karner*); *Kath*, Schmerzensgeld 116ff.

kamen zur Unfallstelle, wo sie ihre tote Tochter sahen. Die Kläger machten nicht geltend, dass sie durch den Tod ihrer Tochter eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB erlitten haben, sondern beehrten ein Schmerzensgeld für ihre Trauer<sup>490</sup>. Das Erstgericht bejahte den Schmerzensgeldanspruch mit der Begründung, dass für seelische Schmerzen, die über bloße Unlustgefühle hinausgehen, ein Schmerzensgeld zu gewähren sei. Das Berufungsgericht vertrat hingegen die Auffassung, wonach nur für medizinisch fassbare und krankheitswertige psychische Beeinträchtigungen ein Schmerzensgeld gebühre. Der OGH hielt die Revision der Kläger zwar für zulässig, aber nicht für berechtigt und traf maßgebliche Erwägungen zur Ersatzfähigkeit reiner Gefühlsschäden. Während die ältere Rechtsprechung und auch einige Vertreter der Lehre den Ersatz für reine Gefühlsschäden bisher abgelehnt haben und den Schmerzensgeldanspruch an das Vorliegen einer Körperverletzung iSd § 1325 ABGB anknüpfen, treten insbesondere *Koziol*, *Karner* und *Huber* für den Ersatz reiner Gefühlsschäden ein<sup>491</sup>. Auch in den meisten europäischen Ländern werden diese als ersatzfähig angesehen und die Entschließung des Europarates vom 14.3.1975 enthält im Grundsatz Nr.19 Empfehlungen für die nähere Ausgestaltung der Haftung für reine Gefühlsschäden durch die Tötung „naher Angehöriger“. Das nahm der OGH zum Anlass, um die Haftung zu erweitern und begründete seine Auffassung wie folgt: Über die derzeitige Rechtslage, nach der reine Gefühlsschäden ersatzlos bleiben, bestehe zunehmend Unzufriedenheit; eine Abgrenzung danach vorzunehmen, ob psychische Beeinträchtigungen Krankheitswert erreichen oder nicht und im letzteren Fall die Haftung zu verneinen, sei nicht nur häufig problematisch, sondern stehe auch nicht im Einklang mit den im Gesetz enthaltenen Wertungen. So werde auch für leichte Körperverletzungen ein Schmerzensgeld gewährt, obwohl das seelische Leid in diesen Fällen vergleichsweise gering ist und sogar bei Sachschäden ist der Ersatz von Gefühlsschäden anerkannt, während beim Tod eines „nahen Angehörigen“ kein Schmerzensgeld für die bloße Trauer gewährt wird. Daher sei die bestehende Gesetzeslücke durch Analogie zu schließen und ein Ersatz für Trauerschäden unter zwei Voraussetzungen zu bejahen: dem Schädiger müsse ein grobes Verschulden vorzuwerfen sein und der Zweitgeschädigte ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten sein. Die enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises diene insbesondere dazu, die Gefahr einer Haftungsausuferung abzuwenden und liefere gemeinsam mit dem groben Verschulden des Schädigers den erforderlichen schweren Zurechnungsgrund für das Bestehen der Haftung. Bei der Annahme einer durch Analogie zu schließenden Gesetzeslücke orientierte sich der OGH

---

490 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (284f) (*Karner*).

491 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (286f) (*Karner*).

an den Wertungen des Gesetzes: Insbesondere den §§ 1324, 1328, 1329, 1331 ABGB sowie § 213a ASVG und § 8 Abs3 MRG sei zu entnehmen, dass vergleichbare immaterielle Schäden bei grobem Verschulden, unabhängig vom Vorliegen einer Körperverletzung iSd § 1325 ABGB zu ersetzen sind. Eine weitergehende Neuregelung könne jedoch nur durch den Gesetzgeber selbst erfolgen. Obwohl die Kläger im vorliegenden Fall als **Eltern eines minderjährigen und noch haushaltszugehörigen Kindes zweifels- ohne zu den „nahen Angehörigen“ zählen**, scheiterte ihr Anspruch am Nichtvorliegen des groben Verschuldens.

Zur Begründung der vorliegenden Entscheidung merkt *Karner* an, dass dem OGH soweit zuzustimmen ist, als er sich nicht dazu hinreißen lässt, einen differenzierten Körperverletzungsbegriff festzulegen. Der OGH hätte jedoch durch die Anerkennung der §§ 1323, 1324 ABGB als allgemeine Regelung des immateriellen Schadenersatzes zum gleichlautenden Ergebnis gelangen können: Danach sind ideelle Schäden nämlich bei grobem Verschulden zu ersetzen, sofern nicht Spezialnormen eine weitergehende Haftung vorsehen (so etwa § 1325 ABGB)<sup>492</sup>. Davon wäre das Höchstgericht bereits im 19. Jh. ausgegangen, bevor es sich im Wesentlichen der restriktiven Haltung in Deutschland angeschlossen hat. Aufgrund der §§ 1323, 1324 ABGB wäre für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten Ersatz zu gewähren, ohne dass eine Haftungsausuferung zu befürchten wäre. *Schobel* begrüßt die vorliegende Entscheidung insbesondere, weil der OGH damit Wertungswidersprüche beseitigt und auf den Rechtsvergleich abstellt<sup>493</sup>. Wie *Karner* befürwortet er das Festhalten am bestehenden Körperverletzungsbegriff und gibt ebenso zu bedenken, dass das Bestehen einer Gesetzeslücke zu bezweifeln ist, weil die §§ 1323, 1324 ABGB bei grobem Verschulden allgemein eine Haftung für ideelle Schäden anordnen. Dennoch hält er es für bemerkenswert, dass die Argumentationsweise des OGH einem wertungsorientierten beweglichen System gleicht. Ein solches Vorgehen sei zur Ermittlung der vom Gesetzgeber gewollten Haftung geboten. Der OGH würdigt alle dem Gesetz zu entnehmenden Wertungen und begründet die Haftung, indem er die bei Trauerschäden schwachen Zurechnungsgründe (insbesondere die Schwierigkeiten, Gefühlsschäden zu objektivieren und in Geld zu bemessen) durch starke Zurechnungsgründe (wie den besonderen Unrechtsgehalt der Schädigungshandlung und die Vorhersehbarkeit des Schadens aufgrund der familiären Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten) kompensiert. Zudem weist *Schobel* darauf hin, dass neben dem groben Verschulden noch weitere schwere Zurechnungsgründe in Betracht kommen: Auch eine außergewöhnliche Betriebsgefahr wäre

492 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (287f) (*Karner*).

493 *Schobel*, RdW 2002, 206ff.

dem grobem Verschulden gleichzuhalten. Um Wertungswidersprüche auszuräumen, wäre daher auch auf der Grundlage der Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld für Trauerschäden zu gewähren.

## 2 Ob 79/00g

Geltend gemacht wurde die Störung der Eltern-Kind-Beziehung in der folgenden Entscheidung, in welcher außerdem die Frage zu klären war, ob der Vater den tödlichen Unfall seines Sohnes selbst miterleben müsse<sup>494</sup>. Im vorliegenden Fall hatte der Kläger seinen Sohn durch einen Verkehrsunfall verloren, den der bei der Beklagten haftpflichtversicherte Lenker (und Halter) aus alleinigem Verschulden verursacht hat<sup>495</sup>. Der Kläger machte geltend, durch die Todesnachricht eine reaktive Depression erlitten zu haben, die ärztlicher Behandlung bedurfte. Trotz der **Anlage** des Klägers wurde die vorliegende Depression erst durch die Unfallnachricht ausgelöst und hatte zur Invalidität des Klägers sowie zu seiner vorzeitigen Pensionierung geführt. Neben Verdienstentgang begehrte der Kläger von der Beklagten die Leistung eines Schmerzensgeldes für seinen Schockschaden. Die Beklagte wendete ein, dass der Kläger keinen ersatzfähigen Schaden erlitten hätte, weil er selbst nicht am Unfall beteiligt war und daher nur als mittelbar Geschädigter anzusehen sei. Außerdem sei der Kausalzusammenhang zwischen der Depression des Klägers und dem Unfallgeschehen zu verneinen, weil die Depression auf einer Anlage des Klägers beruhe. Das Erstgericht bejahte die Haftung der Beklagten dem Grunde nach in einem Zwischenurteil. Die dagegen erhobene Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Das Berufungsgericht bestätigte das Zwischenurteil und gab der Klage in vollem Umfang statt. Dabei legte das Berufungsgericht seiner Entscheidung folgende Erwägungen zugrunde<sup>496</sup>: Die Beklagte richtet sich gegen die von der neueren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze mit der Begründung, dass der Kläger selbst nicht am tödlichen Unfall seines Sohnes beteiligt war; dem könne nicht gefolgt werden, weil der neueren Rechtsprechung keine derartige Beschränkung zu entnehmen sei; darüber hinaus entspreche es der herrschenden Lehre sowie der Rechtsprechung des BGH, dass „nahe Angehörige“ auch dann für ihren Schockschaden Ersatz erhalten können, wenn sie ihn durch die bloße Unfallnachricht erleiden; insbesondere die Auf-

494 OGH 2 Ob 79/00g, EFSIlg 97.042, 97.043, 97.044 = JBl 2001, 659 = ÖAMTC-LSK 2001/118 = RdW 2001/556 = ZVR 2001, 204 (*Kamerer*); *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 58f; *Kath*, Schmerzensgeld 110f.

495 OLG Graz 4 R 215/99s, ZVR 2000, 341 (341f); OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (*Kamerer*).

496 OLG Graz 4 R 215/99s, ZVR 2000, 341 (343f); *Kamerer*, *ecolex* 2001, 37; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (205) (*Kamerer*).

fassung *Karners* überzeuge, wonach bei „nahen Angehörigen“ auch die bloße Unfallnachricht in hohem Maße dazu geeignet sei, ihnen einen Schockschaden zuzufügen; daher sei von einer rechtswidrigen Zufügung des Schockschadens sowie von einem hohen Maß an Adäquanz auszugehen; da der Kläger eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB erlitten habe, müsse die Beklagte für seinen Schaden aufkommen; auch eine allfällige Anlage des Klägers ändere nichts daran, weil der Schädiger den Geschädigten so nehmen muss, wie er ist; außerdem habe bereits das Erstgericht festgestellt, dass eine Anlage des Klägers zwar zu bejahen sei, die reaktive Depression des Klägers aber durch die Todesnachricht ausgelöst wurde.

In der Revision brachte die Beklagte vor, dass der Kläger keinen ersatzfähigen Schaden erlitten hat, weil er den tödlichen Unfall seines Sohnes nicht miterlebt hat und aufgrund einer **Konfliktsituation** zwischen dem Kläger und seinem Sohn keine enge Nahebeziehung bestanden habe. Der OGH hielt die Revision der Beklagten zwar für zulässig, aber nicht für berechtigt und sprach dazu Folgendes aus: Die reaktive Depression des Klägers, welche seine stationäre und ambulante Behandlung erforderte, stelle eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB dar; diesbezüglich sei der OGH in der Entscheidung 2 Ob 45/93 von der älteren Rechtsprechung abgegangen, die einen Ersatz für Schockschäden Dritter abgelehnt hatte, und habe seine neue Judikaturlinie in der Entscheidung 2 Ob 99/95 bestätigt<sup>497</sup>; der Schädiger handle gegenüber dem Schockgeschädigten **rechtswidrig, wenn die Erstschädigung in hohem Maße dazu geeignet ist, dem Dritten einen Schockschaden zuzufügen; weiters müsse ein verständlicher Anlass für den Schockschaden vorliegen**; der vorliegende Fall unterscheide sich von den Bisherigen jedoch insofern, als der Kläger erst durch die Todesnachricht einen Schockschaden erlitten hat; *Danzl, Koziol* und *Karner* befürworten die Haftung auch in solchen Fällen, vorausgesetzt der Schockgeschädigte ist ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten; **Schockschäden „naher Angehöriger“ seien daher unabhängig davon zu ersetzen, ob sie den tödlichen Unfall miterleben**. Dem Vorbringen der Beklagten, wonach die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Kläger und seinem Sohn aufgrund einer Konfliktsituation nicht mehr bestanden habe, entgegnet der OGH, dass auch der Nachweis **vorübergehender Konflikte** die Vermutung einer engen Nahebeziehung zwischen dem Vater und seinem Sohn nicht entkräfte und der Kläger daher zu den „nahen Angehörigen“ des Getöteten zähle.

*Karner* stimmt der Entscheidung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu<sup>498</sup>. Eine enge Nahebeziehung zwischen Eltern und ihren Kindern sei dann zu vernein-

497 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (206) (*Karner*).

498 OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (207f) (*Karner*).

nen, wenn zwischen ihnen nie eine Beziehung bestanden hat oder eine Entfremdung eingetreten ist. **Bloß vorübergehende und insbesondere pubertätsbedingte Störungen würden einem Schmerzensgeldanspruch jedoch nicht entgegenstehen.** Es komme bei „nahen Angehörigen“ nämlich nicht darauf an, dass ihre Beziehung immer harmonisch und konfliktfrei verlaufen ist. Bei Schockschäden sei das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung zudem ein starkes Indiz für das Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten. Da bei Schockschäden die Schwere der Gesundheitsverletzung im Vordergrund steht, sei auch die Möglichkeit einer Reduktion zu überdenken, weil der Umstand, dass eine versöhnliche Beilegung von Differenzen nicht mehr möglich ist, für den Schockgeschädigten sehr schmerzlich sein kann und bei ihm zu Schuldgefühlen führen kann.

c) Kinder

2 Ob 141/04f

In Österreich<sup>499</sup> gab es schon einen Fall zum Ersatz von Trauerschäden erwachsener und nicht mehr im Elternhaus lebender Kinder: Im vorliegenden Fall hatten die 61 Jahre alte Mutter und ihr 40 Jahre alter Sohn fast täglich Kontakt und ein ausgezeichnetes Verhältnis. Nach dem Unfalltod der Mutter beehrte der Kläger ein Schmerzensgeld für seinen Trauerschaden. Eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB machte er nicht geltend. Das Erstgericht hat seine Klage abgewiesen, weil er bereits eine eigene Familie sowie einen eigenen Hausstand gegründet hatte<sup>500</sup>. Der Schmerzensgeldanspruch für Trauerschäden sei auf die im gemeinsamen Haushalt lebende Familie zu begrenzen. In Betracht käme ein Anspruch daher nur für die Eltern minderjähriger haushaltszugehöriger Kinder und die Ehegatten. Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichts auf und verwies die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Der dagegen gerichtete Rekurs der Beklagten sei zwar zulässig, aber nicht berechtigt. Die Beklagten machten mit dem Rekurs geltend, dass der Kläger keinen Schmerzensgeldanspruch habe, weil er mit seinen Eltern nicht mehr in einem gemeinsamen Haushalt lebte und nur ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden vorliege. Der OGH verwies auf die Entscheidung 2 Ob 84/01v, wo er ausgesprochen hatte, dass für den Trauerschaden „naher Angehöriger“ bei groben Verschulden ein Schmerzensgeld gebühre. Diesem Judikaturwechsel stimmte die Lehre

499 *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 58; *Danzl*, ZVR 2005, 84; OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 = ZVR 2004/86 = *ecolex* 2005, 39.

500 OGH 2 Ob 141/04f, JBl 2004, 792 (792f).

überwiegend zu und er sei auch aufrechtzuerhalten. **Der OGH habe damit insbesondere die Auffassung abgelehnt, dass die Trauer über den Tod eines „nahen Angehörigen“ zum allgemeinen und selbst zu tragenden Lebensrisiko gehört.** Durch die enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises sei auch keine Haftungsausuferung zu befürchten. Kinder gehören zum engsten Kreis der Familie und ihre enge Gefühlsbindung zu ihren Eltern ende auch nach Verlassen des Elternhauses grundsätzlich nicht. Daher können Kinder nicht vorweg mangels Haushaltsgemeinschaft bzw. bei bestehender Selbsterhaltungsfähigkeit von einem Anspruch ausgeschlossen werden. **Kinder zählen also unabhängig von ihrem Alter und dem Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft zu den „nahen Angehörigen“.** Bei ihnen vermutet die Rechtsprechung das Vorliegen einer engen Nahebeziehung. Der Schädiger könne diese jedoch entkräften, wie es z. B. bei verfeindeten Ehegatten in Betracht käme. Selbst bei einer vorübergehenden Störung der Eltern-Kind-Beziehung könne eine enge Nahebeziehung noch aufrecht sein (so der OGH in der Entscheidung 2 Ob 79/00g). Beim Verlust eines Elternteils können Umstände wie eine besonders intensive Beziehung oder das Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft aber sehr wohl erhöhend in die Schmerzensgeldbemessung einfließen. Im vorliegenden Fall habe zwischen dem Kläger und seiner Mutter ein **besonders inniges Verhältnis** bestanden: Sie lebten in unmittelbarer Nachbarschaft, besuchten einander regelmäßig, die Mutter half im Betrieb des Klägers mit und betreute seine Kinder. Der OGH bejahte daher den Anspruch des Klägers und bestimmte eine Schmerzensgeldsumme, die nach den Umständen des Einzelfalles angemessen erschien. Das Erstgericht müsse jedoch noch prüfen, ob den beklagten Lenker ein grobes Verschulden am Unfall vorzuwerfen ist.

Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht, dass auch bei erwachsenen Kindern eine Erhöhung des Schmerzensgeldes in Betracht kommt, wenn ein besonders inniges Verhältnis zum getöteten Elternteil bestanden hat. Umgekehrt kann im Falle einer Störung oder Lockerung der Beziehung eine Reduktion vorgenommen werden. Die Intensität der Gefühlsgemeinschaft hat also maßgeblichen Einfluss auf die Schmerzensgeldhöhe. *Steininger* unterstreicht die Aussagekraft der vorliegenden Entscheidung für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“<sup>501</sup>: Entscheidend sei das Bestehen einer intensiven Gefühlsgemeinschaft (engen Nahebeziehung), welche anhand objektiver Umstände nachzuweisen ist; das Alter der Kinder oder das Vorhandensein einer Wohngemeinschaft mit den Eltern stellen hierfür wichtige Indizien dar.

---

501 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2004 Rz 32.

## 2 Ob 45/93

Nun zu einem Fall aus der österreichischen Rechtsprechung, in dem erstmals ein Schmerzensgeldanspruch für den Schockschaden Dritter bejaht wurde<sup>502</sup>. Im vorliegenden Fall hat ein Kleinkind durch die Trennung von seiner Mutter eine Angstneurose erlitten. Diesen Fall nahm der OGH zum Anlass, um die bisherige Rechtsprechung abzulehnen und Schockschäden „naher Angehöriger“ anzuerkennen. Die Klägerin und ihre Mutter hatten einen Verkehrsunfall. Bei dem Unfall wurde die Mutter der Klägerin schwer verletzt und konnte erst nach zwei Wochen zum ersten Mal von der Klägerin besucht werden. Die Mutter der Klägerin war zwei Monate durchgehend in stationärer Behandlung. Vor dem Unfall hatte eine enge Mutter-Kind-Beziehung bestanden, die durch den Unfall und den Krankenhausaufenthalt der Mutter abrupt abgebrochen wurde. Die Klägerin war zum Zeitpunkt des Unfalls erst 20 Monate alt und litt infolgedessen an massiven Angstzuständen. Nicht nur das Unfallereignis, sondern insbesondere die Trennung von der Mutter hatten sie schwer und nachhaltig psychisch geschädigt. Die Klägerin war beim Autofahren verängstigt und konnte kaum allein gelassen werden, weil sie große Angst vorm Alleinsein hatte. Die noch andauernden Angstzustände der Klägerin beeinträchtigen ihr körperliches Wohlbefinden erheblich und lassen weitere Entwicklungsstörungen erwarten. Die Störungen der Klägerin seien rein psychischer Natur, manifestieren sich also nicht körperlich und bedürfen zu ihrer Überwindung fachkundiger Hilfe. Die Klägerin klagte den alleinschuldigen Lenker und seine Haftpflichtversicherung auf Schmerzensgeld, die Feststellung der Haftung für künftige Schäden und eine Verunstaltungsentschädigung. Das Erstgericht wies die Klage ab, weil ein nicht ersatzfähiger mittelbarer Schaden vorliege. Das Berufungsgericht bejahte hingegen den Schmerzensgeldanspruch und das Feststellungsbegehren der Klägerin und begründete seine Ansicht wie folgt: Es liege kein mittelbarer Schaden vor, weil die **Klägerin in einem absolut geschützten Recht – dem Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit – verletzt wurde**; das durch die Trennung von der Mutter erlittene Trauma der Klägerin stelle eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB dar, weil ihre angstneurotischen Symptome Krankheitswert erreicht haben; zudem sei es auch eine **adäquate Folge des Verkehrsunfalls**, weil die Klägerin eine „nahe Angehörige“ der Verletzten ist; die Lehre trete einhellig für den Ersatz von Schockschäden ein, die Rechtsprechung sei dazu aber bisher uneinheitlich; eine Haftungsbegrenzung erfolge über die Adäquanz, die in aller Regel nur bei „nahen Angehörigen“ des Verletzten anzunehmen sei. Der OGH bestätigte die Auffassung des Berufungsgerichts, nach der im vorliegenden Fall

---

502 OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116 = ZVR 1998, 182 (*Kamerer*); *Kath*, Schmerzensgeld 107f.

eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB vorliege. Unter dem Begriff der **Körperverletzung** sei jede Beeinträchtigung der körperlichen und geistigen Unversehrtheit zu verstehen. Eine äußerlich sichtbare Verletzung sei dafür aber nicht erforderlich. Auch innere Verletzungen oder Nervenschäden würden darunter fallen. So habe die Rechtsprechung schon bisher Störungen der Gehirn- und Nervenfunktionen, wie z. B. Schlaflosigkeit und Aufregungs- bzw. Erregungszustände als Körperverletzung anerkannt. Psychische Beeinträchtigungen, die sich bloß in Unbehagen und Unlustgefühlen äußern, reichen jedoch nicht aus, um eine Körperverletzung zu begründen<sup>503</sup>. Das heißt die Einwirkung in die Psyche müsse mit körperlichen Symptomen von Krankheitswert einhergehen und das sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn sie einer ärztlichen Behandlung bedarf, um abzuklingen oder um dauerhafte Schäden abzuwenden. Daher habe die Klägerin im vorliegenden Fall eine Körperverletzung erlitten: Sie könne ihre angstneurotischen Symptome nicht allein überwinden und diese lassen künftige Störungen erwarten. Da eine medizinische Betreuung erforderlich sei, handle es sich um massive und krankheitswertige Einwirkungen in die Psyche der Klägerin. Die Rechtsprechung habe auch schon bisher berücksichtigt, dass bei Kleinkindern durch die Trennung von der Mutter psychische Beeinträchtigungen auftreten können. Nach der bisherigen Rechtsprechung gebühre für seelische Schmerzen, die ohne physische Schäden auftreten, kein Schmerzensgeld. Ein Ersatz für die Schockschäden „naher Angehöriger“ wurde mit der Begründung ausgeschlossen, dass es sich um einen nicht ersatzfähigen Drittschaden handle. Auf diesem Wege den Anspruch zu versagen, sei im vorliegenden Fall jedoch abzulehnen, weil die psychischen Beeinträchtigungen der Klägerin Krankheitswert erreichen und sie daher in dem absolut geschützten Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit verletzt wurde und als unmittelbar Geschädigte anzusehen sei. Auch die Lehre trete dafür ein, derartige psychische Schäden anzuerkennen, so etwa *Koziol*, *Apathy* und *Reischauer*.

## 2 Ob 99/95

Der OGH bestätigte seinen Judikaturwechsel in der Entscheidung vom 21.12.1995: Im vorliegenden Fall erlitt der Kläger als Beifahrer bei einem Verkehrsunfall einen schweren Schockschaden<sup>504</sup>. Der Kläger war zum Unfallszeitpunkt 8 Jahre alt und klagte die Haftpflichtversicherung des Unfallenkers auf Schmerzensgeld für seinen Schockschaden sowie die Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden. Der Kläger behauptete, dass

<sup>503</sup> OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995, 116 (117).

<sup>504</sup> OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997, 186; *Kath*, Schmerzensgeld 108f.

er miterleben musste, wie der Lenker des PKW, sein 7 Jahre alter Bruder und sein Cousin beim Unfall gestorben sind und seine Mutter mit schwersten Verletzungen schreiend auf der Straße gelegen ist. Das habe bei ihm zu einem schweren Schockschaden geführt: Er leide an einer Vielzahl verschiedener Angstzustände sowie unter weiteren Beschwerden, insbesondere unter Lebensangst, Versagensangst, Trennungsangst, Angst vor Verlassenwerden und Verlassensein, Schmerz über den Verlust geliebter Personen, Angst vor physischen Schmerzen, Unlustgefühle und vermindertem Selbstwertgefühl. Daher liege eine massive Einwirkung in seine Psyche vor, die mit krankheitswertigen und noch andauernden körperlichen Symptomen einhergegangen ist. Auch sei sein Feststellungsinteresse berechtigt, weil Spätfolgen noch nicht auszuschließen wären. Das Erstgericht gab der Klage teilweise statt, bejahte den Schmerzensgeldanspruch jedoch nur soweit, als die seelischen Schmerzen auf die eigenen physischen Schäden des Klägers sowie die Tötung „naher Angehöriger“ zurückzuführen waren. Das Feststellungsinteresse verneinte das Erstgericht, weil nach seiner Auffassung Spätfolgen höchst unwahrscheinlich wären. Das Berufungsgericht gab der Klage in vollem Umfang statt: Der Verkehrsunfall hätte beim Kläger zu einer behandlungsbedürftigen psychischen Krankheit geführt und Spätfolgen könnten nicht ausgeschlossen werden. Die Beklagte bekämpfte das Berufungsurteil mit der Begründung, dass psychische Schäden, die unabhängig von physischen eintreten, bloß mittelbare Schäden und daher nicht ersatzfähig seien<sup>505</sup>. Auch für den Verlust „naher Angehöriger“ werde nach ständiger Rechtsprechung kein Schmerzensgeld gewährt. Für den Ersatz seelischer Schmerzen würden nämlich **zwei Grenzen** bestehen: Erstens muss ein Krankheitswert vorliegen und zweitens kann nur der unmittelbar Geschädigte Ersatz bekommen, dessen seelische Schmerzen auf die Verletzung des eigenen Körpers zurückzuführen seien. Der OGH bestätigte die Auffassung des Berufungsgerichts, weil an den Grundsätzen der Entscheidung vom 16.6.1994 festzuhalten sei. Der Schmerzensgeldanspruch des Klägers sei berechtigt, weil er eine **behandlungsbedürftige psychische Krankheit erlitten habe, die als Körperverletzung iSd § 1325 ABGB** anzusehen sei. Diese massive psychische Schädigung des Klägers rechtfertige für sich einen Schmerzensgeldanspruch, ohne dass es auf das Vorhandensein allfälliger physischer Unfallschäden des Klägers ankomme. Damit solle auch kein Trauerschmerzensgeld gewährt werden, weil nur die psychische Krankheit (der Schockschaden) ersatzfähig sei, jedoch nicht bloße seelische Schmerzen, die durch die schwere Verletzung der Mutter sowie die Tötung weiterer Familienmitglieder ausgelöst wurden und diesen Schweregrad nicht erreichen. Angesichts der missverständlichen Ausführungen der Beklagten und des Erstgerichts versuchte der OGH, die Intension der neuen Rechtsprechungslinie

---

505 OGH 2 Ob 99/95, ZVR 1997, 186 (187).

klar abzugrenzen. Weiters sprach er aus, dass für die Berechtigung des Feststellungsinteresses die bloß theoretische Möglichkeit von Spätfolgen genüge und es daher nicht auf ihre Wahrscheinlichkeit ankomme.

Die beiden Fälle aus der österreichischen Rechtsprechung haben gezeigt, dass ein Unfallerlebnis und insbesondere die **schwere Verletzung eines Elternteils die Psyche des Kindes schwer schädigen und seine Entwicklung nachhaltig stören können**.

### 2 Ob 111/03t

Der nachfolgende Fall aus der österreichischen Rechtsprechung verdeutlicht die Ernsthaftigkeit der Lage, wenn beide Elternteile eines minderjährigen Kindes bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt werden und behandlungsbedingt länger abwesend sind<sup>506</sup>. In der OGH-Entscheidung vom 12.6.2003 ging es insbesondere um die Frage, ob zwischen dem Verkehrsunfall der Eltern und der Magersucht ihrer Tochter ein **adäquater Kausalzusammenhang** besteht. Die Eltern der Klägerin wurden bei einem Verkehrsunfall schwer verletzt und mussten mehrere Wochen stationär behandelt werden. Die Klägerin war zum Unfallszeitpunkt 14 Jahre alt und befand sich in einer schwierigen Entwicklungsphase: Sie hatte auf ärztliche Empfehlung hin rund 26 kg abgenommen. Nach dem Unfall ihrer Eltern lebte die Klägerin allein mit ihrem älteren Bruder und führte den Haushalt<sup>507</sup>. Die Klägerin begehrte u. a. ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden und machte geltend, durch die schwere Verletzung ihrer Eltern und die dadurch bedingte Doppelbelastung mit Schule und Haushalt eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB erlitten zu haben. Es sei bei der Klägerin zu einer posttraumatischen Erlebnis- und Belastungsstörung sowie zur psychosomatischen Erkrankung „Anorexia nervosa“ gekommen. Die Beklagten bestritten den Kausalzusammenhang zwischen dem Unfallgeschehen und der Magersucht der Klägerin. Das Erstgericht sprach der Klägerin aber ein Schmerzensgeld zu, was das Berufungsgericht bestätigte. Da der OGH bisher noch nicht darüber ausgesprochen hat, ob auch die Nachricht von der schweren Verletzung eines „nahen Angehörigen“ einen Schmerzensgeldanspruch begründen könne, sei die Revision der Beklagten zulässig. Der OGH hielt Revision der Beklagten aber nicht für berechtigt, bestätigte die Vorinstanzen und gelangte zur Auffassung, dass die Klägerin auch als Unbeteiligte am Unfallgeschehen einen Schmerzensgeldanspruch

506 OGH 2 Ob 111/03t, eclex 2003/331 = EFSlg. 104.752, 104.753 = JBl 2004, 111 = ÖJZ (EvBl) 2004/1 = ÖJZ-LSK 2003/216 = Presse 2003/34/01 (*Kommenda*) = RdW 2003/551 = RZ-EÜ 2003/241 = ZVR 2004/26; *Kath*, Schmerzensgeld 122ff.

507 OGH 2 Ob 111/03t, JBl 2004, 111 (111f).

gegen den Schädiger hat. Der OGH wies zunächst auf den Unterschied zwischen dem vorliegenden Fall und den Bisherigen hin, wo das Miterleben der schweren Verletzung eines „nahen Angehörigen“ oder die Nachricht vom Tod eines „nahen Angehörigen“ den Schockschaden auslöste<sup>508</sup>. Dann legte er seiner Entscheidung die befürwortenden Meinungen der Lehre zugrunde: *Koziol* stelle darauf ab, dass der Zweitgeschädigte eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB erlitten hat, daher als unmittelbar Geschädigter anzusehen sei und psychische Schäden genauso zu vermeiden seien wie physische; *Karner* führe für einen Anspruch das Vorliegen eines **besonders schweren Zurechnungsgrundes** ins Treffen, der entweder **durch die besondere Gefährlichkeit der Schädigungshandlung oder ihren besonderen Unrechtsgehalt gegeben sein könne**; Letzteres sei in Fällen absichtlicher oder sittenwidriger Schädigung zu bejahen, ansonsten wäre auf die besondere Gefährlichkeit der Schädigungshandlung, d. h. darauf abzustellen, ob die Schädigungshandlung in hohem Maße dazu geeignet war, dem Dritten einen Schockschaden zuzufügen. Auf dieser Grundlage sprach der OGH das Nachfolgende aus. Auch in Fällen wie diesem sei ein Schmerzensgeldanspruch für die eingetretene Körperverletzung zu bejahen. Das Vorliegen einer Körperverletzung iSd § 1325 ABGB haben die Beklagten auch nicht bestritten, sondern vielmehr das Bestehen eines Kausalzusammenhangs. Die Vorinstanzen haben den adäquaten Kausalzusammenhang jedoch völlig zu Recht bejaht, weil auch eine mögliche Schadensanlage der Klägerin dem Anspruch nicht entgegensteht. Die Beklagten haben nämlich **nicht nachgewiesen, dass der Schaden auch ohne den Unfall in absehbarer Zeit aufgrund der Anlage der Klägerin eingetreten wäre und durch diesen weder beschleunigt noch verschlimmert wurde**. Eine Haftungsausuferung sei zudem nicht zu befürchten, weil der anspruchsberechtigte Personenkreis begrenzt werde und nicht, wie in der Revision behauptet, auf einen völlig unbestimmten Personenkreis ausgedehnt werde. So handle es sich bei der Klägerin um die Tochter der Erstgeschädigten und bei einer aufrechten Eltern-Kind-Beziehung um eine von der Rechtsordnung anerkannte Sonderbeziehung.

*Steininger* begrüßt die vorliegende OGH-Entscheidung, weil es keinen Unterschied machen könne, ob ein „naher Angehöriger“ getötet oder schwer verletzt wird: Auch die behandlungsbedingte Abwesenheit eines Elternteils oder beider Elternteile sei in hohem Maße dazu geeignet, den Kindern einen Schockschaden zuzufügen<sup>509</sup>. In solchen Fällen solle es daher nicht auf die eigene Unfallbeteiligung ankommen und auch bei bloßer Unfallnachricht Ersatz gewährt werden. Völlig zutreffend habe der OGH außerdem den adäquaten Kausalzusammenhang bejaht und behandelt damit psychi-

---

508 OGH 2 Ob 111/03t, JBl 2004, 111 (113) = ÖJZ (EvBl) 2004/1.

509 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2003 45.

sche Schadensanlagen wie physische, wofür auch *Karner* eintritt. Offen bleibt meines Erachtens daher noch, wie die Entscheidung ohne eine Gesundheitsverletzung der Klägerin ausgefallen wäre. Während bei Vorliegen einer (adäquat verursachten) Gesundheitsverletzung nichts am Schmerzensgeldanspruch zweifeln lässt, wäre ohne eine solche danach zu fragen, ob die persönlichen Verhältnisse der Klägerin nachhaltig und schwer verletzt wurden. Bei weitgehender Wiederherstellung der Eltern scheint die seelische Belastung während ihrer behandlungsbedingten Abwesenheit für sich allein aber nicht zu genügen. Anderes würde etwa dann gelten, wenn durch den besonderen Unrechtsgehalt der Tat eine schwere Persönlichkeitsverletzung gegeben wäre.

## 2. Weiter entfernt Verwandte

### a) Geschwister

2 Ob 90/05g

In der OGH-Entscheidung vom 21.4.2005 ging es um den Trauerschaden erwachsener und getrennt lebender Geschwister<sup>510</sup>: Der OGH bejahte den Schmerzensgeldanspruch des Klägers, weil er sich immer **um seinen behinderten Bruder gekümmert** hat. Zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten könne auch **ohne häusliche Gemeinschaft** eine enge Nahebeziehung bestehen – vielmehr seien **regelmäßiger Kontakt, eine liebevolle und innige Beziehung oder auch ein Betreuungs- bzw. Pflegeverhältnis entscheidend**. Der jüngere Bruder des Klägers war von Geburt an behindert und lebte bei seiner Mutter<sup>511</sup>. Während die anderen beiden Geschwister keinen engen Kontakt zu ihm unterhielten, kümmerte sich der Kläger um ihn, soweit es ihm möglich war: Er besuchte ihn zwei- bis dreimal in der Woche, erledigte Behördenwege und intervenierte, wenn er wieder einmal etwas angestellt hatte. Der Bruder war dem Kläger sehr ans Herz gewachsen. Der OGH führte zum Schmerzensgeldanspruch der Geschwister aus, dass bei Vorliegen einer Haushaltsgemeinschaft von einer engen Nahebeziehung auszugehen sei. Da zwischen dem Kläger und seinem Bruder keine Haushaltsgemeinschaft bestanden habe, musste er das Vorliegen einer engen Nahebeziehung aufgrund anderer Umstände nachweisen, was ihm gelungen sei. Auch das **grobe Verschulden** des Schädigers war im vorliegenden Fall zu bejahen<sup>512</sup>: Er hatte den Erstgeschädigten, der mit dem Fahrrad unterwegs war, aus Unaufmerksamkeit und im alkoholisierten

510 OGH 2 Ob 90/05g, JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 (*Karner*) = ÖJZ 2005/165 = ÖJZ-LSK 2005/195; *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 59.

511 OGH 2 Ob 90/05g, Presse 2005/22/04, Rechtspanorama vom 30.5.2005 (*Kommenda*).

512 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (*Karner*).

Zustand mit seinem PKW niedergestoßen. Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen und insbesondere ausgeführt, dass sich die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten erst im Erwachsenenalter entwickelt habe und das Berufungsgericht wollte die Seitenverwandten in Anlehnung an den **Grundsatz Nr. 19** der Entschließung des Europarates generell von einem Anspruch ausschließen<sup>513</sup>. Dem erteilte der OGH eine Abfuhr und verurteilte die Beklagten zur Leistung eines Schmerzensgeldes. Er stellte klar, dass es auf das Vorliegen einer engen Nahebeziehung ankomme, d. h. auf eine intensive Gefühlsgemeinschaft, wie sie gewöhnlich zwischen engen Familienangehörigen bestehen würde<sup>514</sup>. Dafür **genüge das normale und lockere Verhältnis zwischen erwachsenen Geschwistern nicht**. Ein solches würde etwa dann vorliegen, wenn erwachsene Geschwister nicht zusammen wohnen und nur gelegentlich bei Familienfeiern zusammentreffen. Im vorliegenden Fall habe zwischen den beiden Brüdern jedoch eine **intensive und fürsorgliche Beziehung** bestanden, die einer **Vater-Sohn-Beziehung** gleichkam. Neben den rechtsvergleichenden Erkenntnissen spreche für die Anerkennung einer solchen faktischen Nahebeziehung auch, dass Geschwister nach dem österreichischen Recht unter besonderen Umständen Ersatz für ihre Besuchskosten erhalten können<sup>515</sup>. Über das Erfordernis einer engen Nahebeziehung werde eine hinreichende Begrenzung erzielt, so dass keine Gefahr einer Haftungsausuferung gegeben sei.

Wie die schweizerische Rechtsprechung spricht also auch die österreichische dem Bestehen einer Haushaltsgemeinschaft großes Gewicht zu. Bei deren Vorliegen gelingt auch erwachsenen Geschwistern regelmäßig der Nachweis einer engen Nahebeziehung. Der **gemeinsame Haushalt** des Erst- und Zweitgeschädigten spricht daher für sich und ist ein **wichtiges Indiz** für die besondere Verbundenheit von erwachsenen Geschwistern. *Karner* begrüßt die Entscheidung, weil sie nicht nur für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ wichtige Anhaltspunkte liefert, sondern auch für die Bemessung des Schmerzensgeldes<sup>516</sup>. In der Entscheidung 2 Ob 99/05f führt der OGH seine Rechtsprechung konsequent fort. Darin hält er ausdrücklich fest, dass auch eine **vorübergehende Störung** der geschwisterlichen Beziehung dem Anspruch der Geschwister nicht entgegensteht, wenn sie eine enge Nahebeziehung nachgewiesen haben (insbesondere bei Bestehen einer Wohngemeinschaft oder noch nicht lang zurückliegender Aufhebung derselben)<sup>517</sup>.

---

513 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (255f) (*Karner*).

514 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (257) (*Karner*).

515 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (256) (*Karner*).

