

Der Anspruch auf angemessene Schadensregulierung

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. Alles Recht in der Welt, so führt er fort, ist erstritten worden, jeder wichtige Rechtssatz hat erst denen, die sich ihm widersetzen abgerungen werden müssen, und jedes Recht, sowohl das Recht eines Volkes wie das Recht eines Einzelnen, setzt die stetige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus. „Alle großen Errungenschaften, welche die Geschichte des Rechts zu verzeichnen hat: Die Aufhebung des Sklaverei, der Leibeigenschaft, die Freiheit des Grundeigentums, der Gewerbe, des Glaubens und vieles andere mehr, sie alle haben erst auf diesem Wege des heftigsten, oft Jahrhunderte lang fortgesetzten Kampfes, erstritten werden müssen und nicht selten bezeichnen Ströme von Blut, überall aber zertretene Rechte den Weg, den das Recht dabei gewandelt ist.“¹ Der Kampf ums Recht – so führt *Jhering* fort – ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst.²

Das alles klingt für heutige Ohren etwas pathetisch. Wir würden formulieren, dass das Recht die ihm immanenten Funktionsziele zu erreichen hat, das Funktionsdefizite zu vermeiden sind, insbesondere solche, die aus dem Auseinanderfallen zwischen materiellen Recht einerseits und seiner prozessualen Durchsetzung andererseits entstehen.³ 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.⁴ Die Gründe für die unserem Rechtssystem immanente Rechtsschutzlücke hat der Schweizer Mathematiker *Daniel Bernoulli* bereits im Jahre 1738 beschrieben. Das *Bernoulli-Theorem* besagt, dass menschliches Handeln bei einer Entscheidung unter Unsicherheit nicht nur die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Zu-

¹ Rudolf von Jhering, *Der Kampf ums Recht*, S. 10.

² Jhering, aaO., S. 17.

³ Wolfgang Zöllner, *Materielles Recht und Prozessrecht*, AcP 190 [1990], 471-95.

⁴ Peter Müller, *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, 2000, 369 ff.

standes in seiner Entscheidung berücksichtigt, sondern vor allem auch seine subjektive Bewertung des Nutzens dieses Ereignisses für ihn mit einfließen lässt.⁵ 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.⁶ 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 Euro geltend machen. Die gesamten außergerichtlichen und gerichtlichen Kosten betragen hierfür ca. 27.100 Euro. 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 Euro. Obwohl er den Prozess mit einer 90%igen Wahrscheinlichkeit gewinnen würde (der Erwartungswert beträgt also 24.390 Euro), wird er diesen Prozess nicht führen, weil er nicht ausschließen kann, den Prozess zu verlieren. Tritt dieser – unwahrscheinliche aber mögliche – Fall ein, so wäre der Anspruchsteller sein gesamtes Vermögen los. Er verhält sich – wie alle Menschen – risikoaavers und würde diesen höchst aussichtsreichen Prozess nicht führen.⁷ Erst nach einer Ausstattung mit einem einsetzbaren Vermögen von 50.000 Euro wird der Anspruchsinhaber bei gleichen Erfolgsaussichten den Prozess wagen.⁸

Die Tatsache, dass Menschen unter Ungewissheit risikoaavers handeln, ist heute empirisch abgesichert. Die Arbeiten der Nobelpreisträger *Kahnemann* und *Tversky* haben die Annahmen von *Bernoulli* eindrücklich belegt und in Teilbereichen verfeinert.⁹ Die auf diese Weise entstehende Rechtsschutzlücke ergibt sich nicht als Folge der Unzulänglichkeit materieller oder prozessualer Vorschriften. Als Lücke erweisen sich vielmehr die Hindernisse, die den Rechtsschutzzugang aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Anspruchsinhabers vereiteln. Denn die Entscheidung für und gegen die Durchsetzbarkeit eines Rechts hängt nicht nur von der materiellen Durchsetzbarkeit ab. Entscheidend ist vielmehr das Zusammenwirken von Erfolgswahrscheinlichkeit, der Ausstattung mit finanziellen Mitteln und dem nicht unwesentlich dadurch bedingten Risikoverhalten des Anspruchsinhabers.¹⁰

⁵ ausführlich zum Erwartungsnutzenprinzip Bamberg-Coenenberg, Betriebswirtschaftliche Entscheidungslehre, 10. Aufl., S. 82 ff.

⁶ Williams, Smith, Young, Risk Management and Insurance, 6. Aufl., Boston 1998, S. 5.

⁷ Beispiel von Moritz Dimde, Rechtsschutzzugang und Prozessfinanzierung im Zivilprozess – eine ökonomische Analyse des Rechts, 2003, 125 ff.

⁸ Dimde, aaO, S. 127.

⁹ Vgl. Peter L. Bernstein, Wider die Götter, 2. Aufl., 1998, Gerling Akademie Verlag, S. 344 ff.

¹⁰ Dimde, aaO, S. 219.

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*.¹¹

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.¹² 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“.¹³

Katrin Schrader¹⁴, die von unfairen Regulierungspraktiken trotz schwerster Schädigung betroffen ist, ergänzt: „Wer aufgrund eines Schadensereignisses physisch und psychisch geschädigt, finanziell ausgelaugt bzw. ruiniert (zumal er alle Kosten über Jahre vorzufinanzieren hat) und trotz eindeutiger Sachlage mit immer neuen, aus der Luft gegriffenen Verweigerungsbelegungen über Jahre hinweg entmutigt oder gar des Eigenverschuldens angeschuldigt wird, *kann* sich nicht mehr wehren. Nach fünf oder sechs Jahren außergerichtlicher Verhandlungen und mit einem jahrelangen prozessualen Rechtsstreit vor Augen ist dann *jeder* bereit, einen für den Versicherer günstigen Vergleich einzugehen“.¹⁵

¹¹ Hans-Werner Sinn, *Ökonomische Entscheidungen unter Unsicherheit*, 1980, S. 249.

¹² *Nachcafé*gäste bei Wieland Backes – Recht haben – Recht bekommen?

¹³ Gespräch mit Frau Waibl Anfang März 2005 – Frau Waibl ist Partnerin der Münchener Kanzlei Weinberger & Partner.

¹⁴ Name anonymisiert.

¹⁵ Brief von Katrin Schrader an den Verfasser vom 2. März 2005, S. 5.

Gelegentlich wird in internen Gesprächen angedeutet, dass es noch eine weitere Möglichkeit gibt, die Lücke in unserem Rechtssystem strategisch auszunutzen. Es soll angeblich Versicherer geben, die auch nach ihrer eigenen Einschätzung durchaus berechnete Ansprüche der eigenen Versicherten oder geschädigter Dritter abweisen. Da sich angeblich nur 5 bis max. 10 % aller Personen, deren Ansprüche abgewiesen werden, durch Klageerhebung wehren, kann man auf diese Weise erhebliche *Regulierungsgewinne* machen. John Grisham hat in seinem Weltbestseller *Der Regenmacher* einen jungen Anwalt in den Mittelpunkt des Geschehens gerückt, der einem großen amerikanischen Versicherer nachgewiesen hat, in dieser Weise seine eigenen Versicherten strategisch auszubeuten. Die Jury hat den Versicherer in jenem Fall zum Schadensersatz verurteilt (200.000 \$) und daneben einen Strafschadensersatz in Höhe von 50 Mio. Dollar verhängt. Ob es Praktiken dieser Art nur in Kriminalromanen oder auch in der Wirklichkeit gibt, ist schwer zu beweisen. Gelegentlich deuten äußere Fakten darauf hin, dass Versicherer mit strategischen *Regulierungsgewinnen* rechnen, nämlich dann, wenn Einstiegs- tarife – wie teilweise in der Berufsunfähigkeitsversicherung – so niedrig kalkuliert werden, dass sie für den Kenner der Materie von vornherein als kaum auskömmlich gelten. In solchen Fällen wird vermutet, dass man das Einstiegsdumping mit späteren (strategischen) Regulierungsgewinnen kompensieren will.¹⁶

Die Prozesskostenhilfe ist nach Einschätzung von Praktikern in all diesen Fällen ein stumpfes Schwert. Zum einen sind wir in komplexen und schwierigen Fällen, um die es hier geht, kaum bereit für umgerechnet etwa 1,50 Euro 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 Prozesskostenfinanzierers 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 oberhalb von 100.000 Euro 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. Folglich müsste der Schädiger einen Zustand herstellen, der der Situation ohne Schadensereignis entspricht. Er würde also sofort einen grös-

¹⁶ So Andeutungen in Gesprächen, die der Verf. mit Insidern geführt hat.

ren Vorschuss, ähnlich wie es § 11 VVG fordert, zur Verfügung stellen, er würde ein Konzept für eine angemessene und faire Schadensregulierung zusammen mit dem Geschädigten entwickeln, man würde geeignete Ärzte und andere Berater gemeinsam suchen, um die bei der Kompensation des Schadens auftretenden Probleme so reibungslos und schnell wie möglich zu lösen, man würde über psychologische Unterstützung für den Geschädigten nachdenken, der ja vor dem Schadensfall ohne jede Beeinträchtigung gelebt hat und erst durch den Schadensfall in eine Lebenssituation gerät, die, jedenfalls bei schwerwiegenden Personenschäden, eine Wiederherstellung des früheren Zustands häufig nicht mehr ermöglicht.

Die daraus resultierenden physischen und psychischen Belastungen liegen auf der Hand – der Schädiger müsste also alles dafür tun, um das seelische Leid des Opfers zu mildern, da er ja den Zustand wiederherstellen soll, der zuvor bestand. Dies würde auch in all den Fällen gelten, in denen der Geschädigte das Ereignis nicht in vollem Umfang verursacht hat und man sich möglicherweise über die Verursachungsquote streitet. Da der Schädiger nicht ausschließen kann, dass sich in einem späteren Prozess seine volle oder überwiegende Verursachungsquote herausstellt, müsste er mit Blick auf diese Möglichkeit mit Eintritt des Schadens alles tun, um den Zustand wiederherzustellen, der früher bestand. Nach Ablauf langjähriger Verhandlungen und womöglich langjähriger Prozesse, kann der Schädiger diese von ihm vom ersten Tag an geschuldete Kompensation nicht mehr bewirken, weil nun durch den Zeitablauf viel Porzellan zerschlagen ist.

Sollte sich umgekehrt am Ende eines langwierigen Prozesses womöglich herausstellen, dass der Schädiger nur einen sehr geringen Verursachungsanteil trägt, so erweisen sich seine Kompensationsversuche für die Vergangenheit möglicherweise als überdimensioniert. Der Geschädigte wäre ungerechtfertigt bereichert und müsste die ihm durch die Schadensregulierung zugewendeten Vorteile nun herausgeben. Im Augenblick sind wir aber weit entfernt davon, über Überkompensation durch aktive und faire Schadensregulierung nachzudenken. Wir haben umgekehrt eine gravierende Rechtsschutzlücke im System, die strategisch genutzt werden kann, um Regulierungsgewinne zu erzielen. Die daraus resultierenden Probleme für die Betroffenen müssen zunächst einmal in das Bewusstsein der Gesellschaft und vor allem der Richterinnen und Richter vordringen und die Standards für eine angemessene und faire Schadensregulierung müssen entwickelt werden. Wie wichtig und notwendig es ist, über Standards für eine angemessene und faire Schadensregulierung nachzudenken, zeigen die folgenden praktischen Fälle.

