

## Der Anspruch auf angemessene Schadensregulierung

von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski

Bei dem folgenden Beitrag handelt es sich um eine Kurzfassung eines anlässlich der 15. Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten am 21.4.2005 in Bad Bramstedt gehaltenen Vortrages.

### I. Die Rechtsschutzlücke

Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu ist der Kampf – so beginnt *Rudolf von Jhering* seinen weltberühmt gewordenen Vortrag über den *Kampf ums Recht* vor der Wiener Juristischen Gesellschaft im Jahre 1872. Das alles klingt für heutige Ohren etwas pathetisch. Wir würden formulieren, dass das Recht die ihm immanenten Funktionsziele zu erreichen hat, die Funktionsdefizite zu vermeiden sind, insbesondere solche, die aus dem Auseinanderfallen zwischen materiellen Recht einerseits und seiner prozessualen Durchsetzung andererseits entstehen.<sup>1</sup> Tatsächlich haben wir aber erheblichen Anlass über die Worte Jherings nachzudenken, denn unserer Rechtsordnung ist eine Rechtsschutzlücke immanent, die unmittelbar mit den Kosten, der Mühe und der Zeit der Rechtsdurchsetzung und der Tatsache zusammenhängt, dass wir – anders als im amerikanischen Recht – keinen Strafschadensersatz für eine unangemessene, unfaire und womöglich psychisch zermürbende Schadensregulierung haben.<sup>2</sup> Die Gründe für die unserem Rechtssystem immanente Rechtsschutzlücke hat der Schweizer Mathematiker *Daniel Bernoulli* bereits im Jahre 1738 beschrie-

ben. Das Bernoulli-Theorem besagt, dass menschliches Handeln bei einer Entscheidung unter Unsicherheit nicht nur die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Zustandes in seiner Entscheidung berücksichtigt, sondern vor allem auch seine subjektive Bewertung des Nutzens dieses Ereignisses für ihn mit einfließen lässt.<sup>3</sup> Darin unterscheidet sich der Erwartungsnutzen von dem bloßen Erwartungswert eines Ereignisses, der ja lediglich die Summe aus den mit ihren Eintrittswahrscheinlichkeiten gewichteten möglichen Ereignissen darstellt.<sup>4</sup> Der sehr abstrakt klingende Unterschied zwischen Erwartungswert einerseits und Erwartungsnutzen andererseits hat außerordentlich große praktische Folgen bei der Entscheidung darüber, ob ein Geschädigter einen Prozess führt oder nicht.

#### *Beispiel:*

Ein Anspruchsinhaber will 50.000 € geltend machen. Die gesamten außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten betragen hierfür ca. 27.100 €. Die Erfolgsaussichten für den Prozess sind sehr gut, sie liegen bei 90 %. Der Anspruchsinhaber verfügt über ein Bankvermögen genau in Höhe der möglicherweise entstehenden Prozesskosten, also 27.100 €. Obwohl

<sup>1</sup> *Zöllner*, Materielles Recht und Prozessrecht, AcP 190 [1990], 471-95.

<sup>2</sup> *Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 369 ff.

<sup>3</sup> Ausführlich zum Erwartungsnutzenprinzip *Bamberg-Coenenberg*, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 10. Aufl., S. 82 ff.

<sup>4</sup> *Williams/Smith/Young*, Risk Management and Insurance, 6. Aufl., Boston 1998, S. 5.

er den Prozess mit einer 90%igen Wahrscheinlichkeit gewinnen würde (der Erwartungswert beträgt also 24.390 €), wird er diesen Prozess nicht führen, weil er nicht ausschließen kann, den Prozess zu verlieren. Erst nach einer Ausstattung mit einem einsetzbaren Vermögen von 50.000 € wird der Anspruchsinhaber bei gleichen Erfolgsaussichten den Prozess wagen.<sup>5</sup>

Die Konsequenzen aus dieser – im Einzelnen sehr viel feiner und differenzierter – zu entwickelnden Rechtsschutzlücke sind fatal. Für den Einzelnen bedeutet dies den Anspruchsverlust selbst bei hohen Erfolgsaussichten. Besonders tragisch ist, dass hiervon gerade diejenigen betroffen sind, die einen besonders großen (meist Personen-)Schaden erleiden. Denn die wenigsten, die von einem solchen Schaden betroffen werden, verfügen über nennenswerte Vermögensreserven. Aber auch gesamtwirtschaftlich wirkt sich die Rechtsschutzlücke negativ aus – sie entlastet nämlich Schädiger von materiell bestehenden Ansprüchen und setzt damit den Anreiz für Schäden dieser Art gar nicht oder nur schlecht vorzusorgen. Beispiele für Fehlverhaltensweisen dieser Art lassen sich insbesondere im Bereich global agierender Unternehmen finden. Verluste werden strategisch *sozialisiert*, Gewinne dagegen *privatisiert*.<sup>6</sup>

