

Österreichisches Hebammengremium

Gesetzliche Standesvertretung und Körperschaft öffentlichen Rechts

1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 71/2, Tel:+431 71728163 Fax:+43 1 71728110

email: kanzlei@hebammen.at

An das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
Franz-Josefs-Kai 51
1010 Wien

Wien, 24.10.2011

BMWFI-5246000002-II32011
Stellungnahme zur Änderung des Kinderbetreuungsgeldgesetzes

sylvia.holzmann-windhofer@bmwfj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Sehr geehrte Frau Damen und Herren!

Das Österr. Hebammengremium möchte zur geplanten Änderung des Kinderbetreuungsgeldgesetzes folgende Stellungnahme abgeben:

Im §7 (1) wird die Gewährung des Kinderbetreuungsgeldes an den Nachweis der ärztlichen Untersuchung im Rahmen der Mutter-Kind-Pass Untersuchungen geknüpft. Gemäß Hebammengesetz §2 Abs. 2 sind Hebammen bei einer normalen Schwangerschaft befugt eigenverantwortlich Untersuchungen zur Beobachtung des Schwangerschaftsverlaufes durchzuführen. Die Berufsbefugnisse von Hebammen werden jedoch in die geplanten Änderungen des Kinderbetreuungsgeldgesetzes nicht eingebunden, was dazu führt, dass die Untersuchungen durch Hebammen weiterhin nicht anerkannt werden. Die Folge davon ist, dass das Kinderbetreuungsgeld ab dem 21. Lebensmonat des Kindes nur zur Hälfte ausbezahlt wird, wenn eine Hebamme die Untersuchungen in der Schwangerschaft durchgeführt hat. Die Voraussetzung der ärztlichen Untersuchung bei einer normalen Schwangerschaft schließt die Hebammen faktisch vom Kernbereich ihrer Tätigkeit aus.

Zudem haben schwangere Frauen im Zuge ihrer Mutter-Kind-Pass Untersuchungen keine Wahlfreiheit sich für einen oder mehrere Untersucher (Arzt und /oder Hebamme) zu entscheiden.

Der generelle Ausschluss der Hebammen von der Schwangerenvorsorge im Kinderbetreuungsgeldgesetz steht im Widerspruch zu den Inhalten des Hebammengesetzes und ist nicht rechtskonform.

Einerseits ergibt sich eine Europarechtswidrigkeit aus der mangelhaften Umsetzung der Richtlinie 80/155/EWG, wodurch die Rechtsgrundlagen der Niederlassungsfreiheit für Hebammen empfindlich eingeschränkt werden. Andererseits ist das Kinderbetreuungsgeldgesetz und die darauf beruhende Mutter-Kind- Pass Verordnung verfassungswidrig, da die hier vorgenommene Differenzierung zwischen Hebammen und Ärzten dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht. Dem Gesetzgeber steht hier kein rechtspolitischer Spielraum zu, da nach dem Hebammengesetz und dem Gemeinschaftsrecht die Vorsorge durch eine Hebamme oder einen Arzt als gleichwertig anzusehen ist. Diese Problematik wurde bereits im Fachjournal „Recht der Medizin“, Ausgabe 03. Juni 2007, Manz Verlag, ausführlich analysiert und veröffentlicht (siehe Beilage).

Das Österr. Hebammengremium fordert daher die Einbeziehung von Hebammen in die Mutter-Kind-Pass Verordnung und in das Kinderbetreuungsgeldgesetz, um Vorsorgeuntersuchungen in der Schwangerschaft durchführen zu können, ohne dass dies mit einem finanziellen Nachteil für die betroffenen Frauen einhergeht und um schwangeren Frauen die Wahlfreiheit zwischen ärztlichen- und /oder Hebammenuntersuchungen zu ermöglichen.

Mit freundlichen Grüßen
Petra Welskop
Präsidentin des Österr. Hebammengremiums

Beilage

3. Verantwortung der Chefärzte für behindernde und verunsichernde interne Regelungen

Gerade hinsichtlich der angesprochenen medikamentösen Intervention ist zu bemängeln, dass im Sanitätsgesetz (SanG) die Errichtung einer Arzneimittelliste 1 und 2 vorgesehen ist; diese wurden von den Organisationen verspätet umgesetzt. Die sich auf diesen Listen befindlichen Medikamente reichen jedoch nicht aus, um in einem wie hier gearteten Notfall nach internationalen Standards zu intervenieren.³⁰⁾ So ist anzumerken, dass die den Sanitätern zur Verfügung gestellten Medikamente nur einen kleinen Bereich der standardisierten Notfallmedikation abdecken. Lebenserhaltende und somit wichtige Medikamente sowie dazugehörige Guidelines sind von den zuständigen Gremien oft nur unvollständig umgesetzt worden. Solche unvollständigen Arzneimittellisten stellen eine durch Unterlassen von möglichen und notwendigen Maßnahmen herbeigeführte Gefährdung der Patienten dar und begründen ein Organisationsverschulden und insb die Haftung des zuständigen Organs.

Gem § 4 Abs 2 SanG hat sich der Sanitäter zu jeder Zeit nach dem Stand der Wissenschaft fortzubilden. Exis-

tiert daher keine (ausreichende) Arzneimittelliste, so hat der Sanitäter nach den anerkannten Methoden der Wissenschaft (soweit dieses Wissen dem Sanitäter zugemutet werden kann) vorzugehen und hierbei für Patienten nachteilige Dienstanweisungen zu ignorieren. Allfällige sich daraus ergebende Schäden, die durch ordnungsgemäße Vorgaben der Organisation zu verhindern gewesen wären, würden zu Lasten der Organisation gehen.

