

TE OGH 1999/5/25 1Ob91/99k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.05.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. Verena Z*, 2. Siegbert Z*, und 3. Johann Z*, dieser vertreten durch die Erstklägerin, alle * vertreten durch Dr. Gabriel Lansky, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Gemeinde W*, 2. Univ. Prof. Dr. Ekkehard K*, 3. Univ. Prof. Dr. Eduard G*, alle vertreten durch Schuppich, Sporn & Winischhofer, Rechtsanwälte in Wien, und 4. Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokurator, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen S 249.615,-- sA und Feststellung (Streitwert S 600.000,--) infolge Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 29. Oktober 1997, GZ 16 R 158/97s-75, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 1. Juli 1996, GZ 21 Cg 312/93v-54, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, das in Ansehung der zweit- und der drittbeklagten Partei als Teilurteil bestätigt wird, wird darüber hinaus - in Ansehung der erst- und der viertbeklagten Partei - aufgehoben.

Die Rechtssache wird im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind in Ansehung der erst- und der viertbeklagten Partei weitere Verfahrenskosten.

Die klagenden Parteien sind schuldig, der zweit- und der drittbeklagten Partei die Kosten des Verfahrens erster Instanz, und zwar die erstklagende Partei S 61.670,76 (darin S 10.264,46 USt und S 84,-- Barauslagen), die zweitklagende Partei S 66.956,82 (darin S 11.144,27 USt und S 91,20 Barauslagen) und die drittklagende Partei S 47.574,48 (darin S 7.918,30 USt und S 64,80 Barauslagen) sowie die Kosten der Verfahren zweiter und dritter Instanz, und zwar die erstklagende Partei S 15.719,80 (darin S 2.618,50 USt und S 8,80 Barauslagen), die zweitklagende Partei S 18.577,95 (darin S 3.094,59 USt und S 10,40 Barauslagen) und die drittklagende Partei S 13.338,01 (darin S 2.221,66 USt und S 7,46 Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstklägerin ist die Mutter, der Zweitkläger der Vater des am 2. 1. 1988 geborenen Drittklägers. Der Drittkläger kam schwer behindert zur Welt. Ihm fehlen die beiden oberen Extremitäten. Er hat beiderseits Klumpfüße. Nach den Behauptungen der Kläger ist zudem das linke Bein um eine halbe Oberschenkellänge verkürzt.

Der Zweitbeklagte war Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Er war Universitätsprofessor und Oberarzt an einer Universitätsfrauenklinik. Er war bei der Erstklägerin anlässlich einer früheren Entbindung als Geburtshelfer tätig. Über deren Ersuchen betreute er diese nunmehr während ihrer Schwangerschaft zum Drittkläger in seiner Privatordination gegen das von ihr zu bezahlendes Honorar. Die Entbindung sollte sodann nach dem Willen der Erstklägerin in der Universitätsfrauenklinik, an der der Zweitbeklagte tätig war, auf Kosten der Krankenkasse erfolgen. Der Zweitbeklagte nahm in seiner Ordination an der Erstklägerin neun komplette gynäkologische Untersuchungen vor und führte für sie den Mutter-Kind-Paß. Außerdem führte er zytologische und bakteriologische Sekretuntersuchungen sowie fünf komplette Harnuntersuchungen durch.

Der Zweitbeklagte ist kein Ultraschallspezialist. Er verfügt über kein Ultraschallgerät. Er teilte dies zwar weder der Erstklägerin noch dem Zweitkläger mit, vereinbarte aber mit der Erstklägerin, die Ultraschalluntersuchungen ambulant an der Universitätsfrauenklinik durchführen zu lassen. Der Zweitbeklagte überwies Patientinnen grundsätzlich zu Ultraschalluntersuchungen an Ärzte, die sich mit derartigen Untersuchungen intensiv beschäftigten. Er begleitete die Erstklägerin zur ersten Ultraschalluntersuchung und war dabei anwesend. Die Erstklägerin hatte dem Zweitbeklagten keine speziellen Wünsche über den Inhalt ihrer Betreuung mitgeteilt. Anlässlich der Ultraschalluntersuchungen an der Universitätsfrauenklinik wurden keine speziellen Fragen an sie gestellt.

Der Drittbeklagte ist Vorstand der von der Erstklägerin zur Durchführung der Ultraschalluntersuchungen (und zur Entbindung) aufgesuchten Universitätsfrauenklinik, deren Rechtsträgerin die Erstbeklagte ist.

Suchte im Jahre 1987 eine Patientin die Universitätsfrauenklinik etwa in der 10. Schwangerschaftswoche wegen einer Ultraschalluntersuchung auf, wurde sie automatisch für die 25., 26. oder 27. Schwangerschaftswoche wiederbestellt. Es sollten dadurch nach Art eines "Mißbildungs-Screenings", das damals noch nicht routinemäßig vorgenommen wurde, allfällige Mißbildungen festgestellt werden. Gegenstand der Routine-Ultraschalluntersuchungen im Jahr 1987 war die Klärung der Fragen nach 1. dem Vorhandensein eines lebenden Kindes, 2. der Größe des Kindes entsprechend dem biparietalen Durchmesser in Übereinstimmung mit der Schwangerschaftsdauer und 3. dem Sitz der Plazenta. Ein Ultraschall-Screening beinhaltet dagegen die Suche nach speziellen Entwicklungsstörungen, die mit bestimmten Risikofaktoren zusammenhängen können (so höheres Alter und Vorgeschichte der Mutter, geringe Menge von Fruchtwasser). Ein spezielles "Mißbildungs-Screening" erfolgt bei anamnestischen Belastungen und wenn im Rahmen der routinemäßigen Ultraschalluntersuchung ein hinweisender Befund (zB ein Nackenödem) beobachtet wird.

Im Jahre 1987 wandte man an der von der Erstklägerin aufgesuchten Universitätsfrauenklinik schon die Techniken an, die erforderlich sind, um ein - damals noch nicht so benanntes - "Mißbildungs-Screening" durchzuführen, obwohl der Entwicklungsstand noch nicht dem heutigen entsprach. Ein "Mißbildungs-Screening" unterscheidet sich in der Durchführung von routinemäßigen Ultraschalluntersuchungen dadurch, daß die Untersuchung speziell ausgebildete und besonders erfahrene Ärzte durchführen. Die Ultraschallroutineuntersuchung nehmen hingegen medizinisch-technische Assistenten vor, und zwar meistens zwei unabhängig voneinander. Die Anwesenheit eines Arztes ist nicht erforderlich, allenfalls sind Ärzte, die in Facharztausbildung stehen, zugegen.

Die erste Ultraschalluntersuchung wurde an der Erstklägerin am 11. 6. 1987 vorgenommen. Bei dieser Untersuchung war der Zweitbeklagte anwesend. Die Erstklägerin war zu diesem Zeitpunkt in der 10. Woche schwanger. Weitere Untersuchungen folgten am 6. 8. 1987 (17. Schwangerschaftswoche), am 17. 9. 1987 (23. Schwangerschaftswoche) und am 21. 10. 1987 (28. Schwangerschaftswoche). Bei all diesen Untersuchungen wurde weder das Fehlen der oberen Extremitäten noch das Vorhandensein von Klumpfüßen beim Drittkläger diagnostiziert. Außerhalb der Ultraschalluntersuchung waren mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Hinweiszzeichen auf die Entwicklungsanomalie des Drittklägers gegeben. Es gibt keine Möglichkeit, klinisch, d.h. durch manuelle oder optische Untersuchung, derartige Fehlbildungen vor der Geburt festzustellen.

In der Nacht vom 1. auf den 2. Jänner 1988 ging bei der Erstklägerin Fruchtwasser ab. Sie begab sich in die Universitätsfrauenklinik und wurde dort im Kreißaal von einem Arzt untersucht. Der Zweitbeklagte kam gegen 9 Uhr zur Erstklägerin, untersuchte sie und sprengte die Fruchtblase komplett, worauf die Wehen einsetzten. Um 13,05 Uhr gebar die Erstklägerin den Drittkläger.