Aber auch für Versicherer entsteht ein strategischer Anreiz, Geschädigte *am langen Arm verhungern zu lassen*, zumal, wenn sie wissen, dass die Geschädigten über keine oder nur sehr geringe finanzielle Polster verfügen. In einer Fernsehsendung, die am Freitag den 2. Juli 2004 ausgestrahlt wurde, ging es unter anderem um Frau Hiltrut Michelbrink.<sup>7</sup> Frau Michelbrink ist nach einer medizinischen Fehlbehandlung blind und hat unerträgliche Schmerzen. Sie hat einen jahrelangen Streitmarathon mit vielen Gutachten und Gegengutachten hinter sich. Die Versicherung hatte vorab versucht, die finanziellen Möglichkeiten des Ehemannes hinsichtlich der Prozessführungsmöglichkeit der Geschädigten herauszufinden. Um sich nicht das restliche Leben mit gerichtlichen Auseinandersetzungen zu verderben, hat Frau Michelbrink letztlich den Vergleich angenommen. Rechtsanwältin Dr. Katharina Waibl, die auf die Durchsetzung schwerer Personenschäden spezialisiert ist, assistiert: „Erst, wenn der Geschädigte finanziell abgesichert ist, sei es, weil er rechtsschutzversichert ist, sei es, weil es gelingt, die mitbetroffenen Sozialversicherer einzubinden, beginnt sich das Machtgefälle zu verschieben“.<sup>8</sup>

Die Prozesskostenhilfe ist nach Einschätzung von Praktikern in all diesen Fällen ein stumpfes Schwert. Zum einen sind Anwälte in komplexen und schwierigen Fällen, um die es hier geht, kaum bereit für umgerechnet etwa 1,50 € pro Stunde zu arbeiten. Infolgedessen werden schwierige Mandate auf der Basis der Prozesskostenhilfesätze abgelehnt. Außerdem muss der Anwalt der Gegenseite im Falle des Verlustes voll bezahlt werden. Auch die Einschaltung eines Prozesskostenfinanziers hilft nur in einigen sehr wenigen Fällen. Das hängt damit zusammen, dass es bisher nur sehr wenige Prozesskostenfinanzierer gibt, dass diese in der Regel erst Streitwerte ober-

halb von 100.000 € finanzieren und diese im Normalfall auch erst dann, wenn der Prozess mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gewonnen wird.

Vor allem aber – und das ist das eigentliche, die Rechtsschutzlücke verursachende Problem – greifen Prozesskostenhilfe und Prozessfinanzierung immer erst ein, wenn eine Klage vorbereitet oder erhoben wird. Eine angemessene und faire Schadensregulierung müsste aber sehr viel früher, nämlich mit Eintritt des Schadensereignisses beginnen. Von diesem Zeitpunkt an soll der Geschädigte nach dem Vorstellungsbild des § 249 BGB so gestellt werden, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten.

## II. Der Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung

Das System besteht aus zwei Bausteinen, die aufeinander aufbauen und sich gegenseitig beeinflussen. Auf der einen Seite ist der *Zustand herzustellen*, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 Abs. 1 BGB). Auf der anderen Seite steht der Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.<sup>9</sup> Dieser Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens steht neben dem Schmerzensgeldanspruch (§ 253 Abs. 2 BGB) und wird heute unmittelbar aus § 823 BGB in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet.<sup>10</sup> Dies ist der Grund, warum der Gesetzgeber das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht in die Regelung des § 253 Abs. 2 BGB einbezogen hat.<sup>11</sup> Das rohe, rücksichtslose, auf Zermürbung eines körperlich und seelisch schwer getroffenen Geschädigten zielende Verhalten einer Haftpflichtversicherung, die jahrelang, hartnäckig jegliche Schmerzensgeldzahlung verweigert, beinhaltet folglich eine Persönlichkeitsrechtsverletzung und nicht nur – wie bisher angenommen wird – einen Umstand, der sich schmerzensgeld erhöhend auswirkt.<sup>12</sup> Die folgenden Überlegungen sollen zeigen, wie die zwei Bausteine des Systems einer angemessenen, fairen Schadensregulierung konkret beschaffen sind und wie sie aufeinander wirken.

### 1. Wiederherstellung des Zustands

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat der Schädiger den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der Schaden ist grundsätzlich durch Naturalrestitution auszugleichen. Dies bedeutet

5 Beispiel von *Dimde*, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess – eine ökonomische Analyse des Rechts, 2003, S. 125 ff.

6 *Simm*, Ökonomische Entscheidungen unter Unsicherheit, 1980, S. 249.

7 Nachtcafégäste bei Wieland Backes – Recht haben – Recht bekommen?

8 Gespräch mit Frau Waibl Anfang März 2005 – Frau Waibl ist Partnerin der Münchener Kanzlei Weinberger & Partner.

9 BGH NJW 1995, 861, 2000, 2195 – so auch bereits BGH NJW 1961, 2059.

10 BGH NJW 1995, 861.

11 BT-Drs. 14/7752, S. 25; *Däubler*, JuS 2002, 627; *Wagner*, NJW 2002, 2056; *MüKo-Oetker*, § 253 Rn. 27.

12 So beispielsweise LG Dortmund vom 19.3.2004, 6 O 218/01.

Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.<sup>13</sup>

Bei der Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache kann der Geschädigte statt Naturalrestitution Geldersatz verlangen (§ 249 Abs. 2 BGB). Zu ersetzen ist das Integritätsinteresse, d.h. der Geldbetrag, der zur Herstellung des Zustands erforderlich ist, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. Die Dispositionsbefugnis liegt beim Gläubiger – also beim Geschädigten.<sup>14</sup> Der Geschädigte kann also statt der Herstellung den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen. Erst wenn die Herstellung nicht mehr möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger vollständig in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1 BGB). Ganz im Vordergrund steht also der Restitutionsanspruch, ergänzt um den Kompensationsgedanken in § 251 BGB.

