

Thomas Piskernigg

Der große Graben

Anmerkungen zum jüngsten „Kind als Schaden“-Urteil des OGH

5 Ob 148/07m vom 11. 12. 2007

I. Einleitung

Das Thema „Kind als Schaden“ stand bereits im Mittelpunkt des letzten *Imago Hominis* (vgl. Ausgabe 3/2007 mit zahlreichen Beiträgen, z. B. den des renommierten Medizinrechtsexperten Memmer¹). Kürzlich ist ein weiteres Urteil des 5. Senates des OGH öffentlich bekanntgeworden (5 Ob 148/07m). In diesem geht es um ein aufgrund mangelnder „Aufklärung“ der Eltern über seine Behinderung (bei der Geburt Meningomyelozele höheren Schweregrades verbunden mit beidseitigen Klumpfüßen, einer offenen Wirbelsäule und einem Wasserkopf) der Abtreibung entkommenes Kind, dessen Eltern der OGH Schadenersatz für ihren dem Kind zu leistenden gesamten Unterhalt zugesprochen hat. Schadenersatzpflichtig ist der Krankenhausträger. Das Urteil bereichert die Diskussion um mehrere Facetten, welche im folgenden herausgearbeitet werden, wobei dazu besonders auch auf das Urteil des „benachbarten“ 6. Senates 6 Ob 101/06f zur Verdeutlichung bestimmter Standpunkte zurückgegriffen wird.

Wenngleich seit dem ersten „Kind als Schaden“-Urteil 1 Ob 91/99k nun bereits rund acht Jahre vergangen sind, dreht sich die Diskussion in Rechtsprechung und Lehre nach wie vor zentral um die folgenden strittigen Punkte: Kann der Unterhalt (unter welchen Voraussetzungen?), den die Eltern ihrem Kind schulden, im Rechtssinne als Schaden aufgefasst werden? Ist die Abtreibung eines behinderten ungeborenen Kindes rechtmäßig und kann sie daher Gegenstand eines rechtsgültigen Vertrages werden (dies ist die entscheidende Vorfrage zur Beurteilung der haftungsrechtlichen Ersatzfähigkeit des Kindesunterhalts nach unterliebener Abtreibung)?

Im folgenden wird nur auf diese rechtsethisch – und auch rechtsdogmatisch – m. E. brisantesten Punkte eingegangen, wenngleich, wie etwa die bei Memmer zitierte Literatur zeigt, die „Kind als Schaden“-Judikatur auch noch weitere interessante rechtsdogmatische Probleme beinhaltet.

II. Der Kindesunterhalt als Schaden

1.) Zwei Senate des OGH im Widerstreit

a) Der 6. Senat des OGH hat in 6 Ob 101/06f im Anschluss an die grundlegende Arbeit von F. Bydliniski² betont, dass die Anerkennung des Kindesunterhalts als Schaden vor dem Hintergrund der Personenwürde des Kindes problematisch und daher begründungsbedürftig ist. Daher könne der für ein Kind zu leistende Unterhalt nur dann als Schaden im Sinne der §§ 1293 ff. ABGB angesehen werden, wenn der Kindesunterhalt eine „außergewöhnliche Belastung“ darstelle. Dies sei der Fall, wenn „die Unterhaltungspflicht die Eltern wegen besonders geringer Mittel besonders stark treffen würde. Hätte die Unterhaltsbelastung ungewöhnliche und geradezu existentielle Erschwerungen wegen [...] zu geringer verfügbarer Unterhaltungsmittel für das Kind und die Eltern zur Folge, kann nämlich nicht mehr davon die Rede sein, dass die Eltern ihre ganz normalen elterlichen Unterhaltsbelastungen durch ein Kind von sich auf einen Dritten abwälzen wollen; in derartigen Fällen geht es vielmehr um Abhilfe in einer ihrerseits im Ergebnis personal-existenziellen Notsituation“³.

Im übrigen habe aber „das Schadenersatzrecht 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 [...]“⁴. Der perso-

nale Eigenwert des Kindes spreche in diesen „Normalfällen“ gegen die Betrachtung seines Unterhalts als Schaden im Sinne der §§ 1293 ff. ABGB⁵.

