

Schadenkonferenz 2024

1. Seminar zum Thema Schadenersatzrecht
am 18.09.2024 in Velden am Wörthersee

„wrongful birth“ und „wrongful conception“ – Die Ansicht des OGH

Vizepräsident des OGH i.R. Univ.-Prof. Dr. Matthias Neumayr,
Institut für Zivilrecht, Johannes Kepler Universität Linz

1. Entscheidung eines verstärkten Senats des OGH vom 21.11.2023, 3 Ob 9/23d

Veröffentlichungen: Zak 2024, 35 (dazu *Oechsner/Lagger-Zach* 68 und *Prisching/Sommer* 104) = iFamZ 2024, 16 (*Neumayr*) = EvBl 2024/49 (*Karner*) = JBl 2024, 178 (*Kletečka*) = ÖZPR 2024, 30 (*Rief*) = VbR 2024, 18 (*Leupold und Leitner*) = MedR 2024, 344 (*Bernat*) = RdM 2024, 110 (*Steininger*) = JMG 2024, 104 (*Salcher*). Siehe auch *Schickmair*, EF-Z 2024, 114 und *Schwarzenegger*, JBl 2024, 366.

Zum Verstärkungsbeschluss des OGH vom 7.7.2023 siehe *Kopetzki*, RdM 2023, 286.

In aller Kürze:¹ Mit der Entscheidung des verstärkten Senats verabschiedet sich der OGH von seiner im Anschluss an *Franz Bydlinski*² vertretenen These, der zufolge die durch ärztliches Verschulden hervorgerufene Existenz eines gesunden Kindes („wrongful conception“) nur ganz ausnahmsweise die Quelle eines zivilrechtlich ersatzfähigen Vermögensschadens sein könne. Sowohl der nach „wrongful conception“ als auch der nach „wrongful birth“ hervorgerufene Unterhaltsschaden der Eltern ist nach 3 Ob 9/23d in vollem Umfang ersatzfähig. Die Kritik eines Teils der Lehre, die im Fall von „wrongful birth“ grundsätzlich nur Ersatz des behinderungsbedingten Mehrbedarfs des Kindes zubilligt,³ hält der OGH – so wie der deutsche BGH⁴ – für wenig überzeugend.

2. Zur Nomenklatur

2.1 wrongful birth: Aufgrund von Diagnosefehlern im Rahmen der Pränataldiagnostik (zB auch mangelnde Information über bestehende Möglichkeiten der Diagnostik) wurde eine Behinderung oder Missbildung des Kindes nicht erkannt, weshalb der Arzt die Schwangere nicht darüber informierte. Aus

¹ *Bernat*, MedR 2024, 344 (345).

² *F. Bydlinski* in *Liber amicorum* for Helmut Koziol (2000) 29 ff.

³ *Leitner*, EF-Z 2006, 133; *Bernat*, MedR 2010, 169 (175); *Kletečka*, JBl 2011, 749 (759); für das deutsche Recht etwa *Schünemann*, JZ 1981, 574 (575, 577).

⁴ BGH 22.11.1983, VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95 (104 f).

diesem Grund unterblieb ein (gemäß § 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB bei Vorliegen einer „embryopathischen Indikation“ straffreier) Abbruch der Schwangerschaft.

Folge: Die Eltern machen Schadenersatzansprüche aus dem Behandlungsvertrag der Mutter geltend (unerwünschte Geburt → „behindertes Kind als Schaden“)

2.2 wrongful life („unerwünschtes eigenes Leben“): Der Ausgangspunkt ist gleich wie bei wrongful birth, allerdings nicht aus Sicht der Eltern, sondern aus Sicht des Kindes, das einen Schadenersatzanspruch geltend macht. Da ein solcher Anspruch ein Recht auf Nichtexistenz implizieren würde, wird er abgelehnt.

2.3 wrongful conception (fehlgeschlagene Familienplanung): Das Fehlschlagen empfängnisverhütender Maßnahmen (zum Beispiel Vasektomie, Eileiterunterbindung) oder die mangelhafte Beratung über ein mögliches Fehlschlagen führte zu einer ungeplanten Schwangerschaft.

Folge: Die Eltern machen Schadenersatzansprüche aus dem Behandlungsvertrag der Mutter oder des Vaters geltend machen (unerwünschte Empfängnis → „gesundes Kind als Schaden“)

Keine eigene Bezeichnung gibt es für Fälle, in denen es im Rahmen fehlgeschlagener Familienplanung (Empfängnisverhütung) zur Geburt eines kranken oder behinderten Kindes kommt. Der Grundkonzeption nach entsprechen diese Fälle den Wrongful conception-Konstellationen.

2.4 Kategorisierung der Rechtsfolgen

Sowohl im Fall von wrongful birth als auch im Fall von wrongful conception geht es um die Frage von Schadenersatzansprüchen gegen den behandelnden Arzt oder den Krankenhausträger besteht. Im Unterschied zum „gewöhnlichen“ Arzthaftungsfall begehren die Eltern hier **keinen Körperverletzungsschaden**, sondern einen **reinen Vermögensschaden** (insb den Unterhaltsaufwand, das ohne ärztliches Fehlverhalten [vermutlich] nicht geboren worden wäre).