Die Erstklägerin hatte sich erhofft, ein gesundes Kind zur Welt zu bringen. Sie war bei der Geburt bei Bewußtsein und bemerkte, daß die Hebammen und Ärzte "blaß" wurden. Eine der Hebammen äußerte sich: "Da ist uns etwas Schreckliches passiert". Der erste Gedanke der Erstklägerin war, daß das Kind tot sei. Sie fragte die Ärzte und

Hebammen, was mit dem Kind sei, erhielt jedoch keine Antwort. Das Personal war offensichtlich erschrocken. Die Klägerin richtete sich auf und bekam das Kind zu sehen. Sie hatte das Gefühl, "die Welt breche zusammen".

Eine Therapie bei Fehlen der oberen Extremitäten oder bei beiderseitigen Klumpfüßen im Uterus ist bis heute nicht möglich. Die Mißbildungen des Drittklägers waren zu keiner Zeit vor seiner Geburt auch nur teilweise zu beheben.

Die Kläger beehrten zunächst, 1. die Beklagten seien zur ungeteilten Hand schuldig, a) der Erstklägerin und dem Zweitkläger S 149.615 und b) der Erstklägerin weitere S 100.000 je sA zu bezahlen; und 2. die Feststellung, daß die beklagten Parteien zur ungeteilten Hand a) der Erstklägerin und dem Zweitkläger für sämtliche künftige Aufwendungen, die diese aufgrund der Behinderung des Drittklägers tragen sowie für sonstige Vermögensnachteile, die wegen der Behinderung des Drittklägers bei ihnen eintreten, und b) dem Drittkläger für sämtliche künftige Aufwendungen, die dieser zur "Bewältigung seines Lebens" durch die erlittene Behinderung zu leisten habe, sowie für sonstige Vermögensnachteile und Schmerzen, die beim Drittkläger aufgrund seiner Behinderung eintreten, zu haften hätten. In der Verhandlungstagsatzung vom 10. 9. 1981 schränkten die Kläger ihr Begehren dahin ein, daß das Leistungsbegehren zu Punkt 1. a) nur vom Zweitkläger gestellt werde und brachten vor, die Erstklägerin und der Drittkläger hätten ihre Ansprüche zu Punkt 1. a) des Begehrens an den Zweitkläger abgetreten (AS 72).

Das Fehlen der Extremitäten hätte bereits bei der ersten, spätestens aber bei der zweiten Ultraschalluntersuchung auffallen müssen. Der Zweitbeklagte habe bei der ersten Ultraschalluntersuchung dauernd den Bildschirm beobachtet und in Anbetracht des Alters der Erstklägerin von 35 Jahren sehen wollen, ob sich die Frucht normal entwickle. Weder bei dieser Ultraschalluntersuchung noch bei den nachfolgenden Untersuchungen seien der Erstklägerin besorgniserregende Befunde mitgeteilt worden. Bei der Ultraschalluntersuchung vom 18. 9. 1987 sei die Erstklägerin wegen Urlaubsabwesenheit des Zweitbeklagten von dessen Vertretern, zwei Universitätsdozenten, behandelt worden. Die die Ultraschalluntersuchung durchführende ärztliche Mitarbeiterin habe der Erstklägerin erklärt, daß es ihrem Kind ausgezeichnet gehe; sie sehe, daß es sich um einen Buben handle.

Die Tatsache, daß die Behinderungen des Drittklägers bei den Untersuchungen nicht diagnostiziert worden seien, sei allen Beklagten zuzurechnen. Die Erstbeklagte sei Rechtsträgerin des Krankenhauses und hafte für ihre Erfüllungsgehilfen. Die Viertbeklagte sei in ihrer Eigenschaft als Rechtsträgerin der Universität zumindest als Betriebsführerin der Universitätsfrauenklinik anzusehen und hafte daher ebenfalls. Den Erst-, dem Dritt- und der Viertbeklagten seien Mängel der Organisation innerhalb der Krankenanstalt anzulasten, die dazu geführt hätten, daß keine ausreichende Vorsorge für korrekte Untersuchungen und für genügend ausgebildetes Personal getroffen worden sei. Der Drittbeklagte verantworte weiters Organisationsmängel in der von ihm geleiteten Station. Der Zweitbeklagte habe die Unterlassung einer hinreichend gründlichen Analyse der durchgeführten Ultraschalluntersuchungen zu verantworten.

Mangels richtiger Diagnose seien die Erstklägerin und der Zweitkläger in Verletzung der umfassenden ärztlichen Aufklärungspflicht nicht rechtzeitig von den Mißbildungen des Drittklägers informiert worden. Man habe nicht sämtliche Untersuchungen durchgeführt, die dem Standard im Jahr 1987 entsprochen haben. Es sei daher unmöglich gewesen, rechtzeitig mit einer gezielten Therapie zu beginnen, um eine zumindest teilweise Heilung zu bewirken. Die Behandlung des Drittklägers hätte bei entsprechender Aufklärung unverzüglich nach der Geburt einsetzen müssen. Der Zeitverlust durch monatelanges Suchen nach geeigneten Spezialisten habe zusätzliche Schäden an der Wirbelsäule des Drittklägers bewirkt. Gymnastische Übungen und eine unverzügliche prothetische Behandlung des Drittklägers hätten seinen Leidenszustand erheblich verbessert. Durch die zeitliche Verzögerung sei eine Verschlechterung der Heilungschancen eingetreten. Es wäre dem Drittkläger eine zusätzliche Einschränkung des Bewegungsapparats erspart geblieben. Die Verzögerung des Einsetzens der Heilbehandlung habe sich dahin ausgewirkt, daß der Drittkläger zumindest während eines halben Jahres jene Bewegungsmöglichkeiten nicht gehabt habe, die er bei rechtzeitiger Aufklärung der Eltern erhalten hätte. Durch die unterlassene Aufklärung sei der Erstklägerin auch die Möglichkeit genommen worden, eine Entscheidung über eine Abtreibung zu treffen. Der Schade sei primär dadurch eingetreten, daß eine Abtreibung unterblieben sei.

Bisher seien Mehraufwendungen im Vergleich zu den Betreuungskosten bei einem nicht behinderten Kind für die Anreise zu Behandlungen, Spezialbekleidung, Anschaffung von Computer und Musikinstrumenten, medizinische Hilfsmittel und für Familientherapie in Höhe des zu Punkt 1. a) geltend gemachten Klagsbetrags entstanden. Die unterhaltspflichtigen Eltern würden auch in Hinkunft entsprechende Mehraufwendungen wegen des erhöhten

Betreuungsbedarfs des Drittklägers haben. Sie hätten daher ein Interesse an der Feststellung der Haftung der Beklagten für diese erhöhten Aufwendungen sowie für die sonstigen infolge der Behinderung des Drittklägers entstehenden Vermögensnachteile. Der Zweitkläger sei in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags der Erstklägerin mit den Beklagten eingeschlossen. Der Drittkläger habe ein gleichgelagertes rechtliches Interesse an der Feststellung der Haftung für seine korrespondierenden Aufwendungen und seinen Minderverdienst. Seine Feststellungsansprüche gründeten sich auch auf die nachgeburtliche Fehlbehandlung, deren Ursache in der mangelnden Aufklärung der Erstklägerin vor seiner Geburt zu erblicken sei.

Die Erstklägerin habe zudem schwere psychische Beeinträchtigungen durch einen Schock bei der Geburt wegen der erst hiebei entdeckten Behinderung des Drittklägers erlitten, wofür ein Schmerzensgeld von S 100.000 angemessen sei. Der Schock der Erstklägerin wäre in dieser Form und Intensität nicht entstanden, hätte sie Zeit gehabt, sich unter Zuziehung professioneller Hilfe auf die Behinderung des Drittklägers vorzubereiten. Einen körperlichen Schaden habe die Erstklägerin nicht erlitten.