Der Auffassung, die Beurteilung des Kindesunterhalts als Schaden berühre den personalen Eigenwert des Kindes nicht, weil diese Sphären „sauber“ zu trennen seien⁶, wird somit in überzeugender Weise eine Absage erteilt. Stattdessen wird die Unmöglichkeit der Trennung als Basis für die Ablehnung der Schadensqualifikation des Kindesunterhalts in den „Normalfällen“ herangezogen. Diese Wertung könne nur dann ausnahmsweise durchbrochen werden, wenn andere bedeutende Rechtsprinzipien (in Betracht kommt das Existenzminimumprinzip⁷, das mit der Menschenwürde in enger Verbindung steht und das hier dem Grundsatz, dass für den aus einer Vertragsverletzung entstandenen Schaden der Verletzer *ceteris paribus* zu haften hat⁸, ausnahmsweise Durchbruch verschafft) dies nahelegen⁹.

Trotz der weithin sehr sorgfältig ausgearbeiteten Begründung dieses Urteils bleibt freilich ein Widerspruch bestehen: Einerseits stellt der OGH apodiktisch fest¹⁰, dass „die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes keinen Schaden im Rechtssinne“ bedeute. Andererseits¹¹ scheinen die vom OGH zur Abwehr des Vorwurfs der Diskriminierung Behinderter angestellten Überlegungen dahin zu deuten, dass der Unterhalt für gesunde Kinder u. U. ebenfalls „ungewöhnliche und geradezu existenzielle Erschwerungen [...] wegen zu geringer verfügbarer Unterhaltsmittel“ nach sich ziehen und damit einen Schaden im Rechtssinne darstellen könnte¹². M. E. wäre es im Rahmen des gewählten Ansatzes konsequent, die Möglichkeit offenzuhalten, Schadenersatz auch nach Geburt eines gesunden Kindes zu erhalten, sofern der daraus entstehende Unterhalt eine „außergewöhnliche Belastung“ darstellt.

b) Der 5. Senat macht es sich in gewisser Weise einfacher: Er meint, die in der Lehre und der Entscheidung des 6. Senates eingehend erörterte Problematik des Verhältnisses zwischen der Perso-

nenwürde des Kindes und der Qualifikation des Kindesunterhalts als Schaden mit einem Federstrich als rechtlich irrelevante, da bloß ethisch (und damit außerrechtlich) fundierte Gegenüberstellung wegwischen zu können: „[...] sei [...] angemerkt, dass sich – selbstverständlich unbenommene – ethische, religiöse, moralische und/oder weltanschauliche Bewertungen [...] einem juristischen Diskurs entziehen und keinen Beitrag zu einer dogmatisch zu begründenden Lösung leisten.“¹³ Noch deutlicher und mit einer unübersehbaren Spitze gegen den 6. Senat versehen heißt es an anderer Stelle: „Besonders bei ethisch und weltanschaulich umstrittenen Fragen muss eine von den bestehenden (allgemeinen) Regeln des Rechts [gemeint: § 1293 ABGB mit seinem weiten Schadensbegriff] abweichende Bewertung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben [...]. Gerade mit den bereits eine moralisch-ethische Bewertung intendierenden, problemverkürzenden [sic!] Schlagworten vom ‚personalen Eigenwert‘ [...] des Kindes [...] wird aber eine vermeintlich fehlende Berechtigung eines Schadenersatzanspruchs [...] auf Grund außerrechtliche Werturteile nur postuliert, nicht aber dogmatisch begründet.“¹⁴

2.) Kritik an der Argumentation des 5. Senates

a) Diese Argumentation macht tatsächlich betroffen. Die Menschenwürde, welche den personalen Eigenwert jedes Menschen in sich birgt, wird von Lehre und Judikatur als zentrale Basis unserer Rechtsordnung anerkannt¹⁵. Auch der OGH greift regelmäßig und in verschiedensten Zusammenhängen bei der Interpretation von Rechtsnormen auf sie zurück¹⁶. Weshalb der OGH nunmehr plötzlich den personalen Eigenwert jedes Menschen als „außerrechtliches Werturteil“, welches bei der Interpretation von Gesetzesbegriffen (hier: des Schadensbegriffes des § 1293 ABGB) irrelevant sei, ansieht, wobei er diesen Begriff sogar unter Anführungszeichen setzt, bleibt jedenfalls auf sachlicher Ebene im Dunkeln und ist höchst bedenklich.

