



Schadenersatzrechtliche Auswirkungen eines ärztlichen Kunstfehlers bei der Geburt des verunstalteten Kindes für die „betroffene“ Mutter

Zugleich Besprechung von OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 78/08m,

iFamZ 2008/125, 252

Erleidet ein neu geborenes Kind wegen eines schuldhaften ärztlichen Kunstfehlers eine schwere Behinderung und gibt die Mutter deshalb für mehrere Jahre ihre Berufstätigkeit auf, um durch Therapiemaßnahmen zu retten, was zu retten ist (eine gewisse Beweglichkeit der Hand des Kindes), ist der bei der Mutter eintretende Verdienstentgang ersatzfähig. Der OGH spricht damit erstmals Ersatz in einem weit über die durchschnittlichen Kosten einer Pflegekraft hinausgehenden Ausmaß zu. Ausgelotet wird in diesem Beitrag, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Zuspruch gebührt und ob er in vergleichbarem Umfang auch dann zusteht, wenn bloß das Kind einen Schadenersatzanspruch gegen den Ersatzpflichtigen hat, daneben aber keine konkurrierende Anspruchsgrundlage der Mutter gegeben ist.

O. UNIV.-PROF. DR. CHRISTIAN HUBER*

I. Ein Sachverhalt mit besonderer Tragik

Das erste Kind erlitt bei einer Zangengeburt eine Schulterverletzung, die aber – nach einem Aufenthalt des Säuglings auf der Intensivstation – schlussendlich ausgeheilt werden konnte. Diese Geburt wurde nicht vom nunmehr beklagten Gynäkologen assistiert. Die Mutter, eine Hauptschullehrerin, wollte eine solche Geburt nie mehr erleben. Sie schloss deshalb in der Folge eine private Krankenversicherung ab, damit sie sich bei der Geburt des zweiten Kindes den Gynäkologen, bei dem sie schon seit dem Zeitpunkt vor Geburt des ersten Kindes in Behandlung war, leisten konnte.

Dieser unterließ aber bei der Geburt des zweiten Kindes einen indizierten Kaiserschnitt, weil er sich mit den vorhandenen Krankenunterlagen unzureichend befasst hatte. Auch den Schilderungen der Eltern über die Komplikationen bei der Geburt des ersten Kindes hatte er nicht die gebührende Aufmerksamkeit geschenkt. Bei der Geburt der vom beklagten Gynäkologen assistierten Geburt des zweiten Kindes passierte die gleiche Schulterverletzung wie beim ersten Kind; allerdings war die Verletzung dieses Mal so schwer, dass ein Dauerschaden zurückblieb. Die Mutter verschob nach eineinhalb Karenzjahren den Wiedereinstieg in den Beruf um weitere vier Jahre, um zu retten, was zu retten war: um nämlich durch engagierte Therapiemaßnahmen die Beweglichkeit der rechten Hand so weit wie möglich zu erhalten. Ohne den Einsatz der Mutter wäre die Hand gänzlich funktionslos geblieben.

Gegenstand des Rechtsstreits sind im Wesentlichen zwei Bereiche: Kann die Mutter über die durchschnittlichen Kosten einer Pflegekraft hinaus Ersatz begehren, und zwar un-

ter Einschluss der Vermögensnachteile wegen der Verschiebung des Wiedereinstiegs in den Beruf? Steht ihr ein Schmerzensgeld dafür zu, dass ein Kaiserschnitt weniger beschwerlich gewesen wäre und sie zusätzliche psychische Unbill dadurch erlitt, dass bei der Geburt des zweiten Kindes gerade das – und noch Schlimmeres – passierte, was sie durch Abschluss einer privaten Krankenversicherung und Auswahl eines ex ante besonders geeignet erscheinenden Gynäkologen vermeiden wollte?

II. Das Ausmaß der ersatzfähigen Pflegedienstleistungen

A. Der Unterschied zu den nicht ersatzfähigen Reflexschäden in den Stromkabelfällen

Der OGH qualifiziert den Verdienstentgang der Mutter als einen nach dem Vertrag ersatzfähigen Schaden und grenzt ihn gegenüber den nicht ersatzfähigen mittelbaren oder Reflexschäden ab, wobei er auf die **Stromkabelfälle** verweist. „Von diesen Fällen unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt grundlegend“, heißt es. Verwiesen wird auf den **Schutzzweck des Behandlungsvertrags**, der Körperschäden von Kind und Mutter sowie daraus resultierende Vermögensschäden vermeiden soll. Warum spricht der OGH die Parallele zu den Stromkabelfällen an, und worin liegt der maßgebliche Unterschied?

