



# Stellungnahme

**des Deutschen Anwaltvereins durch  
die Ausschüsse Zivilrecht und Verkehrsrecht**

**zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur  
Einführung eines Anspruchs auf  
Hinterbliebenengeld (Stand: 23.12.2016)**

Stellungnahme Nr.: 3/2017

Berlin, im Januar 2017

## **Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht**

- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Dr. Gräfin Friederike von Brühl, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwalt Dr. Roland Hoffmann-Theinert, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg
- Rechtsanwalt Dr. Michael Schultz, Karlsruhe BGH)
- Rechtsanwältin Jutta Wittler, Köln

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Christine Martin

### **Deutscher Anwaltverein**

Littenstraße 11, 10179 Berlin  
Tel.: +49 30 726152-0  
Fax: +49 30 726152-190  
E-Mail: [dav@anwaltverein.de](mailto:dav@anwaltverein.de)

### **Büro Brüssel**

Rue Joseph II 40  
1000 Brüssel, Belgien  
Tel.: +32 2 28028-12  
Fax: +32 2 28028-13  
E-Mail: [bruessel@eu.anwaltverein.de](mailto:bruessel@eu.anwaltverein.de)  
Transparenz-Registernummer:  
87980341522-66

[www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de)

## **Mitglieder des Ausschusses Verkehrsrecht**

- Rechtsanwalt Oskar Riedmeyer, München (Vorsitzender)
- Rechtsanwalt Dr. Michael Burmann, Erfurt (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt und Notar Jörg Elsner, Hagen
- Rechtsanwalt Christian Janeczek, Dresden
- Rechtsanwältin Dr. Daniela Mielchen, Hamburg
- Rechtsanwalt Michael Nissen, Gauting
- Rechtsanwältin Gesine Reisert, Berlin

## **Zuständig in der DAV-Geschäftsführung**

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann

## **Verteiler**

---

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
- Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages
- Arbeitsgruppen Verkehr und digitale Infrastruktur der im Bundestag vertretenen Parteien
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Richterbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
- Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Verkehrsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss und Regionalbeauftragte der Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht im Deutschen Anwaltverein
- ADAC
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Juristenzeitung / JZ
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW
- Redaktion NZV
- Redaktion zfs
- Redaktion DAR

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

---

Der DAV bedankt sich für die Gelegenheit, zu diesem wichtigen Vorhaben Stellung zu nehmen. Er begrüßt nachdrücklich die vorgesehene Regelung, nach der Personen, die einem durch unerlaubte Handlung getöteten Menschen besonders nahe standen, eine angemessene Entschädigung für das ihnen mit dem Tod zugefügte seelische Leid erhalten sollen. Er regt jedoch an:

- den Betrag der Entschädigung mindestens als Regelsumme gesetzlich festzulegen,
- die Voraussetzung des Näheverhältnisses statt durch eine Vermutung durch Regelbeispiele positiv und negativ einzugrenzen,
- den Anwendungsbereich auf Fälle einer vertraglich begründeten Schadensersatzhaftung zu erweitern sowie
- klarzustellen, dass die Haftungsprivilegierung der §§ 104 ff. SGB VII auch für das Hinterbliebenengeld zur Anwendung gelangt.

### **Im Einzelnen:**

Die folgende Stellungnahme im Einzelnen beschränkt sich auf Art. 1 des Entwurfs (§ 844 Abs. 3 BGB-E), da die vorgesehenen Änderungen in den Spezialgesetzen in Bezug auf die vorgenannten Aspekte keine sachlichen Unterschiede aufweisen.

#### **1. Höhe und Zweck der Entschädigungsleistung**

Der Entwurf verzichtet darauf, den im Einzelfall zu leistenden Betrag mindestens als Regelbetrag festzulegen. Das soll „im Streitfall den Gerichten überlassen“ sein (Begründung Seite 14 vorletzter Absatz). Dazu wird an derselben Stelle der Begründung ausgeführt, dass dafür „die Höhe des Schmerzensgeldes bei Schockschäden und die insoweit von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze... eine gewisse Orientierung geben“ können. Nach dem Schreiben des BMJV vom 23. Dezember 2016 wird deshalb mit einer Entschädigungssumme je anspruchsberechtigten Hinterbliebenen in Höhe von durchschnittlich EUR 10.000 gerechnet. Diese Überlegung überzeugt nicht. Die Entschädigung für Schockschäden soll gerade das über das „normale seelische Leid“, das durch den Tod eines nahestehenden Menschen verursacht wird, hinausgehende, aus eigenem Körperschaden resultierende, oder als solches zu qualifizierende, Leid entschädigen. Wenn dafür im Durchschnitt je Haftungsfall EUR 10.000 geschuldet werden, besagt dies nichts darüber, welchen Betrag ein

Gericht für das – bisher nicht entschädigungspflichtige – Leid im „Normalfall“ zuerkennen würde.