Was bedeutet dies nun alles konkret? Konkret bedeutet dies, dass der Schädiger – oder sein Regulierer – sich zunächst einmal in die Lage des Geschädigten so zu versetzen hat, als wäre er selbst geschädigt. Hiervon ausgehend würde der Schädiger versuchen, den Zustand wiederherzustellen, wie er bestand, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre.

Der Versuch, den Zustand wiederherzustellen, der ohne schädigendes Ereignis bestand, besteht im Wesentlichen aus drei Kernkomponenten:

- Pflicht zur umfassenden, wahrheitsgemäßen und objektiven Sachverhaltsaufklärung
- Pflicht zur zeitnahen Entwicklung eines (Vor-)Finanzierungskonzeptes
- Pflicht zur Entwicklung eines Konzeptes zur angemessenen psychischen Betreuung

Nimmt man diese drei Kernelemente des Anspruchs auf angemessene, faire Schadensregulierung ernst, so obliegt es dem Schädiger aktiv und fördernd bei der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, aktiv und fördernd die Finanzierungsfrage zu klären und aktiv und fördernd für eine psychologische Betreuung im angemessenen Umfang zu sorgen.

Diese drei Kernelemente schuldet jeder Schädiger, weil es ohne sie gar nicht gelingen kann, einen Zustand wiederherzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dies wird in der Schadensregulierungspraxis allerdings regelmäßig verkannt. Sie reduziert sich auf einen Ausgleich von nachgewiesenen Kosten, etwa zur Heilbehandlung oder von Sachschäden und kümmert sich um die drei angesprochenen Kernpunkte der angemessenen und fairen Schadensregulierung gar nicht oder allenfalls zufällig und am Rande. Der Grund hierfür dürfte im Vorverständnis<sup>15</sup> der Rechtsanwender liegen. Dieses Vorverständnis stimmt weitgehend mit dem von Jhering apostrophierten *Kampf ums Recht* überein – der Geschädigte muss of-

fenbar um sein Recht kämpfen, obwohl § 249 Abs. 1 BGB genau das Gegenteil anordnet.

Der Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung verdeutlicht, dass wir das von Jhering im Jahre 1872 auf den Punkt gebrachte Vorverständnis im Sinne des Wortlauts von § 249 Abs. 1 BGB zu ändern haben. Nicht der Geschädigte muss den Zustand wieder herstellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, sondern umgekehrt der Schädiger.

#### a) Sachverhaltsaufklärung

Ein Schädiger, dem es wirklich um Konfliktlösung geht, wird auf der Stufe 1 (Sachverhaltsaufklärung) all das tun, was Versicherer – zu Recht – von ihren Versicherten bei Eintritt eines Schadenfalles schon seit Jahrzehnten fordern und praktizieren. Der Sachverhalt wird zeitnah, wahrheitsgemäß und vollständig aufgeklärt – die Grundlinien dazu enthält § 34 VVG. Damit dieses absolute Kernstück einer angemessenen, fairen Schadensregulierung gelingt, setzt das VVG ein erhebliches Druckmittel gegen den eigenen Versicherungsnehmer ein. Er riskiert nämlich seinen vollen Versicherungsschutz, wenn er die Aufklärung des Sachverhaltes vorsätzlich behindert. Der Versicherer wird ihm für die vorsätzliche Verletzung der Wahrheitspflicht den Versicherungsschutz entziehen (§ 6 Abs. 3 VVG). Dieses Alles-oder-Nichts-Prinzip belegt, dass ein Versicherungsnehmer, der nicht oder nicht in erforderlichem Umfang zur Aufklärung des Sachverhaltes beiträgt, seinen vollen Versicherungsschutz verlieren kann, und zwar ganz unabhängig von der Höhe des Schadens, der eingetreten ist. Damit droht dem Versicherten bei Verletzung seiner Aufklärungspflicht eine *zivilrechtliche Sanktion*, die in Wirkung und Umfang weit über die strafrechtliche Sanktion für das gleiche Verhalten hinausgehen kann.

Es ist also für Versicherer, als typische Schadensregulierer, ganz selbstverständlich, dass derjenige, der seine Aufklärungspflicht verletzt, mit erheblichen zivilrechtlichen Sanktionen zu rechnen hat. Worum es geht, ist klarzumachen, dass dieses Prinzip auch dann gelten muss, wenn es der Schadensregulierer selbst versäumt, zur Wiederherstellung des früheren Zustands jene Maßnahmen zeitnah, konsequent und umfassend zu ergreifen, die erforderlich sind, um seinen eigenen Pflichten aus § 249 Abs. 1 BGB nachzukommen.

