

Helmut Koziol, Ernst Karner und Barbara C. Steininger

Keine Schadenersatzansprüche wegen der Geburt eines Kindes?

Ein Änderungsentwurf des Bundesministeriums für Justiz sieht die Einfügung folgender Bestimmung in das ABGB vor: "Aus dem Umstand der Geburt eines Kindes kann niemand Schadenersatzansprüche geltend machen. Ausgenommen davon sind Schadenersatzansprüche aus einer Verletzung des Kindes während der Schwangerschaft oder der Geburt."

Schadenersatzansprüche wegen der Geburt eines Kindes kommen in verschiedenen faktischen Szenarien in Frage. Bei Klagen des Kindes selbst wird von wrongful life gesprochen; geht es hingegen um Klagen der Eltern spricht man von wrongful birth.¹ Ansprüche wegen wrongful life hat der OGH bereits in seiner Leitentscheidung 1 Ob 91/99k abgelehnt;² eine Entscheidung, die weithin auf Zustimmung gestoßen ist.

Anders ist die Lage bei Klagen der Eltern. Zunächst ist dabei an jene Fälle zu denken, in denen es ohne das sorgfaltswidrige Verhalten des betreffenden Arztes gar nicht zu einer Zeugung des Kindes gekommen wäre – es wird hier auch der Begriff wrongful conception verwendet.³ Klassisches Beispiel hierfür sind fehlgeschlagene Sterilisationen⁴ in deren Folge es zur Zeugung und späteren Geburt eines zumeist gesunden, möglicherweise aber auch eines behinderten Kindes kommt.⁵ Ähnlich gelagert sind Fälle in denen einer Frau im Zuge einer In vitro-Fertilisation eine größere Zahl an Embryonen eingepflanzt wird als vereinbart.⁶ Darüber hinaus kommen Schadenersatzansprüche aber auch in jenen – vielfach als wrongful birth (ieS) bezeichneten – Fällen in Betracht, in denen bereits eine Schwangerschaft bestand, aufgrund der Sorgfaltswidrigkeit des Arztes jedoch ein Schwangerschaftsabbruch nicht oder nicht erfolgreich vorgenommen werden konnte. Typisch für diese Gruppe ist eine sorgfaltswidrig unterlassene Aufklärung der Eltern über eine Behinderung des ungeborenen Kindes, sodass diesen die Möglichkeit genommen wird, sich für einen – ihnen ansonsten gesetzlich zugestanden – Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden.⁷ Hervorzuheben ist, dass es auch in dieser Fallgruppe nicht notwendigerweise um die Geburt eines behinderten Kindes geht.⁸ Denkbar sind vielmehr auch Konstellationen, in denen die Abtreibung eines gesunden Kindes vorge-

¹ Während bei wrongful life weitgehende Einigkeit über die Terminologie besteht, wird der Begriff wrongful birth unterschiedlich verwendet. Vgl dazu *B.C. Steininger, Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions*, JETL (Journal of European Tort Law) 2010, 126.

² JBI 1999, 593 = RdM 1999, 177 mit Anm von *Ch. Hirsch* und *Kopetzki* = RdW 1999, 781; vgl auch *Rebhahn*, Schadenersatz wegen der Geburt eines nicht gewünschten Kindes? JBI 2000, 265.

³ Teilweise wird damit jedoch auch einschränkend nur auf Fälle einer planwidrigen Geburt gesunder Kinder verwiesen; vgl dazu *B.C. Steininger*, JETL 2010, 126 mwN.

⁴ Vgl 6 Ob 101/06f, EvBl 2006/171 mit Anm von *B.C. Steininger* = EF-Z 2006, 131 mit Anm von *Leitner* = FamZ 2006, 198 mit Anm von *Neumayr* = ecolex 2006, 900 mit Anm von *Wilhelm* = Zak 2006, 358 mit Anm von *Kletečka* = JBI 2007, 171 = RdM 2007, 20 mit Anm von *Ch. Huber* sowie 2 Ob 172/06t, ecolex 2007, 169 mit Anm von *Wilhelm* = Zak 2007, 77; vgl weiters *Hinghofer-Szalkay/C. Hirsch*, Wrongful Conception die Zweite - (k)ein Ende in Sicht, EF-Z 2007, 89.

