

Graz, 21.02.2011

An die
Republik Österreich
Bundesministerium für Justiz
Singerstraße 17-19
1011 Wien
per E-Mail: team.z@bmj.gv.at
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

GZ: BMJ-Z7.700/0004-I 2/2010
Ministerialentwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das
Schadenersatzrecht geändert wird (Schadenersatzrechts-
änderungsgesetz 2011)
Begutachtungsverfahren
ZOTT-DIV/ ZO / RO / DW 378

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich erlaube mir, den im Begutachtungsverfahren ergangenen Aus-
sendungen entsprechend zum derzeit in Begutachtung stehenden
Entwurf des Schadenersatzrechts – Änderungsgesetzes 2011 Stel-
lung zu nehmen:

Zu meiner Person:

Ich beschäftige mich seit dem Jahr 1991 schwerpunktmäßig mit Fra-
gen des „Arzthaftungsrechts“. Im Rahmen meiner Tätigkeit als
Rechtsanwalt verrete ich überwiegend die Interessen von Kranken-
anstaltenträgern und niedergelassenen Ärzten bzw. deren Haft-
pflichtversicherer, sodass mir nicht nur die wirtschaftlichen Interes-
senlagen im gegebenen Zusammenhang, sondern auch die aus der
medizinischen Praxis resultierende Sicht der Dinge gut bekannt ist.

Aufgrund gesetzgeberischer Maßnahmen, insbesondere aber auf-
grund der in den letzten beiden Jahrzehnten ergangenen Judikatur
sieht sich die Ärzteschaft generell einem hohen Haftungsdruck aus-
gesetzt, dies vor allem in Bezug auf Aufklärungs- und Dokumentati-



reif und partner
Rechtsanwälte

Dr. Hubert Reif
Mediator für Wirtschaftsrecht
Mag. Klaus Zotter
Gerichtl. beeid. Sachverständiger
Mitglied d. Österr. Gesellschaft
für Medizinrecht
Mag. Michael Berghofer
Mag. Herbert Steinwandter
Dr. Michael Senger
Mag. Gerd Weidacher
Dr. Gert Weiler
Mag. Christof Korp
Mitglied d. Österreichisch Spanischen
Juristenvereinigung – Miembro de la
Asociación Hispano Austriaca de Juristas
Mag. Renate Kahlbacher
Dr. Gudrun Petsch- Lindmayr em.

www.reifundpartner.at

8020 Graz, Brückenkopfgasse 1
Tel: +43 316 833 840-0
Fax: +43 316 833 840-305
email: graz@reifundpartner.at

1060 Wien, Mariahilfer Str. 23-25
Tel: +43 01 586 21 06
Fax: +43 01 586 21 06-17
email: wien@reifundpartner.at

9500 Villach, Peraustraße 9
Tel: +43 4242 28 122
Fax: +43 4242 28 122-22
email: villach@reifundpartner.at

8330 Feldbach, Bismarckstr. 8
Tel: +43 3152 25 06-0
Fax: +43 3152 25 06-250
email: feldbach@reifundpartner.at

8200 Gleisdorf, Business Park 4
Tel: +43 3112 27 344
Fax: +43 3112 27348
email: gleisdorf@reifundpartner.at

8605 Kapfenberg, Wiener Str. 35a
ECE Kapfenberg
Tel: +43 3862 22 654
Fax: +43 3862 22 654-4
email: kapfenberg@reifundpartner.at

Sprechstelle Eibiswald:
8552 Eibiswald, Hörmsdorf 190

Rechtsanwälte OG
Eingetragene Treuhänder
FN: 231683 k
UID-Nr.: ATU 56615933

anforderungen, deren Umsetzung in der Praxis oftmals an die Grenzen personeller bzw. zeitlicher Verfügbarkeiten stößt.

Obwohl mir diese Problemstellungen also aus meiner beruflichen Praxis bekannt sind und ich demnach die Haltung etwa der Ärztekammern gut verstehe, wonach eine tendenzielle Entschärfung im ärztlichen Haftungsrecht begrüßt wird, sehe ich mich dennoch veranlasst, den vorliegenden Entwurf ohne Rücksichtnahme auf nachvollziehbare Interessenlagen, sondern vielmehr unter Zugrundelegung der rechtswissenschaftlichen Dogmatik zu kommentieren.

Zur Ausgangssituation:

1.

Die rechtliche Grundlage des Verhältnisses zwischen dem Arzt (der Krankenanstalt) einerseits und der werdenden Mutter (den Kindeseltern) andererseits stellt zum Einen das Gesetz selbst dar (ABGB, Ärztegesetz, KAKuG), zum Anderen aber der Inhalt des (ausdrücklich oder stillschweigend entstehenden) Behandlungsvertrages; gerade für den hier relevanten Bereich der Pränataldiagnostik stellt dieser Vertrag und dessen Inhalt das zentrale Element des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und werdender Mutter dar.