II. Die Fälle

1. Katrin Schrader¹⁷

Katrin Schrader ist eine junge Frau, deren rechtes Bein ca. 2 cm kürzer war als das linke. An sich ist dies nicht problematisch – 3/4 der Bevölkerung haben eine Beinlängendifferenz von etwa 1 cm. Der behandelnde Professor wusste aufgrund der radiologischen Befunde, dass keine Beinlängendifferenz von 4cm vorlag. Dies behauptete er nur, um Frau Schrader von der Dringlichkeit der Operation zu überzeugen. Die Operation wurde im Mai 1988 von einem medizinischen Laien durchgeführt, der Professor selbst war behandlungstechnischer Laie – wie der gesamte Rest der Station auch. Niemand konnte eingreifen. Das rechte Bein von Frau Schrader wurde gebrochen. Dann versuchte man es zu dehnen. Seither kann Frau Schrader nur noch unter permanenten und sehr starken Schmerzen laufen. Sie leidet unter erheblichen Konzentrationsstörungen, Migräneanfällen und kann deshalb das begonnene Jurastudium nur gelegentlich und mit sehr großen Verzögerungen fortführen. Ob die früher belastbare und aktive junge Frau es je schaffen wird, die Staatsexamina zu bewältigen, steht in den Sternen.

Der Professor der Medizin wurde mit Strafbefehl des Amtsgerichtes München – rechtskräftig seit Juni 1994 – zu einer Bewährungsstrafe von 7 Monaten wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 StGB verurteilt und hat ein Bewährungsgeld in Höhe von DM 100.000 gezahlt.

Die wesentlichen Umstände des Sachverhaltes standen bereits im Jahre 1990 aufgrund von Zeugenaussagen beteiligter Mediziner fest. Der Strafbefehl vom Juni 1993 beseitigte die letzten Unklarheiten. Trotzdem hat die Allianz als Haftpflichtversicherer der beiden Schädiger den Haftungsgrund bis in das Jahr 2000 bestritten. Nach dem Strafbefehl vom 14. Juni 1993 schrieb die Allianz am 9. April 1997 (also vier Jahre später), dass zunächst einmal eine Stellungnahme des Versicherungsnehmers eingeholt werden solle sowie Einsichtnahme in die Strafakten genommen werden müsste. *„Da der Haftungsgrund noch völlig offen ist, sehen wir uns auch leider nicht in der Lage, die Zwischenzeit durch eine Zahlung eines gewissen Vorschussbetrages zu überbrücken ...“*

Auf Nachfrage verweigerte die Allianz am 7. Mai 1997 erneut jegliche Vorschusszahlung, da ihre Ermittlungen zur Deckung und zum Haftungsgrund noch nicht abgeschlossen seien. Mit Datum vom 10. Juni 1997 teilte sie der Krankenkasse von Frau Schrader mit: *„Angesichts höchst zweifelhafter Haftungslage bitten wir um Verständnis, wenn wir zu Ihrer Forderung*

¹⁷ Name anonymisiert.

vor Abschluss der Haftungsprüfung nicht Stellung bzw. Zahlung leisten können. Die Haftungsprüfung erweist sich inzwischen allerdings als sehr kompliziert und wird sicherlich ohne Einschaltung von Sachverständigen bzw. die Durchführung eines Rechtsstreites nicht möglich sein“.

Dann erst, am 17. Juli 1997 und damit über 9 Jahre nach der Tat, forderte die bis dahin nahezu untätige Allianz erstmals überhaupt die Krankenunterlagen an, auf deren Grundlage sie die haftungsrechtliche Situation bisher als „*sehr kompliziert*“ beurteilt hat. Im September 1997 bezahlte die Allianz unter Vorbehalt DM 10.000. Erst nach langen Verhandlungen, fast 15 Jahre nach der Tat, im Januar 2003 erklärte die Allianz erstmals, dass Frau Schrader mit der Operation aus dem Jahre 1988 *Unrecht* widerfahren sei. Ein *Vorschuss* auf den materiellen Schaden wurde abgelehnt; in der Begründung wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass es an der Kausalität fehle. Das von Frau Schrader verlangte Schmerzensgeld wurde als zu hoch zurückgewiesen. Wegen des Verdienstentgangs sei der Kausalzusammenhang zwischen Operation und Schaden nachzuweisen. Dies obgleich die beiden seitens der Allianz eingeholten Gutachten die Kausalität mit an „*Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*“ bejahen.

Anlässlich einer Besprechung zur „*gütlichen außergerichtlichen Einigung*“ am 3. Januar 2002 erklärte der Leiter der Schadensabteilung der Allianz wörtlich: „*Nur, weil nicht alles so gelaufen ist, wie Sie sich das vorgestellt haben, können wir Ihnen kein Schmerzensgeld bezahlen*“.

Frau Schrader hat Ende Dezember 2004 eine 240seitige Klage eingereicht. Ihren Lebensunterhalt bestreitet sie aus einer monatlichen Zahlung ihres Vaters und aus Teilbeträgen des Schmerzensgeldes.

Würde man – so Katrin Schrader – die Rechtsprechung zynisch interpretieren, wonach sich „*der Geschädigte mit dem Schmerzensgeld die Dinge leisten soll, die er sich sonst nicht leisten kann*“, so könnte man sagen, dass der Geschädigte sich mit diesem Geld tatsächlich das leisten kann, was er sich sonst nicht geleistet hätte – nämlich jahrelange teure Gerichtsverfahren.¹⁸

2. Sebastian

Sebastian wurde am 24. Oktober 1996 mit schweren körperlichen Fehlbildungen geboren. Beide Oberarme waren nicht ausgebildet, der rechte Oberschenkel war verkürzt, der linke

¹⁸ Dem Verf. liegt eine präzise Beschreibung des Abwicklungsverhaltens der Allianz von 1989 bis Juli 2003 vor.

fehlte. An beiden Beinen fehlte das Wadenbein, beide Füße wiesen eine Knick-Hack-Fußstellung auf. Die Eltern von Sebastian nahmen die Frauenärztin auf Schadensersatz in Anspruch, weil diese während der von ihr durchgeführten Schwangerschaftsbetreuung die Fehlbildungen des Kindes pflichtwidrig nicht erkannt hatte und deshalb eine rechtlich zulässige Abtreibung unterblieb. Die Mutter von Sebastian leidet seit der Geburt des Kindes an einem psychischen Trauma und verlangt deshalb Schmerzensgeld.

Im Verlauf der Schwangerschaft nahm die Mutter insgesamt elf Ultraschalluntersuchungen vor. Der bei diesen Untersuchungen anwesende Vater fragte wiederholt, ob mit dem Kind alles in Ordnung sei, was die Frauenärztin bejahte.

Landgericht, Oberlandesgericht und der BGH haben übereinstimmend entschieden, dass die Verletzung der Pflichten aus einem ärztlichen Behandlungsvertrag, der auf die pränatale Untersuchung in der Schwangerschaftsbetreuung zwecks Vermeidung der Geburt eines schwer vorgeschädigten Kindes gerichtet war, Grundlage für den Anspruch gegen den Arzt auf Erstattung des (gesamten) Unterhaltsbedarfs des Kindes sein kann, das mit schweren Behinderungen zur Welt kommt.¹⁹ Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH.²⁰ Der zu ersetzende Schaden erfasst – so der BGH weiter – die kausal auf den unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch zurückzuführenden Belastungen mit dem Unterhaltsaufwand des Kindes. Denn auch dieser Schaden ist unter den hier gegebenen Umständen vom Schutzzweck des Behandlungsvertrages mit umfasst.²¹ Die Schadensersatzpflicht des haftenden Arztes erfasst auch den Unterhaltsbedarf des Kindes. Die schwerwiegenden Gefahren für die Mutter drohten hier gerade auch für die Zeit nach der Geburt, denn eine Selbstmordgefahr und eine erhebliche Depression von deutlichem Krankheitswert war gerade für diesen Zeitraum zu befürchten und hat sich hinsichtlich der Beeinträchtigung ihrer seelischen Gesundheit auch verwirklicht, da sie konstitutionell den Belastungen durch die Verantwortung für das schwer behinderte Kind nicht gewachsen war. War demgemäß der vertragliche Schutzzweck auch auf die Vermeidung dieser Gefahren durch das „Haben“ des Kindes gerichtet, so erstreckt sich die aus der Vertragsverletzung resultierende Ersatzpflicht auch auf den Ausgleich der durch die Unterhaltsbelastung verursachten vermögensrechtlichen Schadenspositionen.²² Eine dahingehende Bestimmung des vertraglichen Schutzzumfangs, die bei derartigen Sachverhalten unter Geltung der früheren „embryopathischen Indikation“ in der Rechtsprechung anerkannt war²³, nunmehr auch für entsprechende Fallgestaltungen im Rahmen der nach der geltenden Rechts-

¹⁹ BGH VI ZR 136/01 v. 18. Juni 2001, Urteilsgründe S. 6.

²⁰ Vgl. z.B. Senatsurteile vom 4. März 1997, VersR 1997, 698, 699 oder VersR 2002, 233 f., jeweils m.w.N.

²¹ BGH v. 18. Juni 2002, Urteilsgründe S. 16.

²² Urteilsgründe S. 17/18.

²³ BGHZ 86, 240, 247 f.; BGH VersR 1997, 698, 699; 2002, 233, 234.

lage maßgeblichen medizinischen Indikation, entspricht im Übrigen der gesetzgeberischen Lösung, die bisher von § 218a Abs. 3 StGB a.F. erfassten Fallkonstellationen jetzt in die Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB einzubeziehen.

Das Bemerkenswerte an diesem Urteil ist die Tatsache, dass der BGH seine langjährige Rechtsprechung zur embryopathischen Indikation bestätigt hat, nachdem der Gesetzgeber die embryopathische Indikation begrifflich in die medizinische Indikation integriert hatte, ohne dadurch irgendetwas ändern zu wollen.²⁴ Der BGH hat also nur bestätigt, dass eine Rechtsprechung, wonach ein Arzt haftet, wenn aufgrund seines Fehlers ein Kind zur Welt kommt, das ohne diesen Fehler nicht geboren wäre, trotz der Neufassung des § 218a Abs. 2 StGB vom 21.08.1995²⁵ unverändert Bestand hat. Bedenkt man, dass der Gesetzgeber in der Begründung zur Neufassung des § 218a Abs. 2 StGB ausdrücklich klarstellt, dass die frühere embryopathische Indikation nunmehr von der medizinischen erfasst sein soll, so stellt sich schon die Frage, warum Eltern, die mit einem schwerstbehinderten Kind leben lernen müssen, nun auch noch der Gang durch drei Instanzen bis zum BGH zugemutet wird. Hinzu kommt, dass der BGH seit 1980 in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, dass der Unterhaltsaufwand für Kinder, die durch ärztliches Fehlverhalten geboren werden, selbstverständlich zu ersetzen ist.²⁶ Der BGH hat zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Arzt, wie jeder andere Vertragspartner auch, für die sorgfältige Erfüllung des Vertrages einzustehen habe.²⁷

Es geht, was in all diesen Fällen in der öffentlichen Diskussion immer wieder verwechselt wird, nicht darum, dass ein Kind womöglich ein Schaden ist, sondern nur um die viel schlichtere Erkenntnis, dass ein Arzt für seine Fehler genauso einstehen muss, wie jeder andere Vertragspartner auch.²⁸ Deshalb erstreckt sich der Schadensersatzanspruch gegen den Arzt grundsätzlich auch auf die gesamte Unterhaltsbelastung, der die Eltern wegen des ärztlichen Fehlers ausgesetzt sind. Auch in diesem Punkt unterscheidet der BGH in ständiger Rechtsprechung nicht zwischen einem gesunden und einem behindert geborenen Kind – das ist folgerichtig und zeigt, dass es niemals um das unstreitig bestehende Lebensrecht des Kindes, sondern immer nur um den Ausgleich des Unterhaltsschadens geht.²⁹ Dabei ist der Anspruch naturgemäß durch den behinderungsbedingten Sonderbedarf geprägt und fällt deshalb regelmäßig höher als bei gesunden Kindern aus.³⁰

²⁴ Dazu vertiefend die Vorsitzende Richterin des VI. Zivilsenats des BGH Gerda Müller, NJW 2003, 697-706.
²⁵ BGBl. I, 1050; in der Begründung heißt es ausdrücklich, dass die Fallkonstellation der früheren embryopathischen Indikation nunmehr von der medizinischen Indikation aufgefangen werden soll, BT-Drs. 13/1850, S. 51.