3. Die frühere Rechtsprechung des OGH (bis vor 21.11.2023)

In seiner Rechtsprechung bis vor der Entscheidung des verstärkten Senats am 21.11.2023) unterschied der OGH zwischen der unerwünschten Empfängnis (wrongful conception) und der unerwünschten Geburt (wrongful birth) eines behinderten Kindes. Während bei der wrongful conception grundsätzlich kein Schadenersatz zugesprochen wurde, wurde bei wrongful birth der Ersatz des gesamten Unterhaltsschadens zuerkannt.⁵ Die Rechtsprechung zu „wrongful conception“ wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes keinen Schaden im Rechtssinn

⁵ Kopetzki, Verstärkter Senat zur Haftung wegen „wrongful birth“ und „wrongful conception“, RdM 2023, 286.

bedeute.⁶ Der OGH räumte aber ein, dass Schadenersatz zugesprochen werden könnte, wenn der Kindesunterhalt für die Eltern eine ganz außergewöhnliche Belastung darstellt.⁷ Tatsächlich wurde vom OGH in keinem Fall Schadenersatz zugesprochen, auch nicht in dem doch bemerkenswerten Fall 6 Ob 101/06f,⁸ dem zugrunde lag, dass sich die Eltern dreier Kinder nicht zuletzt aus finanziellen Gründen für eine Vasektomie entschieden hatten; der OGH verneinte im vorliegenden Fall verneinte eine – möglicherweise zu einem Schadenersatzanspruch führende – außergewöhnliche Belastung und Notsituation bei einem Familien-Nettoeinkommen von 2.600 EUR.

Während im ersten vom OGH zu wrongful birth entschiedenen Fall⁹ nur der behinderungsbedingte Mehraufwand verlangt worden war, sprach der OGH in seiner weiteren Rechtsprechung ab 5 Ob 165/05h¹⁰ den gesamten aus dem Leben des Kindes resultierenden Unterhaltsaufwand als Schadenersatz zu.

Die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung zeigte sich besonders im Jahr 2006: Am 07.03.2006 war zu 5 Ob 165/05h entschieden worden, dass bei der Geburt eines behinderten Kindes im Sinne einer wrongful birth der gesamte Unterhaltsaufwand (also nicht nur der behinderungsbedingte Mehraufwand, sondern auch der „Basisunterhalt“) zu ersetzen sei. Ein halbes Jahr später, am 14.09.2006, berief sich der OGH in der Entscheidung 6 Ob 101/06f auf den Eigenwert des Lebens des Kindes: Gemäß den Wertungen der Rechtsordnung sei die Geburt eines Kindes grundsätzlich kein schadensbegründendes Ereignis. Warum ist das bei einem mit einer Behinderung geborenen Kind anders? Konsequenterweise dürfte dann in Wrongful birth-Fällen höchstens der Ersatz des behinderungsbedingten Mehraufwands zugesprochen werden.

Eine zeitlich geordnete Aufstellung der wichtigsten Entscheidungen (mit einem Schwerpunkt auf den Entscheidungen, in denen eine Haftung dem Grunde nach bejaht wurde), findet sich im Anhang dieser Unterlage.

4. Einige beispielhafte Blicke in das deutschsprachige Ausland

4.1 Deutschland

Der BGH hat – unter überwiegender Billigung der Lehre – den planwidrig ausgelösten Unterhaltsaufwand bereits in den 1980er-Jahren als grundsätzlich ersatzfähigen Vermögensschaden anerkannt.¹¹ Dagegen meldete der 2. Senat des BVerfG in einem obiter dictum in seinem Urteil vom 28.5.1993¹² grundsätzliche Bedenken an. Die verfassungsrechtliche Verpflichtung, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst Willen zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Zivilgerichte sind

⁶ OGH 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

⁷ OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k; 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

⁸ OGH 14.09.2006, 6 Ob 101/06f.

⁹ OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k.

¹⁰ OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h.

¹¹ So seit BGH 18.03.1980, VI ZR 105/78, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 249 (253) = NJW 1980, 1450.

¹² BVerfG 28.05.1993m 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/90, 2 BvF 5/92 BVerfGE 88, 203 (295 f) = NJW 1993, 1751.

dieser Auffassung nicht gefolgt. Bereits in einem wenige Monate später (16.11.1993) verkündeten Urteil beharrte der VI. Zivilsenat des BGH für den Fall einer fehlerhaften genetischen Beratung darauf, dass bei dem für die Schadensermittlung notwendigen Vergleich der Vermögenslagen lediglich die wirtschaftliche Situation des Unterhaltsverpflichteten mit und ohne Bestehen der Unterhaltsbelastung verglichen werde. Insbesondere besitze die Bewertung einer vermögensmäßigen Differenz keine auf das Kind bezogene herabwürdigende Bedeutung.¹³ Letztlich hat der 1. Senat des BVerfG die BGH-Rsp (für spezifische Fälle) gebilligt.¹⁴

Der BGH spricht sowohl bei wrongful conception als auch bei wrongful birth „vollen“ Schadenersatz zu, also sowohl den „Basisunterhalt“ des Kindes als auch einen behinderungsbedingten Mehraufwand. Grundlage des Schadenersatzanspruchs ist eine Vertragsverletzung, nämlich die Verletzung des – meist mit der Mutter, zuweilen auch mit dem Vater (Vasektomie) abgeschlossenen – Behandlungsvertrags. Ebenso wie der OGH¹⁵ bezieht auch der BGH den Ehepartner (Vater bzw Mutter des Kindes) über die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags ein.¹⁶ Dem Ehepartner stellt der BGH den in Lebensgemeinschaft lebenden Partner gleich,¹⁷ während ein am Abschluss des Behandlungsvertrags nicht beteiligter Vater eines nichtehelichen Kindes nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags einbezogen wurde, weil er die Entscheidung der Mutter, das Kind auszutragen, hinnehmen müsse.¹⁸