Auch sonst hat der 5. Senat die bisher geäußerten – rechtlichen – Bedenken gegen die Qualifikati-

on des Kindesunterhalts als Schaden nicht einmal zu entkräften versucht. Es bleibt daher nach wie vor zu betonen, dass mit dieser Qualifikation denotwendig eine Negativbewertung der Existenz des Kindes selbst einhergeht. Ein Schaden ist und bleibt ein Negativereignis, welches das Recht durch den Schadenersatz (soweit möglich) ausgleichen möchte. Existierte das Kind nicht, gäbe es auch keinen Schaden. Die einzige Möglichkeit, das „unterhaltsschadensstiftende“ Faktum der Existenz des Kindes zu beseitigen, läge in der Beseitigung des Kindes selbst; dies ist die einfache Logik der schadenersatzrechtlichen Betrachtung der Existenz des Kindes bzw. des für es aufzuwendenden Unterhalts.

b) Der 5. Senat versucht, diese von der Menschenwürde her problematische Evidenz dadurch zu relativieren, dass er auf die auch andersorts gegebene Verbindung zwischen der Existenz eines Menschen und daraus resultierende haftungsrechtliche Konsequenzen hinweist¹⁷: „Dass aber der Mensch sowohl in seiner körperlichen und auch psychischen Existenz von Ereignissen betroffen sein kann, die dann Schadenersatzansprüche auslösen, ist ein juristisch geradezu alltägliches Problem, das weithin kein öffentliches Unbehagen auslöst. So kann auch etwa das ‚Spiegelbild‘ der Geburt, der Tod eines Menschen, eine Vielzahl von Schadenersatzansprüchen auslösen (§ 1327 ABGB), denen gemeinhin keine Bedenken oder Kommerzialisierungsvorwürfe entgegen schlagen.“

Diese Argumentation beweist freilich exakt das Gegenteil von dem, was der 5. Senat zu belegen versucht: Die Qualifikation des Todes eines Menschen als Schadensfall steht nämlich im Einklang mit der positiven Bewertung seiner Existenz bzw. verstärkt sie sogar: Wäre der Tod nicht eingetreten – existierte der Mensch also noch – gäbe es den Schadensfall gerade nicht. Aus der schadenersatzrechtlichen Berücksichtigung des Todes eines Menschen folgt hier somit die positive Bewertung seiner Existenz.

Dies wäre im Fall einer bloßen Verletzung, welche Schadenersatzfolgen auslöst, nicht anders: Das Negativereignis, welches Schadenersatzpflichten

auf seiten des Schädigers hervorruft, ist wiederum nicht die Existenz des Verletzten, sondern die Verletzung durch den Schädiger. Gäbe es keine Verletzung, bestünde auch keine Schadenersatzverpflichtung. Die Normen, welche die rechtswidrige Tötung oder Verletzung eines Menschen mit haftungsrechtlichen Konsequenzen belegen, haben somit eine für die Existenz bzw. Integrität eines potentiell Getöteten oder Verletzten eine positive Signalwirkung¹⁸. Der rechtswidrig Handelnde muss sich demgemäß sagen: Hätte ich bloß das Leben bzw. die Integrität des anderen respektiert, die Haftpflicht wäre mir erspart geblieben.