Bei den Stromkabelfällen geht es darum, dass im Regelfall eine deliktische Schädigung passiert. Der Baggerfahrer

* O. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen.



beschädigt bei Grabungsarbeiten ein im Erdreich verlegtes Stromkabel eines Nicht-Vertragspartners. Umstritten ist, ob bloß die Reparaturkosten für dieses oder auch die **Folgeschäden**, etwa wegen der verdorbenen Lebensmittel in den Tiefkühltruhen der an diesem Stromkabel hängenden und wegen dessen Kappung geschädigten Haushalte ersatzfähig sind. In Bezug auf die Ersatzfähigkeit der Folgeschäden macht es freilich keinen Unterschied, ob die Beschädigung des Stromkabels bloß wegen Verstoßes gegen eine Deliktspflicht erfolgt oder der Baggerfahrer der Baufirma das Stromkabel des Vertragspartners schuldhaft beschädigt hat. Eine Ersatzfähigkeit der in den Tiefkühltruhen verdorbenen Lebensmittel wird deshalb abgelehnt, weil es ansonsten zur **Uferlosigkeit der Schadenersatzpflicht** is einer unübersehbaren Anzahl von Anspruchsberechtigten käme. Das ist im konkreten Sachverhalt gerade nicht gegeben, weshalb es zutrifft, dass sich dieser Fall „grundlegend“ unterscheidet.

Worin liegt aber gleichwohl eine **Parallele**, sodass die Abgrenzung angezeigt erscheint? Verletzt wurde das **Kind**; Auswirkungen zeitigte die Verletzung aber in der **Vermögenssphäre der Mutter**. Sie erlitt einen bloßen Vermögensschaden, indem sie den Wiedereinstieg in den Beruf aufschob, um das Kind zu pflegen. Wie in den Stromkabelfällen führt die deliktische oder vertragliche¹ Schädigung des einen zu einem **reinen Vermögensschaden bei einem Dritten**. Und solche sind außerhalb eines Vertrags bzw einer Sonderbeziehung grundsätzlich nicht ersatzfähig.² Der OGH begründet die Ersatzfähigkeit im konkreten Fall damit, dass dies der **Schutzzweck des Vertrags** rechtfertige. Der Behandlungsvertrag zwischen Mutter und Arzt bezwecke einerseits das körperliche Wohlergehen von Mutter und Kind sowie andererseits den Schutz vor Vermögensnachteilen. Mutter und Kind werden als Einheit betrachtet; mit der Folge, dass die körperliche Verletzung des einen, nämlich des Kindes, auch die infolge psychischer Kausalität hervorgerufenen Vermögensnachteile beim anderen, der Mutter, mit einschließe. Das ist sehr weit, aber gut vertretbar. Bedeutsam war wohl auch, dass es dadurch zu keiner Uferlosigkeit von Schadenersatzpflichten kommt.

B. Ausmaß des Ersatzes bei – bloß – deliktischer Schädigung des Kindes

Das Berufungsgericht hat die Revision der Mutter zugelassen, weil sich der OGH mit einem Verdienstentgangsanspruch einer Pflegeperson bloß bei einem **Ehegatten**, nicht aber bei einem **Kleinkind** beschäftigt habe. *Kletečka*,³ der den Zuspruch des OGH billigte, warf die Frage auf, ob der

OGH ebenso entscheiden würde, wenn bloß eine **deliktische Schädigung des Kindes** gegeben sei, nicht aber eine kumulative **vertragliche Anspruchsgrundlage der Mutter**. Maßgeblich ist mE gar nicht, ob das verletzte Kind einen deliktischen oder einen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen den Schädiger hat. Bedeutsam ist allein, dass die das Kind pflegende Mutter, die ja nicht verletzt ist, keine zusätzliche Anspruchsgrundlage hat. Auch in solchen Fällen ist der über die durchschnittlichen Kosten einer Pflegekraft anfallende Verdienstentgang eines pflegenden Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen ersatzfähig.⁴

Dass ein Therapiebedarf des verletzten Kindes besteht, steht außer Streit. Strittig ist lediglich, ob dieser Pflegebedarf durch eine **x-beliebige Person** zu durchschnittlichen Pflegekraftkosten zu decken ist oder auch der darüber hinaus gehende Verdienstentgang des betreuenden **Familienangehörigen** ersatzfähig ist. Das Entgegenkommen des Familienangehörigen soll nach der Wertung des § 14 Abs 4 EKHG⁵ den Schädiger nicht entlasten. Ein wirtschaftlich rational handelnder Angehöriger würde aber die Pflege bzw Therapie des Verletzten bloß übernehmen, wenn er dafür das ersetzt bekommt, was er sonst im Erwerbsleben verdienen würde. Ob der Ersatzpflichtige diese „Opportunitätskosten“ zu bezahlen hat, sich der Geschädigte die verletzungsbedingt benötigte Dienstleistung auf Kosten des Schädigers so viel kosten lassen darf, ist eine Frage der **Tunlichkeit bzw Verhältnismäßigkeit**. Das Ausmaß des ersatzfähigen Überhangs bestimmt sich mE – jedenfalls primär – nach der **Wertigkeit des Rechtsguts**.