516 OGH 2 Ob 90/05g, ZVR 2005, 254 (257) (*Karner*).

517 OGH 2 Ob 99/05f, ZVR 2005, 301 (303) (*Danzl*).

## b) Großeltern bzw. Enkelkinder

2 Ob 41/03y

Der Verlust eines Elternteils wiegt so schwer, dass selbst Kleinkinder und sogar **ungeborene Kinder** (*nascituri*) einen Schmerzensgeldanspruch haben können<sup>518</sup>. Entsprechendes wäre beim Verlust eines Großelternteils jedoch abzulehnen. Daher bestätigte der OGH die pflegschaftsbehördliche Entscheidung, welche die Klagsführung für den sieben Monate alten Enkelsohn abgelehnt hat, der seinen Großvater väterlicherseits durch einen Verkehrsunfall verloren hat<sup>519</sup>. Im vorliegenden Fall gelang der Nachweis eines Schock- oder Trauerschadens nicht. Daher erübrigte sich jede weitere Prüfung. Es musste also nicht geprüft werden, ob tatsächlich eine enge Nahebeziehung zwischen Großvater und Enkelsohn oder ein grobes Verschulden des Schädigers vorlag. Der Umstand, ohne den Großvater väterlicherseits aufwachsen zu müssen, begründe für sich noch keinen Schmerzensgeldanspruch. Allenfalls könne man für einen vorhersehbaren zukünftigen Schaden ein Feststellungsurteil erwirken.

Schmerzensgeldansprüche von Kleinkindern und Ungeborenen spiegeln den **besonderen Schutz der Eltern-Kind-Beziehung, also der elementaren Beziehungen** in der Kernfamilie wieder. Die Beziehungen zwischen weit entfernt Verwandten mögen zwar u. U. mit jenen in der Kernfamilie vergleichbar sein, sind aber nie dasselbe. Auch der liebevollste Großvater kann den eigenen Vater nie ersetzen. Deshalb sind Differenzierungen gerechtfertigt. Während bei weit entfernt Verwandten nur eine bestehende intensive Gefühlsgemeinschaft geschützt wird, kann in der Kernfamilie auch eine zukünftige und sehr wahrscheinliche Beziehung unter Schutz gestellt werden. Das erklärt, warum ein Baby beim Tod seines Vaters einen Schmerzensgeldanspruch haben kann, beim Tod des Großvaters aber nicht. Ob auch Kleinkinder beim Verlust eines Großelternteils einen Schmerzensgeldanspruch haben können, hängt vom Bestehen einer engen Nahebeziehung ab: Es müsste also nachgewiesen werden, dass der Großvater/die Großmutter eine wichtige Bezugs- und Betreuungsperson war und das Kind durch den Verlust der Beziehung seelisches Leid erfährt; dazu müsste wohl ein sehr inniges Verhältnis zwischen dem Großelternteil und dem Enkelkind bestanden haben, was insbesondere dann zutrifft, wenn das Enkelkind bei den Großeltern aufwächst oder von diesen überwiegend betreut wird.

---

518 *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 56.

519 OGH 2 Ob 41/03y, ZVR 2005, 300 (300f) (*Griehser*) = Presse, Rechtspanorama vom 4.7.2005 (*Kommenda*); *Christandl/Hinghofer-Szalkay*, ZfRV 2007, 60.

### 3. Nicht verwandte Personen

#### Lebensgefährten

##### 8 Ob 127/02p

In Österreich hat der OGH mit der Entscheidung vom 29.8.2002 klargestellt, dass Lebensgefährten zu den „nahen Angehörigen“ zählen können<sup>520</sup>. Im vorliegenden Fall machte die Klägerin einen Schockschaden durch die Nachricht vom Tod ihres Lebensgefährten geltend. Ihr Lebensgefährte sei durch einen Behandlungsfehler gestorben. Die Nachricht von seinem Tod habe bei ihr zu schweren Depressionen geführt. Sie habe mit ihm 20 Jahre lang in einer Lebensgemeinschaft zusammen gelebt, wozu er überwiegend finanziell beigetragen hätte. Die Klägerin beehrte ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden und den Ersatz ihres entgangenen Unterhalts<sup>521</sup>. Die Beklagte entgegnete dem Klagebegehren, dass kein Behandlungsfehler vorliege. Zudem könnten Lebensgefährten weder für ihren entgangenen Unterhalt Ersatz begehren noch ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden erhalten. Dem schloss sich das Erstgericht an und wies die Klage mit der Begründung ab, dass der Klägerin selbst bei Vorliegen eines Behandlungsfehlers kein Anspruch zukomme. In diesem Sinne ging auch das Berufungsgericht davon aus, dass eine Lebensgefährtin nicht zu den „nahen Angehörigen“ zähle und § 1327 ABGB nur gesetzliche Unterhaltsansprüche erfasse. Die Revision der Klägerin hat hinsichtlich des Schmerzensgeldbegehrens Erfolg. Diesbezüglich hob der OGH die Entscheidungen der Vorinstanzen auf und verwies die Sache zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Der OGH befasste sich in der vorliegenden Entscheidung eingehend mit dem Begriff der „nahen Angehörigen“. Da er zur Auffassung gelangte, dass Lebensgefährten unter bestimmten Voraussetzungen, welche die Klägerin erfülle, zu den „nahen Angehörigen“ zählen, müsse das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren prüfen, ob eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB sowie ein von der Beklagten zu vertretender Behandlungsfehler vorliegen<sup>522</sup>. Nun aber zu den Erwägungen, die der OGH in der vorliegenden Entscheidung zum Begriff der „nahen Angehörigen“ anstellte. Nach der Entschließung des Europarates vom 14.3.1975 zählen Lebensgefährten zwar nicht zu den Anspruchsberechtigten, deren Grundsätze seien aber allgemein auf den Ersatz von Gefühlsschäden gerichtet und außerdem nicht unmittelbar wirk-

---

520 OGH 8 Ob 127/02p, ecolex 2003/9 = EFSlg. 100.766, 100.767, 100.773 = JBl 2003, 118 = ÖAMTC-LSK 2002/166 = ÖJZ-LSK 2003/28 = Presse 2002/44/02 (*Kommenda*) = RZ-EÜ 2003/72 = ZVR 2002, 388 (*Karner*); *Kath*, Schmerzensgeld 113f.

521 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (388f) (*Karner*).

522 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (392) (*Karner*).

sam<sup>523</sup>. Außerdem erhalten Lebensgefährten in den meisten europäischen Ländern ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden und in der österreichischen Lehre trete insbesondere *Karner* für einen weiteren Begriff der „nahen Angehörigen“ und die Einbeziehung der Lebensgefährten ein. Seiner Meinung nach bestimme sich der Begriff der „nahen Angehörigen“ nicht nach der formalen Familienzugehörigkeit, sondern nach der faktischen Nahebeziehung zum Erstgeschädigten. Weiters setzte sich der OGH insbesondere damit auseinander, wann und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsprechung und der Gesetzgeber der Lebensgemeinschaft rechtliche Bedeutung zusprechen und kam zum folgenden Ergebnis: **allgemein werde eine Lebensgemeinschaft als eine eheähnliche Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft verstanden**, daneben seien eine von außen erkennbare **Wohngemeinschaft**, die gewisse **Dauer der Beziehung** sowie das **Fehlen eines Ehegatten** erheblich. Da die Klägerin zweifelsohne alle Kriterien erfülle, weil sie mit dem Getöteten 20 Jahre lang zusammenlebte und das Vorhandensein eines Ehegatten nicht vorgebracht wurde, sah sich auch der OGH nicht zu näheren Ausführungen veranlasst. Insbesondere könne offenbleiben, ob immer alle Kriterien erfüllt sein müssen und in welchem Ausmaß. Für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ komme es darauf an, **ob die Schädigungshandlung in hohem Maße dazu geeignet ist, beim Zweitgeschädigten einen Schockschaden herbeizuführen** bzw. ob der Schädiger den Schockschaden **als typische Folge seiner Handlung ansehen muss**. Zu ermitteln gilt es also, wann nach der gesamten Rechtsordnung eine solche Beziehung zum Getöteten besteht und auch nach außen hin in Erscheinung tritt.

Dem stimmt auch *Karner* zu, weil **objektiv nachvollziehbare Umstände** dort umso mehr an Bedeutung gewinnen, wo die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten weniger durch die formale Familienzugehörigkeit indiziert ist<sup>524</sup>. So wäre etwa ein Anspruch von weiter entfernt Verwandten zu bejahen, wenn sie aufgrund objektiver Umstände nachweisen, dass tatsächlich eine enge Nahebeziehung zum Getöteten bestanden hat (z. B. weil sie das getötete Kind ohne Adoption wie ihr eigenes anstelle der Eltern aufgezogen haben). Darüber hinaus sei dem OGH insofern zuzustimmen, als er die für die Haftungsbegründung maßgeblichen Erwägungen auch für die Bestimmung der „nahen Angehörigen“ heranzieht. Nach *Karners* Auffassung ist die Schädigungshandlung dann zur Herbeiführung eines Schockschadens in hohem Maße geeignet, wenn zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten eine so enge familiäre Beziehung besteht, wie das gewöhnlich zwischen Eltern und ihren Kindern, Ehegatten oder Lebensgefährten der Fall ist. Die formale Familienzugehörigkeit sei

---

523 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (390f) (*Karner*).

524 OGH 8 Ob 127/02p, ZVR 2002, 388 (392f) (*Karner*).

zwar ein Indiz für das Vorliegen einer engen Nahebeziehung, die **tatsächliche Intensität der persönlichen Verbundenheit** wäre jedoch entscheidend. *Karner* will den Lebensgefährten auch ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden gewähren, wenn sie die vom OGH entwickelten Kriterien erfüllen. Im vorliegenden Fall ließ es der OGH offen, ob eine Wohngemeinschaft der Lebensgefährten oder das Nichtvorhandensein eines Ehegatten zwingend ist. Das spricht meines Erachtens dafür, dass im Einzelfall darauf verzichtet werden kann. Gerade diese Option wollte sich der OGH offen halten und zukünftigen Fällen nicht unnötig vorgreifen. Durch den Hinweis, dass die Lebensgemeinschaft nach außen hin in Erscheinung treten muss, sichert er sich zudem dahingehend ab, dass die enge Nahebeziehung anhand objektiver Umstände nachgewiesen werden muss. Insofern besteht ein **flexibles System**: Liegt etwa keine Wohngemeinschaft vor, wird der Dauer der Beziehung größere Bedeutung zukommen. Darüber hinaus kann es besonders bei Trauerschäden reduzierend gewertet werden, wenn die Lebensgefährten nicht zusammenlebten oder das erst seit kurzer Zeit der Fall war. Alles entscheidend für die Anerkennung der Lebensgemeinschaft ist die **Beständigkeit der Beziehung**, wofür die Dauer der Beziehung eine erhebliche Rolle spielt. Die vorliegende OGH-Entscheidung zeigt vorbildlich, dass es für die Herausbildung von Kriterien, welche auf eine enge Nahebeziehung zwischen den Lebensgefährten schließen lassen, maßgeblich ist, wann die Rechtsordnung der Lebensgemeinschaft rechtliche Bedeutung zuspricht. Zur Beurteilung einzelner Kriterien geben die schweizerische und französische Rechtsprechung mehr Auskunft.

## IV. Mitverschuldenseinwand

### A) Berücksichtigung des Mitverschuldens

Im Zusammenhang mit dem Angehörigenschmerzensgeld stellt sich die Frage, ob sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen müssen. Die Entschließung des Europarates aus dem Jahr 1975 gibt zur Beantwortung dieser Frage weder Richtlinien vor noch enthält sie Grundsätze über die Schadensteilung<sup>525</sup>. Im Folgenden wird daher zu untersuchen sein, ob sich die „nahen Angehörigen“ in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts nicht nur ihr eigenes Verschulden, sondern auch das Mitverschulden des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen müssen. Bevor auf die Problemstellung näher eingegangen wird, noch kurz zur begrifflichen Systematik: Wird im Folgenden von der Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands gegenüber den „nahen Angehörigen“ gesprochen, ist damit vorrangig die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ gemeint; davon ist die Anrechnung des eigenen Verschuldens der „nahen Angehörigen“ zu unterscheiden.

Während **beim eigenen Verschulden** der „nahen Angehörigen“ in den zu untersuchenden Rechtsordnungen sowie nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts grundsätzlich von einer Schadensteilung auszugehen ist<sup>526</sup>, stellt der Einwand des Mitverschuldens des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ einen besonderen Problembereich dar<sup>527</sup>. Denn dabei geht es um die Frage, ob sich **das Verschulden eines Dritten** auf den eigenen Schmerzensgeldanspruch reduzierend auswirkt. Im Folgenden wird zu klären sein, welche Argumente für eine Anrechnung sprechen und welche dagegen, welche gesetzliche Grundlagen es in den zu untersuchenden Rechtsordnungen gibt und wie die Rechtsprechung ihre Auffassung begründet.

---

525 *Wiesbauer*, RZ 1977, 5.

526 *Hausmaninger*, Das Mitverschulden des Verletzten und die Haftung aus der *lex Aquilia*, in *Ogris/Rechberger* (Hrsg), Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister (1996) 235ff; *Zimmermann* in *Koziol/Steininger*, ETL 2003 24f.

527 Siehe auch *Lukas*, Comparative Remarks, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), *European Tort Law 2004* (2005) Rz 10f.

1. Englisches und französisches Straßenverkehrsrecht/Principles  
a) Principles of European Tort Law (PETL)

Vorweg soll nach möglichen gesetzlichen Grundlagen für eine Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ gesucht werden. Blickt man auf die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts (PETL), wird man diesbezüglich schnell fündig. Die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts normieren in Art. 8:101 Abs2<sup>528</sup> PETL **ausdrücklich**, dass sich die „nahen Angehörigen“ des Mitverschuldens des Getöteten anrechnen lassen müssen. Soweit der Getötete zur Entstehung des Schadens beigetragen hat, ist die Minderung des Schmerzensgeldanspruches seiner „nahen Angehörigen“ daher **als allgemeines Prinzip statuiert**. Nicht nur das Verschulden des Getöteten, sondern auch eine ihm zurechenbare Gefahr wirkt sich reduzierend auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ aus. Für Letztere gelten dieselben Grundsätze wie für den Erstgeschädigten, weil Art. 8:101 Abs2 PETL auf Art. 8:101 Abs1 PETL verweist. Soweit im Folgenden einfach vom „Geschädigten“ im Verhältnis zum Schädiger gesprochen wird, werden also jene Grundsätze dargelegt, die gleichermaßen für den Erstgeschädigten und seine „nahen Angehörigen“ gelten.

Art. 8:101 Abs1 PETL regelt nicht nur die Anrechnung des Mitverschuldens des „Geschädigten“, sondern auch die Verletzung der Schadensminderungspflicht und sieht vor, dass für den „Geschädigten“ dieselben Regelungen anzuwenden sind wie für den Schädiger. Das heißt es sind die Grundsätze der Verschuldens- und Gefährdungshaftung anzuwenden<sup>529</sup>: Die Verschuldenshaftung setzt Verschuldensfähigkeit (Art. 4:102 Abs2 PETL) sowie die Außerachtlassung der vernunftgemäßen Sorgfalt zum eigenen Schutz voraus, wobei sich der Sorgfaltsmaßstab danach richtet, was eine vernünftige Person in Anbetracht der Umstände des Einzelfalles getan hätte (Art. 4:102 Abs1 PETL); die Gefährdungshaftung richtet sich nach Art. 5:101, Art. 5:102 PETL und kann daher auf der Kontrolle über eine ungewöhnlich gefährliche Handlung und der Durchführung einer solchen beruhen (Art. 5:101 PETL), auf den nationalen Vorschriften, die eine Gefährdungshaftung vorsehen (Art. 5:102 Abs1 PETL) oder auf einer im Wege der Analogie für vergleichbare Gefahren begründeten Haftung (Art. 5:102 Abs2 PETL). Der Schadenersatz ist also im Verhältnis zum Schadensbeitrag des „Geschädigten“ zu kürzen und kann sich daher zwischen 0 und 100% bewegen. Damit soll ein flexibles System

528 *Martín-Casals*, Contributory Conduct or Activity, in *European Group of Tort Law* (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005) 130.

529 *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL 132ff.

zur Schadensbemessung geschaffen werden, obwohl die nationalen Gerichte dazu neigen, fixe Prozentbeträge z. B. für die Verletzung der Helmpflicht festzulegen. Außerdem rechtfertigt das vorsätzliche Handeln des Schädigers seine volle Haftung, es sei denn der „Geschädigte“ hat ihn provoziert (d. h. trotz Vorsatz des Schädigers ist eine Schadens- teilung vorzunehmen). Im umgekehrten Fall würde der Vorsatz des „Geschädigten“ den Entfall der Haftung begründen, es sei denn der Schädiger war besonders dazu verpflichtet, den „Geschädigten“ vor einer Selbstschädigung zu schützen. Eine solche Pflicht käme für die Polizei gegenüber Inhaftierten oder für ein Krankenhaus gegenüber beson- ders gefährdeten Patienten in Betracht und würde trotz Vorsatz des „Geschädigten“ zu einer reduzierten Haftung führen. Liegt aufseiten des „Geschädigten“ ein Verschulden vor, auf der Seite des Schädigers aber nur eine Gefährdungshaftung, ist abzuwiegen, in welchem Ausmaß das Verschulden des „Geschädigten“ im Vergleich zur Gefährlichkeit der Handlung des Schädigers zur Schadensentstehung beigetragen hat. Liegt auf bei- den Seiten bloße Gefährdungshaftung vor, ist der Beitrag der von jedem zu vertretenen Gefahren gegeneinander abzuwiegen. Soviel zu den Grundsätzen der Schadensteilung nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts.

Unklar ist lediglich, warum Art. 8:101 Abs2 PETL die Zulässigkeit des Mitverschul- denseinwands gegenüber den „nahen Angehörigen“ nur für den Todesfall vorsieht, ob- wohl ihnen auch im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten ein Schmerzengeld für ihren Schock- oder Gefühlsschaden gewährt werden kann. Sollte das nur als all- gemeines Prinzip statuiert werden, das beim Überleben des Erstgeschädigten analog anzuwenden ist? Kaum vorstellbar, dass etwas anderes damit gemeint sein sollte und etwa ein Schwerinvalider mit dem Schädiger für den Schmerzengeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ solidarisch haften sollte. Vielmehr handelt es sich bei der Be- rücksichtigung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten um eine **grundsätzliche und stark wertende Entscheidung**, die unabhängig vom Überleben des Erstgeschädigten im- mer gleich ausfallen sollte, weil auch in jedem Fall ein vergleichbares seelisches Leid der „nahen Angehörigen“ vorliegt.

#### b) Englisches und französisches Straßenverkehrsrecht

In den zu untersuchenden Rechtsordnungen stößt man dagegen kaum auf ausdrück- liche gesetzliche Regelungen<sup>530</sup>: **Nur im Straßenverkehrsrecht gibt es in England und**

530 *Cane*, Atiyah's Accidents<sup>6</sup> 47; *Chabas*, Les accidents 99ff; Cass crim 15.3.1995, RTD 1995, 642 (642f) (*Jourdain*); *Jourdain*, RTD 1988, 783 (784f); *Karczewski*, Schockschäden 323; *Rogers*, Contributory Negligence under En- glish Law, in *Magnus/Martin-Casals* (Hrsg), Unification of Tort Law. Contributory Negligence (2004) 57 (66).

**Frankreich spezifische Regelungen.** Gerade in Frankreich führte diese aber auch zu unerwünschten Ergebnissen, so dass die Forderung nach einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung kein Allheilmittel ist. Grundsätzlich spricht nichts dagegen, auch ohne eine solche das Mitverschulden des Erstgeschädigten zu berücksichtigen. Dabei hat man sich an den allgemeinen Haftungsgrundsätzen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen zu orientieren.

Zunächst also zu den ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen. Im **englischen Recht** wird der Ersatz von Trauerschäden nach sec. 1A (3) iVm sec. 5 FAA 1976 im Verhältnis zum Mitverschulden des Getöteten gekürzt<sup>531</sup>. Kritik wird dazu insbesondere mit dem Vorbringen geäußert, dass sich die Eltern eines getöteten Kindes dessen Mitverschulden entgegenhalten lassen müssen, während das Kind, wenn es für seine Körperverletzung Schadenersatz begehrt, unabhängig vom Mitverschulden seiner Eltern Ersatz bekommen kann. Gleichzeitig wird aber darauf hingewiesen, dass eine andere Lösung, etwa die Möglichkeit einer Regressklage gegen den Nachlass, u. U. zum selben Ergebnis führen und die Rechtslage erheblich verkomplizieren würde. Außerdem befürwortet auch der Rechtsausschuss die Beibehaltung von sec. 5 FAA 1976<sup>532</sup>.

Im **französischen Recht** gelten nach Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 für den Erstgeschädigten und seine „nahen Angehörigen“ dieselben Haftungsgrenzen und Haftungsausschließungsgründe<sup>533</sup>. Das wurde von der **ständigen Rechtsprechung** so ausgelegt, dass sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Erstgeschädigten auf ihren Schmerzensgeldanspruch anrechnen lassen müssen, ihr eigenes Verschulden jedoch nicht. *Jourdain* meint, der Kassationshof habe sich damit für die schlechteste von drei möglichen Interpretationen entschieden. Diese lauten folgendermaßen: Es bestünde die Wahl zwischen der Anwendung des gemeinen Rechts, der Angleichung der Rechte von Erst- und Zweitgeschädigten und dem vollen Ersatz des Gefühlsschadens nach Art. 6. Die vom Kassationshof vertretene Lösung **stieß in der Lehre auf Kritik**, so insbesondere bei den Autoren *Aubert*, *Groutel* und *Chabas*. *Jourdain* meint, die Rechtsprechung erziele über Art. 6 Ergebnisse, die vom Gesetzgeber nicht gewollt waren. Denn mit der vorliegenden Bestimmung sollte nur das gemeine Recht in das Straßenverkehrsrecht übertragen werden, genauer die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehöri-

531 *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 47; *Kidner*, Casebook on Torts <sup>8</sup> 218; *Rogers* in *Magnus/Martin-Casals*, Contributory Negligence 66; *Shaw* in *v. Bar*, Deliktsrecht 108; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 164f.

532 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 175.

533 *Gotthardt*, Frankreich, in *v. Bar*, Deliktsrecht in Europa (1994) 77; Cass crim 15.3.1995, RTD 1995, 642 (642f) (*Jourdain*).

gen“, welche auf der **Einheit des schädigenden Ereignisses** beruht. Das Verschulden des Zweitgeschädigten regle Art. 6 hingegen nicht<sup>534</sup>. Dadurch komme es zu einer ungerechtfertigten Privilegierung und zum absurden Ergebnis, dass sich z. B. der Lenker eines PKWs sein Verschulden auf das Schmerzensgeld für seinen Trauerschaden nicht anrechnen lassen muss, auf seine anderen Ansprüche aus dem Unfall aber schon. Daher sei die Entscheidung der Strafkammer des Kassationshofes vom 15.3.1995 zu begrüßen, mit der die Anrechnung des Verschuldens auf den Schmerzensgeldanspruch eines PKW-Lenkers, der beim Unfall seine Frau verloren hat, ausgesprochen wurde. Damit habe der Kassationshof die Rechtsstellung der Lenker insoweit angeglichen, als ihre Ansprüche als Erst- und Zweitgeschädigte nun gleich behandelt werden. *Jourdain* hofft auf eine Übernahme durch die Zivilkammer des Kassationshofes<sup>535</sup> und will auch die Ansprüche von Nicht-Lenkern angleichen<sup>536</sup>. Zudem führe der besondere Schutz einzelner Personengruppen auch zu einer Ungleichbehandlung der „nahen Angehörigen“. Denn das Gesetz vom 5.7.1985 sieht zugunsten nicht motorisierter Verkehrsteilnehmer (Insassen, Radfahrer und Fußgänger) und ihrer „nahen Angehörigen“ einen **besonderen Schutz** vor: Bei Personenschäden kann ihnen ein Mitverschulden nicht entgegengehalten werden, es sei denn es liegt ein unentschuldbares Fehlverhalten vor, das die ausschließliche Unfallursache war<sup>537</sup>. Die Rechtsprechung ist in dieser Hinsicht aber zurückhaltend und nimmt ein unentschuldbares Fehlverhalten nur in sehr seltenen Fällen an, in denen ein äußerst schweres Fehlverhalten vorliegt. Gegenüber einem privilegierten Personenkreis kann selbst ein unentschuldbares Fehlverhalten nicht eingewendet werden und nur der Nachweis einer Selbstschädigungsabsicht die Haftung ausschließen. Dazu zählen Personen unter 16 Jahren, Personen über 70 Jahren sowie Behinderte, die mindestens zu 80% invalid sind. Bei Sachschäden gibt es keine derartigen Differenzierungen.

*Chabas* weist darauf hin, dass Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 zu **ungerechten und absurden Ergebnissen** führt, weil dadurch die „nahen Angehörigen“ eines nicht motorisierten Verkehrsteilnehmers erheblich privilegiert werden<sup>538</sup>. Nach den Regelungen des genannten Gesetzes kann man **die „nahen Angehörigen“ in mehrere Gruppen einteilen**: Die „nahen Angehörigen“ eines Lenkers, die sich jedes Mitverschulden des erstgeschädigten Lenkers anrechnen lassen müssen; die „nahen Angehörigen“ eines nicht motorisierten Verkehrsteilnehmers müssen sich nur ein unentschuldbares Fehlverhalten des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen, wenn es die ausschließliche Un-

534 So auch *Jourdain*, RTD 1988, 784f; *Karczewski*, Schockschäden 323.

535 So in der Entscheidung vom 2.7.1997 – Cass civ 2<sup>e</sup> Pourvoi n<sup>o</sup>96-10.298, D. 1998, Somm. 203 (*Mazeaud*).

536 Cass crim 15.3.1995, RTD 1995, 642 (644) (*Jourdain*); s. a. *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 1174.

537 *Backu*, DAR 2001, 587; *Gotthardt* in *v. Bar*, Deliktsrecht 55.

538 *Chabas*, Les accidents 99ff.

fallursache bildete; war der nicht motorisierte Verkehrsteilnehmer ein Kind oder eine andere privilegierte Person, kann nur eine Selbstschädigungsabsicht des Erstgeschädigten den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ ausschließen. Nach der Auffassung von *Chabas* beruht das auf Fehlern des Gesetzgebers, ohne dass derartige Ergebnisse gewollt waren. Da die derzeitige Rechtslage keineswegs zufriedenstellend ist, wären tauglichere Bestimmungen für das Straßenverkehrsrecht erforderlich. Ähnlich argumentieren auch *Jourdain* und *Viney*, welche die Rechtsprechung nicht für ihre Lösung verurteilen wollen, sondern das eigentliche Problem in der **Untauglichkeit der vorhandenen Haftungsnormen** sehen<sup>539</sup>. Auch ihrer Meinung nach wäre ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich, um das Haftungsrecht an die besonderen Bedürfnisse anzupassen, die beim Ersatz unfallsbedingter Personenschäden bestehen.

#### *Fälle aus der Rechtsprechung*

Um die Problematik zu verdeutlichen sollen auch **einige Fälle** aus der französischen Rechtsprechung besprochen werden. Insofern werden mehrere Fragen aufgeworfen: Was gilt, wenn ein „naher Angehöriger“ den Verkehrsunfall als PKW-Lenker verschuldet oder ihn sonst ein Verschulden am Unfall trifft? Wie sind die Schmerzensgeldansprüche anderer „naher Angehöriger“ in diesem Fall zu beurteilen? So wurde einem Unfalllenker voller Ersatz für die Trauer über den Tod seiner Frau gewährt, obwohl ihn das Alleinvertschuldene am Unfall traf. Der Kassationshof bestätigte die Vorinstanz, welche das **alleinige Verschulden** des Klägers bei der Schmerzensgeldbemessung unberücksichtigt ließ und dem Kläger, der seine Frau bei dem Verkehrsunfall verlor, vollen Ersatz für seinen Trauerschaden zusprach<sup>540</sup>. Der Kläger hatte den Unfall als PKW-Lenker aus seinem alleinigen Verschulden verursacht. Sein eigenes Verschulden könne ihm aber wegen Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 nicht entgegengehalten werden, weil danach für die „nahen Angehörigen“ dieselben Haftungsgrenzen gelten wie für den Erstgeschädigten. Da man der Ehegattin das Verschulden ihres Mannes nicht entgegenhalten könne, bilde es auch für seinen Schmerzensgeldanspruch als Zweitgeschädigter keine Grenze.

Diese Auslegung des Art. 6 ist in der Lehre auf Kritik gestoßen<sup>541</sup>. Der Kassationshof hat mit der Entscheidung vom 15.3.1995 eine **Rechtsprechungsänderung** eingeleitet

<sup>539</sup> *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 312.

<sup>540</sup> Cass civ 2<sup>e</sup> 11.12.1991, Pourvoi n<sup>o</sup>90-17.608; s. a. Cass civ 2<sup>e</sup> 6.12.1989, RTD 1990, 296 (*Jourdain*) = D. 1991, 295 (*Dumerin*) – ebenfalls voller Ersatz an den alleinschuldigen PKW-Lenker, der durch den Unfall seinen Sohn verlor.

<sup>541</sup> *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 1173f; Cass civ 2<sup>e</sup> 8.3.1989, D.1990, 245 (246) (*Aubert*); *Lequette/Simler/Terré*, Droit civil. Les Obligations <sup>8</sup> (2002) 929.

und den Art. 4 und 6 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 eine Einschränkung entnommen, derzufolge für Erst- und Zweitgeschädigte dieselben Haftungsgrenzen dann nicht gelten, wenn der Zweitgeschädigte selbst ein Verschulden als Lenker zu verantworten hat<sup>542</sup>. In dieser Entscheidung hat der Kassationshof das Berufungsurteil dahingehend bestätigt, als das Schmerzensgeld für den Kläger, der beim Unfall seine Ehegattin verlor, um sein eigenes Verschulden als Lenker gekürzt wurde.

Der Kassationshof bestätigte diesen Richtungswechsel in seiner Entscheidung vom 28. 3. 1997, entwickelte seine Rechtsprechung weiter fort und unterstellte alle Ansprüche, die ein PKW-Lenker aus dem Unfall erleidet, **demselben Haftungsregime**<sup>543</sup>: Die Art. 1 und 4 des Gesetzes vom 5.7.1985 gelten auch für jene Schmerzensgeldansprüche, die ein PKW-Lenker als „naher Angehöriger“ hat; das Verschulden des PKW-Lenkers kann daher eine Herabsetzung oder sogar den Ausschluss seines Schmerzensgeldanspruches rechtfertigen. Der Anspruch auf Angehörigenschmerzensgeld eines mitschuldigen Lenkers ist also nach Art. 1, 4 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 zu beurteilen und fällt nicht wie bisher angenommen in den Anwendungsbereich des Art. 6 des genannten Gesetzes<sup>544</sup>. Im vorliegenden Fall waren mehrere PKW in den Unfall verwickelt. Ein drittes unbekanntes Fahrzeug war dem Kläger vorgefahren und wurde immer langsamer, so dass der Kläger nach links ausscherte. Dadurch kam es zum Zusammenstoß mit dem beklagten PKW Lenker, der den Tod des zwei Jahre alten Sohnes des Klägers zur Folge hatte. Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, dass der schuldhaft handelnde Kläger kein Schmerzensgeld für seinen Trauerschaden begehren kann, weil den beklagten PKW Lenker kein Verschulden am Unfall trifft: Das Fehlverhalten eines Dritten hatte den Kläger zu einer Verkehrsübertretung veranlasst, die zum Unfall geführt hat; sie war zwar nicht die ausschließliche Unfallursache, aber für den beklagten Lenker unvorhersehbar und unvermeidlich, so dass dem beklagten PKW Lenker kein Verschulden vorzuwerfen und die Klage abzuweisen ist. Der Kassationshof hob das Urteil des Berufungsgerichts auf, weil es Art. 1 und 4 des Gesetzes vom 5.7.1985 verletzt hat: Sind mehrere PKW in einen Unfall verwickelt, könne jeder Lenker Ersatz für seinen Schaden begehren, was auch für seinen Schmerzensgeldanspruch als „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten gilt; bei Verschulden eines Lenkers liege es im Ermessen

542 Cass crim 15.3.1995, D.1995, IR 153 = D.1996, Somm. 119 (*Mazeaud*) = Bull.civ., n°103; bestätigend: Cass civ 2° Pourvoi n°96-10.298, D. 1998, Somm. 203 (*Mazeaud*).

543 Cass Ch mixte Pourvoi n°93-11.078, D. 1997, 294 (*Groutel*); *Capitant/Lequette/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 244; bestätigend: Cass civ 2° Pourvoi n°96-10.298, D. 1998, Somm. 203 (*Mazeaud*).

544 Cass cham mixte Pourvoi n°93-11.078, D. 1997, 294 (*Groutel*); *Capitant/Lequette/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 244; in Cass civ 2° Pourvoi n°96-10.298, D. 1998, Somm. 203 (*Mazeaud*) werden Art.1, 4 und 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 genannt.

der Richter, den Ersatz herabzusetzen oder gar auszuschließen. Ein Verschulden des beklagten PKW-Lenkers bilde jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes keine Anspruchsvoraussetzung.

Der Kassationshof hat mit der vorliegenden Entscheidung die Schmerzensgeldansprüche des PKW-Lenkers bei Schädigung eines „nahen Angehörigen“ demselben Haftungsregime unterstellt wie seine anderen Ansprüche aus dem Unfall: Nach Art. 1 und 4 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 müsse grundsätzlich ein Lenker für den Schaden eines anderen Lenkers aufkommen; im Falle eines Verschuldens liege es im Ermessen der Richter, den Ersatz herabzusetzen oder gar entfallen zu lassen. Daher können auch jene PKW-Lenker Anspruch auf Ersatz ihres Trauerschadens haben, die ein Verschulden am Unfall trifft. Es komme dann jedoch eine Reduktion des Schmerzensgeldes in Betracht, die sogar zum Ausschluss des Anspruches führen kann.

Vor dem Judikaturwechsel hat die Rechtsprechung das Verschulden der Lenker nach Art. 6 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 unberücksichtigt gelassen und ihnen als „nahe Angehörige“ vollen Ersatz gewährt. Das ist jedoch in der Lehre auf Kritik gestoßen<sup>545</sup> und der Kassationshof hat in der vorliegenden Entscheidung bestätigend ausgesprochen, dass das Verschulden des Lenkers auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er als Zweitgeschädigter ein Schmerzensgeld begehrt. Das hat auch in der Lehre Zustimmung gefunden<sup>546</sup>. *Groutel* begrüßt die vorliegende Entscheidung, weil dadurch die Ansprüche einer Person demselben Haftungsregime unterstellt werden. Fraglich ist, ob das auch auf andere Fälle ausgedehnt wird, in denen den Zweitgeschädigten als Nicht-Lenker ein Verschulden trifft. Das schlägt z. B. *Jourdain* vor<sup>547</sup>: Nach seiner Auffassung sollte Art. 3 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 zur Anwendung kommen, wenn „nahe Angehörige“ zwar kein Verschulden als „Lenker“ iSd Gesetzes, aber sonst ein Verschulden am Unfall trifft.

Als Beispiel für einen solchen Fall ist die Kassationshofentscheidung vom 8.3.1989 zu nennen<sup>548</sup>: Darin bestätigte der Kassationshof, dass der Vater eines verletzten Kindes nach Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 vollen Ersatz für seinen Gefühlsschaden erhält und sein eigenes Verschulden (die Aufsichtspflichtverletzung) dabei unberücksichtigt bleibt. Der sechs Jahre alte Sohn des Klägers wurde als Radfahrer von der beklagten

545 *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 1173f; Cass civ 2<sup>e</sup> 8.3.1989, D.1990, 245 (246) (*Aubert*); s. a. Cass crim 15.3.1995, D.1995, IR 153 = D.1996, Somm. 119 (*Mazeaud*) = Bull. civ., n°103; Cass civ 2<sup>e</sup> Pourvoi n°96-10.298, D. 1998, Somm. 203 (*Mazeaud*).

546 Cass Ch mixte Pourvoi n°93-11.078, D. 1997, 294 (295) (*Groutel*).

547 Cass crim 15.3.1995, RTD 1995, 642 (643f) (*Jourdain*); *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 1174; a.M. Cass crim 15.3.1995, D.1996, Somm. 119 (119f) (*Mazeaud*).

548 Cass civ 2<sup>e</sup> 8.3.1989, D.1990, 245 (*Aubert*).

PKW-Lenkerin angefahren und verletzt. Der Kläger machte geltend, durch den Unfall seines Sohnes einen Gefühlsschaden erlitten zu haben, der sich auf seine Gesundheit nachteilig auswirkte (Schockschaden). Dafür wurde ihm voller Ersatz zugesprochen, was der Kassationshof bestätigte: Da der Sohn ungeachtet des Verschuldens seiner Eltern Ersatz erhält, müsse das nach Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 auch für seine „nahen Angehörigen“ gelten, die einen Gefühlsschaden geltend machen.

*Aubert* kritisiert die vorliegende Entscheidung. Die Rechtsprechung lege Art. 6 des genannten Gesetzes isoliert und zu großzügig aus, so dass gar nicht untersucht wird, ob die „nahen Angehörigen“ selbst ein Verschulden am Unfall trifft. Dabei lasse sie den allgemein geltenden Grundsatz außer Acht, wonach sich das Verhalten des Geschädigten auch auf seinen Entschädigungsanspruch auswirkt. Dieser wäre auch bei der Auslegung des Art. 6 zu berücksichtigen und der Schmerzensgeldanspruch „naher Angehöriger“ daher entsprechend ihrem Verschulden zu kürzen.

Durchaus interessant ist auch ein Fall, in dem der Kassationshof ausgesprochen hat, dass man das Verschulden des Lenkers den mitfahrenden Personen und ihren „nahen Angehörigen“ nicht entgegenhalten kann<sup>549</sup>. Im vorliegenden Fall kam es zu einem Zusammenstoß, weil das Auto des Beklagten ohne Absicherung der Unfallstelle quer über die Fahrbahn lag. Dem Lenker des nachkommenden PKWs ist aber auch ein Verschulden am Unfall vorzuwerfen, weil er entweder mit Fernlicht fahren oder seine Geschwindigkeit reduzieren hätte müssen. Seine Geschwindigkeit war angesichts der schlechten Sichtverhältnisse und der bloßen Verwendung des Abblendlichts überhöht. Bei dem Zusammenstoß werden der Lenker des PKWs und seine Frau schwer verletzt, die mitfahrenden Eltern des PKW-Lenkers sterben. Der am Unfall nicht beteiligte Sohn der beiden Getöteten und seine Kinder (die Enkelkinder) klagten auf Ersatz ihres Trauerschadens. Die Vorinstanz kürzte ihr Schmerzensgeld um das Mitverschulden des Lenkers. Die dagegen erhobene Revision war erfolgreich. Der Kassationshof hob das Berufungsurteil auf und führte dazu Folgendes aus: Die Vorinstanz habe den Mitverschuldenseinwand des Beklagten zugelassen und damit die Art. 2 und 6 des Gesetzes von 5.7.1985 verletzt. Da die Getöteten ungeachtet des Verschuldens des Lenkers Ersatz erhalten hätten, könne man dieses auch den Klägern nicht entgegenhalten.

Ähnlich lautete auch die Kassationshofentscheidung vom 28.10.1992<sup>550</sup>: Der Vater und die Geschwister des Getöteten können ungeachtet des Verschuldens der Mutter des Getöteten ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden begehren, weil das auch für den Erstgeschädigten gegolten hätte. Der Sohn bzw. Bruder der Kläger starb als Bei-

---

549 Cass crim 28.4.1987, Pourvoi n°86-90.357.

550 Cass civ 2<sup>e</sup> 28.10.1992, Pourvoi n°91-10.766.

fahrer bei einem Verkehrsunfall, den seine Mutter als PKW-Lenkerin schuldhaft herbeiführte. Die Vorinstanz hat die Klagen abgewiesen, weil das Verschulden der Mutter des Getöteten ihren Schmerzensgeldanspruch ausschließen würde. Damit habe das Berufungsgericht Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 verletzt, weil danach für die Schmerzensgeldansprüche der „nahen Angehörigen“ dieselben Haftungsgrenzen gelten wie für den Erstgeschädigten.

