



Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien



BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
T. 01 501 65-0

DVR NR. 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	501 65	Fax	Datum
BMJ-Z7.700/ 0004-I 2/2010	BAK/GSt-FF	Helga Hess-Knapp	DW 2108	DW 2744		14.2.2011

Stellungnahme zum Bundesgesetz mit dem das Schadenersatzrecht geändert wird (Schadenersatzrechtsänderungsgesetz 2011 – SchRÄG 2011)

Zielsetzung des gegenständlichen Gesetzesentwurfes ist eine Klarstellung, dass aus der Geburt eines gesund oder behindert geborenen Kindes keine Schadenersatzansprüche gemäß § 1293 ABGB gegen den behandelnden Arzt/die behandelnde Ärztin resultieren können, sofern ihn/sie kein Verschulden am Entstehen oder am Ausmaß der Behinderung trifft.

Im Vorblatt zu diesem Entwurf wird darauf hingewiesen, dass die besonderen Bedürfnisse von Kindern, die mit einer körperlichen oder geistigen Beeinträchtigung geboren werden, in weiterer Folge durch eine „besondere soziale Leistung“ außerhalb des Schadenersatzrechts gedeckt werden soll.

Grundsätzliche Anmerkungen:

- Die Verwendung des Schlagwortes „Kind als Schaden“ hat in der öffentlichen Diskussion zu einer erheblichen Emotionalisierung aber nicht zu einer sachlichen Betrachtung dieser sensiblen Sachlagen geführt. Dem OGH wurde mit diesem Gesetzesvorhaben fälschlicherweise unterstellt, ein behindertes aber auch ein nichtbehindertes Kind in die Nähe eines Schadens zu rücken.
- Die vom OGH in diesem Zusammenhang zugesprochenen Schadenersatzbeträge waren niemals ein negatives Werturteil über behinderte Kinder, sondern sind Kindesunterhalt in Form eines Schadenersatzes.

- Die Bundesarbeitskammer stellt mit aller Deutlichkeit fest, dass uneingeschränkt außer Frage zu stellen ist, dass ein Kind – sei es gesund oder behindert geboren – niemals einen Schaden an sich darstellt.
- Durch die beabsichtigte Gesetzesänderung sollen Aufklärungsfehler und Fehler bei der Pränataldiagnostik vollkommen der Haftung entzogen werden.
- Die beabsichtigte Gesetzesänderung wirkt sich zu Lasten der Eltern aus, ohne die wesentlichen Interessen des Kindes zu wahren.
- Die vorgesehene Regelung stellt einen tiefgreifenden Eingriff in die umfassende Entscheidungsfreiheit und die Rechte der Frauen (Eltern) in der Schwangerschaft dar, weil über den Umweg des Schadenersatzrechtes auch die embryopathische Indikation nach § 97 Abs 1 Z 2 StGB in Frage gestellt wird.
- Lediglich im Vorblatt des Entwurfes wird ersatzweise eine besondere Sozialleistung für alle behindert geborenen Kinder als Absicht angekündigt und kann daher nicht bewertet werden.

Die Bundesarbeitskammer kann daher dem Gesetzesvorhaben, mit welchem der Haftungsausschluss für Ärzte in der Pränataldiagnostik abgeschafft werden soll, nicht zustimmen.

Rechtliche Aspekte:

Die Schaffung einer Haftungsfreistellung für Ärzte bei fehlerhafter Pränataldiagnostik oder bei Ausbleiben entsprechender Informationen und Aufklärung mittels Gesetzesänderung wird seitens der Bundesarbeitskammer aus mehreren Gründen strikt abgelehnt: Ärzte sind auf ihrem Gebiet Sachverständige und sie sollen dafür auch im Rahmen ihres Behandlungsvertrages haftbar sein. Die Ausschaltung dieser Haftung ausschließlich im Bereich der Pränataldiagnostik erscheint systemwidrig, weil sie eine Berufsgruppe im Schadenersatzrecht privilegiert. Daraus entsteht auch ein erhebliches verfassungsrechtliches Spannungsfeld.

Nach dem derzeit geltenden Verbraucherschutzrecht ist ein völliger Ausschluss der Haftung etwa durch allgemeine Geschäftsbedingungen der ÄrztInnen sittenwidrig und daher ungültig. Insbesondere ist es bemerkenswert, wenn der Gesetzgeber generelle Regeln einführt, die er an anderer Stelle richtigerweise als sittenwidrig klassifiziert. Wird durch einen Diagnosefehler des Arztes/der Ärztin eine schwere Behinderung des Kindes übersehen und liegt somit eine Verletzung der Aufklärungspflichten vor, muss dies daher weiterhin nach den Regeln des Schadenersatzrechtes Schadenersatzfolgen auslösen. Namhafte Zivilrechtsexperten, wie etwa Univ Prof DDr Helmut Koziol, halten die geplante Gesetzesänderung generell für sittenwidrig.

