

Neminem laedere

Aspekte des Haftungsrechts

Festschrift für Gerda Müller

zum 65. Geburtstag
am
26. Juni 2009

Herausgegeben von

Hans-Peter Greiner
Norbert Gross
Kay Nehm
Andreas Spickhoff



Carl Heymanns Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Angaben sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Verlag, Herausgeber und Autoren übernehmen keine Haftung
für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Alle Rechte vorbehalten

Carl Heymanns Verlag – Eine Marke von Wolters Kluwer Deutschland
© 2009 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Luxemburger Straße 449, 50939 Köln

Luxemburger Straße 449
50939 Köln
E-Mail: info@wolterskluwer.de
<http://www.wolterskluwer.de>

ISBN 978-3-452-27099-3
Satz: schwarz auf weiss, Berlin
Druck und Weiterverarbeitung: Wilhelm & Adam OHG, Heusenstamm

Gedruckt auf säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person

– Der Teufel steckt immer im Detail –

CHRISTIAN HUBER

A. AUSGANGSLAGE

Wird eine Person von einem Dritten in zurechenbarer Weise erheblich verletzt,¹ ist eine vollständige Heilung oft nicht möglich. Die verletzte Person benötigt die Hilfe Dritter, um ihr Leben einigermaßen so zu gestalten, als ob das schädigende Ereignis nicht stattgefunden hätte; und zwar zur Führung des eigenen Haushalts, für die medizinische Versorgung sowie für Verrichtungen, die ein Gesunder stets allein erledigt. Diese Dienstleistungen werden unter dem Begriff der vermehrten Bedürfnisse zusammengefasst. In vielen Fällen sind es Familienangehörige, die dem Verletzten – im wahrsten Sinn des Wortes – unter die Arme greifen und ihn nicht verkommen lassen. Das Bestehen einer gesetzlichen Unterhaltspflicht oder deren uneigennütziges Einspringen soll den Ersatzpflichtigen nicht entlasten. Darüber besteht Einigkeit.² Aber bei kaum einem Schadensposten klaffen die Beträge, die für vergleichbare Dienstleistungen von den Gerichten als ersatzfähig angesehen werden, so weit auseinander wie bei den Hilfeleistungen von Angehörigen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse.³

Nach deutschem Recht wird der Ersatz dafür besonders engherzig bemessen. Bei Schwer- und Schwerstverletzungen steht die Frage der Bemessung des Schmerzensgeldes im Vordergrund.⁴ Dem Umfang der Dienstleistungen durch Angehörige wird dem gegenüber viel weniger Aufmerksamkeit zuteil. Das Schmerzensgeld wird in der Regel in einem Kapitalbetrag ausbezahlt und verbleibt dem Verletzten in vollem Umfang selbst. Bei den vermehrten Bedürfnissen gibt es zumindest eine Ba-

1 Hauptanwendungsgebiet sind Verkehrsunfälle und ärztliche Kunstfehler.

2 BGH VersR 1978, 149; BGH VersR 1989, 147; VersR 1998, 366; OLG Frankfurt/M. zfs 1991, 155; OLG Hamm r+s 1995, 182; OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; OLG Zweibrücken OLGR 2003, 444.

3 Ch. Huber MedR 2008, 712 Fn. 2.

4 Dazu umfassend G. Müller VersR 1993, 909; VersR 1995, 489; ZRP 1998, 258; VersR 1998, 129; VersR 1998, 1181; VersR 2003, 1; VersR 2003, 137; VersR 2006, 1289.

sisversorgung durch Leistungen von Sozialversicherungsträgern. Durch Einführung der Pflegegeldversicherung – in Deutschland und Österreich – wähnt sich der Verletzte in Sicherheit: Der Regress mag Angelegenheit der jeweiligen Sozialversicherungsträger sein; er ist davon womöglich nur am Rande betroffen. Die zu verdienenden Gebühren für den Geschädigtenanwalt halten sich auch in erträglichen Grenzen.

Eine nähere Analyse ergibt freilich ein ganz anderes Bild: Die jeweiligen Sozialversicherungsleistungen sind gewiss wertvoll. In ihrem Umfang bleiben sie gegenüber dem im Haftpflichtrecht geschuldeten vollen Ausgleich beträchtlich zurück, mögen sie auch mehr sein als der sprichwörtliche Tropfen auf den heißen Stein.⁵ Die Lücke zwischen Sozialleistung und Schadenersatz, die den Ersatz der Hilfeleistungen von Angehörigen zum brisanten Thema macht, ist bei korrekter Bewertung schon derzeit beträchtlich und wird in den nächsten Jahren weiter zunehmen: Einerseits werden die Marktkosten für solche Dienstleistungen stärker ansteigen als die allgemeine Teuerung.⁶ Es geht hauptsächlich um »Handarbeit«, persönliche Verrichtungen, bei denen das Rationalisierungspotenzial begrenzt ist. Es entfällt der technologische Fortschritt als Kostendämpfungsfaktor. Wegen der noch bestehenden Kaufkraftunterschiede zwischen Deutschland und Osteuropa hat sich der Verletzte vielfach mit nach dem Lohnniveau dieser Staaten adäquat entlohnten, nach dem Maßstab Deutschlands aber unterbezahlten Arbeitskräften aus Osteuropa beholfen und sich mit daran orientierten Ersatzleistungen zufrieden gegeben. Mit Angleichung der Wirtschaftsverhältnisse werden solche Pflegekräfte weniger verfügbar sein bzw. zu entsprechenden Dienstleistungen nur gegen eine – gemessen an der inländischen Kaufkraftparität – marktconforme Entlohnung bereit sein. Das geht Hand in Hand mit der Schrumpfung sozialer Leistungen, die infolge des demografischen Wandels – mehr Alte, weniger Junge – unausweichlich ist.⁷

Bei Schwer- und Schwerstverletzten sind die Pflege- und Betreuungsdienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse der viel bedeutendere Schadensposten im Vergleich zum Schmerzensgeld.⁸ Wenn dieser nach deutschem Recht – zu – knapp bemessen wird, hat das besonders weitreichende Folgen, nämlich einerseits eine willkommene Kostendämpfung für den zumeist ersatzpflichtigen Haftpflichtversicherer und andererseits eine dem Ausgleichsprinzip des Schadensrechts widersprechende Unterentschädigung des Verletzten bzw. seiner

5 Prototypisch OGH ZVR 2007/124, 208 (*Ch. Huber*): Leistung der Pflegeversicherung 1531,50 €; Kosten der Rund-um-die-Uhr-Betreuung 14 481,80 €, jeweils pro Monat – Relation nahezu 1:10.

6 Für die Schweiz *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 70; für Deutschland Dautert/Jorzig (Hrsg.)/*Pardey* Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich, 2009, S. 1, 29; für Österreich *Ch. Huber* ÖJZ 2007, 625, 633.

7 Prototypisch BGH NZV 2008, 448 und dazu *Ch. Huber* NZV 2008, 431.

8 *Hoffmann* zfs 2007, 428: 40–60 % des Gesamtschadens; instruktiv auch Dautert/Jorzig (Hrsg.)/*Petry* Arzthaftung, 2009, S. 93, 100 f.

Angehörigen sowie allenfalls der Sozialversicherer, deren Regressrechte unberechtigtweise beschnitten werden.

In einem persönlichen Gespräch Anfang der 90-er Jahre hatte ich Gelegenheit, die Jubilarin darauf hinzuweisen, dass zwar das Schmerzensgeld in Deutschland gegenüber den Werten in Österreich bei Schwerstverletzungen großzügiger bemessen werde,⁹ es bei den Pflegedienstleistungen von Angehörigen sich aber gerade Gegenteil verhalte. An dieser Relation hat sich in all den Jahren nichts geändert, weil die Frage der Bemessung der vermehrten Bedürfnisse entweder als Tatfrage »abgetan« wurde oder der VI. Senat sich einer näheren Beschäftigung durch den Hinweis entzog, dass eine derartige Frage der Schadensschätzung nur einer eingeschränkten höchstrichterlichen Überprüfung unterläge.¹⁰ Wie die Festsetzung der Höhe des Erwerbsschadens eines im Zeitpunkt der Verletzung Arbeitslosen¹¹ und noch mehr die Bemessung der ersatzfähigen Mietwagenkosten¹² eindrucksvoll belegen, ist nicht immer die gesetzliche Fessel, sondern auch der Umstand, sich damit befassen zu wollen (oder auch nicht), bedeutsam für die Annahme oder Zurückweisung einer Revision.

Man mag sich damit trösten, dass jede Rechtsordnung so ihre Traditionen habe, die sich in Jahrzehnten gebildet haben und ihre Vorzüge haben werden. Auch im Schadensrecht steht es aber dem Rechtsanwender gut an, gelegentlich über den Tellerrand zu blicken. Die Schweiz und Österreich haben dabei den Vorzug, dass man sich dort in einer ähnlichen Sprache ausdrückt. Diese beiden Rechtsordnungen blicken mitunter gebannt auf den großen Bruder; deren Höchstgerichte zitieren deutsche Kommentare und Handbücher zum Haftpflichtrecht mit einer Selbstverständlichkeit, als wären sie zum jeweiligen nationalen Recht verfasst worden. Womöglich kann aber (ausnahmsweise?) auch der große Bruder von den kleinen Geschwistern lernen. Oder zumindest die dort anders verlaufene Entwicklung als Denkanstoß aufgreifen, um zu überprüfen, ob die bisherige eigene Übung dem in der Theorie außer Streit stehenden Postulat des vollen Ausgleichs des eingetretenen Schadens entspricht. In einem Festschriftbeitrag ist keine umfassende Erörterung möglich;

9 Die Relation ist seit Jahrzehnten 3:1. Der Höchstzuspruch in Deutschland LG Kiel VersR 2006, 679 (*Jaeger*): 614 306 €; OLG Innsbruck 25.5.2005, 4 R 110/05s: 210 000 €, Hinweis in: *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller* Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 9. Aufl. 2008, S. 477.

10 BGH VersR 1986, 391; zur ähnlichen Rechtslage in der Schweiz *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 74 Fn. 13, 93; *ders.* ZBJV 2003, 394, 395 f. unter Hinweis darauf, dass das BG im Fall *Kramis* den Aspekt der Rechtsfrage stärker betont und damit eine weitergehende Überprüfbarkeit bejaht habe. Zur diesbezüglich reichhaltigen Judikatur des OGH bei vergleichbarer Revisionsbeschränkung in Bezug auf Schadensbemessungsfragen vgl die Nachweise bei *Ch. Huber* ÖJZ 2007, 625 ff.

11 BGH NZV 2002, 268; weitere Nachweise bei *AnwKommBGB/Ch. Huber* §§ 842, 843 Rn. 79.

12 BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51 und seither mehr als 3 Dutzend Folgeentscheidungen.

versucht werden soll immerhin eine kaleidoskopartige Beschreibung anhand ausgewählter Problemfelder.¹³

B. GRUNDSÄTZLICHES

I. Terminologie und Reichweite – Abgrenzung zum Sozialversicherungsrecht

Kann die Gesundheit einer Person nicht wiederhergestellt werden, gibt es aber gleichwohl Maßnahmen, um eine mögliche Annäherung an den Lebenszuschnitt wie ohne schädigendes Ereignis zu bewirken, handelt es sich bei den dafür getätigten Aufwendungen nicht um Heilungskosten, sondern um vermehrte Bedürfnisse. Es lassen sich bei den von den Angehörigen erbrachten Hilfeleistungen¹⁴ folgende Tätigkeitsgruppen unterscheiden: Im Rahmen der Behandlungspflege geht es um Verrichtungen, bei denen gewisse Spezialkenntnisse erforderlich sind, wie etwa das Verabreichen von Spritzen oder eine komplizierte Wundversorgung. Von dieser unterscheidet sich die Grundpflege, die darin besteht, dass die verletzte Person all das unternehmen kann, wozu sie ohne Verletzung keine fremde Hilfe in Anspruch genommen hätte. Beispielsweise erwähnt sei das An- und Auskleiden, die Körperpflege sowie die Hilfe bei der Nahrungsaufnahme und beim Stoffwechsel. Schließlich ist davon die hauswirtschaftliche Versorgung zu unterscheiden, also die Aktivitäten, die erforderlich sind, um den eigenen Haushalt zu führen. Dazu zählen Einkaufen, Kochen, Putzen, aber auch geistige Tätigkeiten wie etwa die Erledigung von Banküberweisungen sowie die Korrespondenz mit Behörden unter Einschluss des Verfassens der Steuererklärung.¹⁵

Im Sozialversicherungsrecht geht es um einen gesetzlich definierten Mindeststandard. Je beschränkter die Mittel sind (und werden), umso geringer ist das Tätigkeitspektrum, das durch die jeweilige Leistung entschädigt werden soll. Im Schadensrecht gilt ein anderer Blickwinkel, nämlich das Ausgleichsprinzip – und nicht etwa das Prämienvolumen der Haftpflichtversicherer.¹⁶ Maßgeblich ist der Lebenszuschnitt, den der Verletzte ohne schädigendes Ereignis hätte. Alle Maßnahmen, die

13 Manche Probleme betreffen spezifisch die Bemessung von Hilfeleistungen von Familienangehörigen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse; andere stellen sich *mutatis mutandis* auch beim Erwerbsschaden bzw. Unterhaltersatzschaden, namentlich beim Haushaltsführerschaden.

