



Article scientifique

Article

1996

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Schmerzensgeld für Angehörige - Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden? - Anmerkung zur Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Oktober 1992 in der Sache Armin, Monique und Martina W. gegen S. Versicherungsgesellschaft, BGE 118 II 404 - Zugleich Überlegung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 13. Oktober 1992, BGHZ 120, 1 (Gestörte Persönlichkeit als immaterieller Schaden)

---

Kadner Graziano, Thomas

#### How to cite

KADNER GRAZIANO, Thomas. Schmerzensgeld für Angehörige - Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden? - Anmerkung zur Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom 27. Oktober 1992 in der Sache Armin, Monique und Martina W. gegen S. Versicherungsgesellschaft, BGE 118 II 404 - Zugleich Überlegung zur Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 13. Oktober 1992, BGHZ 120, 1 (Gestörte Persönlichkeit als immaterieller Schaden). In: Zeitschrift für europäisches Privatrecht, 1996, p. 135–153.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44540>

## **Schmerzensgeld für Angehörige – Angemessener Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen oder exzessiver Ersatz mittelbarer Schäden?**

*Anmerkung zur Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts vom  
27. Oktober 1992*

*in der Sache Armin, Monique und Martina W. gegen S. Versicherungsgesellschaft,  
BGE 118 II 404 - Zugleich Überlegungen zur Entscheidung des  
Bundesgerichtshofes*

*vom 13. Oktober 1992, BGHZ 120, 1 (Gestörte Persönlichkeit als  
immaterieller Schaden)*

von *Thomas Kadner*, Berlin

Der Umstand, daß Angehörige die Genugtuung erben, die ein Verunfallter für seine Verletzungen erhalten hat, kann bei der Festsetzung ihrer Genugtuung für den späteren Tod des Geschädigten mitberücksichtigt werden. Eine Genugtuung für den Tod entfällt auch nicht, wenn ein Angehöriger dadurch von seelischem Leid befreit wird.

*Auszug aus der Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts: A. – Reto W.* (Sohn von Kläger 1 und Klägerin 2, Bruder der Klägerin 3) erlitt am 12. April 1979 im Alter von fast sieben Jahren bei einem Verkehrsunfall eine schwere Hirnverletzung mit nachfolgender Tetraplegie. Der Unfall wurde von einem bei der S versicherten Lenker verursacht. Der Verunfallte wurde 1980 nach Hause entlassen und ab diesem Zeitpunkt von seiner Mutter gepflegt, welche deswegen ihren Beruf aufgegeben hatte. Die Versicherungsgesellschaft entschädigte die Mutter für diese Arbeit, übernahm die Heilungskosten und bezahlte gemäß Vergleich vom 27. Juli/4. August unter anderem eine Genugtuung, welche definitiv auf Fr. 100 000,- festgelegt wurde. Über Genugtuungsansprüche der Eltern wurde damals offenbar nicht ausdrücklich gesprochen. Der heutige Rechtsvertreter der Kläger übernahm 1983 das Mandat und hat gegenüber der Versicherungsgesellschaft in mehreren Besprechungen die Frage erörtert, ob den Eltern als Angehörigen eines Schwerstverletzten auch Genugtuungsansprüche zustünden. Die Diskussionen dauerten bis zum November 1984 und führten zu keinem Ergebnis. Am 25. November 1987 forderte der Vertreter der Angehörigen von Reto W. die Versicherungsgesellschaft auf, den Eltern je eine Genugtuung von Fr. 50 000,- zu bezahlen. Mit Hinweis auf die inzwischen eingetretene Verjährung wurden diese Ansprüche am 27. November 1987 abgelehnt. Am 19. November 1988 starb Reto W. an den Spätfolgen des Unfalls.

B.- Armin, Monique und Martina W. klagten am 30. Oktober 1990 beim Appellationshof des Kantons Bern gegen die Versicherungsgesellschaft auf

Zahlung von je Fr. 60 000,- und Fr. 25 000,- an Armin und Monique sowie von Fr. 30 000,- und Fr. 15 000,- nebst Zins an Martina W. . Mit Urteil vom 7. November 1991 wies der Appellationshof die Klage ab. Er befand, daß die Genugtuungsansprüche der Angehörigen für die Verletzungen von Reto W. verjährt und überdies durch den Vergleich vom 27. Juli/4. August 1982 abgegolten seien; . . . Eine Genugtuung für die Tötung eines Angehörigen nach Art. 47 OR erachtete der Appellationshof als unbillig, weil die Eltern spätestens beim Ableben von Reto W. durch Erbgang in den Genuß seiner Genugtuung gekommen seien.

C.- Armin, Monique und Martina W. haben gegen das Urteil des Appellationshofes Berufung eingereicht. Sie beantragen, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Beklagte zu folgenden Zahlungen zu verurteilen:

- a) an den Kläger 1:
  - Fr. 60 000,- nebst Zins zu 5 % seit 12. 4. 1979
  - Fr. 25 000,- nebst Zins zu 5 % seit 19. 11. 1988
- b) an die Klägerin 2:
  - Fr. 60 000,- nebst Zins zu 5 % seit 12. 4. 1979
  - Fr. 25 000,- nebst Zins zu 5 % seit 19. 11. 1988
- c) an die Klägerin 3:
  - Fr. 15 000,- nebst Zins zu 5 % seit 19. 11. 1988.

Die Versicherungsgesellschaft beantragt im wesentlichen Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden könne, und Bestätigung des angefochtenen Urteils. Das Bundesgericht heißt die Berufung teilweise gut.

Aus folgenden Erwägungen:

. . . 3. - Der Appellationshof hat eine Genugtuung der Eltern für den späteren Tod ihres Sohnes Reto abgelehnt, weil die Hälfte der von der Versicherung im Jahre 1982 bezahlten Genugtuungssumme von Fr. 100 000,- für die Eltern bestimmt gewesen sei. Er kam zum Schluß, daß die Eltern den für Reto W. ausbezahlten Teil der Genugtuungssumme entweder schon zu Lebzeiten des Kindes erhalten und für sich verwendet hätten, sei dies, daß sie die Summe für seinen Unterhalt verbraucht und so Minderkosten gehabt hätten, oder daß sie diesen Betrag in ihr Haus verbaut und so einen ihnen zukommenden Mehrwert erzeugt hätten. Im Ergebnis hätten die Eltern - wird dann weiter ausgeführt - so oder anders von der Beklagten unter dem Titel Genugtuung die Summe erhalten, welche sie heute aus dem Todesfall geltend machten. Es würde daher Recht und Billigkeit widersprechen, wenn ihnen aus dem Todesfall noch eine weitere Genugtuung zugesprochen würde.

Die Kläger rügen, der Appellationshof lasse die Frage offen, ob sich die Angehörigen die seinerzeit dem Verletzten ausbezahlte und nach dem Tod

geerbte Genugtuungssumme anrechnen lassen müssen, gehe aber dennoch davon aus, daß diese Anrechnung stattfinden solle. Diese Auffassung sei dogmatisch unhaltbar und führe zu widersprüchlichen Ergebnissen. Wisse ein Verletzter um die Anrechnungspflicht, so werde er das Geld verprassen und den Haftpflichtigen zu einer kumulierten Entschädigung zwingen, während der Sparsame letzterem oder seinem Versicherer einen Gefallen tue.

Der Einwand der Kläger, daß die Vorinstanz eine Anrechnung der für Reto W. bezahlten Genugtuung vorgenommen hat, trifft zu. Im folgenden ist zu prüfen, ob dies zulässig ist.

a) Gemäss Art. 47 OR kann der Richter bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen. Genugtuungsansprüche können vererbt werden, wenn der Berechtigte sie selbst noch geltend gemacht hat. . . . Das Bundesgericht hatte bis heute die Frage nicht zu beurteilen, ob die Angehörigen, welche die dem Verletzten ausbezahlte oder von diesem bereits verlangte Entschädigung erben, bei Ableben des Angehörigen zusätzlich einen eigenen Anspruch geltend machen können.

Nach *Oftinger* haben die Angehörigen selber einen Anspruch aus eigenem Recht, wenn der Verletzte später an den Unfallfolgen stirbt; ohne Begründung versagt dieser Autor jedoch dem Getöteten für die noch zu Lebzeiten zugefügte Unbill einen eigenen Genugtuungsanspruch und erachtet damit nur die eine oder die andere Forderung für gerechtfertigt. . . . *Hütte* . . . hält dafür, daß ein vom Verletzten mit dem Haftpflichtigen abgeschlossener Vergleich beim späteren Tod des Verletzten keine neuen Ansprüche der hinterbliebenen Angehörigen entstehen lasse; durch die Abfindung seien sämtliche Ansprüche nach Art. 47 OR abgegolten. Beiden Auffassungen kann nicht gefolgt werden. Stirbt der Verletzte erst nach geraumer Zeit, so sind die Angehörigen genugtuungsberechtigt, wenn der Kausalzusammenhang feststeht und die Verjährung noch nicht eingetreten ist. Daß der Betroffene selbst schon eine Genugtuung erhalten hat, welche nun die Hinterbliebenen erben, ist nicht maßgeblich; grundsätzlich haben beide Ansprüche nebeneinander Platz, wobei im Ergebnis jener des Verletzten auf die begrenzte Zeit seines Leidens abzustimmen ist. . . .

