

Bemessung des Schmerzensgeldes bei kranken und gesunden Zwilling

Tenor

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts vom 17.12.13 – 5 O 56/12 – teilweise geändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

1. Hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung in Höhe von 500.000,00 EUR wird festgestellt, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 500.000,00 EUR vom 7.7.09 bis zum 11.8.16 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin 6.966,75 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.7.09 zu zahlen.
4. Die Beklagte wird ferner verurteilt, an die Klägerin 599.400,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 7.7.09 zu zahlen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von Ansprüchen ihres Prozessbevollmächtigten wegen der außergerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen in Höhe von 8.371,41 EUR freizustellen.
6. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin sämtlichen zukünftigen ab dem 1. Juli 2010 entstehenden materiellen und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Berlin am 15.10.13 noch nicht vorhersehbaren immateriellen Schaden zu ersetzen, welcher dieser aus der fehlerhaften Behandlung in der Zeit vom 29.1. bis 5.2.02 im V... K... F...-... noch entstehen wird, soweit die Ansprüche nicht auf Sozialversicherungsträger oder sonstige Dritte übergegangen sind oder übergehen werden.
7. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits 1. Instanz haben die Klägerin zu 8 % und die Beklagte zu 92 % zu tragen. Die Kosten der Berufungsinstanz werden der Klägerin zu 16 % und der Beklagten zu 84 % auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird gestattet, die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Der Beklagten wird gestattet, die gegen sie gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

A.

- 1 Die Mutter der Klägerin entband nach Komplikationen in der Schwangerschaft im ... Klinikum in Potsdam per Kaiserschnitt am 19.6.01 nach 30 + 2 Wochen Schwangerschaftswochen Zwillinge – die Klägerin und ihre Schwester. Im Gegensatz zu der gesunden Schwester wurden bei der Klägerin neben Extremitätenfehlstellungen (Klumpfuß rechts, Hakenfuß links) eine respiratorische Adaptionstörung, initiale Hypoglykämie und bronchopulmonale Dysplasie sowie gering ausgeprägte Kontrakturen am rechten Arm diagnostiziert.
- 2 In der Folgezeit befand sich die Klägerin wegen einer rezidivierenden obstruktiven Bronchitis in laufender ärztlicher Behandlung.
- 3 Ende Januar 2002 traten bei der Klägerin hohes Fieber und eine Verschlechterung der Atemsituation auf; der Zustand der Klägerin verschlechterte sich so sehr, dass sie schließlich am Nachmittag des 29.1.02 auf Überweisung der Fachärztin für Kinderheilkunde Dr. C... M..., die zuvor ohne Erfolg eine Inhalation mit dem Medikament Salbutamol (Sultanol) durchgeführt hatte, was sie auf dem Überweisungsschein vermerkt hatte, in der Einrichtung der Beklagten aufgenommen wurde (Aufnahmediagnose: "Akute Bronchitis durch Mykoplasma pneumoniae").

- 4 Während des Aufenthalts in der Einrichtung der Beklagten und der dortigen, sich sehr schwierig gestaltenden Behandlung - u.a. mit einer Inhalation mit Sultanol - kam es zu Komplikationen (Herz-Kreislauf-Stillstand am 29.1.02 während der Inhalation, Krampfanfälle, Hirnödeme am 30.1.02). Es kam auch zu Darmblutungen, die nach Verlegung am 5.2.02 auf die Kinderintensivstation des V. K.s der C. erfolgreich gestillt und therapiert werden konnten.
- 5 Am 26.3.02 wurde die Klägerin nach Hause entlassen.
- 6 Die Klägerin ist seitdem mehrfach schwerstbehindert (u.a. schwerer Hirnschaden, cerebrale und febril induzierte 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, gewandelt und umgelagert werden und bedarf einer ständigen Fütterung und Überwachung zur Nahrungsaufnahme. Die Klägerin 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).
- 7 Seit 2008 besucht die Klägerin 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.).
- 8 Die Klägerin hat vorgetragen,
- 9 die in der Einrichtung der Beklagten in der Zeit vom 29.1.02 bis 5.2.02 durchgeführte Behandlung sei in verschiedener Hinsicht fehlerhaft erfolgt.
- 10 Aufgrund dieser Behandlungs- und Befunderhebungsfehler sei es zu einem unzureichend behandelten Herz-Kreislauf-Stillstand und einem damit verbundenen hypoxisch-ischämischen Geschehen (Sauerstoffunterversorgung) gekommen.
- 11 Ihr jetziger Zustand sei auf das hypoxisch-ischämische Geschehen im Zusammenhang mit dem Herz-Kreislaufstillstand am 29.1.02 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.
- 12 Es seien bei einem Pflege- und Betreuungsaufwand von 24 Stunden täglich und unter

Berücksichtigung eines Pflegestundensatzes 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** inclusive Zinsen (Tabelle Anlage K 12) durch die Pflege der Mutter der Klägerin, Marina Langer, entstanden.

13 Weitere **263.494,82 EUR** (Tabelle Anlage K 14) seien durch die Pflegeleistungen der Großmutter der Klägerin, M... L... entstanden. Hier sei ein Pflegestundensatz von 19,29 EUR anzusetzen, da diese ihre vorherige – entsprechend vergütete - Erwerbstätigkeit aufgegeben habe.

14 Die Klägerin hat klageweise verlangt

15

- Mindestens 500.000,00 EUR Schmerzensgeld
- 720.879,17 EUR Schadensersatz, davon für
 - rollstuhlgerichte Kleidung 431,40 EUR
 - Kosten durch Inkontinenz, Anlage K 10 a 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
- 9.067,56 EUR vorgerichtliche Anwaltskosten
- Feststellung der Schadensersatzverpflichtung für materielle und immaterielle Schäden

16 Die Beklagte hat vorgetragen:

17 Die Behandlung habe jedenfalls dem damals geltendem Standard entsprochen. Eine primäre Sauerstoffgabe hätte den Herz-Kreislaufstillstand nicht verhindert. Die Reanimation sei in der für das Kinderklinikteam höchstmöglichen Geschwindigkeit verlaufen. Die Schäden der Klägerin seien zumindest teilweise nicht auf die Behandlung in der Einrichtung der Beklagten zurückzuführen.

18 Etwaige Ansprüche seien verjährt.

- 19 Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts sowie ergänzend auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

- 20 **Das Landgericht** hat nach umfangreicher Beweisaufnahme (wegen der Einzelheiten vgl. Seite 10 letzter Absatz des Urteils des Landgerichts) die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 500.000,00 EUR Schmerzensgeld und 6.966,75 EUR Schadensersatz (Kosten für Rollstuhlleidung und durch die Inkontinenz verursachte Kosten) zu zahlen, die begehrte Feststellung getroffen und die Beklagte ferner verurteilt, die Klägerin von außergerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 5.818,86 EUR freizustellen.

