

#### IV. Fazit

Das Krankenhausgeltrecht des KHG, KHEntg und der BPfV steht in den hier diskutierten Fallgestaltungen von sog. Ausgründungen nicht zur Disposition der Krankenhausträger. Diese müssen die einschlägigen rechtlichen Rahmenbedingungen beachten, auch wenn sie sich dazu

entschließen, Behandlungsleistungen für Privatpatienten in einer als Privatklinik deklarierten Einrichtung zu erbringen. Zusätzliche Einnahmen können sie nicht mittels juristischer Aufspaltung des der Versorgung der gesamten Bevölkerung dienenden Krankenhausbetriebs, sondern allein durch die Erbringung von Wahlleistungen gemäß § 17 KHEntg und § 22 BPfV erzielen.

DOI: 10.1007/s00350-008-2309-2

## Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den „angemessenen marktkonformen Ausgleich“ –

zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken, Urteil vom 13. 11. 2007 – 5 U 62/06 –, MedR 2008, 741 (in diesem Heft)

Christian Huber

### A. Einleitung

Die Geburt eines Kindes ist ein besonders schadensträchtiger Vorgang. Ein – oft geringfügiger – ärztlicher Kunstfehler führt mitunter zu einem Hirnschaden des Neugeborenen für dessen ganzes Leben. Die Folge ist ein erheblicher Pflegebedarf, der häufig von dessen Angehörigen erfüllt wird. Im Moment der Schadenszufügung stehen die Heilungskosten und das – im Regelfall – einmalig zu gewährende Schmerzensgeld im Vordergrund. Die infolge der Verletzung vermehrten Bedürfnisse, namentlich die Pflegedienstleistungen, machen aber laut *Hoffmann*<sup>1</sup> 40 bis 60% der zu regulierenden Schadensaufwendungen aus. Diese Größenordnung ist noch imposanter, wenn man bedenkt, dass dem Verletzten ab dem – oft genug infolge der Verletzung fiktiven – Eintritt ins Erwerbsleben zusätzlich ein Verdienstentgang gebührt.

Die Vorstellungen von Geschädigtem und Ersatzpflichtigem über die angemessene Abgeltung klaffen häufig weit auseinander. Von den in der zu besprechenden Entscheidung des OLG Zweibrücken begehrten 27.000,- € hatte das LG ganze 1.557,72 € (5,7%) zuerkannt; das OLG hielt immerhin 12.283,77 € für berechtigt (45,5%). In so manchem vor einem OLG ausgefochtenen Rechtsstreit war die Diskrepanz noch viel größer<sup>2</sup>. Ein Grund für die große Spannweite liegt darin, dass die Gerichte die Sachverständigengutachten 1:1 übernehmen und die Bemessung des Umfangs als reine Tatfrage beurteilen. Sie werden in ihrer Haltung durch den BGH bestärkt, der bei der Annahme von Revisionen außerordentlich zurückhaltend ist, weil die Bemessung des „Pflegegeldes“ Angelegenheit des Tatrichters sei<sup>3</sup>.

Der Sachverständige dieses Verfahrens hat in zutreffender und mutiger Weise Klartext gesprochen: Er sehe sich – bei der Frage der Bemessung des Ersatzes für die Bereitschaftszeiten – zu einer abschließenden rechtlichen Beurteilung nicht in der Lage. Sein Hinweis, dass das Gericht die Lebenssituation „gesamthaft“ zu betrachten und in ihren wirtschaftlichen Konsequenzen zu beurteilen habe<sup>4</sup>, ist zwar nicht der Schlüssel zur Lösung, leistet aber doch einen wertvollen Beitrag zur Sensibilisierung für die Problematik.

Im Zusammenwirken mit der beeindruckenden Spannweite der Zusprüche bzw. – noch häufiger – der Abweisungen könnte das ein Signal für den VI. Zivilsenat des BGH sein, sich diesbezüglich etwas mehr einzumischen und in der Sache zu entscheiden. Die Parteien hatten dem BGH in der Vergangenheit genug Gelegenheit für eine Äußerung dazu geboten; durch die Nichtannahme der Revision hat er aber nicht nur den Parteien, sondern auch der Fachwelt die kalte Schulter gezeigt und den Tatgerichten damit einen Freibrief zu einer in aller Regel sehr engherzigen Judikatur eingeräumt.

Bei den Pflegedienstleistungen im Rahmen des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse lässt sich die gleiche Entwicklung wie beim Haushaltsführungsschaden beobachten. Wird der Umfang über den Daumen gepeilt, liegt darin der Keim der Unterschätzung<sup>5</sup>. Je präziser die einzelnen erforderlichen Tätigkeiten beschrieben werden, umso höher steigt der für den Ausgleich der Beeinträchtigung zuzubilligende Ersatzbetrag an. Am Ende sollte auch hier eine nach Art der Verletzung und Alter des Geschädigten gestaffelte Tabelle stehen, die eine zwar pauschalierende, aber doch genauere Ermittlung des gebührenden Ersatzbetrags ermöglicht. Noch tasten Parteien und Gerichte im Dunkeln – und verfehlen mitunter erheblich den sich aus dem Gesetz gebührenden Ausgleich.

### B. Abrechnungsmodus

Die Parteien dieses Verfahrens haben sich in der Weise geeinigt, dass der Ersatzpflichtige pro Monat 1.500,- DM,

1) *Hoffmann*, zfs 2007, 428.

2) Aus jüngerer Zeit: OLG Bamberg, VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*); LG: 1.500,- DM; OLG: voller Zuspruch der begehrten 6.799,- DM; OLG Stuttgart, MedR 2006, 719; Begehren 202.385,36 €; zugestanden: 65.763,69 €; zugesprochen 84.269,16 €; OLG Schleswig, OLGR 2008, 9; Begehren: 432.042,50 €; zugestanden und zugesprochen: 68.121,49 €; Differenz 363.921,01 €. Weitere Nachweise bei *Huber*, in: *AnwKomm/BGB*, Bd. 2/2, 2005, §§ 842, 843, Rdnr. 229.

3) BGH, VersR 1986, 391.

4) So bereits im Vorprozess OLG Zweibrücken, OLGR 2003, 444.

5) Prototypisch: BGH, VersR 1973, 1067: Betreuung eines 30-jährigen, halbseitig gelähmten Angestellten mit erheblicher Wesensveränderung, Kritischschwäche und Affektibilität durch Mutter nebenbei – zusätzliche Mühewaltung mit 200,- DM pro Monat angemessen abgegolten.

also ca 750,- €, bezahlt und eine genaue Abrechnung am Ende des jeweiligen Jahres erfolgt. Da es sich um eine über viele Jahre zu zahlende Rente handelt, ist das die Art, bei der aufgrund des Gesetzes geschuldete Ausgleich am präzisesten ermittelt werden kann. Die Höhe des geschuldeten Betrags ist nämlich von mehreren Faktoren abhängig: Bei einem Kind sinkt mit jedem Jahr der Zeitaufwand, der auch für ein gesundes Kind hätte aufgewendet werden müssen, weshalb vice versa der Schadenersatzbetrag steigen muss<sup>6</sup>. Das ließe sich aber auch ex ante abschätzen bzw. hat man darüber im Laufe der Zeit keinen wesentlich besseren Kenntnisstand. Die verletzte Person war im streitgegenständlichen Verfahren 16, 19 bzw. 20 Jahre alt, sodass dieser Umstand in concreto kein Streitthema war.

Bedeutsam ist indes, dass das Ausmaß des Ersatzes auch beim Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse in hohem Maße davon abhängig ist, welche Art der Schadensbeseitigung der Geschädigte zumutbarer Weise wählt. In Betracht kommen im Wesentlichen die Inanspruchnahme familiärer Dienstleistungen, die eines Pflegedienstes oder eines Pflegeheimes sowie Kombinationen daraus. Und je nach dem, wofür sich der Geschädigte entscheidet, kann der Ersatzumfang enorm variieren<sup>7</sup>. Als weitere Faktoren sind zu berücksichtigen, ob es gelungen ist, das verletzte Kind in einen Kindergarten oder eine Schule zu integrieren, was mit einer Verminderung des Pflegebedarfs verbunden ist; wie oft es über das Maß eines gesunden Kindes hinaus zusätzlich krank gewesen ist; wie stark die Gewichtszunahme war, sodass die Pflege beschwerlicher geworden ist<sup>8</sup>; wie sich der Gesundheitszustand entwickelt hat<sup>9</sup>.

Können bei einer solchen Vorgehensweise die jeweiligen Umstände für das abgelaufene Jahr berücksichtigt werden und wird somit ein Beitrag zu einer möglichst konkreten Schadensberechnung geleistet, ist doch nicht zu verkennen, dass darin auch enormes Streitpotential liegt, wie die zweimalige Befassung des OLG Zweibrücken<sup>10</sup> eindrucksvoll belegt. Und es gibt viele Ansatzpunkte, die man so, aber auch gegenteilig beurteilen kann.