²⁶ BGHZ 76, 249 = NJW 1980, 1450.

²⁷ BGHZ 124, 128, 140 = NJW 1994, 788.

²⁸ So auch Gerda Müller, aaO., NJW 2003, 697, 698 ff.

²⁹ BGHZ 89, 95, 105 = NJW 1984, 658; BGHZ 124, 128, 147 = NJW 1994, 788.

³⁰ BGHZ 89, 95, 105 = NJW 1984, 658.

Es geht, worauf Gerda Müller, die Vorsitzende Richterin des VI. Zivilsenats beim BGH, noch einmal ausdrücklich und zu Recht hinweist, letztlich um die Frage, wer die Kosten für den Unterhalt eines Kindes tragen muss, das selbst nicht für sich sorgen kann und im Fall einer angeborenen schweren Behinderung hierzu auch nie im Stande sein wird.³¹ Diese Kosten werden durch das Haftungsrecht bei bestimmten Fallkonstellationen dem Arzt aufgebürdet, und zwar ausschließlich im Interesse des Kindes. Das ist der Beitrag, so Gerda Müller weiter, den das Haftungsrecht leisten kann und nach unserem Verständnis auch leisten muss, um Konfliktsituationen zu lösen, die durch die komplexe Vermengung von natürlichen Vorgängen und medizinischer Beeinflussung entstehen.

Fälle dieser Art sind tragisch und glücklicherweise selten. Abgesehen von allen menschlichen Schwierigkeiten, die sie aufwerfen, ist aber für jeden einigermaßen Fachkundigen klar, dass der BGH seit 1980 einen klaren Trennungsstrich zwischen das unbestreitbare Lebensrecht des Kindes auf der einen Seite und den Unterhaltsanspruch in Geld auf der anderen Seite zieht. Das dahinter stehende Grundkonzept ist einfach, auch ein Arzt muss für die Vermögensschäden einstehen, die er fehlerhaft herbeiführt. So gesehen hätte es für den Haftpflichtversicherer des Arztes, die Versicherungskammer Bayern, nahe gelegen, bei einer angemessenen und fairen Schadensregulierung zunächst einmal einen größeren Vorschuss an die Eltern von Sebastian zu zahlen und dann gemeinsam mit ihnen über die Frage nachzudenken, ob es, wegen der offenen, noch nicht vom BGH entschiedenen Fragen, ausnahmsweise zumutbar wäre, den Fall zum Anlass für einen Musterprozess zu nehmen.

Tatsächlich ist dies alles nicht passiert. Die Versicherungskammer Bayern hat die Regulierung des Schadens vollständig abgelehnt und alles getan, um den Anspruch nach verlorenem Grundurteil beim BGH nun der Höhe nach zu torpedieren. Sebastian, so heißt es in einem Brief vom 17.12.2003, „wurde ohne Hände und Unterarme sowie mit – links mehr als rechts – verkürzten Beinen geboren. Er kann mithilfe von Prothesen stehen, laufen und Dreirad fahren und wird in Armersatztätigkeit mit therapeutischer Hilfe gezielt eingewiesen und intensiv geschult. Seine Behinderung stufte die Krankenkasse zunächst in Grad I, dann in Grad II von drei Pflegebedarfsstufen ein: „Wir gehen davon aus, dass seine Pflegebedürftigkeit nach zunehmender Fertigkeit im Umgang mit den Prothesen weitgehend wieder entfallen wird. Der Junge hat keine geistige Beeinträchtigung. Er wird, wie das Beispiel ähnlich rein körperlich behinderter Menschen zeigt, mit zunehmendem Alter ein vollwertiges, erfülltes und selbstständiges Leben führen können“. Weiter heißt es: „Mindestens im ersten Lebensjahr fällt kein Mehraufwand an. Bei jedem Kind, auch mit Händen und Unterarmen, ist in dieser Zeit voll-

³¹ Gerda Müller, aaO., NJW 2003, 706.

ständige Betreuung nötig. Auch ein gesunder Säugling braucht Rund-um-die-Uhr-Pflege ohne jede eigene Kooperation“. Den zeitlichen Mehraufwand wegen Behinderung des Kindes schätzen wir ab dem zweiten Lebensjahr bis auf weiteres auf durchschnittlich zwei Stunden pro Tag ein. Anfangs wird der Aufwand im Vergleich zum gesunden Kind noch gering sein, dann anwachsen, später mit zunehmender Verselbständigung des Kindes wieder weniger werden“.

Demgegenüber steht der Pflegebericht der Eltern von Sebastian. Wegen der schweren körperlichen Fehlbildungen ist Sebastian völlig hilflos. Er kann ohne Hilfe nicht stehen, nicht laufen und keinerlei Gegenstände greifen. Er ist damit umfassend auf Pflege und Betreuung angewiesen, daran wird sich im Grundsatz auch dann nichts ändern, wenn in Zukunft durch Hilfsmittel (z.B. Prothesen) eine partielle Verbesserung erreicht werden sollte. Sebastian braucht mindestens 12 Stunden täglich gesonderte Pflege. Hinzuzurechnen sind noch die Zeiten für Fahrten zur Krankengymnastik, Ergotherapie, zu Ärzten, Kliniken und Orthopäden. Es entstehen ständig Fahrtkosten für die Fahrten zu Ärzten, Therapeuten und Orthopädietechniker, Kosten für Wäscheverschleiß, Kosten für die Abänderung von Kleidung, Kosten für behindertengerechte Prothesen und Schuhe, Kosten für behindertengerechten Spielzeug, Kosten für spezielles Zubehör zum PC und vieles andere mehr.

Die Eltern und der Anwalt von Sebastian haben ein Regulierungsgespräch angeregt. Geschehen ist von alledem lange nichts – die Versicherungskammer Bayern hat für die ersten sieben Jahre einen Vorschuss in Höhe von 55.000 Euro bezahlt. Der Mehraufwand für das erste Lebensjahr wurde vollständig abgelehnt und der Mehraufwand ab dem zweiten Lebensjahr auf durchschnittlich zwei Stunden pro Tag festgelegt. Dabei wäre es doch ein Leichtes gewesen, zumindest erst einmal den wirklichen Sachverhalt aufzuklären. Eine von der Versicherungskammer Bayern bestellte Pflegeperson hätte doch anstelle der Eltern von Sebastian oder neben ihnen, die Pflege für einige Zeit übernehmen können. Diese Person hätte dann im Einzelnen über den notwendigen täglichen Mehraufwand berichtet und es wäre ohne erneute Konflikte mit den Eltern möglich gewesen, den Schaden der Höhe nach einfach, unbürokratisch und vor allem fair zu berechnen. Nachdem das Erste Deutsche Fernsehen über diesen Fall in der Sendung „Report Mainz“ berichtete, hat der Pressesprecher der Versicherungskammer Bayern zunächst die Zahlung eines größeren Vorschusses in Aussicht gestellt – diese Ankündigung wurde wenig später wieder zurückgenommen.³² Nach einem zweiten Beitrag von Re-

³² Rechnet man den täglichen Betreuungsaufwand mit 12 Stunden à 12 Euro, dann ergibt das wöchentlich ca. 1.000 Euro, monatlich also 4.000 Euro. Der Zuschuss der Krankenkasse beträgt 650 Euro – es bleiben etwa 3.300 Euro übrig. In 12 Monaten sind dies ca. 40.000 Euro – unabhängig von weiteren Aufwendungen, die mit etwa 20.000 Euro zu Buche schlagen, hätten allein für die ersten sieben Lebensjahre um die 300.000 Euro gezahlt werden müssen. Die Versicherungskammer legte für die gleichen sieben Jahre zunächst einen Betrag von 41.310 Euro zugrunde (2 Std. tgl., Stundenlohn 9 Euro).

port Mainz zum Fall hat sich die Versicherungskammer Bayern zu konstruktiven Vergleichsgesprächen bereit erklärt. Die Gespräche wurden von dem renommierten Richter am BGH a.D., Dr. Manfred Lepa, moderiert und führten im Jahre 2005 zu einem Vergleich, der im Wesentlichen die Berechnungsmethode der BGH-Rechtsprechung widerspiegelt. Zugrunde gelegt wurde u.a. ein zusätzlicher Betreuungsbedarf von 9 Std. täglich. Bleibt die Frage, warum dies alles erst 8 Jahre nach der Geburt von Sebastian geschieht, warum erst der BGH entscheiden musste und was wohl geschehen wäre, wenn sich Report Mainz dieses Themas nicht angenommen hätte.

3. Michael Müller³³

Michael Müller wird im Mai 1993 etwas zu früh aber gesund geboren. Wegen Unreife wurde er in eine Kinderklinik verlegt. Seine Mutter pumpte mehrmals am Tag Milch ab – die Milch wurde von ihr und dem Vater in die Kinderklinik gebracht. Drei Tage nach der Geburt wurde Frau Schmidt, die ebenfalls kürzlich entbunden hatte, mit etwa 40 Grad Fieber und Schmerzen im Unterleib in das Zimmer zu Frau Müller gelegt. Frau Schmidt ging es schlecht, sie litt unter heftigen Durchfällen, ein Toilettensitz wurde gebracht. Da sie sehr schwach war, halfen ihr die Schwestern beim Abpumpen der Milch, die wegen der Antibiotika nicht gefüttert werden durfte, sondern in die Toilette oder das Waschbecken geschüttet wurde. Um das Prozedere zu erleichtern, wurde die Milchpumpe, die von beiden Müttern benutzt wurde, aus dem Wickelraum geholt und zwischen den Betten aufgebaut. Desinfiziert wurden nur die Aufsätze, gereinigt wurde die Milchpumpe nicht nach jeder Benutzung. Einen Tag später ging das Fieber von Frau Schmidt aufgrund der Antibiotika zurück. Wegen der Durchfälle wurden Stuhluntersuchungen im Zentrallabor des Klinikums gemacht. Dabei wurden Salmonellen gefunden. Zwar wurde Frau Schmidt in ein anderes Zimmer verlegt, über den Grund der Verlegung wurde Frau Müller jedoch im Unklaren gelassen. Auch desinfiziert wurde das Zimmer nicht. Insbesondere aber wurden die auf der Kinderstation für das Kind von Frau Müller verantwortlichen Ärzte nicht darüber informiert, dass bei der Bett Nachbarin von Frau Müller Salmonellen gefunden worden waren.

Die Eheleute Schmidt brachten die gesammelte Milch zu Michael. Die Milch wurde nicht auf Keime untersucht.

Wenige Tage später erkrankte Michael schwer, wie sich später zeigte an einer Salmonellenmeningitis. Diese führte zu einem septischen Hirninfarkt, der praktisch das gesamte Großhirn

³³ Name und sämtliche Beteiligte sind anonymisiert – die Originalakte liegt mit Einverständnis der Mandanten in wesentlichen Teilen dem Autor vor.

zerstörte. Nur Hirnstamm und Mittelhirn sind noch erhalten. Michael ist geistig und körperlich schwerstbehindert. Er muss mit neun Jahren nach wie vor gewaschen, gebadet, gewickelt, gefüttert, gekämmt und angezogen werden. Mit sechseinhalb Jahren verstand er einfache Sätze und konnte sich mit Lauten oder Klopfen verständlich machen. Im Jahre 2004 kann er zwischen 500 und 700 Meter gehen. Er kann nach wie vor keine Worte oder Sätze bilden und nur mit einer Hand greifen. Er leidet an einer Sehbehinderung und wird Zeit seines Lebens auf die Hilfe Dritter angewiesen sein. Michael musste massivste Schmerzen und Beschwerden überstehen. In den ersten Monaten wurde er wöchentlich punktiert, später wurde ein Niederdruckventil implantiert, das phasenweise versagte (bis 2004 neunmal). Wenn das Ventil versagt, steigt der Druck im Kopf, das führt zu Kopfschmerzen, später zu Schielen, am Ende zu Erbrechen. Das Ganze zieht sich über mehrere Tage hin. Da das Ventil im Krankenhaus nachts nicht repariert werden kann, muss gelegentlich bis zum Morgen gewartet werden. Die Eltern von Michael verbrachten in der Vergangenheit zuweilen eine ganze Nacht mit ihm auf dem Schoß in einem Sessel des Krankenhauses.

