

MedR Schriftenreihe Medizinrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Andreas Spickhoff, Regensburg

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V.

Herausgeber

Arzthaftung – Mängel im Schadensausgleich?

Mit Beiträgen von

C. Bienstein, B. Buchner, R. Jungbecker, F. Pardey,

M. Petry, M. Teichner, U. Wandi

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte
im Medizinrecht e.V.
Posener Str. 1
71065 Sindelfingen

Schriftleitung

Dr. Ilse Dautert
Kastanienallee 20
26121 Oldenburg

Dr. Alexandra Jorzig
Westenhellweg 40–46
44137 Dortmund

ISBN 978-3-540-87624-3

e-ISBN 978-3-540-87625-0

DOI 10.1007/978-3-540-87625-0

MedR Schriftenreihe Medizinrecht ISSN 1431-1151

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Springer-Verlag Berlin Heidelberg

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funk- sendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungs- pflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Herstellung: le-tex publishing services oHG, Leipzig

Umschlaggestaltung: WMXDesign GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem Papier

9 8 7 6 5 4 3 2 1

springer.de

Vorwort

Das XIX Kölner Symposium der Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. widmete sich dem Thema der Schadensregulierung in der Arzthaftung. Genauer: Gibt es Mängel im Schadenausgleich?

Das Ergebnis: Im Bereich der Schadenregulierung in der Arzthaftung (Personenschadenregulierung) gibt es eine Vielzahl von rechtsdogmatischen, aber auch praktischen Problemen. Für die Zukunft gilt es, hoffentlich auch auf der Grundlage der, auf dem Symposium angestoßenen Diskussion, um die Herausarbeitung wichtiger Aspekte rund um die Bewertung von gesundheitlichen Schäden, zu Gesamtschuldverhältnissen und Haftungshöchstbeträgen, der Abgrenzung zwischen materiellem und immateriellem Schaden, um den normativen Schadensbegriff an sich, die dazu ergangene Rechtsprechung, auch mit Blick auf die Vorschrift des § 287 ZPO. Interessant waren die Ausführungen zum hiesigen Schadenausgleich im europäischen Vergleich: Unüberschaubarkeit und Uneinheitlichkeit des deutschen Schadensrechtes allein rechtfertigen nicht unberechtigte Kritik. Es müssen, ggf. im europäischen Vergleich, Lösungen gefunden werden. Aber auch andere Rechtsordnungen kennen keinen „einheitlichen“ Schadensbegriff. Die Grundsätze zur Durchsetzung bzw. zur Abwehr von Schadenersatzforderungen und einzelne Berechnungsmethoden konnten im Rahmen eines eintägigen Symposiums nicht umfassend thematisiert werden. Diesen Anspruch hatte das XIX. Kölner Symposium auch nicht.

Wichtig war es uns im Rahmen dieses Symposiums, die unterschiedlichen Standpunkte darzustellen, Grundlage und Anstoß für weitere Diskussionen zu werden. Denn so manche gesetzgeberische Rahmenbedingungen, aber auch die Ergebnisse der Rechtsprechung sind nicht zufriedenstellend. Ohne Diskussion, Kritik und nicht zuletzt Auseinandersetzung gibt es aber keine Rechtsfortbildung.

Mit zahlreichen Beispielen aus Theorie und Praxis haben die Referenten Grundsätze zur Durchsetzung oder zur Abwehr von Schadenersatzansprüchen und auch Berechnungsmethoden veranschaulicht. Referenten der Versicherungswirtschaft haben deutlich gemacht, dass die Problematik der Schadenregulierung im Bereich der Arzthaftung sehr differenziert zu betrachten ist. Dabei gibt es eine Vielzahl von Ansätzen im Bereich der

dogmatischen Aspekte einer Tatbestands- und Rechtsfolgennorm, dem Haftungsgrund und dem Haftungsumfang.