14 Kaufmann HAVE 2003, 123, 124: Oberbegriff für Betreuungs-, Pflege- und Haushaltsdienstleistungen.

15 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 19; ZürcherKomm/Landolt, 3. Aufl., Art. 46 OR Rn. 296; Ch. Huber *Fragen der Schadensberechnung*, 2. Aufl. 1994, S. 315 f.

16 A.A. Hoffmann zfs 2007, 428, 429: Maßgeblich, was für die Versicherungsgemeinschaft zumutbar sei. Ähnlich OLG Koblenz VersR 2002, 244.

eine Annäherung an diesen Zustand bewirken können, fallen darunter. Es geht somit nicht allein um das Überleben oder ein Mindestprogramm der alltäglichen Verrichtungen, sondern eine umfassende Hilfeleistung unter Einschluss der Freizeit.¹⁷ Darunter fallen etwa die Kosten einer Begleitperson für eine Urlaubsreise oder auch nur für Spaziergänge. Zu beachten ist, dass der sozialversicherungsrechtlichen Umschreibung keine Indizwirkung für das Haftpflichtrecht zukommt, sieht man davon ab, dass das Sozialversicherungsrecht zumeist bloß eine Mindestversorgung vorsieht, während es im Haftpflichtrecht um ein weiter gehendes, auf die konkrete Situation des jeweils Betroffenen abgestimmtes Betreuungsprogramm und dessen Finanzierung durch den Ersatzpflichtigen geht.¹⁸

II. Inhalt – Abgrenzung zum Erwerbsschaden

In Literatur und Rechtsprechung wird das Spektrum der vermehrten Bedürfnisse sehr weit gefasst. Alles, was zur Wiederherstellung des bisherigen Lebenszuschnitts gehört, soll dazu gehören unter Einschluss der vereitelten Haushaltsführung sowie Lernhilfen im Rahmen der Ausbildung und im Beruf.¹⁹ Es gibt m.E. gute Gründe, den Begriff der vermehrten Bedürfnisse enger zu fassen und auf die private Lebensführung zu beschränken. Plausibles Abgrenzungskriterium wäre, ob ein Gesunder eine solche Tätigkeit substituieren würde bzw. ob die Fördermaßnahme dazu dient, eine wirtschaftlich gehaltvolle Tätigkeit auszuüben; insoweit wäre ein Erwerbsschaden gegeben.²⁰ Das wäre sowohl bei der eigenen Haushaltsführung als auch bei der Lernhilfe für ein Kind und einer Begleitperson im Beruf der Fall.

An der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit solcher Schadensposten würde sich dadurch nichts ändern. Die Abgrenzung zwischen den einzelnen Schadensposten gelänge aber mit einem höheren Maß an Überzeugungskraft. Darüber hinaus dürfte die Unverhältnismäßigkeitsschwelle für die eine oder andere Maßnahme präziser bestimmt werden können. Was zur Ausübung einer – künftigen – Erwerbstätigkeit unternommen wird, das darf womöglich – auf Kosten des Ersatzpflichtigen – noch eine Spur mehr kosten als vergleichbare Aufwendungen für die Freizeitgestaltung, ohne dass dem der Ersatzpflichtige den Einwand der Unverhältnismäßigkeit entgegensetzen kann.²¹ Auch im Rahmen der sachlichen Kongruenz von Sozialversiche-

17 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 296; a.A. BernerKomm/Brehm, 3. Aufl., Art. 46 Rn. 14k: Abzugelten über die Genugtuung, in deutscher Terminologie das Schmerzensgeld.

18 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 12; ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 256.

19 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 12; ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 277, 279.

20 Ch. Huber *Schadensberechnung*, S. 320 ff.

21 Dazu OGH SZ 71/146 = ZVR 1999/47: Keine Unverhältnismäßigkeit des 3-fachen Betrags für eine Hilfsperson gegenüber dem Verdienstausfall einer an den Rollstuhl gefesselten Bezirksrichterin nach Tötung des sie pflegenden Vaters.

rungsleistungen könnte diese Abgrenzung bedeutsam sein, wobei diese Frage hier nicht abschließend geklärt werden kann.

III. Restitution und Kompensation

Im deutschen Recht ist der Schadensposten der vermehrten Bedürfnisse in § 843 BGB im Kontext des Deliktsrechts geregelt; zudem ist dafür eine Rente vorgesehen. Diese systematische Platzierung ist aus zwei Gründen wenig geglückt. Vermehrte Bedürfnisse entstehen nicht nur bei deliktischer Schädigung; und auch die Rente ist kein Muss. Unabdingbar ist daher eine Einordnung in das Spannungsverhältnis der §§ 249 und 251 BGB geboten. Es stellt sich die Gretchenfrage: Handelt es sich bei den vermehrten Bedürfnissen um Restitution oder Kompensation? Bezeichnend ist, dass ein so herausragender Kenner der Materie wie *Pardey*²² zwischen den beiden Antipoden laviert. M.E. handelt es sich eindeutig um Restitution. Da eine vollständige Wiederherstellung des Zustands ohne schädigendes Ereignis umso weniger möglich ist, je gravierender die Schädigung ist, bringt der im österreichischen Recht geläufige Ausdruck »Schaffung einer Ersatzlage«²³ besser zum Ausdruck, worum es der Sache nach geht: Der Geschädigte soll – soweit eben trotz Verletzung noch möglich – sein Leben so führen können, als hätte er diese Verletzung nicht erlitten. Aus der Qualifikation der Restitution folgt – jedenfalls für das deutsche und österreichische – Recht, dass es auf die jeweilige Reaktion des Verletzten ankommt und die Höhe des Ersatzbetrags von dessen widmungsgemäßer Verwendung abhängig ist: Maßgeblich ist, was der Verletzte in der Folge tut; nicht, was er tun könnte, ohne gegen die Schadensminderungspflicht zu verstoßen.

IV. Ausgestaltungsfreiheit des Verletzten und Grenzen

Für die Abdeckung vermehrter Bedürfnisse einer – schwer – verletzten Person kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht: ein Pflegeheim oder die Versorgung zu Hause, letztere durch Angehörige oder fremde Ersatzkräfte bzw. einen Pflegedienst. Einigkeit besteht darin, dass der Verletzte bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit²⁴ wählen kann, wofür er sich entscheidet und der Ersatzpflichtige demge-

22 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 8–10.

23 Dazu Rummel/Reischauer, 3. Aufl., § 1323 Rn. 2.

24 Vgl aber Kaufmann HAVE 2003, 123, 124: Bei Rund-um-die-Uhr-Pflege stets Unverhältnismäßigkeit der Betreuung durch Angehörige bzw. einzelne Pflegekräfte gegenüber den Kosten eines Pflegeheims. Viel großzügiger OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115: Der Ersatzpflichtige hat die vom Geschädigten gewählte Art hinzunehmen bis zu der Grenze, dass die Kosten in keinem vertretbaren Verhältnis mehr zur Qualität der Versorgung des Geschädigten stehen. Ähnlich Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 14, 33: Vertretbarkeit der Auswahlentscheidung.

mäß Ersatz schuldet.²⁵ Nicht stets ist er auf die billigste Art der Schadensbehebung zu verweisen. Ob der Verletzte diese Art geleistet hätte bzw. leisten hätte können, wenn er den Schaden selbst zu tragen gehabt hätte, ist ohne Bedeutung.²⁶

Auffallend ist, dass das Ausmaß der Ersatzpflicht in besonders hohem Maße von der gewählten Art abhängig ist.²⁷ Ein Pflegeheim kostet je nach Ausstattung und Service unterschiedlich viel; über die dabei konkret angefallenen Kosten wird selten gestritten. Viel heikler sind die Kosten für die Betreuung in der angestammten Umgebung des Verletzten. Bei Einschaltung eines professionellen Pflegedienstes belaufen sich diese im Extremfall zwischen 45 000 und 60 000 € pro Monat.²⁸ Der Zuspruch bei Erbringung solcher Dienstleistungen durch Familienangehörige geht selten über 3000 € hinaus.²⁹ Schon an dieser Stelle stutzt man, ob letztere – wie es nach der (großspurigen) Ansage³⁰ zu erwarten wäre – voll angemessen abgegolten werden, wobei die bestehende Unterhalts- oder Beistandspflicht der Angehörigen den Ersatzpflichtigen gerade nicht entlasten soll.³¹

Zunächst ist der Frage nachzugehen, wonach sich die Unverhältnismäßigkeit einer bestimmten Schadensbehebungsart bestimmt. Welche Größen sind gegenüberzustellen? Gibt es Schwellwerte, bei deren Überschreitung sich der Verletzte auf die weniger aufwändige Art verweisen lassen muss? Sollte das so sein, hat er auch dann noch Gestaltungsmöglichkeiten? Unter Bezugnahme auf die §§ 249 und 251 BGB erscheint ein zunächst als pietätlos erscheinender Vergleich mit dem Kfz-Sachschaden aufschlussreich: Sowohl bei Verletzung einer Person als auch bei Beschädigung eines Fahrzeugs gibt es mehrere Arten der Restitution. Der Eigentümer des Fahrzeugs zieht – von der Neuwagenabrechnung abgesehen – die Reparatur der Ersatzbeschaffung typischerweise vor. Sie entspricht in höherem Maß seinem Integritätsinteresse. Der Verletzte präferiert, strukturell durchaus vergleichbar, die Pflege zu Hause gegenüber der Unterbringung in einem Pflegeheim. Jeweils geht es um den Erhalt des Gewohnten. Beim Fahrzeug wird dem Geschädigten eingeräumt, sein Fahrzeug bis zu 130 % des Wiederbeschaffungswertes auf Kosten des Schädigers reparieren zu lassen, wobei der Wiederbeschaffungswert eines seriösen Ge-

25 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 87 Fn. 78 unter Hinweis auf die Persönlichkeits- und Grundrechte des Geschädigten.

26 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 14.

27 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 96; OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115: Privater Pflegedienst 42 000 DM, Betreuung durch Familienangehörige 18 300 DM, einer der höchsten Zusprüche in solchen Fällen!

28 *Hoffmann* zfs 2007, 428.

29 *Ch. Huber* MedR 2008, 712, 713 Fn. 7.

30 Vgl die ermutigend klingende Umschreibung bei Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 6: »Jede verletzte Person verdient optimale Begleitung, Betreuung und Unterstützung. Jeder Pflegebedürftige soll die Hilfe erhalten, auf die er wegen seiner Pflegebedürftigkeit angewiesen ist. Die Selbstbestimmung Behinderter, ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ist zu fördern. Benachteiligungen muss entgegen gewirkt werden. Darüber besteht Einigkeit.«

31 BGH VersR 1978, 149; VersR 1986, 391; OLG Köln VersR 1992, 506.

brauchtwagenhändlers mit Werkstattgarantie zugrunde gelegt wird.³² Im Ergebnis führt das namentlich dann, wenn der Haftpflichtversicherer bei der Totalschadensabrechnung den Wrackwert einer Restwertbörse anrechnen hätte können, dazu, dass der Ersatzpflichtige bei der Reparaturkostenabrechnung doppelt so hoch belastet wird.

Wie hoch man im deutschen Recht auch immer den Stellenwert eines Kraftfahrzeugs taxiert, es bedarf wohl nicht einmal einer Bezugnahme auf das Wertgefüge der Grundrechte im Grundgesetz, dass man zu dem Ergebnis kommt, dass die körperliche Integrität einer Person gegenüber dem Eigentum an einer Sache den wesentlich höheren Stellenwert hat.³³ Die Schlussfolgerung ist, dass die Unverhältnismäßigkeitsschwelle bei einer vom Geschädigten gewählten Restitutionsart im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse vom Ersatzpflichtigen weniger leicht entgegen gesetzt werden kann als beim Kfz-Sachschaden. Muss dort der Ersatzpflichtige eine doppelt so hohe Belastung in Kauf nehmen, sollte es bei den vermehrten Bedürfnissen jedenfalls bis zum Faktor 3 so sein.³⁴

Bedeutsam ist aber stets auch, welche Größen man einander gegenüber stellt: Beim Kfz-Schaden ist es nicht irgendein Kaufpreis, sondern der eines seriösen Gebrauchtwagenhändlers mit Werkstattgarantie. Auch darf der Geschädigte nicht darauf verwiesen werden, sein Fahrzeug in irgendeiner Werkstätte reparieren zu lassen; ersatzfähig sind vielmehr die Kosten einer Markenwerkstätte. Für die hier bedeutende Verhältnismäßigkeitsprüfung bedeutet dies, dass der Verletzte nicht auf die Kosten irgendeines Pflegeheims verwiesen werden darf, das ihn bloß vor dem Sterben bewahrt; Maßstab ist vielmehr ein solches, das zuverlässig ist und dem Komfort und Lebenszuschnitt seiner bisherigen Lebensführung entspricht.³⁵ Entsprechendes gilt für den Pflegedienst, der Entsprechung zur Markenwerkstätte.

