

Kind als Schaden?

Ethische Anmerkungen zur aktuellen deutschen Rechtsprechung

Am 18. Juni 2002 wies der 6. Senat des Bundesgerichtshofs (BGH) die Revision einer Frauenärztin gegen vorinstanzliche Urteile des Oberlandesgerichts München bzw. des Landgerichts Augsburg zurück, die sie aufgrund einer pflichtwidrig durchgeführten Schwangerschaftsbetreuung zur Zahlung von Schadensersatz gegenüber der klagenden Mutter eines körperlich schwer fehlgebildeten Kindes verurteilten¹. Den Schadensersatzanspruch der Mutter gegenüber ihrer Frauenärztin sahen die vorinstanzlich befaßten Gerichte dadurch gerechtfertigt, daß die Frauenärztin im Verlauf der routinemäßig durchgeführten Ultraschalluntersuchungen die klar erkennbaren Fehlbildungen des Föten als solche wiederholt pflichtwidrig nicht diagnostizierte und die Frau weder auf die drohende Behinderung des ungeborenen Kindes aufmerksam machte noch sie zu Spezialisten weiter überwies. Damit verursachte die Ärztin zwar nicht die Fehlbildungen des Kindes, wohl aber dessen Geburt und Leben. Die klagenden Eltern konnten nämlich aus Sicht der Gerichte glaubhaft geltend machen, daß sie bei rechtzeitiger Kenntnis der Fehlbildungen bzw. der drohenden Behinderung die Schwangerschaft in jedem Fall abgebrochen hätten. Da die Mutter aufgrund der schweren Behinderung ihres Sohnes seit seiner Geburt an einem ärztlich behandelten psychischen Trauma leidet, wäre auch rückblickend der Tatbestand eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs nach medizinischer Indikation erfüllt. Deshalb wurde der klagenden Mutter über den Ausgleich der Unterhaltskosten für das behinderte Kind hinaus von den vorinstanzlichen Gerichten auch ein einmaliges Schmerzensgeld in Höhe von 10000 Euro zugesprochen, um den immateriellen Schaden der von der Ärztin ausgelösten Gesundheitsverletzung materiell auszugleichen.

Mit diesem Urteil klärt der 6. Senat des BGH jene Voraussetzungen, „unter denen das auf einem ärztlichen Behandlungsfehler beruhende Unterbleiben eines nach den Grundsätzen der medizinischen Indikation gemäß § 218a Abs. 2 StGB rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs die Pflicht des Arztes auslösen kann, den Eltern den Unterhaltsaufwand für ein Kind zu ersetzen, das mit schweren Behinderungen zur Welt kam“².

Das Urteil löste in der (Fach-) Öffentlichkeit eine lebhafte Debatte aus. Kann, so die zentrale Frage, ein unerwünschtes Kind – ob behindert oder nicht – jemals ein Schaden sein, der eine Haftungspflicht der Ärzte für die durch die Geburt und das

Leben des Kindes entstehenden Unterhaltskosten begründet? Daß Ärzte für die Qualität ihrer medizinischen Dienstleistung auch haftungsrechtlich in der Pflicht stehen müssen, ist im Grundsatz unbestritten. Doch sind die herkömmlichen gesetzlichen Bestimmungen des Arzthaftungsrechts angesichts der Tragweite und der Qualität der heutigen Pränataldiagnostik bzw. prädiktiven Medizin überhaupt noch angemessen? Wird die zulässige Belastung, die unzweifelhaft mit der Geburt eines behinderten Kindes für die Eltern entsteht, durch die Umdeutung als Schadensfall, der von einem Arzt ausgelöst wurde, in unerträglicher Weise individualisiert und so die Verantwortung der gesellschaftlichen Solidargemeinschaft sukzessive abgebaut? Der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Karl Lehmann, zumindest sah sich unmittelbar nach dem Urteil in seiner Einschätzung bestätigt, daß durch das monierte Urteil „die Aussonderung von Menschen mit Behinderungen ... Realität“ wird:

Es mache „in erschreckender Weise deutlich, wie schlecht es inzwischen um den Schutz ungeborenen Lebens in unserem Land bestellt ist. ... In unbegreiflicher Weise definiert das Urteil des Bundesgerichtshofes die Geburt eines Kindes mit körperlichen Fehlbildungen als Schadensfall und spricht von einem ‚Unterhaltsschaden der Eltern bei unterbliebenem Schwangerschaftsabbruch.‘“³

Freilich: Das monierte Urteil des Bundesgerichtshofs setzt *keine* Zäsur. Vielmehr steht es in einer seit langem vorherrschenden Tradition der deutschen (höchstrichterlichen) Rechtsprechung im Zusammenhang mit sogenannten „wrongful-life“ bzw. „wrongful-pregnancy-Klagen“ und ist deshalb ihre konsequente Fortentwicklung. Insbesondere bestreitet der BGH ausdrücklich den zentralen Vorwurf, in seinen Urteilen die Existenz eines (behinderten) Kindes als Schaden abzuwerten. Demgegenüber beharrt er auf seiner seit langem vertretenen Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes als solcher, die niemals ein Schaden darstellen könne, und seinen Unterhaltskosten, die ohne Abwertung der Existenz des Kindes für die unterhaltspflichtigen Eltern einen Vermögensschaden darstellen könne. Gerade die haftungsrechtliche Klärung sichere die Unterhaltsleistungen behinderter Kinder und diene deshalb der Festigung ihres geschwächten Status innerhalb der Gesellschaft. Von daher mag man fragen, warum dieses Urteil ein derart lebhaftes Echo auslösen konnte.

Eine ethische Beurteilung der gegenwärtigen Rechtslage ist nicht einfach. Im Kern wird sie vor allem jene wertenden, also in einem ethischen Sinn normativen Gehalte in Blick nehmen müssen, die entweder als Hintergrundgewißheiten bzw. Vorverständnisse in die Rechtsprechung – bewußt oder unbewußt – eingehen oder aber als moralisch bedenkliche Konsequenzen von ihr impliziert werden. Gerade 2003, im Europäischen Jahr der Menschen mit Behinderungen, scheint eine ethische Reflexion dieser normativen Gehalte und Implikationen besonders dringlich. Die Rechtsprechung zu Fragen „unerwünschter“ Kinder spiegelt nicht nur die dominanten Wertpräferenzen einer Gesellschaft, sondern verlängert und verstärkt sie

noch bis dahin, daß sie selbst das öffentliche Bewußtsein prägt und in bestimmte Richtungen lenkt. Deshalb bedarf die Rechtsprechung über eine rein juristische Betrachtung hinaus auch einer rechtsethischen Würdigung und Kritik. So wird deutlich, daß die Stellung behinderter Kinder durch die herrschende Rechtsprechung entscheidend geschwächt wird.

