

## RECHTSPRECHUNG

<https://doi.org/10.1007/s00350-018-4988-7>

### Höhe der von Familienangehörigen abzugelenden Pflegeleistungen

BGB §§ 843, 253

1. Der Stundenlohn für die Pflege eines schwerstbehinderten Kindes durch einen Familienangehörigen ist unter Berücksichtigung eines Nacht- bzw. Wochenendzuschlags für den Zeitraum von 2003 bis 2010 mit durchschnittlich 10,-€ festzusetzen.

2. Das liegt zwar unter der tarifmäßigen Entlohnung im öffentlichen Dienst, entspricht aber für diesen Zeitraum den Marktverhältnissen in Berlin.

3. Der Umstand, dass die das Kind betreuende Großmutter ihre berufliche Erwerbstätigkeit aufgibt und damit auf ein höheres Erwerbseinkommen verzichtet, führt nicht zum Ansatz eines höheren Stundenlohns.

4. Da die schwerst Verletzte in der Nacht stündlich umgebettet werden muss, ist der volle Stundensatz inklusive Nachtzuschlag anzusetzen.

5. Bei Abzug von Pflegezeiten, in denen das Kind in der KITA oder Schule verbringt, ist zu berücksichtigen, dass das Kind in diesem Zeitraum pauschal an 20 Tagen krank ist und in dieser Zeit von Mutter und Großmutter gepflegt werden muss. (Leitsätze des Bearbeiters)

KG, Urt. v. 11. 12. 2017 – 20 U 19/14 (LG Berlin)

**Problemstellung:** Sofern es um Ersatzleistungen geht, die mit einem Kapitalbetrag abzugelent sind, wie das beim Schmerzensgeld oder den Kosten für rollstuhlgerechte Kleidung bzw. Windeln der Fall ist, bestehen für den Geschädigten kaum Darlegungsprobleme. Anders verhält es sich bei der Abgeltung des Arbeitskräfteeinsatzes und des dabei maßgeblichen Stundenlohns, namentlich, wenn die Dienstleistungen von Familienangehörigen erbracht werden. Das unentgeltliche Einspringen eines Familienangehörigen soll den Schädiger nicht entlasten; dessen Arbeitskräfteeinsatz ist marktkonform abzugelent. Dabei ist zu berücksichtigen, dass manche Verrichtungen kostengünstiger möglich sind, wenn nicht fremde Ersatzkräfte beschäftigt werden, sondern die betreffenden Dienstleistungen durch im Haushaltsverbund lebende Familienangehörige erbracht werden. In Abzug gebracht werden Sowieso-Kosten dafür, dass auch für die Betreuung eines gesunden Kindes ein gewisser Zeitaufwand erforderlich wäre, der freilich mit zunehmendem Alter des Kindes sinkt. Diese unstrittigen Stehsätze eröffnen einen beträchtlichen richterlichen Ermessensspielraum. Auszumachen ist das Bemühen um eine möglichst präzise Erfassung des anfallenden Zeitbedarfs sowie der erforderlichen Qualifikation der maßgeblichen Ersatzkraft für den Ansatz des Stundenlohns einerseits sowie einer Pauschalierung andererseits. Die Aufgabe einer höher dotierten Erwerbsfähigkeit durch eine Pflegekraft wird als ethisch wertvoll eingestuft, schadenersatzrechtlich aber als unbeachtlich qualifiziert. Das ist freilich nur dann zutreffend, wenn es sich insoweit lediglich um einen nicht ersatzfähigen Drittschaden handelt. Es findet sich der Hinweis, dass dieser

Bewertungsansatz für die Jahre 2003 bis 2010 künftig nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Bereitschaftszeiten in der Nacht werden mit dem vollen Entgelt angesetzt, weil einerseits ein stündliches Umbetten geboten war, andererseits die Zeiten dazwischen keinen wirklich erholsamen Schlaf bescheren. Das entspricht einer realistischen Einschätzung.

Christian Huber

**Zum Sachverhalt:** Die Mutter der Kl. entband [...] am 19. 6. 2001 [...] Zwillinge – die Kl. und ihre Schwester. Im Gegensatz zu der gesunden Schwester wurden bei der Kl. neben Extremitätenfehlstellungen (Klumpfuß rechts, Hakenfuß links) eine respiratorische Adaptionsstörung, initiale Hypoglykämie und bronchopulmonale Dysplasie sowie gering ausgeprägte Kontrakturen am rechten Arm diagnostiziert.

In der Folgezeit befand sich die Kl. wegen einer rezidivierenden obstruktiven Bronchitis in laufender ärztlicher Behandlung.

Ende Januar 2002 traten bei der Kl. hohes Fieber und eine Verschlechterung der Atemsituation auf; der Zustand der Kl. verschlechterte sich so sehr, dass sie schließlich am Nachmittag des 29. 1. 2002 auf Überweisung der Fachärztin für Kinderheilkunde [...], die zuvor ohne Erfolg eine Inhalation mit dem Medikament Salbutamol (Sultanol) durchgeführt hatte, was sie auf dem Überweisungsschein vermerkt hatte, in der Einrichtung der Bekl. aufgenommen wurde (Aufnahmediagnose: „Akute Bronchitis durch Mykoplasma pneumoniae“).

Während des Aufenthalts in der Einrichtung der Bekl. und der dortigen, sich sehr schwierig gestaltenden Behandlung – u. a. mit einer Inhalation mit Sultanol – kam es zu Komplikationen (Herz-Kreislauf-Stillstand am 29. 1. 2002 während der Inhalation, Krampfanfälle, Hirnödem am 30. 1. 2002. Es kam auch zu Darmblutungen, die nach Verlegung am 5. 2. 2002 auf die Kinderintensivstation des V.-Klinikums [...] erfolgreich gestillt und therapiert werden konnten.

Am 26. 3. 2002 wurde die Kl. nach Hause entlassen.

Die Kl. ist seitdem mehrfach schwerstbehindert (u. a. schwerer Hirnschaden, cerebrale und fieberinduzierte Krampfanfälle, schwere Sehbehinderung, schwere Tetraspastik mit entsprechenden orthopädischen Folgen und Störungen bei der Nahrungsaufnahme, Inkontinenz, hochgradige Sprachbehinderung). Sie kann nur in einem Schrägbett bei etwa 30 Grad liegen und nur in einem Rollstuhl mit speziell gefertigter Sitzschale fortbewegt werden. Sie muss regelmäßig gewickelt, gewindelt und umgelagert werden und bedarf einer ständigen Fütterung und Überwachung zur Nahrungsaufnahme. Die Kl. hat einen Grad der Behinderung von 100% und die Merkzeichen „H“ (hilflose Person), „aG“ (außergewöhnliche Gehbehinderung), „B“ (auf ständige Begleitung angewiesen) und „T“ (Telebus berechtigt).

Seit 2008 besucht die Kl. von montags bis freitags von 7.30 Uhr bis 13.30 Uhr eine Schule für Sehbehinderte, ein Schulhelfer übernimmt dort die erforderlichen Pflegeleistungen (Füttern, Lagern, Ausziehen, Wickeln etc.).