Ein Schadenersatzanspruch des behindert geborenen Kindes (wrongful life) wird auch vom BGH abgelehnt.¹⁹

4.2 Schweiz

Bemerkenswert ist das Urteil des Bundesgerichts vom 20.12.2005²⁰ zu einem Wrongful conception-Fall (misslungene Eileiterunterbindung). Das Bundesgericht befasste sich ausführlich mit der Judikatur ausländischer Gerichte und kritisierte auch scharf den OGH, der zu 1 Ob obiter ausgesprochen hatte, dass zwischen der Geburt eines behinderten Kindes (wrongful birth) und eines gesunden Kindes (wrongful conception) zu unterscheiden sei. Im konkreten Fall sah die vom beklagten Krankenträger gegen den Ersatz der Unterhaltskosten angeführten Argumente als nicht stichhaltig an; die Vorinstanz (Kantonsgericht des Kantons Wallis) habe kein Bundesrecht

¹³ BGH 16.11.1993, VI ZR 105/92 BGHZ 124, 128 (141) = NJW 1994, 788.

¹⁴ BVerfG 12.11.1997, 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94 BVerfGE 96, 375 (400 f) = NJW 1998, 519.

¹⁵ OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k; 07.03.2006, 5 Ob 165/05h; 14.09.2006, 6 Ob 101/06f; 17.08.2023, 5 Ob 82/23d.

¹⁶ BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (990).

¹⁷ BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (990).

¹⁸ BGH 19.02.2002, VI ZR 190/01 NJW 2002, 1489 (1490).

¹⁹ BGH 18.01.1983, VI ZR 114/81 BGHZ 86, 240 (250 ff) = NJW 1983, 1371.

²⁰ Bundesgericht 20.12.2005, 4C.178/2005, BGE 132 III 359.

verletzt, indem sie die Ersatzpflicht für die Unterhaltskosten des dritten Kindes der Klägerin bejahte.

Ein Anspruch des Kindes aus wrongful life wurde vom Obergericht des Kantons Bern abgelehnt.²¹

5. Kritik in der Lehre an der Rechtsprechung des OGH bis zur Entscheidung des verstärkten Senats

In den Wrongful-Conception-Fällen war es beinahe einheitliche Lehre, dass entgegen der Rechtsprechung des OGH der volle Unterhaltsaufwand zu ersetzen ist.

In Bezug auf wrongful birth teilte die wohl überwiegende Teil der Lehre die Ansicht des OGH, dass nicht nur der behinderungsbedingte Mehraufwand, sondern auch der Basisunterhalt zu ersetzen sei („wäre die Schwangerschaft abgebrochen worden, wäre das Kind gar nicht da“). Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Lehre war der Ansicht, dass bei wrongful birth nur der behinderungsbedingte Aufwand ersatzfähig sei. Argumentiert wird mit den unterschiedlichen Schutzzwecken der Behandlungsverträge: Während in den Wrongful conception-Fällen die Eltern tatsächlich kein Kind haben wollten (und der Behandlungsvertrag genau darauf abzielte), wollten die Eltern in den Wrongful-Birth-Fällen ein Kind; mit dem Vertrag über die Durchführung pränataler Untersuchungen wollten sie verhindern, dass ein behindertes Kind auf die Welt kommt.²² Darüber hinaus wurde im Zuspruch auch des Basisunterhalts eine Behindertendiskriminierung gesehen.²³

Die Häufung von Haftungsfragen aus wrongful birth und wrongful conception führte 2010 unter Justizministerin Claudia Bandion-Ortner zu einer Gesetzesinitiative in Form eines Schadenersatzrechts-Änderungsgesetzes 2011.²⁴ Ein zusätzlicher Absatz des § 1293 ABGB sollte mit folgender Bestimmung Klarheit schaffen: „Aus dem Umstand der Geburt eines Kindes kann niemand Schadenersatzansprüche geltend machen. Ausgenommen davon sind Schadenersatzansprüche aus der Verletzung des Kindes während der Schwangerschaft oder der Geburt.“ Dieser Versuch, das österreichische Schadenersatzrecht zu ändern, kam allerdings nicht über das Gesetzesentwurfs-Stadium hinaus.

6. Wie wurde die Entscheidung des verstärkten Senats in Österreich aufgenommen?

²¹ Obergericht des Kantons Bern 02.05.2011, ZK 10 569. Dazu *Herzog-Zwitter*, Kind als Schaden, Pflegerecht – Pflegewissenschaft 2012, 150 (156) und *Ch. Müller*, Wrongful-life-Klage – erster Entscheid eines Obergerichts, recht 2013, 46.

²² Ausführlich zu den unterschiedlichen Meinungen zuletzt *Schwarzenegger*, Wrongful birth und wrongful conception – weiterführende Überlegungen zu OGH (verstärkter Senat) 3 Ob 9/23d, JBl 2024, 366.

²³ Zuletzt etwa *Kletečka*, EAnm zu 3 Ob 9/23d, JBl 2024, 178 (191).

²⁴ 255 ME/24. GP.

Die Aussagen zu wrongful conception wurden praktisch durchwegs positiv aufgenommen. Die Kritik ging vor allem in drei Richtungen:

- In der Entscheidung ging es um einen wrongful-birth-Fall; alle Aussagen zu wrongful conception sind eigentlich nicht fallbezogen, weil auch eine „simpler Gleichklang“ von wrongful birth und wrongful conception nicht möglich ist.
- Eine aus dem jeweiligen Zweck des Behandlungsvertrags abzuleitende Unterscheidung zwischen wrongful birth und wrongful conception wurde nicht vorgenommen (dazu berufen sich sowohl die Für- als auch die Gegenansicht darauf, dass nur „ihre“ Ansicht Behindertendiskriminierung vermeide).
- Einige Aussagen in der Begründung scheinen möglicherweise zu wenig durchdacht, etwa dass der Schwangerschaftsabbruch bei Inanspruchnahme der „Fristenlösung“ nach § 97 Abs 1 Z 1 StGB „zivilrechtlich rechtswidrig“ ist und wie die Höhe des Schadenersatzes zu bemessen ist.

