

# TE OGH 2007/12/11 5Ob148/07m

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.12.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Floßmann als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hurch, Dr. Höllwerth, Dr. Grohmann und Dr. E. Solé als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Irmgard U\*, 2. Christian G\*, beide vertreten durch Mag. Gerhard Moser, Rechtsanwalt in Murau, gegen die beklagte Partei L\*gesellschaft, \*, vertreten durch Dr. Ernst Maiditsch M.B.L. - HSG Rechtsanwaltsgeellschaft m.b.H. in Klagenfurt, und deren Nebenintervenientin Dr. Ingrid Z\*, vertreten durch Dr. Günther Moshammer, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen 204.578,52 EUR s.A. und Feststellung (Streitwert 4.000 EUR), über die ordentlichen Revisionen der Beklagten und deren Nebenintervenientin gegen das Zwischen- und Teilurteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 8. März 2007, GZ 3 R 12/07w-45, mit welchem das Zwischen- und Teilurteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 9. November 2006, GZ 24 Cg 193/04w-31, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Beiden Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, den Klägern die mit 2.552,86 EUR (darin 425,47 EUR an Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Kläger lebten seit 1998 in Lebensgemeinschaft. Die Erstklägerin ist die Mutter zweier Kinder, die aus einer früheren Ehe stammen und 1987 bzw 1992 geboren wurden. Zur Empfängnisverhütung verwendete die Erstklägerin zunächst die Spirale, die sie im März 2001 entfernen ließ.

Am 11. 6. 2001 begab sich die Erstklägerin zur Nebenintervenientin (Fachärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe) als Frauenärztin, die die Schwangerschaft der Erstklägerin in der 7. Schwangerschaftswoche (= SSW) feststellte. Die Erstklägerin dachte nicht an eine Schwangerschaftsunterbrechung; eine solche stand bei einem gesunden Kind für die Erstklägerin nicht zur Diskussion. Die Nebenintervenientin empfahl der Erstklägerin auf Grund deren Alters (von damals 36 Jahren), die Risikoambulanz (= Ambulanz für pränatale Diagnostik und Therapie) des Landeskrankenhauses K\* (LKH) aufzusuchen und sie überwies die Erstklägerin dorthin. Die Nebenintervenientin klärte die Erstklägerin über die Möglichkeit der Fruchtwasseruntersuchung auf und legte ihr diese medizinisch nahe. Es war klar, dass es in der Risikoambulanz zu einer Risikoabwägung dahin kommen werde, ob es notwendig sei, eine Fruchtwasseruntersuchung durchzuführen. Der Nebenintervenientin ging es um die Abklärung der Gefahr des Mongolismus (= Trisomie 21) des Kindes; andere Umstände, die allenfalls durch die Fruchtwasseruntersuchung auch aufgeklärt werden könnten, besprach die Nebenintervenientin mit der Erstklägerin nicht.

Am 25. 7. 2001 (14. SSW) untersuchte Oberarzt Dr. Franz L\* in der Risikoambulanz des LKH die Erstklägerin in

Anwesenheit des Zweitklägers. Auf die Frage, warum sie gekommen sei, erklärte die Erstklägerin unter Hinweis auf ihr Alter, sie wolle auf „Nummer sicher gehen“ und ein gesundes Kind zur Welt bringen. Beim damaligen „first trimester screening“ wurden die Scheitelsteißlänge und die Nackentransparenz des Fetus gemessen und mit einem Computerprogramm das Risiko der Erstklägerin bestimmt, ein Kind mit einer Chromosomenstörung Trisomie 21 zu tragen. Die Untersuchung ergab ein adjustiertes Risiko von 1:928; das ist deutlich besser als das sogenannte Altersrisiko von 1:221. Das Risiko, bei einer Fruchtwasserpunktion eine Fehlgeburt zu erleiden und ein gesundes Kind zu verlieren, liegt bei 1:100 und war damit neunmal höher als die Chance, bei der Punktion eine Trisomie 21 zu entdecken. Oberarzt Dr. Franz L\* riet der Erstklägerin daher richtigerweise von einer invasiven Untersuchung ab und erklärte anhand einer Computergraphik das Risiko nach der Nackentransparenzmessung so, als sei die Erstklägerin altersmäßig „auf 26 Jahre heruntergerutscht“.

Die Fruchtwasserpunktion hat allerdings neben der Möglichkeit, die Anzahl der Chromosomen genau zu überprüfen, auch den Vorteil, das Hormon „Alpha-Feto-Protein“ routinemäßig zu überprüfen. Ist dieses Hormon deutlich erhöht, bildet dies einen starken Hinweis darauf, dass der Verschluss der Wirbelsäule, der etwa einen Monat nach der Empfängnis abgeschlossen sein sollte, zumindest teilweise ausgeblieben ist und sich eine spina bifida oder eine Meningomyelozele (= MMC) entwickelt hat, die den Untersucher veranlasst hätte, an die MMC zu denken und zielgerichtet zu untersuchen. Es ist jedoch gängige und vernünftige Praxis, nur auf Grund dieser Möglichkeit keine Fruchtwasserpunktion durchzuführen, zumal eine MMC auch im späteren Ultraschall gut zu erkennen ist. Es kann (gemeint: unter diesen Umständen) niemandem zum Vorwurf gemacht werden, die Fruchtwasserpunktion nicht durchgeführt zu haben.

In der 14. SSW muss eine MMC im Ultraschall noch nicht erkannt werden. Es ist auch unüblich, sich auf alle körperlichen Details des Fetus zu konzentrieren. Dies ist erst Aufgabe des sogenannten Organscreenings in der 20. SSW. Dass bei entsprechend guter Darstellung des Rückenbereichs schon in der 14. SSW die MMC erkannt werden könnte, ist zwar möglich, aber unwahrscheinlich.

Die am 25. 7. 2001 von Oberarzt Dr. L\* durchgeführte Untersuchung verlief fachgerecht. Die Ergebnisse erhielt die Erstklägerin mitgegeben und die Nebeninterventientin per Post.

Die Kläger entschieden sich auf Grund des mit Oberarzt Dr. L\* geführten Gesprächs, die Fruchtwasseruntersuchung nicht durchführen zu lassen.

Oberarzt Dr. L\* hatte mit der Erstklägerin eine weitere Untersuchung für den 5. 9. 2001 vereinbart, die dann Dr. Monika U\*, seit 2001 Fach- und Oberärztin, durchführte. Es herrschte am 5. 9. 2001 in der Risikoambulanz viel Betrieb. Es waren neue Geräte zum Testen vorhanden, weshalb die Datenübertragung vom Ultraschallgerät zum Computer nicht automatisch funktionierte. Die Bilder konnten aber beim Ultraschallgerät ausgedruckt und der Erstklägerin mitgegeben werden.