Passiert ist das Ganze im Jahre 1993. Aus der Perspektive einer angemessenen und fairen Schadensregulierung würde man erwarten, dass der Haftpflichtversicherer der Klinik alles tut, um die Katastrophe für Eltern und Kind soweit das überhaupt noch geht, erträglich zu machen. Man würde mit den Müllers sprechen, ihnen psychologische Hilfe anbieten, sich vor allem entschuldigen und dafür sorgen, dass der Sachverhalt schnellstens klar und präzise und für jeden nachvollziehbar aufgeklärt wird. Stattdessen passiert gar nichts. Die entnervten Müllers nehmen einen – noch dazu überforderten – Anwalt. Der macht drei Jahre nach der Geburt erstmals Ansprüche gegen die Klinik geltend. Bis Ende 1998 wird die Verjährung immer wieder verlängert. Ein Schlichtungsverfahren wird eingeleitet, das zwei Jahre später abgeschlossen wird. Ergebnis nach drei Gutachten: Die Sorgfaltspflichtverletzung steht ebenso wie die Kausalität ohne Wenn und Aber fest.

Gleichwohl erfolgt keine Zahlung, noch nicht einmal eine Anzahlung. Jetzt holt die Gegenseite ein Gegengutachten ein, natürlich mit dem gewünschten Erfolg. Es vergehen weitere Jahre mit Verlängerung der Verjährung. Die Versicherung droht an, längstens bis Ende 2004 auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Sie weiß inzwischen, dass die Müllers keine Rechtsschutzversicherung haben.

Das Blatt beginnt sich ganz langsam zu wenden, als die Krankenkasse einen spezialisierten Anwalt beauftragt, den Sachverhalt zu untersuchen. Bis dahin liegen nicht einmal die Krankenblattunterlagen vor. Ende 2004 wird gemeinsam von der Krankenversicherung und den

Müllers die Klage eingereicht. Persönlicher Kommentar des neuen Anwalts: „Gegner hat mit dem früheren Rechtsanwalt Pingpong gespielt – war nicht ernst zu nehmen, da er nicht einmal Krankenblattunterlagen angefordert hatte. Im Laufe der Zeit wurde ersichtlich, dass keine Rechtsschutzversicherung existiert. Für die gegnerische Versicherung bestand gute Aussicht, die Ansprüche verjähren zu lassen.“

4. Jean-Pierre Meili

Der Fall Jean-Pierre Meili ist für den vorliegenden Zusammenhang deshalb so besonders interessant, weil es bei ihm um die Regulierung eines Sachschadens geht. Herr Meili forderte wegen des Verlustes seines, bei einem deutschen Versicherer versicherten Hochseekatamarans, der vor der Küste Venezuelas in Brand geriet und sank, 1.850.000 US-Dollar. Der Versicherer lehnte am 22. Juni 1999 Leistungen aus dem Versicherungsvertrag ab, angeblich weil Herr Meili seine Rettungsobliegenheiten (§ 62 VVG) verletzt hatte und wies gemäß § 12 Abs. 3 VVG darauf hin, dass Herr Meili den Anspruch innerhalb von 6 Monaten gerichtlich geltend machen müsse. Wenn er diese Frist versäume, so wäre der Versicherer in jedem Fall von der Verpflichtung zur Leistung frei. Dieses Schreiben ging dem (damaligen) Hamburger Rechtsanwalt von Herrn Meili am 22. Juni 1999 per Telefax und am 23. Juni 1999 per Post zu. Am 15. Dezember 1999, also eine gute Woche vor Fristablauf wurde vom Anwalt die Klage beim Landgericht Hamburg eingereicht. Leider war das beim Gericht eingereichte Exemplar vom Anwalt nicht unterschrieben, sondern trug lediglich den Stempelvermerk "gez. RA Dr. XY". Das Landgericht wies den Anwalt anfangs Januar 2000 darauf hin, dieser holte die Unterschriften am 7. Januar 2000 nach. Bereits am 23. Dezember 1999 – an diesem Tag lief die Klagefrist nach § 12 Abs. 3 VVG ab – wurde bei der Justizkasse der Eingang des Gerichtskostenvorschusses unter Angabe der Parteien sowie des Aktenzeichens gebucht. Als Einzahler erschien der Prozessanwalt "RA Dr. XY". Der beklagte Versicherer vertrat die Auffassung, die 6-monatige Klagefrist des § 12 Abs. 3 VVG sei am 7. Januar 2000, als der Anwalt die Unterschrift nachholte, bereits verstrichen gewesen. Der Versicherer berief sich deshalb auf Leistungsfreiheit. Das Landgericht und das OLG Hamburg widersprachen – die Klagefrist nach § 12 Abs. 3 sei nicht abgelaufen und – was für den vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist – der Anspruch von Herrn Meili sei im Übrigen aus dem Versicherungsvertrag begründet.

Der Versicherer bekam in der Revision beim BGH Recht.³⁴ Die Klage sei ein bestimmender Schriftsatz und müsse jedenfalls im Anwaltsprozess vom Rechtsanwalt unterschrieben sein.

³⁴ Urteil vom 3. März 2004 IV ZR 458/02 = VuR 2004, 229 ff. m.Anm. Schwintowski.

Die nachträgliche Heilung könne die bereits abgelaufene materiell-rechtliche Ausschussfrist des § 12 Abs. 3 VVG nicht mehr rückgängig machen.

Demgegenüber heißt es in § 130 Nr. 6 ZPO, dass vorbereitende Schriftsätze – und damit auch die Klageschrift – die Unterschrift der Person, die den Schriftsatz verantwortet, nur enthalten *soll*. Dieser Wortlaut des Gesetzes entspricht einer Vielzahl anderer europäischer Zivilprozessordnungen, die – wie etwa die Schweiz – das absolute Unterschriftserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Klageschrift nicht kennen. Wegen der vielfältigen Ausnahmen, die inzwischen zu § 130 Nr. 6 ZPO auch von der Rechtsprechung anerkannt sind, hat das Bundesverwaltungsgericht ganz allgemein die Formel geprägt, dass das Fehlen einer Unterschrift die Formgerechtigkeit der Klage ausschließe „wenn sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Willen, das Schreiben in Verkehr zu bringen, ergibt.“³⁵ Diese weite Ausnahmeformel wird mittlerweile auch vom Bundessozialgericht³⁶ und vom Bundesfinanzhof³⁷ vertreten.

Dem ist das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsbeschwerde, die Herr Meili gegen das Urteil des BGH erhoben hat, gefolgt.³⁸ Es hat darauf hingewiesen, dass im Bereich des Prozessrechts von der Rechtsprechung unter Hinweis auf den Sinn und Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses in erheblichem Umfang Ausnahmen zugelassen worden sind.³⁹ Mit Blick auf § 12 Abs. 3 VVG hebt das Gericht hervor, dass die Norm, deren Zeitgemäßheit zunehmend bezweifelt wird⁴⁰, den Versicherern die im Zivilrecht sonst nicht vorhandene Möglichkeit eröffnet, ohne Prüfung des materiellen Anspruchs selbst leistungsfrei zu werden. Mit Rücksicht darauf wird § 12 Abs. 3 VVG in der Praxis der Gerichte eher großzügig gehandhabt, mit dem Ziel, möglichst zu einer Entscheidung über die eigentlichen materiellen Rechtsfragen zu gelangen. Dafür sei es erforderlich, reiche aber auch aus, dass der Versicherungsnehmer „unmissverständlich“ Klage erhoben habe.⁴¹ Vor diesem Hintergrund wäre es unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Rechtsschutzes notwendig gewesen, die Klageerhebung von Herrn Meili als „unmissverständlich“ anzusehen, weil der ihr anhaftende formelle Mangel nach entsprechendem gerichtlichen Hinweis umgehend behoben worden ist. Da es bei der Einhaltung dieser Frist nicht um die Wahrung des dem Allgemeinwohl dienenden Anwaltszwangs gehe, könne es nicht darauf ankommen, ob die Klage von einem zugelassenen Anwalt unterschrieben wurde. Entscheidend sei vielmehr allein, dass unmissverständlich Klage erho-

³⁵ BVerwGE 81, 32 = NJW 1989, 1175.

³⁶ NJW 1997, 1254.

³⁷ NJW 1999, 1422.

³⁸ I BvR 894/04.

³⁹ Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes, BGHZ 144, 160, 161.

⁴⁰ Abschlussbericht der Kommission zur Reform des Versicherungsvertragsrechts vom 19. April 2004, S. 47 f.

⁴¹ BGH VersR 1978, 313, 314; BGHZ 103, 2028; BGH NJW-RR 1992, 470, 471; NJW 1993, 2614, 2615; OLG Celle VersR 1981, S. 446, 447; OLG Saarbrücken, VersR 1997, 434, 435.

ben worden ist. Dafür gab es aber mit der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses vor Ablauf der Frist unter Benennung der Prozessparteien, der Rechtssache, des einzahlenden Anwalts und des gerichtlichen Aktenzeichens hinreichend sichere Indizien. Trotz dieser klaren Worte, greift der Versicherer im Schriftsatz an den BGH, der endgültig zu entscheiden hat, die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes erneut an. Die kleinlich argumentierende Revisionsbegründung stellt eine klare Missachtung des verfassungsgerichtlichen Willens dar. Es ist geradezu skandalös, dass der Versicherer sogar eine Rückverweisung an die Vorinstanz beantragt. Dies würde weitere Jahre des Prozessierens bedeuten. Wie das Verfahren bis dahin belegt, so der heutige Anwalt von Herrn Meili, geschieht dies nicht mit der Absicht den Rechtsstaat zu schützen, sondern einzig mit der Absicht, die Privilegierungsnorm von § 12 Abs. 3 entgegen der Entscheidung des BVerwG weiter auszureizen und Herr Meili endgültig in den Ruin zu treiben. Dabei steht das Verfahren bereits im sechsten Jahr. Herr Meili ist finanziell und emotional am Ende seiner Möglichkeiten. Der erneute Versuch des Versicherers, seine vertraglich übernommenen Verpflichtungen entgegen seiner Werbung („Wir sind immer für Sie da ...“; „Da kann kommen, was will ...“) nicht zu erfüllen, ist kläglich. Recht und Gerechtigkeit, so der Anwalt von Herrn Meili, beinhalten nicht zuletzt auch einen zeitlichen Faktor. Ein für den Rechtssuchenden günstiges Urteil nützt ihm nichts mehr, wenn er inzwischen Konkurs gegangen ist oder wenn er – etwas dramatisch ausgedrückt – verhungert ist.