Einig waren sich die Referenten und Diskussionsteilnehmer darin, dass das Ereignis einer dogmatisch, streitigen Auseinandersetzung rund um die Frage der Höhe des Personenschadens in den seltensten Fällen zu einer angemessenen Lösung des Konfliktes zwischen den Beteiligten führt. Es müssen im Einzelfall pragmatische Lösungen gefunden werden, die beiderseitige Interessen berücksichtigen.

Es kann und soll bei der Regulierung eines Personenschadens im Rahmen der Arzthaftung nicht (nur) maßgeblich darum gehen, ob und inwieweit die zugrunde gelegte Berechnungsformel allen Interessen gerecht wird, denn letztlich geht es, und darin waren sich die Diskussionsteilnehmer völlig einig, um eine interessensgerechte Schadenregulierung, jedenfalls dann, wenn der Haftungsgrund eindeutig geklärt ist.

Die Schadenregulierung in der Arzthaftung bleibt also auch in Zukunft ein aktuelles Thema.

Der vorgelegte Band enthält die vollständigen Referate und Diskussionsbeiträge.

An dieser Stelle sei der Ecclesia gedankt und allen, die an der Organisation dieses Symposiums beteiligt waren.

Ohne die engagierte und zuverlässige Mitarbeit der Leiterin der Geschäftsstelle der Arbeitsgemeinschaft in Sindelfingen, Frau Martina Pietsch, hätte sich dieser Band nicht erstellen lassen.

Ein besonderes Dankeschön gilt dem engagierten juristischem Lektorat des Springer Verlages unter der Leitung von Frau Brigitte Reschke sowie Frau Ulla Scholl-Kimling.

Sindelfingen, im August 2008

Ilse Dautert
Alexandra Jorzig

Inhaltsverzeichnis

Frank Pardey

Normativer Schadensbegriff – Notwendigkeit und Angemessenheit
als Kriterien für die Ersatzfähigkeit von Schadenspositionen;
obergerichtliche Rechtsprechung zur Bemessung von materiellen
Schäden, Pflegebedarf, Erwerbsschäden, § 287 ZPO 1

Rolf Jungbecker

Abgrenzung materieller und immaterieller Schaden 45

1. Diskussion 55

Benedikt Buchner

Schadensausgleich im europäischen Vergleich 65

2. Diskussion..... 83

Michael Petry

Entwicklung der Schadensaufwendungen im Heilwesenrisiko 93

Matthias Teichner

Was läuft falsch in der Schadensregulierung? 107

3. Diskussion..... 117

Christel Bienstein

Behinderungsbedingter Pflege- und Betreuungsaufwand
am Beispiel von Menschen im Wachkoma..... 127

Ursula Wandl

Frühzeitige Förderung der Rehabilitation: Eine Aufgabe des Versicherers zur Schadensbegrenzung/Risikoabwehr?	139
4. Diskussion.....	147
Teilnehmer.....	153

Autorenverzeichnis

Bienstein, Prof. Christel
Universität Witten-Herdecke
Stockumer Str. 12, 58452 Witten

Buchner, Prof. Dr. Benedikt
IGMR Bremen
Uni Bremen, Fachbereich 6
Postfach 330440, 28334 Bremen

Jungbecker, Dr. Rolf
Rechtsanwalt
Schreiberstr. 20, 79098 Freiburg

Pardey, Frank
Richter am LG Braunschweig
Münzstr. 17, 38100 Braunschweig

Petry, Michael
Ecclesia Versicherungsdienst GmbH
Klingenbergstr. 4, 32758 Detmold