- 21 Hinsichtlich des weitergehenden Schadensersatzanspruchs für Mehrbedarfsaufwendungen für Pflegeleistungen hat das Landgericht die Klage abgewiesen, da die Kosten nicht ausreichend dargelegt worden seien und es auch keine ausreichende Grundlage für eine Schadensschätzung gebe.

(1)

- 22 Ein grober Befunderhebungsfehler sei – wie der Sachverständige Prof. Dr. S... festgestellt habe - in der Unterlassung einer akuten Zustandsdiagnostik bei Aufnahme (durch Blutgasanalyse, Monitoring von Herzfrequenz und Atmung, zumindest Messung der Sauerstoffsättigung) zu sehen.

- 23 Die klinische Notwendigkeit eines Monitoring zumindest der Sauerstoffsituation und der Herzfrequenz sei aufgrund der Anamnese und der aktuellen Zustandsbeschreibung der Klägerin geboten gewesen, um entscheiden zu können, ob die Klägerin zunächst mit einer suffizienten Sauerstofftherapie oder anders zu behandeln gewesen wäre.

- 24 Ohne vorherige Feststellung der tatsächliche Sauerstoffsituation sei die Gabe von Sultanol, vor allem in dieser hohen Dosierung, welches zu einem weiteren Ansteigen der Herzfrequenz führen könne, kontraindiziert gewesen, was der Sachverständige bei seiner Anhörung vor dem Landgericht am 12.3.13 – anders als noch in dem Gutachten vom 18.7.11 in dem Verfahren 35 O 310/09 – nicht nur als behandlungsfehlerhaft, sondern als völlig unverständlich angesehen habe.

(2)

- 25 Durch die fehlerhafte Behandlung der Klägerin sei diese in ihrer Gesundheit beschädigt,

denn der Herzstillstand sei auf das unterlassene Monitoring bei der Aufnahme und die kontraindizierte Inhalationstherapie zurückzuführen, durch welche es wegen des vorliegenden Sauerstoffmangels zu einem nochmaligen Ansteigen der Herzfrequenz und zum Zusammenbruch des Stoffwechsels für den Herzmuskel gekommen sei. Eine andere Ursache für diesen Verlauf scheide aus.

(3)

- 26 Ein Monitoring hätte mit einer Wahrscheinlichkeit von mindestens 50 % Aufschluss über das Vorliegen eines Sauerstoffmangels, eine erhöhte Herzfrequenz und somit die Kontraindikation der Inhalationstherapie erbracht und die Therapie mit Sultanol wäre folglich nicht eingeleitet worden. Vielmehr wäre es zu einer Sauerstoffgabe gekommen, die den Herzstillstand mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.

(4)

- 27 Der bei der Klägerin eingetretene hypoxisch-ischämische Hirnschaden, der zu der Schwerstbehinderung der Klägerin geführt habe, sei auf den Kreislaufstillstand zurückzuführen, der wiederum auf das unterlassene Monitoring und die kontraindizierte Inhalationstherapie zurückzuführen sei (Sachverständigengutachten Prof. Dr. S..., Privatsachverständiger Prof. Dr. S...).

- 28 Die Beklagte habe hingegen nicht nachweisen können, dass die Schäden auf die Frühgeburtlichkeit zurückzuführen seien, die bei der Klägerin vorhandenen Schäden (Klumpfuß, Hakenfuß, chronische Lungenerkrankung) seien durch das Geschehen am 29.1.02 schwerwiegend überlagert worden und wären anderenfalls frühzeitig behandelbar und behebbar gewesen.

(5)

- 29 Auf weitere Behandlungs- und Aufklärungsfehler könne die Klägerin die Haftung der Beklagten nicht stützen, auch wenn in dem fortgesetzten Unterlassen des Monitoring während der Reanimation ein grober Befunderhebungsfehler zu sehen sei, denn es sei davon auszugehen, dass der Hirnschaden schon eingetreten war, als die Unterlassung des die Reanimation begleitenden Monitorings als grob fehlerhaft anzusehen gewesen sei.

(6)

- 30 Die Beklagte sei daher – Verjährung liege nicht vor – verpflichtet, der Klägerin Schadensersatz und Schmerzensgeld zu zahlen.

31 Jedoch habe die Klägerin trotz entsprechendem Hinweis und der Ankündigung
ergänzenden Vortrags durch ihren Prozessbevollmächtigten einen Anspruch auf Zahlung
von Mehrbedarfsaufwendungen für ihre Pflege hinsichtlich der Höhe nicht ausreichend
dargelegt, insoweit sei die Klage daher abzuweisen.

32 Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des
Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

C.

33 **Gegen das Urteil des Landgerichts haben beide Parteien Berufung im Umfang ihrer
jeweiligen Beschwer eingelegt.**

34 Die Klägerin trägt vor:

35 *Zur eigenen Berufung*

1.

36 Auch das fehlende Monitoring bei der Reanimation stelle einen eigenen groben
Behandlungsfehler dar, der zur Haftung der Beklagten führe.

37 Eine Haftung der Beklagten ergebe sich auch nach den Grundsätzen über das
Organisationsverschulden.

2.

38 Das Landgericht habe zu Unrecht wegen angeblich unzureichender Angaben von der
Einholung eines Pflegegutachtens abgesehen.

39 Für den Zeitraum März 2002 bis einschließlich Juni 2010 stehe ihr unter Berücksichtigung
einer notwendigen 24stündigen Pflege an 365 Tagen im Jahr abzüglich von
Kinderbetreuungs- bzw. Schulzeiten und Sowieso-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
Pfleagemehrbedarf von 852.091,00 EUR zu. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird
auf den Schriftsatz der Klägerin vom 5.5.17 (Bl. 98 f. Bd. III d.A.) Bezug genommen.

3.