Fallgruppen von Klagen im Umfeld „unerwünschter“ Kinder

Immer häufiger wird ärztliches Fehlverhalten, das die durchschnittlich erwartbaren Regeln ärztlicher Kunst erheblich unterschreitet, für Geburt und die Existenz „unerwünschter“ Kinder haftungsrechtlich geahndet. Die entsprechenden Klagen werden üblicherweise in Fallgruppen unterschieden, deren Einteilung dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammen. Sie werden in der deutschen Rechtsprechung einschließlich ihrer englischen Bezeichnung übernommen. Gerade mit Blick auf die Attribution „wrongful“ ist dies nicht unproblematisch. Wrongful weist im britischen wie amerikanischen Englisch eine im Deutschen nur schwer abbildbare semantische Breite auf: Es steht für unerlaubt und unmoralisch wie für unfair, ungerecht, unrechtmäßig usw. Im Deutschen dürfte die Bezeichnung „unerwünscht“ dem mit wrongful Gemeinten noch am nächsten kommen. Daß die deutsche Rechtsprechung die im anglo-amerikanischen Raum entwickelte Terminologie ohne Übersetzung übernimmt, liegt vermutlich an jener Konnotation von wrongful, die auf den Verursacher des beklagten Zustandes bzw. auf dessen unrechtmäßiges, fehlerhaftes, falsches Handeln und Verhalten verweist⁴:

1. „Wrongful birth“ bezeichnet Klagen der Mutter bzw. der Eltern eines behinderten Kindes gegen einen Arzt (gegebenenfalls gegen nichtmedizinisches Beratungspersonal) mit dem Argument, daß sie entweder nach einer präkonzeptionellen (humangenetischen) Beratung die Empfängnis verhütet oder aber nach einer postkonzeptionellen Diagnose und/oder Beratung die begonnene Schwangerschaft abgebrochen hätten, wenn sie vom konsultierten Arzt über die Risiken bzw. die vorfindlichen Indikatoren auf die erwartbare Behinderung des ungeborenen Kindes rechtzeitig und vollständig unterrichtet worden wären. Zwar wird dem Arzt nicht vorgeworfen, durch seine fehlerhafte (Un-)Tätigkeit die Behinderung des Kindes hervorgerufen zu haben. Gleichwohl wird sein Fehlverhalten für Geburt und Existenz des behinderten Kindes als ursächlich angesehen. Als *pflichtwidrig* werden die Klagen das ärztliche Handeln deshalb, weil es gerade das Ziel der ärztlichen Beratung und Behandlung gewesen sei, schwerwiegende Krankheitsrisiken, Anomalien oder drohende Behinderungen des Kindes zu diagnostizieren und damit den Eltern eine Entscheidung über Zeugung oder Schwangerschaftsabbruch zu ermöglichen.

2. „Wrongful pregnancy“ bezeichnet Klagen (eines Teils) der Eltern eines gesunden Kindes gegen einen Arzt, dessen nicht erfolgreiche oder mangelhaft durchge-

führte Sterilisation der Frau oder des Mannes zur unerwünschten Zeugung eines Kindes und damit zur unerwünschten Schwangerschaft der Frau führt; außerdem auch solche Fälle, in denen der durchgeführte Schwangerschaftsabbruch aufgrund fehlerhaften Handelns des Arztes mißlang.

3. „Wrongful parenthood“ bezeichnet Klagen eines Elternteils gegen den anderen aufgrund einer vom einen Elternteil nicht beabsichtigten Zeugung und Geburt eines Kindes, bei denen der klagende Elternteil geltend macht, daß der beklagte Elternteil über seine Zeugungsabsichten bzw. unterlassene Empfängnisverhütung den Kläger bewußt täuschte.

4. „Wrongful adoption“ bezeichnet Klagen von Adoptionseltern eines behinderten oder anders geschädigten Kindes gegen die Adoptionsvermittlungsstelle mit dem Vorwurf, in Kenntnis der (drohenden) Behinderung oder Schädigung des Kindes die zukünftigen Adoptiveltern nicht informiert und ihnen dadurch die Möglichkeit vorenthalten zu haben, von einer Adoption dieses Kindes abzusehen.

5. „Wrongful life“ bezeichnet Klagen eines behinderten Kindes gegen den Arzt oder die Eltern. Gegen den Arzt richtet sich die Klage analog zu *wrongful birth*. Fehlerhafte Diagnostik oder Beratung hätten die Eltern der Möglichkeit beraubt, die Schwangerschaft rechtzeitig abzuberechnen und seine Geburt zu verhindern. Gegen die Eltern richtet sich die Klage des Kindes aus *wrongful life* dann, wenn diese trotz Kenntnis seiner drohenden Behinderung die Schwangerschaft nicht verhindert bzw. nicht abgebrochen und so sein Leben mit Behinderungen zugelassen haben⁵.

Die Klagen aus den genannten Fallgruppen machen in der Hauptsache zwei unterschiedliche Anspruchsquellen geltend. Entweder behaupten sie ein *deliktisches* Handeln bzw. Unterlassen des Beklagten; sie bezichtigen also den Beklagten im Sinn von Paragraph 823 BGB eines unerlaubten Eingriffs in die Freiheits- und Selbstbestimmungsrechte bzw. einer unerlaubten Beeinträchtigung der körperlichen und/oder psychischen Unversehrtheit. Oder aber sie monieren eine *nicht* oder zumindest nur *schlecht erfüllte* Leistung aus einem Vertragsverhältnis, das zwischen Kläger und Beklagten rechtsgültig besteht und deshalb im Sinn der Paragraphen 247 ff. BGB den Schlechterfüller der Leistung bzgl. Schadensersatzansprüche haftbar macht. (Die rechtswissenschaftliche Literatur spricht hier von „Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung“ im Unterschied zu „Ansprüchen aus Delikt“.)

Im Unterschied zum anglo-amerikanischen Rechtskreis beziehen sich in Deutschland die meisten Klagen im Umfeld „unerwünschter“ Kinder auf Ansprüche, die aus Vertragsverletzungen („Schlechterfüllung“) herrühren. Im Mittelpunkt stehen die vertraglichen Bindungen zwischen Arzt und Mutter bzw. Eltern etwa aus einem Vertrag über eine Sterilisation, aus einem Vertrag über eine präkonzeptionelle wie postkonzeptionelle Diagnose, Beratung (auch allgemeine Schwangerschaftsbetreuung), oder aus einem Vertrag über einen Schwangerschaftsabbruch. Geklagt wird nicht allein auf die Feststellung der Nicht- bzw. der Schlechterfüllung des Ver-

trags⁶, sondern vor allem auf Ersatz des materiellen wie des immateriellen Schadens, den die pflichtwidrige Vertragserfüllung verursacht hat. Materielle Schäden werden als Vermögensverluste geltend gemacht. Die Höhe der Schadensersatzsumme wird im Sinn von Paragraph 248 BGB nach der sogenannten Differenzmethode (Differenz zwischen der Vermögenslage vor und nach dem Schadensereignis) ermittelt.