Besonders problematisch ist dieser Fall, weil eine Vielzahl von Gründen dafür sprechen, dass die gesamte Ausschlussfrist, die § 12 Abs. 3 VVG formuliert, verfassungswidrig ist. Die im Versicherungsrecht einmalige und sehr kurze Ausschlussfrist verletzt nämlich das Äquivalenzprinzip des Bürgerlichen Rechts und den Gedanken der Waffengleichheit. Vor allem hat der Versicherungsnehmer durch Zahlung seiner Prämie zugleich den Anspruch aus dem Versicherungsvertrag im Versicherungsfalle begründet. Wenn nicht einmal geprüft wird, ob der Anspruch besteht oder nicht, so bleibt unklar, ob berechnete Ansprüche zurückgewiesen worden sind. Es kann dann nicht ausgeschlossen werden, dass der VN Prämien für einen berechtigten Anspruch gezahlt hat, ohne dafür eine Gegenleistung zu bekommen. Auf diese Weise wächst dem Versicherer durch § 12 Abs. 3 VVG eine Prämienzahlung und damit verbunden eine Leistungsfreiheit zu, die an den eigentlichen Zielen des Versicherungsvertrages diametral vorbeigeht. Der Versicherungsnehmer könnte zudem das von ihm eingegangene wirtschaftliche Risiko nicht mehr hinreichend und richtig versichern, weil er nicht weiß, in welchen Bereichen Deckungslücken bestehen oder nur eine Ausschlussfrist versäumt wurde. § 12 Abs. 3 VVG verhindert also, dass das mit einem Versicherungsvertrag verbundene Vertragsziel sinnvoll erreicht werden kann. Dieser Eingriff von § 12 Abs. 3 VVG in die Zielfunktionalität eines Versicherungsvertrages beschränkt zugleich die Handlungsfreiheit jedes Versicherungsneh-

mers nach Art. 2 GG, beschränkt seine durch Zahlung der Versicherungsprämie wohlverworbenen Rechte, verletzt damit das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) und führt zudem zu einer Verkürzung des effektiven Rechtsschutzes im Sinne eines fairen Verfahrens (Art. 19 Abs. 4 GG).

III. Funktionsdefizite

Die vorstehenden Fälle sind zufällig herausgegriffen. – Sie dienen der Charakterisierung der unserem Rechtssystem immanenten Rechtsschutzlücke bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen. Es geht nicht darum, die Schadensregulierer zu verdammen und die Geschädigten zu weißen Lämmern zu machen. Es geht vielmehr um die Erkenntnis, dass einem Rechtssystem Funktionsdefizite immanent sind, die aus dem Bernoulli-Theorem resultieren, also damit etwas zu tun haben, dass *zwischen Geschädigten und Schädigern insbesondere im Großschadensbereich keine Waffengleichheit* existiert. Umgekehrt besteht systemimmanent ein strategischer Anreiz, die Prüfung und Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wenn nicht zu vereiteln, so aber doch erheblich zu verzögern und die Gegenseite so lange zu zermürben, bis selbstschädigende Vergleiche akzeptiert werden. Unser Rechtssystem lädt den Schadensregulierer geradezu dazu ein, *Regulierungsgewinne* zu generieren. Im Sinne einer offenen und freien Marktwirtschaft, wie sie Art. 4 des Europäischen Vertrages fordert, verhält sich ein Schadensregulierer also ökonomisch rational, wenn er Schadensersatzansprüche ganz prinzipiell nach Grund und Höhe bestreitet und möglichst alles tut, was dazu führt, dass der Schädiger oder sein Versicherer nichts oder nur wenig leisten müssen. Es ist nicht vernünftig und auch nicht geboten, in einer Marktwirtschaft demjenigen, der sich ökonomisch rational verhält, einen Vorwurf zu machen. Es ist vielmehr die Frage, wieso unsere Rechtsordnung Rahmenbedingungen akzeptiert, die ökonomisch falsche Anreize setzen. Was ist der Grund dafür, dass wir Funktionsdefizite akzeptieren, obwohl wir wissen, dass auf diese Weise individuell Ressourcen in erheblichem Umfang fehlgesteuert und gesamtwirtschaftlich große Werte vernichtet werden?

Gelegentlich liegen Funktionsdefizite in einem Rechtssystem daran, dass die Probleme nicht oder nicht rechtzeitig oder nicht hinreichend erkannt werden. Häufig werden auch vorhandene Steuerungsinstrumente der Rechtsordnung nicht oder nicht angemessen genutzt. Gelegentlich fehlen aber tatsächlich Rahmenbedingungen, deren Einführung wiederum dazu führen würde, Funktionsdefizite im Rechtssystem zu vermeiden. Deshalb soll im Folgenden zunächst einmal ein Blick auf jene Rahmenbedingungen unseres Rechtssystems geworfen werden, die einem

Geschädigten zur Verfügung stehen oder zumindest zur Verfügung stehen könnten, um auf diese Weise zunächst einmal herauszufinden, ob wir es tatsächlich mit einem Funktionsdefizit zu tun haben, ob wir also tatsächlich neue Rahmenbedingungen für eine angemessene faire Schadensregulierung brauchen oder ob wir umgekehrt nur den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen.

1. Prozesskostenhilfe

Mit Blick auf die Prozesskostenhilfe wurde schon darauf hingewiesen, dass es sich um ein stumpfes Schwert handelt. Anwälte, die Mandate auf der Basis der Prozesskostenhilfe akzeptieren, finden sich selten und in großen komplexen Fällen praktisch gar nicht – sie riskieren für 1,50 Euro zu arbeiten. Hinzu kommt, dass die Kosten des Gegners im Falle des Unterliegens in vollem Umfang zu tragen sind. Prozesskostenhilfe ist somit nicht geeignet, Waffengleichheit herzustellen.

2. Rechtsschutzversicherung

Wenn und soweit eine Rechtsschutzversicherung besteht, sieht die Lage für die Geschädigten sehr viel besser aus. Tatsächlich verfügen aber weniger als 20 % aller Bürger über eine Rechtsschutzversicherung und in vielen Fällen leistet die Versicherung nicht oder nur teilweise.

3. Prozesskostenfinanzierung

Dies erklärt, warum es – wenn auch sehr langsam – in unserem Lande so etwas Prozesskostenfinanzierung gibt. Erste Unternehmen bieten die Finanzierung von Gerichtsprozessen an. Der Marktdurchdringungsgrad liegt weit unter 5 %. Typischerweise werden nur große Streitwerte finanziert – meist über 500.000 Euro. Zudem muss die Erfolgswahrscheinlichkeit sehr hoch liegen. Prozesskostenfinanzierung löst das Rechtsschutzdefizit bisher völlig unzureichend, sollte aber unbedingt gestärkt werden. Hinzu kommt, dass die Instrumente Prozesskostenhilfe, Rechtsschutzversicherung und Prozesskostenfinanzierung allesamt den Prozess zwischen Schädiger und Geschädigtem voraussetzen. Diese drei Instrumentarien greifen sehr spät ein, nämlich immer erst dann, wenn regelmäßig langwierige und langjährige Verhandlungen endgültig scheitern. Nach fünf oder sechs Jahren außergerichtlichen Verhandlungen und mit einem jahrelangen prozessualen Rechtsstreit vor Augen ist aber nahezu jeder bereit, einen für den Schadensregulierer günstigen Vergleich einzugehen.⁴² Das bedeutet, dass die Instrumente

⁴² So Katrin Schrader in einem Brief vom 2. März 2005.

Prozesskostenhilfe, Rechtsschutzversicherung und Prozesskostenfinanzierung nur noch diejenigen erreichen, die trotz langjähriger und aufreibender außergerichtlicher Verhandlungen nicht aufgeben.

Der Funktionsmangel unseres Rechtssystems kann durch diese drei Instrumente also nicht beseitigt werden. Sie kommen viel zu spät und sie helfen viel zu wenigen. Wonach wir suchen, ist ein Instrumentarium, das dazu führt, dass der Schadensregulierer sich so verhält, als würde er seinen eigenen Schaden regulieren.

4. Der Anspruch auf Vorschuss

Die Gerichte haben immer wieder formuliert, dass die Haftpflichtversicherungen verpflichtet sind, die Schadensregulierung von sich aus zu fördern und angemessene Abschlagszahlungen zu leisten, sobald ihre Einstandspflicht bei verständig-lebensnaher, objektiver Betrachtungsweise erkennbar wird.⁴³ In § 11 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) wird der Anspruch auf eine angemessene rechtzeitige Vorschusszahlung aus einem Versicherungsvertrag sogar gesetzlich verbrieft. § 11 VVG entfaltet zunächst einmal Wirkung im Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer. § 11 VVG gilt aber auch im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer bei der Haftpflichtversicherung. In diesem Fall entfaltet § 11 seinem Sinn und Zweck nach drittschützende Wirkung zugunsten des Geschädigten. Das entspricht dem Gedanken des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte.

Problematisch ist aber, dass der Anspruch auf Vorschusszahlung auch durchgesetzt werden muss. Materielles Recht und Prozessrecht gelten in unserer Zeit als getrennte Materien, die sich von ihrer Rechtsnatur, von ihrem Gegenstand und von ihrem Ziel her grundlegend unterscheiden.⁴⁴ Die scharfe Trennung zwischen materiellem Recht und Prozessrecht wird von *Windscheid* in seinem Buch „Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts“ eingeleitet.⁴⁵ Dieses auch durch *Oscar Bülow*⁴⁶ in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts wissenschaftlich vorangetriebene Trennungsgedanken hat selbstverständlich nicht das Bewusstsein beseitigt, dass materielles Recht und Verfahrensrecht aufeinander bezogen sind. Aber klar ist, dass Recht haben und Recht bekommen zwei ganz verschiedene Paar Schuhe sind. Daran ändert auch nichts der hehre Aufruf von *Zöllner* „materi-

⁴³ OLG Karlsruhe, NJW 1973, 851, 852 f; OLG Frankfurt a.M. NJW 1999, 2447, 2448.

⁴⁴ Wolfgang Zöllner, Materielles Recht und Prozessrecht, AcP 190 (1990) 471, 495.

⁴⁵ Vertiefend Wilhelm Simshäuser, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny, 1965, S. 71 ff.

⁴⁶ Oscar Bülow, Die Lehre von Prozesseinreden und den Prozessvoraussetzungen, 1868; ders., Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts, ZZP 27 (1900), 201.

elles Recht und Verfahrensrecht als Sinneinheit zu begreifen“.⁴⁷ Das hat auch damit etwas zu tun, dass die Regeln über den vorläufigen Rechtsschutz (§§ 935 ff. ZPO) zu keiner endgültigen Befriedigung des Antragstellers führen, sondern lediglich eine spätere Befriedigung sichern dürfen. Es geht darum, dass das Hauptsacheverfahren und die sich daran anschließende Vollstreckung überhaupt noch durchführbar und nicht durch die inzwischen eingetretene Entwicklung überholt sind.⁴⁸ Dagegen ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der einstweiligen Verfügung, das Hauptverfahren zu ersetzen, wenn auch nicht verkannt werden darf, dass in der Praxis eine derartige Ersetzung häufig stattfindet.⁴⁹ Richtig ist auch, dass die Praxis seit langem über diese Grenze hinausgegangen ist. In gewissen Fällen werden einstweilige Verfügungen erlassen, durch die dem Schuldner die sofortige Erfüllung seiner angeblichen Verbindlichkeit aufgegeben wird. Meistens werden diese *Leistungsverfügungen* auf § 940 ZPO gestützt. Andererseits kann es keinem Zweifel unterliegen, dass nicht jede Verurteilung durch einstweilige Verfügung erfolgen darf. Dazu ist das Verfahren der einstweiligen Verfügung mit zu wenigen Rechtsschutzgarantien für den Antragsgegner ausgestattet. Die Gefahr einer Fehlentscheidung ist erheblich größer als in einem normalen Erkenntnisverfahren. Aus diesem Grund kann eine die Erfüllung anordnende einstweilige Verfügung nur dann ergehen, wenn besondere Gründe zugunsten des Gläubigers dafür sprechen.⁵⁰

Bei Geldzahlungen muss eine *Notlage* gegeben sein, der nur durch Erlass der einstweiligen Verfügung abgeholfen werden kann.⁵¹ Eine derartige Notlage ist vor allem dann gegeben, wenn der Gläubiger das Geld zur Bestreitung seines Lebensunterhalts benötigt. Daneben kommen unaufschiebbare Ausgaben zur Erhaltung der Gesundheit⁵² oder zur Abwendung bedeutender Vermögensschäden⁵³ in Betracht. Denkbar ist auch ein immaterielle Notlage, wenn also das Opfer verletzungs- oder gesundheitsbedingt den Abschluss des Prozesses wahrscheinlich nicht erleben wird.⁵⁴ Ob der Gläubiger die Notlage selbst verschuldet hat, kann keine Rolle spielen.⁵⁵ An einer Notlage fehlt es, wenn der Gläubiger andere leicht zu realisierende Ansprüche hat. An dieser Voraussetzung fehlt es aber, wenn die anderen Ansprüche ebenfalls erst eingeklagt werden müssen.⁵⁶

Diese Grundsätze zeigen, dass es nicht unbedingt aussichtslos ist, den Anspruch auf angemessenen Vorschuss im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens geltend zu machen. Die

⁴⁷ AcP, aaO., S. 495.