#### b) Finanzierungskonzept

Das gilt auch für den *zweiten Baustein* eines angemessenen, fairen Anspruchs auf Schadensregulierung. Wer den Zustand, der vor der Schädigung bestand, so schnell wie möglich wiederherstellen will, muss die Voraussetzungen für eine funktionsfähige Restitution schaffen. Bei Personenschäden ist das auf der einen Seite eine angemessene und umfassende ärztliche Betreuung

<sup>13</sup> BGH NJW 1985, 793.

<sup>14</sup> BGH NJW 1993, 727.

<sup>15</sup> Josef Esser, Grundsatz und Norm, 4. Aufl., 1990.

und auf der anderen Seite braucht der Geschädigte Geld, um nun die Leistungen erwerben zu können, die er braucht, um den früheren Zustand wiederherzustellen. Ist es unmöglich, den früheren Zustand wiederherzustellen, so braucht der Geschädigte erst recht Geld, weil Kompensation in einer Marktwirtschaft ausschließlich über Geld möglich ist (§ 251 Abs. 1 BGB). Diese Grunderkenntnis führt aus der Perspektive einer angemessenen, fairen Schadensregulierung zu der Frage, welche Maßnahmen ein Regulierer ergreift, damit der Geschädigte so schnell wie möglich zu dem Geld kommt, das er braucht, um Restitution und Kompensation vom ersten Tage an angemessen vornehmen zu können. Um diese Frage sinnvoll klären zu können, wird man zwischen Fallgruppen unterscheiden müssen. Auf der einen Seite stehen Fälle, wo es um die Haftung dem Grunde nach geht. Ein auf Konfliktlösung bedachter Schädiger wird unter Zuhilfenahme ähnlicher Sachverhalte eine vorläufige Prognose über die Beurteilung des Haftungsgrundes vornehmen und danach entscheiden, ob er zu 100 % oder zu einem niedrigeren Prozentsatz für den Schaden einzustehen hat. In einem zweiten Schritt wird es um eine angemessene Schätzung der Schadenshöhe, und zwar aus der Perspektive des zunächst einmal dringlichsten Bedarfs gehen. Auch hier wird man ausgehend von vergleichbaren Fällen (es könnten sich Tabellen entwickeln) Prognosen vornehmen. Ein auf Konfliktlösung bedachter Schädiger wird zusammen mit allen Beteiligten (Sozialversicherungsträger, Krankenversicherer und Opfer) über die vorläufigen Schätzungen bei Haftungsgrund und Schadenshöhe sprechen und ein Konzept für eine Vorfinanzierung auf den Tisch legen. Es könnte sinnvoll sein, einen *Regulierungsvertrag* zu schließen, der auf der einen Seite die Schritte der Schadensregulierung enthält, auf der anderen Seite die Finanzierungsfragen klärt und schließlich Abreden darüber enthält, wie man Überzahlungen oder Unterzahlungen im Zeitablauf auszugleichen gedenkt. In diesem Zusammenhang wird auch über Sicherheitsleistungen zu reden sein.

All diese Schritte müssen nicht gesetzlich vorgegeben werden, sondern sind bereits geltendes Recht, denn sie konkretisieren nichts anderes als die *Wiederherstellung des Zustandes*, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.

### c) Psychologische Betreuung

Das gilt schließlich auch für den *dritten Baustein* eines angemessenen und fairen Anspruchs auf Schadensregulierung, der eine stark subjektive Komponente trägt. Opfer schädigender Ereignisse haben häufig nicht nur ein finanzielles, sondern vor allem auch ein psychisches Problem. Ihre psychische Balance ist ins Wanken geraten oder womöglich zerstört. § 249 Abs. 1 BGB verlangt, dass auch dieser Zustand so wiederhergestellt wird, wie er vor dem schädigenden Eingriff einmal war. Selbstverständlich wissen wir alle, dass dieser Zustand nur näherungsweise wiederhergestellt werden kann. Wir sind auch unsicher, welche Maßnahmen im Einzelfall zu ergreifen sind, um psychische Gleichgewichtszustände wiederherzustellen. In

manchen Fällen wird man zur Mediation raten in anderen zu einer psychotherapeutisch begleitenden Behandlung – in allen Fällen wird man aber über diese Frage miteinander nachdenken, sprechen und Fachleute hinzuziehen, die in der Lage sind, Ratschläge zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu geben. Im gemeinsamen Gespräch mit Krankenversicherern, Sozialversicherungsträgern, Opfern und Schädigern wird man dann zu einer Lösung kommen, die von Einzelfall zu Einzelfall abweicht, die im Zeitablauf auch angepasst werden kann und die im Ergebnis zum Gegenstand der das gesetzliche Schuldverhältnis aus §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB konkretisierenden Schadensregulierungsvereinbarung gemacht werden kann.