2.

Die gegenwärtig bestehende Judikatur des Obersten Gerichtshofes erscheint in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zum Einen verweist die oberstgerichtliche Rechtsprechung darauf, dass Fragen der unerwünschten Geburt eines behinderten Kindes in starkem Konnex zu gesellschaftlichen Wertvorstellungen bzw. zu moralisch – ethischen Überlegungen stehen und es schon vor diesem Hintergrund schwierig erscheint, derartige Problemstellungen ausschließlich aus juristischer Sicht zu beurteilen.

Zum Anderen erscheint die derzeit bestehende oberstgerichtliche Judikatur schon deshalb widersprüchlich, weil sie den Eltern unerwünscht geborener Kinder Schadenersatzansprüche zuerkennt (sei es in Höhe des gesamten Unterhaltsaufwandes oder aber nur in Höhe des behinderungsbedingten Mehraufwandes), während sie den Eltern gesund geborener Kinder unabhängig vom Sachverhalt generell jeglichen Schadenersatzanspruch aberkennt.

Obwohl sich die Judikatur in diversen Entscheidungen durchaus sehr eingehend (und auch rechtsvergleichend) mit der gegenständlichen Problematik auseinander gesetzt hat, ohne dafür aber eine generell zufriedenstellende Lösung gefunden zu haben, findet die öffentliche Diskussion in massiver Vergrößerung und Verkürzung der oberstgerichtlichen Überlegungen eigentlich nur vor dem Hintergrund des Schlagwortes „Ein Kind darf kein Schaden sein“ statt.

Stellungnahme:

Der vorliegende Entwurf ist meines Erachtens von vornherein nicht geeignet, die aufgeworfenen Fragestellungen auch nur annähernd zu beantworten (was generell schwierig sein dürfte); anzulasten ist dem Entwurf aber insbesondere, dass er nicht nur zu sachlich unangemessenen Ergebnissen führen würde, sondern dass auf dem Weg zu diesem Ergebnis auch tragende Grundsätze des österreichischen Schadenersatzrechts missachtet werden müssten.

Etwas plakativ ausgedrückt:

Ein Problem dessen Auswirkungen für die betroffenen Personen zu massiven (seelischen und finanziellen) Belastungen führt, indem man eben diese Auswirkungen in Hinkunft von Gesetzeswegen zu ignorieren hat.

Dem Entwurf ist zuzugestehen, dass er versucht, der „Quadratur des Kreises“ gerecht zu werden, indem er (vermeintlich) klar Stellung bezieht, dies wohl unter der Annahme, damit sowohl der öffentlichen Diskussion als auch den dahinter stehenden Fragestellungen wirksam begegnen zu können.

Dabei wird aber übersehen, dass der vorliegende Entwurf nicht nur keine allgemein befriedigende Lösung herbeiführt, sondern dass die Regelungen der bestehenden Rechtsordnung den gegebenen Problemstellungen vermutlich sogar besser gerecht werden können, als dies auf den Entwurf zutrifft. Insbesondere verkennt der Entwurf die Tatsache, dass eine funktionierende Rechtswirklichkeit nicht nur aus einer bloßen einseitigen Vorgabe durch den Gesetzgeber einerseits und deren Befolgung durch die Normunterworfenen andererseits besteht, sondern dass die Treffsicherheit und Effektivität einer Rechtsordnung (zumindest im zivilrechtlichen Bereich) stark von der Akzeptanz der Normunterworfenen abhängt; im gesamten Rechtssystem soll nicht nur die Rechtsordnung das Verhalten der Menschen in Bahnen lenken, sondern wird auch diese Rechtsordnung durch sich verändernde Wertvorstellungen der Menschen geprägt und gestaltet.

Bis zum Hervortreten der öffentlichen Diskussion im Zuge der im letzten Jahrzehnt ergangenen oberstgerichtlichen Judikatur, dort insbesondere zur Frage, aus welchem Grund den Eltern eines behindert geborenen Kindes allenfalls Schadenersatzansprüche zuerkannt werden können, nicht aber den Eltern eines gesunden Kindes, stand es bislang niemals zur Diskussion, dass derjenige, der in vorwerfbarer Weise und unter Missachtung seiner Rechtspflichten jemandem einen Schaden zufügt, für diesen Schaden auch aufzukommen hat.