Gerade die letzten beiden Fälle weisen einen engen Bezug zu der Frage auf, ob **Schmerzensgeldklagen** auch **zwischen „nahen Angehörigen“** zugelassen werden sollen. Dazu würde es nämlich kommen, wenn der Beklagte den „nahen Angehörigen“ vollen Ersatz für ihren Schock- oder Trauerschaden leisten muss, obwohl das nicht seinem Verursachungsbeitrag entspricht und er sich daher beim mitschuldigen PKW-Lenker regressiert, der ebenfalls ein „naher Angehöriger“ des Erstgeschädigten ist. In Frankreich hat das auch zu einer **schwierigen Regressproblematik** geführt und insbesondere die Frage aufgeworfen, wann der Regress gegen einen „nahen Angehörigen“ auch das Schmerzensgeld anderer „naher Angehöriger“ schmälert<sup>551</sup>. Das hat man etwa im Verhältnis zwischen einem Familienvater und seinen minderjährigen Kindern so gesehen. Die familiäre Solidarität bzw. die Ablehnung einer Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ wurden aber auch in Frankreich<sup>552</sup> immer wieder vorgebracht, um die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ zu begründen. Diese Argumentationsweise hat zudem in allen zu untersuchenden Rechtsordnungen durchaus großes Gewicht<sup>553</sup>.

551 Cass civ 2<sup>e</sup> 13.1.1988 und 17.2.1988, D. 1988, 293 (*Groutel*); Cass civ 2<sup>e</sup> 6.12.1989, RTD 1990, 296 (296ff) (*Jourdain*) = D. 1991, 295 (295ff) (*Durnerin*); Cass civ 2<sup>e</sup> 6.7.1994, RTD 1994, 876 (876f) (*Jourdain*).

552 Cass Ch réun 25.11.1964, D.1964, 733 (734ff) (*Aydalet*); *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241ff (Rz 4f); *Durry*, Opposabilité ou inopposabilité de la faute de la victime à ceux qui agissent contre le tiers responsable de son décès en réparation de leur préjudice par ricochet?, RTD 1980, 112 (113ff); *Fossereau*, RTD 1963, 13f, 23, 28f, 31 und 33f; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 307ff; *Meurisse*, Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent-ils se voir opposer la faute de la victime?, D. 1962, Chr 93 (94); *Savatier*, La veuve et l'orphelin demandant raison à l'homme dont la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père, peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident?, D. 1964, Chr 155 (156f und 159f).

553 DEUTSCHLAND: BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (123f) (*Selb*); ENGLAND: *Cane*, Atiyah's Accidents <sup>6</sup> 47; QBD *Greatorex v Greatorex*, WLR 2000, 1970; *Handford*, Psychiatric Damage where the defendant is the immediate victim, LQR 2001, 397 (402); ÖSTERREICH: OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (371ff) (*Danzl*); OGH 4.11.2004, 2 Ob 233/04k; *Danzl*, ZVR 2005, 84f; *Karner*, ZVR 2001, 288f; SCHWEIZ: BGE 115 II 156 (158) – Kein Schmerzensgeldanspruch des Vaters bei der Tötung eines Kleinkindes durch den Selbstunfall der Mutter, auch die Haftpflichtversicherung kann die eheliche Solidarität einwenden; BGE 58 II 244 (247ff) – Reduktion, weil der Schädiger der getöteten Mutter nahe stand.

Weiters sollen einige Fälle aus der französischen Rechtsprechung angeführt werden, um aufzuzeigen, dass es nach dem französischen Straßenverkehrsrecht einen **erheblichen Unterschied** macht, **ob der Erstgeschädigte als Lenker oder als Fußgänger verunglückt**. Das kann nämlich darüber entscheiden, ob sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen müssen und kann sogar dazu führen, dass ihnen einmal voller Ersatz gebührt, während sie ein anderes Mal überhaupt keine Entschädigung für ihren Trauerschaden erhalten.

Zunächst sind zwei Kassationshofentscheidungen zu nennen, die zeigen, dass nur in den seltensten Fällen ein **unentschuldbares Fehlverhalten** nicht motorisierter Verkehrsteilnehmer vorliegt, das den Schmerzensgeldanspruch ihrer „nahen Angehörigen“ reduzieren würde. So hat der Kassationshof in seiner Entscheidung vom 15.5.1992 das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben, das von einem unentschuldabaren Fehlverhalten des Getöteten ausging und den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ verneinte<sup>554</sup>. Der Erstgeschädigte ging nachts zu Fuß auf einer Bundesstraße, wurde vom beklagten Lenker angefahren und tödlich verletzt. Das Berufungsgericht hatte ein unentschuldbares Fehlverhalten des Getöteten aufgrund folgender Umstände angenommen: Er war nachts stark betrunken und schlecht sichtbar zu Fuß unterwegs, trug dunkle Kleidung und hatte kein Licht bei sich, obwohl es auf der Bundesstraße, wo die Autos mit hoher Geschwindigkeit fahren, keine öffentliche Beleuchtung gab. Damit habe das Berufungsgericht Art. 3 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 verletzt, weshalb die Revision der Kläger berechtigt ist.

Auch in der Entscheidung vom 23. 1. 2003 hob der Kassationshof das Urteil des Berufungsgerichts auf, weil es das Vorliegen eines unentschuldabaren Fehlverhaltens des Erstgeschädigten bejaht und die Klage seiner Schwester abgewiesen hat<sup>555</sup>. Im vorliegenden Fall ist der Bruder der Klägerin betrunken auf der Straße gelegen, wurde von einem PKW überfahren und tödlich verletzt. Ein unentschuldbares Fehlverhalten sei darin aber nicht zu erachten. Dafür wäre ein **außergewöhnlich schweres Verschulden** vorausgesetzt: Das vorsätzliche und unbegründete Aussetzen einer Gefahr, der sich der Erstgeschädigte entweder bewusst war oder bewusst sein hätte müssen. Das Berufungsgericht sei daher zu Unrecht von einem unentschuldabaren Fehlverhalten des Getöteten ausgegangen und habe damit Art. 3 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 verletzt.

Die vorliegende Entscheidung stößt in der Lehre auf Kritik: Die Rechtsprechung des Kassationshofes gleiche einem Lotteriespiel. Bisher wurde ein unentschuldbares Fehl-

---

554 Cass civ 2<sup>e</sup> 15.5.1992, Pourvoi n°91-10.986.

555 *Lafay/Moréteau/Pellerin-Rugliano*, France, in *Koziol/Steininger* (Hrsg), *European Tort Law* 2003 (2004) 174f.

verhalten in Fällen angenommen, in denen Fußgänger über Sicherheitsabsperrungen kletterten und anschließend ihren Weg auf einer Autobahn oder Schnellstraße fortsetzten. Damit sei auch der vorliegende Fall vergleichbar. Der Kassationshof scheint aber darauf abzustellen, dass der Erstgeschädigte eine Absperrung hochklettert oder sonst eine klare und unzweideutige Absicht zeigt, Selbstmord zu begehen (sich selbst zu schädigen). Ansonsten betrachte er das Recht auf Sicherheit als hochheilig.

War der Erstgeschädigte ein nicht motorisierter Verkehrsteilnehmer und gehört er zum **privilegierten Personenkreis** nach dem Gesetz vom 5. 7. 1985, müssen sich seine „nahen Angehörigen“ nicht einmal ein unentschuldbares Fehlverhalten entgegenhalten lassen, das die ausschließliche Unfallursache war. So lief in einem Fall ein acht Jahre alter Bub zwischen stehenden Autos hervor, um die Fahrbahn zu überqueren und zu den Kindern auf der anderen Straßenseite zu gelangen und wurde dabei von einem PKW überfahren und getötet<sup>556</sup>. Das Berufungsgericht hatte die Klage der Eltern auf Ersatz ihres Trauerschadens abgewiesen, weil es dem PKW-Lenker nicht möglich gewesen wäre, das Hervorlaufen des Kindes vorherzusehen und dementsprechend zu handeln. Der Erstgeschädigte hätte ein Verhalten unvorhersehbares und unvermeidlichen Charakters gesetzt, das eine Haftung der Beklagten ausschließe. Der Kassationshof hob das Berufungsurteil unter Zugrundelegung des Gesetzes vom 5. 7. 1985 auf: Danach müssen sich die „nahen Angehörigen“ eines Fußgängers, der unter 16 Jahre alt war, nur seine Selbstschädigungsabsicht entgegenhalten lassen.

Im Vergleich dazu müssen sich die „**nahen Angehörigen**“ eines Lenkers jedes Verschuldens seinerseits entgegenhalten lassen, was auch häufig zum Anspruchsverlust führt. Da man dem Lenker sein Mitverschulden entgegenhalten kann, gilt das nach Art. 6 des Gesetzes vom 5. 7. 1985 auch für seine „nahen Angehörigen“, soweit sie ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden geltend machen. Deshalb können die „nahen Angehörigen“ eines getöteten PKW-Lenkers kein Schmerzensgeld für ihre Trauer begehren, wenn ihm das überwiegende Verschulden am Unfall vorzuwerfen ist<sup>557</sup>.

So kann die Klägerin, welche beide Eltern durch einen Verkehrsunfall verlor, nur für die Trauer über den Tod ihrer Mutter ein Schmerzensgeld begehren, weil ihr Vater den Verkehrsunfall als PKW-Lenker schuldhaft herbeiführte<sup>558</sup>. Der getötete Vater der Klägerin verletzte eine Vorrangregel, wodurch es zur Kollision mit einem anderen PKW kam. Dem Lenker dieses PKWs war aber kein Verschulden am Unfall vorzuwerfen. Insbesondere hatte er die vorgeschriebene Geschwindigkeit eingehalten. Die

---

556 Cass civ 2<sup>e</sup> 7.11.1985, Pourvoi n<sup>o</sup> 84-14.468.

557 Cass civ 2<sup>e</sup> 10.7.1996, Pourvoi n<sup>o</sup> 94-17.194.

558 Cass civ 2<sup>e</sup> 24.6.1992, Pourvoi n<sup>o</sup> 91-11.582.

Vorinstanz wies die Klage auf Ersatz des Trauerschadens ab, soweit die Klägerin für die Trauer über den Tod ihres Vaters ein Schmerzensgeld begehrt hat. Der Kassationshof bestätigte die Klagsabweisung durch die Vorinstanz: Das Mitverschulden des Erstgeschädigten schließe im vorliegenden Fall einen Schmerzensgeldanspruch der Klägerin für die Trauer über seinen Tod aus.

Auch in seiner Entscheidung vom 17. 2. 1993 bestätigte der Kassationshof die Ermessensausübung durch das Berufungsgericht, das die Klage der Tochter des Erstgeschädigten wegen dessen Mitverschulden abgewiesen hat<sup>559</sup>. Der Vater der Klägerin starb bei einem Frontalzusammenstoß: Während den anderen PKW-Lenker kein Verschulden trifft, hat der Vater der Klägerin den Unfall schuldhaft herbeigeführt, weil er auf der linken Fahrbahnseite fuhr. Die Klägerin wurde beim Unfall als Beifahrerin schwer verletzt. Sie erhält zwar vollen Ersatz für ihre erlittene Körperverletzung, ein Schmerzensgeldanspruch für ihren Trauerschaden scheiterte aber am Mitverschulden ihres Vaters.

Zum Mitverschulden des Lenkers äußerte sich der Kassationshof auch in seiner Entscheidung vom 11. 7. 2002<sup>560</sup>: Im vorliegenden Fall kam der Erstgeschädigte bei einem Verkehrsunfall ums Leben, in den mehrere LKW verwickelt waren. Das Berufungsgericht hatte ausgesprochen, dass den Getöteten ein besonders schweres Mitverschulden am Unfall treffe, weil er an einer empfindlichen Verkehrsstelle, wo zwei Autobahnen zusammenkommen, mit stark überhöhter Geschwindigkeit unterwegs war. Die überhöhte Geschwindigkeit war der Auslöser dafür, dass der Erstgeschädigte die Kontrolle über seinen LKW verlor. Der Kassationshof bestätigte das Berufungsurteil, das die Klage der „nahen Angehörigen“ wegen dem Mitverschulden des Erstgeschädigten abgewiesen hat. Es liege im **Ermessen des Berufungsgerichts** auszusprechen, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten ein Schmerzensgeld seiner „nahen Angehörigen“ ausschließt. Dazu müsse das Mitverschulden des Erstgeschädigten auch nicht die ausschließliche Unfallursache gewesen sein.

Kein Wunder, dass sich angesichts der bestehenden Unterschiede die Frage stellt, wer eigentlich ein „**Lenker**“ **iSd des Gesetzes vom 5.7.1985** ist. So haben sich etwa die „nahen Angehörigen“ einer 17-jährigen Mopedlenkerin erfolglos auf Art. 3 des genannten Gesetzes berufen<sup>561</sup>. Die Erstgeschädigte erlitt bei einer Kollision mit einem PKW tödliche Kopfverletzungen. Zum Zeitpunkt des Unfalls hatte sie eine Panne und versuchte ihr Moped auf der Straße zu starten: Sie saß auf dem Moped und tauchte es mit

---

559 Cass civ 2<sup>e</sup> 17.2.1993, Pourvoi n°89-11.859.

560 Cass civ 2<sup>e</sup> 11.7.2002, Pourvoi n°00-22.445 = D. 2003/1, 859 (*Grouzet*).

561 Cass crim 10.1.2001, Pourvoi n° 00-82.422 = D. 2001/1, 982.

den Beinen an. Diesbezüglich stellte sich die Frage, ob sie als „Lenkerin“ iSd Gesetzes zu qualifizieren ist. Das Berufungsgericht bejahte das unabhängig davon, ob der Motor des Mopeds zum Unfallszeitpunkt gelaufen ist. Daher berücksichtigte das Berufungsgericht das Mitverschulden der Lenkerin nach Art. 4 und 6 des Gesetzes vom 5.7.1985 bei der Schmerzensgeldbemessung für ihre „nahen Angehörigen“: Der Erstgeschädigten sei eine Unachtsamkeit vorzuwerfen, weil sie in der Nacht ohne Helm und dunkel gekleidet auf einer unbeleuchteten Straße mit einem defekten Moped ohne Licht unterwegs war. Der Kassationshof bestätigte die Entscheidung des Berufungsgerichts.

Gerade im vorliegenden Fall zeigt sich die erhebliche Bedeutung der Frage, ob die Erstgeschädigte eine „Lenkerin“ iSd des Gesetzes gewesen ist: Es wäre wohl kaum ein unentschuldbares Fehlverhalten ihrerseits vorgelegen, das die ausschließliche Unfallursache bildete, so dass die „nahen Angehörigen“ bei einem anderslautenden Ergebnis vollen Ersatz für ihren Trauerschaden erhalten hätten. Damit soll vorläufig ein Schlussstrich unter das französische Straßenverkehrsrecht gezogen und die weitere rechtsvergleichende Untersuchung vorangetrieben werden.

## 2. Allgemeiner Länderüberblick

### a) England

Soweit es um den Ersatz von Schockschäden geht, erscheint die Rechtslage in England im Vergleich zu den anderen gegenständlichen Rechtsordnungen noch am wenigsten geklärt. Diesbezüglich fehlt nämlich eine ausdrückliche Klarstellung im englischen Recht: Der Law Reform Contributory Negligence Act 1945<sup>562</sup> verankert zwar den Grundsatz, dass sich der Schockgeschädigte sein **eigenes Verschulden** anrechnen lassen muss, ob das gleiche auch für das Mitverschulden des Erstgeschädigten gilt, wurde jedoch lange Zeit weder in der Rechtsprechung noch in der Lehre erörtert<sup>563</sup>. Bisher wurde sec. 1 (1) Law Reform Act 1945 so ausgelegt, dass nur das eigene Verschulden des Geschädigten darunter fällt und nicht das Verschulden eines Dritten<sup>564</sup>. *Charlesworth* spricht sich gegen eine Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf das Schmerzensgeld seiner „nahen Angehörigen“ aus, weil diese keine Sorgfaltpflicht gegenüber dem Schädiger innehaben<sup>565</sup>. Andere meinen, dass die Kürzung des Schmerzensgeldes für den Schockschaden ungerecht sei und besser vom Gesetzgeber

562 Im Folgenden Law Reform Act 1945.

563 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 206; *Karczewski*, Schockschäden 170f.

564 *Weir*, Tort Law 114 und 116f; s. a. Mallet v Dunn, LQR 1949, 438 (R.E.M.); *Dugdale*, Torts<sup>18</sup> Rz 3-50; *Kidner*, Casebook on Torts<sup>8</sup> 195f; *Lunney/Oliphant*, Tort Law<sup>2</sup> 269.

565 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 206.

eine Regelung zu treffen wäre<sup>566</sup>. Auch *Heldermann* weist darauf hin, dass diese Frage von der Rechtsprechung bisher noch nicht zu beurteilen war und bis jetzt ungeklärt blieb. Er hält eine Anrechnung des Mitverschuldens aber durchaus für möglich, weil sich der Schockgeschädigte nach dem Law Reform Act 1945 auch das Mitverschulden seiner Stellvertreter oder Angestellten anrechnen lassen müsse und das genannte Gesetz den Richter dazu ermächtigt, die Haftung für den Schadensfall im Sinne der Gerechtigkeit und Billigkeit aufzuteilen<sup>567</sup>. *Bailey* lehnt eine Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten grundsätzlich ab, weil der Schockgeschädigte über einen selbstständigen Schmerzensgeldanspruch verfüge und es daher nicht einzusehen sei, warum er sich ein fremdes Mitverschulden anrechnen lassen müsse<sup>568</sup>. Das solle jedoch dann nicht gelten, wenn das Mitverschulden des Erstgeschädigten eine besondere Rolle bei der Schadensentstehung gespielt hat (z. B. bei der Entstellung durch das Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes). Auch das Bestehen einer Gesamtschuldnerschaft zwischen dem Erstgeschädigten und dem Schädiger wird in der Lehre diskutiert und z. T. auch befürwortet. Obwohl gegenüber Sekundäröpfern eine selbstständige Sorgfaltspflicht besteht, scheint sich Richter *Oliver* in *Alcock* für eine Anrechnung des Mitverschuldens auszusprechen<sup>569</sup>. Richter *Oliver* befasst sich in *Alcock* mit dem Selbstverschulden des Erstgeschädigten<sup>570</sup>. Seiner Meinung nach hat eine Klage gegen den Erstgeschädigten wegen einer selbst zugefügten Verletzung wenig Erfolg. Die Gerichte könnten die Klage aber nur aus rechtspolitischen Gründen abweisen, weil es keine logische Begründung dafür gäbe<sup>571</sup>. Die Klagsabweisung aus rechtspolitischen Gründen sei dagegen schwierig, wenn der Erstgeschädigte seine Verletzung nicht ausschließlich selbst verschuldet, sondern bloß dazu beigetragen hat. Eine andere Begründung würde aber nicht in Frage kommen, wenn der Schockschaden vorhersehbar und die erforderliche Nähe zum schädigenden Ereignis gegeben war. So etwa wenn eine Mutter die Tötung ihres Kindes mitansieht, das vor ihren Augen in ein Auto hineinläuft. Bedenkt man jedoch den Fall, dass den Erstgeschädigten das überwiegende Verschulden trifft (75%), so wäre es ungerecht, den Schädiger voll für den Schockschaden haften zu lassen, obwohl ihm selbst nur ein untergeordnetes Verschulden vorzuwerfen ist. Da der Erstgeschädigte keine Sorgfaltspflicht gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ innehat, könne sich der Schädiger nämlich nicht beim Erstgeschädigten oder dessen Nach-

---

566 *Heldermann*, Schadenersatz 203.

567 *Heldermann*, Schadenersatz 193f und 202f.

568 *Karczewski*, Schockschäden 171.

569 *Lunney*, MLR 1993, 411.

570 HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (932).

571 In diesem Sinn QBD *Greatorex v Greatorex*, WLR 2000, 1970.

lass regressieren. Richter *Oliver* hält es aber für angebrachter, dem Gesetzgeber solche rechtspolitischen Erwägungen zu überlassen.

Meines Erachtens spricht auch nach dem englischen Recht einiges dafür, das Schmerzensgeld der „nahen Angehörigen“ um das Mitverschulden des Erstgeschädigten zu kürzen. Keine Schadensteilung vorzunehmen, hätte ein nicht zu vertretendes Ergebnis zur Folge, entweder die Klagsabweisung oder den vollen Ersatz, und wäre mit dem in sec. 1 (1) Law Reform Act 1945 dargelegten **Grundsatz der Schadensteilung** nicht in Einklang zu bringen. Darüber hinaus kann ins Treffen geführt werden, dass sich der Gesetzgeber bei Trauerschäden bereits so entschieden hat. Dass der Schmerzensgeldanspruch nach dem FAA 1976 gewissermaßen als abgeleiteter Anspruch gesehen wird, der Schmerzensgeldanspruch für einen Schockschaden dagegen nicht, würde ebenfalls nicht schaden. Vielmehr ist es entscheidend, eine Lösung zu finden, die im Einklang mit dem englischen Recht steht. Dazu ist es auch nicht notwendig, nach dem Gesetzgeber zu rufen. Neben dem Grundsatz der Schadensteilung spricht in England auch die Ablehnung einer Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ für eine Anrechnung des Mitverschuldens. So wurden die in *Alcock* angestellten Erwägungen von Richter *Oliver* mittlerweile bestätigt und das Bestehen einer **Sorgfaltspflicht bei einem Rechtsstreit zwischen engen Familienangehörigen aus rechtspolitischen Gründen verneint**<sup>572</sup>. Im vorliegenden Fall wurde die Begründung einer Sorgfaltspflicht des Sohnes gegenüber seinem Vater abgelehnt. Der Kläger hatte behauptet, durch den Anblick der Verletzungen seines Sohnes, die dieser selbst zu verantworten hatte, einen Schockschaden erlitten zu haben. *Cazalet* begründet die Klagsabweisung insbesondere mit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts und der Vermeidung unerwünschter Rechtsstreitigkeiten zwischen Familienmitgliedern. *Handford* äußert sich kritisch zur vorliegenden Entscheidung und entgegnet dieser, dass solche Rechtsstreitigkeiten bei physischen Schäden zulässig sind, praktisch nur beim Vorhandensein einer Versicherung vorkommen und darüber hinaus die schwere Beeinträchtigung des Klägers im vorliegenden Fall nicht vergessen werden darf<sup>573</sup>.

#### b) Schweiz

In der Schweiz hat die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf die Schmerzensgeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“ dagegen schon lange Tradition.

572 QBD *Greatorex v Greatorex*, WLR 2000, 1970; *Barrie*, Personal Injury Law<sup>2</sup> 354; *Cane*, Atiyah's Accidents<sup>6</sup> 47; *Handford*, LQR 2001, 402; *Pretto*, ERPL 2003, 431f.

573 QBD *Greatorex v Greatorex*, WLR 2000, 1970; *Handford*, LQR 2001, 402.

Dort kann man auf ein altbewährtes, flexibles System zurückgreifen: Nach Art. 47 OR kann der Richter den „nahen Angehörigen“ **unter Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles** ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden zusprechen<sup>574</sup>. Daraus wird in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen müssen<sup>575</sup>.

Seit einer Rechtsprechungsänderung im Jahr 1990 schließt auch das überwiegende Selbstverschulden des Erstgeschädigten einen Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ grundsätzlich nicht aus, solange ein Kausalzusammenhang zwischen der Schädigungshandlung und der Erstschädigung besteht<sup>576</sup>. Hierbei kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an, ob ein reduzierter Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ noch besteht. Die **Provokation** der Schädigungshandlung durch den Erstgeschädigten kann dagegen durchaus zum Anspruchsverlust seiner „nahen Angehörigen“ führen<sup>577</sup>. Auch hiervon kann es im Einzelfall Ausnahmen geben: so wenn der Schädiger vorsätzlich handelt, der Erstgeschädigte aber nur grob fahrlässig; bei einem Missverständnis würde der Schmerzensgeldanspruch in einem solchen Fall aber dennoch ausscheiden. Im Allgemeinen richtet sich die Schmerzensgeldbemessung weniger nach bestimmten Haftungsquoten, sondern vielmehr danach, was nach den Umständen des Einzelfalles angemessen erscheint. Die Umstände aus dem schädigenden Ereignis – das **Verhältnis der Verursachungsbeiträge** des Erstgeschädigten und des Schädigers – machen dabei nur einen Teil der Umstände des Einzelfalles aus, welche in die Schmerzensgeldbemessung einfließen. Daneben haben die Umstände aus der Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten großes Gewicht. Es gibt dazu eine Vielzahl von Entscheidungen in der schweizerischen Rechtsprechung, von denen einige erwähnt werden sollen, um die gegenständliche Problematik und die Bewährtheit des schweizerischen Systems aufzuzeigen.

574 *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> 145 und 151; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Rz 76ff und Rz 131; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/49; *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> 436; *Rey*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 496.

575 Das heißt über Art. 47 OR („unter Würdigung der besonderen Umstände“) gelangt auch Art. 44 Abs 1 OR zur Anwendung, der die Reduktionsgründe (u. a. die Anrechnung des Mitverschuldens) regelt. Die Anrechnung des Mitverschuldens ergibt sich aber nicht erst über die analoge Anwendung des Art. 44 Abs 1 OR – a.M. *Garzeler*, Beitrag 278f; siehe dazu BGE 117 II 50 (60f).

576 *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> 145; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Rz 81; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/49; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> 436; BGE 116 II 733 (734ff) – Zum Schmerzensgeldanspruch der Verletzten; BGE 112 IB 322 (322 und 332f) – Selbstmord des Sohnes; s. a. *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL Rz 23f.

577 *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> 151; BGE 57 II 469 (472) – Provokation einer gefährlichen Fahrt.

*Rechtsprechung*

Das **Einlassen auf eine gefährliche Fahrt** ist eine bedeutende Fallgruppe, wo die Anrechnung des Mitverschuldens immer wieder auftaucht. Diesen Umstand hat das BG auch in seiner Entscheidung vom 25. 1. 1938 berücksichtigt, das Schmerzensgeld für die Mutter und die beiden Brüder des Getöteten aber erhöht, weil das Mitverschulden des Getöteten im vorliegenden Fall nur als leicht einzustufen war<sup>578</sup>: Der 19 Jahre alte Sohn und Bruder der Kläger feiert mit einer Gruppe junger Leute; im Zuge dessen fragen sie den Fahrer eines mit Baumstämmen und Ästen beladenen LKWs, ob er sie mitnehmen kann; auf der Fahrt kommt der LKW aus ungeklärter Ursache von der Fahrbahn ab, wobei der Sohn und Bruder der Kläger stirbt. Sie klagen die Haftpflichtversicherung des Halters auf ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden. Das BG stellte bei der Schmerzensgeldbemessung die folgenden Erwägungen an<sup>579</sup>: Angesichts des schweren Verschuldens, das dem Halter und dem Lenker des LKWs vorzuwerfen ist, weil der LKW nicht für den Personenverkehr zugelassen war und sie auch nicht über die dafür erforderliche Zulassung verfügen, sei das Mitverschulden des Getöteten nur als leicht einzuschätzen. Der Getötete war noch jung und hat sich dem dummen Einfall der Gruppe nicht widersetzt. Der Tod des jungen und fleißigen Mannes habe sowohl seine Mutter als auch seine beiden Brüder schwer getroffen: Die Mutter habe auch schon ihren Mann durch einen Unfall verloren und die beiden Brüder standen ihm sehr nahe (sie waren ungefähr im gleichen Alter – 16 und 22 Jahre alt).

In einem anderen Fall hat die **Provokation einer gefährlichen Fahrt** sogar zur Abweisung der Klagen der Geschwister und der Nichten und Neffen des Getöteten geführt, weil es die Würdigung der besonderen Umstände in derartigen Fällen verbiete, den „nahen Angehörigen“ des Getöteten ein Schmerzensgeld nach Art. 47 OR zuzusprechen<sup>580</sup>. Im vorliegenden Fall hatte der Getötete bei vollem Bewusstsein auf den PKW-Lenker so lange eingeredet, bis er sich auf sein Drängen hin schließlich dazu bereit erklärte, nach Mitternacht und im angetrunkenen Zustand noch eine Fahrt zu unternehmen. Der PKW-Lenker hatte den Getöteten zuvor mehrmals zurückgewiesen. Darüber hinaus sei davon auszugehen, dass das seelische Leid der Geschwister und der Nichten und Neffen des Getöteten geringer ist als das der nahen Verwandten.

Zum Mitverschulden des Beifahrers für die **Teilnahme an einer gefährlichen Fahrt** ist auch noch eine weitere BG-Entscheidung zu nennen, in der außerdem die **Sachver-**

---

578 BGE 64 II 53 (53f).

579 BGE 64 II 53 (59ff).

580 BGE 57 II 469 (472).

**ständigengerolle** des Getöteten zu berücksichtigen war<sup>581</sup>. Der Getötete war einer von drei Insassen, die mit dem Lenker gemeinsam die Heimfahrt von einer geschäftlichen Besprechung antraten. Der Lenker war betrunken und in dieser Nacht herrschte dichter Nebel. Zuvor hatte der Lenker noch Bedenken geäußert und vorgeschlagen, ob nicht einer der Insassen, der noch nüchtern war, den PKW lenken sollte<sup>582</sup>. Dem Getöteten musste die Gefährlichkeit der Fahrt als Polizeidirektor umso mehr bewusst sein. Dennoch hat er sich dazu nicht geäußert. Er hätte das Schweigen brechen müssen, anstatt die Gefährlichkeit der Fahrt stillschweigend in Kauf zu nehmen. Der Beklagte bekämpfte den Zuspruch eines Schmerzensgeldes an die Witwe und den Sohn des Getöteten, weil ein solches wegen dem groben Selbstverschulden des Getöteten nicht in Betracht käme. Dem entgegnete das BG, dass das Mitverschulden des Getöteten zwar nicht leicht sei, jedoch das schwere Verschulden des Beklagten, die schweren Unfallfolgen und das seelische Leid der Kläger das zugesprochene Schmerzensgeld rechtfertigen.

Hat der Beifahrer mit dem Lenker **gemeinsam getrunken** und ihn nicht von der Fahrt abgehalten, ist ihm ebenfalls ein schweres Verschulden zur Last zu legen und das Schmerzensgeld für die Witwe nach Art. 47 OR entsprechend zu kürzen<sup>583</sup>. Das von der Vorinstanz zugesprochene Schmerzensgeld wäre nur bei Fehlen eines Mitverschuldens gerechtfertigt gewesen. Deshalb war die Revision der Beklagten im vorliegenden Fall berechtigt.

In der BG-Entscheidung vom 8.1.1928 geht es um den Schmerzensgeldanspruch der Eltern, die ihren noch jungen Sohn verloren haben<sup>584</sup>: Aus **Unachtsamkeit** stieß der Getötete als Radfahrer mit einem PKW zusammen, nachdem er auf eine Hauptverkehrsstraße aufgefahren war. Die Vorinstanz hatte den Schmerzensgeldanspruch der Eltern verneint, weil sich das Verschulden des PKW-Lenkers und des Getöteten ausgleichen würden. Das BG sprach den Eltern hingegen ein Schmerzensgeld nach Art. 47 OR zu und ging dabei von einer **erhöhten Sorgfaltspflicht des PKW-Lenkers** aus: Auf der linken Spur fahrende PKW-Lenker treffe eine besondere Pflicht zur Vorsicht und Aufmerksamkeit gegenüber dem einfahrenden Verkehr; der Getötete war noch jung und im Straßenverkehr unerfahren; er hätte seine Geschwindigkeit reduzieren und sich über die Möglichkeit einer sicheren Einfahrt sorgfältiger vergewissern müssen; die

---

581 BGE 84 II 292 (292f).

582 BGE 84 II 292 (299f).

583 BGE 91 II 218 (218f und 225); vgl. OLG Celle 14 U 132/04, NZV 2005, 421 – hälftiges Mitverschulden des Beifahrers, weil er sich nicht an die Abmachung gehalten hat, selbst den PKW zu lenken und daher der alkoholisierte Lenker das Steuer übernahm (kein Schockschaden-Fall).

584 BGE 54 II 9 (9 und 16).

Umstände seines Todes waren besonders traurig und grausam und die Kläger haben dadurch ihren geliebten Sohn verloren<sup>585</sup>. Daher sei nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles der Zuschlag eines Schmerzensgeldes gerechtfertigt.

Die Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ermöglicht es auch, gegebenenfalls von einer Reduktion abzusehen, wenn das Mitverschulden des Getöteten nicht schwer wiegt und der Todesfall für die Familie besonders tragisch ist. So hat das BG das Schmerzensgeld für die Witwe in seiner Entscheidung vom 13. 11. 1962 nicht um das Mitverschulden ihres getöteten Mannes gekürzt, weil sein Mitverschulden angesichts des schweren Verschuldens des beklagten PKW-Lenkers nicht ins Gewicht fällt<sup>586</sup>. Der Ehemann der Klägerin stürzte mit seinem Motorrad, weil der beklagte PKW-Lenker seine Autotüre zu weit offen gelassen hat. Ein nachfolgender LKW konnte wegen Glatteis nicht mehr bremsen. Während die Vorinstanz das Mitverschulden des Getöteten bei der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigt, lehnte dies das BG ab und führte dazu aus<sup>587</sup>: Der beklagte PKW-Lenker handelte grob schuldhaft, weil er seine fahrbahnseitige Autotüre zu weit offen ließ, was zum gegenständlichen tödlichen Unfall führte; der etwas zu schnell fahrende Ehemann der Klägerin hatte die offenstehende Autotüre übersehen; angesichts der Schwere des Verschuldens des Beklagten wäre das Mitverschulden des Getöteten so gering, dass **eine Anrechnung nicht gerechtfertigt** sei; zudem war der Todesfall für die Witwe ein besonders schwerer Schlag, weil ihr Mann viel zu früh und auf tragische Weise aus dem Leben gerissen wurde und sie mit einem kleinen Kind hinterlässt.

In einem anderen Fall bestätigte das BG das Urteil der Vorinstanz, wonach die Anrechnung des Mitverschuldens des Getöteten abzulehnen sei, weil die Geschwindigkeitsüberschreitung des Getöteten wegen dem schweren und entscheidenden Verschuldens des Schädigers nicht ins Gewicht falle. Der Beklagte hat den Erstgeschädigten an einer gefährlichen Stelle überholt und von der Straße abgedrängt, so dass sich dessen PKW mehrmals überschlug<sup>588</sup>. Die Vorinstanz habe die Schmerzensgeldansprüche der Ehegattin und der fünf Kinder des Getöteten zu Recht nicht reduziert.

Das BG lehnte es in einem Fall auch ab, einem Schulkind ein Mitverschulden an seiner Tötung zur Last zu legen, das auf dem Schulweg von einem PKW überfahren wurde<sup>589</sup>. Der 10 Jahre alte Bub trat hinter einer stehenden Straßenbahn hervor, um die Straße zu überqueren. Der PKW-Lenker überholte die Kolonne neben der stehenden

---

585 BGE 54 II 9 (17f).

586 BGE 88 II 455 (455f).

587 BGE 88 II 455 (460f).

588 BGE 56 II 116 (117f, 119 und 124ff).

589 BGE 58 II 213 (213f).

Straßenbahn und konnte nicht mehr anhalten. Das BG lehnte es ab, von einem Mitverschulden des Getöteten auszugehen, weil dessen Konzentration unter den gegebenen Umständen beeinträchtigt war: Einerseits war der Bub zu spät dran und eilte in die Schule; andererseits hatte er wahrscheinlich darauf vertraut, dass sich die PKW-Lenker an die Verkehrsvorschriften halten und während dem Halten der Straßenbahn keine anderen PKW überholen<sup>590</sup>. Da die Eltern des Getöteten keinen materiellen Schadenersatz erhalten, berücksichtigt das BG bei der Schmerzensgeldbemessung insbesondere, dass die Eltern durch die Tötung ihres Sohnes einen Beistand im Alter verloren haben.

Daneben sind weitere Fälle zu nennen, wo sich das Mitverschulden des Getöteten reduzierend auswirkte. So wurde in einem Fall bei der Schmerzensgeldbemessung für die Ehegattin und die Kinder des Getöteten berücksichtigt, dass er zu schnell mit dem Motorrad unterwegs war und in der Fahrbahnmitte fuhr, so dass es zum Zusammenstoß mit einem PKW-Lenker kam, der die Linkskurve geschnitten hat<sup>591</sup>. Diesbezüglich bestätigte das BG die Vorinstanz und hielt das Vorbringen des Beklagten für unberechtigt, wonach die Vorinstanz die reduzierenden Umstände nicht zur Genüge berücksichtigt hätte.

In einem anderen Fall kam ein Familienvater bei einem Zusammenstoß zweier PKW ums Leben<sup>592</sup>. Der viel zu schnell fahrende PKW-Lenker erfasste den herausfahrenden PKW des Familienvaters. Das BG kürzte das Schmerzensgeld für die Ehegattin und die Kinder des Getöteten, weil die von der Vorinstanz zugesprochenen Beträge bei Fehlen eines Mitverschuldens des Getöteten gerade noch vertretbar gewesen wären, im vorliegenden Fall jedoch zu hoch seien.

Bereits erwähnt wurde der Fall, in dem sich zwei Fahrzeuge streiften und deshalb von der Fahrbahn abkamen, wobei der 68 Jahre alte Ehemann und Vater der Klägerinnen getötet wurde. Das BG bestätigte die Vorinstanz, welche bei der Schmerzensgeldbemessung für die Witwe und die 16 Jahre alte Tochter neben dem Mitverschulden auch das Alter des Getöteten reduzierend gewürdigt hat<sup>593</sup>.

Abschließend soll noch darauf eingegangen werden, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten auch im Falle seines Überlebens reduzierend in die Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ einfließt. Das hat das BG in seiner Entscheidung vom 12. 3. 1991 zum Schmerzensgeldanspruch der Tochter eines **Schwerin-**

---

590 BGE 58 II 213 (216f und 218).

591 BGE 82 II 536 (536f und 539).

592 BGE 101 II 346 (346f und 355).

593 BGE 95 II 306 (306 und 308).

**validen** ausgesprochen<sup>594</sup>. Die Vorinstanz hat die Klage der Tochter abgewiesen, das BG bejahte hingegen den Schmerzensgeldanspruch des Kleinkindes nach Art. 49 OR und berücksichtigt das Mitverschulden des Vaters bei der Bemessung des Schmerzensgeldes. Hinsichtlich des Schmerzensgeldanspruches der Ehegattin sei die Vorinstanz im vorliegenden Fall bereits völlig zu Recht von einem Mitverschulden des Erstgeschädigten ausgegangen: Den Beklagten sei vorzuwerfen, dass sie den Aufruf zur Vorsicht für ausreichend hielten, um einer Vergiftung vorzubeugen; der Vater der Klägerin habe jedoch den Boiler benutzt, ohne die Fenster im Bad zu öffnen. Die Klägerin brachte gegen die Anrechnung des Mitverschuldens vor, dass es sich dabei um das Verschulden eines Dritten handle und die gegenteilige, aus Art. 47 OR abgeleitete Regel, wonach sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Getöteten anrechnen lassen müssen, beim Überleben des Erstgeschädigten nicht zur Anwendung komme<sup>595</sup>. Diese Auffassung teilte das BG nicht. Es sei zwar richtig, dass die Eltern in den von der Klägerin genannten Fällen im Verhältnis zum Kind als Dritte angesehen wurden, den Entscheidungen lagen aber unmittelbare Schädigungen zugrunde. Im vorliegenden Fall liege dagegen eine mittelbare Schädigung der Klägerin vor, auch wenn sie selbst unmittelbar in ihrer Persönlichkeit verletzt ist. Der Schaden der Klägerin sei mit dem vergleichbar, den sie im Falle der Tötung ihres Vaters erlitten hätte. Im Falle der Tötung werde das Mitverschulden des Erstgeschädigten nach ständiger Rechtsprechung und einhelliger Lehre berücksichtigt und das Schmerzensgeld der „nahen Angehörigen“ entsprechend reduziert. Das sei daher auch auf den vorliegenden Fall **analog anzuwenden**, denn es wäre nur schwer einzusehen, warum die Haftung gegenüber dem Erstgeschädigten weniger weit sein solle, als gegenüber seinen „nahen Angehörigen“.

