

157 Vererft de vordering tot smartengeld van het slachtoffer van verkrachting en moord?

Prof. mr. A.J. Verheij *

1. Inleiding

Deze vraag moet op het eerste gezicht ontkennend worden beantwoord. Art. 6:106 lid 2 BW bepaalt immers in de tweede zin dat voor overgang onder algemene titel “voldoende [is] dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.” Hoewel het woord ‘voldoende’ wellicht anders suggereert, gaat het hier om een hard vereiste: zonder mededeling geen vererving. De mededeling is overigens niet aan enige vorm gebonden en kan dus ook mondeling geschieden.¹⁾

Dit is duidelijk, maar is het ook redelijk? Het feit dat een vrouw die verkracht en daarna vermoord wordt, geen mededeling kan doen aan haar moordenaar, is immers te wijten aan ... de moordenaar. Anders gezegd: door het plegen van een eerste onrechtmatige daad (de verkrachting), krijgt het slachtoffer recht op smartengeld, maar door een tweede onrechtmatige daad (de moord) voorkomt de aansprakelijke dat de vordering van het slachtoffer jegens hem onder algemene titel over gaat.²⁾ *De facto* voorkomt de moordenaar zo dat hij civielrechtelijk wordt aangesproken. Het wekt bevreemding dat de pleger van een zo ernstig misdrijf dit in zijn macht zou hebben.³⁾

Hiertegen valt in te brengen dat de wetgever de glasheldere keuze heeft gemaakt dat mededeling door de benadeelde een voorwaarde is voor vererving van de vordering tot smartengeld. Bovendien vervallen met de introductie van een recht op vergoeding van affectieschade per 1 januari 2019 weliswaar eisen die art. 6:106 lid 2 BW nu nog aan overgang onder bijzondere titel stelt, maar het mededelingsvereiste voor overgang onder bijzondere titel is expliciet gehandhaafd.⁴⁾ Hiertegen pleit echter dat bij de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in de memorie van antwoord als argument tegen de vrije vererving van de smartengeldvordering wordt genoemd dat dit slecht zou passen bij de keuze om geen recht te creëren op vergoeding van affectieschade:

“Te bedenken valt immers dat ieder die tengevolge van een gebeurtenis als hier bedoeld overlijdt, steeds een zeer belangrijk niet in vermogensschade bestaand nadeel lijdt op grond van het enkele feit van dit overlijden, zelfs wanneer men nog niet eens spreekt van de pijn, het verdriet etc., die voor het slachtoffer aan dit overlijden vooraf zijn gegaan. Wanneer men de nabestaanden een vordering ter zake van hun eigen ideële schade onthoudt, dan dienen de erfgenamen niet een wellicht nog veel hoger te stellen vordering ter zake van de ideële schade van de overledene zelf te verkrijgen.”⁵⁾

De redenering is dus dat nu de kleinere schadepost (affectieschade) niet wordt vergoed, vergoeding van de grotere schadepost (het feit van overlijden en het daarmee gepaard gaan leed van het slachtoffer⁶⁾) evenmin mogelijk dient te zijn. Dit bezwaar is van tafel met de introductie van een recht op vergoeding van affectieschade per 1 januari 2019, maar in de parlementaire geschiedenis voor deze wijziging wordt het nergens genoemd. In reactie op een vraag van de Raad van State waarom het mededelingsvereiste wordt gehandhaafd, worden slechts oude argumenten, met name het hoogstpersoonlijk karakter genoemd.⁷⁾ De genoemde casus wordt niet in de overwegingen betrokken.

Tegen deze achtergrond is het opportuun om te onderzoeken of in een dergelijk geval toch niet van het mededelingsvereiste moet worden afgeweken, te meer omdat dit vereiste terug gaat op de Toelichting Meijers en zich sindsdien verschillende verschuivingen in de rechtspraak hebben voorgedaan. Deze maken dat in alle gevallen onverkort vasthouden aan het mededelingsvereiste rechtssystematisch niet meer goed verdedigbaar is. De stelling van deze bijdrage is dat het daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:2 lid 2 BW) indien bij verkrachting gevolgd door moord, de dader zich erop zou kunnen beroepen dat het mededelingsvereiste niet is vervuld.

* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht, Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht.

1. Art. 3:37 lid 1 BW.
2. Ook het strafrecht onderscheidt verschillende strafbare feiten (art. 242 Sr (verkrachting), art. 287 Sr (dood) en art. 289 Sr (moord)) en het civiele recht dient dat eveneens te doen. Voor het gemak zal in dit artikel steeds van moord worden gesproken en niet ook van doodslag. Hetgeen wordt opgemerkt over moord is ook van toepassing op doodslag.
3. Vgl. in een andere context, namelijk die van voorwaardelijke verbintenissen, art. 6:23 BW dat bepaalt dat jegens een partij die bij de niet-ervulling van een voorwaarde belang had en deze heeft belet, de voorwaarde als vervuld geldt indien de redelijkheid en billijkheid dit verlangen.
4. Stb. 2018, 132. Art. 6:106 lid 2 BW komt te vervallen en er wordt een lid 2 aan art. 6:95 BW toegevoegd dat luidt: “Het recht op een vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, is niet vatbaar voor beslag. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medegedeeld op de vergoeding aanspraak te maken.”
5. PG Boek 6, p. 381.
6. Het citaat lijkt onderscheid te maken tussen immateriële schade wegens het overlijden als zodanig en het daarmee gepaard gaande verdriet. Dat de minister serieus het overlijden *an sich* als mogelijk smartengeldwaardig zou hebben beschouwd is evenwel niet aannemelijk. Niet voor niets stelde H. Kötz, *Delictsrecht*, Neuwied 1998, nr. 541 dat “praktisch niemand auf der Welt” het

Voordat genoemde verschuivingen de revue passer (paragraaf 3), wordt eerst besproken wat de ratio van het mededelingsvereiste was (paragraaf 2). Paragraaf 4 analyseert in hoeverre het Duitse recht model kan staan voor vererving van de smartengeldvordering naar Nederlands recht. In Duitsland is het mededelingsvereiste namelijk al in 1990 afgeschaft. In paragraaf 5 worden enige uitwerkingskwesities besproken en ten slotte volgt in paragraaf 6 een conclusie.

