

**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht /  
Medizinrecht  
Schottenbastei 10-16  
A-1010 Wien

**Univ. Prof. DDr. Christian Kopetzki**

T +43 (1) 4277 354 11 (Sekretariat)

T +43 (1) 4277 354 12

F +43 (1) 4277-354 19

christian.kopetzki@univie.ac.at

www.univie.ac.at/medizinrecht

An das  
BM für Justiz

[team.z@bmj.gv.at](mailto:team.z@bmj.gv.at)[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

**Betreff: Begutachtungsverfahren SchRÄG  
2011, 225/ME 24.GP**

Wien, am 22.02.2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Schadenersatzrecht geändert wird (Schadenersatzrechts-Änderungsgesetz 2011 – SchRÄG 2011) erlaube ich mir, wie folgt Stellung zu nehmen. Ich darf vorausschicken, dass diese Stellungnahme meine persönliche Auffassung wiedergibt und nicht im Namen der Rechtswissenschaftlichen Fakultät bzw der Universität erfolgt.

1. Zu den **zivilrechtlichen** Aspekten des vorgelegten Begutachtungsentwurfes betreffend eine Novellierung des § 1293 ABGB braucht nicht neuerlich Stellung genommen zu werden. Insofern kann ich auf die Einwände namhafter Zivilrechtsexperten verweisen (vgl insb *Graf*, Unheilvolle Allianz im Namen der „Menschenwürde“, *Der Standard* 29.12.2010; *Wilhelm*, Ein behindert geborenes Kind ist kein Schaden, *ecolex* 2011, 1; *Schilcher*, Debatte um Schadenersatzrecht: Die Wahrheit ist zumutbar, *Die Presse* 25.2.2011; *Koziol*, Kein Schadenersatz wegen einer Geburt? *Die Presse* 10.1.2011).

2. Unter dem Aspekt des **Gleichheitssatzes** (Art 7 B-VG) bedürfte eine massive Modifikation des zivilrechtlichen Haftungsrechts einer entsprechend gewichtigen sachlichen Rechtfertigung. Hinreichend schwerwiegende sachliche Gründe sind aber nicht ersichtlich. Es trifft zwar zu, dass die derzeitige Rechtsprechung des OGH (die im Hinblick auf die Haftung für den Unterhaltsaufwand wegen „wrongful birth“ und „wrongful conception“ bekanntlich zwischen der Geburt behinderter und nicht-behinderter Kinder unterscheidet), in sich unschlüssig, widersprüchlich und

daher wegen des damit verbundenen Wertungswiderspruches abzulehnen ist. Darauf wurde bereits im Schrifttum nachdrücklich hingewiesen. Dieses Spannungsverhältnis sollte aber in Richtung einer Bejahung der Haftung auch bei unerwünschter (und durch ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten vereitelte) Geburt eines nicht-behinderten Kindes aufgelöst werden. Damit würde sich dann auch jeglicher Vorwurf einer Ungleichbehandlung nach dem Kriterium der Behinderung erübrigen.

Die Argumente, die in den Erläuterungen zugunsten eines Wegfalls der Haftung für „wrongful birth“ vorgebracht werden, überzeugen jedenfalls nicht:

- Zentrales Ziel des Entwurfes ist es, die „unerträgliche Konsequenz der bisherigen Rechtslage“ zu beseitigen, „dass ein behindert geborenes Kind ein Schaden sei“ (Vorblatt). Diese absurde These vom „Kind als Schaden“ ist freilich von den Gerichten nie vertreten worden. Das beharrliche Festhalten bestimmter Medien und Interessengruppen am Schlagwort „Kind als Schaden“ ist nicht der Justiz zuzurechnen, sondern der mangelnden juristischen Differenzierungsfähigkeit ihrer Rezipienten, die damit teilweise ganz andere rechtspolitische Ziele verfolgen. Dass die Gleichsetzung „Kind als Schaden“ weder der Rechtslage noch den Gerichten anzulasten ist, räumen im Ergebnis auch die Erläuterungen ein, sie befürchten aber, dass diese Rechtsprechung leicht „missverstanden“ werden könne. Von solchen „**Missverständnissen**“ ist freilich keine Judikatur gefeit, zumal dann nicht, wenn die „Missverständnisse“ von manchen Diskutanten geradezu gepflegt werden. Es wäre aber Aufgabe einer rationalen Rechtspolitik, nach Kräften an der Aufklärung solch unsinniger „Missverständnisse“ mitzuwirken, statt die emotionale Schubkraft aus diesem „Missverständnis“ als Anlass für eine völlig überschießende und sachlich nicht gerechtfertigte Modifikation des Haftungsrechts zu nehmen.
- Die Aussage, dass der Arzt weiterhin für „**Kunstfehler**“ während der Schwangerschaft oder Geburt haften soll (vgl. das Vorblatt und den Besonderen Teil der Erläuterungen), vermag nicht zu verschleiern, dass eine Haftung künftig auf rechtswidrige und schuldhaft Verletzungen des Kindes eingeschränkt werden soll. Damit wird sehr wohl eine gewichtige Gruppe haftungsauslösender Sachverhalte – nämlich Haftungen wegen bestimmter pränataler Diagnosefehler und korrespondierender Aufklärungsmängel, welche die Disposition über einen möglichen Schwangerschaftsabbruch torpedieren – ausgeschlossen. Wenn daher betont wird, dass „klassische Behandlungsfehler“ weiterhin Gegenstand zivilrechtlicher Haftung sein können, dann wird damit eine neuartige Differenzierung zwischen „klassischen“ und „nicht klassischen“ Arztfehlern eingeführt, die der bisherigen Rechtslage gänzlich fremd ist. Zu Ende gedacht müsste diese Logik dazu führen, Aufklärungsfehler trotz korrekten medizinischen Vorgehens auch in anderen Medi-

zinbereichen (bei denen den Arzt ja ebenfalls keine „Schuld“ an der Krankheit bzw an der Schädigung trifft) ebenfalls haftungsfrei zu stellen.

- Die für die Haftungseinschränkung des Entwurfes vorgebrachten Begründungen – insb Schutz vor „Übersteigerungen bei der ärztlichen Aufklärung“, vor „Abtreibungsdruck“ bzw „Defensivmedizin“ und vor einer „Verrechtlichung des Vertrauensverhältnisses zwischen Arzt und Patient“ – sind durchwegs nicht überzeugend. Denn zum einen richten sie sich gegen „Gefahren“, die bei richtiger Würdigung der Rechtslage (und auch bei sorgfältiger Lektüre der Judikatur) gar nicht bestehen. Das gilt insb für den Vorwurf des „Abtreibungsdrucks“, zu dem der Arzt selbstverständlich weder berechtigt noch gar verpflichtet ist. Er schuldet nur – aber immerhin – eine fachgerechte Diagnose und eine korrekte Information. Auch in diesen Punkten ist daher eher eine Aufklärungsarbeit gegenüber der Ärzteschaft anstelle einer Überreaktion des Gesetzgebers geboten. Zum anderen werden durch die unkritische Auflistung derart populistischer Schlagworte („Defensivmedizin“, „Verrechtlichung“) Themen angesprochen, die gewiss eine unaufgeregte und sachliche Diskussion verdienen, die aber in keiner Weise auf die Problematik der Haftung wegen „wrongful birth“ beschränkt sind. Sie stellen sich vielmehr im Gesamtbereich der Medizin und sollten daher, sofern sich negative Auswirkungen objektivieren lassen, generell beleuchtet werden. Als Motiv für eine „**Sonderlösung**“ **im Bereich der Gynäkologie und Geburtshilfe** taugen sie hingegen nicht. Das gilt auch für die angestrebte Abwehr einer „Verrechtlichung“, die einem überholten Wunschbild einer „rechtsfreien“ Medizin anzuhängen scheint. Das kann es in einem Rechtsstaat nicht geben, ganz abgesehen davon, dass auch noch niemand ernsthaft behauptet hat, das Eherecht zerstöre das Vertrauensverhältnis zwischen den Ehegatten. Es ist schwer einzusehen, wieso die haftungsrechtliche Privilegierung eines Vertragspartners zur Stärkung des Vertrauensverhältnisses beitragen sollte.
- Weshalb die Haftung für Unterhaltsschäden bei einer rechtswidrig „vereitelten“ Familienplanung die **Würde** behinderter Menschen beeinträchtigt und zu deren „Abwertung und Geringschätzung“ führen soll, bleibt trotz beharrlicher Wiederholung völlig im Dunkeln. Dies umso mehr, als ja die Umsetzung des Entwurfes zu einer wirtschaftlichen Verschlechterung für die betroffenen Familien – und damit mittelbar auch für die betroffenen Kinder – führen würde, während die versprochene ökonomische Unterstützung in eine ungewisse Zukunft verlagert wird. Hier wird offenbar das „Würdeargument“ instrumentalisiert, um symbolische und ideologische Bedürfnisse zu befriedigen. All diese Vorwürfe der „Würdebeeinträchtigung“ würden nur dann einleuchten, wenn man die hinter der Haftungsdiskussion stehende materiellrechtliche Frage nach der Zulässigkeit einer Abtreibung aus embryopathischer Indikation und einer darauf zielenden Pränataldiagnostik negativ beantwortet und gerade darin eine Diskriminierung behinderter (un-