### C. Konkrete Schadensberechnung der jeweiligen Gestaltung – nur ausnahmsweise normative Korrektur

Maßgeblich für das Ausmaß des Ersatzes ist nicht die kostengünstigste oder teuerste Form der Schadensbeseitigung. Zugrundezulegen ist, was bei der zumutbarer Weise gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt. Das ist angemessen marktkonform auszugleichen<sup>11</sup>. Der Ersatzpflichtige hat dabei 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<sup>12</sup>. Es gibt aber auch eine viel restriktivere Linie: Das OLG Koblenz<sup>13</sup> hat gemeint, dass die Grenze der Verhältnismäßigkeit überschritten sei, 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 Versichertengemeinschaft an Mehrleistung zuzumuten sei. Es räumt zwar ein, dass nicht die wirtschaftlichste Vorgehensweise maßgeblich sei und eine verletzte Person nicht in ein Pflegeheim abgeschoben werden dürfe. Schlussendlich kommt es gleichwohl zu dem Ergebnis, dass dort die Arbeitskraft der Pflegeperson rationeller und zugunsten mehrerer Personen gleichzeitig eingesetzt werde, die ständige Überwachung und jederzeitige Bereitschaft zum Eingreifen aber nicht vernachlässigt werde<sup>14</sup>.

Ob diese Einschätzung zutreffend ist, ist zu bezweifeln. Häufig ist die Versorgung in solchen Einrichtungen so, dass es zum Sterben zuviel, aber für ein menschenwürdiges Leben deutlich zu wenig ist. Mag dieser Vergleich auch an der Grenze der Pietät liegen, so handelt es sich aus schadens-

rechtlicher Perspektive um ein vergleichbares Problem wie die Abstufung des Integritätsinteresses beim Kfz-Sachschaden. Wer darauf Wert legt, das eigene Fahrzeug zu behalten, kann es auf Kosten des Ersatzpflichtigen reparieren lassen und muss sich bis zur 130%-Grenze nicht darauf verweisen lassen, sich mit einem Gebrauchtfahrzeug zufrieden zu geben<sup>15</sup>. Die Versorgung in der vertrauten Umgebung durch Familienangehörige stellt häufig eine vorzugswürdige Alternative gegenüber einem – anonymen – Pflegeheim dar, bei dem die wechselnden Pflegekräfte für die zu besorgenden Verrichtungen eine vorgegebene Anzahl von Minuten zur Verfügung haben. Wegen der höheren Wertigkeit der persönlichen Integrität gegenüber dem Eigentum am Fahrzeug erscheint es gut begründbar, dass bei den zulässigen Mehrkosten der Variante, bei der dem Integritätsinteresse in höherem Maß Rechnung getragen wird, ein stärkerer Überhang toleriert wird, so die Unterbringung in einem Pflegeheim überhaupt als passende Bezugsgröße herangezogen wird.

In der vorliegenden Entscheidung hat dieses Problem keine Rolle gespielt. Immerhin hat das OLG Zweibrücken ausgesprochen, dass dies – nur – so lange gilt, als die Verletzte zur Schule geht. Der nächste Streitpunkt ist damit am Horizont bereits erkennbar.

### D. Kritischer Punkt: Eigenleistungen von Angehörigen anstelle von Marktleistungen

Ist der Geschädigte in der Lage, Ausgaben, also einen Geldabfluss nachzuweisen, tut er sich bei der Darlegung eines Vermögensschadens relativ leicht. Viel heikler ist es, wenn ein Angehöriger einspringt, dem der Verletzte kein Entgelt zahlt, weil der Angehörige wegen der Erfüllung einer Unterhaltspflicht oder aus Mitgefühl tätig wird, und dieser durch die Pflegetätigkeit auch keinen Einkommensausfall wegen Aufgabe einer sonstigen Erwerbstätigkeit erleidet.

- 6) OLG Bremen, zfs 1991, 229: Abgeltung bloß des über die normale Fürsorge hinausgehenden Ausmaßes; OLG Hamm, OLGR 1992, 65; OLG Stuttgart, MedR 2006, 719: Sowieso-Bedarf ist stark altersabhängig.
- 7) OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115: Bei partieller Inanspruchnahme eines privaten Pflegedienstes Zuspruch von 17.520,- DM. Vgl. auch Hoffmann, zfs 2007, 428: Bei Inanspruchnahme privater Pflegedienste Kosten von 1.500 bis 2.000,- € pro Tag oder 45.000,- bis 60.000,- € im Monat. Zu beachten ist stets der Unterschied zwischen DM und €. Bei Erbringung ausschließlich familiärer Dienstleistungen kam es kaum jemals zu einem Zuspruch über 3.000,- € pro Monat.
- 8) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 869: Deshalb Anhebung des Stundenlohnes ab dem 12. Lebensjahr.
- 9) OLG Zweibrücken, OLGR 1999, 153: Hinweis, dass krankes Kind inaktiv.
- 10) Die Erstentscheidung OLG Zweibrücken, OLGR 2003, 444.
- 11) BGH, VersR 1978, 149; BGH, VersR 1989, 147; VersR 1998, 366; OLG Frankfurt a. 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.
- 12) OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115.
- 13) OLG Koblenz, VersR 2002, 244.
- 14) So auch Hoffmann, zfs 2007, 428, 429, unter Hinweis auf die Zumutbarkeit für die Versichertengemeinschaft, eine Kategorie, die das BGH nicht kennt! Das deutsche Schadensrecht ist lediglich dem Ausgleichsprinzip verpflichtet, ganz abgesehen davon, dass die Deckung der Haftung folgt und nicht umgekehrt. Ähnlich freilich auch OLG Oldenburg, VersR 1993, 753: wenn auch für die Nacht volle Kosten angesetzt würden, wäre das für den Ersatzpflichtigen nicht mehr zumutbar.
- 15) BGHZ 115, 364 = NJW 1992, 302. Für den mit dieser Materie weniger Vertrauten sei der Hinweis erlaubt, dass der Restwert bei dieser Betrachtung gerade ausgeblendet wird, sodass die sich aus der Totalschadens- und Reparaturkostenabrechnung ergebenden Werte sich häufig wie 1:2 verhalten.

Die erste Hürde, die es diesbezüglich zu überwinden gilt, ist der Umstand, dass eine Substituierung durch eine fremde Pflegekraft nicht nur theoretisch in Betracht kommt. Der BGH<sup>16</sup> unterscheidet zwischen der Zuwendung, die zum selbstverständlichen, originären Aufgabengebiet der Eltern zählt<sup>17</sup>, und der Erbringung „echter“ Pflegeleistungen. Der BGH-Richter *Kullmann*<sup>18</sup> interpretiert das in der Weise, dass darauf abzustellen sei, ob der Schwerpunkt der Leistung im Zeitaufwand oder in der elterlichen Zuwendung liege, eine Unterscheidung, die in justizialer Weise jedenfalls im Grenzbereich sich kaum wird treffen lassen. Das OLG Zweibrücken ist auf diese Hürde im vorliegenden Fall zu Recht nicht einmal eingegangen und hat die Ersatzfähigkeit bejaht. Dass dies so selbstverständlich nicht ist, beweist eine jüngere Entscheidung des OLG Schleswig<sup>19</sup>, die die nächtliche Rufbereitschaft zu Unrecht diesem Bereich zuweist und als Folge insoweit jeglichen Ersatz versagt<sup>20</sup>.

### I. Einigkeit im Ausgangspunkt, Streit bei der Umsetzung

Wird die prinzipielle Substituierbarkeit durch fremde Pflegekräfte bejaht, besteht Einigkeit darüber, dass das Bestehen einer Unterhaltspflicht des einspringenden Angehörigen gegenüber dem Verletzten nach der Wertung des § 843 Abs 4 BGB nicht zu einer Entlastung des Ersatzpflichtigen führen soll<sup>21</sup>. Die zusätzliche Mühewaltung der Angehörigen sei angemessen auszugleichen und – soweit wie möglich<sup>22</sup> – marktgerecht zu bewerten<sup>23</sup>. Diese Formel lässt aber Bewertungsspielräume bei der Umsetzung zu. Entweder bemisst man den Schadenersatzanspruch im Regelfall mit dem Marktwert der Pflegeleistung<sup>24</sup> oder man betont, dass die Erbringung im Familienverbund mit einem geringeren Betrag abzugelten sei, weil das (viel) weniger beschwerlich sei und auch andere Tätigkeiten ausgeübt werden könnten<sup>25</sup>. Die Kosten bei Erbringung solcher Tätigkeiten durch eine fremde Ersatzkraft seien nur ein erster Orientierungsrahmen<sup>26</sup>. Ein Abschlag habe zu erfolgen wegen der nicht anfallenden Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, die pauschal mit 30 % zu bewerten seien<sup>27</sup>. Anders als in der Familie habe eine professionelle Pflegekraft mehrere Pflegebedürftige zu betreuen<sup>28</sup>. In einer älteren Entscheidung hat der BGH<sup>29</sup> für maßgeblich angesehen, dass für solche Tätigkeiten Familienangehörige einspringen, die altershalber nicht mehr im Erwerbsleben stehen und dort auch nicht mehr voll einsetzbar wären<sup>30</sup>. Erwähnenswert ist, dass dieses Argument – nicht nur wegen der Geltung des AGG – in jüngerer Zeit nicht mehr verwendet wird.