Diese – zentrale – Wertung unseres Haftungsrechtes entspricht wohl unzweifelhaft auch noch immer dem gesellschaftlichen Konsens; meines Erachtens wäre die nunmehr hervorgetretene Diskussion gar nicht in ihr jetziges Stadium eingetreten, hätte die oberstgerichtliche Judikatur nicht geradezu apodiktisch eine – nach wie vor diskussionswürdige – Trennlinie zwischen den Ansprüchen von Eltern behinderter Kinder und jenen gesunder Kinder gezogen (was erst diese Diskussion hervorgebracht haben dürfte).

In Bezug auf die moralisch – ethische Problemstellung bietet auch das bestehende Recht möglicherweise keine absolut und für jedermann zufriedenstellenden Lösungen; der vorliegende Entwurf erbringt aber sogar noch eine Verschlechterung, indem er aus der gesamten Situation ein wesentliches und tragendes Element unseres Rechtsverständnisses eliminiert, nämlich den Grundsatz,

- dass sich jedermann auf die Einhaltung vertraglicher Verpflichtungen verlassen können muss
- und dass die schuldhafte Verletzung vertraglicher Verpflichtungen nicht sanktionslos bleiben darf.

Beispiel:

Die Eltern wünschen sich grundsätzlich ein Kind, stehen aber in Sorge, durch die Geburt eines (allenfalls schwer) behinderten Kindes einer so starken Belastung ausgesetzt zu sein, dass sie sich nicht zutrauen, eine derartige Belastung auch wirklich tragen zu können (sei es, weil sie mit schon bestehenden Obsorgeverpflichtungen weitgehend belastet sind, weil ihre finanziellen Möglichkeiten begrenzt sind oder weil sie einfach vermeiden wollen, dass ein behindertes Kind im Falle des vorzeitigen Todes oder der Obsorgeunfähigkeit der Eltern dann nicht mehr jene Zuneigung und Fürsorge erfährt, welche ihm wohl nur die eigenen Eltern entgegenbringen würden).

Mit diesen Sorgen wenden sie sich an den Arzt, der in weiterer Folge mit dem Einverständnis der Eltern (niemand wird dazu gezwungen) pränatal diagnostische Maßnahmen durchführt; die Eltern bitten den Arzt eindringlich darum, dass er ihnen Hinweise auf eine mögliche Behinderung des Kindes wahrheitsgemäß mitteilt, wobei die werdenden Eltern aufgrund der ordnungsgemäßen Information durch den Arzt wissen, dass das bloße Bestehen von Hinweisen auf eine mögliche Behinderung noch nicht bedeutet, dass sich dieses Risiko letztlich auch verwirklichen muss. Sie bitten den Arzt daher, ihnen die Untersuchungsergebnisse und die (weder bagatellisierende noch dramatisierende) Einschätzung des Arztes mitzuteilen, um nach reiflicher Überlegung eine Entscheidung treffen zu können.

Der Arzt sagt ihnen dies zwar zu, informiert die Eltern in weiterer Folge aber nicht wahrheitsgemäß über die Untersuchungsergebnisse, womit er ganz eindeutig gegen den Vertrag mit den Kindeseltern verstößt.

Nach dem vorliegenden Entwurf kommt es in keiner Weise darauf an, weshalb der Arzt gegen seine (ja ausdrücklich zugesagte) Informationspflicht verstößt – sogar dann, wenn er dies grob fahrlässig tut (etwa weil er aufgrund von Termindruck oder ähnlichem einfach darauf vergisst, sich mit den Untersuchungsergebnissen zu beschäftigen) oder sogar dann, wenn er vorsätzlich gegen seinen Vertrag mit den Eltern verstößt (etwa weil er das Wertesystem der Eltern ablehnt und sie durch Anwendung seines eigenen Wertesystems „zu ihrem Glück zwingen“ will), hat dies nach dem vorliegenden Entwurf überhaupt keine Konsequenzen, solange der Arzt nur darauf achtet, eine „Verletzung“ des Kindes etwa durch Unterlassen gebotener Maßnahmen selbst herbeizuführen.

Spätestens an diesem Extrembeispiel (es wären auch noch extremere Konstellationen denkbar, die allesamt wieder zum gleichen Ergebnis führen würden), zeigt sich mit hinreichender Deutlichkeit, dass es weder dem Verständnis der Normunterworfenen entsprechen noch im Sinne unserer Rechtsordnung sein kann, den Eintritt eines Schadens (und zwar nicht nur des „finanziellen Schadens“; der Entwurf verneint ja Schadenersatzansprüche generell) selbst dann sanktionslos zu stellen, wenn dieser Schaden vorsätzlich oder gar in böser Absicht herbeigeführt wird.