⁵ Die Sterilisation kann ohne Rücksicht auf das Risiko einer Behinderung des Kindes oder – etwa im Falle einer Erbkrankheit in der Familie – gerade deswegen vorgenommen worden sein.

⁶ Siehe 6 Ob 148/08w, ecolex 2008, 1117 mit Anm von *Friedl*; vgl weiters *Kletečka*, Zak 2008, 336 und *Karner*, Unerwünschte Zeugung und ungeplante Geburt – (k)eine Rechtsprechungsdivergenz? EF-Z 2009, 91.

⁷ Siehe 1 Ob 91/99k; 6 Ob 303/02f = JBI 2004, 311 mit Anm von *Bernat* = RdM 2004, 50 mit Anm von *Kletečka* = VR 2004, 118 mit Anm von *B.C. Steininger*; 5 Ob 165/05h = ecolex 2006, 564 = EF-Z 2006, 53 mit Anm von *Bernat* = FamZ 2006, 63 mit Anm von *Neumayr* = RdM 2006, 90 = JAP 2006/2007, 115 mit Anm von *Parapatits* = Zak 2006, 214 mit Anm von *Rebhahn*; 5 Ob 148/07m = ecolex 2008, 322 mit Anm von *Wilhelm* = EF-Z 2008, 108 = RdM 2008, 47 mit Anm von *Kopetzki* = Zak 2008, 95. Vgl weiters *Hinghofer-Szalkay/C. Hirsch*, Wrongful Birth – Wrongful Conception: Die Diskussion geht in die Verlängerung, FamZ 2008, 120; *Grüblinger*, „Wrongful Birth“ – A never ending story? Zak 2008, 143; *B.C. Steininger*, Wrongful birth revisited: Judikatur zum Ersatz des Unterhaltsaufwands nach wie vor uneinheitlich, ÖJZ 2008, 436; *Pletzer*, JBI 2008, 490.

⁸ Wiederum ist die Terminologie uneinheitlich; teils wird der Begriff „wrongful birth“ nämlich nur bei der Geburt behinderter Kinder verwendet; vgl *B.C. Steininger*, JETL 2010, 126.

nommen hätte werden sollen, diese aber nicht sorgfaltsgemäß durchgeführt wurde, und das Kind in der Folge unversehrt zur Welt kommt,⁹ oder Fälle, in denen wegen einer fehlerhaften Schwangerschaftsuntersuchung der für die Fristenlösung zur Verfügung stehende Zeitraum verstreicht¹⁰. Die uneinheitliche Rechtsprechung war bisher zumindest bereit, den Eltern behinderter Kinder den Mehraufwand oder – so die jüngere Judikatur – den gesamten Unterhalt zu ersetzen.¹¹

