

Vortrag: Kind als Schaden. Arzthaftung im Kontext der pränatalen Diagnostik

Von Ulrike Riedel, Staatssekretärin a.D., Rechtsanwältin, Berlin

(Gemeinsame Tagung von St. Virgil Salzburg, Aktion Leben Österreich, Katholische Aktion Österreich zum Thema „Spätabtreibung – zur Diskussion um die embryopathische Indikation in Österreich“

in St. Virgil, Salzburg am 3./4. Februar 2006

Die Handlungsmöglichkeiten der modernen Medizin werden, auch im Bereich der Pränatalmedizin, ständig erweitert. Was früher dem Zufall überlassen war, ist heute Gegenstand medizinischer Hilfeleistung (wie die medikamentöse Empfängnisverhütung, Sterilisation, Pränataldiagnostik). Damit wird ärztliche Hilfeleistung im höchstpersönlichen Bereich der Fortpflanzung zum Gegenstand von ärztlichen Behandlungsverträgen und von berufsrechtlicher Haftung.

Behandlungsfehler können hier weitreichende wirtschaftliche Folgen bis hin zu lebenslangen Unterhalts- und Einstandspflichten der Eltern für unerwünschte Kinder auslösen. Genau darum geht es bei der Problematik des „Kind als Schaden“. Hinter dem Schlagwort verbirgt sich eine komplexe rechtliche Problematik, die das allgemeine Vertragsrecht, das Familienrecht, das Strafrecht und Verfassungsrecht unmittelbar betrifft. Die rechtlichen Fragen und Probleme hierzu gleichen sich im deutschen und österreichischen Recht. In Österreich ist vor allem auf die Grundsatzentscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 25. 5. 1999 zu verweisen¹. Darin geht es um die Haftung eines Arztes und einer Klinik für Kindesunterhalt, weil im Ultraschall die schweren Fehlbildungen des Kindes nicht diagnostiziert worden waren, obwohl sie nach dem Stand der medizinischen Erkenntnisse und Technik erkennbar waren. Die Eltern konnten im Verfahren nachweisen, dass bei richtiger Diagnose und Aufklärung ein Abbruch der Schwangerschaft aufgrund

¹ OGH 1 Ob 91/99k = OGH JBI 1000, 593 ff.

embryopathischer Indikation vorgenommen worden wäre. Der OGH bejaht den Anspruch der Eltern auf Ersatz von Unterhaltsaufwendungen für das Kind. Zur Begründung bezieht er sich wesentlich auf die ständige Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH), allerdings im Ergebnis mit zwei rechtsethisch bedeutsamen Abweichungen. Auf diese komme ich noch zu sprechen.

Zunächst zur dt. Rechtsprechung²: Hier ging es zunächst um Fälle, bei denen es nach mangelhaft ausgeführter Sterilisation zur Geburt eines gesunden Kindes kam. Diese Fälle prägten die Rechtsprechung in den 80er Jahren, sie spielen heute aufgrund der Verbesserung der Technik der Sterilisation und verbesserter Aufklärung der Patientinnen über unvermeidbare Versagerquoten nach Sterilisationen³ kaum noch eine Rolle. Weiter ging es um Fälle, bei denen Eltern aufgrund einer genetischen Beratung zur Zeugung eines Kindes veranlasst worden waren, das Träger der genetischen Krankheit war, die der Arzt in der genetischen Beratung ausgeschlossen hatte.

Bei all diesen Fällen ging es um ärztliches Fehlverhalten vor Zeugung eines – gesunden oder genetisch vorgeschädigten - Kindes. Das ist anders bei der fehlerhaften Pränataldiagnostik (PND) in der Schwangerschaftsbetreuung. Hier geht es um die Haftung des Arztes für die Geburt eines zum Zeitpunkt des ärztlichen Fehlverhaltens bereits gezeugten Kindes, das so auf die Welt gekommen ist, wie es sich natürlich im Mutterleib entwickelt hat. Arzt und Ärztin haften hier nicht für die Schädigung des Kindes, sondern für das Unterbleiben eines Schwangerschaftsabbruches. Dies sind die rechtsethisch besonders problematischen Fälle, um die es im Folgenden gehen soll.

Zunächst zu den allgemeinen rechtlichen Grundlagen der Arzthaftung: Zwischen behandelndem Arzt und Patientin besteht – sowohl bei Privat-

² Siehe insgesamt hierzu: Ulrike Riedel, Kind als Schaden – Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kinderunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, Frankfurt a.M 2003

³ Es kommt in nicht wenigen Fällen auf natürlichem Wege zur Wiederherstellung der Fruchtbarkeit, sog. Rekanalisationen

als auch bei Kassenpatienten - ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis. Arzt und Ärztin schulden jeder Patientin eine fachgerechte Behandlung (das schließt Diagnostik, Aufklärung und Beratung ein) nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Was ärztliche Kunst ist, bestimmt sich nach dem aktuell anerkannten Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft. Es kommt darauf an, was sich in dem jeweiligen Fachgebiet als Behandlungsstandard durchgesetzt hat⁴. In der Praxis der Schwangerenbetreuung hat sich die Ultraschalldiagnostik (mit ggf. daraus folgender weitergehender invasiver Diagnostik) zur Ermittlung von Entwicklungsstörungen und Fehlbildungen des ungeborenen Kindes mittlerweile – in Deutschland wie in Österreich – durchgesetzt. Unterläuft dem Arzt hier ein vermeidbarer Fehler, hat er der Patientin den immateriellen Schaden (Schmerzensgeld) und den wirtschaftlichen Schaden, der aus seiner Pflichtverletzung folgt, zu ersetzen. Die Patientin ist durch Geldersatz so zu stellen, als wenn der Arzt sich fachgerecht verhalten hätte.

