

**Beschluss der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt
vom 18. April 2007****Thesen zur Debatte „Kind als Schaden“ aus Anlass divergierender Entscheidungen
des Obersten Gerichtshofes**

Die Auseinandersetzungen um jüngste Entscheidungen des OGH wurden im Wesentlichen unter Schlagworten wie „Kind als Schaden“ sowie Umfang und Grenzen ärztlicher Sorgfalts- und Aufklärungspflicht geführt. Sie haben nicht bloß die juristische Fachwelt beschäftigt, sondern auch in der gesellschaftlichen Öffentlichkeit großes Aufsehen erregt und speziell in der Ärzteschaft heftige Reaktionen provoziert. Die Bioethikkommission begrüßt zunächst die öffentliche Diskussion zu diesem gesellschaftspolitisch wichtigen Thema. Feststellbar und belastend ist dabei allerdings eine signifikante Diskrepanz zwischen den Urteilen des OGH und deren Darstellung bzw. Wahrnehmung in der öffentlichen Debatte, insbesondere zwischen juristischer und ärztlicher Perspektive.

Die Bioethikkommission sieht sich daher veranlasst, einige Grundsätze in Erinnerung zu rufen, unter denen die anstehende Problematik durchdacht werden sollte. Die nachstehenden Thesen erheben nicht den Anspruch, die komplexen Fragen abschließend zu klären, sondern möchten einen Anstoß zur Intensivierung der Debatte geben. Diese sollte nach Ansicht der Kommission von folgenden, im Anschluss noch zu erörternden Grundsätzen geleitet sein:

1. Die Existenz eines Kindes ist niemals ein Schaden.
2. Es darf keine Werturteile geben, die Kinder mit Behinderung diskriminieren.
3. Schwangerschaft als solche ist keine Krankheit und kein therapiebedürftiger Zustand. Sie kann jedoch mit hohen Risiken verbunden sein, die der medizinischen Begleitung bedürfen.
4. Ärztliche Aufklärung ist ein Prozess (mit mehreren Beteiligten und wechselseitigen Rechten und Obliegenheiten).
5. Unterschiede zwischen ärztlicher und juristischer Sichtweise müssen ernst genommen werden und dürfen nicht zu einem Klima wechselseitigen Misstrauens führen, das für die einzelnen Patientinnen und Patienten wie für das Gesundheitswesen insgesamt negative Folgen hätte.
6. Tendenzen in Richtung einer Defensivmedizin muss frühzeitig begegnet werden.

Diskrepanzen in der Wahrnehmung der oberstgerichtlichen Urteile

Die ethische, juristische und rechtpolitische Debatte über die umstrittenen oberstgerichtlichen Urteile hat sich zunächst mit vorhandenen Diskrepanzen in der Wahrnehmung dieser Urteile zu befassen. Diese Diskrepanzen betreffen insbesondere folgende Punkte:

1. Die Urteile des OGH weisen darauf hin, dass nicht die Existenz eines Kindes als Schaden zu qualifizieren sei, sondern der aus der Unterhaltspflicht der Eltern erwachsende Vermögensnachteil. In der öffentlichen Diskussion und in manchen Kommentaren wird diese juristische Unterscheidung häufig nicht nachvollzogen. Auch wurde nicht genügend zur Kenntnis genommen, dass in der juristischen Diskussion zu den Urteilen unterschiedliche Meinungen vertreten werden. Die Bioethikkommission hält dazu fest, dass die Existenz eines Kindes, ob gesund oder mit Behinderung, ob unerwünscht oder erwünscht, kein Schaden ist, auch nicht im Rechtssinne. Es können im Zusammenhang mit ärztlichem Fehlverhalten allerdings auch finanzielle Belastungen entstehen, für die aufzukommen ist. Solange jedoch der Ausgleich finanzieller Belastungen unter dem Titel ‚Schadenersatz angesichts unerwünschter Geburt‘ abgehandelt wird, wird die Existenz des Kindes (sie sei mangelhaft oder nicht) nolens volens zum Schaden erhoben. Unerwünscht ist allemal etwas negativ Bewertetes. Der finanzielle Aufwand gilt als Schaden, weil er als Folge eines anderen Schadens, nämlich der unerwünschten Geburt angesehen wird.
2. Wenngleich eine Schwangerschaft mit hohen Risiken verbunden sein kann, die der medizinischen Begleitung bedürfen, darf daran erinnert werden, dass sie weder eine Krankheit noch ein therapiebedürftiger Zustand ist. Schwangere sollten deshalb nicht generell als Patientinnen bezeichnet werden.
3. In der jüngsten Judikatur wurde im Falle der Geburt eines Kindes mit Behinderung infolge einer vermeintlich mangelhaften Aufklärung Schadenersatz zuerkannt, während im Falle der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes infolge einer ineffizient gebliebenen Sterilisation ein solcher Anspruch verneint wurde. Welche rechtsdogmatischen Überlegungen auch immer hinter diesen divergierenden Entscheidungen stehen mögen – es ist jedenfalls der Eindruck einer diskriminierenden Bewertung von Kindern mit und solchen ohne Behinderung entstanden.
4. Auch die geltende Regelung der embryopathischen Indikation (für einen Schwangerschaftsabbruch) sieht sich der Kritik ausgesetzt, behindertes und nicht behindertes Leben würden als unterschiedlich wertvoll angesehen.
5. Die jüngsten OGH-Entscheidungen sind von juristischer und ärztlicher Seite unterschiedlich wahrgenommen und kommentiert worden. Diese Diskrepanzen können nicht nur auf mangelndes Verständnis von Nichtjuristen für die dogmatischen Anforderungen des Rechtes zurückgeführt werden. In ihnen manifestiert sich vielmehr die grundsätzliche Schwierigkeit, auf dem Wege der juristischen Beurteilung medizinischer Praxis der konkreten ärztlichen Handlungssituation gerecht zu werden. Es kommt das prinzipielle Problem hinzu, dass sich bekanntlich der Wissensstand in der Entscheidungssituation von jenem der nachträglichen Beurteilung der Handlungsfolgen unterscheidet. Ärzte/Ärztinnen müssen (oftmals unter großem Entscheidungsdruck) Dinge vorweg nehmen, die Juristen ex post mit all dem dann zur Verfügung stehenden Wissen beurteilen.