Bei Anlegung dieses Maßstabs dürften sich dann kaum Fälle ergeben, bei denen die Betreuung in der angestammten Umgebung des Verletzten unverhältnismäßig ist. Sollte das trotzdem der Fall sein, müsste der Verletzte m.E. gleichwohl die Möglichkeit haben, durch Bezuschussung mit eigenen Mitteln die gewünschte Pflegeform der Betreuung in seiner vertrauten Umgebung zu realisieren mit der Folge, dass der Ersatzpflichtige den Verletzten auch dann nicht auf das tiefere Niveau des Pflegeheims verweisen kann. Unter der Voraussetzung der Realisierung dieser Scha-

32 BGHZ 115, 364.

33 Zutreffend Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1; 31 f. auch unter Hinweis auf § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB und dem daraus gezogenen Schluss, dass der Mensch höherwertig ist gegenüber dem Haustier.

34 Restriktiver OLG Koblenz VersR 2002, 244: Grenze der Verhältnismäßigkeit überschritten, wenn die Kosten der Betreuung durch eine Pflegeperson das 1 1/2-fache des besten Pflegeheims der Umgebung überschreiten. Schon bei einem Überhang von 2/3 liege das an der Grenze dessen, was der Versicherungsgemeinschaft an Mehrleistung zuzumuten sei. Vgl. auch Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 32; Zulässig noch Faktor 2.

35 Das BerG in der E OGH SZ 71/146 – JBl. 1999, 121 hat auf den *höchsten Satz* in einem Krankenhaus abgestellt.

densbeseitigungsart kann er Ersatz bis zur Grenze der Verhältnismäßigkeit verlangen.³⁶ Anhaltspunkt für die Festsetzung der Unverhältnismäßigkeitsschwelle ist auch die Abgrenzung zwischen zufälliger und zu vertretender Unmöglichkeit in § 275 Abs. 2 BGB.³⁷

C. DEFINITIVE FESTLEGUNG FÜR DIE ZUKUNFT ODER ANPASSUNG AN DIE JEWEILIGE GESTALTUNG

I. Eine zentrale Stellschraube für die Bemessung des Umfangs

Der Ersatz des Kfz-Sachschadens erfolgt ausschließlich in einem Kapitalbetrag. Bei dessen abschließender Regulierung steht fest, für welche Form der Restitution sich der Geschädigte entschieden hat. Bei den vermehrten Bedürfnissen dominiert die Rente; im deutschen Recht ist das jedenfalls der in § 843 Abs. 1 BGB gesetzlich vorgesehene Regelfall.³⁸ Diese gebührt für in Zukunft anfallende Aufwendungen. Es stellt sich nun die Frage, in welchem Ausmaß es auf die in der Folge gewählte Art der Restitution ankommt bzw. ob eine Änderung der Rente zu erfolgen hat, wenn der Verletzte anders disponiert bzw. disponieren muss.

Auf den Punkt gebracht geht es um folgende Frage: Wirkt es sich auf die Rente aus und gegebenenfalls in welcher Weise, wenn der Verletzte im Zuge der Auszahlung der Schadenersatzrente eine andere Form der Restitution wählt? Kann er bei höheren Aufwendungen eine Aufstockung begehren bzw. bei geringeren Aufwendungen der Ersatzpflichtige eine Herabsetzung? Für das deutsche Recht ist das nach Maßgabe des § 323 ZPO zu bejahen, wobei eine Abänderung einerseits eine wesentliche Änderung voraussetzt, andererseits die Abänderung bloß für die Zukunft verlangt werden kann. Für das schweizerische Recht ist hingegen eine solche Abänderung grundsätzlich ausgeschlossen.³⁹

Eine Rechtsordnung wie die deutsche, die eine Anpassung der Rente bei Wechsel der Restitutionsart zulässt, kann in viel höherem Ausmaß die jeweilige Ausgestaltung der Deckung der vermehrten Bedürfnisse zum Maßstab des Ersatzes machen

36 Ch. Huber ÖJZ 2007, 625, 627.

37 BT-Drs. 14/6040 v. 14.5.2001, S. 130: Als Musterbeispiel für eine nicht zu vertretende Unmöglichkeit wird die Absage eines Auftritts einer Opernsängerin erwähnt, die sich um ihr schwer krankes Kind kümmert. Wenn der Vertragspartner das ohne Schadenersatzanspruch hinnehmen muss, kann der Verhältnismäßigkeitsmaßstab des deliktischen Schädigers kein ganz anderer sein. Dazu Ch. Huber iFamZ 2009, 24, 26.

38 Eine entsprechende Regelung hat der österreichische Gesetzgeber in § 1325 ABGB getroffen.

39 Schnyder/Portmann/Müller-Chen Außervertragliches Haftpflichtrecht, 2008, Kap. 9 Rn. 419: Gemäß Art. 46 Abs. 2 OR muss ein – auf 2 Jahre befristeter – Rektifikationsvorbehalt in das Urteil aufgenommen werden, um bei unübersehbarer Entwicklung eine spätere Abänderung ausnahmsweise zu ermöglichen.

als eine, bei der eine definitive Festlegung bis zum voraussichtlichen Ende der Rente erfolgt. Umgekehrt muss eine Rechtsordnung wie die schweizerische, die während der Laufzeit der Rente unwiderruflich an den Anfangsprämien festhält, auch wenn diese sich geändert haben mögen, viel stärker auf den wahrscheinlichsten künftigen Verlauf abstellen. Sie muss sicherstellen, dass die schadensrechtlich geschuldete Bedarfsdeckung jedenfalls gewährleistet ist, selbst wenn sich die Umstände ändern. Nach Darstellung dieser Antipoden soll dargestellt werden, wie sich dies auf die Bemessung der Rente in der jeweiligen Rechtsordnung auswirkt, wobei neben der schweizerischen auch die österreichische der deutschen gegenüber gestellt werden soll.

II. Die Rechtslage im deutschsprachigen Rechtskreis

1. Schweiz

In der Schweiz ist die Kapitalabfindung der Regelfall;⁴⁰ die längste Zeit war diese sogar die einzige Ersatzform, ehe eine jüngere BG-Entscheidung⁴¹ dem Geschädigten ein Wahlrecht eingeräumt hat.⁴² Das Gedankengebäude der Kapitalabfindung beeinflusst naturgemäß auch die Bemessung der Rente. Diese unterscheidet sich von der Kapitalabfindung immerhin dadurch, dass hinsichtlich der Dauer die tatsächliche und nicht die *ex ante* geschätzte Bedarfsdeckung maßgeblich ist. Für die Rente wird der wahrscheinlichste künftige Verlauf zugrunde gelegt, wie das prototypisch in der Leitentscheidung *Kramis*⁴³ erfolgt ist: Das BG geht davon aus, dass die verletzte Person genau 17 Jahre von ihrer Mutter gepflegt werde und sie sich sodann in ein Pflegeheim begeben müsse. Deren Kosten werden indexiert und in einer *ex ante* abschließenden Höhe festgelegt. Diese Methode wurde in der schweizerischen Literatur grundsätzlich gebilligt. Umstritten ist insoweit lediglich, welcher der passende Index ist.⁴⁴

Bezüglich der künftigen Entwicklung ist im Zeitpunkt des Zuspruchs zu entscheiden, ob der Verletzte an seinem bisherigen Ort verbleiben werde oder ein oder mehrere Umzüge in höher- oder preisgünstigeren Kantone in Betracht zu ziehen sind, ein endgültiger Umzug in das (aus Schweizer Sicht meist) preisgünstigere Ausland auf Dauer erfolge,⁴⁵ ob und wann die Betreuung durch Familienangehörige

beendet sein⁴⁶ und ein Wechsel in ein Pflegeheim erfolgen bzw. bei Jugendlichen ein eigener Hausstand gegründet⁴⁷ werde. Sogar die Wahrscheinlichkeit, dass der Angehörige früher als zunächst angenommen nicht mehr zur Verfügung stehen werde, etwa infolge Krankheit, vorzeitigen Todes oder Scheidung, wird nach einem Wahrscheinlichkeitskalkül auch bei der Rente berücksichtigt.⁴⁸

Dass der Vermögensvorteil geringerer Kosten bei Pflege des Verletzten durch Angehörige unberücksichtigt bleibt, weil jeden Tag diese kostengünstigere Art entfallen kann und dann eine aufwändigere finanziert werden muss,⁴⁹ ist im Ausgangspunkt folgerichtig. Ob bei dem angenommenen Wegfall der Hilfeleistungen des zunächst einspringenden Angehörigen – wie im Fall *Kramis* – zwingend eine Betreuung im Pflegeheim anzunehmen ist,⁵⁰ liegt weniger auf der Hand. Wenn die Kosten für eine Betreuung zu Hause so bemessen werden, dass es gleichgültig ist, ob ein Angehöriger oder eine professionelle Pflegekraft die notwendigen Dienste tut, dann wäre der Verletzte in der Lage, bei Wegfall des Angehörigen dessen Tätigkeitsspektrum durch professionelle Marktleistungen zu substituieren. Er hätte dann zwar nicht mehr das Integritätsinteresse, nicht fremden Personen »ausgeliefert« zu sein, aber immerhin könnte er in seiner vertrauten Umgebung verbleiben. Bei den Bäumen ist es so, dass man sie ab einem bestimmten Alter nicht mehr verpflanzen soll, weil sie fest verwurzelt sind. Für Menschen gilt Entsprechendes.

Unabhängig von dieser Detailfrage ist am schweizerischen Recht hervorzuheben, dass die dortigen Gerichte mit anerkennenswerter Einfühlbarkeit die wahrscheinlichste künftige Entwicklung bei der Bemessung der Rente zugrunde legen.⁵¹ Selbst wenn man eine Anpassung zulassen würde, würden sich eine solche bei einer entsprechend sorgfältigen Prognose auf ein Minimum reduzieren. Darüber hinaus ist gewährleistet, dass der Verletzte mit hoher Wahrscheinlichkeit den Ersatzbetrag erhält, der ihm eine angemessene Bedarfsdeckung ermöglicht. *Landolt*⁵² empfiehlt darüber hinaus, sich bei Unwägbarkeit der künftigen Entwicklung dafür zu entscheiden, jeweils zeitabschnittsweise abzurechnen, also den jährlichen Betrag als Vorschuss zu empfangen und die endgültige Höhe vom jeweiligen Bedarf abhängig zu machen. Für das schweizerische Recht bestehe diese Art freilich nur für die au-

schaden-Forum 2003, 67, 88, 101 Fn. 134 unter Hinweis auf BGer Pra 1999, 890 E 2c: Wohnsitzverlegung nach Norditalien.

46 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 94: Wenn Familienangehörige 70 Jahre sind. Kritisch *Kaufmann* HAVE 2003, 123, 130: Realistischer bis zum 65. Lebensjahr. Offen ist, ob es auf das gesetzliche Rentenalter einer Vergleichsperson ankommt oder auf die Prognose in tatsächlicher Hinsicht, wie lange also der jeweilige Familienangehörige dazu bereit sein wird. Zum vergleichbaren Problem der Begrenzung der Erwerbsschadensrente im deutschen Recht *AnwKommBGB/Ch. Huber* §§ 842, 843 Rn. 82.

47 *Landolt* Personenschaden-Forum (2003) 67, 94: Wenn Kind 30 Jahre alt ist.

48 *Landolt* HAVE 2007, 35, 38 unter Hinweis auf BGE 28 II 200 E 5.

49 *Landolt* ZBJV 2003, 394, 402.

50 *ZürcherKomm/Landolt* Art. 46 OR Rn. 311.

51 *Kaufmann* HAVE 2003, 123, 125.

52 *ZürcherKomm/Landolt* Arb. 46 OR Rn. 418.

40 Zum früheren Ausnahmecharakter der Rente noch BGE 117 II 609 E 10c.

41 BGE 125 III 312 E 6c.

42 *Rey* Außervertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 265; *ZürcherKomm/Landolt* Art. 46 OR Rn. 438.

43 BG HAVE 2002, 276.

44 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 110; *ders.* ZBJV 2003, 394, 406: Jährliche Teuerungsrate der Gesundheitskosten 5,5 %, die der Pflegeheimkosten 14,4 %.

45 Wenn eine Rückkehr wegen eines Aufenthaltsrechts in der Schweiz in Betracht kommt, bleibt die tiefere Kaufkraftparität des Auslands indes unberücksichtigt: *Landolt* Personen-

bergerichtliche Schadensregulierung; sie setze somit voraus, dass sich beide Parteien darauf verständigen und der Ersatzpflichtige in regelmäßigen Abständen einen Verjährungsverzicht erkläre.⁵³

2. Österreich

Wie im deutschen Recht hat der Geschädigte nach österreichischem Recht keinen Anspruch auf eine Kapitalabfindung, sofern kein wichtiger Grund gegeben ist und der Geschädigte gestützt darauf eine Kapitalabfindung verlangt (§ 14 Abs. 3 EKHG). Im Unterschied zum deutschen Recht sieht die österreichische Rechtsordnung die Möglichkeit des Zuspruchs einer indexierten Rente gemäß § 8 EO vor. Die Geschädigtenanwälte stellen indes – zumeist infolge Verkennung der Problemlage oder mangels entsprechender Kenntnisse – bloß ein auf einen Nominalbetrag gerichtetes Rentenbegehren. Die österreichischen Gerichte stellen dann auf die Verhältnisse zum Ende der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz ab. Der Verletzte kann nach geraumer Zeit dann zwar trotz Fehlens einer dem § 323 ZPO entsprechenden Norm Anpassung begehren; aber eben auch nur bei Wesentlichkeit der Änderung und bloß für die Zukunft.