⁴⁸ Stein/Jonas-Grunsky, ZPO-Kommentar, Bd. 9, 22. Aufl., 2002, vor § 935, Rn. 31.

⁴⁹ Stein/Jonas-Grunsky, aaO. m.w.N.

⁵⁰ Münch. Komm. ZPO-Heinze, § 935, Rn. 12.

⁵¹ OLG Köln, MdR 1959, 398; OLG Celle VersR 1960, 280; OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 198.

⁵² OLG Köln, MdR 1959, 398.

⁵³ OLG Düsseldorf, MdR 1960, 58.

⁵⁴ Spiekhoff, Schmerzensgeld und einstweilige Verfügung, VersR 1994, 1155.

⁵⁵ Stein/Jonas-Grunsky, aaO., vor § 935, Rn. 38; a.A. LAG Frankfurt a.M. BB 1970, 1256.

⁵⁶ Stein/Jonas-Grunsky, aaO., vor § 935, Rn. 38; Münch. Komm. ZPO-Heinze, 2. Aufl., vor § 916, Rn. 71.

bisher existierende Fallpraxis zeigt allerdings, dass die Gerichte im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen im einstweiligen Verfügungsverfahren bisher wenig oder gar nichts zu tun hatten. Eine Fallpraxis müsste sich erst entwickeln – die alles entscheidende Frage wird sein, unter welchen Voraussetzungen die Gerichte bereit sind, eine *Notlage* anzunehmen. Aber immerhin sollte von diesem Instrument in der Praxis stärker Gebrauch gemacht werden, als dies bisher der Fall ist.

Wirkliche Abhilfe im Sinne der unserer Rechtsordnung immanenten Rechtsschutzlücke könnte aber auch das einstweilige Verfügungsverfahren nicht schaffen. Zum einen, weil es nur auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine Notlage besteht und zum anderen, weil auch das einstweilige Verfügungsverfahren ein Rechtsbehelf ist, den viele erst ergreifen, wenn langwierige, mühselige und zermürbende Verhandlungen hinter ihnen liegen. Der Anreiz, die Risikoaversion der Geschädigten strategisch auszunutzen, um auf diese Weise *Regulierungsgewinne* zu machen, wird auch durch das einstweilige Verfügungsverfahren nicht beseitigt.

5. Zinsen

Werden fällige Ansprüche – z.B. auf angemessenen Vorschuss etwa aus § 11 Abs. 2 VVG – trotz entsprechender Zahlungsaufforderung nicht befriedigt, so kommt der Schuldner in Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB). Geldschulden sind nach § 288 Abs. 1 BGB zu verzinsen. – Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr 5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz – zur Zeit also fast 9 %. Der Geschädigte kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen (§ 288 Abs. 3 BGB); außerdem ist die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen (§ 288 Abs. 4 BGB). Zinsen werden, soweit sie fällig und geschuldet sind, selbst zur Hauptschuld. Das heißt, ein Zinssatz von 9 % erhöht die Hauptschuld nicht gerade unerheblich. Die so erhöhte Hauptschuld ist dann erneut mit 9 % zu verzinsen – darin liegt kein Verstoß gegen das Zinseszinsverbot (§ 289 BGB).

Der früher viel zu niedrige Verzugszins von 4 % hat vielfach dazu geführt, dass der Schuldner statt des teuren Bankenkredites lieber den billigeren „Gläubigerkredit“ in Anspruch genommen hat. Dieser missbräuchlichen Praxis will § 288 Abs. 1 – eingeführt am 1. Januar 2002 mit der Schuldrechtsreform – ein Ende setzen und zugleich die Zinsermittlung vereinfachen. Die Vorschrift stellt über den Basiszins (§ 247 BGB) eine Verbindung zum Marktzins her und macht die Zinshöhe variabel. Sie geht davon aus, dass der neue Verzugszins dem Schaden entspricht, den der Gläubiger typischerweise erleidet und dass eine Verzinsung in dieser Höhe

auch deshalb gerechtfertigt ist, weil sie beim Schuldner typischerweise entstehende Vorteile abschöpft.

Das ist die Theorie – die Praxis sieht anders aus. Gerade bei der Regulierung großer Personenschäden spielt – so berichten Anwälte von Geschädigten – bei Vergleichsverhandlungen der Zinsschaden praktisch gar keine Rolle. Wenn beispielsweise ein Schmerzensgeldanspruch über 100.000 Euro über zehn Jahr verzögert wird, so hat sich dieser Anspruch durch die Zins-effekte⁵⁷ nach Ablauf der zehn Jahre in Wirklichkeit auf über 200.000 Euro erhöht. Geht man dessen ungeachtet bei den Vergleichsgesprächen von den Schmerzensgeldern in den einschlägigen Tabellen aus, so halbiert man fast unbemerkt den Anspruch. Es lohnt sich also für den Regulierer, die Auszahlung fälliger Beträge zu verzögern – je länger dies gelingt, desto mehr Geld kann der Schädiger durch Anlage der zurückgehaltenen Valuta am Kapitalmarkt verdienen. Auf diese Weise kann die Belastung mit dem tatsächlich zu zahlenden Schadensbetrag erheblich ermäßigt werden.

Die Einführung von § 288 Abs. 1 BGB zielt genau in die entgegengesetzte Richtung. Der Schädiger soll wissen, dass er verhältnismäßig hohe Zinsen zahlen muss, wenn er einen fälligen Anspruch nicht ausgleicht. Es soll für ihn billiger sein, Bankkredit in Anspruch zu nehmen, als „Kredit beim Gläubiger“ zu nehmen. So gesehen zielt § 288 Abs. 1 BGB durchaus in die richtige Richtung – es lohnt sich für den Schuldner nicht, fällige Zahlungen – z.B. Vorschüsse – zurückzuhalten, weil die damit verbundene Zinslast hoch ist. Allerdings muss sich dieses Denken in Zinspräventionen erst noch in den Köpfen der Schadensregulierer und der deutschen Gerichte durchsetzen. Im Grundsatz bleibt aber festzuhalten, dass § 288 Abs. 1 BGB in die richtige Richtung zielt. Die Verzögerung bei der Schadensregulierung führt zu erheblich erhöhten Zinsaufwendungen, und zwar immer schon dann, wenn der Anspruch entstanden, also fällig ist (§ 271 BGB) und somit – sei es auch nur als Teilbetrag – geltend gemacht werden kann.⁵⁸ Das betrifft vor allem die Fälligkeit angemessener Vorschüsse. Dabei treten die Verzugszinswirkungen ganz unabhängig davon ein, ob später eine Klage erhoben wird oder nicht. § 288 Abs. 1 BGB wirkt also präventiv in die Schadensregulierung hinein, und zwar als Anreiz, die Schadensregulierung zu beschleunigen. Es handelt sich um den ersten Baustein im Schadensregulierungssystem unserer Rechtsordnung, der den Anreiz zur Generierung von *Regulierungsgewinnen* etwas abmildert. Deshalb sollte zunächst einmal festgehalten werden, dass die Praxis sowohl bei der Durchsetzung von Vorschüssen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes als auch bei der Durchsetzung von Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB sehr viel wachsamer und sehr viel aktiver werden muss. Bei der Geltendmachung

⁵⁷ Der Inflationseffekt kommt hinzu, so können aus geforderten DM 50.000 schon einmal DM 69.116 werden: KG VersR 2004, 1569 f.

⁵⁸ BGHZ 55, 340, 73, 365, 79, 178.

des weitergehenden Verzugsschadens ist über Zinsvorteile durch zu Unrecht gewährte Steuervorteile nachzudenken. Versicherer bilden für zukünftige Schadenszahlungen im Regelfall Rückstellungen, die ihre Steuerlast reduzieren. Verbleiben die auf diese Weise gesparten Aufwendungen zu Unrecht im Unternehmen (man verzögert Vorschusszahlungen z.B. fünf oder zehn Jahre) so sind die auf diese Weise entstandenen Zinsvorteile, die sonst beim Geschädigten eingetreten wären, in die Berechnung einzubeziehen.

6. Strafrechtliche Sanktionsmechanismen

In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt das Strafrecht mit § 46a StGB den Täter-Opfer-Ausgleich und mit § 403 StPO das Adhäsionsverfahren zur Verfügung. Der Täter-Opfer-Ausgleich kann allenfalls eine ergänzende, begleitende Maßnahme sein. Die Beteiligung von Täter und Opfer ist freiwillig – aus der Sicht des Täters geht es um die Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme in der Kommunikation mit dem Opfer (Entschuldigung, Gespräch).

Das fast vergessene Adhäsionsverfahren könnte die Schadensregulierung beschleunigen. Solange ein Strafverfahren anhängig ist, berufen sich Regulierer grundsätzlich darauf, dass der Ausgang des Verfahrens abzuwarten ist. Bei den oft sehr langen Ermittlungsverfahren bedeutet das für den Geschädigten, dass er in diesen Monaten und Jahren der strafrechtlichen Ermittlung alle ihm durch den Schaden entstandenen Kosten vorfinanzieren muss. Beginnt dann erst im Anschluss daran die Regulierung, die sich ihrerseits wiederum mehrere Jahre bis zur ersten Vorschusszahlung hinziehen kann, so müssen Geschädigte nicht selten Kredite aufnehmen und sogar ihren Haus- und Grundbesitz veräußern, um diese Kosten überhaupt decken zu können.

Nun lässt es das Adhäsionsverfahren zu, dem Geschädigten im Rahmen der strafrechtlichen Ermittlung einen Teilbetrag zuzusprechen (§ 406 Abs. 3 Satz 2 StPO). Dieser Teilbetrag würde zeitlich sehr viel früher fließen, als dies heute der Fall ist – der Geschädigte wäre in finanzieller und auch psychischer Hinsicht entlastet. Über den Restanspruch entscheidet dann das Zivilgericht (§ 406 Abs. 3 Satz 3 StPO). Staatsanwälte berichten, dass eine Anwendung des Adhäsionsverfahrens praktisch nie vorkomme – das mag auch damit zusammenhängen, dass die Strafverteidiger sich mit den zivilrechtlichen Ansprüchen regelmäßig nicht beschäftigen und dass umgekehrt die mit der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche befassten Anwälte vom Adhäsionsverfahren nichts verstehen. Es liegt aber an uns, dies zu ändern. – Die Rechtsordnung stellt hier einen Rechtsbehelf zur Verfügung, der für viele Geschädigte zumindest zu einer Entlastung in einer sehr schwierigen Lebenssituation beitragen könnte.

Daneben steht die Möglichkeit, den Schadensregulierer in besonders gravierenden Fällen wegen vorsätzlicher Körperverletzung (§ 223 StGB) zu verfolgen. In Betracht kommen Fälle, in denen Geschädigte gezielt zermürbt werden, indem berechnete Ansprüche dem Grunde und der Höhe nach bestritten und jegliche Vorschusszahlung verweigert wird. Die Geschädigten sehen sich einer permanenten Demütigung und Degradierung durch den Regulierer ausgesetzt. Die hierauf basierenden psychischen Beeinträchtigungen durch jahrelange Drangsalierung können objektiv den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen. Daneben könnte das jahrelange Prozessieren mit ungewissem Ausgang den Tatbestand der Nötigung nach (§ 240 StGB) und der Beleidigung (§ 185 StGB) erfüllen.