Ein wesentlicher Aspekt des am 5. 9. 2001 durchgeführten Organscreenings ist ua die Entdeckung von schweren geistigen oder körperlichen Behinderungen wie der MMC. Wenn diese entdeckt wird, muss der Arzt den Eltern sagen, es sei sehr wahrscheinlich, dass das Kind mit einem körperlichen Defekt zur Welt kommt, es einen Rollstuhl brauchen und mit der Stuhl- und Harnabgabe Schwierigkeiten haben werde. Den Eltern ist auch die Variante anzubieten, die Schwangerschaft abbrechen zu lassen. Eine in der 20. SSW festgestellte MMC ist jedenfalls eine Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch. Für einen Schwangerschaftsabbruch bis zur 24. Woche p.m. (post menstruationem) wären damals noch drei Wochen Zeit gewesen. Nach diesem Zeitraum hätte man damals in Österreich niemanden gefunden, der noch einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hätte.

Bei dem von der Beklagten angebotenen Organscreening ist nach gewissen Strukturen vorzugehen. Oberarzt Dr. L\* war damals Ultraschaller der Stufe 2, womit die gesamte Abteilung diesen Anforderungen gerecht zu werden hatte. Zu den Strukturen zählt, dass das Kleinhirn zu messen und zu visualisieren (Fotodokumentation) ist. Für den vorliegenden Fall liegt keine Maßzahl für das Kleinhirn vor. Diese ist zwar für eine Diagnose der MMC nicht notwendig, doch ist es für ein Organscreening unabdingbar, das Kleinhirn sonographisch darzustellen. Die Form des Kleinhirns ändert sich bei allen Feten mit MMC deutlich, nämlich es

1. ist schwer darzustellen,
2. verformt sich im Sinn einer Banane (sogenanntes „banana sign“) und

3. verändert die Schädelform von einer Ellipse zu einer Zitrone (sogenanntes „lemon sign“).

Mit Hilfe dieser Zeichen ist die MMC zu ca 95 % (banana sign) bzw zu 98 % (lemon sign) zu entdecken.

Dr. Monika U\* fertigte ua ein Foto an, welches die Wirbelsäule bis zum Brustwirbelsäulenbereich zeigte. Zu sehen war der Schädel, das Mittelecho und - sehr weit seitlich verdrängt - die seitliche Begrenzung des Seitenventrikels, was auf einen beginnenden Wasserkopf hindeutet, der eine Folge der MMC ist. Liegt ein derartiges Foto vor, muss der Arzt weiterforschen.

Dr. Monika U\* schreibt in ihrem Untersuchungsbericht vom 5. 9. 2001 unter „Sonoanatomie“:

Die folgenden Strukturen konnten dargestellt werden und waren sonographisch unauffällig:

Schädel, Gehirn, Wirbelsäule, Thorax, Herz, Bauchwand, Gastrointestinaltrakt, Urogenitaltrakt.

Die folgenden Strukturen wurden nicht untersucht:

Gesicht, Hals/Haut, Extremitäten, Gesamtskelett (Blg ./8).

„Wurden nicht untersucht“ ist die Formulierung laut Computerprogramm und bedeutet, dass diese Teile für Dr. Monika U\* nicht einsehbar waren.

Anhand der Extremitäten wären Rückschlüsse auf die Krankheit möglich gewesen, weil Klumpfüße zu sehen gewesen wären. Es ist nicht verständlich, warum diese Strukturen nicht untersucht worden sind, warum Dr. Monika U\* nicht einen erfahrenen Arzt um Hilfe bat, wenn sie sich außer Stande sah, gewisse Strukturen zu visualisieren, oder warum die Erstklägerin keinen Wiederbestellungstermin erhielt.

Abgesehen von der Textierung des Untersuchungsberichts (Blg ./8) teilte Dr. Monika U\* der Erstklägerin nicht mit, dass gewisse Teile nicht untersucht worden waren. Man hätte der Erstklägerin auch erklären müssen, warum die Strukturen nicht untersucht wurden. Tatsächlich sagte Dr. Monika U\* der Erstklägerin, es sei alles in Ordnung.

Zu den üblichen Problemen einer Ambulanz gehört es, dass der erfahrenste Arzt nicht alle Schwangeren untersuchen kann. Es muss aber eine Strategie für den Fall auftretender Schwierigkeiten vorliegen. Wenn etwa gewisse anatomische Details nicht eingestellt werden können, muss klar sein, dass ein erfahrener Arzt zu holen oder eine Wiederbestellung zu veranlassen ist. Dies ist Aufgabe der Führung der Ambulanz oder Abteilung.

Die Untersuchung der Erstklägerin in der 20. SSW erfolgte - zusammengefasst - auf Grund unklarer organisatorischer Abläufe innerhalb der Ambulanz nicht fachgerecht.

Die Nebeninterventientin hat trotz einer großen Anzahl von Ultraschalluntersuchungen bis zur Geburt des Kindes der Kläger nie Wahrnehmungen in Richtung Wasserkopf, Klumpfüße oder offene Wirbelsäule gemacht. Unabhängig davon muss allerdings ein niedergelassener Facharzt, wenn er einen Befund wie den vom 5. 9. 2001 erhält und sieht, dass nicht alles aufscheint, den Patienten nochmals zum Organscreening schicken.

Am 12. 1. 2002 in der 38. SSW brachte die Erstklägerin mittels Kaiserschnitt den mj. Florian G\* mit einer MMC höheren Schweregrads verbunden mit beidseitigen Klumpfüßen, einer offenen Wirbelsäule und einem Wasserkopf zur Welt. Er musste in kurzer Zeit mehrfach operiert werden und wird für immer behindert bleiben (Rollstuhl, Probleme bei Stuhl- und Harnabgabe). Dauer- und Spätfolgen sind die Regel.

Wenn den Klägern rechtzeitig gesagt worden wäre, ihr Kind leide an MMC, hätten sie die Schwangerschaft rechtzeitig abbrechen lassen.

Die Kläger (als Eltern) begehren von der Beklagten (als Betreiberin der Risikoambulanz des LKH) aus dem Titel des Schadenersatzes wegen Verletzung des zwischen der Erstklägerin und der Beklagten bestandenen ärztlichen Behandlungsvertrags die Zahlung von 204.578,52 EUR s.A. als Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwands für ihr behindertes Kind für die Zeit ab der Geburt bis einschließlich Juli 2006 sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche künftigen Aufwendungen, Pflegeleistungen und sonstigen Vermögensnachteile, die mit der Obsorge, Pflege und Erziehung des mj. Florian in Zusammenhang stehen. Die Erstklägerin habe alles für eine komplikationslose Schwangerschaft und Geburt unternommen und sämtliche Untersuchungen durchführen lassen, um jedes Risiko von Fehlbildungen auszuschließen. Dennoch sei eine Fruchtwasserpunktion weder am 25. 7. noch am 5. 9. 2001 durchgeführt worden. Die Erstklägerin sei über Risiken und Vorteile weiterer Untersuchungen nicht aufgeklärt, sondern dahin informiert worden, dass keine Fehlbildungen vorlägen und das Kind bei bester Gesundheit

sei. Bei der Untersuchung am 25. 7. 2001 sei der Rückenbereich des Fetus nicht gut darstellbar, bei jener am 5. 9. 2001 sei die Ausweitung des Gehirnventrikels nicht ausschließbar gewesen und im Befund sei vermerkt, dass gewisse Strukturen nicht untersucht worden seien, was jedenfalls Zweifel am Vorliegen eines unauffälligen Befundes auslösen hätte müssen. Bei weiteren Untersuchungen hätten dann die offene Wirbelsäule, die bestehende Blase im Wirbelsäulenbereich und auch die Klumpfüßchen auffallen können. Auf Grund der Fehler der behandelnden Ärzte sei es zu der bei richtiger Aufklärung nicht gewollten Geburt eines behinderten Kindes gekommen. Die Erstklägerin hätte bei Kenntnis der schweren Fehlbildungen die Schwangerschaft rechtzeitig und fristgerecht abbrechen lassen.