- 40 Der Zinsanspruch ergebe sich daraus, dass die Beklagte eine Schadensersatzleistung definitiv und endgültig abgelehnt habe, so dass eine weitere Mahnung und/oder Fristsetzung durch die Klägerin nicht erforderlich gewesen sei.
- 41 *Zur Berufung der Beklagten*
- 42 Das Landgericht sei unter Berufung auf die Begutachtung von Prof. Dr. S... zu Recht von einem groben Behandlungsfehler ausgegangen. Im vorliegenden, konkreten Fall habe zwingend eine Sauerstoffsättigung gemessen werden müssen, das Gleiche gelte für das Monitoring.
- 43 Der Vortrag der Beklagten zu angeblich möglichen Alternativursachen sei verspätet und unzutreffend.
- 44 Wie vom Sachverständigen richtig erkannt, hätten die Vorerkrankungen der Klägerin behandelt und behoben werden können.
- 45 Die Ansprüche seien nicht verjährt; das Landgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin erst durch das Gutachten des vorgerichtlichen Sachverständigen S... Kenntnis von einem möglichen Behandlungsfehler erlangt habe.
- 46 Die Klägerin hat zunächst (Sitzungsprotokoll vom 10.11.16, Bl. 35 Bd. III d.A.) hinsichtlich des Pflegemehraufwandes beantragt, die Beklagte unter Abänderung des Urteils des Landgerichts zur Zahlung von 713.912,42 EUR nebst Zinsen zur verurteilen.
- 47 Im Hinblick auf die zur beliebigen Verrechnung erfolgte Zahlung der Beklagten in Höhe von 500.000,00 EUR am 12.8.16 hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 23.2.17 (Sitzungsprotokoll Bl. 43 Bd. III d.A.) den Rechtsstreit hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung in der Hauptsache für erledigt erklärt.
- 48 Mit Schriftsatz vom 5.5.17 (Bl. 98 III d.A.) hat die Klägerin die Klage hinsichtlich des Pflegemehraufwandes für die Zeit von März 2002 bis Juni 2010 unter Berücksichtigung der Feststellungen des Sachverständige K... erweitert und beantragt zuletzt,
- 49 unter Abänderung des am 17.12.13 verkündeten Urteil des Landgerichts Berlin – 5 O 56/12 – die Beklagte zu verurteilen,
- 50 1. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszins bezüglich des Schmerzensgeldes

(500.000,00 EUR) bereits ab 1.1.09, hilfsweise 9.7.09 und weiter hilfsweise ab 15.8.09 zu zahlen;

- 51 2. Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszins bezüglich des zuerkannten materiellen Schadensersatzanspruchs (6.966,75 EUR) bereits ab 1.1.09, hilfsweise 9.7.09 und weiter hilfsweise ab 15.8.09 zu zahlen;
- 52 3. an die Klägerin weitere 852.091,00 EUR nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit 1.1.09, hilfsweise 9.7.09 und weiter hilfsweise ab 15.8.09 zu zahlen (materieller Schadensersatz),
- 53 4. die Klägerin von weiteren Ansprüchen ihres Prozessbevollmächtigten wegen der außergerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen in Höhe von 3.248,70 EUR freizustellen.
- 54 Die Beklagte hat der Hauptsachenerledigungserklärung widersprochen und beantragt,
- 55 die Berufung der Klägerin zurückzuweisen
- 56 sowie
- 57 unter Änderung des angefochtenen Urteils die Klägerin mit der Klage auch hinsichtlich der Klageerweiterung abzuweisen.
- 58 Insoweit beantragt die Klägerin,
- 59 die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.
- 60 Die Beklagte trägt vor:
- 61 *Zur Berufung der Klägerin*

- 62 Der jetzige Vortrag der Klägerin zu einer angeblichen Haftung nach dem Organisationsverschulden sei verspätet und in der Sache unrichtig.
- 63 Die nach wie vor erhobene Einrede der Verjährung sei berechtigt.
- 64 Die Berechnung des Mehraufwandes durch die Klägerin sei in verschiedener Hinsicht unzutreffend, wegen der Einzelheiten wird insbesondere auf die Schriftsätze vom 24.4.17 und 26.7.17 (Bl. 83, 124 Bd. III d.A.) Bezug genommen.
- 65 *Zur eigenen Berufung*
- 1.
- 66 Das Landgericht sei zu Unrecht von einem groben Befunderhebungs- und Behandlungsfehler ausgegangen, die Klägerin sei nach dem im Jahre 2001 anerkannten und gesicherten Stand der medizinischen Wissenschaft behandelt worden. Zum damaligen Standard der Kinderklinik der Beklagten habe es nicht gehört, bei einem Kind mit asthmatoider Situation vor Inhalations-Therapiebeginn eine Sauerstoffsättigung zu messen. Dieses gelte auch für die angebliche Notwendigkeit eines Monitoring.
- 67 Der Sachverständige Prof. Dr. S... habe eine unzulässige ex-post-Bewertung vorgenommen.
- 68 Jedenfalls habe kein grober Behandlungsfehler vorgelegen, so dass die Klägerin für die von ihr behauptete Schadenskausalität beweisbelastet sei, § 286 ZPO.
- 2.
- 69 Der Herzkreislauf-Stillstand habe noch andere Ursachen haben können, als die vom Sachverständigen zugrunde gelegte Überdosierung von Sultanol in Kombination mit bereits vorhandenem Sauerstoffmangel.
- 70 Es stelle sich auch die Frage einer zerebralen Vorschädigung vor den Ereignissen am 29.1.02 und von zerebralen Veränderungen danach. Letzten Endes könnten auch angesichts der komplexen Vorgeschichte der Klägerin keine hinreichend genauen Aussagen für die kausalen Zusammenhänge zwischen den Ereignissen am 29.1.02 und dem jetzigen Zustand der Klägerin gemacht werden.
- 3.

- 71 Das Schmerzensgeld in Höhe von 500.000,00 EUR sei übersetzt, auch wenn es sich um einen sehr tragischen Fall handle. Auch angesichts der noch vorhandenen intellektuellen Fähigkeiten sei allenfalls ein Schmerzensgeld in einer Größenordnung von etwa 300.000 EUR angemessen.
- 4.
- 72 Etwaige Ansprüche der Klägerin seien verjährt.
- 73 Die Mutter der Klägerin habe bereits im Jahre 2002, spätestens im Jahre 2004 Kenntnis jedenfalls grob fahrlässige Unkenntnis von einem angeblichen Behandlungsfehler gehabt.
- 74 Wegen der übrigen Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in der Berufungsinstanz wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze und auf den Inhalt der von ihnen im Original oder in Kopie vorgelegten Urkunden, insbesondere auf die Krankenunterlagen Bezug genommen.
- 75 Der Senat hat weiter Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 16.9.15 (Bl. 150 Bd. II d.A.).
- 76 Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Fachgutachten zum Pflegebedarf des Pflegesachverständigen K... K... vom 30.3.16, die protokollierte Erläuterung des Sachverständigen im Termin am 23.2.17 (Sitzungsprotokoll Bl. 43 Bd. II d.A.) sowie auf die Stellungnahme des Sachverständigen zum Schlafbedürfnis bei Kindern vom 15.5.17 (Bl. 104 Bd. III d.A.) Bezug genommen.
- 77 Durch Beschluss des Senats vom 12.6.17 ist nach § 128 Abs. 2 ZPO in das schriftliche Verfahren übergegangen worden, Bl. 116 Bd. III d.A.

II.

A.

- 78 Die Berufung der Klägerin hat überwiegend Erfolg.
- 79 Die Berufung der Beklagten, mit welcher sich diese gegen eine Haftung dem Grunde nach und gegen die Höhe des vom Landgericht zuerkannten Schmerzensgeldes wendet, ist hingegen unbegründet.
- 80 Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichem Umfang gemäß §§ 280, 253

Abs. 2 und § 843 Abs. 1 BGB begründet.