Teichner, Matthias
Rechtsanwalt
Neuer Wall 18, 20354 Hamburg

Wandl, Dr. Ursula
ReIntra GmbH
Dieselstr. 11, 85774 Unterföhring

Moderatoren

Jorzig, Dr. Alexandra
Rechtsanwältin
Westenhellweg 40 – 46, 44137 Dortmund

Uphoff, Dr. Roland
Rechtsanwalt
Heinrich-von-Kleist-Str. 4, 53113 Bonn

Normativer Schadensbegriff – Notwendigkeit und Angemessenheit als Kriterien für die Ersatzfähigkeit von Schadenspositionen; obergerichtliche Rechtsprechung zur Bemessung materieller Schäden, insbesondere des Pflegebedarfs und des Erwerbsschadens, Einfluss des § 287 ZPO

Frank Pardey

Jeder Schadensersatzanspruch setzt den Eintritt eines Schadens voraus. Wäre das Schadensrecht auf einen objektiven, pauschalen Ausgleich für den gesamten Personenschaden¹ ausgerichtet, wäre die Ersatzfrage im Einzelfall relativ einfach zu beantworten, noch einfacher, wenn der Durchschnitt Maßstab der Schadensregulierung wäre. Das deutsche Schadensrecht kennt aber anders als das Unfallversicherungsrecht mit festen Invaliditätsgraden keinen abstrakten pauschalen Ersatzanspruch wegen Hilfebedarfs oder Minderung der Arbeitsfähigkeit. Es kommt nicht auf eine abstrakte Beeinträchtigung (Minderung der Erwerbsfähigkeit²), sondern nur auf die konkrete Lebenssituation des betroffenen Individuums und deren tatsächliche, konkrete Belastung an. Es gibt nach dem Konzept der §§ 249 ff. BGB im heutigen Verständnis keinen objektiv typischen Durchschnittsaufwand zur Bewältigung eines Schadens im Einzelfall. §§ 249 ff., 842 ff. BGB gebieten, die konkreten Gegebenheiten zu würdigen. Der materielle Schaden lässt sich deshalb nicht im mathematischen Sinn mit festen Größen berechnen. Jede Sachentscheidung bleibt juristische Wertent-

¹ Zu verschiedenen Haftungsmodellen im internationalen Vergleich Gaidzik in *Arzthaftungsrecht – Rechtspraxis und Perspektiven*, 2006, 77ff.

² Zum Hausarbeitsschaden OLG Celle, Urt. v. 14.12.2006-14 U 73/06, OLGR Celle 2007, 41: Ein allgemeiner Verweis auf eine bestimmte prozentuale Minderung der Erwerbsfähigkeit oder der Fähigkeit zur Haushaltsführung genügt nicht, um einen Schaden darzulegen.

scheidung. Daraus erwachsen der Regulierungspraxis kaum vermeidbare Probleme, die aufgrund angemessener Wertigkeiten und einsichtiger, intersubjektiv nachvollziehbarer Kriterien mit dem Ziel bewältigt werden müssen, einen akzeptablen Geldausgleich zu ermitteln.

A. Natürlicher und normativer Schaden

Der Haftungsgrund entscheidet darüber, ob eine andere Person überhaupt schadensrechtlich verpflichtet oder das Lebens- und Schadensrisiko des Betroffenen real geworden ist. So setzt die Schadensersatzpflicht des Arztes oder Krankenhauses wegen einer Körper- oder Gesundheitsschädigung zunächst (u.a.) voraus, dass ein subjektives absolutes Rechtsgut des Patienten beeinträchtigt worden ist. Haftungsbegründend hat der Patient zu § 823 Abs. 1 BGB wie auch zum Vertragsanspruch³ den Eintritt des Primärschadens⁴ und der Ursächlichkeit⁵ bzw. der grundsätzlich ausreichenden Mitursächlichkeit und das Verschulden⁶ nachzuweisen. In diesem Kontext trifft den Juristen die Aufgabe, Fälle schicksalhaft fehlgeschlagener Behandlungsanstrengung von Fällen zurechenbarer Behandlungsschäden zu trennen.