Geltende Rechtsprechung in Deutschland zu Klagen aus *wrongful birth* und *wrongful life*

Bereits 1924 fällte in Deutschland das ehemalige Reichsgericht ein erstes Vorläuferurteil zu Klagen aus *wrongful birth* und *wrongful life*: Ein geisteskranker Pfegling, der mit einer Wärterin ein Kind zeugte und aufgrund seiner Vaterschaft deshalb zu Unterhaltsleistungen verpflichtet war, konnte den Träger der Einrichtung wegen pflichtwidriger Unterlassung der Aufsichtspflicht ihm selbst gegenüber sowohl für seinen Vermögensschaden als auch für die eingetretenen Schädigungen seiner Gesundheit haftbar machen. Die Aufnahme des geisteskranken Pfleglings in die Anstalt begründe nämlich zwischen ihm und dem Anstaltsträger einen Vertrag über seine Behandlung und Beaufsichtigung, der die Anstalt auf die Abwehr solcher Handlungen des Pfleglings verpflichte, die eine Schädigung seiner persönlichen materiellen wie immateriellen Lage herbeiführen könnten⁷. Die Zeugung und Geburt eines Kindes wird als Vermögensschadensquelle eines der Elternteile gewertet, der Dritte (hier die Anstalt) erfolgreich auf Schadensersatz verklagen konnte.

Der BGH war erstmals im Jahr 1980 höchstrichterlich mit drei Klagen aus *wrongful pregnancy* (nicht erfolgreich durchgeführte Sterilisation) befaßt. In seinen Urteilen zu diesen Klagen entwickelte der BGH im Grundsatz die auch im Urteil vom 18. Juni 2002 verfolgte Argumentationslinie: Er bejaht die Haftung und die Leistung von Schadensersatz mit dem Hinweis, daß nicht das Kind als solches, sondern die durch seine Geburt ausgelöste Unterhaltsverpflichtung den Schaden der Eltern darstelle. Überdies erfülle die aufgrund der fehlgeschlagenen Sterilisation unerwünscht eingetretene Schwangerschaft und Geburt den Tatbestand der Körperverletzung der Frau, der einen Schmerzensgeldanspruch begründe⁸.

Mit Klagen aus *wrongful birth* und *wrongful life*, also Klagen, in denen die Behinderung des Kindes ausschlaggebend ist, beschäftigte sich der BGH erstmalig 1983⁹. Ein behindertes Kind und seine Eltern klagten gegen einen Frauenarzt, weil er pflichtwidrig eine Röteln-Erkrankung der Schwangeren nicht erkannte und die Mutter infolgedessen zwecks Ausschluß einer drohenden Behinderung des Kindes auch keinen Abbruch der Schwangerschaft vornehmen ließ. Während das erstinstanzliche Landgericht wenigstens dem Klagebegehren der Eltern entsprochen hatte, wies das Berufungsgericht beide Klagebegehren zurück. Der BGH wiederum

entsprach dem Revisionsbegehren der Eltern mit folgenden Argumenten: Die schuldhafte Vertragsverletzung durch den Beklagten könne Schadensersatzansprüche auf Erstattung des durch die Behinderung des Kindes notwendigen Mehraufwands auslösen. Überdies habe die Mutter Anspruch auf Schmerzensgeld, da die durch die Behinderung ebenfalls notwendig gewordene Kaiserschnittbindung eine ebenfalls schuldhaft verursachte Gesundheitsverletzung der Mutter darstellt.

Ausdrücklich schloß der BGH aber weiterreichende Schmerzensgeldansprüche, die die Mutter aufgrund etwaiger seelischer Belastungen geltend machen könnte, mit der Anmerkung aus, „daß ein solcher Anspruch wegen der – nicht ausnahmsweise Krankheitswert erreichenden – seelischen Belastung durch das Haben eines schwer geschädigten Kindes der deutschen Rechtsordnung fremd wäre“. In ähnlicher Zuspitzung weist der BGH auch jedweden Schadensersatzanspruch des Kindes gegenüber dem Arzt kategorisch zurück:

„Eine unmittelbare deliktische Pflicht, die Geburt einer Leibesfrucht deshalb zu verhindern, weil das Kind voraussichtlich mit Gebrechen behaftet sein wird, die sein Leben aus der Sicht der Gesellschaft oder aus seiner unterstellten eigenen Sicht (für die naturgemäß nicht der geringste Anhalt besteht), un- wert' erscheinen läßt, müßte innerhalb des allgemein auf Integritätsschutz ausgerichteten Kreises deliktischer Verhaltensnormen einen Fremdkörper darstellen. Es gibt sie nicht. ... Und das gilt auch, obgleich nach vielleicht überwiegender Meinung und wohl auch rechtstatsächlicher Praxis die Geburt jedenfalls solcher Kinder verhindert werden sollte.“¹⁰

Diese Argumentationslinie setzt sich in den nachfolgenden Urteilen des BGH im Grundsatz bis heute fort. Besonders aufschlußreich ist das BGH-Urteil vom 16. November 1993, das sich in seiner Urteilsbegründung ausführlich der Fragestellung „Kind als Schaden“ widmet. Die Urteilsbegründung bekräftigt die Auffassung, daß das Schlagwort vom Kind als Schaden unangemessen und untauglich ist. Erst die Belastung der Eltern mit dem geldlichen Aufwand für den Unterhalt stellt jene Vermögensminderung dar, die zur Annahme eines Schadens berechtige. Im übrigen behauptet der BGH:

„In einer schadensrechtlichen Betrachtungsweise wirkt sich die Beurteilung der Unterhaltsbelastung ... nicht negativ auf Persönlichkeit und Dasein des Kindes aus. Die Abnahme der wirtschaftlichen Belastung durch den Arzt ist nämlich entsprechend der Ausgleichsaufgabe von Schadens- und Haftungsrecht auf eine rein vermögensmäßige Bedeutung beschränkt und belegt weder das Kind mit einem Makel noch stellt es gar sein Lebensrecht in Frage.“¹¹

Mit diesem Hinweis reagiert der BGH auf ein „obiter dictum“, das der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) in seinem Urteil vom 28. Mai 1993 zur Neufassung des Paragraph 218a StGB¹² wenig zuvor setzte. Im 14. Leitsatz seines Urteils formulierte das BVerfG apodiktisch:

„Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt ... von Verfassungen wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden

Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten, verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.“

Demgegenüber unterstreicht der BGH seine Einschätzung, daß eine Vermögensbilanzierung keinesfalls das menschliche Dasein auf eine rein buchhalterisch-bilanzierende Sicht verengt und das Leben eines (behinderten) Kindes nicht nach seinen vermögensschädigenden Implikationen bewertet.

Daß diese Unterscheidung nicht mehr als eine juristische Hilfskonstruktion darstellt, die möglicherweise moralische Skrupel verdecken soll, und doch schlicht wirklichkeitsfremd ist, entlarvt freilich die Urteilsbegründung des BGH wenige Sätze später selbst:

„Im Gegenteil ist der Senat der Auffassung, daß die Zubilligung von Schadensersatz gerade in Fällen der vorliegenden Art für das Kind nicht nur ohne negative Auswirkung bleibt, sondern ihm sogar dienlich sein kann, weil hierdurch seine wirtschaftliche Lage verbessert und möglicherweise seine Wertschätzung innerhalb der Familie noch erhöht wird.“

Damit räumt der BGH den faktisch untrennbaren Zusammenhang zwischen der Wertschätzung einer Existenz des Kindes als solcher und vermögensrelevanten Gesichtspunkten unverblümt ein. Es ist bemerkenswert, daß selbst diesem Detail der Rechtsauffassung des BGH die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit bescheinigt wird. So führt der 1. Senat des BVerfG in seinem Grundsatzurteil in abweichender Meinung zum 2. Senat des BVerfG aus:

„Zivilrechtliche Haftung für Schlechterfüllung kann in derartigen Fällen die Akzeptanz der Eltern für die dennoch geborenen und in die Familie aufgenommenen Kinder erhöhen, wie der Bundesgerichtshof plausibel dargelegt hat.“¹³

Im übrigen bestätigt der 1. Senat des BVerfG grundsätzlich die Rechtsauffassung des BGH mit seinem Urteilsleitsatz: „Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Arzthaftung bei fehlgeschlagener Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines Kindes verstößt nicht gegen Art. 1 Abs. 1 GG.“¹⁴

Grundsätze der Arzthaftung bei Geburt eines behinderten Kindes

Das rechtliche Instrument der Arzthaftung im Kontext „unerwünschter Kinder“ ist unter ethischer Perspektive ambivalent. Zunächst gilt unbestritten, daß Ärzte für die Schlechterfüllung ihrer vertraglich vereinbarten Leistungen oder für deliktisches Handeln bzw. Unterlassung (etwa nach Paragraph 823 BGB) haftungsrechtlich einzustehen haben. Das gebietet der Primat des Patientenwohls. Ziel ärztlicher Haftung ist es, den Arzt zur Einhaltung der vertraglich vereinbarten oder deliktrechtlich festgelegten Qualitätsanforderungen seines professionellen Tuns anzuhalten (präventive Schadensvermeidung durch Androhung von Sanktionen) sowie im Fall einer pflicht-

widrig oder schuldhaft eingetretenen Schädigung des Patienten dessen Schaden auszugleichen. Natürlich ist der Arzt nicht für den Erfolg einer Heilbehandlung verantwortlich. Gleichwohl ist er verantwortlich für die Respektierung der Patientenautonomie sowie die Einhaltung der üblichen Regeln ärztlicher Kunst¹⁵.

Dieser haftungsrechtliche Grundsatz gilt für all jene ärztlichen Handlungen, die nicht gegen Recht und Gesetz verstoßen oder nicht sittenwidrig sind und so ihre Rechtsbindung verlieren würden. Übertragen auf das vorliegende Problem heißt dies: Solange jene vertraglichen Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient (Mutter¹⁶), die im Kontext von Klagen wegen eines unerwünschten Kindes bestehen, rechtlich nicht zu beanstanden sind, kann gegen eine Haftung für eingetretene Schäden bei Schlechterfüllung des Vertragsziels („Schutzzweck“) grundsätzlich nichts eingewendet werden. Wenn es ein legales wie nicht sittenwidriges Ziel eines Vertrags ist, zum Beispiel eine Schwangerschaft, die für die Mutter subjektiv unzumutbar erscheint, durch eine (humangenetische) Beratung vor der Zeugung (*präkonzeptionelle Beratung*) auszuschließen oder nach einer pränataldiagnostisch gestützten *postkonzeptionellen* Beratung abzubrechen, dann ist ein Ausgleich der Schlecht- bzw. Nichterfüllung des Vertragsziels von der Logik ärztlicher Haftung zunächst im Grundsatz zwingend¹⁷.

Dieser Grundsatz macht freilich auf die erhebliche Bedeutung aufmerksam, welche Vertragsziele unter Legalitäts- wie Legitimitätsgesichtspunkten akzeptabel erscheinen oder nicht. Dies zeigt sich bei der Würdigung jener Schadensersatzansprüche, die aufgrund unterbliebener Schwangerschaftsabbrüche gegen den fehlerhaft diagnostizierenden und beratenden Arzt erhoben werden. Die deutsche Rechtsprechung unterscheidet zwischen jenen Schwangerschaftsabbrüchen, die aufgrund ihrer medizinischen oder kriminologischen Indikation rechtskonform sind, und solchen, die zwar straffrei, nach wie vor aber rechtswidrig sind. Letzteres betrifft alle Schwangerschaftsabbrüche nach Beratung im Sinn von Paragraph 218a Abs. 4 StGB i. V. mit Paragraph 219 StGB. Der Arzt kann nur dann für die Schlechterfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen haftbar gemacht werden, wenn die zur Schadensvermeidung notwendige Handlung – in diesem Fall der Schwangerschaftsabbruch – für sich genommen rechtskonform, also nicht rechtswidrig gewesen wäre. Ist dagegen die zur Schadensvermeidung oder Schadensminderung notwendige Handlung nicht rechtskonform, so verneint die herrschende Rechtsprechung den zwingenden Kausalverlauf zwischen dem ärztlichen Behandlungsfehler und der Geburt des Kindes aufgrund eines unterlassenen Schwangerschaftsabbruchs¹⁸. Diesen Grundsatz hat der BGH in einem Urteil vom 4. Dezember 2001¹⁹ nochmals herausgestellt: Ob das Unterbleiben eines Schwangerschaftsabbruchs aufgrund eines ärztlichen Behandlungs- bzw. Beratungsfehlers Grundlage für einen Anspruch der Eltern auf Ersatz von Unterhaltsaufwendungen für ein behindertes Kind sein kann, setzt voraus, daß der Abbruch durch die gesetzlich geregelten Indikationen hätte gerechtfertigt werden können²⁰. Ist er es

nicht, sondern hätte der Schwangerschaftsabbruch nur durch Straffreiheit zwar geduldet, gleichwohl rechtswidrig vorgenommen werden können, besteht kein Anspruch auf Schadensersatz gegenüber dem Arzt.

Dieser Sachverhalt dokumentiert an einem zunächst unscheinbaren Detail, wie das Arzthaftungsrecht die qualitative Abwertung behinderter Kinder, wie sie in der Fassung des Paragraph 218a Abs. 2 StGB zum Ausdruck kommt, unheilvoll verlängert: Zwar kennt das derzeitige Abtreibungsrecht keine embryopathische Indikation mehr. Gleichwohl ist sie faktisch in den Tatbestand der medizinischen Indikation aufgenommen worden²¹. Damit ist die Rechtsstellung geschädigter gegenüber nichtgeschädigten Kindern entscheidend geschwächt: Im Unterschied zu nichtgeschädigten Kindern können geschädigte Kinder über den Weg der medizinischen Indikation einen nicht nur straffreien, sondern auch rechtskonformen Schwangerschaftsabbruch rechtfertigen. Denn die Aussicht auf ein Leben mit einem behinderten Kind erfüllt in der Regel faktisch den indikationsrelevanten Sachverhalt der „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren“²².