Aus dem Gesagten ergibt sich folgende Haftungsgrundlage. Wurde das Sanitätspersonal bei seiner Tätigkeit durch interne Regelungen behindert und verunsichert, so ist hierin ein Organisationsverschulden zu erkennen. Die für den Inhalt der Arzneimittellisten und Erlassung der Arbeitsrichtlinien zuständigen Organe, dies sind in den meisten Organisationen die Chefärzte, sind diesbezüglich zur Verantwortung zu ziehen. Interessant in diesem Zusammenhang wäre auch die Prüfung eines schweren beruflichen Versäumnisses. Läge von Seiten der Chefärzte oder des Sanitätspersonals eine schwere Pflichtverletzung vor, so könnte es zur Entziehung der Berufsberechtigung kommen.³¹⁾

30) Beispielhaft Arzneimittellisten „Vier für Wien“.

31) §§ 81 ff Mm §§ 145 ff ÄrzteG; §§ 25, 16 SanG.

→ In Kürze

Hinsichtlich der Leitstelle ist eine Verantwortung dann gegeben, wenn ein Schaden aufgrund ungenügender Nachforschung bezüglich des tatsächlichen Notfalls oder des Entsendens eines falschen Rettungsmittels eintritt.

Hinsichtlich der Sanitäter ist eine Haftung dann gegeben, wenn wegen Unterlassens einer indizierten und notwendigen Behandlung, insb der Nachforderung eines Notarztes, einer ungenügenden Fähigkeit zur Ausübung der Tätigkeit oder einer Annahme des Einsatzes wider besseres Wissen, dass die Voraussetzungen zur erfolgreichen Intervention nicht vorliegen, ein Schaden eintritt.

Die Organisation des Rettungsdienstes und der Leitstelle muss eine ordnungsgemäße Versorgung durch konkrete Maßnahmen wie Entsenderoutinen, Arzneimittellisten, Guidelines, Ausbildung und Ausstattung gewährleisten. Ein Mangel, der in den Verantwortungsbereich der Adminis-

tration fällt, stellt ein Organisationsverschulden dar und wirkt haftungsbegründend.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Mag. Felix Andraus ist Rechtsanwaltsanwärter der Kanzlei AVIA-Law Group Wien sowie in der Aus-, Fort- und Weiterbildung der Gesundheitsberufe tätig. Kontaktadresse: AVIA-Law Group Wien, Nibelungengasse 8, A-1010 Wien. Tel: (01) 99 425-0, Fax: (01) 99 425-20, E-Mail: andraus@avia-law.com, Internet: www.avia-law.com

Dr. Peter Winallek ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei AVIA-Law Group Wien. Kontaktadresse: AVIA-Law Group Wien, Nibelungengasse 8, A-1010 Wien. Tel: (01) 99 425-0, Fax: (01) 99 425-20, E-Mail: winallek@avia-law.com, Internet: www.avia-law.com

RdM 2007/46

§ 7 und § 3 KBGG;
Art 43, Art 47
Abs 2 EGV;
Art 4 RL 80/
155/EWG;
Art 42 RL 2005/
36/EG

Kinder-
betreuungsgeld;
Mutter-Kind-
Pass-
Untersuchungen;
Schwanger-
schaftsvorsorge
durch
Hebammen;
Niederlassungs-
freiheit;
Gleichheits-
grundsatz

Ausschluss der Hebammen vom Mutter-Kind-Pass rechtswidrig?

Ist die fehlende Anerkennung der Vorsorge der Schwangeren durch Hebammen nach dem KBGG europarechtswidrig? Widerspricht der generelle Ausschluss der Hebammen von den Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen dem Gleichheitsgrundsatz nach dem innerstaatlichen Verfassungsrecht?

Von Maja Pircher

Inhaltsübersicht:

- Darstellung des Problems
- Europarechtswidrigkeit

- Rechtsgrundlagen der Niederlassungsfreiheit
- Mangelhafte Umsetzung der RL 80/155/EWG
- Verstoß gegen Art 43 EGV
- Verfassungswidrigkeit

1. Gleichheitsgrundsatz
2. Differenzierung zwischen Ärzten und Hebammen
 - a) Frage
 - b) Gleichwertigkeit der Vorsorge
 - c) Rechtspolitischer Gestaltungsfreiraum?
3. Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Unionshebammen
- D. Festgestellte Rechtswidrigkeit und Rechtsdurchsetzung
- E. Perspektiven

A. Darstellung des Problems

§ 7 Abs 1 KBGG sowie die darauf beruhende MuKi-PassV regeln, dass die Untersuchungen der Schwangeren im Rahmen der Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen ärztliche Untersuchungen sein müssen.¹⁾

Gem § 2 Abs 2 Z 2 HebG sind Hebammen bei einer normalen Schwangerschaft befugt, eigenverantwortliche Untersuchungen zwecks Beobachtung des Schwangerschaftsverlaufs durchzuführen.

Die Nichtanerkennung der Untersuchungen durch Hebammen im KBGG hat gem § 7 Abs 2 iVm § 3 Abs 2 KBGG zur Folge, dass das Kinderbetreuungsgeld ab dem 21. Lebensmonat des Kindes nur zur Hälfte ausbezahlt wird, wenn die Untersuchungen durch eine Hebamme im Rahmen ihrer Berufsbefugnisse erfolgten.

B. Europarechtswidrigkeit

1. Rechtsgrundlagen der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit gem Art 43 EGV ist das Recht des Unternehmers, den Standort seines Unternehmens innerhalb der Gemeinschaft frei zu wählen. Sie umfasst die tatsächliche Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit an einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit.