7. Einige Folgefragen

7.1 Übertragbarkeit auf Produkthaftungsfälle?

Vor dem Hintergrund der aktuellen Produkthaftungsfälle rund um fehlerhafte Verhütungsspiralen des spanischen Herstellers Eurogine S.L. stellt sich die Frage nach der Ersatzfähigkeit von Unterhaltsschäden im Zusammenhang mit Kindern, die infolge des Produktfehlers der Verhütungsspirale geboren worden sind. Die verschuldensunabhängige Haftung nach dem PHG erfasst „nur“ durch Tod und Körperverletzung verursachte Schäden und bietet daher keine Grundlage für den Ersatz des reinen Vermögensschadens.²⁵

7.2 Kriterien für die Bestimmung der Höhe des Schadenersatzes

Der verstärkte Senat des OGH hat in der Entscheidung 3 Ob 9/23d auch knapp zur Bemessung des Unterhaltsschadens (wrongful birth) Stellung genommen und hier „auf die unterhaltsrechtliche Rechtsprechung“ verwiesen:

[131] 5.9.3. Diese Rechtsprechung dient zwar im Regelfall zur Beurteilung jener Konstellationen, in denen ein Elternteil Betreuungsleistungen erbringt, während der andere Geldunterhalt zu leisten hat. Dennoch ist es sachgerecht, die Grundsätze dieser Rechtsprechung zumindest als Orientierungshilfe auch hier heranzuziehen, weil damit eine den typischen wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Bewertung der Unterhaltslast erzielt wird. Umstände dahin, dass hier bei den Klägern von einer solchen typischen Unterhaltsbelastung regelmäßig relevante Abweichungen im Sinn atypisch niedrigerer Leistungen für ihr Kind vorlägen, hat der Beklagte nie erkennbar behauptet.

[132] 5.9.4. Nach der Rechtsprechung darf zwar hohes Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht dazu führen, den Unterhaltsberechtigten über die Angemessenheitsgrenze des § 231 Abs 1 ABGB hinaus zu alimentieren, weshalb eine sogenannte Luxusgrenze eingezogen

²⁵ Dullinger, EAnm zu 8 Ob 69/21m, JBl 2022, 665 (668); Schickmair, Keine Produkthaftung nach Bruch der "Spirale" und Geburt eines gesunden Kindes, iFamZ 2022, 233 (234).

wird, die im Regelfall rund das Zweieinhalbfache des Regelbedarfs beträgt (vgl. RS0047447). Ob eine solche Luxusgrenze auch im Fall eines Schadenersatzanspruchs bezüglich des Unterhalts für ein Kind mit besonderen Bedürfnissen zum Tragen kommen muss oder allenfalls überschritten werden könnte, ist nicht näher zu prüfen, weil das Erstgericht den Klägern – von diesen unbekämpft – nur den zweieinhalbfachen Regelbedarf zugesprochen hat.

[133] 5.9.5. Im Hinblick darauf, dass den Klägern lediglich der zweieinhalbfache Regelbedarf zugesprochen wurde, erübrigt sich auch ein näheres Eingehen auf die Frage, ob das Erstgericht zu Recht (nur) 1 % von der Bemessungsgrundlage (für die Unterhaltspflicht der Kläger gegenüber ihrem älteren Kind) in Abzug gebracht hat.

Wie der OGH selbst einräumt ist zweifelhaft, ob die unterhaltsrechtliche Rechtsprechung der Weisheit letzter Schluss ist. Sie ist für Konstellationen entwickelt worden, in denen ein Elternteil Unterhalt in Form von Betreuung leistet und der andere Elternteil zu Geldunterhalt verpflichtet ist. Nur auf die Höhe dieses Geldunterhalts bezieht sich die Unterhaltsrechtsprechung, lässt also die Komponente der Betreuung außer Betracht. Auch der so genannte Regelbedarf hat den Geldunterhaltsbedarf des Kindes im Visier.

Da die Rechtsprechung für die Geldunterhaltsbemessung vor allem die „Prozentsatzmethode“ heranzieht, sodass das Einkommen des geldunterhaltspflichtigen Elternteils maßgeblich ist, müsste konsequenterweise – folgt man dem OGH – auch die Höhe des Schadenersatzes von den Einkommensverhältnissen der Eltern bzw. eines Elternteils abhängen.

Auch der BGH orientiert sich für die Berechnung des Schadenersatzanspruchs an den unterhaltsrechtlichen Leitlinien, ausgehend vom durchschnittlichen Unterhaltsaufwand für ein Kind, unabhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Eltern.²⁶ Der BGH konkretisiert dies dahingehend, dass der Barunterhalt zuzüglich eines angemessenen Betrags für die Betreuung des Kindes zu ersetzen ist.²⁷ Dies führte in der Regel zu einer Verdoppelung der Regelbetragsätze nach der früheren Regelbetragsverordnung. Den Regelbedarfsätzen entspricht nun der gesetzliche Mindestunterhalt nach § 1612a BGB unter Berücksichtigung des in § 32 Abs 6 Satz 1 EStG festgesetzten sächlichen Existenzminimums).²⁸ Das Kindergeld ist abzuziehen.