## 2. Die schwerwiegende Beeinträchtigung des Anspruchs auf angemessene, faire Schadensregulierung

Es ist seit langem anerkannt, dass Haftpflichtversicherer verpflichtet sind, die Schadensregulierung von sich aus zu fördern und angemessene Abschlagszahlungen zu leisten, sobald ihre Einstandspflicht bei verständig-lebensnaher, objektiver Betrachtungsweise erkennbar wird. Verstoßen sie hiergegen unter Verletzung von Treu und Glauben in der Weise, dass dies auf den Geschädigten als ein Zermürbungsversuch wirken kann, so sind die Gerichte nach Gesetz und Verfassung dazu verpflichtet, einem Missbrauch wirtschaftlicher Macht entgegenzuwirken.<sup>16</sup> Stellt sich der Haftpflichtversicherer des Schädigers in nicht mehr verständlicher und in hohem Maße tadelnswerter Weise dem berechtigten Entschädigungsverlangen des Geschädigten entgegen, so muss dies berücksichtigt werden.<sup>17</sup> In ähnlicher Weise haben das OLG Köln<sup>18</sup>, das OLG Naumburg<sup>19</sup>, das OLG Düsseldorf<sup>20</sup>, das OLG Nürnberg<sup>21</sup>, das OLG Karlsruhe<sup>22</sup> und das OLG München<sup>23</sup> entschieden. Am 19.3.2004 hat das Landgericht Dortmund entschieden, dass das rohe, rücksichtslose, auf Zermürbung eines körperlichen und seelisch schwer getroffenen Geschädigten abzielende Verhalten einer Haftpflichtversicherung, die jahrelang, hartnäckig jegliche Schmerzensgeldzahlung verweigert, sich schmerzensgelderhöhend auswirkt.<sup>24</sup>

Genau besehen handelt es sich in all diesen Fällen um einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die „engere“ persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen.<sup>25</sup> Es sichert „jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann“.<sup>26</sup> Geschützt wird in diesem Sinne das

16 OLG Karlsruhe NJW 1973, 851.

17 OLG Frankfurt a.M. NJW 1999, 2447.

18 NJW-RR 2002, 962.

19 VersR 2002, 1569.

20 NVersZ 2000, 40.

21 VersR 1998, 732 sowie NJW-RR 1998, 1040 sowie VersR 1997, 1108.

22 VersR 1992, 370.

23 NZV 1993, 434.

24 AZ: 6 O 218/01.

25 BVerfGE 54, 148 (153); 72, 155 (170).

26 BVerfGE 79, 256 (268).

„Person-Sein“<sup>27</sup>, um die personale und soziale Identität<sup>28</sup>. Dieser Schutz entfaltet sich in unterschiedlichen Bereichen, insbesondere bei der Darstellung der eigenen Person<sup>29</sup>, beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>30</sup> und beim Zwang zu selbstbelastenden Äußerungen<sup>31</sup>. Ganz grundsätzlich bietet das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Schutz gegen eine umfassende Einschränkung der personalen Entfaltung bzw. der Privatautonomie.<sup>32</sup> Es geht um die Grundbedingungen freier Entfaltung<sup>33</sup>, also um die Fähigkeit, selbstbestimmt und privatautonom eine individuelle Lebensentfaltung im Rahmen der Privatrechtsordnung zu entwickeln. Genau dies ist aber den Opfern einer grob rücksichtslosen, auf Zermürbung des Geschädigten gerichteten Schadensregulierung jedenfalls dann verwehrt, wenn sie entweder schwerste Körperschäden oder aber sehr große Sachschäden davongetragen haben, wenn Sie sich also in einer Situation befinden, in der Sie ohne Wiederherstellung des Zustands, der vor der Schädigung bestand, praktisch nicht mehr selbstbestimmt am Privatrechtsverkehr teilnehmen können. In diesen Fällen ist die *wirtschaftliche Selbstbestimmung* der Geschädigten grundlegend in Frage gestellt, sie befinden sich gegenüber dem Schädiger in einer strukturellen Abhängigkeit, die sie hilflos und damit auch ausbeutungsanfällig macht. Sie sind – je nach Einzelfall stärker oder schwächer – strukturell unterlegen und akzeptieren häufig völlig unteroptimale Vergleichsangebote auch deshalb, weil sie in ihrer ohnehin sehr geschwächten Situation das Trauma der Schadensregulierung endlich hinter sich haben wollen. In diesen Fällen der rücksichtslosen, auf Zermürbung eines Geschädigten gerichteten Schadensregulierung wird häufig mehr Schaden angerichtet, als beim Eingriff in die Darstellung der eigenen Person oder in das informationelle Selbstbestimmungsrecht. Es geht noch fundamentaler um die Fähigkeit überhaupt noch selbstbestimmt und privatautonom am Privatrechtsverkehr teilnehmen zu können und damit um eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in besonders schwerer Weise. Würde man demgegenüber schwerste Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch zermürbende Schadensregulierung ausschließlich dem Geltungsbereich des § 253 Abs. 2 BGB zuweisen, so könnte es sein, dass ein Regulierer, der – wie wohl im Fall Meili – rücksichtslos und auf Zermürbung gerichtet einen reinen Sachschaden reguliert, wegen des daraus resultierenden ideellen Schadens nicht in Anspruch genommen werden kann, weil die Voraussetzungen von § 253 Abs. 2 BGB, also die Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung nicht vorliegen. Tatsächlich passt der Anspruch auf Schmerzensgeld auch nicht auf die Fälle des rücksichtslosen, auf Zermürbung gerichteten Regulierungsverhaltens. Der vom BGH für die vorsätzliche Verletzung entwickelte Grundsatz, dass bei der Bemessung der Entschädigung aus Gründen der Prävention auch der vom Schädiger erzielte oder angestrebte (*Regulierungs-*)Gewinn zu berücksichtigen ist, gilt nämlich insbesondere bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten.<sup>34</sup> Bei Verletzung der durch § 253 Abs. 2 BGB geschützten