Die Beklagten wendeten ein, bei den durchgeführten Ultraschalluntersuchungen seien die Mißbildungen des Drittklägers nicht erkennbar gewesen. Die Untersuchungen hätten dem damaligen Standard in Österreich entsprochen. Es habe auch sonst kein Indiz für das Vorliegen von Mißbildungen gegeben. Weiterreichende Untersuchungen seien von der Erstklägerin weder gewünscht worden noch seien sie indiziert gewesen. Organisationsmängel habe es nicht gegeben, es liege auch kein ärztlicher Kunstfehler vor. Eine medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch habe nicht bestanden. Die Abtreibung wäre rechtswidrig gewesen, weil § 97 StGB nur Straflosigkeit zubillige. Die Nichterkennung der Behinderungen des Drittklägers sei für den weiteren Geschehensablauf nicht kausal gewesen. Beim Drittkläger sei ein Schaden im rechtlichen Sinn nicht eingetreten. Der mit dem Zweitbeklagten abgeschlossene Behandlungsvertrag habe Ultraschalluntersuchungen nicht umfaßt. Die Viertbeklagte wendete ihre mangelnde Passivlegitimation ein, weil sie nicht Rechtsträgerin der Krankenanstalt sei. Die Amtshaftung des Bundes käme lediglich für die im § 43 Abs 1 KAG genau umschriebene Unterrichts- und Forschungstätigkeit in Betracht. Die an der Erstklägerin vorgenommenen Ultraschalluntersuchungen könnten diesen Zwecken jedoch nicht unterstellt werden. Die Beklagten wendeten ein, bei den durchgeführten Ultraschalluntersuchungen seien die Mißbildungen des Drittklägers nicht erkennbar gewesen. Die Untersuchungen hätten dem damaligen Standard in Österreich entsprochen. Es habe auch sonst kein Indiz für das Vorliegen von Mißbildungen gegeben. Weiterreichende Untersuchungen seien von der Erstklägerin weder gewünscht worden noch seien sie indiziert gewesen. Organisationsmängel habe es nicht gegeben, es liege auch kein ärztlicher Kunstfehler vor. Eine medizinische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch habe nicht bestanden. Die Abtreibung wäre rechtswidrig gewesen, weil Paragraph 97, StGB nur Straflosigkeit zubillige. Die Nichterkennung der Behinderungen des Drittklägers sei für den weiteren Geschehensablauf nicht kausal gewesen. Beim Drittkläger sei ein Schaden im rechtlichen Sinn nicht eingetreten. Der mit dem Zweitbeklagten abgeschlossene Behandlungsvertrag habe Ultraschalluntersuchungen nicht umfaßt. Die Viertbeklagte wendete ihre mangelnde Passivlegitimation ein, weil sie nicht Rechtsträgerin der Krankenanstalt sei. Die Amtshaftung des Bundes käme lediglich für die im Paragraph 43, Absatz eins, KAG genau umschriebene Unterrichts- und Forschungstätigkeit in Betracht. Die an der Erstklägerin vorgenommenen Ultraschalluntersuchungen könnten diesen Zwecken jedoch nicht unterstellt werden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es traf zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt folgende Feststellungen:

Ultraschalluntersuchungen von Schwangeren dienten der Feststellung der Schwangerschaft und deren Integrität, der Feststellung des regelrechten Wachstums des Fötus und der Abklärung von Fehlbildungen. Es werde routinemäßig die fetale Größe und die fetale Wachstumsrate erfaßt sowie nach Auffälligkeiten gesucht. Im Jahr 1987 hätten Ultraschalluntersuchungen von der Bauchdecke her eine Beurteilung fetaler Oberflächen und die Darstellung der vier Extremitäten erlaubt. Allerdings seien definierte Aussagen über die Integrität des Fötus der 13. Schwangerschaftswoche nur bei dessen günstiger Lage möglich gewesen. Ultraschalluntersuchungen hätten nach den Vorstellungen in der Bundesrepublik Deutschland in den Jahren 1987 und 1988 zumindest in der 18. und in der 24. Schwangerschaftswoche die Beurteilung der Extremitäten eingeschlossen.

Das Fehlen der Extremitäten beim Drittkläger hätte bei der zweiten, spätestens aber bei der dritten Ultraschalluntersuchung auffallen müssen. Auch bei der Untersuchung am 21. 10. 1987 hätte das Fehlen der oberen Extremitäten erkennbar sein müssen.

Die Erstklägerin hätte aus damaliger Sicht, wenn sie bei der zweiten oder bei der dritten Ultraschalluntersuchung von der Behinderung des Drittklägers erfahren hätte, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen. Die Mißbildungen des Drittklägers haben nach der Geburt keine sofortige Therapie erfordert.

Der von der Erstklägerin behauptete Schock habe darin bestanden, daß sie beim Anblick des Drittklägers unmittelbar nach der Geburt das Gefühl gehabt habe, "die Welt breche zusammen". Eine Aufklärung der Erstklägerin vor der Geburt des Drittklägers über dessen Behinderung hätte den Schock der Erstklägerin nicht gemindert. Es werde nicht festgestellt, daß die Intensität des Schocks der Erstklägerin wegen der unterlassenen Aufklärung vergrößert worden sei.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, § 97 StGB enthalte keine Rechtfertigungsgründe, sondern bloß Strafausschließungsgründe. Dies gebiete eine an Art 2 EMRK orientierte Gesetzesauslegung. Der Drittkläger sei gemäß § 22 ABGB schon als Nasciturus rechtsfähig und daher zivilrechtlich vor der Verletzung seines Lebens geschützt gewesen. Es könne den Klägern nicht deshalb ein Schadenersatzanspruch zustehen, weil der Drittkläger nicht - rechtswidrig - getötet, sondern rechtmäßig am Leben gelassen worden sei. Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, Paragraph 97, StGB enthalte keine Rechtfertigungsgründe, sondern bloß Strafausschließungsgründe. Dies gebiete eine an Artikel 2, EMRK orientierte Gesetzesauslegung. Der Drittkläger sei gemäß Paragraph 22, ABGB schon als Nasciturus rechtsfähig und daher zivilrechtlich vor der Verletzung seines Lebens geschützt gewesen. Es könne den Klägern nicht deshalb ein Schadenersatzanspruch zustehen, weil der Drittkläger nicht - rechtswidrig - getötet, sondern rechtmäßig am Leben gelassen worden sei.

Da nicht feststehe, daß die Intensität des Schocks der Erstklägerin bei der Geburt durch die unterlassene Information über die Behinderung ihres Kindes vergrößert worden sei, bestehe kein Kausalzusammenhang mit der behaupteten Unterlassung der Aufklärung. Soweit sich das Klagebegehren darauf stütze, daß mangels Aufklärung vor der Geburt nicht unverzüglich nach der Geburt mit Behandlungen habe begonnen werden können, reichten die Behauptungen der Kläger nicht hin, um ein solches Begehren zu begründen. Es sei zwar eine Verschlechterung des Zustands des Drittklägers behauptet, dies aber nicht näher ausgeführt worden. Der Hinweis der Kläger, derartige Fragen seien durch einen Sachverständigen zu klären, laufe auf einen unzulässigen Erkundungsbeweis hinaus. Soweit die Kläger ausführten, der Drittkläger habe infolge der Verzögerung seiner Behandlung zumindest ein halbes Jahr lang die sonst gegebenen Bewegungsmöglichkeiten nicht gehabt, seien keine ein Feststellungsbegehren tragenden Dauerfolgen dargelegt worden.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Es sprach aus, daß der Wert des sich auf den Drittbeklagten beziehenden Entscheidungsgegenstands S 50.000 übersteige und daß die ordentliche Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht führte zur rechtlichen Beurteilung aus, es schließe sich jenen Lehrmeinungen an, die sich nachdrücklich gegen das Vorliegen eines ersatzfähigen Vermögensschadens aussprechen, wenn ein Schwangerschaftsabbruch infolge mangelnder Aufklärung über die Schädigung des Fötus unterblieben sei. Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht lege in seiner Entscheidung vom 28. 5. 1993 dar, daß es die Verpflichtung staatlicher Gewalt sei, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, weshalb es sich verbiete, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Der dies offenbar bejahenden Rechtsprechung der deutschen Zivilgerichte könne nicht beigetreten werden. Der auf den behaupteten Schock gegründete Schmerzensgeldanspruch der Erstklägerin bestehe nicht zu Recht, weil für bloß seelische Schmerzen eine Entschädigung nicht gebühre. Die Einwirkungen in die psychische Sphäre müßten zumindest mit sonstigen Verletzungen einhergehen. Zu einer vorbereitenden Behandlung der Psyche der Erstklägerin seien zudem die gynäkologisch betreuenden Ärzte nicht verpflichtet gewesen.