Die Beklagte beantragte Abweisung der Klagebegehren. Das Kind der Kläger sei mangels Verhütung ein Wunschkind gewesen, weshalb ein alffälliger Schaden nur im erhöhten Unterhaltsbedarf bestehen könne. Die Erstklägerin habe eine Fruchtwasserpunktion unterlassen, weshalb sie sich ein Mitverschulden anrechnen lassen müsse. Bei der Beklagten seien alle notwendigen Untersuchungen durchgeführt worden, um das pränatale Risiko abzuschätzen. Hinweise auf Fehlbildungen seien nicht vorgelegen. Dass nicht alle Strukturen darstellbar gewesen seien, sei auf die Lage des Fetus zurückzuführen gewesen und sei nichts Außergewöhnliches. Die Nebeninterventientin hätte die Erstklägerin nochmals in die Risikoambulanz einweisen müssen; weil dies unterblieben sei, sei der Beklagten die Möglichkeit einer nochmaligen Abklärung genommen worden, was eine Haftung der Beklagten ausschließe.

Die Nebeninterventientin brachte im Wesentlichen vor, die Erstklägerin habe eine Fruchtwasserpunktion trotz Erörterung dieser Möglichkeit abgelehnt. Da bestimmte Strukturen beim Organscreening nicht darstellbar gewesen seien, hätte die Erstklägerin wiederbestellt werden müssen, was immer Sache des betreffenden Instituts und nicht des behandelnden Facharztes sei. Die Unterlassung der Wiederbestellung der Erstklägerin bilde ein Organisationsverschulden der Beklagten.

Das Erstgericht sprach mit Zwischenurteil aus, dass „der Anspruch“ (gemeint: das Zahlungsbegehren) der klagenden Partei (gemeint: der Kläger) dem Grunde nach in dem Ausmaß zu Recht bestehe, als die Aufwendungen für das Kind über den Basisunterhalt hinausgingen und auf die MMC zurückzuführen seien. Mit Teilurteil stellte das Erstgericht fest, dass die Beklagte den Klägern für alle künftigen Aufwendungen, Pflegeleistungen und sonstigen Vermögensnachteile, die mit der Obsorge, Pflege und Erziehung des Kindes in Zusammenhang stehen, soweit zu haften haben, als diese über den Basisunterhalt hinausgingen und auf die MMC zurückzuführen seien. Das Feststellungsmehrbegehren wies das Erstgericht ab.

Auf der Grundlage des eingangs zusammengefassten, wesentlichen Sachverhalts war das Erstgericht rechtlich der Ansicht, beim - als Wunschkind geplanten - mj. Florian sei im Rahmen des in der 20. SSW vorgenommenen Organscreenings die MMC trotz darauf hindeutender Veränderungen auf Grund unklarer organisatorischer Abläufe bei der Beklagten nicht wahrgenommen worden. Gegebenenfalls hätte eine Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch bestanden, welchen die Kläger auch durchführen hätten lassen. Der vertraglich geschützte Wille der Vertragspartner des Arztes gehe zwar nach der Judikatur dahin, überhaupt keinen Unterhaltsaufwand für ein behindertes Kind zu tragen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn es sich - wie hier - um ein Wunschkind handle, dessen Basisunterhalt immer eingeplant gewesen sei. Ein den Klägern erwachsener Schaden könne nur der sein, der aus der Behinderung erwachse, die es schließlich durch die Beratung des Arztes zu verhindern gegolten habe. Den gesamten Unterhalt zuzusprechen wäre auch deshalb unbefriedigend, weil dann der vorsätzliche Verursacher einer Behinderung des Kindes besser gestellt wäre als der Arzt, dem nur vorzuwerfen sei, fahrlässig den „Schaden“ nicht verhindert zu haben. Das Erstgericht schließe sich überdies der vom Obersten Gerichtshof in 6 Ob 303/02f (= VR 2004/644 = RdM 2004/36, 50 [Kletecka] = JBI 2004, 311 [Bernat] = EFSIg 104.719) vertretenen Ansicht an, wonach die Bejahung der Arzthaftung in Fällen von Unterhaltsschäden wegen fehlerhafter Beratung nicht ausufern solle. Hier liege auch kein krasses Fehlverhalten wie im Fall der E 1 Ob 91/99k (= SZ 72/91 = JBI 1999, 593 = EFSIg 90.128) vor, weil der Beklagten hier „nur“ ein organisatorischer Mangel vorzuwerfen sei. Insgesamt sei daher nur der über den Basisunterhalt hinausgehende, auf die MMC zurückzuführende Unterhaltsaufwand als Schaden anzusehen.

Das Berufungsgericht gab den gegen den klagsstattgebenden Teil des Ersturteils gerichteten Berufungen der Beklagten und der Nebeninterventientin nicht Folge. Der Berufung der Kläger gab das Berufungsgericht Folge und änderte das Ersturteil dahin ab, dass es den - gesamten - Anspruch der Kläger auf Ersatz des Pflegeaufwands, Regelbedarfs und der Fahrtkosten für den mj. Florian als dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte und die Haftung der Beklagten für - sämtliche - künftigen Aufwendungen und Pflegeleistungen und sonstige Vermögensnachteile, die mit der Obsorge, Pflege und Erziehung des Kindes im Zusammenhang stehen, feststellte.