Wie aber wird der Nachteilsausgleich bei der Geburt eines Kindes infolge ärztlichen Fehlverhaltens ermittelt? Hier kommt das Familienrecht ins Spiel: die Eltern schulden ihrem Kind neben der tatsächlichen Pflege und Erziehung auch den materiellen Unterhalt. Ist also dieser Unterhalt vom haftenden Arzt zu ersetzen? Kann die Existenz eines Kindes Anknüpfungspunkt für einen Anspruch auf Ersatz des Kindesunterhaltes sein, wenn also ohne den ärztlichen Fehler kein Kind geboren worden wäre oder müssen hier aus rechtsethischen Gründen andere Maßstäbe gelten? Wird die Menschenwürde eines Kindes dadurch verletzt, dass sich die Eltern⁵ den Kindesunterhalt von dem Arzt ersetzen lassen, der die Geburt des Kindes verursacht hat?

⁴ In Deutschland ergibt sich dieser Standard z.B. aus den Mutterschaftsrichtlinien, die auf der Grundlage des SGB V vom Bundesausschuss Ärzte und Krankenkassen (neuerdings heißt er: gemeinsamer Bundesausschuss) erlassen werden. Sie legen die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche ärztliche Betreuung in der Schwangerschaft im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung fest.

⁵ Der dem Kind unterhaltspflichtige Ehemann ist nach der Rechtsprechung in den Behandlungsvertrag einbezogen und hat daher neben der Mutter einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Arzt.

Die Gerichte in Deutschland lehnten die Haftung des Arztes für den Kindesunterhalt zunächst aus grundsätzlichen Erwägungen überwiegend ab⁶. Ein solcher Anspruch widerspreche christlich-humanistischen Kulturvorstellungen und verletze die Menschenwürde des Kindes. Ein Kind sei Wertverwirklichung und könne kein Schaden sein.

Der BGH hob diese Urteile jedoch auf. Er erkannte den Unterhaltschadensersatz an, wenn infolge einer vermeidbaren Pflichtverletzung des Arztes ein Kind geboren wurde, das ohne den Behandlungsfehler nicht auf die Welt gekommen wäre. Das gilt in gleicher Weise für ein gesundes, krankes oder behindertes Kind. Es wäre, so der BGH, ein gravierender Eingriff in das Gefüge des vertraglichen Interessenausgleiches zwischen Arzt und Patientin, wenn der Arzt von den haftungsrechtlichen Konsequenzen einer schuldhaften (d.h. vermeidbaren) Verletzung vertraglicher Pflichten freigestellt würde. Sterilisation, genetische Beratung vor Zeugung und die Pränataldiagnostik zur Feststellung von Entwicklungsstörungen und Fehlbildungen des Kindes seien unzweifelhaft heute zulässige medizinische Maßnahmen. Übernahme der Arztvertraglich eine solche Maßnahme, so müsse er den Vertrag auch ordnungsgemäß erfüllen. Unterlaufe ihm ein vorwerfbarer Fehler, so habe er den Schaden zu ersetzen.

Diese Rechtsansicht hat auch vor dem dt. Bundesverfassungsgericht gehalten, wenngleich nach erbitterter Kontroverse zwischen den beiden Senaten des Gerichtes. Der für Normenkontrollverfahren zuständige Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichtes hatte in seinem bekannten Urteil zum Gesetz zur Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch von 1993 festgestellt: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins

⁶ Dies sind v.a. die zwei Urteile vom 18. 03. 1980 (NJW 1980, 1450 ff. und 1453 ff.) zur Geburt eines gesunden Kindes nach mangelhafter Sterilisation; das Urteil vom 18. 01. 1983 (NJW 1983, 1371) betreffend die Geburt eines Kindes, das nach fehlerhaft nicht erkannter Röteln-Infektion der Schwangeren schwer behindert geboren wurde; das Urteil vom 22. 11. 1983 (NJW 1984, 658) betreffend die Geburt eines Kindes mit einem Down-Syndrom nach fehlerhafter Beratung der 39-jährigen Mutter über ihr Altersrisiko. Ein weiteres Grundsatzurteil erging am 16. 11. 1993 (NJW 1994, 788) zur falschen genetischen Beratung vor der Zeugung. Siehe umfassend zur Darstellung und Bewertung der Rechtsprechung: Ulrike Riedel, Kind als Schaden, Die höchststrich-terliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, Frankfurt a.M. 2003

eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG – Unantastbarkeit der Menschenwürde) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen⁷. Er begründet dies mit der „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten“ und forderte die Gerichte zur Revision ihrer Rechtsprechung auf. Allerdings war diese Äußerung nicht Teil der tragenden Gründe des Urteiles und damit im strengen Sinne rechtlich nicht bindend. Der BGH hielt sich daher nicht daran und setzte seine ständige Rechtsprechung unbeirrt fort. 1997 bestätigte dann der andere (Erste) Senat des Bundesverfassungsgerichtes, der für Verfassungsbeschwerden zuständig ist, auf die Beschwerde von verurteilten Ärzten hin die ständige Rechtsprechung des BGH. Er stellte fest, dass die Menschenwürde des Kindes durch die Rechtsprechung des BGH nicht verletzt werde⁸. Die personale Anerkennung des Kindes beruhe nicht auf der Übernahme von Unterhaltspflichten durch die Eltern. Schadensersatz werde nicht für die Existenz des Kindes, sondern nur für die durch seine Existenz ausgelöste Unterhaltsverpflichtung gezahlt. Das bürgerliche Recht begründe auch in anderen Fällen schadensersatzrechtliche Beziehungen zwischen einem unterhaltspflichtigen Familienmitglied und einem Schädiger, ohne dass dies als Persönlichkeitsverletzung des Kindes angesehen würde.