Zwar betonen Befürworter der BGH-Rechtsprechung, daß durch die Bindung an eine medizinischen Indikation der Schutz des behinderten Ungeborenen sogar noch erhöht wird, weil die Mutter den für die medizinische Indikation zwingend vorgeschriebenen Tatbestand der schweren gesundheitlichen Belastung mit harten Fakten plausibilisieren muß²³. Dennoch ist festzuhalten: Unabhängig von Vermögensgesichtspunkten gilt das Kind aufgrund seiner (mutmaßlichen) Anomalie bzw. Behinderung als immaterieller Schaden für die Mutter, der nicht nur eine rechtskonforme „Abwehrmaßnahme“ rechtfertigt, sondern auch die Grundlage eines materiellen Schadensausgleichs über das Instrument des Schmerzensgeldes bildet. Wäre eine solche Indikation ebenfalls „nur“ straffrei, nach wie vor aber rechtswidrig, könnte ein Schadensersatzanspruch der Eltern gegenüber dem Arzt erfolgreich abgewehrt werden, ohne die Logik der Arzthaftung zu durchbrechen und den Arzt aus seiner grundsätzlichen Verpflichtung zur Sicherstellung qualitätsvoller Berufsstandards zu entlassen. Dazu müßte sich der Gesetzgeber entschließen, die Existenz eines Kindes mit Behinderungen nicht als Schaden für die gesundheitliche Verfassung der Mutter zu definieren, was die faktischen Belastungen der Mutter durch die nicht durchschnittlich erwartbare Entwicklung des späteren Zusammenlebens mit dem behinderten Kind weder verleugnet noch vernachlässigt²⁴.

Vermögensrechtliche Bewertungen contra Menschenwürde

Kernpunkt der Auseinandersetzung ist die Frage, ob zwischen der Existenz des Kindes als solcher und der Unterhaltsleistung für das Kind so unterschieden werden kann, daß nicht das Kind selbst, wohl aber seine Unterhaltslast einen Vermö-

gensschaden bedeuten kann. Nicht wenige Juristen bezweifeln die Plausibilität dieses juristischen Kunstgriffs.

Eduard Picker verdeutlicht die Unsinnigkeit bzw. die Unstatthaftigkeit der getroffenen Unterscheidung durch einen analogen Sachverhalt: Die durch einen Unfall erzeugte Beule am Kotflügel eines Autos stellt für sich schon einen Schaden dar und nicht erst die Kosten für die Reparatur des Kotflügels. Wolle man deshalb Unterhaltskosten für Kinder als Schaden werten, dann betrifft dies unmittelbar auch ihre Quelle, nämlich das (behinderte) Kind²⁵. Die Existenz eines Kindes als Schadensquelle zu betrachten, ist aber mit dessen Würde unvereinbar. Infolgedessen verletzen auch vermögensrechtliche Erwägungen als Konsequenz der kindlichen Existenz dessen Menschenwürde. Dem wird entgegengehalten, daß in vielen Rechtsgebieten die Existenz eines Kindes bzw. eines Menschen Gegenstand vermögensrechtlicher Erwägungen sei, ohne daß dies automatisch die Würde des jeweiligen Menschen beschädige. Die Klage eines Elternteils gegen den anderen auf Zahlung der Unterhaltsaufwendungen für das gemeinsame Kind beeinträchtigt auch nicht dessen Würde, nur weil es im Klageverfahren als finanzielle Belastung gewertet werde.

Gelegentlich wird sogar davor gewarnt, die Kategorie der Menschenwürde überhaupt in Rechtsstreitigkeiten wie der vorliegenden zu bemühen. Nach Auffassung der Rechtswissenschaftlerin Claudia Junker ist die Menschenwürde faktisch ein inhaltlich objektiv nicht zu konkretisierender Begriff, dem lediglich eine Platzhalterfunktion für völlig beliebige, subjektiv weltanschauliche Wertungen zukomme. Da die Rechtsprechung nur intersubjektiv ausweisbare Verbindlichkeiten berücksichtigen dürfe, müsse sie jeden rechtsentscheidenden Rekurs auf den Begriff der Menschenwürde vermeiden²⁶.

Aus handlungstheoretischer bzw. ethischer Sicht ist die Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes als solcher und der mit ihr einhergehenden Vermögensschädigung der Eltern gerade mit Blick auf die Ermittlung des Kausalzusammenhangs inkonsistent. Alleinursächlich für den Vermögensschaden der Eltern ist die Existenz des Kindes als solches, dessen Unterhaltsaufwendungen die Vermögenslage der Eltern mindern. Mitursächlich für die Geburt bzw. für das Leben des Kindes mag eine Schlechterfüllung ärztlichen Handelns sein. Diese Schlechterfüllung als Schädigung der Vermögenslage zu betrachten, ohne die unmittelbare Ursache für die Vermögensminderung, also die Existenz des Kindes, nicht auch als Schadensquelle werten zu müssen, ist ein logisch inkonsistenter Kurzschluß: Die Existenz des Kindes ist nämlich mindestens als „Transmissionsriemen“ eine „conditio sine qua non“ und infolgedessen Wesensbestandteil eines mutmaßlichen Schadens, der durch die Unterhaltsaufwendungen entstehen soll.

Sodann mißachtet der Vergleich etwa mit Unterhaltsklagen gegen einen Elternteil einen erheblichen Unterschied. In solchen Klagen geht es – wie grundsätzlich alle Bemühungen um einen Familienlastenausgleich – um die faire Verteilung solcher materieller wie immaterieller Lasten, die den Fürsorgepflichtigen durch die beson-

dere Fürsorge für Kinder oder für andere Menschen entstehen. Niemals aber steht die Existenz der einer besonderen Fürsorge bedürftigen Kinder oder Menschen als solche in Frage. Im Unterschied dazu ist bei den Fallgruppen „unerwünschte Kinder“ die einzige Alternative einer Schadensvermeidung bzw. Schadensbegrenzung ihre vollständige Nichtexistenz. Denn zurecht lehnt es die Rechtsprechung (noch) ab, daß die Eltern über den Weg einer Freigabe zur Adoption zur Minderung ihres Schadens verpflichtet werden²⁷.

In hohem Maß bedenklich ist das Argument, daß sich der Rekurs auf die Menschenwürde ohnehin verbiete. Es ist richtig: Der Begriff der Menschenwürde ist *material-inhaltlich* schwer zu füllen²⁸. Selbst die Menschenrechte sind ja weniger material-inhaltliche Ausformungen bzw. Einzelkonkretionen der Menschenwürde als vielmehr umgekehrt Bedingungen der Möglichkeit menschenwürdigen Lebens. Diese material-inhaltliche Unschärfe des Menschenwürde-Begriffs ist aber gerade keine Schwäche, sondern eine (formal-inhaltliche) Stärke, auf die es vor allem ankommt. Der Begriff der Menschenwürde steht für die absolut unverzichtbare und darin unantastbare *Selbstrepräsentation* und *Selbstzwecklichkeit* jeder einzelnen, geschichtlich je einmaligen menschlichen Existenz. Deshalb ist eine Bezugnahme auf den Begriff der Menschenwürde gerade dort zwingend geboten, wo die grundsätzliche Möglichkeit der Selbstrepräsentation und Selbstzwecklichkeit eines Menschen in vermögensrechtlichen Abwägungen verrechnet und darin real angetastet wird.