Rechtsgüter ist eine präventive Wirkung des Schmerzensgeldes nur eine – wenn auch durchaus erwünschte – Nebenfolge des Schmerzensgeldes.<sup>35</sup> Dogmatisch ließe sich der Anspruch auf Ersatz des durch grob rücksichtslose, auf Zermürbung des Geschädigten gerichtete Schadensregulierung auch aus der Verletzung der Pflicht zur angemessenen, fairen Schadensregulierung (§§ 249, 241, 242, 280 BGB) und aus §§ 826, 249 BGB herleiten. Entscheidend ist in allen Fällen die Erkenntnis, dass eine grob rücksichtslose, auf Zermürbung des Geschädigten gerichtete Schadensregulierung jedenfalls dann einen Eingriff in das von Art. 1 GG geschützte Allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt, wenn es dem Regulierer ersichtlich um die Erzielung von Regulierungsgewinnen geht. Insoweit sind die hier gemeinten Fälle in ihrem rechtsethischen Unrechtsgehalt den Eingriffen in Persönlichkeitsrechte vergleichbar, die seit dem Jahre 1954 bis heute zur *Caroline-von-Monaco-Doctrin*<sup>36</sup> geführt haben.

Wegbereiter waren die Entscheidungen des BGH vom 25.5.1954<sup>37</sup> zur erstmaligen Anerkennung des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* sowie des GS vom 6.7.1955<sup>38</sup> über die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes. Dabei zeigt sich, dass die Bedeutung gerade letzterer Entscheidung nicht so sehr auf dem Terrain des Schmerzensgeldes, sondern dem des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts liegt.<sup>39</sup> Das gilt erst recht für den *Herrenreiter*-Fall vom 14.2.1958<sup>40</sup>, der Pate für die konstitutive Begründung eines immateriellen Schadensersatzanspruchs für Persönlichkeitsrechtsverletzungen stand. Dadurch wurde die Persönlichkeit aus dem Schadensbereich in den Verletzungsbereich vorverlegt.<sup>41</sup>

Noch offener ausgesprochen wird der Sanktionscharakter des Schadensersatzes bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in der *Ginsengwurzel*-Entscheidung des BGH vom 19.9.1961<sup>42</sup>, in der auch erstmals für diese Fälle eine strafrechtliche Ausdifferenzierung des Verschuldensmaßstabes des § 276 Abs. 1 BGB erfolgte.

Mit Beschluss vom 14.2.1973 hat das Bundesverfassungsgericht<sup>43</sup> die Rechtsprechung zur Ersatzfähigkeit des ideellen Schadens bei schweren Persönlichkeitsverletzungen verfassungsrechtlich bestätigt. Danach ist der Anspruch auf Geldentschädigung nicht im eigentlichen Sinne ein Schmerzensgeldanspruch, sondern folgt aus dem Schutzauftrag von Art.

27 Jarass, NJW 1989, 859.

28 Schmitt Glaeser, HbStR VI 59.

29 BVerfGE 63, 161; 35, 202 (220); 54, 148 (155).

30 BVerfGE 65, 1 (43).

31 BVerfGE 56, 37 (49); 95, 220 (241); 96, 171 (181).

32 BVerfGE 72, 155 (170).

33 Dreier, DR 50.

34 BGH NJW 1995, 861, 2000, 2195 – so bereits BGH NJW 1961, 2059.

35 Palandt-Heinrichs, 64. Aufl., § 253 Rn. 10.

36 BGH NJW 1995, 861

37 BGHZ 13, 335.

38 BGHZ 18, 149.

39 Böttcher, AcP 158 (1959/60), 385.

40 BGHZ 26, 349.

41 Deutsch, JuS 1969, 197 (202).

42 BGHZ 35, 363.

43 BVerfGE 34, 269 ff.

1 und 2 GG. Letztlich hält das Bundesverfassungsgericht die Zubilligung einer Entschädigung bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als mit der Verfassung in Einklang, weil „es gerade der Durchsetzung und dem wirksamen Schutz eines Rechtsgutes dient, das diese Verfassung selbst als Mittelpunkt ihres Wertesystems ansieht“.<sup>44</sup>

Die Kritik an dieser Rechtsprechung ist auch nach ihrer verfassungsrechtlichen Billigung durch das BVerfG nicht verstummt.<sup>45</sup> Sie richtet sich aber nach wie vor nicht gegen das Ergebnis als solches – die Notwendigkeit eines umfassenden zivilrechtlichen Ehrschutzes wird selbst von den schärfsten Kritikern dieser Rechtsprechung weitgehend anerkannt – als vielmehr gegen den methodisch-dogmatischen Weg dorthin.<sup>46</sup> Den vorläufigen Höhepunkt in der Entwicklung bilden zwei Urteile des BGH vom 15.11.1994<sup>47</sup> und vom 5.12.1995<sup>48</sup> beide in Sachen *Caroline von Monaco*. In diesen Grundsatzentscheidungen hat der BGH neben dem im Vordergrund stehenden Genugtuungsgedanken erstmals ausdrücklich den Gedanken der *Prävention* herangezogen.