Die Entschädigung soll „für das zugefügte seelische Leid geleistet werden“ (Begründung Seite 14, vorletzter Absatz). Voraussetzung des Anspruchs soll sein, dass der Hinterbliebene „in Folge der Tötung seelisches Leid empfunden hat“ (Begründung Seite 14, 2. voller Absatz) schließlich soll mit der Entschädigung der Hinterbliebene „in die Lage versetzt werden, seine durch den Verlust der besonders nahestehenden Menschen verursachte Trauer und sein seelisches Leid zu lindern“. (Begründung Seite 8, letzter Absatz).

Diese Ausführungen in der Begründung sind nicht geeignet, den Gerichten einen praktikablen Hinweis auf die sachlich angemessene Höhe zu geben. Soweit ein Hinweis daraus entnommen werden könnte, sind sie geeignet, in die falsche Richtung zu führen.

Um mit dem Letzten zu beginnen: Wenn die Entschädigung den Hinterbliebenen in die Lage versetzen soll, mit ihr seine Trauer und sein seelisches Leid „zu lindern“ folgt daraus, dass für einen wohlhabenden Hinterbliebenen eine höhere Entschädigung angemessen sein müsste als für einen weniger Wohlhabenden: Ein Betrag von beispielsweise EUR 25.000 könnte für einen Hinterbliebenen an der Armutsgrenze als fürstlich erscheinen und ihm sonst verschlossene Möglichkeiten eröffnen, für einen wohlhabenden Hinterbliebenen aber keine spürbare Veränderung bringen. Eine Differenzierung der Entschädigungsbeträge nach den Vermögensverhältnissen der Hinterbliebenen wäre aber völlig inakzeptabel. Dann aber scheidet dieser Aspekt der Linderung zur Bemessung der Entschädigung aus. Es kann nur darum gehen, das Leid durch Zuerkennung eines – grundsätzlich in allen Fällen gleichen – Entschädigungsbetrages als Schaden anzuerkennen.

Wenn es in der Begründung (Seite 14, 2. voller Absatz) heißt, der Anspruch setze voraus, dass der Hinterbliebene „seelisches Leid empfunden hat“ und es solle „für das zugefügte seelische Leid geleistet werden“ (Begründung Seite 14, vorletzter Absatz), legt dies jedenfalls nahe, dass die Anspruchshöhe von der Tiefe und Schwere des seelischen Schmerzes abhängen soll. Anders als mit der sogenannten „Gliedertaxe“ für Körperverletzungen kann die Tiefe des Schmerzes weder ermittelt noch quantifiziert werden und schon gar nicht wie mit der „Gliedertaxe“ skaliert werden. Eine Objektivierung bei der Zumessung von Entschädigungssummen ist deshalb auch nach langjähriger Gerichtspraxis kaum vorstellbar. Welchen Betrag Gerichte in der ersten Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes, solange es noch keine Präzedenzfälle gibt, zusprechen sollten, ist vollends offen. Die Gerichte erhalten keinen sachgerechten Anhaltspunkt für eine billige Bemessung des Hinterbliebenengeldes. Der DAV empfiehlt daher, einen Regelbetrag gesetzlich festzulegen, von dem dann ggf. aus besonderen Gründen nach oben oder nach unten abgewichen werden kann.

Nach der Konzeption des Entwurfs würde dieser Regelbetrag für jeden Einzelnen anspruchsberechtigten Hinterbliebenen derselbe sein und nicht ein Gesamtbetrag für den durch unerlaubte Handlung Getöteten, welcher dann unter

mehreren Hinterbliebenen aufgeteilt werden müsste. Die Festlegung eines Regelbetrages führt deshalb dazu, dass die Entschädigungssumme insgesamt höher ist, wenn es zahlreiche anspruchsberechtigte Hinterbliebene gibt, als wenn es nur einen oder wenige Anspruchsberechtigte gibt. Wenn der Entwurf davon ausgeht, dass im Durchschnitt ein Betrag von EUR 10.000 je Hinterbliebenem zuerkannt würde, könnte dieser Betrag als Regelbetrag festgesetzt werden. Es könnte aber auch ein höherer Betrag als Regelbetrag vorgesehen werden, etwa EUR 25.000.