Um die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erleichtern, sieht Art 47 Abs 2 EGV vor, dass Richtlinien (RL) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten zu erlassen sind. Derzeit gilt die RL 80/155/EWG des Rates vom 21. 1. 1980 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten der Hebamme. Art 4 dieser RL lautet auszugsweise:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass Hebammen im Sinne dieser Richtlinie mindestens befugt sind, die folgenden Tätigkeiten und Aufgaben in eigener Verantwortung durchzuführen:

1. ...
2. Feststellung der Schwangerschaft und Beobachtung der normal verlaufenden Schwangerschaft, Durchführung der zur Beobachtung des Verlaufs einer normalen Schwangerschaft notwendigen Untersuchungen;
3. Verschreibung der Untersuchungen, die für eine möglichst frühzeitige Feststellung einer Risikoschwangerschaft notwendig sind, oder Aufklärung über diese Untersuchungen;
4. ...“.

Diese RL wird mit Wirkung vom 20. 10. 2007 durch die RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 9. 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen aufgehoben.²⁾ Die künftig geltende RL 2005/36/EG übernimmt im Art 42 Abs 2 lit b und c den zitierten Wortlaut des Art 4 Z 2 und 3 der noch geltenden RL. Sowohl die derzeit geltende KoordinierungsRL als auch die künftig geltende RL verpflichten daher die Mitgliedstaaten, Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen, die die Durchführung der zur Beobachtung eines normalen Schwangerschaftsverlaufs notwendigen Untersuchungen durch Hebammen gestatten.

2. Mangelhafte Umsetzung der RL 80/155/EWG

Das Ziel der Koordinierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ist die Erleichterung der Aufnahme und der Ausübung der selbständigen Tätigkeit.³⁾ Die Mitgliedstaaten müssen daher Vorschriften mit dem Ziel erlassen, dass Hebammen zumindest die Vorsorge der Schwangeren bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf gestattet wird. Im HebG hat Österreich diese Tätigkeit als eine eigenverantwortliche Tätigkeit der Hebamme geregelt. Nach dem KBGG ist jedoch eine Untersuchung der Schwangeren durch Hebammen bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf nicht zulässig. Fraglich ist, ob Österreich dadurch seine Verpflichtung zur Umsetzung der KoordinierungsRL verletzt hat.

Zur Aufgabe der Koordinierung führt *Hempel* aus:⁴⁾

„Gegenstand der Koordinierung sind daher nur mitgliedstaatliche Bestimmungen, die den Berufszugang und die Berufsausübung mit direktem Bezug auf die freie Dienstleistung und Niederlassung spürbar zu erschweren in der Lage sind. Im Hinblick auf den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung der Gemeinschaftsorgane besteht keine auf Art 47 EGV zu stützende gemeinschaftsrechtliche Kompetenz zur Koordinierung von Bestimmungen über direkte Steuern, obwohl diese zumindest indirekt Einfluss auf Entscheidungen hinsichtlich der Standortwahl für Niederlassungen haben. Dass Koordinierungsrichtlinien der Schaffung von Voraussetzungen für die Anerkennung von Diplomen, Prüfungszeugnissen und sonstigen Befähigungsnachweisen dienen müssen, ist im Hinblick auf das vom Vertrag bestimmte Ziel der Koordination, die Niederlassung zu erleichtern, wohl zu eng gesehen. Die Koordinierungsrichtlinien dienen überdies der Abschwächung allfälliger Inländerdiskriminierung.“

Österreich hat daher die KoordinierungsRL nicht umgesetzt, wenn § 7 Abs 1 KBGG als eine Bestimmung qualifiziert werden kann, die die Berufsausübung mit

1) Der Mutter-Kind-Pass-Bonus von € 145,40, der für Geburten bis 31. 12. 2001 aus Anlass der Vollendung des ersten Lebensjahres eines Kindes gewährt wurde, setzte ebenso ärztliche Untersuchungen der Schwangeren im Rahmen des Mutter-Kind-Passes voraus (§§ 38 d ff iVm 50 q Abs 4 FLAG).

2) Art 62 RL 2005/36/EG.

3) Art 47 Abs 2 EGV.

4) *Hempel* in *Mayer*, Kommentar zu EU- und EG-Vertrag Rz 12 zu Art 47 EGV.

direktem Bezug auf die Dienstleistung und Niederlassung spürbar erschwert.

Zur spürbaren Erschwernis der Berufsausübung:

Eine Schwangere ist auf Grund des § 7 Abs 1 und 2 iVm § 3 KBGG wirtschaftlich (finanziell) gezwungen, die Vorsorgeuntersuchungen durch einen Arzt vorzunehmen. Dies aus folgenden Gründen: (1) Das volle Kinderbetreuungsgeld wird nur bei Vorsorgeuntersuchungen durch Ärzte weiter gewährt; (2) die Vorsorgeuntersuchungen durch Ärzte erfolgen in der Regel durch Vertragsärzte oder andere Vertragspartner des gesetzlichen KVTr und sind in dem Fall für die Schwangere kostenlos;⁵⁾ (3) Hebammen haben bezüglich der Schwangerschaftsvorsorge keinen Vertrag mit dem gesetzlichen KVTr, so dass die Vorsorgeuntersuchungen durch Hebammen für die Schwangere kostenpflichtig sind. Wenn eine Schwangere die Vorsorgeuntersuchungen durch eine Hebamme vornehmen lassen und dabei das volle Kinderbetreuungsgeld nicht verlieren will, müsste sie die gleichen Untersuchungen, die sie schon beim Arzt vornehmen ließ, noch einmal durch die Hebamme vornehmen lassen; dieses Mal aber kostenpflichtig.