Das Feststellungsbegehren des Drittklägers für künftige Schadensfolgen decke Ansprüche, die durch Unterlassung einer allenfalls möglichen sofortigen Behandlung nach der Geburt insbesondere im ersten Lebensjahr entstanden sein könnten, nicht ab.

Die Revision der Kläger ist zulässig und teilweise auch berechtigt.

Der Oberste Gerichtshof hatte sich bislang nur in der Entscheidung SZ 67/17 mit dem Problemkreis der Ersatzfähigkeit von "Unterhaltsschäden" für ein unerwünschtes Kind aus Anlaß der Klage eines Vaters auf Feststellung der Haftung der Mutter des Kindes für die von ihm zu leistenden Unterhaltsbeträge zu befassen. Dort hatte der Kläger behauptet, er sei von der Mutter des Kindes über die Anwendung empfängnisverhütender Mittel bewußt getäuscht worden, wodurch

diese die Unterhaltsbelastung des Klägers verschuldet habe. Der Oberste Gerichtshof verneinte den Ersatzanspruch, weil auch eine wissentlich unrichtige Auskunft der Mutter über die Empfängnismöglichkeit diese dem Vater eines sodann außer der Ehe geborenen Kindes gegenüber nicht haftbar mache. Das Verhalten zweier volljähriger Partner im Rahmen freiwilliger geschlechtlicher Vereinigung und die sich daraus ergebenden Folgen könnten nicht mit Leistungsstörungen bei Erfüllung vertraglich begründeter Schuldverhältnisse oder mit der schuldrechtlichen Beurteilung deliktischen Verhaltens schlechthin gleichgesetzt werden. Es würden damit Bereiche erfaßt, die schuldrechtliche Dimensionen überschritten und zu ganz anders strukturierten familienrechtlichen Konsequenzen führten. Wegen dieser höchstpersönlichen Drittwirkung sei § 1300 Satz 2 ABGB nicht anzuwenden. Die Bedeutung des letztlich nicht mit Sicherheit beeinflussbaren natürlichen Geschehnisablaufs bei Entstehen neuen Lebens und nicht zuletzt auch das Interesse des ungewollt entstandenen Kindes an der Erfüllung seiner familienrechtlichen Ansprüche gegen beide Elternteile sei schadenersatzrechtlichen Überlegungen nicht zugänglich. Der Oberste Gerichtshof hatte sich bislang nur in der Entscheidung SZ 67/17 mit dem Problemkreis der Ersatzfähigkeit von "Unterhaltsschäden" für ein unerwünschtes Kind aus Anlaß der Klage eines Vaters auf Feststellung der Haftung der Mutter des Kindes für die von ihm zu leistenden Unterhaltsbeträge zu befassen. Dort hatte der Kläger behauptet, er sei von der Mutter des Kindes über die Anwendung empfängnisverhütender Mittel bewußt getäuscht worden, wodurch diese die Unterhaltsbelastung des Klägers verschuldet habe. Der Oberste Gerichtshof verneinte den Ersatzanspruch, weil auch eine wissentlich unrichtige Auskunft der Mutter über die Empfängnismöglichkeit diese dem Vater eines sodann außer der Ehe geborenen Kindes gegenüber nicht haftbar mache. Das Verhalten zweier volljähriger Partner im Rahmen freiwilliger geschlechtlicher Vereinigung und die sich daraus ergebenden Folgen könnten nicht mit Leistungsstörungen bei Erfüllung vertraglich begründeter Schuldverhältnisse oder mit der schuldrechtlichen Beurteilung deliktischen Verhaltens schlechthin gleichgesetzt werden. Es würden damit Bereiche erfaßt, die schuldrechtliche Dimensionen überschritten und zu ganz anders strukturierten familienrechtlichen Konsequenzen führten. Wegen dieser höchstpersönlichen Drittwirkung sei Paragraph 1300, Satz 2 ABGB nicht anzuwenden. Die Bedeutung des letztlich nicht mit Sicherheit beeinflussbaren natürlichen Geschehnisablaufs bei Entstehen neuen Lebens und nicht zuletzt auch das Interesse des ungewollt entstandenen Kindes an der Erfüllung seiner familienrechtlichen Ansprüche gegen beide Elternteile sei schadenersatzrechtlichen Überlegungen nicht zugänglich.

Im österreichischen Schrifttum befaßte sich Mirecki (Bemerkungen zum Ersatz des Unterhaltsschadens, in ÖJZ 1990, 755 ff und 793 ff) mit der Frage, ob die gesetzliche Verpflichtung, Kindern Unterhalt zu leisten, etwa bei Täuschung durch den Geschlechtspartner oder im Falle einer fehlerhaft durchgeführten Sterilisation auf Dritte abwälzbar sei. Er gelangte dabei zum Ergebnis, es sei höchst problematisch, den familienrechtlich geregelten gesetzlichen Unterhalt als schadenersatzrechtliches Vermögensäquivalent heranzuziehen. Andererseits sei es jedoch unerträglich, "Vertragsverletzungen oder deliktisches Verhalten ohne adäquate Sanktion rechtlich bestehen zu lassen". Es liege eine echte Gesetzeslücke vor, die unter Berücksichtigung der dem ABGB immanenten Grundsätze des Kindeswohls und der wirtschaftlichen Tragfähigkeit durch Analogie zu schließen sei.

Koziol (Haftpflichtrecht 13 Rz 2/22 ff und Rz 2/30 ff) setzt sich unter ausführlicher Darstellung der deutschen Lehre und Rechtsprechung mit den Themenkreisen "Die unerwünschte Geburt eines Kindes (wrongful birth) als Schaden?" sowie "Die unerwünschte eigene Existenz (wrongful life) als Schaden?" auseinander. Selbst wenn dem Arzt eine Abtreibung, die zum Schutz höher bewerteter Interessen (§ 97 Abs 2 StGB) gerechtfertigt sei, mißlinge oder er die erforderliche Aufklärung der Mutter unterlassen habe, müsse er dennoch nicht für den Unterhalt des Kindes aufkommen. Die Erlaubnis zur Tötung des Nasciturus werde nicht zum Schutz vor vermögenswerten Belastungen der Eltern eingeräumt. Anders sei die Lage, wenn es um die Verhütung der Schwangerschaft gehe. Der Nachteil, der im Entstehen der Unterhaltspflicht bei einem Fehlschlag der Familienplanung liege, könne durchaus vom Schutzzweck des Vertrags umfaßt sein. Abgesehen von diesen Erwägungen erscheine es aber generell zweifelhaft, ob bei Entstehen einer Unterhaltspflicht für ein unerwünschtes Kind von der Ersatzfähigkeit des Vermögensschadens ausgegangen werden könne. Die Frage der Unterhaltspflicht dürfe nämlich nicht isoliert gesehen werden, weil der Schädiger nicht bloß finanzielle Belastungen verursache, sondern auch die Entstehung einer umfassenden familienrechtlichen Beziehung, die verschiedene materielle, aber vor allem auch ideelle Komponenten enthalte. Die Begründung einer derartigen familienrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung könne insgesamt in aller Regel nicht als Vermögensnachteil verstanden werden. Überlegenswert sei lediglich, ob die Entstehung einer familienrechtlichen Beziehung dann als nachteilig beurteilt werden könne, wenn sie für die Eltern aufgrund ihrer angespannten Verhältnisse als ganz außergewöhnliche Belastung anzusehen sei und der materielle und immaterielle Lebensstandard der Familie durch sie wesentlich