Die juristische Debatte

Die juristische Diskussion ist im Wesentlichen durch die grundsätzliche Frage bestimmt, ob das anstehende Problem überhaupt mit den rechtlichen Mitteln des Schadenersatzrechts bewältigt werden kann: Eine Position bejaht diese Frage mit der Begründung, die aus dem Behandlungsvertrag resultierenden Aufklärungspflichten wären verletzt worden, weshalb ein in der Folge erlittener Vermögensschaden zu kompensieren sei. Andere verneinen die Schadenersatzlösung aus prinzipiellen Gründen, weil es unzulässig wäre, Vermögensaspekte aus dem Gesamtzusammenhang personaler Existenz herauszulösen und diese zum Gegenstand einer Schadenshaftung zu machen. Eine vermittelnde Position, die keiner der beiden Extreme uneingeschränkt folgen will, wird in einem Teil der Literatur in einer sog. „Billigkeitslösung“, also dem Anspruch gesehen, bei sozialer Bedürftigkeit die mit einem behinderten Kind verbundenen zusätzlichen finanziellen Belastungen abzugelten.

Vor diesem Hintergrund wurden mögliche rechtspolitische Lösungen angedacht. Vorgeschlagen wurde, durch eine Änderung des Zivilrechts Konstellationen wie „wrongful birth“ oder „wrongful conception“ von einer Beurteilung nach dem Schadenersatzrecht überhaupt auszunehmen. Eine solche Regelung sähe sich aber mit der Gefahr konfrontiert, jede, auch die größte Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflicht in diesem Bereich von der Haftung auszunehmen. Eine andere Überlegung geht in Richtung einer „sozialpolitischen Lösung“: Ggf. entstehende Vermögens- und sonstige Nachteile sollen durch die Gemeinschaft (Staat, Sozialversicherung, Fonds, Stiftung) abgedeckt werden. Damit würde verhindert, dass Forderungen der Billigkeit mit Mitteln des Schadenersatzrechts erfüllt werden. Allerdings müssten bei einer solchen Lösung Probleme, wie jene der „Subsidiarität von Sozialleistungen“ oder der Regelung des Regresses geklärt werden.

Aufklärung als Prozess

Das Arzt-Patienten-Verhältnis wie auch das Verhältnis zwischen Schwangerer und Arzt sind heute vom Prinzip der Patientenautonomie geprägt. Daraus ergibt sich in verstärktem Maße die Verpflichtung zu sorgfältiger Aufklärung. Die ärztliche Aufklärung soll die Möglichkeit bieten, eine fundierte, wertorientierte und eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Autonomie bedeutet freilich nicht abstrakte Beliebigkeit, sondern spricht einen kommunikativen Verantwortungszusammenhang an. Er betrifft auch den Patienten und die Patientin, die für das Gelingen des Aufklärungsprozesses in einem Klima wechselseitigen Vertrauens ebenfalls Verantwortung tragen. Das Gesagte gilt entsprechend für die Kommunikation zwischen Arzt und schwangerer Frau. Die wechselseitige Verantwortung ergibt sich im Besonderen aus der Tatsache, dass die medizinische Aufklärung kein einmaliger Akt ist, sondern prozesshaften Charakter besitzt.

Diesem Anspruch sollte auch das Recht unter Berücksichtigung des situativen Kontextes Rechnung tragen. Als Beispiel sei die Pränataldiagnostik genannt. Diese sieht sich mit einem Bündel von möglichen Verdachtsmomenten konfrontiert, die unterschiedliche Eintrittswahrscheinlichkeiten besitzen können. Es wäre nicht zumutbar, all diese Möglichkeiten im Aufklärungsgespräch äußern zu müssen. Denn dies würde eine möglicherweise gegebene (psychische) Ausnahme- und Konfliktsituation der schwangeren Frau unberücksichtigt lassen, auf die Rücksicht zu nehmen gleichermaßen zur Verpflichtung des Arztes gehört.

Tendenzen zur Defensivmedizin

Wie den vehementen ärztlichen Reaktionen zu entnehmen ist, bestehen Befürchtungen, dass das „Pendel“ der wechselseitigen Pflichten aus dem Behandlungsvertrag zu heftig in Richtung der Verpflichtungen des Arztes/der Ärztin ausschlägt. Diese Befürchtungen sind ernst zu nehmen. Denn eine juristisch überspannte Aufklärungsverpflichtung führt zu einer unzumutbaren vermögensrechtlichen Bedrohung, die es verständlich macht, wenn Ärzte/Ärztinnen in einer solchen Situation defensiv-medizinisch reagieren, um einer möglichen Haftung zu entgehen. Ein solches Verhalten widerspräche nicht nur dem ärztlichen Selbstverständnis, sondern hätte auch „überbordenden“ Aufklärungs- und einen damit verbundenen Dokumentationsaufwand zur Folge, der weder zeitlich noch ökonomisch tragbar wäre.

Es steht außer Zweifel, dass die Aufklärung zu einem wesentlichen und verpflichtenden Bestandteil der ärztlichen Tätigkeit geworden ist. Zu bedenken ist jedoch, dass die Erfahrungen und Standards der ärztlichen Aufklärung sich in erster Linie auf die Natur und Folgen von Erkrankungen und deren diagnostische bzw. therapeutische Konsequenzen beziehen. Einen vergleichbaren Standard gibt es jedoch für medizinische Verdachtsbefunde nicht. Es ist aus verschiedenen Gründen (beginnend beim breiten möglichen Spektrum an Verdachtsbefunden bis zum heterogenen Informationsbedürfnis des Patienten) sehr schwierig, die Anforderungen der Aufklärung derart zu standardisieren, dass daran Schadenersatzansprüche geknüpft werden können.