Durch den Entwurf sollen nunmehr in derartigen Fällen jegliche Schadenersatzansprüche gegen Ärzte bzw. Krankenanstaltenträger unterbunden werden. Stattdessen soll es in weiterer Folge zu einer sozialrechtlichen Regelung kommen;¹² Vorbilder für einen derartigen Ersatz schadenersatzrechtlicher Ansprüche durch sozialversicherungsrechtliche Leistungen gibt es dabei im arbeitsrechtlichen Bereich.¹³ Die Begründungen des Gesetzesvorschlags lassen erkennen, dass der Entwurf vor allem die Ansprüche der Eltern behinderter Kinder im Auge hat, wenn die Eltern bei einer vorgeburtlichen Untersuchung von den Ärzten versehentlich nicht auf die Behinderung aufmerksam gemacht wurden und daher keine Abtreibung vornahmen. In diesen Fällen hat die angedachte sozialrechtliche Lösung statt einer schadenersatzrechtlichen manches für sich. Eine solche sozialrechtliche Lösung müsste selbstverständlich alle behinderten Kinder erfassen, nicht nur jene die wegen eines ärztlichen Fehlers am Leben sind, so dass ganz generell eine Verbesserung der Situation Betroffener bewirkt werden könnte. Aber auch für Eltern, denen nach derzeitigem Recht Schadenersatzansprüche zustehen, könnte dies, sofern die sozialrechtlichen Leistungen angemessen hoch sind, Vorteile bringen, da sie keine langwierigen, risikoreichen Prozesse zu führen hätten und die ausreichende Versorgung des Kindes von Beginn an gesichert wäre. Insofern wäre eine Gesetzesänderung durchaus zu begrüßen, doch müsste zuerst oder zumindest zugleich eine sozialrechtliche Grundlage geschaffen werden, damit die neue Lösung nicht allein zu Lasten der behinderten Kinder und deren Eltern ausschlägt – was sicherlich nicht der Sinn der gesetzlichen Maßnahme sein kann.

Bei der Verfassung des vorliegenden Gesetzesentwurfs war allerdings der Blick zu sehr auf Fälle behinderter Kinder fixiert, so dass es der Aufmerksamkeit entgangen sein dürfte, dass der Entwurf einerseits zu weit gefasst ist und andererseits so manche Frage des rechtlichen Umfeldes nicht in die Überlegungen einbezogen wurde. Das wäre aber nötig, um das angestrebte Ziel zu erreichen, ohne zugleich gravierende andere Probleme hervorzurufen.

Diese Behauptung bedarf selbstverständlich der Begründung, die ihrerseits mit erläuternden Vorbemerkungen beginnen muss, um verständlich zu sein: Die unter dem Schlagwort „das Kind als Schaden“ geführte Diskussion hat zwar erheblich zur Emotionalisierung, aber wenig zur sachlichen Klärung des Problems beigetragen, da die wirkliche Sachfrage lediglich verdunkelt wurde. Es geht keineswegs darum, ein Kind als Schaden anzusehen; das wurde selbstverständlich von allen ernst zu nehmenden Meinungen verneint. Es kann vielmehr nur darum gehen, ob der den Eltern durch die Geburt eines Kindes entstehende Unterhaltsaufwand – und selbstverständlich nicht das Kind! – als ein ausgleichender Nachteil anzusehen ist oder nicht.¹⁴ So sehr ein Tätigwerden des Gesetzgebers in diesem Bereich zu begrüßen ist, erscheint es daher doch höchst bedauerlich, dass der Entwurf wieder den verfehlten Gedanken vom „Kind als Schaden“ als Ausgangspunkt wählt.

⁹ Vgl die den folgenden Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte: Cour de Cassation, Civ. 1^{re}, 25.6.1991, Recueil Dalloz Sirey 1991, 566; Appellationsgericht Basel-Stadt, Urteil vom 23.10.1998, Basler Juristische Mitteilungen 2000, 306.

¹⁰ Vgl dazu *Karner*, EF-Z 2009, 92 mit FN 12.

¹¹ Siehe dazu ausführlicher unten bei FN 18.

¹² Für eine sozialrechtliche Lösung spricht sich auch *Griss*, Unerwünschte Geburt – Ein Fall für die Gerichte? *Koziol-FS* (2010) 639, 645 f, aus.

¹³ Vgl etwa die §§ 175 f iVm 333 ASVG, die für Arbeitsunfälle die Ersatzpflicht des Arbeitgebers für fahrlässige Schädigung durch eine Unfallversicherung ersetzen.

¹⁴ Siehe dazu *F. Bydlinski*, Das Kind als Schadensursache im Österreichischen Recht, *Liber Amicorum* for Helmut Koziol (2000) 29.