Den Versuch einer Differenzierung zwischen (allenfalls sanktionslos bleibendem) leicht fahrlässigem oder aber grob fahrlässigem Verstoß gegen den Behandlungsvertrag zu treffen, unternimmt der Entwurf nicht einmal – mögliche Abgrenzungsprobleme können hier aber schon deshalb kein Thema sein, weil unsere Rechtsordnung in einer Vielzahl von Materien auf die Unterscheidung zwischen leicht fahrlässigem und grob fahrlässigem (und umso mehr vorsätzlichem) Fehlverhalten abstellt und kein sachliches Argument erkennbar ist, weshalb man gerade einen bestimmten Sachverhalt bzw. ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet davor schützen müsste, dass sich die Gerichte im Anlassfall mit diesem Abgrenzungskriterium beschäftigen (wozu sie ja auch in sämtlichen sonstigen – keineswegs unbedeutenden – Rechtsmaterien wie dem Strafrecht, dem Versicherungsrecht oder dem sonstigen Schadenersatzrecht berufen sind).

Weitere (teils zusammenfassende) Argumente gegen den vorliegenden Entwurf:

- Ausgangspunkt für die gegenständliche Problemstellung ist (im Regelfall) ein zwischen dem Arzt und den werdenden Eltern entstehender Behandlungs- und / oder Diagnosevertrag, wie dies auch für die sonstigen ärztlichen Tätigkeiten außerhalb der Pränataldiagnostik gilt. Zur Erfüllung seiner Vertragspflicht hat der Arzt zunächst die dem medizinischen Standard entsprechenden Tätigkeiten zu erbringen, wie dies – schon dem Ärztegesetz folgend – ja ohne jede Diskussion auch für sämtliche sonstigen Bereiche ärztlicher Tätigkeiten gilt. In weiterer Folge hat er die Kindeseltern über das Ergebnis dieser Maßnahmen zu informieren, wobei von ihm weder verlangt wird, diese Ergebnisse zu bagatellisieren oder ihnen ein unsachliches Gewicht beizumessen, dies allenfalls im (irrigen) Glauben, den Eltern eine bessere Entscheidungsmöglichkeit bieten zu müssen; er ist auch in keine Weise verpflichtet, eine Prognose in Form einer bloßen Spekulation anzustellen.

Schon auf der Basis der gegebenen Rechtslage ist der Arzt überdies (schon aus Beweisgründen) verpflichtet, nicht nur die von ihm gesetzten medizinischen Maßnahmen, sondern auch das auf dieser Basis geführte Aufklärungsgespräch zumindest so gut zu dokumentieren, dass dessen Inhalt auch später noch nachvollzogen werden kann – auch dieses Erfordernis gilt für sämtliche sonstigen ärztlichen Tätigkeiten ja ohne jede Diskussion.

Hat der Arzt diesen Verpflichtungen entsprochen, so liegt es in weiterer Folge nunmehr tatsächlich an den werdenden Eltern, die (ausschließlich) ihnen obliegende Entscheidung zur Gestaltung ihres weiteren Lebens bzw. des Lebens ihres Kindes zu treffen; auch wenn diese Entscheidung schwer fallen mag, so wird man diese vor dem Hintergrund eines humanistisch – aufgeklärten Weltbildes stets den Eltern überlassen müssen.

Erfüllt der Arzt also seine (ohnedies für jeden Arzt in gleicher Weise geltenden) Verpflichtungen (was der Pränataldiagnostik wohl wie jedem anderen Fach zugemutet werden darf), so bietet eher die bestehende Rechtsordnung als der diskutierte Entwurf eine zufriedenstellende Lösung – im Falle ordnungsgemäßen Verhaltens bestehen ohnedies keine wie immer gearteten Schadenersatzansprüche gegen den Arzt. Derartige Ansprüche können nach der bestehenden Rechtslage wie gesagt ja immer nur dann entstehen, wenn der Arzt seine Verpflichtungen tatsächlich schuldhaft verletzt hat, weshalb eine willkürliche Freistellung von Sanktionen aus gerade solchen ärztlichen Tätigkeiten, die „im Hinblick auf eine Geburt“ erbracht werden, sachgerecht sein soll, erscheint nicht nachvollziehbar, bedenkt man, dass an den hier betroffenen Arzt (im Bereich der Pränataldiagnostik) in Wahrheit überhaupt keine anderen Anforderungen gestellt werden, als sie für jegliche sonstige ärztliche Tätigkeit

ohne jede Diskussion gelten (Durchführung entsprechender medizinischer Maßnahmen nach vorheriger Aufklärung über Vorteile und Nachteile, wahrheitsgemäße und verständliche Aufklärung über deren Ergebnisse, Führung einer Dokumentation über die maßgeblichen Umstände).