Das Gegenteil trifft in den „Kind als Schaden“-Fällen zu. Hier muss sich der Schadenersatzpflichtige z. B. sagen: Hätte ich bloß den (damals noch ungeborenen) Behinderten rechtzeitig zur Tötung selektiert, existierte er nun nicht, und ich wäre nicht mit Schadenersatzforderungen konfrontiert.

c) Auch der Hinweis des 5. Senates, die Sicherung des Unterhaltes sei nicht zuletzt eine Grundlage für die gedeihliche Entwicklung des Kindes, kann die o. a. Bedenken keineswegs zerstreuen. Der Preis für diese „Unterhaltssicherung“ ist nämlich, allen gegenteiligen Beteuerungen und juristisch-semantischen Verrenkungen zum Trotz, die von der – selbstverständlich kein bloß außerrechtliches Postulat darstellenden – Menschenwürde her problematische Erklärung der Existenz des Kindes zum Schadensfall. Die daraus resultierenden negativen Folgen für die Akzeptanz Behinderter in der Öffentlichkeit, auf welche betroffene Eltern und Behindertenorganisationen immer wieder vehement hinweisen, sind unausweichlich. Fragen wie „War ‚das‘ wirklich notwendig?“ oder Feststellungen wie „Was ‚das‘ alles kostet – jetzt müssen sogar Ärzte für ‚die da‘ zahlen!“ sind tatsächlich immer öfter zu hören.

Einen positiven Nebeneffekt hat die Argumentation des 5. Senates, wenn man so will, aber jedenfalls: Lehrer in Fächern der klassischen Philologie haben nunmehr ein dem Trojanischen Pferd mindestens ebenbürtiges Anschauungsbeispiel zur Erklärung des Begriffs „Danaergeschenk“.

Vielleicht sollte man dem Senat eine (Re-)Lektüre der *Odyssee*¹⁹ empfehlen.

II. Ist die Abtreibung im Rahmen der eugenischen Indikation (§ 97 [1] Z 2 2. Fall StGB rechtmäßig?)

1.) Die Andeutungen des 5. Senates

In dieser Frage hat sich der 5. Senat in seiner aktuellen Entscheidung gar nicht erst auf eine genauere rechtliche Argumentation eingelassen. Er beließ es im wesentlichen bei einem schlichten Verweis auf die Vorjudikatur und auf die vermeintlich h. L.²⁰

Dies überrascht, weil seit der Leitentscheidung 1 Ob 91/99k gewichtige Stimmen mit – zumindest bis dato – unwiderlegten Argumenten gegen die Rechtfertigungswirkung der eugenischen Indikation Position bezogen haben²¹. Insbesondere läßt der 5. Senat wiederum den – man muss es leider extra betonen – nach wie vor in Geltung befindlichen § 22 ABGB unberücksichtigt, der ungeborene Kinder, soweit es ihre Rechte betrifft, Geborenen gleichstellt. Mit dem bloßen Verweis auf die umfassende strafrechtliche Regelung der Abtreibung in § 97 StGB²², welche per se ja nichts über die Rechtmäßigkeit der straflosen Handlung aussagt, ist hier nichts gewonnen. Argumente gegen die Rechtfertigungswirkung des § 97 (1) Z 2 2. Fall lassen sich hingegen ohne weiteres aus Wortlaut und historischem Zweck des § 22 ABGB in Verbindung mit § 16 ABGB gewinnen und nicht nur aus „unterschwellig anklingende[n] grundsätzliche[n] (ethische[n]) Bedenken gegen den Schwangerschaftsabbruch“, welche der 5. Senat auf seiten der unterlegenen Streitparteien ortet²³.

Der Ansatz einer Argumentation für die Rechtfertigungswirkung der eugenischen Indikation findet sich hingegen in folgender Urteilspassage²⁴: „Art. 8 EMRK schützt unter anderem das Recht, selbst über den eigenen Körper zu bestimmen. Damit soll die Möglichkeit gewährleistet werden, das Leben nach eigenen Vorstellungen einzurichten und zu führen [...], wozu auch das Recht auf Familienplanung gehört [...]. Die Straflosigkeit des Schwan-

gerschaftsabbruchs [...] ist in § 97 StGB umfassend geregelt. Eine moralisch-ethische Bewertung eines auf Grundlage des § 97 Abs 1 Z 2 zweiter Fall StGB angestrebten Schwangerschaftsabbruches ist hier weder erforderlich noch fruchtbringend.“