UnivProf Dr Hartmann Hinterhuber

UnivProf DDr Johannes Huber

UnivProf DDr Josef Isensee

UnivProf Dr Heinz Ludwig

UnivProf Dr Gerhard Luf

UnivDoz DDr Barbara Maier

UnivProf Dr Christine Mannhalter

UnivProf Dr Johannes Meran

UnivProf Dr Hildegunde Piza

UnivProf Dr Günther Pöltner

Dr Heinrich Scherfler

UnivProf Dr Günter Virt

UnivProf Dr Ina Wagner

Abweichende Auffassung

zum Beschluss der Bioethikkommission vom 18. April 2007

1. Zu unserem Bedauern können wir dem Beschluss der Mehrheit nicht zustimmen. Wir teilen zwar das Unbehagen über die Diskrepanz zwischen der Judikatur des Obersten Gerichtshofes zur Haftung wegen unerwünschter Geburt und deren Wahrnehmung in der öffentlichen Debatte. Auch den im Mehrheitsbeschluss eingangs formulierten Grundsätzen stimmen wir im Prinzip zu: Dass etwa die Existenz eines Kindes kein Schaden, eine Diskriminierung von Kindern mit Behinderung unzulässig und eine Schwangerschaft keine Krankheit ist, hätte keiner neuerlichen Erinnerung bedurft. Das ist

selbstverständlich und wurde weder von den Gerichten noch in der juristischen Literatur je bestritten.

2. Wenn solche Grundsätze jedoch aus Anlass der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes formuliert und zum Ausgangspunkt für „Thesen“ gemacht werden, deren Ziel offenbar die Bekräftigung dieser Grundsätze sein soll, dann wirft dies mehr Fragen auf als der Mehrheitsbeschluss letztlich beantworten möchte: Werden diese Grundsätze durch die einschlägige Rechtsprechung in Frage gestellt? Wenn ja, wieso genau? Oder beruhen die heftigen öffentlichen Reaktionen auf Missverständnissen der Rezipienten – mitunter vielleicht auch auf mangelnder journalistischer Sorgfalt einzelner Medienberichte, oder gar auf gezielten Unterstellungen in literarischen Äußerungen, die möglicherweise ganz andere Ziele verfolgen? Haben die Gerichte eine Mitverantwortung an solchen Missverständnissen – und warum? Sind solche Ungereimtheiten in der öffentlichen Wahrnehmung von gerichtlichen Einzelentscheidungen überhaupt bedauerlich und/oder vermeidbar? Wenn ja: Welche Strategien könnte es geben, um dies zu verhindern? Wer hätte sie umzusetzen, und mit welchen Mitteln? Sollen die Gerichte bei ihren Entscheidungen nicht nur die Gesetze anwenden, sondern auch andere Gesichtspunkte (zB die Folgen der Wahrnehmung ihrer Urteile in den Medien) in die Entscheidungsfindung einbeziehen?
3. Ohne eine Diskussion dieser Aspekte lassen die allgemein gehaltenen Thesen und Grundsätze des Mehrheitsbeschlusses hingegen nicht ausreichend klar erkennen, wogegen sich diese Botschaften eigentlich im Kern richten. Sie können daher unterschiedlich verstanden werden: Denn mit der Einmahnung der eingangs erwähnten Grundsätze wird entweder zum Ausdruck gebracht, dass die öffentliche Rezeption der Judikatur missverständlich und korrekturbedürftig ist; dann müsste man dies umso eher präzisieren, als ja in den bisherigen medialen Stellungnahmen der Sitz des „Problems“ eben gerade nicht in der Rezeption, sondern zumeist in der Judikatur selbst verortet wird. Oder aber, es wird die Erosion dieser Grundsätze sehr wohl den Gerichten angelastet; dann müsste man diesen Vorwurf ebenso im Detail begründen, statt den Eindruck im Raum stehen zu lassen, es handle sich zwar primär um ein Problem der – verzerrten? – Wahrnehmung, für das die Gerichte aber nichts desto weniger in irgendeiner Weise verantwortlich seien.
4. Solange sich die im Mehrheitsbeschluss formulierten Grundsätze nicht auf eine eingehende Problemanalyse stützen, ziehen sie unseres Erachtens genau jene Irritation nach sich, die auch die bisherige mediale Diskussion der Judikatur auslöst: dass nämlich die unterschiedlichen Problemebenen (zB Möglichkeit der Haftung für vereitelten Schwangerschaftsabbruch; Unterhaltsbelastung als „Schaden“; Zulässigkeit von Abtreibung und Pränataldiagnostik; Umfang und Intensität ärztlicher Aufklärung uam) nicht hinreichend auseinander gehalten werden und nicht ausreichend transparent gemacht wird, aufgrund welcher Prämissen man welche (tatsächlichen oder vermeintlichen) Konsequenzen der Judikatur für verfehlt hält.

Wer die Diskrepanz zwischen der Judikatur und ihrer Wahrnehmung in der öffentlichen Debatte bedauert, sollte zugleich auch die Frage aufwerfen, wer in welchem Umfang für diese Diskrepanz verantwortlich ist und weshalb. Denn ein Missverhältnis zwischen der Rechtsprechung und ihrer öffentlichen Wahrnehmung kann offensichtlich verschiedene Gründe haben. Ohne deren Analyse besteht die Gefahr, dass die Zahl der Missverständnisse entgegen der ursprünglichen Intention des Mehrheitsbeschlusses weiter zunimmt. Insbesondere könnte der Beschluss der Bioethikkommission als unterschwellige Judikaturkritik gedeutet werden, wogegen gewiss nichts einzuwenden wäre, sofern nur die

Prämissen und Maßstäbe dieser Kritik offen gelegt würden. Diese Prämissen sind aber nicht klar erkennbar. Auf diesem Boden könnte der Mehrheitsbeschluss schließlich auch als Bestätigung bestimmter inhaltlicher Positionen wahrgenommen werden, die wir nicht teilen.