Damit beschreitet der BGH einen pragmatischen Weg, der auch von den Gerichten, die über eine rücksichtslose, auf Zermürbung gerichtete Regulierungspraxis zu entscheiden hatten, gewählt wurde. In all diesen Fällen geht es, wie bei *Caroline von Monaco* um die Verfolgung eigener kommerzieller Interessen. Regulierer, die die systemimmanente Rechtsschutzlücke ausnutzen, und rücksichtslos die Zermürbung eines körperlich und seelisch schwer getroffenen Geschädigten anstreben, tun dies, um *Regulierungsgewinne* zu machen, um auf Kosten des Geschädigten den Schadensaufwand so gering wie nur irgend möglich zu halten. Damit aber greifen Regulierer deshalb in die Persönlichkeit des Geschädigten ein, weil sie seine finale auf Selbstbestimmung und Selbstachtung gerichtete Handlungssteuerung durch zermürbende Regulierungspraktiken derart beeinträchtigen, dass Geschädigte die Weiterverfolgung ihrer Ansprüche entweder ganz aufgeben oder in selbstschädigender Weise Vergleiche akzeptieren. Zugleich generiert der Regulierer durch diesen Eingriff in die Persönlichkeitsstruktur des Geschädigten die von ihm angestrebten Regulierungsgewinne. Diese Zusammenhänge verdeutlichen, dass der Anspruch auf angemessene und faire Schadensregulierung zugleich Teil der verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeit des Geschädigten ist, der anderenfalls seiner Handlungsfreiheit und Würde ohne jede Sanktionsmöglichkeit beraubt werden könnte.

Im praktischen Ergebnis wird man in vielen Fällen damit leben können, dass die „Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist“.<sup>49</sup> Dogmatisch überzeugend ist dieses Ergebnis jedoch nicht, denn der BGH selbst hat immer wieder betont, dass der immaterielle Schadensersatz im Persönlichkeitsrecht seine Wurzeln gerade nicht im Schmerzensgeld, sondern in den Grundwertungen unserer Verfassung, insbesondere in Art. 1 und 2 GG hat. Dem hat

das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zugestimmt. In Konsequenz dessen hat der Gesetzgeber das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ausdrücklich nicht in § 253 Abs. 2 BGB einbezogen.<sup>50</sup> Dem hat die Literatur zugestimmt.<sup>51</sup> Folglich ist in Zukunft zwischen dem Anspruch auf Schmerzensgeld auf der einen Seite und dem Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens aus Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts scharf und präzise zu trennen. Gegenstand des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist insbesondere auch der Anspruch auf angemessene und faire Schadensregulierung.

Wer rücksichtslos auf Zermürbung eines körperlich und seelisch schwer getroffenen Geschädigten reguliert, verletzt die Würde und die Ehre des Geschädigten im Sinne von Art. 1, 2 GG und erfüllt damit den Tatbestand einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dies bedeutet im Ergebnis, dass in den Fällen, in denen die Rechtsprechung bisher grobes Fehlverhalten eines Schadensregulierers als Schmerzensgelderhöhend angesehen hat, in Zukunft eine eigenständige, vom Schmerzensgeld völlig losgelöste und der Höhe nach selbstständig zu begründende Geldentschädigung wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes zu zahlen ist.

### III. Wesentliche Ergebnisse

1. Unserer Rechtsordnung ist eine Rechtsschutzlücke immanent, die auf der Risikoaversion Geschädigter beruht und empirisch valide ist (Bernoulli-Theorem).
2. Danach werden Prozesse nicht geführt, wenn die Geschädigten nicht mindestens über ein Vermögen verfügen, das etwa doppelt so hoch ist, wie die wahrscheinlich zu erwartenden Prozesskosten im Falle eines Verlustes.
3. Diese Rechtsschutzlücke kann von Schadensregulierern strategisch ausgenutzt werden, da der Großteil der Geschädigten über das notwendige Vermögen zur Finanzierung (auch ausichtsreicher) Prozesse nicht verfügt.
4. Das hängt damit zusammen, dass Rechtsschutzversicherungen nur teilweise bestehen und nur teilweise bezahlen und dass Prozesskostenfinanzierung bisher auf einige wenige sehr große Schadensfälle (über 100.000 €) beschränkt ist.
5. Die Rechtsschutzlücke kann und wird strategisch ausgenutzt, um berechnete Schadensersatzansprüche nicht oder nicht in voller Höhe und regelmäßig viel zu spät zu befriedigen.

44 BVerfGE 34, 269 (291).

45 Honsell, VersR 1974, 205; Knieper, ZRP 1974, 137; Schieman, Argumente und Prinzipien, S. 27 ff.

46 Vertiefend Peter Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 286 ff.

47 NJW 1995, 861.

48 NJW 1996, 984.

49 BGH NJW 1995, 861 (865).

50 BT-Drs. 14/7752, S. 25.

51 Däubler, JuS 2002, 627; Wagner, NJW 2002, 2056; MüKo-Oetker § 253 Rn. 27; Palandt-Heinrichs, § 253 Rn. 10.

gen. Es besteht die Möglichkeit für Schadensregulierer in großem Stil *Regulierungsgewinne* zu generieren.