Für das Ersatzrecht ist deliktisch die Betroffenheit als Rechtsgutsträger entscheidend, nicht eine wirtschaftliche Belastung. Deshalb steht zum Heilaufwand der Ersatzanspruch dem verletzten Minderjährigen zu und nicht seinen unterhaltspflichtigen Eltern, die z.B. die Besuchs- oder Fahrtkosten tragen. Ebenso steht zum Mehrbedarf der Anspruch wegen unentgeltlicher familiärer Pflegedienste nur der verletzten Person zu. Es kommt dagegen nicht zum Ersatzanspruch der Betreuungsperson, z.B. der Mutter, die sich verstärkt um ihr verletztes Kind kümmert. Deshalb haben selbst

³ OLG Karlsruhe, Urt. v. 12.10.2005-7 U 132/04, NJW-RR 2006, 458.

⁴ Dazu wird auch von der Primärverletzung oder dem ersten Verletzungserfolg, dem Rechtsgut- oder Verletzungsschaden gesprochen.

⁵ So z.B. OLG Köln, Urt. v. 24.1.2007-5 U 6/04, GesR 2007, 325: Kommt für eine Muskelerkrankung neben einer toxisch-medikamentösen Ursache ein autoimmuner Prozess oder eine Infektion in Betracht, ist der Beweis der Ursächlichkeit der Medikamenteneinnahme für die eingetretene Erkrankung nicht geführt.

⁶ Soll eine psychisch vermittelte, zur Dienstunfähigkeit führende Anpassungsstörung haftungsbegründender Gesundheitsschaden sein, ist das erforderliche Verschulden nur zu bejahen, wenn er nach objektivem, grundsätzlich an der Erfahrung des täglichen Lebens orientiertem Maßstab vorhersehbar gewesen ist, OLG Köln, Urt. v. 12.12.2006-3 U 48/06, NJW 2007, 1757.

engste Angehörige als mittelbar Betroffene einen Schmerzensgeldanspruch oder den Anspruch auf Ausgleich eines Verdienstausfalls auch nur dann, wenn sie durch eine Rechtsgutverletzung mit Krankheitswert⁷ primär⁸ beeinträchtigt sind.

Dagegen sind angesichts des von ihnen eingegangenen Behandlungsverhältnisses die Eltern anspruchsberechtigt zum schädigungsbedingten Mehraufwand für Pflege und Versorgung ihres Kindes, wenn eine solche Belastung Folge eines ärztlichen Fehlers bei der Behandlung des Kindes ist. So hat der Vater einen eigenen vertragsrechtlichen Ersatzanspruch zum Verdienstausfall, wenn er für sein infolge eines schuldhaften Behandlungsfehlers pflegebedürftiges Kind unter Aufgabe seiner Berufstätigkeit die notwendigen Pflegeleistungen erbringt⁹.

I. Reale Beeinträchtigung

Schaden ist die Verschlechterung des Rechtsgutes und bei Vertragspflichtverletzungen primär der Vermögensschaden.

Die wertneutrale Differenzhypothese stellt als wertneutrale Rechenoperation zwei Gegebenheiten gegenüber. Die Differenz zwischen der unbefähigten hypothetischen und der realen verletzungsbedingten Lage ist der natürliche, reale Schaden.

So ist der Zustand des Rechtsgutes unmittelbar vor dem schädigenden Ereignis mit dem Zustand nach dem schädigenden Ereignis zu vergleichen und weist der Unterschied die reale Beeinträchtigung, den natürlichen Schaden aus. Im Ansatz ähnlich bedingt die Verursachung eines negativen Vermögenswertes (i.S.d. § 249 BGB) einen positiven Schaden wie die Verhinderung eines Vermögenszuwachses einen ausgleichsfähigen Schaden.

⁷ Nach ständiger Rechtsprechung setzt der Begriff der Krankheit einen anomalen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand voraus, der den Betroffenen in der Ausübung normaler psychischer oder körperlicher Funktionen beeinträchtigt, so dass er medizinischer Behandlung bedarf.