### II. Anforderungen an die Darlegung

Für das Ausmaß des Pflegegeldes kommt es auf die Schwierigkeit der zu verrichtenden Tätigkeiten sowie das Zeitausmaß an. Der Verletzte und dessen Angehöriger sind aber weder Buchhalter noch haben sie eine Ausbildung in der Kostenrechnung<sup>31</sup>. Mangels konkreter Aufzeichnungen tun sie sich beim Nachweis dann häufig schwer. Wenn eine schwere Verletzung<sup>32</sup> gegeben ist und der Geschädigte zu Hause gepflegt wird, werden aber im Regelfall Anhaltspunkte für die Schätzung eines Mindestschadens vorliegen, sodass eine gänzliche Abweisung des Begehrens unberechtigt ist<sup>33</sup>. Auch insoweit wären Tabellen, wie sie für den Haushaltsführungsschaden existieren, für den Geschädigten überaus hilfreich<sup>34</sup>.

### III. Ansatzpunkte bei der Kürzung gegenüber dem Entgelt bei Inanspruchnahme einer Marktleistung

Da sich der geschuldete Schadenersatzbetrag aus dem Produkt von Stundenlohn und Arbeitszeit zusammensetzt, ist zu prüfen, ob und welche Abschläge bei Erbringung der

Pflegeleistung im Familienverbund jeweils vorzunehmen sind.

#### 1. Entgelt – Parallele zum Haushaltsführer

Das OLG Zweibrücken legt in der konkreten Entscheidung einen Stundenlohn von 10,22 € zugrunde. Es verweist darauf, dass sich die Parteien darauf verständigt hätten und dieser Stundensatz „nicht zu niedrig“ sei. Analysiert man die Judikatur der Oberlandesgerichte, wurde häufig dieser<sup>35</sup> und zumeist ein geringerer Betrag<sup>36</sup> explizit zuerkannt. In jüngeren Entscheidungen hat das OLG Schleswig sogar einen Stundenlohn von 7,- €<sup>37</sup> oder gar nur 5,45 €<sup>38</sup> für

- 16) 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 Kariesschäden und auch kein Ersatz für Übungen auf dem Gebiet der Logopädie.
- 17) Ebenso OLG Frankfurt a. M., VersR 2001, 1572: Tröstung der Kinder bei Kariesbefall; besorgte Eltern werden erforderlichen Mehraufwand an Zeit beanstandungslos hinnehmen; beeinträchtigt seien bloß die allgemeinen Lebensgestaltungsmöglichkeiten der Eltern.
- 18) *Kullmann*, Anmerkung zu LM § 843 Nr. 59.
- 19) OLG Schleswig, OLGR 2007, 859.
- 20) 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.
- 21) OLG Nürnberg, VersR 1986, 173; a.A. aber 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.
- 22) So der Akzent von OLG Stuttgart, MedR 2006, 719.
- 23) BGH, VersR 1978, 149; VersR 1986, 391; OLG Köln, VersR 1992, 506.
- 24) So OLG Koblenz, VersR 1992, 612, wenn auch bloß verbal, in der Sache dann sehr viel restriktiver.
- 25) BGH, VersR 1978, 149; VersR 1986, 59; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 415.
- 26) *Jahnke*, in: *van Bühren* (Hrsg.), *Anwaltshandbuch Verkehrsrecht*, 2003, Teil F, Rdnr. 141.
- 27) OLG Hamm, r+s 1995, 182; OLG Stuttgart, MedR 2006, 719.
- 28) OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1407.
- 29) BGH, VersR 1978, 149.
- 30) OLG Koblenz, VersR 1992, 612: Das kann dahinstehen.
- 31) Vgl. aber OLG Bamberg, VersR 2005, 1593 = VRR 2006, 25 (*Luckey*): Der den Verletzten betreuende Vater, ein Diplomingenieur der Fachrichtung Maschinenbau, legte dem Gericht 22 Leitzordner vor, in denen der Zeitaufwand penibel dokumentiert wurde. Dem Schadenersatzbegehren wurde in vollem Umfang stattgegeben.
- 32) Zu Recht streng OLG Hamm, NZV 2003, 528: Verletzter hat mittlere Reife und Ausbildung zum Bauzeichner sowie Führerschein gemacht; die restliche Behinderung war ohne nähere Darlegung nicht erkennbar.
- 33) Zu streng OLG Schleswig, OLGR 2008, 9: Abweisung infolge mangelnder Darlegung; bloßer Verweis auf Gutachten unzureichend, wobei die Schwerbehinderung außer Streit stand. Verwiesen sei auf die herabgesetzten Anforderungen an die Darlegungslast bei einem jugendlichen Arbeitslosen: BGH, NZV 2002, 268; weitere Nachweise bei *Huber* (Fn. 2), §§ 842, 843, Rdnr. 79.
- 34) Zur Abstufung des Pflegebedarfs bei Paraplegie und Tetraplegie *Haas*, zfs 2006, 254 ff.
- 35) OLG Köln, VersR 1992, 506; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 415; OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115; OLG Koblenz, VersR 2002, 244; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 90; VersR 2003, 1407; OLG Zweibrücken, OLGR 2003, 444.
- 36) OLG München, zfs 1983, 358: 15,- DM; OLG Nürnberg, VersR 1986, 173: 12,- DM; OLG Hamm, OLGR 1992, 65: 13,15 DM; OLG Hamm, r+s 1995, 182: 15,- DM; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2002, 869: 18,- DM.
- 37) OLG Schleswig, OLGR 2008, 9.
- 38) OLG Schleswig, OLGR 2007, 859.

maßgeblich angesehen. Wie das OLG Stuttgart<sup>39</sup> zu Recht betont hat, ist aber eine Differenzierung nach dem Anforderungsprofil des konkreten Falles vorzunehmen. Maßgeblich ist zunächst der durch die Verletzung des Geschädigten ausgelöste Bedarf<sup>40</sup> und nicht die – womöglich überschießende – Qualifikation der Betreuungsperson<sup>41</sup>. Pardey<sup>42</sup> spricht sich zu Recht dafür aus, eine Orientierung an den Tarifen der Pflegekräfte vorzunehmen. Deren Nettolohn sei der Mindestersatz<sup>43</sup>. Das würde nach meiner Einschätzung zu einer signifikanten Anhebung führen. Zu denken geben sollte, dass die Stundensätze von Pflegediensten häufig beim Doppelten liegen<sup>44</sup>. Und ob der Arbeitskräfteeinsatz eines Familienangehörigen mit einem bloß halben Stundenlohn tatsächlich angemessen und marktkonform abgegolten ist, erscheint außerordentlich zweifelhaft. Geradezu unschlüssig erscheint jedenfalls das Argument des OLG Zweibrücken in der Anlassentscheidung, dass der Stundenlohn zu kürzen sei, weil die Pflege in häuslicher Gemeinschaft einen geringeren Zeitaufwand erfordere<sup>45</sup>.

Das OLG Zweibrücken verweist in der Entscheidung darauf, dass die 10,22 € deutlich über dem BAT X von 7,96 € je Stunde lägen. Das ist zutreffend. Der BAT X<sup>46</sup> wird aber bei einem Haushaltsführer gewährt, der einfachste Tätigkeiten unter Anleitung und Aufsicht ausführt<sup>47</sup>. Bei der Betreuung eines schwergeschädigten Kindes geht es aber nicht immer um einfachste Tätigkeiten<sup>48</sup>; außerdem sind sie eigenverantwortlich auszuführen. Unberücksichtigt ist dabei, dass Tätigkeiten in der Nacht, an Feiertagen und am Wochenende ebenso mit einem Zuschlag zu versehen sind wie Überstunden<sup>49</sup>. Das OLG Stuttgart<sup>30</sup> hat die ominösen 10,- € schon deshalb abgelehnt, weil diese schon 1998 gezahlt wurden und es seither eine – gewisse – Anpassung an die Inflation gegeben habe, selbst wenn nicht alle Berufsgruppen am inzwischen erzielten Wirtschaftswachstum angemessen beteiligt worden sind<sup>51</sup>.

## 2. Stundenanzahl – besonderer Streitpunkt Bereitschaftszeiten

Bei der Stundenanzahl sollen nur zwei Detailprobleme herausgegriffen werden, die Kombination mit den Marktleistungen des Pflegedienstes sowie der Hauptstreitpunkt der Bereitschaftszeiten.

### a) Verrechnung mit Marktleistungen

Der Geschädigte hat neben Pflegeleistungen von Angehörigen auch solche des Marktes in Anspruch genommen. Bei der Frage der Ersatzfähigkeit war dem LG ein folgenschwerer Fehlschluss unterlaufen: Sofern es sich um eine ersatzfähige Fremdleistung handelt, für die der Geschädigte Ausgaben in einem bestimmten Ausmaß getätigt hat, muss diese in vollem Umfang ersatzfähig sein. Das LG hat bei der Abrechnung für das Jahr 2000 aus dem Umstand, dass es die Bereitschaftszeiten des Familienangehörigen nur zur Hälfte für ersatzfähig angesehen hat, auch die diesbezüglichen konkreten Ausgaben für die Marktleistung in diesem Ausmaß gekürzt. Das kann nicht wahr sein! Wenn der Geschädigte sich für diese Variante entscheidet und diese nicht unverhältnismäßig ist, gebührt voller Ersatz. Dass die Rechenoperation kompliziert erscheinen mag – *iudex non calculat* –, ändert nichts an der unberechtigten Verkürzung des Geschädigten. Das OLG, auch mathematisch versierter, hat das, wenn auch mit einem überaus umständlichen Rechenschritt, richtig gestellt. Der Geschädigte tut gut daran, beim Begehren diese beiden Bereiche penibel zu trennen, um solche Verkürzungen zu vermeiden.

