

IV. Zur Kodifikation des Entschädigungsrecht

1. Einordnung in das SGB

a) Das SGB als Kodifikationsprojekt

Die Zeit nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs war eine Zeit großer Sozialrechtsreformen. In vielen Ländern weckten oder bestärkten die Kriegserlebnisse das Gefühl, mehr Solidarität schaffen zu müssen. Daraus ergab sich vor allem ein Schub für die Universalisierung sozialer Sicherungssysteme. Das galt nicht nur – auf der Grundlage des berühmten *Beveridge*-Plans – im Vereinigten Königreich,⁷⁷⁰ sondern auch in Frankreich⁷⁷¹ und etwa in den Niederlanden⁷⁷². Auch in Deutschland wuchs die Überzeugung, es bedürfe einer „umfassenden Sozialreform“,⁷⁷³ die möglichst schnell durchzuführen sei.⁷⁷⁴ In einem Arbeitsbericht des Interministeriellen Ausschusses wurde das Anliegen einer solchen Reform folgendermaßen umschrieben: „Die Neuordnung der sozialen Sicherung erstrebt eine Gesamtreform, in die grundsätzlich alle sozialen Leistungen und die zur Aufbringung der Mittel vorhandenen Regelungen einbezogen werden sollen. Eine Behandlung von Teilproblemen genügt nicht. Den Schwerpunkt der Gesamtreform bilden die Neugestaltung der Leistungsarten, die in den typischen Notständen und Wechselfällen des Lebens soziale Sicherung gewährleisten sollen, sowie die damit zusammenhängenden Aufbringungsmethoden und Organisationsfragen.“⁷⁷⁵

Als wissenschaftliche Grundlage diente die durch eine unabhängige Kommission erstellte sog. „Rothenfelser Denkschrift“ mit dem programmatischen Titel

⁷⁷⁰ *Beveridge*, Social Insurance and Allied Services, 1942.

⁷⁷¹ Mit der auf *De Gaulle* zurückgehenden Vereinheitlichung der Sozialversicherungen durch Schaffung des *régime général*. Vgl. die erste Vorschrift des *Code de la Sécurité sociale*, Art. L 111-1 Abs. 1: „La sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale.“

⁷⁷² Dazu und dem *Van Rhijn*-Bericht über Soziale Sicherheit *van Oorschot*, The Dutch Welfare State: Recent Trends and Challenges in Historical Perspective, EJSS 2006, p. 57 ff.

⁷⁷³ *Adenauer* in seiner Regierungserklärung vom 20.10.1953, abrufbar: <http://www.konrad-adenauer.de/dokumente/erklarungen/regierungserklärung12>.

⁷⁷⁴ Vgl. die Feststellung des Vizekanzlers auf der konstituierenden Sitzung des Ausschusses für Sozialreform am 11.8.1955, wonach es „überflüssig sei, die Notwendigkeit einer raschen Durchführung der Sozialreform noch besonders zu betonen“, Protokoll abrufbar unter:

http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/x/x1955s/kap1_2/kap2_1/para3_1.html.

⁷⁷⁵ Punkt A.: http://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/x/x1955s/kap1_3/para2_2.html.

„Neuordnung der sozialen Leistungen“. In ihr wurden Grundlagen und Grundsätze sozialer Leistungen analysiert und Vorschläge für eine Reform unterbreitet. Die Verfasser schlugen zur Neuordnung die Schaffung eines „umfassenden Gesetzeswerk“ vor, „das alle soziale Leistungen übersichtlich zu einer einheitlichen Ordnung zusammenführt“. ⁷⁷⁶ Dazu gehören sollten neben der Sozialversicherungen und der „Öffentlichen Fürsorge“ auch „Kriegsopferversorgung, Lastenausgleich (und) Wiedergutmachung“. ⁷⁷⁷ Die Vorschläge waren schon bei ihrer Veröffentlichung umstritten. Einerseits gab es Einwände gegen viele Inhalte im Einzelnen, andererseits aber auch gegen die angestrebte umfassende Kodifikation. Mit ihr würden „tatsächlich begründete Unterschiede ... verwischt“ werden. ⁷⁷⁸ Da über die Vorschläge zwischen den beteiligten Ministerien der damaligen Bundesregierung keine Einigkeit erzielt werden konnte, scheiterte das Reformvorhaben. ⁷⁷⁹ Es kam stattdessen zu Änderungen in einzelnen Sozialversicherungszweigen, insbesondere zu einem grundlegenden Umbau der Rentenversicherung. Im Zuge dieser Reformen wurden auch Verbesserungen des BVG diskutiert. ⁷⁸⁰ Das blieb jedoch ohne Folgen. Mit dem Scheitern einer Neuordnung verpasste Deutschland es zugleich, von den fast überall anders in Europa wirkmächtigen Bestrebungen zur Einführung einer universellen soziale Sicherheit zu profitieren, was in erster Linie den Anstrengungen des Wiederaufbaus und den ideologischen Folgen der politischen Teilung Deutschlands anzulasten ist. ⁷⁸¹

Die Bestrebungen um die Sozialrechtskodifizierung erhielten aber mit dem Start der sozialliberalen Koalition im Jahr 1969 neuen Schwung. ⁷⁸² Sie begann alsbald mit den Arbeiten ⁷⁸³ und setzte dafür eine Sachverständigenkommission beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung ein. ⁷⁸⁴ Geschaffen werden sollte ein Allgemeiner Teil, mit dem „jene Bereiche des Sozialrechts, die sozial- und rechtspolitische Gemeinsamkeiten aufweisen und sich für eine Einordnung in ein Gesetzgebungswerk eignen, nach einheitlichen Grundsätzen und unter An-

⁷⁷⁶ *Achinger/Höffner/Muthesius/Neundörfer*, Neuordnung der sozialen Leistungen, 1955, S. 132. S. 132.

⁷⁷⁷ *Achinger/Höffner/Muthesius/Neundörfer*, a.a.O.

⁷⁷⁸ So die „kritische Stellungnahme“ von *Rohrbeck/Roehrbein/Meyrich*, Zum Problem der Realisierbarkeit der Vorschläge der Rothenfelder Denkschrift, 1955, S. 9 f.

⁷⁷⁹ Vgl. *Hockerts*, Sozialpolitische Entscheidungen, 1980, S. 242 ff.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu *Wilke*, ZSR 1958, S. 441 ff.

⁷⁸¹ In diesem Sinne *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 264 f.

⁷⁸² Vgl. die Regierungserklärung *Brandts* v. 28.10.1969 (Faksimile), S. 39, abrufbar unter: http://www.1000dokumente.de/index.html?c=dokument_de&dokument=0021_bra&object=facsimile&pimage=40&v=100&nav=&l=de.

⁷⁸³ Mit Kabinettsbeschluß v. 19.3.1970, abgedruckt bei *Hauck/Noftz*, SGB I, Loseblatt, M 001. Dazu auch *Brackmann*, ZSR 1987, S. 192 f.

⁷⁸⁴ Vgl. zu der „Chronik“ *Zacher*, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, 1973, S. 15 ff.

passung an strukturelle Veränderungen überarbeitet, in einem Gesetzbuch zusammengefasst und dabei grundsätzlich alle gemeinsamen Tatbestände in einem Allgemeinen Teil dieses Gesetzbuchs geregelt werden“ sollten.⁷⁸⁵ Grundsätzlicher beschrieben hat einer der Väter des SGB, *Hans F. Zacher*, das Kodifikationsvorhaben wie folgt: „Der Versuch der Kodifikation des Sozialrechts in einem Sozialgesetzbuch soll deshalb dem Teilhaften und Speziellen, das die bisherige Entwicklung beherrscht, die allgemeine Ordnung entgegensetzen; und er soll der ständig sich wandelnden Masse des Sozialrechts einen Rahmen geben, der Bestand haben kann.“⁷⁸⁶ Dass auch dieses Vorhaben – das wie die Schaffung aller Allgemeinen Teile von Gesetzen die mit der Abstraktion verbundenen Schwierigkeiten in sich trug⁷⁸⁷ – nicht auf ungeteilte Zustimmung stieß, hing mit der unvermeidbaren Vielgestaltigkeit des Sozialrechts zusammen, das auf die verschiedensten Bedarfssituationen mit unterschiedlichen Institutionen und Instrumenten reagiert und damit die Zusammenfassung einheitlich geltender Regeln erschwert.⁷⁸⁸

Die Bundesregierung legte Mitte 1973 einen Gesetzentwurf für einen Allgemeinen Teil des SGB vor.⁷⁸⁹ Tatsächlich gelang es, mit der Verabschiedung des SGB I⁷⁹⁰ und des SGB X⁷⁹¹ dem Gesamtvorhaben einen gesetzgeberischen Rahmen zu geben.⁷⁹² Bei dessen Ausfüllung erwiesen sich die ursprünglichen Planungen aber als nicht durchführbar.⁷⁹³ Zum einen waren sie zwar systematisch konsequent angelegt, die Zusammenfassung des gesamten Sozialversicherungsrechts in einem Buch hätte aber zu einer großen Unwucht geführt. Zum anderen erwies sich bemerkenswerterweise gerade die Zurückhaltung hinsichtlich inhaltlicher Überarbeitungen des Sozialrechts als im Ergebnis zu ambitioniert.

785 Punkt 1 des Kabinettsbeschlusses v. 19.3.1970 (Fn. 783).

786 *Zacher*, Das Vorhaben des Sozialgesetzbuches, 1973, S. 14. Näher zu einzelnen Zielen, insbesondere der Herstellung einer äußeren und inneren „Einheit“ sowie der „Vervollständigung und Verdeutlichung des Rechts“ *ders.*, ZfS 1977, S. 145, 148 ff.

787 Dazu aus rechtshistorischer Perspektive *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen, 2004, S. 442 ff.

788 Weshalb etwa der Vorschlag unterbreitet wurde – dem historischen Vorbild der RVO entsprechend – einzelne Teilgebiete zu kodifizieren, so v. *Maydell*, ZRP 1973, S. 115, 118 f.

789 BT-Drs. 7/868 v. 27.6.1973.

790 SGB – Allgemeiner Teil – v. 11.12.1975 (BGBl. I, S. 3015).

791 In zwei Teilschritten: SGB – Verwaltungsvorhaben – v. 18.8.1980 (BGBl. I, S. 1469) und SGB – Zusammenarbeit der Leistungsträger und ihre Beziehungen zu Dritten – v. 4.11.1982 (BGBl. I, S. 1450). Zu den Gründen dafür *Zacher*, SDSRV 40 (1995), S. 7, 20.

792 Krit. zu diesem Vorgehen v. *Maydell*, ZRP 1973, S. 115, 120 f.

793 Vgl. zu der Entwicklung *Zacher*, BayVBl. 1991, S. 529 ff.

Angestrebt worden war eine Zusammenfassung mit „begrenzter Sachreform“. ⁷⁹⁴ Tatsächlich aber gelang die Schaffung weiterer Bücher des SGB nur im Zusammenhang mit größeren bereichsspezifischen Reformen. So erweist sich die Bilanz des Kodifikationsvorhabens SGB als zwiespältig: Das Vorhaben ist gescheitert, oder zumindest unvollendet, soweit es die Zusammenfassung des gesamten Sozialleistungsrechts zum Ziel hatte. ⁷⁹⁵ Es war aber erfolgreich, soweit es um die Festlegung einiger grundlegender sozialrechtlicher Regeln ging, insbesondere bezogen auf Fragen des Verwaltungsschuldrechts und des Verfahrens. Für das Sozialversicherungsrecht, für das mit der RVO allerdings bereits eine Blaupause bestand, gelang auch eine bereichsspezifische Harmonisierung wichtiger Grundlagen. ⁷⁹⁶ So fungiert das SGB im Rückblick betrachtet immer noch als gesetzgeberisches Rahmenwerk, in das bei jeweils anstehenden Reformen einzelne Leistungssysteme eingeordnet werden konnten. ⁷⁹⁷ Dieser Prozess ist bis heute nicht abgeschlossen. Das verdeutlicht ein Blick auf § 68 SGB I, der eine ganze Reihe von Gesetzen nennt, die noch nicht in das SGB aufgenommen worden sind. ⁷⁹⁸

⁷⁹⁴ *Zacher*, SDSRV 40 (1995), S. 7, 14 f. Dazu, dass damit starke Beschränkungen für eine Vereinfachung durch Vereinheitlichung zwangsläufig verbunden sind, v. *Maydell*, ZRP 1973, S. 115, 118; andererseits mag sich aus der Beschränkung der zumindest teilweise Erfolg der Kodifikation erklären, so mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf Belgien und Niederlande *Zacher*, in: FS für Maurer, 2001, S. 1229, 1239 f.

⁷⁹⁵ Zumal die aufgenommenen Teile mittlerweile ihrerseits wieder reformbedürftig geworden sind, vgl. dazu und zur Kritik am erreichten Stand *Schärdel*, Die Bücherkodifikation, 2012, S. 42 f.

⁷⁹⁶ Mit dem SGB – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – v. 23.12.1975 (BGBl. I, S. 3845), das neben dem Organisationsrecht vor allem das Beschäftigungsverhältnis als Anknüpfungspunkt der Versicherung, die Beitragszahlung und die Meldepflichten regelt.

⁷⁹⁷ Zuletzt das SGB II und das SGB XII im Zuge der umfassenden Reform des Sozialhilferechts als Ergebnis der sog. Hartz-Gesetzgebung. Gescheitert sind aber auch immer wieder andere Projekte zur Verbindung von Zusammenfassung und Neuordnung, zuletzt bei der Reform der Leistungen für Menschen mit Behinderungen, die mit dem Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen (Bundesteilhabegesetz) vom 23.12.2016 (BGBl. I, S. 3234) kein neues SGB, sondern eine Neufassung des SGB IX und Änderungen in den meisten anderen SGBen brachte.

⁷⁹⁸ Weshalb *Merten*, VSSR 1974, S. 324, 343, das SGB I – jedenfalls in seinem Entwurf – nicht als „Gesetzeskodifikation, sondern als ... Gesetzessammlung“ bezeichnete.

b) Soziales Entschädigungsrecht als Teil des SGB

aa) Gründe für den früheren Verzicht

Zu den nicht in ein Sozialgesetzbuch umgeformten Gesetzen zählen auch diejenigen, die das soziale Entschädigungsrecht bilden. Zwar hatte man sich schon bei Beginn der Kodifikation auf ein enges Verständnis des Entschädigungsrechts geeinigt und das in § 5 SGB I zum Ausdruck gebracht. Denn diese Vorschrift bezieht sich, wie oben näher beschrieben,⁷⁹⁹ nur auf Teile des Entschädigungsrechts.⁸⁰⁰ Sie knüpft an Gesundheitsschäden an⁸⁰¹ und ließ von Anfang an weite Teile des Kriegsfolgenrechts unberücksichtigt. Selbst auf dieser Grundlage gelang es aber nicht, die Vorschrift durch die Schaffung eines eigenen, dem Entschädigungsrecht gewidmeten SGB auszufüllen.

Grund dafür war, dass über die zu kodifizierenden allgemeinen Vorschriften und damit letztendlich über die Charakteristika des sozialen Entschädigungsrechts keine Einigkeit bestand. Insbesondere die Frage, inwieweit das Kriegsopferrecht und vor allem das BVG als Muster gelten sollten, spaltete die Meinungen. Die Gegner wiesen auf die historische Bedingtheit dieses Rechts hin, das einen Sonderfall darstelle,⁸⁰² nicht ohne weiteres für andere zu entschädigende Personengruppen passe⁸⁰³ und, schon weil es das bestehende Recht nicht abbilde, einer Revision bedürfe⁸⁰⁴. Dem wurde entgegengehalten, dass sich das BVG über die Jahre entwickelt habe und insbesondere mit seinen Leistungen dem Haftungsgrund eines sozialrechtlich auszugleichenden besonderen Opfers entspreche.⁸⁰⁵ Tatsächlich hatte der Gesetzgeber bei anderen Entschädigungsgesetzen auf das BVG Bezug genommen,⁸⁰⁶ und auch die Rechtsprechung hat sich bei allgemeinen Aufopferungsansprüchen an dessen Regelungen angelehnt, aller-

799 Vgl. II.1.a)aa)

800 Wobei schon mit dem Begriff der Entschädigung anstelle der Versorgung zugleich auch die Möglichkeit der Ausweitung über die tradierten Bereiche hinaus verbunden war, vgl. Gitter, in: FS für Fechner, 1973, S. 223, 225 f.

801 Was auch damals als Einschränkung angesehen wurde, *Wertenbruch*, SGB 1972, S. 241, 246.

802 Vgl. *Schnapp*, in: Das neue SGB, 1972, S. 144; vgl. auch oben, III.2.c)cc).

803 So *Wertenbruch*, SGB 1972, S. 241, 246.

804 So auch unter Hinweis auf die unechte Unfallversicherung *Zacher*, DÖV 1972, S. 461, 467.

805 So *Rohwer-Kahlmann*, ZSR 1974, S. 139, 147 ff., 162 f.

806 Zum Teil ausdrücklich, zum Teil als Vorbild für andere Gesetze; vgl. zum BEG BGH v. 18.9.1997, IX ZR 164/97.

dings nicht ohne auf Unterschiede im Haftungsgrund hinzuweisen und insofern das BVG als Untergrenze der Leistungen anzusehen.⁸⁰⁷

bb) Zu den Voraussetzungen einer Kodifikation

Dieser Streit um die Rolle des BVG als Leitgesetz ist, wie schon in der Einführung hervorgehoben wurde,⁸⁰⁸ obsolet. Ausgangspunkt für eine umfassende Kodifikation ist die Frage, welche Gemeinsamkeiten ein Rechtsgebiet dergestalt prägen, dass sie das positive Recht zusammenführen, oder anders ausgedrückt, ob sich in ausreichendem Maße Gemeinsamkeiten finden lassen, die für eine Zusammenfassung des sozialen Entschädigungsrechts in einem Sozialgesetzbuch sprechen.

Das setzt, wie jede Suche nach Grundsätzen, die sich für eine Systematisierung eignen, ein Hin- und Herschauen voraus.⁸⁰⁹ Denn Grundsätze sind Teile der positivrechtlichen Ausgestaltung des Rechts, sollen dieses aber zugleich kennzeichnen und verklammern. Ihre induktive Ermittlung ist auch im Sozialrecht eine wichtige und keineswegs neue⁸¹⁰ Methode für die Herausarbeitung einer Sozialrechtsdogmatik.⁸¹¹ Zwar folgt das Sozialrecht bekanntlich nicht nur systematischen Überlegungen und Sachgesetzmäßigkeiten, sondern beruht oft auf historischen Entwicklungen und politischen Kompromissen, die ihm nicht selten etwas Zufälliges, wenn nicht gar Beliebiges verleihen. Das erschwert oft die Suche nach Gemeinsamkeiten, schließt deren Vorhandensein jedoch nicht aus. Anzusetzen ist an den Gesetzen, die nach der Bestandsaufnahme zum sozialen Entschädigungsrecht gezählt werden.⁸¹² Sie können im Hinblick auf die verschiedenen Leistungsvoraussetzungen und Leistungsbestimmungen durchgemustert werden. In einem zweiten Schritt bedarf es der Überlegung, ob an entsprechen-

807 BGH v. 26.1.1970, III ZR 80/69, Rn. 51 ff. für einen vor Inkrafttreten des BSeuchG eingetretenen Impfschaden.

808 Oben, I.

809 Zum „Hin- und Herwandern des Blicks“ bei der Auslegung und in diesem Sinne des Bemühens um Verstehen einer Rechtsvorschrift *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 15.

810 A.A. insoweit, wenn auch nicht in der Sache, *Eichenhofer*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2017, S. 6, 10.

811 Vgl. *Becker*, in: ders., Rechtsdogmatik und Rechtsvergleich im Sozialrecht I, 2010, S. 11, 26 ff.; im Zusammenhang mit dem Leistungserbringungsrecht *Becker/Meeßen/Neu-eder/Schön/Schlegelmilch/Vilaclara*, VSSR 2011, S. 323 ff.; vgl. zur Diskussion bei der Schaffung des SGB *Zacher*, ZfS 1977, S. 145, 150 f.