Wie hoch das Wirtschaftswachstum ist und die Löhne steigen, ist stets ungewiss. Am aller unwahrscheinlichsten ist jedoch, dass sie gleich bleiben oder sogar nominal zurückgehen. Die momentane Finanz- und Wirtschaftskrise ist im langjährigen Schnitt ein absoluter Ausnahmefall; und selbst in diesem gibt es eine gewisse Inflation. Das auf einen Nominalbetrag gerichtete Rentenbegehren, also der Verzicht auf eine Indexierung, führt demgemäß notwendigerweise zu einer Unterentschädigung des Anspruchsberechtigten, die im Gegensatz zu dem auch im österreichischen Recht geltenden Ausgleichsprinzip steht. Denn die Differenzbeträge, die sich bis zur wesentlichen Änderung akkumuliert haben, verbleiben – unberechtigterweise – in der Tasche des Ersatzpflichtigen bzw. seines Haftpflichtversicherers. Zu betonen ist aber, dass das österreichische Zwangsvollstreckungsrecht im Gegensatz zum deutschen Recht den Zuspruch einer indexierten Rente nicht verhindert. Da Pflegekräfte diejenigen sind, die die schadenersatzrechtlich geschuldeten Pflege- und Betreuungsleistungen zu Marktpreisen erbringen, bietet sich an, die Pflegeschadenrente an den Index des Kollektivvertragslohns dieser Berufsgruppe oder an einen Index der Pflegedienste zu binden, so ein solcher existiert. Eine noch präzisere Feinadjustierung ermöglicht zusätzlich zur Indexbindung die fortlaufende Pflegeschadenliquidation, bei der die pro Jahr gezahlte Rente bloß vorschussweise entrichtet wird, über deren widmungsgemäße Verwendung der Verletzte aber rechen-schaftspflichtig ist bzw. bei höherem Bedarf einen Nachschlag verlangen kann wie auch bei geringerem Bedarf der Ersatzpflichtige rückforderungsberechtigt ist.

3. Deutschland

Nach deutschem Recht ist eine indexgebundene, »dynamische« Rente unzulässig. Der Horizont des deutschen Gerichts endet mit dem Zeitpunkt der mündlichen Hauptverhandlung 1. Instanz. Bezüglich der Einbeziehung künftiger Entwicklungen könnte eine besonders mutige Entscheidung des RG⁵⁴ zu einer Traumatisierung in Bezug auf Prognosen beigetragen haben. Dieses hatte 1933 die Prognose gewagt, dass wegen der erfolgreichen Anstrengungen der Reichsregierung der Geschädigte im Jahr 1943 trotz seiner Verletzung nicht ohne Arbeit sein werde. *Steffen*⁵⁵ hat dazu mit der ihm eigenen Ironie bemerkt, dass es ein Treppenwitz der Geschichte sei, dass die national verengte Pupille der Richter fast ins Schwarze getroffen hätte, nur, dass auf den Mann nicht die Lohntüte wartete, sondern das Soldbuch.

Solche tagespolitisch verbrämten Weissagungen mögen mit Vorsicht zu genießen sein. Bezüglich der mit Händen zu greifenden künftigen Veränderungen wie ein Vogel Strauß den Kopf in den Sand zu stecken, schüttet aber das Kind mit dem Bade aus. Eine derart übertriebene Vorsicht wirkt sich nämlich typischerweise zu Lasten des Geschädigten aus, der weniger erhält als den ihm nach dem Gesetz geschuldeten vollen Ausgleich. Im Unterschied zum österreichischen Recht ist eine einfache Abhilfe durch eine indexierte Rente von Gesetzes wegen nicht möglich.⁵⁶ Erforderlich wäre aber immerhin eine Schätzung der künftigen Preissteigerung aufgrund der Erfahrungswerte der Vergangenheit. Die Notlage wird für den Geschädigten noch zusätzlich dadurch verschärft, dass nach einer neueren BGH-Entscheidung⁵⁷ eine Anpassung einer Rente – *in concreto* einer Schmerzensgeldrente – unterhalb einer akkumulierten Inflation von 25 % nicht in Betracht kommt.

III. Schlussfolgerungen für das deutsche Recht

Die Erbringung von Pflegedienstleistungen im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse ist eine Ausprägung der Restitution. Das Ausmaß ist abhängig von der jeweiligen Gestaltung. Schon dieser Umstand spricht für die Zulässigkeit einer fortlaufenden Pflegeschadenliquidation, und zwar nicht nur bei entsprechendem Konsens der Parteien, sondern als gesetzlicher Anspruch des Verletzten bzw. als Kontrollrecht des Ersatzpflichtigen. Die fehlende Möglichkeit einer Indexbindung der Rente im deutschen Recht lässt diese Form zu einer unabdingbaren Notwendigkeit werden. Damit wird dem Ausgleichsprinzip und der Berücksichtigung der jeweils konkreten Umstände im höchstmöglichen Ausmaß Rechnung getragen. Offen gelegt werden soll aber gleichzeitig, dass ein solches Verfahren ein nicht unbeträchtliches Streit-

54 RGZ 145, 196.

55 *Steffen* DAR 1984, 1, 2.

56 Kritisch bereits AnwKommBGB/Ch. Huber §§ 842, 843 Rn. 74 f.

57 BGH NJW 2007, 2475 (*Teichmann*).

53 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 418, 447.

potential in sich birgt.⁵⁸ Den Parteien steht es freilich offen, sich auf einen anderen Abrechnungsmodus zu einigen. Die gesetzliche Durchsetzbarkeit der fortlaufenden Pflegeschadensliquidation führt indes zu einer fairen Verteilung der Verhandlungspositionen. Der Geschädigte wird davor bewahrt, im Regelfall verkürzt zu werden, ohne sich dagegen wehren zu können. Jedenfalls wird penibel festzulegen sein, wie weit die Rechtskraft des Zuspruchs der Pflegeschadenrente reicht. Denn es macht einen Unterschied, ob der zuerkannte Betrag ohne Wenn und Aber gebührt oder bloß für die zugrunde gelegte Verletzung unter der Annahme, dass sich das Leiden nicht verschlimmert und der Angehörige für die benötigten Dienstleistungen zur Verfügung steht, solange der Bedarf besteht.

D. DAS AUSMASS DES ERSATZES: PRODUKT AUS ZEITAUFWAND UND STUNDENLOHN

Das Ausmaß des Ersatzes ergibt sich aus dem Produkt von Zeitaufwand und Stundenlohn einer Arbeitskraft, die zur Erbringung der durch das schädigende Ereignis verursachten Dienstleistungen in der Lage ist. Wird eine solche in Anspruch genommen, ist allenfalls die Frage der Verhältnismäßigkeit gegenüber dem Dienstleistungspaket eines Pflegeheims zu prüfen. Erbringt ein Familienangehöriger die gleichen Leistungen wie eine angestellte Pflegekraft, stellt sich die Frage, ob der Geschädigte Ersatz in gleicher Höhe wie bei Anstellung einer Pflegekraft verlangen kann oder ob er sich Abschlüge gefallen lassen muss. Sollte das zu bejahen sein, ist zu klären, ob das beim Zeitaufwand und/oder Stundenlohn der Fall ist sowie in welchem Ausmaß.

I. Wechselwirkungen

Es gibt Tätigkeiten, die setzen besondere Kenntnisse voraus. Eine Pflegekraft hat dafür eine spezifische Ausbildung absolviert und kann ein Diplom vorweisen. Der Familienangehörige hat sich die benötigten Kenntnisse im Eilverfahren angeeignet; er ist eine angelernte Kraft. Womöglich benötigt er für die entsprechenden Verrichtungen länger. Bei der Bemessung des Schadenersatzes zeigt sich bei diesen Tätigkeiten, die freilich bloß einen Teil des Dienstleistungsspektrums ausmachen, dass die höher zu entlohnende professionelle Ersatzkraft das in kürzerer Zeit bewältigt, während der weniger gewandte und deshalb geringer zu entlohnende Familienangehörige dafür länger braucht.⁵⁹

Das Produkt wird sich kaum unterscheiden, weshalb m.E. aus Einfachheitsgründen auch bei Familienangehörigen auf den Zeitbedarf und den Stundenlohn einer

professionellen Ersatzkraft abzustellen ist. Keinesfalls darf aber das Produkt aus dem jeweils geringeren Faktor herangezogen werden. Dafür spricht auch das Argument, dass es heutzutage immer mehr darauf ankommt, was man wirklich kann, und nicht darauf, dass man durch eine nachgewiesene Ausbildung belegen kann, was man können soll. Dazu kommt, dass der Familienangehörige häufig mit mehr Engagement bei der Sache ist und so seine mangelnden Kenntnisse kompensieren kann. Die Handgriffe, um die es geht, hat er sich meist angeeignet; dass er nicht über das sonstige know how einer Pflegekraft verfügt, spielt für den konkreten Einzelfall oft keine Rolle.

II. Die maßgebliche Fragestellung – Rechts- oder Tatfrage

Gemäß dem Motto »Alle Wege führen nach Rom« räumt das (deutsche) Tatgericht dem Sachverständigen mitunter einen Freibrief zur Ermittlung des Schadens ein.⁶⁰ Dazu kommt, dass als Sachverständiger meist bloß ein Mediziner betraut wird, der in Bezug auf die Schätzung des Pflegeaufwands über keine ausreichende Expertise verfügt.⁶¹ Das Ergebnis ist, dass ein weitgehend inkompetenter Sachverständiger implizit auch über Rechtsfragen entscheidet. Dem Tatgericht mag das durchaus willkommen sein, weil es insoweit Verantwortung delegiert und sich auf diese Weise einer höchstrichterlichen Kontrolle entzieht. Dass die Bemessung des Ersatzes bei vergleichbaren Konstellationen dann meilenweit auseinandergeht, darüber soll und darf man sich nicht wundern.

Getreu dem Ausspruch Goethes »*Der Irrtum ist viel leichter zu erkennen als die Wahrheit zu finden*« soll versucht werden, die Spreu vom Weizen zu trennen. Es soll offen gelegt werden, wo die Abgrenzung zwischen Rechts- und Tatfrage verläuft, welche Kompetenz dem Gericht zufällt und worin die Funktion des Sachverständigen besteht. Der Sachverständige hat m.E. Tatsachenmaterial zu liefern, im konkreten Zusammenhang namentlich Zahlen. Sein Ergebnis ist aber abhängig von der Präzision der an ihn gestellten Frage. Und ob die Fragestellung korrekt und insbesondere präzise genug war, das ist allemal eine revisionsrechtlich überprüfbare Rechtsfrage. In der Praxis werden unterschiedliche Fragen für beachtlich angesehen, so sich das Tatgericht nicht mit der m.E. unzulässigen pauschalen Frage an den Sachverständigen begnügt: Wie viel soll ich zusprechen?

60 Zur Bandbreite der Bemessungsansätze Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 25: Bereitschaftszeiten sind zur Hälfte anzurechnen oder durch einen angemessenen Zuschlag zu berücksichtigen oder durch einen pauschalen Aufschlag auf den errechneten Gesamtbetrag von 10 %. Man gewinnt den Eindruck: Alles ist möglich, wie bei der Glücksspielzentrale in Münster.

61 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 24: pauschaler Hinweis auf einen Sachverständigen; differenzierter das schweizerische Recht – dazu *Landolt Personenschaden-Forum* 2003, 67, 95: Erforderlichkeit medizinisch-theoretischer Feststellungen des Arztes als auch pflegerischer Feststellungen einer Pflegefachperson; ebenso *Kaufmann HAVE* 2003, 123, 126.

58 Verwiesen sei auf die OLG Zweibrücken MedR 2008, 741.

59 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 24.

1. Was würde ein Familienangehöriger fairerweise in Rechnung stellen

a) Elterliche Zuwendung oder ersatzfähiger Betreuungsaufwand

Ungeachtet der gesetzlichen Wertung des § 843 Abs. 4 BGB, dass der Schädiger durch eine bestehende Unterhaltspflicht nicht entlastet werden soll, gibt es Ansätze, die im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass sich eine bestehende Unterhaltspflicht dämpfend auf den Umfang des Schadenersatzanspruchs auswirkt.⁶² Der BGH⁶³ klammert solche Pflegeleistungen aus, bei denen die elterliche Zuwendung eine große Rolle spielt. Im Ergebnis wurde die Ansicht von *Grunsky*⁶⁴ übernommen, der für den Ersatzpflichtigen gutachterlich tätig geworden ist – mit dem für einen Gutachter legitimen Ziel, ein Schadenersatzbegehren in möglichst weitgehendem Umfang von seinem Klienten abzuwehren. Allein, insofern handelt es sich um den Standpunkt einer Prozesspartei und nicht um eine wissenschaftlich fundierte Aussage.