### b) Bewertung des Bereitschaftsdienstes, insbesondere in der Nacht

Gerade wegen der Qualifizierung als Tatfrage ist das Spektrum der Abgeltung für die Nachtbereitschaft beeindruckend groß. Es reicht von jeglicher Versagung<sup>52</sup> über

50 Minuten<sup>53</sup>, 1 Stunde<sup>54</sup>, für Tag und Nacht zusammen 2 Stunden<sup>55</sup>, für die Nacht alleine 5,5 Stunden<sup>56</sup>, bis zu pauschalen Zuschlägen von 10%<sup>57</sup> bis 30%<sup>58</sup>; und das bei einem Phänomen, das sich so simpel wie folgt beschreiben lässt: Für die verletzte Person muss ständig jemand in der Nähe sein, der bei Bedarf sogleich hilfreich einschreiten kann. Von einer Intensivstation unterscheidet sich dieser Zustand dadurch, dass diese Bezugsperson den Verletzten nicht ständig beobachten und selbst nicht wach bleiben muss.

Wenn an dieser Stelle Kritik daran geübt wird, dass die Gerichte das als reine Tatfrage beurteilen, liegt das daran, dass der Sachverständige lediglich zu beurteilen hat, was tatsächlich notwendig ist. Ob und in welchem Ausmaß solche Tätigkeiten ersatzfähig sind, ist hingegen eine Rechtsfrage. Nach dem Leitbild der angemessenen Abgeltung nach dem Marktmaßstab stellt sich die Frage, worin der Unterschied besteht, ob ein Familienangehöriger eine solche Leistung erbringt oder eine Pflegekraft. Die An- und Abfahrtszeiten, die bei der Pflegekraft anfallen, entstehen nicht; auch der zusätzliche Raum bei geöffneter Türe, in dem die Pflegekraft untergebracht werden muss, entfällt.

39) OLG Stuttgart, MedR 2006, 719.

40) OLG Zweibrücken, OLGR 1999, 153.

41) OLG Hamm, r+s 1995, 182.

42) Pardey, Berechnung von Personenschäden, 3. Aufl. 2005, Rdnr. 849; ebenso ders., in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, 25. Aufl. 2008, Kap 4, Rdnr. 52.

43) Pardey, Berechnung (Fn. 42), Rdnr. 848.

44) OLG Frankfurt a. M., VersR 1994, 942; Stundensatz von Pflegekräften 29,- DM; OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115; Stundensatz des Pflegedienstes 32,- DM, für den Vater 15,- DM.

45) Zur angemessenen Berücksichtigung der geringeren Beschwerdlichkeit beim Zeitbudget und nicht beim Stundenlohn Huber (Fn. 2), §§ 842, 843, Rdnr. 228. Vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1994, 415; Nicht 23,- DM, sondern 20,- DM, weil sich Mutter auch um andere Kinder kümmern musste.

46) Zu verweisen ist darauf, dass der BAT inzwischen abgelöst wurde durch den TVöD.

47) Dazu OLG München, NZV 1989, 471: 8 DM pro Stunde; Ehefrau wird im Krankenhaus für Tätigkeiten angelernt, hilft dort mit. Zum Abschlag beim Entgelt für Hilfstätigkeiten Geigel-Pardey (Fn. 42), Kap 4, Rdnr. 31.

48) OLG Koblenz, VersR 1992, 612: Erfordernis einer geschulten Pflegeperson; OLG Hamm, OLGR 1992, 65: Tätigkeit geht über einfache Handreichungen und Beaufsichtigungen hinaus, Förderung der geistigen und motorischen Fähigkeiten; OLG Oldenburg, VersR 1993, 753: In Betracht kommen nur Pflegekräfte mit einer gewissen Erfahrung und entsprechender Neigung zur Betreuung von Schwerstbehinderten; OLG Hamm, NJW-RR 1994, 415: Mutter ist speziell angelernt worden, hat in mancher Hinsicht ausgebildete Kraft ersetzt; OLG Hamm, r+s 1995, 182: Höheres Entgelt, wenn gehobene Anforderungen an Pflege wegen Querschnittlähmung; OLG Koblenz, VersR 2002, 244: Berücksichtigt, dass teilweise angelernt, also keine ungelernete Kraft.

49) OLG Stuttgart, MedR 2006, 719: Wenn mehr als 8 Stunden Pflege pro Tag; m. E. zu Unrecht noch weitergehend OLG Hamm, r+s 1995, 182: Überstundenzuschlag schon dann, wenn Tätigkeit neben dem Haushalt ausgeübt wird. Zur Ermittlung des Stundenlohns ausführlich Huber, Fragen der Schadensberechnung, 2. Aufl. 1994, S. 376 ff.

50) OLG Stuttgart, MedR 2006, 719.

51) Vgl. aber OLG Koblenz, VersR 2002, 244: 20,- DM deshalb, weil dieser Satz auch für die Zukunft zugrunde zu legen sei.

52) OLG Schleswig, OLGR 2007, 859: 16-jähriger lebt typischerweise auch sonst bei Eltern, Einstellung einer Fremdkraft ist keine vernünftige Alternative.

53) OLG Hamm, NJW-RR 1994, 415.

54) OLG Hamm, OLGR 1992, 65.

55) OLG Koblenz, VersR 2002, 244; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 90.

56) OLG Bremen, NJW-RR 1999, 1115.

57) OLG Stuttgart, MedR 2006, 719.

58) OLG Oldenburg, VersR 1993, 753.

Die Bereitschaft als solche ist aber für den Familienangehörigen ebenso beschwerlich und anstrengend wie für eine professionelle Pflegekraft. Dieser Umstand spricht daher dafür, beim Zeitaufwand keine Kürzung vorzunehmen.

Der Umstand, dass während dieses Zeitraums auch andere Tätigkeiten erledigt werden können, ist bei der Höhe des Entgelts zu berücksichtigen. Bei Berufsgruppen, die sich in Bereitschaft halten, wie etwa die Feuerwehr oder die Verkäuferin einer Boutique, käme niemand auf die Idee, diese nur für die Zeiten zu entschädigen, in denen sie gerade aktiv sind<sup>59</sup>. Vielmehr wird bei deren Entlohnung darauf bedacht genommen, dass sie nicht ständig konkret benötigt werden. Zu bedenken ist freilich, dass bei einem womöglich geringeren Stundenlohn zu berücksichtigen ist, dass die Tätigkeit in der Nacht anfällt, was am Markt mit Zuschlägen honoriert wird. Wer nämlich 3× in der Nacht, und sei es nur für 10 Minuten, aus dem Schlaf gerissen wird, der wird über kurz oder lang am Tag nur einen Bruchteil seiner Leistungsfähigkeit erreichen, was all die bestätigen können, die lebhaft und nachtaktive Kleinkinder haben oder hatten.

Um es auf den Punkt zu bringen: Das OLG Zweibrücken lag mit der Anerkennung von ¼ der nächtlichen Bereitschaftszeiten noch im Mittelfeld. Das Argument, dass „sich der insoweit geltend gemachte Aufwand in der Vermögenssphäre nicht hinsichtlich der gesamten Zeit als geldwerter Verlustposten konkret niederschlägt“, gilt nicht nur für den geltend gemachten Zeitraum von 22 bis 6 Uhr, sondern für jede Minute. Opportunitätskosten i. S. einer sonstigen Erwerbstätigkeit fallen bei einer nächtlichen Rufbereitschaft nicht an. Ein Ersatz kann – und muss – normativ begründet werden. Eine Orientierung hat daran zu erfolgen, was einer fremden Kraft für eine solche Leistung zu zahlen wäre. Wenn Küppersbusch<sup>60</sup> ein Entgelt von insgesamt 12,- € für eine Bereitschaft von 14 Stunden vorschlägt, somit einen Stundenlohn von 0,86 €, ist das allenfalls ein Almosen oder ein Anerkennungs pfennig, aber Lichtjahre entfernt von einer angemessenen marktkonformen Abgeltung. Der für die Bereitschaft während der Wachzeiten gelegentlich gewählte Ansatz, dass eine Abgeltung zu erfolgen hat, soweit Freizeitaktivitäten, namentlich solche im Freien, vereitelt werden, ist ebenfalls untauglich. Das ist eher eine Kreativitätsprämie für den klägerischen Anwalt, um dessen Phantasie beim Vorbringen anzustacheln, aber kein tauglicher Bemessungsansatz<sup>61</sup>.