Wir können die gebotene umfassende Analyse in diesem Rahmen nicht nachholen, wollen aber zu den wichtigsten – an der Aufzählung der „Grundsätze“ des Mehrheitsbeschlusses angelehnten – Punkten die Gründe für unsere abweichende Auffassung näher skizzieren:

1. „Kind als Schaden“

5. Das betrifft zunächst die Wahl des Titels „Kind als Schaden“. Im Wesentlichen geht es – auch und gerade in der einschlägigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes – um die Frage, ob eine unerwünschte Geburt als Folge eines ärztlichen Fehlers zum Ersatz der entstandenen Unterhaltskosten verpflichten könne. Es geht hingegen nicht um die Frage, ob das Kind selbst ein „Schaden“ ist. Das ist mit überzeugenden Gründen zu verneinen und wurde auch von den Gerichten nie behauptet. Im Gegenteil: Der Oberste Gerichtshof begründete mehrfach und ausführlich, dass der Schaden nicht in der Existenz des Kindes, sondern allenfalls in der aus der Geburt resultierenden Unterhaltsbelastung liege. Die Rede vom „Kind als Schaden“ ist – mag sie auch in der öffentlichen Diskussion beliebt sein – eine schlagwortartige und polemische Verkürzung. Sie bringt moralische Entrüstung zum Ausdruck, verstellt aber den nüchternen Blick auf die Problematik. Wer zur Versachlichung der Diskussion beitragen möchte, sollte das **Schlagwort vom „Kind als Schaden“ überhaupt vermeiden**.
6. Ob die finanziellen **Unterhaltsbelastungen** losgelöst von anderen Folgen der Geburt eines Kindes betrachtet (und insbesondere schadenersatzrechtlich eingeordnet) werden dürfen, wird auch in der Rechtswissenschaft nicht einheitlich beurteilt. Diese Rechtsfrage abschließend zu klären ist – hier stimmen wir mit der Mehrheit im Ergebnis wohl überein – nicht Aufgabe der Bioethikkommission, wenngleich uns die Argumente für eine schadenersatzrechtliche Einordnung überzeugender erscheinen als die Gegenposition.
7. Doch wie auch immer man dazu aus juristischer Sicht steht: Auffallend bleibt, dass auch die Judikatur des Obersten Gerichtshofes in dieser Frage keine konsistente Linie verfolgt: Während der Gerichtshof im Jahr 1999 (1 Ob 91/99k) bei einem pränatalen Diagnosefehler und der nachfolgenden Geburt eines schwerbehinderten Kindes nur den Ersatz des behinderungsbedingten Mehraufwandes zugesprochen hat, bejahte er im März 2006 bei nicht ausreichender Aufklärung der Mutter über die Gefahr einer Missbildung die Ersatzpflicht für den gesamten Unterhaltsbedarf (5 Ob 165/05h). In Entscheidungen vom September und November 2006 wurde hingegen bei fehlgeschlagener Sterilisation und unzureichender Aufklärung über das Schwangerschaftsrisiko eine Ersatzpflicht für den Unterhalt des geborenen (gesunden) Kindes zur Gänze abgelehnt (6 Ob 101/06f; 2 Ob 172/06t). Zwischen diesen Entscheidungen besteht ein innerer Widerspruch: Denn nach der Argumentationslogik der Entscheidung vom März 2006, die im Fall eines vereitelten Schwangerschaftsabbruchs eines behinderten Kindes den gesamten Unterhalt als ersatzfähig angesehen hat, hätte der Oberste Gerichtshof auch im Fall der misslungenen Sterilisation den gesamten Unterhalt zusprechen müssen.

Diese Divergenz ist auch aus **ethischer Sicht unbefriedigend**, weil sie die legitime Erwartung an eine vorhersehbare ständige Rechtsprechung frustriert.

8. Für den Standpunkt der Entscheidung vom September 2006 könnte aus ethischer Sicht vorgebracht werden, dass sie der Vielfalt der Auswirkungen, die sich aus der Geburt eines Menschen ergeben, umfassend Rechnung trägt. Im Normalfall führt diese Rechtsprechung dazu, dass die aus der Geburt eines gesunden Kindes entstehende Unterhaltsbelastung grundsätzlich nicht ersatzfähig ist.

Gegen die Entscheidung ist allerdings einzuwenden, dass sie der **Funktion des Schadenersatzrechts insgesamt zu wenig Gewicht** gibt. Denn auch die Verpflichtung jedes Menschen, für Fehlverhalten einzustehen und etwaige Folgen in Form von Schadenersatzpflichten zu tragen, ist für sich genommen ethisch begründbar, weil durch die Ausgleichs- und Präventionsfunktion des Haftungsrechts die Sicherheit und Verlässlichkeit im Umgang der Menschen untereinander erhöht wird. Wer weiß, dass er möglicherweise schadenersatzpflichtig wird, handelt sorgfältiger. Die Tendenz der jüngsten Rechtsprechung birgt die Gefahr, dass selbst die größten ärztlichen Fehler bei der Durchführung (zB einer Sterilisation) in der Regel keine Haftung des fehlerhaft handelnden Arztes begründen. Damit würde ein wichtiges Instrument der Qualitätssicherung preisgegeben.

