



Österreichischer
Rechtsanwaltskammertag



Die österreichischen
Rechtsanwälte

Bundesministerium für Justiz
Museumstrasse 7
1070 Wien

per E-Mail: team.z@bmj.gv.at

ZI. 13/1 11/3

GZ BMJ-Z7.700/0004-I 2/2010

BG, mit dem das Schadenersatzrecht geändert wird (Schadenersatzrechts-Änderungsgesetz 2011 - SchRÄG 2011)

Referent: VP Dr. Josef Weixelbaum, Rechtsanwalt in Linz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Ministerialentwurfs für ein Bundesgesetz, mit dem das Schadenersatzrecht geändert wird (Schadenersatzrechts-Änderungsgesetz 2011-SchRÄG 2011) und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Seitens der Rechtsanwaltschaft bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die geplante Gesetzesänderung dahin, dass dem § 1293 ABGB ein zweiter Absatz mit folgendem Wortlaut hinzugefügt wird:

„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“.

Diese Bedenken sind damit zu begründen, dass eine solche Gesetzesänderung einem Systembruch des österreichischen Schadenersatzrechtes gleichkommt und auf diese Weise dem Gebot der Rechtssicherheit gerade nicht entsprochen wird.

Der Oberste Gerichtshof hat nämlich in keiner seiner Anlassentscheidungen zum vorliegenden Gesetzesentwurf erkannt, dass ein Kind - sei es gesund oder behindert geboren - als Schaden qualifiziert werden könne, womit sich auch eine dahingehende Regelung als entbehrlich erweist, dass aus dem Umstand der Geburt

eines Kindes niemand einen Schadenersatzanspruch geltend machen (besser wohl ableiten) könne.

Der ÖRAK verkennt nicht, dass die insoweit angesprochenen Entscheidungen (6 Ob 165/05h, 6 Ob 101/06f, 2 Ob 172/06t und 5 Ob 148/07m) durch zum Teil unterschiedliche Haftungsansätze gekennzeichnet sind, dennoch aber ein Regelungsdefizit aufgezeigt haben, welches jedoch nach Auffassung des ÖRAK nicht systemkonform im geltenden Schadenersatzrecht abgedeckt werden kann.

Dieses Defizit und das damit gegebene Regelungserfordernis wurde in den vergangenen Jahren umfassend und zum Teil auch kontroversiell erörtert. Es ist aber nahezu ausnahmslos darauf ausgerichtet gewesen, die Gleichheit der Würde gesund oder behindert geborener Kinder zu wahren bzw sicherzustellen.

Davon ausgehend ist dem Gesetzgeber jedenfalls keine dahingehende Ratio zu unterstellen, die vorrangig eine Haftungsbeschränkung zugunsten einer einzelnen Berufsgruppe, nämlich der Ärzte im Allgemeinen oder zumindest der Pränataldiagnostiker im Besonderen bezweckt, deren Haftung aus Verletzung vertraglicher Aufklärungspflichten aber dennoch den Anlass zum vorliegenden Ministerialentwurf gegeben hat.

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung käme im Übrigen auch der Einführung eines systemwidrigen Elements ins geltende Schadenersatzrecht gleich, weil der beabsichtigte Haftungsausschlussgrund der Geburt eines Kindes als Ende eines naturgesetzlichen Kausalablaufs in Widerspruch zu den bei Vertragsverletzungen grundsätzlich beachtlichen Haftungskriterien (rechtswidrig schuldhaft Schadenzufügung oder -verhinderung) steht, ohne dieselben gleichzeitig für unbeachtlich zu erklären.

Ganz in diesem Sinne hat der Deutsche Bundesgerichtshof erkannt, dass es sich bei der Konnexität zwischen Kindesexistenz und Unterhaltsanspruch lediglich um ein naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang handle, der für sich genommen wertfrei sei (BGHZ 124/128/141).