## E. Ausblick

Bei dem hier vorgeschlagenen Bemessungsansatz würden die Schadenersatzbeträge für Pflegedienstleistungen von Schwer- und Schwerstverletzten signifikant ansteigen. Diesbezüglich ist mit dem Gegenargument zu rechnen, dass das die Versicherungsgemeinschaft nicht verkraften könne und gerade Gynäkologen dann wegen der unerschwinglichen Prämien ihre Tätigkeit einstellen würden. Von solcher Gräuelpopaganda sollten sich die Gerichte aber nicht abschrecken lassen. Der Maßstab des deutschen Schadensrechts ist der Ausgleich der erlittenen Einbuße, nicht aber, in welchem Ausmaß eine Tragfähigkeit bei derzeitiger Kalkulation bestimmter Haftpflichtversicherungsprämien noch gegeben ist. Zu bedenken ist, dass die Einbuße bei Schwer- und Schwerstverletzten beträchtlich ist. Bei Straßenverkehrsunfällen kommen derartige Konstellationen zwar ebenfalls vor, spielen aber in Relation zum Prämienvolumen eine geringe Rolle. Ein und derselbe Schaden kann aber nicht unterschiedlich bemessen werden, je nach dem, ob er infolge eines Verkehrsunfalls oder des Kunstfehlers eines Gynäkologen passiert. Die Folge ist, dass bei signifikanter Anhebung des Ersatzes bei den Pflegedienstleistungen auch die Haftpflichtversicherungsprämien der Gynäkologen anzupassen wären mit der Folge, dass die Arzthonorare für solche Dienstleistungen steigen. Sollte sich das auf die in Deutschland ohnehin schon geringe Geburtenrate negativ auswirken, hat der Staat auch hier bevölkerungspolitisch gegenzusteuern, also die Haftpflichtversicherungsprämien der Gynäkologen – aber nur diese! – zu subventionieren. Keinesfalls angemessen scheint aber eine Problemlösung dergestalt, diejenigen, die es trifft, mit weniger als dem ihnen nach dem BGB zustehenden Ausgleich abzuspeisen.

59) Huber (Fn. 2), §§ 842, 843, Rdnr. 227.

60) Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden, 9. Aufl. 2006, Rdnr. 266, dortige Fn. 51: 12 € für 14 Stunden tägliche Bereitschaft unter Hinweis auf OLG Koblenz, VersR 2002, 244.

61) Zu ähnlichen Tendenzen im österreichischen Recht, wo die Bemessung aber wesentlich großzügiger ist als in Deutschland, Huber, ÖJZ 2007, 625 ff.

DOI: 10.1007/s00350-008-2310-9

# Entgeltliche Patientenzuweisung: Anwendung und Durchbrechung des § 817 S. 2 BGB bei der Kondition von Zuweisungsentgelten

Christian Wittmann

## 1. Einleitung

Die Zuweisung von Patienten gegen Entgelt ist dem Arzt verboten. Sämtliche Berufsordnungen enthalten eine dem § 31 der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO) entsprechende Regelung<sup>1</sup>. Dennoch sind Verstöße gegen dieses Verbot „Legion“<sup>2</sup>. Auch das Problem der Rück-

forderbarkeit von Zuweisungsentgelten, auch Kick-Back-Zahlungen genannt, hat die Rechtsprechung bereits beschäftigt. So hatte das OLG Köln<sup>3</sup> darüber zu entscheiden, ob ein Zahnarzt, der mit einem Zahntechnikunternehmen (Dentallabor) eine Kick-Back-Vereinbarung geschlossen

Rechtsanwalt Dr. iur. Christian Wittmann,  
Bongen, Renaud & Partner,  
Königsstraße 28, 70173 Stuttgart, Deutschland

1) Zur Vereinfachung der Darstellung wird im Folgenden nur noch von den jeweiligen Vorschriften der MBO die Rede sein, soweit nicht Abweichungen ein anderes erforderlich machen.

2) Dahm, Anm. zu OLG Koblenz, Urt. v. 20. 5. 2003 – 4 U 1532/02 –, MedR 2003, 580.

3) OLG Köln, Beschl. v. 3. 6. 2002 – 11 W 13/02 –, MedR 2003, 460.

Rechnung getragen, dass der Senat dem Begehren der Verfahrenspflegerin, die angefochtenen Entscheidungen als rechtswidrig aufzuheben, in vollem Umfang entsprochen hat. Die Rechtswidrigkeit des die Genehmigung der geschlossenen Unterbringung aussprechenden Beschl. des AG und die Begründetheit der hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde ergibt sich bereits aus dem Tenor der vorliegenden Entscheidung des Senats. Der Umstand, dass die Voraussetzungen der Genehmigung von vornherein nicht erfüllt, die angefochtenen Entscheidungen also von Anfang an rechtsfehlerhaft waren, erhellt aus der vom Senat gegebenen Begründung. Ein darüber hinausgehendes Feststellungsinteresse des Betr. ist nicht ersichtlich.

[34] cc) Die sofortige weitere Beschwerde, mit der sich die Verfahrenspflegerin gegen den im einstweiligen Anordnungsverfahren ergangenen Beschl. des AG v. 23.8.2003 und gegen den Beschl. des LG v. 21.9.2007 – 2 T 835/07 – wendet, mit de[m] ihre gegen die amtsgerichtliche Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde zurückgewiesen worden ist, hat uneingeschränkt Erfolg. Ihr Antrag festzustellen, dass diese beiden Beschlüsse rechtswidrig sind, ist zulässig.

[35] Der Beschl. des AG, mit dem die geschlossene Unterbringung des Betr. bis längstens 20.9.2007 einstweilen genehmigt worden ist, ist durch den späteren Beschl. des AG v. 30.8.2007 ersetzt worden und wäre im übrigen durch Zeitablauf gegenstandslos. Gleichwohl besteht aus den sub bb) dargelegten Gründen ein berechtigtes Interesse des Betr. an der Feststellung, dass dieser Beschl. rechtswidrig war. Diesem Interesse durfte die Verfahrenspflegerin mit der sofortigen Beschwerde nachgehen; nach deren Zurückweisung durch das LG kann sie dieses Interesse mit der – zulässigen – sofortigen weiteren Beschwerde weiterverfolgen.

[36] Ihr Begehren, die Rechtswidrigkeit beider Beschl. festzustellen, ist auch begründet. Das LG hat die sofortige weitere Beschwerde des Betr. zu Unrecht zurückgewiesen. Denn der Beschl. des AG v. 23.8.2007 war aus den sub aa) genannten Gründen rechtsfehlerhaft: In diesem Beschl. nimmt das AG – ebenso wie im späteren Hauptsacheverfahren – auf das Sachverständigengutachten Bezug, das eine geschlossene Unterbringung – auch zum Zwecke der Zwangsmedikation – für tatsächlich nicht erforderlich hält, deren Genehmigung aber zur rechtlichen Absicherung dieser Zwangsmedikation für geboten erachtet. Allein mit diesem Ziel hat offenkundig das AG die geschlossene Unterbringung des Betr. genehmigt. Das ist – wie dargelegt – mit § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB nicht vereinbar.

DOI: 10.1007/s00350-008-2315-4

## Bemessung des Schadensersatzes nach Geburtsfehler

BGB §§ 843 Abs. 1 u. 4, 1836 Abs. 1 u. 2; ZPO § 287

**Zur Bemessung des Schadensersatzes wegen eines vermehrten Bedürfnisses für Pflege und Betreuung eines durch einen ärztlichen Behandlungsfehler bei der Geburt schwer geschädigten Kindes durch Eltern im Rahmen häuslicher Gemeinschaft und durch fremde Hilfskräfte, insb. zur Bewertung sog. „Bereitschaftszeiten“ der Eltern.**

*Pfälz. OLG Zweibrücken, Urt. v. 13. 11. 2007 – 5 U 62/06 (LG Landau)*

Eingesandt vom 5. Zivilsenat des Pfälzischen OLG Zweibrücken; bearbeitet von Prof. Dr. iur. Christian Huber, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen, Templergraben 55, 52056 Aachen, Deutschland

**Problemstellung:** Ist ein ärztlicher Kunstfehler bei der Geburt Ursache eines irreparablen Dauerschadens, führt selbst bei geklärter Einstandspflicht des Ersatzpflichtigen dem Grund nach die Bemessung des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse zu jahrelangem Streit zwischen den Beteiligten, namentlich, wenn die Pflege durch Angehörige erfolgt. Einigkeit besteht nur im Ausgangspunkt: Maßgeblich ist grundsätzlich die tatsächlich gewählte Gestaltung. Die Mühewaltung der einspringenden Familienangehörigen soll dabei „angemessen“ abgegolten werden. Allerdings sei dabei zu berücksichtigen, dass weniger geschuldet werde als bei Erbringung der erforderlichen Betreuungsdienstleistungen durch Marktkräfte, weil diese im Familienverband weniger beschwerlich seien. Der Teufel steckt wie immer im Detail: Wo sind Kürzungen vorzunehmen, beim Entgelt oder der Stundenanzahl? Wie sind Marktleistungen mit Angehörigenleistungen zu verrechnen, wenn die einen und die anderen in Anspruch genommen werden?

Je präziser der Zeitbedarf erfasst wird, umso mehr wächst der geschuldete Schadenersatzbetrag an. Was bei einer groben Pauschalierung geflissentlich unter den Tisch fällt, tritt bei detaillierter Aufschlüsselung als ersatzfähiger Schadensposten in Erscheinung. Ein besonders umkämpfter Schadensposten sind dabei die Bereitschaftszeiten. Dabei werden zwar keine konkreten Handreichungen erbracht, Präsenz ist aber vonnöten. Was diesbezüglich „angemessen“ ist, wird stark unterschiedlich beurteilt, nicht nur vom Geschädigten und Ersatzpflichtigen, sondern auch von Erst- und Zweitgericht und dazu auch noch je nach Region. Eine Leitlinie des VI. Zivilsenats des BGH wäre hier geboten, der sich aber mit der Annahme von Revisionen „vornehm“ zurückhält und das als Angelegenheit des Tatrichters betrachtet. Dieser wiederum verschanzt sich häufig hinter dem Sachverständigen. Derjenige dieses Verfahrens hat – in durchaus mutiger Weise – ausgesprochen, dass es nicht in seinen Zuständigkeitsbereich falle, ob es sich bei den Bereitschaftszeiten um einen ersatzfähigen Vermögensschaden handle, es also um eine Rechts- und nicht eine Tatfrage gehe.