81 Insbesondere war der Klägerin - anders als in dem angefochtenen Urteil geschehen - der in Ziffer 4. des Tenors genannte Betrag für Mehrbedarfsaufwendungen für ihre Pflege in dem Zeitraum März 2002 bis einschließlich Juni 2010 zuzusprechen.

82 Eine Klageabweisung war nur wegen eines Teils des geltend gemacht Pflegemehraufwandes, hinsichtlich des Zinsbeginns und hinsichtlich eines Teils des Anspruchs auf Freistellung von vorgerichtlichen Anwaltskosten geboten.

83 *1. (Grober) Behandlungsfehler*

a.

84 Das Landgericht hat es zu Recht und aus zutreffenden Gründen, auf welche zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird (Seiten 11,12 des Urteils des Landgerichts), als erwiesen angesehen, dass die Klägerin im Hause der Beklagten fehlerhaft versorgt worden ist (Befunderhebungsfehler), weil es unterlassen wurde, bereits bei Aufnahme der Klägerin in die Einrichtung der Beklagten eine akute Zustandsdiagnostik mittels Blutgasanalyse, Monitoring von Herzfrequenz und Atmung oder zumindest durch Messung der Sauerstoffsättigung in die Wege zu leiten. Ergänzend wird auf die Ausführungen des Senats in dem Beschluss vom 11.5.15, durch welchem der Klägerin Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz bewilligt worden ist, Bezug genommen (Bl. 127 Bd. II d.A.).

b.

85 Das Landgericht ist unter Zugrundelegung der gutachterlichen Feststellungen des Sachverständigen Dr. S... zu Recht und aus zutreffenden Gründen (Seite 12 des Urteils), auf welche ebenfalls Bezug genommen wird, zu der Auffassung gelangt, dass der Beklagten sogar ein grober Behandlungsfehler zur Last zu legen ist (vgl. bereits Beschluss des Senats vom 11.5.15, Bl. 127 Bd. II d.A.).

86 Denn im Hinblick auf die Gesamtumstände (schlechter Zustand der Klägerin, die von der behandelnden und einweisenden Kinderärztin Dr. M... auf dem Überweisungsschein vermerkte Diagnose – "Chronische obstruktive Lungenerkrankung ..., akute Exazerbation...Dyspnoe" –, die weitere Mitteilung der behandelnden Kinderärztin auf dem Überweisungsschein, dass die "massive Tachydyspnoe" – Schnellatmung - durch die Sultanol Inhalation "kaum besser" geworden war, es liege ein Sauerstoffmangel vor) war es als völlig unverständlich anzusehen, ohne vorherige Diagnostik und Feststellung der Sauerstoffsättigung eine Inhalationstherapie mit Sultanol einzuleiten, denn Sultanol ist im

Falle eines Sauerstoffmangels und ohne normale Herzaktivität kontraindiziert, weil es hierdurch zu einem weiteren Ansteigen der Herzaktivität kommen kann.

87 **2. Kausalität**

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

89 Der wegen des Vorliegens eines groben Behandlungsfehlers beweisbelasteten Beklagten 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 Beklagten zurückzuführen sind.

90 Wegen der Begründung wird im vollem Umfang zur Vermeidung von Wiederholungen auf die auch aus Sicht des Senats zutreffenden Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts (Seiten 12 bis 15 oben des Urteils) Bezug genommen, in welchen erschöpfend auf alle erheblichen Gesichtspunkte eingegangen worden ist. Das Vorbringen der Beklagten in der Berufungsinstanz bietet keinen Anlass zu weiteren Überlegungen, da keine neuen Gesichtspunkte vorgetragen werden.

3.

91 Auf weitere Behandlungsfehler kann die Klägerin die Haftung der Beklagten nicht stützen.

a.

92 Auch wenn in dem fortgesetzten Unterlassen des Monitorings während der Reanimation ein (weiterer) grober Behandlungsfehler zu sehen ist, fehlt es insoweit an der Kausalität zu der Gesundheitsbeschädigung, weil davon auszugehen ist, dass der Hirnschaden in dem Zeitpunkt, als die Unterlassung des die Reanimation begleitenden Monitorings – spätestens fünf Minuten nach Beginn der Reanimation - als grob fehlerhaft anzusehen gewesen ist, schon eingetreten war. Wegen der Begründung wird auf Ausführungen auf den Seiten 15 unten bis 17 des Urteils des Landgerichts Bezug genommen.

b.

- 93 Soweit sich die Klägerin in der Berufungsinstanz auch auf ein Organisationsverschulden beruft und geltend macht, die Klägerin habe bei – unterstelltem – durchgeführten Monitoring bei Aufnahme und dadurch gewonnener Erkenntnis über den schlechten Gesundheitszustand sogleich auf die Kinderintensivstation gebracht werden müssen, wo mit großer Wahrscheinlichkeit bereits eine erste Intubation erfolgreich durchgeführt worden wäre, beinhaltet dieser Vorwurf in Wirklichkeit nicht ein angeblich unzureichendes Behandlungsmanagement in der Einrichtung der Beklagten, sondern die Klägerin stellt mit ihren Ausführungen lediglich einen von ihr gemutmaßten Kausalverlauf bei behandlungsfehlerfreiem Vorgehen dar, nämlich dass die Klägerin, wenn bei ihr bereits bei Aufnahme ein Monitoring bzw. eine Zustandsdiagnostik durchgeführt worden wäre, auf die Kinderintensivstation verlegt worden wäre. Dieses kann als zutreffend unterstellt werden und legen auch die Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. S... in dem Gutachten vom 8.7.11 nahe (vgl. z.B. Seite 17 unter 1.c. und 1.d.).
- 94 Dass aber in dem Unterlassen der Durchführung einer Zustandsdiagnostik bei Aufnahme ein grober Behandlungsfehler zu sehen ist und hierauf die Gesundheitsschädigung der Klägerin beruht, ist vom Senat – siehe oben – bereits bejaht worden.

c.