gemindert werde. Dann müsse davon ausgegangen werden, daß sich Vor- und Nachteile nicht wie normalerweise ausgleichen, sondern insgesamt ein vermögensmäßiger Nachteil gegeben sei, den der verantwortliche Schädiger auszugleichen habe. Auch bei der Diskussion über einen Schadenersatzanspruch des behinderten Kindes selbst müsse beachtet werden, daß der Unterhaltsaufwand nicht isoliert betrachtet werden dürfe, weil das Leben aus vielen untrennbar verbundenen materiellen und immateriellen Aspekten bestehe und nicht punktuell eine Belastung für sich herausgegriffen werden dürfe. Es gehe auch nicht an, den krankheitsbedingten Mehraufwand des geschädigten Kindes als ersatzfähigen Schaden anzusehen, weil bei rechtmäßigem Verhalten des Arztes das Kind nicht etwa gesund geboren worden wäre, sondern überhaupt nicht. Der Schaden sei daher vom Arzt nicht verursacht worden. Schließlich sei davon auszugehen, daß der Vertrag mit dem Arzt nur den Schutz dessen Vertragspartner, der Eltern, bezwecke; der Schutz des Kindes werde nur subsidiär für den Fall bestehen, daß die Unterhaltspflichtigen nicht in der Lage seien, den Ersatz zu liquidieren. Koziol (Haftpflichtrecht I3 Rz 2/22 ff und Rz 2/30 ff) setzt sich unter ausführlicher Darstellung der deutschen Lehre und Rechtsprechung mit den Themenkreisen "Die unerwünschte Geburt eines Kindes (wrongful birth) als Schaden?" sowie "Die unerwünschte eigene Existenz (wrongful life) als Schaden?" auseinander. Selbst wenn dem Arzt eine Abtreibung, die zum Schutz höher bewerteter Interessen (Paragraph 97, Absatz 2, StGB) gerechtfertigt sei, mißlinge oder er die erforderliche Aufklärung der Mutter unterlassen habe, müsse er dennoch nicht für den Unterhalt des Kindes aufkommen. Die Erlaubnis zur Tötung des Nasciturus werde nicht zum Schutz vor vermögenswerten Belastungen der Eltern eingeräumt. Anders sei die Lage, wenn es um die Verhütung der Schwangerschaft gehe. Der Nachteil, der im Entstehen der Unterhaltspflicht bei einem Fehlschlag der Familienplanung liege, könne durchaus vom Schutzzweck des Vertrags umfaßt sein. Abgesehen von diesen Erwägungen erscheine es aber generell zweifelhaft, ob bei Entstehen einer Unterhaltspflicht für ein unerwünschtes Kind von der Ersatzfähigkeit des Vermögensschadens ausgegangen werden könne. Die Frage der Unterhaltspflicht dürfe nämlich nicht isoliert gesehen werden, weil der Schädiger nicht bloß finanzielle Belastungen verursache, sondern auch die Entstehung einer umfassenden familienrechtlichen Beziehung, die verschiedene materielle, aber vor allem auch ideelle Komponenten enthalte. Die Begründung einer derartigen familienrechtlichen Eltern-Kind-Beziehung könne insgesamt in aller Regel nicht als Vermögensnachteil verstanden werden. Überlegenswert sei lediglich, ob die Entstehung einer familienrechtlichen Beziehung dann als nachteilig beurteilt werden könne, wenn sie für die Eltern aufgrund ihrer angespannten Verhältnisse als ganz außergewöhnliche Belastung anzusehen sei und der materielle und immaterielle Lebensstandard der Familie durch sie wesentlich gemindert werde. Dann müsse davon ausgegangen werden, daß sich Vor- und Nachteile nicht wie normalerweise ausgleichen, sondern insgesamt ein vermögensmäßiger Nachteil gegeben sei, den der verantwortliche Schädiger auszugleichen habe. Auch bei der Diskussion über einen Schadenersatzanspruch des behinderten Kindes selbst müsse beachtet werden, daß der Unterhaltsaufwand nicht isoliert betrachtet werden dürfe, weil das Leben aus vielen untrennbar verbundenen materiellen und immateriellen Aspekten bestehe und nicht punktuell eine Belastung für sich herausgegriffen werden dürfe. Es gehe auch nicht an, den krankheitsbedingten Mehraufwand des geschädigten Kindes als ersatzfähigen Schaden anzusehen, weil bei rechtmäßigem Verhalten des Arztes das Kind nicht etwa gesund geboren worden wäre, sondern überhaupt nicht. Der Schaden sei daher vom Arzt nicht verursacht worden. Schließlich sei davon auszugehen, daß der Vertrag mit dem Arzt nur den Schutz dessen Vertragspartner, der Eltern, bezwecke; der Schutz des Kindes werde nur subsidiär für den Fall bestehen, daß die Unterhaltspflichtigen nicht in der Lage seien, den Ersatz zu liquidieren.

Noch vor der näheren Erörterung des im Brennpunkt dieses Verfahrens liegenden Problems hält es der erkennende Senat für geboten, festzuhalten, daß er die auch in die Entscheidung SZ 67/17 eingeflossenen Bedenken Koziols gegen die Annahme der Geburt eines gesunden, jedoch unerwünschten Kindes als Ursache ersatzfähigen Vermögensschadens angesichts der dargestellten gewichtigen Argumente teilt. Es erübrigt sich jedoch, darauf näher einzugehen, weil der hier zu beurteilende - menschlich besonders tragische - Fall, in dem die überaus schwere Behinderung eines Kindes im Mutterleib nicht erkannt und den Eltern eine besonders schwere, ihr Leben einschneidend verändernde Belastung aufgebürdet wurde, mit dem Problemkreis der bloß fehlgeschlagenen Familienplanung nicht vergleichbar ist. In einem solchen Fall kann es nicht ohneweiteres - wie vom Berufungsgericht - als ausgeschlossen angesehen werden, aus der unterlassenen Abtreibung Schadenersatzansprüche abzuleiten, räumt doch auch Koziol (aaO Rz 2/29) ein, es sei zumindest überlegenswert, das Entstehen familienrechtlicher Beziehungen insgesamt dann als nachteilig zu beurteilen, wenn sie für die Eltern ganz außergewöhnliche Belastungen darstellen.

Der deutsche Bundesgerichtshof erkennt seit seinem Leiturteil aus dem Jahre 1980 (BGHZ 76, 249) in ständiger

Rechtsprechung den Eltern eines infolge einer mißlungenen Sterilisation oder einer fehlgeschlagenen Abtreibung geborenen ungewollten Kindes einen Schadenersatzanspruch gegen den verantwortlichen Arzt auf Zahlung des erforderlichen Kindesunterhalts zu. Der BGH fordert eine konsequente schadenersatzrechtliche Betrachtungsweise; Ausgangspunkt der rechtlichen Einordnung dieser Fälle sei das Vertragsrecht. Ein Arzt, der im Wege des Arztvertrags bindend die Pflicht übernimmt, Familienplanung durch Sterilisation eines Ehepartners zu ermöglichen, unterliege im Falle deren Durchkreuzung infolge einer fehlgeschlagenen Sterilisation der zivilrechtlichen Vertragshaftung. Der Schaden bestehe in dem durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten gesetzlich geschuldeten Unterhaltsaufwand der unfreiwilligen Eltern. Der BGH betont gleichzeitig, das Kind als Person komme selbstverständlich von Verfassungs wegen - wie auch sonst im Schadenersatzrecht - nicht als Schadensquelle in Betracht, und hält auch ausdrücklich fest, bei Verurteilung zur Zahlung eines Unterhaltsbetrags gehe es nicht darum, dem Kind den personalen Wert abzusprechen, es also zu einem Objekt haftungsrechtlicher Ansprüche herabzuwürdigen (vgl. jüngst BGHZ 124, 128). Der BGH erkennt in ständiger Rechtsprechung auch jener Mutter einen Schadenersatzanspruch zu, die durch falsche oder unvollständige Beratung während der Schwangerschaft über die Möglichkeiten zur Früherkennung von Schädigungen der Leibesfrucht, die auf Wunsch der Mutter die Unterbrechung der Schwangerschaft gerechtfertigt hätten, ein körperlich oder geistig behindertes Kind zur Welt brachte. Ebenso einhellig spricht er allerdings aus, daß ein Ersatzanspruch des Kindes gegen den Arzt nicht bestehe (BGHZ 86, 240; BGHZ 89, 95; BGHZ 124, 128). Der deutsche Bundesgerichtshof erkennt seit seinem Leiturteil aus dem Jahre 1980 (BGHZ 76, 249) in ständiger Rechtsprechung den Eltern eines infolge einer mißlungenen Sterilisation oder einer fehlgeschlagenen Abtreibung geborenen ungewollten Kindes einen Schadenersatzanspruch gegen den verantwortlichen Arzt auf Zahlung des erforderlichen Kindesunterhalts zu. Der BGH fordert eine konsequente schadenersatzrechtliche Betrachtungsweise; Ausgangspunkt der rechtlichen Einordnung dieser Fälle sei das Vertragsrecht. Ein Arzt, der im Wege des Arztvertrags bindend die Pflicht übernimmt, Familienplanung durch Sterilisation eines Ehepartners zu ermöglichen, unterliege im Falle deren Durchkreuzung infolge einer fehlgeschlagenen Sterilisation der zivilrechtlichen Vertragshaftung. Der Schaden bestehe in dem durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten gesetzlich geschuldeten Unterhaltsaufwand der unfreiwilligen Eltern. Der BGH betont gleichzeitig, das Kind als Person komme selbstverständlich von Verfassungs wegen - wie auch sonst im Schadenersatzrecht - nicht als Schadensquelle in Betracht, und hält auch ausdrücklich fest, bei Verurteilung zur Zahlung eines Unterhaltsbetrags gehe es nicht darum, dem Kind den personalen Wert abzusprechen, es also zu einem Objekt haftungsrechtlicher Ansprüche herabzuwürdigen (vergleiche jüngst BGHZ 124, 128). Der BGH erkennt in ständiger Rechtsprechung auch jener Mutter einen Schadenersatzanspruch zu, die durch falsche oder unvollständige Beratung während der Schwangerschaft über die Möglichkeiten zur Früherkennung von Schädigungen der Leibesfrucht, die auf Wunsch der Mutter die Unterbrechung der Schwangerschaft gerechtfertigt hätten, ein körperlich oder geistig behindertes Kind zur Welt brachte. Ebenso einhellig spricht er allerdings aus, daß ein Ersatzanspruch des Kindes gegen den Arzt nicht bestehe (BGHZ 86, 240; BGHZ 89, 95; BGHZ 124, 128).

Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts erkannte im Jahre 1993, die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes komme als Schadensquelle von Verfassungs wegen nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlicher Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Aus diesem Grunde müsse die Rechtsprechung zur herkömmlichen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler überprüft werden (EuGRZ 1993, 229). Der BGH beharrte indes in seinem rund 5 1/2 Monate später ergangenen Urteil BGHZ 124, 128 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich auf seiner bisherigen Rechtsprechung, daß der ärztliche Vertragspartner bei verschuldet mißlungener Sterilisation oder Abtreibung wegen der Unterhaltsbelastung der Eltern in Anspruch genommen werden könne. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts trat in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1997 der Auffassung des 2. Senats in dieser Rechtsfrage entgegen und stellte sich ausdrücklich auf die Seite des BGH. Dessen Urteile verstießen in keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegen den grundsätzlichen Anspruch des Kindes auf Achtung seiner Menschenwürde. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts betonte, mit der Bejahung einer Schadenersatzpflicht des Arztes werde das Kind selbst nicht zum Schadensposten im engeren Sinn gemacht, also nicht seines personalen Eigenwerts beraubt (EuGRZ 1997, 635; vgl. dazu auch Losch/Radau, Die "Kind als Schaden"-Diskussion in NJW 1999, 821). Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts erkannte im Jahre 1993, die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes komme als Schadensquelle von Verfassungs wegen nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlicher Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu

begreifen. Aus diesem Grunde müsse die Rechtsprechung zur herkömmlichen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler überprüft werden (EuGRZ 1993, 229). Der BGH beharrte indes in seinem rund 5 1/2 Monate später ergangenen Urteil BGHZ 124, 128 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich auf seiner bisherigen Rechtsprechung, daß der ärztliche Vertragspartner bei verschuldet mißlungener Sterilisation oder Abtreibung wegen der Unterhaltsbelastung der Eltern in Anspruch genommen werden könne. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts trat in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1997 der Auffassung des 2. Senats in dieser Rechtsfrage entgegen und stellte sich ausdrücklich auf die Seite des BGH. Dessen Urteile verstießen in keinem rechtlichen Gesichtspunkt gegen den grundsätzlichen Anspruch des Kindes auf Achtung seiner Menschenwürde. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts betonte, mit der Bejahung einer Schadenersatzpflicht des Arztes werde das Kind selbst nicht zum Schadensposten im engeren Sinn gemacht, also nicht seines personalen Eigenwerts beraubt (EuGRZ 1997, 635; vergleiche dazu auch Losch/Radau, Die "Kind als Schaden"-Diskussion in NJW 1999, 821).

Die einschlägigen Entscheidungen fanden Widerhall im deutschen Schrifttum. So kommentiert etwa Deutsch die Rechtsprechung des BGH in DJZ 1983, 451 dahin, daß neben den Eltern auch das geschädigte Kind vom Schutzzweck der Norm umfaßt sei und daher einen eigenen Schadenersatzanspruch habe. Stürner, (Das nicht abgetriebene Wunschkind als Schaden", in FamRZ 1985, 753) lehnt dagegen die Judikaturlinie des BGH im wesentlichen ab und hebt hervor, der Gerichtshof unterschätze die immaterielle Komponente der Geburt eines Kindes. Picker (Schadenersatz für das unerwünschte Kind, in AcP 1995, 483) lehnt den Schadenersatz für das unerwünschte Kind ("wrongful birth") zwar ab, bejaht aber in seiner Abhandlung "Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben - 'wrongful life'" (1995) einen eigenen Schadenersatzanspruch des Kindes. Schließlich tritt Zimmermann in DJZ 1997, 131 zwar der These Pickers bei, daß die "gedankliche Relativierung, wie sie mit der Anerkennung von Wiedergutmachungstiteln bei unerwünschten Geburten geschieht, die Maxime der Sakrosanktheit des Menschen" negiere, fordert jedoch deren Anwendung auch auf Ansprüche aus "wrongful birth".

Der erkennende Senat hat erwogen:

Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch straflos, wenn die ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein wird. In dieser "eugenischen Indikation", die nunmehr bevorzugt als "embryopathische Indikation" bezeichnet wird, sieht die Lehre weitgehend einen Rechtfertigungsgrund (Kienapfel, StGB I 4 Rz 9 zu § 97 StGB; Foregger/Kodek/Fabrizy, StGB 6 266; Bertel/Schwaighofer StGB 5 Rz 1 zu § 97 StGB; Schmoller in Triffterer, StGB I Rz 31 f zu § 97 StGB, der dort allerdings die Einordnung als bloßen Tatbestandausschließungsgrund in Erwägung zieht und für eine "allerspätteste Grenze" der Indikation mit der selbständigen Lebensfähigkeit des Fötus eintritt). Gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, zweiter Fall StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch straflos, wenn die ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein wird. In dieser "eugenischen Indikation", die nunmehr bevorzugt als "embryopathische Indikation" bezeichnet wird, sieht die Lehre weitgehend einen Rechtfertigungsgrund (Kienapfel, StGB I 4 Rz 9 zu Paragraph 97, StGB; Foregger/Kodek/Fabrizy, StGB 6 266; Bertel/Schwaighofer StGB 5 Rz 1 zu Paragraph 97, StGB; Schmoller in Triffterer, StGB römisch eins Rz 31 f zu Paragraph 97, StGB, der dort allerdings die Einordnung als bloßen Tatbestandausschließungsgrund in Erwägung zieht und für eine "allerspätteste Grenze" der Indikation mit der selbständigen Lebensfähigkeit des Fötus eintritt).