Bei der Beantwortung der Frage, ob Ersatz für die Unterhaltsleistungen zusteht, sind verschiedene Ausgangspositionen denkbar: Es kann von dem familienrechtlichen Ansatz ausgegangen werden, dass die persönlichen und vermögensmäßigen Rechtsfolgen der Geburt eines Kindes abschließend im Familienrecht geregelt sind und daher schadenersatzrechtliche Ansprüche jedenfalls nicht in Betracht kommen.¹⁵ Der schadenersatzrechtliche Ansatz prüft hingegen unter Heranziehung der schadenersatzrechtlichen Zurechnungskriterien die Ersatzfähigkeit der vermögensmäßigen Auswirkungen der Existenz eines Kindes. Dieser Ansatz gelangt entsprechend der Differenztheorie zum Vorhandensein eines Schadens, da sich die Belastung der Eltern mit den Unterhaltspflichten eindeutig vermögensmindernd auswirkt; dieser Nachteil wäre vom Verursacher zu ersetzen, wenn dieser rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat.¹⁶ Darüber hinaus wird eine dritte, kombinatorische und dadurch vermittelnde Lösung vertreten: Diese geht einerseits dahin, dem familienrechtlichen Ansatz zu folgen und den im Entstehen eines Unterhaltsanspruchs liegenden Nachteil nicht als ersatzfähig anzusehen. Das wird vor allem damit begründet, dass der Schädiger nicht bloß das Entstehen einer Unterhaltspflicht verursache, sondern eine umfassende familienrechtliche Beziehung geschaffen werde, die aus materiellen aber auch immateriellen Pflichten und Rechten bestehe. Da die materiellen und immateriellen Komponenten untrennbar miteinander verwoben seien, dürfe nicht isoliert auf eine Pflicht gesehen werden, sondern nur auf die Gesamtbeziehung, die jedoch grundsätzlich nicht als Nachteil anzusehen sei. Andererseits will diese vermittelnde Lösung jedoch dann einen Ersatzanspruch gewähren, wenn die Unterhaltspflicht für die Eltern eine ganz außergewöhnliche Belastung bedeutet und daher die Gesamtbeziehung nicht mehr als ausgeglichen bewertet werden könne.¹⁷ Die österreichische Rechtsprechung ist uneinheitlich. Einerseits ist sie dem vermittelnden Lösungsansatz gefolgt, wonach bei außergewöhnlicher Belastung Ersatz gebührt.¹⁸ Andererseits wurde in Übereinstimmung mit dem schadenersatzrechtlichen Ansatz Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwandes für ein behindertes Kind zugesprochen.¹⁹ Diese Judikaturlinien stehen zu einander in einem Widerspruch,²⁰ der auch durch die nicht näher begründete Behauptung des OGH, es handle sich um unterschiedliche

¹⁵ Abgelehnt wird ein Schadenersatzanspruch in der österreichischen Literatur mit im Einzelnen unterschiedlichen Begründungen von *Hochhaltinger*, Stellungnahme zur Begründungsweise des OGH in der Entscheidung „Arzthaftung: Geburt eines behinderten Kindes als Schaden der Eltern“, JBl 2000, 58; *Schauer*, „Wrongful birth“ in der Grundsatzentscheidung des OGH, RdM 2004, 18; *Harrer* in Schwimann, ABGB VI³ (2006) § 1293 Rz 37 ff, 42; *Cornides*, Zur Haftung des Arztes bei fehlerhafter pränataler Diagnose, JBl 2007, 148; *Hollaender*, Die Geburt als schadensstiftendes Ereignis – Schadenersatz für „wrongful birth“ bei Behinderung? RdM 2007, 7; *Luf*, Kind als Schadensquelle? AnwBl 2007, 547 ff.