- 95 Soweit die Klägerin ein Organisationsverschulden damit begründet, dass die Klägerin nach dem Herz-Kreislaufstillstand und dem frustranen Intubationsversuch auf die Intensivstation hätte verlagert werden müssen, hat zum einen bereits der MDK-Sachverständige Prof. S... auf Seite 22 seines Gutachtens vom 18.10.10 festgestellt, dass er Organisationsfehler nicht feststellen bzw. aufgrund der Dokumentationslage nicht beurteilen könne. Auch der Sachverständige Prof. Dr. S... hat weder in seinem Gutachten vom 1.7.11 noch bei der Erläuterung im Rahmen des Verfahrens 35 O 310/09 vor dem Landgericht Berlin (Sitzungsprotokoll vom 20.11.12, Bl. 227 Bd. I d.A.) noch bei der Erläuterung im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vor dem Landgericht am 12.3.13 (Sitzungsprotokoll Bl. 233 Bd. I d.A.) das Verbleiben der Klägerin in der Aufnahmestation nach Eintritt des Herz- und Kreislaufstillstandes beanstandet. Im Rahmen der Erläuterung am 12.3.13 hat der Sachverständige Prof. Dr. S... angegeben, dass "insgesamt der Ablauf der Reanimation aus fachlicher Sicht nicht wesentlich beanstandet werden" könne, es sei das "medizinisch Machbare durchgeführt" worden (vgl. Seiten 6, 7 des Sitzungsprotokolls, Bl. 238, 239 Bd. I d.A.).
- 96 Im Übrigen ist für den Senat nicht erkennbar, dass eine Verlegung der Klägerin nach Eintritt des Herz- und Kreislaufstillstandes von der Aufnahmestation in die Kinderintensivstation, die ja auch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, zu einem für den Gesundheitszustand der Klägerin günstigeren Verlauf geführt hätte.

97 4. Verjährung

98 Die Ansprüche der Klägerin sind nicht verjährt. Die Beklagte erhebt ohne Erfolg auch in der Berufungsinstanz die Einrede der Verjährung.

99 Wegen der Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen in dem Urteil des Landgerichts auf den Seiten 20, 21 Bezug genommen. Danach hat die Klägerin bzw. ihre sie vertretende Mutter erst durch das vom MDK beauftragte Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. S... vom 18.10.08 Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Ziffer 2 BGB von den einen Anspruch begründenden Umständen erlangt bzw. hätte Kenntnis erlangen müssen.

100 Soweit die Beklagte in der Berufungsinstanz darauf verweist (vgl. Seiten 9, 10 des Schriftsatzes vom 20.4.14, Bl. 101, 102 Bd. II d.A.), dass die Mutter der Klägerin bereits am 15.11.04 den Prozessbevollmächtigten der Klägerin bevollmächtigt habe und dieser erstmals mit Anwaltsschreiben vom 7.12.04 wegen einer angeblichen Fehlbehandlung an die Beklagte herantreten sei, woraufhin die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 7.1.05 die Krankenakte in Kopie übersandt habe, führt dieses nicht dazu, dass von einer Kenntnis der Klägerin bereits zu diesem Zeitpunkt ausgegangen werden muss, was zur Folge hätte, dass bei Klageerhebung (10.9.10) die dreijährige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB) längst abgelaufen gewesen wäre.

101 Dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 7.12.04 (Bl. 20 Bd. I d.A.) ist lediglich zu entnehmen, dass dieser "zur Überprüfung des Vorfalles und Prüfung der weiteren Vorgehensweise" die Beklagte um die Übersendung der Behandlungsunterlagen bat. Hingegen geht aus dem Schreiben nicht hervor, dass bereits zu diesem Zeitpunkt ein konkreter Anhaltspunkt für einen Behandlungsfehler bestand, auf den die Ereignisse bei der Behandlung in der Einrichtung der Beklagten Ende Januar 2002 zurückzuführen waren. Anlass für die Überprüfung der Ereignisse von Ende Januar 2002 war zwar der tragische Ausgang der Behandlung, aber wie bereits in dem Urteil des Landgerichts im Einzelnen ausgeführt wurde, muss sich dem Patienten als medizinischem Laien bei einem negativen Ausgang ärztlicher Bemühungen noch nicht der Gedanke aufdrängen, dass dieses in einem behandlungsfehlerhaften Geschehen seine Ursache hat, auch wenn sich der Patient aufgrund des für ihn negativen medizinischen Ergebnisses veranlasst sieht, **die Frage**, ob es zu einem Behandlungsfehler gekommen ist, aufzuwerfen und klären zu lassen. Auch aus der Anfang 2005 der Klägerin übersandten Behandlungsdokumentation hat sich für einen medizinischen Laien kein Behandlungsfehler aufgedrängt, vgl. Seite 21 des Urteils des Landgerichts.

5.

102 Hinsichtlich der Schmerzensgeldforderung in Höhe von 500.000,00 EUR ist festzustellen,

dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt ist.

- 103 Die Klägerin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.2.17 (Bl. 43 Bd. II d.A.) den Rechtsstreit im Hinblick auf die am 12.8.17 erhaltene, zur beliebigen Verrechnung geleistete Zahlung der Beklagten in dieser Höhe in der Hauptsache für erledigt erklärt; die Beklagte hat erklärt, sich der Hauptsachenerledigung nicht anschließen zu wollen. Die Erklärung der Klägerin ist dahingehend auszulegen, dass diese nunmehr die Feststellung der Erledigung begehrt (vgl. Zöller-Althammer, ZPO, 32. Auflage, § 91 a Rdnr. 2, 35).
- 104 Die ursprünglich zulässige und begründete Schmerzensgeldklage hat sich in der Hauptsache nach Eintritt der Rechtshängigkeit durch die Zahlung der Beklagten am 12.8.17 erledigt.
- 105 Der Klägerin stand ein Anspruch auf Schmerzensgeld in Höhe der vom Landgericht ausgeteilten 500.000,00 EUR zu.
- 106 Wegen der Begründung wird auf die ausführlichen Darlegungen auf den Seiten 18 bis 20 des Urteils des Landgerichts Bezug genommen, denen sich der Senat anschließt.
- 107 Die Beklagte hat hiergegen in der Berufungsinstanz keine substantiellen Einwendungen vorgetragen, die eine Herabsetzung des Betrages gebieten könnten. Die Beklagte äußert lediglich die Auffassung (vgl. etwa Seite 9 des Schriftsatzes vom 20.3.14, Bl. 101 Bd. II d.A.), es käme auch unter Zugrundelegung der Angaben der Klägerin ein Schmerzensgeld in der Größenordnung von etwa 300.000,00 EUR in Betracht. Die Begründung der Beklagten, die Klägerin habe keine Erinnerung an ihr Leben vor den streitgegenständlichen Geschehnissen (und somit – das will die Beklagte wohl damit zum Ausdruck bringen – nicht das Empfinden eines einschneidenden Bruchs in der Vita) ist nicht stichhaltig, da der Klägerin vielmehr durch die mit ihr lebende Zwillingsschwester tagtäglich ihre Einschränkungen im Vergleich zu dieser vor Augen geführt werden. Diesen Gesichtspunkt hat das Landgericht auch zu Recht bei der Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes berücksichtigt, vgl. Seite 20 des Urteils.
- 108 Ergänzend wird auf die Ausführungen des Senats in dem Beschluss vom 11.5.09 Bezug genommen (Bl. 127 Bd. II d.A.)
- 109 *6. Zinsen auf Schmerzensgeld*
- 110 Der Klägerin stehen Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe bereits ab dem 7.7.09 zu, §§ 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB zu.

a.