Soweit zum Verfassungsrecht. Schadensersatz für Unterhaltsaufwendungen setzt nach dem allgemeinen Vertragsrecht aber zusätzlich voraus, dass die Vermeidung von wirtschaftlichen Belastungen durch die Geburt des Kindes, das bei fachgerechtem ärztlichen Tun nicht auf die Welt gekommen wäre, vom konkreten Inhalt bzw. dem Schutzzweck des Behandlungsvertrages umfasst ist⁹. Hier meinen der (österreichi-

⁷ BVerfGE 88, 203 ff., NJW 1993, 1751, Leitsatz 14

⁸ BVerfGE 96, NJW 1998, 519

⁹ Das wäre z. B. dann nicht der Fall, wenn eine Sterilisation oder ein Schwangerschaftsabbruch erfolgt, um ein drohendes Gesundheitsrisiko der Frau durch die Schwangerschaft abzuwenden.

sche) OGH¹⁰ und der (deutsche) BGH übereinstimmend, dass auch die Vermeidung der Geburt eines vorgeschädigten Kindes, das bereits gezeugt ist, vom Schutzzweck eines Behandlungsvertrages in der Schwangerenbetreuung umfasst sein kann¹¹. Dies gilt allerdings nur im Rahmen rechtlich zulässiger Vertragsinhalte und –ziele. D.h., nur wenn der aufgrund fehlerhafter Beratung oder PND unterlassene Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig gewesen wäre, kann eine Haftung des Arztes für den unterbliebenen Abbruch in Frage kommen. Die zivilrechtliche Haftung des Arztes hängt also entscheidend vom Strafrecht ab.

Hier bietet das Österreichische Strafrecht mit der embryopathischen Indikation¹² eine nahezu uneingeschränkte legitimatorische Grundlage für die Arzthaftung infolge Geburt eines schwerbehinderten Kindes. Denn die Rechtmässigkeit¹³ des Abbruchs wird an keine andere Voraussetzung als das Vorliegen der Gefahr einer schweren körperlichen oder geistigen Schädigung des Kindes geknüpft.

¹⁰ OGH S. 597: „Eine zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Rechtslage differenzierende Betrachtungsweise verbietet sich ... schon aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung ...“. OGH S. 598: „Der Arzt ..., der an einer werdenden Mutter Ultraschalluntersuchungen vornimmt, muss davon ausgehen, dass die Mutter dadurch – soweit Behinderungen am werdenden Kind erkennbar sind – unter anderem auch eine Entscheidungshilfe für oder gegen das Kind sucht und gerade auch deshalb Aufklärung über den körperlichen Zustand ihres Kindes erlangen will. Der Arzt, der die mögliche Aufklärung unterlässt, verstösst daher gegen seine Vertragspflicht, die auch den Schutz vor Vermögensnachteilen infolge der unterwünschten, bei ordnungsgemässer Aufklärung unterbliebenen Geburt eines schwerstbehinderten Kindes umfasst. Unterläuft dem Arzt bei derartigen Untersuchungen ein Fehler, der zur sonst unterbliebenen Geburt eines behinderten Kindes führt, so erstreckt sich seine Haftung auf die Freistellung des Vertragspartners von wirtschaftlichen Belastungen, die u.a. durch den Behandlungsvertrag ... vermieden werden sollten. ...“

¹¹ Das gilt nicht automatisch für jeden Behandlungsvertrag mit einer Schwangeren, wie eine BGH-Entscheidung von 21. 12. 2004 – NJW 2005, 891 ff., zeigt. Der Behandlungsvertrag mit dem Hausarzt, den die Frau zur Abklärung eines Hautausschlages aufgesucht hat, umfasst nicht die Vermeidung wirtschaftlicher Belastungen durch ein aufgrund einer Rötelerkrankung schwer geschädigtes Kind, auch wenn die Frau im Laufe der Behandlung ihre Schwangerschaft erwähnt hat. Anders wäre dies bei Aufsuchung eines Facharztes zwecks Schwangerenbetreuung gewesen.

¹² § 97 Abs. 1 Nr. 2 lautet auszugsweise: Die Tat ist nicht nach § 96 (Verbot des Schwangerschaftsabbruches) strafbar, ... wenn ... eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde ...

¹³ Nach der überwiegenden Rechtslehre und dem Grundsatzurteil des OGH ist der Abbruch aufgrund embryopathischer Indikation nicht nur straflos, sondern rechtmässig.