Eine Entschädigungssumme oberhalb des Regelbetrages käme nur in besonderen Härtefällen in Betracht, die sich etwa aus besonderen Umständen der Verletzung, einem (besonders) groben Verschulden des Schädigers oder aus besonderen familiären oder persönlichen Verhältnissen der Hinterbliebenen ergeben könnten. Eine Erhöhung wegen besonders groben Verschuldens würde nicht etwa einen Sanktionszweck oder Genugtuungszweck verfolgen, sondern die Erfahrungstatsache berücksichtigen, dass der Schmerz der Hinterbliebenen auch durch die Umstände des Todes beeinflusst wird (z.B. wenn das Opfer grausame Qualen erleiden musste). Besondere familiäre Verhältnisse, wegen derer eine Erhöhung der Entschädigungssumme in Frage käme, können zum Beispiel darin liegen, dass Eltern mit dem Getöteten ihr einziges Kind (ohne Enkel) verloren haben oder der Überlebende einer Partnerschaft keine anderen nahestehenden Personen hat und als Folge des Todes (ggf. in höherem Alter) völlig vereinsamt ist.

Umgekehrt könnte vorgesehen werden, dass unter dem Regelbetrag geblieben werden kann, wenn im Einzelfall der wegen nur leicht fahrlässiger Verursachung Verantwortliche nicht haftpflichtversichert ist und wegen der Vielzahl der Hinterbliebenen die Zahlung des vollen Betrages an jeden Einzelnen als unbillige Härte erschiene. Auch mit einer solchen Regelung würde die Lebenserfahrung berücksichtigt, dass bei einer Vielzahl von nahestehenden Hinterbliebenen der geteilte Schmerz leichter zu verkraften ist als im umgekehrten Fall eines einzigen Hinterbliebenen.

Mindestens in der Begründung sollte deshalb etwas dieser Art gesagt werden, etwa wie folgt: Als Regelfall einer angemessenen Entschädigung kann für den einzelnen Hinterbliebenen der Betrag von EUR ... angesehen werden. Dieser Betrag kann aus besonderen Gründen bis auf das [Doppelte; Fünffache] erhöht oder auch ermäßigt werden.

Umstände, die zu einer Summe oberhalb des Regelbetrags führen könnten, müssten dann ggf. von den Hinterbliebenen bewiesen werden.

## **2. Verhältnis zu anderen Schmerzensgeldtatbeständen**

- (a) Die Begründung spricht bereits das Verhältnis zu sogenannten Schockschäden an. Es sollte klargestellt werden, dass dieselbe Person keinen Anspruch auf Hinterbliebenengeld zusätzlich oder neben dem Anspruch auf Entschädigung für einen Schockschaden erhalten kann, auch wenn es sich im Ausgangspunkt um unterschiedliche „Schäden“

handelt. Dabei ist aber auch zu berücksichtigen, dass ein Anspruch auf Erstattung eines Schockschadens möglicherweise Personen zustehen kann, die nicht zu dem Kreis der nach § 844 Abs. 3 BGB-E Anspruchsberechtigten gehören würden. Ginge man davon aus, dass der Schockschaden das mit dem Hinterbliebenengeld anerkannte und „entschädigte“ Leid über den Verlust eines nahestehenden Menschen einschließt, dann müsste der Anspruch wegen des Schockschadens einer nach § 844 Abs. 3 BGB-E anspruchsberechtigten Person notwendig höher sein als das „normale Hinterbliebenengeld“. Nach diesem Verständnis könnte das Verhältnis schlicht dadurch geregelt werden, dass das Hinterbliebenengeld auf den Schockschadensersatz des einzelnen Berechtigten angerechnet wird. Hält man dagegen daran fest, dass der Schockschaden ein andersartiger Schaden ist als derjenige, um den es mit dem Hinterbliebenengeld typischerweise geht, so wird es doch praktisch unmöglich sein, innerhalb derselben anspruchsberechtigten Person die beiden Schäden quantifizierbar abzugrenzen. Es empfiehlt sich deshalb eine Regelung, wonach Umstände, die sonst zur Anerkennung eines Schockschadens führen würden, als besondere Umstände zu einer Erhöhung des Regelbetrages des Hinterbliebenengelds führen und daneben ein Anspruch auf Erstattung des Schockschadens derselben Person ausgeschlossen ist.