- 111 Das Landgericht hat der Klägerin Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.9.10, dem Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift an den Prozessbevollmächtigten der Beklagten (EB Bl. 102 Bd. I d.A.) zugesprochen, diese in den Entscheidungsgründen allerdings als Verzugszinsen nach §§ 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1 BGB bezeichnet (Seite 23 des Urteils), tatsächlich handelte es sich um Prozesszinsen nach §§ 291 BGB.
- 112 Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Prozesszinsen hatte die Klägerin im Termin am 12.3.13 unter Bezugnahme auf die Klageschrift vom 30.8.10 beantragt (Seite 15 des Sitzungsprotokolls, Bl. 147 Bd. I d.A.; Bl. 85 Bd. I d.A.).
- 113 Im Fortsetzungstermin am 15.10.13 hat die Klägerin allerdings aus den in dem Schriftsatz vom 14.10.13 (Bl. 14 Bd. II d.A.) dargelegten Gründen, nunmehr hinsichtlich der Klageanträge zu 1. (Schmerzensgeld) und 2. (Schadensersatz) Zinsen bereits seit dem 1.1.09, hilfsweise seit dem 15.8.09 und weiter hilfsweise seit dem 9.7.09 geltend gemacht (Seite 2 des Sitzungsprotokolls, Bl. 21 Bd. II d.A.).
- 114 Dieses ist vom Landgericht jedoch übersehen worden; im Tatbestand ist hinsichtlich des Zinsbeginns der 10.9.10 bei der Wiedergabe der Anträge aufgeführt worden, Seite 8 des Urteils.
- 115 Mit ihrer Berufung macht die Klägerin weiterhin Zinsen ab 1.1.09, hilfsweise seit dem 15.8.09 und weiter hilfsweise seit dem 9.7.09 geltend, mit der Begründung, die Beklagte habe eine Schadensersatzleistung definitiv und endgültig abgelehnt, daher habe sich die Beklagte auch ohne Mahnung und/oder Fristsetzung in Verzug befunden.
- b.**
- 116 Der Schuldner kommt auch ohne vorherige Mahnung in Verzug, wenn er die geschuldete Leistung endgültig und ernsthaft im Sinne eines "letzten Wortes" ablehnt (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Auflage, § 286 Rdnr. 24, § 281 Rdnr. 14). Dieses ist mit dem Schreiben der Versicherung der Beklagten vom 7.7.09 (Anlage K 18, Bl. 19 Bd. II d.A.) geschehen.
- 117 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus dem Inhalt des Schreibens der Versicherung der Beklagten vom 15.12.08 (Anlage K 16, Bl. 15 Bd. II d.A.) noch keine endgültige Ablehnung, Schadensersatz zu leisten, so dass ein Zinsbeginn ab dem 1.1.09 nicht gerechtfertigt ist.
- 118 In dem Schreiben vom 15.12.08 wird von der Versicherung lediglich die **Auffassung** geäußert, dass etwaige Schadensersatzansprüche verjährt seien ("Wir bitten um

Verständnis, dass wir etwaige Schadensersatzansprüche aus einer Behandlung im Jahre 2002 für verjährt halten. Wir meinen, dass Verjährung hinsichtlich der persönlichen Ansprüche am 31.12.07 eintrat.“), was nicht als endgültigen Ablehnung der Schadensersatzleistung anzusehen ist (Palandt a.a.O. § 281, Rdnr. 14).

- 119 Anschließend wird – unter Hinweis auf das Verfahren mit der Krankenversicherung der Klägerin, wo ebenfalls die Einrede der Verjährung erhoben worden sei, der Verjährungseintritt aber noch geprüft werde – sogar mitgeteilt, dass man sich gegenüber der Klägerin zunächst bis 30.6.09 nicht auf die Einrede der Verjährung berufen werde, es sei denn, Verjährung sei bereits eingetreten.
- 120 Mit Schreiben vom 15.6.09 (Anlage K 17, Bl. 17 Bd. II d.A.) übersandte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin der Versicherung der Beklagten das MDK-Gutachten von Prof. S... vom 18.10.08 “zur Kenntnis, Prüfung und Stellungnahme“, ferner bat er, “weiterhin auf die Einrede der Verjährung 31.12.09 zu verzichten, um außergerichtliche Vergleichsgespräche nicht unnötig zu belasten.“ Ferner forderte er die Versicherung auf “Ihre Haftung dem Grunde nach bis zum 14. August 2009 hierher schriftlich zu erklären.“ Nach fruchtlosem Fristablauf werde er “seiner Mandantin anraten, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.“
- 121 Bereits mit Schreiben vom 7.7.09 antwortete die Versicherung der Beklagten, man sehe sich “außerstande, in eine etwaige Regulierung einzutreten. An unseren bisherigen Ausführungen halten wir fest. Wir bitten um Verständnis, dass wir Ihre Mandantin gegebenenfalls auf den Prozessweg verweisen müssen.“
- 122 Das Schreiben vom 7.7.09 ist vor allem auch im Hinblick auf die vorangegangene Korrespondenz so zu verstehen, dass man sich nunmehr definitiv entschieden hatte, keine außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen zu führen, sondern das Ergebnis eines etwaigen Gerichtsverfahren, auf welches die Klägerin hingewiesen wurde, abzuwarten. Die Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit dieser Aussage ergibt sich auch aus dem Umstand, dass die Versicherung zugleich mit dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 15.6.09 auch ein Exemplar des MDK-Gutachtens von Prof. Dr. S... vom 18.10.08 erhalten hatte, in welchem dieser – zusammengefasst – zu dem Ergebnis kommt, dass er wegen nicht ausreichender Dokumentation die Frage, ob bei der Behandlung der Klägerin der ärztliche Standard eingehalten wurde, nicht beantworten könne. Damit lagen der Versicherung der Beklagten alle Informationen vor, die sie für die Entscheidung darüber, wie sie mit den ihr gegenüber vorprozessual geltend gemachten Ansprüchen umgehen sollte, benötigte.
- 123 *7. Schadensersatz (rollstuhlgerechte Kleidung und Versorgung der Inkontinenz)*
- 124 Der Klägerin 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. Auf die Begründung des Landgerichts auf Seite 21 des Urteils wird Bezug genommen. Gegen die Höhe des Schadensbetrages hat die Beklagte auch in der Berufungsinstanz nichts eingewandt.

125 Hinsichtlich der Zinsen gilt das unter Ziffer 5.b. Gesagte; der Anspruch ist nach §§ 286 Abs. 1 Satz 2, 288 Abs. 1 BGB wegen Verzuges ab 7.7.09 zu verzinsen, da die Beklagte zu diesem Zeitpunkt die Leistung von Schadensersatz endgültig und ernsthaft abgelehnt hat.