In Deutschland wurde dagegen die embryopathische Indikation¹⁴ (deren Zulässigkeit zudem an die Einhaltung einer 22-Wochen-Frist gebunden war) 1995 in Folge der Einführung des Diskriminierungsverbotes für Behinderte im Grundgesetz abgeschafft. Ziel der Streichung war es, so die Gesetzesbegründung, dem Eindruck entgegenzuwirken, dass das Lebensrecht eines behinderten Kindes geringere Achtung genießt. Es sollte klargestellt werden, dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne. Allerdings heisst es in der Gesetzesbegründung auch, dass die Fälle der früheren embryopathischen Indikation von der medizinischen Indikation „aufgefangen“ werden sollten. Viele gingen daher damals davon aus, dass sich in der Rechtspraxis nichts ändern würde. Dem widerspricht aber eindeutig die gesetzliche Regelung. Ein Abbruch der Schwangerschaft ist nur noch rechtmässig¹⁵, wenn er unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um einer Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden und die Gefahr nicht auf eine andere zumutbare Weise abgewendet werden kann¹⁶ (Alternativlosigkeit muss festgestellt werden).

Es kommt also in Deutschland anders als in Österreich für eine Haftung des Arztes wegen nicht erfolgtem Schwangerschaftsabbruch nur noch auf die gesundheitliche Situation der Frau an. Das Vorliegen einer schweren Behinderung beim Kind, wie etwa Trisomie 21 begründet allein, ohne den Nachweis einer medizinischen Indikation bei der Frau, keine Rechtfertigung für einen Schwangerschaftsabbruch und damit keine Haftung des Arztes.

¹⁴ Die embryopathische Indikation des § 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB in der von 1976 bis 1995 geltenden Fassung hatte den Wortlaut: „... wenn dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind infolge einer Erbanlage oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann, ...

¹⁵ neben der kriminologischen Indikation, die in diesem Zusammenhang keine Rolle spielt

¹⁶ § 218 a Abs. 1 Nr. 2 StGB in der von 1976 bis 1995 geltenden Fassung und § 218 a Abs. 2 StGB in der ab 1. 10. 1995 geltenden Fassung

Ich halte die Regelung der embryopathischen Indikation des § 97 für verfassungsrechtlich problematisch, dies insbesondere nach Einführung des Verbotes der Benachteiligung Behinderter in Art. 7 Abs. 1 des Bundes-Verfassungsgesetzes in Österreich. Darin wird die Gleichbehandlung Behinderter mit Nichtbehinderten in allen Bereichen des täglichen Lebens „gewährleistet“. Das muss natürlich auch die Gleichbehandlung in allgemeingültigen Gesetzen einschließen. In § 97 StGB wird aber ganz offenbar dem nichtbehinderten Leben vor dem behinderten Leben der Vorzug gegeben, indem der Abbruch der Schwangerschaft in ersten Fall strafbar ist, im zweiten Fall nicht. Der Schutzanspruch ist grundlegend unterschiedlich. Dass dies Regelung das ungeborene Leben betrifft, ändert daran nichts. Denn die Regelung eines grundlegend differierenden strafrechtlichen Schutzanspruch zwischen behindertem und nichtbehindertem Leben hat auch Auswirkungen auf das geborene behinderte Leben.

In dem mit Spannung erwarteten ersten BGH-Urteil nach Abschaffung der embryopathischen Indikation¹⁷ wurde jedoch gleichwohl eine Ärztin zur Zahlung von Kindesunterhalt verurteilt (Fall Sebastian). Die Ärztin hatte die schweren Fehlbildungen (das Kind hatte praktisch keine Arme und Beine) nicht erkannt, obwohl diese nach dem Stand der Ultraschalldiagnostik eindeutig zu erkennen gewesen wären, oder jedenfalls der Frau nicht mitgeteilt, weil sie, wie sie später im Verfahren sagte, der Frau eine Abtreibung ersparen wollte. Zur Begründung der Haftung führte der BGH aus: In der Regel könnten die Lebensumstände nach der Geburt keine medizinische Indikation der Frau begründen. Der Behandlungsvertrag über die Schwangerenbetreuung könne daher auch grundsätzlich nicht den Schutz vor möglichen Unterhaltsbelastungen für ein Kind umfassen, da ein Abbruch der Schwangerschaft strafrechtlich nur wegen Gefährdung der Gesundheit der Mutter erfolgen dürfe. Anders sei es allerdings, so das Gericht, wenn sich im Einzelfall gerade die Belastung durch den späteren Kindesunterhalt negativ auf den Ge-

¹⁷ Urteil vom 18. 6. 2002, NJW 2002, 2636

sundheitszustand der Mutter auszuwirken drohe. In diesem Falle könne eine medizinische Indikation der Mutter vorliegen und dann sei auch der Schutz vor den Gefahren, die aus dem „Haben“ des Kindes resultieren und die Bewahrung vor Unterhaltsbelastungen vom Behandlungsvertrag umfasst. Das Vorliegen von schwerwiegenden Gesundheitsgefahren in Anbetracht der Unterhaltslasten für das schwer behinderte Kind konnten in dem konkreten Fall von der Mutter durch ärztliche Atteste nachgewiesen werden.