Fakt ist, dass viele Eltern sich selbst die Nächte um die Ohren schlagen, um ein durch ein schädigendes Ereignis schmerzgeplagtes Kind zu trösten. Eltern, die während des Tages einem geistig beanspruchenden Beruf nachzugehen haben, werden sich diesen »Luxus« auf Dauer aber nicht leisten können. Das ohnehin beschäftigte *Au-Pair*-Mädchen wird dann die eine oder andere zusätzliche Nachtschicht einlegen müssen. Ob das in concreto der Fall ist oder nicht, darauf kommt es m.E. nicht an. Mag auch die Betreuung des Kindes durch die Eltern die optimale »Dienstleistung« sein; auch durch eine Pflegekraft lässt sich eine Ersatzlage herstellen, was für die grundsätzliche Ersatzfähigkeit spricht. Das Abgrenzungsmerkmal von *Kullmann*,⁶⁵ dass darauf abzustellen sei, ob der Schwerpunkt im Zeitaufwand oder in der Zuwendung liege, ist in keiner Weise justiziabel.⁶⁶ Darüber hinaus läuft es geradezu auf ein Unwerturteil hinaus, wenn Eltern behaupten, dass bei der Beschäfti-

62 So explizit Dautert/Jorzig (Hrsg./Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 22: Keine Ersatzfähigkeit, soweit durch den unterhaltsrechtlichen Normalbedarf gedeckt.

63 BGHZ 106, 28 = JZ 1989, 344 (*Grunsky*) = JR 1989, 236 (*Schlund*): Keine Abgeltung für elterliche Zuwendung am Krankenbett während des Krankenhausaufenthalts des Kindes; BGH NJW 1999, 2819 = LM § 843 Nr. 59 (*Kullmann*): Keine Abgeltung der Beruhigung von Kindern bei Karierschäden und auch kein Ersatz für Übungen auf dem Gebiet der Logopädie. Ebenso OLG Frankfurt/M. VersR 2001, 1572: Tröstungen der Kinder bei Kariesbefall; besorgte Eltern werden erforderlichen Mehraufwand an Zeit beanstandungslos hinnehmen; beeinträchtigt seien bloß die allgemeinen Lebensgestaltungsmöglichkeiten der Eltern. Ähnlich restriktiv OLG Schleswig OLGR 2008, 9: Abgelehnt bei therapeutischen Übungen (Ergotherapie, Logopädie, Kinesiologie, Heileurythmie); diese seien Bestandteil des täglichen Zusammenlebens wie die Förderung des gesunden Kindes bei Sport und Musik.

64 BB 1995, 937.

65 Anmerkung zu LM § 843 Nr. 59.

66 Zu einem Auswuchs dieser Rechtsprechung OLG Schleswig OLGR 2007, 859: Ablehnung jeglichen Ersatzes für eine nächtliche Rufbereitschaft unter Hinweis auf diese Rechtsprechung.

gung mit ihrem Kind nicht die elterliche Zuneigung die zentrale Rolle spiele, sondern die – vergeudete – Zeit. Wer *outet* sich schon gerne als Rabeneltern? Und selbst wenn das geschieht, sammelt er keine Sympathiewerte beim entscheidenden Gericht. Ungeachtet der Festlegung der BGH-Linie durch zwei Entscheidungen sollte diese Rechtsprechungslinie überdacht und revidiert werden.

b) Unterhaltspflicht als Kostendämpfungsfaktor

In der Schweiz war die Ersatzfähigkeit von Pflegedienstleistungen, die von Angehörigen erbracht worden sind, bis zur *Kramis*-Entscheidung⁶⁷ des BG nicht abschließend geklärt.⁶⁸ Die schweizerische Rechtsordnung kennt nämlich keine dem § 843 Abs. 4 BGB bzw. § 14 Abs. 4 EKHG entsprechende Norm.⁶⁹ Es wird daher zum Teil für maßgeblich gehalten, ob die geleistete Betreuung die normale und zumutbare Betreuung gemäß Art. 272 und 276 ZGB übersteigt und daher überhaupt als ersatzfähiger Schaden des Verunfallten zu gelten hat.⁷⁰ Verlangt wird ein erheblicher Aufwand, also das Überschreiten einer unterhaltsrechtlichen Bagatellschwelle als Voraussetzung für die schadenersatzrechtliche Ersatzfähigkeit. Das ApG Bern⁷¹ verlangt, dass die Unfallfolgen die üblichen Beistandsleistungen spürbar erhöht haben müssen. Als tragender Grund für die Ersatzfähigkeit wird angeführt, dass die pflegenden Angehörigen dem Verletzten etwas in Rechnung stellen,⁷² was bei Ehegatten mit der Beistandspflicht schwerlich vereinbar sei.⁷³ Dem ist aber *Landolt*,⁷⁴ der sich zum schweizerischen Recht am ausführlichsten mit der Pflegeschadenproblematik beschäftigt hat, berechtigterweise entgegengetreten. Er bringt das m.E. ganz zutreffend auf den Punkt, wenn er ausführt, dass die Angehörigen eine Unterhalts- bzw. Beistandspflicht gegenüber dem Verletzten treffe, aber gerade keine Schadensminderungspflicht gegenüber dem Schädiger. *Landolt*⁷⁵ sieht die Selbsttragung des Schadens durch Angehörige sogar als »ethisch verwerflich« an, weil die

67 BG HAVE 2002, 276.

68 *Snyder/Portmann/Müller-Chen* Außervertragliches Haftpflichtrecht, 2008, Kap. 2 Rn. 51.

69 BernerKomm/*Brehm* Art. 46 Rn. 14b: Zuspruch unter Hinweis auf die Billigkeit und den Hinweis, dass die familiäre Beistandspflicht gegenüber der außervertraglichen Schadenersatzpflicht nicht immer subsidiär sei. A.A. *Kaufmann* HAVE 2003, 123, 125 Fn. 15.

70 BG 27.3.2007 – 4C-413/2006.

71 ApG Bern ZBJV 2002, 831, 835. Ähnlich *Oftinger/Stark* Schweizerisches Haftpflichtrecht AT Band I, 5. Aufl. 1995, § 6 Rn. 110 Fn. 149: Ersatzfähigkeit nur bei erheblichem Aufwand gegeben. Kritisch *Landolt* HAVE 2006, 238, 241.

72 Anklänge daran auch bei OLG München NZV 1989, 471: Kürzung des maßgeblichen Stundenlohns von 12 DM auf 8 DM unter Hinweis darauf, dass ein gewisser gegenseitiger Beistand zwischen Ehegatten geschuldet sei. A.A. OLG Stuttgart VersR 1977, 1038; OLG Nürnberg VersR 1986, 173; *Ch. Huber* MedR 2008, 712, 714; Dautert/Jorzig (Hrsg./Pardey Arzthaftung, 2009, S. 1, 27.

73 BernerKomm/*Brehm* Art. 46 Rn. 14a.

74 Personenschaden-Forum 2003 67, 88; ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 408.

75 ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 411.

Angehörigen wegfallen können. Vor dem Hintergrund der schweizerischen Rechtslage, dass selbst bei Zuspruch einer Rente auch in solchen Fällen keine Anpassung möglich ist, ist diese Aussage gut nachvollziehbar.

2. Was würde die Inanspruchnahme einer Marktleistung kosten?

Führt der Verweis, dass sich manche Dienstleistungen nicht delegieren lassen oder der Unterhalts- bzw. Beistandspflichtige sich so etwas nicht oder nicht wie eine fremde Ersatzkraft bezahlen lasse, zu einem restriktiven Bemessungsansatz, führt das Abstellen auf die Kosten bei Inanspruchnahme einer Marktleistung zum maximal vorstellbaren Ersatzumfang. In Betracht kommen dabei als Ansatzpunkt die Kosten bei Einstellung einer Pflegekraft als Arbeitnehmer des Verletzten oder die bei Inanspruchnahme eines Pflegedienstes. In der Schweiz wird diesbezüglich auf die Spitex-Organisation verwiesen, deren Stundensätze beträchtlich über denen angestellter Pflegekräfte liegen; und das ungeachtet des Umstands, dass es sich um eine staatlich subventionierte Organisation handelt. In der Schweiz steht darüber hinaus durch die SAKE-Erhebung ein weiteres statistisches Zahlenmaterial zur Verfügung, das als Anhaltspunkt herangezogen werden kann.

Die höheren Kosten der Spitex-Organisation sind damit erklärbar, dass diese auch die Kosten der Organisation beinhalten,⁷⁶ die eingesetzten Kräfte – wie in jedem Unternehmen – nicht zu jeder Zeit voll ausgelastet sind, weil nicht jeder Bedarf eines Verletzten gerade eine Vollzeitstelle erfordert, Wegekosten dazu kommen, für die Angestellten die Lohnverrechnung durchgeführt werden muss, udgl. Es erhebt sich die Frage, ob all diese Kosten bei Erbringung der erforderlichen Dienstleistungen durch Familienangehörige wegfallen. Gegen die pauschale Heranziehung solcher Sätze oder auch der einer professionellen Arbeitskraft spricht indes, dass im deutschen – und österreichischen – Schadenersatzrecht der Ersatz nicht danach zu beurteilen ist, wie sich der Geschädigte ohne Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht verhalten hätte dürfen, sondern darauf, wie er sich tatsächlich verhalten hat. Wer sein Fahrzeug in einer Markenwerkstätte reparieren lassen hätte dürfen, sich stattdessen aber für eine Ersatzbeschaffung bei einer Privatperson entschieden hat, wird auf die den Ersatzpflichtigen weniger belastende Totalschadensabrechnung verwiesen; und die bei der Reparatur anfallende Mehrwertsteuer kann er wegen § 249 Abs. 2 Satz 2 BGB auch nicht ersetzt verlangen. Diese Wertung ist m.E. auf den Personenschaden übertragbar:

⁷⁶ Landolt Personenschadenforum 2003, 67, 98.

3. Der maßgebliche Ansatzpunkt

a) Ausgangspunkt: Welche Kosten fielen bei Anstellung eines Familienangehörigen an?

Ausgangspunkt der Bemessung ist m.E. der Ansatz, dass der Verletzte nicht gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen würde, wenn er die durch das schädigende Ereignis verursachten Dienstleistungen durch eine von ihm als Arbeitnehmer beschäftigte Pflegekraft besorgen ließe.⁷⁷ Dann kann sich an diesem Befund aber nichts ändern, wenn er zu eben diesen Konditionen einen Familienangehörigen anstellt und dadurch sämtliche schadensbedingt anfallenden Dienstleistungen abgedeckt werden. Das ist nämlich keinesfalls stets der Fall, wie der Sachverhalt einer OGH-Entscheidung⁷⁸ belegt:

Eine 37-jährige Ehefrau und Mutter eines 6-Personenhaushalts war nach einem Unfall querschnittgelähmt und konnte nur noch wenige Handgriffe selbst erledigen. Der Ehemann gab seinen Beruf auf, um die Aufgabe der Ehefrau zu übernehmen und diese zu pflegen. Die Verletzte schloss mit dem Ehemann einen Arbeitsvertrag und meldete ihn bei der Sozialversicherung als Arbeitnehmer an. Der OGH sprach aus, dass es wegen des Prinzips der subjektiv-konkreten Schadensberechnung dann auf die getroffene Entgeltvereinbarung ankomme.⁷⁹ Die Anstellung wird hier erfolgt sein, um dem Familienangehörigen einen Mindestsozialversicherungsschutz zu verschaffen. Dieser war schon deshalb erforderlich, weil die Betreuungsperson, nämlich der Ehemann, die bis dahin ausgeübte berufliche Erwerbsarbeit aufgegeben hatte.

Aber der Abschluss eines Arbeitsvertrags wird relativ rasch an die Grenze der arbeitsrechtlich maximal zulässigen wöchentlichen Arbeitszeit führen. Erbringt – wie das häufig der Fall sein wird – die Betreuungsperson Leistungen in einem weit darüber hinausgehenden Ausmaß, wäre es in keiner Weise einzusehen, den Umfang des Schadenersatzanspruchs insoweit zu begrenzen. Die Verweisung auf die getroffene Vereinbarung gilt somit nur dann strikt, wenn damit sämtliche Leistungen des Familienangehörigen durch das arbeitsvertragliche Entgelt marktkonform abgegolten werden.⁸⁰

b) Präzisierung: Inwiefern geringere Kosten, weil Erledigung durch in den Haushalt integrierten Familienangehörigen

Entscheidet sich – aus welchen Gründen auch immer – der Verletzte und die Betreuungsperson zum Verzicht auf den Abschluss eines formellen Anstellungsver-

⁷⁷ Vgl. demgegenüber *van Bühren/Jahnke* Anwaltshandbuch Verkehrsrecht, 2003, Teil 4 Rn. 141: Erbringung der erforderlichen Leistungen durch fremde Pflegekraft nur *erster* Orientierungsrahmen.

⁷⁸ ZVR 2001/106.