- (b) Klärungsbedürftig ist auch das Verhältnis eines vererbten eigenen Schmerzensgeldanspruchs des Verletzten, der – möglicherweise im Koma – noch viele Monate überlebt hat und dann als Folge der Verletzung stirbt, zu dem Anspruch auf Hinterbliebenengeld. Der von den Hinterbliebenen ererbte Schmerzensgeldanspruch des Verletzten hat nach der bisherigen Rechtslage häufig eine Funktion, die derjenigen des künftigen Hinterbliebenengelds jedenfalls nahekommt, auch wenn es um Schäden/Leid/Schmerz verschiedener Personen geht. Da – jedenfalls nach der bisherigen Praxis – solche Schmerzensgelder nicht selten eine Dimension haben, die diejenige des vorgesehenen Hinterbliebenengelds weit übersteigt, erschiene es auf den ersten Blick unbillig, das Hinterbliebenengeld zusätzlich zu diesem ererbten Schmerzensgeld zu gewähren. Dabei sind jedoch mehrere Besonderheiten zu berücksichtigen:
- Die nach § 844 Abs. 3 BGB-E Anspruchsberechtigten sind nicht notwendig die Erben des Verletzten.
  - Ob der Verletzte (z.B. wenn er im Koma war) einen Schmerz tatsächlich empfunden hat und deshalb unter den Aspekten eines Schmerzensgelds ein eigenes Entschädigungsbedürfnis des Verletzten anzuerkennen ist, wird sich oft nicht zuverlässig feststellen lassen. Das entzieht sich auch einer abstrahierenden gesetzlichen Regelung. Überdies ist denkbar, dass je nach den Umständen des Einzelfalls der Tod des Schwerstverletzten von den

Hinterbliebenen als eine Erlösung wahrgenommen wird, sodass das Bedürfnis nach einem Hinterbliebenengeld weniger deutlich ist.

Schließlich ist auch an den Fall zu denken, dass der Schwerstverletzte seine Verletzungen (und Schmerzen) bewusst erlebt und noch längere Zeit daran leidet und er noch zu Lebzeiten eigenes Schmerzensgeld erhalten hat. Auch in diesen Fällen stellen sich ähnliche Fragen.

All dies lässt sich nicht in einer stringenten Regel sachgerecht erfassen. Der DAV schlägt deshalb eine Regelung vor, wonach der Anspruch auf Hinterbliebenengeld gegenüber dem Regelbetrag bis auf Null gemindert werden kann, wenn dies unter Berücksichtigung von Schmerzensgeld, welches der Verletzte noch zu Lebzeiten erhalten hat oder welches an seine Erben zu zahlen ist, billig erscheint. Es erscheint nicht notwendig, diese Regelung auf den Fall zu beschränken, dass die Erben (der gezahlten Schmerzensgeldbeträge oder des Anspruchs auf Schmerzensgeld) mit dem nach § 844 Abs. 3 BGB-E Anspruchsberechtigten identisch sind. Im Falle gesetzlicher Erbfolge ist dies im Regelfall ohnehin anzunehmen. In anderen Fällen ist es Gegenstand der Billigkeitsentscheidung des Gerichts, ob der einzelne (sonst gemäß § 844 Abs. 3 BGB-E Anspruchsberechtigte) in dieser Weise auf das Schmerzensgeld des Verstorbenen verwiesen werden kann.