Beim **Fahrzeugschaden** ist anerkannt, dass eine besondere Form der Restitution eine höhere Belastung des Ersatzpflichtigen rechtfertigen kann. Die **Reparatur** ist auch dann zulässig, wenn sie den Wiederbeschaffungswert maßvoll übersteigt.⁶ Die Differenz zur Totalschadensabrechnung ist dann aber nicht nur um diesen Überhang größer. Vielmehr kommt noch der merkantile Minderwert dazu; und ein Abzug des Restwerts wie bei der Totalschadensabrechnung hat zu unterbleiben. Das Auseinanderklaffen ist somit beträchtlich. Bei einer Reparatur in der Werkstätte des Vertrauens sind auch Reparaturkosten ersatzfähig, die über die Sachverständigenschätzung hinausgehen.

Wird ein **Haustier** verletzt, kann der Eigentümer gem § 1332a ABGB Heilungskosten verlangen, die den „Wiederbeschaffungs- oder Zeitwert“ deutlich überschreiten. Mit Verlaub, es sollte aber nach der Rangfolge der Rechtsgüter völlig außer Streit stehen, dass die Wertigkeit des menschlichen Lebens einen ungleich höheren Stellenwert hat als die eines Haustiers! Im konkreten Fall kommt

¹ Das Kind ist in die Schutzwirkung des Behandlungsvertrags zwischen Mutter und Arzt einbezogen.

² Zuletzt OGH 10. 7. 2008, 8 Ob 51/08w, demnächst ZVR (Ch. Huber): Versagung des Ersatzes der Strafverteidigerkosten eines durch ein falsches Sachverständigengutachten „angeputzten“ Betreibers einer Kfz-Werkstätte wegen Fehlens einer vertraglichen Beziehung.

³ Zak 2008, 316.

⁴ Dazu bereits Ch. Huber, Fragen der Schadensberechnung² (1994) 381 ff.

⁵ § 14 Abs 4 EKHG ist keine Besonderheit der Gefährdungshaftung, sondern ein allgemeiner Rechtsgrundsatz. Vgl etwa § 843 Abs 4 BGB.

⁶ Zuletzt OGH 23. 3. 2007, 2 Ob 162/06x, ZVR 2008/29, mit Besprechungsaufsatz Ch. Huber, ZVR 2008, 92 (92 ff), sowie 26. 6. 2008, 2 Ob 158/07k, ZVR 2008/227, 467 (Ch. Huber 469).



hinzu, dass es um die **Funktionstüchtigkeit** eines **besonders wichtigen Körperteils** des Verletzten ging, nämlich der rechten Hand. Der Zuschlag darf dementsprechend sehr hoch ausfallen.⁷

Wie eine jüngere Entscheidung des OLG Bamberg⁸ zu einem vergleichbaren Sachverhalt zutreffend herausgearbeitet hat, kommt es bei Betreuungs- und Therapiedienstleistungen bei minderjährigen Kindern darauf an, dass die Fürsorgemaßnahmen zu den Zeiten stattfinden, zu denen das **Kind aufnahmefähig** ist. Oft bedarf es eines besonders großen Maßes an Einfühlungsvermögen und Geduld, das von stundenweise engagierten Fremdarbeitskräften – so solche überhaupt zu bekommen sind – nicht aufgebracht wird. Die vom OGH formulierten strengen Anforderungen, dass ein solcher Ersatz so lange gebührt, wie eine begründete **Chance einer Verbesserung der Behinderung** gegeben, keine **gleichwertige Alternative** vorhanden und die Therapie nicht neben dem Beruf **zumutbar** sei, dürften nach den in der Entscheidung gemachten Angaben erfüllt sein, wenn gleich der OGH zur Prüfung des letzteren Kriteriums zurückverwiesen hat.