Die aufgezählten Umstände zeigen, dass die derzeitige Regelung des Kinderbetreuungsgeldes die Hebammen faktisch von der Vorsorge der Schwangeren ausschließt. Die fehlende kontinuierliche Betreuung durch Hebammen in der Schwangerschaft wirkt sich auch negativ auf die Bereitschaft der Schwangeren aus, sich bei der Geburt durch eine selbständige Hebamme betreuen zu lassen. Die Voraussetzung der ärztlichen Untersuchung bei der normalen Schwangerschaft im KBGG erschwert daher wesentlich die Berufsausübung der Hebammen.

Gegenstand der Koordinierung sind – so *Hempel* – nicht nur Berufsvorschriften. Eine familienpolitische Geldleistung des Staates, die eine Berufsgruppe rechtlich und tatsächlich vom Kernbereich ihrer Tätigkeit ausschließt, steht jedenfalls in einem direkten Bezug zur Niederlassung und ist Gegenstand der Koordinierung. Andernfalls wäre der Zweck der KoordinierungsRL, die selbständige Ausübung der Vorsorge bei normaler Schwangerschaft durch Rechtsvorschriften zu sichern, ausgehöhlt. Österreich ist daher auf Grund der RL 80/155/EWG verpflichtet, Hebammen im Rahmen ihrer Berufsbefugnisse in den Mutter-Kind-Pass einzubeziehen. Da diese Einbeziehung bis heute nicht erfolgt ist, liegt mE eine Vertragsverletzung durch Österreich wegen mangelhafter Umsetzung der KoordinierungsRL vor.

3. Verstoß gegen Art 43 EGV

Die Niederlassungsfreiheit gem Art 43 EGV ist unmittelbar anwendbar, so dass sie auch ohne eine Harmonisierung durch RL anzuwenden ist.⁶⁾ Der selbständige EU-Staatsbürger kann sich daher unmittelbar auf Art 43 EGV berufen. Fraglich ist, ob die Nichtweitergewährung des vollen Kinderbetreuungsgeldes durch den gesetzlichen KVTr bei Vorsorge der Schwangeren durch eine Hebamme einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit darstellt.

Die Niederlassungsfreiheit richtet sich gegen die öffentliche Hand. Das sind nicht nur die Mitgliedstaaten

und ihre Teilorganisationen (Länder, Gemeinden), sondern auch alle Einrichtungen, die für die öffentliche Hand zu handeln befugt sind. Dazu zählen etwa die Selbstverwaltungskörper und sonstige Körperschaften.⁷⁾ Die gesetzlichen KVTr sind gem § 32 ASVG Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie haben gem § 24 Abs 2 KBGG die Angelegenheiten des Kinderbetreuungsgeldes im übertragenen Wirkungsbereich zu vollziehen, so dass Art 43 EGV auf ihre Handlungen anwendbar ist.

Die Niederlassungsfreiheit ist nur auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt anwendbar.⁸⁾ Ein solcher liegt etwa vor, wenn sich eine Hebamme mit deutscher Staatsbürgerschaft in Österreich niederlässt.

Die Niederlassungsfreiheit ist nicht bloß als Gebot der Inländergleichbehandlung zu verstehen. Der EuGH vertritt die Auffassung, dass auch nicht diskriminierende Maßnahmen geeignet sein können, die Niederlassungsfreiheit zu verletzen. Die Niederlassungsfreiheit wird heute als allgemeines **Beschränkungsverbot** verstanden: Nationale Maßnahmen, die die grundlegenden Freiheiten behindern oder wenig attraktiv machen, müssen vier Voraussetzungen erfüllen: (1) Sie müssen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden; (2) sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein; (3) sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zieles zu gewährleisten; (4) sie müssen verhältnismäßig sein.⁹⁾

Die Voraussetzung der ärztlichen Untersuchung bei der normalen Schwangerschaft im KBGG behindert die Niederlassungsfreiheit bzw macht sie wenig attraktiv, da – wie schon unter Punkt B.2. ausgeführt – diese Regelung die Schwangere wirtschaftlich (Verlust des vollen Kinderbetreuungsgeldes, Kostenpflichtigkeit der Vorsorge durch Hebammen) zwingt, die Vorsorgeuntersuchungen durch einen Arzt durchführen zu lassen. Diese Regelung führt daher faktisch zu einem Ausschluss der Hebammen von den Vorsorgeuntersuchungen und wirkt sich auch negativ auf die Bereitschaft der Schwangeren aus, sich bei der Geburt durch eine selbständige Hebamme betreuen zu lassen. Der Ausschluss der Hebammen von der Vorsorge der Schwangeren im § 7 KBGG greift in den Kernbereich der Hebammentätigkeit ein, weil nach den KoordinierungsRL¹⁰⁾ die Staaten dafür sorgen müssen, dass Hebammen einen Mindestkatalog an Tätigkeiten ausüben können; zu diesen Tätigkeiten zählt auch die Durchführung der zur Beobachtung eines normalen Schwangerschaftsverlaufs notwendigen Untersuchungen. § 7 KBGG behindert daher durch den Ausschluss der Hebammen von der Vorsorge der Schwangeren bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf wesentlich die Ausübung des Hebammenberufs.

Diese wesentliche Beschränkung verstößt gegen Art 43 EGV, wenn nur eine der vier oben zitierten Voraussetzungen nicht vorliegt. Das Allgemeininteresse kann nicht zur Rechtfertigung dieser Beschränkung herangezogen werden, weil das schon die Koordinie-

5) § 35 KBGG.