2. Ratio mededelingsvereiste

Waarom wordt de vordering tot vergoeding van immateriële schade anders behandeld dan de vordering tot vergoeding van vermogensschade? In de Toelichting Meijers valt te lezen dat er geen “reden [is] waarom uit het door het slachtoffer ondergane leed nog kapitaal geslagen kan worden als de vergoeding niet meer kan dienen om zijn leed te verzachten of hem genoegdoening te verschaffen.”⁸⁾

De gedachte lijkt te zijn dat normale vererving van de vordering tot smartengeld onwenselijk zou zijn omdat de erfgenaam dan wordt verrijkt met de smart van de erflater die zelf niets meer aan het smartengeld heeft. Het is op zich juist dat de vordering tot vergoeding van immateriële schade niet in de plaats treedt van een vermogensbestanddeel van de erflater zodat de erfgenaam een financieel voordeel in de schoot geworpen zou krijgen bij automatische vererving. Echter, na mededeling wordt de erfgenaam alsnog verrijkt zonder dat het slachtoffer persoonlijk iets aan het smartengeld heeft.⁹⁾ Het enige verschil is dat de verrijking in dat geval door de erflater is gewild. Waarom verrijking van de erfgenaam zonder expliciete goedkeuring door de erflater onwenselijk zou zijn, is niet aanstonds duidelijk. Zeker niet indien de positie van de aansprakelijke in de afweging wordt betrokken. Waarom is het rechtvaardig dat die voordeel geniet doordat de smartengeldvordering niet vererft?

Het ‘persoonlijk karakter van de aanspraak’, zo vervolgt de Toelichting Meijers, brengt mee dat zij niet in de huwelijksgemeenschap moet vallen en niet overdraagbaar of voor beslag vatbaar moet zijn. Waarom de smartengeldvordering een ‘persoonlijk karakter’ (later in de parlementaire geschiedenis wordt zelfs van een ‘hoogstpersoonlijk karakter’ gesproken) heeft, wordt niet uitgelegd. De voornaamste aanwijzing daarvoor is immers het speciale regime dat op de vordering van toepassing is, maar dat wordt nu juist gerechtvaardigd door het veronderstelde (hoogst) persoonlijke karakter.

De memorie van antwoord noemt een nieuwe rechtvaardiging voor lid 2 van art. 6:106 BW: “Vooropgesteld moet worden dat de ratio van de vergoeding van ideële schade – een genoegdoening in de relatie tussen aanspra-

kelijke en benadeelde – meebrengt, dat in beginsel slechts de benadeelde de desbetreffende vordering moet kunnen instellen. In zoverre heeft deze vordering een ‘hoogstpersoonlijk’ karakter.”¹⁰⁾

Wat staat hier nu eigenlijk? Dient smartengeld ertoe om het evenwicht in de relatie tussen aansprakelijke en benadeelde, dat door een onrechtmatige daad is verstoord, te herstellen? Als dat de strekking is, is niet duidelijk waarom dit alleen geldt indien immateriële schade is toegebracht en niet indien vermogensschade is geleden. Bovendien wordt gemakshalve over het hoofd gezien dat het in veel gevallen de verzekeraar van de aansprakelijke is die de benadeelde compenseert. Of wordt met ‘genoegdoening in de relatie’ bedoeld dat benadeelde en aansprakelijke weer door één deur kunnen? Maar dat is toch geen doel van het schadevergoedingsrecht? Veelal zijn partijen vóór de onrechtmatige daad onbekenden voor elkaar (denk aan verkeersongevallen) en is relatieherstel niet aan de orde. De aangehaalde passage lijkt een Romeinsrechtelijke echo te zijn. Het aansprakelijkheidsrecht had ‘in den beginne’ inderdaad als doel om vrede te bereiken tussen benadeelde en veroorzaker, en zo wraak (en daarmee wellicht maatschappelijke onrust) te voorkomen.¹¹⁾ Dergelijke noties zijn evenwel vreemd aan ons moderne aansprakelijkheidsrecht.¹²⁾

Weer later legt de regeringscommissaris op andere wijze uit wat de betekenis is van het geponeerde ‘hoogstpersoonlijk’ karakter van het recht op vergoeding van immateriële schade: “het recht [is] niet hoogstpersoonlijk (...) in de zin dat het in het geheel niet voor overgang vatbaar zou zijn, doch wel in die zin dat de gelaedeerde zelf moet laten blijken of hij genoegdoening voor zijn onstoffelijke schade wenst te vorderen.”¹³⁾

Ook verschillende andere passages geven blijk van het belang dat werd gehecht aan de wil van de benadeelde om smartengeld te vorderen. Zo bevatte het Ontwerp Meijers als voorwaarde voor overgang en beslag van de smartengeldvordering, dat deze bij overeenkomst was vastgelegd of dat ter zake een vordering in rechte was ingesteld.¹⁴⁾ Uiteindelijk werd ‘vordering in rechte’ vervangen door het huidige mededelingsvereiste met de overweging dat indien de benadeelde tijdens onderhandelingen over schadevergoeding zou overlijden, het recht op vergoeding van immateriële schade ‘geheel tegen zijn bedoeling in’ verloren zou gaan.¹⁵⁾

Waarom werd zoveel gewicht toegekend aan de vraag of de benadeelde kenbaar had gemaakt smartengeld te willen vorderen? Hoewel een expliciet antwoord ontbreekt, is de verklaring mijns inziens gelegen in de grote terughoudendheid jegens vergoeding van immateriële schade waarvan de parlementaire geschiedenis doordrenkt is. In de beraadslagingen lieten verschillende leden van de Tweede Kamer zich kri-