### **3. Die Anspruchsberechtigten**

Der Entwurf macht die Anspruchsberechtigung von einem besonderen persönlichen Näheverhältnis abhängig und sieht eine Vermutung für ein solches Näheverhältnis im Fall einer bestimmten Familienbeziehung vor. Auch diese Regelung wird zu Problemen führen. Der Ersatzpflichtige (in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle wird es ein Haftpflichtversicherer sein) steht vor der Frage, ob er die Voraussetzungen eines solchen Näheverhältnisses überprüfen muss, also versuchen muss, die Vermutung zu widerlegen. Konkret: Soll der Vorstand eines Haftpflichtversicherers gegenüber seiner Gesellschaft schadensersatzpflichtig sein, wenn er seinen Angestellten nicht aufgibt, insofern mindestens in jedem Einzelfall konkrete Fragen zu den persönlichen Verhältnissen zu stellen? Sollen die Hinterbliebenen des Betrugers schuldig sein, wenn sie Spannungen, die an einem Näheverhältnis zweifeln lassen, verschweigen? Der DAV plädiert auch hier dafür, solche Fragestellungen – die in Verbindung mit dem Tod eines Menschen besonders unangemessen wären – durch Typisierung zu vermeiden. So könnten die Ersatzberechtigten nach den in § 844 Abs. 3 Satz 2 BGB-E genannten Familienbeziehungen definiert werden mit konkretisierten Ausnahmeregeln, wie insbesondere für den Fall, dass Ehegatten getrennt leben. Dann könnte als weiterer Berechtigter der Partner einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft genannt werden, sofern der Verstorbene unverheiratet war oder von seinem Ehegatten getrennt lebte. Es könnte auch vorgesehen werden, dass unter bestimmten zu typisierenden Voraussetzungen auch Geschwister zu den Anspruchsberechtigten gehören (z.B. wenn der Einzelne – Bruder oder Schwester – bei Zugrundelegung deutschen Erbrechts

gesetzlicher Erbe mit einer Quote von mindestens  $\frac{1}{2}$  wäre).

Als Indiz für das Bestehen des Näheverhältnisses sollte das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft genannt werden, etwa in der Weise, dass im Regelfall das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft notwendige aber auch ausreichende Voraussetzung für die Annahme eines Näheverhältnisses ist, wenn sich dies mit zu typisierenden familienrechtlichen Beziehungen (einschließlich einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft) verbindet. Es sollte aber deutlich gemacht werden, dass das Fehlen einer häuslichen Gemeinschaft den Nachweis eines Näheverhältnisses zu einer Person, die in einem entsprechenden Familienverhältnis zu dem Getöteten steht, nicht ausschließt.

Im Übrigen sollte mindestens in der Begründung klargestellt werden, dass der Anspruch unter den Voraussetzungen des so konkretisierten persönlichen Näheverhältnisses unabhängig davon besteht, ob der einzelne Hinterbliebene seelisches Leid tatsächlich empfunden hat. Wäre tatsächlich empfundenes seelisches Leid (wenn auch vermutete) Voraussetzung des Anspruchs, so müsste dies die Folge haben, dass Kleinkinder wegen des Verlustes eines Elternteils keinen Entschädigungsanspruch haben. Dass diese Kinder dann als Halb- oder Vollwaisen aufwachsen und dies als Leid empfinden mögen, ist jedenfalls ein andersartiges Leid als das, für das Entschädigung geleistet werden soll. Entsprechendes gilt für demente Eltern oder auch Ehegatten des Getöteten.

Auch wenn entsprechend dieser Anregung in der Begründung klargestellt würde, dass tatsächlich empfundenes Leid nicht Anspruchsvoraussetzung ist, sollte der Gesetzestext in diesem Punkt doch unverändert bleiben, weil sonst unklar wäre, wofür die Entschädigung zu leisten ist.

Unklarheiten und Schwierigkeiten bei der Feststellung der Anspruchsberechtigten werden sich nicht zuverlässig ausschließen lassen und haben dann die Folge, dass der Schädiger (in den meisten Fällen ein Haftpflichtversicherer) sich mit solchen Fragen befassen muss. Das ist im Grundsatz nicht wünschenswert. Fragen dieser Art würden weitgehend vermieden, wenn das Gesetz einen anderen Ansatz wählen würde und vorsähe, dass zur Anerkennung des Leids der Hinterbliebenen diesen zusammen eine Entschädigung zusteht, die sich im Regelfall auf einen bestimmten Geldbetrag (dann beispielsweise EUR 50.000) beläuft, der aber aus besonderen Gründen (wie vorstehend für die Einzelnen dargelegt) erhöht werden kann. Dafür könnte eine bestimmte Hierarchie der Berechtigung oder der Verteilung vorgesehen werden, die im Einzelfall wegen atypischer relativer Nähe durchbrochen werden könnte. Mit einer solchen Regelung ist es Sache der Hinterbliebenen, untereinander zu regeln, wem die Entschädigung oder welcher Teil davon zusteht. Meinungsverschiedenheiten darüber könnten ohne Einbeziehung Außenstehender (Schädiger, Haftpflichtversicherung) ausgetragen werden.