⁸ Ansprüche mittelbar Geschädigte regeln §§ 844, 845 BGB.

⁹ OLG Frankfurt, Urt. v. 19.5.1993-13 U 16/92, VersR 1994, 942, Beurlaubung als Beamter.

II. Wertende Differenzbetrachtung

Das Fehlen eines Geldaufwands ändert nach ganz herrschender Ansicht nichts am wirtschaftlichen Schaden, wie im Fall der Eigenreparatur der beschädigten Sache¹⁰ allgemein akzeptiert wird. Denn auch derjenige, der den ausgleichsfähigen Schaden wirtschaftlich (als unfreiwilliges Vermögensopfer) determiniert, kommt nicht daran vorbei, dass § 249 Restitution in der Form des Geldersatzes vorsieht und die Herstellung des beeinträchtigten Rechtsguts im Prinzip von wirtschaftlichen Faktoren bzw. vom Umfang der Minderung des Vermögens unabhängig ist. Es wird dann freilich von fiktivem Schaden¹¹ oder von fiktiver Abrechnung gesprochen, insbesondere bei der Regulierung des Kfz-Schadens nach Gutachten, also der Kalkulation von Reparaturkosten¹². Den Gedanken vom fiktiven Schaden trägt bei Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz, dass betroffene Sachen, insbesondere ein Kraftfahrzeug, regelmäßig einen (Substanz-) Vermögenswert in sich selbst haben. Bei der Betroffenheit von Körper und Gesundheit hilft das nicht, weil es für die Person, zur Menschenwürde, Persönlichkeit und körperlichen Integrität keinen vergleichbaren objektiven Wertansatz gibt.

Der BGH¹³ macht den Schaden indessen nicht vom rechnerischen Minus bei Vergleich der infolge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen abhängig, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre. Ausschlaggebend ist vielmehr die normative Kontrolle zur Vermögensminderung unter Einbeziehung aller maßgebenden Um-

¹⁰ Zu Abrechnungsmodalitäten beim Sachschaden mit der Möglichkeit zum Wechsel der Abrechnungsart bis zur Erfüllung, d.h. bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Verletzte das volle wirtschaftliche Äquivalent für das beschädigte Recht erhält, BGH, Urt. v. 17.10.2006-VI ZR 249/05, NJW 2007, 67.

¹¹ Es gibt nach BGHZ 168, 161 sogar einen fiktiven Anspruch auf Schmerzensgeld bei der Ermittlung des Umfangs des fiktiven zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs: Ein Sozialversicherungsträger kann wegen der von ihm erbrachten Aufwendungen beim Rückgriff nach § 110 SGB VII grundsätzlich auch auf den fiktiven Schmerzensgeldanspruch des Geschädigten gegen den nach den §§ 104 ff. SGB VII haftungsprivilegierten Schädiger zurückgreifen.

¹² Aus praktischen Gründen soll es für eine ausgleichsfähige Differenz zwischen geschätztem (fiktiven) Wiederbeschaffungsaufwand (unter Abzug des Restwerts) und den fiktiv genannten Reparaturkosten (unterhalb des Wiederbeschaffungswerts ohne Restwertabzug) eine Fälligkeitsfrist von 6 Monaten zur Abrechnung geben, obwohl es um den Nachweis der Wahrung des Integritätsinteresses geht, BGHZ 168, 43.