Abzulehnen ist eine Anrechnung der geerbten Genugtuung im Sinne *Brehms* . . ., denn die Ansprüche beruhen auf verschiedenen Rechtsgründen, was einer Kompensation grundsätzlich entgegensteht. Zudem handelt es sich bei der Genugtuung um einen Anspruch, der sich ziffernmäßig nicht errechnen läßt – wie etwa ein Invaliditäts- oder Versorgerschaden –, sondern der vom Richter nach seinem Ermessen unter Würdigung der besonderen Umstände bloß geschätzt werden kann. Die Sach- und Rechtslage ist auch völlig anders als bei einer erbrechtlichen Vorteilsausgleichung im Rahmen eines

Versorgerschadens, wo es um einen Bilanzausgleich geht. Hier ist nicht auszugleichen, sondern abzuwägen, inwieweit die Tatsache, daß die Angehörigen die Genugtuung des Verletzten erben, bei der Festsetzung ihrer eigenen Entschädigung mitberücksichtigt werden soll. So ist zu differenzieren, ob der Ansprecher ohnehin einmal Erbe geworden wäre oder ob den Angehörigen durch den Todesfall Vorteile erwachsen, die ihnen bei einem natürlichen Ableben des Geschädigten aller Wahrscheinlichkeit nach nicht zugefallen wären. Solche Umstände können im Rahmen des Ermessensentscheides bei der Festsetzung der Entschädigung mitberücksichtigt werden.

b) Die Kläger verlangen für beide Elternteile eine Genugtuungssumme von je Fr. 25 000,-, für die Schwester eine solche von Fr. 15 000,-.

aa) Die Genugtuung bezweckt ausschließlich eine Abgeltung für erlittene Unbill, indem das Wohlbefinden anderweitig gesteigert oder dessen Beeinträchtigung anderweitig erträglicher gemacht wird. Ob und in welcher Höhe Genugtuung zuzusprechen ist, hängt neben der Schwere der Unbill von der Aussicht ab, daß die Zahlung eines Geldbetrages den körperlichen oder seelischen Schmerz spürbar lindern wird (BGE 115 II 158 E.2 mit Hinweisen).

Reto W. erlitt beim Unfall vom 12. April 1979 im Alter von fast sieben Jahren äußerst schwere Hirnverletzungen mit nachfolgender Tetraplegie. Er wurde 1980 nach Hause entlassen und von seiner Mutter gepflegt, welche deswegen ihren Beruf aufgegeben hatte. Der vollinvalide Sohn hat durch die Pflege im Kreise seiner Angehörigen mehr Zuwendung und Wärme erfahren als in einem Pflegeheim. Die räumliche Nähe und der große Schmerz, der den Eltern erwuchs, haben trotz der entstandenen Unannehmlichkeiten die persönliche Beziehung der Betroffenen zum Geschädigten ohne Zweifel noch vertieft. Es bedarf deshalb nicht vieler Worte, daß der Tod von Reto W. den Hinterbliebenen seelisches Leid verursacht hat und daß eine Entschädigung für diese erlittene Unbill geschuldet ist.

bb) Die Frage, ob und in welchem Ausmaß eine Mitberücksichtigung in Betracht gezogen werden soll, hängt entscheidend von den Gegebenheiten des Einzelfalles ab, wobei auch hier dem Richter – wie bei der Bemessung einer Genugtuung an sich – ein breiter Ermessensspielraum zusteht (BGE 117 II 60 E. 4 a/aa). Vorliegend rechtfertigt es sich, den Eltern eine Genugtuung von je Fr. 15 000,- nebst Zins zu 5% seit dem 19. November 1988 zuzusprechen.

cc) Die Vorinstanz hat der Schwester von Reto W. eine solche Abfindung auch deshalb versagt, weil nach Aussage der Eltern Retos Tod bei ihr nicht nur Betroffenheit ausgelöst habe. Dem Mädchen, das in diesem Zeitpunkt vierzehn Jahre alt gewesen war, sei damit eine jahrelange Last weggenommen worden. Daß Martina W. durch das Ableben ihres hilflosen Bruders, mit dessen Leid sie tagtäglich konfrontiert war, ihrerseits von einer seelischen Pein erlöst worden war, ist einfühlbar. Ebenso verständlich ist, daß ihre Lebensfreude

während dieser Zeit eingeschränkt war. Diese Umstände erlauben indessen nicht, von der Zusprechung einer Genugtuung abzusehen. Vorweg sprechen ethische Gesichtspunkte klar dagegen, den Tod eines Menschen, für den ein Haftpflichtiger verantwortlich ist, als Erlösung zu betrachten und eine Betroffenheit der Hinterbliebenen leichthin zu verneinen. Martina W. hat gemäß dem angefochtenen Urteil Mühe bekundet, ihren invaliden Bruder zu akzeptieren, ist zu einem ruhigen Mädchen geworden und hat sich zurückgezogen. Diese Persönlichkeitsveränderungen hätten ohne Zweifel für die Zusprechung einer Entschädigung für seelische Unbill nach Art. 49 OR ausgereicht, wäre dieser Anspruch nicht verjährt gewesen . . . . Die Schwierigkeiten, die Martina W. mit der psychischen Verarbeitung der Invalidität ihres Bruders hatte, und die in derartigen Fällen größer als im Fall des Todes sein können (Art. 49 OR; vgl. BGE 112 II 223 E. c) und die mit dem Hinschied von Reto W. weggefallen sind, dürfen grundsätzlich nicht mit dem seelischen Schmerz für den Verlust ihres Bruders nach Art. 47 OR gegeneinander abgewogen werden, denn diese Ansprüche bestehen unabhängig voneinander. Martina W. wird sich zeitlebens an die mit ihrem Bruder verbrachte Kindheit erinnern, die durch den Unfall jäh abgebrochen wurde, und sein Tod hat sie nach dem angefochtenen Urteil erschüttert. Es erscheint deshalb angemessen, ihr für diesen Schmerz eine Genugtuung von Fr. 6000,- zuzubilligen, welche ab Todestag zu verzinsen ist.

### Anmerkung:

Die Fälle, in denen Schmerzensgeld für Angehörige gegenwärtig in Europa diskutiert wird, sind meist von großer Tragik: Der siebenjährige Reto in dem wiedergegebenen Fall erleidet bei einem Verkehrsunfall schwerste Hirnverletzungen und wird zum Tetraplegiker<sup>1</sup>; 9 Jahre nach dem Unfall stirbt er schließlich an seinen Verletzungen. – Bei einem Verkehrsunfall wird eine Frau schwer verletzt. Sie erblindet völlig, befindet sich lange Zeit im Zustand tiefer Bewußtlosigkeit und erleidet schwerste bleibende Behinderungen<sup>2</sup>. – Ein junger Mann überfährt an einer unübersichtlichen Kreuzung in angetrunkenem Zustand mutwillig ein Stoppschild. Er verursacht einen Unfall, bei dem ein Ehepaar seine drei 21, 19 und 17jährigen Kinder verliert. (Dieser Fall liegt gegenwärtig dem Bundesgerichtshof in Deutschland zur Entscheidung vor.) – Bei der Blinddarmoperation eines 15jährigen Mädchens unter-

<sup>1</sup> Tetraplegie = Lähmung aller vier Extremitäten, nach *Willibald Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 256. Auflage, 1990, S. 1657.

<sup>2</sup> So der Sachverhalt im Fall des *Schweizerischen Bundesgerichts* (BG) 22. 4. 1986, BGE 112 II 220; ähnlich der Fall *BGH* 16. 12. 1975, *NJW* 1976, 1147 (Schädigung eines 14monatigen Babys bei Verkehrsunfall), und *Cour de Cassation, Chambre civile (Civ.)* 22. 10. 1946, *Recueil Dalloz* (D.) 1947, 59 (17jähriger Junge).

läuft dem Anästhesisten ein Fehler. Es kommt zu einem Atem- und Herzstillstand und zu einer schweren irreversiblen Hirnschädigung des Mädchens<sup>3</sup>. – Einem sechseinhalbjährigem Kind wird zur Behandlung einer Erkältung versehentlich statt einer Kochsalzlösung ein hochgiftiges Mittel verabreicht. Die Mutter, selbst Ärztin, wird Zeugin des schrecklichen, 16stündigen Todeskampfes ihres Kindes<sup>4</sup>.