#### 4. Zum sachlichen Anwendungsbereich

- (a) Der Referentenentwurf enthält keine Ausnahmeregelung für die Haftungsprivilegierung der §§ 104 ff. SGB VII. Wenn auch für Todesfälle durch einen Arbeitsunfall der Anspruch auf Hinterbliebenengeld gegenüber dem Schädiger bestünde, würde damit der Schutzzweck der gesetzlichen Unfallversicherung konterkariert (siehe BGH vom 08.03.2012 – III ZR 191/11, NZS 2012, 546). Wenn das Hinterbliebenengeld nicht durch die Haftungsprivilegierung erfasst wird, drohen bei Arbeitsunfällen gerade die Auseinandersetzungen, die durch die Einführung des SGB VII verhindert werden sollen. Es wird dann die Frage problematisiert werden, ob überhaupt ein Verschulden vorliegt und ob ggf. ein Mitverschulden des Getöteten gegeben ist. Eine Klarstellung im Gesetz, dass die Haftungsprivilegierung der §§ 104 SGB VII ff. auch für den Anspruch auf Hinterbliebenengeld gilt, ist daher erforderlich.
- (b) Nach dem Referentenentwurf soll der Anspruch nur in den Fällen bestehen, in denen eine unerlaubte Handlung oder ein aufgrund einer Gefährdungshaftung zum Schadensersatz verpflichtendes Ereignis den Tod eines Menschen verursacht hat. Vertragliche Haftungsfälle sollen mit der Begründung ausgenommen werden, in den meisten Fällen bestehe dann ohnehin auch ein deliktischer Anspruch, überdies seien die Hinterbliebenen in der Regel nicht in den Schutzbereich des verletzten Vertrages einbezogen. Der DAV bittet, dies nochmals zu überdenken und zu prüfen, ob nicht – wie beim echten Schmerzensgeld gemäß § 253 Abs. 2 BGB – auch die Fälle vertraglicher Haftung erfasst werden sollten. Als Beispiel diene der Fall, dass durch Verletzung von Betreuungspflichten (ob in einer Kindertagesstätte oder in einem Pflegeheim) ein Mensch zu Tode kommt. Die Betreuungspflicht obliegt dem Träger der Tagesstätte/des Heims. Deliktisch haftet der Träger für ein Verschulden seines Personals nur, wenn er sich bzgl. dessen Auswahl, Anleitung und Überwachung nicht gem. § 831 BGB exkulpieren kann. Daran werden deliktische Ansprüche gegen den Träger oft scheitern. Gerade um diese Schutzlücke zu schließen, hat die Rechtsprechung ja auch die Institute des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der *culpa in contrahendo* entwickelt, um über § 278 BGB doch zu einer Haftung des (prospektiven) Vertragspartners zu kommen.

Wenn sich der Träger der Tagesstätte oder des Heims in dem genannten Fall gemäß § 831 BGB exkulpieren kann, haben die Hinterbliebenen keinen deliktischen Entschädigungsanspruch gegen den Heimträger und seine Versicherung. Der verantwortliche Angestellte mag finanziell außerstande sein, den Anspruch zu erfüllen – ganz abgesehen davon, dass im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob die übrigen Voraussetzungen des Anspruchs gegen ihn vorliegen. Ähnlich mögen auch die Fälle ärztlicher Kunstfehler liegen – mit dem Unterschied, dass in solchen Fällen der deliktische Anspruch gegen den behandelnden Arzt unproblematisch sein dürfte und überdies in der Regel für ihn auch eine

Haftpflichtversicherung bestehen wird, oder er in die Versicherung seines Arbeitsgebers (Krankenhausträgers) einbezogen ist.

Die Überlegung in der Begründung, dass in den meisten Fällen ohnehin auch ein deliktischer Anspruch bestehen wird, ist gerade für ein so sensibles Thema wie das des Hinterbliebenengeldes sachwidrig. Denn die Überlegung nimmt bewusst in Kauf, dass einige aus der Sicht des Opfers oder der Hinterbliebenen gleich liegende Fälle unberücksichtigt bleiben.