Die Kl. hat vorgetragen, die in der Einrichtung der Bekl. in der Zeit vom 29. 1. 2002 bis 5. 2. 2002 durchgeführte Behandlung sei in verschiedener Hinsicht fehlerhaft erfolgt. Aufgrund dieser Behandlungs- und Befunderhebungsfehler sei es zu einem unzureichend behandelten Herz-Kreislauf-Stillstand und einem damit verbundenen hypoxisch-ischämischen Geschehen (Sauerstoffunterversorgung) gekommen. Ihr jetziger Zustand sei auf das hypoxisch-ischämische Geschehen im Zusammenhang mit dem Herz-Kreislaufstillstand am 29. 1. 2002 zurückzuführen. Bei standardgerechter Behandlung wären die Gesundheitsschäden ganz oder teilweise vermieden worden oder wären jedenfalls weniger schwer ausgefallen. Die bei der Geburt vorhandenen Kontrakturen hätten erfolgreich behandelt werden können, die durch die Frühgeburtlichkeit aufgetretenen pulmonalen Beschwerden hätten sich im Kindesalter gegeben.

Es seien bei einem Pflege- und Betreuungsaufwand von 24 Stunden täglich und unter Berücksichtigung eines Pflegekostensatzes von 10,00 EUR und des erhaltenen Pflegegeldes bis einschließlich Juni 2010 (gegenüber der Pflege eines altersentsprechenden Kindes erhöhte) Pflegekosten in Höhe von 450.417,60 EUR inkl. Zinsen durch die Pflege der Mutter der Kl. [...] entstanden.

Eingesandt den Mitgliedern des 20. Zivilsenats des KG, Berlin; bearbeitet von Prof. Dr. iur. Christian Huber, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht, RWTH Aachen, Templergraben 55, 52056 Aachen, Deutschland

Weitere 263.494,82 EUR [...] seien durch die Pflegeleistungen der Großmutter der Kl. [...] entstanden. Hier sei ein Pflegestundensatz von 19,29 EUR anzusetzen, da diese ihre vorherige – entsprechend vergütete – Erwerbstätigkeit aufgegeben habe.

Die K. hat klageweise verlangt

- Mindestens 500.000,00 EUR Schmerzensgeld
- 720.879,17 EUR Schadensersatz, davon für rollstuhlgerechte Kleidung 431,40 EUR
- Kosten durch Inkontinenz 6.535,35 EUR
- Pflegeleistungen der Mutter (3/02–6/10) 450.417,60 EUR
- Pflegeleistungen der Großmutter (3/02–6/10) 263.494,82 EUR
- Feststellung der Schadensersatzverpflichtung für materielle und immaterielle Schäden

[...]

Das LG hat die Bekl. verurteilt, an die Kl. 500.000,00 EUR Schmerzensgeld und 6.966,75 EUR Schadensersatz (Kosten für Rollstuhlkleidung und durch die Inkontinenz verursachte Kosten) zu zahlen und die begehrte Feststellung getroffen [...]. Hinsichtlich des weitergehenden Schadenersatzanspruchs für Mehrbedarfsaufwendungen für Pflegeleistungen hat das LG die Klage abgewiesen, da die Kosten nicht ausreichend dargelegt worden seien und es auch keine ausreichende Grundlage für eine Schadensschätzung gebe.

[...]

Gegen das Ur. des LG haben beide Parteien Berufung im Umfang ihrer jeweiligen Beschwer eingelegt.

Die Kl. trägt vor:

[...]

2. Das LG habe zu Unrecht wegen angeblich unzureichender Angaben von der Einholung eines Pflegegutachtens abgesehen.

Für den Zeitraum März 2002 bis einschließlich Juni 2010 stehe ihr unter Berücksichtigung einer notwendigen 24-stündigen Pflege an 365 Tagen im Jahr abzüglich von Kinderbetreuungs- bzw. Schulzeiten und Sowie-so-Kosten für ein gleichaltriges nicht geschädigtes Kind und unter Zugrundelegung eines Stundensatzes von 14,00 EUR netto für Mutter und Großmutter und unter Abzug des erhaltenen Pflegegeldes insgesamt ein Pflegemehrbedarf von 852.091,00 EUR zu. [...]

Zur Berufung der Bekl.:

[...]

Die Kl. hat zunächst [...] hinsichtlich des Pflegemehraufwandes beantragt, die Bekl. unter Abänderung des Ur. des LG zur Zahlung von 713.912,42 EUR nebst Zinsen zur verurteilen.

Im Hinblick auf die zur beliebigen Verrechnung erfolgte Zahlung der Bekl. in Höhe von 500.000,00 EUR am 12.8.2016 hat die Kl. in der mündlichen Verhandlung am 23.2.2017 den Rechtsstreit hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Mit Schriftsatz v. 5.5.2017 [...] hat die Kl. die Klage hinsichtlich des Pflegemehraufwandes für die Zeit von März 2002 bis Juni 2010 unter Berücksichtigung der Feststellungen des Sachverständigen K erweitert und beantragt zuletzt,

[...] die Bekl. zu verurteilen,

[...]

an die Kl. weitere 852.091,00 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 1.1.2009, hilfsweise seit dem 9.7.2009 und weiter hilfsweise ab dem 15.8.2009 zu zahlen (materieller Schadensersatz),

[...]

Die Bekl. trägt vor:

[...]

3. Das Schmerzensgeld in Höhe von 500.000,00 EUR sei über- setzt, auch wenn es sich um einen sehr tragischen Fall handele. Auch angesichts der noch vorhandenen intellektuellen Fähigkeiten sei allenfalls ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von etwa 300.000 EUR angemessen.

[...]

**Aus den Gründen:** II. A. Die Berufung der Kl. hat überwiegend Erfolg. Die Berufung der Bekl., mit welcher sich diese gegen eine Haftung dem Grunde nach und gegen die Höhe des vom LG zuerkannten Schmerzensgeldes wendet, ist hingegen unbegründet.

Die Klage ist [...] gemäß §§ 280, 823 Abs. 1, 253 Abs. 2 und § 843 Abs. 1 BGB begründet. Insbesondere war der Kl. – anders als in dem angefochtenen Ur. geschehen – der [...] Betrag von 599.400,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.7.2009 für Mehrbedarfsaufwendungen für ihre Pflege in dem Zeit-

raum März 2002 bis einschließlich Juni 2010 zuzusprechen. Eine Klageabweisung war nur wegen eines Teils des geltend gemachten Pflegemehraufwandes [...] geboten.

1. (Grober) Behandlungsfehler

a. Das LG hat es zu Recht und aus zutreffenden Gründen [...] als erwiesen angesehen, dass die Kl. im Hause der Bekl. fehlerhaft versorgt worden ist (Befunderhebungsfehler), weil es unterlassen wurde, bereits bei Aufnahme der Kl. in die Einrichtung der Bekl. eine akute Zustandsdiagnostik mittels Blutgasanalyse, Monitoring von Herzfrequenz und Atmung oder zumindest durch Messung der Sauerstoffsättigung in die Wege zu leiten. [...]

b. Das LG ist unter Zugrundelegung der gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Dr. S. zu Recht und aus zutreffenden Gründen [...] zu der Auffassung gelangt, dass der Bekl. sogar ein grober Behandlungsfehler zur Last zu legen ist [...].

[...]

2. Kausalität

Die Kl. ist durch die grob fehlerhafte Behandlung der Bekl. in ihrer Gesundheit beschädigt worden. Das LG ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass der bei der Kl. eingetretene Herzkreislaufstillstand kausal durch das unterlassene Monitoring bei Aufnahme der Kl. und die kontraindizierte Durchführung der Inhalationstherapie mit Sultanol verursacht wurde und die mit dem Herzstillstand einhergehende Sauerstoffunterversorgung des Hirns zu dem bei der Kl. vorliegenden Hirnschaden mit der Folge der rechtsbetonten spastischen Tetraplexie, Mikrozephalie, passageren Krampfanfälle und geistigen und sprachlichen Behinderung der Kl. führte.