Der BGH war offenkundig bemüht, die Annahme einer medizinischen Indikation im Zusammenhang mit der Diagnose einer schweren Behinderung des Kindes grundlegend einzuschränken. Ob dies langfristig gelingt oder inwieweit es potentiellen Klägerinnen gelingen wird, mittels Sachverständigengutachten¹⁸ gesundheitliche Gefahren für sich durch die Sorge um ein krankes oder behindertes Kind zu konstruieren, ist offen. Derartige Gesundheitsgefahren dürften überwiegend psychischer Natur sein. Ihre Feststellung ist in hohem Maße von individuellen, subjektiven Faktoren abhängig, die kaum objektiv überprüfbar sind. Frauen, die sich als schwach und psychisch anfällig angesichts ihres behinderten Kindes darstellen, dürften einen Vorteil haben gegenüber Frauen, die mit der Behinderung ihres Kindes besser zurecht kommen.

Natürlich kann die neue Rechtslage nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Behinderung des Kindes der Anlass für einen Schwangerschaftsabbruch ist. Art und Schwere der Behinderung spielen nach wie vor eine wichtige Rolle bei der Prüfung der medizinischen Indikation bei der Frau, also bei der Frage, inwieweit sie gesundheitlich in der Lage ist, mit der Situation fertig zu werden. Aber die Behinderung darf nicht mehr den Ausschlag geben. Der automatische Schluss von der Schwere der Behinderung zur Indikation, wie er heute noch in Ö gilt, ist nicht mehr zulässig. Die neue Rechtslage hatte in Deutschland auch bereits ablehnende Urteile (von Oberlandesgerichten) zur Folge. Und es gibt in Deutschland seit der Änderung des § 218 a StGB kaum noch neue

¹⁸ so nun auch der BGH, NJW 2003, 3411

Schadensersatzverfahren wegen verpasstem Schwangerschaftsabbruch, wie aus den Schiedskommissionen der Ärztekammern verlautet. ES geht nur noch um eine abnehmende Zahl von Einzelfällen.

Inwieweit die Änderung des § 218a StGB zu einem tatsächlichen Rückgang von Spätabbrüchen geführt hat, ist mangels einer aussagekräftigen Statistik unklar. Aber sie hat zu einem Rückgang und Erschwernis der Schadensersatzklagen wegen verpassten Schwangerschaftsabbruch geführt.

Fördert aber die Rechtsprechung, die Schadensersatz für Unterhaltsaufwendungen gewährt, die Diskriminierung Behinderter? Die schadensrechtlich konsequente Betrachtungsweise gilt nach dt. Rechtsprechung gleichermaßen für unerwünschte, etwa nach fehlerhafter Sterilisation, geborene gesunde Kinder wie auch für die aufgrund einer Entwicklungsstörung schwerbehindert geborenen Kinder. Die Haftung knüpft nicht an die Behinderung des Kindes an, sondern gewährt – für eine behindertes wie ein gesundes Kind gleichermaßen – Schadensersatz¹⁹ für die materiellen Folgen einer ärztlichen Pflichtverletzung, wenn eine prognostische Beurteilung ergibt, dass ohne das ärztliche Fehlverhalten unter der Voraussetzung der Beachtung der Rechtsordnung kein Kind zur Welt gekommen wäre. Eine unterschiedliche Rechtsfolge bei gesunden und behinderten Kindern wurde von der dt. Rechtsprechung ausdrücklich abgelehnt, weil das Schadensrecht nur die Situation mit und ohne Kind vergleichen dürfe. Das gesunde wie das behinderte Kind konnten nur so auf die Welt kommen, wie sie geboren wurden. Aus den gleichen Gründen verbietet sich eine Beschränkung der Haftung auf den behinderungsbedingten Mehrbedarf. Es ist vielmehr der gesamte Unterhalt, Grund- und evt. Mehrbedarf für Behinderung auszugleichen, so der BGH. Denn der Vergleich des behinderten Kindes mit einem fik-

¹⁹ Bei Geburt eines gesunden unerwünschten Kindes hatte der BGH allerdings im Wege der Rechtsfortbildung eine Deckelung des geschuldeten Schadensersatzes auf die Sätze der RegelunterhaltsVO für nichteheliche Kinder (bzw. heute die RegelbetragsVO) vorgenommen, um zu verhindern, dass die Höhe des Schadensersatzes mit der Vermögenslage der Eltern mit wächst, was bei Anwendung des Familienunterhaltsrechtes der Fall wäre.

tiven gesunden Doppelgänger verbietet sich von vorneherein. Mit dieser Konstruktion wird eine Diskriminierung Behinderter vom rechtlichen Grundsatz her ausgeschlossen.

Der österreichische OGH kommt hier dagegen zu einem anderen Ergebnis. Er schließt sich der grundsätzlich anderen Ansicht an, dass die Unterhaltspflicht nicht von der personalen Existenz eines Kindes getrennt gesehen werden könne und eine Haftung des Arztes für Unterhalt dagegen grundsätzlich ausgeschlossen ist. Er kommt dann aber bei der Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes gleichwohl zu einer Haftung des Arztes für Unterhalt. Er begründet diese mit der außergewöhnlichen Belastung der Eltern und die Minderung des materiellen und immateriellen Lebensstandards der Familie durch das behinderte Kind. Dies alles könne ein vermögensmässiger Nachteil sein, weil sich Vor- und Nachteile bei der Existenz des behinderten Kindes nicht ausgleichen²⁰. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass nur ein behindertes unerwünschtes Kind als Anknüpfungspunkt für einen Schaden in Betracht kommt. Das ist wegen der damit einhergehenden Diskriminierung behinderten Lebens abzulehnen: wer davon ausgeht, dass die Unterhaltspflichten nicht von der Existenz des Kindes getrennt gesehen werden können, und das ist rechtsethisch begründbar, muss dies gleichermaßen für alle aufgrund eines Arztfehlers unerwünscht geborenen Kinder tun, da sonst implizit je nach Zustand des Kindes ein Unwert- oder Werturteil über das einzelne Kind abgegeben wird, für dessen Unterhalt der Arzt dann haftet, weil das Kind den Eltern Nachteile bringt, oder eben nicht haftet, weil es gesund ist²¹.