9. Dass finanzielle Belastungen im Gefolge ärztlichen Fehlverhaltens auszugleichen sind, wird offenbar auch von der Mehrheitsauffassung nicht bestritten. Die Frage, von wem und unter welchen Voraussetzungen solche Nachteile auszugleichen sind, ist typischerweise Gegenstand des Schadenersatzrechts. Jener Nachteil, der jemand an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wird, wird dabei von der Rechtsordnung seit jeher als „**Schaden**“ bezeichnet (§ 1293 ABGB). Warum diese Zuordnung zum rechtlichen „Schadens“-Begriff ausgerechnet bei Vermögensnachteilen, die sich aus Unterhaltsbelastungen ergeben, generell ausscheiden soll, ist nicht ersichtlich und wird auch im Mehrheitsbeschluss nicht plausibel gemacht.

Bei der Anwendung generell-abstrakter Regelungen kommen die rechtsanwendenden Organe nicht umhin, die vielgestaltigen und konkreten Sachverhalte des täglichen Lebens unter die vorgegebenen Begriffe und Kategorien der Rechtssprache zu subsumieren, selbst wenn diese Zuordnung zu den Begrifflichkeiten des Rechts dem umgangssprachlichen Sprachempfinden in einen oder anderen Kontext vielleicht weniger entsprechen mag. Das ist aber keine Besonderheit der Bewältigung von Unterhaltsschäden wegen unerwünschter Geburt: Vergleichbare Divergenzen zwischen der Alltagssprache und der Terminologie des Rechts sind auch in anderen Bereichen anzutreffen, ohne dass deshalb die Sinnhaftigkeit der anzuwendenden Rechtsnormen und die Legitimität der dahinter stehenden Wertungen insgesamt in Zweifel zu ziehen wären. Die Rechtsordnung muss zwangsläufig mit relativ abstrakt formulierten und bezeichneten Tatbeständen operieren, die nicht in jedem Einzelfall zugunsten abweichender semantischer Bedürfnisse preisgegeben werden kann.

10. Die Zuordnung von Unterhaltsbelastungen zum Begriff des Schadens bedeutet daher im vorliegenden Kontext nicht mehr und nicht weniger, als dass die durch rechtswidriges ärztliches Fehlverhalten entstandenen **Vermögensnachteile nach den üblichen Grundsätzen des Schadenersatzrechts auszugleichen** sind. Weitergehende symbolische Botschaften sind mit dieser Zuordnung hingegen nicht verbunden und dürfen den Gerichten auch nicht unterstellt werden. Dass durch die Einordnung solcher Unterhaltsleistungen unter den Titel des „Schadenersatzes“ – wie die Mehrheit meint – die Existenz des Kindes zum Schaden erhoben werde, beruht daher auf einem (wenngleich verbreiteten) Missverständnis, das nicht den Entscheidungen der Gerichte, sondern ihrer undifferenzierten Rezeption anzulasten ist.

2. Diskriminierung Behinderter

11. Dem im Mehrheitsvotum formulierten Grundsatz, es dürfe keine Werturteile geben, die Kinder mit Behinderung diskriminieren, können wir zustimmen. Zu klären bliebe freilich, was zum Kreis derart diskriminierender „Werturteile“ zu zählen wäre. Soweit mit der Betonung dieses Grundsatzes der Vorwurf verbunden ist, die Judikatur des Obersten Gerichtshofes (betreffend den Unterhaltersatz bei einem behinderten Kind) erwecke den Eindruck einer solchen diskriminierenden Bewertung von Kindern mit und ohne Behinderung, können wir uns diesem Vorwurf nicht anschließen.
12. Selbst auf dem Boden jener Entscheidungen, die eine Unterscheidung nach der Behinderung vornehmen, ist diese Differenzierung nicht das Ergebnis einer Differenzierung nach Behinderung oder Nichtbehinderung im Sinne einer „Bewertung“ des Kindes, sondern ausschließlich Ausdruck der **besonderen finanziellen Belastungssituation** der Eltern durch die Behinderung mit dem **Ziel eines geldwerten Ausgleichs des erhöhten Unterhaltsbedarfs**.

Die dagegen erhobenen ethischen Bedenken überzeugen daher nicht, da sie der Judikatur eine diskriminierende Bewertung behinderter Kinder unterstellen, die in den fraglichen Entscheidungen nicht intendiert war und die ihnen bei zutreffendem Verständnis auch nicht innewohnt. Im Übrigen ist es nicht Aufgabe der Rechtsprechung, allgemeine „Werturteile“ zu formulieren, sondern auf Grundlage der geltenden Rechtsordnung angemessene Lösungen für konkrete Streitfälle zu erzielen.

13. Ebenso wenig kann es Ziel ethisch wertvollen Handelns sein, unter dem Titel eines hochgradig symbolisch aufgeladenen Diskriminierungsschutzes gerade jenen Kindern eine finanzielle Unterstützung vorzuenthalten, die man besonders schützen sollte. Die rechtlich geschützten Interessen anderer (geborener) Menschen mit Behinderung werden durch die Bejahung einer Haftung für den Unterhalt bei unerwünschter Geburt ebenso wenig berührt wie durch vorangehende Maßnahmen der Pränataldiagnostik.
14. Weniger aus ethischen als aus juristischen Gründen schließen wir uns aber zumindest im Ergebnis durchaus der Kritik der Mehrheitsposition gegen die schadenersatzrechtliche Differenzierung nach dem Umstand der Behinderung (insbesondere in den Entscheidungen vom März 1999 und September 2006) an. Denn in beiden Fällen wäre bei fehlerfreiem Vorgehen der Ärzte eine Geburt vermutlich insgesamt unterblieben und daher gar keine Unterhaltsbelastung entstanden, und zwar ganz unabhängig von der Behinderung des Kindes. Es ist daher konsequent, in den Konstellationen „unerwünschter Geburt“ auf das Kriterium Behinderung bzw Nichtbehinderung

überhaupt zu verzichten. Damit wäre zugleich auch jedem Anschein einer Diskriminierung – mag er nun berechtigt sein oder nicht – die Grundlage entzogen. Dies spricht für eine umfassende Ersatzpflicht auch bei Geburt eines gesunden Kindes bzw für den **Verzicht auf eine Unterscheidung zwischen Basisunterhalt und behinderungsbedingtem Mehrbedarf** bei der Geburt eines behinderten Kindes.