Der wegen des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers beweisbelasteten Bekl. ist hingegen nicht der Beweis gelungen, dass der Hirnschaden und die damit einhergehenden Behinderungen schicksalhaft oder aufgrund der durch die Frühgeburtlichkeit beeinträchtigten Gesundheit eingetreten und nicht auf die grob fehlerhafte Behandlung in der Einrichtung der Bekl. zurückzuführen sind.

[...]

5. Hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung in Höhe von 500.000,00 EUR ist festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

[...]

7. Schadensersatz (rollstuhlgerechte Kleidung und Versorgung der Inkontinenz)

Der Kl. steht ein Anspruch auf Schadensersatz nach den §§ 280, 823 Abs. 1 BGB in Höhe von 6.966,75 EUR für die durch den Kauf rollstuhlgerechter Kleidung und Windeln verursachten Kosten zu. [...]

8. Mehraufwand für Pflege- und Betreuung

Der Kl. steht für den Zeitraum vom 27.3.2002 (Entlassung aus der stationären Behandlung am 26.3.2002) bis einschließlich Juni 2010 ein Betrag in Höhe von 599.400,00 EUR für verletzungsbedingte Pflege- und Betreuungsleistungen durch die Mutter der Kl. und die Großmutter der Kl. mütterlicherseits nach § 843 Abs. 1 BGB zu.

a. Nach st. Rspr. des BGH seit dem Ur. des BGH vom 8.11.1977 – VI ZR 117/15 –, VersR 1978, 14), der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. Ur. v. 16.2.2015 – 20 U 34/14), sind unentgeltliche Pflegeleistungen durch Familienangehörige „marktgerecht“ zu bewerten (Hervorhebungen durch den hier entscheidenden Senat):

„Richtig ist auch der Ausgangspunkt des Berufungsgeschichts, daß sich der Pflegebedarf des W. nach den Dispositionen bestimmt, die ein verständiger Geschädigter in einer besonderen Lage getroffen hätte (vgl. BGHZ 54, 82, 85; Senatsurt. v. 11.11.1969 – VI ZR 91/68 –, = VersR 1970, 129, 130). Kommen zum Ausgleich der Pflegebedürftigkeit eines Paraplegikers verschiedene Möglichkeiten mit unterschiedlichem Kostenaufwand in Betracht (z.B. Einstellung einer fremden Pflegekraft, Unterbrin-

gung in einem Pflegeheim oder Versorgung durch einen Familienangehörigen – auch für die nach der RVO gewährte Pflege sieht § 558 diese verschiedenen Möglichkeiten der Hilfeleistung vor), so bestimmt sich die Höhe des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse nicht etwa stets nach der aufwendigsten Möglichkeit, sondern danach, wie der Bedarf in der vom Geschädigten zumutbarerweise gewählten Lebensgestaltung tatsächlich anfällt. Dieser Gesichtspunkt wurde schon für die Bemessung der Ersatzansprüche der Hinterbliebenen aus § 844 Abs. 2 BGB wegen Verlust des Rechts auf Unterhalt anerkannt (s. Senatsurt. v. 13. 7. 1971 – VI ZR 260/69 – = VersR 1971, 1045 = FamRZ 1971, 571). Er gilt sinngemäß auch für Ansprüche aus § 843 BGB. Wählt der Verletzte die Versorgung durch einen Familienangehörigen, so ist dessen zusätzliche Mühewaltung angemessen auszugleichen (Senatsurt. v. 3. 7. 1973 – VI ZR 60/72 – = VersR 1973, 1067, 1068 = FamRZ 1973, 588, 589).

b. Marktangemessen ist insoweit nach der st. Rspr. des BGH ungeachtet der Qualifikation der die Pflege erbringenden Angehörigen, der Nettolohn einer entsprechend qualifizierten Fachkraft (Urt. v. 10. 11. 1998 – VI ZR 354/97 – = VersR 1999, 252) (Hervorhebungen durch den hier entscheidenden Senat):

„Auszugehen ist davon – was auch die Revision nicht in Frage stellt –, dass der Schädiger gemäß § 843 Abs. 1, 2. Alternative BGB (und damit vorliegend im Hinblick auf § 3 PflVG die Bekl. als einstandspflichtige Haftpflichtversicherung) verpflichtet ist, einem Geschädigten im Rahmen des Ersatzes der vermehrten Bedürfnisse auch die ihm gegenüber unentgeltlich erbrachte Pfl egetätigkeit (hier die Dienste der Mutter der Melanie H. für ihre Tochter) angemessen abzugelten (vgl. hierzu Senatsurt. BGHZ 106, 28, 30 m. w. N.). Die Höhe des insoweit zu ersetzenden Schadens hat sich nach den bisherigen Überlegungen in der Rechtsprechung grundsätzlich am Nettolohn einer vergleichbaren entgeltlich eingesetzten Hilfskraft auszurichten (st. Rspr., vgl. z. B. Senatsurt. v. 10. 10. 1989 – VI ZR 247/88 –, VersR 1989, 1273, 1274 m. w. N.). Dies fand seine Rechtfertigung im Wesentlichen darin, dass eine Steuer- und Sozialversicherungspflicht bei unentgeltlich tätigen Familienangehörigen in rechtlicher Hinsicht bisher gerade nicht bestanden hat (vgl. Senatsurt. v. 24. 4. 1990 – VI ZR 183/89 – = VersR 1990, 907) ...“

c. aa. Der Senat geht unter Bezugnahme auf seine Entscheidung in einem gleichgelagerten Fall, in welchem die schwerstbehinderte Kl. durch Familienangehörige 24 Stunden täglich gepflegt wurde (Urt. v. 16. 2. 2015 – 20 U 34/14) und in welchem die sachverständige Beratung ebenfalls durch den Sachverständigen K. stattfand, von einem Stundensatz von 10,00 EUR netto aus.

Der Senat hat in der genannten Entscheidung zur Frage des marktangemessenen Nettolohnes (streitgegenständlich war dort der Zeitraum 2003 bis 2013, wobei sich dort ab 2013 der Stundenlohn wegen dann notwendiger intensivmedizinischer Pflege erhöhte) ausgeführt:

„Die vom LG im Wege der Schätzung eingesetzten Zahlen [...] entsprechen im wesentlichen dieser Vorgabe. Das LG bildet unter Einsatz des in Berlin erzielten Nettolohns einer entsprechenden Fachkraft nach den Angaben des Pflegegutachters und in Unterscheidung zwischen „Nacht- pflegezeiten“ (brutto 14,40 € bis 2010 und „Tagpflegezeiten“ (brutto 12 € bis 2010, 16 € ab 2010) als Mittelwert einen zutreffenden Multiplikator. Dabei wird der im lg. Urt. nicht genannte Rechenweg zur Ermittlung des Multiplikators zum besseren Verständnis der Parteien hier dargestellt.

250 (Werktage) × 15 h × 12,00 € = 45.000 €

250 (Werktage) × 9 h × 14,40 € = 32.400 €

113 (Wochenend- u. Feiertage) × 24 h × 14,40 € = 39.052,80 €

macht insgesamt: 116.452,80 € im Jahr

das geteilt durch 363 (250 Werktage plus 113 WE/Feiertage) ergibt 320,81 € am Tag

das auf 24 h verteilt gibt 13,36 €/h brutto, davon 30 % ab: 9,36 €

Diesen Betrag unter besonderer Berücksichtigung der Nachtstunden, die die Familie im Wesentlichen abfedert, auf 10,00 € zu runden, ist aus Rechtsgründen nicht anzugreifen.

c. Entgegen der Ansicht der Kl. muss jedoch nicht der Tariflohn für den öffentlichen Dienst in Berlin angesetzt werden, sondern die marktgerecht gezahlten Preise. Diese liegen nach den Ausführungen des Sachverständigen unter dem Tarifsatz, was auch nachvollziehbar ist, da der Großteil der Pflegekräfte nicht tarifgebunden sein dürfte.