In der deutschen Literatur wird darauf hingewiesen, dass der vom BGH eingeschlagene Weg nicht mit dem sonst im Schadenersatzrecht geltenden Grundsatz harmoniert, dass die Schadenshöhe von den konkreten Verhältnissen des Geschädigten abhängt, so dass an sich der volle Unterhalt ersetzt werden müsste, den die Eltern dem Kind schulden.²⁹ Einer uneingeschränkten Heranziehung der allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätze steht allerdings die atypische Situation gegenüber, dass die Unterhaltsleistung auf einer gesetzlichen Verpflichtung beruht, die die Unterhaltshöhe mit der wirtschaftlichen Situation des Unterhaltsverpflichteten verknüpft. Wenn in dieser Konstellation die Unterhaltslast nicht in voller Höhe auf den Schädiger

²⁶ BGH 18.3.1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259 (270) = NJW 1980, 1452.

²⁷ BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259 (270) = NJW 1980, 1452.

²⁸ BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (991); *Oetker* in MünchKomm BGB⁹ (2022) § 249 BGB Rn 38.

²⁹ *Oetker* in MünchKomm BGB⁹ (2022) § 249 BGB Rn 38 mwN.

abgewälzt wird, dann ist dies zwar nicht dogmatisch zwingend, entspricht aber nach dem BGH einer sachgerechten Abgrenzung der beiden sich überlagernden Rechtskreise.³⁰

Bei einem behinderten Kind ist der Ersatz an dessen individuelle Bedürfnisse anzupassen, weshalb eine einzelfallbezogene Schätzung der Höhe des Schadenersatzes geboten ist. Der behinderungsbedingte Mehraufwand ist jedenfalls ersatzfähig.³¹ Den gesamten Unterhaltsaufwand umfasst der Ersatzanspruch demgegenüber nur dann, wenn die fehlerhafte Beratung gerade dazu diene, eine Entscheidung über einen Abbruch der Schwangerschaft zu treffen.³²

7.3 Schadenersatzansprüche eines unehelichen Vaters?

Wie erwähnt beziehen sowohl der OGH als auch der BGH den Ehepartner (Vater bzw Mutter des Kindes) über die Figur des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags ein, auch wenn nur ein Elternteil den Behandlungsvertrag abgeschlossen hat.³³ Der BGH hat den in Lebensgemeinschaft lebenden Partner dem Ehepartner gleichgestellt,³⁴ während ein am Abschluss des Behandlungsvertrags nicht beteiligter Vater eines nichtehelichen Kindes nicht in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags einbezogen wurde, weil er die Entscheidung der Mutter, das Kind auszutragen, hinnehmen müsse.³⁵ Dieses Argument ist nicht unproblematisch, denn es müsste für jeden Vater gelten, denn dieser kann die Mutter nicht zu einem Schwangerschaftsabbruch zwingen.

7.4 Schadensminderungsobliegenheit insb der Mutter?

Der OGH hat in der Entscheidung 3 Ob 9/23d (wrongful birth) eine Obliegenheit, das Kind zur Adoption freizugeben,³⁶ abgelehnt.³⁷ Eine solche Obliegenheit würde schon an der Verpflichtung zur Wahrung des Kindeswohls scheitern.

³⁰ BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259 (270) = NJW 1980, 1452; siehe auch BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (991).

³¹ BGH 18.01.1983, VI ZR 114/81 BGHZ 86, 240 (247) = NJW 1983, 1371.

³² BGH 22.11.1983, VI ZR 85/82 BGHZ 89, 95 (105) = NJW 1984, 658. In der Literatur wird für die Wrongful-birth-Fälle dagegen zum Teil für eine generelle Beschränkung auf den Mehraufwand plädiert, zB von *Schünemann*, Schadenersatz für mißgebildete Kinder bei fehlerhafter genetischer Beratung Schwangerer? JZ 1981, 574 (575).

³³ BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (990).

³⁴ BGH 14.11.2006, VI ZR 48/06 NJW 2007, 989 (990).

³⁵ BGH 19.02.2002, VI ZR 190/01 NJW 2002, 1489 (1490).

³⁶ Diese Idee hat – als „gedankliche Konstruktion“ – etwa *Rebhahn*, Schadenersatz wegen der Geburt eines nicht gewünschten Kindes? JBl 2000, 265 angesprochen.

³⁷ So auch BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259 (270) = NJW 1980, 1452 und Schweizerisches Bundesgericht 20.12.2005, 4C.178/2005, BGE 132 III 359, Erwägung 4.3 mwN.

Im Fall der wrongful conception ist zu bedenken, dass der Behandlungsvertrag zur Durchführung einer Vasektomie oder einer Eileiterunterbindung ja gerade bezweckt, die Eltern vor der Situation zu bewahren, ein unerwünschtes Kind zur Adoption freigeben zu müssen³⁸ oder die Schwangerschaft abbrechen zu müssen – auch ein Schwangerschaftsabbruch ist im Rahmen der Schadensminderungspflicht nicht geboten.³⁹

7.5 Möglichkeit der Freizeichnung von der Haftung?

Beim Unterhaltsschaden handelt es sich nicht um einen Personenschaden, sondern um einen Vermögensschaden, weshalb sich die Frage stellt, ob und inwieweit eine Freizeichnung von der Haftung zulässig ist. Speziell „generellen“ Freizeichnungserklärungen setzt der OGH Grenzen.