15. Ob die im Mehrheitsbeschluss in diesem Zusammenhang referierte Kritik an der **embryopathischen Indikation** zum Schwangerschaftsabbruch berechtigt ist oder nicht, kann hier dahin stehen, weil der Mehrheitsbeschluss zu dieser Kritik gar nicht Stellung nimmt. Sofern damit eine neuerliche Debatte über die strafrechtliche Regelung der Abtreibung wegen embryopathischer Indikation initiiert werden sollte, könnten wir uns diesem Appell nicht anschließen. Auch die embryopathische Indikation des StGB beruht nicht auf einem diskriminierenden Werturteil zwischen behinderten und nicht behinderten Kindern, sondern auf einem Respekt der Rechtsordnung vor der **individuellen Entscheidung der Frau** darüber, ob sie sich einem Leben mit der schweren Behinderung eines Kindes gewachsen fühlt oder nicht.

Die Rechtsordnung berücksichtigt die **schwere Konfliktlage, in der sich eine Frau befindet**, die erfährt, dass das Kind, das sie erwartet, wahrscheinlich schwer geschädigt sein wird. Dies beinhaltet aber kein abwertendes Urteil über geborene Menschen, die mit einer solchen Behinderung leben. Der tragende Grund für die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruches ist auch bei der embryopathischen Indikation nicht primär die Krankheit oder Behinderung des Ungeborenen, sondern der Umstand, dass das Ungeborene nicht dem vollen Lebensschutz der Geborenen unterliegt.

16. Dass der **Zusammenhang zwischen der Haftung für unerwünschte Geburt und der Abtreibungsfrage** vom Mehrheitsvotum aufgezeigt wird, erscheint freilich aus einem anderen Grund zutreffend. Gewiss können Untersuchungen einer Schwangeren und der Leibesfrucht ganz unterschiedliche Zielsetzungen aufweisen. Primär dienen sie zweifellos der gesundheitlichen Vorsorge; es können aber auch andere Ziele hinzutreten. Aus rechtlicher Sicht kommt es letztlich darauf an, welche Untersuchungen mit welchen diagnostischen Zielsetzungen im konkreten Fall vereinbart wurden. Gerade bei Maßnahmen der pränatalen Diagnostik wird die Vertragsauslegung jedoch typischerweise zum Ergebnis führen, dass die Frau auf diese Weise auch eine Hilfe für die Entscheidung sucht, ob sie die Schwangerschaft fortsetzen soll oder nicht.

Wäre der Schwangerschaftsabbruch rechtswidrig – wie dies mitunter behauptet wird –, dann könnten derartige Diagnosemaßnahmen nicht Inhalt eines gültigen Behandlungsvertrages werden, da sie auf die Vorbereitung einer rechtswidrigen Handlung abzielten. Folglich könnten auch Verletzungen von Sorgfalts- oder Aufklärungspflichten keine Schadenersatzpflicht aus dem Titel einer Vertragsverletzung auslösen. Die Vereitelung der Verhinderung einer „unerwünschten“ Geburt wäre vielmehr die ethisch und rechtlich positiv zu bewertende Verhinderung einer rechtswidrigen (wenn auch nicht strafbaren) Tat.

17. Es bestehen gute Gründe für die Annahme, dass zumindest manche der in der öffentlichen Diskussion erhobenen Einwände gegen die Haftung wegen „wrongful birth“ auf eben dieser (rechtswidrigen) Bewertung des Schwangerschaftsabbruches aufbauen. Das ist in sich schlüssig, entspricht aber nicht der Rechtslage. Denn nach ganz herrschender Rechtsprechung und Lehre ist die embryopathische Indikation als Rechtfertigungsgrund anzusehen. Ihre Durchführung ist also, genauso wie die

Sterilisation oder jeder andere indizierte medizinischer Eingriff auch, eine **rechtmäßige und erlaubte Handlung** und nicht bloß „straffrei“.

18. Anerkennt man auf dem Boden der geltenden Rechtsordnung und im Rahmen der durch das Strafrecht gezogenen Grenzen diese **Entscheidungsfreiheit der Frau** in ihrer schweren Konfliktlage über die Fortsetzung der Schwangerschaft, dann ist aber nicht einzusehen, weshalb ärztliches Fehlverhalten im Zusammenhang vorangehender Pränataldiagnosen von zivilrechtlicher Haftung insgesamt befreit sein sollte. Die Verletzung eines auf die Durchführung einer pränatalen Diagnose abzielenden Vertrages kann also zu Schadenersatz verpflichten. Wer das unter Hinweis auf die rechtliche Verpöntheit der Abtreibung in Frage stellen möchte, der richtet sich nur vordergründig gegen die haftungsrechtlichen Folgen, im Kern jedoch gegen die Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs aus embryopathischer Indikation und der Pränataldiagnostik insgesamt.
19. Freilich ist **kein Arzt gezwungen**, an einem rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch oder an seiner Vorbereitung mitzuwirken (§ 97 Abs 2 StGB). Wenn er aber diese Mitwirkung freiwillig übernimmt, dann hat er sie ordnungsgemäß und **mit aller Sorgfalt** zu besorgen. Ebenso wenig gibt es eine **rechtliche Obliegenheit** der Schwangeren, zum Zwecke einer etwaigen Schadensminderung einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen.