Das BG wendet also die zur Anrechnung des Mitverschuldens nach Art. 47 OR entwickelten Grundsätze auf die Schmerzensgeldansprüche der „nahen Angehörigen“ nach Art. 49 OR analog an und stützt sich dabei auf die **Vergleichbarkeit des seelischen Leids**. Bei vergleichbaren Fällen sei auch die rechtliche Gleichbehandlung geboten, was sowohl für das Bestehen des Schmerzensgeldanspruches als auch für seine Bemessung gilt. In der vorliegenden Entscheidung wird außerdem deutlich, dass das Verschulden des Erstgeschädigten im Verhältnis zu seinen „nahen Angehörigen“ nicht als das Verschulden eines Dritten angesehen wird, das man ihnen nicht entgegenhalten kann. Dafür spielt die „Angehörigeneigenschaft“ wohl eine besondere Rolle, wenn auch mehr auf die Besonderheit des Reflexschadens Bezug genommen wird. Das BG spricht insofern von einer **mittelbaren Schädigung**, aber gleichzeitig von unmittelbar in ihren

---

594 BGE 117 II 50 (62f).

595 BGE 117 II 50 (60f).

Rechtsgütern verletzten „nahen Angehörigen“. Die Besonderheit ihres Schock- und Trauerschadens als reflexartiger Schaden besteht nämlich darin, dass der Zweitschädigung eine Erstschädigung vorgeschaltet ist und zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten eine enge Nahebeziehung besteht. Wie durch die Formulierung Erst- und Zweitgeschädigter ausgedrückt werden soll, ist ein Schaden auf den anderen zurückzuführen, d. h. mittelbar verursacht. Die mehrgliedrige Kausalkette hat aber nichts damit zu tun, dass keine unmittelbare Rechtsgutverletzung vorliegt. Die Besonderheit des Reflexschadens führt dazu, dass die Umstände aus dem schädigenden Ereignis (dem Zustandekommen des Erstschadens) neben anderen Umständen auch für die Beurteilung des Zweitschadens eine Rolle spielen. Insofern erweist sich Art. 47 OR als äußerst taugliche Regelung, die mit der knappen Formulierung „unter Würdigung der besonderen Umstände“<sup>596</sup> alles sagt, was nötig ist.

Auch für den Schmerzensgeldanspruch eines schockgeschädigten „nahen Angehörigen“ nach Art. 47 OR kann nichts anderes gelten. *Fischer* verweist darauf, dass sich bisher weder das BG noch die Lehre zur Frage geäußert haben, ob sich schockgeschädigte Dritte das Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen müssen<sup>597</sup>. Er meint, der Rechtsvergleich und insbesondere der Blick auf das deutsche Recht würden dafür sprechen und missachtet dabei die ständige Rechtsprechung, wonach Art. 47 OR so ausgelegt wird, dass sich die „nahen Angehörigen“ das Mitverschulden des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen müssen. Seiner Auffassung nach könne die Anrechnung des Mitverschuldens insbesondere nicht mit der engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten begründet werden, weil man darauf lediglich Schutzpflichten, nicht aber eine Verantwortlichkeit des schockgeschädigten Dritten gegenüber dem Schädiger stützen kann. *Fischer* spricht sich daher dafür aus, Dritten vollen Ersatz für ihren **Schockschaden** zu gewähren und dem Schädiger die Möglichkeit einzuräumen, sich beim Erstgeschädigten bzw. dessen Nachlass zu regressieren. Dem kann nicht gefolgt werden, soweit es sich beim schockgeschädigten Dritten um einen „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten handelt. Auch wenn diesbezüglich eine ausdrückliche Klarstellung durch die Rechtsprechung fehlt, lässt nichts daran zweifeln, dass die für Trauerschäden geltenden Grundsätze auch auf Schockschäden „naher Angehöriger“ anzuwenden sind. Dass andere Dritte sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten nicht entgegenhalten lassen müssen, zeigt die **besondere Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ als Haftungsgrenze** auf und erklärt sich schlicht daraus, dass diese dort nicht reduzierend wirkt, wo sie auch nicht anspruchsbegründend geltend

---

596 *Keller*, Haftpflichtbestimmungen <sup>12</sup> 23.

597 *Fischer*, Schockschäden Dritter 53f.

gemacht wird. Im Vergleich zur schweizerischen Rechtsprechung soll nun untersucht werden, ob die deutsche, französische<sup>598</sup> und österreichische Rechtsprechung zum gleichlautenden Ergebnis gelangen und welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten es bezüglich der Begründung gibt.

### c) Deutschland

#### *Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1971*

In der Grundsatzentscheidung vom 11. 5. 1971 entwickelte der BGH die bis heute geltenden Grundsätze für die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“. Der BGH sprach aus, dass man das Mitverschulden des Erstgeschädigten seinen „nahen Angehörigen“ entgegenhalten kann, weil die zwischen ihnen bestehende enge Nahebeziehung nicht nur den Grund, sondern auch die Grenze des Schmerzensgeldanspruches bildet<sup>599</sup>. § 846 BGB sei dafür nicht die richtige rechtliche Grundlage, weil der Schockgeschädigte als unmittelbar Geschädigter anzusehen ist. Eine Anrechnung des Mitverschuldens könne aber auf der Grundlage von **§§ 242, 254 BGB** erfolgen: Das Schmerzensgeld sei nach Billigkeit zu bemessen, dabei spiele der in § 254 BGB verankerte Grundgedanke des § 242 BGB, nach dem der Geschädigte keinen Schadenersatz begehren kann, soweit die Schadensursache in seiner Sphäre liegt, eine erhebliche Rolle. Das habe das Berufungsgericht auch im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, falls eine Gesundheitsverletzung der Klägerin iSd § 823 Abs1 BGB zu bejahen ist. Eine Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers bestehe deshalb nicht, weil der Erstgeschädigte nicht dazu verpflichtet ist, eigene Verletzungen zu vermeiden, um seine „nahen Angehörigen“ vor einem Schockschaden zu bewahren. Das würde das **persönliche Selbstbestimmungsrecht** nämlich in einer mit der Rechtsordnung nicht im Einklang stehenden Weise beschränken.

Die Begründung des BGH überzeugt *Selb* nicht<sup>600</sup>: Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten zur Anrechnung des Mitverschuldens führen soll. Die Billigkeitserwägungen des BGH würden sich darauf beschränken, den Schädiger nicht voll haften zu lassen und das Mitverschulden des Erstgeschädigten aufgrund der intensiven Gefühlsgemeinschaft mit seinen „nahen Angehörigen“ deren Sphäre zu unterstellen und ihrer Verantwortung

598 Insofern wird noch auf das gemeine Recht einzugehen sein.

599 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170) = JZ 1972, 122 (123f) (*Selb*); *Zeytin*, Problematik 59f.

600 BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (125f) (*Selb*).

zuzurechnen. Umfassende Billigkeitserwägungen fehlen dagegen. Die volle Haftung des Schädigers sei entgegen der Auffassung des BGH keineswegs unbillig und eine Verpflichtung des Erstgeschädigten zur Schonung seiner eigenen Gesundheit sei ebenso wenig von der Hand zu weisen. Demzufolge sei die volle Entschädigung der „nahen Angehörigen“ nach derzeitiger Rechtslage zu bejahen. Überwiegend ist die Anrechnung des Mitverschuldens in der deutschen Lehre jedoch auf Zustimmung gestoßen<sup>601</sup>. Einige Vertreter der Lehre kritisieren die vorliegende Entscheidung nur hinsichtlich der Begründung. So auch *Looschelders*, der § 254 BGB nicht für die geeignete rechtliche Grundlage hält, um eine Anrechnung des vom Erstgeschädigten zu vertretenden Mitverschuldens gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ zu begründen<sup>602</sup>. § 254 BGB sei nämlich auf die Anrechnung des eigenen Verschuldens zugeschnitten und nicht auf die Anrechnung des Verschuldens eines Dritten. Auch der bloße Verweis auf § 242 BGB erweitere den Anwendungsbereich des § 254 BGB nicht. Entgegen der Auffassung des BGH will *Looschelders* **§ 846 BGB analog auf Schockschäden Dritter anwenden**, weil diese mittelbare Schäden sind, also auf einen Erstschaden zurückgehen. Das ändere aber nichts daran, dass „nahe Angehörige“ unmittelbar in einem Rechtsgut nach § 823 BGB verletzt sind und über einen selbstständigen Schmerzensgeldanspruch verfügen. Die Anrechnung des Mitverschuldens sei geboten, um dem Wertungswiderspruch vorzubeugen, der darin bestehen würde, dass Schockgeschädigte vollen Ersatz erhalten, während der Erstgeschädigte entweder keinen oder nur einen reduzierten Anspruch hat. Bei Bewusstsein über diese Problematik hätte der Gesetzgeber Schockschäden ausdrücklich in den Anwendungsbereich des § 846 BGB miteinbezogen. Für die Anwendung des § 846 BGB sei es entscheidend, dass der Schockschaden durch einen dem Schädiger zurechenbaren Erstschaden vermittelt wird. Insofern seien Schockschäden durchaus mit den in §§ 844, 845 BGB genannten Fällen vergleichbar, obwohl die eigene Rechtsgutverletzung des Schockgeschädigten einen selbstständigeren Anspruch begründet. Das Reichsgericht habe § 846 BGB daher völlig zu Recht analog auf Schockschäden „naher Angehöriger“ angewendet.

#### *Lehre*

Da die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1971 eine umfangreiche Diskussion in der deutschen Lehre ausgelöst hat, soll darauf kurz eingegangen werden. Von jenen Vertretern der Lehre, die eine Anrechnung des Mitverschuldens grundsätzlich

601 *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999) 539.

602 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit 540ff.

ablehnen, bringen einige vor, dass eine planwidrige Gesetzeslücke für die analoge Anwendung der §§ 242, 254 BGB fehlt, eine „Sippenhaftung“ abzulehnen und vielmehr eine Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers zu befürworten ist<sup>603</sup>. Auch *Heldermann* und *Wagner* befürworten eine Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers nach § 840 Abs1 BGB und weisen die ablehnende Argumentation des BGH entschieden zurück<sup>604</sup>. *Hippel* hat wesentliche Erwägungen, die der Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1971 zugrundeliegen, bereits vorgezeichnet und eine analoge Anwendung des § 254 BGB befürwortet<sup>605</sup>: Das Mitverschulden des Erstgeschädigten falle in die Sphäre seiner „nahen Angehörigen“, wobei der emotionalen Sonderbeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten besondere Bedeutung zukomme. *Deubner* hatte sich schon vor dem Grundsatzurteil des BGH mit der Anrechnung des Mitverschuldens auseinandergesetzt und die Auffassung des Reichsgerichts sowie der herrschenden Rechtsprechung abgelehnt, wonach § 846 BGB auf Schockschäden Dritter anzuwenden und das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ zu berücksichtigen ist<sup>606</sup>. Nach derzeitiger Rechtslage (§ 254 BGB) könne der Schädiger dem Schockgeschädigten nur sein eigenes Verschulden, aber nicht das eines Dritten entgegenhalten. § 846 BGB könne nicht analog auf Schockschäden angewendet werden, weil diese nicht mit den in §§ 844, 845 BGB genannten Fällen vergleichbar seien. Beide haben zwar ihre mittelbare Verursachung durch die Erstschädigung gemeinsam, darauf komme es aber nicht an. Die Mittelbarkeit des Schadens der in §§ 844, 845 BGB genannten Fälle zeichne sich nämlich dadurch aus, dass die Geschädigten selbst nicht in einem absolut geschützten Rechtsgut verletzt sind. Darin bestehe auch der grundlegende Unterschied zu den Schockschäden Dritter, welche **in ihrem absolut geschützten Recht auf körperliche Unversehrtheit verletzt werden und daher als unmittelbar Geschädigte anzusehen sind**. Daher gründe sich die Haftung für Schockschäden nicht, wie es das Reichsgericht angenommen hatte, auf eine Erweiterung der §§ 844, 845 BGB, sondern auf § 823 BGB. Weiters hatte es das Reichsgericht für unbillig gehalten, dass der Schädiger mangels Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten für den gesamten Schaden haften muss, obwohl er ihn nur zum Teil verursacht hat. *Deubner* hält es hingegen für unbillig, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten zulasten eines

603 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 192; *Heldermann*, Schadenersatz 199ff und 210; *Schmidt*, MDR 1971, 540.

604 *Heldermann*, Schadenersatz 206ff; *Wagner* in *Rebmann/Rixecker/Säcker*, Münchener Kommentar V § 823 Rz 79.

605 *Hippel*, NJW 1965, 1893f.

606 *Deubner*, Das mitwirkende Verschulden beim Fernwirkungsschaden, NJW 1957, 1269 (1269f).

unbeteiligten und schuldlosen Dritten geht. Das würde außerdem dem Grundsatz der Gesamtschuldnerschaft nach § 840 BGB widersprechen, wonach sich ein Schädiger gegenüber dem Geschädigten nicht auf das Verschulden des anderen Schädigers berufen könne. Zur Grundsatzentscheidung des BGH äußert sich *Deubner* wie folgt<sup>607</sup>: Zutreffend seien zwar die Ausführungen des BGH, soweit er eine analoge Anwendung des § 846 BGB ablehnt und von der Selbstständigkeit der Schmerzensgeldansprüche der Schockgeschädigten spricht, absolut zurückzuweisen sei es jedoch, dass der BGH über den § 242 BGB dem § 254 BGB entnehmen will, der Schockgeschädigte müsse sich aus Billigkeitserwägungen heraus das Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen. Nach § 254 BGB müsse sich der Schockgeschädigte nur sein eigenes Verschulden anrechnen lassen. § 242 BGB dürfe von der Rechtsprechung nicht für allfällige Gesetzesänderungen herangezogen werden, weil diese nur der Gesetzgeber selbst vornehmen könne. Auch nach der Auffassung von *Deutsch* kommt eine analoge Anwendung des § 846 BGB nicht in Frage. Er meint, eine gewisse Anrechnung erfolge im Falle einer Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten insofern, als die „nahen Angehörigen“ des Getöteten zugleich seine Erben sein können und der Regress des Schädigers den Nachlass verringert. Außerdem hätten „nahe Angehörige“ die Möglichkeit aufgrund ihrer Verbundenheit zum Erstgeschädigten von einer vollen Entschädigung absehen<sup>608</sup>. *Weimar* schließt sich im Wesentlichen der Auffassung von *Deubner* an, wonach der Schädiger und der Erstgeschädigte solidarisch haften und sich der Schockgeschädigte das Mitverschulden des Erstgeschädigten nicht entgegenhalten lassen muss<sup>609</sup>. Auch *Wussov* habe bereits zu Recht darauf hingewiesen, dass die analoge Anwendung des § 846 BGB auf Schockschäden Dritter, wie sie das Reichsgericht vorgenommen hat, verfehlt ist.

Auch die BGH-Entscheidung vom 5.2.1985 hat die deutsche Lehre zur Beschäftigung mit dem Mitverschuldenseinwand gegenüber den „nahen Angehörigen“ veranlasst<sup>610</sup>: Die diesbezüglich angestellten Überlegungen zeigen die besondere Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ auf. *Dunz* will die vom BGH entwickelten Grundsätze über die Anrechnung des Mitverschuldens auch auf den vorliegenden Fall anwenden, in dem der Schockschaden der Mutter zur Schädigung der Leibesfrucht geführt hat<sup>611</sup>. Die besondere Gefühlsbindung zwischen der schockgeschädigten Mutter und dem schwer verletzten Vater würde hierfür die Grundlage bilden. Die enge Nahebeziehung

---

607 *Deubner*, JuS 1971, 625f.

608 *Deutsch*, JuS 1969, 200f.

609 *Weimar*, MDR 1970, 566; *Weimar*, MDR 1964, 988.

610 BGH VI ZR 198/83, BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390 (*Deubner*) = VersR 1985, 499.

611 *Dunz*, MedR 1985, 269.

zwischen den Eltern der Klägerin sei sowohl der Grund als auch die Grenze ihres Schmerzensgeldanspruches. Deshalb würde sich das Mitverschulden des Vaters auch reduzierend auf den Schmerzensgeldanspruch seiner Tochter auswirken. *Deubner* vertritt hingegen die Auffassung, dass die Gefühlsbindung zum Vater für die pränatale Schädigung seiner Tochter keine Rolle spielt und daher von der Anrechnung seines Mitverschuldens abzusehen ist<sup>612</sup>. Das OLG habe die vom BGH entwickelten Grundsätze missachtet und den Schmerzensgeldanspruch der Tochter zu Unrecht um ein Fünftel gekürzt. Bedauerlicherweise bekämpfe das die Klägerin jedoch nicht, weil sie sich der Revision der Beklagten nicht angeschlossen hat.

#### *Zusammenfassung und rechtsvergleichende Bemerkungen*

In der Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1971 versucht der BGH einen Ausweg aus dem Dilemma zu finden, dass in Deutschland eine ausdrückliche Regelung für die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ fehlt. Dabei stößt er auf das Problem, dass die vorhandenen gesetzlichen Regelungen entweder nur auf die Anrechnung des eigenen Verschuldens ausgelegt sind oder die darin geregelten Tatbestände mangels absoluter Rechtsgutverletzung nicht vergleichbar erscheinen. Gerade der Umstand, dass §846 BGB für bestimmte, mittelbar verursachte Schäden grundsätzlich die Möglichkeit vorsieht, auch das Verschulden eines Dritten zu berücksichtigen, und ausdrücklich die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf den Schadenersatzanspruch der Zweitgeschädigten verankert, spricht jedoch eindeutig für die vom BGH gefundene Lösung. Die Gesamtschuldnerschaft des Schädigers und des Erstgeschädigten bzw. die Nichtanrechnung des Mitverschuldens würde bedeuten, dass sich der Erstgeschädigte gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ verantworten muss und eigentlich zu Schmerzensgeldprozessen unter „nahen Angehörigen“ führen. Gerade das lehnt der BGH jedoch völlig zu Recht ab: die intensive Gefühlsgemeinschaft spricht insofern nicht nur für das Bestehen des Schmerzensgeldanspruches, sondern auch für die Begrenzung desselben. Zutreffend spricht der BGH aus, dass die „Angehörigeneigenschaft“ die Grundlage für die Anrechnung des Mitverschuldens bildet. Es geht dem BGH also darum, dass gemeinsames Leid auch geteiltes Leid ist. Andernfalls müsste man den Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ für seine eigene Tötung oder Verletzung haften lassen – er müsste für ihre Schmerzensgeldansprüche selber aufkommen und im Falle seiner Tötung auch u. U. einzelne „nahe Angehö-

---

612 BGH VI ZR 198/83, NJW 1985, 1390 (1392) (*Deubner*).

rige“ für die Ansprüche anderer „naher Angehöriger“, die keine Erben sind. Die Vertreter der Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers wollen offenbar nicht wahrhaben, dass der Schädiger nur im Rahmen seines Verursachungsbeitrages haftet, sondern den „nahen Angehörigen“ weitergehenden Ersatz zusprechen, als er ihnen zusteht. Allfällige Regressprozesse führen aber nicht nur zu unerwünschten Ergebnissen, sondern tragen auch zu einer komplexen und komplizierten Rechtslage bei. Der Schädiger muss sich auf Umwegen zurückholen, was ihm zusteht und belastet dadurch meistens auch die „nahen Angehörigen“ (nicht nur als Erben, sondern auch im Falle des Überlebens, wenn sie in einem Versorgungsverhältnis zum Erstgeschädigten stehen). So viel zur Verteidigung der vom BGH getroffenen Erwägungen. Vorbildlich versucht er, die mit dem Gesetz im Einklang stehende Lösung herbeizuführen und flüchtet dabei nicht vor dem Grundsatz der Schadensteilung, der selbst im Falle der Gesamtschuldnerschaft nicht umgangen werden kann. Der BGH stützt seine Begründung daher im Wesentlichen auf **drei Säulen**: Die Ablehnung einer Sorgfaltpflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ und damit einer Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers, den Grundsatz der Schadensteilung und die „Angehörigeneigenschaft“. In der Lehre kann man eine gewisse Ablehnung dagegen erkennen, den Zweitgeschädigten das Verschulden des Erstgeschädigten aufgrund ihrer „Angehörigeneigenschaft“ zur Last zu legen. Blickt man genauer hin, meint der BGH damit eigentlich etwas anderes: Die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten führt zwar dazu, dass sich die „nahen Angehörigen“ das Leid des Erstgeschädigten besonders zu Herzen nehmen, sollte aber auch einen derartigen Prozess zwischen ihnen ausschließen. Das Mittel, damit es dazu weder auf direktem noch indirektem Wege kommt, ist die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf die Schmerzensgeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“. Kann denn Liebe Sünde sein oder wer den Schaden hat, hat auch den Spott? Derartige Gedanken sollen in diesem Zusammenhang nicht aufkommen. Deshalb kann es nur heißen: Gemeinsames Leid ist auch geteiltes Leid! Die Begründung, die das BG im Vergleich zum BGH annimmt, scheint dagegen auf weniger Widerstand zu stoßen. Im schweizerischen Recht ergibt sich die Anrechnung des Mitverschuldens nämlich schlicht daraus, dass bei der Schmerzensgeldbemessung alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Durch die besondere Natur des Reflexschadens (das seelische Leid der „nahen Angehörigen“ beruht auf dem Schaden des Erstgeschädigten) fließen auch alle Umstände rund um das Zustandekommen des Erstschadens, also auch das Mitverschulden des Erstgeschädigten, in die Beurteilung des Schmerzensgeldanspruches der „nahen Angehörigen“ mit ein. Den drei Säulen des BGH stehen somit im Wesentlichen **zwei Säulen des BG** gegenüber: Die Würdigung der besonderen Umstände

sowie die besondere Natur des Schadens. Obwohl auch der Grundsatzentscheidung des BGH zu entnehmen ist, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten nur als einer von vielen Faktoren in die Schmerzensgeldbemessung einfließt und das in Anbetracht des Mitverschuldens angemessene Schmerzensgeld zu ermitteln ist<sup>613</sup>, scheint der Ermittlung konkreter Haftungsquoten in der deutschen Rechtsprechung mehr Bedeutung zuzukommen als in der Schweiz. Während die schweizerische Rechtsprechung den materiellen Schadenersatz auch meist nach einer bestimmten Quote reduziert, fließen in die Bemessung des Angehörigenschmerzensgeldes eine Vielzahl von Umständen ein, so dass Haftungsquoten dort eher in den Hintergrund treten.

#### *Fälle aus der Rechtsprechung*

Wie in der Schweiz kann auch in Deutschland die **besondere Tragik** des Einzelfalles dazu führen, dass von einer Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten Abstand genommen wird<sup>614</sup>. Das hat das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 27. 3. 1981 ausgesprochen. Im vorliegenden Fall hatte der PKW-Lenker den heranahenden Zug bei einem schrankenlosen Bahnübergang übersehen, wodurch es zur folgenschweren Kollision mit dem Zug kam: Der Lenker und einer seiner mitfahrenden Söhne wurden dabei getötet, sein anderer Sohn überlebte den Unfall schwer verletzt. Die Frau bzw. Mutter der Erstgeschädigten begehrte ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden. Sie machte geltend, dass das Bahnunternehmen seine Verkehrssicherungspflicht verletzt habe. Das Erstgericht wies die Klage ab. Dagegen berufte die Klägerin erfolgreich. Das OLG Hamburg bejahte den Schmerzensgeldanspruch der Klägerin, ohne das Mitverschulden ihres getöteten Ehemannes anzurechnen. Von der Anrechnung des Mitverschuldens des Getöteten sei im vorliegenden Fall Abstand zu nehmen, weil ein besonders tragisches Ereignis vorliege. Die Klägerin habe ihren Ehemann und einen ihrer Söhne verloren, ihr anderer Sohn wurde schwer verletzt. Das war für die Klägerin auch insbesondere deshalb ein besonders schwerer Schlag, weil sie bereits ihren Bruder an derselben Unfallstelle verloren hat. Sie war monatelang arbeitsunfähig. Den Ehemann der Klägerin treffe am Unfall ein Mitverschulden, weil er am Bahnübergang nicht angehalten hat, um sich Einsicht zu verschaffen. Dennoch habe eine Anrechnung nach §§ 242, 254 BGB im vorliegenden Fall zu unterbleiben. Das Bahnunternehmen habe seine Verkehrssicherungspflicht insbesondere dadurch verletzt, dass die Einsicht zum Unfallszeitpunkt nicht gewährleistet und der Bahnüber-

---

613 *Slizyŕ*, Beck'sche Schmerzensgeld –Tabelle 4 19.

614 OLG Hamburg 9 U 234/78, VersR 1982, 557.

gang daher nicht ausreichend gesichert war. Obwohl die Gemeinde für die Beseitigung der Böschung zuständig ist, hätte das Bahnunternehmen tätig werden müssen.

Der vorliegende Fall interessiert auch, weil der beim Unfall verletzte Sohn der Klägerin ebenfalls ein Schmerzensgeld begehrt und das OLG Hamburg ausführt, dass er sich das Mitverschulden seines Vaters als Beifahrer ohnehin nicht anrechnen lassen muss<sup>615</sup>. Obwohl das im vorliegenden Fall zu keiner unterschiedlichen Behandlung der beiden Kläger führt, stellt sich die Frage, ob eine solche Differenzierung gerechtfertigt ist. Die am Unfall unbeteiligte Mutter und Ehegattin müsste sich das Mitverschulden grundsätzlich anrechnen lassen, wenn sie Ersatz für ihren Schockschaden begehrt, der am Unfall beteiligte Sohn und Bruder jedoch nicht. Soweit der Verlust des Vaters und des Bruders erhöhend berücksichtigt wurde, könnte man damit argumentieren, dass das eigene Unfallerlebnis eines „nahen Angehörigen“ grundsätzlich dafür spricht, ihm ein höheres Schmerzensgeld zu gewähren. Während sich ansonsten keine Differenzierung zwischen Schockschäden am Unfall beteiligter und unbeteiligter „naher Angehöriger“ rechtfertigt, wäre eine solche im Verhältnis zwischen Schmerzensgeldklagen für physische und psychische Schäden sehr wohl angebracht. Darauf wird aber noch näher eingegangen.

In einem anderen Fall gelingt dem Kläger der Nachweis einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB zwar nicht, der Fall ist aber durchaus von Interesse, weil das Mitverschulden der getöteten Ehegattin des Klägers zu einer Kürzung seiner Schadenersatzansprüche nach §§ 844, 845 BGB führte<sup>616</sup>. Die vorliegende Entscheidung ging auf folgenden Sachverhalt zurück: Ein LKW-Lenker versuchte bei Dunkelheit auf einer Landesstraße zu wenden, blieb jedoch hängen und versperrte daher die Fahrbahn; die Ehegattin des Klägers fuhr ungebremst auf den LKW auf und starb noch an der Unfallstelle. Der Kläger beehrte neben materiellen Schadenersatz ein Schmerzensgeld für seinen Schockschaden. Das Erstgericht bejahte den Schmerzensgeldanspruch des Klägers und lehnte die Anrechnung eines Mitverschuldens der Getöteten ab, weil ihr leichtes Verschulden durch das grobe Verschulden des LKW-Lenkers nicht ins Gewicht falle. Das Berufungsgericht kam hingegen zu einem anderen Ergebnis: Der Kläger habe keinen Anspruch auf Schmerzensgeld für seinen Schockschaden und im Übrigen sei das Mitverschulden der Getöteten im Ausmaß von einem Viertel zu berücksichtigen. Der Kläger habe das Vorliegen eines ersatzfähigen Gesundheitsschadens nach Auffassung

---

615 Dabei ist nicht klar ersichtlich, ob der Kläger nur ein Schmerzensgeld für seinen physischen Schaden begehrt und ob etwa erhöhend berücksichtigt wurde, dass er bei dem Unfall seinen Vater und seinen Bruder verlor. Jedenfalls fehlen Ausführungen dazu, dass er einen Schockschaden geltend macht.

616 OLG Hamburg 6 U 198/02, VersR 2004, 1618 (1618f).

des Berufungsgerichtes nicht zur Genüge dargelegt: Das vorgelegte Gutachten erwähne nämlich nur in einem Satz, dass der Kläger seit dem Tod seiner Frau an Depressionen leidet, der Kläger habe darüber hinaus jedoch weder Vorbringen über die Art und das Ausmaß seiner psychischen Beeinträchtigungen gemacht noch über das Erfordernis einer ärztliche Behandlung. Die Vorbringen des Klägers reichen daher nicht, um einen Schmerzensgeldanspruch zu begründen und das Vorliegen einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB nachzuweisen. Entgegen der Auffassung des Erstgerichts sei das Mitverschulden der Getöteten nach § 846 BGB zu berücksichtigen. Sie habe nämlich das **Sichtfahrgebot** verletzt, weil ein PKW-Lenker auch bei Dunkelheit nur so schnell fahren dürfe, dass er rechtzeitig vor einem auf der Fahrbahn befindlichen Hindernis anhalten kann. Die getötete Ehegattin des Klägers fuhr mit zu hoher Geschwindigkeit und konnte daher nicht auf den hängen gebliebenen LKW reagieren. Das Fehlverhalten des beklagten LKW-Lenkers war jedoch die auslösende und überwiegende Ursache für die Kollision, weshalb die Beklagten  $\frac{3}{4}$  des Schadens zu tragen haben.

Weiters ist ein Fall zu nennen, in dem es um das **Mitverschulden eines 10-Jährigen** geht, der die Fahrbahn verkehrswidrig überquerte und dadurch zu Tode kam<sup>617</sup>. Der schockgeschädigte Vater musste sich das Mitverschulden seines Sohnes nach §§242, 254 BGB anrechnen lassen. Der Sohn des Klägers wurde von einem im Stau stehenden, anfahrenden LKW überrollt, als er die Fahrbahn überquerte. Der Kläger kam zur Unfallstelle und sprach noch mit seinem Sohn, bevor er kurz darauf im Krankenhaus starb. Der Kläger erhielt vorprozessual ein Schmerzensgeld, begehrte aber ein weitergehendes Schmerzensgeld und machte geltend, durch den Tod seines Sohnes schwere Depressionen erlitten zu haben. Das KG gelangte zur Auffassung, dass das Erstgericht das Bestehen eines weitergehenden Schmerzensgeldanspruches zu Recht verneint habe. Die Beklagten haben die Haftung im Ausmaß von 50% bereits anerkannt und ein höheres Schmerzensgeld erscheine im vorliegenden Fall nicht angemessen. Das KG berücksichtigte dabei insbesondere folgende Umstände: Beim Kläger lag eine Schadensanlage vor, weshalb nur eine Verschimmerung bereits vorhandener Beschwerden eingetreten ist; der Kläger lebte nicht mit seinem Sohn zusammen, hat ihn jedoch noch vor seinem Tod gesehen und mit ihm gesprochen; dem getöteten Sohn des Klägers sei jedenfalls ein hälftiges Mitverschulden zur Last zu legen. Den LKW-Lenker treffe bloß ein leichtes Verschulden, weil er den Sohn des Klägers im toten Winkel nicht sehen konnte und auch nicht damit rechnen musste, dass sich eine Person unmittelbar vor seinem LKW befindet, die er nicht sehen kann. Auch musste er nicht mit dem verkehrswidrigen Verhalten von Kindern rechnen. Der Sohn des Klägers habe die Fahrbahn leichtsinnig und

---

617 KG 12 U 5774/96, NZV 1999, 329 (329f).

verkehrswidrig überquert<sup>618</sup>: Fußgänger müssen die Fahrbahn zügig auf dem kürzesten Weg quer zur Fahrtrichtung überschreiten und wenn es die Verkehrslage erfordert, nur an Kreuzungen, Einmündungen, Lichtzeichenanlagen oder Fußgängerüberwegen; außerhalb von Fußgängerüberwegen haben nämlich Fahrzeuge Vorrang. Der Sohn des Klägers sei unmittelbar vor einen LKW getreten, mit dessen Anfahen jederzeit zu rechnen war. Angesichts seines Alters war er in der Lage, die Gefährlichkeit seines Handelns einzusehen und sich entsprechend zu verhalten.

Der Hinweis auf das Alter des Getöteten lädt dazu ein, kurz auf den besonderen Schutz von Kindern im Straßenverkehr einzugehen. Denn bei der Schuldrechtsreform 2002 hat der deutsche Gesetzgeber eine Neuregelung für die Deliktsfähigkeit von Kindern getroffen<sup>619</sup>. Danach sind Kinder bei Unfällen mit dem motorisierten Straßenverkehr bzw. einer Schienen- oder Schwebebahn bis zur Vollendung des 10. Lebensjahres verschuldensunfähig, soweit es um Fahrlässigkeitsdelikte geht. Damit hat der Gesetzgeber psychologischen Erkenntnissen Rechnung getragen, wonach Kinder erst ab Vollendung des 10. Lebensjahres in der Lage sind, die Gefahren des Straßenverkehrs zu erkennen und dieser Einsicht gemäß zu handeln. Die bisherige Altersgrenze von 7 Jahren wird für Unfälle mit dem motorisierten Straßenverkehr als zu niedrig erachtet, bleibt aber bei Vorsatz des Kindes bestehen. Die Aufsichtspflicht der Eltern wurde bei der jüngsten Reform in Deutschland aber nicht angehoben<sup>620</sup>: Die Eltern müssen sich freibeweisen, wenn ihre Kinder einen Schaden verursachen; bei Kindern, die bereits zur Schule gehen, sind die Anforderungen an die Aufsichtspflicht deutlich niedriger als bei kleineren Kindern. Daher ist nicht damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung die Eltern zu mehr Aufsicht verpflichtet als vor der Reform.

Das LG Freiburg berücksichtigte in einem Fall das Mitverschulden eines 12-Jährigen im Ausmaß von einem Drittel, wo ein umfallender Grabstein zum Tod des Minderjährigen geführt hat<sup>621</sup>. Die Kläger haben ihren einzigen Sohn auf tragische Weise verloren – er wurde während dem Zeichenunterricht auf einem Friedhof von einem Grabstein erschlagen. Beide Eltern litten an schweren Depressionen, waren fast zwei Monate in stationärer Behandlung und mehr als 1½ Jahre in ambulanter Behandlung.

Das LG Bielefeld berücksichtigte bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für die Ehegattin des Getöteten die Art und Intensität ihres durch die Todesnachricht ausgelösten Gesundheitsschadens, das Verschulden des Beklagten (soweit es sich auf den

---

618 KG 12 U 5774/96, NZV 1999, 329 (331).

619 Buller/Hefß, zfs 2003, 218f; s. a. Fedtke in Koziol/Steininger, ETL 2002 Rz 4.

620 Buller/Hefß, zfs 2003, 219.

621 Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeld – Tabelle 4 59 und 668 (Rz 2044).

Gesundheitsschaden der Klägerin bezieht) sowie das Mitverschulden ihres Ehemannes am Verkehrsunfall nach §§ 254, 242 BGB<sup>622</sup>.

Diese Erwägungen weisen durchaus eine starke Ähnlichkeit zu jenen auf, die man in der schweizerischen Rechtsprechung vorfindet. Während das Verschulden des Schädigers in Deutschland lange Zeit die Voraussetzung für einen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ war, ist in der Schweiz seit langem anerkannt, dass auch ohne ein solches ein Schmerzensgeld nach Art. 47 OR gewährt werden kann. Dort fließt es bloß in die Schmerzensgeldbemessung ein<sup>623</sup>. Bis zur Schuldrechtsreform 2002 konnten die „nahen Angehörigen“ in Deutschland nämlich kein Schmerzensgeld für Schockschäden auf der Grundlage der Gefährdungshaftung erhalten. So scheiterte der Schmerzensgeldanspruch etwa in einem Fall, in dem die Ehegattin und Mutter der Kläger bei einem Verkehrsunfall getötet wurde und den Unfall durch eine Vorrangverletzung verursacht hat. Während die Beklagten im Ausmaß von einem Fünftel für die materiellen Schäden der Kläger haften, erhalten die Kläger aufgrund der bloßen Gefährdungshaftung der Beklagten kein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden<sup>624</sup>. Die deutsche Rechtsprechung hat es ähnlich wie die englische in ständiger Rechtsprechung abgelehnt, die Gefährdungshaftung im Wege der Analogie zu erweitern<sup>625</sup>. Dagegen hat die französische Rechtsprechung mit Art. 1384 CC eine umfassende Grundlage für die Gefährdungshaftung geschaffen und als Generalklausel verschuldensunabhängiger Haftung interpretiert. Auch die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts sehen die Möglichkeit vor, die Gefährdungshaftung im Wege der Analogie zu begründen (Art. 5:102 Abs2 PETL)<sup>626</sup>. Außerdem kann das Verschulden des Schädigers nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen, wenn es das Leid der „nahen Angehörigen“ vertieft (Art. 10:301 Abs2 PETL)<sup>627</sup>. Daran sei aber nur bei Vorsatz oder bewusster Rücksichtslosigkeit des Schädigers zu denken. Anders als in der Schweiz kommt das daher nicht in Betracht, wenn das Verschulden des Schädigers unter dieser Schwelle bleibt. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass das Verschulden des Schädigers nach Art. 10:301 Abs2 PETL

---

622 LG Bielefeld 1 S 90/86, r + s 1987, 283 (284).

623 *Pauker*, Die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bemessung des „Schmerzensgeldes“, *VersR* 2004, 1391 (1394f) – danach rechtfertigen ein leichtes Verschulden oder die bloße Gefährdungshaftung des Schädigers dieselben Beträge, weil nur schwerwiegende Umstände Einfluss auf die Schmerzensgeldhöhe haben sollen.

624 BGH 16.1.2001, VI ZR 381/99.

625 *Wagner*, *JZ* 2004, 319f.

626 *European Group on Tort Law in European Group on Tort Law*, PETL 6.

627 *Rogers in European Group of Tort Law*, PETL 176.

nur dann in die Schmerzgeldbemessung einfließt, wenn es „bedeutend“ zum Leid des Geschädigten beiträgt.

Wie die schweizerische berücksichtigt auch die deutsche Rechtsprechung, ob sich der Erstgeschädigte **auf eine gefährliche Fahrt eingelassen** hat, weil er an der Fahrtüchtigkeit des Lenkers zweifeln musste<sup>628</sup>. Das muss vom Beklagten nachgewiesen werden und erlaubt die Kürzung des Schmerzgeldanspruches um ein Drittel. Ebenso kommt die Anrechnung des Mitverschuldens in Betracht, wenn eine gesetzliche Verpflichtung zum Tragen eines Schutzhelmes bestand und die Verletzung des Erstgeschädigten dadurch vermeidbar gewesen wäre (Kürzung um ein Fünftel oder mehr). Das gleiche gilt bei Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes, wobei dem Beklagten bei bestimmten Verletzungen der Anscheinsbeweis zugutekommt, dass der Erstgeschädigte seine Verletzung durch das Anlegen eines Sicherheitsgurtes vermeiden hätte können. Gerade bei der Verletzung der Helm- oder Gurtpflicht neigen die Gerichte zur Entwicklung fixer Reduktionssätze<sup>629</sup>.

#### d) Österreich

In Hinblick auf Schockschäden hat der OGH bereits ausgesprochen, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ zu berücksichtigen ist<sup>630</sup>. Für Trauerschäden fehlt bisher eine entsprechende Klarstellung durch die österreichische Rechtsprechung. In der Entscheidung 2 Ob 84/01v hatte der OGH diese Frage nämlich nicht zu beurteilen<sup>631</sup>. *Steininger* begrüßt diesbezüglich die Auffassung *Karners*, wonach man das Mitverschulden des Erstgeschädigten auch seinen „nahen Angehörigen“ entgegenhalten kann, weil die zwischen ihnen bestehende enge Nahebeziehung den Grund und die Grenze des Schmerzgeldanspruches bildet.

Der **Entwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht** sieht die Anrechnung des Mitverschuldens sogar ausdrücklich vor: Nach § 1313 Abs1 ist der Schaden nach den Zurechnungsgründen beider Seiten zu teilen, wenn der Geschädigte den Schaden mitverursacht oder dessen Minderung unterlassen hat; das gilt zulasten der „nahen Angehörigen“ auch dann, wenn der Erstgeschädigte nicht überlebt<sup>632</sup>.

628 *Küppersbusch*, Personenschaden<sup>8</sup> 165ff; s. a. *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL Rz 17.

629 *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL Rz 20.

630 OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (371ff) (*Danzl*); *Danzl*, ZVR 2005, 84f; OGH 4.11.2004, 2 Ob 233/04k.

631 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2001 80; OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373f) (*Danzl*); ebenfalls zustimmend *Lauer* in 15. ÖJT II/2 75.

632 *Griss*, JBl 2005, 281.