¹⁶ Vgl etwa *Bernat*, Zur Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und Ersatzfähigkeit von Familienplanungsschäden, JAP 1990/91, 232; *derselbe*, Unerwünschtes Leben, unerwünschte Geburt und Arzthaftung, FS Krejci II (2001) 1041; *derselbe*, Anm zu 5 Ob 165/05h, EF-Z 2006, 55; *derselbe*, Pränataldiagnostik und Spätabtreibung bei schweren Behinderungen. Ein deutsch-österreichischer Rechtsvergleich, JRP 2006, 113; *derselbe*, Wrongful Birth und Wrongful Conception in der Rechtsprechung des österreichischen OGH: Kann nur die Geburt eines behinderten Kindes die Quelle eines Schadens sein? MedR 2010, 169; *Engel*, Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht – Geburt eines behinderten Kindes als ersatzfähiger Schaden der Eltern, JAP 1999/2000, 131; *dieselbe*, Haftung Dritter für die unerwünschte Geburt eines Kindes, ÖJZ 1999, 621; *Rebhahn*, JBl 2000, 265, *derselbe*, Ersatz des vollen Unterhalts bei „wrongful birth“! Zak 2006/350; *Kletečka*, Erste Entscheidung des OGH zu „wrongful conception“, Zak 2006/599; *Leitner*, EF-Z 2006, 131; *Parapatits*, JAP 2006/2007, 116; *Ch. Huber*, Anm zu 6 Ob 101/06f, RdM 2007, 26 ff; *Grüblinger*, Zak 2008, 143; *Pletzer*, JBl 2008, 490.

¹⁷ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 2/22 ff, 2/30 ff; *Ch. Hirsch*, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung (2002); *F. Bydlinski*, Liber Amicorum for Helmut Koziol 29; *Koziol/B.C. Steininger*, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 138; *Karner*, EF-Z 2009, 93 f.

¹⁸ 1 Ob 91/99k; 6 Ob 101/06f; 2 Ob 172/06t, 6 Ob 148/08w.

¹⁹ 5 Ob 165/05h; 5 Ob 148/07m.

²⁰ Siehe *Kletečka*, Zak 2006, 344; *Parapatits*, JAP 2006/2007, 118; *Ch. Huber*, RdM 2007, 28; *B.C. Steininger*, ÖJZ 2008, 438 f; *Koziol/B.C. Steininger*, RZ 2008, 140; *Grüblinger*, Zak 2008, 144 f; *Pletzer*, JBl 2008, 498 ff; *Karner*, EF-Z 2009, 91 ff.