Informationspflicht als Kriterium für Schlechterfüllung bei präkonzeptioneller wie postkonzeptioneller Beratung

Insbesondere nach dem Urteil des BVerfG vom Mai 1997 beklagen namhafte Kritiker der herrschenden Rechtsprechung den zunehmenden Druck auf die Ärzte, der sie über das Arzthaftungsrecht in Richtung einer „Defensivmedizin des Tötens“ verleite:

„In der konkreten Situation ist zu befürchten, daß dieser über die Haftung aufgebaute indirekte Zwang dazu führen wird, im Zweifelsfalle zum Abbruch der Schwangerschaft zu raten und den Arzt zum Abbruch der Schwangerschaft zu drängen.“²⁹

Das BVerfG hingegen bestreitet diese Tendenz³⁰. Der behandelnde Arzt sei ausschließlich dazu verpflichtet, über den entsprechenden Sachverhalt – etwa eine genetisch bedingte Disposition zu einer erwartbaren postnatalen Behinderung – zu informieren. Keinesfalls müsse er die Mutter bzw. die Eltern in die eine oder andere Richtung hin beraten. Im Gegenteil: Das Gebot der Patientenautonomie verpflichte ihn sogar auf strikte Neutralität bzw. Nichtdirektivität seiner Beratung.

Auf den ersten Blick erscheint die Argumentation des BVerfG plausibel: Warum sollte der Arzt nicht einfach das sagen (müssen), was der Sachverhalt ist, um dann die Entscheidung über alles Weitere den Betroffenen (Mutter/Eltern) zu überlas-

sen? Schwierigkeiten bereitet jedoch schon die Frage, was den „reinen Sachverhalt“ ausmacht. Erfüllt etwa der Hinweis, daß das ungeborene Kind einen genetischen Defekt (z.B. Trisomie 21) hat, den Tatbestand einer „ausreichenden Information“? Offensichtlich nicht. Ein rechtskräftiges Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf aus dem Jahr 1989 (!), das einen Arzt wegen Pflichtwidrigkeit zu Schadensersatz verurteilte, verpflichtet ihn nämlich zu einer möglichst drastischen, abschreckenden und darin *wertenden* Beschreibung einer drohenden Behinderung:

„Danach mußte und muß der Arzt ... unmißverständlich klar machen, daß das Risiko auch die Entwicklung eines schwerstgeschädigten Kindes beinhalte und daß die Geburt eines so geschädigten Kindes *erfahrungsgemäß zu unerträglichen und furchtbaren Belastungen* führe, vielfach verbunden mit der Notwendigkeit lebenslanger Pflege und Betreuung des genetisch geschädigten Menschen. Diese Auswirkungen sind dem medizinischen Laien *regelmäßig nicht bekannt*, auch wenn er den Begriff des ‚Mongolismus‘ mit einer Schädigung der Leibesfrucht in Verbindung bringt.“³¹

Hinzu kommt, daß im Klageverfahren nicht die beratene Frau oder die beratenen Eltern eine mangelhafte Information beweisen müssen. Vielmehr steht der Arzt in der Beweispflicht einer ausreichenden Information. Damit ist der Arzt aus haftungsrechtlichen Gründen faktisch zu einer eindeutig tendenziösen „Information“ und damit zu einer direktiven Beratung verpflichtet.

Schmerzensgeld als Kompensation eines immateriellen Schadens

Nach herrschender Rechtsprechung kann die Mutter bei Klagen aus *wrongful birth* dann Schmerzensgeld geltend machen, wenn ihr Körper, ihre Gesundheit, ihre Freiheit oder ihre sexuelle Selbstbestimmung verletzt wird. So bestätigt der BGH in seinem Urteil vom 18. Juni 2002 ausdrücklich und unwidersprochen den Klageanspruch der Mutter auf Zahlung eines Schmerzensgeldes durch die pflichtwidrig handelnde Ärztin, weil die Mutter seit der Geburt ihres Kindes aufgrund dessen schwerer Behinderung nachweislich an einem psychischen Trauma leide und anfangs sogar suizidale Bestrebungen gehabt habe. Die Beeinträchtigung der körperlichen bzw. seelischen Unversehrtheit, die mit der Existenz des behinderten Kindes unmittelbar einhergeht, wird als immaterieller Schaden gewertet, der durch Schmerzensgeld im Sinn von Paragraph 253 Abs. 1 BGB ausgeglichen werden kann. Anders als bei mutmaßlichen Vermögensschäden greift hier keine juristische Hilfskonstruktion, die zwischen der Existenz eines Menschen als solcher und einer davon isolierbaren Schadensquelle („Unterhalt“) unterscheiden will. Hier *ist* die Existenz des behinderten Kindes wegen seines behinderten Soseins der Schaden, der sich auf Seiten der Frau zu einem Trauma auswächst und zur Zahlung von Schmerzensgeld führen kann. Damit liegt aber zweifelsfrei ein Verstoß gegen die Menschenwürde des behinderten Kindes vor.

In jüngster Zeit mehren sich die Stimmen, die bei Klagen aus *wrongful life* sogar dem behinderten Kind selbst Schmerzensgeldansprüche gegen den Arzt seiner

Mutter zubilligen. Zwar kann ein behindertes Kind aus der Schlechterfüllung eines Arztvertrags keine Vermögensschäden geltend machen. Gleichwohl müsse man jedoch davon ausgehen, „daß es so schwere Erkrankungen gibt, daß das Nichtleben gegenüber dem Leben der vorzuziehende Zustand gewesen wäre“³²:

Deshalb gehöre es zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedes Menschen, „nicht mit schwersten Behinderungen geboren zu werden, die eindeutig prognostizierbar zu einem Leben mit kurzer Lebenserwartung, schweren Leiden und dauernden Schmerzen führen, wenn sich dies durch ein Unterbleiben der Zeugung oder einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch verhindern läßt.“³³

Das heißt: Wenn ein Arzt durch sein pflichtwidriges Verhalten die Verhinderung einer leidvollen Existenz verhindert, verletzt er die elementaren Persönlichkeitsrechte des Behinderten, zu denen auch das Recht auf Nichtexistenz als minderes Übel zählt. Diese Auffassung deckt sich übrigens nicht mit der Rechtsauffassung des BGH, der zufolge ein Leben selbst mit schweren Behinderungen eine immer noch günstigere Lage vor der Alternative der Nichtexistenz darstelle³⁴.

Diese Argumentation macht offenkundig, wie normative Wertungen und Vorentscheidungen faktisch die Richtung juristischer Erwägungen vorgeben; noch wichtiger: in welcher dezisionistischen Weise solche normativen Hintergrundgewißheiten und Plausibilitätsannahmen stark gemacht und dennoch einer stichhaltigen Begründung entzogen werden. Während die zitierte Juristin eindeutig Schmerzensgeldansprüche des behinderten Kindes gegen den ursprünglich pflichtwidrigen Arzt bejaht, konstatiert sie anschließend lapidar: „In einer vergleichbaren Konstellation ist ein Anspruch des Kindes gegen seine Eltern weder zwingende Konsequenz eines potentiellen Anspruchs gegen Dritte, noch ist er ethisch oder gesellschaftspolitisch wünschenswert.“³⁵ Dies könnte sich schnell ändern, wenn sich die gesellschaftspolitische Zuweisung elterlicher Verantwortung an Wolfgang Schirrmacher orientiert:

„Aber bevor Leben ins Leben kommt, haben wir die Verantwortung, dieses Leben so gut wie möglich zu gestalten, dem Leben eine so gut wie mögliche Startposition zu geben. Und ich halte es für eine bodenlose Gemeinheit, anderen Wesen ein Leben als Krüppel zuzumuten, wenn es auf gentechnologischer Ebene möglich wäre, ihnen dieses Schicksal zu ersparen.“³⁶

Folgt hier nicht konsequenterweise die Kompensation eines (vermeintlich) immateriellen Schadens für das behinderte Kind auch und gerade durch seine Eltern?