6) So *Mayer in Mayer*, aaO Rz 5 zu Art 43 EGV.

7) *Mayer in Mayer*, aaO Rz 2 zu Art 43 EGV.

8) So *Mayer in Mayer*, aaO Rz 4 zu Art 43 EGV.

9) So *Mayer in Mayer*, aaO Rz 13 zu Art 43 EGV.

10) 80/155/EWG und 2005/36/EG.

rungsRL ausschließt. Darüber hinaus ist der generelle Ausschluss der Hebammen von den Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen nicht verhältnismäßig: Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen könnten nämlich so aufgeteilt werden, dass die Hebammen – neben den Ärzten – jene Untersuchungen durchführen dürfen, zu denen sie nach dem HebG befugt sind.

C. Verfassungswidrigkeit

1. Gleichheitsgrundsatz

Der Gleichheitsgrundsatz gewährt grundsätzlich nur österreichischen Staatsbürgern und inländischen juristischen Personen ein subjektives Recht.¹¹⁾ Eine Differenzierung ist zulässig, wenn sie aus Unterschieden im Tatsächlichen erfolgt und sachlich begründet ist. Die Frage nach der sachlichen Rechtfertigung ist nicht nur eine Sach- oder Rechtsfrage, sondern erfordert eine zusätzliche Wertung.¹²⁾

Ob eine Regelung jedoch zweckmäßig ist, ist nicht unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgebotes zu beurteilen. Der VfGH nimmt daher ungleiche Auswirkungen einer Differenzierung hin, wenn dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zusteht: Der Gesetzgeber ist in seinen rechts- und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen und in der Auswahl der einzusetzenden Mittel frei, soweit er das Sachlichkeitsgebot nicht verletzt.¹³⁾

Gesetze müssen nicht nur im Zeitpunkt ihrer Erlassung, sondern jederzeit – somit auch im Zeitpunkt der Prüfung durch den VfGH – sachgerecht sein. Eine zum Zeitpunkt ihrer Erlassung sachgerechte Norm kann durch Änderung der Umstände gleichheitswidrig werden.¹⁴⁾

2. Differenzierung zwischen Ärzten und Hebammen

a) Frage

Das KBGG gewährt das volle Kinderbetreuungsgeld ab dem 21. Lebensmonat des Kindes, wenn die Vorsorge der Schwangeren auch bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf durch Ärzte vorgenommen wird. Die Schwangerschaftsvorsorge durch Hebammen wird im § 7 Abs 1 KBGG nicht anerkannt. Das Gesetz differenziert somit – auch bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf – zwischen der Vorsorge der Schwangeren durch Ärzte und durch Hebammen. Ist diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt?

b) Gleichwertigkeit der Vorsorge

Der Mutter-Kind-Pass wurde das erste Mal im Zusammenhang mit der Erhöhung der Geburtenbeihilfe nach dem FLAG am 1. 1. 1974 eingeführt.¹⁵⁾ Damals galt das Hebammengesetz 1963, BGBl 1964/3.

Die Hebammen-Ausbildungsordnung, BGBl 1971/443, sah im § 7 vor, dass die Ausbildung zum Hebammenberuf zwei Jahre dauerte; für diplomierte Krankenpflegepersonen dauerte sie ein Jahr. Die Voraussetzungen für die Aufnahme in eine Bundeshebammenlehranstalt waren ua die erfolgreiche Absolvierung der allgemeinen Schulpflicht sowie ein Lebensalter von nicht unter 17 und nicht über 35 Jahren.¹⁶⁾

Diesem Ausbildungsniveau entsprach auch die Regelung der Berufspflichten der Hebammen. Das HebG alt regelte im § 1 den Pflichtenkreis der Hebammen. Gem § 1 Abs 1 umfasste der Hebammenberuf die Beratung der Schwangeren, die Beistandsleistung bei der Geburt, die Pflege der Wöchnerin, des Neugeborenen und des Säuglings und die Mitwirkung bei der Mutterchafts- und Säuglingsfürsorge. Nach Abs 8 der gleichen Bestimmung waren nähere Vorschriften über die Pflichten der Hebammen durch Verordnung (sog Hebammen-Dienstordnung) zu erlassen.

§ 26 Abs 1 Hebammen-Dienstordnung, BGBl 1970/131, regelte einen Ausübungsvorbehalt zugunsten von Ärzten: Danach war es der Hebamme verboten – soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt war –, bei Schwangeren, Gebärenden, Wöchnerinnen, Neugeborenen oder Säuglingen Verrichtungen vorzunehmen, deren Vornahme dem Arzt vorbehalten ist. Die Verordnung regelte in der Folge die Untersuchungen der Schwangeren, die durch Hebammen vorgenommen werden durften, und zwar: die genaueste äußerliche Untersuchung der Schwangeren,¹⁷⁾ Gewichtskontrolle, Beckenmessung, Blutdruckmessung sowie Harnuntersuchung auf Eiweiß und Zucker mittels Teststreifens.¹⁸⁾ Die Vornahme einer vaginalen Untersuchung der Schwangeren war den Hebammen jedoch während der ersten Hälfte der Schwangerschaft verboten; in der zweiten Hälfte der Schwangerschaft war sie nur dann erlaubt, wenn weder durch äußere noch durch rektale Untersuchung ein klarer Befund erhoben werden konnte und weder ein Arzt erreichbar noch der Transport in eine Krankenanstalt möglich war.¹⁹⁾

Das geringere Ausbildungsniveau der Hebammen sowie die eingeschränkten Untersuchungsbefugnisse der Hebammen waren offenbar der Grund, dass im Jahre 1974 die Vorsorge durch eine Hebamme nicht als gleichwertig mit einer ärztlichen Vorsorge angesehen wurde.