Sollte damit gemeint sein, Art 8 EMRK, welcher unbestrittenermaßen auch das Recht auf freie Entscheidung bei der Familienplanung schützt, enthalte auch ein „Recht auf Abtreibung“, so wäre dies ein methodischer Fehlgriff. Das Recht auf freie Entscheidung bei der Familienplanung kann selbstverständlich nur unter Berücksichtigung der Rechtspositionen anderer ausgeübt werden; das Gebot der Berücksichtigung geschützter Rechtspositionen anderer gilt im Prinzip für die Ausübung alle Grundrechte, was wohl keiner näheren Begründung bedarf. Insbesondere folgt aus der Freiheit der Familienplanung nicht das Recht, andere (z. B. ungeborene Kinder im Sinne des § 22 ABGB) zu töten bzw. töten zu lassen.

2.) Verfassungskonforme Interpretation gegen Wortlaut und historischen Zweck des § 22 ABGB?

Vielleicht hatte der 5. Senat eine Art „verfassungskonforme Interpretation“ des § 22 ABGB im Lichte des Art. 8 EMRK vor Augen, welche die gemäß Wortlaut und historischem Zweck des § 22 ABGB erfolgte Gleichstellung ungeborener Kinder zumindest im Verhältnis zur Mutter aufhebt, deren „Selbstbestimmungsrecht“ nunmehr selbst vitalen Interessen ihres ungeborenen Kindes vorgehen soll. Man ist hier jedenfalls auf Vermutungen angewiesen, weil der 5. Senat, wie gesagt, seine Andeutungen nicht in einer genaueren Argumentation ausführt. Dennoch soll im folgenden auf diese Problematik eingegangen werden.

F. Bydliński hat in überzeugender Weise die „lex lata“-Grenze aufgezeigt, welche sich aus § 6 ABGB ergibt und die auch den Möglichkeiten verfassungskonformer Interpretation Grenzen setzt²⁵. Sie wird durch die „eigentümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang“ und die „kla-

re Absicht des Gesetzgebers“ markiert. Wo diese beiden Determinanten klar sind, kann auch eine verfassungskonforme Interpretation keine Abhilfe schaffen, sondern es bleibt nur noch die Möglichkeit einer Aufhebung der betreffenden Norm als verfassungswidrig durch den VfGH²⁶. Dass § 22 ABGB sowohl seinem Wortlaut²⁷ als auch der klaren Absicht des Gesetzgebers²⁸ ungeborene Kinder, soweit es ihre Rechte betrifft, Geborenen gleichstellt, ist unzweifelhaft.

Solange der VfGH also § 22 ABGB nicht als verfassungswidrig aufhebt, ist er zu beachten. Im übrigen bestünde aus verfassungsrechtlichen Gründen auch kein Anlass zur Aufhebung dieser Bestimmung. So hat der EGMR zwar jüngst festgestellt, dass mangels Konsenses der Vertragsstaaten Art. 2 EMRK Ungeborenen kein Lebensrecht garantiert, dabei aber auch den großen Ermessensspielraum der Einzelstaaten anerkennt, Schutznormen zugunsten Ungeborener zu etablieren²⁹.

Da somit § 22 ABGB unzweifelhaft nach wie vor in Geltung steht und zumindest im Rahmen etablierter methodischer Instrumentarien keine Möglichkeiten zu seiner „Umdeutung“ ersichtlich sind, wäre er – in Verbindung mit § 16 ABGB – auch vom OGH zu beachten, woraus jedenfalls eine einfachgesetzliche Etablierung des Lebensrechts Ungeborener folgt³⁰. Durch bloße Andeutungen in Richtung des Art. 8 EMRK lässt es sich nicht außer Kraft setzen. Demgegenüber hat der 6. Senat in 6 Ob 101/06f den Weg zu einer angemessenen Betrachtung des § 22 ABGB gewiesen, wenn er Abtreibungen außerhalb der Indikationsfälle (welche genau gemeint waren, ist durch ein Redaktionsversehen unklar geblieben) als „zumindest aus zivilrechtlicher Sicht rechtswidrig“³¹ qualifizierte.