Rechtlich war das Berufungsgericht - zusammengefasst - der Ansicht, Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien, das Zustandekommen eines ärztlichen Behandlungsvertrags zwischen der Erstklägerin und der Beklagten sowie dessen Schutzwirkung für den Zweitkläger seien unstrittig. Mit dem in der 20. SSW vorgenommenen Organscreening werde die „letzte Chance“ geschaffen, die - rechtmäßige - Möglichkeit des - hier nach den Krankheitsfolgen für das Kind auch gerechtfertigten - Schwangerschaftsabbruchs nach § 97 Abs 1 Z 2 StGB wahrzunehmen, weshalb diese Untersuchung besonders sorgfältig und vollständig durchzuführen gewesen sei. Bei diesem Organscreening sei zum einen der Hinweis auf einen beginnenden Wasserkopf als Folge der MMC unbeachtet geblieben, obwohl ein derartiger Hinweis den Arzt zu weiteren Nachforschungen verpflichte. Zum anderen hätten nicht alle körperlichen Details des Fetus befunden werden können, womit die Untersuchung unvollständig geblieben sei und ihren primären Zweck nicht erfüllen habe können. Das Übersehen des Hinweises auf einen beginnenden Wasserkopf und das Unterlassen eines neuerlichen Organscreenings mangels Einsehbarkeit aller Strukturen stellten grobe Verletzungen der Pflichten aus dem mit der Erstklägerin abgeschlossenen Behandlungsvertrag dar, wofür die Beklagte dem Grunde nach einzustehen habe. Ein Mitverschulden der Erstklägerin liege nicht vor. Komme es auf Grund des Beratungsfehlers des Arztes zur Geburt eines nicht gewollten Kindes, dann sei der gesamte Unterhaltsaufwand der daraus resultierende und im Rechtswidrigkeitszusammenhang stehende Schaden. Die Nichtgewährung des Basisunterhalts lasse sich auch nicht mit dem Hinweis begründen, es habe sich um ein „Wunschkind“ gehandelt, beruhe diese Entscheidung doch auf Zeugung des Kindes in Unkenntnis der später vorliegenden schweren Behinderung. Schließlich sei auch kein Ausufern der Schadenersatzpflicht durch Zuspruch des Basisunterhalts zu gewärtigen, weil dieser in der Regel ohnehin geringer sein werde als der behinderungsbedingte Mehraufwand. Insgesamt lasse sich daher die Ausklammerung des Basisunterhalts aus der Schadenersatzpflicht auf zivilrechtlicher Grundlage nicht rechtfertigen. Das Zahlungsbegehren der Kläger sei daher dem Grund nach ebenso zur Gänze berechtigt wie deren Feststellungsbegehren. Rechtlich war das Berufungsgericht - zusammengefasst - der Ansicht, Aktiv- und Passivlegitimation der Parteien, das Zustandekommen eines ärztlichen Behandlungsvertrags zwischen der Erstklägerin und der Beklagten sowie dessen Schutzwirkung für den Zweitkläger seien unstrittig. Mit dem in der 20. SSW vorgenommenen Organscreening werde die „letzte Chance“ geschaffen, die - rechtmäßige - Möglichkeit des - hier nach den Krankheitsfolgen für das Kind auch gerechtfertigten - Schwangerschaftsabbruchs nach Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, StGB wahrzunehmen, weshalb diese Untersuchung besonders sorgfältig und vollständig durchzuführen gewesen sei. Bei diesem Organscreening sei zum einen der Hinweis auf einen beginnenden Wasserkopf als Folge der MMC unbeachtet geblieben, obwohl ein derartiger Hinweis den Arzt zu weiteren Nachforschungen verpflichte. Zum anderen hätten nicht alle körperlichen Details des Fetus befunden werden können, womit die Untersuchung unvollständig geblieben sei und ihren primären Zweck nicht erfüllen habe können. Das Übersehen des Hinweises auf einen beginnenden Wasserkopf und das Unterlassen eines neuerlichen Organscreenings mangels Einsehbarkeit aller Strukturen stellten grobe Verletzungen der Pflichten aus dem mit der Erstklägerin abgeschlossenen Behandlungsvertrag dar, wofür die Beklagte dem Grunde nach einzustehen habe. Ein Mitverschulden der Erstklägerin liege nicht vor. Komme es auf Grund des Beratungsfehlers des Arztes zur Geburt eines nicht gewollten Kindes, dann sei der gesamte Unterhaltsaufwand der daraus resultierende und im Rechtswidrigkeitszusammenhang stehende Schaden. Die Nichtgewährung des Basisunterhalts lasse sich auch nicht mit dem Hinweis begründen, es habe sich um ein „Wunschkind“ gehandelt, beruhe diese Entscheidung doch auf Zeugung des Kindes in Unkenntnis der später vorliegenden schweren Behinderung. Schließlich sei auch kein Ausufern der Schadenersatzpflicht durch Zuspruch des Basisunterhalts zu gewärtigen, weil dieser in der Regel ohnehin geringer sein werde als der behinderungsbedingte Mehraufwand. Insgesamt lasse sich daher die Ausklammerung des Basisunterhalts aus der Schadenersatzpflicht auf zivilrechtlicher Grundlage nicht rechtfertigen. Das Zahlungsbegehren der Kläger sei daher dem Grund nach ebenso zur Gänze berechtigt wie deren Feststellungsbegehren.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts enthält den Ausspruch, die ordentliche Revision sei - wegen der anhaltend geäußerten Kritik der Lehre an der vom Berufungsgericht übernommenen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (gemeint offenbar: 5 Ob 165/05h) - zulässig.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richten sich die ordentlichen Revisionen der Beklagten und der Nebeninterventientin.

Die Beklagte bekämpft aus den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung das Urteil des Berufungsgerichts im gesamten Umfang mit dem primären Antrag auf Abänderung im Sinn der gänzlichen Abweisung der Klagebegehren. In eventu wird die Abänderung des

Berufungsurteils dahin angestrebt, den Klagebegehren nur hinsichtlich der über den Basisunterhalt hinausgehenden Aufwendungen für den mj. Florian stattzugeben, und hilfsweise wird auch noch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Nebenintervenientin bekämpft das Urteil des Berufungsgerichts wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung insoweit, als darin eine Haftung der Beklagten in einem dem Grunde nach 50 % übersteigenden Umfang und auch für den Basisunterhalt bejaht wird. Die Nebenintervenientin beantragt die Abänderung des Berufungsurteils dahin, dass die Ansprüche der Kläger für nicht mehr als 50 % als zu Recht bestehend erkannt werden und nur für die über den Basisunterhalt hinausgehenden künftigen Aufwendungen die Haftung der Beklagten bejaht wird. Hilfsweise stellt auch die Nebenintervenientin einen Aufhebungsantrag.

Die Kläger erstatteten Revisionsbeantwortungen jeweils mit dem Antrag, den Revisionen der Beklagten und der Nebenintervenientin nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil zum Umfang der Schadenersatzpflicht im Fall von „wrongful birth“ („wrongful life“) noch keine - gefestigte - Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vorliegt. Die Revisionen sind aber nicht berechtigt.

1. Zur behaupteten Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens:

1.1.1. Die Beklagte verweist auf zahlreiche Beweisergebnisse, die vermeintliche Ungereimtheiten, Widersprüche und Unvollständigkeiten des vom Sachverständigen Dr. H\* erstatteten Gutachtens und demgegenüber die von der Beklagten behauptete Richtigkeit sowie Schlüssigkeit der Aussage der Zeugin Dr. Monika U\* belegen sollen. Die Beklagte kommt zum Schluss, das Berufungsgericht habe gerade die Aussage dieser Zeugin zu Unrecht unberücksichtigt gelassen und sich mit dieser nicht näher auseinander gesetzt.