Der Beitritt Österreichs zum Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum erforderte die Anpassung des Hebammenwesens an die Europäischen Hebammen-RL.²⁰⁾ Diese Anpassung erfolgte durch das Hebammengesetz 1994. Die Ausbildung wurde auf drei Jahre verlängert, das Ausbildungsniveau angehoben und die Reifeprüfung als grundsätzliche Zugangsvoraussetzung geschaffen. Darüber hinaus wurde der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich der Hebammen um die Durchführung der zur Beobachtung des Verlaufs einer normalen Schwangerschaft notwendigen Untersuchungen erweitert. →

11) *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ Rz 1346.

12) So *Walter/Mayer*, aaO Rz 1347 bis 1349.

13) *ViSlg* 11.367/1987 – Verbot, Wein in Tetrapacks abzugeben; *ViSlg* 10.478/1985 – keine Lehrberechtigung der Notare für den „Bürokaufmann“.

14) *Machacek*, Verfahren vor dem VfGH und VwGH², 123; *Walter/Mayer*, aaO Rz 1353.

15) Novelle zum FLAG vom 14. 12. 1973, BGBl 1974/29.

16) § 5 Hebammen-Ausbildungsordnung 1971.

17) § 28 Abs 1 Hebammen-Dienstordnung 1970.

18) § 30 und § 28 Abs 1 Hebammen-Dienstordnung 1970.

19) § 28 Abs 2 Hebammen-Dienstordnung 1970.

20) *RL* 80/154/EWG und 80/155/EWG. So *RV* 1461 *BlgNR* 18. GP 21, 27 zu BGBl 1994/310.

Durch die Anhebung der Ausbildung und die Erweiterung des eigenverantwortlichen Tätigkeitsbereichs um Vorsorgeuntersuchungen bei normaler Schwangerschaft im HebG haben sich die Umstände im Tatsächlichen geändert.

Nach dem HebG 1994 und den Wertungen im Gemeinschaftsrecht ist die Vorsorge durch eine Hebamme als einer Vorsorge durch einen Arzt gleichwertig anzusehen. Die Vorsorge durch Hebammen ist in Teilbereichen sogar besser: Die generelle Anerkennung von ärztlichen Untersuchungen im KBGG bewirkt nämlich, dass auch Ärzte für Allgemeinmedizin die Schwangerschaftsvorsorge vornehmen dürfen;²¹⁾ da die Ärzte für Allgemeinmedizin mit gynäkologischen Untersuchungen in der Praxis kaum zu tun haben können, ist die Vorsorge der Schwangeren in dem Fall faktisch schlechter als jene durch Hebammen.

c) Rechtspolitischer Gestaltungsfreiraum?

Wenngleich das Ziel des KBGG – Gesundheitsvorsorge für Frau und Kind – auch durch Zulassung von Hebammen zu diesen Untersuchungen erreicht werden könnte, ist die Frage der Zweckmäßigkeit nicht unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgebotes zu prüfen. Kann daher der gegenwärtige Ausschluss der Hebammen vom Mutter-Kind-Pass mit dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gerechtfertigt werden?

Der Gesetzgeber ist hier nicht wirklich frei in der Auswahl der geeigneten Mittel zur Erreichung des Zieles (Gesundheitsvorsorge), weil das Gemeinschaftsrecht den Gesetzgeber bei der Wahl der Mittel bindet: Einerseits verpflichtet die KoordinierungsRL die Mitgliedstaaten, die Vorsorge bei normaler Schwangerschaft durch Hebammen zu ermöglichen und zu erleichtern; andererseits verbietet Art 43 EGV jede Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hat der VfGH zu berücksichtigen, weil er nationales Recht im Lichte des Gemeinschaftsrechts zu interpretieren hat.²²⁾

Darüber hinaus führen die vom Gesetzgeber herangezogenen Mittel (ärztliche Untersuchungen) zu einer sachlich nicht begründbaren Differenzierung, weil Hebammen von der Vorsorge bei normaler Schwangerschaft faktisch ausgeschlossen werden. Diese Auswirkung des KBGG steht im Widerspruch zu den Zielen des HebG, eine kontinuierliche und ganzheitliche Betreuung der Schwangeren sicherzustellen; dies im Interesse einer positiven Beeinflussung des Schwangerschafts- und Geburtsverlaufs und letztlich auch der Kostenentlastung im Gesundheitswesen.²³⁾

Der generelle und undifferenzierte Ausschluss von Hebammen von der Schwangerschaftsvorsorge ist daher gleichheitswidrig. Eine Gleichheitswidrigkeit der Differenzierung zwischen Hebammen und Ärzten bewirkt die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs 1 KBGG und der darauf beruhenden Verordnung.

3. Differenzierung zwischen inländischen und ausländischen Unionshebammen

Aus der unmittelbaren Geltung und der Vorrangwirkung des Gemeinschaftsrechts kann sich die Situation ergeben, dass einem ausländischen Unionsbürger in

Österreich Rechte zustehen, die einem österreichischen Staatsbürger in Österreich nicht gewährt sind. Es liegt ein Fall der Inländerdiskriminierung vor. Der VfGH sieht eine Inländerdiskriminierung infolge strengerer Voraussetzungen bei rein innerstaatlichen Sachverhalten als bei Sachverhalten mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug als verfassungswidrig an.²⁴⁾

§ 7 Abs 1 HebG verstößt mE gegen die Niederlassungsfreiheit einer Hebamme aus dem EU-Ausland.²⁵⁾ Da Art 43 EGV unmittelbar anwendbar ist, wäre das volle Kinderbetreuungsgeld auch dann weiter zu gewähren, wenn die Vorsorge der Schwangeren bei einem normalen Schwangerschaftsverlauf durch eine Hebamme aus dem EU-Ausland erfolgte.