*Rechtsprechung*

Zur Anrechnung des Mitverschuldens bei Schockschäden sind im Wesentlichen **zwei OGH-Entscheidungen** zu nennen, die im Folgenden besprochen werden sollen. Wie zum schweizerischen und deutschen Recht bereits ausgeführt wurde, kann die **Einlassung auf eine gefährliche Fahrt** ein Mitverschulden des Erstgeschädigten begründen und sich auf den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ reduzierend auswirken. Darum geht es auch in der OGH-Entscheidung vom 23.9.2004<sup>633</sup>: Der Ehemann der Klägerin kam als Beifahrer bei einem Verkehrsunfall ums Leben; im vorliegenden Fall hatte der OGH grundsätzlich die Frage zu klären, ob sich die schockgeschädigte Klägerin das Mitverschulden ihres Ehemannes entgegenhalten lassen muss und ob dem getöteten Ehemann der Klägerin ein Mitverschulden vorzuwerfen ist, weil er mit einem stark alkoholisierten Lenker mitgefahren ist. Die Klägerin machte geltend, durch den Tod ihres Mannes monatelang depressiv und behandlungsbedürftig gewesen zu sein. Die Beklagten wendeten ein, dass sich die Klägerin das Mitverschulden ihres Mannes anrechnen lassen müsse, das mindestens mit einem Drittel festzusetzen ist. Dem Ehemann der Klägerin sei vorzuwerfen, dass er mit einem stark alkoholisierten Lenker mitgefahren ist und dessen Alkoholisierung hätte erkennen müssen. Das Erstgericht ist davon ausgegangen, dass dem getöteten Ehemann der Klägerin ein Mitverschulden in der Höhe von einem Drittel anzulasten sei und hat das Schmerzensgeld der Klägerin entsprechend gekürzt. Auch der Umstand, dass der Getötete aufgrund seiner eigenen Alkoholisierung die Fahruntauglichkeit des Lenkers nicht erkennen konnte, ändere nichts an dessen Mitverschulden. Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts. Die Klägerin machte in der Revision geltend, dass erhebliche Feststellungen über das Mitverschulden ihres Mannes fehlen und man ihr das Mitverschulden ihres Ehemannes nicht entgegenhalten könne, weil sie selbst kein Verschulden an seiner Tötung treffe. Die Revision der Klägerin war teilweise berechtigt. Zum Mitverschulden des Getöteten äußerte sich der OGH wie folgt: Die Feststellungen des Erstgerichts beschränken sich darauf, dass sowohl der Getötete als auch der Lenker stark alkoholisiert waren; daher wird das Erstgericht im fortgesetzten Verfahren feststellen müssen, ob der Getötete die Fahruntauglichkeit des Lenkers aufgrund seiner eigenen Alkoholisierung nicht erkennen konnte und falls das so gewesen sein sollte, ob er während seines Alkoholkonsums schon mit dieser rechnen musste. Um den Mitverschuldenseinwand der Beklagten abzuwehren, genüge also der Nachweis allein noch nicht, dass der Beifahrer die Fahruntauglichkeit des Lenkers aufgrund seiner eigenen

---

633 OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (371ff) (*Danzl*); *Danzl*, ZVR 2005, 84f; *Kath*, Schmerzensgeld 126.

Alkoholisierung nicht erkennen konnte. Vielmehr müsse auch nachgewiesen werden, dass er während seinem Alkoholkonsum nicht damit rechnen musste, von einem fahruntauglichen Lenker mitgenommen zu werden. Grundsätzlich sei das Erstgericht jedoch völlig zu Recht davon ausgegangen, dass man das Mitverschulden des Getöteten auch seiner Ehegattin entgegenhalten kann. Die Selbstständigkeit ihres Schmerzensgeldanspruches spreche zwar dagegen, dafür könne aber ins Treffen geführt werden, dass **der Tod des Erstgeschädigten umso mehr das selbst zu tragende, allgemeine Lebensrisiko seiner „nahen Angehörigen“ verwirklicht, je mehr er ihn durch sein eigenes Verschulden herbeiführt**. Was den Schädiger belastet, müsse ihn auch entlasten können. Deshalb könne die „Angehörigeneigenschaft“ des Schockgeschädigten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht unberücksichtigt bleiben, solange sie eine Anspruchsvoraussetzung bildet. Das entspreche auch der Rechtslage in Deutschland, Frankreich und der Schweiz, wo das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ berücksichtigt wird.

In der Entscheidung vom 4. 11. 2004 bestätigte der OGH, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ zu berücksichtigen ist<sup>634</sup>. Im vorliegenden Fall starben die Mutter und die Schwester der Klägerin bei einem Verkehrsunfall: Die Mutter der Klägerin hatte den Vorrang verletzt und stieß mit einem geringfügig zu schnell fahrenden LKW zusammen. Die Klägerin machte geltend, durch den Tod ihrer Mutter und Schwester eine Körperverletzung iSd § 1325 ABGB erlitten zu haben und begehrte ein Schmerzensgeld für ihren Schockschaden. Die Beklagten wendeten ein, dass die Mutter der Klägerin den Unfall allein verschuldet habe. Das Erstgericht bejahte den Schmerzensgeldanspruch der Klägerin, berücksichtigte das Mitverschulden ihrer Mutter aber nicht, weil ihr ein selbstständiger Schmerzensgeldanspruch zukomme. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten war erfolgreich: Das Berufungsgericht berücksichtigte das Mitverschulden bei der Bemessung des Schmerzensgeldes und ging angesichts der krassen Vorrangverletzung der Getöteten im Gegensatz zur überwiegend gewöhnlichen Betriebsgefahr des LKW davon aus, dass das Schmerzensgeld der Klägerin um  $\frac{3}{4}$  zu kürzen sei. Die Revision an den OGH sei zulässig, weil er bisher nicht darüber ausgesprochen habe, ob trotz der bloßen Gefährdungshaftung der Beklagten ein reduzierter Schmerzensgeldanspruch der Schockgeschädigten bestehen kann. Im Gegensatz zum Berufungsgericht verneinte der OGH das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs1 ZPO, weil er in der Entscheidung vom 23.9.2004 bereits klargestellt habe, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten in einem Fall wie dem vorliegenden zu einer Kürzung der Schmer-

---

634 OGH 4.11.2004, 2 Ob 233/04k; *Danzl*, ZVR 2005, 85.

zengeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“ führe und die „**Angehörigeneigenschaft**“ **den Grund und die Grenze des Schmerzensgeldanspruches bilde**. Die Betriebsgefahr des LKW mit einer Haftung im Ausmaß von einem Viertel zu veranschlagen, begründe auch **keine krasse Fehlbeurteilung**, die vom OGH aufgegriffen werden müsste: Wegen dem Nieselregen und der nassen Fahrbahn war die Geschwindigkeit des LKWs überhöht, auch eine verzögerte Reaktion des LKW-Lenkers könne nicht ausgeschlossen werden.

#### *Lehre*

Der OGH schließt sich damit den Erwägungen an, die bisher schon von einigen Vertretern der österreichischen Lehre in Anlehnung an die Auffassung *Karner*s angestellt wurden. *Karner* hat sich nämlich schon anlässlich der OGH-Entscheidung 2 Ob 84/01v mit der Frage des Mitverschuldenseinwands auseinandergesetzt<sup>635</sup>. Der vorliegende Fall gab dazu Anlass, weil die Untergerichte von einem Mitverschulden des getöteten Mädchens ausgegangen sind und den Schmerzensgeldanspruch der Eltern entsprechend gekürzt haben. Das Mitverschulden der Getöteten kam letztendlich jedoch nicht zum Tragen, weil die Eltern nach der Ansicht des OGH keinen Anspruch auf Ersatz ihres Trauerschadens hatten. *Karner* befürwortet die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands gegenüber den „nahen Angehörigen“ und begründet seine Auffassung wie folgt: Weder § 7 Abs2 EKHG noch die Rechtsprechung zu § 1327 ABGB könnten auf Schock- und Trauerschäden übertragen werden, weil es dabei um mittelbare Schäden gehe. Dennoch solle ein Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ nicht unberücksichtigt bleiben. Dafür würden neben dem Rechtsvergleich auch bedeutende Wertungen sprechen. Auch nach deutschem, französischem und schweizerischem Recht werde das Mitverschulden des Erstgeschädigten auf die Schmerzensgeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“ angerechnet. Besonders in Deutschland wurde diskutiert, ob das auf die „Angehörigeneigenschaft“ des Schockgeschädigten gestützt werden könne. Dort befürworteten die meisten Kritiker eine Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten. Eine solche lehnt *Karner* jedoch ab, weil sie zu unerwünschten Ergebnissen führe und am Fehlen einer Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ scheitere. Die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten könne auch mit der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ in Einklang gebracht werden. Denn je mehr der Erstscha den auf dem Verschulden des Erst-

---

635 *Karner*, ZVR 2001, 288f; *Kath*, Schmerzensgeld 125.

geschädigten beruhe, desto weniger könnten die „nahen Angehörigen“ ihren Schock- bzw. Trauerschaden dem Schädiger zurechnen und es verwirklicht sich insoweit ein von ihnen zu vertretendes allgemeines Lebensrisiko. Da die „Angehörigeneigenschaft“ die Grundlage für den Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ bilde, müsse sie auch bei der Schmerzensgeldbemessung berücksichtigt werden. Der juristische Gerechtigkeitssinn erfordere, dass ein Umstand den Schädiger nicht nur belasten, sondern auch entlasten könne. Demzufolge müssen sich die „nahen Angehörigen“ ein Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen, andere Schockgeschädigte ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten jedoch nicht. *Danzl* hält diesen Lösungsvorschlag für schlüssig und sieht darin eine logische Fortsetzung der bisherigen OGH-Rechtsprechung zum Ersatz von Schock- und Trauerschäden<sup>636</sup>. In diesem Sinne weisen auch *Karner* und *Koziol* in ihren Ausführungen zum 15. ÖJT darauf hin, dass begründete Zweifel an der von der Lehre nahezu einhellig vertretenen Auffassung bestehen, derzufolge die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ einer Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten entgegenstehe<sup>637</sup>. *Steininger* stimmt der vorliegenden Entscheidung zu, nach der eine Anrechnung des Mitverschuldens vorzunehmen ist, soweit die „Angehörigeneigenschaft“ anspruchsbegründend geltend gemacht wird. Das erkläre, warum zwischen „nahen Angehörigen“ und anderen Schockgeschädigten eine Differenzierung gerechtfertigt ist<sup>638</sup>.

### Zusammenfassung

Die für Schockschäden dargelegten Grundsätze lassen sich ohne weiteres auf Trauerschäden übertragen, wofür folgende Erwägungen eine Rolle spielen. Die enge Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bildet auch bei Trauerschäden die Grundlage für den Schmerzensgeldanspruch. Während bei Schockschäden ein Schmerzensgeldanspruch auch ohne eine enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten in Betracht kommt, ist der Ersatz von Trauerschäden den „nahen Angehörigen“ vorbehalten. Das Fehlen einer Gesundheitsverletzung, deren Art und Intensität für die Schmerzensgeldhöhe den Ausschlag gibt, spricht bei Trauerschäden umso mehr für die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten, weil der engen Nahebeziehung dort vordergründige Bedeutung für die Schmerzensgeldbemessung zukommt. Auch wenn der OGH bisher bei Trauerschäden noch nicht ausdrücklich klargestellt

636 *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld <sup>8</sup> 73.

637 *Karner/Koziol*, Reform II/1 85.

638 *Steininger* in *Koziol/Steininger*, ETL 2004 Rz 54; ebenso *Lauer* in 15. ÖJT II/2 75.

hat, dass eine Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten vorzunehmen ist, stellt das kein besonderes Problem im österreichischen Recht dar und es besteht **kein Zweifel an der grundsätzlichen Anrechenbarkeit des Mitverschuldens**. Wie bei Schockschäden sind die Umstände des Einzelfalles auch bei Trauerschäden für die Schmerzensgeldhöhe entscheidend. Neben Umständen aus dem schädigenden Ereignis können daher auch Umstände aus der Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten sowie sonstige Umstände in die Schmerzensgeldbemessung einfließen<sup>639</sup>. Deshalb kann wie in Deutschland und der Schweiz in besonders tragischen Fällen auch von einer Anrechnung des Mitverschuldens abgesehen werden. Denn es ist danach zu fragen, in welcher Höhe ein Schmerzensgeld angesichts der Umstände des Einzelfalles gerechtfertigt erscheint. Wie der BGH begründet auch der OGH die Anrechnung des Mitverschuldens mit der „**Angehörigeneigenschaft**“: Sie bildet den Grund und die Grenze für den Schmerzensgeldanspruch<sup>640</sup>. Um Missverständnissen vorzubeugen, wie man sie in der deutschen Lehre vonseiten der Kritiker feststellen kann<sup>641</sup>, muss hinzugefügt werden, dass weder der BGH noch der OGH eine „Sippenhaftung“ begründen wollen. Es geht nicht darum, dass man sich das Verschulden eines Dritten anrechnen lassen muss, weil man im engeren Familienkreis für das Fehlverhalten des anderen verantwortlich ist. Vielmehr gilt es, Schmerzensgeldprozesse zwischen „nahen Angehörigen“ zu vermeiden, soweit ihre intensive Gefühlsgemeinschaft anspruchsbegründend geltend gemacht wird. Bei Schock- und Trauerschäden scheidet daher ein Schmerzensgeldanspruch zwischen „nahen Angehörigen“ aus: Das gilt nicht nur für den direkten, sondern auch für den indirekten Weg. Daher hilft auch eine Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten nicht weiter, weil sich der Schädiger beim Erstgeschädigten bzw. dessen Nachlass regressieren würde und das eine Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ bedeuten würde. Wer durch den Schaden des Erstgeschädigten leidet, weil er ihm sehr nahe steht, soll ihn auch nicht für seinen Schaden verantwortlich machen. Es wäre unververtretbar, die Behauptung aufzustellen, dass man durch das nachteilige Schicksal eines „nahen Angehörigen“ leidet, um diesen dann selbst zu klagen und dafür haften zu lassen. Genauso wie es falsch wäre, Gefühlschäden der „nahen Angehörigen“ zu ignorieren, wäre es auch falsch, ihnen zulasten des Erstgeschädigten oder anderer „naher Angehöriger“ vollen Ersatz zuzusprechen. Der Tod oder die Verletzung des Erstgeschädigten trifft seine „nahen Angehörigen“

639 Siehe dazu *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/38.

640 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170) = JZ 1972, 122 (123f) (*Selb*); OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (371ff) (*Danzl*); OGH 4.11.2004, 2 Ob 233/04k; *Zeytin*, Problematik 59f.

641 BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (125f) (*Selb*); *Eustachio*, Tötung von Familienangehörigen 192; *Heldermann*, Schadenersatz 199ff und 210; *Schmidt*, MDR 1971, 540.

zweifelsohne immer schwer. Für einen Schmerzensgeldanspruch und eine Haftung des Schädigers ist aber danach zu fragen, wieweit ihm der Schaden zugerechnet werden kann. Mangels starker Zurechnungsgründe (Verschulden oder besondere Gefahr) muss jeder Geschädigte seinen Schaden selber tragen. Deshalb kann der Erstgeschädigte für den Fall, dass es keinen haftenden Schädiger gibt, nur selbst durch Privat- und Sozialversicherungen Vorsorge für sich und seine „nahen Angehörigen“ treffen. So schwer der Tod oder die Verletzung eines Menschen auch wiegt, man kann den Schädiger nur soweit zur Haftung verpflichten, als er zum Schaden beigetragen hat. Andernfalls muss der Schaden selbst getragen werden. Die Grundsätze unseres Haftungsrechts dürfen auch bei Schock- und Trauerschäden nicht außer Acht gelassen werden. Da die „Angehörigeneigenschaft“ als Begründung für den Mitverschuldenseinwand häufig auf Missverständnisse stößt und **zu Unrecht als „Sippenhaftung“ gesehen** wird<sup>642</sup>, erscheint die Begründung der schweizerischen Rechtsprechung als besonders gelungen. Die Formulierung „unter Würdigung der besonderen Umstände“ sagt eigentlich alles, was erforderlich ist<sup>643</sup>. Da die „nahen Angehörigen“ geltend machen, durch das schädigende Ereignis zu leiden, müssen die Umstände aus dem schädigenden Ereignis auch in die Schmerzensgeldbemessung einfließen. Dennoch scheint auch in Deutschland und Österreich eine Klarstellung und ausführlichere Darlegung der maßgeblichen Billigkeitserwägungen zur Genügen, um Missverständnisse auszuräumen. So hat auch *Selb* zur Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 1971 angemerkt, dass weitergehende Billigkeitsüberlegungen im Urteil fehlen und der BGH nur recht knapp ausführt, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten aufgrund der intensiven Gefühlsgemeinschaft in die Sphäre seiner „nahen Angehörigen“ fällt, weil diesbezüglich eine Sorgfaltspflicht zwischen „nahen Angehörigen“ abzulehnen ist<sup>644</sup>. Auch die Sorgfaltspflicht gegenüber anderen Dritten durchläuft eine Gradwanderung, erscheint aber angesichts der ernstzunehmenden Gefährdung des Dritten durch das meist grob sorgfaltswidrige Verhalten des Erstgeschädigten gerechtfertigt<sup>645</sup>. Gerade im französischen Recht trifft man auf eine ausführliche Diskussion der Lehre über die Anrechnung des Mitverschuldens. Darauf ist insbesondere soweit zu verweisen, als es um das **Bestehen einer Solidarhaftung** des Schädigers und des Erstgeschädigten geht. Die Erwägungen

642 Dazu ist auch auf die nachfolgenden Ausführungen in der französischen Lehre zu verweisen.

643 *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23; im Vergleich dazu spricht § 1325 ABGB von einem den „erhobenen Umständen angemessenen Schmerzensgeld“ – *Dittrich/Tades*, ABGB Taschenkommentar Manz<sup>21</sup> 503; *Wildhaber*, Genugtuung 68.

644 BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (125f) (*Selb*).

645 BGH VI ZR 103/84, NJW 1986, 777 = VersR 1986, 448 (*Dunz*) = VersR 1986, 240; OGH 2 Ob 120/02i, EFSlg 104.750, 104.758 = JBl 2004, 176 = RdW 2003/550 = ZVR 2004/25.

der französischen Rechtsprechung und Lehre erweisen sich auch für die anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen hilfreich, um die Problematik zu verstehen und eine geeignete Begründung für den Mitverschuldenseinwand gegenüber den „nahen Angehörigen“ herauszuarbeiten.

#### e) Frankreich

Im Ergebnis stimmt das französische Recht mit dem deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht überein: **Der Schädiger (der Beklagte) kann sich durch den Nachweis entlasten, dass den Erstgeschädigten ein Mitverschulden am Unfall trifft**; das gilt nicht nur gegenüber dem Erstgeschädigten, sondern auch gegenüber seinen „nahen Angehörigen“, wenn sie ein Schmerzensgeld für ihren Gefühls- oder Schockschaden infolge des Erstschadens begehren<sup>646</sup>. Wie begründet das die französische Rechtsprechung und welche Unterschiede ergeben sich im Vergleich zum deutschen, österreichischen oder schweizerischen Recht?

#### Lehre

Über die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands gegenüber den „nahen Angehörigen“ bestand zunächst **Uneinigkeit in der französischen Rechtsprechung**<sup>647</sup>. Deshalb soll auch auf die Diskussion der französischen Lehre vor den bis heute richtungsweisenden Judikaten eingegangen werden. Vor diesem Hintergrund kann dann eine Auseinandersetzung mit der richtungsweisenden Judikatur stattfinden.

Die Nichtanrechnung des Mitverschuldens auf der Grundlage der Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers stieß zunehmend auf Ablehnung in der französischen Lehre<sup>648</sup>. Dagegen wurde insbesondere Folgendes vorgebracht: Es komme zu einer **Besserstellung der Reflexgeschädigten** gegenüber dem Erstgeschädigten; die Natur des Reflexschadens sowie die **Einheit des schädigenden Ereignisses** sprechen für eine Anrechnung des Mitverschuldens; durch den Regress des Schädigers gegen den Erstgeschädigten (im Falle seines Todes gegen seinen Nachlass oder seine Erben) komme es zu unakzeptablen Ergebnissen, die mit der familiären Solidarität nicht zu vereinbaren sind; die Solidarhaftung werde zu streng (absolut) verstanden.

646 Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 614 (*Larroumet*) = D.1982, 85 (*Chabas*); *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 239ff; *Henry/Jacob/Tisserand/Venandet/Wiederkehr*, Code Civil <sup>104</sup> Art. 1383 CC Rz 115.

647 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 240.

648 *Fossereau*, RTD 1963, 13f.

**Mehrheitlich** wurde die Anrechnung des Mitverschuldens mit der **Natur des Reflexschadens** (die Einheit des schädigenden Ereignisses nennt *Fossereau* eine Ausformung davon) sowie der **familiären Solidarität** begründet. Auf die einzelnen Argumente soll nun kurz eingegangen werden. Die Natur des Reflexschadens spreche für eine Anrechnung des Mitverschuldens, weil der Reflexschaden aus dem Erstschaden folge und insofern beide Schäden miteinander verbunden seien. Dass es sich dabei um zwei verschiedene Schäden handle, die sich hinsichtlich des Gegenstandes und der Anspruchsberechtigten unterscheiden, ändere auch nichts daran<sup>649</sup>. Deshalb hafte der Schädiger gegenüber dem Reflexgeschädigten nur soweit, als er auch dem Erstgeschädigten haftet. Diesbezüglich sei eine gemischte Natur des Reflexschadens festzustellen, die sich gleichzeitig durch eine gewisse Selbstständigkeit und durch die Abhängigkeit vom Erstschaden auszeichne<sup>650</sup>. *Flour* führt dazu aus, der Reflexschaden sei von der Beurteilung des schädigenden Ereignisses abhängig und was den Schädiger belaste, müsse ihn auch entlasten. *Flour* vertritt die Auffassung, dass die **Einheit des schädigenden Ereignisses** auch eine einheitliche Behandlung gebietet<sup>651</sup>. *Fossereau* kritisiert diese Auffassung mit dem Vorbringen, dass nicht alle Folgen aus einem Geschehen gleich beurteilt werden können. Die Theorie von der Natur des Reflexschadens stehe im Widerspruch zu dem Grundsatz, wonach jeder nur für sein eigenes Verschulden haftet. Außerdem ließe sich die in der Rechtsprechung und Lehre nahezu einhellig vertretene Auffassung, dass es sich beim eigenen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ im Gegensatz zu ihren geerbten Ansprüchen um einen selbstständigen Anspruch handelt, nicht mit der Anrechnung des Mitverschuldens vereinbaren. Beide Schäden wären nur soweit miteinander verbunden, als das Bestehen des Reflexschadens vom Vorliegen des Erstschadens abhängt, ihr Gegenstand und ihre Anspruchsvoraussetzungen wären jedoch völlig verschieden<sup>652</sup>. Insbesondere *Esmein*, *Savatier* und *Dabin* begründen die Anrechnung des Mitverschuldens mit der **familiären Solidarität**. Nach dieser Auffassung handle es sich beim Verschulden des Erstgeschädigten nicht um das Verschulden eines Dritten, weil der Zweitgeschädigte seinen Anspruch auf seine Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten stütze und das familiäre Band zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten daher den Grund und die Grenze des Anspruchs bilde. *Fossereau* kritisiert diese Auffassung<sup>653</sup>. Nach seinem Verständnis könne man den Erst- und Zweitgeschädigten nicht als eine Person ansehen. Die Anrechnung des Ver-

---

649 *Fossereau*, RTD 1963, 17f.

650 *Fossereau*, RTD 1963, 19f.

651 Siehe auch CA de Dijon 7.11.1940, D.1942, 142 (145) (*Flour*).

652 *Fossereau*, RTD 1963, 23.

653 *Fossereau*, RTD 1963, 25.

schuldens eines Dritten würde aber dem **Grundsatz** zuwiderlaufen, dass **jeder nur für sein eigenes Verschulden haftet**. Das französische Recht sehe **keine wechselseitige Vertretung und Schuldtragung im Kreise der Familie** vor. Problematisch sei insbesondere die Abgrenzung, wie weit die familiäre Solidarität reicht. Deshalb wäre die familiäre Solidarität bloß ein unscharfes und fließendes Kriterium. Diese habe bloß auf das Erb- und Eherecht Einfluss, könne die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten aber nicht rechtfertigen. Weder die Natur des Reflexschadens noch die familiäre Solidarität überzeugen *Fossereau*, um zur Anrechnung des Mitverschuldens zu gelangen<sup>654</sup>. Dem stehe nicht nur die **Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruchs** des Reflexgeschädigten entgegen, sondern auch die Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers. *Fossereau* kritisiert aber das bisherige Verständnis der Gesamtschuldnerschaft, wonach jeder, der zur Entstehung des Schadens beiträgt, auch den ganzen Schaden verursacht hat. Dem entgegnet auch *Dabin* völlig zu Recht, dass es nicht einzusehen ist, warum jeder Gesamtschuldner den ganzen Schaden verursacht hat, obwohl der Schaden ohne den Beitrag des anderen ausgeblieben wäre und er daher eigentlich für den Verursachungsbeitrag des anderen aufkommen müsse<sup>655</sup>. Versteht man die Gesamtschuldnerschaft als bloße Garantie für den Geschädigten, könne man sie auch für den Fall ausschließen, dass nur einer der Schädiger ihm gegenüber eine Sorgfaltspflicht innehat. Gerade das würde aber eintreffen, wenn die „nahen Angehörigen“ ein Schmerzensgeld aufgrund ihrer Gefühlsbindung zum Erstgeschädigten geltend machen. Denn eine **Sorgfaltspflicht** des Erstgeschädigten **gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ sei entschieden zurückzuweisen**<sup>656</sup>. Dies hätte nämlich eine **unverhältnismäßige Beschneidung der Handlungsfreiheit** zur Folge. So wäre etwa danach zu fragen, ob der Erstgeschädigte schuldhaft handelt, wenn er einen Extremsport betreibt. Außerdem **würde der Regress des Schädigers zu ungerechten und unerwünschten Ergebnissen führen**: Beim Tod des Erstgeschädigten müssten seine Erben für die Schmerzensgeldansprüche aufkommen, d. h. aber wiederum, dass ein „naher Angehöriger“ u. U. für die Schmerzensgeldansprüche anderer „naher Angehöriger“ zur Kasse gebeten wird, was nicht nur der familiären Solidarität, sondern auch den moralischen Grundsätzen zuwiderläuft<sup>657</sup>. *Fossereau* will daher eine Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers ausschließen und das Mitverschulden des Erstgeschädigten auf die Schmerzensgeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“ anrechnen. *Fossereau*

---

654 *Fossereau*, RTD 1963, 14 und 16.

655 *Fossereau*, RTD 1963, 39.

656 *Fossereau*, RTD 1963, 31 und 33f.

657 *Fossereau*, RTD 1963, 28f.

zeigt sich auch generell für die Schadensteilung offen, solange die Verursachungsbeiträge der Schädiger genau bestimmbar sind<sup>658</sup>.

*Meurisse* spricht sich ebenfalls für eine Anrechnung des Mitverschuldens aus und nennt dafür folgende Gründe: **Die ansonsten eintretende Besserstellung der „nahen Angehörigen“; die Unangebrachtheit der Solidarhaftung**, weil der Erstgeschädigte nicht gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ haftet; die **Einheit des schädigenden Ereignisses sowie die familiäre Solidarität**<sup>659</sup>. Es wäre abzulehnen, über Umwege zum gleichen Ergebnis zu gelangen, also zuerst vollen Ersatz zu gewähren und dann den Regress gegen den Nachlass zuzulassen. Daher können auch die „nahen Angehörigen“ den Schädiger nur für seinen Schadensbeitrag belangen.

*Rodière* befürwortet die Anrechnung des Mitverschuldens und stützt sich in Anlehnung an *Flour* auf die **Einheit des schädigenden Ereignisses**, weil der Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ insofern eine gewisse Abhängigkeit vom Erstschaden aufweist<sup>660</sup>. Außerdem werde damit auch nicht in die Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten eingegriffen. Die familiäre Solidarität, wie sie *Savatier* oder *Dabin* vertreten, genüge dagegen nicht, um eine Anrechnung des Mitverschuldens zu begründen. Denn es fehle die rechtliche Grundlage dafür, Familienmitglieder als eine Person anzusehen<sup>661</sup>.

Besonders *Savatier* legt dem Kassationshof die **familiäre Solidarität** zur Begründung des Mitverschuldenseinwands nahe und verweist darauf, dass sich die Vertreter der Lehre und die Berufungsgerichte mehrheitlich darauf stützen<sup>662</sup>. Beim Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ handle es sich zwar um einen selbstständigen Anspruch, das Mitverschulden des Erstgeschädigten sei aber anzurechnen, weil man die persönliche Nähe zum Erstgeschädigten nicht zur Begründung des Anspruches einwenden und dann bei der Bemessung desselben außer Acht lassen könne<sup>663</sup>. Das familiäre Band zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten bilde den Grund und die Grenze des Schmerzensgeldanspruches. Die Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten sowie das damit verbundene Regressrecht des Schädigers führen nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen. Auch anlässlich einer Kassationshofent-

658 *Fossereau*, RTD 1963, 41.

659 *Meurisse*, D. 1962, Chr 94.

660 *Rodière*, La faute de la victime a-t-elle une incidence sur le droit à réparation des parents agissant à titre personnel?, RTD 1964, 750 (753); s. a. *Fossereau*, RTD 1963, 19f; CA de Dijon 7.11.1940, D.1942, 142 (145) (*Flour*).

661 *Rodière*, RTD 1964, 751.

662 *Savatier*, D. 1964, Chr 156.

663 *Savatier*, D. 1964, Chr 157 und 159f.

scheidung beschäftigt sich *Savatier* mit der Anrechnung des Mitverschuldens: In der vorliegenden Entscheidung hob der Kassationshof das Berufungsurteil auf, weil der Ehegattin und den minderjährigen Kindern des Getöteten trotz seines Mitverschuldens voller Ersatz gewährt wurde<sup>664</sup>. *Savatier* sucht nach einer geeigneten Begründung für die Anrechnung des Mitverschuldens und misst dabei dem familiären Band zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten (insbesondere der Ehe bzw. der Erbenstellung der Kinder) maßgebliche Bedeutung zu. Da der Kassationshof in der vorliegenden Entscheidung aber nicht ausdrücklich darauf Bezug nimmt, könne auch nicht davon ausgegangen werden, er habe diese Überlegung seiner Entscheidung zugrundegelegt. Neben der familiären Solidarität nennt *Savatier* insbesondere die ansonsten eintretende Besserstellung der „nahen Angehörigen“ zur Begründung der Anrechnung des Mitverschuldens: Es käme zu einer Bereicherung der „nahen Angehörigen“, wenn sie im Gegensatz zum Erstgeschädigten ein Recht auf volle Entschädigung hätten. Daher könne man die „nahen Angehörigen“ nicht einfach aus purer Logik als Dritte ansehen, die sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten deshalb nicht entgegenhalten lassen müssen, weil sie über einen selbstständigen Schmerzensgeldanspruch verfügen.

#### *Rechtsprechung*

Um den Judikaturstreit zu beenden, waren gleich **zwei Kassationshof-entscheidungen** nötig, welche die **Vollversammlung am 19. 6. 1981** gefällt hat<sup>665</sup>. Damit bestätigte der Kassationshof zwei Entscheidungen vom 25. 11. 1964, in denen er die Anrechenbarkeit des Mitverschuldens bereits ausgesprochen hatte, und entwickelte die bis heute gültigen Grundsätze für die Anrechnung des Mitverschuldens. Die Anrechnung des Mitverschuldens ist seither ein fixer Bestandteil der ständigen Rechtsprechung.

Zunächst aber zu den beiden Entscheidungen, welche die Vereinigte Kammer des Kassationshofes am 25. 11. 1964 gefällt hat, sowie zur Frage, warum diese nicht ausreichten, um eine einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen. In beiden Entscheidungen bestätigte der Kassationshof die Auffassung der Berufungsgerichte, wonach das Schmerzensgeld der „nahen Angehörigen“ entsprechend dem Mitverschulden des Erstgeschädigten zu kürzen sei<sup>666</sup>: In einem Fall geht es um die Schmerzensgeldansprü-

664 Cass crim 27.11.1956, D.1957, 373 (*Savatier*).

665 Cass Ch réun 25.11.1964, D.1964, 733 (733 und 738) (*Aydalot*) = RTD 1965, 136 (*Rodière*); Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 614 (*Larroumet*) = D.1982, 85 (*Chabas*); *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 238ff; *Henry/Jacob/Tisserand/Venandet/Wiederkehr*, Code Civil <sup>104</sup> Art. 1383 CC Rz 115.

666 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 238f; Cass Ch réun 25.11.1964, D.1964, 733 (733 und 738) (*Aydalot*) = RTD 1965, 136 (*Rodière*).

che der Witwe und des minderjährigen Sohnes des Getöteten, im anderen um die Schmerzensgeldansprüche der Geschwister der Getöteten. Die Kläger bekämpften die Berufungsurteile erfolglos mit dem Vorbringen, dass man ihnen das Mitverschulden des Erstgeschädigten nicht entgegenhalten könne, weil sie einen persönlichen Schaden geltend machen, an dem sie selbst kein Verschulden trifft und für dessen vollen Ersatz der Erstgeschädigte und der Schädiger gemeinsam haften. Nach der Auffassung des Kassationshofes haben die Berufungsgerichte völlig zu Recht ausgesprochen, dass der **Beklagte den Klägern nur soweit zur Entschädigung verpflichtet ist, als ihm eine Haftung für den Schadensfall obliegt**. Daher sei die Revision der Kläger in beiden Fällen nicht berechtigt.

Der Generalstaatsanwalt *Aydalot* befürwortet die Anrechnung des Mitverschuldens aus folgenden Überlegungen<sup>667</sup>: Eine Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten sowie das damit verbundene Regressrecht des Schädigers würden u. U. dazu führen, dass „nahe Angehörige“, die gleichzeitig Erben sind, für die Ansprüche anderer „naher Angehöriger“ aufkommen müssten, die keine Erben sind; das würde zu einer Verkomplizierung der Rechtslage und zu einer Bereicherung jener „nahen Angehörigen“ führen, die nicht als Erben vom Schädiger belangt werden können, weil sie im Gegensatz zum Erstgeschädigten ein Recht auf volle Entschädigung hätten; einige Vertreter in der Lehre, namentlich *Savatier*, *Esmein* und *Meurisse*, begründen den Mitverschuldenseinwand mit der familiären Solidarität und verstehen diese als Grund und Grenze des Anspruchs; sie allein genüge aber noch nicht, um die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands zu begründen; weiters schließe die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches eine Anrechnung des Mitverschuldens nicht aus, weil die Ansprüche des Erstgeschädigten und seiner „nahen Angehörigen“ auf demselben schädigenden Ereignis beruhen. Obwohl *Aydalot* der familiären Solidarität nicht die gleiche Bedeutung beimisst, wie es einige Vertreter der Lehre tun, stützt er seine Auffassung im Wesentlichen auf die **Ablehnung einer Solidarhaftung** des Schädigers und des Erstgeschädigten sowie der unhaltbaren Ergebnisse durch eine Regressklage des Schädigers. In der Lehre finden die vorliegenden Entscheidungen aus ganz unterschiedlichen Gründen Zustimmung<sup>668</sup>: Einige Autoren führen dafür die Regeln an, die für Reflexschäden gelten, andere die Natur des Reflexschadens oder die Einheit des schädigenden Ereignisses. *Chabas* meint, der Kassationshof lasse sich in der vorliegenden Entscheidung von der Natur des Reflexschadens leiten, gehe auf die Frage der teilbaren Kausalität<sup>669</sup> aber

667 Cass Ch réun 25.11.1964, D.1964, 733 (734ff) (*Aydalot*).

668 *Chabas*, Remarques sur l'obligation in solidum, RTD 1967, 310 (313 und 326f).

669 Entspricht nach unserem Verständnis der Frage der Schadensteilung.

nicht näher ein. Es scheint die Rechtsstellung der „nahen Angehörigen“, welche einen Schmerzensgeldanspruch aus eigenem Recht geltend machen und jene von denen, die vererbte Ansprüche geltend machen, werde angeglichen. Dafür sei das gewandelte Verständnis der Gesamtschuldnerschaft ein wesentlicher Beweggrund: Jeder Schädiger verursacht nur einen Teil des Schadens; die Haftung für den gesamten Schaden würde bedeuten, dass ein Schädiger für den Verursachungsbeitrag des anderen mithaftet. Früher sei man davon ausgegangen, dass jeder Schädiger den ganzen Schaden verursacht hat und auch deshalb im Außenverhältnis für den ganzen Schaden haftet. Auch *Durry* sieht die Unterscheidung zwischen geerbten und persönlichen<sup>670</sup> Ansprüchen der „nahen Angehörigen“ durch die vorliegenden Entscheidungen zurückgedrängt und fragt sich, ob diese in Zukunft überhaupt noch eine Rolle spielt<sup>671</sup>. Seiner Meinung nach stehen sich zwei Auffassungen gegenüber: Eine, die sich von dem Gedanken leiten lässt, dass beide Klagen zu unterscheiden sind und eine andere, welche die Unterschiede aufgrund der Einheit des schädigenden Ereignisses verschwinden lässt. Anlässlich der nachfolgenden Kassationshof-entscheidungen weist *Durry* aber auch darauf hin, dass das Ergebnis der vorliegenden Entscheidungen verkannt wurde<sup>672</sup>. Ohne dafür eine Begründung zu liefern, habe der Kassationshof in seinen beiden Entscheidungen vom 25. 11. 1964 ausgesprochen, dass die Schadensteilung auch zulasten der „nahen Angehörigen“ gilt. *Durry* meint, die Entscheidungen gründen sich auf das **Fehlen einer Sorgfaltspflicht** des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“, so dass keine Gesamtschuldnerschaft zwischen dem Erstgeschädigten und dem Schädiger besteht und der Schädiger das Mitverschulden des Erstgeschädigten auch den „nahen Angehörigen“ entgegenhalten kann. Die „nahen Angehörigen“ können den Schädiger daher nur soweit belangen, als er zum Schaden beigetragen hat. Die Anrechnung sollte auch nicht auf Umwegen erfolgen, wie es die Zivilkammer in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1970 ausgesprochen hat: Zunächst vollen Ersatz zu gewähren und dann den Regress des Schädigers gegen den Nachlass (die Erben) zuzulassen, war nicht die angestrebte Lösung der Entscheidungen vom 25. 11. 1964. *Rodière* begrüßt die zuletzt genannten Entscheidungen sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung<sup>673</sup>. Der Kassationshof habe dadurch nicht nur eine Richtlinie vorgegeben, sondern auch die gegen die Anrechnung des Mitverschuldens geäußerten Argumente klar von der Hand gewiesen. Auch wenn er sich

670 Damit ist im französischen Recht ein Anspruch aus eigenem Recht gemeint.

671 *Durry*, La distinction du préjudice propre et du préjudice successoral des héritiers de la victime immédiate, RTD 1972, 596 (597f).

672 *Durry*, L'absence de responsabilité envers ses proches de la victime dont la faute a concouru à la réalisation de son dommage, RTD 1971, 849 (849f).

673 Cass Ch réun 25.11.1964, RTD 1965, 136 (*Rodière*).

dazu nicht ausdrücklich äußert, habe er deutlich gemacht, dass weder die Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten noch die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches dem entgegenstehen. Der Kassationshof habe zwar eine abstrakte Lösung angenommen, seine Erwägungen erscheinen aber klar und schematisch.