Zu den sonstigen Schadensposten geringeren Umfangs hat das OLG Zweibrücken – abgesehen vom Kleidermehrverschleiß – einen überaus restriktiven Standpunkt eingenommen. Auch wenn man nicht jedem klitzekleinen Detail mit mikroskopischer Genauigkeit wird nachgehen können, ist die Ermittlung der einzelnen Schadensposten doch hilfreich, weil sich daraus konkretere Rückschlüsse für die Größenordnung der Pauschalierung ermitteln lassen. Es kommt mehr heraus, als wenn man das lediglich über den Daumen peilt. Es gilt der aus der Landwirtschaft geläufige Satz: Kleinvieh macht auch Mist.

Ausführlich zur Entscheidung *Huber*, MedR 2008, 712 (in diesem Heft).

**Zum Sachverhalt:** Die 1984 geborene Kl. erlitt bei ihrer Geburt in dem in der Trägerschaft des Bekl. stehenden Kreiskrankenhaus infolge eines ärztlichen Behandlungsfehlers durch eine Sauerstoffunterversorgung eine schwere Hirnschädigung (Cerebralparese). Aufgrund insoweit rechtskräftigen Teil- und Grundurteils des LG Landau v. 1.8.1991 steht fest, dass der Bekl. der Kl. zum Ersatz allen sich hieraus ergebenden Schadens verpflichtet ist. Im Weiteren schlossen die Parteien in diesem Verfahren einen Vergleich, in dem der Bekl. sich verpflichtete, zur Anrechnung auf den künftigen materiellen Schaden der Kl. ab 1.1.1998 monatlich einen Vorschuss i. H. von 1.500 DM zu zahlen. Außerdem erzielten die Parteien Einigkeit darüber, dass jeweils eine jährliche Abrechnung des letztlich geschuldeten Schadenersatzbetrages zu erfolgen hat. Die Kl., die im Hause ihrer Eltern lebt, ist vollständig hilfsbedürftig und bedarf einer umfassenden Betreuung. Pflege und Betreuung werden überwiegend

von ihren Eltern, in gewissem Umfang aber auch von Berufspflegekräften erbracht. Zwischen den Parteien ist außer Streit, dass hierbei auch sog. „Bereitschaftszeiten“ anfallen. In diesen Zeiten sind pflegerische Leistungen der Eltern der Kl. nicht unbedingt erforderlich, sie müssen aber auf Abruf bereitstehen. Diese Zeiten betragen an Schultagen zwei Stunden täglich, an den Wochenenden acht Stunden täglich. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist ein Anspruch der Kl. auf Erstattung verschiedener Aufwendungen bzw. der Vergütung von Pflegeaufwand in den Jahren 2000, 2003 und 2004. Das LG hat nach Einholung eines Sachverständigenutachtens des Leiters der Sektion Sozialpädiatrisches Zentrum und Kinderneurologie einer Universitätsklinik, Prof. Dr. B., von den – zum Teil im Wege der Teilklage – eingeklagten rund 27.000 € unter Klageabweisung im Übrigen einen Betrag i. H. von 1.557,72 € nebst Zinsen zugesprochen. Dagegen legte die Kl. Berufung ein.

**Aus den Gründen:** Die zulässige Berufung führt zu einem Teilerfolg.

I. Der Senat hat bereits mit Urte. v. 2.9.2003 in dem Verfahren – 5 U 31/02 – [= OLGR 2003, 444], in dem die Parteien über andere Abrechnungszeiträume gestritten haben, seine Rechtsauffassung zur Erstattungsfähigkeit des Pflegeaufwandes der Eltern der Kl., auch soweit die sog. Bereitschaftsdienstzeiten betroffen sind, [...] dargestellt. Diese liegt im Ausgangspunkt auch dem angegriffenen Urteil in vorliegendem Verfahren zugrunde. Anlass, hiervon abzuweichen, sieht der Senat nicht. Zusammengefasst gilt demnach Folgendes:

1. Der Bekl. ist aufgrund des rechtskräftigen Grundurteils verpflichtet, den durch die Behinderung der Kl. verursachten Mehrbedarf durch eine Geldrente auszugleichen (§ 843 Abs. 1 BGB). Hierunter fällt auch der Betreuungsaufwand naher Angehöriger eines durch eine unerlaubte Handlung an Körper und Gesundheit Geschädigten. Kommen mehrere Arten der Betreuung in Betracht, bestimmt sich die Höhe des Anspruchs dabei weder nach der kostengünstigsten noch nach der aufwendigsten Möglichkeit, sondern allein danach, wie der Bedarf in der vom Geschädigten und seinen Angehörigen gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt (BGH, NJW 1999, 2819; BGH, VersR 1978, 149). Dieser Bedarf bestimmt sich deshalb – das ist zwischen den Parteien unstreitig – nach dem von den Eltern der Kl. erbrachten Pflege- und Betreuungsaufwand für die Kl.

2. Im Weiteren kommt es für die Ersatzfähigkeit nicht darauf an, ob der Angehörige, der die Pflegeleistungen erbringt, seinerseits einen Verdienstausfall erleidet, weil eine solche Hilfeleistung dem Schädiger entsprechend dem Rechtsgedanken des § 843 Abs. 4 BGB nicht zugute kommen soll. Allerdings muss sich der geltend gemachte Aufwand in der Vermögenssphäre als geldwerter Verlustposten konkret niederschlagen. Dieses Erfordernis dient der Abgrenzung eines ersatzfähigen Mehrbedarfs zu nicht ersatzfähigen Mühewaltungen im Rahmen elterlicher Zuneigung. Dritte können diese elterliche Zuneigung nicht leisten, weshalb es sich, um eine ersatzfähige Schadensposition i. S. des § 843 Abs. 1 BGB darzustellen, um Tätigkeiten handeln muss, die sich aus dem allein den Eltern als engsten Bezugspersonen zugänglichen Bereich der unvertretbaren Zuwendung und aus sonstigen selbstverständlichen, originären Aufgabengebieten der Eltern, insb. im Hinblick auf die Personensorge, herausheben (BGH, NJW 1999, 2819). Ist dies der Fall, so kann der deshalb zu erstattende Betrag unterhalb der tariflichen Vergütung für eine fremde Hilfskraft liegen, da die Pflege in häuslicher Gemeinschaft ggf. einen geringeren Zeitaufwand erfordert (BGHZ 106, 28, 31).

3. Die Bestimmung der Höhe eines Pflegegeldes liegt im Übrigen im tatrichterlichen Ermessen. Wenn die Betreuung innerhalb der Familie erfolgt, ist dabei nicht auf die Kosten einer fremden Pflegekraft abzustellen. Vielmehr ist die zusätzliche Mühewaltung der Verwandten, die im

Verhältnis zum Schädiger nicht unentgeltlich erfolgen soll, angemessen auszugleichen (BGH, VersR 1986, 59).

Demnach ist die von den Eltern der Kl. für die Pflege und Betreuung aufgewendete Zeit mit einem Betrag i. H. von 10,22 € (20,- DM) je Stunde, den die Bekl. akzeptiert, jedenfalls nicht zu niedrig bemessen. Dieser Stundenlohn liegt bereits deutlich über dem Nettolohn in der Gehaltsstufe BAT X für einen nicht verheirateten Arbeitnehmer (7,96 € je Stunde).

Zugleich folgt hieraus auch, dass bei einem „angemessenen Ausgleich“ nicht die volle Bereitschaftszeit der Eltern der Kl. zu vergüten ist. Allerdings ist im Ausgangspunkt auch die Betreuung der Kl. während der bloßen Bereitschaftszeit nicht mehr alleine der vermehrten elterlichen Zuwendung zuzurechnen, sondern ersatzfähiger Mehraufwand. Dies hat der Senat bereits in seinem Urte. v. 2.9.2003 näher begründet.

II. Aus Vorstehendem folgt für die die hier geltend gemachten Ansprüche der Kl. im Einzelnen folgendes:

1. Klageforderung für den Betreuungsaufwand der Eltern der Kl. im Jahr 2000

Die Kl. hat den von ihr geltend gemachten Anspruch wie folgt berechnet:

Betreuungsaufwand an Schultagen: 4 Stunden Pflege, 1 Stunde Hauswirtschaft, 1 Stunde häusliche Förderung, 0,5 Stunden Therapie, 2 Stunden Bereitschaftsdienst, organisatorische Aufgaben und nächtliche Betreuung 1 Stunde, insgesamt 9,5 Stunden

Betreuungsaufwand an schulfreien Tagen: 4 Stunden Pflege, 1 Stunde Hauswirtschaft, 1 Stunde häusliche Förderung, 8 Stunden Bereitschaftsdienst, organisatorische Aufgaben und nächtliche Betreuung 1 Stunde, insgesamt 15 Stunden

180 Schultage × 9,5 Stunden = 1.710 Stunden

180 schulfreie Tage × 15 Stunden = 2.700 Stunden

insgesamt: 4.410 Stunden

abzgl. Fremdleistungen: 595 Stunden

Eigenleistungen 3.815 Stunden × 10,23 € = 39.027,45 €

Abzüglich gezahlter 29.881,78 €

Rest: 9.145,67 €

Das LG hat die Klage insoweit abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Bereitschaftsdienstzeiten während der Wachzeiten nur zu ½ zu berücksichtigen seien. Die Fremdbetreuung von 595 Stunden hat das LG nach Halbierung der Bereitschaftsdienstzeiten abgezogen.