1.1.2. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Entscheidung des Berufungsgerichts über eine Beweisrüge mängelfrei, wenn es sich mit dieser befasst, die Beweiswürdigung des Erstgerichts überprüft, nachvollziehbare Überlegungen über die Beweiswürdigung anstellt und in seinem Urteil festhält (RIS-Justiz RS0043150). Das Berufungsgericht hat sich hier mit der Beweisrüge der Beklagten auf sechs Seiten, detailliert nach den einzelnen strittigen Punkten des Tatsachenkomplexes befasst und ist dabei auch auf das seinerzeitige Verhalten der Zeugin Dr. Monika U\* sowie die daraus ableitbaren Folgerungen für deren Glaubwürdigkeit eingegangen (vgl insbesondere Berufungsurteil S. 25). Die Beklagte bekämpft in diesem Punkt in Wahrheit - im Revisionsverfahren unzulässig (RIS-Justiz RS0043131) - die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. 1.1.2. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Entscheidung des Berufungsgerichts über eine Beweisrüge mängelfrei, wenn es sich mit dieser befasst, die Beweiswürdigung des Erstgerichts überprüft, nachvollziehbare Überlegungen über die Beweiswürdigung anstellt und in seinem Urteil festhält (RIS-Justiz RS0043150). Das Berufungsgericht hat sich hier mit der Beweisrüge der Beklagten auf sechs Seiten, detailliert nach den einzelnen strittigen Punkten des Tatsachenkomplexes befasst und ist dabei auch auf das seinerzeitige Verhalten der Zeugin Dr. Monika U\* sowie die daraus ableitbaren Folgerungen für deren Glaubwürdigkeit eingegangen vergleiche insbesondere Berufungsurteil Sitzung 25). Die Beklagte bekämpft in diesem Punkt in Wahrheit - im Revisionsverfahren unzulässig (RIS-Justiz RS0043131) - die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

1.2.1. Die Beklagte beanstandet, das Berufungsgericht habe bei Behandlung ihrer Rechtsrüge zu Unrecht unterstellt, diese sei in bestimmten Punkten nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil sie sich auf neues, in erster Instanz nicht erstattetes Vorbringen stütze. Dies gelte namentlich für das Vorbringen der Beklagten, wonach Dr. Monika U\* die Kläger „über Art und Umfang der Untersuchung, das Ergebnis und die möglichen Folgen aufgeklärt“ habe, und „wonach es den Ärzten nicht möglich gewesen sei, die vorhandenen Missbildungen rechtzeitig zu erkennen“.

1.2.2. Die Beklagte verkennt, dass das Berufungsgericht deren Rechtsrüge in den zuvor (1.2.1.) genannten Punkten nicht infolge unzulässiger Neuerungen, sondern deshalb nicht behandelte, weil die Beklagte insofern nicht von den vom Erstgericht dazu getroffenen Feststellungen ausging (Berufungsurteil S. 49). Dies trifft auch tatsächlich zu und es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Berufung nicht gesetzmäßig ausgeführt ist, wenn und soweit der Berufungswerber dabei nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgeht (RIS-Justiz RS0043603). 1.2.2. Die Beklagte verkennt, dass das Berufungsgericht deren Rechtsrüge in den zuvor (1.2.1.) genannten Punkten nicht infolge unzulässiger Neuerungen, sondern deshalb nicht behandelte, weil die Beklagte insofern nicht von den vom Erstgericht

dazu getroffenen Feststellungen ausging (Berufungsurteil Sitzung 49). Dies trifft auch tatsächlich zu und es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass die Berufung nicht gesetzmäßig ausgeführt ist, wenn und soweit der Berufungswerber dabei nicht vom festgestellten Sachverhalt ausgeht (RIS-Justiz RS0043603).

1.3. Nach Ansicht der Beklagten „wurde auf die ... in der Rechtsrüge (vgl. Seite 25 ff der Berufung) geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel nicht bzw nur minimal eingegangen“. (Vermeintliche) sekundäre Feststellungsmängel sind allerdings der Rechtsrüge zuzuordnen (6 Ob 274/04v; 10 ObS 33/04g; 10 ObS 216/01; vgl RIS-Justiz RS0043304), und die Rechtsrüge ist nur dann dem Gesetz gemäß ausgeführt, wenn dargelegt wird, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache durch das Berufungsgericht unrichtig erscheint (RIS-Justiz RS0043603). Auf den genannten pauschalen, substanzlosen und in der gesamten Revision nicht weiter ausgeführten Vorwurf ist daher nicht weiter einzugehen.

1.3. Nach Ansicht der Beklagten „wurde auf die ... in der Rechtsrüge vergleiche Seite 25 ff der Berufung) geltend gemachten sekundären Feststellungsmängel nicht bzw nur minimal eingegangen“. (Vermeintliche) sekundäre Feststellungsmängel sind allerdings der Rechtsrüge zuzuordnen (6 Ob 274/04v; 10 ObS 33/04g; 10 ObS 216/01; vergleiche RIS-Justiz RS0043304), und die Rechtsrüge ist nur dann dem Gesetz gemäß ausgeführt, wenn dargelegt wird, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache durch das Berufungsgericht unrichtig erscheint (RIS-Justiz RS0043603). Auf den genannten pauschalen, substanzlosen und in der gesamten Revision nicht weiter ausgeführten Vorwurf ist daher nicht weiter einzugehen.

1.4.1. Nach Meinung der Beklagten habe das Berufungsgericht, ohne die dafür maßgeblichen Beweismittel anzuführen, zusätzliche und auch überschießende Feststellungen getroffen. So habe das Berufungsgericht zur Untersuchung am 5. 9. 2001 angenommen, man hätte bereits die Klumpfüße des Kindes sehen können, während dies erst bei einer späteren Ultraschalluntersuchung durch die niedergelassene Fachärztin (gemeint: die Nebeninterventientin) der Fall gewesen sei. Zu Unrecht gehe das Berufungsgericht überdies davon aus, bei der Untersuchung am 5. 9. 2001 hätte Dr. Monika U\* beim Fetus den beginnenden Wasserkopf erkennen müssen.

1.4.2. Das Erstgericht hat zur Untersuchung am 5. 9. 2001 festgestellt, dass die Extremitäten nicht einsehbar waren. „Bei den Extremitäten hätte man Rückschlüsse auf die Krankheit ziehen können, man hätte die Klumpfüße sehen können“ (Ersturteil S. 9). Besagte Annahme entspricht demnach dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt.

1.4.2. Das Erstgericht hat zur Untersuchung am 5. 9. 2001 festgestellt, dass die Extremitäten nicht einsehbar waren. „Bei den Extremitäten hätte man Rückschlüsse auf die Krankheit ziehen können, man hätte die Klumpfüße sehen können“ (Ersturteil Sitzung 9). Besagte Annahme entspricht demnach dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt.