Jener Auffassung, wie sie im Besonderen Teil der Erläuterungen des Ministerialentwurfs zum Ausdruck gebracht wird, dass es nämlich *„nach der vorgeschlagenen Regelung keine Rolle spielt, ob dem Arzt nach einer pränatalen Untersuchung über eine Behinderung des Kindes ein Aufklärungsfehler unterläuft ...“*, ist daher mit Entschiedenheit zu widersprechen und zwar trotz der (unzureichenden) Einschränkung im Entwurf *„sofern durch dieses Verhalten nicht erst das Entstehen einer Behinderung oder eine mangelnde Heilung bzw Linderung einer Behinderung verschuldet“*.

Für den durch eine vorwerfbare Vertragsverletzung verursachten Schaden hat nach geltendem Schadenersatzrecht grundsätzlich Jedermann, speziell ein sachverständiger Arzt ganz selbstverständlich einzustehen, der damit in

gleichheitswidriger Weise auch nicht gegenüber dem Mitglied einer anderen Berufsgruppe besser gestellt werden darf, welches für einen rechtswidrig und schuldhaft verursachten Schaden sehr wohl haftet.

Dieser Aspekt erscheint zudem deshalb beachtlich, weil die Geburt jedes Kindes initiativ durch die Zeugung und nicht durch den die werdende Mutter behandelnden Arzt verursacht wird, mag diesem auch eine nachgeordnete Verantwortlichkeit dafür zukommen, ob und dass die Geburt von der werdenden Mutter zulässigerweise noch verhindert werden kann.

Dazu stellt sich überdies die im Schrifttum noch nicht abschließend beantwortete Frage zu wessen Gunsten und in welchem Umfang die ärztliche Aufklärung der werdenden Mutter geschuldet wird.

Immerhin wird der Nasciturus als geboren angesehen, soweit es um seine Rechte geht, der aber nach seiner Geburt kein Recht daraus ableiten kann, nicht abgetrieben worden zu sein. Dessen ungeachtet ist er aber im Fall seiner Behinderung mit einem erhöhten Unterhaltsbedarf belastet, der unterhaltsrechtlich ein klassisches Anspruchskriterium darstellt.

Soweit dies der Oberste Gerichtshof ausschließlich im Verhältnis zur unterhaltsverpflichteten Person beurteilt und dazu die Auffassung vertreten hat, dass der vom Arzt mit einer Schwangeren abgeschlossene Behandlungsvertrag auch finanzielle Interessen der Patientin wahren soll (5 Ob 165/05h), wurde dabei die Anspruchsbetroffenheit des Kindes bislang ausgeklammert, ohne diesbezüglich die Problematik einer Pflichtenüberspannung für den Arzt insgesamt zu berücksichtigen. Deshalb ist vorrangig eine Begrenzung und klare Determinierung der Aufklärungspflichten eines Arztes – mit Sanktionen im Fall ihrer schuldhaften Verletzung – zu fordern.

Der oftmals wiederholte Hinweis darauf, dass der Arzt zur Aufklärung entsprechend dem Stand der medizinischen Wissenschaft und ärztlichen Erfahrung verpflichtet ist, erscheint in diesem Zusammenhang unzureichend.

Dass diesen Kriterien für den rein medizinischen Aspekt selbstverständliche Relevanz zukommt, steht außer Frage. Deren generelle Anwendbarkeit auch für vermögensrechtliche Auswirkungen, insbesondere bei von der werdenden Mutter verschiedenen Personen, mit denen der Arzt in keinem Behandlungsvertragsverhältnis steht (zB unterhaltspflichtiger Vater, Großeltern etc.), erscheint demgegenüber aber doch problematisch.

In Fällen, in denen die Gesundheit der Patientin (= werdende Mutter) selbst nicht gefährdet ist, kann die pränatale Aufklärung zu einer möglichen Behinderung des Kindes schon per se nur darauf ausgerichtet sein, entweder schadensbegrenzende Maßnahmen zu empfehlen oder eben der „Patientin“ eine ausreichende

Entscheidungsgrundlage für eine Einwilligung in eine Behandlung zur Abtreibung des Fötus zu verschaffen, wozu aber wiederum kein Arzt verpflichtet ist (§ 97 [2] StGB).