In Deutschland wurde die embryopathische Indikation, die in § 218a dStGB idF des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes ähnlich wie in Österreich geregelt war, ungeachtet der neutralen Gesetzesformulierung ("Der Abbruch der Schwangerschaft ... ist nicht nach § 218 strafbar, wenn ...") ebenfalls überwiegend als Rechtfertigungsgrund angesehen (Schönke/Schröder, StGB 24 Rz 5 f zu § 218a dStGB; BGHZ 86, 240 unter Hinweis auf die die Rechtsansicht bestätigende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 39, 1 ff]). Seit Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes und des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes 1995 ist die embryopathische Indikation im deutschen StGB nicht mehr eigens geregelt. Sie wird nun durch die medizinisch-soziale Indikation des § 218a Abs 2 StGB umfaßt, die im Gesetz ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund ("Der ... Schwangerschaftsabbruch ... ist nicht rechtswidrig, wenn ...") bezeichnet ist. In Deutschland wurde die embryopathische Indikation, die in Paragraph 218 a, dStGB in der Fassung des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes ähnlich wie in Österreich geregelt war, ungeachtet der neutralen Gesetzesformulierung ("Der Abbruch der Schwangerschaft ... ist nicht nach Paragraph 218, strafbar, wenn ...") ebenfalls überwiegend als Rechtfertigungsgrund

angesehen (Schönke/Schröder, StGB24 Rz 5 f zu Paragraph 218 a, dStGB; BGHZ 86, 240 unter Hinweis auf die die Rechtsansicht bestätigende Stellungnahme des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 39, 1 ff]). Seit Inkrafttreten des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes und des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes 1995 ist die embryopathische Indikation im deutschen StGB nicht mehr eigens geregelt. Sie wird nun durch die medizinisch-soziale Indikation des Paragraph 218 a, Absatz 2, StGB umfaßt, die im Gesetz ausdrücklich als Rechtfertigungsgrund ("Der ... Schwangerschaftsabbruch ... ist nicht rechtswidrig, wenn ...") bezeichnet ist.

Als Rechtfertigungsgrund bricht die embryopathische Indikation mit dem sonst die Rechtfertigungsdogmatik beherrschenden Grundsatz, unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden. Dieser Bruch läßt sich jedoch selbst bei Rechtfertigung medizinischer Indikationslagen (§ 97 Abs 1 Z 2 erster Fall StGB) nicht vermeiden, weil man anderenfalls der betroffenen Schwangeren eine Rettung aus Lebensgefahr auf legalem Weg versagen würde. Daß bei Berücksichtigung von Konflikten, in welche die Schwangere durch ihre Schicksalsgemeinschaft mit dem in ihr wachsenden Leben geraten kann, nicht nur (wie bei der medizinischen Indikation) Lebens- und Gesundheitsinteressen, sondern (wie bei der embryopathischen und der kriminologischen Indikation) auch sonstigen Belangen der Schwangeren Vorrang vor dem ungeborenen Leben eingeräumt wird, steht der Annahme einer Rechtfertigung nicht unbedingt entgegen. Es kommt vielmehr auch für die letztgenannten Indikationen auf eine umfassende Interessensabwägung an. Diese darf nicht auf eine Gegenüberstellung von "Leben gegen Leben" verkürzt werden, sondern hat neben den sonstigen individuellen Belastungen der Schwangeren auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen, d.h. kunstgerechten Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in die Abwägung miteinzubeziehen. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem Makel des Illegalen behaftet wäre. Daher ist auch die embryopathische Indikation als Rechtfertigungsgrund zu betrachten, mit dem unzumutbaren Konfliktsituationen der Schwangeren aufgrund einer gesetzlichen Vorwegabwägung Rechnung getragen wird (Schönke/Schröder aaO Rz 6 zu § 218a StGB). Als Rechtfertigungsgrund bricht die embryopathische Indikation mit dem sonst die Rechtfertigungsdogmatik beherrschenden Grundsatz, unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden. Dieser Bruch läßt sich jedoch selbst bei Rechtfertigung medizinischer Indikationslagen (Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, erster Fall StGB) nicht vermeiden, weil man anderenfalls der betroffenen Schwangeren eine Rettung aus Lebensgefahr auf legalem Weg versagen würde. Daß bei Berücksichtigung von Konflikten, in welche die Schwangere durch ihre Schicksalsgemeinschaft mit dem in ihr wachsenden Leben geraten kann, nicht nur (wie bei der medizinischen Indikation) Lebens- und Gesundheitsinteressen, sondern (wie bei der embryopathischen und der kriminologischen Indikation) auch sonstigen Belangen der Schwangeren Vorrang vor dem ungeborenen Leben eingeräumt wird, steht der Annahme einer Rechtfertigung nicht unbedingt entgegen. Es kommt vielmehr auch für die letztgenannten Indikationen auf eine umfassende Interessensabwägung an. Diese darf nicht auf eine Gegenüberstellung von "Leben gegen Leben" verkürzt werden, sondern hat neben den sonstigen individuellen Belastungen der Schwangeren auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen, d.h. kunstgerechten Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in die Abwägung miteinzubeziehen. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem Makel des Illegalen behaftet wäre. Daher ist auch die embryopathische Indikation als Rechtfertigungsgrund zu betrachten, mit dem unzumutbaren Konfliktsituationen der Schwangeren aufgrund einer gesetzlichen Vorwegabwägung Rechnung getragen wird (Schönke/Schröder aaO Rz 6 zu Paragraph 218 a, StGB).

Der weitaus überwiegenden Auffassung folgend vertritt der erkennende Senat die Ansicht, daß eine von der Schwangeren gewünschte Abtreibung nicht rechtswidrig ist, wenn die Voraussetzungen des § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB vorliegen. Vom Gesetz sind auch bei der embryopathischen Indikation höher bewertete Interessen anerkannt, die eine Abtreibung rechtfertigen. Eine zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage differenzierende Betrachtungsweise verbietet sich im Hinblick auf die komplexe Materie schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Soweit die genannte strafrechtliche Bestimmung den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, muß dies daher auch für die Beurteilung der zivilrechtlichen Folgen gelten. Der weitaus überwiegenden Auffassung folgend vertritt der erkennende Senat die Ansicht, daß eine von der Schwangeren gewünschte Abtreibung nicht rechtswidrig ist, wenn die Voraussetzungen des Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, zweiter Fall StGB vorliegen. Vom Gesetz sind auch bei der embryopathischen Indikation höher bewertete Interessen anerkannt, die eine Abtreibung rechtfertigen. Eine zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage differenzierende

Betrachtungsweise verbietet sich im Hinblick auf die komplexe Materie schon aus Gründen der Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Soweit die genannte strafrechtliche Bestimmung den Schwangerschaftsabbruch rechtfertigt, muß dies daher auch für die Beurteilung der zivilrechtlichen Folgen gelten.

Der Ansicht, daß die embryopathische Indikation einen Rechtfertigungsgrund bilde, steht Art 2 MRK im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichts nicht entgegen. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 11. 10. 1974, G 8/74 (JBl 1975, 310) ausgesprochen, durch Art 2 EMRK werde das keimende Leben nicht erfaßt; sowohl die völlige Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs als auch die sogenannte "Fristenlösung" widersprächen nicht dem Gleichheitsgebot. Der Ansicht, daß die embryopathische Indikation einen Rechtfertigungsgrund bilde, steht Artikel 2, MRK im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichts nicht entgegen. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 11. 10. 1974, G 8/74 (JBl 1975, 310) ausgesprochen, durch Artikel 2, EMRK werde das keimende Leben nicht erfaßt; sowohl die völlige Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs als auch die sogenannte "Fristenlösung" widersprächen nicht dem Gleichheitsgebot.

Die im § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB genannte "ernste Gefahr" setzt voraus, daß eine Schädigung "sehr nahe" liegt. Die Lehre fordert, daß es sich dabei um einen dauernden, nicht behebbaren Schaden in einer die Tatbestandsmerkmale des § 85 StGB erreichenden Intensität handeln müsse (Schmoller aaO Rz 30 zu § 97 StGB). Die im Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 2, zweiter Fall StGB genannte "ernste Gefahr" setzt voraus, daß eine Schädigung "sehr nahe" liegt. Die Lehre fordert, daß es sich dabei um einen dauernden, nicht behebbaren Schaden in einer die Tatbestandsmerkmale des Paragraph 85, StGB erreichenden Intensität handeln müsse (Schmoller aaO Rz 30 zu Paragraph 97, StGB).