Bei der „gleichwertigen Alternative“ ist nicht nur auf das reine Stundenausmaß, sondern auch auf die Einsatzbereitschaft der Pflegekraft abzustellen. Womöglich spielt auch das Erwerbseinkommen der Mutter eine Rolle. Sind nicht nur die Opportunitätskosten einer – mäßig besoldeten – Hauptschullehrerin ersatzfähig, sondern wären es etwa auch die Gagen von Anna *Netrebko*, wenn diese in einer entsprechenden Situation wäre? Für einen Bruchteil von deren Erwerbseinkommen würde man eine professionelle Pflegerin rund um die Uhr betrauen können, sodass man geneigt ist, gegenteilig zu entscheiden. Zu bedenken ist indes, dass im deutschen Recht sogar vom Gesetzgeber⁹ bei dem im Zuge der Schuldrechtsreform neu gefassten § 275 Abs 2 BGB – dem entspricht in etwa § 1447 ABGB – als Musterbeispiel genannt wird, dass die Unmöglichkeit vom Schuldner dann nicht zu vertreten sei, wenn eine Opernsängerin zwar ihre Leistung objektiv erbringen könnte, ihren Auftritt aber absage, weil sie sich um ihr schwer krankes Kind kümmern. Die Wertungsmaßstäbe erscheinen mir da und dort vergleichbar mit der Folge, dass auch das Ergebnis anzupassen ist.

Wie stets bei Fragen im Grenzbereich der Tunlichkeit stellt sich auch im vorliegenden Zusammenhang die Frage, ob der Geschädigte eine an sich untunliche Restitutionsart, nämlich die Betreuung durch den „hochpreisigen“ Familienangehörigen bei Verlangen der diesem durch die Auf-

gabe einer beruflichen Erwerbstätigkeit entstehenden Einbuße, durch **Verzicht** auf einen Teil der Leistung in eine **tunliche verwandeln** kann. Würde man die Erstattung der vollen Gagen von Anna *Netrebko* als untunlich ansehen, müsste sich deren Kind dann auf durchschnittliche Pflegekraftkosten verweisen lassen? Oder wäre eine Gestaltung dergestalt zulässig, dass Anna *Netrebko* sich auch bei Ersatz eines Zehntels ihrer Gage bereit erklärt, beim Kind zu bleiben. Wenn das beim Kfz-Sachschaden gebilligt wird,¹⁰ darf das beim Personenschaden nicht anders sein.

Der OGH hat die insoweit abweisende Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben, weil zu klären sei, ob die Therapieleistungen nicht auch **neben einer vollen oder teilweisen beruflichen Erwerbstätigkeit zumutbarerweise** erbracht werden hätten können. Diese Eingrenzung ist durchaus sachgerecht, wobei aber insoweit **zwei Ebenen** zu unterscheiden sind: Ab wann ist das zumutbar? Neben dieser notwendigen Bedingung bedarf es aber noch der weiteren, dass dies der **Mutter auch erkennbar** und ihr ein Verstoß dagegen **subjektiv vorwerfbar** ist.¹¹

C. Ausmaß der ersatzfähigen Einbuße

Im Ausgangsfall kann die das Kind betreuende Mutter nicht nur die Kosten einer Pflegekraft verlangen, sondern ihren **darüber hinausgehenden Verdienstentgang**. Schon bei einer **Hauptschullehrerin** ist dieser **Überhang beträchtlich**: Angenommen seien ein Bruttoeinkommen von 2.000 Euro sowie Lohnnebenkosten von 30 % pro Monat. Das ergibt einen monatlichen Aufwand von 2.600 Euro. Dieser fällt 14-mal im Jahr an, was jährliche (Mehr-)Kosten von 22.400 Euro ergibt. Wie lange arbeitet diese Person dafür? Unter Abzug von Ferien, Feiertagen und Krankenständen wird man nach einer groben Schätzung neun Monate bzw 36 Wochen¹² ansetzen dürfen. Geht man – wie die Hauptschullehrerin selbst – von sechs Stunden pro Tag aus, kommt man bei einer 30-Stunden-Woche auf 1.080 Stunden im Jahr (36 x 30). Das ergibt einen Stundenlohn von ca **21 Euro** (22.400 : 1.080), der zwar beträchtlich, aber doch noch maßvoll über den **11 bzw 15 Euro** der Pflegekraft liegt.¹³ Es sind Berufe vorstellbar, bei denen die Differenz beim Stundenlohn beträchtlich größer ist, wobei zu bedenken ist, dass eine gleichwertige Alternative ja nicht eine stundenweise beschäftigte fremde Pflegekraft ist, sondern eine solche, die zu den Zeiten da ist, zu denen das Kind aufnahmefähig, mit anderen Worten, zu denen es lernfähig und lernwillig ist. Dass das Kind etwa auch bei Tätigkeiten am Spielplatz zur Benutzung der rechten Hand angehalten

⁷ Zur Abstufung des Zuschlags im Rahmen der Tunlichkeit zwischen eher standardisierbaren Haushaltsdienstleistungen wie Putzen oder Kochen und mit der Intimität des Einzelnen verbundenen Pflegedienstleistungen wie das Umbetten oder der Hilfe beim Stoffwechsel *Ch. Huber*, Schadensberechnung 383 FN 465.

⁸ OLG Bamberg VRR 2006, 25 (*Luckey*) = HAVE 2006, 238 (*Landolt*).