²⁰ OGH, S. 596, unter Bezug auf Koziol

²¹ Die Frage, ob nur der Mehrbedarf oder auch der Grundbedarf des behindert geborenen Kindes zu erstatten ist, ließ der OGH offen, da nur der Mehrbedarf eingeklagt worden war. Es scheint aber so zu sein, dass der OGH auch hier zu einer Beschränkung der Ersatzpflicht auf den behinderungsbedingten Mehrbedarf neigt, was m.E. abzulehnen ist.

Allerdings wird der OGH zum Teil von der Rechtsprechung im Ausland gestützt²². In USA verneint die sehr vielfältige Judikatur überwiegend einen Schadensersatzanspruch der Eltern für die Unterhaltsaufwendungen für ein gesundes Kind (u.a. weil hier die Nachteile durch die ideellen Vorteile des Habens eines gesunden Kindes kompensiert würden oder wegen Verstosses gegen die „public policy“). Bei unerwünschter Geburt eines behinderten Kindes gewährt sie Ansprüche auf Unterhaltersatz, jedoch überwiegend nur für den Mehraufwand. Auch in Frankreich werden an die Geburt eines gesunden oder behinderten Kindes unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. Eine Haftung bei unerwünschter Geburt eines gesunden Kindes (z.B. nach mangelhafter Sterilisation) ist grundsätzlich ausgeschlossen, weil das Dasein eines Kindes kein ersatzfähiger Schaden sein könne²³. Im Jahr 2002 wurde gesetzlich geregelt²⁴, dass Eltern bei Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes allenfalls den moralischen Schaden ersetzt verlangen können. Außerdem haftet der Arzt nur bei groben Fehlern. Der behinderungsbedingte Aufwand kann nicht eingefordert werden. Diesbezüglich werden die Eltern auf Ansprüche an die „nationale Solidarität“, so das Gesetz, verwiesen. Diese Ansprüche wurden mit dem Gesetz zur Gleichstellung und Teilhabe Behinderter vom 12. 2. 2005 umgesetzt. Die dort geregelten Leistungen dürften allenfalls lediglich den geringsten Grundbedarf eines schwerbehinderten Kindes abdecken. Im Ergebnis führt das französische Gesetz vom 4. 3. 2002 zu einer weitreichenden Haftungsbeschränkung der Gynäkologen, die Ultraschalluntersuchungen während der Schwangerschaft durchführen. Diese haben im Gesetzgebungsverfahren auch ihren geballten Einfluss geltend gemacht. Sogar die französischen Behindertenverbände kritisieren die

²² Zu USA und Großbritannien siehe: Andreas Reinhart, Familienplanungsschaden. Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1999. Zu Frankreich: Kathrin Arnold, „Kind als Schaden“ in Frankreich, VersR 1004, 309 ff. ,

²³ Ausnahmen gelten bei besonderen Umständen oder wenn besondere Schäden hinzutreten. So gewährte der cour d'appel im Jahr 2003 bei einem fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch den Ersatz eines Teils des Schadens, weil der Arzt nicht über das Risiko des Fortbestehens einer Schwangerschaft aufgeklärt hatte. Der Schaden bestünde in dem Verlust der Chance, die Schwangerschaft abbrechen. Bei Geburt eines behinderten Kindes infolge ärztlichen Fehlverhaltens haben die Eltern einen Anspruch auf Unterhaltsschadensersatz.

²⁴ Gesetz vom 4. 3. 2002 bezüglich der Rechte der Kranken und der Qualität des Gesundheitssystems (loi relative aux droits des malades et a la qualite de sante)

Haftungsregelung von 2002. Die britischen Gerichte gewähren den Eltern bei unerwünschter Geburt eines gesunden und kranken oder behindert geborenen Kindes einen Anspruch auf Ersatz der Unterhaltsaufwendungen, bei behindert geborenen Kindern dann, wenn zum Zeitpunkt des ärztlichen Fehlverhaltens eine Abtreibung zulässig gewesen wäre.

Wrongful life:

Bei allem Vorgesagten geht es um Ansprüche der Eltern gegenüber dem Arzt, die dann natürlich mit dem Tod der Eltern erlöschen²⁵ („wrongful birth“). Ansprüche des Kindes selbst auf Schadensersatz („wrongful life“) schließen der OGH und der BGH anders als ein Teil der Literatur kategorisch aus. Spätestens nach dem Tod der Eltern muss der Staat in vollem Umfang für die Versorgung des Kindes eintreten und hier ist noch viel zu tun²⁶. Das Kind selbst hat keinen Schadensersatzanspruch, weil es so auf die Welt gekommen, wie es gezeugt wurde und sich natürlich entwickelt hat. Ein Vergleich mit einem fiktiven gesunden Menschen scheidet aus. Es wäre nur der Vergleich mit der Nichtexistenz möglich. Ein Recht auf Nichtgeborenwerden gibt es nicht und sollte auch nicht über das Schadensrecht konstruiert werden. Dies würde auch die abstruse Folge haben, dass ein Kind seine Eltern auf Schadensersatz verklagen kann, weil sie es gezeugt und auf die Welt gebracht haben.