126 *8. Mehraufwand für Pflege- und Betreuung*

127 Der Klägerin steht für den Zeitraum vom 27. März 2002 (Entlassung aus der stationären Behandlung am 26.3.02) bis einschließlich Juni 2010 ein Betrag in Höhe von 599.400,00 EUR für verletzungsbedingte Pflege- und Betreuungsleistungen durch die Mutter der Klägerin und die Großmutter der Klägerin mütterlicherseits nach § 843 Abs. 1 BGB zu.

a.

128 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 8.11.77 (VI ZR 117/15, VersR 1978, 14), der sich der Senat angeschlossen hat (vgl. Urteil vom 16.2.15 – 20 U 34/14), sind unentgeltliche Pflegeleistungen durch Familienangehörige "marktgerecht" zu bewerten (*Hervorhebungen durch den hier entscheidenden Senat*):

129 "Richtig ist auch der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß sich der Pflegebedarf des W. nach den Dispositionen bestimmt, die ein verständiger Geschädigter in seiner besonderen Lage getroffen hätte (vgl. BGHZ 54, 82, 85; Senatsurt v 11. November 1969 - VI ZR 91/68 = VersR 1970, 129, 130). Kommen zum Ausgleich der Pflegebedürftigkeit eines Paraplegikers verschiedene Möglichkeiten mit unterschiedlichem Kostenaufwand in Betracht (zB Einstellung einer fremden Pflegekraft, Unterbringung 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. Juli 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. Juli 1973 - VI ZR 60/72 = VersR 1973, 1067, 1068 =

FamRZ 1973, 588, 589)."

b.

- 130 Marktangemessen ist insoweit nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ungeachtet der Qualifikation der die Pflege erbringenden Angehörigen der Nettolohn einer entsprechend qualifizierten Fachkraft (Urteil vom 10.11.98 - VI ZR 354/97) (*Hervorhebungen durch den hier entscheidenden Senat*):
- 131 "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 Beklagte als einstandspflichtige Haftpflichtversicherung) verpflichtet ist, einem Geschädigten im Rahmen des Ersatzes der vermehrten Bedürfnisse auch die ihm gegenüber unentgeltlich erbrachte Pflegetätigkeit (hier die Dienste der Mutter der Melanie H. für ihre Tochter) angemessen abzugelten (vgl. hierzu Senatsurteil 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** (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteil vom 10. Oktober 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. Senatsurteil vom 24. April 1990 - VI ZR 183/89 - VersR 1990, 907)..."

c.

aa.

- 132 Der Senat geht unter Bezugnahme auf seine Entscheidung in einem gleichgelagerten Fall, in welchem die schwerstbehinderte Klägerin durch Familienangehörige 24 Stunden täglich gepflegt wurde (Urteil vom 16.2.15 – 20 U 34/14 -) und in welchem die sachverständige Beratung ebenfalls durch den Sachverständigen Krieger stattfand, von einem Stundensatz von 10,00 EUR netto aus.
- 133 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:
- 134 "Die vom Landgericht im Wege der Schätzung eingesetzten Zahlen (ab S. 15 unten des Urteils) entsprechen im wesentlichen dieser Vorgabe.

- 135 Das Landgericht bildet unter Einsatz des in Berlin erzielten Nettolohns einer entsprechenden Fachkraft nach den Angaben des Pflegegutachter und in Unterscheidung zwischen "Nachtpflegezeiten" (brutto 14,40 € bis 2010 und "Tagpflegezeiten" (brutto 12 € bis 2010, 16 € ab 2010) als Mittelwert einen zutreffenden Multiplikator. Dabei wird der im landgerichtlichen Urteil nicht genannte Rechenweg zur Ermittlung des Multiplikators zum besseren Verständnis der Parteien hier dargestellt.
- 136 $250 \text{ (Werktage)} \times 15 \text{ h} \times 12,00 \text{ €} = 45.000 \text{ €}$
 $250 \text{ (Werktage)} \times 9 \text{ h} \times 14,40 \text{ €} = 32.400 \text{ €}$
 $113 \text{ (Wochenend- u. Feiertage)} \times 24 \text{ h} \times 14,40 \text{ €} = 39.052,80 \text{ €}$
- 137 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 €
- 138 Diesen Betrag unter besonderer Berücksichtigung der Nachtstunden, die die Familie im Wesentlichen abfedert, auf 10,00 € zu runden, ist aus Rechtsgründen nicht anzugreifen.
- 139 c. Entgegen der Ansicht der Klägerin 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.
- 140 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.
- 141 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."
- 142 Wie den oben zitierten Ausführungen zu entnehmen ist, ist damit auch dem Umstand, dass die Klägerin auch nachts, sonn- und feiertags pflegebedürftig ist, Rechnung getragen worden.
- 143 Soweit der Sachverständige K... auf Seite 28 oben seines 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.

- 144 Der Stundensatz von 10,00 EUR ist im vorliegenden Fall nach Auffassung des Senats für jegliche die Versorgung der Klägerin betreffende Tätigkeit zugrunde zulegen. Unter Berücksichtigung der sich aus den Feststellungen des Sachverständigen K... aus dem Gutachten vom 30.3.16 ergebenden notwendigen Intensität der Betreuung, die durch den in der Anlage K 15 dargestellten Tagesablauf veranschaulicht wird, und des Umstandes, dass auch "einfache" Verrichtungen wie etwa Füttern durch die Neigung der Klägerin zum Verschlucken wegen der Überproduktion von Mundspeichel (vgl. etwa Seite 19 des Gutachtens) erschwert werden und die zusätzlichen Schwierigkeiten, die durch spastische Tetraparesen und die Rumpfinstabilität (vgl. im Einzelnen etwa Seite 11 des Gutachtens) verursacht werden, verbietet sich eine Differenzierung zwischen den einzelnen Tätigkeiten nach Schweregrad.

bb.

- 145 Der Umstand, dass die die Klägerin seit Oktober 2006 ebenfalls betreuende Großmutter mütterlicherseits im Hinblick auf die Betreuung der Klägerin 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 Klägerin in der Berechnung in dem klageerweiternden Schriftsatz vom 5.5.17 als "Kompromiss" zugrunde gelegten Stundensatz von 14,00 EUR.
- 146 Dieses würde der soeben dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes 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.
- 147 Ferner ist die jetzige finanzielle Schlechterstellung der Großmutter der Klägerin keine der Beklagten als Schädigerin zuzurechnende Folge, sondern beruht auf der – ethisch sehr hoch zu schätzenden – aber letztlich freiwilligen und selbstbestimmten Entscheidung der Großmutter der Klägerin, ihre Arbeitskraft für die Pflege und Betreuung der Klägerin statt in ihrem bisherigen Beruf einzusetzen und damit auch ihre Tochter, die Mutter der Klägerin, bei der Pflege und Betreuung zu unterstützen.