geborener) Kinder erblickt. Wäre der Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation tatsächlich rechtswidrig (wenngleich straffrei), dann würde sich aber die Haftungsfrage ohnehin erübrigen. Solange die Abtreibung aus embryopathischer Indikation gem § 97 Abs 1 Z 2 StGB sowie die vorangehenden diagnostischen Maßnahmen aber (nach völlig herrschender Auffassung) rechtmäßig sind (und daher Inhalt eines gültigen Vertrages werden können), besteht kein sachlicher Grund dafür, die damit verbundenen Handlungsfreiheiten der Mutter durch den Entfall der haftungsrechtlichen Absicherung zu „Rechten zweiter Klasse“ zu degradieren.

- Es erscheint in diesem Kontext erhellend, dass die Zustimmung zu diesem Entwurf (und möglicherweise auch der Impuls dazu) vor allem aus den Reihen von Interessengruppen kommt, die in aller Regel nicht nur die haftungsrechtliche Dimension, sondern auch die davon nicht trennbare materielle Rechtslage bekämpfen, indem sie sich insgesamt – mehr oder weniger explizit – gegen die **Zulässigkeit und Erlaubtheit eines Schwangerschaftsabbruches wegen embryopathischer Indikation** als solche aussprechen. Das ist in sich durchaus schlüssig, entspricht aber nicht der geltenden Rechtslage (und meines Erachtens auch nicht den maßgeblichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen). Dazu kommt, dass ja auch die embryopathische Indikation des Strafgesetzes keinen Verstoß gegen verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote darstellt, weil der Embryo gar nicht vom Schutzbereich der – nur auf Geborene bezogenen – Gleichbehandlungsgebote der Bundesverfassung erfasst ist. Andernfalls läge das Verfassungsproblem, wie schon erwähnt, ebenfalls nicht im Entstehen eines Schadenersatzanspruches wegen „wrongful birth“, sondern auf der vorgelagerten Ebene der rechtlichen Zulassung von Abtreibung und Pränataldiagnostik.
- Wenn der vorliegende Entwurf nach der Intention seiner Verfasser offenbar (auch) eine Klarstellung der „ethischen Frage“ nach der „**Bewertung behinderten Lebens**“ (Erläuterungen Allgemeiner Teil) darstellen soll, dann werden damit die Ebenen der Haftung einerseits und der materiellen Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruches vermengt. Denn eine unterschiedliche „Bewertung“ behinderten und nicht-behinderten „Lebens“ kann man – wenn überhaupt – in den Regelungen über die Abtreibung verorten, nicht aber in den schadenersatzrechtlichen Folgen einer in rechtswidriger Weise vereitelten Abtreibung. Bei richtiger Betrachtung liegt freilich auch in der Zulassung der embryopathischen Indikation keine „Abwertung“ des Lebens behinderter Menschen, ebenso wenig wie in der Zulassung der „Fristenlösung“ eine Bedrohung des Lebensrechts der übrigen Bevölkerung erblickt werden kann. Der tragende Grund für die begrenzte Erlaubtheit der Abtreibung liegt nicht in der Behinderung, sondern im Umstand, dass der Embryo nicht Träger eines Grundrechts auf Leben ist. Der Umfang des pränatalen Lebensschutzes hat daher mit der – völlig selbstverständlichen und uneingeschränkten – Anerken-

nung des Lebensrechts und der Würde behinderter Menschen nichts zu tun. Umso weniger kann in der zivilrechtlichen Haftung wegen „wrongful birth“ eine – von der Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruches wegen embryopathischer Indikation losgelöste – Diskriminierung behinderter Menschen erblickt werden.

Die vorgeschlagene Regelung stellt einen Bruch zum bestehenden Ordnungssystem des Schadenersatzrechts dar und entbehrt meines Erachtens einer hinreichenden sachlichen Rechtfertigung unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes.