3. Schwangerschaft ist keine Krankheit

20. Dass die Schwangerschaft als solche weder eine Krankheit noch ein therapiebedürftiger Zustand ist, erscheint auch uns evident. Die Gerichte habe eine derartige Qualifikation der Schwangerschaft als „Krankheit“ jedoch gar nicht vorgenommen. Die Erheblichkeit dieser Feststellung ist für uns im vorliegenden Zusammenhang daher nicht nachvollziehbar.
21. Sollte sich hinter dieser Feststellung allerdings die unausgesprochene Kritik daran verbergen, dass der Oberste Gerichtshof im Zusammenhang mit Untersuchungen bei einer Schwangeren gelegentlich von der „**Patientin**“ spricht (zB 5 Ob 165/05h), so handelt es sich unseres Erachtens wieder um ein rein semantisches Problem, das mit den in den Entscheidungen zu klärenden Rechtsproblemen und den dahinterstehenden Wertungsfragen nichts zu tun hat. Den Gerichten kann die Verwendung des Begriffs „Patientin“ auch nicht ernsthaft zum Vorwurf gemacht werden, da die Rechtsordnung den Begriff des „Patienten“ auch sonst in einem ganz neutralen Sinn verwendet: Er bezeichnet üblicherweise jede Person, die Leistungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens in Anspruch nimmt (vgl zB Art 1 Abs 2 der Patientencharta), ohne dass damit eine Aussage über einen Leidenszustand oder die Krankheitswertigkeit jenes Zustandes verbunden ist, der die ärztlichen Leistungen erforderlich macht.

4. Ärztliche Aufklärung

22. Manche der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes wurden auch – und von Ärzten überwiegend – unter dem Gesichtspunkt der **ärztlichen Aufklärungspflicht** diskutiert: Genügt es, wenn der Arzt eine Patientin mit den Worten: „Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz!“ und Übergabe eines Überweisungsscheines auf die Notwendigkeit

weiterer Untersuchungen hinweist oder muss er, wie der Gerichtshof in seiner Entscheidung meint, der Patientin auch die „erkennbaren Gefahren ... schildern und klar aussprechen, welche Folgen die unterlassene Abklärung in der Risikoambulanz haben kann“? (5 Ob 165/05h) Muss der Arzt nach einer Vasektomie den Patienten ausdrücklich darauf hinweisen, dass er vorerst noch andere Methoden der Empfängnisverhütung anwenden muss, solange nicht zwei Kontrolluntersuchungen den endgültigen Erfolg der Sterilisation bestätigt haben, oder ist ein solcher konkreter Hinweis nicht erforderlich? (6 Ob 101/06f)

23. Die Frage nach der Intensität der Aufklärungspflicht hängt mit der grundsätzlichen Problematik der Haftung für unerwünschte Geburt nicht notwendig zusammen. Beide Aspekte sollten daher getrennt diskutiert werden. Man kann die Anforderungen, die diese Entscheidungen an die „Aufklärungspflicht“ stellen, nur dann angemessen würdigen, wenn man sich von Anfang an vor Augen hält, dass die Entscheidungen zur unerwünschten Geburt **gänzlich untypische Fälle** der ärztlichen Aufklärung betreffen.
24. Das Ziel der ärztlichen Aufklärung ist einerseits die Bereitstellung kurativ notwendiger Beratung und Information („therapeutische Aufklärung“), andererseits die Vermittlung jener Informationen (zB über Risiken, Nebenwirkungen und Behandlungsalternativen), die für eine **wirksame Einwilligung** in eine (unabhängig von der Aufklärung notwendige oder nützliche) Heilbehandlung erforderlich sind („Selbstbestimmungsaufklärung“). Die Selbstbestimmungsaufklärung, die in der bisherigen zivilgerichtlichen Rechtsprechung meist im Vordergrund steht, dient – rechtlich gesehen – der Vermeidung einer eigenmächtigen und damit rechtswidrigen (strafbaren – § 110 StGB – oder zivilrechtliche Haftung auslösenden) Heilbehandlung (typischerweise eines Eingriffs). In diesem Kontext geht es also primär um Heilen und Behandeln, die Aufklärung ist nur eine Nebenpflicht des Arztes.

In diesen Fällen ist es ständige Rechtsprechung, dass „der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht ... in erster Linie unter dem Gesichtspunkt des **Wohles des Patienten** abzugrenzen ist und erst in zweiter Linie auch unter Bedachtnahme auf sein Selbstbestimmungsrecht“ (6 Ob 258/00k) und dass weiters „die Aufklärungsanforderungen ... nicht überspannt werden (dürfen)“ (RIS-Justiz RS0026362). Das lässt zwar die entscheidende Frage, wo die Grenze zur „Überspannung“ verläuft, offen, zeigt aber immerhin, dass der Rechtsprechung eine angemessene Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und dem Prinzip ärztlicher Fürsorge zugrunde liegt.

25. Ganz anders als bei der Selbstbestimmungsaufklärung liegt der Fall hingegen bei der **Untersuchung einer (gesunden) Schwangeren**, sofern diese Untersuchung – was im Einzelfall durch Vertragsauslegung zu klären ist – auch die pränatale Untersuchung auf kindliche Schädigungen einschließen soll. Hier ist die Aufklärung über den Zustand des Fötus oder über die Notwendigkeit einer weiteren Abklärung nicht bloße Nebenpflicht als Voraussetzung der wirksamen Einwilligung in eine Heilbehandlung, sondern **Hauptinhalt des ärztlichen Behandlungsvertrages**. Mit Recht kann daher mit dem OGH angenommen werden, dass die Mutter durch derartige Untersuchungen unter anderem auch eine **Entscheidungshilfe für oder gegen das Kind** sucht und gerade auch deshalb Aufklärung über den körperlichen Zustand ihres Kindes erlangen will (vgl 1 Ob 91/99k, 5 Ob 165/05h). Der Arzt, der die mögliche Aufklärung unterlässt, verstößt daher gegen seine Vertragspflicht.