Unabhängig von dieser schon zynisch anmutenden Schlußfolgerung widerspricht die Forderung nach Schadensersatz durch Schmerzensgeld für das behinderte Kind elementaren ethischen Grundaxiomen. Jede Güterabwägung, auch die zwischen Nichtexistenz und Existenz unter leidvollen Bedingungen, setzt die Existenz des Leidenden als *Subjekt* der Güterabwägung notwendig voraus. Güterabwägungen namentlich über existentielle Entscheidungen fordern *authentische Selbstrepräsentation*. Die Bedingung der Möglichkeit einer bestimmten Wertpräferenz ihr selbst zum Opfer fallen zu lassen, ist aber performativ widersprüchlich: Die Bedingung der Mög-

lichkeit plädiert für ihr eigenes Nichtvorhandensein. Versperrt ist auch der Rückzug auf eine *stellvertretende* Entscheidung etwa der Eltern, die auf der Grundlage eines mutmaßlichen Willens des ungeborenen Kindes für das Kind gegen seine Existenz entscheiden sollen: Die Legitimität *advokatorischer* Entscheidungen für nichtentscheidungsfähige Andere ist grundsätzlich an die Zielbindung gekoppelt, die authentische Selbstrepräsentation des derzeit Nichtentscheidungsfähigen zu ermöglichen bzw. wiederherzustellen oder einer bereits getroffenen Entscheidung eines nicht mehr Entscheidungsfähigen zu entsprechen³⁷. Eine stellvertretende Entscheidung etwa der Eltern zugunsten der Nichtexistenz, aus deren Unterlassung das behinderte Kind Schadensersatzansprüche in Form von Schmerzensgeld geltend machen könnte, würde die ethische Dignität advokatorischer Entscheidungen pervertieren.

Wrongful solidarity? Zukunftsaussichten einer Umkehrlogik schadensrechtlicher Erwägungen im Umfeld von „unerwünschten Kindern“

Selbst prinzipielle Befürworter von Schadensersatzansprüchen bei unerwünschten Kindern aus *wrongful birth* und *wrongful life* räumen ein, daß die Möglichkeiten der Pränataldiagnostik einer schleichenden Abwertung behinderten Lebens Vorschub leisten kann. Sie bestreiten aber, daß dafür die Zivilrechtsprechung verantwortlich ist³⁸. Diese Auffassung berücksichtigt freilich nicht die erhebliche Prägekraft, die von der Rechtsprechung auf das Rechtsempfinden der Gesellschaft wie auf das öffentliche Meinungsbild insgesamt ausgeht. Öffentliche Meinung(en) und Rechtsprechung stehen gerade mit Blick auf ihre normativen Hintergrundgewißheiten und Plausibilitätsannahmen in einem oftmals subtilen Wechselverhältnis. Denn gerade in einem demokratischen Rechtsstaat besteht die Grundvermutung, daß nicht unmoralisch ist, also illegitim sein kann, was prinzipiell rechtlich zulässig, also legal ist. Es mag richtig sein, daß die herrschende Rechtsprechung bei Klagen aus *wrongful birth* und *wrongful life* unter *rechtsdogmatischen* Gesichtspunkten stringent ist – wenigstens dann, wenn man die faktisch auch in rechtsdogmatischen Disjunktionen wirksamen *moralisch gehaltvollen* Anteile und Vorentscheidungen ausblendet. Widersprechen rechtsdogmatische Erwägungen und Schlußfolgerungen elementaren ethischen Basisannahmen einer rechtsstaatlichen wie sozialen Demokratie, dann ist der Gesetzgeber gefordert, mit dem Instrument der Rechtspolitik das gesetzliche Gefüge etwa des Arzthaftungsrechts neu zu justieren und den Datenkranz der Rechtsdogmatik neu auszurichten.

Diese Neuausrichtung ist dringend gefordert. Denn was in anderen Gesellschaften etwa in der Verweigerung eines Krankenversicherungsschutzes erste Realität wird, dämmert auch in Deutschland schon im Morgenlicht: die Alleinhaftung der Eltern für individuellen und sozialen Kosten ihrer behinderten Kinder aus Erwägungen einer *unerwünschten Solidarität* („*wrongful solidarity*“). Damit will ich

jenen Sachverhalt bezeichnen, daß Eltern im Wissen um die drohende Behinderung sich *nicht* von der Zeugung eines Kindes abhalten lassen oder zum Abbruch einer Schwangerschaft entscheiden, als „Strafe“ für die vermeidbare Schädigung der gesellschaftlichen Solidargemeinschaft dann aber für die Kosten, die durch die Existenz ihres behinderten Kindes entstehen, selbst aufzukommen haben. Der Schritt zur Aufkündigung der Solidargemeinschaft etwa mit Blick auf die Kosten im Gesundheits- und Sozialwesen im Fall einer „unerwünschten Solidarität“ ist keinesfalls mehr weit. Denn er ist die konsequente Umkehrlogik herrschender Rechtsprechung bei Klagen aus *wrongful birth* und *wrongful life*.

Gelegentlich wird schon heute die Vermutung geäußert, daß die Haftbarmachung von Ärzten für die unzweifelhaft besondere Belastung von Eltern mit behinderten Kindern eine Umverteilung von einer allgemeinen Solidarität der Versicherten bzw. der Gesellschaft insgesamt auf die Schultern einiger weniger bedeute und damit das Konzept einer Solidargemeinschaft von innen her aushöhle³⁹. Noch schließt die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland eine Pflicht der Eltern zur Vermeidung behinderter Kinder im Sinn einer Schadensminderungspflicht aus. Gleichwohl gibt einer der führenden deutschen Sozialrechtler schon 1993 (!) in einem einschlägigen Kommentar zum deutschen BGB mit Blick auf die Verantwortung von Eltern für die Vermeidung von behinderten Kindern zu bedenken: „Es kann nicht als sozial adäquat angesehen werden, bewußt kranke Kinder zu zeugen, ohne auch hierfür – haftungsrechtlich – die Verantwortung tragen zu wollen.“⁴⁰

ANMERKUNGEN

¹ Ich danke dem Vorsitzenden Richter i. R. am OLG München, Walter Bayerlein, für die kritische Durchsicht und wertvolle Hinweise.

² BGH VI ZR 136/01 (www.BGH.de).

³ Pressemitteilung der Deutschen Bischofskonferenz vom 19.6.2002: Aussonderung von Menschen mit Behinderungen wird Realität. Der Vorsitzende der Deutschen Bischofskonferenz, Kardinal Karl Lehmann, zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 18.6.2002.

⁴ Vgl. bes. C. Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz u. Schadensersatz. *Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Pregnancy, Wrongful Adoption & Wrongful Parenthood* (Berlin 2002); A. Reinhart, Familienplanungsschaden. *Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy*. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen u. des anglo-amerikanischen Rechts (Frankfurt 1999).

