

# „Ein behindert geborenes Kind ist kein Schaden!“

## Eine Logelei über Wrongful Birth

GEORG WILHELM

In der Rechtspolitik wird durch „Plausibilität“ gewonnen: Die *lex ferenda* muss nicht vernünftig *sein*, muss der Menge nur vernünftig *scheinen*, auch wenn sie der reine Aberwitz ist, der Gott weiß was verdeckt (Lobbyismus?). Wie wird solcher Schein *gemacht*? Man schwingt einen Gemeinplatz, der sich zum allgemeinen Glauben gemausert hat (Verweigerung ist Häresie), und stellt die *lex ferenda* durch Widerspruch niederwalzendes Perorieren als notwendige Folge des Gemeinplatzes dar: Auch wenn's nicht stimmt, gewinnt man viele, weil die wenigsten zuhören; den Rest zwingt Nachahmung, der Kontaktkleber der Masse. Ich meine, es ist keine Garantie, aber immer den Versuch wert: Parteien-Alltag.

Jüngst hat die Frau Justiz-Ministra mit der Aussage aufgehörtchen lassen: „Ein behindert geborenes Kind ist kein Schaden!“ (Ein uralter topos aus dem Hinterwald, klerikales Urgestein, x-mal als inhaltslose Phrase erwiesen durch OGH, BGH, Schweizer BG). Andere kläfften dem topos nach. Was war bezweckt? Den Entwurf des „Schadenersatzrechts-Änderungsgesetzes 2011“ zu promoten – welcher Name für ein Gesetz, das den Schadenersatz nur darin abändert, dass es einer Mutter, die ein schwerst behindertes Kind zur Welt gebracht hat, den Schadenersatz wegen vermehrten Unterhaltsaufwands verweigert, den ihr gesicherte Rsp (auch in der BRD, auch in der Schweiz) gewährt, wenn die Behinderung der Leibesfrucht bei pränataler Untersuchung nicht erkannt, die ärztliche Aufklärungspflicht fahrlässig (!) verletzt wurde. Grauensvolle Realität: Der Fötus hatte weder Arme noch Beine, bei keiner Schwangerschaftsuntersuchung entdeckt, fast unglaublich! Wir aber glauben der Mutter, sie hätte, wenn aufgeklärt, abgetrieben. Um solche Fälle geht es. Sie umzubiegen, will die Ministra nun § 1293 ABGB durch einen Abs 2 ins Gegenteil konkretisiert haben:

Abs 1: „Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ (*wie bisher*)

Abs 2: „Aus dem Umstand der Geburt eines Kindes kann niemand Schadenersatzansprüche geltend machen. Ausgenommen davon sind Schadenersatzansprüche aus einer Verletzung des Kindes während der Schwangerschaft oder der Geburt.“

Dazu die Erl: „Nach geltendem Recht kann die Geburt behinderter Kinder Schadenersatzansprüche auslösen, auch wenn das Verhalten des behandelnden Arztes eine Behinderung nicht schuldhaft herbeigeführt hat. Diese Rechtslage führt zu dem unerträglichen Ergebnis, dass ein behindert geborenes Kind als Schaden angesehen wird. Dies beeinträchtigt die Würde behinderter Menschen.“

Man muss den Frauen klarmachen, welcher faulen Stammtisch-Sprechblase sie zum Opfer gebracht werden sollen, einer Sprechblase, die, ich will nicht wissen aus welchen Gründen, den Schadensbegriff und persönlichkeitsrechtliche Grundwertungen ausschalten will. Erstens kann das als behindertes entstandene Kind *sich selbst nie Schaden sein* („wrongful life“), weil Schaden stets ein Objekt ist in Beziehung auf ein mit dem Objekt nicht identes Subjekt, den Geschädigten eben. Aber das Kind kann auch *nie ein*

*Schaden der Eltern sein*, weil es abermals § 1293 aF/nF nicht erfüllt: Es ist von der *Person* der Eltern verschieden, nicht Bestandteil ihres *Vermögens*, nicht Gegenstand ihrer *Rechte*. Ward dies zugunsten des geliebten topos verdrängt? Wenn also dem Kind a priori nie die Eigenschaft zukommen kann, ein „Schaden“ zu sein, so kann das Unmögliche auch nicht daraus folgen, dass der Unterhalts(mehr)-aufwand als Schaden der Eltern gesehen und ersetzt wird. *Bedingung* fremden Schadens zu sein heißt nicht, selbst Schaden sein. Kleiner Exkurs ins Umgekehrte: Wenn mein Unterhaltsschuldner umgebracht wird, so ist nicht sein Tod mein Schaden, sondern der Entgang von Unterhalt wegen seines Todes.

Aber weg von der Sprechblase, einen Schritt in die Tiefe! Die Unterhaltspflicht der Mutter ist nur die Spitze ihres Schadens. Ihr realer Schaden, später allenfalls zum rechnerischen Schaden konkretisiert, ist: Der Arzt hat sie durch Nichtaufklärung um die Möglichkeit einer Disposition gebracht, die, über ihre immaterielle Bedeutung hinaus, auch Vermögensfolgen gehabt hätte, die jetzt unerreichbar geworden sind. Die versäumte Disposition wäre die embryopathisch indizierte Abtreibung gewesen, deren Rechtmäßigkeit nicht in Zweifel steht. Ist die Fremdbestimmung als Folge der versäumten Abtreibung ein ersatzfähiger Schaden? Das hängt davon ab, ob zwischen ihr und der ärztlichen Aufklärungspflicht ein *Rechtswidrigkeitszusammenhang* besteht? Hundertmal ja! Wenn die Ultraschalldiagnose der Mutter (auch) Klarheit über irreversible schwerste Behinderungen des Fötus verschaffen soll (erwählter Fall: Fehlen jeder Extremität), dann hat die Aufklärungspflicht, deren Erfüllung die Ultraschalluntersuchung dient, natürlich den Schutzzweck, der Schwangeren Gelegenheit zur Abtreibung zu geben (was sonst?). Dann ist bei verfehlter Klarstellung die Mutter so zu stellen, als wäre sie aufgeklärt worden, mit allen Folgen daraus. Die Frage kann – bei embryopathischer Indikation! – nur sein, welchen Grad die Embryopathie erreichen muss. Die Haftung für Aufklärungsfehler hängt allein von der Rechtmäßigkeit der versäumten Abtreibung ab; es ist sach-, dh gleichheitswidrig, in disparater Entscheidung der Haftungsfrage die Zulässigkeit der Abtreibung von hinten herum wieder in Frage zu stellen. Natürlich ist ein behindert geborenes Kind kein Schaden! Aber ein behindertes Kind zu instrumentalisieren, um Minderkundigen die Zustimmung zu ganz was anderem zu suggerieren, ist eine Perfidie.

In Parenthese: Auch die Schwangere, die Drillinge gebiert, nachdem ihr der fahrlässig erhobene Befund Zwillinge mitgeteilt ward, kann um die Möglichkeit rechtmäßiger Abtreibung gebracht sein und, wenn das der Fall war und sie sich für Abtreibung entschieden hätte, Schadenersatz begehren. Das Problem reicht also weit über das behindert geborene Kind und den § 1293 Abs 2 Entw hinaus.

Der Entwurf hält nichtsdestotrotz an der Pflicht zur Aufklärung auch über schwerste Behinderung fest. Diese *lex* ist so imperfect, dass zur Befolgung auch die Attrappe eines Ultraschallgeräts genügt.

**Anm: Tiefstes Mitgefühl den Legisten, die wussten, was sie taten, aber nicht anders konnten.**