Die Kl. verfolgt ihr erstinstanzliches Klageziel weiter und hält die Kürzung der Bereitschaftsdienstzeiten weiterhin für falsch und auch die – so auch vom Senat im Vorprozess durchgeführte – Berechnung (Abzug der vollen Fremdleistungen nach Halbierung des Bereitschaftsdienstes).

Die Berufung erzielt in diesem Punkt einen Teilerfolg.

Im rechtlichen Ausgangspunkt sieht der Senat keinen Anlass, von seiner Rechtsansicht im Vorprozess abzuweichen. Der Sachverständige Prof. Dr. B. hat einen gleich bleibenden Pflegeaufwand festgestellt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die ebenfalls geltend gemachten Fremdleistungen auch in Zeiten des Bereitschaftsdienstes erbracht werden, was folgende Berechnung erforderlich macht. An Schultagen entfallen 2/9,5 Stunden (21,05%) auf den Bereitschaftsdienst, an schulfreien Tagen 8/15 Stunden (53,33%). Da die Kl. mit einer gleichen Anzahl an Schultagen wie schulfreien Tagen rechnet, kann der Durchschnitt (37,20% entfallen auf die Bereitschaftszeiten) herangezogen werden. Von den 595 Stunden Fremdleistungen sind dann rund 222 Stunden auf den Bereitschaftsdienst entfallen. Davon darf nur die Hälfte vom Gesamtaufwand abgezogen werden, weil der von den Eltern der Kl. erbrachte Bereitschaftsdienst auch nur zur Hälfte erstattungsfähig ist, insgesamt also nur Fremdstunden von 595 – 111 = 484 Stunden.

Es ergibt sich dann folgende Berechnung:

180 Schultage  $\times$  8,5 Stunden = 1.530 Stunden  
 180 schulfreie Tage  $\times$  11 Stunden = 1.980 Stunden  
 insgesamt: 3.510 Stunden  
 abzgl. Fremdleistungen: 484 Stunden  
 Eigenleistungen 3.026 Stunden  $\times$  10,23 € = 30.955,98 €  
 Abzüglich gezahlter 29.881,78 €  
 Rest: 1.074,20 €. In Höhe dieses Betrages erzielt die Berufung somit einen Teilerfolg.

2. Klageforderung für den Betreuungsaufwand der Eltern der Kl. im Jahr 2003 während der Wachphase der Kl.

Hinsichtlich dieses Anspruches der Kl., worauf der Senat bereits [...] hingewiesen hat, ist die Berufung mangels Beschwer durch das angegriffene Urteil unzulässig. Die Kl. hat einen Teilanspruch in Höhe von 1.200 € aus einem von ihr errechneten Gesamtanspruch i. H. von 10.910,30 € geltend gemacht. Das LG hat – unter Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO – einen Betrag i. H. von 1.232,72 € zugesprochen. Somit liegt keine Beschwer der Kl. vor, auch wenn sie die Begründung des landgerichtlichen Urteils für unzutreffend hält.

3. Klageforderung für den Betreuungsaufwand der Eltern der Kl. im Januar 2003 und Fremdbetreuung im ganzen Jahr 2003, jeweils während der Nacht.

Die Kl. hat den von ihr geltend gemachten Anspruch wie folgt berechnet:

Alle Tage im Januar: 8 Stunden Bereitschaftsdienst  $\times$   
 31 Tage = 248 Stunden  $\times$  7,67 € (15DM) = 1.902,16 €;  
 Alle Tage von Februar bis Dezember 2003: 74 Stunden  
 Fremdeinsatz von insgesamt 429 Stunden = 17,24%  $\times$   
 5.101,62 € = 879,86 €  
 Gesamtforderung: 2.782,02 €

Das LG hat diese Klageforderung abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der nächtliche Betreuungsaufwand sei mit der vom Sachverständigen ermittelten Stunde angemessen berücksichtigt. Die Kl. habe auch nicht vorgetragen, an welchen Tagen genau sie einer nächtlichen Betreuung bedürfe.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. ihr erstinstanzliches Klageziel weiter. Die Berufung führt insoweit zu einem Teilerfolg.

a) Soweit es um Fremdbetreuungskosten geht, steht außer Frage, dass für die Kl. ein nächtlicher Bereitschaftsdienst erforderlich ist. Tatsächlich angefallene Fremdbetreuungskosten sind somit Folge der schädigenden Handlung und daher zu ersetzen. Ein Verstoß der Kl. gegen die Schadensminderungspflicht ist nicht ersichtlich. Die Einrichtung einer Rufbereitschaft dergestalt, dass eine Betreuungsperson sich außerhalb des Hauses befindet und erst nach dem Notruf kommt, ist nicht praktikabel und wird den Bedürfnissen der Kl. nicht gerecht. Die Tatsache, dass die Kl. im Haushalt ihrer Eltern lebt und dort in inzwischen maßgeblichem Umfang Fremdbetreuung in Anspruch nimmt, verursacht zwar erhebliche Kosten, die möglicherweise höher sind als die Unterbringung in einem Wohnheim für Behinderte. Auf Letzteres muss sich die Kl. aber nicht verweisen lassen. Jedenfalls, solange sie noch zur Schule geht, liegt in der gewählten Lebensführung kein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht der Kl. Die Berufung erzielt deshalb hier einen weiteren Teilerfolg i. H. von 879,86 €.

b) Auch hinsichtlich der Vergütung des Bereitschaftsdienstes der Eltern ist die Berufung zum Teil begründet.

Im Ausgangspunkt gibt es in der Rechtsprechung unterschiedliche Ansätze zur tatrichterlichen Bewertung des auch hier vorzunehmenden, angemessenen Ausgleichs (s. o.) für solche Bereitschaftszeiten. So hat das OLG Düsseldorf (NJW-RR 2003, 90) bei einem Kleinkind für den Bereitschaftsdienst eines ganzen Tages 2 Stunden (neben

10,5 Stunden Pflege) anerkannt. Das OLG Bremen (NJW-RR 1999, 1115) hat bei einem volljährigen Geschädigten eine Nachtbereitschaftszeit von 5,5 Stunden anerkannt und – wie die Kl. vorliegend – einen Stundensatz in Höhe von 15 DM zugrunde gelegt.

Der Sachverständige Prof. Dr. B. hat die Bereitschaftszeit in der Nacht in einem früheren Gutachten in dem zwischen den Parteien geführten Vorprozess [OLGR 2003, 44] mit einer Stunde täglich bewertet. In seinem im vorliegenden Prozess erstatteten Gutachten v. 10. 4. 2006 hat er zunächst ausgeführt, an dem damals festgestellten Betreuungsbedarf der Kl. habe sich nichts geändert. Indes erfordere die gesundheitliche Beeinträchtigung der Kl. tatsächlich einen ständigen Bereitschaftsdienst während der gesamten Nacht. Die Frage, in welchem Umfang hierin ein ersatzfähiger Schaden liege, sei letztlich eine von ihm nicht zu beantwortende Rechtsfrage, wobei das Gericht die Lebenssituation der Kl. „gesamthaft“ zu betrachten und in ihren wirtschaftlichen Konsequenzen zu beurteilen habe.

Hiervon ausgehend gilt für die Bestimmung eines angemessenen Ausgleichs für die nächtliche Bereitschaftszeit der Eltern der Kl. folgendes:

Eine volle Berücksichtigung der nächtlichen Bereitschaftszeit von 8 Stunden (22.00 Uhr bis 6.00 Uhr) durch die Eltern scheidet schon deshalb aus, weil sich der insoweit geltend gemachte Aufwand in der Vermögenssphäre nicht hinsichtlich der gesamten Zeit als geldwerter Verlustposten konkret niederschlägt. Der „Verlustposten“ der Eltern besteht weitgehend nur darin, dass sie in ihrer Bewegungsfreiheit und Freizeitgestaltung eingeschränkt sind und dass während der Bereitschaft in einem gewissen, allerdings schon anderweitig berücksichtigten Umfang tatsächliche Pflegeleistungen erforderlich sind. Der Senat hält es deshalb für angemessen,  $\frac{1}{4}$  der nächtlichen Bereitschaftszeit (2 Stunden) bei allerdings unverändertem Stundensatz (10,23 €) als ersatzfähigen Aufwand anzuerkennen.

Daraus ergibt sich für den hier geltend gemachten Anspruch für Januar 2003 ein weiterer Teilerfolg der Berufung i. H. von  $31 \times 2 \times 10,23 = 634,26$  €.