Weiters gingen die Feststellungen des Erstgerichts dahin, dass Dr. Monika U\* bei der Untersuchung am 5. 9. 2001 ein Foto anfertigte, auf dem der Schädel zu sehen war, das Mittelecho und - sehr weit seitlich verdrängt - die seitliche Begrenzung des Seitenventrikels, was auf einen beginnenden Wasserkopf hindeutet, der eine Folge der MMC ist. Liegt ein derartiges Foto vor, muss der Arzt weiterforschen (Ersturteil S. 9; Berufungsurteil S. 9). Nicht mehr und nicht weniger als „das Übersehen eines Hinweises auf einen beginnenden Wasserkopf“ wirft das Berufungsgericht der untersuchenden Ärztin in diesem Punkt vor (Berufungsurteil S. 40). Das Berufungsgericht hat daher auch in diesem Punkt keine zusätzlichen oder vom Erstgericht abweichenden Feststellungen zugrunde gelegt. In Wahrheit stellen die Ausführungen der Beklagten auch in diesem Zusammenhang eine unzulässige Bekämpfung der Beweiswürdigung dar. Weiters gingen die Feststellungen des Erstgerichts dahin, dass Dr. Monika U\* bei der Untersuchung am 5. 9. 2001 ein Foto anfertigte, auf dem der Schädel zu sehen war, das Mittelecho und - sehr weit seitlich verdrängt - die seitliche Begrenzung des Seitenventrikels, was auf einen beginnenden Wasserkopf hindeutet, der eine Folge der MMC ist. Liegt ein derartiges Foto vor, muss der Arzt weiterforschen (Ersturteil Sitzung 9; Berufungsurteil Sitzung 9). Nicht mehr und nicht weniger als „das Übersehen eines Hinweises auf einen beginnenden Wasserkopf“ wirft das Berufungsgericht der untersuchenden Ärztin in diesem Punkt vor (Berufungsurteil Sitzung 40). Das Berufungsgericht hat daher auch in diesem Punkt keine zusätzlichen oder vom Erstgericht abweichenden Feststellungen zugrunde gelegt. In Wahrheit stellen die Ausführungen der Beklagten auch in diesem Zusammenhang eine unzulässige Bekämpfung der Beweiswürdigung dar.

Die behaupteten Mängel des Berufungsverfahrens liegen nicht vor; einer weitergehenden Begründung bedarf dies nicht (§ 510 Abs 3 ZPO). Die behaupteten Mängel des Berufungsverfahrens liegen nicht vor; einer weitergehenden Begründung bedarf dies nicht (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

2. Rechtsprechung, Lehre und Gesetzgebung zum „Unterhaltsschaden“:

2.1. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner E vom 14. 9. 2006, 6 Ob 101/06f (Zak 2006/599, 343, 2006/610, 358 [Kletecka] = Zak 2006/610, 358 = EvBl 2006/171, 899 [B. Steininger] = EF-Z 2006/79, 131 [Leitner] = FamZ 2006/70, 198 [Neumayr] = ecolex 2006/389, 900 [Wilhelm] = RZ 2007, 51 EÜ64 - RZ 2007 EÜ64 = RdM 2007/3, 7 [Hollaender] = RdM 2007/23, 20 [Huber] = JBI 2007, 171 = Jus-Extra OGH-Z 4261 = ÖA 2007/280, 81), zum genannten Thema umfangreich bis dahin vorgelegene österreichische Rechtsprechung und Lehre sowie ausgewählte ausländische (insbesondere deutsche) Judikatur und Literatur referiert. Auf diese Darstellung in der E 6 Ob 101/06f kann zunächst - zur Vermeidung von Wiederholungen - verwiesen werden (weitere deutschsprachige Literatur [ohne Anspruch auf Vollständigkeit] etwa Weimar, Schadenersatz für den Unterhalt eines nicht erwünschten Kindes?, FS Hegnauer [1986] 651 [654]; Fellmann, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, 323, 333 ff; Kuhn, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient, in Honsell [Hrsg], Handbuch des Arztrechts [1994], 21, 33 ff; Fellmann, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 879 f; Tobler/Stolker, „Wrongful Birth“ - Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden, AJP 1997, 1145; R. Reimann, Das Kind als Schaden - eine haftungsrechtliche Frage im Widerstreit deutscher Gerichte, *Imago Hominis* [1998]; 5: 179; A. Reinhart, Familienplanungsschaden. Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht II [1999]; Rüetschi, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation. Zugleich ein Beitrag zur Problematik „Kind als Schaden“, AJP 1999, 1359; Chr. Wagner, Das behinderte Kind als Schaden, NJW 2002, 3379; Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz [2002]; U. Riedel, Kind als Schaden, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes [2003]; I. Steiner, Das „Kind als Schaden“ - ein Lösungsvorschlag, ZBJV 137 [2001], 646 ff).

2.1. Der Oberste Gerichtshof hat in seiner E vom 14. 9. 2006, 6 Ob 101/06f (Zak 2006/599, 343, 2006/610, 358 [Kletecka] = Zak 2006/610, 358 = EvBl 2006/171, 899 [B. Steininger] = EF-Z 2006/79, 131 [Leitner] = FamZ 2006/70, 198 [Neumayr] = ecolex 2006/389, 900 [Wilhelm] = RZ 2007, 51 EÜ64 - RZ 2007 EÜ64 = RdM 2007/3, 7 [Hollaender] = RdM 2007/23, 20 [Huber] = JBI 2007, 171 = Jus-Extra OGH-Z 4261 = ÖA 2007/280, 81), zum genannten Thema umfangreich bis dahin vorgelegene österreichische Rechtsprechung und Lehre sowie ausgewählte ausländische (insbesondere deutsche) Judikatur und Literatur referiert. Auf diese Darstellung in der E 6 Ob 101/06f kann zunächst - zur Vermeidung von Wiederholungen - verwiesen werden (weitere deutschsprachige Literatur [ohne Anspruch auf Vollständigkeit] etwa Weimar, Schadenersatz für den Unterhalt eines nicht erwünschten Kindes?, FS Hegnauer [1986] 651 [654]; Fellmann, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, ZBJV 1987, 323, 333 ff; Kuhn, Die rechtlichen Beziehungen zwischen Arzt und Patient, in Honsell [Hrsg], Handbuch des Arztrechts [1994], 21, 33 ff; Fellmann, Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995, 879 f; Tobler/Stolker, „Wrongful Birth“ - Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden, AJP 1997, 1145; R. Reimann, Das Kind als Schaden - eine haftungsrechtliche Frage im Widerstreit deutscher Gerichte, *Imago Hominis* [1998]; 5: 179; A. Reinhart, Familienplanungsschaden. Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht römisch II [1999]; Rüetschi, Haftung für fehlgeschlagene Sterilisation. Zugleich ein Beitrag zur Problematik „Kind als Schaden“, AJP 1999, 1359; Chr. Wagner, Das behinderte Kind als Schaden, NJW 2002, 3379; Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz [2002]; U. Riedel, Kind als Schaden, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes [2003]; römisch eins. Steiner, Das „Kind als Schaden“ - ein Lösungsvorschlag, ZBJV 137 [2001], 646 ff).