812 Insofern ist in einem ersten Ansatz nicht von Leistungsunterschieden zwischen und Besonderheiten der einzelnen Leistungsgesetze auszugehen, vgl. aber auch *Köbl*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84, Rn. 179.

den Gemeinsamkeiten festgehalten werden soll. Denn ihre weitere Geltung und ihr genauer Inhalt unterliegen ebenso einer rechtspolitischen Prüfung und können, wenn bessere Gründe für eine Änderung als für eine Beibehaltung sprechen, modifiziert werden – jedenfalls in den Grenzen des höherrangigen Rechts. Auf diese Weise lassen sich die Grundsätze herausarbeiten, die ein Rechtsgebiet künftig prägen und deshalb in einem Gesetz zusammengefasst werden sollen.⁸¹³

Es bleibt ein denkbare Argument gegen eine umfassende Kodifikation des sozialen Entschädigungsrechts, nämlich dass dieses Recht in besonderem Maße für politische Entscheidungen offen ist⁸¹⁴ und offen bleiben muss. Das wäre dann ein relevanter Einwand, wenn – wie ganz grundsätzlich behauptet – Kodifikationen der Anpassungsfähigkeit des Rechts zuwiderlaufen würden.⁸¹⁵ Das ist aber wenig überzeugend. Technisch betrachtet ist die Änderung eines SGB nicht schwieriger als die eines beliebigen anderen Gesetzes – und dafür, dass das auch praktisch nicht der Fall ist, liefert die Gesetzgebungspraxis, schaut man sich etwa die Entwicklung des Kranken- oder Rentenversicherungsrechts an, in mehr als reichlichem Maße eine Bestätigung. Tatsächlich besteht die eigentliche Gefahr ganz umgekehrt weniger in einer Versteinerung einmal getroffener Grundentscheidungen als in deren Verwässerung. Die mit einer Kodifikation verbundene Vereinheitlichung kann durch immer weitere Verästelungen der bestehenden Vorschriften konterkariert werden, wenn nicht gar schon im Ansatz deren Klammerwirkung durch den Erlass von Spezialgesetzen unterlaufen wird.⁸¹⁶ Richtig ist an dem Einwand drohender Versteinerung deshalb nur, dass eine inhaltliche Vereinheitlichung nicht übertrieben werden darf. Insofern hängt alles davon ab, was von einer Kodifikation erwartet wird. Ihr Ziel ist weder Lückenlosigkeit⁸¹⁷ noch Ewigkeitsgarantie des Rechts. Sie kann heute überhaupt nur dann

813 In dieser Hinsicht hat *Zacher*, BayVBl. 1976, S. 552, 557, dem Gesetzgeber aber auch beim Erlass des SGB I kein allzu gutes Zeugnis ausgestellt; er habe nicht „den Bedarf an allgemeinen Ordnungen nachgefragt“, sondern „den angetroffenen Regelungsvorrat gesammelt und durchgesehen und an Hand der Kriterien der Vorfindlichkeit von Fertigem, der geringeren Widerstände gegen Fixierung von Altem oder Anordnung von Neuem ausgewählt“.

814 Vgl. oben, III.2.

815 So *Kübler*, JZ 1969, S. 645, 648: „Daraus folgt, daß die langfristigen Ordnungsaufgaben, denen die Kodifikationen zuzurechnen sind, in wachsendem Maße von den aktuellen Erhaltungs- und Befriedungsbedürfnissen einer krisenanfälligen Industriegesellschaft verdrängt werden.“

816 Zu beiden Gefahren von „Sondergesetzen“ *Zacher*, BayVBl. 1976, S. 552, 553. Zu einem Vorschlag einer zweistufigen Gliederung des SGB *Köbl*, in: FS für *Zacher*, 1998, S. 389, 394.

817 Dazu, dass Vollständigkeit ein zumindest unklares und immer umstrittenes Ziel von Kodifikationen war, *Schmidt*, Zivilrechtskodifikation in Brasilien, 2009, S. 134 f. m.w.N.

erfolgreich sein, wenn sie Raum für Entwicklungen lässt.⁸¹⁸ Die Vereinheitlichung eines Rechtsgebiets, zumindest eines sozialrechtlichen, das wegen seiner Zweckgebundenheit zwangsläufig in besonderem Maße änderungsanfällig ist, muss sich auf die prägenden Grundsätze beschränken.⁸¹⁹ Diese sind, wie eben beschrieben, nicht einem „Leitgesetz“ zu entnehmen,⁸²⁰ sondern in mehreren Schritten zu gewinnen. Sie besitzen Ordnungsfunktion, indem die wesentlichen Eigenschaften einer Materie hervorheben und damit Transparenz herstellen. Sie bilden den allgemeinen Teil der zusammenzufassenden Vorschriften, der nicht nur durch besondere Teile zu ergänzen ist, sondern von dem dort auch abgewichen werden kann, falls sich das als sachlich erforderlich erweist.

cc) Zu verfolgender Ansatz

Kodifikationen sind also nicht deshalb überflüssig, weil das Recht nicht mehr Grundsätzen folgen sollte oder sich Grundsätze völlig verflüchtigt hätten. Ihre Erkennbarkeit ist nur angesichts des immer umfangreicheren Gesetzesstoffs, den es zu ordnen gilt, schwieriger geworden. Vor allem aber ist die Ausrichtung an einheitlichen Grundsätzen deshalb beschwerlich, weil sie oft zu mehr Änderungen zwingen, als den Beteiligten lieb ist, etwa zum Verzicht auf eingespielte Verfahrensabläufe und lieb gewonnene Kompetenzen. Das erklärt zu weiten Teilen das Scheitern vieler Kodifikationsbemühungen. Insofern stößt die Rechtswissenschaft an ihre Grenzen: Sie kann zwar einen Beitrag zur Erklärung und Ordnung des Rechts zu leisten. Sie kann aber nicht die praktischen und politischen Gründe einer bestehenden Unordnung beseitigen.

Ungeachtet dessen sind Vorschläge zur Kodifikation deshalb sinnvoll, weil das doppelte Ziel einer Kodifikation noch einmal die Eigenheiten des sozialen Entschädigungsrechts hervortreten lässt: Seine Verfolgung hilft, die Außengren-

818 Als Auflösung der Kodifikationsidee erscheint das nur, wenn heute noch unverändert die Vorstellungen aus dem 18. und 19. Jahrhundert an die Zusammenfassung von Rechtstexten bemüht werden, vgl. etwa krit. zu bescheidenen Ansprüchen neuerer Kodifikationsversuchen v. *Lewinski*, in: GS für Brandner, 2011, S. 107, 108 f. Vgl. überzeugend zu „falschen Kodifikationsidealen“ *Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee, 1985, S. 17 ff.; demgegenüber noch zum Ideal der „Herrschaft eines lückenlosen Normsystems, das in widerspruchsfreier Folge vom einzelnen Rechtssatz, vom einzelnen Rechtsinstitut zu den obersten Begriffen und Grundsätzen aufsteigt“, *Wieacker*, in: FS für Boehmer, 1954, S. 34.

819 Wenn man nicht überhaupt in der „Entwicklung vom Rechtswahrungs- zum Wohlfahrtsstaat“ den gleichzeitigen Wandel vom „Gesetzes zum Verordnungs-, ja zum reinen Verwaltungsstaat“ sieht, so *Wieacker*, in: FS für Boehmer, 1954, S. 34, 49, mit skeptischem Blick auf die damit erwartete Erosion des Gesetzesstaats.

820 Also auch nicht dem heute im Vordergrund der aktuellen Reformbestrebungen stehenden OEG, vgl. dazu aber auch *Nielsson*, SGB 2017, S. 378 f.

zen im Sinne der in einem SGB zu versammelnden Tatbestände zu klären (dazu nachfolgend 2.). Und sie hilft, die für die Binnensystematisierung wesentlichen Grundsätze hervorzuheben. Insofern beschränken sich die folgenden Ausführungen auf einige Anmerkungen zu weiteren, von der Erfüllung der jeweils einzeln zu umschreibenden Tatbestände unabhängigen Voraussetzungen von Entschädigungsleistungen (unten, 3.) und auf die Bestimmung ihres Inhalts (unten, 4.).

2. Tatbestände der Entschädigung

a) Ausgangspunkt: Zusammenfassung aller relevanten Tatbestände

Ziel einer Kodifikation sollte es sein, das komplette soziale Entschädigungsrecht zu erfassen. Einzubeziehen sind zunächst die bisher auf einzelne Gesetze verteilten Tatbestände, die im SGB I ausdrücklich genannt werden. Dazu zählen aber auch die Tatbestände, die bisher dort nicht erwähnt werden, aber in der Sache denselben Leistungsgrund aufweisen: in denen nämlich ein Ausgleich für Schäden vorgesehen ist im Sinne der Zuschreibung einer gemeinschaftlichen Verantwortung für aufopferungsähnliche Fälle und Fälle der Nichtwahrung der Rechtsordnung. Dazu gehört aus den bereits angegebenen Gründen weiterhin die Entschädigung für Impfpflicht, nicht dazu gehören die besonderen, auch Förderungszwecken dienenden Tatbestände der sog. unechten Unfallversicherung.⁸²¹ Zugleich bietet sich die Gelegenheit, die im Rahmen von Dienstverhältnissen auf einer eigenen Begründung beruhenden Versorgungstatbestände⁸²² auszusondern.

Neu aufzunehmen wäre unter systematischen Gesichtspunkten eine Entschädigung für Tumultschäden. Bei der Umschreibung des Tatbestands muss die besondere Gefährdung durch eine nicht nur auf einzelne Handlungen zurückgehende Gefahrenlage deutlich werden. Insofern ist ein Rückgriff auf den früher im Zusammenhang mit der Reform des Staatshaftungsrechts unterbreiteten Vorschlag⁸²³ sinnvoll.⁸²⁴ Bezogen auf die Folgen ist nicht nur eine Abstimmung

821 Vgl. oben, III.3.b).

822 Vgl. oben, III.2.b).

823 Zu den Reformbestrebungen oben, III.1.b). Vgl. § 18 Abs. 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 5.9.1978, BT-Drs. 8/2079, S. 8: „Wird die öffentliche Sicherheit durch das unfriedliche Verhalten einer Menschenmenge in der Öffentlichkeit erheblich gestört und erleidet jemand durch dabei ausgeübte Gewalttätigkeit oder durch deren Abwehr einen Schaden, so hat das Land, in dem die Gewalttätigkeit verübt wurde, Entschädigung zu leisten.“

824 So Kimmel, Staatshaftung für Tumultschäden, 2003, S. 153 ff., auch mit vergleichenden Hinweisen zum französischen Recht.

mit dem Versicherungsrecht erforderlich,⁸²⁵ sondern auch unabhängig davon eine Beschränkung des Schadensausgleichs unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten sinnvoll.⁸²⁶ Allerdings ist Voraussetzung einer umfassenden Kodifikation im SGB eine ebenso umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

b) Kompetenzen

Eine allgemeine Zuweisung von Kompetenzen für das soziale Entschädigungsrecht enthält das Grundgesetz nicht. Eindeutig ist die Lage immerhin für die „Versorgung der Kriegsbeschädigten und Kriegshinterbliebenen und die Fürsorge für die ehemaligen Kriegsgefangenen“: Dafür ist mittlerweile ausschließlich der Bund zuständig.⁸²⁷ Er hat auch die Gesetzgebungskompetenz für die „Wiedergutmachung“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 GG). Obwohl diese in einen Zusammenhang mit den „Kriegsschäden“ gestellt worden ist, ist die historisch erklärbare Verbindung nicht im Sinne eines zusammengefassten Tatbestandes zu verstehen. Vielmehr umschreibt die Wiedergutmachung ein eigenständiges Regelungsgebiet,⁸²⁸ unter das auch der Ausgleich des nationalsozialistischen⁸²⁹ und des von der SED begangenen Unrechts fällt. Auf der anderen Seite kann der Begriff nicht so weit gefasst werden, dass er mit Entschädigung gleichgesetzt wird.⁸³⁰ Er knüpft vielmehr an rechtsstaatswidrige staatliche Verfolgungen an.⁸³¹

Das übrige Entschädigungsrecht wurde vor allem auf die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für die „öffentliche Fürsorge“ im Sinne von Art. 74 Abs.

825 Vgl. oben, III.3.c)cc).

826 Was sich im Zusammenhang mit Eigentumsverletzungen auswirken kann; a.A. *Kimmel*, Staatshaftung für Tumultschäden, 2003, S. 156 f. vor dem Hintergrund der von ihr angenommenen rechtsstaatlichen Einstandspflicht.

827 Art. 73 Abs. 1 Nr. 13 GG, der nach der Föderalismusreform von 2006 dem früheren Art. 74 Abs. 1 Nr. 10 GG entspricht (vgl. auch Fn. 8).

828 A.A. *Oeter*, in: v. *Mangoldt/Klein*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74, Rn. 69.

829 Den Begriff als „historisch genau konnotiert“ nur darauf beziehend *Unfried*, Vergangenes Unrecht, 2014, S. 39 f.

830 Sehr weit und ohne Konturen BVerfG v. 21.7.2010, 1 BvL 8/07 (E 126, 331), Rn. 77 (zu § 10 EntschG), wonach es genügen soll, dass eine Regelung „konzeptionell Teil der Ausgestaltung eines Gesamtsystems“ ist, „das Wiedergutmachung auch im Sinne einer finanziellen Abgeltung erlittener Schäden (vgl. BVerfGE 3, 407 <419>) durch Entschädigungen aus dem Entschädigungsfonds sowie die Einrichtung und Finanzierung dieses Fonds regelt“. Allerdings wurde zusätzlich auf die Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zurückgegriffen.

831 Im Ergebnis ähnlich, auf eine „besondere politische Verfolgung“ abstellend, *Spranger*, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 (Stand 2013), Rn. 9, und *Seiler*, in: *Eppling/Hillgruber*, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 74, Rn. 29.

1 Nr. 7 GG gestützt. Darunter werden nicht nur Maßnahmen der Hilfe im Sinne einer sozialrechtlichen Systematik, also Leistungen, die ein letztes Auffangnetz darstellen und bedürftigkeitsabhängig gewährt werden, verstanden.⁸³² Die ab und an zu lesende Einschränkung, es müssten Elemente der „klassischen Fürsorge“ enthalten sein,⁸³³ bleiben – wohl auch wegen des Verzichts auf eine sozialrechtliche Systematisierung – unpräzise und haben in der Praxis keine Bedeutung.⁸³⁴ Dementsprechend diene die Vorschrift als Grundlage für ganz unterschiedlich angelegte Leistungen wie die nach dem OEG⁸³⁵ und die von der Contergan-Stiftung⁸³⁶ zu gewährenden. Noch heute gilt nach der Betreuungsgeldentscheidung des BVerfG, dass eine typisierende und nicht aktuelle Bedarfslage genügt, um eine Vorschrift auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG stützen zu können.⁸³⁷

Allerdings sind vor allem dann, wenn neue Entschädigungstatbestände geschaffen und nicht nur bestehende Tatbestände reformiert werden sollen, zwei Einschränkungen zu beachten. Zunächst darf für eine Regelung eine bestimmte Sachkompetenz nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sie nicht in einem „überwiegenden Sachzusammenhang“ zu einer anderen Sachkompetenz

832 Zusammenfassend BVerfG v. 28.5.1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 (E 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II), Rn. 359: „Der Begriff der öffentlichen Fürsorge im Sinne des Grundgesetzes ist selbst nicht eng auszulegen. Er umfaßt auch präventive Maßnahmen zum Ausgleich von Notlagen und besonderen Belastungen sowie Vorkehrungen gegen die Gefahr der Hilfsbedürftigkeit“. Zur Zuordnung des Familienlastenausgleichs zur öffentlichen Fürsorge ohne weitere Begründung BVerfG v. 7.7.1992, 1 BvL 51/86, 1 BvL 50/87, 1 BvR 873/90, 1 BvR 761/91 (E 87, 1 – Kindererziehungszeiten in der GRV).

833 So Stettner, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 74, Rn. 44; Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 74, Rn. 23. Ganz offen hingegen jetzt Wittreck, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74, Rn. 37.

834 So auch Axer, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 (Stand 2014), Rn. 17.

835 Vgl. BT-Drs. 7/2506, S. 12. Dazu und dem Erfordernis der bundesweiten Weiterentwicklung auch Entwurf eines 3. G zur Änderung des OEG BT-Drs. 16/12273, S. 6: „Auch die mit dieser Novelle vorgenommene Ergänzung des bestehenden Opferentschädigungsrechts wird von dem Grundsatz der allgemeinen staatlichen Fürsorgepflicht getragen.“

836 Abgesegnet durch BVerfG v. 8.7.1976, 1 BvL 19/75, 1 BvL 20/75, 1 BvR 148/75 (E 42, 263), Rn. 89: „Zweck des Stiftungsgesetzes ist, den in § 2 StHG genannten Behinderten Leistungen und Hilfen zu gewähren. Dieser Lebensbereich gehört, ohne daß es einer Prüfung der Vorschriften im einzelnen bedürfte, zur öffentlichen Fürsorge im Sinne von Art 74 Nr 7 GG.“

837 So BVerfG v. 21.7.2015, 1 BvF 2/13 (E 140, 65 – Betreuungsgeld), Rn. 29: „Dabei genügt es, wenn eine - sei es auch nur typisierend bezeichnete und nicht notwendig akute (ähnlich BVerfGE 88, 203 <329 f.>; 97, 332 <342>; 106, 62 <134>) - Bedarfslage im Sinne einer mit besonderen Belastungen (vgl. BVerfGE 88, 203 <329 f.>) einhergehenden Lebenssituation besteht, auf deren Beseitigung oder Minderung das Gesetz zielt.“ zur Kritik an diesem weiten Verständnis etwa Axer, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 (Stand 2014), Rn. 32 m.w.N.

steht.⁸³⁸ Das kann im Grenzbereich zwischen sozialem Entschädigungsrecht und Staatshaftungsrecht eine Rolle spielen. Denn auch auf dem letztgenannten Gebiet besitzt der Bund mittlerweile eine umfassende Kompetenz,⁸³⁹ auf die er schon einzelne Maßnahmen gestützt hat.⁸⁴⁰ Ob sie gleichermaßen das Tumultschadensrecht erfasst, ist die Frage. Bejaht wird sie mit einem doppelten Argument: Der verfassungsändernde Gesetzgeber habe den Begriff des Staatshaftungsrechts i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG in einem umfassenden Sinn verstehen wollen; zudem handle es sich beim Ausgleich von Tumultschäden um eine rechtsstaatlich begründete Einstandspflicht.⁸⁴¹ Richtig ist, dass das Tumultschadensrecht an der Grenze zwischen Staatshaftungs- und sozialem Entschädigungsrecht liegt,⁸⁴² weshalb früher angenommen wurde, seine umfassende Reform könne nicht auf Art. 71 Abs. 1 Nr. 7 GG gestützt werden.⁸⁴³ Nicht überzeugend ist aber die Annahme, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG erfasse nun auch das gesamte soziale Entschädigungsrecht.⁸⁴⁴ Die ursprünglich vorgesehene Ergänzung des Kompetenzkatalogs, die darauf tatsächlich zumindest weitgehend abzielte,⁸⁴⁵ ist nicht umgesetzt worden. Vielmehr überwog auch im Zuge der Reformbestrebungen die Erkenntnis, dass das Tumultschadensrecht nicht in vollem Umfang Teil des Staatshaftungsrechts ist. Dafür spricht insbesondere das jeweils eigene tradierte Verständnis der Rechtsmaterien.⁸⁴⁶ Insofern bleiben zwei Möglichkeiten: entweder die Funktion der Entschädigung für Tumultschäden als Reaktion auf einen besonderen sozialen Bedarf in den Mittelpunkt zu stellen und sie deshalb als „öffentliche Fürsorge“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG zu qualifizieren; oder aber davon auszugehen, dass es im Hinblick auf die schadensstiftenden Umstände einen Überschneidungsbereich gibt, weshalb beide Kompetenzvorschriften kumulativ

838 BVerfG v. 28.5.1993, 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92 (E 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II), Rn. 359.