III. Resümee: Der große Graben

Somit zeigt sich, dass selbst zwischen den zitierten Senaten des OGH gleichsam ein großer Graben besteht, und zwar gerade in den beiden entscheidenden Punkten: Schadensqualifikation des Kindesunterhalts und Beurteilung der Recht-

mäßigkeit der Abtreibung. Die konkurrierenden Senate gehen nicht direkt auf die Ansicht des jeweils anderen ein, weil sie sich auf verschiedene, den Entscheidungen zugrundeliegende Sachverhalte berufen: eine mangels Aufklärung über die Behinderung des Kindes unterbliebene Abtreibung einerseits (5. Senat) und eine misslungene Sterilisation mit darauffolgender Geburt eines gesunden Kindes andererseits (6. Senat).

Dies kann aber, wie gesagt, den Umstand nicht verdecken, dass inhaltlich sehr wohl gravierende Divergenzen bestehen: Während der 5. Senat Überlegungen zur Vereinbarkeit von Schadensqualifikation des Kindesunterhalts und personellem Eigenwert des Kindes als schlechthin irrelevant, weil auf außerrechtlichen Wertungen begründet, bezeichnet, stehen für den 6. Senat gerade diese Überlegungen im Mittelpunkt. Während der 5. Senat aus der begrenzten Straffreistellung der Abtreibung und aus Art. 8 EMRK die Rechtmäßigkeit von Abtreibungen zumindest in Fällen der eugenischen Indikation abzuleiten scheint, betont der 6. Senat zivilrechtliche Aspekte (ich nehme an, gemeint ist § 22 ABGB, auch der 6. Senat erwähnt diese Norm allerdings nicht explizit), die zur Rechtswidrigkeit von Abtreibungen führen können.

Früher oder später wird sich der OGH wohl – nötigenfalls in verstärkter Senatsbesetzung – explizit und umfassend mit den hier berührten Grundfragen auseinandersetzen müssen. Es ist zu hoffen, dass dies nicht nach der „Methode“ des Andeutens bestimmter Argumentationsansätze und Verschweigens bzw. (entgegen sonst gepflegener Interpretationsmaximen) Irrelevanterklärens der eigenen Auffassung entgegenstehender Argumente nach dem Beispiel des 5. Senates geschieht, sondern in Form der fundierten inhaltlichen Argumentation nach dem Beispiel des 6. Senates. Im zweiten Fall darf man hoffen, dass auch das Ergebnis mit dem herrschenden methodischen Instrumentarium und – was noch wichtiger ist – mit der Basis unserer Rechtsordnung im Einklang steht: der Menschenwürde.