In den geschilderten Fällen steht den Opfern – jedenfalls, wenn sie das Geschehen überleben, – ein Anspruch auf Ersatz ihrer materiellen und immateriellen Schäden zu. Entstehen nahen Angehörigen des Opfers infolge der Ereignisse besondere Kosten – etwa durch Besuche im Krankenhaus oder durch Verdienstaussfälle wegen häuslicher Pflege des Opfers –, so wird auch dies als Teil des geschuldeten Behandlungsaufwandes im erforderlichen und angemessenen Rahmen meist ersetzt. Insofern ist eine weitreichende Übereinstimmung in den europäischen Privatrechten festzustellen und ist das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts repräsentativ für den Rechtszustand in Europa. Bei der Frage, ob Menschen darüber hinaus einen Anspruch auf Ersatz *immaterieller* Beeinträchtigungen haben, die sie erleiden, wenn ihnen nahestehende Personen schwer geschädigt oder getötet werden, gehen die Ansichten dagegen weit auseinander. Im folgenden soll zunächst für einige ausgewählte europäische Rechtsordnungen betrachtet werden, welche Position sie zu dieser Frage einnehmen (I.). Im Anschluß wird überlegt, welche Konsequenzen aus den rechtsvergleichenden Erkenntnissen zum Angehörigen-schmerzensgeld gezogen werden könnten. Hierbei soll auch ein Blick auf die schwierige Frage gerichtet werden, inwieweit schwerst hirngeschädigten Menschen ein *eigener* Schmerzensgeldanspruch zusteht. Diese Frage beschäftigte den deutschen Bundesgerichtshof (BGH) in einer Entscheidung, die fast zeitgleich mit dem Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts erging (II.).

## I. Die Rechtslage in einigen ausgewählten europäischen Rechtsordnungen<sup>5</sup>

1. *Schweiz*: Das Schweizerische Bundesgericht ging bei seiner Entscheidung über Ansprüche der Eltern und der Schwester des kleinen Reto auf Ersatz ihrer immateriellen Schäden von folgender Gesetzeslage aus: Art. 47 des Obligationenrechts (OR) bestimmt: Bei der Tötung oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder den

<sup>3</sup> BG 6.7.1982, BGE 108 II 422; ähnlich der Sachverhalt in *Bundesgerichtshof (BGH)* 22.11.1988, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1989, 766 (ärztlicher Behandlungsfehler).

<sup>4</sup> *Oberlandesgericht (OLG) Freiburg* 30.6.1953, *Juristenzeitung (JZ)* 1953, 704.

<sup>5</sup> Gegenstand dieses Vergleichs sind in erster Linie die Rechtsordnungen der Schweiz, Frankreichs, Italiens, Englands, Deutschlands und Österreichs.

*Angehörigen des Getöteten*<sup>6</sup> eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zuzusprechen. Kommt es zum Tode eines Menschen, sieht das schweizerische Recht also ausdrücklich vor, Angehörigen des Getöteten Ersatz ihrer immateriellen Schäden zu gewähren. Diese Möglichkeit findet sich im Obligationenrecht von 1937 und auch schon in dessen Vorgänger, dem altem Obligationenrecht von 1881 (dort in Art. 54)<sup>7</sup>; sie hat im schweizerischen Zivilrecht also eine lange Tradition. Man ist in der Schweiz seit jeher der Ansicht, daß der Schmerz, den man beim Verlust eines nahen Angehörigen erleidet, durchaus dem Schmerz bei einer eigenen Verletzung entsprechen oder diesen sogar übersteigen kann, und man ist bereit, diesem Umstand bei der Gewährung von Schmerzensgeld – oft mit sehr einfühlsamer Begründung – Rechnung zu tragen<sup>8</sup>.

Dagegen war in der Schweiz lange Zeit umstritten, ob ein Anspruch der Angehörigen auf Genugtuung auch gegeben sein kann, wenn ein Mensch nicht getötet, sondern schwer verletzt wird. Der Wortlaut des Art. 47 OR schien dies auszuschließen und das Bundesgericht und die herrschende Lehre in der Literatur lehnten ein Schmerzensgeld von Angehörigen in diesem Fall lange Zeit ab. In einem Fall aus dem Jahre 1982 zeigte sich das Bundesgericht erstmals geneigt, den Schmerz von Angehörigen auch bei der *Verletzung* eines Menschen zu berücksichtigen. Es handelte sich um den eingangs schon erwähnten Fall der mißlungenen Anästhesie. Bei der Bemessung der Genugtuung für das schwer hirngeschädigte Mädchen stand man vor dem Problem, daß das Kind aufgrund seiner Hirnschädigung von den üblichen Funktionen des Schmerzensgeldes kaum zu erreichen war (ein Problem, das, wie erwähnt, im Jahre 1992 auch den deutschen Bundesgerichtshof beschäftigte). Das Gericht stellte daher nicht den Schmerz des Mädchens und die Möglichkeit seiner Linderung, sondern denjenigen der Angehörigen, der bei einer solch schweren Verletzung des Kindes sogar größer sein könne als beim Tod des Kindes, in das Zentrum seiner Erwägungen. Dies geschah bei der Frage nach der Höhe der Genugtuung *des Mädchens*<sup>9</sup>. Der direkte Weg, diesem Schmerz durch einen *eigenen Anspruch der Eltern* Rechnung zu tragen (seine Rechtsprechung zum Schmerzensgeld bei *Verletzung* von Angehörigen also grundsätzlich zu ändern), war dem Gericht in diesem Fall noch verwehrt;

<sup>6</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>7</sup> Siehe hierzu etwa *Alexandre Martin-Achard*, De la réparation pecuniaire du tort moral, Genève 1908, S. 76 ff.

<sup>8</sup> Siehe aus der Rechtsprechung des *Schweizerischen Bundesgerichts* etwa BGE 58 II 244 (248): Verlust beider Eltern; BGE 56 II 116 (127): Verlust des Ehemanns und Vaters von fünf Kindern; BGE 65 II 256: Verlust beider Eltern von drei Kindern; BGE 64 II 60: Verlust des 19jährigen Sohnes und Bruders von drei Geschwistern; BGE 54 II 18, 58 II 218 und BGE 62 II 59: jeweils Verlust des Sohnes; BGE 58 II 29: Tötung zweier Söhne durch Lastkraftwagen; BGE 57 II 199: Verlust zweier Kinder infolge unrichtiger ärztlicher Diagnose; BGE 66 II 210: Tötung des Bräutigams, Sohnes und Bruders von fünf Geschwistern; siehe zur Kasuistik in der Schweiz auch *Karl Oftinger/Emil Starck*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich 1995, S. 460 ff.

<sup>9</sup> BG (Fn. 3) 432 ff.

die Eltern hatten einen solchen Anspruch nicht (rechtzeitig) geltend gemacht. In einem späteren Urteil des Bundesgerichts heißt es zu dieser Entscheidung aber unmißverständlich, das Gericht habe bei dem Schmerzensgeld des hirngeschädigten Mädchens der Sache nach auf dem Umweg über den Verletzten auch nahen Angehörigen, obwohl von diesen keine Klage erhoben worden ist, eine Genugtuung zugesprochen<sup>10</sup>.

In der schweizerischen Literatur wurde nach dem Urteil im Fall der mißlungenen Anästhesie vorgeschlagen, den Betroffenen auch bei schwerer Verletzung von Angehörigen einen eigenen Anspruch auf Genugtuung zu geben – sei es in analoger Anwendung des Art.47 OR, sei es aus Art.49 OR wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts<sup>11</sup>. Im Jahre 1986 vollzog das Bundesgericht dann auch diesen Schritt und gewährte einem Mann, dessen Frau bei einem Verkehrsunfall schwerste Verletzungen und Behinderungen erlitten hatte, einen Anspruch auf Genugtuung. Es stützte diesen Anspruch nicht auf Art.47 OR, der eine Genugtuung ja nur beim Tode eines Angehörigen vorsah, sondern auf Art.49 OR, der bei widerrechtlicher Verletzung der *Persönlichkeit* einen Anspruch auf Genugtuung in Geld ermöglicht<sup>12</sup>. Das Bundesgericht argumentierte, durch die schwere Behinderung der Frau, die in ihrem Bewußtsein beeinträchtigt und stark pflegebedürftig war, seien die bisherigen Lebensverhältnisse des Klägers geradezu umgestürzt. Die eheliche Gemeinschaft sei weitgehend zerstört. Der Mann verbringe praktisch seine gesamte freie Zeit mit der Pflege der Frau. Durch diese Veränderungen seiner Lebensverhältnisse sei er in seinen persönlichen Verhältnissen widerrechtlich verletzt, ein Ersatzanspruch aus Art.49 OR sei daher begründet. Es handle sich auch nicht nur um eine reflexartige Betroffenheit des Mannes (ein Ersatzanspruch wäre dann ausgeschlossen), sondern um eine direkte Verletzung in einem seiner absolut geschützten Rechte.