Zudem fallen auch nicht Überstunden etc. an, denn eine externe Kraft würde nicht 24 h arbeiten, sondern die Arbeit würde sich auf mehrere externe Köpfe aufteilen, die dann ohne Überstunden arbeiten würden.

Es ist auch nicht auf den Stundensatz des externen Pflegebetriebs anzusetzen, weil dieser (als der Arbeitgeber der einzelnen Pflegekraft) in seiner Stundensatzkalkulation noch ganz andere Kosten zu berücksichtigen hat.“

Wie den oben zitierten Ausführungen zu entnehmen ist, ist damit auch dem Umstand, dass die Kl. auch nachts, sonn- und feiertags pflegebedürftig ist, Rechnung getragen worden.

Soweit der Sachverständige K. in seinem Gutachten auf die angesichts der derzeitigen Marktsituation für Pflegefachkräfte günstigen Verhandlungsposition hinweist, führt dieses jedenfalls für den hier streitgegenständlichen Zeitraum noch nicht zu der Annahme eines höheren marktangemessenen Nettolohnes. Erst in unmittelbarer Vergangenheit hat sich im öffentlichen Bewusstsein vor allem auch im Bereich der Altenpflege die Erkenntnis durchgesetzt, dass es in Deutschland schon jetzt große Probleme gibt, die sich in Zukunft wegen des zu erwartenden Anwachsens des pflegebedürftigen Personenkreises verstärken werden, ausreichend qualifiziertes Pflegepersonal zu finden, da diese belastende und anstrengende Tätigkeit in der Regel nicht entsprechend adäquat vergütet wird.

Der Stundensatz von 10,00 EUR ist im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats für jegliche die Versorgung der Kl. betreffende Tätigkeit zugrunde zulegen. Unter Berücksichtigung der sich aus den Feststellungen des Sachverständigen K. aus dem Gutachten vom 30. 3. 2016 ergebenden notwendigen Intensität der Betreuung, die durch den [...] dargestellten Tagesablauf veranschaulicht wird, und des Umstandes, dass auch „einfache“ Verrichtungen wie etwa Füttern durch die Neigung der Kl. zum Verschlucken wegen der Überproduktion von Mundspeichel [...] erschwert werden und die zusätzlichen Schwierigkeiten, die durch spastische Tetraparesen und die Rumpfinstabilität [...] verursacht werden, verbietet sich eine Differenzierung zwischen den einzelnen Tätigkeiten nach Schweregrad.

bb. Der Umstand, dass die Kl. seit Oktober 2006 ebenfalls betreuende Großmutter mütterlicherseits im Hinblick auf die Betreuung der Kl. ihre bis dahin ausgeübte Erwerbstätigkeit reduziert hat, bei welcher sie einen Nettoverdienst von 19,29 EUR pro Stunde erzielte, rechtfertigt auch nicht den von der Kl. in der Berechnungen [...] „Kompromiss“ zugrunde gelegten Stundensatz von 14,00 EUR.

Dieses würde der soeben dargestellten Rtspr. des BGH widersprechen. Denn danach bestimmt sich die Höhe des Anspruchs wegen vermehrter Bedürfnisse zum Einen nach dem tatsächlich anfallenden Bedarf, der bei unentgeltlich pflegenden Angehörigen grundsätzlich am Nettolohn einer vergleichbaren entgeltlich eingesetzten Hilfskraft auszurichten ist, d. h. es wird nur der Betrag erstattet, der ansonsten einer professionellen Pflegekraft zu zahlen gewesen wäre.

Ferner ist die jetzige finanzielle Schlechterstellung der Großmutter der Kl. keine der Bekl. Schädigerin zuzurechnende Folge, sondern beruht auf der – ethisch sehr hoch zu schätzenden – aber letztlich freiwilligen und selbstbestimmten Entscheidung der Großmutter der Kl., ihre Arbeitskraft für die Pflege und Betreuung der Kl. statt in ihrem bisherigen Beruf einzusetzen und damit auch ihre Tochter, die Mutter der Kl., bei der Pflege und Betreuung zu unterstützen.

Der denkbare Einwand, dass die Großmutter der Kl. einer aus ihrer Sicht bestehenden moralischen Verpflichtung nachgekommen ist, ist bei der Bemessung des Schadensersatzes nach §843 Abs. 1 BGB nicht von Bedeutung, denn die Bekl. als Schädigerin muss nur für die ihr zuzurechnenden Schäden aufkommen, aber nicht für finanzielle Folgen von Entscheidungen, die Angehörige aus menschlicher Verbundenheit zum Geschädigten treffen, zu denen sie aber juristisch nicht verpflichtet sind. Eine ausnahmsweise Einbeziehung des Verdienstausfalls des pflegenden Angehörigen, wie sie z.B. vom OLG Bamberg, 28.6.2005 – 5 U 23/05 –, VersR 2005, 1593 vorgenommen wurde, ist hier nicht erforderlich, da – anders als dort – nicht erkennbar der Kl. kaum anders als durch die Arbeitsaufgabe des Angehörigen zu helfen war (im Fall des OLG Bamberg waren andere Versuche gescheitert).

d. aa. Entsprechend den eindeutigen und von keiner der Parteien substantiell angegriffenen Feststellungen des Pflegegutachtens des Sachverständigen K. bedarf die Kl. im wachen Zustand der ständigen Betreuung, d.h. der ständigen Anwesenheit mindestens einer Person und der Hilfe bei allen alltäglichen Verrichtungen.

bb. Der Senat geht auch von einem Betreuungsbedarf während der Schlafenszeiten der Kl. aus.

Auch in dieser Zeit ist die Anwesenheit einer Betreuungsperson erforderlich, weil die Kl. stündlich gewendet und neu gelagert werden muss, was wegen der „ausgeprägten Kontraktionen der Extremitäten, dem wechselnden Muskeltonus von Hypo- zu Hypertonie und der Hypersalivation (starker Mundspeichelfluss) wegen der erforderlichen Unterpolsterung der Extremitäten sowie der Starre in den Gelenken, zeitaufwendig und anspruchsvoll ist“ [...]. Hinzu kommt, dass die Kl., deren Lungenfunktion durch die Asthmaerkrankung eingeschränkt ist, unter Schluckstörungen leidet; bei gestörter Mundmotorik kommt es häufig zum Verschlucken auch von Mundspeichel. Die stark eingeschränkte Funktion der Bauchmuskulatur erfordert – auch und insbesondere in der Nacht – die Unterstützung beim Abhusten durch eine Hilfsperson [...].

Auch wenn es zwischen den stündlichen Umlagerungen und den erforderlichen Hilfestellungen beim Abhusten zu „Leerzeiten“ kommt, ist bei lebensnaher Betrachtung von einem durchgehenden Betreuungsbedarf auszugehen. Die anwesende Person muss auch während der Schlafenszeiten der Kl. die ganze Zeit in Bereitschaft sein. Der unter Umständen der Pflegeperson in den kurzen Intervallen mögliche Schlaf hat keinen nennenswerten Erholungscharakter und dürfte wegen der ständigen Unterbrechungen eher die Erschöpfung vergrößern.