Referenzen

- 1 Memmer M., *Die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zum „Familienplanungsschaden“*, Imago Hominis 2007, 195 mit umfassenden Nachweisen auf einschlägige Judikatur und Lehre.
- 2 „Das Kind als Schadensursache im Österreichischen Recht“, in Magnus U./Spier J., *Liber amicorum for Helmut Koziol* (2000) 29 (34 ff.). Wenngleich die Arbeit Bydlinskis im Ergebnis mehr oder weniger mit der zeitlich früher geäußerten Meinung Koziols (*Österreichisches Haftpflichtrecht P* [1997] 33 f.) konvergiert, ist die Begründung sowie die nähere Konkretisierung des Kriteriums der „außergewöhnlichen Belastung“ erst bei Bydlinski überzeugend gelungen (im wesentlichen zutreffend kritisch zum das Kind allzusehr quasi in ein bewertendes „Geben und Nehmen-Schema“ einordnenden Ansatz von Koziol H., Cornides J., *Zur Haftung des Arztes bei fehlerhafter pränataler Diagnose*, JBl 2007, 137 [140 ff.]), sodass Bydlinski insoweit m.E. zurecht als Pionier bezeichnet werden kann.
- 3 Punkt 7.5. des Urteils.
- 4 A. a. O. Punkt 7.2.
- 5 Man muss in diesem Zusammenhang bedenken, dass nach allgemein anerkannten haftungsrechtlichen Grundsätzen Aufwendungen einen Schaden im Sinne der §§ 1293 ff. darstellen können (vgl. bloß Koziol H./Welser R., *Bürgerliches Recht II*³ [2007] 304; ausführlich Koziol, *Haftpflichtrecht* 37, 53 ff.; jeweils m. w. N.), sodass sich die Ablehnung Qualifikation eines Unterhaltsaufwandes als Schaden keineswegs ohne weiteres von selbst versteht.
- 6 So etwa der österreichische Gewährsmann der Erstentscheidung des OGH für die „Trennungsthese“, Koziol, *Haftpflichtrecht* 31 f.
- 7 Dieses wird von Bydlinski zutreffend als mit der Menschenwürde im Zusammenhang stehendes fundamentales Prinzip unserer Rechtsordnung ausgewiesen (*Fundamentale Rechtsgrundsätze* [1988] insbesondere 206 ff.).
- 8 Vgl. Bydlinski F., *System und Prinzipien des Privatrechts* (1996) 210 ff., wo überzeugend für eine im allgemeinen verschärfte Haftung aus geschäftlichem Kontakt plädiert wird.
- 9 Punkt 7.5. des Urteils.
- 10 A. a. O. Punkt 7.2.
- 11 A. a. O. Punkt 7.5.
- 12 Auf diesen Widerspruch weist auch J. Cornides, JBl 2007, 154 zutreffend hin.
- 13 Punkt 2.3. a. E. des Urteils.
- 14 Punkt 4.2. des Urteils.
- 15 Vgl. bloß VfGH VfSlg 13635/1993 mit Verweis auf Bydlinski, *Rechtsgrundsätze* 171 ff.
- 16 Z. B. in 4 Ob 166/06z, 7 Ob 144/06m, 9 ObA 112/05v, 13 Os 154/03 – um nur einige wenige Beispiele aus jüngerer Zeit zu nennen.
- 17 Punkt 4.2.2. des Urteils.
- 18 Zur Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts vgl. bloß Koziol, *Haftpflichtrecht* 10.
- 19 8. Gesang, Verse 493 ff.
- 20 Punkt 5.2. des Urteils.
- 21 Bydlinski, *Liber amicorum* 49 ff.; Cornides, JBl 2007, 145 ff.; Hirsch C., *Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung* (2002) 114 ff.; jeweils m. w. N.
- 22 Punkt 4.2.3. des Urteils.
- 23 A. a. O. Punkt 5.2.
- 24 A. a. O. 4.2.3.
- 25 Bydlinski F., *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² (1991) 566 ff.
- 26 Diese Determinanten der „lex lata-Grenze“ werden ansonsten auch vom OGH anerkannt: vgl z. B. 3 Ob 114/oom, 5 Ob 267/98w; weitere Nachweise bei Bydlinski F. in Rummel P., *ABGB I*³ (2000) RZ 25 lit. e zu § 6.
- 27 „Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkte ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Insoweit es um ihre und nicht um die Rechte eines Dritten zu tun ist, werden sie als Geborene angesehen [...]“
- 28 Vgl. Zeiller F., *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch I* [1811] 550; ders., *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit und politische Gesetzeskunde* 1825, 211 ff.
- 29 Zur einschlägigen Judikatur des EGMR ausführlich Piskernigg T., *Gesetzesvorstoß gegen die „Kind als Schaden-Rechtsprechung“ des OGH*, Imago Hominis 2007, 227 (230 ff.).
- 30 Für den materiellen Grundrechtscharakter des § 16 ABGB argumentiert überzeugend Klecatsky H., *Unvergeßbare Erinnerungen an § 16 ABGB*, in: Ebert (Hg.), *Iustitia et scientia*, Festgabe zum 80. Geburtstag von Karl Kohlegger (2001) 275.
- 31 Punkt 7.4. des Urteils.

Der Autor ist Prüfbeamter der Volksanwaltschaft. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

Korrespondenz:
Dr. Thomas J. Piskernigg
c/o IMABE
Landstraßer Hauptstraße 4/13, A-1030 Wien