

**BUNDESKANZLERAMT**  **VERFASSUNGSDIENST**

GZ • BKA-600.010/0008-V/5/2010

ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT

BEARBEITERIN • FRAU MAG TATJANA CARDONA

PERS. E-MAIL • TATJANA.CARDONA@BKA.GV.AT

TELEFON • 01/53115/2767

IHR ZEICHEN • BMJ-Z7.700/0004-I 2/2010

An das Bundesministerium  
für Justiz  
Mit E-Mail: [team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das ABGB geändert wird;  
Begutachtung; Stellungnahme

Zum mit do. oz. Note übermittelten Gesetzesentwurf samt Beilagen nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

**I. Rechtliche Anmerkungen:**

1. Durch den Gesetzesentwurf sollen den Erläuterungen zufolge Diagnose- und Beratungsfehler von Ärztinnen und Ärzten im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes in Zukunft einer Haftung entzogen werden. Für ärztliche Kunstfehler soll die Haftung weiterhin bestehen bleiben. Dieser ins Auge gefasste Regelungsinhalt spiegelt sich allerdings nur unzulänglich im vorgeschlagenen Gesetzestext wieder. Umgekehrt wirft der bloß vage Wortlaut „Aus dem Umstand der Geburt eines Kindes ...“ auch Fragen auf, die in den Erläuterungen nicht angesprochen werden. Beispielsweise könnten davon auch Gesundheitsschäden der Mutter selbst umfasst sein.

Mit der Regelung wird zumindest nach den Erläuterungen jedenfalls eine Berufsgruppe – nämlich wohl vorwiegend Gynäkologinnen und Gynäkologen – von der allgemeinen Schadenersatzpflicht für einen bedeutenden Teil ihrer Tätigkeiten ausgenommen werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht stellt sich daher vor allem die Frage, ob ein derartiger Haftungsausschluss sachlich rechtfertigbar ist.

2.1. Im Vorfeld sollte zur Beantwortung der Frage, ob diese Ausnahmeregelung sachlich gerechtfertigt ist, geklärt werden, ob die Geburt eines Kindes bzw. die

daraus resultierenden Unterhaltspflichten überhaupt einen Schaden im Sinne des § 1293 ABGB darstellen können, wobei der Gesetzesentwurf und die Erläuterungen wohl davon ausgeht, dass es sich dabei grundsätzlich um einen ersatzfähigen Schaden handelt.

Die Überwälzung eines Aufwandes im Wege des Schadenersatzrechts setzt das Vorliegen eines (ersatzfähigen) Schadens iSd § 1293 ABGB voraus. Ein solcher ist nach der Rechtsprechung des OGH in der Geburt eines Kindes im Regelfall aber nach der Wertung der Rechtsordnung gerade nicht zu erblicken (OGH, 6Ob101/06f, 7.3.). Schon in der früheren Rechtsprechung des OGH stellt dieser, dem deutschen Bundesgerichtshof folgend, klar, dass ein „Kind als Schaden“ eine unangemessene und rechtlich untaugliche Betrachtungsweise widerspiegelt (OGH, 1Ob91/99k ).

Der OGH führt auch aus, dass die ausnahmsweise Zuerkennung von Schadenersatz trotz des personalen Eigenwerts jedes Kindes nicht Folge einer negativen Bewertung eines behinderten Kindes, sondern ausschließlich der Versuch eines geldwerten Ausgleichs eines besonderen Unterhaltsbedarfs ist (OGH, 6Ob101/06f, 7.5.). Die sogenannte Trennungstheorie, die der OGH übernimmt, geht nämlich davon aus, dass der vermögensrechtliche Nachteil nicht in der Existenz eines Kindes, sondern in der dadurch entstehenden Unterhaltspflicht liegt (vgl. *Nigl*, Neuere Judikatur zur Arzthaftung, 2009, 151 ff; *Szalkay/Hirsch*, Wrongful Birth – Wrongful Conception: Die Diskussion geht in die Verlängerung – Anmerkung zu OGH 11. 12. 2007, 5 Ob 148/07m 120, iFamZ 2008, 120).