Der OGH sieht eine Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit auch in AGB grundsätzlich als zulässig an, lehnt jedoch die Auffassung ab, § 6 Abs 1 Z 9 KSchG⁴⁰ lasse die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit – auch über Personenschäden hinausgehend – ganz generell zu. Gerade wenn ein weitgehender Haftungsausschluss (Sach- und Vermögensschäden umfasst, die bei Verletzung vertraglicher Hauptpflichten leicht fahrlässig verursacht wurden, ist im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB eine sachliche Rechtfertigung erforderlich. § 879 Abs 3 ABGB verlangt die Vornahme einer umfassenden, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigenden Interessenprüfung, aufgrund derer zu beurteilen ist, ob eine sachlich berechtigte Abweichung von der für den Durchschnittsfall getroffenen Norm des nachgiebigen Rechts vorliegt oder nicht.

In einem Fall, in dem die Hauptpflicht einer Tierärztin darin lag, im Rahmen der Ankaufsuntersuchung betreffend den Gesundheitszustand eines Pferdes ein inhaltlich zutreffendes Gutachten zu erstatten, sah der OGH einen generellen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit in Bezug auf Sach- und Vermögensschäden als eine gröbliche Benachteiligung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB an, vor allem deshalb, weil der Ausschluss der Haftung die die Tierärztin aus dem Vertrag treffende Hauptpflicht betraf. Dafür konnte der OGH keine sachliche Rechtfertigung erkennen. Der OGH sah daher die entsprechende Klausel als unwirksam an und ließ die Tierärztin auch für leichte Fahrlässigkeit haften.⁴¹

³⁸ Kletečka, Zak 2006, 343 (345).

³⁹ M. Leitner, EAnm zu 6 Ob 101/06f, EF-Z 2006, 131; Neumayr, EAnm zu 3 Ob 9/23d, iFamZ 2024, 16 (27). Ebenso BGH 18.03.1980, VI ZR 247/78 BGHZ 76, 259 (270) = NJW 1980, 1452.

⁴⁰ § 6. (1) Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ... 9. eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines Schadens an der Person ausgeschlossen oder eingeschränkt wird oder eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz sonstiger Schäden für den Fall ausgeschlossen oder eingeschränkt wird, daß er oder eine Person, für die er einzustehen hat, den Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldet hat;

⁴¹ OGH 10.02.2017, 1 Ob 243/16s.

7.6 Beweislastfragen, speziell bei wrongful birth

Sowohl im Fall von wrongful birth als auch von wrongful conception geht es um Behandlungsfehler: Eine mögliche Behinderung wurde übersehen oder der Mutter nicht bekanntgegeben. Wenn von „Aufklärung“ die Rede ist, geht es um Sicherungsaufklärung, nicht um Selbstbestimmungsaufklärung (Risikoaufklärung). Einen Behandlungsfehler hat nach allgemeinen Kriterien derjenige zu beweisen, der sich auf einen solchen beruft. Bei wrongful birth hat diese Person auch zu behaupten und zu beweisen, dass bei richtiger Information über die Gefahr einer Behinderung die Schwangerschaft abgebrochen worden wäre. Es ist nicht notwendig, dass bereits gegenüber dem behandelnden Arzt die Ansicht kundgetan wird, im Fall der Gefahr einer Behinderung des Kindes die Schwangerschaft abbrechen zu wollen.

Anhang

Zeitlich geordnete **Aufstellung der wichtigsten Entscheidungen** des OGH zu wrongful birth und wrongful conception (mit einem Schwerpunkt auf den Entscheidungen, in denen eine Haftung dem Grunde nach bejaht wurde)

OGH 25.05.1999, 1 Ob 91/99k	wrongful birth: Kind kam schwer behindert zur Welt (der Behandlungsfehler lag im sorgfaltswidrigen Nichterkennen von Fehlbildungen bei Ultraschalluntersuchungen).	◆ Die Eltern (Erst- und Zweitkläger) beehrten den Ersatz sämtlicher <u>künftiger behinderungsbedingter Mehraufwendungen</u> (Zuspruch). ◆ Ablehnung eines Schadenersatzes für „wrongful life“ (Kind war Drittkläger“). ◆ In einem obiter dictum sprach der OGH Bedenken hinsichtlich der Ersatzfähigkeit von Unterhaltsverbindlichkeiten gegenüber einem bloß aufgrund fehlgeschlagener Familienplanung gesund geborenen Kind aus (die aufgrund einer Behinderung des Kindes mit besonders schweren Belastungen verbundene und lebensverändernde Situation sei nicht mit jener einer bloß fehlgeschlagenen Familienplanung vergleichbar).
--------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>OGH 23.10.2003, 6 Ob 303/02f</p>	<p>wrongful birth: Der Sohn der Erstklägerin leidet an Morbus Niemann-Pick des Typs A-B, einer genetisch bedingten Lipidspeicherkrankheit mit einem autosomal rezessiven Erbgang auf Grundlage einer Genmutation.</p> <p>Abweisung des Klagebegehrens der Eltern auf Schadenersatz <u>mangels fehlerhafter Beratung</u> („es dürfe zu keiner ausufernden Haftung kommen“).</p>	<p>Die Mutter hatte die Ärzte weder darüber informiert, dass sie und der Kindsvater 2. Grades verwandt waren, noch, dass es väterlicherseits mehrere von der Erbkrankheit betroffene Personen gab, noch darüber, dass sie im Falle einer Erkrankung einen Schwangerschaftsabbruch wünsche. Zudem gab es in Österreich während des gesamten Zeitraums der Schwangerschaft keine Möglichkeit, Gewebe- oder Fruchtwasserproben auf diese Krankheit zu untersuchen.</p>
<p>OGH 07.03.2006, 5 Ob 165/05h</p>	<p>wrongful birth: „<i>Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz!</i>“ Der Gynäkologe erkannte bei einer Ultraschalluntersuchung in der 23. Schwangerschaftswoche eine auffällige Menge an Fruchtwasser sowie ein auffallendes Größenmissverhältnis. Das Kind wurde mit Trisomie 21, einem schweren Herzfehler sowie einem Darmverschluss geboren.</p>	<p>Erkennt ein Arzt das Erfordernis weitergehender Untersuchungen, hat er den Patienten auf die Notwendigkeit sowie die Risiken einer allfälligen Unterlassung hinzuweisen.⁴² Die Aufklärung hat umso umfangreicher und eindringlicher zu erfolgen, je dringlicher die Behandlung und je deutlicher nachteilige Folgen bei Unterlassen sind. Die bloße Aufforderung „<i>Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz</i>“ genügt diesen Kriterien nicht. Entscheidung des OGH: Aufhebung und Zurückverweisung an das Erstgericht zu weiteren Klärungen (zB zur Mitverantwortlichkeit der Frau an der unterlassenen rechtzeitigen diagnostischen Abklärung). Für den Fall einer zumindest teilweisen Stattgabe der Klage hielt der OGH fest, dass nicht bloß der behinderungsbedingte Mehrbedarf, sondern <u>die gesamte Unterhaltsverbindlichkeit</u> der Eltern gegenüber dem Kind als vermögensrechtlicher Nachteil zu qualifizieren ist.</p>