Die unmittelbare Geltung des Art 43 EGV hat zur Folge, dass die Vorsorge der Schwangeren bei normaler Schwangerschaft nach § 7 Abs 1 KBGG durch eine Hebamme aus dem EU-Ausland, nicht jedoch durch eine österreichische Hebamme durchgeführt werden kann. Es liegt somit ein Fall der Inländerdiskriminierung, die verfassungswidrig ist, vor.

D. Festgestellte Rechtswidrigkeit und Rechtsdurchsetzung

Die Analyse zeigt, dass gewichtige Gründe für die Annahme einer doppelten Europarechtswidrigkeit vorliegen. Die Voraussetzung der ärztlichen Untersuchung bei der normalen Schwangerschaft im § 7 Abs 1 KBGG schließt die Hebammen vom Kernbereich ihrer Tätigkeit faktisch aus und erschwert dadurch wesentlich ihre Berufsausübung. Darin liegt ein Verstoß gegen Art 43 EGV und auch eine Vertragsverletzung wegen mangelhafter Umsetzung der KoordinierungsRL.

Darüber hinaus liegen auch gewichtige Gründe für die Annahme einer doppelten Verfassungswidrigkeit vor. Der generelle Ausschluss der Hebammen vom Mutter-Kind-Pass ist einerseits unsachlich, weil die Vorsorge durch Hebammen im Rahmen ihrer Berufsbefugnisse einer Vorsorge durch Ärzte gleichwertig ist und der Gesetzgeber auf Grund der Wertungen im Gemeinschaftsrecht und im HebG keinen politischen Gestaltungsspielraum hat. Andererseits hat der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zur Folge, dass ausländische Unionshebammen die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen durchführen dürfen, so dass § 7 Abs 1 KBGG inländische Hebammen verfassungswidrig diskriminiert.

Es gibt – soweit ich sehe – drei Möglichkeiten die Rechtswidrigkeit des § 7 Abs 1 KBGG geltend zu machen:

→ Der unmittelbarste Weg ist die **Schadenersatzklage** einer Hebamme aus dem EU-Ausland gegen den Bund: Eine in Österreich niedergelassene Hebamme kann eine Klage auf Ersatz eines beziffer-

21) Siehe §§ 2 und 3 Ärztegesetz 1998.

22) Mayer, B-VG Kurzkommentar³ Rz II.3. zu Art 139 B-VG mit Judikaturnachweis.

23) So AB 1542 BlgNR 18. GP 11.

24) VfGH 8. 6. 2005, G 163/04 – Selbstbewirtschaftung als Genehmigungsvoraussetzung für den Erwerb land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke; VfSlg 14.963/1977 – Nachsicht vom Befähigungsnachweis; Walter/Mayer, aaO 1353/1.

25) Siehe dazu Punkt B.3.

baren Schadens erheben, wenn eine bestimmte Schwangere nur deswegen von der Vorsorgeuntersuchung Abstand genommen hat, weil das KBGG diese Untersuchungen für die volle Weitergewährung des Kinderbetreuungsgeldes nicht anerkennt. Bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Staatshaftung wird sich vor allem die Frage stellen, ob ein ersatzfähiger Schaden vorliegt und ob der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht durch den Gesetzgeber hinreichend qualifiziert ist.²⁶⁾ Für diese Klage ist der VfGH gem Art 137 B-VG zuständig, weil der Schaden nicht auf einem Vollzugsakt beruht, sondern unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnen ist: Der Gesetzgeber hat es unterlassen, § 7 Abs 1 KBGG an das Gemeinschaftsrecht anzupassen.²⁷⁾ Dieses Verfahren ermöglicht darüber hinaus gem Art 140 Abs 1 B-VG auch die amtswegige Einleitung eines Normprüfungsverfahrens durch den VfGH. Wenn § 7 Abs 1 KBGG als präjudiziell für die Entscheidung des VfGH im Schadenersatzprozess anzusehen ist, kann er diese Bestimmung wegen Verfassungswidrigkeit aufheben.

→ Wenn die Schwangere die Vorsorgeuntersuchungen nach dem KBGG (teilweise) bei einer Hebamme vornehmen lässt, wird der KVTr die Hälfte des Kinderbetreuungsgeldes ab dem 21. Lebensmonat des Kindes mit Bescheid abweisen.²⁸⁾ Dieser Bescheid kann von der anspruchsberechtigten Mutter mit einer **Leistungsklage** auf Weitergewährung des Kinderbetreuungsgeldes im vollen Ausmaß beim ordentlichen Gericht bekämpft werden.²⁹⁾ Wenn die Untersuchungen durch eine in Österreich niedergelassene ausländische Unionshebamme erfolgen, kann die Europarechtswidrigkeit des § 7 Abs 1 KBGG releviert werden und der Klage wegen Verstoßes gegen Art 43 EGV stattgegeben werden. Wenn die Untersuchungen durch eine inländische Hebamme erfolgen, kann nur die Verfassungswidrigkeit des § 7 Abs 1 KBGG geltend gemacht werden. In beiden Fällen hätte das OLG bzw der OGH bei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung einen Gesetzesprüfungsantrag gem Art 140 B-VG beim VfGH zu stellen, wenn § 7 Abs 1 KBGG für die Entscheidung präjudiziell ist.³⁰⁾

→ Auf Europaebene kann jede Person eine **Beschwerde bei der Europäischen Kommission** wegen des Verstoßes des § 7 Abs 1 KBGG gegen Art 43 EGV und wegen der mangelhaften Umsetzung der RL 80/155/EWG einbringen. Art 226 EGV gibt der Kommission die Möglichkeit, Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten nach Durchführung eines Vorverfahrens vor dem EuGH zu rügen.