¹³ BGHZ 161, 361.

stände und der Verkehrsauffassung. Geboten ist die wertende Überprüfung des anhand der Differenzhypothese gewonnenen Ergebnisses gemessen an dem Schutzzweck der Haftung und an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes¹⁴. Normativer Schaden¹⁵ ist m.a.W. der Nachteil, der sich nicht rechnerisch als Differenz zeigt, sondern wertender Betrachtung bedarf. Die Differenzhypothese wird quasi ergänzt um das Erfordernis von (Be-) Wertungen. Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der einschlägigen Norm - also aus einer Norm hergeleitet - soll die normative Korrektur des rein (betriebs-, arbeits-) wirtschaftlichen Ergebnisses der wirtschaftlichen Differenz erfolgen. Wirtschaftlich gesehen wird der Schaden fingiert, um normativ zu erreichen, dass der Schaden für den Geldausgleich zwischen Schädiger und Verletztem auf den Ausgleichszweck des Schadensrechts bezogen bestimmt wird und eine angemessene Schadensregulierung erfolgen kann.

Zu den Fällen der normativen Fortdauer des Schadens besteht weitgehend Einigkeit. Dies betrifft die Legalzession, zu der einhellig ein Schaden der verletzten Person bejaht wird, auch wenn der Verletzte in Folge der Drittzahlung keine wirtschaftliche Einbuße (mehr) spürt, schadensfrei ist. Dem gesetzlichen Forderungsübergang liegt der Gedanke der Schadensverlagerung zugrunde¹⁶.

Davon zu unterscheiden sind Fälle der normativen Begründung eines Schadens, d.h. dann, wenn keine Vermögensbelastung zu ersehen ist. Hier spricht der BGH von der Einbuße, die als geldwert in der Vermögensbilanz in Erscheinung treten muss. So wird die Schadensrechnung als fiktiv oder normativ bezeichnet, wenn keine Ersatzkraft eingestellt wird, um einen Ausfall bei der Hausarbeit auszugleichen. So heißt es beim BGH¹⁷, es sei bei unentgeltlicher Schadensabhilfe der Wert der von Familienangehörigen erbrachten, erforderlichen Pflegedienste mit objektivierbarem Ver-

¹⁴ Beachte BGH, Urt. v. 10.7.2007-VI ZR 192/06, VersR 2007, 1536.

¹⁵ Zur normativen Schadensbetrachtung der Praxis insbesondere Steffen NJW 1995, 2057 und Schiemann NZV 1996, 1.

¹⁶ BGH aaO, VersR 2007, 1536. Der gesetzliche Forderungsübergang soll bewirken, dass die Leistungen des Sozialversicherungsträgers, Dienstherrn oder sonstigen Leistungsträgers aus Anlass der Schädigung weder dem Schädiger zugute kommen noch zu einer doppelten Entschädigung des Geschädigten führen, und sicherstellen, dass Leistungen sozialer Sicherung und sozialer Fürsorge, die durch Opfer und Leistungen anderer aufgebracht werden, nicht demjenigen zugute kommen, der den Schadensfall verantwortlich herbeigeführt hat.

¹⁷ BGHZ 106, 28; BGH, Urt. v. 8.6.1999-VI ZR 244/98, NJW 1999, 2819 = VersR 1999, 1156.

mögenswert abzurechnen, weil bzw. wenn die Pflegeleistung die Vermögenssphäre betrifft.

Zwangsläufig ist der Inhalt des normativen Schadens diffus, der auf das Ergebnis fixiert ist (das normativer Schaden genannt wird). Voraussetzungen sind nicht klar erkennbar, nicht wirklich überprüfbar ausgeformt. Im Prinzip wird auf der Grundlage einer wirtschaftlichen Schadensorientierung nur der zugrunde gelegte Gegensatz zum wirtschaftlichen Schaden faktisch aufgehoben. Marktverhältnisse sollen über einen Marktwert Aufschluss geben, obwohl es um Schadensbewältigung angesichts der Beeinträchtigung des Verletzten bei der unentgeltlichen Hilfe durch eine dritte Person außerhalb der Regeln des „Markts“ geht.