Ganz generell hat *Ulsenheimer* darauf hingewiesen, dass das Einschalten der Staatsanwaltschaft in Arzthaftungsfällen im Regelfall ein „*juristischer Kunstfehler*“⁵⁹ sein kann. Dies kann nämlich zu extremen weiteren Verfahrensverzögerungen führen, weil Zivil- und Strafjustiz „jeweils aufeinander lauern“, wie wohl der andere die Sache beurteilen wird.⁶⁰ Andererseits ist auch in der Kriminologie das Problem der verzögerten Entschädigung von Verbrechenopfern unter dem Stichwort *sekundäre Viktimisierung* durchaus bekannt und Gegenstand der wissenschaftlichen Forschung.⁶¹

IV. Der Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung

Der Blick auf Rechtsschutzinstrumente unserer Rechtsordnung zeigt, dass das Rechtssystem sehr wohl auf die systemimmanente Rechtsschutzlücke reagiert. Zu nennen ist der Anspruch auf angemessene und zeitnahe Zahlung von Vorschüssen, der in Grenzen, die noch auszuloten sind, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden kann. Daneben steht der Anspruch auf Verzugszinsen, der zu einer Zinsbelastung des Schädigers in Höhe von fünf Prozentpunkten oberhalb des Basiszinses (zur Zeit etwa 9 %) führt. In geeigneten Fällen könnte die Praxis das Instrument des Adhäsionsverfahrens beleben und auf diese Weise die Vorschusszahlung beschleunigen. Vor allem aber - und darüber ist jetzt zu sprechen - müsste in der Praxis das Bewusstsein dafür geschärft werden, dass unsere Rechtsordnung durchaus über ein System zur angemessenen fairen Schadensregulierung schon heute verfügt. Dieses 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 Sei-

⁵⁹ Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 3. Aufl., 2003, Rn. 438.

⁶⁰ So Prof. Dr. Felix Herzog in einer Mail gegenüber dem Verfasser vom 8. März 2005.

⁶¹ R. Elias, *Victims of the System*; New Brunswick/London, 1983.

te steht der Anspruch auf Ersatz ideellen Schadens bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes.⁶² 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.⁶³ Dies ist der Grund, warum der Gesetzgeber das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht in die Regelung des § 253 Abs. 2 BGB einbezogen hat.⁶⁴ 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 fälschlicherweise angenommen wird – einen Umstand, der sich schmerzengelderhöhend auswirkt.⁶⁵ 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 Herstellung des gleichen wirtschaftlichen Zustands, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde.⁶⁶

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.⁶⁷ 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 nun versuchen, den Zustand wiederherzu-

⁶² BGH NJW 1995, 861, 2000, 2195 – so auch bereits BGH NJW 1961, 2059.

⁶³ BGH NJW 1995, 861.

⁶⁴ BT-Drs. 14/7752, S. 25; Däubler JuS 2002, 627; Wagner NJW 2002, 2056; Münch. Komm.-Oetker, § 253, Rn. 27.

⁶⁵ So beispielsweise LG Dortmund vom 19.03.2004, 6O218/01.

⁶⁶ BGH NJW 1985, 793.

⁶⁷ BGH NJW 1993, 727.

stellen, wie er bestand, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Um den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen müssen eine ganz Reihe von Maßnahmen ergriffen werden, die jeder von uns kennt, der schon einmal einen größeren Schaden erlitten hat. An erster Stelle steht die umfassende objektive, wahrheitsgemäße und zeitnahe Sachverhaltsaufklärung. Dabei sind unabhängige Gutachter einzuschalten, wenn dies nötig ist. Von Anfang an sind alle Beteiligten in die Sachverhaltsaufklärung einzubeziehen, insbesondere Sozialversicherungsträger und Krankenversicherer. Parallel zur Sachverhaltsaufklärung ist die (Vor-)finanzierungsfrage zu klären. Sollen und müssen Vorschüsse gezahlt werden? – Wenn ja, in welcher Höhe und für welchen Zweck? Sollen Banken zur Zwischenfinanzierung eingeschaltet werden? Gibt es andere Möglichkeiten der Vorfinanzierung, etwa durch Sozialversicherungsträger oder Krankenversicherer? Und schließlich ist in einem dritten Schritt über die Frage nachzudenken, wie der Geschädigte die psychische Balance wiederfindet, was also zu tun ist, um ihn in den Zustand zurückzusetzen, der vor dem schädigenden Ereignis bestand. In welcher Art und Weise müssen Entschuldigungen vorgetragen werden? Ist es notwendig, eine Mediation durchzuführen? Ist psychologische Betreuung zeitweise erforderlich? Muss zwischen den Schädiger und den Geschädigten eine zeitliche Distanz gelegt werden, damit der Geschädigte seine psychische Balance und Handlungsfähigkeit wiedergewinnt?

Der Versuch, den Zustand wiederherzustellen, der ohne schädigendes Ereignis bestand, besteht also 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 zufäl-

lig und am Rande. Der Grund hierfür dürfte im *Vorverständnis*⁶⁸ der Rechtsanwender liegen. Dieses Vorverständnis stimmt weitgehend mit dem von Jhering apostrophierten *Kampf ums Recht* überein – der Geschädigte muss offenbar 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. Nicht der Geschädigte muss um sein Recht kämpfen, sondern der Schädiger muss umgekehrt den Zustand wieder herstellen, der früher einmal bestand, als es dem Opfer noch gut ging. Der soziale Friede tritt eben nicht durch den Kampf ums Recht, sondern dadurch ein, dass der Schädiger alles tut, um den früheren Zustand wieder herzustellen. Das Ziel des Rechts ist sozialer Friede, das Mittel dazu die Konfliktlösung und nicht etwa der Kampf, wie Jhering 1872 fälschlicherweise vermutet hat.

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. Das ist beispielsweise schon dann der Fall, wenn ein Versicherungsnehmer den Unfall nicht ganz richtig darstellt, ohne dass dies irgendeinen Einfluss auf die Feststellung oder den Umfang des Versicherungsfalles hatte.⁶⁹ Das ist aber auch dann der Fall, wenn der Versicherungsnehmer in der Befürchtung seinen Versicherungsschutz zu verlieren, den Grad der Trunkenheit im Zeitpunkt des Unfalls verschweigt, nicht ahnend, dass er für sein grob fahrlässiges Verhalten Versicherungsschutz hatte (§ 152 VVG). Der Versicherer wird ihm für diese vorsätzliche Verletzung der Wahrheitspflicht nun 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 Aufklä-

⁶⁸ Josef Esser, Grundsatz und Norm, 4. Aufl., 1990.

⁶⁹ BGH VersR 1968, 1155.

rungspflicht 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. Was alles ganz genau zu tun ist, um bei einem eingetretenen Schadensfall den Sachverhalt so aufzuklären, dass mögliche Zweifel an Schadensursache und Schadenshöhe so schnell wie möglich ausgeräumt werden, kann nur im Einzelfall beantwortet werden. Aber gewiss gehört dazu, Beweismittel zu sichern, unabhängige Sachverständige einzuschalten, alle Beteiligten zur Augenscheinnahme aufzufordern, direkten Kontakt mit der ermittelnden Polizei aufzunehmen und nicht etwa abzuwarten, bis die polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen irgendwann einmal abgeschlossen sind. So würde sich niemand verhalten, der seinen eigenen Schaden zu regulieren hat – schon deshalb, weil ihm das viel zu lange dauern würde und weil es möglicherweise dann zu spät ist, die Schadensursache angemessen, wahrheitsgemäß und umfassend zu ermitteln.

Noch ein Wort zu den unabhängigen Gutachtern. Es ist allgemein bekannt, dass Gutachter Geld kosten. Es ist deshalb menschlich und kaum zu vermeiden, dass ein Gutachter dahin tendiert, die Meinung dessen zu vertreten, der ihn bezahlt. Das hiermit angedeutete Principle-Agent-Problem lässt sich im Rahmen des § 249 Abs. 1 BGB leicht lösen. Weder der Schadensregulierer, noch der Geschädigte dürfen dem Gutachter den Auftrag erteilen, denn in beiden Fällen ist nicht ausgeschlossen, dass der Gutachter für die eine oder die andere Seite eine besondere Sympathie entwickelt. Folglich werden die Gutachter in Zukunft zu Zwecken der Beweisermittlung von neutralen Stellen, z.B. von Gerichten oder Ombudsleuten, beauftragt, und zwar so, dass der Gutachter nicht weiß, für wen sein Gutachten positiv oder negativ ist. Für die Finanzierung der Gutachten wird im Vorfeld ein Fonds gebildet, in den die potenziellen Regulierer von Zeit zu Zeit verhältnismäßig einzahlen, sodass im Zeitpunkt der Vergabe des Gutachtens kein Zusammenhang zwischen der Zahlung eines Regulierers und dem damit zusammenhängenden Gutachten hergestellt werden kann.

Ganz wichtig ist es schließlich, dass der Grundsatz der umfassenden, wahrheitsgemäßen und objektiven Sachverhaltsaufklärung ein frühzeitiges Einbeziehen aller an der Schadensregulie-

rung Beteiligten voraussetzt. Insbesondere die Sozialversicherungsträger und Krankenversicherer müssen von Anfang an mit am Tisch sitzen. Überhaupt muss Bürokratie abgebaut werden, soweit dies irgend geht – die Beteiligten müssen schnell zu unmittelbarem, persönlichen Kontakt kommen. Sie müssen u.U. die Unfallstelle, die beteiligten Personen, die geschädigten Sachen in Augenschein nehmen, mit der ermittelnden Polizei sprechen, also alles das tun, was man sinnvollerweise tut, wenn man wirklich herauskriegen will, was passiert ist. Zeugen werden von allen zusammen angehört und befragt. Das Ganze wird so protokolliert und dokumentiert, dass Zeugen später in anderem Verfahrenszusammenhang nicht in Widersprüche verwickelt werden können. Wie gesagt, es geht nicht um Kampf, sondern um Konfliktlösung.

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 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 entgegenzuwir-

ken.⁷⁰ 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.⁷¹ In ähnlicher Weise haben das OLG Köln⁷², das OLG Naumburg⁷³, das OLG Düsseldorf⁷⁴, das OLG Nürnberg⁷⁵, das OLG Karlsruhe⁷⁶ und das OLG München⁷⁷ entschieden. Am 19.03.2004 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.⁷⁸

So wie das Landgericht Dortmund haben alle oben zitierten Gerichte entschieden, dass sich das grobe Fehlverhalten eines Schadenregulierers im Zweifel schmerzensgelderhöhend auswirkt. Diese Begründung ist dogmatisch nicht überzeugend, da sie übersieht, dass es in den Fällen der grob rücksichtslosen auf Zermürbung eines Geschädigten gerichteten Schadensregulierung in Wahrheit um die Verletzung des Anspruches auf angemessene faire Schadensregulierung, und zwar in besonders grober Weise und damit letztlich um die Verletzung des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* geht. Andernfalls könnte es nämlich 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 nur bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten.⁷⁹ 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.⁸⁰ Dogmatisch ließe sich der Anspruch auf Ersatz des durch grobrücksichtslose, auf Zermürbung des Geschädigten gerichtete Schadensregulierung auch aus der

⁷⁰ OLG Karlsruhe, NJW 1973, 851.

⁷¹ OLG Frankfurt a.M., NJW 1999, 2447.

⁷² NJW-RR 2002, 962.

⁷³ VersR 2002, 1569.

⁷⁴ NVersZ 2000, 40.

⁷⁵ VersR 1998, 732 sowie NJW-RR 1998, 1040 sowie VersR 1997, 1108.

⁷⁶ VersR 1992, 370.

⁷⁷ NZV 1993, 434.

⁷⁸ AZ: 6 O 218/01.

⁷⁹ BGH NJW 1995, 861, 2000, 2195 – so bereits BGH NJW 1961, 2059.

⁸⁰ Palandt-Heinrichs, BGB-Komm., 64. Aufl., § 253, Rn. 10.