- Klar ist natürlich, dass sich die hier angesprochene Situation in ihrer Problematik natürlich von einer Vielzahl sonstiger medizinischer Behandlungssituationen unterscheidet, wobei ich es aber wie gesagt nicht für erforderlich halte, auf die besonderen ethischen Aspekte dieser Situation einzugehen, dies schon deshalb, weil dem vorliegenden Entwurf auch jegliche Eignung (und auch schon die Absicht) abzusprechen ist, diese Problemstellungen auf ethischer Basis zu lösen. Analysiert man diese Problemstellungen allerdings aus rechtswissenschaftlicher Sicht, so gelangt man wohl zum Ergebnis, dass der vorliegende Entwurf diese Probleme nicht nur ungelöst lässt, sondern sogar eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vergleichbarer Aufgabenstellungen herbeiführen würde
- Spätestens an dieser Stelle muss dem Entwurf überdies vorgeworfen werden, dass er in der Darstellung seiner Intentionen (bewusst oder nicht bewusst) „Öl in das Feuer der öffentlichen Diskussion gießt“, indem er die wohl vor allem durch die Medien verursachte grobe Verkürzung der Problemstellung prolongiert – zumindest im Vorwort zu den Erläuterungen verweist der Entwurf auf das „unerträgliche Ergebnis, dass ein behindert geborenes Kind als Schaden angesehen wird“.

Diese (wohl auch grundsätzliche) Wertung des Entwurfes ist schon deshalb abzulehnen, weil sie dazu führt, dass der eigentliche (rechtswissenschaftliche) Schadensbegriff, der – wie oben dargestellt – eigentlich einer sachlich angemessenen Beurteilung zugänglich wäre, so emotionalisiert und in einen völlig anderen Zusammenhang gerückt wird, dass sogar solche Institutionen den Entwurf begrüßen, deren Ansinnen es eigentlich ist, die Rechtspositionen behinderter Kinder und deren Eltern zu stärken, zumal auch im Zuge der öffentlichen Diskussion (etwa ORF-Sendung „Im Zentrum“, Januar 2011) ein völlig falsch verstandenes Schadensbild als Anknüpfungspunkt für sämtliche weiteren Überlegungen herangezogen wird. Natürlich wird das Kind selbst nie der „Schaden“ sein; tatsächlich geht es immer nur um jenen finanziellen Schaden, der einer Person aus dem rechtswidrigen und vorwerfbaren Fehlverhalten einer anderen Person entsteht.

Wilhelm (ecolex 1/2011,1) stellt diesen Unterschied sehr anschaulich dar: „Wenn mein Unterhaltsschuldner umgebracht wird, so ist nicht sein Tod mein Schaden, sondern der Entgang von Unterhalt wegen seines Todes.“

- Mit *Bernat* (Kleine Zeitung, Ausgabe Graz vom 14.01.2011, Seite 38) ist wohl berechtigt auch folgende Frage zu stellen: „Wessen Interessen will der Entwurf des Justizministeriums, der den Gynäkologen weitgehend aus der Berufshaftung entlässt, eigentlich schützen? Sicherlich nicht die Interessen der Eltern, die den behinderungsbedingten Mehraufwand aus eigener Tasche finanzieren müssten; bei nüchterner Betrachtung aber auch nicht jene des Kindes. Durch die Leistung des Schädigers ist dafür gesorgt, dass das Kind in vollem Umfang (Haftpflichtversicherung des Arztes!) das erhält, was ihm die Eltern aufgrund seiner vermehrten Unterhaltsbedürfnisse schulden. Es ist nicht einzusehen, dass der Steuerzahler (Stichwort: Fonds-Lösung) den Arzt, der Aufklärungspflichten fahrlässig verletzt hat, von den Haftungsfolgen freistellen soll.“

Dem ist wohl nichts hinzuzufügen:

Welche gleichermaßen sachlich gerechtfertigte wie auch moralisch vertretbare Werthaltung gebietet es, die Allgemeinheit mit solchen Kosten zu belasten, die ausschließlich aus der schuldhaften Verletzung von ärztlichen Pflichten resultieren, anstatt diese dem (zwingend haftpflichtversicherten) Schädiger anzulasten?

Am Rande: Nicht medizinische indizierte pränatal diagnostische Maßnahmen werden im Regelfall von den Sozialversicherungsträgern nicht oder nur anteilig getragen; es stellt sich also die weitere Frage, ob zwar die Allgemeinheit für die finanziellen Folgen eines (sogar vorsätzlichen!) ärztlichen Fehlverhaltens aufkommen soll, während der Arzt das von ihm für die Erbringung dieser – fehlerhaften – Leistung vereinnahmte Honorar behalten darf, was wohl jeglichem Sachlichkeitsgebot zuwiderlaufen würde.