Bei eigenen Ansprüchen des Kindes auf Schadensersatz würde eine rechtlich einklagbare Normalität des Kindes konstruiert. In einer Scha-

²⁵ Von „Eltern“ deshalb, weil der Ehemann nach der Rechtsprechung in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen ist und einen eigenen Anspruch gegenüber dem Arzt hat.

²⁶ Hier gibt es in Deutschland immerhin jetzt das Grundsicherungsgesetz (Gesetz über die bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung – GsiG – Art. 8 a des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens vom 26. 6. 2001, BGBl. S. 1310, in Kraft seit dem 1. 1. 2003.) Es gewährt Menschen über 65 Jahren und dauerhaft erwerbsgeminderten Menschen (Behinderte) über 18 Jahren, die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen bestreiten können, einen dem Sozialhilferecht vorgehenden, eigenständigen Anspruch auf Grundsicherung, der über die Sätze der Sozialhilfe hinausgeht und der ,soweit die zum Unterhalt Verpflichteten nicht jeweils mehr als 100.000 Euro jährlich verdienen, nicht zu einem Rückgriff auf die unterhaltspflichtigen Verwandten führt.

denersatzklage, deren nachvollziehbares Motiv zwar die finanzielle Besserstellung des Behinderten ist, wird dann implizit auch um das Recht des eugenischen Normalkind-Wunsches der Eltern gestritten. Es wird ein Rechtssubjekt, ein fiktiver gesunder Doppelgänger konstruiert, der der Geburt des Kindes vorhergeht, sodass es dieselbe Geburt im Nachhinein als „gute Geburt“ einklagen kann.

Die Alternative, dass genau dieses Leben nicht hätte entstehen sollen, stellt sich nur der schwangeren Frau, nicht dem Kind selbst. Eine Tötung werdenden Lebens ist rechtlich nur möglich bei Vorliegen einer Indikation bei der Schwangeren, wenn also die Rechte des Kindes mit denjenigen der Frau kollidieren und der Frau den Abbruch der Schwangerschaft aufgrund einer schweren Konfliktlage erlauben.

In Frankreich und Großbritannien wurde der Anspruch des Kindes per Gesetz ausgeschlossen. Nur in USA werden in neuerer Zeit zum Teil Ansprüche eines behinderten Kindes aus Billigkeitserwägungen zugelassen.

Fazit: Ich stimme im Ergebnis der dt. Rechtsprechung zu. Die rechtliche Trennung der Existenz des Kindes von seinen wirtschaftlichen Kosten im Haftungsrecht ist kein Kunstkniff, wie oft gesagt wird. Denn die Eltern werden durch die Erstattung von Unterhaltsleistungen weder von ihren Unterhaltspflichten dem Kind gegenüber und schon gar nicht von ihren Erziehungs- und Fürsorgepflichten frei. Ihre Elternpflichten und –rechte dem Kind gegenüber bleiben im vollem Umfang bestehen. Auch eine Verletzung der Menschenwürde des Kindes kann allein in der Tatsache der Zuerkennung von Unterhaltsschadensersatz nicht gesehen werden. Da sich die Menschenwürde nicht positiv definieren lässt, wird ihr Umfang und Inhalt vom Verletzungstatbestand her definiert²⁷. D.h., es kommt auch auf die konkreten Umstände an. Es hängt von den konkreten Umständen ab, wie die Eltern mit der Tatsache umgehen, dass

²⁷ Die bekannte Formel in der deutschen Verfassungslehre hierzu lautet: „Die Menschenwürde ist betroffen, wenn der Mensch zum bloßen Objekt gemacht wird oder einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt.“

sie für ihr Kind Unterhalt vom Arzt erhalten und wie das Kind von der Tatsache erfährt, dass es ursprünglich unerwünscht war und seine Existenz Anlass für Zahlungen durch Dritte ist. Unerwünschte Kinder erfahren, wenn sie einmal da sind, in der Regel die gleiche Liebe und Fürsorge wie erwünschte Kinder und auch erwünschte Kinder sind vor Ablehnung und Misshandlung durch die Eltern nicht deshalb geschützt, weil sie ursprünglich Wunschkinder waren. Es darf auch nicht vergessen werden, dass der Unterhalt nicht unwesentlich gerade dem Kind zugute kommt und ihm das Leben, v.a. bei schwerer Behinderung, erheblich erleichtert.

Das Prinzip, dass jeder Arzt für mangelhafte Leistung verantwortlich gemacht werden kann, ist grundlegend für das Funktionieren unseres auf dem individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis aufbauenden hochkomplexen Gesundheitssystem und für die Sicherung der Qualität ärztlicher Maßnahmen. Dazu gibt es m.E. keine Alternative. Eine Patientin wird kaum Vertrauen zu ihrem Arzt entwickeln können, wenn sie davon ausgehen muss, dass Nachlässigkeiten des Arztes folgenlos bleiben, selbst wenn diese lebenslange Folgen für die Eltern haben und der Arzt mit seinem Fehlverhalten tief in die Persönlichkeitsrechte und das Leben der Eltern eingreift und wo der Arzt risikolose Fehler mit weitreichenden Folgen für die Eltern machen darf. Seine Haftung würde sich dann nämlich praktisch auf die Rückzahlung des Honorars an die Krankenkasse beschränken. Auch eine Lösung über eine Bestrafung des Arztes wegen fehlerhafter Behandlung wäre keine Alternative²⁸. Und ethisch noch problematischer wäre, wenn man eine Lösung über ein Schmerzensgeld für das Leben mit dem Kind sucht, wie das verschiedentlich vorgeschlagen wird. Das Verbot oder die gesetzliche Begrenzung der PND ist keine realistische Option.