E. Perspektiven

Die zunehmende Tendenz zu medizinischen Eingriffen in Schwangerschaft und Geburt kulminiert in einer steigenden Zahl von Kaiserschnitten und steigenden Kosten, ohne nachweislich bessere Ergebnisse für Mutter und Kind. So hat sich die Kaiserschnitttrate in Österreich von 1995 bis 2004 fast verdoppelt (12,4% versus 23,6%).³¹⁾ Untersuchungen zeigten, dass eine stärkere Beteiligung

von Hebammen bei der Schwangerenvorsorge hier langfristig gegensteuern kann. Die Weltgesundheitsorganisation sieht die Schwangerenvorsorge durch Hebammen als optimale und risikomindernde Betreuung der gesunden Schwangeren an.³²⁾ Die Vergleiche zwischen der Betreuung durch eine Hebamme und der Betreuung durch Ärzte zeigten, dass die Betreuung durch eine Hebamme mit einer Verringerung einer Reihe ungünstiger psychosozialer Outcomes während der Schwangerschaft einherging. Ebenso reduzierte sich der Einsatz von wehenfördernden Maßnahmen, regionaler Analgesie und Anästhesie, vaginal operativen Geburten und Episiotomien. Diese Betreuung führte auch dazu, dass weniger Kinder unter 2500 g geboren wurden, weniger Kinder postnatale Intensivbehandlung benötigten oder in ein Kinderkrankenhaus verlegt werden mussten.³³⁾

Dass die Hebammen gleichwertig neben den Ärzten Vorsorgeuntersuchungen bei normaler Schwangerschaft durchführen können, beweist die Rechtslage in Deutschland. Hebammen führen dort während einer normal verlaufenden Schwangerschaft – mit Ausnahme der Ultraschalldiagnostik – im Prinzip alle Vorsorgeuntersuchungen durch, die im Rahmen der Mutterschaftsrichtlinien³⁴⁾ vorgesehen sind und auch von Ärzten durchgeführt werden.³⁵⁾ Gem A.7. Mutterschaftsrichtlinien können die Hebammen im Umfang ihrer beruflichen Befugnisse die Untersuchungen durchführen und im Mutterpass dokumentieren, wenn der Arzt dies im Einzelfall angeordnet hat oder wenn der Arzt einen normalen Schwangerschaftsverlauf festgestellt hat und daher seinerseits keine Bedenken gegenüber weiteren Vorsorgeuntersuchungen durch die Hebamme bestehen (Delegierung).

Ärzte und Hebammen sind daher Berufsgruppen, deren Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche sich nicht ausschließen, sondern ergänzen: Es ist sinnvoll, wenn Frauen mit normal verlaufenden Schwangerschaften von Hebammen und Frauen mit regelwidrigen Schwangerschaften von Ärzten betreut werden. Letztlich ist diejenige Schwangere am besten betreut, bei der Ärzte und Hebammen zum Wohle der Schwangeren und des Kindes einvernehmlich Hand in Hand zusammenarbeiten.

26) *Kucsko-Stadlmayer in Mayer*, aaO Rz 62 und 75 ff zu Art 288 EGV; zum notwendigen Nachweis des eingetretenen Schadens und zur Kausalität siehe VfGH 17. 3. 2006, A 8/05 – Haftung wegen legislativen Unrechtes durch fehlerhafte Umsetzung der EU-Datenschutz-RL.

27) VfGH 6. 3. 2001, A 23/00 – Brenner-Mautgebühren; VfGH 17. 3. 2006, A 8/05 – fehlerhafte Umsetzung der EU-Datenschutz-RL; vgl auch *Kucsko-Stadlmayer in Mayer*, aaO Rz 100 ff zu Art 288 EGV.

28) § 27 Abs 3 Z 1 KBGG.

29) § 25 KBGG iVm § 65 Abs 1 Z 1 ASGG.

30) Art 89 Abs 2 B-VG.

31) *Windisch*, Wunschkaiserschnitt: Schnittwunde oder Wunderschnitt? FRATZ & CO – Österreichs Magazin für junge Familien 2006/5, 36 ff.

32) *Ingrid Gerhard/Axel Feige* (Hrsg), Geburtshilfe integrativ – konventionelle und komplementäre Therapie (2005) 51.

33) *Enkin/Keirse/Renfrew/Neilson*, Effektive Betreuung während Schwangerschaft und Geburt – ein Handbuch für Hebammen und Geburtshelfer, Kapitel 3.5., 21 (deutsche Ausgabe hrsg von *Mechtild M. Groß/J. W. Dudenhausen*).

34) Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung. Diese RL beruhen auf § 92 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch iVm § 196 der Reichsversicherungsordnung. Sie sind veröffentlicht in *Ingrid Gerhard/Axel Feige*, aaO 659 und regeln die Art und den Umfang der Vorsorgeuntersuchungen in der Schwangerschaft.

35) *Ingrid Gerhard/Axel Feige*, aaO 49 und 22.