- enkele feit van overlijden als smartengeldwaardig heeft aangemerkt. Ik houd het er daarom op dat de opmerking vooral ziet op het leed voorafgaand aan het overlijden.
7. *Kamerstukken II*, 2014-2015, 34 257, nr. 4, p. 3-4. Vgl. de nota van wijziging bij het eerste wetsvoorstel affectieschade (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 28 781, nr. 6, p. 16-17) waarin tegen schrapping van het mededelingsvereiste behalve het hoogstpersoonlijk karakter werd ingebracht dat sommige nabestaanden er moeite mee zouden kunnen hebben om ‘profijt te trekken’ uit het leed van de overleden verwant. Dit argument ziet eraan voorbij dat nabestaanden niet verplicht zijn om vergoeding van affectieschade te vorderen, zie (ook met bespreking van andere argumenten tegen vergoeding van affectieschade) A.J. Verheij, ‘Het voorontwerp wetsvoorstel zorg- en affectieschade: doen de gefixeerde bedragen recht aan de behoeften van slachtoffers van affectieschade?’, in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Derdenschade*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2015, p. 15.
 8. PG Boek 6, p. 378.
 9. Zie C.C. van Dam, ‘De vererving van de smartengeldvordering: op het raakvlak van aansprakelijkheidsrecht en erfrecht (art. 6:106 lid 2 BW)’, in: *Liber Amicorum NBW* (De Die-bundel), p. 87-91; S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 327 en A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 541.
 10. PG Boek 6, p. 381.
 11. Zie voor de ontwikkeling van het Romeinse recht R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, South Africa: Deventer/Boston: Juta & Co Ltd/Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, p. 914-915.
 12. De aandacht voor het belang van excuses is ook niet als zodanig te begrijpen. De gedachte is toch vooral dat deze voor het slachtoffer emotioneel van belang zijn. Het compensatieperspectief staat aldus voorop: voor volledige compensatie van het slachtoffer zijn excuses van belang. Zie over excuses verder A.J. Akkermans, J.E. Hulst, K.A.P.C. van Wees, E.M. Uijttenbroek, ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 2008/6772, p. 778-784 en A.J. Akkermans, L. Hulst, ‘De niet-financiële impact van schadetoebrenging en hoe daaraan tegemoet te komen – Over excuses, actieve schadeafwikkeling en procedurele rechtsvaardigheid’, *TVP* 2014/04, p. 102-110.
 13. PG Boek 6, p. 383.
 14. PG Boek 6, p. 377.
 15. PG Boek 6, p. 383. Zie voor andere verwijzingen naar het belang van de wil van de benadeelde PG Boek 6, p. 382 en 389.

tisch uit over de wenselijkheid van vergoeding van immateriële schade¹⁶) en ook minister van Justitie Van Agt was geen warm voorstander.¹⁷) Opmerkelijk is dat vergoeding van immateriële schade verschillende keren werd gerechtvaardigd met het argument dat het *eigenlijk* gaat om vergoeding van moeilijk aantoonbare *vermogensschade*.¹⁸) Dat dit haaks staat op de stelling dat de vordering tot vergoeding van immateriële schade een hoogstpersoonlijk karakter heeft, bleef onopgemerkt. De weezin tegen vergoeding van leed door geld is bijna voelbaar aanwezig in de parlementaire geschiedenis en – hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gezegd – leken sommige Kamerleden vergoeding eigenlijk niet fatsoenlijk te vinden. Waar de meningen zo ver uiteenliepen, werd vergoeding van immateriële schade als een persoonlijke keuze gezien, gedicteerd door de persoonlijke moraal. Tegen die achtergrond was het logisch om doorslaggevend gewicht toe te kennen aan de vraag of het slachtoffer *expliciet* heeft aangegeven aanspraak op smartengeld te willen maken. Er kon immers niet vanuit worden gegaan dat ieder slachtoffer dit zou willen.

3. Rechtspraak Hoge Raad

Sinds de totstandkoming van art. 6:106 BW heeft de Hoge Raad vier arresten gewezen die tezamen genomen maken dat in alle gevallen onverkort vasthouden aan het mededelingsvereiste naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

*Geen profijt voor moordenaars en plegers van doodslag*¹⁹)

In deze uitspraak, ook wel aangeduid als het *Vermoorde bruid*-arrest, stond de vraag centraal of een onbemiddelde man die in gemeenschap van goederen was getrouwd met een bejaarde vrouw en haar vervolgens vermoorde, recht had op de helft van het vermogen behorende tot de ontbonden huwelijksgemeenschap. In drie instanties beantwoordde de rechter deze vraag ontkennend. De rechtbank baseerde zich hierbij op een algemeen rechtsbeginsel dat inhoudt dat wie opzettelijk de dood veroorzaakt van een ander die hem begunstigd heeft, geen voordeel uit die begunstiging mag trekken. Bij schenking en bij testamentaire making heeft dit beginsel uitdrukking gevonden in de wet²⁰), maar hetzelfde gold volgens de rechtbank ook bij begunstiging door een huwelijk zonder huwelijkse voorwaarden. Het hof bekrachtigde de uitspraak van de rechtbank en wees daarbij behalve op genoemd beginsel ook op het beginsel dat men geen voordeel behoort te hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander en op de redelijkheid en billijkheid. Het hof oordeelde dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien art. 1:100 BW betreffende de verdeling van de ontbonden huwelijksgemeenschap in dit geval onverkort wordt toegepast. De Hoge Raad bekrachtigde

deze uitspraak onder (anticiperende) verwijzing naar art. 6:2 lid 2 BW en bevestigde tevens het bestaan van beide rechtsbeginselen.

Abstrahering van het slachtoffer

In een drietal arresten abstraheerde de Hoge Raad van respectievelijk de behoeften van het slachtoffer, de mogelijkheid om zichzelf vreugde te verschaffen met het smartengeld en diens wil om aanspraak te maken op smartengeld.

In *Druifjff/Bouw* besliste de Hoge Raad dat de feitenrechter zich bij bepaling van de hoogte van het smartengeld niet mag laten leiden door de wijze van besteding.²¹) Dat betekent dat hij zich niet hoeft te buigen over de vraag in hoeverre een slachtoffer met het hem concreet toegekende bedrag plezierige en zinvolle activiteiten kan ondernemen. Deze uitspraak is begrijpelijk vanuit het belang van een soepele schadeafwikkeling en het belang van de rechtsgelijkheid, maar de persoonlijke behoeften en daarmee de persoon van de benadeelde verdwijnen daarmee wel enigszins naar de achtergrond.

Met het bekende coma-arrest werd nog meer geabstraheerd van de persoon van het slachtoffer.²²) De Hoge Raad kende smartengeld toe aan een comateus slachtoffer ondanks het feit dat deze daar persoonlijk niets meer aan had. De Raad omschrijft het te compenseren immateriële nadeel als objectief, namelijk het feit dat het slachtoffer gedurende de tijd dat hij in coma verkeerde niet van zijn leven kon genieten.