Wie die Anmerkungen zu den beiden Kassationshofentscheidungen aus dem Jahr 1964 gezeigt haben, wurden sie durchaus unterschiedlich interpretiert: Während *Durry* meint, dass eine Begründung überhaupt fehlt und man darüber nur Vermutungen anstellen kann, hält *Rodière* die Erwägungen des Kassationshofes für klar. Auch *Larroumet* erscheint die Begründung des Kassationshofes kurz und bündig<sup>674</sup>. Es habe eine überzeugende Begründung gefehlt, welche die Höchstrichter zu einer Einigung bewegt und zu einer einheitlichen Behandlung des Mitverschuldens in allen Entscheidungsgremien des Kassationshofes geführt hätte. So hat etwa die 2. Zivilkammer des Kassationshofes in ihrer Entscheidung vom 25. 10. 1978 die Anrechnung des Mitverschuldens abgelehnt, was in der Lehre insbesondere mit dem Vorbringen der **familiären Solidarität** oder der **unerwünschten Besserstellung der Reflexgeschädigten** kritisiert wurde<sup>675</sup>: Im Zentrum der Debatte stand jedoch die Teilbarkeit der Kausalität; nach der Auffassung ihrer Befürworter haftet jeder Schädiger nur für seinen Verursachungsbeitrag, nach jener der Gegner hat ein Schädiger den ganzen Schaden verursacht, sobald er zum Schaden beigetragen hat und haftet daher im Außenverhältnis für den ganzen Schaden. *Durry* spricht sich für die Aufrechterhaltung der Lösung aus, welche der Kassationshof im Jahr 1964 angenommen hat. Dafür spreche nicht nur die Ablehnung einer Haftung des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“, sondern auch das Streben nach **Rechtssicherheit**.

Erst mit den zwei Entscheidungen vom 19.6.1981 liefert der Kassationshof eine Begründung für die Anrechnung des Mitverschuldens, die den Fortbestand dieser Rechtsprechungslinie bis heute gewährleistet hat. Von beiden Entscheidungen hat jedoch nur eine die Schmerzensgeldansprüche „naher Angehöriger“ zum Gegenstand<sup>676</sup>. Dieser Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer Kollision mit einem Wohnwagen starb der Lenker des PKW, seine Frau und seine Tochter wurden verletzt. Die Witwe, die minderjährige Tochter und der volljährige Sohn des Getöteten begehrten ein Schmerzensgeld für ihren Trauerschaden. Das Berufungsgericht lehnte es ab, das Schmerzensgeld entsprechend dem Mitverschulden des Erstgeschädigten zu kürzen, weil den Klägern selbst kein Verschulden vorzuwerfen sei. Der Kassationshof hob das

674 Cass civ 2<sup>e</sup> 25.10.1978, D.1979, 114 (115) (*Larroumet*).

675 *Durry*, RTD 1980, 113ff.

676 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 239f; Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 641 (*Larroumet*).

Berufungsurteil auf, weil das Berufungsgericht durch die Nichtanrechnung des Mitverschuldens Art. 1382 CC verletzt habe. Der **Schädiger könne sich durch den Beweis entlasten, dass den Erstgeschädigten ein Mitverschulden trifft. Das gelte auch gegenüber den „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten**, wenn sie ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden begehren. Ihre Klage wäre zwar von der des Erstgeschädigten verschieden, sie berufen sich aber auf **ein und dasselbe schädigende Ereignis**.

*Larroumet* begrüßt die vorliegende Entscheidung, weil der Kassationshof damit seine bereits im Jahr 1964 ausgesprochene Auffassung wiederaufgenommen und zugunsten der Anrechenbarkeit des Mitverschuldens sowie der Teilbarkeit der Kausalität entschieden hat. Das soll einen Schlussstrich unter die Diskussion ziehen, die ihren Kern in der Teilbarkeit der Kausalität hat<sup>677</sup>. Nach der Auffassung des Kassationshofes lassen sich die Anrechnung des Mitverschuldens und die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruchs „naher Angehöriger“ miteinander in Einklang bringen. Kritisch äußert sich hingegen *Chabas*<sup>678</sup>: In der vorliegenden Entscheidung habe der Kassationshof bestätigt, dass der Erstgeschädigte gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ nicht haftet; wer profitiert aber eigentlich davon? Der Kassationshof ziehe es vor, schuldlose „nahe Angehörige“ anstelle des schuldtragenden Schädigers zu belasten. Damit habe der Kassationshof die Chance vertan, auszusprechen, dass auch das Fehlen eines Regressrechts zwischen den Gesamtschuldern das Recht der „nahen Angehörigen“ auf volle Entschädigung nicht schmälert.

Insgesamt findet die ständige Rechtsprechung **breite Akzeptanz** in der französischen Lehre<sup>679</sup>. Die Rechtsprechung wird außerdem **durch das Gesetz vom 5.7.1985 bestätigt**. Der Einheit des Geschehens komme als Begründung größere Überzeugungskraft zu als der familiären Solidarität oder der engen Nahebeziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten, weil nach dem französischen Recht auch Klagen zwischen Familienangehörigen zulässig sind<sup>680</sup>. Die **Gegner** gehen aufgrund der Unterscheidung zwischen geerbten und eigenen Schmerzensgeldansprüchen der „nahen Angehörigen“ von einer Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers aus und lehnen die Anrechnung des Mitverschuldens daher ab. Diese Auffassung wird in der Lehre insbe-

677 Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 641 (642) (*Larroumet*).

678 Cass Ass plén 19.6.1981, D.1982, 85 (93) (*Chabas*).

679 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 202f *Boyer/Roland/Starck*, Obligations <sup>5</sup> 105; *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 243f; *Huet*, L'opposabilité de la faute d'une victime directe, ou du conducteur d'un véhicule, à des tierces personnes subissant un dommage par voie de conséquence: victimes par ricochet et propriétaire du véhicule, RTD, 1987, 353 (354); *Lequette/Simler/Terré*, Obligations <sup>8</sup> 928; *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 135.

680 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241ff (Rz 4f).

sondere mit dem Vorbringen kritisiert, dass es dadurch zu einer **komplexen Rechtslage** und zu kaum vertretbaren Ergebnissen kommen würde. Der Schädiger könnte nämlich eine Regressklage gegen den Nachlass erheben und so auch „nahe Angehörige“ für die Schmerzensgeldansprüche anderer „naher Angehöriger“ belangen. Das würde darüber hinaus zu völlig verschiedenen Haftungsregimen führen, obwohl immer dasselbe Verschulden des Schädigers vorliegt. Auch *Jourdain* und *Viney* weisen darauf hin, dass der Kassationshof mit seiner Rechtsprechung eine Art **Mittelstellung** einnimmt, um die Schwierigkeiten zu vermeiden, die mit einer Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten verbunden wären<sup>681</sup>. Neben der Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten werde die Verletzung der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches gegen die Anrechnung des Mitverschuldens vorgebracht. Nach der Auffassung der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung lässt sich die Anrechnung des Mitverschuldens aber durchaus mit der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches in Einklang bringen<sup>682</sup>.

### 3. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung

#### a) Begründungen für die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands

Die familiäre Solidarität konnte sich in Frankreich nicht als Begründung durchsetzen. Vielmehr hat der Kassationshof auf die Einheit des schädigenden Ereignisses abgestellt und darüber auch die besondere Natur des Reflexschadens berücksichtigt. Grund dafür ist wohl, dass man die familiäre Solidarität allein nicht für ausreichend hielt, um die Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten zu beseitigen. Dazu musste sich erst das Verständnis der Gesamtschuldnerschaft wandeln: Diese sei bloß eine Garantie für den Geschädigten und könne daher dann ausgeschlossen werden, wenn es ohnehin nur einen sorgfaltspflichtigen Schädiger gibt<sup>683</sup>. Der Ausschluss der Solidarhaftung setzt also die negative Beantwortung der Frage voraus, ob der Erstgeschädigte eine **Sorgfaltspflicht gegenüber seinen „nahen Angehörigen“** innehat. Das lehnt auch die

681 *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 309.

682 Cass Ch réün 25.11.1964, D.1964, 733 (*Aydalet*) = RTD 1965, 136 (*Rodière*); Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 614 (*Larroumet*) = D.1982, 85 (*Chabas*); *Aubert/Flour/Savaux*, Droit Civil <sup>10</sup> 374; Cass Ch réün 25.11.1964, D.1964, 733 (734ff) (*Aydalet*); *Boyer/Roland/Starck*, Obligations <sup>5</sup> 105; *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241ff (Rz 4f); *Chabas*, RTD 1967, 313 und 326f; *Durry*, RTD 1980, 113ff; *Fossereau*, RTD 1963, 19f und 23; *Huet*, RTD, 1987, 354; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 307ff; Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 641 (642) (*Larroumet*); *Meurisse*, D. 1962, Chr 94; *Rodière*, RTD 1964, 753; Cass Ch réün 25.11.1964, RTD 1965, 136 (*Rodière*); *Savatier*, D. 1964, Chr 156f und 159f; Cass crim 27.11.1956, D.1957, 373 (*Savatier*); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 135.

683 *Chabas*, RTD 1967, 313 und 326f; *Durry*, RTD 1980, 113ff; *Fossereau*, RTD 1963, 39.

französische Rechtsprechung ab, soweit die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten die Grundlage für den Schmerzensgeldanspruch bildet. Darin liegt nach dem heutigen Verständnis der Solidarhaftung aber gerade ein Aspekt der **familiären Solidarität**: Neben dem Umstand, dass man dem Zweitgeschädigten das Verschulden des Erstgeschädigten wie sein eigenes entgegenhält, weil er die zwischen ihnen bestehende, intensive Gefühlsgemeinschaft anspruchsbegründend geltend macht, bedeutet diese nämlich auch, dass derartige **Schmerzensgeldprozesse zwischen „nahen Angehörigen“**, egal ob direkt oder indirekt, abzulehnen sind. Während die unverhältnismäßige Beschränkung des **Selbstbestimmungsrechts**, wie sie in Hinblick auf die Ablehnung einer Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ vorgebracht wird, diskutabel erscheint und z. T. als unzureichend gesehen wird<sup>684</sup>, ist gerade die „Angehörigeneigenschaft“ bzw. die familiäre Solidarität ausschlaggebend für die Versagung eines Schmerzensgeldanspruches zwischen „nahen Angehörigen“. Das steht auch in keinem Widerspruch dazu, dass es in anderen Fällen Klagen zwischen „nahen Angehörigen“ geben kann. So etwa für physische Schäden aus einem Unfall, wo die Anspruchsgrundlage eben nicht die „Angehörigeneigenschaft“ ist. Anders sind auch Fälle zu beurteilen, wo eigentlich keine „Angehörigeneigenschaft“ mehr vorlag, weil sie durch den besonderen Unrechtsgehalt der Tat beseitigt wurde: Denkbar wäre es z. B., dass die Mutter den Vater des Kindes auf Ersatz ihres Gefühlsschadens klagt, weil er die eigene Tochter wiederholt sexuell missbraucht hat. Insofern ist die unterschiedliche rechtliche Behandlung verschieden gelagerter Fälle geboten. Hat man diese grundsätzlichen Fragen einmal geklärt, erscheint die Begründung mit der **Einheit des schädigenden Ereignisses** völlig zutreffend. Betrachtet man die Diskussion in der französischen Lehre, dann müsste man meinen, dass das auch der Kassationshof so gesehen hat<sup>685</sup>.

Die Begründung der französischen Rechtsprechung ist am ehesten mit jener der schweizerischen Rechtsprechung vergleichbar: Obwohl sie ihre Begründung etwas allgemeiner mit den Worten „**unter Würdigung der besonderen Umstände**“ formuliert, führt letztendlich auch die Einheit des schädigenden Ereignisses dazu, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ zu berücksichtigen ist; die besondere Natur des Gefühls- oder Schockschadens (also die Einheit des schädigenden Ereignisses) sowie die Würdigung der Umstände des Einzelfalles begründen daher die Berücksichtigung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten in beiden Rechtsordnungen. Demgegenüber begreifen die

---

684 Siehe etwa BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (125f) (*Selb*).

685 So auch *Durry*, RTD 1971, 849f; Cass Ch réun 25.11.1964, RTD 1965, 136 (*Rodière*).

deutsche und österreichische Rechtsprechung diese Begründung an ihrer Wurzel und rücken die „**Angehörigeneigenschaft**“ als Grund und Grenze des Schmerzengeldanspruches in den Vordergrund ihrer Erwägungen. Meines Erachtens findet man daher im Wesentlichen **zwei verschiedene Begründungsansätze** vor, die sich gegenseitig aber nicht ausschließen, sondern sich vielmehr ergänzen. Dabei steht die in Deutschland und Österreich gewählte Begründung zuerst, um sodann über die in Frankreich und in der Schweiz entwickelten Grundsätze zum gewünschten Ergebnis zu kommen. Auch wenn man in Frankreich und in der Schweiz aufgrund einer recht knappen Begründung zum selben Ergebnis kommt, setzt auch diese einiges voraus: Die „Angehörigeneigenschaft“ bildet den Grund und die Grenze des Anspruches; das heißt den „nahen Angehörigen“ wird das Mitverschulden des Erstgeschädigten wie ihr eigenes angerechnet, um eine komplexe Rechtslage und die damit verbundenen, unerwünschten Ergebnisse zu vermeiden; soweit es um Schmerzengeldansprüche aufgrund der intensiven Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten geht, soll **keine Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten** bestehen, weil eine Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ abzulehnen ist und das damit verbundene Regressrecht des Schädigers breiten Raum für Schmerzengeldprozesse zwischen „nahen Angehörigen“ lassen würde. Umgekehrt gilt auch in Deutschland und Österreich, dass alle Umstände des Einzelfalles bei der Schmerzengeldbemessung zu berücksichtigen sind und das Mitverschulden des Erstgeschädigten aufgrund der besonderen Natur des Reflexschadens in die Bemessung einfließt. Alles zusammen ergibt ein sehr begrüßenswertes **flexibles System**, womit man dem Einzelfall zur Genüge Rechnung tragen kann. Auch in England könnte die Rechtsprechung darüber zu gerechten Ergebnissen gelangen.

Absolut abzulehnen sind dagegen die starren Regelungen des französischen Straßenverkehrsrechts, wodurch ein äußerst willkürliches System geschaffen wurde, das zudem in Widerspruch zum gemeinen Recht steht. Völlig absurd erscheint, wieso man sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen muss und sodann ungeachtet des eigenen Verschuldens Ersatz erhält. Darüber hinaus führt die **Privilegierung der nicht motorisierten Verkehrsteilnehmer** zur Besserstellung ihrer „nahen Angehörigen“, gleichzeitig aber zur Schlechterstellung der „nahen Angehörigen“ motorisierter Verkehrsteilnehmer<sup>686</sup>. In allen Fällen sollte vielmehr danach gefragt werden, ob das Mitverschulden des Erstgeschädigten ein Schmerzengeld seiner „nahen Angehörigen“ ausschließt, anstatt starr und willkürlich darauf abzustellen, ob der Erstgeschädigte ein Fußgänger oder ein PKW-Lenker war. Das kann nämlich dazu führen, dass die „nahen

---

686 Cass crim 15.3.1995, D.1996, Somm. 119 (119f) (*Mazeaud*).

Angehörigen“ des Ersteren selbst dann vollen Ersatz erhalten, wenn er grob fahrlässig gehandelt hat, während die „nahen Angehörigen“ des Letzteren in einem solchen Fall u. U. gar kein Schmerzensgeld erhalten. Darüber werden einzelne Anspruchsberechtigte dort privilegiert, wo es überhaupt nicht angebracht ist und es daher in hohem Maße zu Ungerechtigkeiten führt. Der schwächeren Position (der erhöhten Verletzungsgefahr) nicht motorisierter Verkehrsteilnehmer wird ohnehin über erhöhte Sorgfaltspflichten der motorisierten Verkehrsteilnehmer bzw. über ihre besondere Betriebsgefahr Rechnung getragen. Deshalb sind die Bestimmungen des französischen Straßenverkehrsrechts entschieden abzulehnen.

Entgegen der Auffassung einiger Autoren<sup>687</sup> wäre es ebenso abzulehnen, ein dem gemeinen Recht völlig fremdes Haftungsregime für Verkehrsunfälle zu schaffen, nur weil es dort eine **Haftpflichtversicherung** gibt. Das Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung kann zwar insbesondere bei der Billigkeithaftung Deliktunfähiger eine erhebliche Rolle spielen, rechtfertigt ansonsten aber keinen weitergehenden Ersatz. Aufgrund der besonderen Gefahr, die mit dem Betrieb eines Kfz verbunden ist, sind die Halter eines Kfz zum Abschluss einer Versicherung verpflichtet. Allfällige Schäden sollen darüber für den Schädiger leichter tragbar sein. Auch die Haftpflichtversicherung übernimmt den Schaden für den Halter nur soweit es ihrer vertraglichen Vereinbarung entspricht: Insofern entscheidet die Haftung des Halters über die Haftung der Haftpflichtversicherung<sup>688</sup>. Dadurch soll man für schwer tragbare Schäden leichter aufkommen können, die mit den besonderen Gefahren im Straßenverkehr verbunden sind, das ist aber nicht von dem Gedanken getragen, je nach Vorhandensein einer Haftpflichtversicherung weitergehenden Ersatz zu gewähren. Ähnlich wie die Privilegierung einzelner Verkehrsteilnehmer könnte das nämlich in hohem Maße zu Ungerechtigkeiten führen: Gleichermäßen Geschädigte würden bei nicht haftpflichtversicherten Schadensfällen u. U. keinen oder deutlich weniger Ersatz erhalten. Außerdem soll die Sorgfaltspflicht der Verkehrsteilnehmer nicht gesenkt, sondern vielmehr erhöht werden, um die wichtigsten Rechtsgüter unserer Rechtsordnung zu schützen.

#### b) Zusammenfassung der Rechtsvergleichenden Bemerkungen

An dieser Stelle sollen die Ergebnisse der Rechtsvergleichenden Analyse noch einmal zusammengefasst und die besondere Bedeutung der „Angehörigeneigenschaft“ hervor-

---

687 *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 312.

688 Siehe dazu *Hauptfleisch/Neidhart/Zwerverger* in *ÖAMTC* (Hrsg), Unfall in Europa. Schadensabwicklung (1992).

gehoben werden. Mangels ausdrücklicher Regelungen im gemeinen Recht mussten die **Rechtsprechung und Lehre** in den zu untersuchenden Rechtsordnungen erst Grundsätze für die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten entwickeln und die Aussagen des Gesetzes ausfüllen. Dabei spielen folgende Erwägungen eine Rolle: Einerseits sollen die „nahen Angehörigen“ Ersatz für ihren Gefühls- oder Schockschaden erhalten; andererseits können sie ihren Schaden nur soweit auf den Schädiger überwälzen, als er ihm zurechenbar ist. **Insofern entfaltet die „Angehörigeneigenschaft“ ihre Doppelfunktion als Haftungsgrenze. Sie ist bei Schock- und Trauerschäden nicht nur für die Bestimmung des anspruchsberechtigten Personenkreises maßgeblich, sondern entscheidet auch über die Anrechenbarkeit des Mitverschuldens des Erstgeschädigten. Schockgeschädigte „nahe Angehörige“ müssen sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten entgegenhalten lassen, andere Dritte jedoch nicht<sup>689</sup>.** Wie bei Trauerschäden wirkt sich die „Angehörigeneigenschaft“ auch bei Schockschäden Dritter reduzierend aus, sofern sie anspruchsbegründend geltend gemacht wird. Die „Angehörigeneigenschaft“ bildet daher den Grund und die Grenze des Schmerzensgeldanspruches. Damit soll aber keine „Sippenhaftung“ geschaffen werden, wie es auch von vielen Vertretern der Lehre abgelehnt wird<sup>690</sup>: Insbesondere wird vorgebracht, dass die „nahen Angehörigen“ keine Sorgfaltspflicht gegenüber dem Schädiger innehaben, also ihm gegenüber nicht verantwortlich sind oder die gesetzliche Grundlage dafür fehlt, „nahe Angehörige“ als eine Person anzusehen. Vielmehr geht es um die **Vermeidung von Schmerzensgeldprozessen zwischen „nahen Angehörigen“, solange ihre intensive Gefühlsgemeinschaft dafür die Grundlage bildet.** Denn das würde der familiären Solidarität und den moralischen Grundsätzen zuwiderlaufen<sup>691</sup>. Genauso wie die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten den Schmerzensgeldanspruch für einen Schock- oder Trauerschaden begründet, schließt sie ihn auch dort aus, wo ein „naher Angehöriger“ belangt wird. Die **Ablehnung einer Solidarhaftung des Erstgeschädigten und des Schädigers** hat also maßgeblich mit der „Angehörigeneigenschaft“ bzw.

689 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170) = JZ 1972, 122 (123f) (*Selb*); *Brüggeleier*, Prinzipien 98f; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (932); QBD *Greatorex v Greatorex*, WLR 2000, 1970; *Fossereau*, RTD 1963, 23; *Savatier*, D. 1964, Chr 156f; OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Karner*, ZVR 2001, 289; *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR <sup>4</sup> 145 und 151; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3 <sup>2</sup> Rz 76ff und Rz 131; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung <sup>3</sup> I/49; *Keller*, Haftpflichtbestimmungen <sup>12</sup> 23; *Otfinger/Stark*, Haftpflichtrecht I <sup>5</sup> 436.

690 *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 192; *Fossereau*, RTD 1963, 25; *Heldermann*, Schadenersatz 200 und 205; *Karner*, ZVR 2001, 289; *Rodière*, RTD 1964, 751; *Schmidt*, MDR 1971, 540; BGH VI ZR 78/70, JZ 1972, 122 (125) (*Selb*).

691 *Fossereau*, RTD 1963, 28f.

der familiären Solidarität zwischen „nahen Angehörigen“ zu tun<sup>692</sup>: Erstens ist eine Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“ abzulehnen; zweitens soll auch vermieden werden, dass andere „nahe Angehörige“ außer dem Erstgeschädigten für solche Schmerzensgeldansprüche aufkommen müssen, weil sie dessen Erben sind oder mit ihm in einem Versorgungsverhältnis stehen, so dass der Regress des Schädigers auch ihre Schmerzensgeldansprüche schmälert. Deshalb hat man sich in allen zu untersuchenden Rechtsordnungen für die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf direkten Weg entschieden, auch wenn dafür vereinzelt noch eine entsprechende Klarstellung durch die Rechtsprechung fehlt<sup>693</sup>. Die Grundsätze des europäischen Schadenersatzrechts sehen ebenfalls Entsprechendes vor, obwohl die „Angehörigeneigenschaft“ im Kommentar nicht weiter als Begründung genannt, sondern eher auf die gewisse Abhängigkeit des Schmerzensgeldanspruches abgestellt wird<sup>694</sup>. Die Anrechnung des Mitverschuldens vermeidet aber nicht nur unerwünschte Ergebnisse, sondern trägt auch zur **Vereinfachung der Rechtslage** bei<sup>695</sup>. Denn dasselbe Ergebnis könnte auch auf Umwegen erzielt werden.

Auf den ersten Blick weisen die von der Rechtsprechung gewählten Begründungen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen durchaus **Unterschiede** auf<sup>696</sup>: Während in England, Deutschland und Österreich die „Angehörigeneigenschaft“ als Grund und Grenze des Schmerzensgeldanspruches im Vordergrund steht, wird in Frankreich die Einheit des schädigenden Ereignisses und in der Schweiz die Würdigung der besonderen Umstände des Falles als Begründung genannt. Der genauere Blick offenbart jedoch, dass auch die zunächst unterschiedlich scheinenden Begründungen nur gemeinsam Sinn machen: So könnte auch der Kassationshof über die Einheit des schädigenden Ereignis-

692 *Kidner*, Casebook on Torts<sup>8</sup> 129; *Lunney/Oliphant*, Tort Law<sup>2</sup> 312f; *Capitant/Lequette/Terré*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 241ff (Rz 4f); *Durry*, RTD 1971, 849f; *Durry*, RTD 1980, 113ff; *Fossereau*, RTD 1963, 13f, 23, 28f, 31 und 33f; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 307ff; *Meurisse*, D. 1962, Chr 94; *Savatier*, D. 1964, Chr 156f und 159f; OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Karner*, ZVR 2001, 289; BGE 58 II 244 (247ff); BGE 115 II 156 (158); *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/49; *Rey*, Haftpflichtrecht<sup>3</sup> Rz 486.

693 *Fischer*, Schockschäden Dritter 53ff; *Heldermann*, Schadenersatz 203; *Steininger* in *Kozio/Steininger*, ETL 2001 80.

694 *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL Rz 28f.

695 Cass Ch réun 25.11.1964, D.1964, 733 (734ff) (*Aydalet*); *Capitant/Lequette/Terré*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 241ff (Rz 4f); *Durry*, RTD 1971, 849f.

696 BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (170) = JZ 1972, 122 (123f) (*Selb*); HL Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police, All ER 1991, 907 (932); QBD Greatorex v Greatorex, WLR 2000, 1970; Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 614 (*Larroumet*) = D.1982, 85 (*Chabas*); *Capitant/Lequette/Terré*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 239ff; *Henry/Jacob/Tisserand/Venandet/Wiederkehr*, Code Civil<sup>104</sup> Art. 1383 CC Rz 115; OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Karner*, ZVR 2001, 289; *Aeppli/Casanova/Gauch*, OR<sup>4</sup> 145 und 151; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Rz 76ff und Rz 131; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/49; *Keller*, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23; *Oftinger/Stark*, Haftpflichtrecht I<sup>5</sup> 436.

ses keine Anrechnung vornehmen, wenn er die Solidarhaftung des Schädigers und des Erstgeschädigten (und insbesondere die Sorgfaltspflicht des Erstgeschädigten gegenüber seinen „nahen Angehörigen“) nicht grundsätzlich ablehnen würde<sup>697</sup>; auch in der Schweiz ist danach zu fragen, warum der Gesetzgeber eigentlich davon ausgeht, dass ein Schmerzensgeld unter der Würdigung der besonderen Umstände zuzusprechen ist. Obwohl letztendlich die gewisse Abhängigkeit des Schmerzensgeldanspruches (die Einheit des schädigenden Ereignisses oder auch die besondere Natur des Reflexschadens) und die Würdigung der Umstände des Einzelfalles dazu führen, dass das Mitverschulden des Erstgeschädigten bei der Schmerzensgeldbemessung für seine „nahen Angehörigen“ zu berücksichtigen ist, hat die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten in allen zu untersuchenden Rechtsordnungen und nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts immer **dieselbe Wurzel**: Nämlich die „Angehörigeneigenschaft“ bzw. die familiäre Solidarität zwischen „nahen Angehörigen“. Um unerwünschte Ergebnisse und eine Verkomplizierung der Rechtslage zu vermeiden, ist das Mitverschulden des Erstgeschädigten zu berücksichtigen, wenn seine „nahen Angehörigen“ ein Schmerzensgeld für ihren Schock- oder Trauerschaden geltend machen.

### B) Eigenständigkeit bzw. Abhängigkeit des Anspruchs

Gegen die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten wurde in allen zu untersuchenden Rechtsordnungen eingewendet, dass die „nahen Angehörigen“ einen **selbstständigen Schmerzensgeldanspruch** haben<sup>698</sup>. Es stellt sich daher die Frage, welche rechtliche Natur der Schmerzensgeldanspruch „naher Angehöriger“ tatsächlich hat. Ist es ein selbstständiger oder abhängiger Anspruch? Kann die Anrechnung des Mitverschuldens auch mit einem selbstständigen Anspruch in Einklang gebracht werden?

#### 1. Definition „selbstständiger“ Schmerzensgeldanspruch

Es muss vorausgeschickt werden, worauf es für einen selbstständigen im Gegensatz zu einem abhängigen Anspruch ankommt: Nämlich auf die **Unabhängigkeit des Schmerzensgeldanspruches** „naher Angehöriger“ von den Ansprüchen des Erstgeschädigten;

697 a.M. *Rodière*, RTD 1964, 753.

698 *Brüggemeier*, Prinzipien 98f; *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241ff; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 202f; *Fossereau*, RTD 1963, 14, 23, 25; *Jourdain/Viney*, Les conditions <sup>2</sup> 148f und 309; *Karczewski*, Schockschäden 171; *Karner/Kozziol*, Reform II/1 85f; *Schmidt*, MDR 1971, 540; *Viney*, D. 1974, 6; s. a. *Lukas* in *Kozziol/Steininger*, ETL 2004 Rz 10f.

das heißt nur die „nahen Angehörigen“ können über ihren Schmerzensgeldanspruch disponieren – trifft der Erstgeschädigte über seine Ansprüche eine vertragliche Vereinbarung, schließt er darüber einen Vergleich oder erwirkt er dafür ein Urteil, entfaltet das für den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ keine Wirkung<sup>699</sup>; außerdem müssen die Haftungsvoraussetzungen für die „nahen Angehörigen“ selbstständig geprüft werden – dass der Erstgeschädigte Entschädigungsansprüche hat, begründet noch keine Haftung gegenüber seinen „nahen Angehörigen“<sup>700</sup>.

## 2. Abhängige Schmerzensgeldansprüche als Ausnahme

Die Spezialregelungen im **französischen und englischen Straßenverkehrsrecht** nehmen erneut eine gewisse Sonderstellung ein, weil die Schmerzensgeldansprüche der „nahen Angehörigen“ danach von den Ansprüchen des Erstgeschädigten abhängig sind<sup>701</sup>. In **Frankreich** ergibt sich das aus Art. 6 des Gesetzes vom 5.7.1985, der ausdrücklich normiert, dass für Erst- und Zweitgeschädigte dieselben Haftungsgrenzen und Ausschließungsgründe gelten. In **England** hat man den Schadenersatzanspruch des Erstgeschädigten für die Verkürzung des Lebens im Jahr 1982 durch den Schmerzensgeldanspruch für die Trauer über den Tod bestimmter Verwandter ersetzt. Der Schmerzensgeldanspruch nach sec.1A FAA 1976 ist davon abhängig, dass der Getötete im Falle seines Überlebens auch einen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger gehabt hätte<sup>702</sup>. Das leitet die Rechtsprechung aus sec.1 (1) FAA 1976 ab und erblickt darin die Rechtfertigung dafür, dass der Schädiger auch nach dem Tod des Erstgeschädigten von seinen „nahen Angehörigen“ belangt werden kann. Die Abhängigkeit des Schmerzensgeldanspruches ergibt sich insbesondere daraus, dass ein vom Erstgeschädigten gegen den Schädiger erwirktes Urteil, ein vom Erstgeschädigten geschlossener Vergleich, ein vertraglicher oder gesetzlicher Haftungsausschluss des Schädigers gegenüber dem Erstgeschädigten auch für den Schmerzensgeldanspruch seiner „nahen Angehörigen“ Wirkung entfaltet.

699 BGE 123 III 204 (210f); BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (169); *Aubert/Flour/Savaux*, Droit Civil<sup>10</sup> 374; OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Karner*, ZVR 2001, 288f.

700 Siehe dazu BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163; BGE 112 II 118; OGH 2 Ob 45/93, ZVR 1995/46; OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001/73; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (932); *Karner*, ZVR 1998, 182ff; a.M. *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit 539f und 543 und *Stoll*, Haftungsfolgen 363.

701 *Cane*, Atiyah's Accidents<sup>6</sup> 74; *Chabas*, Les accidents 99ff; *Gotthardt* in *v. Bar*, Deliktsrecht 77; Cass crim 15.3.1995, RTD 1995, 642 (642f) (*Jourdain*); *Jourdain*, RTD 1988, 784f; *Karczewski*, Schockschäden 323; *Rogers* in *Magnus/Martin-Casals*, Contributory Negligence 66; *Shaw* in *v. Bar*, Deliktsrecht 108.

702 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 163ff und 180.

Auch im Kommentar zu den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts (**Principles**) ist in Hinblick auf die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten von einem **abhängigen Schmerzensgeldanspruch** „naher Angehöriger“ die Rede (Art. 8:101 Abs2 PETL)<sup>703</sup>. Unklar ist jedoch, ob damit die rechtliche Natur des Anspruchs gemeint war oder bloß die Einheit des schädigenden Ereignisses, welche zur Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten führt. Meines Erachtens sollte damit nur die Anrechnung des Mitverschuldens begründet werden, was aber nichts daran ändert, dass auch nach den Grundsätzen des europäischen Schadenersatzrechts die Haftung für einen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ **unabhängig** von der für allfällige Ansprüche des Erstgeschädigten besteht.

### 3. Selbstständiger Schmerzensgeldanspruch in den Ländern

Man kommt zum übereinstimmenden Ergebnis, dass in den zu untersuchenden Rechtsordnungen von einem **selbstständigen Anspruch** der „nahen Angehörigen“ auszugehen ist<sup>704</sup>. Gerade deshalb bedeutete die Haftungsbegründung und die Entwicklung geeigneter Zurechnungskriterien eine besondere Herausforderung für die Rechtsprechung und Lehre. Würde ein abhängiger Anspruch vorliegen, hätte sich nie die Frage gestellt, ob der Schädiger auch gegenüber dem Zweitgeschädigten schuldhaft handelt und ob der Zweitschaden eine adäquate Folge der Schädigungshandlung darstellt. Denn mit der Haftung gegenüber dem Erstgeschädigten wäre gleichzeitig die Haftung gegenüber dem Zweitgeschädigten begründet worden. Das ist jedoch entschieden abzulehnen, weil durch die Schädigungshandlung in die Rechte der „nahen Angehörigen“ eingegriffen wird: Bei Schockschäden liegt sogar die Verletzung in einem absolut geschützten Rechtsgut vor; bei Trauerschäden eine schwere Persönlichkeitsverletzung. Die „nahen Angehörigen“ haben daher einen **Schmerzensgeldanspruch aus einem eigenen und nicht aus einem abgeleiteten Recht** und das wurde auch von der Rechtsprechung in den zu untersuchenden Rechtsordnungen immer so gesehen. Das setzt insbesondere die

<sup>703</sup> *Martín-Casals* in *European Group of Tort Law*, PETL Rz 29.

<sup>704</sup> BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (169); *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit 539f und 543; *Schmidt*, MDR 1971, 540; *Karczewski*, Schockschäden 171; *Lunnery*, MLR 1993, 411; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (932); *Aubert/Flour/Savaux*, Droit Civil<sup>10</sup> 374; Cass Ch réun 25.11.1964, RTD 1965, 136 (*Rodière*); *Fossereau*, RTD 1963, 19f und 23; Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 641 (642) (*Larroumet*); OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 73; *Karner*, ZVR 2001, 288f; *Karner/Kozioł*, Reform II/1 85f; *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3<sup>2</sup> Art. 47 OR Rz 132; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung<sup>3</sup> I/24; BGE 123 III 204 (210f).

eigenständige rechtliche Beurteilung voraus und verlangt die Anerkennung als selbstständiger Anspruch, über den nur die „nahen Angehörigen“ disponieren können und für den die Haftung selbstständig zu begründen ist. Anders wäre das bei einem geerbten Schmerzensgeldanspruch, weshalb die strikte Trennung im französischen Recht einiges für sich hat<sup>705</sup>. Daher kann sich nur die Frage stellen, wie die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ mit der **Anrechnung des Mitverschuldens** des Erstgeschädigten in Einklang gebracht werden kann. Dazu soll auf die Ausführungen der Lehre und Rechtsprechung in den zu untersuchenden Rechtsordnungen näher eingegangen werden.

#### a) Schweiz

In der Schweiz ist diesbezüglich von einem selbstständigen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ aus ihrem **eigenen und nicht abgeleiteten Recht** die Rede<sup>706</sup>. In der Entscheidung vom 9.6.1997 äußerte sich das BG ausführlich zum selbstständigen Charakter des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“<sup>707</sup>: Dieser sei insbesondere darin zu erblicken, dass nur die „nahen Angehörigen“ über ihn verfügen können – ein vom Erstgeschädigten abgegebener Verzicht oder ein von ihm geschlossener Vergleich wirken sich darauf ebenso wenig aus wie ein ihm gegenüber ergangenes Zivilurteil. Im vorliegenden Fall führt die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches zur Anwendung unterschiedlicher Verjährungsfristen: Während der Schmerzensgeldanspruch des Ehemannes einer Schwerverletzten nach der für unerlaubte Handlungen geltenden Verjährungsfrist in Art. 60 OR verjährt ist, kann seine Ehegattin (die Erstgeschädigte) als Vertragspartnerin des Behandlungsvertrages die längere vertragliche Verjährungsfrist nach Art. 127 OR beanspruchen.

#### b) Frankreich

Ähnlich wie die schweizerische geht auch die französische Rechtsprechung davon aus, dass den „nahen Angehörigen“ ein selbstständiger Schmerzensgeldanspruch nach Art. 1382 CC zukommt<sup>708</sup>: Zwischen dem Schädiger und dem Erstgeschädigten gel-

705 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II <sup>11</sup> 241ff; *Chabas*, RTD 1967, 313 und 326f; *Durry*, RTD 1972, 597f.

706 *Brehm* in *Hausherr*, Berner Kommentar VI/3 <sup>2</sup> Art. 47 OR Rz 132; *Ducksch/Guerrero/Hütte*, Genugtuung <sup>3</sup> I/24.

707 BGE 123 III 204 (210f).

708 *Aubert/Flour/Savaux*, Droit Civil <sup>10</sup> 374.

tende gesetzliche oder vertragliche Haftungsschranken haben darauf keinen Einfluss, wodurch dieser völlig unabhängig von den Ansprüchen des Erstgeschädigten besteht. Während der Wortlaut des Art. 47 OR<sup>709</sup> nie daran zweifeln ließ, dass die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten und die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches seiner „nahen Angehörigen“ miteinander zu vereinbaren sind, wurde in Frankreich eifrigst diskutiert, ob und wie beides in Einklang zu bringen ist. Kritiker haben gegen den Mitverschuldenseinwand immer wieder vorgebracht, dass dadurch die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches verletzt wird<sup>710</sup>. Das wurde insbesondere mit der **Unterscheidung zwischen eigenen und geerbten Ansprüchen** begründet. Sowohl die Rechtsprechung als auch der Großteil der Lehre haben aber versucht, die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten mit der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches seiner „nahen Angehörigen“ in Einklang zu bringen<sup>711</sup>: So hat der Kassationshof bei der Begründung des Mitverschuldenseinwands darauf abgestellt, dass der Gegenstand der Klagen des Erstgeschädigten und seiner „nahen Angehörigen“ zwar unterschiedlich sein mag, sie aber aus demselben tatsächlichen Geschehen herrühren. In der Lehre wurde neben der Einheit des schädigenden Ereignisses (der Natur des Reflexschadens) insbesondere die familiäre Solidarität genannt, welche die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten trotz der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches gebietet.

### c) Deutschland

Der BGH betont die Selbstständigkeit der Schmerzensgeldansprüche Dritter, um die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf eine andere rechtliche Grundlage zu stützen als die bisherige Rechtsprechung<sup>712</sup>. *Looschelders* unterstreicht hingegen, dass auch mittelbare Schäden selbstständige Ansprüche nach sich ziehen,

709 Keller, Haftpflichtbestimmungen<sup>12</sup> 23.

710 *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 241ff; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 202f; *Fossereau*, RTD 1963, 14, 23 und 25; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 148f und 309; *Viney*, D. 1974, 6.

711 Cass Ch réün 25.11.1964, D.1964, 733 (*Aydalet*) = RTD 1965, 136 (*Rodière*); Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 614 (*Larroumet*) = D.1982, 85 (*Chabas*); *Aubert/Flour/Savaux*, Droit Civil<sup>10</sup> 374; Cass Ch réün 25.11.1964, D.1964, 733 (734ff) (*Aydalet*); *Boyer/Roland/Starck*, Obligations<sup>5</sup> 105; *Capitant/Lequetté/Terré*, Les grands arrêts II<sup>11</sup> 241ff (Rz 4f); *Chabas*, RTD 1967, 313 und 326f; *Durry*, RTD 1980, 113ff; *Fossereau*, RTD 1963, 19f und 23; *Huet*, RTD, 1987, 354; *Jourdain/Viney*, Les conditions<sup>2</sup> 307ff; Cass Ass plén 19.6.1981, D.1981, 641 (642) (*Larroumet*); *Meurisse*, D. 1962, Chr 94; *Rodière*, RTD 1964, 753; Cass Ch réün 25.11.1964, RTD 1965, 136 (*Rodière*); *Savatie*, D. 1964, Chr 156f und 159f; Cass crim 27.11.1956, D.1957, 373 (*Savatie*); *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 135.

