

Es ist alles sehr kompliziert ...



STEFAN PERNER
MARTIN SPITZER

ÖJZ 2023/109

Manches ist sogar so kompliziert, dass verschiedene Senate des OGH verschiedener Meinung sind. Das kann vorkommen, Rechtsentwicklung ist schließlich ein diskursiver Prozess. Dabei bietet § 8 Abs 1 Z 2 OGHG für eingefahrene Judikaturdivergenzen einen Ausweg: Ein verstärkter Senat entscheidet mit Bindungswirkung auch für zukünftige Fälle.

Das passiert nicht oft (dazu schon ÖJZ 2023/60), zumal verstärkte Senate gruppenspezifisch nicht unproblematisch sind: Einen Verstärkungsbeschluss fasst jener Senat, bei dem eine Sache gerade anhängig ist. Dessen fünf Mitglieder werden dann durch die sechs dienstältesten Mitglieder anderer Senate ergänzt. Daraus folgt aber, dass ein Senat, der sich einig ist, nur eine zusätzliche Stimme benötigt, um einen Rechtssatz mit Bindungswirkung zu schaffen. Es ist daher nachvollziehbar, dass der OGH Verstärkungen mit Augenmaß handhabt und dass es seit vielen Jahren Vorschläge für eine Reform in Richtung eines eigenen Grundsatzsenats gibt (*Lovrek/Musger* in *Fasching/Konecny*³ Vor § 502 Rz 66 ff).

Jetzt ist es aber wieder einmal so weit: Der OGH verstärkt sich zur lang umstrittenen Frage von Schadenersatz für eine ungewünschte Geburt.

Die Fallgruppen sind bekanntlich verschieden. Bei *wrongful conception* bekommt jemand ein gesundes Kind, das er gar nicht wollte (zB implantiert der Arzt gegen den ausdrücklichen Wunsch der Patientin drei statt zwei Embryonen, 6 Ob 148/08w). Hier gewährt der OGH keinen Ersatz, es sei denn, der zusätzliche Kindesunterhalt zieht eine „*ungewöhnliche und geradezu existenzielle*“ wirtschaftliche Belastung nach sich (9 Ob 37/14b). Rein schadenersatzrechtlich ist diese Zurückhaltung schwer erklärbar.

Bei *wrongful birth* geht es um Fälle, bei denen bei der Pränataldiagnostik eine Behinderung nicht erkannt wurde, sodass die Mutter ein Kind zur Welt bringt, das sie in Kenntnis der Behinderung abgetrieben hätte. In „*Abwägung [...] fundamentaler Rechtsprinzipien*“ wird hier der gesamte Unterhalt ersetzt (6 Ob 101/06f). Die Frage, wie das zur *wrongful-conception*-Judikatur passt, stellt sich nicht nur der Arzt im aktuellen Fall (3 Ob 9/23d), der maximal den behinderungsbedingten Mehraufwand ersetzen möchte.

Da die beiden Judikaturlinien nicht zusammenpassen, hat Höllwerth schon 2016 gefordert, dass „*die Klärung dieser Judikaturdivergenz Aufgabe eines verstärkten Senats sein*“ sollte (EF-Z 2016, 290 [295]). Das ist nun der Fall, der 3. Senat hat sich gerade verstärkt, weil es doch um dieselbe Frage nach Schadenersatzansprüchen für den Unterhaltsaufwand gehe, der aus der Geburt eines Kindes resultiert.

Weil die Rsp *wrongful birth* und *conception* aber traditionell als verschiedene Rechtsfragen behandelt, ist die Zulässigkeit eines verstärkten Senats – auch wenn das auf den ersten Blick überraschen mag – kein Selbstläufer. In vergleichbaren Fällen haben andere Senate Forderungen nach einer Verstärkung bisher mit dem Hinweis abgelehnt, sie „*verkennen die verfahrensrechtliche Frage der Voraussetzungen der Befassung eines verstärkten Senats*“ (6 Ob 148/08w; auch 2 Ob 172/06t; 5 Ob 148/07m), und betont, dass hier nicht verschiedene Antworten auf eine Rechtsfrage gegeben würden, sondern verschiedene Antworten auf verschiedene Fragen. Für *Kodek* liegen die Voraussetzungen für einen verstärkten Senat daher „*evident nicht vor*“ (Zugang zum OGH [2012] 101).

Der 3. Senat liefert für die Verstärkung aber ohnehin noch eine zweite Begründung. Nach § 8 Abs 1 Z 1 OGHG ist ein verstärkter Senat auch dann möglich, wenn der erkennende Senat ausspricht, dass „*die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes [...] bedeuten würde*“. Voraussetzung dafür wäre also, dass der erkennende Senat beim behinderten Kind anders als nach bisheriger Judikatur nicht mehr den vollen Unterhalt zusprechen wollte.

Das sagt der 3. Senat allerdings nicht: „*Sollte der verstärkte Senat !! dabei zum Ergebnis kommen, dass keine Unterhaltskosten zuzusprechen seien oder nur der behinderungsbedingte Unterhaltsmehraufwand zu ersetzen sei, dann würde dies ein Abgehen von der dazu vorliegenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu den Fällen der ‚wrongful birth‘ bedeuten*“. Damit ist § 8 Abs 1 Z 1 OGHG aber nicht erfüllt. Die Zulässigkeit der Verstärkung kann sich nicht aus einem möglichen Abweichen des verstärkten Senats ergeben, weil sonst jeder Fall ein Verstärkungsfall wäre.

Auch wenn so viel Unsicherheit über die Zulässigkeit verstärkter Senate wohl nur ein verstärkter Senat klären könnte, lässt sich für den vorliegenden Fall prognostizieren: Dass die nunmehr zu erwartende Grundsatzentscheidung für *wrongful birth* keinerlei Auswirkungen auf *wrongful conception* hat, ist kaum vorstellbar. Vielleicht ist ja gerade das Bestreben, allgemeingültige Grundsatzaussagen zum Ersatz bei unerwünschter Geburt eines Kindes zu treffen.

Schadenersatzrechtlich gedacht wäre es dabei nicht stoßend, schlicht den Schaden zu ersetzen, für den der Behandlungsfehler kausal war. Die dagegen häufig eingewendeten familienrechtlichen Wertungen, die Schadenersatz und familiäre Beziehung als Einheit begreifen und deshalb keinen Ersatz gewähren wollen, lassen sich jedenfalls nicht aus dem Wohl des Kindes gewinnen.

Jenseits verfahrensrechtlicher Feinheiten ist es zweifellos Zeit für eine kohärente Lösung beider Fallgruppen. Jedenfalls bis dahin bleibt alles sehr kompliziert.

Stefan Perner und Martin Spitzer