Die Annahme eines Betreuungsbedarfs der Kl. auch während der Schlafenszeiten führt dazu, dass es auf die Diskussion der Parteien über die Schlafbedürfnisse von Kindern in den verschiedenen Lebensaltersstufen nicht ankommt.

e. Der „Sowieso“-Abzug (= für die Betreuung eines gleichaltrigen gesunden Kindes anfallende Zeiten) kann nur von der Grundpflege gemacht werden, die aus den Bereichen Körperpflege, Ernährung und Mobilität innerhalb und außerhalb der Wohnung besteht (Pardey, Berechnung von Personenschäden, Rdnr. 1894). Für diesen Zeitraum ist ein Stundentarif für Grundpflegeleistungen, d.h. „ungelernte“ Tätigkeiten, vom Behandlungspflegesatz abzuziehen.

Im Einzelnen: Fallen wie hier 24 Stunden Behandlungspflege an, würden im Falle eines Sowieso-Abzuges von z.B.

2 Stunden 22 Stunden vergütet mit dem Multiplikator-Satz des Behandlungspflegesatzes (10 EUR) und weitere 2 Stunden mit dem Multiplikator-Satz abzgl. des Multiplikator-Satzes für die Grundpflege (netto 5 EUR), [...] UrT. des Senats vom 16.2.2015 – 20 U 34/14).

Unter Zugrundelegung der Angaben des Sachverständigen K. zum Pflegeaufwand für ein gesundes Kind, die auf- und abgerundet werden, da die angegebenen, minutengenau berechneten Durchschnittswerte nach Lebensjahren und im Hinblick auf das Geburtsdatum der Kl. am 19.6.2001 berechneten Mittelwerts für die einzelnen Jahre, bei lebensnaher Betrachtung auch nur eine scheinbare Genauigkeit widerspiegeln, werden folgende Sowieso-Zeiten zugrunde gelegt [...]:

3/2002–12/2002	4 Stunden/Tag
1/2003–12/2003	3 Stunden/Tag
1/2004–12/2004	3 Stunden/Tag
1/2005–12/2005	2 Stunden/Tag
1/2006–12/2006	1 Stunde/Tag
1/2007–12/2007	1 Stunde/Tag

f. Fremdbetreuung

Ab September 2005 fand eine Fremdbetreuung durch Kita/Schule statt, die mit 6 Stunden täglich an 5 Tagen die Woche zu berücksichtigen ist.

Unter Berücksichtigung von Ferienzeiten in Höhe von rund 12 Wochen jährlich ergeben sich 40 (Schul-)Wochen pro Jahr, was 200 Fremdbetreuungstagen entspricht. Soweit die Kl. hiervon einen weiteren Abzug von pauschal 20 Tagen wegen Erkrankungen der Kl., die diese am Schul- bzw. Kitabesuch gehindert haben, so dass die Pflege und Betreuung dann wieder ganztägig von den Angehörigen zu leisten ist, geltend macht, ist dieses nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung eigener Lebenserfahrung durchaus realistisch und wird daher nach §287 ZPO bei der Schadensberechnung zugrunde gelegt, so dass sich jährlich 180 Tage Fremdbetreuung ergeben [...].

g. Das an die Kl. bzw. die Mutter gezahlte Pflegegeld ist in der angegebenen Höhe in Abzug zu bringen.

Das pauschale Bestreiten der Bekl. ist unsubstantiiert, da sie die Richtigkeit der von der Kl. in Abzug gebrachten Beträge nach SGB XI überprüfen kann.

h. Unter Zugrundelegung der von der Kl. mit dem klageweiternden Schriftsatz vom 5.5.2017 nunmehr vorgenommenen Neuberechnung [...] ergibt sich:

27.3.2002 bis 31.12.2002		
280 Tage × 20h á 10,00 EUR		56.000,00 EUR
280 Tage × 4h á 5,00 EUR		5.600,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.		
abzüglich Pflegegeld:		0 EUR
		61.600,00 EUR
2003		
365 Tage × 21h á 10,00 EUR		76.650,00 EUR
365 Tage × 3h á 5,00 EUR		5.475,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.		
abzüglich Pflegegeld		3.690,00 EUR
		78.435,00 EUR
2004		
366 Tage × 21h á 10,00 EUR		76.860,00 EUR
366 Tage × 3h á 5,00 EUR		5.490,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.		
abzüglich Pflegegeld		4.920,00 EUR
		77.430,00 EUR
2005		
365 Tage × 22h á 10,00 EUR		80.300,00 EUR
365 Tage × 2h á 5,00 EUR		3.650,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Kita:		4.050,00 EUR
15 Wochen × 5 = 75 Tage × 6h á 10 EUR		4.500,00 EUR
krankheitsbedingt reduziert um 10% (450,00 EUR)		
abzüglich Pflegegeld		4.920,00 EUR
		74.980,00 EUR

2006	
365 Tage × 23h á 10,00 EUR	83.950,00 EUR
365 Tage × 1h á 5,00 EUR	1.825,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Kita:	10.800,00 EUR
180 Tage × 6h á 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	6.705,00 EUR
	68.270,00 EUR
2007	
365 Tage × 23h á 10,00 EUR	83.950,00 EUR
365 Tage × 1h á 5,00 EUR	1.825,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule:	10.800,00 EUR
180 Tage × 6h á 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	7.980,00 EUR
	66.995,00 EUR
2008	
366 Tage × 24h á 10,00 EUR	87.840,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule:	10.800,00 EUR
180 Tage × 6h á 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	8.100,00 EUR
	68.940,00 EUR
2009	
365 Tage × 24h á 10,00 EUR	87.600,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule:	10.800,00 EUR
180 Tage × 6h á 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	8.220,00 EUR
	68.580,00 EUR
1. 1. 2010 – 30. 6. 2010	
182 Tage × 24h á 10,00 EUR	43.680,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule:	5.400,00 EUR
90 Tage × 6h á 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	4.110,00 EUR
	34.170,00 EUR

[...]

B. Der Senat hat die Revision nicht zugelassen, weil keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären waren, sondern die Entscheidung auf einer Tatsachenwürdigung im Einzelfall beruht und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rspr. keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (vgl. § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

[...]

<https://doi.org/10.1007/s00350-018-4989-6>

## Anmerkung zu KG, Urt. v. 11. 12. 2017 – 20 U 19/14

Christian Huber

### I. Größenordnung des Ersatzes und Spannbreite

Wenn eine pflegebedürftige Person fast 600.000,-€ für ihre Betreuung für einen Zeitraum von etwas mehr als 8 Jahren erhält und dazu noch eine halbe Mio. € Schmerzensgeld, sollte sie „ausgesorgt“ haben. Irgendjemand (in concreto die Haftpflichtversicherung und deren Prämienzahler) muss das Geld ja auch aufbringen. Dass das zusätzliche Begehren von etwas mehr als 250.000,-€ abgewiesen worden ist, erscheint bei solch pauschaler Betrachtung mehr als verständlich. Die Problematik lässt sich freilich auch von der Gegenseite betrachten: Bei rund 80.000,-€ pro Jahr entfallen 220,-€ pro 24 Stunden-Tag oder eben ca. 10,-€ pro Stunde. Ist es realistisch, eine kompetente und vertrauenswürdige Person am Markt zu finden, die das Tag ein, Tag aus rund um die Uhr macht? Bei Anlegung realisti-

scher Maßstäbe kommen dabei Zweifel auf<sup>1</sup>. Nicht nur die Größenordnung des Ersatzes ist beträchtlich; auch, was der Schädiger dem Anspruchsteller angetan hat, ist an Schwere kaum zu überbieten. Dass im konkreten Prozess – das Urteil erging knapp 15 Jahre nach dem schädigenden Ereignis! – der Überhang des Begehrens gegenüber dem Zuspruch bloß ca. 40 % beträgt (852.000,-€: 600.000,-€), ist im Vergleich zu anderen Prozessen noch durchaus moderat. In der in Bezug genommenen Vorentscheidung des KG (16. 12. 2015, – 20 U 34/14) wurden 178.000,-€ zugesprochen, allerdings 981.000,-€ begehrt; der Überhang betrug somit mehr als 450 %. Letztere Entscheidungen sind keine Seltenheit<sup>2</sup>. Es muss verwundern, dass bei Feststehen der Haftung dem Grunde nach und dem Ausmaß des Pflegebedarfs derartige Oszillationen bei Erbringung von Pflegeleistungen durch Angehörige – mit einem Zuspruch meist zu Lasten des Anspruchstellers – zu beobachten sind. Das LG hatte sogar jegliches Begehren abgewiesen unter Hinweis auf die unzureichende Substanziierung des Begehrens; bei Erfordernis einer 24-Stunden-Betreuung liegt das nahe an der Rechtsbeugung.