4. Die Zielsetzung des Entwurfes widerspricht auch dem Art 32 der gem Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern abgeschlossenen Vereinbarung über die Sicherstellung der Patientenrechte (**Patientencharta**) (vgl zB BGBl 2003/127). Darin ist verankert, dass im „Zusammenhang mit der Haftung für Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens [...] Abweichungen vom Schadenersatzrecht und von allgemeinen Beweislast- und Gewährleistungsregeln im Sinne der Bestimmungen des ABGB nur zugunsten der Patienten und Patientinnen getroffen werden“ dürfen. Da sich der persönliche Schutzbereich der Vereinbarung (und daher auch der darin verwendete Begriff „Patient“ bzw „Patientin“) auf jede Person erstreckt, die „Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens in Anspruch nimmt oder ihrer auf Grund ihres Gesundheitszustandes bedarf“ (Art 1 Abs 2 der Vereinbarung), gilt diese Bestimmung auch für die Schwangere bzw die Mutter. Art 32 der Vereinbarung verbietet also jede schadenersatzrechtliche Schlechterstellung jener Frau, die durch rechtswidriges und schuldhaftes Fehlverhalten Dritter in ihrer Disposition über die Entstehung und die Fortführung einer Schwangerschaft beeinträchtigt wird. Genau diese Folge würde aber nach dem Entwurf eintreten, da Schadenersatzansprüche künftig nur mehr wegen einer Verletzung des Kindes entstehen sollen.

5. Befremden erweckt schließlich der Appell im Besonderen Teil der Erläuterungen, die Betreuung und Versorgung behinderter Kinder durch **öffentliche Leistungen** „bestmöglich und umfassend solidarisch“ abzusichern. Dieses Ziel verdient selbstverständlich große Zustimmung. Man fragt sich aber, an wen sich dieser „dringende“ Aufruf eigentlich richten soll. Da die Zuständigkeit für die Schaffung derartiger Leistungen jedenfalls zu einem erheblichen Teil (insb bei Verankerung im Zivilrecht oder im Sozialversicherungsrecht) beim Bundesgesetzgeber liegt, kann sich diese Aufforderung letztlich nur an diesen richten. Statt sich selbst in den Erläuterungen dringende Empfehlungen für die künftige Rechtssetzung zu erteilen, hätte es der Bundesgesetzgeber in der Hand, die nötigen Schritte in diese Richtung zu setzen. Sobald eine umfassende sozialrechtliche Absicherung der Versorgungskosten erfolgt ist, würde sich auch das Schadenersatzproblem in einem anderen Licht darstellen, weil dann der den Eltern erwachsende Vermögensschaden ohnehin von der öffentlichen Hand getragen würde. Damit könnte auch ein Schadenersatzanspruch entfallen. Zu fragen wäre dann allenfalls, weshalb die öffentliche Hand für

rechtswidrige Schädigungen durch Dritte aufkommen soll (und nicht unter Umständen zu einem Regress gegen den Schädiger berechtigt wäre). Außerdem würde eine solche sozialrechtliche Lösung immer noch keine befriedigende Antwort auf die Frage des Unterhaltsaufwandes bei der „unerwünschten“ Geburt nicht-behinderter Kinder bieten. Vor der Schaffung entsprechender sozial- bzw sozialversicherungsrechtlicher Rahmenbedingungen wäre die Umsetzung des vorliegenden Entwurfes aber lediglich eine zynische Schwächung der Rechtsstellung der Eltern solcher Kinder, die durch nichts – insb auch nicht durch das Würde-Pathos des Entwurfs – aufgewogen wird. Der vollmundige Aufruf zu einer anderweitigen öffentlichen Unterstützung bei gleichzeitiger Versagung eines Schadenersatzanspruches entbehrt daher nicht einer gewissen Heuchelei, zumal die Realisierungschance kostenintensiver Reformen in diesem Bereich als fraglich eingeschätzt werden muss. Im Übrigen bestehen auch Zweifel daran, ob die gesetzliche Vernichtung von Schadenersatzansprüchen ohne einen angemessenen Ausgleich in Gestalt alternativer Entschädigungs- oder Unterstützungsangebote mit den grundrechtlich geschützte Positionen der Eltern in Einklang gebracht werden kann (vgl in diesem Zusammenhang die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 6. 10. 2005 in den Fällen Draon, Appl 1513/03, Z 105 ff, und Maurice Appl 11810/03, Z 114 ff).

Mit besten Empfehlungen

(Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki eh)