Die dritte und bislang letzte neuere grundlegende Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Angehörigenschmerzensgeld erging im Fall des kleinen Reto. Nach der schweren Verletzung des Jungen wären ebenfalls Ansprüche der Eltern und der Schwester wegen Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte aus Art.49 OR in Betracht gekommen, denn auch deren Lebensverhältnisse wurden durch den Unfall völlig umgestürzt. Ansprüche aus Art.49 OR waren jedoch verjährt. (Die Begehren der Kläger zu 1 und 2 auf Fr. 60 000,- waren daher auch vom Bundesgericht abzuweisen.) Als Reto seinen schweren Verletzungen nach einigen Jahren schließlich erlag, stellte sich die Frage nach Ansprüchen aus Art.47 OR und dem Verhältnis

---

<sup>10</sup> BG (Fn.2) 223.

<sup>11</sup> Pierre Tercier, *L'évolution récente de la réparation du tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents*, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 80 (1984), 53 (55).

<sup>12</sup> Der absolute Schutz der Persönlichkeit ergibt sich aus Art.28 des Zivilgesetzbuches (ZGB) der Schweiz.

dieser Ansprüche zu solchen aus Art. 49 OR sowie zu Ersatzleistungen an den verstorbenen Geschädigten selbst.

In seiner Entscheidung vom 27.10. 1992 sprach das Bundesgericht den Eltern und der Schwester Retos eine Genugtuung wegen des Todes des Jungen zu. Es sah in dem Tod ein Ereignis, das gegenüber der vorangegangenen Verletzung selbständig zu würdigen sei und das eigene Ansprüche auslöse. Diese Ansprüche bestünden unabhängig von solchen wegen des Schmerzes über die Verletzung und von deren rechtlichem Schicksal. Es wurde daher für unbeachtlich erklärt, ob Rechte der Eltern oder der Schwester aus Art. 49 OR wegen der Verletzung Retos verjährt oder im Wege des Vergleichs zwischen dem Schädiger und Reto abgegolten waren. Nach dem Urteil des Bundesgerichts stand auch der Umstand, daß Retos Eltern das Schmerzensgeld des Sohnes erben, ihrem Anspruch aus Art. 47 OR nicht entgegen; dies folge schon daraus, daß beide Ansprüche auf verschiedenen Rechtsgründen beruhen. (Die Sachlage erinnert an diejenige bei den Schockschäden im deutschen Recht. Dort wird es mit gleicher Begründung für unbeachtlich erklärt, ob der Schockgeschädigte ein Schmerzensgeld des Angehörigen erbt<sup>13</sup>.) Im Einzelfall könne eine Erbschaft aber Bedeutung für die Höhe des Anspruchs aus Art. 47 OR haben. – Bemerkenswert ist schließlich, daß es das Bundesgericht aus ethischen Gesichtspunkten ablehnte, Erleichterung und Schmerz über den Tod des schwerbehinderten Jungen gegeneinander aufzuwiegen. Der Anspruch der Schwester Retos wegen ihres Schmerzes über den Tod des Bruders war daher nicht um das Maß ihrer Erleichterung darüber, dessen schweres Schicksal nicht mehr tagtäglich vor Augen zu haben, zu kürzen.

Man kann spekulieren, wie die Entscheidung ausgefallen wäre, wenn die Eltern sich wegen der Verletzungen ihres Kindes rechtzeitig um eine Genugtuung nach Art. 49 OR gekümmert und sie tatsächlich erhalten hätten (oder der Vergleich ihren Schmerz ausdrücklich eingeschlossen hätte). Nach dem Urteil des Bundesgerichts hätte dies den Anspruch aus Art. 47 OR wegen des Todes des Jungen nicht ausgeschlossen, hätte ihn – so darf man mutmaßen – aber wohl in seiner Höhe berührt<sup>14</sup>.

Nach dem Urteil im Fall des kleinen Reto stellt sich die Rechtslage in der Schweiz zum Angehörigenschmerzensgeld heute wie folgt dar: Beim Tode eines Menschen kann den Angehörigen ein Anspruch auf Ersatz ihrer immateriellen Einbußen zustehen. Gleiches gilt bei schwersten Verletzungen. Im Todesfall ergibt sich der Anspruch unmittelbar aus Art. 47 OR, bei der Verletzung folgt er aus Art. 49 OR unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in das

---

<sup>13</sup> Vgl. Wolfgang Grunsky, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, 1994, vor § 249 Rn. 53.

<sup>14</sup> Für eine solche Berücksichtigung Heinz Hausheer, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 130 (1994), 283 (286).

Persönlichkeitsrecht der Angehörigen. Beide Ansprüche bestehen grundsätzlich unabhängig voneinander, vorausgesetzt, zwischen Verletzung und Tod vergeht eine geraume Zeit. Der Umstand, daß die Angehörigen ein Schmerzensgeld des Verletzten erben, steht ihrem Anspruch aus Art. 47 OR jedenfalls dem Grunde nach nicht entgegen. Der Kreis der Berechtigten umfaßt praktisch Ehegatten und Verlobte, Eltern, Kinder und Geschwister.

Außer im schweizerischen Recht finden sich Angehörigenschmerzensgelder heute zum Beispiel im Recht Frankreichs, Italiens und Englands. Voraussetzungen und Umfang weichen zum Teil erheblich voneinander ab:

2. *Frankreich:* Im französischen Recht bestehen von allen Vergleichsländern traditionell die wohl geringsten Hürden für den Ersatz immaterieller Schäden. Als Grundlage dient Art. 1382 des Code civil, der den Ersatzanspruch bekanntlich nicht von der Verletzung namentlich genannter Rechtsgüter, sondern vom Eintritt eines Schadens abhängig macht. Zu den Schäden im Sinne des Art. 1382 des Code civil zählen ohne weiteres auch immaterielle Beeinträchtigungen<sup>15</sup>.

Die Haltung der französischen Rechtsprechung zum Schmerzensgeld wegen der Schädigung nahestehender Personen war zunächst ausgesprochen liberal<sup>16</sup>. Man sah kein Problem darin, gleichzeitig einer Vielzahl von Personen Ersatz ihrer immateriellen Beeinträchtigungen zu gewähren. (In einem Urteil aus dem Jahre 1931 waren dies zum Beispiel 16 Personen, zu denen Kinder, Enkel, Schwiegersohn und -tochter gehörten<sup>17</sup>, in einem Fall aus dem Jahre 1932 wurden zwei Lebensgefährtinnen gleichzeitig, dazu fünf Geschwister des Opfers entschädigt<sup>18</sup>.)

Ab 1931 kam es dann zu einer – vorübergehenden – Wende der Rechtsprechung. Um den Kreis der Ersatzberechtigten einzuschränken, verlangte man nun eine verwandtschaftliche oder familiäre Beziehung zwischen Geschädigtem und Ersatzberechtigtem. Pflegemutter oder Pflegekinder, Verlobte, Freunde und Lebensgefährtinnen wurden vom Ersatz ausgeschlossen. Zudem wurde der Ersatz regelmäßig auf den Todesfall beschränkt. Überlebte der Geschädigte, sollte – wie im schweizerischen Recht jener Zeit – allein er ersatzberechtigt sein<sup>19</sup>.

Diese zweite Einschränkung wurde bereits in den vierziger Jahren, die erste dann in den fünfziger Jahren wieder aufgehoben: Wie in der Schweiz, so gelangte man auch in Frankreich zu der Überzeugung, daß manche schwere

<sup>15</sup> Siehe *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II, 2. Auflage, 1984, S. 356 ff.

<sup>16</sup> Siehe zum ganzen *Boris Starck/Henri Roland/Laurent Boyer*, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, 4. Auflage, Paris 1991, S. 68 ff., insbesondere 101 ff.

<sup>17</sup> *Amiens* 17.11. 1931, S. 1932, 2, 118.

<sup>18</sup> *Paris* 18.11. 1932, *Gazette du Palais* 1933, 1, 59 = D. 1933, *sommaires* (somm.) 23.