Soweit der vorliegende Entwurf nur von „Schadenersatzansprüchen“ spricht, bleibt diese Frage insoweit offen, als etwa Rückforderungsansprüche der (dieses Honorar bezahlt habenden) Eltern aus dem Gewährleistungsrecht resultieren (im Falle eines bloßen „Diagnosevertrages“ wären hier wohl primär werkvertragsrechtliche Ansprüche zu prüfen). Schon der Umstand, dass die Versagung von Schadenersatzansprüchen der (nochmals: durch schuldhaftes Fehlverhalten) geschädigten Eltern nach den Werthaltungen des vorliegenden Entwurfs wohl auf den Gedanken einer fehlenden Rechtswidrigkeit hinweist, legt den – wohl wiederum nicht wünschenswerten – Schluss nahe, dass im genannten Fall somit auch Rückforderungsansprüche der Eltern aus den von ihnen bezahlten Behandlungskosten ausscheiden, da sich der Arzt nach den Intentionen des Entwurfs ja rechtskonform verhalten haben würde.

- Zu beachten ist auch die abzusehende sozialpolitische Auswirkung des geplanten Entwurfes dahingehend, dass auch die Erläuterungen zum Entwurf erkennen lassen, dass der Gesetzgeber sehr wohl den Eintritt von Härten bei Umsetzung des Entwurfs vorhersieht – nicht zufällig postuliert der Entwurf das Erfordernis von „Begleitmaßnahmen“ die eine ausreichende emotionale, sachliche und finanzielle Unterstützung für alle behindert geborenen Kinder sicherstellen sollen; in diesem Zusammenhang hat die Justizministerin von der Einrichtung eines „Fonds“ gesprochen, der offensichtlich also zumindest die finanziellen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens „abfedern“ soll.

Abgesehen von der bereits angesprochenen Frage, ob es tatsächlich sachlich angemessen erscheint, einen schuldhaft handelnden Schädiger aus seiner Haftung zu entlassen, um an dessen Stelle die Allgemeinheit „in die Pflicht zu nehmen“, ist zunächst festzuhalten, dass diesem – auch aus Sicht des Entwurfs erforderlichen – Ausgleichserfordernis tatsächlich keine realpolitische Entsprechung gegenüber steht – im Gegenteil: In derselben ORF-Sendung („Im Zentrum“, Januar 2011) hat die Familienministerin unumwunden erklärt,

- dass für einen derartigen „Fonds“ (der ja mit entsprechend hohen Mitteln auszustatten ist) zumindest nach dem derzeitigen Budget keine Mittel zur Verfügung stehen,
- und dass sie (ihre Partei) einem derartigen Vorhaben auch entschlossen entgegen treten würde.

Wird der Entwurf nun umgesetzt, so würde dies zur (und hier ist das Wort „unerträglichen“ wohl richtig) Konsequenz führen, dass den von einem ärztlichen Fehlverhalten betroffenen Eltern einerseits sämtliche Ausgleichsmöglichkeiten verwehrt werden, die ihnen aufgrund der aktuellen Rechtslage sehr wohl zur Verfügung stehen würden, während ihnen andererseits aber auch die „Abfederung“ dieser Härten durch einen wie immer gearteten „Fonds“ ebenfalls nicht zur Verfügung steht. Im Hinblick auf die wohl auf Jahre hinausreichende angespannte budgetäre Situation darf durchaus befürchtet werden, dass auch von der dargestellten „Fonds-Lösung“ möglicherweise ohnehin wieder Abstand genommen wird, sobald sich das Rechtsleben durch mehrjährigen Gebrauch eines punktuell ausgehöhlten Schadenersatzrechts mit diesem Umstand einfach abgefunden hat.

Für die Eltern unerwünscht geborener behinderter Kinder würde diese also jedenfalls zu einer massiven Schlechterstellung im Vergleich zur jetzigen Situation führen; für alle übrigen Eltern würde sich nichts ändern.