839 Vgl. dazu oben, III.1.b)aa).

840 So die Änderung des StrEG (vgl. dazu oben, III.1.b)bb)); dazu *Durner*, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 (Stand 2007), Rn. 44.

841 So *Kimmel*, Staatshaftung für Tumultschäden, 2003, S. 161.

842 Dazu oben, III.3.c)cc).

843 Vgl. BT-Drs. 8/3080, S. 9 zum Entwurf eines Gesetzes, mit dem die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Reform des Staatshaftungsrechts (dazu oben, III.1.b)aa)) geschaffen werden sollten.

844 In diesem Sinne *Kimmel*, a.a.O.: „Selbst sog. soziale Entschädigungsleistungen würden demgemäß heute unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG fallen.“

845 Vgl. BMJ/BMI, Reform des Staatshaftungsrechts, Kommissionsbericht, 1973, S. 70, wonach zumindest das OEG einbezogen werden sollte.

846 Auf die herkömmliche Systematik als entscheidenden Aspekt abstellend *Seiler*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 74, Rn. 91.

herangezogen werden sollten.⁸⁴⁷ Hinter beiden Möglichkeiten treten ungeschriebene Kompetenzen, an die wegen der sachlichen Nähe zur Verantwortung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit zu denken ist, zurück. Früher musste zwar eine Annexkompetenz angenommen werden, um etwa Aufopfungsansprüche zu regeln;⁸⁴⁸ heute jedoch wäre insofern Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 GG anwendbar.⁸⁴⁹ Zudem erscheint die Regelung einer auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gestützten Entschädigung für die nur mittelbaren Folgen eines Verhaltens oder Unterlassens nicht als bloßer Annex zur Kompetenz, dieses Verhalten oder Unterlassen zu regeln: Sie steht nicht lediglich in einem notwendigen Zusammenhang zu dessen Durchführung,⁸⁵⁰ also im konkreten Fall zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, sondern schafft eigenständige Ansprüche. Dafür bedarf es einer gesonderten sozialpolitischer Entscheidungen auf einer speziellen Kompetenzgrundlage.⁸⁵¹

Noch wichtiger als die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage innerhalb des Art. 74 Abs. 1 GG⁸⁵² ist der Umstand, dass der Bund nur dann sowohl Fürsorgeleistungen als auch die Staatshaftung regeln darf, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesge-

847 Vgl. zu einer Stützung auf mehrere Kompetenztitel in anderen Fällen *Axer*, in: Bonner Kommentar, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 (Stand 2014), Rn. 25 und 33.

848 So *Weber*, in: FG für Möller, 1972, S. 499, 506.

849 So *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 74, Rn. 107; *Höfling/Engels*, in: *Fri-auf/Höfling*, Berliner Kommentar zum GG, Bd. 4, Art. 74 Abs. 1 Nr. 25 (Stand 2008), Rn. 11; *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74, Rn. 108; *Oeter*, in: v. *Mangoldt/Klein*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74, Rn. 168; *Wittreck*, in: *Dreier*, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74, Rn. 123. Hinter dem Streit, ob auch Folgenbeseitigung und vertragliche Haftung einbezogen sind, steht die Frage, ob der Bezug zum Verwaltungsverfahren eine Kompetenz der Länder begründen kann; vgl. aber zu einem auch insofern weiten Verständnis der Staatshaftung nur *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 74, Rn. 71, und *Kunig*, in: v. *Münch/Kunig*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 74, Rn. 108.

850 Vgl. zu dieser Voraussetzung BVerfG v. 22.12.2000, 1 BvR 717/97, Rn. 19 (Rentenberater): „Die Annexkompetenz trägt nur so weit, wie sie zur Erfüllung des Hauptgeschäfts erforderlich ist.“ Ferner aus jüngerer Zeit zu den Gesetzgebungskompetenzen BVerfG v. 3.7.2012, 2 PBvU 1/11 (E 132, 1), Rn. 17 (Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung im Luftsicherheitsgesetz); BVerfG v. 24.1.2012, 1 BvR 1299/05 (E 130, 151), Rn. 129 (datenschutzrechtliche Anforderungen im Telekommunikationsgesetz).

851 Allerdings sind die Entschädigungen für Impfpfopfer nicht auch auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, sondern im Zusammenhang mit den andern seuchenrechtlichen Bestimmungen ebenfalls auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gestützt worden; vgl. zum BSeuchG BT-Drs. 3/1888, S. 19, und zum als Art. 1 des Gesetzes zur Neuordnung seuchenrechtlicher Vorschriften eingeführten IfSG BT-Drs. 14/2530, S. 39.

852 Die eine verfahrensrechtliche Rolle spielt, weil Gesetze über die Staatshaftung nach Art. 74 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.

setzliche Regelung erforderlich machen“ (Art. 72 Abs. 2 GG). Diese 1994 neu gefasste⁸⁵³ Voraussetzung blieb zunächst ohne größere Wirkung. Das hat sich mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG geändert.⁸⁵⁴ Danach wird entweder die konkrete Gefahr vorausgesetzt, dass sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in einem das „bundesstaatliche Sozialgefüge“ gefährdenden Maße auseinander fallen⁸⁵⁵ und die Länder durch eigenständige Maßnahmen dieser Gefahr nicht begegnen können.⁸⁵⁶ Oder es muss eine Rechtszersplitterung drohen, die „im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“⁸⁵⁷. Diese Voraussetzungen für die Inanspruchnahme einer Bundeskompetenz wurden durch die oben erwähnte Entscheidung des BVerfG zum Betreuungsgeld als solche nicht verschärft. Verschärft wurde deren Überprüfung. Das berührt die Grenzlinie zwischen der politisch zu treffenden und zu verantwortenden Entscheidung des Gesetzgebers und der des kontrollierenden Gerichts, bedeutet aber vor allem einen erhöhten Begründungsaufwand.⁸⁵⁸ Diesen Anforderungen hat der Bundesgesetzgeber zu genügen, wenn er soziale Entschädigungsleistungen einführen will.⁸⁵⁹

Er muss dementsprechend begründen, warum es ohne bundesweite Regelung entweder zu „Gefährdungen des bundesstaatlichen Sozialgefüges“⁸⁶⁰ oder zu „nicht unerheblich problematischen Entwicklungen in Bezug auf die Rechts- oder Wirtschaftseinheit“⁸⁶¹ kommen kann.⁸⁶² Rechtliche Unterschiede zwischen den Ländern sind nur dann nicht hinzunehmen, wenn sie als „problematisch“ erscheinen; anderenfalls kann zumindest die hier allein interessierende Rechtseinheit nicht im geforderten „gesamtstaatlichen Interesse liegen“.⁸⁶³ Was gefordert wird, zeigt beispielhaft die jüngere Rechtsprechung des BVerfG. Ange-

853 Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Änderung des GG v. 27.10.1994 (BGBl. I, S. 3146).

854 Dazu und zu der Föderalismusreform 2006 nur *Oeter*, in: v. *Mangoldt/Klein*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74, Rn. 95.

855 BVerfG v. 24.10.2002, 2 BvF 1/01 (E 106, 62), Rn. 324 (Altenpflege).

856 BVerfG v. 26.1.2005, 2 BvF 1/03 (E 112, 226), Rn. 78 (Hochschulrechtsrahmengesetz).

857 BVerfG v. 24.10.2002, 2 BvF 1/01 (E 106, 62), Rn. 328.

858 An einer widerspruchsfreien Begründung fehlte es offensichtlich beim Betreuungsgeld im Hinblick auf die mit ihm intendierten Lenkungs Zwecke, vgl. BVerfG a.a.O., Rn. 44 f.

859 So BVerfG v. 21.7.2015, 1 BvF 2/13 (E 140, 65 – Betreuungsgeld), Rn. 58, und zu den Ausnahmen bei einem „untrennbaren Zusammenhang“ mit anderen Regelungen Rn. 59 ff.

860 Im Gegensatz zu dem „Ausgleich sonstiger Ungleichheiten“, BVerfG a.a.O., Rn. 38.

861 BVerfG a.a.O., Rn. 49.

862 Zum Maßstab der „objektiven Rechtfertigungsfähigkeit der Einschätzung des Gesetzgebers“ nur BVerfG v. 28.1.2014, 2 BvR 1561/12 (E 135, 155), Rn. 115 m.w.N., der die zugleich eingeräumte „Einschätzungsprärogative“, so etwa BVerfG v. 24.11.2010, 1 BvF 2/05 (E 128, 1), Rn. 126, überlagert.

863 Vgl. *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 72, Rn. 69, 77 f..

strebt werden darf etwa die Verkehrsfähigkeit von Gütern⁸⁶⁴, die Vermeidung eines schädlichen Standortwettbewerbs⁸⁶⁵, die Vermeidung der Behinderung eines länderüberschreitenden Rechtsverkehrs⁸⁶⁶, die bundesweite Funktionsfähigkeit von Einrichtungen⁸⁶⁷ oder noch allgemeiner die Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft⁸⁶⁸. Die früher für ein Tumultschadengesetz des Bundes ins Feld geführten Begründungen sind im Lichte dieser Rechtsprechung kaum genügend. Das gilt sowohl für die genannten „sozialen Gesichtspunkte“, die auf die sicher nicht falsche Behauptung hinausliefen, die deutsche Bevölkerung strebe nach Gleichheit in sozialen Rechten,⁸⁶⁹ aber auch für das Argument, es bestünde die Gefahr eines „rechtspolitisch unerwünschten Haftungsgefälles zwischen den verschiedenen Bundesländern“.⁸⁷⁰ Denn mit beiden Argumenten wird nur auf mögliche Unterschiede zwischen den Ländern bei der Tumultopferentschädigung hingewiesen, nicht aber auf bestimmte bundesstaatliche Probleme, die mit diesen Unterschieden verbunden sein könnten. Tatsächlich stehen sie in einem Zusammenhang mit der Zuständigkeit der Länder für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit. Denn diese Aufgabe liegt in gewisser Weise einer Tumultopferentschädigung voraus: Wird die Sicherheit gewahrt, kann es zu Entschädigungsfällen nicht kommen. Und die Zuständigkeit für ihre Wahrnehmung bleibt unberührt von der Tatsache, dass heute viele Großereignisse nur noch in Kooperation zwischen den Sicherheitsbehörden der Länder zu bewältigen sind und solche Ereignisse bundesweite Bedeutung haben können. Allerdings knüpft die Tumultopferentschädigung nicht wie andere polizeirechtliche Entschädigungstatbestände an einem konkreten Handeln von Sicherheitskräften an, und sie ist kein notwendiger Bestandteil des Sicherheitsrechts. Ihre Gewährung ist vielmehr Ausdruck einer allgemeinen Verantwortung für die Bewahrung der rechtsstaatlichen Friedensordnung. Insofern handelt es sich um ein zentrales

864 So BVerfG v. 21.7.2010, 1 BvL 8/07 (E 126, 331), Rn. 79 (Ausschluss nicht auffindbarer Miterben von ihren Rechten hinsichtlich ehemals staatlich verwalteter Vermögenswerte).

865 BVerfG v. 27.1.2010, 2 BvR 2185/04 (E 125, 141), Rn. 56 ff. (Mindesthebesatz für die gemeindliche Gewerbesteuer).

866 BVerfG v. 27.7.2004, 2 BvF 2/02 (E 111, 226), Rn. 99 (5. Hochschulrahmenänderungsgesetz); vgl. auch

867 BVerfG v. 18.7.2005, 2 BvF 2/01 (E 113, 167), Rn. 90 (Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung – Risikostrukturausgleich in der GKV).

868 BVerfG v. 24.10.2002, 2 BvF 1/01 (E 106, 62), Rn. 328 (Altenpflege).

869 Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des GG (als begleitende Maßnahme für die Reform des Staatshaftungsrechts), BT-Drs. 8/2080, S. 11: „Nur durch eine Bundeskompetenz kann dem berechtigten Interesse der Bürger nach gleicher Entschädigung bei sozial gleichgelagerten Entschädigungstatbeständen Rechnung getragen werden.“

870 Ebenfalls BT-Drs. 8/2080, S. 11.

rechtsstaatliches Anliegen, das ohne Abstriche bundesweit sicherzustellen ist. Wenn wie hier davon ausgegangen wird, dass dieses Anliegen nicht zwingend verfolgt werden muss, führt das zurück zu der Ausgangsfrage in einer präziseren Fassung: Nämlich, ob eine bundesrechtliche Regelung der Tumultopferentschädigung benötigt wird, um tatsächliche Probleme für die Bewahrung der Rechtsordnung zu beseitigen. Grund dafür kann eine Zunahme von Gefährdungslagen sein, es genügt aber auch die verstärkte Wahrnehmung von Bedrohungen in der Bevölkerung, weil es nicht zuletzt um die Vermittlung von Akzeptanz für das staatliche Gewaltmonopol geht. Hinsichtlich der dafür erforderlichen Einschätzung kommt dem Gesetzgeber, wie immer wieder vom BVerfG betont, eine Prärogative zu. Denn es handelt sich bei der Beurteilung der Erforderlichkeit immer noch um eine politische Entscheidung, die zwar plausibel begründet werden muss, aber rechtlich nicht vorbestimmt ist.

c) Einbeziehung von Sachschäden

Die vorstehend angesprochenen Tatbestände umschreiben die Fälle, in denen eine gemeinschaftliche Verantwortung übernommen wird. Die Frage, für welche Primärschäden eine Entschädigung geleistet wird, ist davon an sich zu trennen und eine allgemeine weitere Voraussetzung von Entschädigungsleistungen. Allerdings hat die Bestandsaufnahme gezeigt, dass Vorschriften zum Ausgleich von Sachschäden existieren, aber nicht zum sozialen Entschädigungsrecht gezählt, sondern nach § 5 SGB I aus diesem Rechtsgebiet herausgenommen werden.⁸⁷¹ Insofern kennt das deutsche Recht eine kategoriale Unterscheidung zwischen Gesundheitsschäden und Sach- bzw. Vermögensschäden, die es rechtfertigt, die Frage nach dem Ausschluss der letztgenannten Schäden noch einmal grundsätzlich aufzuwerfen. Denn zumindest auf den ersten Blick ist dieser Ausschluss systematisch unbefriedigend.⁸⁷² Zum einen verhindert er die sozialrechtliche Einordnung ganzer Bereiche wie des Kriegsschadensrechts;⁸⁷³ zum anderen wird damit der Rechtsgüterschutz auch im Vergleich zur staatlichen Haftung bei rechtmäßigem Handeln stark verkürzt.

⁸⁷¹ Vgl. oben, II.1.a)cc)(2).

⁸⁷² Und wurde schon bei der Entstehung als systematisch nicht gerechtfertigte Einschränkung angesehen, so vor allem für Sach-, zum Teil auch für Vermögensschäden *Wertenbruch*, SGB 1972, S. 241, 246.

⁸⁷³ Was sich in der Auslegung der Gesetzgebungskompetenzen insofern widerspiegelt, als der Begriff der Kriegsschäden in Art. 74 Abs. 1 Nr. 9 GG so verstanden wird, dass nur Sachschäden gemeint sind, vgl. nur *Oeter*, in: *v. Mangoldt/Klein*, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 74, Rn. 68 m.w.N.

Was also sind die Gründe für die Konzentration des sozialen Entschädigungsrechts auf Gesundheitsschäden? Da es rechtlich nicht erforderlich ist, für andere Schäden in den Fällen einzustehen, in denen kein grundrechtlich vermittelter Ausgleichsanspruch besteht, bleibt Raum für sozialpolitische Überlegungen. Welche der Gesetzgeber bei der Schaffung des SGB I angestellt hat, ist allerdings nicht erkennbar. Er hielt das Abstellen auf Gesundheitsschäden offensichtlich für so selbstverständlich, dass er im Entwurf zum Allgemeinen Teil des SGB jegliche Begründung unterließ.⁸⁷⁴ Im Schrifttum findet sich das Argument, „Sach- oder Vermögensschäden wirkten sich in der Regel weit weniger als Gesundheitsschäden auf die soziale Stellung des Betroffenen aus“.⁸⁷⁵ Das ist in dieser Allgemeinheit nicht überzeugend. Denn dass auch ein Eigentumsverlust zum Entzug der wirtschaftlichen Existenzgrundlage führen kann, ist unbestreitbar. Erst recht hilft nicht der allgemeine Hinweis, Entschädigungsleistungen sollten einer „durch die Schädigung herbeigeführten Schutzbedürftigkeit durch Ausgleichsleistungen abhelfen“⁸⁷⁶. Schon der Zusatz, der Grundsatz der „Lastengleichheit“ spreche für eine Einbeziehung von Eigentums- und Vermögensschäden,⁸⁷⁷ belegt das.

Soll es dem sozialen Entschädigungsrecht darum gehen, die Schäden auszugleichen, die von existenzbedrohender Bedeutung sein können, dann sind neben Gesundheitsschäden auch Sach- und Vermögensschäden einzubeziehen.⁸⁷⁸ Denkbar wäre für die Herausnahme nur eine grundsätzlichere Überlegung, nämlich dass schon mit den Grundgedanken der Übernahme gemeinschaftlicher Verantwortung immer nur die Verantwortung für Gesundheitsschäden gemeint sein könnte. Auch dafür lassen sich aber keine Gründe finden.⁸⁷⁹ Vielmehr basieren die bis jetzt nicht vom SGB erfassten Entschädigungstatbestände jedenfalls prin-

874 Vgl. BT-Drs. 7/868, S. 23: „Die Vorschrift umschreibt die grundsätzlichen Gesichtspunkte, unter denen im Bereich des Sozialgesetzbuchs staatliche Entschädigungsleistungen für Gesundheitsschäden erbracht werden.“

875 So Rolfs/de Groot, in: Hauck/Noftz, SGB I, § 5 Rn. 3 (Stand 2013).

876 So Bley, SGB 1974, S. 45, 55, mit der Annahme, dass „Personenschäden – anders als Vermögensschäden – typischerweise wirtschaftlich, ja existenziell verunsichern“.

877 Bley, a.a.O.; wonach allerdings entsprechenden Leistungen nicht die „Bedeutung eines Charakteristikums“ zukomme.

878 Müller-Volbehr, ZRP 1982, S. 270, 276 m.w.N. zur Kritik und für die Einbeziehung gewisser Schäden, nicht „vorübergehender Verdienstauffälle“, aber dauernder „Einkommenschäden“.