⁷⁹ Zustimmend Rummel/Reischauer § 1325 Rn. 12a; kritisch Schwimann/Harrer, 3. Aufl., § 1325 Rn. 16.

⁸⁰ *Ch. Huber* ÖJZ 2007, 625, 631.

trags, stellt sich die Frage, ob und welche der dabei dann nicht anfallenden Kosten den Schädiger entlasten sollen. Darüber hinaus erhebt sich die Frage, ob es Kosteneinsparungspotenziale gibt, die daraus herrühren, dass die Pflegekraft in die Hausgemeinschaft integriert ist und manche Verrichtungen kostengünstiger erledigt werden können. Mit einer Peilung über den Daumen nach Gutsherrenart ist es dabei freilich nicht getan. Vielmehr ist diesen – möglichen – Einsparungspotenzialen im Detail nachzugehen. Zu beachten ist der Grundsatz, dass der Verzicht auf den Abschluss eines formellen Anstellungsvertrags den Schädiger grundsätzlich nicht entlasten soll. Eine Ausnahme ist m.E. freilich dann geboten, wenn es sich um Kosten handelt, die weder für den Verletzten noch für den Angehörigen zu einem Vermögensvorteil führen. Die Umsetzung dieses Postulats soll anhand der beiden Faktoren Zeitausmaß und Stundenlohn anhand einiger zentraler Bemessungsfragen näher untersucht werden:

III. Schlussfolgerungen für Zeitausmaß und Stundenlohn

1. Zeitausmaß

a) Karenzzeiten während Aufenthalt anderswo

Schwer verletzte Personen können zwar nicht mehr in dem Sinn geheilt werden, dass sie wieder ganz gesund werden. Zur Vermeidung der Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes müssen sie aber mitunter für längere Zeiträume stationär in ein Krankenhaus oder ein Rehabilitationszentrum aufgenommen werden. Wenn es sich um vorübergehende Zeiträume handelt, würde einer angestellten Pflegeperson das Entgelt fortbezahlt werden müssen. Zu bedenken ist, dass dieser nicht immer zumutbar ist, ihren Urlaub gerade in diesem Zeitraum zu nehmen. Ist Referenzgröße des dem Haushalt angehörenden den Verletzten pflegenden Familienmitglieds, dass es auch ohne Anstellung so behandelt werden soll wie bei einem Anstellungsvertrag, gebührt Ersatz auch für diese Zeiträume.⁸¹ Ausnahmsweise dann, wenn die familienangehörige Pflegeperson andere erwerbswirtschaftliche Aktivitäten entfaltet, deren ökonomischer Wert mindestens so hoch wie das Pflegeentgelt liegt, kommt eine Aussetzung des Entgelts für diesen Zeitraum in Betracht. Für einen moderaten Maßstab spricht, dass es sich um eine aufgedrängte Leerzeit handelt; hat die Betreuungsperson für die Übernahme der Pflege ihre bisherige Erwerbstätigkeit aufgegeben, wird man besonders zurückhaltend sein müssen.

b) Abgeltung von Bereitschafts- oder Präsenzzeiten

Bei manchen Pflegebedürftigen ist eine Betreuung rund um die Uhr erforderlich. Jedenfalls bei Harn- und/oder Stuhlinkontinenz lassen sich die benötigten Handrei-

81 Ch. Huber ÖJZ 2007, 625, 637; a.A. OGH ZVR 2007/124 (Ch. Huber).

chungen nicht auf die Minute planen. Insoweit geht es um eine Respektierung der Menschenwürde, den Verletzten zeitnah von seinen Fäkalien zu befreien. Würde man eine Pflegekraft einstellen, wäre diese auch für solche Bereitschaftszeiten marktkonform zu entlohnen. Wird das von Familienangehörigen erledigt, ist die Bandbreite beeindruckend groß.⁸² Den Vogel schießen freilich *Küppersbusch*⁸³ und das OLG Koblenz⁸⁴ ab, die für eine 14-stündige Bereitschaft insgesamt (!) 12 € vorschlagen. Da das ernst gemeint ist, wird deutlich, warum es in Deutschland eine Diskussion über einen Mindestlohn gibt. Dass eine solche Bemessung Lichtjahre von einer angemessenen marktkonformen Abgeltung entfernt ist, muss nicht besonders begründet werden.

Den zutreffenden Ansatz wählt auch insofern *Landolt*:⁸⁵ Abzustellen ist auf das Entgelt, das einer fremden Pflegekraft für solche Bereitschaftszeiten zu zahlen wäre. Es mag sein, dass dieses geringer ist als das für konkrete Verrichtungen. Das ist nach dem jeweiligen marktüblichen Kollektivvertrag zu beurteilen. Dass auch für Bereitschaftszeiten ein Entgelt zu entrichten ist, ist für Feuerwehrleute oder Verkäuferinnen einer Boutique ganz selbstverständlich; warum das bei pflegenden Familienangehörigen ganz anders sein soll und diese sich mit einem Almosen oder Anerkennungspfennig abspesen lassen sollten, wäre ganz und gar nicht einzusehen.⁸⁶

Wie bei einer Pflegekraft ist freilich darauf anzurechnen, dass diese während der Bereitschaftszeiten auch den Haushalt für den Verletzten besorgen kann.⁸⁷ Dabei wird freilich zu berücksichtigen sein, dass dies gar nicht in vollem Umfang möglich ist, beinhaltet dieser doch auch Einkäufe und andere Erledigungen außer Haus, die bei einer ständigen Anwesenheit nicht möglich sind. Diskutabel ist m.E. darüber hinaus eine Berücksichtigung der Haushaltsführung für die Pflegeperson selbst und die anderen Haushaltsmitglieder während dieses Zeitraums.⁸⁸ Je größer die Familie ist, ein umso größeres Zeitvolumen kommt in Betracht.

82 OLG Schleswig OLGR 2007, 859: 16-jähriger lebt typischerweise auch sonst bei Eltern, Einstellung einer Fremdkraft ist keine vernünftige Alternative, deshalb jegliche Versagung; OLG Hamm NJW-RR 1994, 415: 50 Minuten; OLG Hamm OLGR 1992, 65: 1 Stunde; OLG Koblenz VersR 2002, 244; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; OLG Bremen NJW-RR 1999, 1115: für Tag und Nacht zusammen 2 Stunden; OLG Stuttgart MedR 2006, 719: pauschaler Zuschlag von 10 %; OLG Oldenburg VersR 1993, 753: pauschaler Zuschlag von 30 %.

83 Ersatzansprüche bei Personenschäden, 9. Aufl. 2006, Rn. 266 Fn. 51.

84 OLG Koblenz VersR 2002, 244.

85 HAVE 2007, 35, 37 Hinweis auf Art. 10 Abs. 3 des Normalarbeitsvertrags für das Pflegepersonal vom 23.12.1971.

86 AnwKomm/Ch. Huber §§ 842, 843 Rn. 227.

87 *Landolt* HAVE 2007, 35, 38 mit dem Hinweis, dass bloß 2,75 Stunden für einen 1-Personen-Haushalt anzusetzen sind, bei alleinstehenden Männern laut SAKE-Statistik sogar nur 2 Stunden.

88 *BernerKomm/Brehm* Art. 46 Rn. 14h; *Kaufmann* HAVE 2003, 123, 128, 130: Überschießend aber in Bezug auf die Ausübung von Hobbys. Die romantische Vorstellung der strickenden und häkelnden Pflegeperson entstammt einer anderen Epoche! Diese Tätigkeit mag man jederzeit abrechnen können, viele andere hingegen nicht. A.A. Dautert/

Das muss es dann aber auch sein. Eine generelle Pauschalierung auf die Hälfte⁸⁹ oder eine Begrenzung auf die Vereitelung von *Outdoor*-Aktivitäten⁹⁰ ist dem Grunde nach verfehlt. Das ist eher eine anwaltliche Kreativitätsprämie als ein tauglicher Bemessungsansatz. Warum soll der entschädigt werden, der vorgibt, in die Berge oder ins Kino zu gehen, nicht aber derjenige, der in Ruhe ein Buch lesen oder eine Fachpublikation verfassen möchte. Zu ganz und gar unhaltbaren Ergebnissen führt dieser Bemessungsansatz bei der Abgeltung von Bereitschaftszeiten in der Nacht. Abgegolten werden dann bloß die jeweiligen Verrichtungen, etwa das Umbetten, das alle 2 oder 3 Stunden 10 Minuten in Anspruch nimmt. Wer auf Dauer alle 2–3 Stunden aus dem Schlaf gerissen wird, der ist während des Tages nicht mehr leistungsfähig und wird auch seines Lebens nicht mehr froh. Das wissen Eltern nachaktiver Kinder, die diese Phase derzeit erleben bzw. die diesbezügliche Vergangenheit nicht verdrängt haben. Zu bedenken ist dabei, dass die Begeisterung für ein neu geborenes – eigenes – Kind groß ist und bei einem solchen diese Phase in einem überschaubaren Zeitraum vorübergeht. Bei einem Pflegebedürftigen handelt es sich demgegenüber um Jahre und Jahrzehnte – häufig ohne Aussicht auf Besserung. Bei Bereitschaftszeiten in der Nacht gebührt deshalb nicht nur das für solche Zeiträume anzusetzende Marktentgelt; zu berücksichtigen ist vielmehr, dass Nacharbeit mit Zuschlägen verbunden ist.

2. Stundenlohn

a) Der maßgebliche Referenzlohn

Familienangehörige verfügen typischerweise nicht über die Ausbildung von professionellen Pflegekräften.⁹¹ Sie sind auch nur für eine Pflegeperson zuständig und nicht für eine Vielzahl. Deshalb wird vorgeschlagen, dass maßgeblich nicht der Stundenlohn einer Pflegekraft sei, sondern der eines Pflegehelfers,⁹² der freilich immer noch über dem einer Haushaltshilfe liegt. Zu bedenken ist indes, dass bei Betreuung eines einzelnen Verletzten zu Hause die dort tätige Pflegekraft mitunter eigenständige Entscheidungen treffen muss, während auch die ausgebildete Pflegekraft im Pflegeheim ständig auf die Expertise eines Arztes zurückgreifen kann. Die-

Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 24 unter Hinweis auf BGH VersR 1978, 149, wo freilich gerade das Gegenteil steht.

89 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 28; Kaufmann *HAVE* 2003, 123, 128 freilich mit dem zutreffenden Hinweis, dass fremde Ersatzkräfte für dieses Entgelt nicht zu bekommen sind. Ablehnend ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 291.

90 So OGH ZVR 1998/128; ZVR 1999/47 = SZ 71/146; ZVR 2003/47; ZVR 2007/124, 208, 210 (*Ch. Huber*).

91 Vgl aber *Rey* Außervertragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl. 2008, Rn. 263: Orientierung am Lohn einer Krankenschwester.

92 OLG Düsseldorf VersR 2003, 1407; Kaufmann *HAVE* 2003, 123, 127.

ser Umstand spricht m.E. für die Maßgeblichkeit des Stundenlohns einer ausgebildeten Pflegekraft.⁹³

Mindestens ebenso bedeutsam ist, ob das Entgelt eines Berufsanfängers oder einer Pflegekraft mit Erfahrung anzusetzen ist. *Landolt*⁹⁴ spricht sich zu Recht für eine solche mit einer gewissen Erfahrung aus. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht nur in der Schweiz,⁹⁵ sondern auch in Österreich⁹⁶ – und wahrscheinlich auch in Deutschland – das Entgelt mit der Anzahl der Dienstjahre steigt. Das wird auch bei der Tätigkeit von Familienangehörigen zu berücksichtigen sein, käme dieser Umstand doch auch dann zum Tragen, wenn der Verletzte mit diesem einen Anstellungsvertrag abgeschlossen hätte.

*Landolt*⁹⁷ verweist darauf, dass in der Schweiz manche Löhne angehoben werden mussten, weil sie in einer die Frauen diskriminierenden Weise zu gering waren. Ob das ein Phänomen ist, das auf die Schweiz beschränkt ist?

b) Ermittlung des Stundenlohns

(i) Brutto oder netto

*Pardey*⁹⁸ weist darauf hin, dass das Nettoentgelt einer professionellen Pflegekraft das Mindestausmaß des Ersatzes sei. Der BGH stellt beim Haushaltsführerschaden auf das Bruttoentgelt einer Haushaltshilfe ab und zieht davon pauschal 30 % ab.⁹⁹ Die schweizerische¹⁰⁰ und österreichische¹⁰¹ Rechtsprechung sprechen dem gegenüber die Bruttokosten zu. Darüber hinaus wird berücksichtigt, dass mehr als 12 Bezüge pro Jahr ausbezahlt werden.¹⁰² Im schweizerischen Recht wird das – nach dem

93 Zu den Abstufungen des Lohns in Abhängigkeit vom Anforderungsprofil *Ch. Huber* ÖJZ 2007, 625, 629 f.

94 Personenschaden-Forum 2003, 67, 105: leicht erhöhter Einstiegslohn.

95 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 440.

96 OGH 2 Ob 24/04z: Mindestlohntarif für Vorarlberg, Abstufung je nach Berufsdauer zwischen 118,50 öS und 154,30 öS pro Stunde.