Ergänzend darf die E des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. 12. 2005, (BGE) 132 III 359, 4C.178/2005 (= EFSIg 114.097), erwähnt werden, welche ebenfalls die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten für ein gesundes Kind nach fehlgeschlagener Sterilisation zum Gegenstand hatte. Das Schweizerische Bundesgericht führt aus, sei ein Vertrag auf ein von der Rechtsordnung erlaubtes Ziel wie die Sterilisation gerichtet, so habe der Arzt für einen von ihm im Rahmen der Vertragserfüllung zu vertretenden Fehler, durch den das Behandlungsziel nicht erreicht wird, einzustehen. Den Schaden stelle nicht das Kind selbst dar, sondern die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung der Eltern. Die Zusprechung von Schadenersatz für die (ungewollte) finanzielle Belastung der Eltern beinhalte in keiner Weise ein den Grundwerten unserer Gesamtrechtsordnung widersprechendes Unwerturteil über das Kind und verletze dessen Würde nicht. Es sei nichts Außergewöhnliches, in Arzthaftungsfällen Schadenersatz in Höhe der Unterhaltskosten zuzusprechen. Das Großziehen eines Kindes werde auch in anderen Lebensbereichen (zB bei Scheidungen und Unterhaltsverfahren) in Geld berechnet und insofern kommerzialisiert. Die Menschenwürde des (dort: ungeplanten) Kindes stehe einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise nicht entgegen. Die Zusprechung von Schadenersatz diene im Gegenteil dem Kindeswohl, könne doch mit der finanziellen Sicherung die möglichst optimale Entwicklung des Kindes im natürlichen Familienverband unter gleichzeitiger Entlastung der Eltern zugunsten der gesamten Familie - einschließlich

des (zusätzlichen) Kindes - sichergestellt werden. Letztlich kommt das Schweizerische Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Verneinung des Anspruchs zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Sonderregelung für Ärzte bei Sterilisationsfehlern führen würde (zu dieser E s auch Essebier, „Wrongful Birth“ in der Schweiz, ZEuP 2007, 888). Ergänzend darf die E des Schweizerischen Bundesgerichts vom 20. 12. 2005, (BGE) 132 römisch III 359, 4C.178/2005 (= EFSIg 114.097), erwähnt werden, welche ebenfalls die Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten für ein gesundes Kind nach fehlgeschlagener Sterilisation zum Gegenstand hatte. Das Schweizerische Bundesgericht führt aus, sei ein Vertrag auf ein von der Rechtsordnung erlaubtes Ziel wie die Sterilisation gerichtet, so habe der Arzt für einen von ihm im Rahmen der Vertragserfüllung zu vertretenden Fehler, durch den das Behandlungsziel nicht erreicht wird, einzustehen. Den Schaden stelle nicht das Kind selbst dar, sondern die gesetzliche Unterhaltsverpflichtung der Eltern. Die Zusprechung von Schadenersatz für die (ungewollte) finanzielle Belastung der Eltern beinhaltet in keiner Weise ein den Grundwerten unserer Gesamtrechtsordnung widersprechendes Unwerturteil über das Kind und verletzt dessen Würde nicht. Es sei nichts Außergewöhnliches, in Arzthaftungsfällen Schadenersatz in Höhe der Unterhaltskosten zuzusprechen. Das Großziehen eines Kindes werde auch in anderen Lebensbereichen (zB bei Scheidungen und Unterhaltsverfahren) in Geld berechnet und insofern kommerzialisiert. Die Menschenwürde des (dort: ungeplanten) Kindes stehe einer schadenersatzrechtlichen Betrachtungsweise nicht entgegen. Die Zusprechung von Schadenersatz diene im Gegenteil dem Kindeswohl, könne doch mit der finanziellen Sicherung die möglichst optimale Entwicklung des Kindes im natürlichen Familienverband unter gleichzeitiger Entlastung der Eltern zugunsten der gesamten Familie - einschließlich des (zusätzlichen) Kindes - sichergestellt werden. Letztlich kommt das Schweizerische Bundesgericht zum Ergebnis, dass die Verneinung des Anspruchs zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Sonderregelung für Ärzte bei Sterilisationsfehlern führen würde (zu dieser E s auch Essebier, „Wrongful Birth“ in der Schweiz, ZEuP 2007, 888).

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in Deutschland und der Schweiz die dortigen Höchstgerichte weitestgehend (Ausnahme: der 2. Senat des [d]BVerfG, NJW 1993 1751 = EuGRZ 1993, 229) den Unterhaltsschaden nach der Geburt eines ungewollten (auch gesunden) Kindes grundsätzlich als ersatzfähig erkennen (s jüngst etwa [d] BGH 14. 11. 2006, VI ZR 48/06, [gesundes Kind nach fehlgeschlagener Verhütung durch ein „Implanon“-Implantat] mzN zur [d] Judikatur). Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass in Deutschland und der Schweiz die dortigen Höchstgerichte weitestgehend (Ausnahme: der 2. Senat des [d]BVerfG, NJW 1993 1751 = EuGRZ 1993, 229) den Unterhaltsschaden nach der Geburt eines ungewollten (auch gesunden) Kindes grundsätzlich als ersatzfähig erkennen (s jüngst etwa [d] BGH 14. 11. 2006, römisch VI ZR 48/06, [gesundes Kind nach fehlgeschlagener Verhütung durch ein „Implanon“-Implantat] mzN zur [d] Judikatur).

2.2. In der bereits angesprochenen E6 Ob 101/06f hat der Oberste Gerichtshof erkannt, die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes bedeute keinen Schaden im Rechtssinn. Der 2. Senat des Obersten Gerichtshofs hat sich dieser Ansicht in der Folge zu 2 Ob 172/06t (Zak 2007/126, 77 = ecolex 2007/69, 169 [Wilhelm] = RZ 2007, 121 EÜ200) ausdrücklich angeschlossen. Zum Verhältnis dieser Entscheidungen zu jener des erkennenden Senats 5 Ob 165/05h (= RdM 2006/71, 90 = FamZ 2006/31, 63 [Neumayr] = EF-Z 2006/27, 53 [Bernat] = Zak 2006/365, 214 = Rebhahn, Zak 2006/350, 206 = ecolex 2006/231, 564 = ÖA 2006, 166, 75 = Wilhelm, ecolex 2006, 625 = Stärker, FamZ 2007, 4 = Hollaender, RdM 2007/3, 7 = Merckens, AnwBI 2007, 237 = Säaf, AnwBI 2007, 365 = Hinghofer-Szalkay/Hirsch, EF-Z 2007/56, 89) führte der 6. Senat in 6 Ob 101/06f aus, auf die an der E5 Ob 165/05h geäußerte Kritik sei nicht einzugehen, weil sich die Kläger in dem von diesem Senat zu beurteilenden Fall nicht darauf stützten, um die Möglichkeit der Abtreibung gebracht worden zu sein, sondern sie seien aufgrund der vorgenommenen Sterilisation der Meinung gewesen, in Hinkunft keine Kinder mehr bekommen zu können. Der 2. Senat führte zu 2 Ob 172/06t aus, im dort beurteilten Fall handle es sich um „wrongful conception“ (wie in 6 Ob 101/06f) und nicht um „wrongful birth“ (wie in 5 Ob 165/05h); aus diesem Grund müsse auf die in 5 Ob 165/05h vertretene Rechtsmeinung mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts nicht eingegangen werden und umso weniger bestehe ein Anlass für eine Verstärkung des Senats gemäß § 8 OGHG (zu Fragen der Vergleichbarkeit der beurteilten Fälle s auch Hinghofer-Szalkay/Hirsch, Wrongful Conception die Zweite - (K)ein Ende in Sicht, EF-Z 2007/56, 89; dies, ÖJZ 2007/43, 519). Auch der hier erkennende Senat sieht daher keinen Anlass, auf die in den E6 Ob 101/06f und 2 Ob 172/06t - zu anders gelagerten Sachverhalten - vertretenen Rechtsansichten im Detail einzugehen.