<sup>19</sup> Siehe etwa *Chambre des Requêtes* 22.12. 1942, *Juris-Classeur périodique*, La Semaine juridique (J. C. P.) 43, II, 2834, mit Anmerkung von *Houin*; s. auch die Überlegungen von *Henri Mazeaud*, Comment limiter le nombre des actions intentées en réparation d'un préjudice moral à la suite du décès accidentel, D. 1932, *chronique*, 79.

Verletzung für die Angehörigen vergleichbares, vielleicht sogar schlimmeres und vor allem längerwährendes Leid verursachen kann als der Tod eines Menschen. So wurde ein Fall, in dem ein 17jähriger Junge durch einen Verkehrsunfall vollständig gelähmt und ihm jede Möglichkeit der Kommunikation mit seiner Umwelt genommen wurde, von der *Chambre civile* der *Cour de Cassation* zum Anlaß genommen, auch wieder im Fall der Verletzung eines Angehörigen Schmerzensgeld zu gewähren. (Im konkreten Fall wurde das Schmerzensgeld den Eltern und Geschwistern des Jungen gewährt.)<sup>20</sup> Die französischen Strafgerichte gewährten Schmerzensgeld wegen Verletzungen in Adhäsionsverfahren<sup>21</sup> allerdings erst sehr viel später<sup>22</sup>. – Der Ersatzanspruch wurde auch einer Verlobten<sup>23</sup>, einem Kind wegen des Todes seines Betreuers<sup>24</sup> und schließlich einer Lebensgefährtin<sup>25</sup> zugesprochen.

Das französische Recht nimmt heute somit wieder eine sehr liberale Haltung gegenüber dem Ersatz immaterieller Schäden von Personen ein, die dem Opfer nahestehen. Ein Anspruch besteht nicht nur beim Tode, sondern auch bei schwerer Verletzung. Einschränkungen des Schmerzensgeldes auf den Todesfall, wie sie auch im schweizerischen Recht lange bestanden, wurden nach wenigen Jahren wieder aufgegeben. – Eine verwandschaftliche oder familiäre Beziehung zwischen Geschädigtem und Berechtigtem wird nicht gefordert, dürfte oft aber vorliegen. Freunden wurde, soweit ersichtlich, noch kein Schmerzensgeld gewährt.

3. *Italien*: Anders als im französischen Recht ist der immaterielle Schaden im italienischen Recht gemäß Art. 2059 des *Codice civile* nur in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Fällen zu ersetzen. Praktische Bedeutung hat in erster Linie Art. 185 des *Codice penale* erlangt, wonach bei Vorliegen einer Straftat auch der Ersatz immaterieller Schäden geschuldet wird. Ist der Schädiger zum Ersatz immaterieller Schäden verpflichtet, ist im italienischen Recht auch ein Angehörigenschmerzensgeld möglich<sup>26</sup>. Nach der im Vergleich zur schweizerischen und französischen restriktiveren italienischen Rechtsprechung kommt das Schmerzensgeld allerdings grundsätzlich nur im

<sup>20</sup> *Civ.*(Fn.2), seither ständige Rechtsprechung der Zivilgerichte, siehe aus jüngerer Zeit *Civ.* 29.11. 1989, J.C.P. 90, IV, 32.

<sup>21</sup> Das Adhäsionsverfahren hat im französischen Recht eine praktisch erheblich größere Bedeutung als etwa im deutschen Recht, siehe *Alfred Beth*, Die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche im französischen Strafverfahren, Dissertation Freiburg im Breisgau, 1972.

<sup>22</sup> Siehe zur neueren Rechtsprechung *Cour de Cassation, Chambre Criminelle (Crim.)* 9.2. 1989, D.1989, *sommaires commentés* 389, mit Anmerkung von *Jean Pradel*; *Crim.* 21.3. 1989, D.1989, *Informations rapides* 187.

<sup>23</sup> *Crim.* 5.1. 1956, D.1956, 216; weitergehend (*action ouverte à toutes personnes auxquelles l'accident a causé un préjudice, même moral*) *Crim.* 5.5. 1960, D.1961, *somm.* 4.

<sup>24</sup> *Civ.* 20.1. 1967, J.C.P. 68, II, 15510.

<sup>25</sup> *Chambre mixte* 27.2. 1970, D.1970, 205; *Crim.* 19.6. 1975, D.1975, 679, mit Anmerkung von *Tunc*.

<sup>26</sup> Siehe hierzu etwa *Pietro Rescigno*, *Trattato di diritto privato*, Band 14: *Obbligazioni e contratti*, Torino 1982, S.423 ff., *Pietro Rescigno*, *Codice Civile*, Milano 1992, Art.2059, Anmerkung 1 f.; *G. Pescatore/C. Ruperto*, *Codice Civile*, Tomo II, Art.1470–2969, Milano 1987, Art.2059, Anmerkung 2-ter.

Todesfall in Betracht. (Das Urteil eines Instanzgerichtes, in dem der Mutter eines bei einem Unfall *schwerverletzten* Kindes eine Genugtuung mit der Begründung zugesprochen wurde, der seelische Schmerz von Angehörigen eines schwer Verletzten könne gleich groß oder größer sein, als wenn dieser gestorben wäre, scheint in Italien gegenwärtig ein Einzelfall zu sein<sup>27</sup>.) – Das Schmerzensgeld war in Italien zunächst auf Familienangehörige beschränkt, wird heute aber auch Lebensgefährten gewährt<sup>28</sup>. Kinder müssen noch nicht in der Lage sein, den Schmerz zu empfinden; nach der neueren Rechtsprechung ist auch der *nasciturus* beim Tode eines Elternteiles ersatzberechtigt<sup>29</sup>.

4. *England*: Nach einem alten Grundsatz des englischen Common Law, der Rule aus dem Fall *Baker v. Bolton*, kann niemand aufgrund des Todes eines anderen Schadensersatz verlangen<sup>30</sup>. Nach Common Law kann also weder der Ehemann wegen des Todes seiner Frau<sup>31</sup>, noch können Eltern wegen des Todes ihres Kindes Ersatz erlangen<sup>32</sup>. Als Reaktion auf die hohe Zahl von Todesfällen im Zusammenhang mit der Einführung der Eisenbahn schuf der Gesetzgeber in England aber schon im letzten Jahrhundert *gesetzliche* Ersatzansprüche Angehöriger, so vor allem im Fatal Accidents Act<sup>33</sup>. Neben Ansprüchen eines weiten Kreises von Personen, die von dem Getöteten finanziell abhängig waren, auf Ersatz ihrer materiellen Schäden steht nach section 1A des Fatal Accident Act heutiger Fassung einem engen Kreis von Angehörigen auch ein Anspruch auf einen festen Betrag für immaterielle Verluste zu (*damages for bereavement*). Der Kreis umfaßt den Ehepartner und die Eltern unverheirateter, minderjähriger Kinder. Der Betrag beläuft sich gegenwärtig pauschal auf £ 7.500. Machen ihn beide Eltern geltend, erhält jeder die Hälfte<sup>34</sup>.

Wie so vieles im englischen Recht läßt sich dieser im Rechtsvergleich ungewöhnliche Anspruch auf eine feste Summe als Ersatz für den Verlust naher Angehöriger nur aus der geschichtlichen Entwicklung des englischen Rechts verstehen: Wie erwähnt, stand das Common Law allen Ansprüchen wegen des Todes eines Menschen abweisend gegenüber. Dies galt auch gegenüber dem Ersatz immaterieller Einbußen, die aus dem Verlust eines Angehörigen

<sup>27</sup> *Tribunale civile di Busto Arsizio* 26.9.1984, Archivio giuridico della circolazione e dei sinistri stradali 1985, S.818 ff.; zitiert in BGE 112 II 220 (224).

<sup>28</sup> *Tribunale (I) Milano* 18.2.1988, IV, 1988, 454, mit Anmerkung von *Scalfi*; anders noch *Corte Suprema di Cassazione (Cass.)* 28.12.1973, n.3467.

<sup>29</sup> *Corte di appello (A) Torino* 8.2.1988, *Giurisprudenza italiana (GI)*, 1989, I, 2, 690, mit Anmerkung von *Iofrida*.

<sup>30</sup> *Baker v. Bolton* (1808) 1 Camp. 493; *Higgins v. Butcher* (1606) Yelv. 89.; affirmed: *Admiralty Commissioners v. S.S. Amerika* (1917), A.C. 38, 44 ff.

<sup>31</sup> *Baker v. Bolton* (Fn.30); *Burgess v. Florence Nightingale Hospital for Gentlemen* (1955) 1 Q.B. 349.

<sup>32</sup> *Clark v. London General Omnibus Co.* (1906) 2 K.B. 648.

<sup>33</sup> Die erste Fassung stammte aus dem Jahre 1846, heute gilt der Fatal Accidents Act 1976.