Die Urteile des OGH weisen klar darauf hin, dass nicht die Existenz eines behinderten Kindes als Schaden zu qualifizieren ist, sondern der aus der Unterhaltspflicht der Eltern erwachsende Vermögensnachteil. Vom OGH war bei den zu Grunde liegenden Sachver-

halten zu erwägen, ob der entstehende Unterhaltsaufwand als ein ausgleichender finanzieller Nachteil im Sinne des Schadenersatzrechts gemäß § 1293 ABGB zu beurteilen ist, wenn das Kind behindert ist und weiterführende Untersuchungen aufgrund einer unzureichenden oder fehlenden Aufklärung unterlassen wurden, aufgrund derer die Behinderung noch während der Schwangerschaft festgestellt hätte werden können.

Die Gesetzesentwurf ist so abgefasst, dass selbst bei schwerem Verschulden, wie etwa bei Unterlassung von notwendigen Untersuchungen durch den Arzt/die Ärztin (siehe 5 Ob148/07m) oder durch eine absichtliche Nichtinformation über Vorliegen und Ausmaß einer Behinderung – etwa aus ideologisch-weltanschaulichen Motiven – jegliche Haftung entfällt.

Es kann nicht nachvollziehbar dargelegt werden, dass der Ausschluss von Schadenersatzansprüchen für Verletzungen von ärztlichen Behandlungs- und Beratungsverträgen ein geeignetes Mittel ist, gesellschaftlich zweifellos vorhandene negative Werturteile gegen Menschen mit Behinderungen auszuräumen. Der Ausschluss jeglicher Haftung für mangelhafte oder fehlende Aufklärung über embryopathische Indikationen während der Schwangerschaft verletzt die Interessen der Eltern, ohne wesentliche Interessen des Kindes zu wahren.

Der Entwurf, der mit einem einzigen Satz (neuer Abs 2 zu § 1293 ABGB) derart weitreichende Folgen hat, **wird mit dem Ziel begründet, es müsse vermieden werden**, dass als Folge der derzeitigen Rechtslage mit Schadenersatzanspruch für finanzielle Mehraufwendungen „**ein behindertes Kind als Schaden angesehen wird**“, weil dies die **Würde behinderter Menschen beeinträchtigt** (Vorblatt). Und dies, obwohl der OGH ausdrücklich festhält (5 Ob 148/07m, zit in Erläuterungen, Besonderer Teil), dass in der Zuerkennung der besonderen Unterhaltsaufwendungen der Eltern keine Anerkennung des „Kindes als Schaden“ zu sehen ist.

Die beabsichtigte gesetzliche Klarstellung, dass behinderte Menschen keinen gesellschaftlichen „Schaden“ darstellen, ist sicherlich unterstützenswert – im gegebenen rechtlichen Rahmen geht es aber um **Unterhaltszahlungen für Kinder**, die in der rechtlichen Form des „**Schaden**“ersatzrechts **zustehen**. Dies lässt sich mit dem RIS-Rechtssatz zu RS0112111 leicht belegen.

Der Entwurf ist aber vor allem aus frauenpolitischer Sicht abzulehnen, da dieser das Recht der Frauen auf individuelle Entscheidung über einen gesetzlich zulässigen Schwangerschaftsabbruch bei embryopathischer Indikation einschränkt. Damit würde über den Umweg des Schadenersatzrechts das bestehende Abtreibungsrecht unterlaufen.

Die vor knapp vier Jahrzehnten in Österreich eingeführte gesetzliche Regelung des Schwangerschaftsabbruches, der auch nach Ablauf der Frist von drei Monaten („Fristenregelung“) bei Erwartung einer schweren Behinderung möglich ist, wird dadurch faktisch

stark abgeschwächt bzw ausgehebelt, da dies voraussetzt, dass die Frauen bzw Eltern sich auf die pränatale Diagnostik verlassen können.

Die Freistellung von der Haftung wurde in den Erläuterungen unter anderem damit begründet, dass das spezifische Haftungsrisiko von Gynäkologen in der Praxis zu Übersteigerungen bei der ärztlichen Aufklärung und zu einem unmittelbaren oder mittelbaren „Abtreibungsdruck“ führt und es zu einer „Defensivmedizin“ vor dem Hintergrund der OGH-Urteile kommen könnte. Diese Gesetzesänderung hätte zur Folge, dass die Durchführung einer Pränataldiagnostik sinnlos werden würde, da von Seiten der Ärzte/Ärztinnen verbindliche Richtlinien der Pränataldiagnostik nicht mehr eingehalten werden müssten bzw die Nichteinhaltung keinerlei juristische Konsequenzen hätte. Das würde in weiterer Folge dazu führen, dass man unter dem ethischen Deckmantel einer werdenden Mutter eine bestehende Missbildung verschweigen kann und vor diesem Hintergrund das Selbstbestimmungsrecht jeder einzelner Patientin durch den Haftungsauschluss untergraben würde.