879 Bemerkenswerterweise geht Rübner, Gutachten E zum 49. DJT, 1972, an keiner Stelle auf den Ausgleich von Sach- und Vermögensschäden ein; ganz offensichtlich hält er die Konzentration auf Gesundheitsschäden für selbstverständlich und schon durch die Grundkonstruktion des sozialen Entschädigungsrechts vorgegeben und damit auch nicht für begründungsbedürftig.

zipiell auf denselben Gründen der Verantwortungsübernahme wie die einbezogenen Tatbestände. Auch im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Kausalität und weitere Voraussetzungen bestehen keine Besonderheiten, sodass allgemeine Ausgestaltungsgrundsätze anwendbar sind. Insofern ist die mit dem geltenden SGB I und der alleinigen Anknüpfung an Gesundheitsschäden verbundene Verengung des sozialen Entschädigungsrechts nicht sachgerecht und keineswegs durch die Funktion dieses Rechts gefordert.⁸⁸⁰

Es bleibt aber dem Gesetzgeber unbenommen, den für eine Entschädigung in Betracht kommenden Primärschaden näher zu bestimmen und auch je nach Entschädigungstatbestand zu differenzieren, falls dafür im konkreten Fall sachliche Gründe aus der Eigenart der Verantwortungsübernahme bestehen. Das gilt insbesondere für die Gewaltopferentschädigung, bei der die Beschränkung auf die Entschädigung von Gesundheitsschäden grundsätzlich zu der Beschränkung der entschädigungsauslösenden Tatbestände passt.⁸⁸¹ Zudem sind Abstufungen je nach Art des Schadens denkbar. Das allerdings betrifft den Inhalt der Ansprüche und nicht die Haftungsbegründung.

d) Einbeziehung von Entschädigungsfonds

Wie im vorstehenden Abschnitt gezeigt,⁸⁸² werden in der deutschen Rechtsordnung Entschädigungsfonds dann eingerichtet, wenn eine gemeinschaftliche Verantwortung nur in sehr schwacher Weise begründbar ist und die Sphäre der gesellschaftlichen Verantwortung berührt wird. Mit ihnen wird ad-hoc und ex-post auf Schadensereignisse reagiert. Alle Fonds sind in dem Sinne retrospektive ausgerichtet,⁸⁸³ als sie in der Vergangenheit entstandene Schäden abdecken. Sie haben zum Teil ersetzenden Charakter,⁸⁸⁴ zum Teil verdrängen sie andere An-

880 Ebenso im Ergebnis schon *Schulin*, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs, 1981, S. 2 44 f.

881 Im geltenden Recht eine Schädigung „infolge eines vorsätzlichen, rechtswidrigen tätlichen Angriffs gegen seine oder eine andere Person oder durch dessen rechtmäßige Abwehr“ nach § 1 Abs. 1 OEG. Auch bei einer Erweiterung auf „psychische Gewalttaten“ neben „körperlichen Gewalttaten“, wie sie in § 13 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER vorgesehen ist, wäre das der Fall. Vgl. zu der Diskussion um eine Erweiterung des Entschädigungstatbestands vor dem Hintergrund der Rspr. des BSG am Beispiel der Folgen von Wohnungseinbrüchen *Bartsch/Brettel/Blauert/Hellmann*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2014, S. 353, 354 ff.

882 III.2.d)cc).

883 Zur Unterscheidung von retrospektiven und prospektiven Fondslösungen *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, 2012, S. 77 ff.

884 Auch zu haftungsersetzenden und haftungsergänzenden Fonds *Knetsch*, a.a.O., S. 70 f.

sprüche nicht, sondern schließen eine Überkompensation aus. Der Umfang der von ihnen gewährten Ausgleichsansprüche ist durchaus unterschiedlich; bezieht man die Aufbauhilfe bei Überschwemmungsschäden mit ein,⁸⁸⁵ so lässt sich schwerlich von einer durchgängigen Abstufung nach dem Grad der Verantwortlichkeit sprechen.⁸⁸⁶

Hinter allen errichteten Fonds steht eine gewisse Mitwirkung an der Eröffnung von zu Schäden führenden Gefahrensituationen. Sie ist zu schwach, um sie dem Schaden rechtlich zwingend zuzuordnen, weil entweder die Verursachungsanteile angesichts komplexer Zusammenhänge keinen ausreichenden Zusammenhang zum Erfolg aufweisen – ein Problem, das durch die jeweils eingesetzten Kausalitätskonstruktionen nicht ohne Wertungen zu lösen ist – oder weil im Falle des Unterlassens von schadensverhindernden Maßnahmen keine ausreichend genaue Handlungspflicht des Staates bestand. Diese Umstände müssen berücksichtigt werden, wenn sich der Staat an einem Schadensausgleich beteiligen will. Soweit möglich müssen Betroffene selbst zu dem Entschädigungssystem beitragen, steuerfinanzierte Entschädigung ist gegenüber einer Vorsorge subsidiär, selbst wenn der Staat die Versicherungslösung unterstützen müsste. Eine Vorsorgelösung ist insbesondere dann vorzusehen, wenn die Gefahrensituation, auf die reagiert werden soll, nicht universell und wenn der Schadensausgleich gruppennützig ist.⁸⁸⁷ Soweit Dritte für die Herbeiführung der Schäden (primär) verantwortlich sind, wird zu recht deren Mithaftung zu einer Voraussetzung für die Errichtung eines Ausgleichsfonds erhoben.⁸⁸⁸

In der Sache handelt es sich bei entsprechend diesen Grundsätzen errichteten Fonds, geht man von der Unterscheidung nach Verantwortungssphären und damit von dem Grund des staatlichen Entstehens aus, um soziales Entschädigungsrecht:⁸⁸⁹ Eine, wenn auch schwache, staatliche Verantwortung besteht insofern, als an der Herbeiführung von Gefahrensituationen durch aktives oder passives

885 Dazu vorstehend III.3.c)dd).

886 A.A. *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, 2012, S. 149 f., allerdings von einem weiten Begriff der Fonds als Teil des sozialen Entschädigungsrechts; zur notwendigen Differenzierung hingegen oben, III.2.d)cc)(3).

887 Wie auch im Fall der Überschwemmungsschäden (vorstehend III.3.c)dd)), aber nicht im Fall der Tumultschäden (III.3.c)cc)).

888 Vgl. dazu oben, III.3. Ausnahme ist der Fonds Heimerziehung in der DDR, der in der Sache eine Wiedergutmachung staatlichen Unrechts darstellt. Über die Höhe der Beteiligung der Privaten lässt sich im Einzelfall streiten; das offensichtlich verfolgte Muster war eine paritätische Beteiligung, zum Teil hälftig zwischen öffentlicher Hand und Privaten, zum Teil drittelparitätisch unter Einschluss der Länder als eigenständig Verantwortliche.

889 In diesem Sinne auch *Köbl*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 178 mit dem zutreffenden Hinweis darauf, dass Fonds und Stiftungen auch weiterhin benötigt werden.

Tun mitgewirkt wurde, obwohl dieses Tun nicht kausal zurechenbar zur Schadensentstehung beigetragen hat. Das genügt, um die Errichtung eines Entschädigungsfonds auch unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots zu rechtfertigen, ohne willkürlich bestimmte Geschädigte zu privilegieren.⁸⁹⁰ Konsequenterweise sind solche Fondslösungen in eine Kodifikation des sozialen Entschädigungsrechts einzubeziehen.⁸⁹¹

Es bleibt die Frage, wie dies geschehen soll. Sucht man vergleichend nach einem Vorbild, dann drängt sich ein Blick nach Frankreich auf, wo Entschädigungsfonds als Institutionen zum Ausgleich von Personenschäden weit verbreitet sind.⁸⁹² Deren Errichtung soll die Abwicklung des Schadensausgleichs vor dem Hintergrund der Annahme erleichtern, dass die erfassten Schäden auch die öffentliche Sicherheit und den sozialen Frieden berühren⁸⁹³, worin wiederum ein Grund für die Entwicklung einer allgemeinen Regel zur Gefährdungshaftung liegen mag.⁸⁹⁴ Aus diesem Ansatz folgt ein Nebeneinander verschiedener Fonds, was wiederum einen erhöhten Bedarf an Koordinierung auslöst, insbesondere soweit es das Verhältnis zwischen verschiedenen Ansprüchen gegenüber einzelnen Fonds angeht.⁸⁹⁵ In Deutschland besteht dieser Bedarf nicht. Auch ist es nicht sinnvoll, eine umfassende Fondslösung vorzusehen, also das gesamte soziale Entschädigungsrecht in einzelnen Fonds zu organisieren.⁸⁹⁶ Diese Lösung erweist sich nicht grundsätzlich als vorteilhaft, sondern besitzt ihre Stärken vor allem dann, wenn mit einer bestimmten Geldsumme auf eine bestimmte Situation reagiert werden soll und die dahinter stehende Übernahme gemeinschaftlicher Verantwortung schon wegen anderer Mitverantwortungen begrenzt bleiben soll. Insofern sollte es in Deutschland bei der Errichtung retrospektiver Fonds bleiben. Zwar könnten Fonds auch prospektiv eingerichtet werden, um die Finanzierung des Schadensausgleichs aus dem allgemeinen Haushalt herauszunehmen. Die damit zu erzielenden Vorteile sind aber, wenn nicht zugleich durch eine Versicherungslösung ein besonderer Verantwortungsträger geschaffen werden soll und

890 Keinerlei Steuerungsfunktion dieses Gebots, sondern weitgehend politische Beliebigkeit annehmend hingegen *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, 2012, S. 198 ff.

891 In der Sache schon *Schulin*, in: FS für Krasney, 1997, S. 463, 481 f.

892 Vgl. II.2.b)aa).

893 *Lambert-Faivre/Porchy-Simon*, Droit du dommage corporel, 7. Aufl. 2012, Rn. 22 (unter Hinweis auf das Naturrecht und *Grotius*).

894 Vgl. III.1.a)bb).

895 Dazu *Knetsch*, Haftungsrecht und Entschädigungsfonds, 2012, S. 210 ff. (zugleich mit einigen kurzen Überlegungen zu einer völligen Ersetzung der privatrechtlichen Haftung durch externalisierende Systeme).

896 Zu den Vor- und Nachteilen und für die Beibehaltung eines differenzierten Entschädigungsrechts *Knetsch*, a.a.O., der seinerseits eine organisatorische Bündelung in Form eines einzigen Ansprechpartners vorschlägt (S. 214).

die gesellschaftliche Verantwortung im Vordergrund steht, gering und jedenfalls nicht ausreichend gewichtig, um einen gänzlich neuen Regelungsansatz einzuschlagen.

Angesichts dessen empfiehlt es sich bei einer umfassenden Kodifikation des sozialen Entschädigungsrechts, einerseits die erforderliche Flexibilität von Fonds beizubehalten, aber für deren Errichtung und Funktionieren einige allgemeine Regeln aufzustellen. Ziel dieser Regeln muss es sein, Fonds eine parlamentsgesetzliche Grundlage, die nicht nur Einzelfälle betrifft, sondern allgemein klarstellt, unter welchen grundsätzlichen Voraussetzungen Steuergelder zur Unterstützung von Geschädigten eingesetzt werden dürfen.⁸⁹⁷ Geregelt werden sollten im Sinne der Sicherstellung einer am Gleichheitssatz orientierten Staatstätigkeit Kriterien für das staatliche Entstehen – etwa, dass Schäden von existenzieller Bedeutung für die Betroffenen massenhaft auftreten, nicht anderweitig gedeckt sind und deren Abwendung grundsätzlich auch eine gemeinschaftliche Aufgabe dargestellt hätte, auch wenn die zuständigen Behörden rechtmäßig gehandelt haben –, Leitlinien zur Bestimmung des Umfangs der Entschädigung, das Verhältnis zu Ansprüchen Dritter sowie die Berücksichtigung der Mitverursachung und Mitverantwortung der Geschädigten.

3. Weitere Voraussetzungen einer Entschädigung

a) Kausalität

Die Gefahrensituation, für die eine gemeinschaftliche Verantwortung übernommen wird, muss kausal zu einem Schaden führen.⁸⁹⁸ Das auf den Leistungsgrund bezogene Kausalitätserfordernis ist für das soziale Entschädigungsrecht von konstitutiver Bedeutung.⁸⁹⁹ Kausalität ist erforderlich für die Haftungsbeurteilung wie für die Haftungsausfüllung. Für ihre Bestimmung wird im Sozialrecht die sog. „Theorie der wesentlichen Bedingung“ verwendet.⁹⁰⁰ Sie wurde durch die rechtsprechende Tätigkeit des Reichsversicherungsamtes geschöpft,

897 Zu ersetzen wären damit auch zumindest weitgehend die alleine auf haushaltsrechtlicher Basis bereitgestellten Mittel der Katastrophenhilfe, wie sie in allen Ländern und dem Bund heute vorgesehen sind.

898 Dahinter steht die Kausalität zwischen Schaden und gemeinschaftlicher Verantwortung, vgl. *Müller-Volbehr*, ZRP 1982, S. 270, 272 f.

899 Vgl. oben, II.1.a)cc)(1).

900 Vgl. dazu im Zusammenhang mit anderen Kausalitätstheorien *Wannagat*, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, 1965, S. 323 ff.

und das BSG hat schon kurz nach seiner Errichtung zu den damals zahlreichen Versorgungsfällen die bis heute geltende Feststellung getroffen, wonach an diesem Ansatz festzuhalten sei.⁹⁰¹

Tatsächlich erweist sich ein Abstellen auf die „wesentlichen Umstände“ zur Bestimmung der Zurechnung von Folgen zu einem bestimmten Handeln bzw. einer bestimmten Situation als angemessen,⁹⁰² um sozialrechtliche Sachverhalte zu beurteilen. Das ist grundsätzlich ganz unabhängig von der Frage des Leistungsgrunds und gilt deshalb auch für das Entschädigungsrecht.⁹⁰³ Natürlich ist der Ansatz relativ offen, was die Einbeziehung immer wieder neuer Fallgestaltungen ermöglicht. Die notwendige Konkretisierung ist – insofern ganz vergleichbar mit dem privatrechtlichen Haftungsrecht – Aufgabe der Rechtsprechung.⁹⁰⁴ Im sozialen Entschädigungsrecht kann insofern auch auf die heute sehr viel umfangreichere Rechtsprechung zum Unfallversicherungsrecht zurückge-

901 So zur Verletzung durch eine an einem Badensee herumliegende Handfeuerwaffe samt zugehöriger Munition BSG v. 10.6.1955, 10 RV 390/54 (BSGE 1, 72): „Für diese Beurteilung ist, weil das Gesetz selbst keine Begriffsbestimmung gibt, der Begriff der Ursächlichkeit auszulegen. In jahrzehntelanger ständiger Rechtsprechung hat das Reichsversicherungsamt (AN 1912 S. 930 Nr. 2585, AN 1914 S. 411 Nr. 2690, AN 1926 S. 480 Nr. 3238, EuM Band 39 S. 265) für das Sozialversicherungsrecht den Grundsatz entwickelt und festgehalten – und das Reichsversorgungsgesetz ist ihm gefolgt (Entscheidungen Band 3 S. 197) –, daß unter Ursache nicht alle Bedingungen des Erfolgs zu verstehen sind, einerlei mit welcher Schwere sie zu ihm beigetragen haben und in welchem Zusammenhang sie dazu stehen. Als Ursachen und Mitursachen sind vielmehr unter Abwägung ihres verschiedenen Wertes nur die Bedingungen anzusehen, die wegen ihrer besonderen Beziehung zum Erfolge zu dessen Eintritt wesentlich mitgewirkt haben. Im Einzelfall muß die Entscheidung darüber, welche Bedingungen im Rechtssinne als Ursache oder Mitursache zu gelten haben und welche nicht, aus der Auffassung des praktischen Lebens abgeleitet werden.“ Zur Bedeutung einer Krankheitsanlage BSG v. 20.10.1955, 10 RV 50/54 (BSGE 1, 268), Rn. 17: „Wenn das Landessozialgericht seine Entscheidung unter Anwendung der Kausalitätsnorm getroffen hätte, dann hätte es die Verhältnisse in der Kriegsgefangenschaft zwar als eine mitwirkende Bedingung für die Nervenlähmung, nicht jedoch als wesentliche Bedingung dafür ansehen müssen.“

902 Vgl. zu den im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG relevanten Kausalitätsvoraussetzungen einer Haftung im Allgemeinen BVerfG v. 18.1.2010, 2 BvR 906/09, Rn. 19 (Ersatz des Verdienstausfalls nach privatrechtlichen Grundsätzen).

903 Vgl. näher zu der früheren Diskussion, ob die Theorie der wesentlichen Bedingung im Versorgungsrecht Anwendung finden soll, *Weishäupl*, Die Kausalität in der Kriegsopferversorgung, 1958, S. 191 ff.

904 Dazu am Beispiel der Häftlingshilfe BSG v. 3.3.2014, B 9 V 51/13 B, Rn. 13: „Wie auf dieser rechtlichen Grundlage im Einzelfall verschiedene Gesundheitsstörungen einem schädigenden Vorgang im Wege der wertenden Kausalitätsbetrachtung zuzurechnen sind (vgl. BSG Urteil vom 23.4.2009 - B 9 VG 1/08 R -, Juris), ist keine allgemeine reversible Rechtsfrage, sondern eine jeweils den Tatsachengerichten auf der Grundlage ihrer Ermittlungen obliegende Rechtsanwendung.“ Vgl. etwa zu Wehrdienstbeschädigungen BSG v. 16.12.2014, B 9 V 3/13 R.

griffen werden. Sie ist zwar mittlerweile sehr ausdifferenziert⁹⁰⁵ und wohl auch deshalb nicht ganz frei von der Neigung, anstelle rechtsdogmatischer Feinarbeit durch den Rekurs auf allgemeine Überlegungen neue Ordnung schaffen zu wollen.⁹⁰⁶ Im Wesentlichen aber sind ihre Linien nachvollziehbar und ihre Ergebnisse gut begründet. Soweit das BSG dem nur mit Einschränkungen folgt und als Besonderheit des Entschädigungsrechts annimmt, wesentlich sei auch eine annähernd gleichwertige Bedingung,⁹⁰⁷ erscheint das wenig überzeugend und sollte korrigiert werden. Denn immer geht es um die wertende Ermittlung eines für die Schadenszurechnung ausreichenden Zusammenhangs, für die die Ausgestaltung der Leistungen keine Rolle spielt.

Für den Nachweis einer Gesundheitsstörung als Folge einer Schädigung genügt die „Wahrscheinlichkeit des ursächlichen Zusammenhangs“⁹⁰⁸. Wie im Unfallversicherungsrecht gilt damit ein abgesenkter Maßstab, gefordert wird für die Kausalzusammenhänge der Nachweis einer „hinreichenden Wahrscheinlichkeit“. Das bedeutet, dass „bei vernünftiger Abwägung aller Umstände“ die für den Zusammenhang sprechenden Umstände so stark überwiegen, „dass darauf die richterliche Überzeugung gestützt werden kann.“⁹⁰⁹ Dieser Maßstab gilt gleichermaßen für die haftungsbegründende wie die haftungsausfüllende Kausalität, und es sind keine Gründe dafür ersichtlich, warum zwischen dem Recht der GUV

905 Überblick bei *Becker*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, *BesVerwR*, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 78 Rn. 59 ff.