6. Die Rechtsschutzlücke kann teilweise dadurch geschlossen werden, dass die Praxis in stärkerem Maße als bisher versucht, Vorschüsse im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes (Leistungsverfügung) durchzusetzen.

7. Ergänzend sollte die Praxis vom neuen Instrument des Verzugschadensersatzes nach § 288 Abs. 1 BGB (5 % über dem Basiszinssatz) Gebrauch machen. Die Durchsetzung dieser Zinsansprüche hat präventive Funktion und mildert die Rechtsschutzlücke leicht ab.

8. Die Rechtsschutzlücke wird schließlich durch einen Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung geschlossen. Dieser Anspruch, der de lege lata in §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB angelegt ist, besteht aus drei Kernelementen:

a) Pflicht zur umfassenden, wahrheitsgemäßen und objektiven Sachverhaltsaufklärung

b) Pflicht zur zeitnahen Entwicklung eines (Vor-)Finanzierungskonzeptes

c) Pflicht zur Entwicklung eines Konzeptes zur angemessenen psychologischen Betreuung

9. Verletzen Schadensregulierer rücksichtslos und mit dem Ziel der Zermürbung der geschädigten Person deren Anspruch auf eine angemessene, faire Schadensregulierung, so löst dies einen Anspruch wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus. Dieser Anspruch steht neben einem Schmerzensgeldanspruch aus § 253 Abs. 2 BGB. Er ist eigenständig zu berechnen und der Höhe nach so zu gestalten, dass die vom Schadensregulierer angestrebten Regulierungsgewinne anreizkompensierend sanktioniert werden (*Caroline von Monaco-Doktrin*).

## Ansprüche des Käufers bei Selbstvornahme der Mängelbeseitigung

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.2.2005 – VIII ZR 100/04 –

Dr. Martin Tonner, Hamburg\*

Zu den am heftigsten diskutierten Problemen des neuen Schuldrechts gehört die Frage, ob ein Käufer, der während des Laufs einer von ihm gesetzten Frist zur Nacherfüllung wegen eines Mangels der Kaufsache (oder auch ohne überhaupt eine solche Frist zu setzen) die Mängelbeseitigung selbst vornimmt oder durch einen Dritten vornehmen lässt, einen Anspruch auf Ersatz der von dem Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mängelbeseitigung hat. In einem Aufsehen erregenden Aufsatz hat *Lorenz* die These vertreten, dass dem Käufer ein solcher Anspruch gemäß § 326 Abs. 2 S. 2 BGB direkt oder analog zusteht.<sup>1</sup> Nunmehr hat der Bundesgerichtshof in einer zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehenen Entscheidung<sup>2</sup> zu der Frage Stellung genommen und entschieden, dass der den Mangel selbst beseitigende Käufer weder Anspruch auf Ersatz seiner Kosten noch auf Zahlung ersparter Nacherfüllungskosten des Verkäufers hat. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass dem BGH hinsichtlich einer Ablehnung des Anspruchs aus § 326 Abs. 2 S. 2 BGB analog zuzustimmen ist, dass es aber im Fall eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels nicht bei diesem Ergebnis bleiben kann.

### I. Die These von der analogen Anwendung des § 326 Abs. 2 S. 2 BGB und die Entscheidung des BGH

Noch bevor überhaupt instanzgerichtliche Rechtsprechung zum Thema vorlag, hat *Lorenz* im Jahr 2003 eine vermeintliche Lücke im neuen Kaufrecht entdeckt: Durch die Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Käufer ohne vorherige Fristsetzung oder vor Fristablauf werde die Nacherfüllung durch den Verkäufer unmöglich. Nach §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 6 BGB könne der für das Unmöglichwerden der Nacherfüllung allein verantwortliche Käufer nunmehr weder zurücktreten noch mindern (vgl. § 441 Abs. 1 BGB). Gleichwohl bleibe der Kaufpreisanspruch des Verkäufers wegen § 326 Abs. 1 S. 2 BGB in voller Höhe erhalten. Dies offenbare eine Regelungslücke, weil das vom Käufer vereitelte Nacherfüllungsrecht den Verkäufer auf jeden Fall mit Kosten belastet hätte (vgl. § 439 Abs. 2 BGB). *Lorenz* konstatiert einen „Nachge-

\* Der Autor ist Richter beim Amtsgericht Hamburg, Lehrbeauftragter an der Bucerius Law School in Hamburg und Habilitand an der Humboldt-Universität zu Berlin (Lehrstuhl Prof. Dr. Reinhard Singer).

1 *Lorenz*, NJW 2003, 1417 ff.; für eine direkte Anwendung jetzt *ders.*, NJW 2005, 1321 (1322); Zustimmung für *Lorenz* u.a. von *Ebert*, NJW 2004, 1761 (1762 f.); Palandt-*Putzo*, 64. Aufl., § 437 Rn. 4a; *Bydlinski*, ZGS 2005, 129 ff.; *Wiese*, in: M. Tonner/Wiese, BB 2005, 903 (905 ff.).

2 BGH, Urteil vom 23.2.2005 – VIII ZR 100/04; dazu erste Stellungnahmen von M. Tonner/Wiese, BB 2005, 903 ff.; *Lorenz*, NJW 2005, 1321 ff.