97 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 102; ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 380 ff. mit Verweis auf den Kanton Zürich wo die Löhne des kantonalen Pflegepersonals diskriminierungsbereinigt um 2 Lohnklassen angehoben wurden, was zu einer Steigerung des Minimallohns um 11 % geführt habe.

98 Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 27.

99 Nachweise bei Dautert/Jorzig (Hrsg.)/Pardey *Arzthaftung*, 2009, S. 1, 28; OLG Hamm r+s 1995, 182; OLG Stuttgart MedR 2006, 719; Zur Fortentwicklung des 30 %-Abschlags zu konkreten Tabellenwerten *Schulz-Borck/Hofmann* Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt, 6. Aufl. 2000, S. 14 f. mit Verweis auf die dort im Anhang abgedruckten einschlägigen Tabellen.

100 Nachweise bei ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 399 f; *Landolt* ZBJV 2003, 394, 401.

101 OGH ZVR 1999/109; ZVR 2001/10; ZVR 2003/47; ZVR 2007/124 (*Ch. Huber*); kritisch Schwimann/Harrer § 1325 Rn. 15; vorsichtiger Rummel/Reischauer § 1325 Rn. 12a.

102 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 99: 13 Bezüge – Kostensteigerung dadurch um 13 %.

dortigen System der endgültigen Festlegung der Rentenhöhe für alle Zukunft konsequent – damit begründet, dass der Familienangehörige ausfallen könnte und der Verletzte in die Lage versetzt werden müsse, die entsprechenden Dienstleistungen am Markt einzukaufen.¹⁰³ Wenn nach deutschem Recht für solche Fälle eine Anpassung der Rente in Betracht kommt, ist es angängig, darauf Rücksicht zu nehmen, ob der Umstand des formellen Anstellungsvertrags des familienangehörigen Pflegers bei diesem zu einem Vermögensvorteil führt oder dadurch bloß zusätzliche Abgaben ausgelöst werden. Je nach dem bisherigen Status der Pflegekraft wird das unterschiedlich zu beantworten sein:

Löst die periodische Weiterreichung des dem Verletzten zustehenden Schadenersatzbetrags an den Familienangehörigen bei diesem keine Pflicht zur Entrichtung von Einkommenssteuer aus,¹⁰⁴ während bei einer Festanstellung Lohnsteuer für diesen abzuführen wäre, muss sich dieser Vorteil zugunsten des Schädigers auswirken. Bezüglich der Lohnnebenkosten wird zu differenzieren sein. Ist die familienangehörige Person bereits krankenversichert, stellt der Beitrag der Krankenversicherung für sie bei einem formellen Anstellungsvertrag eine zusätzliche Abgabe ohne korrespondierenden Vermögensvorteil dar. Entsprechendes gilt für die Pflegeversicherung. Beides freilich nur dann, sofern nicht die bisherigen Beiträge bei einer Anstellung entfielen. Kann die familienangehörige Pflegeperson künftig keine Altersrente mehr erhalten, weil sie infolge ihres Alters bereits eine solche bezieht, verhält es sich ebenso. Ist die familienangehörige Pflegekraft in einem Alter, in der sie keine Arbeitslosenunterstützung mehr erhalten würde, ist der Beitrag zur Arbeitslosenunterstützung bloß eine Abgabe. Den Beiträgen zur gesetzlichen Unfallversicherung wird hingegen stets ein Anspruch auf eine äquivalente Gegenleistung gegenüberstehen.

Abzulehnen ist eine Differenzierung danach, ob die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber oder Arbeitnehmer aufzubringen hat. Beim Entgeltfortzahlungsschaden hat man sich – wenn auch in mehreren Etappen – dazu durchgerungen, dass auch die Arbeitgeberbeiträge als Arbeitsentgelt anzusehen sind.¹⁰⁵ Insoweit gilt hier Entsprechendes. Sofern die familienangehörige Pflegeperson durch einen Anstellungsvertrag in Bezug auf die genannten Sozialversicherungsbeiträge einen Vermögensvorteil hat, ist dieser bei der Bemessung zu berücksichtigen. Im deutschen Recht werden von Gesetzes wegen Rentenanwartschaften begründet, wenn die Pflegeperson nicht mehr als 30 Stunden im Erwerbsleben steht und mindestens im Ausmaß von 14 Stunden pro Woche Pflegedienstleistungen erbringt. Das ist Ausdruck der vorgelagerten schadensrechtlichen Wertung, weshalb

103 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 441.

104 Für Deutschland BFHE 175, 439 = NJW 1995, 1238; für die Schweiz Landolt HAVE 2006, 238, 243; für Österreich VfGH ZVR 2007/75. Anders wohl bei einem Anstellungsvertrag zwischen Verletztem und Pflegeperson.

105 Dazu Ch. Huber FS Dittrich 2000, 411.

der BGH¹⁰⁶ zu Recht einen Regressanspruch des Sozialversicherungsträgers bejaht hat, obwohl es die Hürde zu überspringen galt, dass es einerseits um einen Schadenersatzanspruch des Verletzten und andererseits eine Zuwendung an die Pflegeperson geht. Zu betonen ist, dass die schadenersatzrechtliche Ersatzfähigkeit nicht von den sozialversicherungsrechtlichen Mindestanforderungen – 14 Stunden Pflegetätigkeit, maximal 30 Stunden sonstige Erwerbsarbeit – abhängig ist, sondern generell gilt.

Namentlich dann, wenn die familienangehörige Pflegekraft ihre bisherige berufliche Erwerbstätigkeit aufgibt, stellen die sozialversicherungsrechtlichen Lohnnebenkosten ersatzfähige Entgeltbestandteile dar. Wenn eine Anstellung erfolgt, kann das gar nicht zweifelhaft sein. Zu bedenken ist, dass der Ersatzpflichtige dann auch die Zusatzkosten für die Lohnverrechnung dieses Arbeitnehmers zu tragen hat. Der Verletzte wird dazu meist nicht in der Lage sein; und ein Steuerberater oder ein Lohnbüro wird das nicht um Gottes Lohn erledigen.

(ii) Arbeitskraftkosten

Es ist eine betriebswirtschaftliche Binsenweisheit, dass der ausbezahlte Nettolohn viel geringer ist als die Kosten einer Arbeitsstunde.¹⁰⁷ Landolt hat für die Schweiz an einer Milchmädchenrechnung offen gelegt, wie gravierend dieser Umstand zu Buche schlägt. Er ist von einer Arbeitssollzeit von 40 bis 42 Stunden, 20 Tagen Ferien, 4 Tagen Feiertagen, einer sonstigen Verhinderung wegen Krankheit und sonstiger Umstände von 10 Tagen pro Jahr und 52 Wochenenden ausgegangen. Die Folge ist, dass mit dem Jahresentgelt eines Arbeitnehmers bloß 62 % des Jahresbedarfs abgedeckt sind.¹⁰⁸

Dieser Prozentsatz ist in Deutschland deutlich geringer: Zwar ist die Anzahl der Wochenenden gleich hoch wie in der Schweiz; aber die Wochenarbeitszeit ist geringer als 42 Stunden; der Urlaub ist mit 25 und nicht mit 20 Tagen zu veranschlagen; die Zahl der gesetzlichen Feiertage ist ebenfalls deutlich höher, nicht 5, sondern jedenfalls 9, wozu in einigen Bundesländern noch 3 weitere kommen, von inoffiziellen Feiertagen wie dem Rosenmontag und dem Fettdonnerstag im Rheinland ganz zu schweigen. Bei präziser Rechnung ist dabei zu bedenken, dass manche auf einen Samstag oder Sonntag fallen. Die Deckungsquote vermindert sich damit auf 55 % oder liegt sogar noch darunter, wenn man annimmt, dass die sonstigen Verhinderungsgründe – unter Einschluss einer Pflegefreistellung – in etwa so hoch liegen wie in der Schweiz. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass Arbeiten am Wochenende und in der Nacht höher zu entlohnen sind; Entsprechendes gilt für Überstunden.¹⁰⁹

106 BGHZ 140, 39 = NJW 1999, 421.

107 So bereits Ch. Huber Schadensberechnung, S. 39 ff.; ders. ÖJZ 2007, 625, 629. Diesen Ansatz berücksichtigend der OGH ecollex 2000, 282.

108 Landolt Personenschaden-Forum 2003, 67, 103: Abdeckung von 227 der 365 Tage des Jahres.

109 Landolt Personenschaden-Forum 2003, 67, 104. Solche Zuschläge berücksichtigend OGH ecollex 2000, 282; 2 Ob 24/04z. Gegen eine solche Berücksichtigung Dautert/Jorzig

c) Beachtlichkeit regionaler Unterschiede

Landolt verweist darauf, dass in der Schweiz je nach Kanton die Arbeitskraftkosten beträchtlich divergieren.¹¹⁰ Dies gilt auch für die Betreuung in einem anderen Staat mit einer gegenüber der Schweiz typischerweise geringeren Kaufkraftparität. Nach dem schweizerischen Konzept der unabänderlichen Festlegung der Rente für alle Zukunft wird konsequenterweise auf den wahrscheinlichsten Verlauf abgestellt: Bei Annahme eines Verbleibs am derzeitigen Ort ist das der jeweilige regionale Lohn einer Pflegekraft. Bei Ungewissheit wird ein Durchschnittswert zugrunde gelegt,¹¹¹ wobei die schweizerischen Verhältnisse für bedeutsam angesehen werden, wenn die verletzte Person ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat und auch nur die Möglichkeit der Rückkehr in die Schweiz gegeben ist.

Die Orientierung des deutschen Rechts an der zumutbarerweise getroffenen Gestaltung¹¹² gebietet eine stärkere Orientierung an den jeweiligen Verhältnissen. Zu berücksichtigten wird dabei insbesondere sein, dass man in Wohlstandsregionen und städtischen Ballungsgebieten wie etwa München oder Stuttgart keine Pflegekräfte zum öffentlichen Tariflohn finden können.¹¹³ Konsequenterweise muss sich das auch auf die Höhe des Ersatzes für den dort tätigen Familienangehörigen auswirken. Entsprechendes gilt selbstverständlich bei einer Pflege in einem Niedriglohmland, wo die örtlichen Sätze beachtlich sind.¹¹⁴

Beachtlich könnte noch sein, dass die Tarifsätze des öffentlichen Dienstes gezahlt werden an eine Pflegekraft, die vollbeschäftigt ist. Sollte eine Pflegekraft bloß für ein bestimmtes Zeitintervall benötigt werden, ist nach den Marktverhältnissen zu beurteilen, ob zu diesem Entgelt entsprechend geeignete Personen zu finden sind. Da Fahrzeiten nicht als Arbeitszeit zählen, wird eine solche Person bei mehreren Teilzeitbeschäftigungen schon deshalb ein höheres Entgelt in Rechnung stellen müssen, um per saldo zu einer gleich hohen Gegenleistung zu gelangen. Die Pauschalsätze der Pflegeversicherung sind für das Haftpflichtrecht insofern ohne Bedeutung.

d) Bedeutsamkeit einer alternativen Tätigkeit des Angehörigen

Die verletzte Person kann grundsätzlich verlangen, dass die ihr erbrachte durch das schädigende Ereignis verursachte Dienstleistung ihres Angehörigen nach dem Stun-

(Hrsg./*Pardey* Arzthaftung, 2009, S. 1, 28 unter Hinweis darauf, dass dies im Widerspruch zur Lage der Familie stehe. Auf die Vereinbarkeit mit § 843 Abs 4 BGB geht *Pardey* nicht ein.

110 ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 352.

111 *Landolt* Personenschaden-Forum 2003, 67, 101; *ders.* ZBJV 2003, 394, 403.

112 BGH NJW 1999, 421; VersR 1978, 149; OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 90; Dautert/*Jorzig* (Hrsg./*Pardey* Arzthaftung, 2009, S. 1, 9, 14.

113 Dautert/*Jorzig* (Hrsg./*Pardey* Arzthaftung, 2009, S. 1, 33.

114 In diesem Sinn OGH ZVR 1999/35: Pflege durch die Mutter in Kroatien, lediglich Stundensatz von 50 öS = 3,50 €; ZVR 2001/108: Pflege durch die Großeltern in Jugoslawien; gebilligt von Rummel/*Reischauer* § 1325 Rn. 12a.

denlohn einer entsprechenden Pflegekraft abgegolten wird. Es stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit, die der betreffende Familienangehörige ansonsten ausgeübt hätte, für die Bemessung der Pflegeschadenrente bedeutsam ist. Das gilt namentlich dann, wenn der Familienangehörige eine bezahlte Stelle aufgibt, um sich der Pflege und Betreuung der verletzten Person zu widmen und der dadurch eintretende Verdienstentgang höher ist als die Kosten einer fiktiven Pflegekraft. Zwei jüngere Entscheidungen, eine des OLG Bamberg,¹¹⁵ eine andere des OGH,¹¹⁶ haben das bei Verletzung eines Kindes selbst bei einem beträchtlichen Überhang bejaht.¹¹⁷ Im schweizerischen Recht wird betont, dass grundsätzlich auf die Kosten einer professionellen Kraft abzustellen sei, weil die Heranziehung des Verdienstentgangs des Familienangehörigen zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Über- oder Unterentschädigung führen könne.¹¹⁸ Allenfalls für die Vergangenheit komme eine solche Bemessung in Betracht, aber keinesfalls für die Zukunft.