- Auch die in den Erläuterungen vorgetragene Überlegung, wonach der Entwurf zur Verminderung eines „Abtreibungsdruckes“ oder zur Verminderung einer „nicht wünschenswerten Verrechtlichung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Arzt und seiner Patientin führen“ würde, scheitert sowohl in rechtlicher wie auch faktischer Hinsicht:

Zum zweitgenannten Kriterium ist nur nochmals anzumerken, dass die Frage, ob eine „Verrechtlichung“ des Arzt-Patientin-Verhältnisses wünschenswert erscheint, im gegenständlichen Problem wohl in keiner Weise anders beurteilt werden darf als im sonstigen Verhältnis zwischen Ärzten und Patientinnen; auch dort erwartet man von den Ärzten nicht mehr und nicht weniger, als dass sie ihre aus den Gesetzen resultierenden Verpflichtungen (insbesondere zur ordnungsgemäßen Aufklärung und Dokumentation) erfüllen; gerade in einem so spannungsgeladenen Problembereich wie im Falle der Pränataldiagnostik erscheint es wohl völlig verfehlt, würde man die in unserer Rechtsordnung völlig akzeptierten Grundsätze und Handlungskriterien aufgeben, um sich stattdessen in „Gottes Hand“ zu begeben.

Wieso sollen diese allgemein gebilligten Kriterien, nach denen das Handeln eines Arztes in allen anderen Situationen zu beurteilen sind, gerade in einer solchen Situation nicht mehr sinnvoll sein, in welcher ein Verstoß gegen diese Vorgaben möglicherweise noch viel weitreichendere Konsequenzen hat als in den Bereichen anderer ärztlicher Tätigkeiten?

Gerade die von derartigen Fragstellungen betroffenen Eltern lassen pränatal-diagnostische Maßnahmen eben deshalb durchführen, um allenfalls taugliche Entscheidungskriterien zur Beurteilung einer schwierigen Situation zu erhalten. Konsequenz des vorliegenden Entwurfs wäre es allerdings, dass dem Arzt sozusagen ein „Freibrief“ ausgestellt wird, auf welche Weise er mit dem Informationsbedürfnis der Kindeseltern tatsächlich umgeht – es kann wiederum nicht im Sinne einer auf den Gedanken der Aufklärung und des Humanismus fußenden Rechtsordnung sein, derjenigen Person, von deren Mitteilungen die Kindeseltern völlig abhängig sind, die Letztentscheidung darüber zu überlassen, ob er die Kindeseltern gewissenhaft oder schlampig, seinem Wissenstand entsprechend oder aber völlig schlampig oder falsch aufklärt, was nach dem Entwurf ja gänzlich ohne jede Konsequenz bliebe, und zwar selbst dann, wenn der Arzt das Informationsbedürfnis der Kindeseltern etwa aus einer Geisteshaltung, die jener der Kindeseltern völlig zuwider läuft, vorsätzlich ignorieren würde.

Da es ohnedies niemals Aufgabe des Arztes sein soll, die (allenfalls schwierige) Entscheidung anstatt der Kindeseltern zu treffen und diese Entscheidung somit bei den Kindeseltern verbleiben muss (Selbstbestimmungsrecht!), erscheint es sachlich notwendig, dass sich die Eltern zumin-

dest darauf verlassen können müssen, vom Arzt in solcher Form informiert zu werden, wie die Rechtsordnung dies in jedem anderen Falle vorsieht.

Was den befürchteten „Abtreibungsdruck“ betrifft, den der Entwurf vermeiden möchte, tut man zumindest sämtlichen gewissenhaft arbeitenden Ärzten schon insoferne unrecht, als man befürchtet, dass der Arzt zur Vermeidung eines möglichen Haftungsrisikos geneigt sein könnte, den Eltern eine Schwangerschaftsunterbrechung schon „vorsichtshalber anzuraten“, um solchermaßen faktisch nicht mehr mit möglichen Anspruchstellungen konfrontiert werden zu können – abgesehen davon, dass der Ärzteschaft damit ganz allgemein „potentiell unethisches“ Verhalten aus Eigeninteressen unterstellt wird (was viele Ärzte, mit denen ich gesprochen habe, buchstäblich empört), verkennt der Entwurf auch in diesem Zusammenhang die selbstverständliche Tatsache, dass ein Arzt, der seinen Informationspflichten ordnungsgemäß nachkommt, ohnedies nichts zu befürchten hat.

Jeder vernünftige Arzt, der aufgrund pränataldiagnostischer Maßnahmen Anhaltspunkte für eine mögliche Behinderung des Kindes findet, muss den Kindeseltern schon zur Wahrung der medizinischen Standards mitteilen, dass aus diesen Anhaltspunkten allenfalls auch keineswegs zwingend auf eine tatsächliche Behinderung des Kindes zu schließen ist (so etwa weisen pränatal zu gewinnende Erkenntnisse beispielsweise auf die erhöhte Gefahr einer Trisomie 21 hin, bedeuten aber noch keineswegs deren sicheres Vorliegen); aus welchem Grunde mutet der Entwurf dem Arzt nicht zu, diesen Kenntnisstand einigermaßen wahrheitsgemäß und verständlich weiterzugeben?