Toekenning van smartengeld aan comateuze slachtoffers valt waarschijnlijk het best te karakteriseren als 'onrechtcompensatie'²³): er is iets van waarde verloren gegaan en het schadevergoedingsrecht sluit daar de ogen niet voor. Dit staat ver af van het idee dat door smartengeld de benadeelde in staat wordt gesteld nog enige 'vreugde te vinden' door wat hij met het geld kan doen (compensatiefunctie)²⁴) of van het idee van bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde doordat van de aansprakelijke een opoffering wordt verlangd (genoegdoeningsfunctie).²⁵)

Ten slotte oordeelde de Hoge Raad in een derde uitspraak dat de brief van een advocaat waarin een ziekenhuis aansprakelijk was gesteld 'voor de schade die het gevolg is van het letsel dat de patiënt heeft opgelopen', voldeed aan het mededelingsvereiste.²⁶) Het hof had anders geoordeeld en het betoog in cassatie luidde dat het ziekenhuis diende te begrijpen dat aanspraak werd gemaakt op smartengeld omdat (i) het wist dat patiënt Mojot ernstig hersenletsel had en zijn schade dus in belangrijke mate immaterieel was, (ii) dat Mojot recht had op smartengeld en dat het naar thans in de maatschappij heersende opvattingen algemeen gebruikelijk is om bij ernstig letsel smartengeld te vorderen.

De Hoge Raad overwoog dat ter beantwoording van de vraag of sprake is van een mededeling in



Toekenning van smartengeld aan comateuze slachtoffers te beschouwen als 'onrechtcompensatie'



16. PG Boek 6, p. 373 (Tendeloo, PvdA), p. 374 (Gebrandy, ARP) en p. 384-385 (De Gaay Fortman, PPR). Ook de commissie is kritisch, zie PG Boek 6, p. 372 en 382.
17. PG Boek 6, p. 385 en zie daarvoor reeds in de MvA naar aanleiding van vraagpunt 11 van Meijers over de wenselijkheid van vergoeding van immateriële schade, PG Boek 6, p. 372.
18. PG Boek 6, p. 379, 382, 385 en 388.
19. HR 7 december 1990, NJ 1991/593, m.nt. E.A.A. Luijten (vermoorde bruid).
20. Destijds art. 1725 oud BW en art. 959 oud BW, thans art. 7:184 BW en art. 4:3 BW.
21. HR 27 november 2000, NJ 2001/215, m.nt. A.R. Bloembergen.
22. HR 20 september 2002, NJ 2004/112, m.nt. J.B.M. Vranken (Beentjes/Lokhorst). In dit arrest stond het mededelingsvereiste niet aan vererving in de weg omdat de rechtbank ervan uit was gegaan dat de echtgenote van het slachtoffer als zaakwaarnemer aanspraak had gemaakt op smartengeld en hiertegen in cassatie niet was opgekomen. A-G Spier sub 6.8 betwijfelt overigens dat de mededeling door een zaakwaarnemer kan worden verricht indien het slachtoffer niet meer over een juridisch relevante wil beschikt.
23. C.C. van Dam, 'Begroting en verhoging van het smartengeld. Wat Nederland kan leren van Engelse Guidelines en Duitse grondrechten', in: F.T. Oldenhuis en H. Vorselman (red.), *De waarde van smartengeld*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 38-39.
24. PG Boek 6, p. 377 en p. 385.
25. PG Boek 6, p. 377.
26. HR 3 februari 2006, NJ 2006/121 (Ruizendaal/St. Paul International Insurance).



Geen voordeel van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander.



de zin van art. 6:106 lid 2 BW bepalend is de betekenis die degene tot wie de mededeling was gericht daaraan in de gegeven omstandigheden heeft mogen toekennen (r.o. 3.3). In het licht van de in het middel genoemde omstandigheden achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat het ziekenhuis de mededeling niet behoefde op te vatten als mede betrekking hebbend op immateriële schade, onbegrijpelijk (r.o. 3.5).

Evenals P-G Hartkamp hanteert de Hoge Raad hier dus de Haviltex-maatstaf om de strekking van de mededeling te achterhalen.²⁷⁾ Op het eerste gezicht is dit weinig opmerkelijk en waarschijnlijk is het arrest daarom niet geannoteerd in de *Nederlandse Jurisprudentie*. In het licht van de parlementaire geschiedenis is dit echter niet helemaal terecht. De ratio van het mededelingsvereiste was – zoals Hartkamp ook aangeeft²⁸⁾ – immers dat de benadeelde *zelf* moet laten blijken dat hij aanspraak wil maken op smartengeld. Door de mededeling te 'Haviltexen', is echter niet langer het perspectief van de *benadeelde* maar dat van de *aansprakelijke* beslissend. Merk op dat de omstandigheden die in cassatie werden aangevoerd om te betogen dat het ziekenhuis had dienen te begrijpen dat de mededeling ook zag op immateriële schade, van algemene aard waren en geen betrekking hadden op de (vermoedelijke) wil van de patiënt. Het zijn omstandigheden die zich altijd voordoen bij ernstige letselschade en het gevolg van dit arrest is daarom dat steeds wanneer bij ernstige letselschade een algemene aansprakelijkheidstelling wordt verstuurd aan het mededelingsvereiste zal zijn voldaan. Dit is slechts anders indien de aansprakelijke uit concrete informatie (bijvoorbeeld eerdere mondelinge uitlatingen van of namens het slachtoffer) had mogen opmaken dat deze wilde afzien van smartengeld. Dergelijke gevallen zullen in de praktijk slechts zelden voorkomen. Praktisch gesproken hoeft het slachtoffer – mits een algemene aansprakelijkheidstelling is verzonden – dus niet meer *expliciet* aan te geven dat hij aanspraak wil maken op smartengeld, maar moet de aansprakelijke aannemelijk maken dat het slachtoffer dat niet wilde. Hoewel de tekst van 6:106 lid 2 BW ruimte laat aan de beslissing van de Hoge Raad²⁹⁾, is de spanning met de ratio van het mededelingsvereiste onmiskenbaar.

Bovenstaande uitspraken rechtvaardigen dat bij verkrachting gevolgd door moord het mededelingsvereiste de vererving van de smartengeldvordering van het slachtoffer niet behoort te blokkeren. Ten eerste dient het beginsel dat men geen voordeel mag hebben van de opzettelijk veroorzaakte dood van een ander zowel te zien op gevallen waarin het voordeel bestaat uit een vermeerdering van activa zoals in het *Vermoorde bruid*-arrest, als op een vermindering van passiva waarvan sprake is bij teloorgang van de smartengeldvordering. Ten tweede is het door de verregaande mate van abstrahering van de wensen en behoeften van het slachtoffer minder bezwaarlijk indien niet onomstotelijk vast staat dat deze aanspraak wilde maken op smartengeld.

Om een beeld te krijgen van hoe de vordering wegens leed van een overleden slachtoffer er in de rechtspraak uit kan zien, volgt hierna een overzicht van het Duitse recht.