712 *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit 539f und 543; BGH VI ZR 78/70, BGHZ 56, 163 (169).

weil die Mittelbarkeit eines Schadens bloß etwas mit der Ursachenverbindung zu tun hat, aber an der Selbstständigkeit des Anspruches nichts ändert. Bei Schockschäden liege jedoch ein höheres Maß an Selbstständigkeit vor als bei den in §§ 844, 845 BGB genannten Fällen, weil der Schockgeschädigte **in einem absolut geschützten Rechtsgut verletzt** ist. Während der BGH daran anknüpft, dass der Schmerzensgeldanspruch „naher Angehöriger“ als selbstständiger Anspruch unabhängig von den Ansprüchen des Erstgeschädigten besteht, lehnt das *Looschelders* sogar ab und setzt einen dem Schädiger zurechenbaren Erstschaden für den Schmerzensgeldanspruch des Schockgeschädigten voraus. Ein zu weitgehendes Verständnis der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches würde zu Ergebnissen führen, welche der BGH selbst ablehnt. Deshalb spricht sich *Looschelders* für ein engeres Verständnis der Selbstständigkeit aus, das keine völlig losgelöste Beurteilung von den Ansprüchen des Erstgeschädigten verlangt. Insofern werden **Auffassungsunterschiede über die Reichweite der Selbstständigkeit** deutlich, vereinzelt wurde auch in Deutschland vorgebracht, dass die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches mit der Anrechnung des Mitverschuldens nicht in Einklang gebracht werden kann. So argumentieren insbesondere *Schmidt* und *Brüggemeier*, welche die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten ablehnen<sup>713</sup>. Nach der Meinung von *Brüggemeier* wird die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ durch die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten eingeschränkt. Eine Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten auf die Schmerzensgeldansprüche seiner „nahen Angehörigen“ sei daher abzulehnen. Der Schmerzensgeldanspruch eines Schockgeschädigten bestehe nämlich unabhängig davon, ob der Erstgeschädigte einen Schadenersatzanspruch gehabt hätte. Die gegenteilige Auffassung der Rechtsprechung führe außerdem zu einer **Differenzierung zwischen den Schockgeschädigten**, nämlich zwischen den „nahen Angehörigen“ und anderen Dritten; nur Erstere müssen sich ein Mitverschulden des Erstgeschädigten anrechnen lassen. Im Gegensatz dazu spricht sich *Stoll* für eine gesetzliche Regelung des Angehörigenschmerzensgeldes aus und möchte den „nahen Angehörigen“ einen abgeleiteten Anspruch einräumen<sup>714</sup>. Ein abgeleiteter Anspruch wäre dem eigenen Anspruch der „nahen Angehörigen“, wie ihn die Rechtsprechung bisher bei einer Gesundheitsverletzung iSd § 823 Abs1 BGB bejaht hat, vorzuziehen. Denn dann müsste nicht mehr geprüft werden, ob der Schädiger auch gegenüber den „nahen Angehörigen“ schuldhaft gehandelt hat (die Prüfung einer Gesundheitsverletzung würde im Falle der Anerkennung von Trauerschäden aber ohnehin entfallen).

---

713 *Brüggemeier*, Prinzipien 98f; *Schmidt*, MDR 1971, 540.

714 *Stoll*, Haftungsfolgen 363.

## d) Österreich

Wie der BGH versucht auch der OGH die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ und die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten über die „Angehörigeneigenschaft“ miteinander in Einklang zu bringen<sup>715</sup>: Dafür ist die Erwägung maßgeblich, dass die „Angehörigeneigenschaft“ in die Schmerzensgeldbemessung einfließen muss, solange der Schmerzensgeldanspruch von ihr abhängt; die „Angehörigeneigenschaft“ rechtfertigt also die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten, obwohl die „nahen Angehörigen“ einen selbstständigen Anspruch haben. Dabei stellt der OGH auf den **Rechtsvergleich**, bedeutende sowie dafür sprechende **Wertungen** und die Auffassung einiger Vertreter der **Lehre** ab, welche die bisherige überwiegende Lehre ernsthaft in Frage stellen, wonach die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten abzulehnen sei, weil sie die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches seiner „nahen Angehörigen“ verletzt.

## e) England

Obwohl in der englischen Rechtsprechung bisher eine ausdrückliche Klarstellung der Anrechnung des Mitverschuldens fehlt, ist auch dort von einem selbstständigen Schmerzensgeldanspruch der „nahen Angehörigen“ auszugehen<sup>716</sup>. Vereinzelt wird die Anrechnung des Mitverschuldens auch in England mit dem Vorbringen bekämpft, dass es die Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches verletzen würde<sup>717</sup>. Die anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen zeigen aber, dass die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten mit der Selbstständigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ in Einklang gebracht werden kann.

## f) Zusammenfassung

Im gemeinen Recht und im Straßenverkehrsrecht trifft man zwar zum Teil auf eine **unterschiedliche rechtliche Natur** der Schmerzensgeldansprüche, das Ergebnis unterscheidet sich aber nicht wesentlich<sup>718</sup>: In allen Fällen gelangt man zur **Anrechnung des**

715 OGH 2 Ob 178/04x, ZVR 2004, 371 (373) (*Danzl*); *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 73; *Karner*, ZVR 2001, 288f; *Karner/Kozioł*, Reform II/1 85f.

716 *Lumley*, MLR 1993, 411; HL *Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, All ER 1991, 907 (932).

717 *Karczewski*, Schockschäden 171.

718 *Stahmer*, Nichtvermögensschäden bei Tötung 163f und 180.

**Mitverschuldens** des Erstgeschädigten. Soweit ein abgeleiteter Anspruch vorliegt, stellt die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten eine Selbstverständlichkeit dar. Bei selbstständigen Ansprüchen muss hingegen erst eine **überzeugende Begründung** gefunden werden, um die gleichzeitige Unabhängigkeit und Abhängigkeit des Schmerzensgeldanspruches „naher Angehöriger“ miteinander in Einklang zu bringen. Völlig zutreffend ist auch von einer **gemischten Natur der Schmerzensgeldansprüche „naher Angehöriger“** die Rede<sup>719</sup>: Es handelt sich dabei um selbstständige Ansprüche; Schock- und Trauerschäden sind aber durch die Einheit des schädigenden Ereignisses mit dem Erstscha-den verbunden und die intensive Gefühlsgemeinschaft zwischen „nahen Angehörigen“ verbietet wechselseitige Schmerzensgeldklagen, sofern sie die Grundlage dafür bildet. Das benachteiligt die „nahen Angehörigen“ auch nicht auf ungerechte Weise gegenüber anderen Dritten, die sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten nicht entgehen lassen müssen. Betrachtet man die Ausführungen zum anspruchsberechtigten Personenkreis, dann stellen die Schmerzensgeldansprüche schockgeschädigter Dritter ohne enge Nahebeziehung zum Erstgeschädigten ohnehin eine Minderheit dar, die nur in ganz besonderen Fällen gerechtfertigt erscheinen. In den bisherigen Fällen würde der Mitverschuldenseinwand gegenüber schockgeschädigten Dritten, die keine „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten sind, sogar absurd erscheinen (zum Anspruchsverlust führen)<sup>720</sup>. Umgekehrt rechtfertigt die **familiäre Solidarität** zwischen „nahen Angehörigen“ auch eine Differenzierung zu ihren Lasten: **Unterschiedlich gelagerte Fälle dürfen auch ungleich behandelt werden**. Deshalb sind die von der Rechtsprechung gewählten Lösungen in den zu untersuchenden Rechtsordnungen durchaus zu begrüßen. Die Klärung der Rechtslage lässt außerdem eine noch weitergehende Zustimmung in der Lehre erwarten.

---

719 *Fossereau*, RTD 1963, 19f.

720 BGH VI ZR 103/84, NJW 1986, 777 = VersR 1986, 448 (*Dunz*) = VersR 1986, 240; OGH 2 Ob 120/02i, EFSlg 104.750, 104.758 = JBl 2004, 176 = RdW 2003/550 = ZVR 2004/25.

## V. Schlusswort

Um eine Haftungsausuferung zu vermeiden und zur Rechtssicherheit beizutragen, sind klare Grenzen zu ziehen. Deshalb ist danach zu fragen, **wann so deutliche Unterschiede bestehen, die eine Differenzierung rechtfertigen**: Wer zum anspruchsberechtigten Personenkreis und insbesondere zu den „nahen Angehörigen“ zählt, muss sich also von anderen Personen markant abheben, weil damit eine Reihe wichtiger Differenzierungen verbunden sind; so können schockgeschädigte Dritte mangels „Angehörigeneigenschaft“ nur **bei qualifizierter Nähe zum schädigenden Ereignis** für einen Schmerzensgeldanspruch in Frage kommen, ausschließlich „nahe Angehörige“ für Gefühlsschäden durch die Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten Ersatz erhalten und sich das Mitverschulden des Erstgeschädigten auch nur zulasten seiner „nahen Angehörigen“ auswirken. Unmittelbare Unfallbeteiligte, die sich selbst im Gefahrenbereich aufgehalten haben, erleben ein schädigendes Ereignis ganz anders als Unbeteiligte, die erst im Nachhinein zu einem schädigenden Ereignis hinzukommen und es bloß beobachten oder lediglich davon erfahren. Das erklärt, warum nicht jeder beliebige Fremde ein Schmerzensgeld für seinen Schockschaden erhalten kann. **Bei der Bestimmung der „nahen Angehörigen“** ist danach zu fragen, wodurch sie sich von anderen Verwandten, Freunden oder Bekannten unterscheiden, die dem Erstgeschädigten zwar auch nahe stehen, aber ein lockeres Verhältnis zu ihm unterhalten: Die enge familiäre Beziehung zwischen dem Erst- und Zweitgeschädigten macht den Unterschied; ihre Charakterisierung ist daher besonders bedeutsam.

Unvermeidlich damit verbunden ist die Frage nach dem **erforderlichen Schweregrad des Erstschadens**: Auch hier sind klare Grenzen zu ziehen; einerseits rechtfertigt sich bei Schockschäden eine Differenzierung zwischen den „nahen Angehörigen“ und anderen schockgeschädigten Dritten, andererseits rechtfertigt sich bei „nahen Angehörigen“ auch eine Differenzierung je nach dem, ob sie einen Schock- oder Gefühlsschaden erleiden. Die enge Gefühlsbindung zwischen „nahen Angehörigen“ gefährdet sie auch dort in hohem Maße, einen Schockschaden zu erleiden, wo es andere Dritte nicht sind – bei der ernsthaften Gefährdung des Erstgeschädigten trotz glimpflichen Ausgangs des Schadensfalles. Weiters sind bei Schockschäden „naher Angehöriger“ die Anforderungen an den Erstschaden u. U. geringer als bei Gefühlsschäden, weil durch das

Vorliegen einer Körperverletzung ohnehin ein schweres und nachhaltiges psychisches Leid nachgewiesen wird. Gerade Letzteres ist für den Ersatz von Schock- und Gefühlschäden entscheidend und insofern entfaltet die **Körperverletzung** ihre **Funktion als Haftungsgrenze**. Dem Schweregrad des Erstschadens kommt nur indirekt Bedeutung zu: Denn bei Schockschäden muss ein verständlicher Anlassfall vorliegen und bei Gefühlschäden eine schwere Persönlichkeitsverletzung. Darin liegt zugleich der wesentliche Unterschied zwischen dem französischen Recht und den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen: Während in Frankreich ein fließender Übergang zwischen Schock- und Trauerschäden besteht, fungiert die Körperverletzung in den anderen zu untersuchenden Rechtsordnungen als Haftungsgrenze.

**Die dargelegten, aus dem Rechtsvergleich gewonnenen Erkenntnisse sprechen auch im österreichischen Recht für einen weitergehenden Ersatz von Gefühlsschäden.** Dafür bieten die vorhandenen gesetzlichen Regelungen eine ausreichende Grundlage<sup>721</sup>. Eine noch klarere Formulierung, wie sie der Entwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht vorsieht, schadet jedoch nicht und lässt breite Zustimmung vonseiten der Lehre erwarten<sup>722</sup>. Kritikwürdig erscheint daran nur die Begrenzung auf besonders schwere Verletzungen des Erstgeschädigten, weil damit eher ein starres System geschaffen wird und die erforderliche Definition einer „besonders schweren Verletzung“ zu Spannungen führen kann: Würde die Ehegattin, die sich der Pflege ihres Ehemannes widmet, kein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden erhalten, weil ihr Mann „nur“ zu 75% und nicht zu 80% invalid ist? Ein allzu starres Anknüpfen an den Schweregrad der Erstverletzung könnte daher zu Ungerechtigkeiten führen. Außerdem ist es vielmehr entscheidend, dass das seelische Leid der „nahen Angehörigen“ mit dem im Todesfall vergleichbar ist, also sehr schwer wiegt. Deshalb erscheint es besser, ihnen auf der Grundlage eines flexiblen Tatbestandes ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden durch die Verletzung des Erstgeschädigten zu gewähren. Genau einen solchen findet man im schweizerischen Recht vor: Nämlich die schwere Persönlichkeitsver-

721 *Bydlinski* in FS Caemmerer 792ff; *Bydlinski*, JBl 1965, 179ff und 238ff; *Danzl*, ZVR 1990, 1; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 303ff; *Feil*, ABGB Handkommentar VII § 1327 283; *Greiter*, AnwBl 2002/9, 449f; *Kadner*, ZEuP 2002, 853; OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 287 (288) (*Karner*); *Karner*, *ecolex* 2001, 37; *Klang*, JBl 1952, 477; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 8/47 und 11/11; *Kramer*, ZVR 1971, 146; *Kramer*, ZVR 1974, 132; *Migisch*, VR 1974, 11; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1324 Rz 10ff und § 1325 Rz 5a; *Schobel*, RdW 2002, 208f; *Strasser*, Der immaterielle Schaden 24ff; *Welser*, ÖJZ 1975, 40f; *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum ABGB VP § 1323 122 und § 1295 40.

722 *Danzl* in *Danzl/Gutiérrez-Lobos/Müller*, Schmerzensgeld<sup>8</sup> 153; *Danzl*, ZVR 2000, 402; *Eustacchio*, Tötung von Familienangehörigen 304; *Heidrich*, ÖAZ 2001, 77; *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 29; *Huber*, ZVR 2000, 231; *Karner/Koziol*, Reform II/1 82 und 144.

letzung in Art. 49 OR<sup>723</sup>. Flexibel heißt nicht, dass die „nahen Angehörigen“ bei jedem Schweregrad der Erstverletzung ein Schmerzensgeld für ihren Gefühlsschaden erhalten. Im Gegenteil, der Nachweis einer schweren Persönlichkeitsverletzung ist nicht leicht zu erbringen und es trifft sie die Beweislast dafür. Dadurch wird eine klare Haftungsbegrenzung vorgenommen, die es zu keiner Haftungsausuferung kommen lässt und gleichzeitig zur Rechtssicherheit beiträgt. Die weitgehende Anerkennung von Schock- und Gefühlsschäden rückt außerdem den allfälligen Schmerzensgeldanspruch des Erstgeschädigten für seine bloße Rechtsgutverletzung (Leben oder Körperverletzung) in den Hintergrund<sup>724</sup>.

Um den Befürchtungen einer Haftungsausuferung entgegenzuwirken, muss ein konkreter Tatbestand für den Ersatz von Gefühlsschäden umschrieben werden, der die im Gesetz enthaltenen Anhaltspunkte für eine Haftung wiedergibt und keine Hintertüre für beliebige Haftungserweiterungen offenlässt<sup>725</sup>. Gerade das hat der OGH in seiner Entscheidung 2 Ob 84/01v getan und hat sich dabei auf eine Gesamtabwägung der relevanten Bestimmungen in unserer Rechtsordnung gestützt: danach können die „nahen Angehörigen“ des Erstgeschädigten bei einem groben Verschulden des Schädigers Ersatz für ihren Gefühlsschaden erhalten, wenn dieser auf den Tod des Erstgeschädigten zurückzuführen ist. Die enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises verhindert eine Haftungsausuferung und das grobe Verschulden des Schädigers liefert einen besonders starken Zurechnungsgrund für die Haftung. Den Wertungen des Gesetzes ist zu entnehmen, dass vergleichbare immaterielle Schäden bei grobem Verschulden des Schädigers jedenfalls zu ersetzen sind. Der OGH sollte den Ersatz von Gefühlsschäden jedoch de lege lata erweitern und diese auch im Falle des Überlebens des Erstgeschädigten sowie unabhängig von einem groben Verschulden des Schädigers anerkennen. Dafür bietet **§ 1293 ABGB** die erforderliche gesetzliche Grundlage<sup>726</sup>. In richterlicher Rechtsfortbildung könnte folgender Tatbestand für den Ersatz von Gefühlsschäden nach § 1293 ABGB formuliert werden: **Unter Würdigung der besonderen Umstände kann ein Schmerzensgeld für die schwere Persönlichkeitsverletzung durch die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“ gewährt werden.** Eine schwere Persönlichkeitsverletzung ist im Falle der Tötung eines „nahen Angehörigen“ zu vermuten, muss im Falle des Überlebens aber nachgewiesen werden, weshalb auch ein vergleichbares seelisches Leid wie im Todesfall vorliegen muss. Die „Angehörigeneigenschaft“

723 *Gurzeler*, Beitrag 203; *Keller*, Haftpflichtbestimmungen <sup>12</sup> 23; *Widmer* in 15. ÖJT II/2 53.

724 In diesem Sinne OGH 2 Ob 55/04h, ÖJZ 2005/150 = JBl 2005, 513 = ZVR 2005/61; *Hinteregger* in 15. ÖJT II/2 29; *Widmer* in 15. ÖJT II/2 52 und 55.

725 OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (288) (*Karner*);

726 So schon *Strasser*, Der immaterielle Schaden 24ff; siehe auch *Griehser/Tutsch*, ZVR 2006, 260.

wird zugunsten des Ehegatten, der Kinder und der Eltern des Erstgeschädigten widerlegbar vermutet, anderen Zweitgeschädigten steht aber der Beweis einer engen Nahebeziehung offen. Über die „Würdigung der besonderen Umstände“ soll ausdrücklich sichergestellt werden, dass man den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragen kann. Durch die enge Begrenzung des anspruchsberechtigten Personenkreises und den klar abgrenzbaren Tatbestand der schweren Persönlichkeitsverletzung ist auch keine Haftungsauferlegung zu befürchten. Die Verletzung der höchsten Rechtsgüter (Gesundheit und Leben) wiegt daher so schwer, dass eine Haftung für Gefühlsschäden auch auf der Grundlage der Gefährdungshaftung sowie bei leichtem Verschulden des Schädigers in Betracht kommt<sup>727</sup>. Unsere Rechtsordnung anerkennt nämlich nicht nur das Verschulden des Schädigers als starken Zurechnungsgrund, sondern auch das Vorliegen einer zurechenbaren Gefahr. Das würde der in Europa vorherrschenden Auffassung Rechnung tragen, wonach der Tod oder die Verletzung eines „nahen Angehörigen“ zu den schwersten Persönlichkeitsverletzungen zählen kann und daher angemessen zu entschädigen ist. Die Gerichte sind dadurch auch nicht vor unlösbare Probleme gestellt, weil sowohl der Rechtsvergleich als auch die bisherige Rechtsprechung über den Ersatz von Schock- und Trauerschäden Anhaltspunkte bieten, wenn es etwa um die erforderliche Schwere der Erstverletzung oder die Bemessung des Schmerzensgeldes geht. Damit wird auch kein absolutes Recht auf einen Menschen begründet, wie manche Kritiker behaupten<sup>728</sup>. Es geht nicht darum, dass ein Recht darauf besteht, sein Leben mit einem bestimmten und gesundheitlich unversehrten Menschen zu verbringen, sondern um die tiefe seelische Beeinträchtigung der „nahen Angehörigen“ durch die Tötung oder Verletzung des Erstgeschädigten. Ein absolutes Recht auf Glück oder auf ein Zusammensein mit einem Menschen gibt es zweifelsohne nach den Wertungen unserer gesamten Rechtsordnung nicht. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass z. B. Ehegatten die Möglichkeit haben, sich scheiden zu lassen – eine Ehe beruht auf dem beiderseitigen Willen der Ehegatten, ein Leben zu teilen, ein Recht auf das lebenslange Zusammenleben besteht dagegen nicht, weil jedem Ehegatten die Scheidung offensteht. Daher kann es nach unserer Rechtsordnung nur ein Recht darauf geben, nicht in erheblichen Maß psychisch geschädigt zu werden und andererseits die Pflicht

<sup>727</sup> Ergibt sich aus § 1323, 1324 ABGB: *Bydlinski* in FS Caemmerer 792ff; *Bydlinski*, JBl 1965, 179ff und 238ff; OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 287 (288) (*Karner*); *Klang*, JBl 1952, 477; *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 8/47 und 11/11; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1324 Rz 10ff; *Strasser*, Der immaterielle Schaden 24ff; *Wolff* in *Klang*, Kommentar zum ABGB VP § 1323 122; *Und* § 12 Abs1 ZA, § 13 ZA EKHG; *Dittrich/Tades*, ABGB Taschenkommentar Manz<sup>21</sup> 658f; *Fucik/Hartl/Ofner/Schlosser* in *Fucik/Hartl/Schlosser*, Handbuch VI Rz II/117 und II/122.

<sup>728</sup> *Aldag*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger?, ZRP 1989, 312.

bestehen, psychische Schäden zu vermeiden wie das auch für physische anerkannt ist. Der Kummer der „nahen Angehörigen“ ist auch nicht darauf zurückzuführen, dass sie in ihrem Recht auf den unversehrten Erstgeschädigten verletzt wurden. Vielmehr geht dieser darauf zurück, dass sie durch die Tötung oder Verletzung eines geliebten Menschen erhebliches Leid erfahren. Soweit starke Zurechnungsgründe (Verschulden oder besondere Gefahr) vorliegen, kann auch nicht einfach von einem selbst zu tragenden „Schicksal“ gesprochen werden. Wie kann daher davon die Rede sein, dass die Menschen heute nicht mehr in der Lage sind, ihr „Schicksal“ zu ertragen und sie es verlernt hätten, mit dem Tod als natürliche Konsequenz des Lebens umzugehen. Es ist nicht einzusehen, warum für Gefühlsschäden etwas anderes gelten sollte, wie für Schockschäden. Denn es ist von einem ähnlich gelagerten seelischen Leid auszugehen, das allein aufgrund subjektiver Gegebenheiten unterschiedlich in Erscheinung tritt. Der Schädiger ist daher zur Leistung eines Schmerzensgeldes für Schock- und Gefühlsschäden zu verpflichten, soweit ihm der Schaden zurechenbar ist.

Der **Entwurf für das neue österreichische Schadenersatzrecht** wird der Forderung nach einer Gleichstellung physischer und psychischer Schäden gerecht<sup>729</sup>: § 1293 bekennt sich zunächst dazu, dass immaterielle und materielle Nachteile zwar zu unterscheiden sind, aber gleichwertige Schäden darstellen; weiters nennt § 1316 Abs3 die Verletzung des Körpers oder der Gesundheit (Z1) und das seelische Leid durch die Tötung oder besonders schwere Verletzung eines „nahen Angehörigen“ (Z2) als gleichwertige Schäden, die den Zuspruch eines angemessenen Schmerzensgeldes rechtfertigen und anerkennt damit beide Schäden als schwere und objektiv nachvollziehbare Verletzungen von Persönlichkeitsrechten (§ 1316 Abs2 iVm § 1316 Abs3). Insofern sind seelische und körperliche Leiden gleichgestellt und als gleichwertige Schäden einer Person anerkannt. Außerdem soll für Gefühlsschäden auch auf der Grundlage der Gefährdungshaftung Ersatz gewährt werden, was unserer Rechtsordnung insofern Rechnung trägt, als aufgrund einer besonderen Gefahr auch ohne Verschulden haftet wird. Die besondere Gefahr tritt an die Stelle des Verschuldens und rechtfertigt daher eine verschuldensunabhängige Haftung. Das Erfordernis eines groben Verschuldens des Schädigers wurde von der österreichischen Lehre kritisiert, weil der OGH den Ersatz von Trauerschäden auf der Grundlage der Gefährdungshaftung generell abgelehnt hat, obwohl eine außergewöhnliche Betriebsgefahr dem groben Verschulden gleichzuhalten ist und eine Haftung daher jedenfalls rechtfertigt<sup>730</sup>.

729 Griss, JBl 2005, 274f und 282f; Karner in Griss/Kathrein/Kozioł, Entwurf Rz6f.

730 Fucik/Hartl/Ofner/Schlosser in Fucik/Hartl/Schlosser, Handbuch VI Rz IV/26; Greiter, AnwBl 2002/9, 449f; Kadner, ZEuP 2002, 855ff; OGH 2 Ob 79/00g, ZVR 2001, 204 (208f) (Karner); OGH 8 Ob 127/02p, ZVR

Zur begrifflichen Klärung ist noch festzuhalten, dass als Persönlichkeitsrechte die Summe aller mit einer Person verbundenen Rechte zu verstehen sind, darunter auch das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit<sup>731</sup>. Deshalb stellt die schwere Persönlichkeitsverletzung durch die Tötung oder Verletzung eines „nahen Angehörigen“ auch die **Verletzung in einem Persönlichkeitsrecht** dar. Daneben gibt es aber noch eine Vielzahl weiterer Persönlichkeitsrechte. Die Umschreibung eines konkreten Tatbestandes ist daher sehr wichtig, um der Gefahr einer Haftungsausuferung entgegenzuwirken<sup>732</sup>. Diesbezüglich spricht § 1293 ABGB ganz allgemein von **Nachteilen an Rechten oder an der Person**<sup>733</sup>, was erst von der Rechtsprechung und Lehre ausgefüllt werden muss. Diese Aufgabe wurde in Hinblick auf § 1325 ABGB bereits wahrgenommen und damit ein flexibles System für den Ersatz von Schockschäden geschaffen. Auch § 1325 ABGB normiert keineswegs alle für Schockschäden geltenden Grundsätze ausdrücklich, sondern gibt vielmehr einen allgemeinen Rahmen vor. Die österreichische Entwicklung zeigt, wie vorbildlich die Rechtsprechung und Lehre ihre verantwortungsvolle Aufgabe erfüllt haben, geeignete Zurechnungskriterien zu entwickeln und das Gesetz zu konkretisieren. Daher sollte auch für Gefühlsschäden nicht einfach deshalb nach dem Gesetzgeber gerufen werden, weil die Entwicklung geeigneter Zurechnungskriterien schwierig erscheint. Mittlerweile scheinen wichtige Fragen wie der Begriff der „nahen Angehörigen“, die Anrechnung des Mitverschuldens des Erstgeschädigten sowie der konkrete Tatbestand für den Ersatz von Gefühlsschäden „naher Angehöriger“ zur Genüge geklärt, so dass **keine Bedenken bestehen, die Haftung für Gefühlsschäden de lege lata zu erweitern**. Von einer schwereren objektiven Nachvollziehbarkeit im Vergleich zu Schockschäden kann nicht mehr die Rede sein und das schwere seelische Leid der „nahen Angehörigen“ soll als das anerkannt werden, was es ist: nämlich ein auszugleichender Schaden<sup>734</sup>. Das trägt zum **Schutz der höchsten Rechtsgüter unserer Rechtsordnung** bei und stellt den **Gleichklang mit der in Europa vor-**

2002, 388 (393) (*Karner*); *Karner/Koziol*, Reform II/1 81f; *Kath*, Schmerzensgeld 120f; *Reischauer* in *Rummel*, Kommentar zum ABGB II/2b<sup>3</sup> § 1325 Rz 5a; *Schobel*, RdW 2002, 208f.

731 *Dittrich/Tades*, ABGB Taschenkommentar Manz<sup>21</sup> 479f und 503; *Griss*, JBl 2005, 274f und 282f; OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (288) (*Karner*); *Koch/Koziol* in *Koch/Koziol*, Personal Injury 18 (Rz 60); für ein gleichlautendes Verständnis des „allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ in Deutschland *Klinger*, NZV 2005, 291ff; a.M. BVerfG 1 BvR 1127/96, VersR 2000, 897 und *Wagner*, VersR 2000, 1305.

732 So auch OGH 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 284 (288) (*Karner*).

733 *Dittrich/Tades*, ABGB Taschenkommentar Manz<sup>21</sup> 479f; vgl. §823 Abs1 BGB – allgemeines Persönlichkeitsrecht als „sonstiges Recht“: *Klinger*, NZV 2005, 291ff; *Sprau* in *Palandt/Bearbeiter\** (Hrsg), Beck'sche Kurzkommentar zum BGB<sup>65</sup> (2006) § 823 Rz 4 und Rz 84ff.

734 Siehe dazu insbesondere § 1316 Abs2 iVm §1316 Abs3 des Entwurfs für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – *Griss*, JBl 2005, 282.

**herrschenden Auffassung** her, dass dem seelischen Leiden eines Menschen in einer zivilisierten Rechtsgemeinschaft volle Anerkennung zuzusprechen ist und es nicht unter dem Deckmantel der erschwerten Nachvollziehbarkeit untergraben werden darf.

## Literaturverzeichnis

### DEUTSCHLAND

#### I. Selbstständige Werke und Kommentare

- Hans-Jürgen Ahrens/Erwin Deutsch*, Deliktsrecht. Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 4. Auflage (2002).
- Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (2003).
- Gert Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage (1999).
- Erwin Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage (1996).
- Judith Göbel*, Geldentschädigung und Schmerzensgeld. Konvergenz oder Divergenz? (2004).
- Friedrich Graf von Westphalen/Martin Henssler* (Hrsg), Praxis der Schuldrechtsreform (2003).
- Lothar Jaeger/Jan Luckey*, Das neue Schadenersatzrecht (2002).
- Lothar Jaeger/Jan Luckey*, Schmerzensgeld (2003).
- Joachim Knoche*, Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als „Familienangehörige“? (1987).
- Gerhard Küppersbusch*, Ersatzansprüche bei Personenschaden V, 8. Auflage (2004).
- Dirk Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (1999).
- Egon Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“. Eine Untersuchung auf der Grundlage des §847 BGB (1981).
- Walter Odersky*, Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger (1989).
- Palandt/Bearbeiter\** (Hrsg), Beck'sche Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 65. Auflage (2006).
- Dong-Jin Park*, Grund und Haftung für Schockschäden nach §823 I BGB (1997).
- Kurt Rebmann/Roland Rixecker/Franz Jürgen Säcker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 (2004).
- Johannes Schunack*, Schmerzensgeld. Entscheidungen und Veröffentlichungen (1967-1974).
- Andreas Slizyk*, Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle. Von Kopf bis Fuß, 4. Auflage (2001).

*Hans Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (1993).

*Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg), Verhandlungen des 45.DJT I/1 (1964).

II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

*Stefan Aldag*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger?, ZRP 1989, 312.

*Gudrun Bollinger*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger, ZRP 1989, 32.

*Dirk Buller/Rainer Heß*, Der Kinderunfall und das Schmerzensgeld nach Änderung des Schadenrechtes, zfs 2003, 218.

*Michael Burmann/Rainer Heß*, Das Angehörigenschmerzensgeld und mittelbar Betroffene, NJW-Spezial 2006, 303.

*Michael Burmann/Rainer Heß*, Das Schmerzensgeld bei schweren Verletzungen, NJW-Spezial 2005, 207.

*Karl G. Deubner*, Das mitwirkende Verschulden beim Fernwirkungsschaden, NJW 1957, 1269.

*Karl G. Deubner*, Rechtsanwendung und Billigkeitsbekenntnis – BGH, NJW 1971, 1883\*, JuS 1971, 622.

*Erwin Deutsch*, Schmerzensgeld und Genugtuung\*, JuS 1969, 197.

*Erwin Deutsch*, Immaterieller Schadenersatz für neue Ansprüche: Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung und Forschungsunfall, in FS Hausheer (2002) 551.

*Erwin Deutsch/Stephan Schramm*, Schockschaden und frustrierte Aufwendungen, VersR 1990, 715.

*Angela Diederichsen*, Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, VersR 2005, 433.

45.DJT, Deutscher Juristentag in Karlsruhe, NJW 1964, 2098.

*Erike von Hippel*, Haftung für Schockschäden Dritter, NJW 1965, 1890.

*Christian Huber*, Schmerzensgeld ohne Schmerzen bei nur kurzzeitigem Überleben der Verletzung im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben?, NZV 1998, 345.

*Jürgen Jahnke*, Mittelbare Betroffenheit und Schadenersatzanspruch, r+s 2003, 89.

*Helmut Janker*, Möglichkeiten und Grenzen einer Neugewichtung der Schadenersatzleistungen bei Verkehrsunfällen, ZRP 1997, 416.

*Christian Katzenmeier*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld, JZ 2002, 1029.

- Remo Klinger*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene von Verkehrsopfern?, NZV 2005, 290.
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003).
- Hein Kötz*, Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung, in FS Caemmerer (1978) 389.
- Ralf Lieberwirth*, Das Schmerzensgeld – ein dringendes Reformproblem, DAR 1966, 179.
- Dieter Medicus*, Entscheidungen des BGH als Marksteine für die Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts, NJW 2000, 2921.
- Dieter Medicus*, Die psychisch vermittelte Kausalität im Zivilrecht\*, JuS 2005, 289.
- Gerda Müller*, Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG, VersR 1995, 489.
- Gerda Müller*, Haftungsrechtliche Probleme des Massenschadens, VersR 1998, 1181.
- Dieter Nörr*, Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 1959-60, 1.
- Werner Pauker*, Die Berücksichtigung des Verschuldens bei der Bemessung des „Schmerzensgeldes“, VersR 2004, 1391.
- Horton Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001).
- Erika Scheffén*, Umdenken im Haftungsrecht, NZV 1995, 218.
- Erika Scheffén*, Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfällen, ärztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung, ZRP 1999, 189.
- Ronald Schmid*, Wenn böse Buben locken. Überlegungen zum Concorde-Unfall, Anwalt 2001, 6.
- Ronald Schmid*, Opfer-Entschädigung: Der Kampf der Angehörigen, Anwalt 2001, 48.
- Ronald Schmid*, Neue Haftungsrisiken bei Personenschäden im Luftfahrtbereich, VersR 2002, 26.
- Eike Schmidt*, Schockschäden Dritter und adäquate Kausalität, MDR 1971, 538.
- Hans Stoll*, Ersatz für immateriellen Schaden im Verkehrsrecht, DAR 1968, 303.
- Tobias Strömer*, Schmerzensgeld für Angehörige, ZRP 1988, 440.
- Christian Ullmann*, Familienrechtlicher Regelungsbedarf beim Schmerzensgeld, FamRZ 1988, 801.
- Ulrich Voß*, Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruchs, VersR 1990, 821.
- Wilhelm Vorndran*, Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei der Tötung naher Angehöriger. Ein Diskussionsvorschlag, ZRP 1988, 293.
- Gerhard Wagner*, Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen, VersR 2000, 1305.

*Wilhelm Weimar*, Schreck- und Schockschäden bei Verkehrsunfällen, MDR 1964, 987.

*Wilhelm Weimar*, Wan haftet ein Schadenstifter für Schockschäden Dritter?, MDR 1970, 565.

*Werner Wussov*†/*Bearbeiter*, Unfallhaftpflichtrecht, 15. Auflage (2002) (*Reinhard Baur* in *Wussov*†/*Bearbeiter*, Die Rechtsgrundlagen der Schadenersatzansprüche Rz 12ff, 120ff).

### III. Gesetzesausgaben

BGB, 55. Auflage (2004), Beck-Texte.

## ENGLAND

### I. Selbstständige Werke und Kommentare

*Guido Alpa/Michael Coester/Basil Markesinis/Augustus Ullstein* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law (2005).

*Peter Barrie*, Personal Injury Law. Liability, Compensation and Procedure, 2. Auflage (2005).

*Silas Beckwith/Paula Giliker*, Tort (2000).

*Peter Cane*, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, 6. Auflage (1999).

*Anthony Dugdale*, Clerk&Lindsell on TORTS, 4.Ergänzung zur 18. Auflage (2004).

*Catherine Elliott/Frances Quinn*, Tort Law, 4. Auflage (2003).

*Michael Harris/Paul Skidmore/Keith Stantan/Jane Wright*, Statutory Torts (2003).

*Richard Kidner*, Casebook on Torts, 8. Auflage (2004).

*Mark Lunney/Ken Oliphant*, Tort Law. Text and Materials, 2. Auflage (2003).

*Francis Mc Manus/Eleanor Russell*, Delict (1998).

*Tony Weir*, Tort Law (2002).

### II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

*Christian von Bar* (Hrsg), Deliktsrecht in Europa (1994) (*Josephine Sharv*, Länderbericht England und Wales, in *Bar*, Deliktsrecht 64ff).

*A.L. Goodhart*, Emotional Shock and the unimaginative taxicab driver, LQR 1953, 347.

*Andrew Grubb* (Hrsg), The Law of Tort (2002) (*Alistair Mullis*, Damages, in *Grubb*, Law of Tort 198, 246ff).

*Peter Handford*, Psychiatric Injury where the defendant is the immediate victim, LQR 2001, 397.

- B.A. Hepple*, Tort, All ER Annual Review 1982, 297.
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005).
- Lunney*, Book review, M.L.R. 1993, 408.
- Bernadette Lynch*, A Victory for Pragmatism? Nervous Shock Reconsidered, LQR 1992, 367.
- Ulrich Magnus/Miquel Martin-Casals* (Hrsg), Unification of Tort Law. Contributory Negligence (2004).
- Nicholas Mullany*, English Psychiatric Injury Law—Chronically Depressing, LQR 1999, 30.
- Alastair Mullis*, Nervous shock, All ER Annual Review 1991, 371.
- Alastair Mullis*, Nervous shock, All ER Annual Review 1992, 443.
- Marc Owen*, Negligence—Nervous shock, CLJ 1983, 41.
- R.E.M.*, Notes, LQR 1965, 3.
- R.E.M.*, Notes, LQR 1949, 438.
- Horton Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001).
- Harvey Teff*, Liability for negligently inflicted Nervous Shock, LQR 1983, 100.
- Stephan Todd*, Psychiatric Injury and Rescuers, LQR 1999, 345.
- F.A.Trindade*, The principles governing the recovery of damages for negligently caused nervous shock, CLJ 1986, 476.

### III. Gesetzesausgaben

- Steve Hedley*, Contract Tort & Restitution, 2. Auflage (1999) (*Hedley*, Contract Tort 119ff).

## FRANKREICH

### I. Selbstständige Werke und Kommentare

- Jean-Luc Aubert/Jacques Flour/Eric Savaux*, Droit Civil. Les Obligations, 10. Auflage (2003).
- Laurent Boyer/Henri Roland/Boris Starck*, Obligations. Responsabilité Délictuelle, 5. Auflage (1996).
- Loïc Cadiet/Philippe le Tourneau*, Droit de la Responsabilité (1998).
- Henri Capitant/Yves Lequette/François Terré*, Les grands arrêts de la Jurisprudence Civile II, 11. Auflage (2000).

- Suzanne Carval*, La Construction de la Responsabilité Civile (2001).  
*François Chabas*, Leçons de Droit Civil. Obligations, 9. Auflage (1998).  
*François Chabas*, Les Accidents de la Circulation (1995).  
*Patrice Jourdain/Geneviève Viney*, Les conditions de la Responsabilité, 2. Auflage (1998).  
*Patrice Jourdain/Geneviève Viney*, Les Effets de la Responsabilité, 2. Auflage (2001).  
*Yvonne Lambert-Faivre*, Droit du Dommage Corporel, 5. Auflage (2004).  
*Yves Lequette/Philippe Simler/François Terré*, Droit Civil. Les Obligations, 8. Auflage (2002).