⁴² In einem nicht unähnlich gelagerten Fall, in dem es um die Gefährdung des Lebens und der Gesundheit der Mutter infolge einer Eklampsie (Krampfanfälle infolge einer „Schwangerschaftsvergiftung“) ging, wies der OGH das Klagebegehren der Patientin gegen den Arzt ab, der der Patientin bei einem zweiten Besuch in seiner Ordination nochmals empfohlen hatte, aufgrund der Oberbauchschmerzen das Landeskrankenhaus aufzusuchen, mit dem Hinweis, dass durch eine Entbindung des Kindes die Gefahr einer Eklampsie beseitigt werden könne. Der Arzt hatte nicht zusätzlich noch daraufhin hingewiesen, dass eine nicht sofort durchgeführte Behandlung einer (Prä-)Eklampsie auch lebensbedrohlich sein könne.

<p>OGH 14.09.2006, 6 Ob 101/06f</p>	<p>wrongful conception: Der Erstkläger (ein bereits dreifacher Vater) ließ bei einem Urologen eine Vasektomie durchführen. Keine Aufklärung über die Möglichkeit einer Wiederverbindung der durchtrennten Samenleiter und keine Empfehlung, von ungeschütztem Geschlechtsverkehr bis zum Nachweis zweier negativer Spermio-gramkontrollen Abstand zu nehmen. Die Zweitklägerin wurde etwa ein Jahr nach der Operation des Erstklägers erneut schwanger, eine erneute Kontrolle des Spermio-grams brachte ein positives Ergebnis.</p>	<p>Die Eltern beehrten Ersatz des von ihnen zu tragenden Unterhalts für das vierte Kind, die Mutter zudem Schmerzensgeld für die im Zusammenhang mit der Geburt des Kindes erlittenen Schmerzen.</p> <p>Der OGH lehnte beide Begehren ab:</p> <ul style="list-style-type: none"> ◆ Die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes bedeutet „keinen Schaden im Rechtssinne“. Das Schadenersatzrecht hat nicht den Zweck, Nachteile zu überwälzen, die bloß eine Seite der Existenz und damit des personalen Eigenwerts des Kindes darstellen und die ohnedies familienrechtlich geordnet sind. Insoweit haben in der Abwägung die Grundsätze der Personenwürde und der Familienfürsorge Vorrang vor den Schadenersatzfunktionen und Haftungsgründen. ◆ Der Geburtsschmerz ist mit der Existenz des Kindes und dem Eltern-Kind-Verhältnis untrennbar verbunden. Ein Kaiserschnitt ohne besondere Komplikationen rechtfertigt jedenfalls noch keine Durchbrechung der einem schadenersatzrechtlichen Ausgleich entgegenstehenden prinzipiell untrennbaren Verbindung des Geburtsschmerzes mit der Existenz des Kindes und dem Eltern-Kind-Verhältnis.
<p>OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06t</p>	<p>wrongful conception: Zwar war das Abklemmen der Eileiter bei der Mutter lege artis erfolgt; die Frau war jedoch nicht über die so genannte Versagerquote aufgeklärt worden. Sie gebar eine gesunde Tochter und beehrte Ersatz des Verdienstentgangs und Schmerzensgeld. Der Vater beehrte den Ersatz weiterer Kosten.</p>	<p>Der OGH lehnte Schadenersatzansprüche ab (mit Hinweis auf OGH 14.09.2006, 6 Ob 101/06f). Da es sich bei wrongful birth und wrongful conception um nicht vergleichbare Sachverhalte handle (eine nähere Begründung dafür fehlt), könne auf ein Eingehen der in der Entscheidung 5 Ob 165/05 h vertretenen Rechtsauffassung („voller Schadenersatz bei wrongful birth“) verzichtet werden.</p>