4. Duits recht

Algemeen

In Duitsland zijn de beperkingen gesteld aan de overgang van de smartengeldvordering al per 1 juli 1990 opgeheven.³⁰⁾ Het Duitse recht maakt echter een scherp onderscheid tussen enerzijds smartengeld op basis van par. 253 *Bürgerliches Gesetzbuch* in geval van schending van de *Rechtsgüter* fysieke integriteit, gezondheid, vrijheid en seksuele zelfbeschikking en anderzijds schadevergoeding wegens de schending van het *allgemeine Persönlichkeitsrecht* (hierna: APR) dat afgeleid is van art. 1 en 2 van de Duitse grondwet en dat door de Duitse rechter in 1954 is erkend.³¹⁾ Vorderingen tot vergoeding van immateriële schade wegens schending van het APR vererven niet.³²⁾

Sinds 1990 hebben slachtoffers derhalve recht op vergoeding van vlak voor hun overlijden ondervonden leed ongeacht de vraag of dit opzettelijk of per ongeluk is toegebracht. Deze vergoeding moet worden onderscheiden van gevallen waarin het slachtoffer van een misdrijf of ongeval zonder nog bij bewustzijn te komen overlijdt. Dan is de coma-rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* (hierna: BGH) van toepassing.³³⁾

De introductie van een recht op vergoeding van affectieschade vorig jaar vormde geen aanleiding om verandering aan te brengen in de sinds 1990 gewezen rechtspraak.³⁴⁾ In bepaalde gevallen hebben erfgenamen dus zowel recht op vergoeding van affectieschade als op smartengeld wegens het door de overledene doorstane leed.

Wanneer bestaat recht op smartengeld?

Het enkele feit van overlijden geeft naar Duits recht geen aanspraak op smartengeld. Slachtoffers hebben dus slechts recht op smartengeld indien zij niet direct zijn overleden. De vraag wat rechtens is indien het slachtoffer kort na het ongeval overlijdt, beantwoordde het BGH in 1998.³⁵⁾ Het gaat erom of:

“(…) die Körperverletzung gegenüber dem nachfolgenden Tod eine immaterielle Beeinträchtigung darstellt, die nach Billigkeitsgrundsätzen einen Ausgleich in Geld erforderlichlich macht.”

Daarvan is sprake indien de verwonding een voldoende zelfstandig karakter heeft ten opzichte van het overlijden. Alle omstandigheden van het geval zijn daarbij relevant, waarbij het vooral aankomt op de ernst van de verwondingen, het daardoor veroorzaakte leed en de duur en de intensiteit daarvan en de schuldgraad van het slachtoffer. Het betreft een feite-

27. Conclusie sub 15.

28. Conclusie sub 13.

29. Er staat bijvoorbeeld niet dat de benadeelde 'uitdrukkelijk' (vgl. bijvoorbeeld art. 6:225 lid 3) aanspraak op vergoeding van immateriële schade dient te doen.

30. Zie daarover U. Voß, *Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Schmerzensgeldanspruch*, *VersR* 1990, p. 821-826.

31. BGHZ 13, 334 (25-5-1954).

32. BGH 29-4-2014, BGHZ 201, 45 en BGH 23 mei 2017 *NJW* 2017, 3004. Vermogensschade kan volgens de I. Zivilsenat van het BGH wel vererven, zie BGH 1-12-1999, *NJW* 2000, 2195. Kritisch daarover G. Wagner, *Delikt-recht* 13. Auflage, München: Verlag Franz Vahlen 2016, nrs. 425-429.

33. A. Slizyk, *Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts*, München: C.H. Beck 2018, nrs. 276-280.

34. A.J. Verheij, *'Wir schaffen das'*. Hoe Duitsland in korte tijd een regeling tot vergoeding van affectieschade tot stand bracht', *NJB* 2017, afl. 26, p. 1816-1821.

35. BGH 12-5-1998, *NJW* 1998, 2741.

lijke afweging die slechts beperkt toetsbaar is voor het BGH. Het smartengeld verschaft geen compensatie voor het overlijden op zichzelf of voor de verkorting van het leven, zo beklemtoont het BGH, maar van het leed dat het slachtoffer voorafgaand aan zijn overlijden ervoer.

Hoogte van de bedragen

Volgens Slizyk zijn er vier smartengeld verhogende omstandigheden: (i) de duur van het lijden van het slachtoffer, (ii) de opzet van de dader, (iii) de onbenulligheid van de aanleiding voor het misdrijf en (iv) de 'übergroße Brutalität' (wreedheid) van de dader.³⁶⁾ De tweede en derde omstandigheid hebben helemaal en de vierde omstandigheid heeft gedeeltelijk te maken met het verwijt dat de dader valt te maken. Medeweging hiervan is gebaseerd op de genoegdoeningsfunctie die naar Duits recht (evenals naar Nederlands recht) naast de compensatiefunctie aan de toekenning van smartengeld ten grondslag ligt.

Voor de hoogte van het toegekende smartengeld maakt het dus uit of sprake was van een ongeval of van opzet. De bedragen zijn in het laatste geval veel hoger. Feitenrechters hebben van het begin af aan regelmatig forse bedragen toegekend bij ernstige misdrijven.³⁷⁾ Daarbij gaat het overwegend om ernstige mishandeling die de dood van het slachtoffer tot gevolg had. Enkele uitspraken ter illustratie.

Het *Landesgericht* Bonn kende in 1991 DM 40.000 smartengeld toe aan (de erfgenamen van) een vrouw die werkzaam was in een casino en bij de beroving daarvan met een Coca Cola fles was neergeslagen en vervolgens met een brandblusser bewusteloos was geslagen, waarna zij vier maanden later overleed zonder bij bewustzijn te komen.³⁸⁾ Het feit dat de vrouw slechts gedurende zeer korte tijd pijn en doodsangst had ervaren stond niet in de weg aan de toekenning van een substantieel bedrag.