### II. Die Stehsätze des BGH

In all diesen Fällen geht es um eine richterliche Schadensschätzung nach § 287 ZPO, bei der ein großes richterliches Ermessen gegeben ist. Die Vorgaben des BGH sind dabei so vage, dass viele Schadensschätzungen damit vereinbar und folglich revisionsrechtlich nicht angreifbar erscheinen. Fest steht der Ausgangspunkt, dass unentgeltliche oder Unterhaltsleistungen Dritter nach § 843 Abs. 4 BGB den Schädiger nicht entlasten dürfen. Aber was heißt das konkret? Die unentgeltliche Pflegeleistung ist „grundsätzlich marktgerecht“ zu bewerten<sup>3</sup>. Die zusätzliche Mühewaltung ist „angemessen auszugleichen“<sup>4</sup>. Zu beachten ist aber, dass „wegen der vorgegebenen Hausgemeinschaft die gelegentlichen Hilfen weniger belastend und zeitaufwendig sich gestalten, weil in einem häuslichen Bereich vielfach auch die Dienste einer altershalber im Erwerbsleben nicht mehr (voll) einsatzfähigen Hilfsperson genügen können, die sonst wenigstens im Regelfall nicht zur Verfügung stünden.“<sup>5</sup> Marktangemessen ist der Nettolohn einer entsprechend qualifizierten Fachkraft<sup>6</sup>. Werden Familienangehörige tätig, fallen bei diesen weder ESt noch Sozialversicherungsbeiträge an<sup>7</sup>.

### III. Die – auch mögliche – Umsetzung dieser Vorgaben bei der Ermittlung des konkreten Schadens

Die Adjektive „grundsätzlich“, „zusätzlich“ und „angemessen“ können leicht dazu führen, dass weniger zugesprochen wird als die geschuldete Einbuße. Maßgeblich ist der Nettolohn der entsprechend qualifizierten Ersatzkraft. Wird insoweit schlicht auf deren Stundenlohn abgestellt; oder ist maßgeblich, was eine solche Ersatzkraft kostet? Worin liegt der Unterschied – selbst bei Begrenzung auf den Nettolohn? Eine Ersatzkraft hat 5 Wochen Urlaub, konsumiert – je nach Bundesland unterschiedlich – mindestens 10 gesetzliche Feiertage<sup>8</sup> und ist pro Jahr zwischen 5 und 10 Tagen krank; womöglich kommt eine Freistellung für die Betreuung von

- 1) Instrukтив insoweit OGH 25. 11. 1992, – 2 Ob 60/92 –: Bei einer 24-Stunden-Pflege erforderlich Entgelt von 4 Krankenschwestern.
- 2) Dazu bereits Ch. Huber, Die Pflege eines Schwerstverletzten durch Angehörige – das Ringen um den „angemessenen marktconformen Ausgleich“, zugleich Besprechung von OLG Zweibrücken v. 13. 11. 2007 (Az. 5 U 62/06), MedR 2008, 712ff.
- 3) BGH 8. 11. 1977, – VI ZR 117/75 –, VersR 1978, 149.
- 4) BGH 3. 7. 1973, – VI ZR 60/72 –, VersR 1973, 1067.
- 5) BGH 8. 11. 1977, – VI ZR 117/75 –, VersR 1978, 149.
- 6) BGH 10. 11. 1998, – VI ZR 354/97 –, NJW 1999, 421.
- 7) BGH 24. 4. 1990, – VI ZR 183/89 –, VersR 1990, 907.
- 8) Im Rheinland sind es wegen des Karnevals deutlich mehr.

Familienangehörigen bei deren Krankheitsfall noch dazu. Häufig bezieht sie über die 12 Monatsgehälter hinaus ein zusätzliches Weihnachts- und Urlaubsgeld. Das führt über den Daumen gepeilt dazu, dass sie maximal 10 Monate – netto – arbeitet, aber 13 Monatsgehälter bezieht. Allein dieser Umstand führt dazu, dass die Kosten um ca 1/3 höher liegen. Das sind *Binsenweisheiten der Kostenrechnung*, die freilich bisher in die Rechtsprechung nicht Eingang gefunden haben, weil Grundkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre im Rahmen der juristischen Ausbildung – leider – nicht vermittelt werden.

Der Hinweis, dass „Dienste einer altershalber im Erwerbsleben nicht mehr (voll) einsatzfähigen Hilfsperson genügen“ trägt zusätzlich zu einer zu geringen Bewertung bei. Einerseits dürfte sich das Verhalten der Personen dieser Altersgruppe verändert haben, zusätzlich aber auch deren Wahrnehmung. Das Reservoir von Menschen, die im Beruf ausgemustert zu Hause herumsitzen und mit sich und ihrer Zeit nichts oder jedenfalls wenig anfangen können – eine womöglich romantisch verklärte Sichtweise aus dem bäuerlichen Bereich vergangener Jahrhunderte – dürfte heutzutage nicht mehr allzu groß sein. Die Silver-Age-Generation unserer Tage ist vital und unternehmungslustig. Wenn solche Personen sich um pflegebedürftige Personen kümmern, ist das für sie ein Verzicht auf ein sonst mit Freizeitaktivitäten erfülltes Leben. Der OGH hat für die Abgeltung von deren Arbeitskräfteeinsatz zunächst darauf abgestellt, ob durch die Pflege eines schwer Verletzten Outdoor-Aktivitäten vereitelt werden<sup>9</sup>, was m. E. eine anwaltliche Kreativitätsprämie darstellt<sup>10</sup> – wer fantasiereich vorträgt, erhält Ersatz, der durch einen unbedarften Anwalt vertretene Geschädigte bzw. dessen familiäre Pflegekraft geht leer aus. In der jüngsten Entscheidung<sup>11</sup> deutet der OGH an, dass er erwägt, von diesem restriktiven Ansatz abzurücken. Vor allem aber substituieren solche Angehörige eine ansonsten erforderlich werdende Marktleistung. Drauf kommt es an.

Das KG lehnt den Tarif des öffentlichen Dienstes ab, weil die meisten Pflegekräfte nicht tarifgebunden seien und in diesem Zeitraum (2003 bis 2010) die Marktverhältnisse in Berlin das Engagement einer entsprechenden Pflegekraft zu einem geringeren Stundenlohn ermöglicht hätten. Belegt wird das freilich nicht. Zuzugestehen ist, dass es Pflegekräfte geben mag, die zu dem vom KG angenommenen Stundenlohn beschäftigt sind. Aber würde der Verletzte zu diesem Entgelt auch eine oder mehrere solche Pflegepersonen für sein gesamtes Aufgabenspektrum finden? Der BGH<sup>12</sup> betont, dass der richterlichen Schätzung nicht die aufwendigste Art der Schadensbeseitigung zugrunde zu legen ist; aber umgekehrt muss sich der Anspruchsteller auch nicht auf die Version mit den geringsten Kosten verweisen lassen. Maßgeblich ist vielmehr, wie ein verständiger Geschädigter zumutbarer Weise reagieren würde.