Wenn ein auf die vertragliche Zurechnungsvorschrift des § 278 BGB gestützter Anspruch gegen den/die verantwortliche Vertragspartei sonst daran scheitern würde, dass die Hinterbliebenen nicht in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen sind, ist dies kein Hinderungsgrund: die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs sollten so formuliert werden, dass es hierauf nicht ankommt. Ein vertraglicher Entschädigungsanspruch liegt insofern nicht anders als der deliktische: Auch die unerlaubte Handlung ist ja nicht gegenüber den Hinterbliebenen, sondern gegenüber dem Getöteten begangen. Ebenso würde es in Fällen einer vertraglichen Haftung darum gehen, dass eine Partei außerhalb der Leistungs- und Schutzpflichten des Vertrages Ansprüche haben könnte.

## **5. Steuer- und sozialrechtliche Qualifikation**

Es sollte klargestellt werden, dass das Hinterbliebenengeld weder für Zwecke der Einkommensteuer noch für Zwecke des Sozialrechts als Einkommen gilt und der Anspruch auf das Hinterbliebenengeld auch nicht pfändbar ist. Dabei ist auch an die durchaus nicht seltenen Fälle zu denken, dass der verantwortliche Schädiger ein Familienangehöriger ist, und gerade in solchen Fällen oft keine Haftpflichtversicherung besteht. Klarzustellen ist auch, dass deshalb der Verzicht auf den Anspruch auch keine Gläubigerbenachteiligung des Verzichtenden ist.

## **6. Zugewinnausgleich**

Zu der im Schreiben des BMJV vom 23. Dezember 2016 unter Nummer 1 gestellten Frage nimmt der DAV wie folgt Stellung:

- (a) Auf den ersten Blick erscheint es unbillig, wenn insbesondere bei hohen Schmerzensgeldbeträgen – die einer entsprechend schweren Verletzung Rechnung tragen – der Geschädigte das Schmerzensgeld bei der Scheidung mit seinem Ehegatten faktisch teilen müsste. Das schiene besonders dann grob unbillig, wenn die Verletzung (und ggf. die sich daraus ergebenden bleibenden Beeinträchtigungen) zur Zerrüttung der Ehe geführt oder zu ihr beigetragen haben.
- (b) Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Schmerzensgeld nach längerer Zeit mit Wahrscheinlichkeit verbraucht und im Vermögen des Verletzten nicht mehr vorhanden sein wird. Dann wäre es unbillig, das Vermögen des Geschädigten, in dem Schmerzensgeld nicht mehr

vorhanden ist, rechnerisch nochmals um den Schmerzensgeldbetrag zu mindern (oder, was auf dasselbe hinausläuft, bei der Berechnung des Zugewinns den Schmerzensgeldbetrag dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen). Wenn die Ehe noch geraume Zeit nach der Verletzung Bestand hat, wird überdies der Ehegatte an den Folgen der Verletzung (wenn auch nicht an den physischen Schmerzen, so doch an den bleibenden Beeinträchtigungen) mitgetragen haben.

- (c) Diese Überlegungen legen es nahe, den Betrag des Schmerzensgeldes rechnerisch entweder nur für eine bestimmte Zeit vom Zugewinnausgleich auszunehmen oder (entsprechend dem Vorbild beim Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 Abs. 3 BGB) den auszunehmenden Betrag über die Zeit abzuschmelzen. Welcher Zeitraum dafür sachgerecht ist, ist schwer zu bestimmen. Gedacht werden könnte etwa an einen Zeitraum von drei oder fünf Jahren. Möglicherweise kann auch nach der Schwere der Verletzung (wie sie in der Höhe des Schmerzensgeldes reflektiert wird) differenziert werden, etwa in der Weise, dass wegen eines Schmerzensgeldbetrages von bis zu EUR 5.000 keine besondere Berechnung (also kein Ausschluss aus dem Zugewinn) stattfindet, bei einem darüber hinausgehenden Betrag bis zu beispielsweise EUR 50.000 die Abschmelzung über drei Jahre stattfindet und bei einem darüber liegenden Betrag über fünf Jahre.
- (d) Für das Hinterbliebenengeld könnten diese Regelungen entsprechend gelten.