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*⁸¹ geführt haben.

Wegbereiter waren die Entscheidungen des BGH vom 25. Mai 1954⁸² zur erstmaligen Anerkennung des *Allgemeinen Persönlichkeitsrechts* sowie des GS vom 06. Juli 1955⁸³ 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.⁸⁴ Das gilt erst recht für den *Herrenreiter*-Fall vom 14. Februar 1958⁸⁵, der Pate für die konstitutive Begründung eines immateriellen Schadensersatzanspruchs für Persönlichkeitsrechtsverletzungen stand. Dadurch wurde die Persönlichkeit aus dem Schadensbereich in den Verletzungsbereich vorverlegt.⁸⁶

Noch offener ausgesprochen wird der Sanktionscharakter des Schadensersatzes bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in der *Ginsengwurzel*-Entscheidung des BGH vom 19. September 1961⁸⁷, in der auch erstmals für diese Fälle eine strafrechtliche Ausdifferenzierung des Verschuldensmaßstabes des § 276 Abs. 1 BGB erfolgte. Der BGH führte aus, dass die *„Ausschaltung des immateriellen Schadensersatzes im Persönlichkeitsrechtsschutz bedeuten würde, dass Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen ohne eine Sanktion der Zivilrechtsordnung blieben, in der zum Ausdruck kommt, dass wesentliche Werte gestört sind und dass der Verletzer dem Betroffenen für das ihm angetane Unrecht eine Genugtuung schuldet. Die Rechtsordnung würde auf das wirksamste und auf das einzige Mittel verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des Einzelnen zu sichern“*.⁸⁸ Im *Fernsehansagerin*-Urteil vom 5. März 1963 vertieft der BGH seine Argumentation: *„Wird der Schutz der Würde des Menschen als vordringliche Aufgabe der Staatsgewalt und die Bindung des Richters an die Wertentscheidungen des Grundrechtskatalogs (insbesondere an Art. 2 GG) ernstgenommen und nicht nur als Proklamation verstanden, so kann der Richter nicht mehr an die Ent-*

⁸¹ BGH NJW 1995, 861

⁸² BGHZ 13, 335.

⁸³ BGHZ 18, 149.

⁸⁴ Bötticher, AcP 158 (1959/60), 385.

⁸⁵ BGHZ 26, 349.

⁸⁶ Deutsch JuS 1969, 197, 202.

⁸⁷ BGHZ 35, 363.

⁸⁸ BGHZ 35, 363, 368.

scheidung des Gesetzgebers von 1900 gebunden sein, die den immateriellen Schadensersatz derart einschränkt, dass er auch bei schwerwiegenden Persönlichkeitsverletzungen entfällt. Denn dieser Ausschluss würde unter den heutigen Verhältnissen bedeuten, dass der Rechtsschutz der Persönlichkeit von vornherein verkümmert würde und die Rechtsprechung resignierend auf den Versuch einer angemessenen Restitution verzichten müsste“.⁸⁹

Mit Beschluss vom 14. Febr. 1973 hat das Bundesverfassungsgericht⁹⁰ 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 Artt. 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“*.⁹¹

Die Kritik an dieser Rechtsprechung ist auch nach ihrer verfassungsrechtlichen Billigung durch das BVerfG nicht verstummt.⁹² 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.⁹³ Den vorläufigen Höhepunkt in der Entwicklung bilden zwei Urteile des BGH vom 15. Nov. 1994⁹⁴ und vom 5. Dezember 1995⁹⁵ 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. Der BGH führt aus⁹⁶: *„Der Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass die Bekl. unter vorsätzlichem Rechtsbruch die Persönlichkeit der Kl. als Mittel der Auflagensteigerung und damit Verfolgung eigener kommerzieller Interessen eingesetzt hat. Ohne eine für die Bekl. fühlbare Geldentschädigung wäre die Kl. einer solchen rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung ihrer Persönlichkeit weitgehend schutzlos ausgeliefert; ... Eine Verurteilung zur Geldentschädigung ist aber nur dann geeignet, den aus dem Persönlichkeitsrecht heraus gebotenen Präventionszweck zu erreichen, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, dass hier die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt zwar nicht, dass in solchen Fällen rücksichtsloser*

⁸⁹ BGHZ 39, 124, 131.

⁹⁰ BVerfGE 34, 269-293.

⁹¹ BVerfGE 34, 269, 291.

⁹² Honsell, VersR 1974, 205; Knieper, ZRP 1974, 137; Schieman, Argumente und Prinzipien, 27 ff.

⁹³ Vertiefend Peter Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, S. 286 ff.

⁹⁴ NJW 1995, 861.

⁹⁵ NJW 1996, 984.

⁹⁶ NJW 1995, 861, 865.

Kommerzialisierung der Persönlichkeit eine „*Gewinnabschöpfung*“ vorzunehmen ist, wohl aber, dass die Erzielung von Gewinnen aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in die Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen ist.“

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.

Zynisch wirkt in diesem Zusammenhang der gelegentlich zu hörende Hinweis, zu einem solchen rücksichtslosen, menschenunwürdigen, auf Schadensminimierung gerichteten Verhalten sei man schon aus der Perspektive der Interessen der Versichertengemeinschaft verpflichtet. Dieser Einwand geht fehl, nicht nur weil der Geschädigte oft gar nicht der Versichertengemeinschaft angehört, sondern weil die Versichertengemeinschaft selbst an Recht und Gesetz gebunden ist und weil schließlich jeder Angehörige der Versichertengemeinschaft nicht ausschließen kann, durch ein unvorhersehbares Schadensereignis in dieselbe Lage zu geraten. Gerade für diese Fälle will aber jeder Teilnehmer der Versichertengemeinschaft den Anspruch auf angemessene und faire Schadensregulierung gegenüber seiner Person verwirklicht wissen.

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*“.⁹⁷ 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

⁹⁷ BGH NJW 1995, 861, 865.

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.⁹⁸ Dem hat die Literatur zugestimmt.⁹⁹ 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 Artt. 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.

Ein dogmatischer Fremdkörper ist dies im deutschen Recht nicht – im Gegenteil, der BGH akzeptiert den Anspruch aus Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts unter Präventionsgesichtspunkten bereits seit Mitte der 50er Jahre. Es bedarf daher nicht des Rückgriffs auf die Lehre von den Punitive Damages des amerikanischen Rechts¹⁰⁰ In der Tat geht es nicht um Punitive Damages im deutschen Recht, sondern allein darum, schwerwiegende Eingriffe in Würde und Ehre geschädigter Personen zum Zwecke der Realisierung von *Regulierungsgewinnen* durch einen angemessenen ideellen Schadensersatz zu kompensieren. Dies gelingt ohne weiteres auf der Grundlage der von BGH und Bundesverfassungsgericht entwickelten Lehre vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

⁹⁸ BT-Drs. 14/7752, S. 25.

⁹⁹ Däubler JuS 2002, 627; Wagner NJW 2002, 2056; Münch-Komm.-Oetker § 253, Rn. 27; Palandt-Heinrichs § 253, Rn. 10.

¹⁰⁰ Dazu Peter Müller, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, 2000, passim; Stephanie Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente 2002, passim; Holger Bentert, Das pönale Element – ein Fremdkörper im deutschen Zivilrecht? – zugleich ein Diskussionsbeitrag zur Frage der Anerkennung US-amerikanischer „Punitive-Damages“-Urteile, 1996, passim; Esther Sonntag, Entwicklungstendenzen der Privatstrafen – Strafschadensersatz im antiken römischen, im deutschen und im US-amerikanischen Recht, Dissertation an der Humboldt-Universität zu Berlin, 2004 – erscheint in Kürze; Schwintowski, Systemlücken im deutschen und europäischen Haftungs- und Schadensrecht, ZVersWiss, 2003, 305-338; Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess, 1999 – verschiedene Beiträge; Rosemgarten, Der Präventionsgedanke im deutschen Zivilrecht, NJW 1996, 1935-1938.

In die gleiche Richtung weist der Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes vom 6. Mai 2004 zur Umsetzung einer Reihe von europäischen Richtlinien. In § 14 geht es um die Entschädigung, die ein Arbeitgeber zu leisten hat, wenn er gegen das Benachteiligungsverbot verstößt. In Übereinstimmung mit den Vorgaben in den Richtlinien heißt es in § 14 Satz 3 des Entwurfes, dass die „Höhe der Entschädigung geeignet sein muss, den Arbeitgeber von künftigen Benachteiligungen abzuhalten“. Das entspricht im Übrigen der Entscheidung Draehmpael des EuGH aus dem Jahre 1997. In dieser Entscheidung hat der EuGH bei Auslegung der Antidiskriminierungsrichtlinie 76/207/EWG in ihrer damaligen Fassung¹⁰¹ gefordert, dass die von dem Mitgliedstaaten gewährte Sanktion eine wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben muss.¹⁰²

Damit ist der Kreis geschlossen: Die Rechtsschutzlücke, die unserem Rechtssystem infolge des Bernoulli-Theorems immanent ist, kann im Bereich des Schadensersatzrechtes durch den materiell ausgestalteten Anspruch auf angemessene, faire Schadensregulierung und bei schwerwiegender Verletzung dieses Anspruchs durch Gewährung eines ideellen Schadensersatzes wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschlossen werden. Die Gerichte machen von dieser Möglichkeit schon lange Gebrauch, trennen aber nicht präzise zwischen Schmerzensgeld einerseits und ideellem Schadensersatz wegen schwerwiegender Verletzung des Anspruchs auf angemessene, faire Schadensregulierung. Wenn die Praxis dies ändert, so werden wir in Zukunft Sanktionen wegen der Verletzung des Anspruchs auf angemessene, faire Schadensregulierung in einer Höhe haben, die es den Schadensregulierern nahe legen wird, eine angemessene, faire und damit menschenwürdige Schadensregulierung vorzuziehen, weil das für sie deutlich billiger ist. Jhering hatte also Unrecht – es geht nicht um den Kampf ums Recht, sondern es geht um faire Konfliktlösung.

¹⁰¹ EuGHE I 1997, 1295 = DB 1997, 983.

¹⁰² Vertiefend Herms/Meinel, Vorboten einer neuen Ära: das geplante Antidiskriminierungsgesetz, DB 2004, 2370, 2373.

V. Wesentliche Ergebnisse

1. Unserer Rechtsordnung ist ein 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 aussichtsreicher) 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 Euro) 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. 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 Verzugsschadensersatzes 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
 - Beweismittel sichern
 - Unabhängige Sachverständige einschalten

- Direkter Kontakt mit der ermittelnden Polizei – nicht abwarten bis die polizeilichen Ermittlungen abgeschlossen sind
 - Bildung eines Finanzierungsfonds für unabhängige Gutachter
 - Round-table aller Beteiligten einschließlich Sozialversicherungsträger und Krankenversicherer
 - Abbau von Bürokratie
- b) Pflicht zur zeitnahen Entwicklung eines (Vor-)Finanzierungskonzeptes
- Abschluss eines Regulierungsvertrages zusammen mit allen Beteiligten (insbesondere Sozialversicherungsträger und Krankenversicherer), mit dem Ziel einer angemessenen, zeitnahen und ausreichenden Vorfinanzierung der entstehenden Kosten
 - Vorläufige Prognose über die Beurteilung des Haftungsgrundes
 - Vorläufige Schätzung der Schadenshöhe
 - Der Regulierungsvertrag enthält Abreden darüber, wie Überzahlungen oder Unterzahlungen im Zeitablauf ausgeglichen werden und
 - Abreden über Sicherheitsleistungen
- c) Pflicht zur Entwicklung eines Konzeptes zur angemessenen psychologischen Betreuung
- Mediation
 - Psychotherapeutische Betreuung
 - Hinzuziehung von Fachleuten
 - Einbeziehung der Sozialversicherungsträger und Krankenversicherer
 - Einbeziehung des psychologischen Betreuungskonzeptes in den Regulierungsvertrag
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*).