⁹ BT-Drucksache 14/6040 vom 14. 5. 2001, 130.

¹⁰ Dafür *Ch. Huber*, Aktuelle Fragen des Sachschadens, ÖJZ 2005, 161 (170 f).

¹¹ Vgl dazu auch OLG Bamberg VRR 2006, 25 (*Luckey*): Kein Abstellen auf die Betrachtung ex post.

¹² Dass ein Monat mehr als vier Wochen hat, ist dem Autor bewusst. Aus Einfachheitsgründen wird aber grob gerechnet.

¹³ Unter Berücksichtigung des Umstands, dass auch einer Pflegekraft 14 Bezüge zu bezahlen sind, diese aber nur zehn Monate arbeitet und auch bei dieser Lohnnebenkosten anfallen, dürften die 11 bzw 15 Euro viel zu gering angesetzt sein!



werden musste, erwähnt die Entscheidung durchaus zutreffend.

Das Auseinanderklaffen zwischen Pflegekosten und Verdienstentgang ist aber in Wahrheit noch viel größer. Ersatzfähig ist ja nicht bloß die Differenz beim Stundenlohn. Begehrt wird vielmehr der Verdienstentgang für den **Entfall der gesamten beruflichen Erwerbstätigkeit**. Und insoweit kommt es zu einer weiteren Spreizung, als die Mutter pro Tag sechs Stunden im Beruf arbeiten würde, an Therapieleistungen aber solche in einem Ausmaß von zunächst drei und am Schluss eineinhalb Stunden erbracht hat.¹⁴ Die Kosten ihrer Stunde steigen somit von 21 Euro in der extremsten Ausprägung auf das Vierfache (6 Stunden: 1,5 Stunden), somit auf 84 Euro.

In manchen Fällen kommt noch ein Zuschlag. Die **Hauptschullehrerin** hat eine Arbeitsplatzgarantie und kann den Zeitpunkt der Rückkehr in ihren Beruf bestimmen, mag der Einstieg auch bloß zu Beginn des Schuljahres möglich sein. Zudem ist sogar eine halbe Lehrverpflichtung oder ein anderer Bruchteil möglich, was eine Anpassung an den geringer werdenden Therapie- und Pflegebedarf ermöglicht. Zudem wird ihr die Kinderbetreuungszeit auf die Pension angerechnet und zählt sogar zur Hälfte bei der Vorrückung.¹⁵ Das fehlende Biennium¹⁶ ist bei konsequenter Bejahung eines vertraglichen Vermögensfolgeschadens auch in der Zukunft ersatzfähig. Das bedeutet, dass die betreuende Mutter vom Arzt den Vermögensnachteil ersetzt verlangen kann, der ihr daraus entsteht, dass sie bei Wiedereinstieg in den Beruf bis zu ihrem Pensionsantritt ein entsprechend geringeres Erwerbseinkommen erzielt.

Bei einer anderen Betreuungsperson, die eine weniger komfortable arbeitsrechtliche Absicherung hat, sind die Folgeschäden womöglich deutlich höher, namentlich wenn der Wiedereinstieg in den Beruf nicht gelingt, diese also eine gewisse Zeit arbeitslos ist bzw eine bloß geringer dotierte Stelle findet. Gelingt aber der Berufseinstieg auf einer so hoch dotierte Stelle, als ob keine unfreiwillige Pause eingelegt worden wäre, ist der Nachteil bei der späteren Pension mE freilich dadurch voll abgegolten, dass das **volle Erwerbseinkommen unter Einschluss sämtlicher Lohnnebenkosten** gezahlt wird. Der Geschädigte wird nämlich dadurch in die Lage versetzt, durch Abschluss einer entsprechenden Versicherung die Pensionslücke zu schließen.

Der hier beschriebene Folgeschaden ist indes nur ersatzfähig bei einem **vertraglichen** Schadenersatzanspruch, und wenn man den Schutzzweck des Vertrags so weit auslegt wie der OGH. Bei einer deliktischen Schädigung des Kindes ist mE „lediglich“ das volle Arbeitsentgelt unter Einschluss der

Lohnnebenkosten – wie bei Verletzung eines Arbeitnehmers bei Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber¹⁷ – ersatzfähig, nicht aber der nach Beendigung der Pflege Tätigkeit eintretende Folgeschaden. Insoweit handelt es sich nicht mehr um den Schaden des Verletzten, sondern um einen nicht ersatzfähigen Vermögensfolgeschaden der Betreuungsperson.