In 2014 achtte het *Landesgericht* Frankenthal een smartengeld van € 50.000 gepast in het geval van een man die zijn dochter had vermoord door haar met benzine te overgieten en in brand te steken.³⁹⁾ De vrouw overleed circa negentig minuten later. Vast stond dat zij bij volle bewustzijn was gedurende de dertig minuten voordat zij medische hulp kreeg. Bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld overwoog het *Landesgericht* dat smartengeld zowel een compensatie- als een genoegdoeningsfunctie heeft en dat de eerste functie in gevallen als deze naar de achtergrond treedt. De toekenning van een substantieel bedrag is gerechtvaardigd wanneer het slachtoffer snel overlijdt, maar zich wel bewust was van haar overlijden. Tot slot merkt het *Landesgericht* op dat het feit dat de dader door de strafrechter tot levenslang is veroordeeld geen matigende werking op het smartengeld heeft, aangezien dit geen 'Privatstrafe' is.⁴⁰⁾

Het *Hanseatisches Oberlandesgericht* in Bremen kende € 50.000 toe aan de moeder van een 28-jarige vrouw die door haar vriend in een geweldsuitbarsting van minstens 30 minuten ernstig was mishandeld, met een fles anaal was verkracht en ten slotte was gewurgd.⁴¹⁾ Het *Oberlandesgericht* benadrukte dat het feit dat de dader over geringe financiële middelen beschikte, geen reden was om slechts een symbolisch bedrag aan smartengeld toe te kennen.

Dat de Duitse rechter het feit dat sprake is van een misdrijf zwaar laat meewegen blijkt duidelijk als wordt gekeken naar de toegekende bedragen bij culpoze ongevallen. Zo kende het *Landesgericht* Limburg slechts € 4.000 toe aan een slachtoffer dat drie uur na een verkeersongeval overleed.⁴²⁾ Hoewel het slachtoffer zich bewust was van de levensbedreigende situatie waarin hij zich bevond, viel de aansprakelijke geen ernstig verwijt te maken.

De hoogte van de bedragen bij misdrijven valt deels te verklaren door de hiervoor door Slizyk genoemde, aan de genoegdoeningsfunctie ontleende, smartengeld verhogende factoren. Een tweede verklaring is dat de rechter zich bij de vaststelling van het smartengeld ook oriënteert op het bedrag waarop het slachtoffer recht had gehad indien hij *niet* zou zijn overleden.⁴³⁾ Bij ernstige mishandeling kan er immers veelal van worden uitgegaan dat het slachtoffer, indien hij het had overleefd, de rest van zijn leven beperkingen zou hebben ondervonden. Desalniettemin blijven de verschillen soms groot, zo worden voor verkrachtingen waarbij het slachtoffer overleeft, in de regel bedragen in de orde van grootte van € 10.000-50.000 toegekend. Hierop bestaat overigens kritiek.⁴⁴⁾ Een mogelijke derde verklaring voor de relatief hoge bedragen bij misdrijven kan zijn dat in Duitsland tot vorig jaar geen recht op vergoeding van affectieschade bestond. Niet ondenkbaar is dat rechters zich bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld van de overledene soms (onbewust⁴⁵⁾) hebben laten leiden door het verdriet van de erfgenaam die een sterke affectieve band met het slachtoffer had. Dit is echter niet goed aan te tonen en zou pas zeker zijn indien rechters na de introductie van een recht op smartengeld per 22 juli 2017⁴⁶⁾ lagere bedragen zouden toekennen. Daarvoor zijn echter geen aanwijzingen en dit valt ook niet te verwachten omdat het om verschillende schadeposen gaat en dit derhalve niet te motiveren valt. Wel merkt Slizyk op dat de soms zeer korte lijdensdijd waarvoor de rechter smartengeld heeft toegekend wellicht samenhangt met de afwezigheid van vergoeding van affectieschade.⁴⁷⁾

Opmerking verdient ten slotte nog dat de bedragen wegens leed tot aan het overlijden veroorzaakt door een misdrijf vele malen lager zijn dan die welke in geval van coma worden toegekend. In die gevallen kende de rechter bedragen variërend van € 400.000 tot 650.000 toe.⁴⁸⁾ Lagere bedragen, bijvoorbeeld € 60.000 door het *Oberlandesgericht* Naumburg⁴⁹⁾, hangen samen met

36. A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, München: C.H. Beck 2018, nrs. 276-285.
37. Zie voor een overzicht van de rechtspraak A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, München: C.H. Beck 2018, nrs. 281-288.
38. LG Bonn 17-5-1991, 3 O 501/90, BeckRS 2010, 25675.
39. LG Frankenthal 9-4-2014, 6 O 488/13, BeckRS 2014, 11448.
40. Vgl. reeds BGH 16-1-1996, NJW 1996, 1591 waarin het BGH in een geval van seksueel misbruik (waarbij het slachtoffer dus niet werd vermoord) oordeelde dat het feit dat de dader strafrechtelijk was veroordeeld geen mindere werking op het smartengeld had.
41. Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen 16-3-2012, ECLI:DEOLGHB:2012:0316.3U 6.12.0A.
42. LG Limburg 16-5-2007, 2 O 368/06, aangehaald in r.o. 27 van Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen 16-3-2012, ECLI:DEOLGHB:2012:0316.3U6.12.0A.
43. Vgl. OLG Naumburg 7-3-2005, NVZ 2005, 530, onder II.3 en Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen 16-3-2012, ECLI:DEOLGHB:2012:0316.3U6.12.0A, r.o. 30.
44. A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, München: C.H. Beck 2018, nrs. 309-316. Een uitzondering vormt LG Wuppertal 5-2-2013, BeckRS 2013, 03421 waarin een 16-jarige zwangere vrouw € 100.000 smartengeld ontving wegens een 3 dagen durende ontvoering met continue verkrachtingen en bedreigingen.
45. Rechters hebben expliciet altijd geweigerd het verdriet van nabestaanden als maatstaf te hanteren bij vaststelling van het smartengeld, zie bijv. LG Bonn 17-5-1991, 3 O 501/90, BeckRS 2010, 25675.
46. Wet van 17-7-2017, BGBl. 2017, I, S. 2421.
47. A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, München: C.H. Beck 2018, nr. 468.
48. Zie met verwijzingen naar rechtspraak A. Slizyk, Beck'sche Schmerzensgeldtabelle 2018. Mit praxisorientierter Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, München: C.H. Beck 2018, nrs. 276-280 en
49. OLG Naumburg 26-3-2015, NJW-RR, 1244.



Het moet niet goedkoper zijn om iemand te vermoorden dan om dat niet te doen.



het feit dat het slachtoffer snel, dat wil zeggen binnen een gering aantal maanden, na het ongeval overleed.

5. Nederlands recht: wenselijkheid en uitwerking

Wenselijkheid

Uit het bovenstaande blijkt dat er juridisch goede argumenten zijn voor het idee dat de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid er bij ernstige misdrijven aan in de weg staat dat de dader zich kan verschuilen achter het mededelingsvereiste van art. 6:106 lid 2 BW. Bovendien bestaan dergelijke vorderingen al over de gehele linie – dus niet slechts bij ernstige misdrijven – sinds 1990 in Duitsland en dat heeft daar niet tot problemen geleid.