Auch wenn - da die erstinstanzlichen Feststellungen insoweit unklar sind - nicht eindeutig feststeht, ob beim Drittkläger neben den anderen Behinderungen auch ein Bein erheblich verkürzt ist, liegt bei ihm jedenfalls schon deshalb eine "schwere Schädigung" im aufgezeigten Sinn vor, weil beide oberen Extremitäten fehlen. Gerade diese Schädigung hätte nach den bisherigen Feststellungen des Erstgerichts bei den Ultraschalluntersuchungen auffallen müssen. Das Fehlen der oberen Extremitäten wird den Drittkläger Zeit seines Lebens von der Hilfe durch andere Personen bei der Bewältigung vieler wesentlicher Lebensbereiche abhängig machen. Der Drittkläger leidet sowohl an einer erheblichen Verstümmelung, worunter von der Rechtsprechung der Verlust eines Gliedes oder Organs verstanden wird (Foregger/Kodek/Fabrizy aaO 239 mwN), als auch an einer auffallenden Verunstaltung im Sinn des § 85 Z 2 StGB. Er wird voraussichtlich berufsunfähig sein und hat aufgrund der beschriebenen Behinderung ein "schweres Leiden" im Sinn des § 85 Z 3 StGB zu tragen, weil er hochgradig in seiner Bewegungsfähigkeit eingeschränkt ist und die Verrichtungen des täglichen Lebens daher selbst entweder überhaupt nicht oder doch nur sehr eingeschränkt bewältigen kann (vgl. EvBl 1979/178). Auch wenn - da die erstinstanzlichen Feststellungen insoweit unklar sind - nicht eindeutig feststeht, ob beim Drittkläger neben den anderen Behinderungen auch ein Bein erheblich verkürzt ist, liegt bei ihm jedenfalls schon deshalb eine "schwere Schädigung" im aufgezeigten Sinn vor, weil beide oberen Extremitäten fehlen. Gerade diese Schädigung hätte nach den bisherigen Feststellungen des Erstgerichts bei den Ultraschalluntersuchungen auffallen müssen. Das Fehlen der oberen Extremitäten wird den Drittkläger Zeit seines Lebens von der Hilfe durch andere Personen bei der Bewältigung vieler wesentlicher Lebensbereiche abhängig machen. Der Drittkläger leidet sowohl an einer erheblichen Verstümmelung, worunter von der Rechtsprechung der Verlust eines Gliedes oder Organs verstanden wird (Foregger/Kodek/Fabrizy aaO 239 mwN), als auch an einer auffallenden Verunstaltung im Sinn des Paragraph 85, Ziffer 2, StGB. Er wird voraussichtlich berufsunfähig sein und hat aufgrund der beschriebenen Behinderung ein "schweres Leiden" im Sinn des Paragraph 85, Ziffer 3, StGB zu tragen, weil er hochgradig in seiner Bewegungsfähigkeit eingeschränkt ist und die Verrichtungen des täglichen Lebens daher selbst entweder überhaupt nicht oder doch nur sehr eingeschränkt bewältigen kann (vergleiche EvBl 1979/178).

Die Erstklägerin hätte demnach nicht rechtswidrig gehandelt, wenn sie, wäre ihr schon vorher zur Kenntnis gelangt, daß der Drittkläger mit schweren Behinderungen zur Welt kommen werde, einen Schwangerschaftsabbruch an sich hätte vornehmen lassen.

Wie bereits dargestellt, lehrt Koziol (aaO Rz 2/26), auch die mangels Aufklärung der Mutter unterbliebene, an sich aber gerechtfertigte Abtreibung könne keine Schadenersatzpflicht des Arztes dahin begründen, daß er für den Unterhalt des Kindes aufkommen müsse, weil vom Schutzzweck des § 97 Abs 2 StGB nicht die vermögenswerten Belastungen der Eltern erfaßt würden. Wie bereits dargestellt, lehrt Koziol (aaO Rz 2/26), auch die mangels Aufklärung der Mutter unterbliebene, an sich aber gerechtfertigte Abtreibung könne keine Schadenersatzpflicht des Arztes dahin begründen,

daß er für den Unterhalt des Kindes aufkommen müsse, weil vom Schutzzweck des Paragraph 97, Absatz 2, StGB nicht die vermögenswerten Belastungen der Eltern erfaßt würden.

Die medizinisch-soziale Indikation des § 218a Abs 2 dStGB umfaßt - wie schon erwähnt - auch die nicht mehr ausdrücklich geregelte embryopathische Indikation. Nach der Lehre läßt sich diese Einordnung damit erklären, daß es schon bislang letztlich entscheidend auf die notstandsähnliche Konfliktlage angekommen sei, in der sich die Schwangere angesichts der mit dem Austragen und späterem Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen außergewöhnlichen Belastungen befinde, die vergleichbaren seelischen Überforderungen im Sinne der medizinischen Indikation nicht nachstehen und deren Hinnahme ihr von der Rechtsordnung nicht abverlangt werden könne (Schönke/Schröder, StGB25 Rz 37 zu § 218a dStGB). Wenngleich § 97 StGB keine soziale Indikation kennt, deckt der Tatbestand der embryopathischen Indikation dessenungeachtet schon für sich allein ein breites Spektrum an Interessen ab, deren Wahrung er dienen soll. Vom Sinngehalt der Norm her ist die Belastung der Eltern durch alle psychischen, physischen und sozialen Probleme, die das Leben mit einem schwerstbehinderten Kind mit sich bringt, ganz wesentlich mitumfaßt. Die medizinisch-soziale Indikation des Paragraph 218 a, Absatz 2, dStGB umfaßt - wie schon erwähnt - auch die nicht mehr ausdrücklich geregelte embryopathische Indikation. Nach der Lehre läßt sich diese Einordnung damit erklären, daß es schon bislang letztlich entscheidend auf die notstandsähnliche Konfliktlage angekommen sei, in der sich die Schwangere angesichts der mit dem Austragen und späterem Betreuen eines behinderten Kindes verbundenen außergewöhnlichen Belastungen befinde, die vergleichbaren seelischen Überforderungen im Sinne der medizinischen Indikation nicht nachstehen und deren Hinnahme ihr von der Rechtsordnung nicht abverlangt werden könne (Schönke/Schröder, StGB25 Rz 37 zu Paragraph 218 a, dStGB). Wenngleich Paragraph 97, StGB keine soziale Indikation kennt, deckt der Tatbestand der embryopathischen Indikation dessenungeachtet schon für sich allein ein breites Spektrum an Interessen ab, deren Wahrung er dienen soll. Vom Sinngehalt der Norm her ist die Belastung der Eltern durch alle psychischen, physischen und sozialen Probleme, die das Leben mit einem schwerstbehinderten Kind mit sich bringt, ganz wesentlich mitumfaßt.

Es kann nicht geleugnet werden, daß auch der finanziellen Komponente ein nicht zu vernachlässigender Stellenwert innerhalb all jener Faktoren beizumessen ist, die sich in der schweren Last, an der die Eltern eines unheilbar schwerstbehinderten Kindes zu tragen haben, niederschlagen. Die Angst vor massiver finanzieller Überforderung, die allein mit dem Hinweis auf Sozialleistungen nicht wettgemacht werden kann, setzt in durchschnittlichen Verhältnissen lebende Eltern zumeist zusätzlich unter Druck. Die umfassenden Elternpflichten werden jedenfalls auch durch eine finanzielle Komponente mitbestimmt, die bei einem schwerstbehinderten Kind besonders spürbar wird.

Der Arzt oder das medizinische Personal, der bzw das an einer werdenden Mutter Ultraschalluntersuchungen vornimmt, muß davon ausgehen, daß die Mutter dadurch - soweit Behinderungen am werdenden Kind erkennbar sind - unter anderem auch eine Entscheidungshilfe für oder gegen das Kind sucht und gerade auch deshalb Aufklärung über den körperlichen Zustand ihres Kindes erlangen will. Der Arzt, der die mögliche Aufklärung unterläßt, verstößt daher gegen seine Vertragspflicht, die aus den dargelegten Erwägungen - entgegen Koziol - auch den Schutz vor Vermögensnachteilen infolge der unerwünschten, bei ordnungsgemäßer Aufklärung unterbliebenen Geburt eines schwerstbehinderten Kindes umfaßt. Unterläuft dem Arzt bei derartigen Untersuchungen ein Fehler, der zur sonst unterbliebenen Geburt eines behinderten Kindes führt, so erstreckt sich seine Haftung auf die Freistellung des Vertragspartners von wirtschaftlichen Belast

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at