D. Wechselwirkungen zwischen dem Anspruch des Kindes und dem der Mutter

1. Zeit der Pflege und der beruflichen Erwerbstätigkeit

Klammert man die Aktivlegitimation zunächst einmal aus, stellt sich die Frage, in welchem **Verhältnis der Anspruch des verletzten Kindes auf die Pflegekosten und der Verdienstentgang der Mutter** stehen. Ersatzfähig sind die Kosten für die dem Kind wegen des Pflegebedarfs zu erbringenden Leistungen. Diese belaufen sich zwischen eineinhalb und drei Stunden pro Tag. Dem Kind wird zugebilligt, sich diese Dienstleistung durch die Opportunitätskosten der Mutter, also deren Verdienstentgang bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit, zu erkaufen. Begründet wird dies damit, dass das Kind wegen der besonderen Qualität der von der eigenen Mutter erbrachten Therapieleistungen sich diese auf Kosten des Schädigers „leisten“ darf. Bei einer zusätzlichen vertraglichen Anspruchsgrundlage der Mutter geht es nicht allein um den Vermögensschaden während dieses Zeitraums, sondern auch um einen sich nach Beendigung der Pflegetätigkeit einstellenden Folgeschaden. Das muss es aber auch sein. Genug ist genug!

Die betreuende Mutter wollte diesbezüglich noch etwas drauflegen. Sie argumentierte wie folgt: Der **Betreuungsbedarf** des Kindes erfolgt **während eines Zeitraums von zwölf Stunden**. Die berufliche Erwerbstätigkeit umfasst hingegen bloß sechs Stunden. Deshalb fällt der während der Betreuung anfallende Therapiebedarf nur zur Hälfte auf die Zeit der beruflichen Erwerbsarbeit, die vollständig abzugelten sei, während für die restlichen sechs Stunden der durchschnittliche Betreuungsstundensatz zusätzlich gebühre. Der OGH bezeichnete das als „nicht nachvollziehbar“. Nachvollziehbar mag es sein; aber mE nicht berechtigt. Wenn die das Kind pflegende Mutter ohnehin ein – gegenüber den Kosten einer Pflegeperson – Vielfaches für die von ihr erbrachten Therapieleistungen bekommt, oder anders ausgedrückt, für den Ausfall der beruflichen Erwerbsarbeit voll entschädigt wird, obwohl sie viel weniger Stunden für die Therapie des Kindes aufwendet, wird man von ihr erwarten können, dass sie diese Stunden dann erbringt, wenn der Bedarf anfällt. Das darf man bei dieser Gage auch erwarten, ohne dass gegen den Grundsatz der voll angemessenen Abgeltung verstoßen würde.

¹⁴ Der Entscheidung ist nicht zu entnehmen, ob Therapieleistungen auch am Samstag und Sonntag erbracht wurden, was aber im Zweifel anzunehmen ist.

¹⁵ Erwägenswert ist, für dieses aus Fürsorgegründen motivierte Entgegenkommen des Arbeitgebers, das nicht zum Ziel hat, den Schädiger zu ent-

lasten, diesem einen Regressanspruch gegen den Schädiger einzuräumen.

¹⁶ Bei vier Jahren Ausstieg aus dem Beruf und halber Anrechnung fehlt bei den künftigen Bezügen jeweils ein Biennium.

¹⁷ Dazu umfassend Ch. Huber, FS Dittrich (2000) 411 ff.



2. Aktivlegitimation

Steht das Ausmaß des ersatzfähigen Vermögensschadens fest, ist die Frage der Aktivlegitimation eine bloß formale. Generell ist der OGH **großzügig**, ob bei unentgeltlichem Einspringen von Dritten derjenige den Anspruch erhebt, der in seinem **absolut geschützten Rechtsgut beeinträchtigt** ist, oder derjenige, der eine **bestimmte Dienstleistung erbringt**, weil durch die vom Schädiger zu verantwortende Verletzung des Geschädigten ein bestimmter Bedarf ausgelöst worden ist.¹⁸ Bedeutsam ist allein, dass die Belastung des Schädigers in Summe nicht höher sein darf, als wenn bloß einer der beiden, im Zweifel der real Geschädigte, den Anspruch erheben würde. Genau das kommt in der vorliegenden OGH-Entscheidung hinreichend deutlich zum Ausdruck.

III. Die Versagung des Schmerzensgeldanspruchs der Mutter

Die Mutter begehrte zunächst 3.600 Euro für **körperliche Schmerzen**; und trotz rechtskräftiger Abweisung des Feststellungsbegehrens dehnte sie mehr als drei Jahre später um weitere 8.400 Euro mit der Begründung aus, dass es sich insoweit um **psychische Schmerzen** handle. Der OGH hat das Schmerzensgeld *in toto* abgewiesen. Das für die körperlichen Schmerzen, weil diese auch bei einem Kaiserschnitt im gleichen Ausmaß angefallen wären; und jenes wegen der psychischen Beeinträchtigungen, weil der Anspruch verjährt sei. Eine inhaltliche Begründung konnte damit entfallen.