<sup>34</sup> Siehe zur Rechtslage in England *Dias/Marquesinis*, *Tort Law*, 2. Auflage, Oxford 1989, S.552 ff.; *Clerk & Lindell on Torts*, 16. Auflage, London 1989, Rn.6–09 ff.; *Street on Torts*, 8. Auflage, London/Edinburgh 1988, S.490 ff.

folgten<sup>35</sup>. In den 30er Jahren dieses Jahrhundert entschieden der Court of Appeal und das House of Lords dann allerdings, daß dem Verletzten auch Ansprüche wegen verkürzter Lebenserwartung zustanden und diese Ansprüche seinen Tod überdauerten und vererblich waren<sup>36</sup>. Diese Ansprüche, die auf eine bescheidene Summe lauteten, hatten letztlich die einzige Funktion, Eltern von Kindern, die bei einem Unfall ums Leben gekommen waren, einen Betrag zu gewähren, der ihnen nach dem Common Law versagt geblieben wäre<sup>37</sup>. (In der englischen Literatur heißt es dazu: "the meanness of refusing parents damages for their grief was neutralized by the absurdity of giving the dead child a claim for being killed"<sup>38</sup>). Im Jahre 1982 wurde dieser Anspruch vom Gesetzgeber wieder abgeschafft und durch den Anspruch eines kleinen Kreises Angehöriger auf damages for bereavement ersetzt. Um den Gerichten die Aufgabe zu ersparen, das Leid der Angehörigen in Geld zu bewerten, wurde die Höhe des Ersatzbetrages per Gesetz festgelegt.

Kinder wurden vom Kreis der Anspruchsberechtigten ausgenommen, da man annahm, hier stünde der Anspruch auf Ersatz entgangener Leistungen der Eltern im Vordergrund, so daß ein Anspruch auf bereavement nicht mehr ins Gewicht falle. In der englischen Literatur wird dies zum Teil kritisiert, gleichzeitig aber festgestellt, daß die Gerichte zum Ausgleich dazu tendieren, den Kindern beim Ersatz der entgangenen Dienste der Eltern einen Zuschlag zu gewähren<sup>39</sup>.

Von denjenigen Rechtsordnungen, die grundsätzlich ein Angehörigenschmerzensgeld vorsehen, enthält die englische damit die restriktivste Regelung. Der Anspruch ist nur beim Tod gegeben, der Kreis der Anspruchsberechtigten eng und die Summe, die gewährt wird, gesetzlich auf einen verhältnismäßig geringen Betrag begrenzt.

5. Damit läßt sich als *Zwischenergebnis* festhalten: Angehörigenschmerzensgeld gibt es im Recht der Schweiz, Frankreichs, Italiens und Englands (darüberhinaus zum Beispiel in den Rechtsordnungen Griechenlands und – infolge der Rezeption des schweizerischen Rechts – auch der Türkei). In Italien und England wird Angehörigenschmerzensgeld im *Todesfall* gewährt, in der Schweiz und Frankreich auch bei *schweren Verletzungen* von Angehörigen. Der berechtigte Personenkreis umfaßt in der Schweiz Familienangehörige (Ehegatten und Verlobte, Kinder, Geschwister, Eltern), in Frankreich und Italien auch faktische Familienangehörige wie Pflegekinder und Lebensgefährten.

<sup>35</sup> Siehe aus der jüngeren Rechtsprechung nur *Mallett v. McMonagle* (1969) 2 W.L.R. 767, H.L. (N.I.); *Pevec v. Brown* (1964), 108 S.J. 219; *Davies v. Powell Duffryn Collieries Associated Ltd.* (1942) A.C. 601.

<sup>36</sup> *Flint v. Lovell* (1935) 1 K.B. 354; *Rose v. Ford* (1937) A.C. 826; *Bentham v. Gambling* (1941) A.C. 157.

<sup>37</sup> *Dias/Markesinis* (Fn.34) S.555 und Fn.97: "Since it could not earn anything, its 'value' to its parents was 'nil'. Like Oscar Wilde's cynicism, English law knew the 'price' of everything but the value of nothing.

<sup>38</sup> J.A. Weir, Compensation for Personal Injuries and Death; Recent Proposals for Reform, The Cambridge-Tilburg Lectures, S.12, zitiert nach *Dias/Markesinis* (Fn.34) S.555 Fn.97.

<sup>39</sup> *Dias/Markesinis* (Fn.34) S.556, 563.

In England ist der Kreis der Berechtigten auf Ehegatten und Eltern minderjähriger Kinder beschränkt und die Höhe des Ersatzbetrages gesetzlich festgelegt.

6. *Deutschland und Österreich*: Den Rechtsordnungen, die ein Angehörigenschmerzensgeld anerkennen, stehen in Europa solche Rechtsordnungen gegenüber, in denen man Ersatz derartiger immaterieller Schäden grundsätzlich ablehnt. So ist dem deutschen und dem österreichischen Recht ein Angehörigenschmerzensgeld fremd. Gleiches gilt etwa für das schwedische Recht<sup>40</sup>.

Im deutschen Recht wird Ersatz wegen der Schädigung oder des Todes eines Familienmitgliedes, des Verlobten oder des Lebensgefährten nur dann gewährt, wenn es bei dem Angehörigen zu einem Schock kommt und dieser sich in einer *eigenen* Gesundheitsverletzung des Angehörigen im Sinne des § 823 Abs.1 BGB niederschlägt. Selbst ein solcher Schockschaden führt nach der Rechtsprechung aber nur dann zum Ersatz, wenn die Gesundheitsverletzung infolge des Schocks über das hinausgeht, was man als naher Angehöriger in einem solchen Fall erfahrungsgemäß an Beeinträchtigung erleidet<sup>41</sup>. Wegen des gewöhnlichen, wenn auch noch so heftigen Schmerzes über den Tod oder das Leid eines nahestehenden Menschen wird kein Schmerzensgeld gewährt. Nicht der Schmerz über *fremdes* Leid, sondern nur die *eigene* Gesundheitsverletzung findet also Berücksichtigung. Damit beruht der Ersatz der Schockschäden auf einer grundsätzlich anderen Erwägung als das Angehörigenschmerzensgeld, und die Rechtsprechung in Deutschland ist sorgfältig darauf bedacht, diesen Unterschied nicht zu verwischen<sup>42</sup>.

In Österreich ist die Rechtsprechung noch erheblich restriktiver und verwehrt Personen, die infolge der Tötung eines nahen Angehörigen einen Schock erleiden, Schadensersatz und Schmerzensgeld gänzlich. Begründet wird dies damit, die Schädigung sei nur eine mittelbare und Art.1327 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB), der einen Anspruch der Hinterbliebenen auf entgangenen Unterhalt vorsieht, regle mittelbare Verluste Angehöriger abschließend<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Vergleiche *Henning Witte*, Länderbericht Schweden, S. 72, in: Christian v. Bar (Hg.), *Deliktsrecht in Europa*, 1994.

<sup>41</sup> *BGH* 11.5.1971, *BGHZ* 56, 163; *BGH*, *NJW* 1984, 1405; 1986, 777; 1989, 2317; kritisch zu dieser Einschränkung *Münchener Kommentar/Grünsky* (Fn.13) vor § 249, Rn. 53 mit weiteren Nachweisen.

<sup>42</sup> *OLG Freiburg* (Fn.4) 705: Das OLG setzte den Betrag, den das Landgericht (LG) gewährt hatte, auf die Hälfte herab, weil das LG unzulässigerweise auch auf den allgemeinen Schmerz der Klägerin über den Schmerz des Kindes abgehoben, also übersehen (hatte), daß nur die aufgrund der Gesundheitsverletzung der Mutter zusätzlich eingetretenen Leiden eine Entschädigung rechtfertigen.; siehe zu den Schockschäden etwa *Münchener Kommentar/Grünsky* (Fn.13) vor § 249, Rn. 53 ff.; *Dieter Medicus*, in: Julius von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Zweites Buch, *Recht der Schuldverhältnisse*, §§ 243–254, 12. Auflage, 1983, § 249, Rn. 58 ff.