Aber was heißt das konkret? Nicht maßgeblich sein kann, was er sich geleistet hätte, wenn er den Schaden selbst tragen müsste. Dann könnte er sich solchen pflegerischen Luxus nämlich niemals leisten<sup>13</sup>. Aber es macht nicht nur einen Unterschied, sondern es darf auch einen machen, wenn für den Schaden ein Ersatzpflichtiger einzustehen hat. Wer selbst zurechtkommen muss, muss infolge begrenzter Mittel Kompromisse eingehen. Bei Einstandspflicht eines Schädigers ist hingegen voller Ausgleich und eine möglichst umfassende Restitution geschuldet. Der Geschädigte eines x-beliebigen Kraftfahrzeugs ist berechtigt, das Fahrzeug in einer Markenwerkstätte bzw. sogar einer solchen seines Vertrauens – auf Kosten des Schädigers – reparieren zu lassen. Und dabei geht es um Blech. Soweit es um die Gesundheit bzw. das Überleben geht, muss mindestens Entsprechendes gelten<sup>14</sup>. Die Pflege eines Schwerstverletzten setzt nicht nur Kenntnisse der Pflegeperson voraus; es muss zu ihr auch ein gewisses

Vertrauensverhältnis bestehen, geht es doch häufig auch um den Intimbereich. Sollte das KG als Referenzgröße – für Berlin – für die Jahre 2002 bis 2010 angenommen haben, was man einer Pflegekraft aus dem osteuropäischen Ausland bezahlt, die womöglich der deutschen Sprache kaum mächtig ist, wäre das nicht die passende Anknüpfung für die Ermittlung der Marktverhältnisse.

Die Großmutter hat – zum Teil – ihre berufliche Erwerbstätigkeit aufgegeben, um an der Pflege des Enkelkinds mitwirken zu können. Die Verletzte verlangt insoweit, was der Großmutter entgeht. Das KG streut zunächst einem solchen Verhalten Rosen, indem es als „ethisch wertvoll“ bezeichnet wird, schadensrechtlich erhält die Verletzte dann aber *Steine statt Brot*, indem das als *schadenersatzrechtlich irrelevant* abgetan wird. Löblich hervorzuheben ist, dass das KG die Entscheidung des OLG Bamberg<sup>15</sup> gekannt hat, in der der höhere Stundenlohn des Vaters, der sich um die Pflege und Unterrichtung seines Kindes gekümmert hat, ausnahmsweise für maßgeblich angesehen wurde. Das KG hat als Abgrenzungskriterium jedoch darauf verwiesen, dass dort andere Maßnahmen zuvor gescheitert waren, was in concreto jedoch nicht der Fall war.

Das greift zu kurz. Die Kosten der Reparatur in der Werkstätte des Vertrauens – auf Kosten des Schädigers – werden auch nicht erst dann erstattet, wenn zuvor die eine oder andere 08/15-Werkstätte gescheitert ist. Dass der Geschädigte, wenn es um die eigene Gesundheit geht, Restitutionsmaßnahmen durch Vertrauenspersonen durchführen lassen möchte, sollte insoweit mindestens ebenso anerkennungswürdig sein<sup>16</sup>. Der Einkommensausfall der Großmutter wäre gewiss ein nicht ersatzfähiger Drittschaden. Aber ein *homo oeconomicus* würde eine solche Pflegeleistung lediglich erbringen, wenn ihm für diesen Zeitraum das ersetzt wird, was er anderswo nicht verdienen kann. Nach Wegfall des Bedarfs, was bei Tod des schwer Verletzten heute oder morgen passieren kann, hat die Pflegeperson ohnehin Unwägbarkeiten, ihr Zeitbudget beim bisherigen Arbeitgeber wieder aufzustocken und das bisherige Erwerbseinkommen zu erzielen. Wieso nur bei einer vorherigen Erwerbstätigkeit das ersatzfähig sein soll, nicht aber auch bei der Mutter, die ab einem bestimmten Alter im Fall eines gesunden Kindes wieder – zumindest auf Teilzeitbasis – in den Beruf eingestiegen wäre, ist zudem nicht einsichtig.

Während nach österreichischem und schweizerischen Recht bei Erbringung von Pflegeleistungen die (Brutto-)Arbeitskosten einer fremden Ersatzkraft zugesprochen wer-

- 9) Nachweise bei Ch. Huber, in: *Schwimann/Neumayr*, TaschenKomm ABGB<sup>4</sup> § 1325, Rdnr. 46.
- 10) Ch. Huber, Das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs bei Pflege durch Angehörige rund um die Uhr, *ÖJZ* 2007, 625, 632.
- 11) OGH 16.5.2017, – 2 Ob 110/16i –, *ecolex* 2017, 758/300 = *ÖZPR* 2017/89.
- 12) BGH 13.7.1971, – VI ZR 260/69 –, *VersR* 1971, 1045: Vergleichbarer Anspruch nach § 844 Abs. 2 BGB.
- 13) Beeindruckend insoweit die Relation zwischen den zugesprochenen Schadenersatzbeträgen und dem Pflegegeld: Das Pflegegeld beträgt meist knapp über 12%!
- 14) Ch. Huber, Rechtsvergleichende Betrachtungen zur Bemessung von Hilfeleistungen durch Angehörige im Rahmen der vermehrten Bedürfnisse einer verletzten Person, in: *FS f. G. Müller*, 2009, S. 35 ff.
- 15) OLG Bamberg 28.6.2005, – 5 U 23/05 –, *VersR* 2005, 1593 = *VRR* 2006, 25 (*Luckey*).
- 16) Zu einem vergleichbaren Sachverhalt und zum Zuspruch der „Opportunitätskosten“ einer Hauptschullehrerin OGH 10.6.2008, – 4 Ob 78/08 m –, *iFamZ* 2008, 252: 21 € statt 11–14 € Stundenlohn; dazu Ch. Huber, Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die „betroffene“ Mutter – Zugleich Besprechung von, *iFamZ* 2009, 27 ff.; zu einer ähnlichen Konstellation jüngst OGH 28.11.2017, – 2 Ob 189/16 g, *ZVR* 2018/102 (*Ch. Huber*).

den<sup>17</sup>, was in der Judikatur des OGH<sup>18</sup> zu Stundensätzen bis zu 30 € führt, hat sich der BGH auf die *Nettokosten* festgelegt, wobei in concreto 10.–€ herausgekommen sind, gerade einmal *ein Drittel*; und das bei vergleichbarem Lohnniveau und ähnlichen Kaufkraftparitäten. Die Folge der deutschen Judikatur ist, dass ein betreuender Elternteil nach vielen Jahren oder Jahrzehnten ohne Sozialversicherungsschutz, namentlich ohne Kranken- und Rentenversicherung, dasteht. Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist bei solchen Schwerverletzten in der Weise möglich, dass der schwer Verletzte die Pflegeperson anstellt<sup>19</sup>, mag das im Fall seiner Minderjährigkeit oder fehlenden vollen Geschäftsfähigkeit auch durch das Pflegerschaftsgericht zu genehmigen sein. Dann sind jedenfalls in dem Ausmaß, in dem eine solche Anstellung eines Arbeitnehmers möglich wäre, auch sämtliche Sozialversicherungsbeiträge ersatzfähig mit der Folge des umfassenden Sozialversicherungsschutzes der Pflegeperson. Dass der Schädiger dann auch für die Kosten der Lohnverrechnung durch einen Steuerberater und die dabei anfallende ESt aufzukommen hat, sei der Vollständigkeit halber erwähnt. Womöglich führt die Schilderung dieser Variante zu einem größeren Verhandlungsspielraum beim Ersatzpflichtigen im Rahmen der außergerichtlichen Regulierung.