26. Aus dieser unterschiedlichen Bedeutung, die die Aufklärungs- und Informationspflichten des Arztes im jeweiligen Sachzusammenhang haben, folgen auch **Unterschiede in Umfang und Intensität der geschuldeten Aufklärung**. Tendenziell wird dort, wo die Aufklärung Hauptinhalt des Vertrages ist und es nicht um die Durchführung einer unabhängig von der Information des Patienten notwendigen Heilbehandlung geht, die Pflicht zur Information des Patienten größer sein. Dies gilt auch und gerade im Bereich der pränatalen Diagnostik.
27. Das entbindet die Frau aber nicht von ihrer Verantwortung, wenn sie die ärztlichen Informationen und Ratschläge unberücksichtigt lässt. Wenn nach der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom März 2006 (5 Ob 165/05h) sogar die ausdrückliche Überweisung an eine Risikoambulanz den Arzt dennoch nicht von seiner Haftung befreit, dann könnten darin in der Tat Anzeichen für eine kritikwürdige **Überspannung** der Informationspflichten gesehen werden. Anzuführen ist freilich, dass die entscheidende Frage nach einem allfälligen Mitverschulden der (die Zuweisung des Arztes missachtenden) Frau in der erwähnten Entscheidung von den Gerichten wegen eines Vergleichs der Parteien gar nicht beantwortet wurde.
28. Unabhängig davon, welche Anforderungen man an die Intensität der Aufklärung bei der Pränataldiagnostik stellt, lassen sich aus den gerichtlichen Entscheidungen zur unerwünschten Geburt jedenfalls **keine direkten Schlüsse** auf die Anforderungen an die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Heilbehandlungen ziehen. Die Entscheidungen sollten daher **nicht** durch eine vorschnelle Verallgemeinerung **überbewertet** werden. Dass solche unrichtigen Schlussfolgerungen mitunter dennoch gezogen werden, ist jedenfalls nicht der Rechtsprechung anzulasten und sollte durch verstärkte – und sachliche – **Information gegenüber der Ärzteschaft** klargestellt werden.
29. Umso weniger dürften Bedenken gegen eine allzu strenge Formulierung von Aufklärungspflichten im Rahmen der Pränataldiagnostik gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des Schadenersatzrechts in diesem Bereich ins Feld geführt werden. Dass die Maßstäbe für die gebotene Sorgfalt und den Umfang der Aufklärung nicht ex-ante und generell-abstrakt standardisiert werden können, sondern immer erst der kontextgebundenen Konkretisierung bedürfen (die ihrerseits einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung im Streitfall unterliegt), ist ein **allgemeines Phänomen der Fahrlässigkeitshaftung**. Der Ruf nach einer Sonderlösung für die Arzthaftung im allgemeinen oder die Haftung für fehlerhafte Pränataldiagnostik im besonderen lässt sich aus diesem Befund hingegen nicht ableiten.
30. Wie zu den ärztlichen Sorgfaltspflichten allgemein wäre aber eine **grundsätzliche Diskussion** der ärztlichen Aufklärungspflicht und der von der Rechtsprechung an ihre Verletzung geknüpften zivilrechtlichen Haftung durchaus angezeigt. Auch sie sollte jedoch nicht anhand des Sonderproblems der unerwünschten Geburt geführt werden, sondern müsste sämtliche Bereiche des ärztlichen Handelns umfassen.

5. Sozialpolitik

31. Der Vorschlag, die Fälle der unerwünschten Geburt eines behinderten Kindes generell aus dem Schadenersatzrecht auszunehmen und sozialpolitisch zu lösen, indem behinderten Menschen und ihren Angehörigen der mit der Behinderung verbundene

Mehraufwand umfassend von der öffentlichen Hand ersetzt wird, bedarf einer differenzierten Bewertung.

32. Eine großzügige staatliche Unterstützung behinderter Menschen ist **mit Nachdruck zu befürworten**. Durch eine solche Maßnahme könnte die staatliche Gemeinschaft am wirkungsvollsten zum Ausdruck bringen, dass sie das Leben behinderter Menschen als wichtig und wertvoll betrachtet. Die Notwendigkeit sozialpolitischer Maßnahmen zur wirkungsvollen Unterstützung behinderter Menschen besteht jedoch ganz unabhängig vom Problem der ärztlichen Haftung für Behandlungsfehler, die zu einer unerwünschten Geburt führen. Sie sollten und müssten vielmehr **generell** erfolgen. Denn selbstverständlich hat ein behindertes Kind das gleiche Anrecht auf Unterstützung, wenn es behindert geboren wird, ohne dass dies vorhergesehen werden konnte, oder wenn die Mutter keine pränatale Diagnostik hat vornehmen lassen, weil sie aus ethisch achtbaren Gründen einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich ablehnt.
33. Eine sozialpolitische Lösung könnte jedoch Anlass sein, die **Voraussetzungen der Arzthaftung** bei einer verschuldeten unerwünschten Geburt grundlegend zu überdenken. Denn wenn es großzügige staatliche Leistungen gibt, die den Mehraufwand einer Behinderung im Wesentlichen abdecken, dann stellt sich die Interessenlage eines Patienten, der eine Sterilisation, oder einer Frau, die eine pränatale Behinderungsabklärung will, grundlegend anders dar.
34. Bis zur Schaffung einer solchen umfassenden Lösung im Sozialrecht besteht jedoch **kein hinreichender Grund**, Schadenersatzansprüche wegen „unerwünschter Geburt“ **gesetzlich auszuschließen** oder einzuschränken. Entsprechende Gesetzesinitiativen, wie sie derzeit in parlamentarischer Beratung sind (vgl den Gesetzesvorschlag 46/A vom 26. 11. 2006), sind daher abzulehnen. In Bezug auf bereits entstandene Ersatzansprüche würde ein derartiger gesetzlicher Haftungsausschluss auch den Vorwurf eines unverhältnismäßigen und damit verfassungswidrigen Eingriffs in das Eigentumsrecht auf sich ziehen (vgl die Verurteilung Frankreichs durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in den Fällen Draon und Maurice vom 6. 10. 2005).

UnivProf Dr Holger Baumgartner
UnivProf Dr Helmut Fuchs
UnivProf DDr Christian Kopetzki