Ob die Schmerzen bei einer vaginalen Geburt und bei einem Kaiserschnitt wirklich gleich hoch sind, ist zu bezweifeln. Insoweit wird mit beeindruckender Souveränität eine Gleichsetzung vorgenommen. Für das Ergebnis mag sprechen, dass die Mutter sich für den Kaiserschnitt nur deshalb entschieden hätte, um eine Verletzung des werdenden Lebens zu vermeiden, nicht aber, um die eigenen Schmerzen bei der Geburt zu minimieren. Würde indes eine vaginale Geburt durchgeführt, weil ein Kaiserschnitt trotz ausdrücklichen Wunsches der Mutter – etwa aus Schlamperei des Krankenhauses – verabsäumt wurde, würde mE sehr wohl ein Schmerzensgeld gebühren. Das gebietet schon der Respekt vor dem Selbstbestimmungsrecht der Mutter, die entscheiden können muss, welche Schmerzen sie in Kauf nehmen und welche sie vermeiden möchte. Jedenfalls dann wäre eine pauschale Gleichsetzung fehl am Platz.

Die Abgeltung psychischer Unbill erfolgt zumeist als **Zuschlag** zu den **körperlichen Schmerzen**.¹⁹ Werden sol-

che verneint oder mit bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers anfallenden verrechnet, entfällt die Basis für einen solchen Zuschlag. Das Begehren hätte somit auch dann nicht durchgesetzt werden können, wenn es innerhalb der Verjährungsfrist erhoben worden wäre. Für ein **Trauerschmerzensgeld** fehlt es neben der groben Fahrlässigkeit an einer besonders schweren Verletzung. Und eine pathologische seelische Erkrankung hat die Mutter nicht einmal behauptet.

Das Ergebnis entspricht somit der ganz herrschenden Rsp. Es hinterlässt freilich ein gewisses **Unbehagen**. Die Mutter hat eine private Krankenversicherung abgeschlossen und sich bei der Geburt des zweiten Kindes für eine „Betreuung de luxe“ entschieden. Sie hat es sich auch etwas kosten lassen, damit ihr das Missgeschick, das ihr beim ersten Kind widerfahren ist, nicht abermals passiert. Dass diese Mutter, nachdem sich das Schicksal wiederholt hat, mit diesem hadert, ist nachvollziehbar. Wer einen **Pauschalurlaub** bucht, der nicht wie vertraglich zu erwarten verläuft, kann nach § 31e Abs 3 KSchG Ersatz des **ideellen Schadens** verlangen. Einen misslungenen Urlaub wird man alsbald verschmerzen. Das infolge eines ärztlichen Kunstfehlers behinderte Kind begleitet die Mutter indes das gesamte Leben!

Für eine Ersatzfähigkeit könnte im konkreten Fall sprechen, dass es hier nicht allein um eine **deliktische Schädigung** der Mutter geht, sondern um eine **Vertragsverletzung**; und bei diesen ist das Ausmaß des Ersatzes generell weiter gehend als bei bloß deliktischen Beeinträchtigungen. Dazu kommt, dass die Unbill, ein behindertes Kind zu haben, ein **eigenständiger ideeller Nachteil** ist, der von den bei der Geburt erlittenen zusätzlichen Schmerzen unabhängig ist. Das kommt auch in der – wohl nicht willkürlich begehrten – Größenordnung zum Ausdruck, 3.600 Euro für die zusätzlichen Geburtsschmerzen, 8.400 Euro dafür, dass das Kind behindert ist. Wie die Größenordnung zeigt, ist bei voll angemessener Abgeltung der Pflegedienstleistungen die Zubilligung oder Versagung eines zusätzlichen ideellen Schadens wenn schon nicht ein Streit um des Kaisers Bart, so doch eine Zugabe, aber nicht mehr.²⁰

¹⁸ So auch jüngst beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters OGH 14. 2. 2008, 2 Ob 238/07z, ZVR 2008/239, und dazu *Ch. Huber*, ZVR 2008, 484 ff.

¹⁹ *Danzl/Gutierrez-Lobos/Müller*, Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht⁹ (2008) 146 ff.

²⁰ Insoweit ähnlich OGH 14. 6. 2007, 2 Ob 163/06v, JBl 2007, 791 = EvBl 2007/158.



selbständig herbeigeführt; dieser Schaden ist vielmehr eine Folge des additiven Zusammenwirkens beider Ursachen.