GynäkologInnen trifft die Verpflichtung, die Eltern entsprechend ihrer Rechte umfassend zu beraten und aufzuklären. Auch wenn eine Schwangerschaft nicht als Erkrankung an sich zu bewerten ist, sind mit einer Schwangerschaft nach wie vor bestimmte gesundheitliche Risiken für die werdende Mutter und auch den Embryo bzw das Kind verbunden und darüber sind Eltern entsprechend zu informieren, ebenso wie bei jedem anderen medizinischen Eingriff auch. Selbst wenn der Verlauf einer Schwangerschaft durch medizinische Fortschritte deutlich verbessert bzw die Säuglings- und Müttersterblichkeit deutlich gesunken ist – was zu einem großen Teil auch der Pränataldiagnostik zu verdanken ist – steht wohl außer Zweifel, dass es sich dabei um einen komplexen Vorgang handelt, der entsprechende medizinische Betreuung und Begleitung erfordert, daher ja auch die Einführung der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen. Eine Differenzierung zwischen den Aufklärungspflichten bei der medizinischen Betreuung einer Schwangeren und jenen im Falle eines operativen Eingriffs ist weder nachvollziehbar noch gerechtfertigt.

Qualität in der Pränataldiagnostik

Die Pränatalmedizin hat die Aufgabe, lebensbedrohliche Fehlbildungen wie zB einen Defekt des Zwerchfells, einen Herzfehler oder andere behandelbare Diagnosen bereits im Mutterleib zu diagnostizieren, damit das neugeborene Kind unmittelbar nach der Geburt entsprechend behandelt werden kann. Damit kann vielen Kindern das Leben gerettet werden. Die technische Weiterentwicklung der neueren Ultraschallgeräte ermöglicht die Erkennung von strukturellen Fehlbildungen fetaler Organe mit hoher diagnostischer Sicherheit.

Richtig ist, dass auch die Pränataldiagnostik nicht jede Erkrankung oder Behinderung des Kindes aufzeigen kann. Es gibt eine Reihe von Untersuchungsmöglichkeiten, um bestimmte Erkrankungen/Behinderungen vorherzusehen. Für diese bekannten Fälle sind Ärztinnen und Ärzte jedenfalls verpflichtet, Eltern über die Untersuchungsmöglichkeit und den Zweck der Untersuchung entsprechend aufzuklären. Erst recht trifft die betreuenden

GynäkologInnen die Verpflichtung, Eltern darüber aufzuklären, wenn im Rahmen diverser Untersuchungen der Verdacht oder die Gewissheit einer Behinderung des Kindes eintritt.

Es darf nicht vom Gutdünken oder von der moralischen Einstellung eines Arztes/einer Ärztin zur Frage des Schwangerschaftsabbruches abhängen, ob er/sie die Gefahr einer oder die tatsächliche Erkrankung/Behinderung des Kindes als relevant einstuft und Eltern über die (mögliche oder tatsächliche) Behinderung ihres Kindes aufklärt.

Jedenfalls müssen die Eltern über alle Informationen verfügen, um in der Lage zu sein, entscheiden zu können, ob ein Schwangerschaftsabbruch auch nach der 12. Woche aufgrund einer schweren Behinderung durchgeführt werden soll oder nicht.

Gleiches gilt im Falle einer (ungewollten) Schwangerschaft eines gesunden Embryos, auch hier könnte durch die vorliegende Regelung durch das Verschweigen der Schwangerschaft innerhalb der in § 97 Abs 1 StGB vorgesehenen Frist das Selbstbestimmungsrecht der Frau beschnitten werden.

Gleichzeitig ist zu bedenken, dass die Einschränkung von Aufklärungspflichten bzw die mögliche Einschränkung der Schadenersatzpflicht zu einem Nachlassen der Sorgfalt behandelnder Ärzte und Ärztinnen führen kann – umgekehrt erhöht die Ausgleichs- und Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts auch nach Ansicht der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt die Sicherheit und Verlässlichkeit im Umgang der Menschen und führt zu größerer Sorgfalt. Auch dieser Aspekt spricht gegen den vorliegenden Gesetzesvorschlag.

Finanzierung der Pränataldiagnostik

Durch die öffentlich geführte Debatte ist auch der Finanzierungsaspekt bei der Pränatal-Diagnostik offensichtlich geworden. Anhand dieser medizinischen Verfahren kann der Nachweis bzw der Ausschluss (genetisch bedingter) Fehlbildungen, Krankheiten und Behinderungen erbracht werden. Betroffene müssen diese Untersuchungen allerdings häufig aus eigenen Mitteln bestreiten. Es wird daher die Einbeziehung dieser Untersuchungen in das öffentlich finanzierte Leistungssystem, beispielsweise durch Aufnahme dieser Untersuchungen in den Mutter-Kind-Pass angeregt.