4. Klageforderung für die Kosten der Fremdbetreuung im Jahr 2004

Die Kl. hat den von ihr geltend gemachten Anspruch wie folgt berechnet:

Es sind im gesamten Jahr 2004 Lohnkosten i. H. von 21.395,45 € angefallen, auf welche die Haftpflichtversicherung der Bekl. 12.000 € gezahlt hat. Der Restbetrag i. H. von 9.395,45 € ist Gegenstand der Klage. Für die in Eigenleistung erbrachten Tätigkeiten ihrer Eltern hat die Kl. von der Versicherung für dieses Jahr 20.209,36 € erhalten. Die Bekl. trägt weitergehend vor, dass sie noch 4.900,92 € „für Kosten der Sozialstation“ und 2.626,32 € für „sonstigen Mehrbedarf“ gezahlt hat.

Das LG hat die Klage wegen Unschlüssigkeit abgewiesen. Es sei nicht dargetan, welche Leistungen in der Wachphase und welche nachts erbracht worden seien. Da nachts aber – dem Sachverständigen folgend – immer nur eine Stunde berechnet werden könne, sei die Klage unschlüssig. Außerdem sei die Zahlung i. H. von 20.209,36 € an die Eltern zu berücksichtigen.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. ihr erstinstanzliches Klageziel unverändert weiter.

Die Berufung führt in diesem Punkt zu einem vollen Erfolg. Die für die erforderliche Pflege und Betreuung der Kl. entstehenden Fremdkosten sind vollständig zu vergüten. Über ihre Notwendigkeit besteht zwischen den Parteien kein Streit.

Soweit die Bekl. im Hinblick auf die von ihr anderweitig geleisteten Zahlungen hinsichtlich des hier geltend gemachten Anspruchs den Erfüllungseinwand erheben will, ist ihr Vortrag hierzu auch nach dessen Ergänzung unerheblich. Die Bekl. behauptet selbst, den Betrag i. H. von 20.209,36 € auf

die von den Eltern der Kl. erbrachten Betreuungsleistungen, also gerade nicht zur Erfüllung des hier geltend gemachten Anspruches wegen Betreuungsleistungen durch Berufspflegekräfte geleistet zu haben. Soweit sie möglicherweise der Ansicht ist, der Betrag i. H. von 20.209,36 € für die Betreuungsleistungen der Eltern sei übersetzt, könnte ihr zwar ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zustehen, mit dem sie wiederum die Aufrechnung gegen den hier geltend gemachten Anspruch erklären könnte. Für das Bestehen eines solchen Anspruchs trägt indes die Bekl. die Darlegungs- und Beweislast. Dem genügt ihr Vortrag nicht. Die Berufung hat somit Erfolg i. H. weiterer 9.395,45 €.

5. Klageforderung für den Mehraufwand für Rollstuhlleidung im Jahr 2004

Die Kl. begehrt den Ersatz des Kaufpreises für den Erwerb mehrerer Hosen und Jacken, die speziell für Rollstuhlfahrer zugeschnitten sind, für ein paar Stiefel sowie Socken. Insgesamt beträgt der Kaufpreis für diese Kleidungsstücke 689,70 €, die Kl. macht hiervon die Hälfte (344,85 €) geltend.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil die Kleidung auch industriell hergestellt wird und dementsprechend kostengünstiger bezogen werden kann.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. das erstinstanzliche Klageziel unverändert weiter.

Die Berufung führt zu einem Teilerfolg. Der Senat schätzt den ersatzfähigen Mehraufwand für den Erwerb rollstuhlgerechter Kleidung nach § 287 ZPO auf 300 €. Ausgehend von den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. B [...] kann infolge eines höheren, rollstuhlbedingten Verschleißes der Kleidung ein um 30% höherer Aufwand für den Erwerb von Kleidung gegenüber einer nicht behinderten Person geschätzt werden. Den hierfür erforderlichen Betrag schätzt der Senat auf 300 €.

6. Klageforderung für behauptete KFZ-Mehrkosten im Jahr 2004

Die Kl. macht nach Zahlung eines Betrages i. H. von 2.250 € durch die Haftpflichtversicherung des Bekl. einen restlichen Anspruch i. H. von 91,87 € wegen auf ihre Behinderung zurückzuführender Mehrkosten für den Betrieb und die Unterhaltung eines Fahrzeugs geltend. [...] Die Bekl. hat verschiedene Rechnungspositionen bestritten oder die [Un]angemessenheit der Forderungen eingewandt. Streitgegenständlich sind u. a. Fahrten des Vaters der Kl. zur TÜV-Hauptuntersuchung und zur Inspektion (je 50 €) sowie um Autopflege durch den Vater der Kl. (75 €).

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil der geltend gemachte Aufwand übersetzt sei, auch weil das Fahrzeug nicht nur für die Kl. benutzt werde.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. ihr erstinstanzliches Klageziel weiter.

Die Berufung hat insoweit keinen Erfolg. Ein angemessener Ausgleich für solche Tätigkeiten ist bereits mit dem vergüteten Zeitaufwand für „Organisatorisches“ ausgeglichen.

7. Klageforderung für die Unterhaltungs-Mehrkosten 2004 für die Einliegerwohnung der Kl.

Die Kl. begehrt die Zahlung von 720 € für Mehrkosten, die ihr nach ihrem Vortrag daraus entstehen, dass ihre Wohnung (60 qm) infolge ihrer Behinderung größer sein müsse, als dies ansonsten angemessen sei. Es bestehe ein aus ihrer Behinderung folgender Flächenmehrbedarf. Gewöhnlich lebe eine Studentin allenfalls auf 20 bis 25 qm. Sie begehrt deshalb die Zahlung von 40 (qm) × 1,5 € (Mehrbedarf) × 12 Monate = 720 €.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil es sich nicht um eine unübliche Größe der Wohnung handle.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. das erstinstanzliche Klageziel weiter.

Die Berufung hat insoweit aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung keinen Erfolg. Es gibt keinen Erfahrungssatz, wonach 19-jährige Schüler oder Studenten nicht über eine Wohnfläche von 60 qm verfügen.

8. Klageforderung für den Aufwand des Vaters der Kl. als ihr Betreuer im Jahr 2004

Die Kl. macht insoweit einen jährlichen Aufwand von 286 Stunden × 10,23 € = 2.925,78 € geltend.

Das LG hat die Klage abgewiesen, weil dieser Aufwand unter „Organisatorisches“ bereits berücksichtigt sei.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Kl. das erstinstanzliche Klageziel weiter.

Auch insoweit hat die Berufung keinen Erfolg. Die Betreuung erfolgt nach §§ 1908 i, 1836 Abs. 1 BGB unentgeltlich. Soweit die Kl. die Ansicht vertritt, vorliegend gelte wegen des besonders großen Aufwandes ihres Vaters nach § 1836 Abs. 2 BGB anderes, verkennt sie, dass der Vergütungsanspruch des ehrenamtlichen Betreuers erst mit dem Beschl. des Vormundschaftsgerichts nach § 1836 Abs. 2 BGB begründet wird; der Beschl. hat insoweit konstitutive Wirkung. Dass ein solcher Beschl. des Vormundschaftsgerichts ergangen sei, trägt die Kl. nicht vor.

III. Insgesamt ergibt sich damit ein weitergehender Anspruch der Kl. i. H. von 1.074,20 € + 879,86 € + 634,26 € + 9.395,45 € + 300 € = 12.283,77 €.

## Begriff der verjährungshemmenden Verhandlungen

BGB §§ 203, 204 Abs. 1 Nr. 14, 1629 Abs. 1; BGB a. F. §§ 195, 852 Abs. 1; EGBGB Art. 229 § 6

**Verhandlungen müssen zwischen Schuldner und Gläubiger geführt werden. Wird mit einem Dritten verhandelt, liegen Verhandlungen i. S. des Verjährungsrechts nur dann vor, wenn der Dritte eine Verhandlungsvollmacht für den Gläubiger oder den Schuldner hat. (Leitsatz des Bearbeiters)**

LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 28. 8. 2008 – 4 O 3675/07

**Problemstellung:** In dem vom LG Nürnberg-Fürth entschiedenen Arzthaftungsfall greifen das Recht der elterlichen Sorge und das Verjährungsrecht ineinander. Die Parteien des Prozesses hatten sich vorgerichtlich nach jahrelangen Verhandlungen auf die Einholung eines anästhesiologischen Gutachtens zur endgültigen Streitbeilegung verständigt, welches einen Behandlungsfehler verneint hat. Die später dennoch erhobene Klage war nach Ansicht des beklagten Krankenhauses wegen der getroffenen Gutachtensvereinbarung bereits unzulässig. Hiergegen hat die Klägerin eingewandt, die Gutachtensvereinbarung könne sie nicht binden, denn der sie vertretende Rechtsanwalt habe tatsächlich kein Mandat gehabt, weil dessen Mandatierung entgegen § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB nicht mit ihrer Mutter abgesprochen war. Das LG hat diese sorgerechtlige Argumentation auf das Verjährungsrecht übertragen und gemeint, dass dann auch keine verjährungshemmenden Verhandlungen zwischen den Parteien geführt worden seien.

Diese Ansicht ist im Ergebnis zutreffend, denn § 203 S. 1 BGB verlangt nach seinem Wortlaut Verhandlungen „zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger“. Deshalb können Verhandlungen mit einem Dritten nur dann die Verjährung des Anspruchs hemmen, so das LG Nürnberg-Fürth unter Verweis auf die Kommentarliteratur, wenn dem Dritten eine Verhandlungsvollmacht erteilt wurde. Zu dieser Frage gibt es noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Soweit ersichtlich hat bislang nur das OLG Rostock die Hemmungswirkung von Ver-