M.E. ist wie folgt zu differenzieren: Die Kosten einer entsprechenden Ersatzkraft sind jedenfalls als Mindestersatz geschuldet, auch wenn die familiäre Pflegekraft ansonsten keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre. Sie erbringt eine Dienstleistung, für die am Markt das entsprechende Entgelt zu zahlen ist. Keinesfalls angängig ist es, bei fehlendem Nachweis einer Erwerbstätigkeit bloß eine Abgeltung für die verursachte Freizeiteinbuße zu bezahlen, weil das notwendigerweise zu einer Unterentschädigung führen würde.¹¹⁹

Gibt die familiäre Pflegekraft hingegen eine Erwerbstätigkeit auf, bei der sie mehr verdient hätte, dann wird sie als *homo oeconomicus* dazu nur bereit sein, wenn sie für den gleichen Zeitraum ebenso entlohnt wird. Es stellt sich die Frage, ob sich die verletzte Person das Engagement einer solchen Pflegekraft auf Kosten des Schädigers leisten darf, somit die Frage der Verhältnismäßigkeit.¹²⁰ Wiederum ist eine Parallele zum Kfz-Sachschaden tragfähig. Die Reparatur in der eigenen Vertrauenswerkstätte darf auch mehr kosten als die meist ohnehin großzügige Schätzung der Reparaturkosten durch den Sachverständigen auf der Basis der Beseitigung der Gebrechen in einer Markenwerkstätte.¹²¹ Bei einem besonderen Integritätsinteresse wird von der Rechtsordnung gebilligt, dass der Ersatzpflichtige stärker belastet wird. Wie groß der Überhang ist, lässt sich nicht ohne weiteres beziffern. Immerhin lässt sich eine Skala angeben, bei der der Überhang größer oder geringer sein darf:

115 VRR 2006, 25 (*Luckey*); dazu *Landolt* HAVE 2006, 238.

116 IFamZ 2008/125, 252.

117 In diesem Sinn bereits *Ch. Huber* Schadensberechnung, S. 382.

118 ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 373.

119 BernerKomm/*Brehm* Art. 46 Rn. 14d; ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 371.

120 *Oftinger/Stark* Schweizerisches Haftpflichtrecht AT Band I, § 6 Rn. 110 Fn. 149; ZürcherKomm/*Landolt* Art. 46 OR Rn. 368: Zubilligung, sofern nicht wesentlich teurer.

121 LG Heilbronn SP 2005, 13.

Schon bei der Inanspruchnahme von Haushaltsdienstleistungen ist zu bedenken, dass man einer (wild-)fremden Person den eigenen Haushalt öffnet.¹²² Bei der Grundpflege einer schwer verletzten Person kommt hinzu, dass es um Verrichtungen im Bereich der Intimsphäre geht, wobei es dem Verletzten darauf ankommen kann, dass diese von einer ihm vertrauten Person wahrgenommen werden. Bei Betreuungsdienstleistungen gegenüber einem Kind sind die Eltern in besonderer Weise dafür prädestiniert, ohne dass es sich um eine unvertretbare – und somit entschädigungslose – Dienstleistung handeln würde. Im Sachverhalt des OLG Bamberg ging es um Lernhilfe, in dem des OGH um therapeutische Übungen. Jeweils war bedeutsam, dass die Dienstleistung gerade zu dem Zeitpunkt erbracht wurde, zu dem das Kind dafür aufnahmebereit war. Auch das besondere Einfühlungsvermögen eines Elternteils, das Kind zu bestimmten Tätigkeiten zu motivieren, auch wenn dieses dazu in bestimmten Momenten keine Neigung verspürt, war in beiden Sachverhalten ein ganz maßgeblicher Gesichtspunkt für den Zuspruch des Verdienstentgangs.

In letzteren Konstellationen darf der Überhang wohl am allergrößten sein. Das OLG Bamberg hat einen Überhang um 25 % gebilligt,¹²³ der OGH sogar bis zum 4-fachen der Kosten einer Ersatzkraft.¹²⁴ Maßgeblich ist aber nicht bloß irgendein Prozentsatz. Vorgelagert ist die Frage, ob man – auf die Schnelle – am Markt überhaupt eine dazu befähigte und bereite Pflegekraft findet, die die durch das schädigende Ereignis notwendig gewordenen Verrichtungen erfüllt; und das zeitlich befristet mit dem Bedarf des Kindes. In aller Regel wird ein solcher Befund negativ ausfallen.

Gegenüberzustellen sind jeweils die anfallenden Kosten, und zwar sowohl die bei einer anzustellenden Ersatzkraft oder eines Pflegedienstes als auch der Einkommensausfall des einspringenden Familienangehörigen. In solchen Fällen wird der Abschluss eines formellen Anstellungsvertrags die passende Form sein. Ein Familienangehöriger, der seine berufliche Erwerbstätigkeit aufgibt, wird auch einen entsprechenden Bedarf nach einer vergleichbaren sozialversicherungsrechtlichen Absicherung haben. Die entsprechenden Lohnnebenkosten sind indes auch ohne formellen Anstellungsvertrag geschuldet, weil diese bei einer solchen Konstellation für den Familienangehörigen einen entsprechenden Vermögenswert darstellen.

Die Beschränkung solcher Kosten, die über die einer fremden Pflegekraft hinausgehen, auf die Vergangenheit, wie das für das schweizerische Recht vertreten wird,¹²⁵ mutet zunächst sonderbar an. Wenn der Verletzte aus den oben genannten Gründen sich einen hochpreisigen Familienangehörigen auf Kosten des Schädigers »einkaufen« darf, ist nicht einzusehen, warum es einen Unterschied machen soll, ob das für die Vergangenheit erfolgt oder für die Zukunft. Einen Anreiz zu bieten, mit der Geltendmachung möglichst lange zuzuwarten, läuft der Zielsetzung des Verjäh-

122 Solche Mehrkosten beim Haushaltsführerschaden ablehnend BernerKomm/Brehm Art. 46 Rn. 14c unter Verweis auf BGE 99 II 221, 224.

123 Landolt HAVE 2006, 238, 242.

124 Ch. Huber iFamZ 2009, 24.

125 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 370, 375.

rungsrechts diametral entgegen, ganz abgesehen davon, dass mit dem Ende der Verjährungsfrist diese Gestaltungsmöglichkeit nicht mehr besteht. Das dafür ins Treffen geführte Argument, dass dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Differenzierung für gleichwertige Leistungen führe,¹²⁶ ist wenig überzeugend. Das kommt in der Marktwirtschaft auch sonst vor, dass eine gleichwertige Leistung unterschiedlich entgolten wird.¹²⁷ Auch beim Erwerbsschaden würde man keine normative Korrektur vornehmen.

Bedeutsamer ist aber – für das schweizerische Recht – das Argument, dass die Rente unabänderlich für die Zukunft festgelegt wird und die Gefahr besteht, dass der Angehörige nach Festsetzung der Rente seine höher bezahlte Tätigkeit wieder aufnimmt und der Verletzte dann auf geringer entlohnte Pflegekräfte zurückgreift, was zu einer Überentschädigung führt.¹²⁸ Für das schweizerische Recht mag das zu billigen sein, auch wenn man dort stets auf die wahrscheinlichste Entwicklung abstellt und es auch sonst in Kauf nimmt, dass es gegenüber der tatsächlichen Gestaltung zu einer Über- oder Unterentschädigung kommt.

Für das deutsche – und österreichische – Recht ist dieses Argument indes nicht tragfähig. Da die Rente stets auf der Basis einer bestimmten Gestaltung zugesprochen wird, ist der Erwerbsschaden des Angehörigen eben auch nur solange zu ersetzen, als er anfällt. Dieser schließt zwar einerseits sämtliche Lohnnebenkosten ein; abzuziehen davon sind – wie beim Erwerbsschaden im Verletzungsfall – die bei der beruflichen Erwerbsarbeit anfallenden Werbungskosten wie etwa Fahrtkosten, anspruchsvollere Kleidung, teurere Verpflegung und dergleichen.

Nicht immer wird der durch das schädigende Ereignis ausgelöste Bedarf der Stundenanzahl nach deckungsgleich sein mit der aufgegebenen beruflichen Erwerbstätigkeit.¹²⁹ Zu ersetzen ist, sofern die Verhältnismäßigkeit zu bejahen ist, auch bei geringerem Pflegebedarf das volle Erwerbseinkommen;¹³⁰ besteht jedoch ein Pflegebedarf in einem darüber hinaus gehenden Umfang, ist dieser nach dem Stundensatz einer professionellen Pflegekraft abzugelten.

E. ZUSAMMENFASSUNG

Ein Vergleich der deutschen mit der österreichischen und schweizerischen Rechtsprechung hat ergeben, dass Hilfeleistungen von Angehörigen zugunsten von

126 ZürcherKomm/Landolt Art. 46 OR Rn. 373.

127 Selbst bei beamteten Professoren ist das so, ist doch deren universitäres Erwerbseinkommen von der Anzahl der – abgelehnten – Rufe und Alternativangeboten aus der Privatwirtschaft abhängig.

128 Kaufmann HAVE 2003, 123, 129; nicht ersatzfähiger Reflexschaden. Ebenso Landolt Personenschaden-Forum 2003, 67, 96.

129 OGer Luzern HAVE 2007, 35 (Landolt): Aufgabe einer 50 % Teilzeitstelle durch den Konkubinatspartner.

130 OGH iFamZ 2008, 125.

Schwer- und Schwerstverletzten, für die ein Ersatzpflichtiger, zumeist eine Haftpflichtversicherung, einzustehen hat, in Deutschland außerordentlich knapp bemessen werden. Die Rechtswirklichkeit steht m.E. in krassem Gegensatz zur aufgestellten Behauptung einer angemessenen, marktkonformen Abgeltung. Das deutsche Recht ist wegen der Möglichkeit der Anpassung der Rente an veränderte Umstände im Laufe von deren Auszahlung in der Lage, der jeweils konkreten Gestaltung größeres Gewicht beizumessen als das schweizerische Recht, wo die einmal festgesetzte Rente ohne Wenn und Aber für die Zukunft maßgebend ist. Bedeutsam ist dort allein der Wegfall des Bedarfs, zumeist also der Tod des Verletzten. Da aber auch nach deutschem Recht eine Anpassung gemäß § 323 ZPO nur bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse – und das zudem bloß für die Zukunft – möglich ist, sollte ähnlich wie im schweizerischen Recht mehr Sorgfalt auf die vorhersehbare künftige Entwicklung gelegt werden. Dass der deutsche Gesetzgeber eine Indexierung der Rente nicht zugelassen hat, kann nicht der Rechtsprechung zum Vorwurf gemacht werden; Abhilfөлösungen kämen freilich durchaus in Betracht.

Da die bestehende Unterhalts- oder Beistandspflicht den Schädiger nicht entlasten soll, ist im Ausgangspunkt das Entgelt maßgeblich, das einer angestellten Pflegekraft zu zahlen wäre. Soweit sich bei Erbringung derartiger Dienstleistungen Einsparungspotenziale bei Erbringung durch in den Haushalt integrierte Angehörige ergeben, sind solche durchaus zu berücksichtigen. Sie sind freilich im Detail aufzuspüren und zu beziffern. Die bisher vorgenommene Peilung über den Daumen, führt jedoch im Regelfall zu einer eklatanten Unterentschädigung des Verletzten und seiner Angehörigen. Die stärkere Sensibilisierung, dass es sich bei den Bewertungsansätzen um eine Rechts- und keine Tatfrage handelt, würde die Zulässigkeit einer Revision und damit eine höchstrichterliche Klärung befördern, was zu einer wünschenswerten Vereinheitlichung der momentan stark zersplitterten Rechtsprechung führen würde. Mit Bezug auf die geringen Schmerzensgeldbeträge in Österreich wurde in der Besprechung des maßgeblichen österreichischen Werkes vor mehr als 40 Jahren einmal die Frage gestellt, ob Österreich bei so dürftigen Zusprüchen denn eine Kulturnation sei.¹³¹ Die Schmerzensgeldhöhe ist dafür wohl nicht der geeignete Parameter. Deren Höhe ist zudem in besonders hohem Maße abhängig vom richterlichen Judiz. Eine Formel, wie Schmerzen in Geld umzurechnen sind, wurde noch nicht gefunden und wird es auch nicht geben (können). Beim Vermögensschaden sollten aber mit einem höheren Maß an Rationalität passende Bewertungskriterien gefunden werden können. Die Entwicklung in der Schweiz und Österreich möge Denkanstoß sein, ob der dort eingeschlagene Weg nicht auch für Deutschland richtungweisend sein könnte.

131 *Teplitzky* NJW 1967, 672: »...deprimierend und für die Rechtsprechung eines Landes mit so alter und hoher Kultur wie Österreich beschämend ...«.