Alvorens op enige uitwerkingsvragen in te gaan, wil ik hier toch nog eerst stilstaan bij de principiële wenselijkheid van dergelijke vorderingen. Wellicht bekruipt sommige lezers een gedachte in de trant van:

‘Moet er nu echt weer een uitbreiding komen van de gevallen waarin recht op smartengeld bestaat, zelfs nog voordat de wet tot vergoeding van affectieschade in werking is getreden? Wat schieten we daarmee op, wie wordt er wijzer van door smartengeldvordering op smartengeldvordering te stapelen?’

Hoewel ik eerlijk gezegd ook heb geworsteld met dergelijke ‘onderbuike tegenwerpingen’, meen ik vanwege de volgende overwegingen dat dergelijke vorderingen mogelijk dienen te zijn naar Nederlands recht.

Ten eerste heeft de tegenwerping dat de wereld niet direct beter wordt van dit soort vorderingen een (veel) te hoog borreltafelgehalte. Een reactie op hetzelfde (lage) niveau zou bijvoorbeeld kunnen luiden dat de wereld ook niet direct beter wordt van bedrijven à la McDonalds die ongezonde hamburgers verkopen en (wat mij betreft) ook niet van voetbal. Met dergelijke algemeenheden valt vrijwel alles te verdedigen of te verwerpen.

Meer *to the point* is het gegeven dat de Nederlandse wetgever *niet* de principiële keuze heeft gemaakt om de smartengeldvordering *nooit* te laten vererven. Zij heeft daartoe alleen als vereiste gesteld dat de benadeelde een mededeling moet doen aan de aansprakelijke. Ook naar geldend recht hebben erfgenamen dus recht op smartengeld dat is gebaseerd op het leed van de overledene en ook in die gevallen heeft het slachtoffer helemaal niets aan de toekenning van smartengeld. Het *enige* wat wordt voorgesteld is om van het mededelingsvereiste af te stappen in geval van bijzonder ernstige misdrijven: verkrachting en/of mishandeling gevolgd door moord. Bij ‘gewone’ ongevallen blijft het vereiste, hoe arbitrair ook, gewoon gelden. Dit

voorstel behelst dan ook geen principiële stap, maar een kleine correctie voor een extreem geval dat de wetgever noch bij de totstandkoming van het huidige BW, noch bij de laatste herziening van lid 2 van art. 6:106 BW voor ogen heeft gehad. Het slachtoffer heeft er inderdaad niets meer aan, maar dat weegt niet op tegen het grotere bezwaar dat anders degene die een moord pleegt daar voordeel van zou hebben. Ons schadevergoedingsrecht zou niet zo in elkaar mogen zitten dat het goedkoper is om iemand te vermoorden dan om dat niet te doen.

Voorts zijn er bepaalde gevallen waarin zonder correctie van het mededelingsvereiste *helemaal* geen recht op smartengeld zou bestaan. In zoverre vult de voorgestelde correctie een leemte op. Ten eerste zijn er de gevallen die hebben plaatsgevonden voor 1 januari a.s. wanneer de wet vergoeding affectieschade in werking treedt. Ten tweede zullen er slachtoffers zijn, denk met name aan alleenstaande, kinderloze bejaarden, wier overlijden geen recht op vergoeding van affectieschade zal doen ontstaan. Er zal in de meeste gevallen wel een erfgenaam zijn, maar deze behoort dan niet tot de kring van gerechtigden.⁵⁰ Voor deze twee categorieën vervult de toekenning van smartengeld via de weg van vererving in de behoefte dat tegenover onrecht en hevige lijden een vergoeding staat.

Gevallen waarin correctie van het mededelingsvereiste op zijn plaats is

Tot dusverre is vooral gesproken over de situatie iemand wordt verkracht en vervolgens vermoord. Op één lijn hiermee te stellen is ernstige mishandeling gevolgd door moord. Steeds is sprake van twee onrechtmatige daden, verkrachting/mishandeling enerzijds en moord anderzijds. Zoals aangegeven, pleiten verschillende argumenten voor vererving van de smartengeldvordering.

Daarnaast vallen aan de analyse van het Duitse recht nog twee andere casusposities te ontleenen ten aanzien waarvan de vraag naar de mogelijkheid en wenselijkheid van vererving eveneens rijst.

1. Het slachtoffer van mishandeling verliest na enige tijd het bewustzijn en overlijdt kort daarna⁵¹ aan zijn verwondingen zonder nog het bewustzijn te herwinnen.
2. Het slachtoffer van mishandeling overlijdt kort nadien, maar is wel bij bewustzijn.

Ad 1) Hier is geen sprake van twee onrechtmatige daden, maar van één onrechtmatige daad: mishandeling, die vervolgens tot de dood van het slachtoffer leidt. Naar Duits recht bestaat ook hier recht op smartengeld. De redenering dat de dader profiteert van een tweede onrechtmatige daad gaat hier niet op, maar wel blijft staan dat het slachtoffer geen reële kans heeft gehad om een mededeling te doen, hij was namelijk bewusteloos. Ik zie niet in waarom de dader zich hier achter het mededelingsvereiste moeten kunnen verschuilen, hij was immers

50. Zie voor de kring van gerechtigden Stb. 2018, 132 en voor de bedragen waarop aanspraak bestaat Besluit vergoeding affectieschade van 20 april 2018, Stb. 2018, 133.

51. Denk aan dagen of weken of misschien enkele maanden. Als het overlijden van een comateus slachtoffer pas na veel langere tijd (bijvoorbeeld enkele jaren) plaatsvindt en minder gemakkelijk met het ongeval in verband valt te brengen, is evenals in Duitsland de coma-jurisprudentie van toepassing.

verantwoordelijk voor het feit dat het slachtoffer geen mededeling kon doen. Het is de vraag of het terecht is dat het slachtoffer zijn recht op smartengeld verliest zonder dat hij een kans heeft gehad om dit geldend te maken. In de context van verjaring wordt zulks problematisch geacht en is niet direct reden om daar in relatie tot smartengeld anders over te denken.⁵²⁾