Den Charakter als Vermögensschaden betont der BGH¹⁸ zu dem durch das Haftungsereignis bedingten tatsächlichen geldwerten Arbeitsaufwand, auch bei unentgeltlichem Einsatz der Arbeitskraft Dritter, unabhängig vom Entgang eines Verdienstes. Es soll nichts anders gelten als zu der verhinderten geldwerten Arbeitsleistung. Für die Pflege, die nur auf den Angehörigen bezogen ist, sonst nicht erbracht worden wäre, hilft auch dies für sich gesehen nicht entscheidend weiter.

B. Pflege als vermehrter Bedarf

Jede verletzte Person verdient optimale Begleitung, Betreuung und Unterstützung. Jeder Pflegebedürftige soll die Hilfe erhalten, auf die er wegen seiner Pflegebedürftigkeit angewiesen ist¹⁹. Die Selbstbestimmung Behinderter²⁰, ihre gleichberechtigte Teilhabe am Leben in der Gesellschaft ist zu fördern. Benachteiligungen muss entgegenwirkt werden²¹. Darüber besteht Einigkeit.

Meinungsunterschiede zur angemessenen Ersatzleistung wegen eines personellen Pflegemehrbedarfs sind dadurch zu verringern, dass das „schadensrechtliche Pflegegeld“ ähnlich wie das unfallversicherungsrecht-

¹⁸ BGHZ 131, 220 = NJW 1996, 921.

¹⁹ Auf die entsprechende Aufgabe der Pflegeversicherung im Sinne der solidarischen Unterstützung geht § 1 Abs. 4 SGB XI ein.

²⁰ Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX sind Menschen behindert, wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher eine Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist.

²¹ Vgl. § 4 SGB IX.

liche Pflegegeld unter Berücksichtigung der Art oder Schwere der Gesundheitsverletzung nach dem Umfang der erforderlichen Hilfe festgesetzt wird.

I. Mehrbedarf

Vermehrt sind Bedürfnisse im Vergleich zur Lage bei einem gesunden Menschen²² wegen einer dauernden Funktionsstörung. Betroffen sind der Lebenszuschnitt, die höchstpersönlichen Lebensbedingungen, aber nicht die Kosten der Lebenshaltung oder die Vermögensbildung, nicht die Lebensfreude.

Ein Mehrbedarf kann in allen Lebensbereichen auftreten, zu persönlichen Verrichtungen, zum Haushalt und Wohnen, zu Kommunikation, Mobilität, Gestaltung der Freizeit und der Teilnahme am Kulturleben und wegen des Urlaubs. Ein sachlicher Mehr-, Sonderbedarf zeigt sich z.B.²³ bei erhöhten Ausgaben für Verpflegung und Ernährung (etwa wegen einer Diät und deshalb besonderes Verpflegungskosten), bei Aufwendungen für Kuren und orthopädische Hilfsmittel sowie als Pflegekosten und Kosten für Haushaltshilfen in Betracht²⁴.

Wie ggf. sozialrechtlich Hilfsmittel im Kontext einer Krankenbehandlung mit der Zuständigkeit der Krankenkasse (SBG V)²⁵ vom Kontext einer Pflege (SGB XI) bzw. einer Behinderung (SGB IX) zu trennen sind, kann hier auf sich beruhen. Die Ersatzpflicht des Schädigers erweitert dies nicht, verringert dies aber auch nicht.

²² Deswegen sind (auch) schadensrechtlich z.B. allgemeine Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens, das sind solche, die allgemein im täglichen Leben verwendet werden, nicht ersatzfähig. Ersatzfähig sind dagegen Geräte für spezielle Bedürfnisse behinderter Menschen, die ausschließlich oder jedenfalls überwiegend von diesem Personenkreis genutzt werden, z.B. Rollstuhl mit Einhandantrieb und als Standardzubehör einem Gelkissen.

²³ Zu ersetzen sind z.B. Seminarkosten, aber nicht Kosten für eine Teilnahme am Seminar des Arbeitskreises Kunstfehler in der Geburtshilfe, OLG Hamm Urt. v. 30.5.1990-3 U 18/89.