Steht aber eine Behinderung des Kindes mit Sicherheit fest und weiß der Arzt, wie wichtig diese Information für die Kindeseltern ist, so wäre es noch viel unverständlicher, würde man den Arzt völlig sanktionslos stellen, wenn er den werdenden Eltern diese Information einfach verschweigt (oder nochmals mit *Wilhelm* extrem formuliert: Wenn der Arzt anstatt eines tauglichen Ultraschallgeräts sogar nur eine bloße Attrappe verwenden würde).

Ob die Kindeseltern zu einem Arzt, dessen Verhalten unter diesen Umständen völlig haftungsfrei gestellt wird, größeres Vertrauen haben als zu einem Arzt, der wenigstens für einen schuldhaften Behandlungsfehler einzustehen hat, erscheint mehr als zweifelhaft.

Nur der Vollständigkeit halber: Ebenso, wie es Kindeseltern freisteht, die Möglichkeiten der Pränataldiagnostik in Anspruch zu nehmen, steht ihnen selbstverständlich auch die Entscheidung frei, wie detailliert sie vom Arzt über die Untersuchungsergebnisse oder über deren mögliche Bedeutung informiert werden wollen. Geben die Eltern aber ein dringendes Informationsbedürfnis

zu erkennen und machen dieses Bedürfnis zum Inhalt ihres Vertrages mit dem Arzt, so sollten sie nicht nur auf die Gewissenhaftigkeit ihres Arztes „hoffen müssen“, sondern darauf auch vertrauen dürfen, dies noch dazu vor dem Hintergrund, dass kein Arzt (ausgenommen im Falle medizinischer Notwendigkeit) verpflichtet ist, „unliebsame“ Maßnahmen der Pränataldiagnostik anzubieten oder durchzuführen.

Kurz gefasst:

Der vorliegende Entwurf weicht in sachlich ungerechtfertigter Weise von einem tragenden Prinzip des Schadenersatzrechts ab, nämlich vom Verschuldensprinzip. Eine sachliche Notwendigkeit dafür, gerade im Bereich der Pränataldiagnostik generelle Haftungsfreiheit vorzusehen, besteht deshalb nicht, weil die Haftungsfreistellung des Arztes schon dadurch erreicht werden kann, dass er – wie auch jeder andere Arzt – die von der Rechtsordnung ohnedies klar herausgebildeten Sorgfaltskriterien (insbesondere in Bezug auf Aufklärung und Dokumentation) beachtet; eine Haftung kann ohnedies nur jenen Arzt treffen, dem – auf der Grundlage des gegenwärtigen Schadenersatzrechtes – schuldhaftes Fehlverhalten anzulasten ist; völlig unerträglich wäre vor allem die Konsequenz, dass auch ein vorsätzlicher Verstoß gegen den Behandlungsvertrag mit den Kindeseltern sanktionslos bleiben würde. Mit Umsetzung des Entwurfes käme es daher nicht nur zu einer (verfassungsrechtlich bedenklichen?) Ungleichbehandlung grundsätzlich gleicher Sachverhalte (generelle Haftung für die Einhaltung berufsrechtlich vorgegebener Standards) sondern in Wahrheit auch zu einer völlig ungewünschten Schlechterstellung betroffener Personen im Vergleich zur derzeitigen Situation, dies auch deshalb, weil sowohl die Schaffung als auch die Dotierung eines zum Ausgleich für ja absehbare „Härten“ einzurichtenden Fonds in den Sternen steht.

Die hinter der vorliegenden Diskussion stehenden moralisch-ethischen Problemstellungen werden auch durch den vorliegenden Entwurf in keiner Weise aufgelöst. Das gegenwärtige Schadenersatzrecht ist aber besser als der vorliegende Entwurf geeignet, daraus resultierende Härten auszugleichen; ein derartiger Ausgleich findet ohnedies nur dann statt, wenn diese Härte Folge eines vorwerfbaren ärztlichen Fehlverhaltens ist.

Damit würde sich auch die aus Satz zwei des Entwurfs zu § 1293 Abs. 2 ABGB resultierende Einschränkung egalisieren, wonach die Haftungsfreistellung ohnedies dann nicht gelten soll, wenn das ärztliche Fehlverhalten (durch aktiven Beitrag oder Unterlassung) zu einer Verletzung des Kindes führt; es spricht für sich, wenn ein Gesetzesvorschlag, der von tragenden Grundsätzen des Rechtsverständnisses als auch des bestehenden Rechts abweicht, einer Ergänzung um eine derartige Selbstverständlichkeit bedarf.

Graz, am 21.02.2011



Mag. Klaus Zotter
Kanzlei Graz