<sup>43</sup> (*Wiener*) *Zeitschrift für Verkehrsrecht (ZVR)* 1963/147; *ZVR* 1958/144; sehr kritisch hierzu etwa *Rudolf Reischauer*, in: Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*,

Außer den Schockschadenfällen gab es für die deutsche Rechtsprechung noch einen weiteren Anlaß, sich mit der hier behandelten Fallgruppe auseinanderzusetzen. In einem Fall, der in seinem Lebenssachverhalt stark an die schweizerische Entscheidung zu der mißlungenen Anästhesie erinnert, war es aufgrund eines ärztlichen Behandlungsfehlers bei einem 16monatigen Baby zu einem vorübergehenden Atem- und Herzstillstand gekommen. Dieser zog eine Hirnschädigung mit Erblindungs- und Lähmungsfolgen nach sich. Ein eigener Anspruch der Eltern des Kindes auf Abgeltung erlittenen Schmerzes hatte in Deutschland keine Aussicht auf Erfolg; von ihm ist in der veröffentlichten Entscheidung des BGH keine Rede. (In der parallelen Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts war es dagegen vornehmlich um den Schmerz der Eltern gegangen.) Wohl in Reaktion auf eine aktuelle Tendenz des deutschen Schadensrechts, Güter und Dienstleistungen möglichst umfassend zu kommerzialisieren, versuchten die Eltern stattdessen, über den Pflegeaufwand, den sie für ihr Kind erbracht hatten, zu einem Ersatz zu gelangen. Dem hat sich der BGH, sicherlich zurecht, widersetzt und eine Kommerzialisierung der persönlichen elterlichen Zuwendung, die über den Ersatz von Fahrtkosten, Verdienstausschlag und ersparten Kosten für professionelle Pflegekräfte hinausgeht, abgelehnt<sup>44</sup>. In den entscheidenden Passagen der Begründung dieses Urteils heißt es: „Jede andere Entscheidung würde ... die Grenzen zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschaden verwischen, da letztlich Ersatz für die Verkürzung von Lebensgestaltungsmöglichkeiten gewährt würde. ... Derartige Einbußen sind allenfalls ... im Rahmen und unter den besonderen Voraussetzungen eines Anspruchs auf immateriellen Schadensersatz berücksichtigungsfähig.“ Bis dahin ist dem BGH ohne weiteres zu folgen. Dann heißt es jedoch knapp: „Um einen derartigen Anspruch geht es im Streitfall nicht.“<sup>45</sup>

## II. Bewertung

Genau an der Stelle, an der der Bundesgerichtshof seine Überlegungen im Falle des Mädchen, das durch den ärztlichen Behandlungsfehler schwer geschädigt war, abschloß, setzte das Bundesgericht der Schweiz in seiner Leitentscheidung BGE 112 II 220 im Jahre 1986 an. Wie dargelegt, gewährte es in dieser Entscheidung einem Mann, der stark unter den schlimmen Folgen des Unfalls seiner Frau litt und dessen Lebensverhältnisse durch den Zustand der Frau geradezu umgestürzt waren, einen Anspruch auf Ersatz immaterieller

---

2.Band, Wien 1992, § 1325 Rn. 5; *Helmut Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Wien 1980, S. 161.

<sup>44</sup> BGH 22.11.1988, BGHZ 106, 28 = NJW 1989, 766.

<sup>45</sup> BGH (Fn. 44) 767.

len Schadens wegen der Verletzung seines Persönlichkeitsrechtes. Der BGH hätte diesen Weg im Falle des schwer geschädigten Kindes ebenfalls beschreiten können: Auch hier hätte man erwägen können, ob die Eltern infolge der Hirnverletzung ihres Kindes einem solch schwerwiegenden Eingriff in ihre familiären Lebensverhältnisse ausgesetzt waren, daß sie in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt waren. Der BGH hätte so durchaus ebenfalls zu einem Anspruch der Eltern auf Ersatz immaterieller Schäden gelangen können. Diese Frage wäre jedenfalls der Erörterung wert gewesen.

Zum einen wäre es in dogmatischer Hinsicht naheliegender, die Ersatzberechtigung der Eltern eines schwer geschädigten oder getöteten Kindes oder des Ehegatten eines Schwerverletzten im Rahmen eines Anspruchs auf Ersatz immaterieller Schäden zu diskutieren statt unter dem Stichwort Kommerzialisierung elterlicher (oder ehelicher) Zuwendung. (Der BGH hat dies in dem oben wiedergegebenen Zitat selbst angedeutet.) Zum anderen würde eine Diskussion unter jenem Aspekt auch der Tragik der Situation sehr viel eher gerecht. Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zum Schmerzensgeld von Angehörigen könnte insofern dogmatisch, die Rechtslage in der Schweiz, Frankreich, Italien und England bezüglich der rechtspolitischen Wertungen für das deutsche Recht und diejenigen Rechtsordnungen Inspiration bieten, in denen ein Schmerzensgeld von Angehörigen auch in solch tragischen Fällen gegenwärtig noch gänzlich abgelehnt wird.

Würde man den Grund für das Schmerzensgeld der Angehörigen in der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechtes sehen, stünde in Deutschland auch § 253 BGB dem Schmerzensgeld nicht entgegen. Zwar sieht diese Norm wie Art. 2059 des italienischen Codice civile vor, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann. Nach einer Rechtsfortbildung durch den BGH und das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zählt das Persönlichkeitsrecht aber zu denjenigen Rechtsgütern, die durch § 823 Abs. 1 BGB zivilrechtlich geschützt sind und bei deren Verletzung auch Ersatz immaterieller Schäden möglich ist<sup>46</sup>.

Durch eine kategorische Ablehnung des Angehörigenschmerzensgeldes vermeidet man allerdings eine Reihe heikler Fragen. So läßt sich gegen ein solches Schmerzensgeld etwa einwenden, Ansprüche auf Entschädigung immaterieller Verluste wegen des Todes oder der Verletzung eines nahen Angehörigen seien geeignet, das Rechtsempfinden zu verletzen und es verbleibe immer ein gewisses Unbehagen, wenn der Schmerz über den Verlust oder die Schädigung von Angehörigen zu Geld gemacht werde. Der Verlust von Angehörigen gehöre, so hart dies auch sein mag, zum allgemeinen Lebensrisi-

<sup>46</sup> Zur Anerkennung als geschütztes Rechtsgut grundlegend BGHZ 12, 334; zum Schmerzensgeld BGHZ 26, 349; 35, 363; 39, 124; die Rechtsprechung des BGH wurde bestätigt durch das BVerfG, BVerfGE 34, 269.

ko; man müsse ihm daher mit einer gewissen Bereitschaft, menschliches Leid zu ertragen, begegnen, ohne daß hier das Delikts- oder Schadensrecht eingreife. Ferner könnte man geltend machen, ein Angehörigenschmerzensgeld könne den Schmerz über den Verlust oder die schwere Schädigung eines Angehörigen, wenn er denn echt sei, gar nicht ausgleichen oder lindern. Eine klassische und zentrale Funktion des Schmerzensgeldes – der Ausgleich von Schmerz – sei so also ohnehin nicht zu erreichen. Schließlich sei vorstellbar, daß der Tod oder die Verletzung eines Menschen eine unbegrenzte Vielzahl von Personen betreffe. Solche Ersatzansprüche – ließe man sie erst einmal zu – drohten daher auszufern.

Der Gefahr, daß die Zahl potentieller Anspruchsteller unüberschaubar groß wird, wirkt man in der Schweiz, Frankreich, Italien und England durch die geschilderten Begrenzungen des Kreises der Ersatzberechtigten entgegen. Sieht man den Grund des Anspruchs der Angehörigen in der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts, so kommt hinzu, daß Schmerzensgeld in der Regel nur bei schwerer Schuld des Schädigers oder einem objektiv besonders schwerwiegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht gewährt wird<sup>47</sup>. Diese Voraussetzung wird nur in besonders tragischen Fällen gegeben sein, so etwa bei der Tötung oder der besonders schwerwiegenden, dauerhaften Verletzung sehr nahestehender Personen.

Zwar ist richtig, daß der Schmerz mit steigender Intensität immer weniger dem Ausgleich durch eine Geldzahlung zugänglich ist: Während ein HWS-Syndrom durch ein Schmerzensgeld von DM 1.200,- spürbar gelindert, vielleicht sogar ganz vergessen gemacht werden kann, ist dies bei einer schweren Behinderung oder dem Verlust eines Angehörigen auch durch eine noch so hohe Geldzahlung kaum zu erwarten. Auf der anderen Seite besteht dieses Problem nicht nur im Fall des Angehörigenschmerzensgeldes, sondern beim Schmerzensgeld in besonders tragischen Fällen schlechthin. Wenn schon nicht Ausgleich des Schmerzes, so kann durch das Schmerzensgeld in besonders tragischen Fällen aber zumindest erreicht werden, daß die sonstige Lebenssituation des Geschädigten oder seiner nahen Angehörigen in Grenzen erträglicher gestaltet wird, die Beeinträchtigung insofern eine gewisse Kompensation erfährt und Leid gelindert wird. Im Ergebnis wird es in der Schweiz, Frankreich, Italien und England daher als härter betrachtet, Schmerzensgeld gerade für den vielleicht schlimmsten Schmerz, den man erleiden kann, zu versagen: den Schmerz über den Verlust (in der Schweiz und Frankreich auch: die schwere Verletzung) eines Kindes, Elternteiles oder des Partners.