Sozialleistung außerhalb des Schadenersatzrechtes

Im Entwurf wird vorgeschlagen, die Haftung gemäß § 1293 ABGB so einzuschränken, dass niemals ein Schadenersatzanspruch aus der Geburt eines Kindes abgeleitet werden kann, **ausgenommen bei Verletzungen des Kindes während der Schwangerschaft oder Geburt.**

Es stellt sich auch die Frage, ob die in Aussicht gestellten sozialrechtlichen Maßnahmen nur auf behinderte Kinder Anwendung finden sollen, die auf Grund ärztlicher Kunstfehler geboren wurden, oder ob alle behindert geborenen Kinder erfasst sein sollen sowie auch

gesund geborene Kinder, die auf Grund eines ärztlichen Kunstfehlers – wie etwa eine mangelhaft durchgeführte Unterbindung – geboren werden. Hinsichtlich dieser Fragestellung ist im Entwurf bzw in den Erläuternden Vorbemerkungen keine zufriedenstellende Antwort zu finden.

Da es derzeit noch keinen Gesetzesentwurf gibt, wie eine derartige Sozialleistung ausgestaltet werden soll, kann sie auch nicht bewertet werden. Auffallend ist jedoch, dass der Haftungsausschluss noch vor der Schaffung einer absichernden Sozialleistung in Kraft treten soll.

Unabhängig von der Ablehnung des konkreten Gesetzesvorschlages unterstützt die Bundesarbeitskammer die Einführung von zusätzlichen Begleitmaßnahmen, die Eltern die Betreuung insbesondere von behinderten Kindern erleichtern sollen.

Es wäre äußerst wünschenswert, dass es im Bereich der Kinderbetreuung für behinderte Kinder zu entsprechendem zusätzlichem Mitteleinsatz kommt.

Eltern von schwerstbehinderten Kindern brauchen Hilfe – etwa durch die Schaffung von qualitativ hochwertigen Betreuungseinrichtungen – welche neben der speziellen pädagogischen Förderung auch pflegerische und ärztliche Begleitung je nach Schwere der Behinderung ganztätig ermöglichen würde, damit Eltern behinderter Kinder ihre Existenz und die ihrer Kinder durch Erwerbstätigkeit absichern können.

Gleichstellungs- und Fördermaßnahmen für Kinder mit besonderen Bedürfnissen

Die Bundesarbeitskammer tritt dafür ein, dass umgehend verstärkte Maßnahmen gesetzt werden, um Kindern mit einer Behinderung und auch deren Eltern eine inklusive Teilhabe in der Gesellschaft zu ermöglichen.

In verschiedensten gesellschaftlichen Bereichen werden Kinder mit Behinderungen in Österreich gar nicht oder jedenfalls nicht ausreichend inkludiert (siehe dazu Unabhängiger Monitoringausschuss zur Umsetzung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen nach § 13 Bundesbehindertengesetz und dessen Stellungnahme vom 24. Juni 2009 zur Umsetzung der Kinderrechtskonvention in Österreich [Third Periodic Report in accordance with Article 44 CRC] für Kinder und Jugendliche mit Behinderungen:

<http://www.monitoringausschuss.at/sym/monitoringausschuss/Stellungnahmen>).

Demnach sollte ein Aktionsplan mit klaren Indikatoren erstellt werden, um die nachhaltige Inklusion gerade auch durch entsprechende Verwaltungspraxis öffentlicher Stellen zu gewährleisten und damit die selbstverständliche gleichberechtigte Partizipation von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung in allen gesellschaftlichen Bereichen zu erreichen.

Darüber hinaus sind nach Ansicht der Bundesarbeitskammer verlässliche Strukturen und Sicherheiten für Kinder mit besonderen Bedürfnissen und deren Eltern zu schaffen, damit:

- eine rechtzeitige und qualifizierte Beratung der Eltern und Aufklärung über Förderangebote erfolgt,
- eine ausreichende finanzielle Absicherung von Familien mit einem behinderten Kind gewährleistet ist,
- Unterstützungs- und Förderangebote sowie Betreuungsmöglichkeiten von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung verbindlich und flächendeckend vorgesehen werden,
- insbesondere inklusive Betreuung in den Kinderkrippen, Kindergärten und in der schulischen Ausbildung Selbstverständlichkeit wird.

Aus all den dargelegten Gründen spricht sich die Bundesarbeitskammer für eine Beibehaltung des geltenden Schadenersatzrechts aus und lehnt den vorliegenden Gesetzesentwurf vollständig ab.



Herbert Tumpel
Präsident



Alice Kundtner
IV des Direktors