Sachverhaltsvarianten,²¹ nicht ausgeräumt werden kann.²² Zwar wurden bei Geburt eines gesunden Kindes im Ergebnis bisher stets Ersatzansprüche abgelehnt, in Fällen der Geburt eines behinderten Kindes hingegen zumindest der Mehraufwand zugesprochen, die Behinderung des Kindes kann jedoch nicht das entscheidende Kriterium darstellen. Folgt man, wie der OGH in den Entscheidungen, in denen er den gesamten Unterhaltsaufwand für ersatzfähig ansah, dem Schadenersatzrechtlichen Ansatz, so müsste konsequenterweise auch der Unterhaltsaufwand für ein nicht behindertes Kind ersatzfähig sein. Aber auch beim vermittelnden Ansatz kann es nach überzeugender Ansicht nicht darauf ankommen, ob es um den Unterhalt für ein gesundes oder ein behindertes Kind geht, sondern nur darauf, ob durch die Unterhaltspflicht auf Grund der wirtschaftlichen Lage der Eltern eine außerordentliche Belastung entsteht.²³ Obwohl zwischen den verschiedenen Fallgruppen bedeutende faktische Unterschiede bestehen, erfordert die grundsätzliche Rechtsfrage, ob der Unterhaltsaufwand für ein planwidrig gezeugtes oder geborenes Kind ersatzfähig ist oder nicht eine einheitliche Beurteilung.²⁴ Obgleich somit noch keine gefestigte Rechtsprechung vorliegt, ist dennoch festzuhalten, dass nach geltendem Recht sehr wohl Schadenersatzansprüche bestehen, auch wenn nach wie vor unklar ist, in welchem Ausmaß bzw in welchen Fallgruppen Ersatzansprüche gewährt werden und in welchen nicht. Eine grundsätzliche Ablehnung von Ansprüchen auf Ersatz des Unterhaltsaufwandes per se wurde seit der Leitentscheidung 1 Ob 91/99k in der Judikatur jedenfalls nicht mehr vertreten. Auch international ist, trotz ebenfalls kontroverser Diskussion dieses Themenbereichs, eine Tendenz zur Anerkennung von Schadenersatzansprüchen feststellbar.²⁵ Durch die geplante Gesetzesänderung sollen nunmehr sämtliche Schadenersatzansprüche ausgeschlossen werden. Dies betrifft nun keineswegs nur die in der Diskussion fast ausschließlich erwähnten behinderten Kinder, sondern – mangels Differenzierung – auch die unerwünschte Geburt gesunder Kinder. Das ist zunächst schon deshalb bedenklich, weil in diesen Fällen eine sozialversicherungsrechtliche Lösung wohl kaum in Betracht kommen wird und daher die Eltern allein den Nachteil zu tragen hätten. Es sollte auch beachtet werden, dass sich diese Fälle von jenen der Geburt behinderter Kinder dadurch unterscheiden, dass es hier typischerweise nicht um Fälle geht, in denen den Eltern aufgrund der Sorgfaltswidrigkeit des Arztes die Möglichkeit, sich für eine Abtreibung zu entscheiden, genommen wurde, sondern darum, dass die ohnehin nicht verhinderte Geburt durch einen Fehler des Arztes, insbesondere bei mangelhafter Sterilisation oder wegen Einsetzung einer zu großen Zahl von befruchteten Embryonen, herbeigeführt wurde. Eine Emotionalisierung der Diskussion wegen einer Verknüpfung mit der Abtreibungsproblematik ist hier daher fehl am Platz. Würden hier Schadenersatzansprüche selbst in Fällen einer außergewöhnlichen Belastung der Eltern abgeschnitten, so hätten – da eine sozialversicherungsrechtliche Lösung ausscheidet – die Eltern und mittelbar selbstverständlich alle vorhandenen Kinder den Nachteil zu tragen. Gerade bei ungeplanten Schwangerschaften wegen fehlerhafter Sterilisation wäre bei Ablehnung jeglichen Ersatzes auch bei außergewöhnlicher Belastung sogar zu befürchten, dass Eltern sich zu einer Abtreibung im Rahmen der Fristenlösung genötigt sehen. Es stellt sich die Frage, mit welcher Berechtigung hier der Familie die Bürde der Unterhaltsbelastung auferlegt wird und nicht

²¹ In 2 Ob 172/06t und 5 Ob 148/07m wurde betont, die eine Judikaturlinie befasse sich mit wrongful conception und die andere mit wrongful birth; in 6 Ob 148/08w wurde dann danach unterschieden, ob es um die Geburt eines behinderten oder eines nicht behinderten Kindes geht.

²² *Koziol/B.C. Steininger*, RZ 2008, 140; *B.C. Steininger*, ÖJZ 2008, 438 f; *Karner*, EF-Z 2009, 91 ff.

²³ Entgegen den Äußerungen im Allgemeinen Teil der Erläuterungen des Entwurfs kann daher gerade nicht davon ausgegangen werden, dass die Behinderung an sich als Grund für die Anerkennung des Schadenersatzanspruchs angesehen wird. Dass das behinderte Kind selbst keinesfalls als Schaden angesehen werden kann, wurde bereits oben erläutert.

²⁴ *Karner*, EF-Z 2009, 91 f; *Koziol/B.C. Steininger*, RZ 2008, 138.