2.2. Geht man aber von der grundsätzlichen Ersatzfähigkeit eines (besonderen) Unterhaltsbedarfes aus, stellt sich die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, die grundsätzliche Möglichkeit eines Schadenersatzanspruches einfachgesetzlich auszuschließen, ohne den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz zu verletzen.

Grundsätzlich begründet eine (ärztliche) Pflichtverletzung eine Haftung (vgl. *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB § 1293 Rz 37ff). Die vorgeschlagene Novelle hat zum Ziel, die Tätigkeit bestimmter Ärztinnen und Ärzte – nämlich vornehmlich Fachärztinnen und Gynäkologinnen und Gynäkologen –, die diese im Zusammenhang mit der Geburt eines Kindes verrichten, von dieser Haftung insoweit auszunehmen, als sie nicht selbst die Verletzung des Kindes während der Schwangerschaft oder der Geburt verursacht haben. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Fehlverhaltens von

Ärztinnen und Ärzte wird in diesen Fällen vollständig beseitigt. Dieser generelle Haftungsausschluss gilt sogar für Fälle, in denen ein Arzt oder eine Ärztin – aus welchem Grund auch immer – eine Tatsache über den Gesundheitszustand eines Kindes absichtlich verschweigt.

Ein Haftungsausschluss, der einerseits die Privilegierung einer Berufsgruppe und andererseits die Abwälzung eines in der beruflichen Tätigkeit liegenden Risikos dieser privilegierten Berufsgruppe auf betroffene Privatpersonen bzw. auf die Allgemeinheit bewirkt, bedarf einer eingehenden sachlichen Begründung. Die sachliche Rechtfertigung für die vorgeschlagene Bestimmung wird durch die Erläuterungen nicht hinreichend und konsistent begründet: Die Schwierigkeit, die materiellen Unterhaltspflichten gegenüber dem nicht materiellen Eltern-Kind Verhältnis zu bewerten, dürfte kein ausreichender Grund dafür sein, den Schadenersatz generell auszuschließen, denn diffizile Abgrenzungsprobleme stellen sich in anderen Bereichen des Schadenersatzrechts gleichfalls. Ebenso wenig überzeugt die Argumentation der „nicht gewünschten Verrechtlichung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Arzt und seiner Patientin“, da völlig offen bleibt, weshalb das Vertrauensverhältnis zu Fachärztinnen und Fachärzten für Frauenheilkunde und Geburtshilfe anders gelagert sein soll als bei allen anderen Ärzten und Ärztinnen. Abgesehen davon, dass das Verhältnis Patientin – behandelnde Ärztin / behandelnder Arzt ohnedies einem umfangreichen rechtlichen Regime unterliegt, ist nicht ohne weiteres ersichtlich, inwiefern eine „Verrechtlichung des Vertrauensverhältnisses“ unerwünscht sein könnte, zumal sich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt oder Ärztin und den Patienten gerade durch den Haftungsausschluss durchaus verschlechtern könnte.

Auch das Argument der so genannten „Defensivmedizin“ erscheint in der vorgetragenen Form nicht stichhaltig. Zu einer Abtreibung lediglich aufgrund der drohenden Haftung für Diagnose und Beratung zu raten, würde nicht nur dem ärztlichen Selbstverständnis widersprechen, sondern wohl auch den Berufspflichten (vgl. nur § 49 Abs. 1 des Ärztegesetzes 1998: „Ein Arzt ist verpflichtet, jeden von ihm in ärztliche Beratung oder Behandlung übernommenen Gesunden und Kranken ohne Unterschied der Person gewissenhaft zu betreuen. Er hat sich laufend ... fortzubilden und nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung sowie unter Einhaltung der bestehenden Vorschriften und der fachspezifischen Qualitätsstandards ... das Wohl der Kranken und den Schutz der Gesunden zu wahren“.; § 51 Abs. 1:

„Der Arzt ist verpflichtet, Aufzeichnungen über jede zur Beratung oder Behandlung übernommene Person, insbesondere über den Zustand der Person ..., die Diagnose, .... erforderlichen Daten zu führen und hierüber der beratenen oder behandelten oder zu ihrer gesetzlichen Vertretung befugten Person alle Auskünfte zu erteilen. ...“). Zur Hintanhaltung pflichtwidrigen Verhaltens sollten aber eher Wege gesucht werden, die Effektivität bestehender Berufspflichten – die ja gerade dem Schutz der Patienten dienen sollen - zu erhöhen, ohne den Schutz der Patienten in einem anderen Rechtsbereich nicht unmaßgeblich herabzusetzen. An dieser Stelle darf darauf hingewiesen werden, dass der Haftungsausschluss auch für Krankenanstalten gelten dürfte.

Der Gesetzesentwurf samt Erläuterungen ist aber auch dahingehend inkonsequent, als gemäß den Ausführungen in den Erläuterungen ein zentrales Anliegen darin besteht, dass das Gesetz keine Differenzierung mehr zwischen der Geburt eines gesunden Kindes und der eines behinderten Kindes treffen, genauer: dass ein behindertes Kind nicht mehr als Schaden (miss)verstanden werden soll (zweiter Absatz des Allgemeinen Teils der Erläuterungen). Sollte dem Arzt jedoch Verschulden am Entstehen oder am Ausmaß einer Behinderung treffen (Kunstfehler), so ist weiterhin Schadenersatz zu leisten (dritter Absatz des Besonderen Teils der Erläuterungen). Folgt man diesen Erläuterungen, könnte aber eine solche Regelung ebenfalls dahingehend (miss)verstanden werden, dass ein behindertes Kind als „Schaden“ begriffen wird.

## **II. Sprachliche und legistische Anmerkungen:**

### Zu Artikel 1:

#### Zum Titel:

Der Titel müsste folgendermaßen lauten: „Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch geändert wird“.

#### Zum Einleitungssatz:

Es müsste „das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811“ lauten.

#### Zur Novellierungsanordnung:

Die Novellierungsanordnung müsste folgendermaßen lauten:

*Der bisherige Text des § 1293 erhält die Absatzbezeichnung „(1)“; folgender Abs. 2 wird angefügt:*

Zu § 1293 Abs. 2:

Auf die fehlerhaften Anführungszeichen wird hingewiesen.

Zu Artikel 2:

Zur Überschrift:

Es sollte „Inkrafttreten und Übergangsbestimmung“ lauten.


Der § 2 kann als überflüssig entfallen.

Im Vorblatt der Erläuterungen hat es richtig „Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG“ zu heißen.

Diese Stellungnahme wird im Sinne der Entschließung des Nationalrates vom 6. Juli 1961 u.e. auch dem Präsidium des Nationalrats zur Kenntnis gebracht.

21. Februar 2011  
Für den Bundeskanzler:  
HESSE

**Elektronisch gefertigt**

Signaturwert	SyC8g6J9DHELAYxlxDtEMc9VxOCs6REQQtW/ddGYvX+AJynNfx+7eR46MBvkkXgtDwGNuyaZACJi1KgwC83JdSy2nRbWsrnjluMVMKWgx9nCNNIY+qSLMzPzV21yvSEXeVS1KKrj8pge8VJtjprns/vZJtrP8EMnRmj3Y0=	
	Unterzeichner	serialNumber=962181618647,CN=Bundeskanzleramt,O=Bundeskanzleramt,C=AT
	Datum/Zeit-UTC	2011-02-21T15:33:39+01:00
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	294811
	Methode	urn:pdfsigfilter:bka.gv.at:binaer:v1.1.0
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert.	
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: <a href="http://www.signaturpruefung.gv.at">http://www.signaturpruefung.gv.at</a> Informationen zur Prüfung des Ausdrucks finden Sie unter: <a href="http://www.bka.gv.at/verifizierung">http://www.bka.gv.at/verifizierung</a>	