906 Dazu *Spellbrink*, *SGb* 2017, S. 1 ff.

907 BSG v. 16.12.2014, B 9 V 6/13 R, Rn. 21: „Der 9. Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung zur Theorie der wesentlichen Bedingung unter Beibehaltung des Merkmals der ‘annähernden Gleichwertigkeit’ fest. Die Rechtsprechung des 2. Senats mag Besonderheiten der gesetzlichen Unfallversicherung Rechnung tragen, die im sozialen Entschädigungsrecht grundsätzlich nicht von Bedeutung sind. In Betracht kommt insoweit insbesondere der Gesichtspunkt, dass im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung seit jeher eine Ersetzung der zivilrechtlichen Haftung durch die Ansprüche der Unfallversicherung stattfindet (vgl. §§ 104 f SGB VII; ferner die Vorläufervorschrift in § 636 Abs 1 RVO; vgl. auch schon § 95 des UVG vom 6.7.1884, RGBI 69; §§ 898 f RVO vom 19.7.1911, RGBI 509; grundlegend Gitter, *Schadensausgleich im Arbeitsunfallrecht*, 1969, S 51 ff). Diese Regelung gehört zum Kernbestand der gesetzlichen Unfallversicherung (vgl. BSG Urteil vom 26.6.2007 - B 2 U 17/06 R - BSGE 98, 285 = SozR 4-2700 § 105 Nr 2, RdNr 16) und legt damit auch wesentliche Umfangmerkmale des Schadensausgleichs fest (BSGE 73, 1 = SozR 3-2200 § 571 Nr 2 Juris RdNr 17). Strukturen dieser Art kennzeichnen das soziale Entschädigungsrecht nicht. Im sozialen Entschädigungsrecht, wo in der Regel die Folgen einer einmaligen schädigenden Einwirkung zu beurteilen sind, hat sich die Bestimmung der Wesentlichkeit nach der ‘annähernden Gleichwertigkeit’ bewährt.“

908 So § 1 Abs. 3 S. 1 BVG; genauso etwa § 61 S. 1 IfSG.

909 BSG v. 2.2.1978, 8 RU 66/77 (E 45, 285), Rn. 13.

und dem sozialen Entschädigungsrecht Unterschiede bestehen sollten.⁹¹⁰ Eine Abweichung besteht aber im Hinblick auf die zum Nachweis geeigneten Mittel, weil insofern Antragstellern dann, wenn sie Nachweise nicht beibringen können, eine Glaubhaftmachung ermöglicht wird.⁹¹¹ Das trägt der in Entschädigungssachen oft schwierigen Beweissituation Rechnung und ist sachgemäß, es widerspricht im Übrigen auch nicht allgemeinen Nachweisgrundsätzen.⁹¹² Ferner kennt das soziale Entschädigungsrecht mit der sog. „Kann-Versorgung“ eine Nachweiserleichterung in den Fällen, in denen über die Ursache eines „festgestellten Leidens in der medizinischen Wissenschaft Ungewißheit besteht“⁹¹³. Auch daran sollte festgehalten werden, weil sie lediglich verhindert, aus fehlenden Erkenntnissen in der medizinischen Wissenschaft eine negative rechtliche Entscheidung von Fällen abzuleiten,⁹¹⁴ zudem diese Möglichkeit an die Zustimmung der zuständigen obersten Behörden gebunden ist und damit auch der Weiterentwicklung der Entscheidungspraxis dient.

b) Leistungsberechtigte

aa) Verhaltensbezogene Voraussetzungen

Über das Kausalitätserfordernis im eigentlichen Sinn hinaus geht der Grundsatz, nach dem Geschädigte keine Leistungen erhalten sollen, wenn der Schaden

910 Zu Recht hat deshalb das BSG seine frühere gegenteilige Ansicht im Hinblick auf die Haftungsbegründung aufgegeben, vgl. zur Entwicklung und den Gründen *Knickrehm*, in: *dies.*, *Gesamtes Soziales Entschädigungsrecht*, 2012, § 1 BVG, Rn. 31. Im BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER, § 5 Abs. 4 (Stand Januar 2017) kommt das noch nicht ausreichend klar zur Geltung. Vgl. zu den drei Beweismaßstäben auch BSG v. 17.4.2013, B 9 V 1/12 R (E 113, 205), Rn. 32 ff.

911 § 15 S. 1 KOVVG: „Die Angaben des Antragstellers, die sich auf die mit der Schädigung im Zusammenhang stehenden Tatsachen beziehen, sind, wenn Unterlagen nicht vorhanden oder nicht zu beschaffen oder ohne Verschulden des Antragstellers oder seiner Hinterbliebenen verlorengegangen sind, der Entscheidung zugrunde zu legen, soweit sie nach den Umständen des Falles glaubhaft erscheinen.“

912 Vgl. zur Verwendung von sog. Glaubhaftigkeitsgutachten in Verfahren nach dem OEG BSG v. 17.4.2013, B 9 V 1/12 R (E 113, 205), Rn. 43.

913 So § 1 Abs. 3 S. 2 BVG; ebenso § 61 S. 2 IfSG.

914 Zur alleinigen Bedeutung einer „medizinisch-wissenschaftlichen Ungewißheit“ und dem Erfordernis der Unsicherheit in der Beurteilung BSG v. 12.12.1995, 9 RV 17/94, Rn. 15; in der Praxis spielt deshalb die Kann-Versorgung offensichtlich nur eine untergeordnete Rolle, vgl. zu den jüngsten Entscheidungen der Obergerichte: BayLSG v. 26.1.2016, L 15 VK 1/12, v. 11.7.2017, L 15 VJ 6/14, und v. 25.7.2017, L 20 VJ 1/17; Hess. LSG v. 22.9.2016, L 1 VE 34/14; LSG NRW v. 15.1.2016, L 13 VJ 27/13, und v. 2.12.2016, L 13 VG 47/13; LSG Sachsen-Anhalt v. 22.3.2017, L 7 VE 6/10.

in keinem ausreichenden Zusammenhang mit den Gründen für die Übernahme der gemeinschaftlichen Verantwortung steht.

Zum Teil existieren zwar negative Anspruchsvoraussetzungen, die an sich nur Fälle betonen, in denen es an einer haftungsbegründenden Kausalität fehlt, etwa der Ausschluss eines Anspruchs nach dem OEG, wenn der Geschädigte die Schädigung verursacht hat.⁹¹⁵ Zum größeren Teil aber ist der fehlende Zusammenhang mittelbarer und nur in einem allgemeineren Sinn auf den Entschädigungszweck zurückzuführen. Das gilt etwa für die Fälle der sog. Unwürdigkeit,⁹¹⁶ in denen deswegen eine Entschädigung versagt wird, weil entweder von einer weitgefassten Mitwirkung für die Entstehung der Gefährdungslage oder einer eigenen rechtsstaatswidrigen Betätigung ausgegangen wird⁹¹⁷ und deshalb Leistungen, die letztendlich wegen einer staatlich verantworteten Gefährdungslage oder dem Besorgnis um die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit gewährt werden, diesem Zweck gerade zuwiderlaufen würden. Der Grundsatz gilt mittlerweile für das gesamte Entschädigungsrecht,⁹¹⁸ bedarf aber der Ausformulierung je nach Entschädigungstatbestand.⁹¹⁹ Darüber hinausgehend sind positive verhaltensbezogene Voraussetzungen, etwa ein Verhalten im öffentlichen Interesse,⁹²⁰ nicht zu fordern.⁹²¹

Eine andere Frage ist, ob sich das Verhalten von Geschädigten auf der Rechtsfolgenseite und damit auf die Höhe der Leistungen auswirken soll. Insofern besteht bis jetzt ein Unterschied zwischen dem sozialrechtlichen und dem übrigen

915 § 2 Abs. 1 S. 1 OEG.

916 Vgl. § 1a BVG, und dazu näher *Frank*, Die Entschädigungsunwürdigkeit in der deutschen Kriegsopferversorgung, 2003, S. 177 ff.; vergleichbar ist § 2 Abs. 1 und 2 HHG. Vgl. auch den im Tumultschadensrecht geplanten Ausschluss bei Beteiligung an den unfriedlichen, zu Schäden führenden Vorgängen in § 18 Abs. 2 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung für ein Staatshaftungsgesetz v. 5.9.1978, BT-Drs. 8/2079, S. 8.

917 Dazu, dass es auch bei der Überprüfung eines insofern schuldhaften Handelns letztendlich um die Wahrung allgemein geltender und nicht unbedingt in einer Rechtsordnung positiver rechtlicher Grundsätzen geht, *Schröcker*, DÖV 1963, S. 455, 458.

918 Während früher die Ansicht vertreten wurde, das Sozialrecht solle „nicht als Strafinstrument dienen“, so die Begründung für einen Verzicht auf eine Unwürdigkeitsklausel bei der Schaffung des BVG, dazu Begründung des BVG-ÄndG, BT-Drs. 13/8246, S. 5.

919 Das ist schon erforderlich wegen der konkret auf diesen Tatbestand zu fassenden Ausschlussgründe, kann aber auch mit dem Grund für die Übernahme der gemeinschaftlichen Verantwortung im Zusammenhang stehen; vgl. zum OEG insofern *Schulin*, in: FS für Krasney, 1997, S. 463, 479. In § 18 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER sind entsprechende Ausnahmen der Gewaltopferentschädigung nun als Versagungsgründe vorgesehen.

920 So angedeutet von *Bley*, SGB 1974, S. 45, 54.

921 Vgl. etwa im Hinblick auf für die Behandlung der Impfwunde *H. Bogs*, in: FS für Sieg, 1976, S. 67, 73. Anders der Versagungsgrund in § 2 Abs. 2 OEG, wenn eine Mitwirkung an der Verbrechensaufklärung versagt wird, was aber im Zusammenhang mit dem zweiten, kriminalpolitischen Zweck des OEG steht, vgl. dazu oben, III.2.d)bb).

Haftungsrecht: Während das soziale Entschädigungsrecht ein Mitverschulden unberücksichtigt lässt,⁹²² gilt im Privatrecht § 254 BGB, und auch im Staatshaftungsrecht findet die Vorschrift insofern Anwendung, als in ihr ein allgemeiner Rechtsgrundsatz enthalten ist.⁹²³ Da dem sozialen Entschädigungsrecht eine Individualisierung der Haftungsfolgen nicht fremd ist, wenn dies auch bis jetzt an unterschiedlichen Bedarfen und nicht einer Mitverursachung ausgerichtet ist,⁹²⁴ spricht nichts dagegen, auch das Mitverschulden als allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsatz künftig zu berücksichtigen⁹²⁵ – auch wenn die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes begrenzt sein wird. Bevor aber näher auf die Grundsätze zum Umfang des Schadensausgleichs eingegangen werden soll, sind einige Anmerkungen zu den personenbezogenen Anspruchsvoraussetzungen zu ergänzen.

bb) Personen- und raumbezogene Voraussetzungen

Auf den ersten Blick läge es nahe, Leistungen der sozialen Entschädigung an die Angehörigkeit zu der die Verantwortung übernehmenden Gemeinschaft zu knüpfen. Das würde im Ergebnis auf eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hinauslaufen: Die Verantwortungsübernahme bedarf einer parlamentsgesetzlichen Grundlage, und die Legitimation zu deren Schaffung wird durch Wahlen vermittelt. Tatsächlich war diesem Grundgedanken folgend etwa im OEG zunächst die Anspruchsberechtigung von Ausländern ausgeschlossen, soweit die Gegenseitigkeit nicht gewährleistet war⁹²⁶ – womit also Leistungen von einer völkerrechtlich begründeten Gleichbehandlung deutsche Staatsangehöriger im Heimatstaat abhängig gemacht wurde.⁹²⁷

922 Köbl, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 33.

923 Vgl. zur Aufopferungsentschädigung nachfolgend, III.4.a); ferner Windthorst, in; Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht, 2000, § 10 Rn. 72 und Sproll, a.a.O., § 17 Rn. 44.

924 In diesem beschränkten Sinn auch § 24 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER.

925 Zu dieser Forderung schon Müller-Volbehr, ZRP 1982, S. 270, 273, auch mit Hinweis auf tatsächlich meist multikausale Schadensvorgänge, denen am ehesten ein anteiliges Leistungssystem gerecht werde. Anders bei „grundrechtlichen Haftungsansprüchen“ wegen Fehlens einer „verfassungsrechtlich erforderlichen Grundlage“ Grzeszick, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 401. Grundsätzlich zur Möglichkeit einer Schadensteilung bei der Verletzung von Obliegenheiten zur Schadensabwehr Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, 1997, S. 538 f.

926 § 1 Abs. OEG i.d.F. v. 11.5.1976.

927 Für verfassungsrechtlich zulässig gehalten von BVerfG v. 5.10.1982, 2 BvR 459/82.

Das aber stellt nicht nur innerhalb der EU und des EWR eine unzulässige Diskriminierung dar.⁹²⁸ Es ist auch im Übrigen mit dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren, sodass die Einbeziehung von Ausländern in den persönlichen Schutzbereich nicht nur – wie bei der entsprechenden Änderung des OEG 1993⁹²⁹ angenommen – eine Frage der Pragmatik ist.⁹³⁰ Denn der Grund für die Entschädigungsleistung trifft ja ebenso die in Deutschland lebenden Ausländer.⁹³¹ Das gilt dann, wenn eine besondere Gefahr durch staatliches Handeln mitverursacht wird, aber ebenso, wenn es in der Sache um die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit geht. Sie ist ohne jede Einschränkung auch Ausländern gegenüber zu gewährleisten.

Daraus folgt im Übrigen nicht nur, dass Entschädigungsleistungen zu exportieren sind;⁹³² daraus folgt ebenso, dass Entschädigungsleistungen für Deutsche und andere Unionsbürger, die sich im Ausland aufhalten, nicht vorzusehen sind – auch wenn diese Folgerung der nicht nur in Deutschland geltenden Rechtslage für Gewaltopfer⁹³³ widerspricht. Denn für Vorgänge im Ausland lässt sich keinerlei Verantwortung des deutschen Staates herleiten, und allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen⁹³⁴ sind kein überzeugendes Gegenargument.

928 Vgl. oben II.2.a)aa)(1).

929 Durch das 2. OEG ÄndG v. 21.7.1993 (BGBl. I, S. 1262).

930 Vgl. BT-Drs. 12/4889, S. 6: „Die Zunahme von Gewalttaten gegen Ausländer in jüngster Vergangenheit läßt diese Regelung [gemeint ist § 1 Abs. 4 a.F.], die praktisch einen Ausschluß der Mehrzahl aller in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Ausländer bedeutet, als zu restriktiv erscheinen. Dies wird umso deutlicher, als auch Ausländer betroffen sind, die oft seit Jahrzehnten in der Bundesrepublik Deutschland leben und arbeiten, deren Kinder hier geboren wurden und die mit ihren hier gezahlten Steuern den Staat und seine Polizeiorgane, die sie letztlich nicht haben schützen können, mitfinanziert haben.“

931 Weshalb es entscheidend auf den rechtmäßigen Aufenthalt ankommt; vgl. allgemein zu Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsvoraussetzungen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung von Sozialleistungssystemen *Becker*, ZESAR 2017, S. 101 ff.

932 Vgl. dazu innerhalb der EU EuGH v. 4.12.2008, C-221/07 (Zablocka-Weyhermüller), Slg. 2008 I-9029; auf die Rspr. wurde mit dem BVG-ÄndG 2011 reagiert, vgl. BT-Drs. 17/5311, S. 13. Art. 3 Abs. 1 GG erfordert aber auch die Rechtfertigung von Beschränkungen der Exportierbarkeit außerhalb des EWR.

933 Vgl. *Becker/Körtel*, ZIAS 2010/2011, S. 169, 201 f.

934 Zu diesem Argument für die Abkehr vom Territorialitätsgrundsatz im OEG und zum tatsächlichen Hintergrund *Kunz/Zellner/Gelhausen/Winter*, OEG, 5. Aufl. 2010, Einführung, S. 15.

4. Ausrichtung und Inhalt der Entschädigungsleistungen

a) Grundsätze zum Umfang des Schadensausgleichs

Mit der Relevanz von Primärschäden ist noch nichts darüber gesagt, welchen Umfang Entschädigungsleistungen haben müssen. Entschädigung in einem allgemeinen Sinn meint erst einmal nur Schadensausgleich.⁹³⁵ Er kann auf verschiedene Arten erfolgen. Davon geht auch das deutsche BGB aus, das von der „Herstellung des Zustands“ ohne schädigendes Ereignis (§ 249 Abs. 1) oder, falls das nicht ausreichend ist, der „Entschädigung in Geld“ (§ 251 Abs. 1) spricht. Beides sind Bestandteile des Schadensersatzes.

Dennoch wird im öffentlichen Recht zwischen Schadensersatz und Entschädigung unterschieden. Die Entschädigung soll nicht auf die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands gerichtet sein.⁹³⁶ Formuliert wird auch, es sei nicht immer unbedingt ein voller Schadensausgleich erforderlich, sondern nur Ersatz des unmittelbar verursachten Schadens.⁹³⁷ Das spielt vor allem auch bei Ansprüchen aus Aufopferung eine Rolle.⁹³⁸ Ein Grund dafür ist, dass bei ihr die Haftung an ein rechtmäßiges Verhalten anknüpft;⁹³⁹ ein weiterer wohl auch, dass die Rechtsprechung für den Inhalt des ungeschriebenen Anspruchs flexible Ausgleichsregeln vorsehen wollte.⁹⁴⁰ Tatsächlich ist im Ergebnis keineswegs ausgeschlossen, als Entschädigung auch einen Ersatz für Folgeschäden und entgangenen Gewinn zu erhalten.⁹⁴¹ In jedem Fall aber sind Verursachungsbeiträge der

935 Dazu, den historischen Hintergründen und Entwicklungen *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 373 ff.

936 Vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 265 f.

937 So *Sproll*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, 2000, § 16 Rn. 68 mit der – aus einer vergleichenden, das private Haftungsrecht einschließenden Perspektive erstaunlichen – Folgerung, der Entschädigungsanspruch sei „Ausgleichsanspruch, nicht dagegen ein Schadensersatzanspruch“. Genauso *Morlok*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVWR), Bd. III, 2009, § 52, Rn. 110.

938 Zu Zweifeln allerdings BGH v. 15.6.1967, III ZR 23/65 (Z 48, 98), Rn. 18.

939 Während bei rechtswidrigem Handeln ein Schadensersatz für erforderlich gehalten wird, vgl. nur *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 184 ff, 195. Zu einer angenommenen Gleichstellung von Entschädigungsrecht und öffentlich-rechtlicher Gefährdungshaftung *Wannagat*, NJW 1960, S. 1597, 1602, vor dem Hintergrund.

940 Zumal bestimmte Haftungsfolgen nicht in jedem Fall grundrechtlich gefordert sind, vgl. zur Rspr. des BVerfG in dieser Hinsicht oben, III.1.b)aa).

941 Dazu näher mit der Folgerung der Konvergenz zwischen Schadensersatz und Entschädigung *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 210 ff.

Betroffenen sowohl bei der Bestimmung der Opfergrenze⁹⁴² als auch bei der des Anspruchsinhalts zu berücksichtigen⁹⁴³; die staatliche Leistung ist subsidiär.⁹⁴⁴

Lange Zeit galt bei der Aufopferung, dass Ansprüche auf Schmerzensgeld ausgeschlossen waren.⁹⁴⁵ So jedenfalls sah es die ältere Rechtsprechung des BGH, unter Hinweis darauf, dass Schmerzensgeldzahlungen auch Genugtuung für verschuldetes Unrecht bezwecken sollen und zudem nur ausnahmsweise vorgesehen seien.⁹⁴⁶ Dieses Ergebnis wurde schon länger kritisiert und angesichts der zwischenzeitlich erfolgten Rechtsentwicklungen bei aufopferungsgleichen Eingriffen, also bei der Haftung für rechtswidriges Handeln, für revisionsbedürftig gehalten.⁹⁴⁷ Mittlerweile ist die Rechtsgrundlage für den Ersatz immaterieller Schäden im BGB geändert worden. Ein entsprechender Ersatz ist nun als allgemeine Möglichkeit bei Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung vorgesehen.⁹⁴⁸ Bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts galt schon zuvor ein Ausgleich auch immaterieller Schäden als verfassungsrechtlich geboten.⁹⁴⁹ Sollen sich weiterhin die Rechtsfolgen der öffentlich-rechtlichen Haftung an die der privatrechtlichen anlehnen, so spricht alles dafür,⁹⁵⁰ auch im Fall der Aufopferung Schmerzensgeldansprüche grundsätz-

942 Dazu BGH v. 22.2.1973, III ZR 162/70 (BGHZ 60, 302), Rn. 24 ff. (Strafgefangene).

943 Zur sinngemäßen Anwendung des § 254 BGB im Fall der Impfpflichterschädigung BGH v. 6.6.1966, III ZR 167/64 (BGHZ 45, 290), Rn. 11 f.

944 Vgl. BGH v. 3.11.1958, III ZR 139/57 (BGHZ 28, 297), Rn. 11 ff.

945 Apodiktisch *Morlok*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts (GVwR), Bd. III, 2009, § 52, Rn. 110.

946 Vgl. nur BGH v. 13.2.1956, III ZR 175/54 (BGHZ 20, 61), Rn. 12 ff. (Wehrdienstbeschädigung); für eine mögliche Zurechnung zum Schutzbereich einer Gefährdungshaftung (hier § 53 LuftVG) aber BGH v. 27.5.1993, III ZR 59/92 (BGHZ 122, 363), Rn. 26.

947 Vgl. nur *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 139 ff. m.w.N.

948 § 253 Abs. 2 BGB i.d.F. durch Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften v. 19.7.2002 (BGBl. I, S. 2674).

949 Vgl. BVerfG v. 11.11.2009, 1 BvR 2853/08 (Castor-Gegner). Dazu, dass es sich bei der entsprechenden Geldentschädigung in der Sache um einem dem Schmerzensgeld entsprechenden Anspruch handelt *Unterreitmeier*, JZ 2013, S. 425 ff. mit Hinweisen zur Entwicklungsgeschichte; von dem Ersatz für „Schmach und Schmerzen“ neben Kosten und Schaden war in Art. 20 der Carolina die Rede (zitiert nach der Reclam-Ausgabe, 4. Aufl. 1984). Ganz ablehnend hingegen zu Schmerzensgeldansprüchen etwa noch *Lehmann*, Körperverletzungen und Tötungen auf deutschen Eisenbahnen, 1869, S. 73 ff.

950 Im Schrifttum ist die Frage umstritten:

Für den herkömmlichen Inhalt der Aufopferung (kein Schmerzensgeld und kein entgangener Gewinn): *Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 839 BGB, Rn. 65; *Schiemann*, in: Staudinger, BGB, Buch 2, 13. Aufl. 2005, § 253 BGB, Rn. 20; *Wöstmann*, in: Staudinger, BGB, Buch 2, 13. Aufl. 2013, § 839 BGB, Rn. 512; *Rainer*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, ed. 35, § 839 BGB, Rn. 141 (Stand 2015); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, S. 785.

lich nicht mehr für ausgeschlossen zu halten.⁹⁵¹ Diese Ansicht hat nun der BGH geteilt⁹⁵² und damit einen Entwicklungsprozess zum Abschluss gebracht.

Im sozialen Entschädigungsrecht sind Schmerzensgeldansprüche nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie sind sogar ausgeschlossen in der an Kausalität bei der Schadensverursachung anknüpfenden gesetzlichen Unfallversicherung.⁹⁵³ Umstritten blieb und bleibt das deshalb, weil durch das Unfallversicherungsrecht die privatrechtliche Haftung des Arbeitgebers für immaterielle Schäden weitgehend versperrt wird.⁹⁵⁴ Für entsprechende Schäden erhalten also gesetzlich Unfallversicherte im Ergebnis keinerlei Ersatz.⁹⁵⁵ Das BVerfG hat diese Regelung für noch verfassungsrechtlich zulässig gehalten, weil der Ausschluss des Schmerzensgeldanspruchs Bestandteil einer öffentlich-rechtlichen Ablösung der Haftung sei, die insgesamt den Versicherten Vorteile gewähre;⁹⁵⁶ es hat bis heute daran trotz aller neuen Zweifel festgehalten.⁹⁵⁷

Hintergrund ist der Umstand, dass Entschädigungsansprüche wie alle Sozialleistungsansprüche anderen Vorstellungen als privatrechtliche Ansprüche folgen dürfen. Tatsächlich kennen sie einige Besonderheiten. Dazu gehört, Leistungen

Hingegen Schmerzensgeldanspruch für möglich haltend: *Ebert*, in: Erman, BGB, 14. Aufl. 2014, § 253 BGB, Rn. 14; *Oetker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 253 BGB, Rn. 18; *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 192 f.; *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 147 f. Je „nach dem Zweck des Schmerzensgeldanspruchs“: *Spindler*, in: *Bamberger/Roth*, BGB, ed. 35, § 253 BGB, Rn. 10 (Stand 2015).

951 So entschieden vom OLG Frankfurt in einer Entscheidung zum Anspruch eines Demonstrationsteilnehmers, der von einem Polizeihund gebissen worden war, Urt. v. 20.8.2013, 1 U 69/13, Rn. 20: „Die Gesamtheit dieser Regelungen lässt nunmehr auf den Willen des Gesetzgebers schließen, dass vor allem bei Körperverletzungen grundsätzlich eine Entschädigung für immaterielle Schäden gewährt werden soll. Die Gesetzeslage steht der Gewährung eines Ausgleichs für immaterielle Nachteile im Rahmen des allgemeinen Aufopferungsanspruchs daher nicht mehr entgegen, sondern fordert sie in den Fällen des § 253 Abs. 2 BGB sogar. Deshalb gebietet die Wertung des Art. 2 Abs. 2 GG nunmehr eine entsprechende Anpassung der allgemeinen Aufopferungsgrundsätze“.

952 BGH v. 7.9.2017, III ZR 71/17.

953 Vgl. dazu oben, II.1.a)dd)(1).

954 Und auch anderer privilegiert haftender Personen, vgl. §§ 104-106 SGB VII. Anders ist die Situation dann, wenn der Haftungsausschluss nicht greift.

955 Näher zu einem Vorschlag der Neuordnung *Henning*, Die Harmonisierung von Haftungsprivilegierungen und Regress in der gesetzlichen Unfallversicherung, 2015, S. 38 ff.

956 BVerfG v. 7.11.1972, 1 BvL 4/71, 1 BvL 17/71, 1 BvL 10/72, 1 BvR 355/71(E 34, 118), Rn. 40 ff.

957 Zunächst BVerfG [Kammer] v. 8.2.1995, 1 BvR 753/94 (mit Hinweis auf die Verbesserung der Rentenleistung für Schwerverletzte durch Nichtanrechnung eines dem Entschädigungsrecht entsprechenden Teils bei Zusammentreffen mit einer Rente aus der GRV), und dann [Kammer] v. 27.2.2009, 1 BvR 3505/08 (mit dem Hinweis darauf, die bisher angeführten Gründe gegen eine Verfassungswidrigkeit seien weiterhin tragfähig).

zu typisieren, Ober- und Untergrenzen für die Entschädigung festzusetzen, und unter Umständen umgekehrt auf eine Anrechnung des Mitverschuldens zu verzichten.⁹⁵⁸ Diese Unterschiede zum privaten Haftungsrecht wie zum Staatshaftungsrecht stehen im Zusammenhang mit der Funktion von Sozialleistungsansprüchen. Ihre Berücksichtigung ist auch im sozialen Entschädigungsrecht zulässig, weil dieses Recht, wie mehrfach betont, nicht dem Ausgleich von Rechtsverletzungen dient.⁹⁵⁹ Die Bemessung der Entschädigung ist deshalb nicht in vollem Umfang an der Wiederherstellung eines Zustandes auszurichten,⁹⁶⁰ und sie kann wegen ihrer Funktion auch über einen Schadensersatz hinausgehen.⁹⁶¹ Allerdings gelten auch dafür Grenzen. Die Ansicht etwa, eine soziale Entschädigung solle die von einem Schaden Betroffenen in die Lage versetzen, „ein vernünftiges Leben zu führen und seine soziale Stellung zu behalten“,⁹⁶² ist zu unbestimmt. Der Leistungsgrund muss vielmehr auch für den Leistungsinhalt eine Rolle spielen: Beim Entschädigungsrecht geht es um die Bewältigung der Folgen eines bestimmten Schadensereignisses und insofern immer um eine Kompensation.⁹⁶³ Die Verfolgung anderer sozialer Zwecke ist hingegen anderen Sozialleistungssystemen zu überlassen. Abzulehnen ist deshalb auch der radikale Gegenentwurf zum geltenden Recht, nach dem es bei der Bemessung der Entschädigungsleistungen nur um den Bedarf gehen soll.⁹⁶⁴

Das soziale Entschädigungsrecht kann – indem Leistungen nicht nur für die Geschädigten selbst, sondern auch für Hinterbliebene vorgesehen werden⁹⁶⁵ –

958 *Rüfner*, Gutachten E zum 49. DJT, 1972, S. E 29 ff.; *Schulin*, in: FS für Krasney, 1997, S. 463 f. Vgl. aber auch, zwar zum früher geplanten Tumultschadensausgleich, jedoch mit allgemeinen Erwägungen *H. Bogs*, ZSR 1975, S. 593, 599 ff. Die Höhe und Zusammensetzung der Leistungen waren und sind insbesondere bei der Kriegsopferversorgung umstritten, vgl. etwa *Hirrlinger*, in: Die Sozialordnung der Gegenwart 10 (1970), S. 79, 88 ff.

959 Oben, III.3.a).

960 Zu den vielfältigen Fragen der Festlegung des Ausgleichs von Einkommenschäden *Zacher*, DÖV 1972, S. 461, 469 (allerdings ohne eigene Antworten, aber mit dem Hinweis, auf eine „ausschließlich individual-konkrete Zumessung“ des Ausgleichs könne sich die soziale Entschädigung nicht einlassen).

961 Das betonend *Rüfner*, Gutachten E zum 49. DJT, 1972, S. E 37.

962 *Rüfner*, Gutachten E zum 49. DJT, 1972, S. E 30.

963 In diesem Sinne schon *Trometer*, in: *Blüm/Zacher*, 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 579, 593.

964 Dagegen bereits *Rohwer-Kahlmann*, ZSR 1974, 139, 143 f. *Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, 1972, hatte dem Argument, bei gleichen Personenschäden dürften nicht ungleiche Leistungsansprüche bestehen, für eine Gleichstellung aller Schadensfolgen (S. 162 ff.) und die Einführung einer allgemeinen und umfassenden Versicherung plädiert, die aber zugleich den Verdienstaufschlag ersetzen sollte, wenn auch in bestimmten Grenzen (S. 192 ff.).

965 Zur Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 GG und der im Hintergrund stehenden familienrechtlichen Unterhaltsansprüche bei der Bestimmung des leistungsberechtigten Personenkreises

zusätzlich eine Unterhaltssicherungsfunktion übernehmen.⁹⁶⁶ Das entspricht haftungsrechtlichen Grundsätzen,⁹⁶⁷ ohne dass ein voller Ausgleich gewährt werden müsste.⁹⁶⁸ Vielmehr sind entsprechende Sozialleistungen subsidiär und können von der Bedürftigkeit der Betroffenen abhängig sein.

Innerhalb des Entschädigungsrechts ist zur Strukturierung eine Abstufung der Leistungen nach Verantwortungsstufen vorgeschlagen worden.⁹⁶⁹ Sie ist allerdings wenig praktikabel, weil zwar verschiedene Gründe der Verantwortungsübernahme voneinander unterschieden werden können, eine Stufung zwischen ihnen im Hinblick auf das Maß der dahinter stehenden gemeinschaftlichen Verantwortung aber nur schwer erkennbar ist.⁹⁷⁰ Zudem sind pragmatische Aspekte zu berücksichtigen. So müssen Kriegsfolgen auch in Zeiten eines Wiederaufbaus zu bewältigen sein. Viel mehr als eine Leitlinie – Orientierung am Schadensausgleich mit der Möglichkeit von sozialrechtlichen Korrekturen – lässt sich also abstrakt nicht formulieren.⁹⁷¹

b) Geldleistungen

Selbst diese Leitlinie findet aber im geltenden Recht in mehrfacher Hinsicht keine ausreichende Beachtung. Das gilt zunächst für Geldleistungen. Sie sind als kurzfristige Entgeltersatzleistungen in Parallele zu den Sozialversicherungen vorgesehen.⁹⁷² Besondere Bedeutung gewinnen sie naturgemäß als langfristige

BVerfG v. 9.11. 2004, 1 BvR 684/98 (E 112, 50 – Versorgungsleistung für Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach dem OEG).

966 Vgl. dazu näher Köbl, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 150 ff.

967 Vgl. § 842 Abs. 2 BGB.

968 Vgl. auch zu geringeren Leistungen gegenüber dem geltenden Recht §§ 61, 69 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und 3, 70 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER. Nähere Überlegungen für eine Reform mit entsprechenden Vorschlägen bei Voß, ZfS 2003, S. 161, 166 ff.

969 Schulín, Soziale Entschädigung als Teilsystem kollektiven Schadensausgleichs, 1981, S. 247 ff.

970 Jedenfalls wenn Schäden „wegen staatlichen Verhaltens“ schon die Impfeempfehlungen gar nicht mehr erfassen sollen, in diesem Sinne Schulín, a.a.O., S. 175. Auch der verbesserte Vorschlag teilt diese Schwierigkeiten: so sollten nach Schulín, in: FS für Krasney, 1997, S. 463, 480, Wehrdienststopfer umfassend entschädigt werden, während bei Leistungen wegen sozialer Bedingtheit (= staatliches Verhalten oder politische Umstände) ein mittleres Leistungsniveau und dessen unterstes bei einer „sozialethische Begründung“ der Entschädigung (die etwa für das OEG angenommen wurde) vorgesehen werden sollte.

971 Weitergehend mit der Forderung, es müsse der entstandene Schaden „so optimal wie möglich“ ausgeglichen werden, Gitter, in: FS für Rohwer-Kahlmann, 1973, S. 529, 530.

972 Versorgungskrankengeld nach §§ 16 ff. BVG. Es entspricht in der Höhe von 80 % des Regelentgelts (§ 16a Abs. 1 BVG) den entsprechenden Leistungen der GUV (Verletz-

Leistungen, mit denen die Folgen von dauerhaften Gesundheitsschäden ausgeglichen werden sollen. Hier besteht ein Nebeneinander zwischen einkommensunabhängigen (Grundrente) und einkommensabhängigen Dauerleistungen (Berufsschadensausgleich – BSA), die durch eine Ausgleichsrente und verschiedene Zulagen ergänzt werden.⁹⁷³ Das über die Zeit immer wieder geänderte⁹⁷⁴ und ergänzte Leistungsrecht ist an dieser Stelle in hohem Maße kompliziert – es könne „nur als chaotisch beschrieben werden“, ist eine Anmerkung dazu,⁹⁷⁵ ein andere, bei der BSA-Ermittlung werde ein „immenser Regelungsaufwand betrieben“, es sei „insgesamt die komplizierteste Leistungsbestimmung des Sozialrechts“⁹⁷⁶.

aa) Eine Neuordnung erscheint überfällig.⁹⁷⁷ Bei darauf bezogenen Überlegungen ist im Ansatz zu differenzieren. Zunächst bedarf es einer rechtlichen Einordnung und Bewertung der erlittenen Gesundheitsschäden. Sie erfolgt im sozialen Entschädigungsrecht wie in der GUV abstrakt – es werden also Schäden bemessen anhand der erlittenen Funktionsbeeinträchtigungen.⁹⁷⁸ Ursprünglich war insofern von einer Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) die Rede, was dann in den Grad der Schädigung (GdS) umbenannt wurde.⁹⁷⁹ Hintergrund der Änderung war, dass die Begriffsgleichheit in GUV und Entschädigungsrecht für irreführend gehalten wurde,⁹⁸⁰ was angesichts dessen, dass GdS und MdE funktional betrachtet demselben Ziel dienen, wenig einleuchtet,⁹⁸¹ für sie spricht eher,

ten- und Übergangsgeld nach den §§ 45 ff. SGB VII), die wiederum in der Höhe über den Leistungen der GKV (Krankengeld nach §§ 44 ff. SGB V).

973 Vgl. Übersicht oben unter II.1.a)bb)(1).

974 Zu dem Neuordnungsgesetz mit der Einführung des BSA ab 1960 und den damit verbundenen Diskussionen *Trometer*, in: *Blüm/Zacher*, 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 579, 585 ff.

975 *Hase*, in: SRH, 5. Aufl. 2012, § 26 Rn. 78.

976 *Köbl*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 135

977 Wenn auch der Gesetzgeber die Berechnung des BSA mit Änderungen in den Jahren 2007 und 2011 schon spürbar vereinfacht hat, vgl. *Dau*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2017, S. 1, 5.

978 Auf der Grundlage der Verordnung zur Durchführung des § 1 Abs. 1 und 3, des § 30 Abs. 1 und des § 35 Abs. 1 des Bundesversorgungsgesetzes (VersMedV) v. 10.12.2008 (BGBl. I, S. 2412 m.Änd.).

979 Mit dem BVG-ÄndG v. 13.12.2007 (BGBl. I, S. 2904).

980 So *Conradis*, Soziale Förderung, Soziale Entschädigung und Familienlastenausgleich, 2012, S. 28.

981 Dazu, dass die frühere Rspr. weiterhin Bestand haben sollte, *Hase*, in: SRH, 5. Aufl. 2012, § 26 Rn. 82. Bemerkenswert ist, dass aber die gesetzliche Festlegung im Entschädigungsrecht klar ist, während im Recht der GUV keine Verordnungsermächtigung und dementsprechend keine verbindliche Regelung durch exekutive Rechtsetzung existiert, vgl. BSG v. 20.12.2016, B 2 U 11/15 R, Rn. 25: „Es würde einen Gewinn an Rechtssicherheit und -klarheit darstellen, wenn der Gesetzgeber selbst in § 56 Abs 2 SGB VII eine Delega-

dass das soziale Entschädigungsrecht weniger als das Unfallversicherungsrecht auf die Erwerbstätigkeit ausgerichtet ist.⁹⁸² Mit einem GdS werden in einem zweiten Schritt bestimmte Leistungen verknüpft, wie eingangs hervorgehoben zweierlei Art: Die Grundrente besteht in einem Festbetrag. Dessen Höhe richtet sich nach dem GdS und wird zusätzlich durch die Art der gesundheitlichen Beeinträchtigung und das Alter beeinflusst. Da die abstrakte Festsetzung individuelle Einbußen nicht berücksichtigt, wird bei „besonderer beruflicher Betroffenheit“⁹⁸³ der BSA und für Schwerbehinderte eine einkommensabhängige Ausgleichsrente gewährt.⁹⁸⁴ Zurückzuführen sind die zusätzlichen Bestimmungen auf die schrittweise eingeführten Verbesserungen in der Kriegsoferversorgung in den 1950er und zu Beginn der 1960er Jahre.⁹⁸⁵

Reformüberlegungen können sowohl an der Schadensberechnung wie den Schadensfolgen anknüpfen. Denkbar wäre insbesondere, sich am Vorbild anderer und Regelungen zu orientieren, etwa den privatrechtlichen Haftungsregeln, wie es für Verbrechenopfern in Österreich und der Schweiz vorgesehen ist,⁹⁸⁶ oder den Entschädigungsregelungen der GUV, in der eine einheitliche, am zuvor bezogenen Jahresarbeitsverdienst ausgerichtete Geschädigtenrente bezahlt wird.⁹⁸⁷ Allerdings sollte entscheidend sein, welche Funktionen mit den Dauergeldleistungen im sozialen Entschädigungsrecht verfolgt werden. Bis heute liegt der Unterscheidung von Grundrente einerseits und von BAS bzw. Ausgleichsrente eine Funktionentrennung zugrunde: Die Grundrente soll nämlich nicht für einen Verdienstausschlag entschädigen, also nicht den Erwerbsschaden abdecken.⁹⁸⁸ Auch

tion zum Erlass von MdE-Tabellen aussprechen würde, die den Kriterien des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügen würde.“

982 In diesem Sinn *Dau*, Sozialrecht aktuell, Sonderheft 2017, S. 1, 5.

983 § 30 Abs. 2 S. 1 BVG: „Der Grad der Schädigungsfolgen ist höher zu bewerten, wenn Beschädigte durch die Art der Schädigungsfolgen im vor der Schädigung ausgeübten oder begonnenen Beruf, im nachweisbar angestrebten oder in dem Beruf besonders betroffen sind, der nach Eintritt der Schädigung ausgeübt wurde oder noch ausgeübt wird.“

984 § 30 Abs. 3 ff. BVG und §§ 32, 33 BVG.

985 Die Grundrente diene zu Beginn der Herstellung einer einheitlichen Leistungsbasis, die von Einkommensgrenzen abhängige Ausgleichsrente der Sicherung des Lebensunterhalts für Bedürftige, mit den insgesamt niedrig gehaltenen Renten sollte ein Mindestmaß an sozialer Sicherheit abgedeckt werden, vgl. *Trometer*, in: *Blüm/Zacher*, 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 579, 582 f.

986 *Ott*, Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten, 1998, S. 221.

987 Auf der Grundlage der §§ 56 Abs. 3, 81 ff. SGB VII.

988 So – wenn auch mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – die einhellige Rspr: BVerfG v. 16.3.2011, 1 BvR 591/08, Rn. 44 zur „Zweckbestimmung und besonderen Funktion der Grundrente“: „Sie ist von Rechts wegen nicht zur Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts bestimmt, sondern stellt eine Entschädigung für die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität dar und soll zugleich die Mehraufwendungen ausgleichen, die der Beschä-

das ist ein Grund, warum ihr, anders als einem privatrechtlichen Anspruch nach den §§ 249, 252 BGB,⁹⁸⁹ eine abstrakte Bemessung des Gesundheitsschadens zugrunde liegt.

Es gibt gute Gründe, an der abstrakten Schadensberechnung und den zweigeteilten Renten festzuhalten. Zum einen ermöglicht das System eine relativ einfache Schadensbestimmung und eine nach Schadensposten differenzierte Berechnung, wie sie im Grunde auch das privatrechtliche Haftungsrecht prägt.⁹⁹⁰ Zum anderen ist das Gegenmodell der GUV weder passend noch ohne Schwächen, und gerade die Diskussionen um die Aufrechterhaltung der einheitlichen Kompensation belegen, wie Verbesserungen bei der Durchführung der zweigeteilten Schadensfolgen möglich sind. In der GUV wird die bis heute geltende Lösung vor allem mit der Beitragsfinanzierung erklärt, ist aber keineswegs unumstritten. Eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe hatte 2006 Eckpunkte zur Reform der GUV vorgestellt, zu denen auch eine Zweiteilung der Renten mit einer Differenzierung zwischen Ausgleich des Erwerbsschadens einerseits und des Gesundheitsschadens andererseits gehörte.⁹⁹¹ Der Vorschlag wurde nicht weiterverfolgt.⁹⁹² Er

digte gegenüber einem gesunden Menschen hat“. BVerwG v. 27.5.2010, 5 C 7/09 (E 137, 85), Rn. 26: „Dass die Beschädigtengrundrente (heute) überwiegend immaterielle Zwecke verfolgt, ergibt sich insbesondere aus ihrer gesetzlichen Ausgestaltung und ihrem systematischen Verhältnis zu anderen Leistungen des Bundesversorgungsgesetzes. Die Grundrente des Beschädigten dient nach der gesetzlichen Konzeption ungeachtet ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nicht der Linderung konkreter Not; sie setzt keine Bedürftigkeit voraus und soll nicht den Lebensunterhalt des Beschädigten und seiner Familie sicherstellen.“ BGH v. 12.1.2016, VI ZR 491/14, Rn. 12: „Die Grundrente nach § 31 BVG ist in erster Linie darauf gerichtet, den Mehrbedarf des Geschädigten aufzufangen. Sie hat keine Lohnersatzfunktion und dient ihrer Zweckbestimmung nach - anders als die Ausgleichsrente gemäß § 32 BVG und der Berufsschadensausgleich gemäß § 30 Abs. 3 ff. BVG - nicht der Bestreitung des Lebensunterhalts“.

989 BGH v. 12.1.2016, VI ZR 491/14, Rn. 17 und 18, wonach der „zu ersetzende Schaden nicht im Wegfall oder der Minderung der Arbeitskraft als solcher“ liegt, sondern voraussetzt, „dass sich dieser Ausfall oder die Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit sichtbar im Erwerbsergebnis konkret ausgewirkt hat“. Jedoch dürften an entsprechende Darlegungen „keine zu hohen Anforderungen gestellt werden“, insbesondere am Anfang einer beruflichen Entwicklung, denn es liege „in der Verantwortlichkeit des Schädigers [...], dass der Geschädigte in einem so frühen Zeitpunkt seiner beruflichen Entwicklung aus der Bahn geworfen wurde, woraus sich erst die besondere Schwierigkeit ergibt, nun eine Prognose über deren Verlauf anzustellen.“

990 Mit der Einführung des Hinterbliebenengeldes (§ 844 Abs. 3 BGB) ist das weiter ausgebaut und damit das deutsche Haftungsrecht der Rechtsentwicklung in anderen europäischen Ländern angepasst worden, vgl. nur *Wagner*, NJW 2017, S. 2641, 2646.

991 Dt. BT, Ausschuss für Arbeit und Soziales, AS-Drs. 16(11)340, S. 5 f.; die Erwerbsminderungsrente sollte den konkreten Erwerbsschaden entschädigen, und zur Bemessung sollte das vor dem Unfall erzielte Einkommen mit dem unfallbedingt erzielbaren Einkommen verglichen werden.

belegt aber, dass und wie im Entschädigungsrecht das Ziel einer sozialen Sicherung mit einem individuellen Schadensausgleich verbunden werden kann.⁹⁹³ Die Grundrente kann so bemessen werden, dass sie neben einem Anteil für Mehraufwendungen⁹⁹⁴ zugleich einen Schmerzensgeldanteil enthält;⁹⁹⁵ denn selbst wenn nach den vorstehenden Ausführungen die Gewährung von Schmerzensgeld nicht zwingend erscheint, so ist sie rechtspolitisch schon angesichts der mehrfach angesprochenen zunehmenden Berücksichtigung immaterieller Schäden sowohl im privaten wie im öffentlichen Haftungsrechts angemessen.⁹⁹⁶ Mit einer zusätzlichen Rente zum Ausgleich von Einkommensschäden (Ausgleichsrente) kann dann dem Gedanken des Schadensausgleichs Rechnung getragen werden.⁹⁹⁷ Diese Rente muss allerdings nach einheitlichen Grundsätzen auf der Grundlage des voraussichtlichen Einkommensverlustes und von leicht ermittelbaren Informationen berechnet werden.⁹⁹⁸

bb) Mit der Neuregelung sollten zugleich alle zusätzlichen Leistungen an Geschädigte entfallen. Insbesondere für Fürsorgeleistungen ist bei einer schädi-

992 Stattdessen wurde mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Unfallversicherung v. 30.10.2008 (BGBl. I, S. 2130) vor allem die Organisationsreform verfolgt, zu dem Reformhintergrund *Becker*, in: *ders./Nisimura/Walser*, Perspektiven der Unfallversicherung in Japan und Deutschland, 2009, S. 79, 83 f.

993 Die frühere Dreiteilung der Renten trotz ihrer Kompliziertheit verteidigend *Rüfner*, ZSR 1973, S. 565, 570. Ähnlich ist der Ansatz im BEG: Hier sind die Renten einkommensbezogen, es ist aber auch ein am Ausmaß der Schädigung ausgerichteter Mindestbetrag vorgesehen (vgl. §§ 18 und 19 für Hinterbliebene und § 31 für Gesundheitsschäden).

994 Dazu *Köbl*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 129.

995 Dazu, dass die Grundrente schon jetzt bei Beschädigten dem Ausgleich „für die Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit“ und bei Hinterbliebenen „dem Ausgleich nicht wägbarer Schäden“ dient und damit eine „ideelle Komponente besitzt“, *Gitter*, in: FS für Rohwer-Kahlmann, 1973, S. 525, 529; *Rüfner*, ZSR 1973, S. 565, 570; ähnlich im Ergebnis *Bley*, ZSR 1974, S. 193, 204. Zu einer rechtsstaatlichen Begründung dieser Zwecke *Rohwer-Kahlmann*, in: FS für W. Bogs, 1959, S. 303, 311. Tatsächlich sollte die Grundrente nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ursprünglich wirtschaftliche Nachteile ausgleichen, allerdings wurde bei der Neuordnung der Zweck dann anders interpretiert, vgl. *Trometer*, in: *Blüm/Zacher*, 40 Jahre Sozialstaat Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 579, 584, 587.

996 Deshalb für eine Einbeziehung des Schmerzensgeldes *Köbl*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 106; ebenso bereits für eine umfassende Sozialversicherung gegen Personenschäden *Schäfer*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung, 1972, S. 199 ff.; unentschieden dazu *Zacher*, DÖV 1972, S. 461, 469 f.

997 Zum Unterschied zwischen einer abstrakten Berechnung von den auf Ausgleich gerichteten Ansätzen des Privatrechts *Schulin*, in: FS für Krasney, 1997, S. 463, 479.

998 Der BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER trägt diesen Grundsätzen in den vorgeschlagenen §§ 59 und 64 ff. Rechnung.

gungsbedingte Mehraufwendungen ausreichend berücksichtigenden⁹⁹⁹ und auch am Ziel der Armutsvermeidung ausgerichteten Grundrente kein Platz mehr.¹⁰⁰⁰

Die Möglichkeiten der Kapitalabfindung¹⁰⁰¹ einer Rente sind im geltenden Recht nur zur Bildung von Grundbesitz und Wohnungseigentum vorgesehen und u.a. daran gebunden, dass sie „für eine nützliche Verwendung des Geldes Gewähr besteht“.¹⁰⁰² Das ist wohl dem Bemühen darum zu verdanken, einen späteren Bezug von Sozialhilfeleistungen zu vermeiden, ist aber nicht nur viel zu paternalistisch, sondern trägt schon dem Entschädigungszweck nicht Rechnung.¹⁰⁰³

c) Sachleistungen

Gesundheitsschäden machen Heilbehandlungen und andere Dienst- und Sachleistungen notwendig. Hinsichtlich der genauen Leistungsbestimmung enthält das geltende Recht eine eigentümliche Mischkonstruktion: Es ist ein eigener Leistungskatalog vorgesehen,¹⁰⁰⁴ allerdings wird die Leistungserbringung weitgehend und mit Ausnahme einiger besonderer Leistungen über die Gesetzliche Krankenversicherung abgewickelt.¹⁰⁰⁵ Das ist eine unnötig komplizierte Rege-

999 Dazu jetzt noch § 25c Abs. 3 BVG.

1000 Zu Recht krit. zu den bestehenden Regelungen Hase, in: SRH, 5. Aufl. 2012, § 26 Rn. 10 und 101. Schon früher die Abschaffung fordernd Voß, ZfS 2003, S. 161. 163, 165 f.

1001 Zur Verfassungsmäßigkeit der Pauschalierung von Kapitalentschädigungen nach dem BVG BVerfG v. 27.6.1961, 1 BvL 26/58.

1002 §§ 72 und 73 BVG. Zu der Möglichkeit einer Rentenkapitalisierung Gesetz zur Sicherstellung der Grundrentenabfindung in der Kriegsopferversorgung v. 27.4.1970 (BGBl. I, S. 413 m.Änd.).

1003 Weil die Grundrente, wie vorstehend aa) hervorgehoben, keine Unterhaltersatzfunktion besitzt. Der BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER sieht deshalb auch eine weitgehende Wahlfreiheit der Leistungsberechtigten vor, wobei die Abfindungen aber der Höhe nach beschränkt bleiben und einen Zeitraum von jeweils fünf Jahren abdecken sollen, § 60 des Entwurfs.

1004 §§ 11 ff. BVG.

1005 Geregelt ist das in § 18c Abs. 1 BVG: Danach sind die Versorgungsbehörden sachlich umfassend zuständig (S. 1) und „erbringen“ auch eine Reihe von Leistungen (S. 2), die anderen Leistungen hingegen „erbringen“ die Krankenkassen (S. 3). Der Begriff der Leistungserbringung ist in diesem Fall nur beschränkt richtig, da natürlich auch für die Krankenkassen Leistungserbringer tätig werden; richtiger wäre es, von einer „Leistungs-gewährung“ zu sprechen. Aufgelöst wird diese Form der Verwaltungskooperation dadurch, dass die Leistungserbringer nicht anders behandelt werden als bei einer Leistungserbringung nach dem Recht der GKV (§ 18c Abs. 4 BVG) und die Versorgungsbehörden den Krankenkassen die für die Leistungserbringung anfallenden Kosten pauschal erstatten werden (§§ 19 und 20 BVG).

lung. Unnötig ist sie jedenfalls, sofern keine Gründe dafür vorliegen, gesonderte Leistungsansprüche im sozialen Entschädigungsrecht vorzusehen. Es ist zwar nachvollziehbar, Geschädigte nicht wie im privatrechtlichen Haftungsrecht auf die Selbstbeschaffung von Behandlungsmaßnahmen zu verweisen und dafür lediglich eine Kostenerstattung vorzusehen, obwohl diese Form der Durchführung für PKV-Versicherte in Deutschland der Regelfall ist. Jedoch bleibt dann immer noch eine Leistungsgewährung nach den Vorschriften des SGB V mit einer Kostenerstattung durch die Versorgungsbehörden. Ganz ähnlich wird in anderen Ländern die Gewährung von medizinischen Behandlungsleistungen den Trägern der öffentlichen Gesundheitsversorgung überlassen.¹⁰⁰⁶

Für Ausnahmen sprechen nur zwei Gründe. Sie können erforderlich sein, weil anderenfalls der Ausfall notwendiger Leistungen droht; und sie können angebracht sein, weil wegen des besonderen Leistungsgrundes auch besondere Leistungen gewährt werden sollen.¹⁰⁰⁷ Tatsächlich dürfte der erste Grund historisch für die Versorgung von Kriegsversehrten eine Rolle gespielt haben. Angesichts des heute umfassenden und immer weiter ausgebauten Leistungsspektrums der GKV hat er sich aber erledigt. Im Vordergrund stehen nun Überlegungen, wie Geschädigte ausreichend versorgt werden sollen. Das bezieht sich insbesondere auf die Entschädigung von Gewaltopfern, für die auf die Notwendigkeit hingewiesen wird, eine flächendeckende Behandlung in Traumaambulanzen zu ermöglichen und schnelle Hilfen zu gewährleisten.¹⁰⁰⁸ Diese Forderungen werden im vorliegenden Arbeitsentwurf zur Reform des sozialen Entschädigungsrechts aufgegriffen: Er verweist immerhin für die Gewährung von Hilfsmitteln nun auf das Recht der GUV¹⁰⁰⁹, hält aber an speziellen ergänzenden Leistungen fest¹⁰¹⁰ und

1006 Vgl. *Becker/Körtek*, ZIAS 2010/2011, S. 169, 190 f.

1007 Ein Beispiel dafür stellt etwa § 62 IfSG über notwendige „heilpädagogische Behandlung, heilgymnastische und bewegungstherapeutische Übungen“ dar; zu dem Element der Zuzüglichkeit gegenüber allgemeinen versorgungsrechtlichen Ansprüchen (vgl. § 60 Abs. 1 S. 1 IfSG i.V.m. § 11 BVG) und mit einem Hinweis auf die dementsprechend eingeschränkte praktische Bedeutung *Meßling*, in: *Knickrehm*, *Gesamtes Soziales Entschädigungsrecht*, 2012, § 62 IfSG Rn. 3 f.

1008 Vgl. dazu die Resolution des Mainzer Opferforums 2011 des Weißen Rings (abrufbar unter: <http://weisser-ring.de/experten/resolutionen>) sowie die sozialrechtspolitischen Forderungen des Weißen Rings (abrufbar unter: http://weisser-ring.de/sites/default/files/domains/weisser_ring_dev/downloads/sozford.pdf). Dazu kommen – naturgemäß – weitere Forderungen mit Blick auf bestimmte Gruppen von Geschädigten, vgl. etwa *Leiska-Stephan*, NDV 2017, S. 145 ff.

1009 § 40 Abs. 2 S. 1 des BMAS Arbeitsentwurf G Reg S R.

1010 Besondere psychotherapeutische Leistungen, aber auch besondere zahnärztliche und auf einen Zahnersatz bezogene Leistungen, besondere Arzneimittel und besondere stationäre Leistungen, § 39 Abs. 1 des BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER.

enthält eigene Regelungen über Leistungen bei Schnellen Hilfen, insbesondere in einer Traumaambulanz¹⁰¹¹.

In der Sache sind die Vorschläge zu weitgehend, sofern sie etwa Leistungen für nicht anerkannte Behandlungsmethoden vorsehen.¹⁰¹² Schnelle, niedrigschwellige und besondere Hilfen für Traumaopfer sind aber zweifellos sinnvoll.¹⁰¹³ Sie sind medizinisch notwendig und sollten deshalb flächendeckend zur Verfügung stehen. Allerdings besteht kein Grund, die entsprechende Versorgung auf das soziale Entschädigungsrecht zu beschränken. Das wäre nur dann sachgerecht, wenn lediglich bei den vom Entschädigungsrecht abgedeckten Ursachen ein entsprechender Behandlungsbedarf ausgelöst werden könnte. Posttraumatische Belastungen können aber auch dann zu behandlungsbedürftigen Störungen führen, wenn sie auf anderen Ursachen beruhen.¹⁰¹⁴ Bezeichnend ist, dass Gewaltopfern die schnellen Hilfen schon zur Verfügung gestellt werden sollen, wenn die Anspruchsvoraussetzungen noch nicht feststehen, aber auf der Grundlage der Angaben des Opfers als plausibel erscheinen.¹⁰¹⁵ Das Verfahren dient zwar in erster Linie einer schnellen Intervention, unterstreicht jedoch zugleich dass es auf die Verursachung durch einen Entschädigungstatbestand gar nicht entscheidend ankommt. Wenn es also in Deutschland ein Versorgungsdefizit für die angemessene Behandlung dieser Störungen geben sollte, dann wäre dieses Defizit durch Änderungen im SGB V und im SGB VII zu beseitigen. Medizinisch notwendige Leistungen müssen allen Personen gewährt werden, die diese Leistungen benötigen. In diesem Punkt ist keine Rechtfertigung dafür erkennbar, dass über das Kausalitätsprinzip einzelne Personengruppen bessergestellt werden dürften als die Gesamtheit der Bevölkerung, deren Schutz gegen soziale Risiken über die Sozialversicherungen sichergestellt wird.¹⁰¹⁶

1011 §§ 26 ff. und 30 ff. des Entwurfs. Zu dem auch kritisch aufgenommenen Vorschlag eines Fallmanagements *Nielsson*, SGB 2017, S. 378, 382 f.

1012 Auch insofern müssten die allgemeinen Regekn der GKV gelten; vgl. etwa zur nicht zugelassenen Traumatherapie unter Einsatz von Assistenzhunden LSG Rheinland-Pfalz v. 16.11.2016, L 4 VG 15/15, Rn. 55.

1013 Insofern kann auf die überzeugende Begründung des BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER verwiesen werden, S. 114 f.

1014 Vgl. dazu *Tegenthoff*, in: Sozialstaat und Europa – Gegensatz oder Zukunft?, 2016, S. 245 ff.

1015 Gesprochen wird von einem „erleichterten Verfahren“ (§ 87 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER), in dem die Voraussetzungen „summarisch“ geprüft werden (Abs. 1 S. 1); Feststellungen über die tatsächliche Antragsberechtigung sind mit einer entsprechenden positiven Entscheidung nicht verbunden (Abs. 2), zudem ist die Entscheidung widerrufbar (Abs. 3).

1016 Zu dieser „gewissen Paradoxie“ sehr allgemein *Zacher*, DÖV 1972, S. 461, 463.

In der Sache gilt nichts anderes für weitere Sachleistungen. Völlig zutreffend ist darauf hingewiesen worden, dass Rehabilitation im Rahmen des sozialen Entschädigungsrechts eine wichtige Rolle spielen muss:¹⁰¹⁷ Sie kann gemäß dem Grundsatz „Reha vor Rente“ helfen, Dauerleistungen zu vermeiden. Vor allem aber kann sie dazu beitragen, eine Teilhabe an der Gesellschaft und dem Erwerbsleben aufrechtzuerhalten bzw. zu ermöglichen. Insofern ist es vor allem wichtig, auch auf diese Teilhabe gezielt gerichtete Rehabilitationsmaßnahmen zu gewähren. Das bedeutet aber nicht die Notwendigkeit einer Sonderbehandlung. Zwar bestehen schon zweigbezogene Differenzierungen von Rehabilitationsleistungen in der deutschen Sozialversicherung, und eine Reform des sozialen Entschädigungsrechts wird kein ausreichender Anlass sein, um die bis heute gescheiterte Zusammenführung dieser Leistungen Wirklichkeit werden zu lassen.¹⁰¹⁸ Die Unterschiede lassen sich aber im Ansatz durch die verschiedenen Funktionen der einzelnen Sozialleistungssysteme erklären. Für die Zwecke des sozialen Entschädigungsrechts sind die ursprünglich im Recht der GUV vorgesehenen Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben¹⁰¹⁹ ausreichend und angemessen. Deshalb sollte auf die entsprechenden, mittlerweile im SGB IX enthaltenen Vorschriften¹⁰²⁰ ebenso verwiesen werden wie auf die allgemein für Menschen mit Behinderungen vorgesehenen Vorschriften Leistungen zur Teilhabe am Leben in der Gesellschaft¹⁰²¹.