²⁵ Siehe dazu *Koziol/B.C. Steininger*, RZ 2008, 140 ff; sowie *B.C. Steininger*, JETL 2010, 147; *Hogg*, Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth, JETL 2010, 156; *Bagińska*, Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation, JETL 2010, 171.

dem Arzt, der nach allen Schadenersatzrechtlichen Regeln verantwortlich ist. Es ist auch zu bedenken, dass die wirtschaftlichen Probleme sicherlich nicht der Eltern-Kind-Beziehung förderlich sind, vielmehr eine erhebliche Entspannung zu Gunsten des Kindes einträte, wenn den Eltern die außergewöhnliche Belastung abgenommen wird.²⁶ Aus welchen Gründen sollte eine Lösung zu Lasten der Kinder und zu Gunsten nachlässiger Ärzte – die sich durch eine Haftpflichtversicherung absichern können – gerechtfertigt sein?

Damit gelangen wir zu einer grundlegenden Problematik einer völligen Haftungsfreistellung schuldhaft handelnder Ärzte, die nach dem Wortlaut des Entwurfs selbst in Fällen vorsätzlicher Schädigung eingreifen soll: Das Schadenersatzrecht verfolgt nicht nur den Zweck des Nachteilsausgleichs, sondern zugleich auch den der Prävention. Die drohende Schadenersatzpflicht ist durchaus geeignet, das Verhalten zu steuern und die Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu fördern. Mit dem Ausschluss der Schadenersatzpflichten unsorgfältiger Ärzte wird deren zivilrechtliche Verantwortlichkeit beseitigt. Das fördert die Sorglosigkeit, zerstört die Vertrauensbasis zwischen Arzt und Patient und ist schließlich grob gleichheitswidrig. In diesem engen Bereich tätige Ärzte wären nämlich die einzigen Sachverständigen, die für ihre Fehlleistungen nicht haftbar würden. Eine sachliche Rechtfertigung, dass gerade im höchst sensiblen Verhältnis Arzt – Patient eine derartige Haftungsfreiheit angemessen sein sollte, ist wohl kaum zu finden;²⁷ ebenso ist auch nicht erkennbar, aus welchen Gründen unsorgfältige Ärzte derartige Privilegien genießen sollten. Zu bedenken ist auch, dass nach geltendem allgemeinem bürgerlichen Recht und insbesondere nach Verbraucherschutzrecht ein völliger Ausschluss der Haftung der Ärzte sittenwidrig und daher ungültig wäre.²⁸ Es erscheint höchst bedenklich, wenn der Gesetzgeber generelle Regeln einführt, die er an anderer Stelle als sittenwidrig brandmarkt.

Diese Problematik der Begünstigung unsorgfältiger Ärzte stellt sich übrigens auch in dem Bereich, in dem es um behinderte Kinder geht. Die sozialversicherungsrechtliche Lösung sollte daher zur Vermeidung der eben erwähnten Bedenken unbedingt mit Regressansprüchen der zahlenden Sozialversicherung gegen die verantwortlichen Ärzte gekoppelt sein. Dies entspricht auch durchaus den allgemeinen Grundsätzen und überdies der Überlegung, dass nicht einzusehen wäre, warum die Allgemeinheit für die Sorgfaltswidrigkeit mancher Ärzte einstehen sollte.

Problematisch erscheint aber auch die Formulierung des Entwurfes, wonach Schadenersatzansprüche nur noch im Falle einer Verletzung des Kindes während der Schwangerschaft oder der Geburt möglich sein sollen. Diese Textierung schließt Schadenersatzansprüche wohl auch dann aus, wenn es infolge einer Schädigung des Erbgutes der Eltern vor Zeugung zu einer Schädigung des Kindes kommt, weshalb der vorgeschlagene Haftungsausschluss sachgerechterweise teleologisch reduziert bzw Satz 2 des Entwurfs analog angewendet werden müsste. Falls es tatsächlich zu einer sozialrechtlichen Lösung kommt, wäre diese Problematik zwar entschärft, doch ist auch hier schwer einzusehen, warum die Allgemeinheit für den Schädiger einspringen soll, sodass jedenfalls Regressansprüche der Sozialversicherung vorgesehen werden sollten.