II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

- Holger Backu*, Schmerzensgeld bei Verkehrsunfallschäden in Frankreich, Spanien und Portugal, DAR 2001, 587.  
*Christian von Bar* (Hrsg), Deliktsrecht in Europa (1994) (*Peter Gotthardt*, Länderbericht Frankreich, in *Bar*, Deliktsrecht 14ff).  
*Bernard Beignier*, A propos du concubinage homosexuel, D. 1998, Chr 215.  
*François Chabas*, Le Cœur de la Cour de Cassation, D. 1973, chron. 211.  
*François Chabas*, Remarques sur l'obligation in solidum, RTD 1967, 310.  
*Georges Durry*, La distinction du préjudice propre et du préjudice successoral des héritiers de la victime, RTD 1972, 595.  
*Georges Durry*, Opposabilité ou inopposabilité de la faute de la victime à ceux qui agissent contre le tiers responsable de son décès en réparation de leur préjudice par ricochet?, RTD 1980, 112.  
*Georges Durry*, Responsabilité civile, RTD 1983, 341 (n°1 und 6).  
*Georges Durry*, L'absence de responsabilité envers ses proches de la victimes dont la faute a concouru à la réalisation de son dommage, RTD 1971, 849.  
*Georges Durry*, Responsabilité civile, RTD 1973, 774 (n°3, 4, 5).  
*Paul Esmein*, L'union libre, D. 1935, Chr 49.  
*Joële Fossereau*, L'incidence de la faute de la victime sur le droit a réparation de ses ayants cause agissant a titre personnel, RTD 1963, 7.  
*Nooman M.K. Goma*, La reparation du dommage et l'exigence d'un intérêt légitime juridiquement protégé, D. 1970, Chr 145.  
*Jean Hauser*, Mariages et couples homosexuels, RTD 2005, 574.  
*Jérôme Huet*, L'opposabilité de la faute d'une victime directe, ou du conducteur d'un véhicule, à des tierces personnes subissent un dommage par voie de conséquence: victimes par ricochet et propriétaire du véhicule, RTD 1987, 353.  
*Louis Josserand*, L'avènement du concubinat, D. 1932, Chr 45.

- Patrice Jourdain*, La faute de surveillance des parents victimes par ricochet d'un accident de la circulation, dont a été victime directe leur enfant, ne leur est pas opposable, RTD 1988, 783.
- Bernhard Koch/Helmut Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004).
- Yvonne Lambert-Favre*, Le droit et la morale dans l'indemnisation des dommages corporels, D. 1992, Chr 165.
- Ève Mattel*, Droit de la famille, SJ 1996 I, 59 (Nr.3903).
- Henri Mazeaud*, Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite d'un décès accidentel?, D.1932, chron. 79.
- Henri Mazeaud*, La lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé, condition de la responsabilité civile, D. 1954, Chr 39.
- Henri et Léon Mazeaud*, Obligations et contrats spéciaux, RTD 1957, 109 (n°12, 13).
- Gérard Memeteau*, La réparation du préjudice d'affection ou: la pierre philosophale, GP 1978, 400.
- R. Meurisse*, Les ayants cause agissant à titre personnel peuvent ils se voir opposer la faute de la victime?, D. 1962, Chr 93.
- G. Morange*, A propos d'un revirement de jurisprudence. La réparation de la douleur morale par le conseil d'État, D.1962, Chr 15.
- Georges Ripert*, Le prix de la douleur, D. 1948, Chr 1.
- René Rodière*, La faute de la victime a-t-elle une incidence sur le droit à réparation des parents agissant à titre personnel?, RTD 1964, 750.
- Horton Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001).
- R. Savatier*, Le dommage et la personne, D. 1955, Chr 5.
- R. Savatier*, La veuve et l'orphelin demandant raison à l'homme dont la faute a contribué à la mort de leur époux ou de leur père, peuvent-ils négliger la part de la faute de cet époux ou de ce père dans l'accident ?, D. 1964, Chr 155.
- André Tunc*, Effets de la faute de la victime sur le droit à indemnité des parents, RTD 1962, 502.
- José Vidal*, L'arrêt de la chambre mixte du 27 Février 1970, le droit à réparation de la concubine et le concept de dommage réparable, SJ 1971, I Nr. 2390.
- G. Viney*, L'autonomie du droit à réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale, D. 1974, Chr 3.

## III. Gesetzesausgaben

*Xavier Henry/François Jacob/Alice Tisserand/Guy Venandet/Georges Wiederkehr*, Code Civil, 104. Auflage (2005).

## ÖSTERREICH

## I. Selbstständige Werke und Kommentare

*Peter Apathy*, Kommentar zum EKHG (1992).

*Karl Heinz Danzl/Karin Gutiérrez-Lobos/Otto F. Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 8. Auflage (2003).

*Karl-Heinz Danzl*, Kommentar zum EKHG, 7. Auflage (2002).

*Erich Feil* (Hrsg), ABGB Handkommentar für die Praxis, Band VII (1978).

*Robert Fucik/Franz Hartl/Horst Schlosser* (Hrsg), Handbuch des Verkehrsunfalls (2005).

*Ernst Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999).

*Ernst Karner/Helmut Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform. 15. Österreichischer Juristentag II/1 (2003).

*Walter Kath*, Schmerzensgeld (2005).

*Heinrich Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Band VI, 2. Auflage (1951).

*Helmut Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I, 3. Auflage (1997).

*Peter Rummel* (Hrsg), ABGB Kommentar II/2b, 3. Auflage (2004).

*Bernd Schilcher*, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977).

*Michael Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, Band VI, 3. Auflage (2006).

*Rudolf Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964).

*Wilburg*, Entwicklung eines Beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht (1950).

## II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

*Franz Adamovic*, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung, JBl 2002, 681 (I) und JBl 2002, 693 (II).

*Franz Bydlinski*, Der Immaterielle Schaden in der Österreichischen Rechtsentwicklung, in FS Caemmerer (1978) 785.

*Franz Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 173.

*Franz Bydlinski*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem\*), JBl 1965, 237.

- Franz Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683.
- Franz Bydlinski*, Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl 1997, 617.
- Franz Bydlinski/Heinz Krejci/Bernd Schilcher/Viktor Steininger* (Hrsg), Das Bewegliche System im geltenden und im künftigen Recht (1986).
- Gregor Christandl*, Zum Anspruch österreichischer Staatsbürger auf Ersatz immaterieller Schäden in Italien, ZfRV 2005, 190.
- Karl-Heinz Danzl*, Die (psychische) Gesundheit als geschütztes Rechtsgut des §1325 ABGB, ZVR 1990, 1.
- Karl-Heinz Danzl*, Schmerzengeldansprüche für Angehörige der Opfer des Unglücks von Kaprun?, ZVR 2000, 398.
- Karl-Heinz Danzl*, Mittelbare Schäden im Schadenersatzrecht, ZVR 2002, 363.
- Karl-Heinz Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2004, ZVR 2005, 75.
- Karl-Heinz Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2005, ZVR 2006, 175.
- Karl-Heinz Danzl*, Internationale Länderübersicht zum Schockschaden und Trauerschmerzengeld, ZVR 2006, 140.
- Axel Flessner*, Europäisches Privatrecht und Bewegliches System, JBl 2003, 205.
- Andreas Fötschl*, Neue Entwicklung in der Rechtsprechung des OGH zum Schmerzengeld, VersRAI 2001, 60.
- Bernd-Christian Funk/Peter Koller/Bernd Schilcher* (Hrsg) Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000).
- Ivo Greiter*, Der Ersatz immaterieller Schäden\*) Zukunftsvisionen unter Berücksichtigung der Entwicklung in anderen Ländern, AnwBl 2002, 442.
- Ivo Greiter*, Seminar der Europäischen Vereinigung der Schadenersatzjuristen (PEOPIL) in Innsbruck, RZ 2005, 85.
- Peter Griehser/Markus Tutsch*, Schmerzengeld für psychische Alterationen, ZVR 2006, 260.
- Irmgard Griss*, Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2005, 273.
- Irmgard Griss/Georg Kathrein/Helmut Koziol* (Hrsg), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006).
- Hugo Hauptfleisch*, Anforderungen an ein menschengerechtes Schmerzengeld, ÄKVÖ-Symposium 2001.
- Walter Heidrich*, Kein Geld für „Herz und Schmerz“? Die Schmerzengeldpraxis in Österreich, ÖÄZ 2001, 74 und 77.

- Christian Huber*, Antithesen zum Schmerzengeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218.
- Ernst Karner*, Rechtsprechungswende bei Schock- und Fernwirkungsschäden Dritter?, ZVR 1998, 182.
- Ernst Karner*, Schmerzengeld für Angehörige, ecolex 2001, 37.
- Heinrich Klang*, Der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens, JBl 1952, 475.
- Bernhard Koch/Helmut Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003).
- Benedikt Kommenda*, Von Angst bis Unternehmerhaftung. Schadenersatz neu, Presse 2005/23/02, Rechtspanorama vom 6.6.2005.
- Helmut Koziol*, Die Bedeutung des Zeitfaktors bei der Bemessung ideeller Schäden, in FS Hausheer (2002), 597.
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2001 (2002).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005).
- Ernst Kramer*, Der überflüssige „mittelbare“ Schaden, ZVR 1971, 141.
- Ernst Kramer*, Noch einmal: Zum Problem des „mittelbaren“ Schadens, ZVR 1974, 129.
- Ernst Kramer*, Funktionen allgemeiner Rechtsgrundsätze – Versuch einer Strukturierung, in FS Bydlinski (2002) 197.
- Kurt Leitzenberger*, Trauerschmerzengeld: Wie viel ist ein Menschenleben wert?, Presse 2005/12/03, Rechtspanorama vom 21.3.2005.
- Erwin Migsch*, Ist die Theorie vom mittelbaren Schaden überwunden? VR 1974, 3.
15. *Österreichischer Juristentag* II/2 (2004).
- Karl Larenz*, Grundformen wertorientierten Denkens in der Jurisprudenz\*, in FS Wilburg (1975) 217.
- Heinz Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinski, ZfV 1985, 577 (I) und ZfV 1985, 461 (II).
- Thomas Schobel*, Ersatzfähigkeit reiner Trauerschäden. Generelle Rechtsprechungswende bei immateriellen Schäden, RdW 2002, 206.
- Klaus Schurig*, Eine neue Entwicklung im österreichischen internationalen Amtshafungsrecht, JBl 1983, 234.
- Lukas Stärker*, Seelische Schmerzen als ersatzfähiger Schaden, ASok 2001, 323.
- Rudolf Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 37.
- Georg Wilhelm*, Vererblichkeit von Schmerzengeld – Änderung der Rechtsprechung, ecolex 1996, 913 (Anm zu OGH 6 Ob 2068/96t).

## III. Gesetzesausgaben

*Robert Ditttrich/Helmuth Tades* (Hrsg), Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, Taschenkommentar Manz, 21. Auflage (2005).

**SCHWEIZ**

## I. Selbstständige Werke und Kommentare

*Viktor Aeppli/Hugo Casanova/Peter Gauch*, Obligationenrecht Allgemeiner Teil Rechtsprechung des Bundesgerichts, 4. Auflage (1996).

*Petra Ducksch/Kayum Guerrero/Klaus Hütte*, Die Genugtuung. Eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide, 3. Auflage (2005).

*Willi Fischer*, Außervertragliche Haftung für Schockschäden Dritter (1988).

*Beatrice Gurzeler*, Beitrag zur Bemessung der Genugtuung. Unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse (2005).

*Heinz Hausherr* (Hrsg), Berner Kommentar Band VI/3, 2. Auflage (1998).

*Heinrich Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage (2000).

*Karl Oftinger/Emil Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 5. Auflage (1995).

*Heinz Rey*, Außervertragliches Haftpflichtrecht, 3. Auflage (2003).

*Franz Werro*, La responsabilité civile (2005).

*Patricia Wildhaber*, Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld (2000).

## II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

*Jean Carbonnier*, Les dommages résultant des accidents corporels en droit français, ZBJV 1964, 301.

*Stephan Fuhrer/Stephan Weber* (Hrsg), Retouchen oder Reformen? (2004).

*Peter Gauch*, Grundbegriffe des außervertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 225.

*François Gilliard*, Vers l'unification du droit de la responsabilité, ZSR 1967/2, 193.

*Pierre Giovannoni*, La causalité dans la responsabilité civile extra-contractuelle\*, ZBJV 1962, 249.

*Theo Guhl* (Hrsg), Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage (2000).

*Klaus Hütte*, Art. 47 OR – Genugtuung? Versuch einer Anleitung zur Harmonisierung von Genugtuungsentschädigungen, SJZ 1974, 273.

- Klaus Hütte*, Genugtuungsrecht im Wandel, SJZ 1988, 169.
- Thomas Kadner*, Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?, ZEUP 1996, 135.
- Bernhard Koch/Helmut Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005).
- Ernst Kramer*, Die Kausalität im Haftpflichtrecht: Neue Tendenzen in Theorie und Praxis, ZBJV 1987, 289.
- Horton Rogers* (Hrsg), Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective (2001).
- Pierre Tercier*, L'évolution récente de la réparation du tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance – accidents, SJZ 1984, 53.
- Pierre Tercier*, La réparation du tort moral en cas d'inconscience totale et définitive de la victime, SJZ 1972, 245.

### III. Gesetzesausgaben

- Alfred Keller*, Haftpflichtbestimmungen, 12. Auflage (2004).

## RECHTSVERGLEICH UND PRINCIPLES OF EUROPEAN TORT LAW

### I. Selbstständige Werke und Kommentare

- Johannes Ady*, Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen (2004).
- Christian v. Bar*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht II (1999).
- Gert Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts (1999).
- Thomas Eustacchio*, Ersatz ideeller Schäden bei Tötung von Familienangehörigen im Rechtsvergleich zwischen Österreich, Deutschland, Schweiz, Frankreich und England, Dissertation (1993).
- Duncan Fairgrieve*, State Liability in Tort (2004).
- Guido Helder mann*, Schadenersatz für Schockschäden Dritter im Vergleich des Deutschen Rechts gemäß §823 I BGB zum Englischen bzw. Irischen Recht (2004).
- Christoph Karczewski*, Die Haftung für Schockschäden. Eine rechtsvergleichende Untersuchung (1992).
- Rob Kottenhagen/Pepita Kottenhagen-Edzes*, Psychiatric Injury. A Comparative Legal Study (2001).

*Helmut Koziol*, Die Haftung bei ungeklärter Verursachung und der Verlust einer Chance (2003).

*ÖAMTC* (Hrsg), Unfall in Europa. Schadensabwicklung (1992).

*Filippo Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 2. Auflage (2003).

*Nina Stahmer*, Entschädigung von Nichtvermögensschäden bei Tötung (2004).

## II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und sonstigen Sammelwerken

*Christian von Bar*, Schmerzensgeld in Europa, in FS Deutsch (1999) 27.

*Gregor Christandl/Dagmar Hinghofer-Szalkay*, Ersatzansprüche für immaterielle Schäden aus Tötung naher Angehöriger – eine rechtsvergleichende Untersuchung, ZfRV 2007, 44.

*Martin Ebers/André Janssen/Caëlle Meilhac-Redon/Arianna Pretto*, Hoge Raad Judgement of 22 February 2002 – On Compensation for Psychiatric Injury and Emotional Distress suffered by Close Relatives. English, German, French and Austrian Case Note, ERPL 2003/3, 412 (425).

*Bernd Christian Funk/Peter Koller/Bernd Schilcher* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000).

*Elmar Giemulla*, Erfahrungen und Folgerungen aus Großschadensereignissen in der Luftfahrt. 13. Versicherungswissenschaftliches Symposium in Graz, VR 2003, 11; *Pierre Giovannoni*, Le dommage indirect en droit suisse de la responsabilité civile, comparé au droits allemand et français, ZSR 1977/1, 31.

*Nils Jansen*, Auf dem Weg zu einem europäischen Haftungsrecht, ZEuP 2001, 30.

*André Janssen*, Das Angehörigenschmerzensgeld in Europa und dessen Entwicklung\*, ZRP 2003, 156.

*Thomas Kadner*, Angehörigenschmerzensgeld im europäischen Privatrecht – die Schere schließt sich, ZEuP 2002, 834.

*Thomas Kadner*, Tödliche Flussfahrt auf dem Mekong – Anknüpfung der Ansprüche von Angehörigen im europäischen Deliktskoordinationsrecht, IPRax 2006, 307.

*Bernhard Koch/Helmut Koziol* (Hrsg), Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective (2003) (*Bernhard Koch/Helmut Koziol*, Vergleichende Analyse, in *Koch/Koziol*, Personal Injury 364ff).

*Daniel Koch*, Materialien. Die Gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZEuP 2001, 753.

*Helmut Koziol*, Schadenersatz für den Verlust einer Chance?, in FS Stoll 233ff.

*Helmut Koziol*, Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZEuP 1996, 587.

- Helmut Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsvergleichung, JBl 1998, 619.
- Helmut Koziol*, Ein europäisches Schadenersatzrecht – Wirklichkeit und Traum, JBl 2001, 29.
- Helmut Koziol/Jaap Spier* (Hrsg), Liber Amicorum Pierre Widmer (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2002 (2003).
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2004 (2005).
- Christoph Müller*, Schadenersatz für verlorene Chancen – Ei des Kolumbus oder Trojanisches Pferd?, AJP 2002, 389.
- Werner Ogris/Walter H. Rechberger* (Hrsg), Gedächtnisschrift Herbert Hofmeister (1996).
- Willibald Posch*, Materiellrechtliche Aspekte von Kumul- und Großschäden. 13. Versicherungswissenschaftliches Symposium in Graz, VR 2003, 22.
- Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften* (Hrsg), Vorträge G 266 (1983).
- Walter Selb*, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, in FS für das Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg (1967) 259ff.
- Hans Stoll*, Reparation for Non-Material Damage in the Civil Law Countries, Law and State I, 107.
- Verein Haftung und Versicherung* (Hrsg), HAVE Personen-Schaden-Forum 2003 (2003).
- Verein Haftung und Versicherung* (Hrsg), HAVE Personen-Schaden-Forum 2004 (2004).
- Gerhard Wagner*, Ersatz immaterieller Schäden: Bestandaufnahme und europäische Perspektiven, JZ 2004, 319.
- Bruno Wiesbauer*, Die Empfehlungen des Europarats zur Vereinheitlichung der Rechtsbegriffe des Schadenersatzes bei Körperverletzung und Tötung, RZ 1977, 4 und 24.
- III. Principles of European Tort Law**
- European Group on Tort Law* (Hrsg), Principles of European Tort Law. Text and Commentary (2005).
- Bernhard Koch/Helmut Koziol/Ulrich Magnus/Olivier Moréteau*, Principles of European Tort Law, HAVE 2005, 263.
- Helmut Koziol*, Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, ZEuP 2004, 234.
- Helmut Koziol/Barbara Steininger* (Hrsg), European Tort Law 2003 (2004).

# Entscheidungsverzeichnis

## DEUTSCHLAND

### Bundesgerichtshof

11.5.1971	VI ZR 78/70	BGHZ 56, 163 = VersR 1971, 905 = NJW 1971, 1883 = JZ 1972, 124 ( <i>Selb</i> ) = VersR 1971, 1140 ( <i>Herkner</i> ).
16.12.1975	VI ZR 175/74	NJW 1976, 1147 = VersR 1976, 660.
13.1.1976	VI ZR 58/74	VersR 1976, 539.
31.1.1984	VI ZR 56/82	NJW 1984, 1405 = JZ 1984, 437 = VersR 84, 439.
5.2.1985	VI ZR 198/83	BGHZ 93, 351 = NJW 1985, 1390 ( <i>Deubner</i> ) = VersR 1985, 499 = MedR 1985, 269 ( <i>Dunz</i> ).
12.11.1985	VI ZR 103/84	NJW 1986, 777 = VersR 1986, 448 ( <i>Dunz</i> ) = VersR 1986, 240.
22.11.1988	VI ZR 126/88	NJW 1989, 766.
4.4.1989	VI ZR 97/88	NJW 1989, 2317 = VersR 1989, 853 = DAR 89, 263.
13.10.1992	VI ZR 201/91	VersR 1993, 327.
16.1.2001	VI ZR 381/99	-

### Bundessozialgericht

12.6.2003	B 9 VG 1/02 R	NJW 2004, 1476.
-----------	---------------	-----------------

### Bundesverfassungsgericht

8.3.2000	1 BvR 1127/96	VersR 2000, 897.
9.11.2004	1 BvR 684/98	JZ 2005, 159.
10.12.2004	1 BvR 2320/98	NJW 2005, 1417.

## Oberlandesgerichte

OLG München	7.9.1962	7 U 1017/62	VersR 1963, 666.
OLG Freiburg	30.6.1953	2 U 115/52	JZ 1953, 704 = VersR 1953, 322.
OLG München	4.3.1958	5 U 1663/57	NJW 1959, 819.
OLG München	11.11.1958	5 U 1992/57	VersR 1959, 570.
OLG München	30.1.1970	10 U 2240/68	VersR 1970, 525.
OLG Frankfurt	13.5.1971	1 U 14/71	VersR 1971, 968.
OLG Düsseldorf	21.4.1977	18 U 143/76	VersR 1977, 1011.
OLG Karlsruhe	7.12.1977	1 U 85/77	VersR 1978, 575.
OLG Frankfurt	23.6.1978	3 U 225/77	VersR 1979, 578.
OLG Köln	24.10.1980	20 U 42/80	VersR 1982, 558.
OLG Hamburg	27.3.1981	9 U 234/78	VersR 1982, 557.
OLG Stuttgart	21.7.1988	14 U 3/88	NJW-RR 1989, 477.
OLG Düsseldorf	13.1.1994	13 U 78/93	NJW-RR 1995, 159.
OLG Nürnberg	1.8.1995	3 U 468/95	NZV 1996, 367 = VersR 1997, 328 = r+s 1995, 384.
OLG Hamburg	10.3.1997	6 U 175/96	VersR 1998, 730.
OLG Nürnberg	27.2.1998	6 U 3913/97	VersR 1999, 1501.
OLG Hamburg	23.3.1998	6 U 191/97	NZV 1998, 328.
OLG Oldenburg	1.12.1998	5 U 127-98	NJW-RR 1999, 820.
OLG Frankfurt	21.5.1999	24 U 150/97	VersR 2000, 607.
OLG Köln	29.7.1999	1 U 27/99	NJW-RR 2000, 760.
OLG Hamburg	22.2.2001	6 U 29/00	NZV 2002, 234.
OLG Hamburg	18.8.2003	6 U 198/02	VersR 2004, 1618.
OLG Celle	10.2.2005	14 U 132/04	NZV 2005, 421.
OLG Koblenz	3.3.2005	5 U 12/05	VersR 2005, 1400.
OLG Nürnberg	24.5.2005	1 U 558/05	r+s 2006, 395.

## Landgerichte, Kammergerichte und Kreisgerichte

LG Tübingen	29.11.1967	1 S 107/67	NJW 1968, 1187 = NJW 1969, 558 ( <i>Weyer</i> ).
LG Frankfurt	28.3.1969	2/12 O 50/67	NJW 1969, 2286 = VersR 1970, 357.
LG München	28.5.1980	4 O 3770/79	VersR 1981, 69.

LG Bad Kreuznach		1 S 50/81	VersR 1982, 586.
LG Gießen	7.10.1986	2 O 118/86	NJW 1987, 711.
LG Bielefeld	4.3.1987	1 S 90/86	r+s 1987, 283.
LG Heilbrunn	16.11.1993	2 O 2499/92	VersR 1994, 443.
KG	10.11.1997	12 U 5774/96	NZV 1999, 329.

## ENGLAND

### House of Lords

Mc Loughlin v O'Brian and others	All ER 1982/2, 298.
Alcock and others v Chief Constable of the South Yorkshire Police	All ER 1991/4, 907.
Page v Smith	LQR 1996, 22 ( <i>Trinidad</i> ).
White and Others v Chief Constable of South Yorkshire and Others	VersRAI 2000, 28 = All ER 1999/1, 1.

### Queen's Bench Division

Chadwick v British Transport Commission	All ER 1967/2, 945.
Jones and others v Wright	All ER 1991/1, 353.
Greatorex v Greatorex and Others	WLR 2000/1, 1970 = LQR 2001, 397 ( <i>Handford</i> ).

### Court of Appeal

Mallet v Dunn	LQR 1949, 438 ( <i>R.E.M.</i> ).
King v Phillips	LQR 1953, 347 ( <i>Goodhart</i> ).
Boardman v Sanderson	LQR 1965, 3 ( <i>R.E.M.</i> ).
Hinz v Berry	All ER 1970/1, 1074.
Mc Farlane v EE Caledonia Ltd. 48, ( <i>Feng</i> ).	All ER 1994/2, 1 = LQR 1995,
Sion v Hampstead Health Authority	MLR 1994, 365.
Duncan v British Coal Corp	All ER 1997/1, 540.
Vernon v Bosley	All ER 1997/1, 577.
North Glamorgan N.H.S. Trust v Walters	MLR 2003, 121.

## County Courts

Central London CC  
v Bexley Health Authority

Tredget and Tredget

MLR 1994, 368.

## FRANKREICH

## Cour de Cassation

Req.	2.2.1931	D.1931, 113.
Crim.	5.1.1956	D.1956, 216.
Crim.	27.11.1956	D.1957, 373 ( <i>Savatier</i> ).
Crim.	15.5.1957	D.1957, 530 = RTD 1957, 683 ( <i>Henri/Mazeaud</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	21.10.1960	D.1961, Somm. 18.
Ch réunies	25.11.1964	D.1964, 733 ( <i>Aydalo</i> ) = <i>Capitant/Lequetté/Terré</i> , Les grands arrêts <sup>11</sup> (238ff) = RTD 1965, 136 ( <i>Rodière</i> ).
Ch mixte	27.2.1970	D.1970, 201 ( <i>Combaldieu</i> ) = RTD 1972, 595 (596) ( <i>Durry</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	8.12.1971	D. 1972, Somm. 88 = RTD 1972, 595 ( <i>Durry</i> ).
Crim.	20.4.1972	D. 1972, Somm. 129.
Civ. 2 <sup>e</sup>	5.1.1973	RTD 1973, 774 (775) ( <i>Durry</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	5.1.1973	D. 1973, IR 38 = RTD 1973, 776 ( <i>Durry</i> ).
Crim.	14.6.1973	D. 1973, 585.
Crim.	19.6.1975	D.1975, 679 ( <i>Tunc</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	23.5.1977	D. 1977, IR 441.
Civ. 2 <sup>e</sup>	7.6.1978 und 25.10.1978	D. 1979, 114 ( <i>Larroumet</i> ).
Crim.	15.10.1980	D. 1981, IR 324 = D.1981, 324.
Ass.Plén.	19.6.1981	D.1981, 641 ( <i>Larroumet</i> ) = D. 1982, 85 ( <i>Chabas</i> ) = <i>Capitant/Lequetté/Terré</i> , Les grands arrêts <sup>11</sup> (239ff).
Crim.	2.3.1982	RTD 1983, 341 ( <i>Durry</i> ).
Crim.	6.5.1982	RTD 1983, 348 (349) ( <i>Durry</i> ).
Crim.	4.6.1985	Pourvoi n°84-94.661.
Civ. 2 <sup>e</sup>	7.11.1985	Pourvoi n°84-14.468.
Crim.	19.3.1986	Pourvoi n°85-91.089.
Civ. 2 <sup>e</sup>	12.11.1986	Pourvoi n°85-14.486.
Crim.	20.1.1987	Pourvoi n°86-90.934.
Crim.	28.4.1987	Pourvoi n°86-90.357.

Civ. 2 <sup>e</sup>	4.11.1987	Pourvoi n°85-16.854.
Civ. 2 <sup>e</sup>	13.1.1988, 17.2.1988	D. 1988, 293 ( <i>Groutel</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	5.10.1988	Pourvoi n°87-14.873.
Crim.	20.12.1988	Pourvoi n°87-91.831.
Crim.	9.2.1989	Pourvoi n°87-81.359, D.1989, 614 ( <i>Bruneau</i> ) = D.1989, Somm 389. ( <i>Pradel</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	8.3.1989	D.1990, 245 ( <i>Aubert</i> ).
Crim.	14.3.1989	Pourvoi n°88-82.236.
Crim.	21.3.1989	Pourvoi n°88-80.816, D.1989, IR 187.
Civ. 1 <sup>re</sup>	29.11.1989	Pourvoi n°88-10.075.
Civ.2 <sup>e</sup>	6.12.1989	D. 1991, 295 ( <i>Durnerin</i> ) = RTD 1990, 296 ( <i>Jourdain</i> ).
Civ. 1 <sup>re</sup>	10.1.1990	Pourvoi n°87-17.091.
Civ. 2 <sup>e</sup>	4.7.1990	Pourvoi n°89-12.228.
Civ. 2 <sup>e</sup>	16.1.1991	Pourvoi n°89-17.981.
Crim.	23.5.1991	Pourvoi n°90-83.280.
Civ. 2 <sup>e</sup>	16.10.1991	Pourvoi n°89-17.940, n°90-15.574.
Civ. 2 <sup>e</sup>	11.12.1991	Pourvoi n°90-17.608.
Civ. 2 <sup>e</sup>	15.5.1992	Pourvoi n°90-19.961, n°91-10.986.
Civ. 2 <sup>e</sup>	24.6.1992	Pourvoi n°91-11.582.
Civ. 1 <sup>re</sup>	7.10.1992	Pourvoi n°90-16.111.
Civ. 2 <sup>e</sup>	28.10.1992	Pourvoi n°91-10.766.
Civ. 2 <sup>e</sup>	20.1.1993	Pourvoi n°91-16.715.
Civ. 2 <sup>e</sup>	17.2.1993	Pourvoi n°89-11.859.
Civ. 1 <sup>re</sup>	30.6.1993	Pourvoi n°91-15.607.
Civ. 2 <sup>e</sup>	8.12.1993	Pourvoi n°92-12.781.
Civ. 2 <sup>e</sup>	6.7.1994	RTD 1994, 876 ( <i>Jourdain</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	5.10.1994	Pourvoi n°92-20.536.
Crim.	15.3.1995	D.1995, IR 153 = D. 1996, Somm. 119 ( <i>Mazeaud</i> ) = Bull. civ., n°103 = RTD 1995, 642 (643) ( <i>Jourdain</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	3.5.1995	Pourvoi n°93-17.936.
Crim.	20.3.1996	Pourvoi n°95-81.168, D. 1996/2, IR 154 = Bull.crim n°119 = RTD 1996, 912 ( <i>Jourdain</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	16.4.1996	Pourvoi n°94-13.613, D.1997, Somm. 31 ( <i>Jourdain</i> ) = D. 1996/2, IR 135.
Civ. 2 <sup>e</sup>	12.6.1996	Pourvoi n°94-17.000.
Civ. 2 <sup>e</sup>	10.7.1996	Pourvoi n°94-17.194.
Ch mixte	28.3.1997	Pourvoi n°93-11.078, D.1997, 294 ( <i>Groutel</i> ).

Civ. 2 <sup>e</sup>	2.7.1997	Pourvoi n°96-10.298 = D. 1998, Somm. 203 ( <i>Mazeaud</i> ).
Civ. 3 <sup>e</sup>	17.12.1997	D. 1998, 111 ( <i>Aubert</i> ).
Crim.	4.2.1998	D. 1999, 445 ( <i>Bourgault-Coudeville</i> ).
Crim.	10.1.2001	Pourvoi n°00-82.422, D. 2001/1, 982.
Civ. 1 <sup>re</sup>	13.2.2001	Pourvoi n°99.-13.589, Bull.I, n°35, p.21.
Civ. 2 <sup>e</sup>	4.7.2002	Pourvoi n°00-22.445, D. 2003/1, 859 ( <i>Groutel</i> ).
Civ. 2 <sup>e</sup>	23.10.2003	Pourvoi n°02-15.424, RCA 2004/2, 15.

## Cour d'appel

CA de Paris	10.2.1933	D. 1933, 290.
CA de Nîmes	3.4.1933	D. 1933, 389.
CA de Caen	4.7.1935	D. 1935, 514.
CA de Dijon	7.11.1940	D. 1942, 142 ( <i>Flour</i> ).
CA de Nîmes	20.4.1961	RTD 1961, 676 ( <i>Tunc</i> ).
CA de Lyon	26.5.1966	D. 1967, Somm. 9.
CA de Paris	10.11.1976	D.1978, 458 ( <i>Bosquet-Denis</i> ).

## Conseil D'état

CE	29.10.1954	D. 1954, 767 ( <i>Laubadère</i> ).
----	------------	------------------------------------

## Tribunaux

Trib.corr.de Millau	13.1.1956	D. 1957, Somm. 18 = RTD 1957, 109 ( <i>Henri/Mazeaud</i> ).
TGI Belfort	25.7.1995	SJ 1996 II, 434 (Nr. 22724) ( <i>Paulin</i> ).

**ÖSTERREICH**

## Oberster Gerichtshof

3.11.1950	3 Ob 331/50	SZ 23/311.
18.12.1957	2 Ob 501/57	ZVR 1958, 153.
14.2.1963	2 Ob 34/63	ZVR 1963, 155.
14.12.1967	2 Ob 324/67	ZfRV 1969, 304 ( <i>Kramer</i> ).

17.2.1982	1 Ob 49/81	ÖJZ (EvBl) 1982/138 = IPRE 1/89 = JBl 1983, 234 = JBl 1983, 260 = REDOK 2617.
13.2.1986	8 Ob 64/85	ZVR 1987, 79.
16.6.1994	2 Ob 45/93	ZVR 1995/46 = ZVR 1998, 182 ( <i>Karner</i> ).
21.12.1995	2 Ob 99/95	ZVR 1997/75.
22.2.2001	2 Ob 79/00g	EFSlg 97.042, 97.043, 97.044 = JBl 2001, 659 = ÖAMTC-LSK 2001/118 = RdW 2001/556 = ZVR 2001, 204 ( <i>Karner</i> ).
16.5.2001	2 Ob 84/01v	ecolex 2001/235 = ecolex 2001, 668 ( <i>Helmich</i> ) = EFSlg. 97.045 = JBl 2001, 660 = KREIS 9/78 = RdW 2002/203 = RZ-EÜ 2001/75 = VR Info 2002 H3,4 = ZVR 2001, 287 ( <i>Karner</i> ) = ZVR 2001/73.
16.5.2001	2 Ob 136/00i	ZVR 2001/72 = EFSlg 97.043, 97.044.
29.8.2002	8 Ob 127/02p	ecolex 2003/9 = EFSlg. 100.766, 100.767, 100.773 = JBl 2003, 118 = ÖAMTC-LSK 2002/166 = ÖJZ-LSK 2003/28 = Presse 2002/44/02 ( <i>Kommenda</i> ) = RZ-EÜ 2003/72 = ZVR 2002, 388 ( <i>Karner</i> ).
21.5.2003	2 Ob 120/02i	EFSlg. 104.750, 104.758 = JBl 2004, 176 = RdW 2003/550 = ZVR 2004/25.
12.6.2003	2 Ob 111/03t	ecolex 2003/331 = EFSlg. 104.752, 104.753 = JBl 2004, 111 = ÖJZ (EvBl) 2004/1 = ÖJZ-LSK 2003/216 = Presse 2003/34/01 ( <i>Kommenda</i> ) = RdW 2003/551 = RZ-EÜ 2003/241 = ZVR 2004/26.
30.10.2003	2 Ob 186/03x	EFSlg. 104.751, 104.754 = JBl 2004, 448 = KRES 10/156 = ÖAMTC-LSK 2003/161 = VR Info 2003 H12, 8 = ZVR 2004, 19.
1.7.2004	2 Ob 141/04f	JBl 2004, 792 = ZVR 2004/86 = ecolex 2005, 39 = Presse 2004/35/02, Rechtspanorama vom 23.8.2004 ( <i>Kommenda</i> ).
23.9.2004	2 Ob 178/04x	ZVR 2004/105 ( <i>Danzl</i> ).
4.11.2004	2 Ob 233/04k	-
1.3.2005	2 Ob 55/04h	ÖJZ 2005/150 = JBl 2005, 513 = ZVR 2005/61 = RZ 2005, 85.
21.4.2005	2 Ob 90/05g	Presse 2005/22/04, Rechtspanorama vom 30.5.2005 ( <i>Kommenda</i> ) = JBl 2005, 652 = ZVR 2005, 254 ( <i>Karner</i> ) = ÖJZ 2005/165 = ÖJZ-LSK 2005/195.

12.5.2005	2 Ob 41/03y	ZVR 2005, 300 ( <i>Griehser</i> ).
23.5.2005	2 Ob 99/05f	ZVR 2005, 301 ( <i>Danzl</i> ).
1.9.2005	2 Ob 155/05s	Presse 2005/45/01, Rechtspanorama vom 7.11.2005.

## Oberlandesgerichte

OLG Graz	9.12.1999	4 R 215/99s	ZVR 2000/81.
OLG Innsbruck	14.3.2001	1 R 58/01s	ZVR 2001/74 = EFSlg 97.046, 98.237, 98.238.

## Landesgerichte

LGZ Wien	19 Cg 66/01t	Presse 2003/37/01.
----------	--------------	--------------------

**SCHWEIZ**

## Bundesgericht

18.1.1928	BGE 54 II 9.
1.4.1930	BGE 56 II 116.
27.1.1931	BGE 57 II 53.
6.10.1931	BGE 57 II 469.
3.2.1932	BGE 58 II 29.
5.7.1932	BGE 58 II 213.
13.7.1932	BGE 58 II 244.
18.3.1936	BGE 62 II 58.
10.10.1937	BGE 61 II 339.
25.1.1938	BGE 64 II 53.
10.10.1939	BGE 65 II 250.
19.12.1940	BGE 66 II 206.
9.4.1946	BGE 72 II 165.
25.11.1948	BGE 74 II 202.
12.10.1955	BGE 81 II 385.
2.10.1956	BGE 82 II 536.
13.5.1958	BGE 84 II 292.
13.11.1962	BGE 88 II 455.
15.10.1963	BGE 89 II 396.

24.3.1964		BGE 90 II 79.
22.6.1965		BGE 91 II 218.
9.6.1967		BGE 93 I 586.
25.4.1969		BGE 95 II 306.
6.4.1971		BGE 97 V 103.
13.6.1973		BGE 99 II 207.
16.9.1975		BGE 101 II 346.
22.11.1977		BGE 103 V 183.
29.11.1978		BGE 104 II 259.
20.1.1983		BGE 109 II 188.
11.3.1986		BGE 112 II 118.
22.4.1986		BGE 112 II 220.
22.4.1986		BGE 112 II 226.
30.9.1986		BGE 112 Ib 322.
31.5.1988		BGE 114 II 144.
12.5.1989		BGE 115 II 156.
23.10.1990		BGE 116 II 519.
11.12.1990		BGE 116 II 733.
12.3.1991		BGE 117 II 50.
16.1.1992		BGE 118 II 235.
27.10.1992		BGE 118 II 404 = ZEuP 1996, 135 ( <i>Kadner</i> ).
27.12.1995		BGE 122 III 5.
10.1.1997		BGE 123 III 10.
9.6.1997		BGE 123 III 204 = ZBJV 1998, 534, ( <i>Hausheer/Jaurin</i> ).
6.12.1999		BGE 125 II 554 = AJP 2000, 1023 ( <i>Zehntner</i> ).
7.12.2000	1A.196/2000	–
31.7.2001		BGE 127 IV 215.
7.11.2002	6S.700/2001	Pra 2003 Nr.122 = HAVE
2003, 339.		
26.11.2002		BGE 129 IV 22 = HAVE 2003,152.
2.7.2003	5C.135/2003	–

## Appellationshof und Obergerichte der Kantone

AH Bern	12.7.1935	ZBJV 1936, 344.
OG Bern	9.9.1958	ZBJV 1960, 331.
OG Zürich	15.1.1963	SJZ 1963, 134.
OG Zürich	1.12.1964	SJZ 1965, 127.
OG Zürich	27.5.1966	SJZ 1966, 288.
OG Zürich	26.10.1970, 21.5.1971	SJZ 1971, 338.
AH Bern	11.11.1969	ZBJV 1974, 149.
AH Bern	13.9.1982	ZBJV 1984, 280.
OG Zürich	15.11.1984	SJZ 1985, 374.
AH Bern	18.2.1994	ZBJV 1995, 120 ( <i>Beck</i> ).
OG Aargau	15.2.2001	HAVE 2002, 126 ( <i>Hütte</i> ).

## Kantonsgerichte

Zug	23.8.1999	DAR 2001, 600 ( <i>Freund</i> ).
-----	-----------	----------------------------------

Die Autorin beschäftigt sich mit dem österreichischen, deutschen, englischen, französischen und schweizerischen Recht. Miteinbezogen in die Betrachtung werden auch die Principles of European Tort Law. In den genannten Rechtsordnungen gilt es die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede aufzuzeigen. Interessant ist vor allem die gegenläufige Entwicklung bei der Anerkennung von Schock- und Trauerschäden. So stand in Frankreich und der Schweiz der Trauerschaden im Vordergrund, während man sich in England, Deutschland und Österreich zeitlich früher zum Schockschaden bekannte.



ISBN 978-3-205-78199-8

<http://www.boehlau.at>

<http://www.boehlau.de>