#### IV. Resümee

Das *richterliche Ermessen* wird bei Ermittlung des Stundenlohns häufig zu *Lasten des Anspruchstellers* ausgeübt. Womöglich hängt das damit zusammen, dass den Instanzgerichten bei der Größenordnung des Ersatzes, häufig 6-stelligen Beträgen, angst und bange wird und sie daher – intuitiv – auf die Bremse treten. Zu bedenken ist indes, dass es um Fälle geht, bei denen der jeweilige *Anspruchsteller* in einem *ganz fürchterlichen Zustand* sich befindet, für den der Schädiger verantwortlich ist. Die Pflege durch die Familienangehörigen ist in vielen Fällen die vorzugswürdigste Variante: Der Verletzte wird nicht von einer Mehrzahl von – anonymen – Pflegekräften betreut und zur Betreuungsperson besteht zusätzlich ein Vertrauensverhältnis. Das Schadenersatzrecht sollte Anreize schaffen für diese auch ökonomisch wünschenswerte Restitutionsart. Eine *Vergleichsrechnung der Kosten von Pflegediensten* unter Herausrechnung der dort zusätzlich anfallenden Aufwendungen könnte dazu beitragen, die Sensibilität für die realistischen Kosten zu schärfen. Der in Sonntagsreden häufig beschworene Grundsatz, dass die *körperliche Integrität* gegenüber dem *Eigentum am Blech* das höherwertigere Rechtsgut sei<sup>20</sup>, muss sich in solchen Konstellationen bewähren. Gegenüber den vom KG angesetzten 10.–€ Stundenlohn – aufgerundet und unter Berücksichtigung von Nacht- und Wochenendzuschlägen – ist das noch *beträchtlicher Spielraum nach oben*. Durch eine großzügigere Zulassung der Revision könnte zudem der Weg geebnet werden, dass der BGH seine Rechtsprechung präzisiert – und hoffentlich nach oben anpasst. Zur Frage der *Ersatzfähigkeit der Mietwagenkosten* gibt es seit der Leitentscheidung vom 12.10.2004<sup>21</sup> mehr als 50 *BGH-Entscheidungen*; und dabei geht es – jedenfalls im Einzelfall – um einen Klacks gegenüber den doch beträchtlichen Summen, um die bei solchen Prozessen – Jahre lang – gestritten wird.

17) Zum schweizerischen Recht *Landolt*, in: ZürcherKomm<sup>3</sup> Art. 46 OR, Rdnrn. 399f.; zum österreichischen Recht Nachweise bei *Ch. Huber*, in: *Schwimann/Neumayr*, TaschenKomm ABGB<sup>4</sup> §1325, Rdnr. 49.

18) OGH 14.7.2011, – 2 Ob 63/11w –, ZVR 2012/6 (*Danzl*) = Zak 2011/625.

19) So in OGH 19.10.2000, – 2 Ob 152/99p –, ZVR 2001/106: Ehefrau hatte ihren Mann als angestellten Pfleger beschäftigt.

20) *Ch. Huber*, Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in: FS f. *Jaeger*, 2014, S. 309ff.

21) – VI ZR 151/03 –, BGHZ 160, 377 = NJW 2005, 51.

<https://doi.org/10.1007/s00350-018-4990-0>

## Ausübung der Heilkunde ohne Zulassung als Heilpraktiker – (k)ein Wettbewerbsverstoß

UWG § 3a, HeilPrG § 1

1. Die Ausübung von Heilkunde (hier: „CranioSacrale Therapie nach Upledger“) unterfällt nur dann dem Heilpraktikervorbehalt (§ 1 HeilPrG), wenn von der Behandlung eine zumindest mittelbare Gesundheitsgefährdung ausgeht.

2. Ob die Anwendung der Therapie selbst mit gesundheitlichen Gefahren verbunden ist, kann im Zivilprozess nur dann beurteilt werden, wenn der Kl. Anwendungsgebiete und Formen der Therapie im Einzelnen darlegt (im Streitfall verneint).

3. Eine mittelbare Gesundheitsgefährdung kann sich grundsätzlich auch daraus ergeben, dass Patienten infolge der Therapie von einem Arztbesuch abgehalten werden; daran fehlt es jedoch, wenn die Anwendung der Therapie ausschließlich auf Grund ärztlicher Verordnung erfolgt.

OLG Frankfurt, Urt. v. 23. 11. 2017 – 6 U 140/17 (LG Gießen)

**Problemstellung:** Es besteht immer noch Klärungsbedarf bei der Frage, wann die Durchführung einer alternativen Heilmethode eine Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz voraussetzt. Das OLG Frankfurt wies die Klage auf Unterlassung der sog. „CranioSacralen Therapie nach Upledger“ mit der Begründung ab, zur „Gefährlichkeit“ dieser Methode sei von der Klägerseite nichts vorgetragen. Eine mittelbare Gesundheitsgefährdung sei ausgeschlossen, wenn ein Arzt die Patientin an eine Physiotherapeutin verweist.

Christof Stock und Theresa Waizner

**Zum Sachverhalt:** (Gemäß erstinstanzlichem Urt.; die Berufungsinstanz hatte gem. § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO darauf Bezug genommen.) Die Kl. ist Heilpraktikerin und macht wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend. Die Bekl. ist Physiotherapeutin, aber keine Heilpraktikerin. Sie bewirbt mit einer Visitenkarte das Angebot der „CranioSacralen Therapie nach Upledger“. Die Kl. verlangt, die Bekl. dazu zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr mit öffentlicher Werbung außerhalb von Fachkreisen damit zu werben, die „CranioSacrale Therapie nach Upledger“ in eigener Praxis selbst anzuwenden oder durch Mitarbeiter anwenden zu lassen, sofern die ausführende Person nicht über eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HeilPrG oder eine Approbation als Arzt verfügt. Die Bekl. äußerte die Auffassung, sie bedürfe keiner Erlaubnis nach dem HeilPrG. Es handle sich um eine „sanfte therapeutische Maßnahme, welche mit Handauflegen zu vergleichen sei“. Diese verabreiche sie nur nach ärztlicher Verordnung. Das LG hat die Bekl. antragsgemäß verurteilt. Das OLG hob das Urt. auf und wies die Klage ab.

**Aus den Gründen:** Nach dem Inhalt des antragsgemäß erlassenen Unterlassungstenors ist der Bekl. nicht nur eine bestimmte Werbung für die „CranioSacrale Therapie nach Upledger“, sondern generell die Anwendung dieser Therapie ohne eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HeilPrG oder eine ärztliche Approbation untersagt worden; dies schließt insbesondere auch solche Fälle ein, in denen die Therapie auf Grund einer ärztlichen Verordnung erfolgt.

Als Grundlage für ein solches Betätigungsverbot kommt der Tatbestand des § 5 UWG mangels irreführender geschäftlicher Handlung nicht in Betracht. Der verfolgte und vom LG zuerkannte Unterlassungsanspruch könnte sich

Eingesandt von Prof. Dr. iur. Martin Stellpflug, Berlin; bearbeitet von Prof. Dr. iur. Christof Stock und Rechtsreferendarin Theresa Waizner, Delheid Soiron Hammer Rechtsanwälte, Friedrichstraße 17–19, 52070 Aachen, Deutschland