²⁶ So argumentiert auch das schweizerische Bundesgericht, das, wie auch der deutsche BGH, bei planwidriger Geburt auch eines gesunden Kindes Ersatz für den Unterhaltsaufwand zuspricht; BGE 132 III 359, 373.

²⁷ Der in den Erläuterungen zum Entwurf genannte Gedanke, wonach Ärzte durch die Anerkennung von Ersatzansprüchen dazu veranlasst würden, zwecks Haftungsvermeidung im Zweifel zu Abtreibungen zu drängen, überzeugt nicht. Insbesondere besteht keinerlei Verpflichtung des Arztes, zu Abtreibungen zu drängen, vielmehr ist lediglich über den Gesundheitszustand des Kindes aufzuklären, damit (in dieser sehr speziellen Fallgruppe) den Eltern eine Entscheidungsgrundlage für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation geboten wird. Vgl dazu ausführlicher *B.C. Steininger*, JETL 2010, 139 f mwN.

²⁸ § 6 Abs 1 Z 9 KSchG.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass durch die vorgeschlagene Regelung auch der Ersatz sämtlicher immaterieller Schäden ausgeschlossen würde.²⁹ Angesichts der sehr weiten Formulierung des Vorschlages beträfe dies wohl nicht nur an die Existenz des Kindes gekoppelte immaterielle Schäden, sondern auch jene, die sich aus der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Eltern ableiten und die mitunter durchaus anders bewertet werden als an die Existenz des Kindes anknüpfende Ansprüche auf Ersatz materieller oder immaterieller Schäden.³⁰

Insgesamt ist daher sehr zu hoffen, dass der Entwurf nochmals überdacht und im Zuge einer umfassenderen Reform des Schadenersatzrechts einer systemkonformen Lösung zugeführt wird. Ein völliger Haftungsausschluss, der im Gegensatz zu den schadenersatzrechtlichen Grundregeln steht, erscheint jedenfalls zu weitgehend. Stattdessen bieten der schadenersatzrechtliche, oder, was den Autoren vorzugswürdiger erscheint, der vermittelnde Ansatz ausgewogene, sachgerechte und praktikable Lösungen. § 1321 des Diskussionsentwurfes für eine Reform des Schadenersatzrechts³¹ geht vom vermittelnden Ansatz aus und schlägt vor, dass derjenige, der durch nicht gehörige Erfüllung eines Vertrags die Entscheidung von Eltern, die Geburt eines Kindes in zulässiger Weise zu vermeiden, vereitelt, angemessene Entschädigung für den durch die Verletzung der Entscheidungsfreiheit verursachten ideellen Schaden zu leisten hat. Darüber hinaus ist nach Abs 2 der Aufwand für den Unterhalt des Kindes nur zu ersetzen, wenn und soweit der Aufwand zu einer außerordentlichen Belastung der Eltern führt und deren Lebensstandard wesentlich gemindert wird.³²

²⁹ Vgl dazu *Hinghofer-Szalkay/C. Hirsch*, Die Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden bei Geburt eines unvorhergesehen behinderten Kindes, RdM 2008, 136; siehe weiters *B.C. Steininger*, JETL 2010, 147 ff; *Bagińska*, JETL 2010, 171.

³⁰ So hat etwa das House of Lords (nunmehr UK Supreme Court) in der Entscheidung *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL (United Kingdom House of Lords) 52; [2004] 1 AC (Appeal Cases) 309 einen Ersatz des Unterhaltsaufwandes abgelehnt aber der klagenden Mutter Ersatz für die Beeinträchtigung ihrer Familienplanung zuerkannt.

³¹ Siehe Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht, JBl 2008, 370 = ZVR 2008, 172.

³² Für einen Anspruch auf Ersatz des ideellen Schadens wegen Vereitelung der Dispositionsmöglichkeit auch *Griss*, FS-Koziol, 647, die sich andererseits jedoch kritisch gegenüber einem Ersatz des außerordentlich belastenden Unterhaltsaufwandes äußert, aaO 645 f.