Analog zu verfahren ist mit Leistungen bei Pflegebedürftigkeit. Neben dem SGB XI, das in dieser Hinsicht Anspruchsvoraussetzungen und -inhalte regelt, bedarf es keiner eigenständigen Vorschriften.¹⁰²²

1017 Köbl, in: Ehlers/Fehling/Pünder, BesVerwR, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 84 Rn. 106, 181.

1018 Schon sehr früh existierten Modelle für eine bessere Abstimmung zwischen „Teilgebieten der langfristigen Krankenhilfe“, etwa die völlige Vereinheitlichung durch einen neuen Träger oder die Zusammenlegung einzelner Aufgabenbereiche, so W. Bogs u.a., Soziale Sicherung, Sozialenquete 1966, S. 297 ff. Mit dem SGB IX wurde die Aufgliederung der Rehabilitationsleistungen beibehalten, wie sich insbesondere auch aus § 6 SGB IX über die Rehabilitationsträger ergibt. Daran hat sich durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG) v. 23.12.2016 (BGBl. I, S. 3234) nichts geändert.

1019 Vgl. § 35 SGB VII.

1020 §§ 33 ff. SGB IX.

1021 § 55 SGB IX. Vgl. aber auch die in §§ 52 ff. vorgesehenen Sondervorschriften des BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER.

1022 Vgl. die Sonderregelung über die sog. Pflegezulage in § 35 BVG. A.A. als hier und nur für eine Harmonisierung der Voraussetzungen Voß, ZfS 2003, S. 161, 164. Im BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER sind in § 57 auch hinsichtlich der Pflegeleistungen ergänzende Leistungen geplant. Krit. zu der möglichen Ausweitung durch § 56 Abs. 2 des Entwurfs, wonach ein Anspruch auf Leistungen bei Pflegebedürftigkeit auch bestehen soll, „wenn schädigungs-unabhängige Gesundheitsstörungen im Zusammenwirken mit Schädigungsfolgen Pflegebedürftigkeit verursachen und die Auswirkungen der Schädigungs-

d) Verhältnis zu anderen Ansprüchen

Leistungen der sozialen Entschädigung sind gegenüber andern, auf demselben Schadensereignis beruhenden haftungsrechtlichen Ansprüchen subsidiär.¹⁰²³ Dieser Grundsatz findet sich schon im *Codex Hammurabi*, der wohl ersten schriftlich niedergelegten Regelung über eine Opferentschädigung, nach der ein Gemeinwesen dem beraubten Bürger das gestohlene Gut ersetzen sollte.¹⁰²⁴ Um Geschädigten wirksam helfen zu können, sehen allerdings viele Rechtsordnungen vor, dass Leistungen unabhängig von der Erreichbarkeit und der Zahlungsfähigkeit des Schädigers gewährt werden und der vorrangigen Verantwortung Dritter dadurch Rechnung getragen wird, dass andere Schadensausgleichsansprüche entweder übergehen oder entsprechende Zahlungen angerechnet werden.¹⁰²⁵ Dem entsprechen die deutschen Entschädigungsgesetze:¹⁰²⁶ Der Entschädigungsanspruch hängt in seiner Entstehung nicht vom Fehlen anderer Ansprüche ab,¹⁰²⁷ diese gehen aber auf den Versorgungsträger über. In dem Gesamtzusammenhang bleiben allerdings zwei Punkte fraglich: erstens, wie das Verhältnis zu anderen Sozialleistungsansprüchen geregelt werden soll; und zweitens, ob auch vertragliche Ansprüche und insbesondere solche aus privaten Versicherungen auf die Entschädigungsansprüche anrechenbar sein bzw. auf die Entschädigungsbehörden übergehen sollen.

aa) Der erste Punkt betrifft die Funktion der Entschädigungsleistungen. Da die Grundrente nicht den Erwerbsausfall ersetzen soll,¹⁰²⁸ ist es richtig, sie im Rahmen des Sozialhilferechts weder bei der Einkommensberechnung noch bei der Vermögensberechnung¹⁰²⁹ zu berücksichtigen.¹⁰³⁰ Anders als eine Ausgleichs-

folgen für die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit den anderen Gesundheitsstörungen annähernd gleichwertig sind“, *Nielsson*, SGB 2017, S. 378, 384.

1023 Für eine Abstufung nach „den Fällen der Pflicht- und Billigkeitshaftung“ *Müller-Volbehr*, ZRP 1982, S. 270, 276.

1024 Wenn der Räuber nicht gefast werden konnte, *Codex Hammurabi*, Übersetzung von *Eilers*, 2009 [nach der 5. Aufl. 1932], § 23. Allerdings war zugleich der Raub mit der Todesstrafe bedroht, § 22.

1025 Vgl. zu den jeweiligen Konstruktionen *Becker/Körtek*, ZIAS 2010/2011, S. 169, 195 f.

1026 Vgl. § 5 OEG, wonach „gegen Dritte bestehende gesetzliche Schadensersatzansprüche auf das zur Gewährung der Leistungen nach diesem Gesetz verpflichtete Land“ übergehen. Zur entsprechenden Regelung im BSeuchG und deren Zweck *Küper*, NJW 1961, S. 2011, 2048.

1027 Vgl. BSG v. 17.11.1981, 9 RVg 2/81 (E 52, 281), Rn. 38 f.

1028 Oben, IV.4.b)aa).

1029 Dazu BVerwG v. 27.5.2010, 5 C 7/09 (E 137, 85), Rn. 22: „Der gesetzgeberische Grund für die Nichtberücksichtigung der Grundrente als Einkommen (§ 25d Abs. 1 Satz 2 BVG)

rente, die an die Stelle des Erwerbs tritt und deshalb nicht anrechnungsfrei sein sollte, bleibt sie also außen vor, wenn geprüft wird, ob Bezieher von Grundrenten, die Hilfeleistungen benötigen, bedürftig sind. Grund dafür ist, dass der mit der Grundrente gezahlte Teil der Dauerleistungen den Schaden ersetzen und insoweit nicht, wie in einigen anderen Ländern vorgesehen¹⁰³¹, von der Bedürftigkeit abhängen soll. Das privilegiert zugleich Bezieher von Entschädigungsleistungen gegenüber denen von Renten der GUV, entspricht aber der unterschiedlichen Anlage und Funktion der Ausgleichsansprüche.¹⁰³² Der funktionalen

und ihre Funktion bewirken einen Anrechnungsschutz auch im Rahmen des Vermögensschatzes.“

- 1030 Vgl. zur Anrechnung funktional äquivalenter Leistungen und zur Nichtanrechnung des Schmerzensgeldes bei Hilfeleistungen § 83 Abs. 1 und 2 SGB XII sowie § 11a Abs. 3 S. 1 und Abs. 2 SGB II. Dazu, dass der zweitgenannten Regelung ein allgemeiner Grundsatz entspricht, BVerfG v. 11.7.2006, 1 BvR 293/05 (E 116, 229), Rn. 43 (Verfassungswidrigkeit der Anrechnung des Schmerzensgeldes auf Leistungen nach dem AsylbLG). Nach Ansicht des BayLSG (v. 19. April 2011, L 15 VG 29/09, Rn. 72) soll aber die Anrechnung einer Grundrente nach dem OEG auf Leistungen nach dem AsylbLG deshalb zulässig sein, weil die Grundrente auch (immer noch) eine materielle Komponente besitzt. Im Übrigen schließt § 11a Abs. 1 Nr. 2 SGB II bei der Grundsicherung für Arbeitsuchende schon ausdrücklich die Berücksichtigung der Grundrente als Einkommen aus. Dazu, dass sich der Zweck der Entschädigungsleistungen nach § 198 Abs. 2 GVG „deutlich von dem Zweck der Leistungen zum Lebensunterhalt nach dem SGB II“ unterscheidet, LSG Niedersachsen-Bremen v. 10.8.2017, L 10 SF 10/17 EK U, Rn. 40.
- 1031 Vgl. Art. 124 der Bundesverfassung der Schweiz, wonach „die durch eine Straftat in ihrer körperlichen, psychischen oder sexuellen Unversehrtheit“ Beeinträchtigten „Hilfe erhalten und angemessen entschädigt werden, wenn sie durch die Straftat in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten.“ Allgemein *Becker/Körtek*, ZIAS 2010/2011, S. 169, 196.
- 1032 Und müsste deshalb, sofern beabsichtigt, durch Änderungen in der GUV vermieden werden; zur Reformdebatte dort IV.4.b)aa). Das BVerfG hält die unterschiedliche Behandlung nicht für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz, so zum Verhältnis zwischen einer Verletztenrente und Leistungen nach dem SGB II BVerfG v. 16.3.2011, 1 BvR 591/08, 1 BvR 593/08, LS 2c: „Auch zwischen den Beziehern einer Grundrente des sozialen Entschädigungsrechts, die nicht als Einkommen berücksichtigt wird, und den Beziehern einer Verletztenrente aus der gesetzlichen Unfallversicherung bestehen hinreichend gewichtige Unterschiede, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Anders als die Verletztenrente ist die Grundrente nicht zur Sicherung des allgemeinen Lebensunterhalts bestimmt, sondern stellt eine Entschädigung für die Beeinträchtigung der körperlichen Integrität dar und soll zugleich die Mehraufwendungen ausgleichen, die der Geschädigte gegenüber einem gesunden Menschen hat (vgl. BVerfG, 14.03.2000, 1 BvR 284/96, BVerfGE 102, 41 <59 ff>). Dass der Gesetzgeber demgegenüber die Verletztenrente als Leistung der Sozialversicherung generell als abstrakten Erwerbsschadensausgleich konzipiert hat, steht in seinem Gestaltungs Ermessen und verstößt nicht gegen das Grundrecht auf Gleichbehandlung (Rn.44).“ LS 2d: „Die Ungleichbehandlung der den Beschwerdeführern gewährten Verletztenrente gegenüber den Beziehern von Renten und Beihilfen, die nach dem Bundesentschädigungsgesetz für Schäden an Leben sowie an Körper oder Gesundheit er-

Zweiteilung folgend lässt sich auch das Verhältnis zwischen Rentenleistungen aus der GUV¹⁰³³ bzw. der GRV und aus der sozialen Entschädigung regeln.¹⁰³⁴

bb) Anders als beim Verhältnis zwischen verschiedenen Sozialleistungsansprüchen geht es bei der Frage nach einer Anrechnung von Versicherungsleistungen auf Leistungen des sozialen Entschädigungsrechts um das Verhältnis zwischen Ansprüchen, die jeweils auf demselben Schadensereignis beruhen. Hier verbinden sich normative mit ökonomischen Überlegungen.¹⁰³⁵ Denn zum einen lässt sich gegen die Subsidiarität der Entschädigungsleistungen einwenden, sie setze Anreize, auf eine eigene Vorsorge zu verzichten.¹⁰³⁶ Zum anderen könnte sie auf den zweiten Blick als ungerechtfertigte Gleichbehandlung erscheinen, weil im Ergebnis Personen von staatlichen Leistungen nur deshalb ausgeschlossen werden, weil sie auf eigene Kosten vorgesorgt haben.¹⁰³⁷ Dieses Argument betrifft auch ad-hoc eingerichtete Fonds zur Bewältigung von Härte- und Katastrophenfällen – weil nämlich nach deren Zurverfügungstellung ein Anspruch auf Zuteilung im konkreten Fall aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitet werden kann. Der wesentliche Unterschied zu gesetzlich geregelten Entschädigungstatbeständen liegt in der Vorhersehbarkeit des Entschädigungsanspruchs: Da die Errichtung von Ad-hoc-Fonds im politischen Ermessen liegt, ist es unsicher, ob Geschädigte staatliche Ausgleichsleistungen erhalten können, was wiederum bei sorgfältigem Handeln die Entscheidung, Vorsorge zu betreiben oder darauf zu verzichten, leiten könnte. Ob das tatsächlich der Fall ist, erscheint – wie am Beispiel der Naturschäden angedeutet¹⁰³⁸ – fraglich, verdient aber zumindest grundsätzlich sowohl

bracht werden, rechtfertigt sich aus der besonderen Schutzbedürftigkeit dieser Berechtigten(Rn.47).“

1033 Wobei das gleiche Ursachen voraussetzt; zum Ruhen der Versorgungsleistung in diesem Fall § 65 Abs. 1 BVG, und zu Recht zur Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung BSG v. 12.6.2003, B 9 VG 4/02 R (E 91, 124), Rn. 17 f.; LSG Bad.-Württ. v. 10.7.2012, L 6 VG 3708/10, Rn. 47, und v. 21.4.2016, L 6 VE 294/14, Rn. 49.

1034 So schon *Rüfner*, Gutachten E zum 49. DJT 1972, S. E 55 f.; vgl. auch § 1 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AusgIV. Zudem müssten durch Verbeitragung der Ausgleichsrente ggf. Rentenanwartschaften begründet werden. Dahinter stehen unterschiedliche Funktionen von Entschädigungsleistungen einerseits und Sozialversicherungsleistungen andererseits, die im Übrigen auch das Verhältnis zwischen Staatshaftung und Sozialversicherung prägen; vgl. zur Nichtanwendbarkeit des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB bei Ansprüchen aus GUV und GRV BGH v. 17.3.1983, III ZR 170/81, Rn. 12.

1035 Vgl. dazu allgemein oben, III.3.a).

1036 In diesem Sinne § 25 Abs. 3 BMAS Arbeitsentwurf G Reg SER mit Begr. auf S. 112.

1037 Zusammenfassend zu diesem Argument *Armbrüster/Schreier*, VersR 2017, S. 1173, 1180, allerdings mit Ungenauigkeiten bei der Bewertung von Härtefallfonds.

1038 Vgl. oben. III.3.c)dd).

bei der Wahl der angemessenen Reaktionsformen auf Schadensereignisse wie bei deren Ausgestaltung Beachtung.

Bei näherem Hinsehen passen die beiden Einwände gegen eine Anrechnung von Versicherungsansprüchen auf das soziale Entschädigungsrecht nicht. Um das zu erkennen, ist ein Blick auf die Rechtsprechung des BGH hilfreich, nach der Leistungen einer Kaskoversicherung eine Amtshaftung nicht ausschließen. Als Begründung dafür nimmt der BGH an, es sei nicht Zweck der Versicherung, „dem Staat das Haftungsrisiko abzunehmen“. ¹⁰³⁹ Das ist zumindest verkürzt, erscheint aber im Ergebnis wegen der dahinter stehenden Kombination von normativen und verhaltensbezogenen Argumenten überzeugend: Wer rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, soll haften; von diesem Grundsatz befreit nicht schon der zufällige Umstand, dass der Schaden durch das vorsorgende Verhalten des Geschädigten anderweitig ausgeglichen werden kann, denn für diesen Umstand hat der Geschädigte Kosten aufgebracht; das Vorsorgeverhalten Dritter soll zudem nicht die von der Rechtsordnung aufgestellten Verhaltensanforderungen herabsetzen können. Soziale Entschädigungsleistungen folgen hingegen nicht demselben Haftungsgrund, sie gleichen nicht die Folgen eines konkreten, ursächlich gewordenen Fehlverhaltens aus, sondern aus sozialen Gründen die Lasten, die Betroffene nicht alleine tragen sollen. Sie sind steuerfinanziert und sozialstaatlich motiviert. Dementsprechend stellt es weder einen Verstoß gegen die geltende Haftungsordnung noch bei entsprechender und konsequenter positivrechtlicher Ausgestaltung gegen das formale Gleichbehandlungsgebot dar, wenn Leistungen aus privaten Versicherungen auf Entschädigungsleistungen grundsätzlich angerechnet werden. ¹⁰⁴⁰ Zumindest rechtlich ist der das soziale Entschädigungsrecht regelnde Gesetzgeber nicht gezwungen, Versicherungsansprüche unberührt zu lassen.

¹⁰³⁹ BGH v. 28.10.1982, III ZR 89/81 (BGHZ 85, 230), Rn. 12. Bemerkenswert ist, dass die Auslegung des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB als Ergebnis einer Abwägung angesehen wird, und zwar zwischen „dem dem gesetzlichen Anliegen“ der Vorschrift und dem jeweiligen Zweck des konkurrierenden Anspruchs, so BGH, a.a.O., Rn. 11; ebenso im Begründungsansatz bei der Prüfung sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche BGH v. 17.3.1983, III ZR 170/81, Rn. 12. Zudem spielen ganz offen rechtspolitische Erwägungen eine Rolle, vgl. etwa den Hinweis des BGH darauf, dass „in der neueren Rechtsprechung des Senats mit Blick auf die rechtspolitische und rechtsdogmatische Kritikwürdigkeit dieser Bestimmung ihr Anwendungsbereich in bestimmten, hier nicht vorliegenden Haftungsbereichen eingeschränkt worden ist (vgl. nur Senat, BGHZ 118, 368)“, Beschl. v. 19.12.1995, III ZR 190/94, Rn. 10.

¹⁰⁴⁰ Zur Anrechnung von Leistungen aus einer privaten Versicherung, deren wiederkehrende Zahlungen als Einnahmen aus Vermögen anzusehen sind, auf die den Erwerbsausfall ausgleichenden Versorgungsleistungen BSG v. 4.10.1984, 9a RV 16/83, Rn. 14.

Allerdings bleibt er, was ebenfalls aus einer Rückbesinnung auf die Grundlagen dieses Rechts folgt, gehalten, Anreize für unerwünschtes Verhalten zu vermeiden. So sollte berücksichtigt werden, wenn durch das zu entschädigende Ereignis die Vorsorgekosten unmittelbar steigen, etwa wegen des Verlusts von Schadensfreiheitsrabatten. Praktisch kann das nur die Deckung von Sachschäden betreffen, für die im Entschädigungsrecht ohnehin eine Deckelung vorzusehen wäre, was den Korrekturbedarf stark vermindert. Auch im Übrigen ist die Gefahr, durch die Anrechnung privater Versicherungsleistungen Fehlanreize zu setzen, sehr begrenzt. Betroffen sein können davon im Wesentlichen Leistungen aus der privaten Unfallversicherung,¹⁰⁴¹ die – auch wenn es in ihrer Bezeichnung nicht ausdrücklich klar wird – das Invaliditätsrisiko der Versicherungsnehmer abdecken, eine Zielsetzung, der nach der Reform der Erwerbsminderungsrenten in der GRV mittlerweile auch eine sozialpolitische Bedeutung zukommt. Ganz unabhängig davon, ob diese Funktion überhaupt durch die vorhandenen Versicherungsangebote erfüllt werden kann oder nicht, dürfte in diesem Zusammenhang das soziale Entschädigungsrecht kaum verhaltenssteuernd wirken: Denn die sehr unwahrscheinliche Möglichkeit, unter engen Voraussetzungen eine Entschädigungsleistung erhalten zu können, wird diejenigen, die überhaupt rational über die Sinnhaftigkeit von Versicherungen nachdenken, nicht zu einem Verzicht auf eine Vorsorge bewegen, die sehr viel wahrscheinlichere Schadensfälle abdecken soll.

¹⁰⁴¹ Die jetzt auf einkommensabhängige Versorgungsansprüche nach Maßgabe der AusglV und BSchAV anrechenbar sein können; zur Berücksichtigung als Vermögen, selbst wenn der Ehegatte Versicherungsnehmer ist, SG Dresden v. 9.3.2017, S 39 VE 25/14, Rn. 32.