148 Der denkbare Einwand, dass die Großmutter der Klägerin 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 Beklagte 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 Verdienstauffalls 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 Klägerin kaum anders als durch die Arbeitsaufgabe des Angehörigen zu helfen war (im Fall des OLG Bamberg waren andere Versuche gescheitert).

d.

aa.

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

bb.

150 Der Senat geht auch von einem Betreuungsbedarf während der Schlafenszeiten der Klägerin aus.

151 Auch in dieser Zeit ist die Anwesenheit einer Betreuungsperson erforderlich, weil die Klägerin stündlich gewendet und neu gelagert werden muss, was wegen der "ausgeprägten Kontraktoren 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", vgl. Seite 24 oben des Gutachtens des Sachverständigen Krieger vom 30.3.17. Hinzu kommt, dass die Klägerin, 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, Seite 5 des Gutachtens des Sachverständigen Krieger vom 30.3.17.

152 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 Klägerin 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.

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

e.

- 154 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. "ungelehrte" Tätigkeiten, vom Behandlungspflegesatz abzuziehen.

- 155 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 Multiplikatorsatzes für die Grundpflege (netto 5 EUR), vgl. Seite 6 unten des Urteils des Senats vom 16.2.15 – 20 U 34/14).

- 156 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 Klägerin am 19.6.01 berechneten Mittelwerts für die einzelnen Jahre, bei lebensnaher Betrachtung auch nur eine scheinbare Genauigkeit widerspiegeln, werden folgende Sowieso-Zeiten zugrunde gelegt, die insoweit auch der Berechnung der Klägerin auf Seite 2 des Schriftsatzes vom 5.5.17, entsprechen, Bl. 99 Bd. III d.A.:

157

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

158 **f. Fremdbetreuung**

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

160 Unter Berücksichtigung von Ferienzeiten in Höhe von rund 12 Wochen jährlich ergeben sich 40 (Schul)wochen pro Jahr, was 200 Fremdbetreuungstagen entspricht.

161 Soweit die Klägerin hiervon einen weiteren Abzug von pauschal 20 Tagen wegen Erkrankungen der Klägerin, 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 (die Klägerin geht von 160 Tagen aus, weil sie die Ferienzeiten doppelt berücksichtigt hat, Seite 1 des Schriftsatzes vom 5.5.17, Bl. 98 Bd. III d.A.).

g.

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

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

h.

164 Unter Zugrundelegung der von der Klägerin mit dem klageerweiternden Schriftsatz vom 5.5.17 nunmehr vorgenommenen Neuberechnung - hier werden, anders als in der 1. Instanz die Zinsen nicht mehr betragsmäßig ausgerechnet und geltend gemacht - ergibt sich:

165

27.3 2002 bis 31.12.2002

280 Tage x 20 h à 10,00 EUR	56.000,00 EUR
280 Tage x 4 h à 5,00 EUR	5.600,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.	
abzüglich Pflegegeld: 0 EUR	
	61.600,00 EUR

2003

365 Tage x 21 h à 10,00 EUR	76.650,00 EUR
365 Tage x 3 h à 5,00 EUR	5.475,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.	
abzüglich Pflegegeld	3.690,00 EUR
	78.435,00 EUR

2004

366 Tage x 21 h à 10,00 EUR	76.860,00 EUR
366 Tage x 3 h à 5,00 EUR	5.490,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung ./.	
abzüglich Pflegegeld	4.920,00 EUR
	77.430,00 EUR

2005

365 Tage x 22 h à 10,00 EUR	80.300,00 EUR
365 Tage x 2 h à 5,00 EUR	3.650,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Kita:	4.050,00 EUR
15 Wochen x 5 = 75 Tage x 6 h à 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 x 23 h à 10,00 EUR	83.950,00 EUR
365 Tage x 1 h à 5,00 EUR	1.825,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Kita:	10.800,00 EUR
180 Tage x 6 h à 10,00 EUR	
abzüglich Pflegegeld	6.705,00 EUR
	68.270,00 EUR

2007

365 Tage x 23 h à 10,00 EUR	83.950,00 EUR
365 Tage x 1 h à 5,00 EUR	1.825,00 EUR

abzüglich Fremdbetreuung/Schule: 180 Tage x 6 h à 10,00 EUR	10.800,00 EUR
abzüglich Pflegegeld	7.980,00 EUR
	66.995,00 EUR
2008	
366 Tage x 24 h à 10,00 EUR	87.840,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule: 180 Tage x 6 h à 10,00 EUR	10.800,00 EUR
abzüglich Pflegegeld	8.100,00 EUR
	68.940,00 EUR
2009	
365 Tage x 24 h à 10,00 EUR	87.600,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule: 180 Tage x 6 h à 10,00 EUR	10.800,00 EUR
abzüglich Pflegegeld	8.220,00 EUR
	68.580,00 EUR
182 Tage x 24 h à 10,00 EUR	43.680,00 EUR
abzüglich Fremdbetreuung/Schule: 90 Tage x 6 h à 10,00 EUR	5.400,00 EUR
abzüglich Pflegegeld	4.110,00 EUR
	34.170,00 EUR

166 Insgesamt ergibt sich damit ein Schadensersatzbetrag für die Klägerin in der Zeit vom 27.3.2002 bis 30.6.2010 in Höhe von 599.400,00 EUR.

9.

167 Wegen des Zinsanspruchs wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

10.

168 Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Feststellungsantrag, wie vom Landgericht auf den Seiten 21,22 des Urteils ausgeführt, begründet ist.

11.

169 Bei der Berechnung des Freistellungsbetrages hinsichtlich der Anwaltskosten kann nach alledem ein Gegenstandswert in Höhe von 1.299.400,00 EUR zugrunde gelegt werden:

170

	8.371,41 EUR
1,3 Geschäftsgebühr	7.014,80 EUR
Postpauschale	20,00 EUR
19 % Umsatzsteuer	

B.

171 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 Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (vgl. § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

172 Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 92, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

173 Bei der Kostenquotelung für die 2. Instanz ist zugunsten der Klägerin berücksichtigt worden, dass im Zeitpunkt der Hauptsachenerledigungserklärung über einen Betrag von 500.000,00 EUR am 23.2.17 bereits alle Gerichts- und Anwaltsgebühren entstanden waren, so dass es nicht gerechtfertigt ist, die Klägerin mit der für sie ungünstigen Kostenquote zu belasten, die sich wegen der Verringerung des Gesamtstreitwerts ergibt. Die Kostenquote von 16 % ergibt sich aus dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen bei Annahme eines (fiktiven) Gesamtstreitwerts ohne die Hauptsachenerledigung, also 1.559.057,75 EUR zu 252.691,00 EUR (Unterliegen der Klägerin).