<p>OGH 11.12.2007, 5 Ob 148/07m</p>	<p>wrongful birth: Das Kind kam mit schweren Behinderungen zur Welt. Die Behinderungen wurden aufgrund unklarer organisatorischer Abläufe im Krankenhaus fahrlässig nicht erkannt. Die Eltern wussten bis zu der Geburt des Kindes nichts von den Behinderungen und hätten in Kenntnis der tatsächlichen Umstände jedenfalls einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen.</p>	<p>◆ Eine auf der Verletzung des Behandlungsvertrags beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs kann nur dann Grundlage für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch der Eltern auf Ersatz des Unterhaltsaufwands sein, wenn der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig gewesen wäre.</p> <p>◆ Ist den Eltern durch eine fehlerhafte Pränataldiagnostik die Möglichkeit eines rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs aufgrund der Behinderung des Kindes entzogen worden, so ist der gesamte Unterhaltsaufwand und nicht nur der behinderungsbedingte Mehraufwand zu ersetzen.</p>
<p>OGH 07.08.2008, 6 Ob 148/08w</p>	<p>wrongful conception: Nach einer In-vitro-Fertilisation hat die Mutter mehreiige gesunde Drillinge geboren. Sie hatte zwecks Verringerung der Wahrscheinlichkeit einer Mehrlingsschwangerschaft mit dem behandelnden Arzt die Vereinbarung getroffen, dass nur zwei Embryonen eingesetzt werden. Mit der Begründung, der Arzt habe dennoch drei Embryonen implantiert, begehren die Frau und ihr Ehemann ein Drittel der Unterhaltskosten der Drillinge vom Spitalsträger.</p>	<p>Die Vorinstanzen hatten die Klagebegehren der Eltern (gerichtet auf Ersatz von einem Drittel der Kosten der Kinder von monatlich 182 EUR je Kind) im Licht der Vorjudikatur des OGH abgewiesen.</p> <p>Der OGH wies die Revision der Eltern wegen Fehlens einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zurück: Ein Fehler des behandelnden Arztes, der zur unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes führt (hier: Geburt von Drillingen anstatt von Zwillingen), löst keine schadenersatzrechtliche Haftung für den Unterhaltsaufwand aus, weil das Kind nicht als Schaden angesehen werden kann.</p>
<p>OGH 27.02.2012, 7 Ob 214/11p</p>	<p>wrongful birth: Information an die Mutter: „Alles in bester Ordnung. Wollen Sie durch eine Fruchtwasseruntersuchung ein gesundes Kind verlieren?“ Die Mutter, die besondere Ängste artikuliert hatte, ein behindertes Kind zu bekommen, gebar ein Kind mit Trisomie 21.</p>	<p>Nach dem OGH schuldete der Arzt eine umfassende neutrale Beratung über die Untersuchungsmethoden, die zur Feststellung einer Trisomie 21 geeignet sind, samt deren Vor- und Nachteilen, sodass der Frau eine sachgerechte Entscheidung über die Art der Abklärung und einen allfälligen, gesetzlich zulässigen Schwangerschaftsabbruch ermöglicht wird.</p> <p>OGH: Zurückweisung der außerordentlichen Revision des behandelnden Arztes</p>

<p>OGH 23.07.20214 8 Ob 54/14w</p>	<p>wrongful birth: Das Kind 1 ½ Monate nach der Geburt an einem angeborenen schweren Herzfehler. Bei einer Ultraschalluntersuchung hätten den Ärzten aber Anzeichen für eine Risikoschwangerschaft auffallen müssen. Aus diesem Grund war eine sofortige Überweisung in ein Zentrum für Pränataldiagnostik indiziert, die jedoch nicht erfolgt ist. Der Herzfehler des Kindes wurde erst in der 28./29. Schwangerschaftswoche von einem spezialisierten Pränataldiagnostiker festgestellt und den Eltern mitgeteilt. Zu diesem Zeitpunkt wäre ein Schwangerschaftsabbruch gem § 97 Abs 1 Z 2 StGB (embryopathische Indikation) möglich gewesen.</p>	<p>Der OGH wies die Klagebegehren der Eltern ab. Die Kläger hatten Schadenersatz, ua für den Trauerschaden, die Begräbniskosten des Kindes, Schmerzen in Zusammenhang mit der Kaiserschnittgeburt, frustrierte Aufwendungen für das Kind, Verdienstentgang sowie Fahrt- und Parkkosten begehrt. Die Krankheit des Kindes nicht bereits in der 20./21. Schwangerschaftswoche bekannt geworden. Bei Kenntnis bereits zu diesem Zeitpunkt hätten sich die Eltern für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden, weshalb die geltend gemachten Schäden nicht angefallen wären. <u>Begründung des OGH:</u> Auch nach Bekanntwerden der Krankheit in der 28./29. Woche wäre ein Schwangerschaftsabbruch gem § 97 Abs 1 Z 2 StGB (embryopathische Indikation) möglich gewesen. Da alle geltend gemachten Schäden folgenden Zeiträumen zuzuordnen seien, sei die Schadenersatzforderung nicht berechtigt.</p>
<p>OGH 17.08.2023, 5 Ob 82/23d; ebenso OGH 17.8.2023, 5 Ob 106/23h</p>	<p>wrongful birth: „Kind klagt, weil Mama zu wenig Zeit hatte: Kein Geld“: (Erfolgreiche) Klagen von Geschwistern auf immateriellen Schadenersatz</p>	<p>Zurückweisung der außerordentlichen Revisionen der jeweils klagenden Kinder (immaterieller Schaden der Geschwister nicht vom Schutzzweck der aufgrund des Behandlungsvertrags mit der Mutter bestehenden Aufklärungspflicht des Arztes über zur Verfügung stehende Methoden der Pränataldiagnostik erfasst)</p>