²⁴ BGH, Urt. v. 20.1.2004-VI ZR 46/03, NJW-RR 2004, 671 = VersR 2004, 482.

²⁵ Zur Erforderlichkeit von Hilfsmitteln zur Sicherung des Erfolgs einer Krankenbehandlung bzw. zur Vorbeugung bei einer drohenden Behinderung oder zum Ausgleich einer Behinderung zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn der Einsatz zur Lebensbetätigung im Rahmen der allgemeinen Grundbedürfnisse benötigt wird, s. § 33 SGB V.

1. Schutz der körperlichen Integrität, Restitution

§ 843 BGB ist durch den Bedarfsaspekt eng mit § 249 BGB verzahnt. Schadensbeseitigung ist gem. § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich „in natura“ durch Herstellung des unbeeinträchtigten Zustandes zu leisten. Die besondere Form der Herstellung i.S.d. § 249 Abs. 2 BGB begünstigt die verletzte Person, die sich der Aufgabe des Schädigers in „Eigenregie“ annimmt. Dieses Wahlrecht ist eröffnet, weil es dem Verletzten nicht zuzumuten ist, die Herstellung der Integrität des Körpers und der Gesundheit demjenigen „anzuvertrauen“, der für die Beeinträchtigung und Verletzung verantwortlich ist. Er darf deshalb selbst entscheidenden Einfluss auf die Herstellung nehmen.

Dass es bei dem Ausgleich der realen Beeinträchtigung – gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen – um den Gesichtspunkt der Naturalrestitution mit dem Geldersatz nach § 249 Abs. 2 BGB geht, zeigt der BGH²⁶, der darauf zum Mehrbedarf für behindertengerechten Wohnraum (also beim ausstattungsmäßigen und räumlichen Wohnmehrbedarf) eingeht. Zur Pflege stellen das Gleiche das OLG Bamberg²⁷ und das OLG Köln²⁸ heraus. Deshalb genügt die Feststellung der realen Beeinträchtigung durch den Hilfe-, Pflegebedarf und der notwendigen Abhilfe, um feststellen zu können, dass es einen ausgleichsfähigen Schaden gibt. Der Gedanke des normativen (Vermögens-) Schadens, der inhaltlich nichts anderes will, scheint insofern eigentlich entbehrlich. Das Erhaltungsinteresse schließt indessen subjektive, individuelle und gewisse immaterielle Belange ein, die dem Vermögensschaden wesensfremd sind.

Beim Sachbedarf (Materialien, Hilfsmitteln) und (beschädigten) Sachen ist der Wertersatz i.S.d. § 251 BGB als Entschädigung in Geld²⁹ häufig

²⁶ BGHZ 163, 351 = NJW 2006, 1271.

²⁷ OLG Bamberg, Urt. v. 28.6.2005-5 U 23/05, VersR 2005, 1593: Anspruch auf Förderung, die Leistungsfähigkeit soweit als möglich dem Stand anzunähern, die er bei normaler körperlicher und geistiger Entwicklung und normaler schulischer Ausbildung erlangt worden wäre.

²⁸ OLG Köln, Urt. v. 29.9.2006-19 U 193/05, NJOZ 2007, 366, wobei ausdrücklich Hilfestellungen im Krankenhaus und Pflegeleistungen im häuslichen Bereich angesprochen werden.

²⁹ Ob die Beschaffung orthopädischer Hilfsmittel - z.B. einer Prothese - nach Maßgabe des § 251 BGB abzuwickeln ist, weil die Herstellung durch Behandlung unmöglich ist, oder über § 843 BGB ein Fall des § 249 BGB bleibt, mag an dieser Stelle auf sich beruhen bleiben. Das Schmerzensgeld dient dann z.B. zusätzlich dem Ausgleich von Beschwerden, die mit der Eingliederung und Benutzung der Prothese im Allgemeinen verbunden sind, und u.U. dem Ausgleich zur Beein-