Der Arzt, der durch seinen Behandlungsfehler (neben dem schicksalhaften Geschehen) nur eine Mitursache für den Schaden in seinem konkreten Ausmaß gesetzt hat, haftet nicht für die Folgen der schon vor Behandlungsbeginn bestehenden Grundschädigung, sondern nur für jenen weiteren Schaden, der durch sein Fehlverhalten verursacht wurde. Für die Schadenszurechnung ist danach zu unter-

scheiden, ob der Schadensbeitrag zum Gesamtschaden, für den das Verhalten des Arztes teilkausal war, abgrenzbar ist oder nicht. Im Fall eines abgrenzbaren Teilschadens ist dem Beklagten nur jener Schadensbeitrag zuzurechnen, den er selbst verursachte. Ist hingegen eine Aufgliederung der Schadensfolgen nach den Schadensursachen nicht möglich, greift analog der Zweifelsregel des § 1304 ABGB eine gleich- teilige Schadensteilung Platz.

§ 1325 ABGB

OGH 10. 6. 2008, 4 Ob 78/08m iFamZ 125/08

Vertraglicher Ersatzanspruch der Mutter wegen Verdienstentgangs iZm der Notwendigkeit der Pflege des Kindes, das bei der Entbindung durch einen Behandlungsfehler schwer verletzt wurde

War Zweck des Behandlungsvertrags die fachgerechte Aufklärung, Beratung und Betreuung der Mutter vor und bei der Geburt, um körperliche Schäden – und daraus allenfalls resultierende Vermögensschäden – von Mutter und Kind zu vermeiden, umfasst er auch die Hintanhaltung eines Verdienstentgangs, den die Vertragspartnerin des Arztes deshalb erleidet, weil sie den Wiedereinstieg in ihren Beruf zwecks Pflege des durch einen Behandlungsfehler des Arztes behinderten Kindes verschieben muss. Der der Mutter aus der Vertragsverletzung entstandene Verdienstentgang ist somit kein mittelbarer Schaden.

Die dem Kind unter dem Titel Heilungskosten zugesprochenen Pflegekosten, die es an die Mutter weiterzugeben hat, sind bei Berechnung ihres Verdienstentgangs zur Gänze zu berücksichtigen.

Da die Mutter zufolge Nichtvornahme des indizierten Kaiserschnitts nicht mehr Schmerzen erdulden musste, als sie im Fall einer von Anfang an geplanten Entbindung mittels Kaiserschnitts hätte erleiden müssen, hat der Behandlungsfehler des beklagten Arztes nur ein Maß an körperlichen Schmerzen verursacht, das mit dem im Fall sachgerechter Behandlung identisch ist. Bei dieser Sachlage hat der rechtswidrig Handelnde für den Schaden nicht einzustehen.

Angehörigenvertretung und Heimvertrag

Ein Plädoyer für die Vorsorgevollmacht

In der Praxis taucht häufig die Frage auf, ob ein nächster Angehöriger iSd § 284c Abs 1 ABGB berechtigt ist, einen Heimvertrag iSd §§ 27b ff KSchG abzuschließen oder ob hierfür ein Sachwalter bestellt werden muss. Da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlt, erhalten die Angehörigen oft sehr unterschiedliche Auskünfte. Häufig wird auch übersehen, dass eine Übersiedlung in ein Heim nicht nur den Aspekt des Heimvertragsabschlusses, sondern auch die Bestimmung des Wohnortes und die Auflösung der bisherigen Wohnung betrifft. Das für diese Situation bestens geeignete Instrument der Vorsorgevollmacht ist in der Bevölkerung leider noch viel zu wenig bekannt.

DR. IRENE MÜLLER / MAG. NIKOLAUS WEISER*

I. Ausgangssituation

Eines der wesentlichsten Ergebnisse aus der Studie des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie¹ betraf den Zuwachs an Sachwalterschaften für ältere Menschen, der unverhältnismäßig stärker ausgeprägt ist, als es das Ansteigen

dieser Gruppe an älteren Menschen aufgrund der gestiegenen Lebenserwartung hätte erwarten lassen. Diese Tendenz durch verschiedene abgestufte Maßnahmen zu durchbrechen, ist eine der Intentionen des SWRÄG 2006. Durch das Clearing iSd § 4 VSPBG soll eine „Schwelle“² zur Sachwalterschaft eingezogen werden, wobei durch Vereinsachwal-

* Dr. Irene Müller ist Leiterin der Rechtsabteilung im Verein Vertretungsnetz – Sachwalterschaft, Patientenrechtsanwaltschaft, Bewohnervertretung, und Mag. Nikolaus Weiser ist Rechtsanwalt in Wien.

¹ Hammerschick/Pilgram, Sachwalterschaftsverfahren und ihre gerichtli-

che Erledigung, Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie (2002).

² Pilgram, Ein Versuch, Rechtsfürsorge ohne Überfürsorglichkeit zu entwickeln, iFamZ 2006, 145.