Ad 2) Hier was het mogelijk geweest om een mededeling te doen en daarom lijkt er geen reden te zijn om over het mededelingsvereiste heen te stappen. Natuurlijk hebben slachtoffers onder dergelijke dramatische omstandigheden (ze weten dat ze er bijzonder slecht aan toe zijn en dat ze hoogstwaarschijnlijk zullen overlijden) wel iets anders aan hun hoofd dan het veilig stellen van de smartengeldvordering, maar dat geldt evenzeer voor slachtoffers van ernstige ongevallen. Op het eerste gezicht lijkt het daarom niet goed mogelijk om in deze casuspositie het mededelingsvereiste te corrigeren zonder dit in feite volledig te ecarteren. Er is echter wel degelijk een verschil, namelijk dat de pleger van een misdrijf door zijn *opzettelijk* onrechtmatig gedrag het slachtoffer in de positie heeft gebracht waarin deze zich thans bevindt. Tegen deze achtergrond is het niet vanzelfsprekend dat het feit dat het slachtoffer er niet aan denkt om een mededeling te doen, ten voordele van de dader strekt. Bovendien, waarom zou iemand die een ander zo ernstig mishandelt dat het slachtoffer daaraan overlijdt, beter af zijn dan degene die zijn slachtoffer niet doodslaat, doch opzadelt met levenslange fysieke beperkingen? Persoonlijk zou ik er daarom geen bezwaar tegen hebben indien ook in deze casuspositie het ontbreken van de mededeling wordt gecorrigeerd door art. 6:2 lid 2 BW, maar ik realiseer me dat dit standpunt enigszins arbitrair is omdat de grens wel heel dun kan worden. Denk bijvoorbeeld aan het geval dat iemand wordt aangereden door een stomdronken chauffeur. Moet dan wel strikt aan het mededelingsvereiste worden vastgehouden of ook niet, en zo nee, waar trekken we dan de grens? Het is overigens onvermijdelijk dat de grens, waar ook precies getrokken, altijd arbitrair zal zijn, omdat het mededelingsvereiste zelf een arbitraire grens trekt.

Hoogte

Wat betreft de hoogte denk ik dat de Nederlandse rechter zich evenals zijn Duitse collega kan richten op het bedrag dat zou zijn toegekend indien het slachtoffer niet was overleden. Deze wijze van begroting wordt gerechtvaardigd door het feit dat de aansprakelijke verantwoordelijkheid draagt voor het overlijden van het slachtoffer en hij daarvan niet beter zou mogen worden. Zij geeft een zeker houvast en is wenselijker dan wanneer de rechter het leed

voorafgaand aan het overlijden zelfstandig zou trachten te waarderen op geld.

6. Tot slot

Met de introductie van een recht op vergoeding van affectieschade is één argument uit de parlementaire geschiedenis tegen vrije vererving van het recht op smartengeld achterhaald. Het voorname overblijvende argument – het gepoeneerde hoogstpersoonlijke karakter van deze vordering – is intussen gerelativeerd, om niet te zeggen verwaterd, door verschillende arresten waarin de Hoge Raad abstraheert van de wil en de persoon van het slachtoffer. Het sterkste inhoudelijke argument is echter dat een moordeenaar geen voordeel mag hebben van zijn misdaad. Dat heeft de Hoge Raad expliciet als rechtsbeginsel erkend in het *Vermoorde bruid*-arrest en er zijn geen goede redenen te bedenken waarom dat beginsel zich niet tot een verkrachting of mishandeling gevolgd door een moord zou uitstrekken, zeker niet nu de wetgever een dergelijke casus niet expliciet voor ogen heeft gehad. Om die redenen staat art. 6:2 lid 2 BW eraan in de weg dat de dader het mededelingsvereiste jegens nabestaanden van het slachtoffer tegenwerpt.

Geïnspireerd door het Duitse recht zijn in paragraaf 5 nog aanvullend twee andere casus besproken waarin de vraag rijst of de vordering tot smartengeld dient te vererven. Anders dan naar Duits recht is deze vraag beperkt tot gevallen van ernstige mishandeling of verkrachting gevolgd door het overlijden van het slachtoffer. De hier ontvouwde gedachtegang leidt derhalve niet tot volledige ecartering van het mededelingsvereiste van art. 6:106 lid 2 BW.

Om bij de bepaling van het smartengeld voor deze bijzondere categorie immateriële schade (een combinatie van pijn en doodsangst) enig houvast te hebben, is voorgesteld aan te haken bij het bedrag waarop het slachtoffer bij overleven aanspraak had kunnen maken. Evenals in Duitsland zijn er geen gronden aanwezig om slechts symbolische bedragen toe te kennen. Dat moordenaars zo met een zwaardere aansprakelijkheidslast worden geconfronteerd acht ik van onvoldoende gewicht om tot een andere conclusie te komen.^{53) 54)}

De hier verdedigde opvatting heeft bovendien tot gevolg dat het recht op leven en het recht op fysieke integriteit zo beter worden gehandhaafd door het civiele recht dan thans het geval is. Ook na inwerkingtreding van de wet tot vergoeding van affectieschade per 1 januari 2019 vallen er namelijk nog enkele leemtes te constateren.



Mededelingsvereiste trekt zelf een arbitraire grens.



52. Vgl. art. 3:321 sub f BW (verlenging verjaringstermijn indien de schuldenaar opzettelijk het bestaan van de schuld verborgen houdt); HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000/15, m.nt. A.R. Bloembergen; HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/16, m.nt. A.R. Bloembergen; HR 11 oktober 2002, *NJ* 2002/558 en HR 24 april 2000, *NJ* 2000/430 m.nt. ARB (Erven Van Hese/De Schelde) en het recht op *access to justice* dat in art. 6 EVRM besloten ligt.
53. Of de erfgenaam zich als benadeelde partij kan voegen in het strafgeding zodat de voorschotregeling van toepassing is, moet in dat verband nog worden uitgemaakt. Op dit moment kunnen nabestaanden wel aanspraak maken op begrafeniskosten ex art. 6:108 BW, maar dat is een aan hen toekomend recht. De erfgenaam die smartengeld vordert heeft een afgeleid recht en het is dus de vraag of hij als benadeelde kwalificeert. Gezien de doelstelling die de regeling van de benadeelde partij heeft, meen ik dat hiervoor goede argumenten bestaan. De vaststelling van het smartengeld levert bovendien ook geen grote belasting van het strafgeding op.
54. Zie voor pleidooien voor pittiger sancties vanuit het privaatrecht: T. Hartlief, 'Verstrafing van privaatrecht', *NJB* 2012, p. 313 en A.J. Verheij, 'Immuniteten in het burgerlijk recht: handhaven of aanpassen?' Preadvies *NJV* 2013, Deventer: Kluwer 2013, p. 126.