Die größere Aufgeschlossenheit gegenüber dem Angehörigenschmerzensgeld entschärft darüber hinaus eine andere Schwierigkeit. In fast allen be-

---

<sup>47</sup> Siehe für die Rechtslage in Deutschland *Josef Esser/Hans-Leo Weyers*, Schuldrecht, Band II, Besonderer Teil, 7. Auflage 1991, § 61 II 2 b) (S. 620) mit weiteren Nachweisen.

trachteten Rechtsordnungen ist man sich einig, daß auch dann, wenn Menschen bis zum Verlust jeder Empfindungsfähigkeit geschädigt wurden, Schmerzensgeld gewährt werden soll (so die herrschende Meinung sowohl in der Schweiz, Frankreich und Italien als auch in England; anders allein die Lage in Österreich<sup>48</sup>). Der Bundesgerichtshof hat dies in einer grundlegenden Entscheidung vom 13.10.1992, die 14 Tage vor dem hier besprochenen Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts erging, auch für Deutschland grundsätzlich festgestellt<sup>49</sup>. Überall bereitet es aber ausgesprochen große Schwierigkeiten, die Gewährung von Schmerzensgeld an solchermaßen schwer geschädigte Opfer dogmatisch zu begründen<sup>50</sup>. Die Funktion des Schmerzensgeldes wird in den Vergleichsländern im wesentlichen darin gesehen, daß das Opfer in die Lage versetzt werden soll, seinen Schmerz durch anderweitige Annehmlichkeiten auszugleichen oder zumindest zu lindern; ferner soll dem Opfer eine gewisse Genugtuung oder Trost verschafft werden; zumindest ist daran zu denken, ihm seine sonstigen Lebensumstände spürbar zu erleichtern<sup>51</sup>. Ist dies bei einem schwerst hirngeschädigten oder dauerhaft bewußtlosen Menschen nicht möglich, verfehlt das Schmerzensgeld diese klassische Funktion. Aufgrund dieses Umstandes hier auf ein Schmerzensgeld zu verzichten, wird jedoch ganz überwiegend als höchst ungerecht und im Hinblick auf den Schädiger (vielleicht auch – wenn auch nur selten offen eingestanden – aus präventiven Gesichtspunkten) als verheerend eingeschätzt. (Akzeptiert man Prävention als eine der Funktionen des Haftungsrechts, besteht bekanntermaßen ein weiteres Problem darin, daß der *Tod* des Opfers im Vergleich mit dessen schwerer Verletzung der für den Verantwortlichen meist günstigere Ausgang der Ereignisse ist. Dies gilt jedenfalls für die Rechtsordnungen, die den Ersatzanspruch Angehöriger auf materielle Beeinträchtigung begrenzen.)

<sup>48</sup> Das gleiche Problem ergibt sich bei der Frage von Ansprüchen von Kindern, die den Verlust der Eltern noch nicht realisieren; siehe zur Problematik in der Schweiz BGE 108 II 422; *Tercier* (Fn.11) 54; in Frankreich: *Starck/Roland/Boyer* (Fn.16) S.68 ff.; für Italien: *Gregor Bender*, Personenschaden und Schadensbegriff, 1993, S.39f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; *Cassazione Civile* 19.4.1974, 1079, ARC, 1974, 914; *A Torino* 8.2.1988, GI, 1989, I, 2, 690, mit Anmerkung von *Iofreda*; *Rescigno*, *Codice Civile* (Fn.26) Anmerkung 2 mit weiteren Nachweisen; für England: *Wise v. Kaye* (1962) 1 Q.B. 638; *West & Son Ltd. v. Shephard* (1964) A.C. 326; *Winfield and Jolowicz on Torts*, 13. Auflage, London 1989, S.611 ff.; *Dias Marquesinis* (Fn.34) S.553 f. und Fn.92; im österreichischen Recht schließt der Zustand der Bewußtlosigkeit einen Schmerzensgeldanspruch für deren Dauer zwar nicht aus; es ist also nicht erforderlich, daß der Verletzte seine Schmerzen mit klarem Bewußtsein erlebt und rational verarbeitet. Bei Fehlen jeden Schmerzempfindens wird aber kein Schmerzensgeld gewährt; Nachweise bei *Reischauer* (Fn.43) § 1325 Rn.45.

<sup>49</sup> BGH 13.10.1992, BGHZ 120, 1 (Gestörte Persönlichkeit als immaterieller Schaden).

<sup>50</sup> Siehe für Deutschland stellvertretend die Begründung der Entscheidung des BGH (Fn.49); siehe für die Schweiz: *Tercier* (Fn.11); *Hans Merz*, Obligationenrecht, 6.Band, 1.Teilband, Basel und Frankfurt am Main 1984, S.240 und Fn.11; für Italien: *Bender* (Fn.48) S.40 mit weiteren Nachweisen; für England *Winfield and Jolowicz* (Fn.48) S.611 ff.

<sup>51</sup> Siehe zur Funktion des Schmerzensgeldes stellvertretend *Oftinger/Starck* (Fn.8) S.417 ff.; *Hans-Joachim Mertens*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, 2.Halbband, 1986, § 847, Rn.2 ff.; *Esser/Weyers* (Fn.47) § 61 II 1 (S.618 ff.).

Beschreitet man in Fällen schwerster Schädigung oder des Todes eines Menschen den Weg über ein Angehörigenschmerzensgeld, wird es ohne Ausnahme von den herkömmlichen Funktionen des Schmerzensgeldes ohne weiteres möglich, auch diese Fallgruppe dem Ersatz immaterieller Schäden zugänglich zu machen. Anspruchsgrund könnte, wie erwähnt, die Verletzung der Angehörigen in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sein. Wird die Lebensplanung oder Lebensgestaltung der Angehörigen durch das tragische Ereignis völlig umgeworfen, ist es durchaus sinnvoll, das Schmerzensgeld weniger dem schwer hirngeschädigten Tetraplegiker selbst als den Angehörigen zuzusprechen, die dieses Leid bewußt durchleben. Das Schweizerische Bundesgericht hat dies im Fall der mißlungenen Anästhesie angedeutet und diesen Schritt im Falle der unfallgeschädigten Ehefrau dann tatsächlich vollzogen<sup>52</sup>.

Würde man sich für diese Lösung entscheiden, bliebe das Schmerzensgeld in denjenigen (Ausnahme-) Fällen problematisch, in denen das schwerstgeschädigte Opfer keine Angehörigen oder hinreichend nahestehenden Personen hat. Hier dürfte aber ohnehin fraglich sein, wie und durch wen ein (selbst an den Verletzten direkt geleistetes) Schmerzensgeld überhaupt verwendet werden sollte.

Unter all den genannten Aspekten – Ausgleich immaterieller Schäden naher Angehöriger gerade in besonders tragischen Fällen; Vermeidung von Wertungswidersprüchen beim Schmerzensgeld in Fällen, in denen das Opfer selbst durch ein Schmerzensgeld nicht mehr erreicht werden kann; Korrektur falscher Signale an den Schädiger und Schaffung einer angemessenen Prävention; schließlich auch Anpassung der Haftungsregime in Europa – sollte das Angehörigenschmerzensgeld auch in denjenigen europäischen Rechtsordnungen, die es gegenwärtig noch gänzlich ablehnen, künftig größere Beachtung finden. Dogmatisch könnte dies unter Heranziehung des Persönlichkeitsrechts von Menschen, die dem Getöteten oder Schwerstverletzten besonders nahestehen, meist bereits *de lege lata* geschehen. Wie die Erfahrung in den Ländern zeigt, die ein Angehörigenschmerzensgeld bereits anerkennen, läßt sich ein solches Schmerzensgeld durchaus auch sinnvoll auf Fälle von besonderer Tragik beschränken.

---

<sup>52</sup> In einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1975 heißt es angesichts der Schwierigkeiten, die es bereitet, ein Schmerzensgeld für ein schwerst hirngeschädigtes Mädchen zu begründen, dagegen: Anders wäre es, wenn nach dem Sinn der gesetzlichen Regelung auch eine Ausgleichung gegenüber den Angehörigen oder gar Erben in Betracht gezogen werden könnte. . . . Das trifft aber weder hinsichtlich der Ausgleichs- noch der Genugtuungsfunktion zu. Vielmehr ist der Schmerzensgeldanspruch als höchstpersönliches Recht des Verletzten ausgestaltet. An eine Beeinträchtigung Angehöriger in ihrem Persönlichkeitsrecht war dabei offenbar nicht gedacht, *BGH* 16.12. 1975, *NJW* 1976, 1147 (1148).