2.2. In der bereits angesprochenen E6 Ob 101/06f hat der Oberste Gerichtshof erkannt, die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes bedeute keinen Schaden im Rechtssinn. Der 2. Senat des Obersten Gerichtshofs hat sich dieser Ansicht in der Folge zu 2 Ob 172/06t (Zak 2007/126, 77 = ecolex 2007/69, 169 [Wilhelm] = RZ 2007, 121 EÜ200)

ausdrücklich angeschlossen. Zum Verhältnis dieser Entscheidungen zu jener des erkennenden Senats 5 Ob 165/05h (= RdM 2006/71, 90 = FamZ 2006/31, 63 [Neumayr] = EF-Z 2006/27, 53 [Bernat] = Zak 2006/365, 214 = Rebhahn, Zak 2006/350, 206 = ecolex 2006/231, 564 = ÖA 2006, 166, 75 = Wilhelm, ecolex 2006, 625 = Stärker, FamZ 2007, 4 = Hollaender, RdM 2007/3, 7 = Merckens, AnwBI 2007, 237 = Säaf, AnwBI 2007, 365 = HinghoferSzalkay/Hirsch, EF-Z 2007/56, 89) führte der 6. Senat in 6 Ob 101/06f aus, auf die an der E5 Ob 165/05h geäußerte Kritik sei nicht einzugehen, weil sich die Kläger in dem von diesem Senat zu beurteilenden Fall nicht darauf stützten, um die Möglichkeit der Abtreibung gebracht worden zu sein, sondern sie seien aufgrund der vorgenommenen Sterilisation der Meinung gewesen, in Hinkunft keine Kinder mehr bekommen zu können. Der 2. Senat führte zu 2 Ob 172/06t aus, im dort beurteilten Fall handle es sich um „wrongful conception“ (wie in 6 Ob 101/06f) und nicht um „wrongful birth“ (wie in 5 Ob 165/05h); aus diesem Grund müsse auf die in 5 Ob 165/05h vertretene Rechtsmeinung mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts nicht eingegangen werden und umso weniger bestehe ein Anlass für eine Verstärkung des Senats gemäß Paragraph 8, OGHG (zu Fragen der Vergleichbarkeit der beurteilten Fälle s auch HinghoferSzalkay/Hirsch, Wrongful Conception die Zweite - (k)ein Ende in Sicht, EF-Z 2007/56, 89; dies, ÖJZ 2007/43, 519). Auch der hier erkennende Senat sieht daher keinen Anlass, auf die in den E 6 Ob 101/06f und 2 Ob 172/06t - zu anders gelagerten Sachverhalten - vertretenen Rechtsansichten im Detail einzugehen.

2.3. Die E 5 Ob 165/05h und 6 Ob 101/06f haben in der Lehre regen Widerhall gefunden. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit jeder einzelnen Stellungnahme ist nicht Aufgabe dieser Entscheidung, weshalb (ausdrücklich ohne Anspruch auf Vollständigkeit) nur exemplarisch Grundrichtungen der zu den genannten Vorjudikaten vorgetragenen Meinungen in gebotener Kürze angesprochen werden sollen:

Rebhahn kommt zur E 5 Ob 165/05h (in Zak 2006/350, 206) zum Schluss, die Schadenersatzpflicht wegen der Geburt eines behinderten Kindes führe zu Fragen, die sowohl aus rechtstechnischer wie aus ethischer Sicht äußerst schwierig und nach F. Bydlinski nicht rational lösbar seien. F. Bydlinski wolle dann auf Rechtsprinzipien rekurrieren. Nach Ansicht Rebhahns sei es bei ethisch sehr umstrittenen Fragen, zu denen der Gesetzgeber nicht besonders Stellung genommen habe, eher angeraten, vorhandene allgemeine Regeln des Rechts - hier zum Schadenersatz - lege artis anzuwenden und eine abweichende Bewertung dem Gesetzgeber zu überantworten. Gerade für solche Fälle seien allgemeine Regeln vorhanden. Von diesen Regeln sollte man nur abweichen, falls zwingende Gründe dies verlangten. Dies sei bei Ersatz eines Unterhaltaufwandes der Eltern nicht der Fall, weil damit der Familie nichts genommen werde.

Huber meint in RdM 2007/23, 26 (28), es müsse da wie dort (gemeint: für beide in 5 Ob 165/05h und 6 Ob 101/06f beurteilten Fälle) gelten, dass das Vermögensminus, das durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zugefügt wurde und sich als eine Vertragsverletzung darstellt, die innerhalb des Schutzzwecks des Vertrags liegt, ersatzfähig sein soll. Wenn die Eltern somit - auch zivilrechtlich - rechtmäßig den Fötus hätten abtreiben lassen dürfen und das auch getan hätten, steht ihnen nicht nur der behinderungsbedingte Mehrbedarf, sondern der gesamte Unterhalt zu. Es muss nämlich als legitimer Inhalt eines Vertrags angesehen werden, dass sich die Eltern darüber aufklären lassen und ihre Entscheidung davon abhängig machen (Parapatis, JAP 2006/2007, 116, [118]).

Manche Autoren rufen nach dem Gesetzgeber (s etwa Merckens, Kein Schaden ohne Kind, AnwBI 2007, 237 [239]; in Deutschland etwa Chr. Wagner, NJW 2002, 3379); dessen Untätigkeit entbindet allerdings die Gerichte nicht von ihrer Entscheidungspflicht. Aus dem bisherigen Schweigen des Gesetzgebers einen bestimmten Standpunkt zur vorliegenden Frage abzuleiten, wird in der Lehre - mit Recht - durchwegs abgelehnt (Huber, RdM 2007/23, 26 f; Wilhelm, Just Birth - Wrongful Decision, ecolex 2006, 793).

Eine Reihe von Stellungnahmen zur E 5 Ob 165/05h befassen sich besonders mit der Frage nach Inhalt und Zweck des Behandlungsvertrags und dem Umfang ärztlicher Aufklärungspflicht (vgl. etwa B. Steininger, Verpflichtung zu paternalistischer ärztlicher Aufklärung statt eigenverantwortlicher Patientenentscheidungen? Einige Bemerkungen zur E 5 Ob 165/05h, JBI 2007, 198; Agstner, Unterhalt vom Gynäkologen für wrongful birth und life, NetV 2007, 22). Die dabei angestellten Erwägungen zeichnen sich durch besondere Einzelfallbezogenheit aus und erlauben keine generalisierende Übertragung auf den vorliegenden Fall. Auf die hier für den Arzt maßgeblichen Verhaltenspflichten wird deshalb unten (Punkt 5.) sachverhaltsbezogen eingegangen. Eine Reihe von Stellungnahmen zur E 5

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)