⁵ Zurecht grenzt Junker von „*wrongful life*“ zwei weitere Fallgruppen ab: „*dissatisfied life*“ als Klage eines gesunden, gleichwohl aufgrund seiner Zeugungs- bzw. Geburtsumstände sozial stigmatisierten Kindes gegen (einen Teil) seiner Eltern mit dem Argument, deren Verhalten wäre für die soziale Stigmatisierung und Benachteiligung ursächlich; sowie „*wrongful living*“ als Klage eines schwerkranken Menschen, dem eine aktive Sterbehilfe verweigert wird: vgl. Junker (A. 4).

⁶ Haftbar zu machen ist der Beklagte freilich nur, wenn ihm sowohl Zurechenbarkeit als auch unmittelbare Kausalität für den eingetretenen Schadensfall nachzuweisen ist. Dem Arzt muß nachgewiesen werden können, daß seine Schlechterfüllung der vertraglich vereinbarten Leistungen, also seine mangelhafte Diagnose, Aufklärung oder Beratung, die Eltern nicht von einer Zeugung oder von einem rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch abgehalten haben.

⁷ RGZ 108, 86 (86ff.).

⁸ Vgl. Urteile vom 18.3.1980 BGHZ 76, 249 = NJW 1980, 1450; BGHZ 76, 259 = BGH, NJW 1980, 1452; BGH, VersR 1980, 719.

⁹ BGH VI ZR 114/81 = BGHZ 86, 240. ¹⁰ Ebd.

¹¹ BGHZ 124, 128 = JR 1994, 456.

¹² BVerfG 2 BvF 2/90 = NJW 1993, 1575 ff.

¹³ BVerfG, Beschluß vom 12. 11. 1997–1 BvR 479/92 = BVerfGE 97, 198 = NJW 1998, 519.

¹⁴ Die gegensätzlichen Urteile des 1. und des 2. Senats haben zu erheblichen Diskussionen innerhalb des BVerfG wie in der Literatur geführt. Die Geschäftsordnung des BVerfG sieht in § 18 bei gegensätzlichen Urteilssprüchen der Senate die Einberufung des Gerichtsplenums vor; freilich nur in jenen Fällen, wo sich die Abweichung auf für die jeweiligen Urteile tragende Rechtsauffassungen bezieht. Zwar hat der 2. Senat in einem Beschluß vom 22. 10. 1997 den 14. Leitsatz für sein Urteil vom Mai 1993 als tragend erklärt, um so eine gemeinsame Befassung zu erzwingen. Der 1. Senat hat sich aber dieser Sichtweise nicht angeschlossen und deshalb von einer Befassung des Plenums ausdrücklich abgesehen. (vgl. BVerfGE 97, 198 (Abschnitt C der Urteilsbegründung)).

¹⁵ Vgl. G. Hager, Art. Haftung/Haftungsrecht, in: LexBioEthik II, 193–197; ausführlich: A. Laufs, Arztrecht (München 51993).

¹⁶ Der Schutzzweck der einschlägigen Verträge bezieht prinzipiell auch die Interessen von Ehemann und Kind mit ein: vgl. Junker (A. 4) 401 ff.

¹⁷ Dieser Sachverhalt scheint für alle relevanten Vertragsverhältnisse vorzuliegen: vgl. Junker (A. 4) 190 ff.

¹⁸ Vgl. ebd. 311 ff.

¹⁹ BGH Urteil vom 4. 12. 2001 – VI ZR 213/00 = BGH Lexetius.com/2002/2/616.

²⁰ Dem 6. Senat des BGH lag ein Revisionsbegehren von Eltern vor, dessen 1995 geborenes Zwillingsskind im Unterschied zum anderen körperliche Behinderungen aufwies. Die Klage gegen die behandelnde Ärztin, die diese Behinderung (pflichtwidrig) nicht diagnostizierte, blieb auch in der Revision erfolglos, da selbst bei pflichtgemäßer Diagnose eine „Schadensvermeidung“ durch Schwangerschaftsabbruch weder durch eine (damals noch rechtmäßige) embryopathische noch medizinische Indikation hätte gerechtfertigt werden können.

²¹ Vgl. BGH Urteil vom 18. 6. 2002, VI ZR 136/01 (Entscheidungsgründe II 3 a).

²² § 218a Abs. 2 StGB.

²³ So ausdrücklich die Vorsitzende des zuständigen 6. Zivilsenats des BGH, Müller, auf einer Veranstaltung des Nationalen Ethikrates am 23. 1. 2003 in Berlin.

²⁴ Vgl. dazu ausführlich: A. Lob-Hüdepohl, Die Wertschätzung des Imperfekten. Einwendungen zu Gewissheitsannahmen der Biopolitik im Umgang mit Behinderung, in: IkaZ 31 (2002) 513–524.

²⁵ Vgl. E. Picker, Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“). Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt, in: Archiv für die civilistische Praxis 195 (1995) 483–547, 502 ff.

²⁶ Diese auch und gerade für eine rechtswissenschaftliche Überlegung erstaunliche Auffassung vertritt Junker (A. 4, 343 ff.) mit Verweis auf Norbert Hoerster: „Die Würde des Menschen ist ein Begriff, in den sich jede inhaltlich-weltanschauliche Wertung hineinlesen läßt. Häufig dient er nur dazu, die eigenen moralischen oder rechtspolitischen Wertungen hinter einem bedeutsam erscheinenden, aber eben doch nahezu inhaltsleeren Begriff zu verbergen. Mit dem Menschenwürdebegriff allein läßt sich keine intersubjektiv nachvollziehbare Lösung erreichen.“

²⁷ Diese denkbare Möglichkeit wird in allen Rechtskreisen immer wieder erörtert: vgl. Junker (A. 4) 81 f., 501 ff.

²⁸ Vgl. rechtlich-ethisch: K. Hilpert, Art. Menschenwürde, in: LThK³, Bd. 7, 132–137.

²⁹ H. Hepp, Medizinrechtliche u. -ethische Aspekte der Präimplantationsdiagnostik, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland. Wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut vom 24. bis 26. 5. 2000 in Berlin, hg. v. BM für Gesundheit (Baden-Baden 2001) 189–195, 194.

³⁰ „Es kann nicht davon ausgegangen werden“, so der 1. Senat des BVerfG in seinem Urteil von 1997, „daß die Ärzte entgegen ihrem ethischen Selbstverständnis nur wegen der drohenden Haftung oder deren Auswirkung auf ihre Berufshaftpflichtversicherung zur Abtreibung raten.“

³¹ OLG Düsseldorf, NJW 1989, 1580 ff.

³² Junker (A. 4) 628. ³³ Ebd. 716.

³⁴ Vgl. BGHZ 86, 240 (Urteil vom 18. 1. 1983). ³⁵ Ebd.

³⁶ Zit. nach F. Christoph u. C. Mürner, Der Gesundheitsfetisch (Heidelberg 1990) 112.

³⁷ Vgl. M. Brumlik, Advokatorische Ethik. Zur Legitimation pädagogischer Eingriffe (Bielefeld 1992).

³⁸ So selbst Junker (A. 4) 710.

³⁹ So E. Schockenhoff, Auf ein Wort: Urteilsspruch mit beschränkter Haftung, in: ZfmedEthik 48 (2002) 383–385.

⁴⁰ W. Gitter, Münchener Kommentar zum BGB³ 1993, § 1 RdNr. 37, 75.