²⁸ Würde man eine Lösung über eine ganz andere Strafbarkeitsregelung, etwa für mangelhafte PND, suchen, müsste die Frau ein langwieriges Verfahren in Gang setzen, von dem sie letztlich nicht profitiert und der Arzt würde für die Geburt eines Kindes bestraft, was ethisch auch nicht viel besser ist als der immerhin neutralere Schadensersatzanspruch.

Das Urteil des BGH vom Juni 2002 („Fall Sebastian“) hat meinem Eindruck nach die kontroverse Debatte in Deutschland beendet. Von Seiten der Ärzteschaft wurde zwar auch danach wieder einmal geklagt, dass Ärzte wegen der Rechtsprechung zur Haftung rechtlich gezwungen wären, zur Abwendung von Schadensersatzansprüchen selektive PND offensiv anzubieten und im Zweifel zu einem Abbruch der Schwangerschaft zu raten, da dieser von vorneherein nicht die Gefahr nach sich ziehen kann, zu Unterhaltsschadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Rechtlich ist dies aber keineswegs zwingend²⁹. Bei den wenigen Fällen, in denen es zu einer Verurteilung kam, handelte es sich jeweils um ein gravierendes Fehlverhalten des Arztes, was meist vergessen wird zu. In Zweifelsfällen wurde eine Haftung abgelehnt. Der Arzt muss keinesfalls die PND in jedem Falle anbieten, sondern nur insoweit, als sie bei der Schwangeren konkret indiziert ist und er muss keinesfalls zur Abtreibung raten, um der Gefahr der Haftung zu entgehen. Unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen, dem medizinischen Standard und der konkreten Situation der Schwangeren entsprechenden Diagnostik, Aufklärung und Behandlung ist der Arzt berechtigt und nach seinen Berufsethos verpflichtet, lebenserhaltend zu beraten

²⁹ Schon das erste BGH-Urteil zur fehlerhaften Aufklärung über PND hat ohne dass dies aufgrund des Urteils erforderlich gewesen wäre, maßgeblich zur Ausbreitung der Fruchtwasseruntersuchung in der ärztlichen Praxis beigetragen (BGH NJW 1984, 658). In dem Fall ging es vielmehr um einen groben Aufklärungsfehler des Arztes nach einer gezielten Nachfrage einer 40-jährigen Schwangeren zu den Möglichkeiten der pränatalen Diagnostik der Trisomie: die Frau hatte ihren Arzt konkret gefragt, ob im Hinblick auf ihr Alter die Gefahr bestehe, ein Kind mit Down Syndrom zu bekommen und ob eine Fruchtwasseruntersuchung angezeigt sei. Der Arzt hatte dies unter Hinweis auf ihre beiden gesunden Kinder und das Fehlen von Erbkrankheiten in der Familie verneint, sodass die Untersuchung unterblieb und ein Kind mit Down Syndrom geboren wurde. Der BGH sprach den Unterhaltsschadensersatz zu, weil der Arzt die gezielt Nachfrage der Schwangeren entsprechend dem medizinischen Wissensstand richtig und vollständig hätte beantworten müssen. Seine Antwort war jedoch bereits nach damaligem Erkenntnisstand unvollständig, falsch und geeignet, die Schwangere in die Irre zu führen. Sein haftungsbegründendes Fehlverhalten lag darin, dass er auf die Frage der Frau nicht die Antwort gegeben hatte, die diese in die Lage versetzt hätte, eine informierte eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen. Da zur Zeit der Geburt des Kindes die embryopathische Indikation galt und die Frau darlegen konnte, dass sie bei richtiger Beratung eine Fruchtwasseruntersuchung und anschließend einen legalen Schwangerschaftsabbruch hätte vornehmen lassen, haftete der Arzt für den Unterhalt des infolge seiner falschen Beratung geborenen Kindes. Ärzte gingen daraufhin aus Angst vor Haftung dazu über, die PND über die Urteilsgründe hinaus defensiv als Leistung allen Schwangeren unabhängig von ihrem Alter und einer individuellen Indikation offensiv anzubieten. Schon während das Verfahren noch lief, verdoppelte sich die Anzahl der durchgeführten Fruchtwasseruntersuchungen in der Praxis der Schwangerenbetreuung (so Irmgard Nippert, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Gesundheit, Bd. 132, S. 293.

und tätig zu werden. Der Arzt hat – unter der Voraussetzung der richtigen Information und Aufklärung und unabhängig davon, wie die Frau sich entscheidet, keine Haftung zu befürchten, wenn er eine Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft mit einem behinderten Kind zu überzeugen versucht und zielgerichtet lebenserhaltend berät oder wenn er auf die Nachteile und ungewollten evt. Folgen einer PND hinweist. Und das muss endlich Eingang in die ärztliche Praxis finden.