Damit erscheint vorrangig ein Regelungsbedarf zu den ärztlichen Aufklärungspflichten insoweit gegeben, als mittelbare Auswirkungen auf medizinferne oder medizinfremde Belange zu veranschlagen sind, wozu der Gesetzgeber die Normierung allgemeiner Aufklärungsgrundsätze bisher für entbehrlich erachtet hat (Ärztegesetz, Landeskrankenanstaltengesetze etc.).

Derartige Grundsätze könnten sich durchaus als geeignet erweisen, sowohl den Arzt, als auch die zu behandelnde Person vor einer Überforderung in jeweils eigener Angelegenheit zu schützen, etwa wenn es der Gefahr einer unbegründeten Verunsicherung durch eine übervorsichtige Aufklärung der werdenden Mutter durch den Arzt zu begegnen gilt.

Folgende Regelungen wären in diesem Zusammenhang zT sogar für den medizinischen Kernbereich selbst zu erwägen: Leitlinien zum maßgeblichen Sorgfaltsmaßstab generell oder speziell bei fremdsprachlichen Patienten / zur Prüfpflicht des Aufklärungsverständnisses / zur Beachtlichkeit des Patientenwohls / zum Entscheidungsgrundlagenbeitrag für den Patienten / zur Zulässigkeit bloß einer standardisierten Aufklärung in Schriftform / zu finanziellen Behandlungsfolgen / zur Empfehlung eines Aufklärungsverzichtes u.a.m..

Unbeachtlich des mit dem vorliegenden Ministerialentwurf gegebenenfalls auch indirekt verfolgten Ziels sind die dagegen ins Treffen geführten Bedenken des ÖRAK ausschließlich aus haftungsrechtlicher Sicht zu verstehen und alleine darauf ausgerichtet, das österreichische Schadenersatzsystem nicht mit einer grundsätzlich entbehrlichen Gesetzesänderung zu beschädigen.

Die im Vorblatt zum Ministerialentwurf vertretene Auffassung, dass *„nach geltendem Recht die Geburt behinderter Kinder Schadenersatzansprüche auslösen kann, auch wenn das Verhalten des behandelnden Arztes eine Behinderung nicht schuldhaft herbeigeführt hat“*, erweist sich zur gegebenen Problematik als nicht im Mindesten zureichend, zumal der Arzt für die Behinderung selbst ohnehin nicht verantwortlich gemacht wurde.

Auch die dort zum Ausdruck gebrachte Verneinung einer Regelungsalternative, die etwa in Form eines Vermögensschutzes im Rahmen der ärztlichen Aufklärungspflicht überlegt werden könnte, überzeugt nicht.

Zudem dürfte jene Auswirkung der erwogenen Gesetzesänderung nicht genügend bedacht worden sein, dass der die werdende Mutter behandelnde Arzt von einer Aufklärungspflicht in Bezug auf den Gesundheitszustand des Nasciturus als überhaupt entbunden behandelt werden könnte, unter Umständen sogar mit Relevanz für das ärztliche Beratungsgespräch zu einer erst beabsichtigten Schwangerschaft.

Durch die vorgeschlagene Regelung könnte es auch zum Verlust von Ansprüchen gegen den Krankenanstaltenfonds kommen, der von den Patienten gespeist wird, was auch dazu führen könnte, dass die Ersatzansprüche auf den Staat überwältzt würden.

Zu betonen bleibt abschließend, dass die Würdegleichheit sowohl gesund, als auch behindert geborener Kinder für den ÖRAK vorbehaltlos außer jeder Frage steht, was gleichermaßen für die Notwendigkeit zu gelten hat, schadenersatzunabhängig geeignete sozial- und familienrechtliche Regelungen auf gesetzlicher Ebene zu treffen, die eine ausreichende emotionale, sachliche und finanzielle Unterstützung für behindert geborene oder behinderte Menschen ganz generell sicherstellen.

Der ÖRAK lehnt diesen Gesetzesentwurf daher in der vorliegenden Fassung ab.

Wien, am 21. Februar 2011

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident