

Stellungnahme bei der Bundestagsanhörung am 16.02.05  
von Dr. Walter Bayerlein, Vors. Richter am Oberlandesgericht a.D.  
Vizepräsident des Zentralkomitees der deutschen Katholiken (ZdK)

I.

Die veränderte Situation

Als im Jahr 1995 der § 218 a Abs. 2 StGB neu gefasst wurde, war die Situation anders als heute. In den seither vergangenen 10 Jahren hat sich die Medizin in der pränatalen Diagnose mit immer neuen Methoden so rasant entwickelt, dass von der Pränataldiagnostik immer größere Gruppen von Frauen erfasst werden. Die Definition der „Risikoschwangerschaft“, die eine solche Untersuchung nahe legt, wird immer weiter ausgedehnt. Zugleich wächst aber mit der gestiegenen Untersuchungsichte auch die Zahl der Fälle mit einer belastenden Diagnose, wobei die Befunde, die nicht geheilt oder behoben werden können, weit überwiegen. Damit wächst der potentielle Anwendungsbereich der in die eigentliche medizinische Indikation (Gefahr für Leib und Leben der Mutter) hineingenommenen „embryopathischen Indikation“, die es als solche nicht mehr geben sollte. Trotz aller Entwicklung der Diagnosemöglichkeiten ist die pränatale Diagnose in sehr vielen Fällen unsicher, ob die nach bestimmten Anzeichen vermutete Behinderung letztlich tatsächlich eintritt und welches Ausmaß sie hat, wenn sie eintritt.

Die Unsicherheit der Diagnose, die Befürchtung einer Behinderung des Kindes bringen meist zuerst die Mutter, der vom Arzt der Befund eröffnet wird, und dann auch den Vater in eine äußerst schwierige Situation, zumal sie oft schockartig von ihrem Wunsch nach einem gesunden Kind Abschied nehmen müssen.

Was 1995 noch eher eine Ausnahmesituation gewesen sein mag, ist heute in gynäkologischen Praxen und in humangenetischen Instituten eine sehr häufige Erscheinung. In der Gesellschaft ist „Gesundheit“ zwar mit Recht ein hohes Gut, verbunden mit den Anforderungen in einer Leistungsgesellschaft wird dadurch aber ein Leben mit Behinderung abgewertet, ja entwertet – bis hin zu den bekannten Stimmen, die es für einen private Extravaganz halten, ein behindertes Kind, dessen Behinderung schon während der Schwangerschaft diagnostiziert wurde, zur Welt zu bringen und aufzuziehen. Eine Extravaganz, die nicht von der Gemeinschaft der Versicherten oder der Steuerzahler mitzutragen sei.

Zugleich sind Föten in immer früheren Entwicklungsstadien extrauterin überlebensfähig, so dass beim Entschluss zum Schwangerschaftsabbruch immer öfter Kinder getötet werden, die bereits eigenständig lebensfähig wären.

Für die heutige Situation scheint mir kennzeichnend und alarmierend zugleich zu sein, dass von 10 Kindern, bei denen pränatal Trisomie 21 diagnostiziert worden ist, nur noch ein einziges zur Welt kommt.

Angesichts dieser veränderten Lage ist es an der Zeit, dass sich auch der Gesetzgeber erneut Gedanken über einen verbesserten Lebensschutz ungeborenen, möglicherweise behinderten Lebens macht, so wenig er allein das gesellschaftliche Klima durchgreifend

verändern kann. Eine Geringbewertung behinderten Lebens ist ein Verstoß gegen die Menschenwürde, die auch behinderten Menschen zukommt. Und sie ist eine schwere Beeinträchtigung geborener behinderter Menschen, gleichgültig ob sie ihre Behinderung von Geburt an haben oder erst im Laufe ihres Lebens z.B. unfallbedingt, erlitten haben. Gegenwärtig ist es so, dass bei der in § 218 a bs. 2 StGB einbezogenen „embryopathischen“ Indikation anders als bei § 218 a Abs. 1, § 219 StGB keine Frist für den Abbruch besteht, keine Überlegungszeit zwischen Diagnose und Abbruch vorgeschrieben ist, und neben der medizinischen Beratung eine psychosoziale Beratung nur vereinzelt stattfindet, weil sie nicht vorgeschrieben, geschweige denn verpflichtend ist.

## II.

### Die erste Gesprächssituation

Um zu erfassen, was das konkret bedeutet, muss man sich kurz in die Situation eines Gesprächs versetzen, in dem der Arzt der Schwangeren die Diagnose einer möglichen, medizinisch nicht behebbaren Erkrankung oder Behinderung des erwarteten Kindes eröffnet. Dies scheint mir auch ein wesentlicher Blickwinkel auf erforderliche Veränderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen zu sein: Nämlich vom Leben her zu denken und nicht zuerst von Prinzipien her, so wichtig diese sind.

Wenn der **Arzt** den Eltern, meist zuerst der Mutter, **nach pränataler Diagnostik** eine belastende Diagnose über das heranwachsende ungeborene Kind eröffnet, ist das meist ein schockierendes Erlebnis. Die Gedanken der Mutter verhaken sich: Was bedeutet das ? Wird es leben können ? Wie wird es leben können ? Wie sicher ist die Diagnose ? Lässt sie Hoffnung ? Wenigstens ein wenig ? Werden wir den Belastungen des Lebens mit einem behinderten Kind gewachsen sein ? Was bedeutet das für unser Leben, für unsere Partnerschaft ?

Für die Eltern ist es eine schlimme Ersterfahrung. Für den Arzt zwar nicht Routine, aber doch eine Pflicht, der er sich immer wieder einmal unterziehen muss. Auch sonst gehört es ja zu seinem Beruf, Patienten unerfreuliche Wahrheiten über einen schlimmen Befund eröffnen zu müssen, ohne sich dabei emotional zu sehr zu engagieren. Eine gewisse Distanz ist für ihn in seinem Beruf überlebenswichtig. Er wird sich daher so sachlich wie möglich äußern.

Insofern ist der Ausgangspunkt eines Gesprächs über eine belastende Diagnose zwischen den Gesprächspartnern sehr unterschiedlich. Hier Betroffenheit und innerer Aufruhr, dort eine sachliche Distanz aus ärztlicher Sicht.

Gleichwohl ist die Atmosphäre, in der die Eltern vom Arzt über die Diagnose und ihre Bedeutung, über Auswirkungen des Befunds und über die voraussichtlichen Behinderungen für das konkrete Leben informiert werden, äußerst wichtig. Dieses Gespräch ist eine der **wesentlichen Weichenstellungen** dafür, ob die Eltern sich für oder gegen das Leben des Kindes entscheiden : **Der Arzt ist der informierte Informant, die Eltern voller Fragen und Zweifel**. Der Arzt ist auf das Gespräch vorbereitet, die Eltern oft völlig überrascht.

Dazu kommt, dass Ärzte, das hat erst jüngst wieder eine seriöse Umfrage bestätigt, im Volk ein sehr hohes Vertrauen und hohes fachliches Ansehen genießen.

## III.

### Absicht des § 218 a Abs. 2 und alltägliche Praxis

Gerade wegen dieser ohnehin nicht einfachen Situation, in der ein solches Gespräch stattfindet, muss vermieden werden, dass die Eltern aus Panik und Ängsten heraus sofort entscheiden, die Schwangerschaft abubrechen statt eine gründlich überlegte Entscheidung zu treffen.

Anders als bei der eigentlichen medizinischen Indikation, in der es aus ärztlicher Sicht keine Alternative gibt, besteht hier selten ein Zeitdruck, es sei denn, der Frau wird eröffnet, es stünde gerade ein OP-Termin und ein Bett zur Verfügung. In der ersten Enttäuschung und Angst vor dem, was da auf sie zukommt, ist es mehr als verständlich, dass der erste innere Impuls der ist, die Schwangerschaft und damit den belastenden Zustand zu beenden. Eine solche erste Reaktion ist aber für die nach dem Gesetz erforderliche Prognose ungeeignet, wie sehr eine Behinderung, so sie denn tatsächlich eintritt, die Frau belasten wird und ob dies die Gefahr „einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands“ bedeutet.

In der sogenannten **medizinischen Indikation** (§ 218 a Abs. 2 StGB) hat man im Gesetzgebungsverfahren, nicht zuletzt auf Drängen der Kirchen und der Behindertenverbände, auf eine „embryopathische Indikation“ (Abbruch wegen voraussichtlicher Behinderung des ungeborenen Kindes) verzichtet. Dies hat aber in der **Alltagswirklichkeit** nicht verhindert, dass in der Praxis - mehr oder weniger stillschweigend geduldet - die **embryopathische Indikation** weithin wegen der damit verbundenen seelischen oder körperlichen Belastung der Mutter als „schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Gesundheitszustands“ der Mutter angesehen und damit als medizinische Indikation bewertet oder als „in die medizinische Indikation einbezogen“ bezeichnet wird.<sup>1</sup>

Das ZdK hat in seinem Beschluss "Mit Behinderung leben: Familiennetze stärken" vom 25. Januar 2002 (S. 20/21) festgestellt: „Zwar sieht das geltende Recht (§ 218 StGB) eine embryopathische Indikation nicht vor, doch hat die Praxis der Indikationsstellung unter den faktischen Bedingungen ärztlicher Haftung dazu geführt, dass das Vorliegen eines belastenden Befundes im Rahmen einer pränataldiagnostischen Untersuchung *als solches* bereits als Rechtfertigungsgrund für eine Abtreibung angesehen wird. Die Praxis vorgeburtlicher Diagnostik führt heute dazu, dass ungeborene Kinder schon beim Verdacht auf bestimmte Behinderungen abgetrieben werden. Reformen einfordert, sollte mit breiter Mehrheit entschieden vorangetrieben werden.“

Dabei wird auf den Nachsatz des Gesetzes wenig Gewicht gelegt, dass die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden können muss. Diese **alltagspraktische Gleichstellung** einer belastenden pränatalen Diagnose mit der eigentlichen medizinische Indikation, d.h. der akuten Bedrohung von Leib und Leben der Schwangeren durch die Schwangerschaft, ist zwar verfassungsrechtlich unzulässig, aber weithin un widersprochene Praxis. Um Missverständnissen vorzubeugen, möchte ich betonen, dass die oft langjährigen seelischen Belastungen und die Einschränkungen in der Lebensführung der Eltern behinderter Kinder keinesfalls beiseite geschoben oder „kleingeredet“ werden dürfen. Gleichwohl sind diese Belastungen nicht gewissermaßen automatisch dem Fall gleichzustellen, in denen die Schwangerschaft akut das Leben der

Mutter bedroht. Im zuletzt genannten Fall stehen gleichrangige Rechtsgüter, nämlich das Leben der Mutter und das Leben des Kindes, in Konkurrenz. In einem solchen Fall ist es verfassungsrechtlich zulässig, in einem staatlichen Gesetz einen Schwangerschaftsabbruch zum Schutz des Lebens der Mutter für rechtmäßig zu erklären. Bei der seelischen oder körperlichen Beeinträchtigung der Eltern durch ein behindertes Kind liegen die Dinge anders: Es handelt sich um eine gesteigerte Form der sozialen Belastung, die, mag sie auch von erheblichem Gewicht sein, nicht auf gleicher Ebene mit dem Lebensrecht des Kindes einzuordnen ist.

#### IV.

##### Konkrete Folgerungen:

Deshalb ist eine Überlegungszeit, ähnlich wie in § 218 a Abs. 1 Nr.1 StGB, zwischen der Eröffnung der Diagnose und der Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs einzuführen. Diese Zeit ist auch erforderlich, um ein vertieftes Gespräch der Eltern über die veränderte Situation der Schwangerschaft und über die Perspektive eines Lebens mit einem behinderten Kind zu ermöglichen.

Insbesondere aber muss der Arzt frei sein von der Sorge, dass er selbst erheblichen Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein könnte, wenn sich die Eltern auf Grund seines Gesprächs mit der Mutter für ihr behindertes Kind entscheiden.

Insofern ist die Ausgestaltung des Arzthaftungsrechts bezüglich der pränatalen Diagnostik, die es durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Bundesverfassungsgerichts und von verschiedenen Oberlandesgerichten erfahren hat, von erheblicher Bedeutung, ohne dass dies immer mit hinreichender Deutlichkeit gesehen wird. Danach muss der Arzt nämlich durchaus befürchten, für den Unterhalt des behinderten Kindes und unter Umständen auch noch für ein Schmerzensgeld der Mutter aufkommen zu müssen, wenn er die Eltern nach Auffassung eines Gerichts nicht hinreichend deutlich vor den schweren Belastungen des Lebens mit dem behinderten Kind gewarnt hat. Hier besteht aus meiner Sicht vordringlicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf. Darauf will ich hernach noch näher eingehen.

Ferner muss der Gesetzgeber bei der jetzigen Fassung des § 218 a Absatz 2 StGB **neben der ärztlichen Beratung** nach einer pränatalen Diagnostik mit belastendem Befund **auch eine psychosoziale Beratung** durch besonders qualifizierte Beratungsstellen **sicherstellen**. Das ZdK hat dies schon in seinem Beschluss „Atreibungen bei zu erwartender Krankheit oder Behinderung des Kindes im Rahmen der medizinischen Indikation“ v. 16.02.1999 gefordert. Denn ersichtlich braucht das möglicherweise behinderte ungeborene **Kind einen Anwalt**, der sich für sein Lebensrecht einsetzt, und zugleich brauchen die **Eltern fachkundige Beratung** über die Hilfen und Möglichkeiten, das Leben mit einem behinderten Kind zu meistern, etwa die Vermittlung zu Selbsthilfegruppen, die Information über spezielle soziale Einrichtungen und geeignete medizinische Spezialkliniken und Rehabilitationseinrichtungen für bestimmte Arten von Behinderungen. Dass so etwas sein muss, folgt auch aus der Forderung des Gesetzes, dass „die Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Schwangeren“ nicht „auf eine andere für sie zumut-

bare Weise abgewendet werden kann“ (§ 218 a Abs. 2 StGB). Betrifft die Gefahr eine medizinische Indikation im eigentlichen Sinn, d.h. eine akute Bedrohung des Lebens der Mutter durch die Schwangerschaft, mag der Rat des insoweit kompetenten Arztes entscheidend und ausreichend sein. Das sind aber nicht die für die pränatale Diagnostik typischen Fälle.

Schließlich wäre es sowohl für den Arzt, der die Pränataldiagnostik durchführt, als auch für die Eltern sehr hilfreich, wenn ein Ärzte-Kollegium die Diagnose analysiert. In einer im wahrsten Sinn des Wortes „lebenswichtigen“ Frage ist das „Mehraugenprinzip“ von hohem Wert.

## V.

### Näheres zum Arzthaftungsrecht

Ich kehre zum **Arzthaftungsrecht** zurück, zumal ich glaube, dass es insoweit am ehesten zu Mehrheiten kommen kann, weil hier nicht das parlamentarisch mühsam geschnürte Paket um den § 218 StGB aufgeschnürt werden müsste, sondern insoweit „nur“ das Haftungsrecht im BGB zu ändern wäre.

Wie allgemein bekannt ist, geht der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die ärztliche Leistung den vertraglich vereinbarten Qualitätsanforderungen professionellen Handelns entsprechen müsse und daher eine „Schlechterfüllung“ dieser Pflichten den Arzt zum Ausgleich des dadurch herbeigeführten Schadens verpflichtet. Denkt man insoweit an das schuldhaftige Nichterkennen einer schon im Mutterleib **behandelbaren Erkrankung** des Fötus, leuchtet einem dieser Grundsatz sofort ein, soweit es um den durch die nicht behandelte Erkrankung ausgelösten Schaden geht.

Ist jedoch die Anomalie des Fötus ärztlich **nicht korrigierbar**, wird es problematisch, weil dann die Geburt des Kindes als Schaden begriffen werden müsste, denn seine Krankheit oder Behinderung war vom Arzt nicht zu verhindern, also auch nicht zu vertreten. Was er allenfalls zu vertreten haben kann, ist, dass - mitverursacht durch sein Handeln oder Unterlassen - kein Schwangerschaftsabbruch erfolgt ist. **Die einzige Möglichkeit der „Schadensvermeidung“ ist die völlige Nichtexistenz des Kindes.** So gesehen ist das behinderte Kind der Schaden. Ein solches Ergebnis rechtlicher Überlegungen kollidiert schon auf den ersten Blick mit dem Schutz der Menschenwürde, die selbstverständlich auch jedem behinderten Menschen uneingeschränkt zusteht und die in unserem Grundgesetz in Art. 1 als Höchstwert anerkannt und ausgewiesen ist.<sup>2</sup>

Dieses Problem umgeht der **Bundesgerichtshof**, indem er behauptet, es sei denkmöglich und **rechtsdogmatisch** sogar geboten, **zwischen der Existenz des Kindes und der Unterhaltsleistung für das Kind zu unterscheiden.**<sup>3</sup> Nicht das Kind sei der Schaden, sondern nur die vermögensmäßige Last der Eltern durch die Unterhaltsverpflichtung. Die Verurteilung eines Arztes auf Unterhaltersatz stelle daher das Existenzrecht des Kindes nicht in Frage. Sie sei auch keine Herabsetzung behinderten Lebens. Sie habe daher auch keine Auswirkungen auf ärztliches Handeln, auf das öffentliche Bewusstsein über die Würde behinderter Menschen oder auf die Bereitschaft der Eltern, sich für die Annahme der voraussichtlich behinderten Kindes zu entscheiden.

Das **Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat** - hat im Leitsatz 14 seiner Grundsatzentscheidung von 28.5.1993<sup>4</sup> diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als verfassungswidrig verworfen. Ich zitiere: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassung wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.“ Man musste damals annehmen, dass damit die gegenteilige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beendet war.

Der Bundesgerichtshof hielt jedoch im Wesentlichen an seiner Rechtsprechung fest und erklärte den Leitsatz 14 für eine die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht tragende, und daher nicht bindende Bemerkung (in der juristischen Fachsprache ein „obiter dictum“ = eine Nebenbeibemerkung).<sup>5</sup> Außerdem sei seine Rechtsprechung damit nicht gemeint, weil sie ja nicht das „Kind als Schaden“ ansehe, sondern nur die durch dessen Geburt ausgelöste Unterhaltspflicht der Eltern.<sup>6</sup> Dabei hatte aber das BVerfG auch als verfassungswidrig erklärt, das unerwünschte Kind als Schadensquelle zu betrachten. Im Verfahren über eine Verfassungsbeschwerde gegen diese BGH-Entscheidung war der **Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts** zuständig. Und dieser teilte die Meinung des Bundesgerichtshofs, dass der Leitsatz 14 ein „obiter dictum“ sei, obwohl der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts zuvor eigens in einem Beschluss<sup>7</sup> näher dargelegt hatte, dass und aus welchen Gründen der Leitsatz 14 ein tragendes Element der Entscheidung von 1993 gewesen sei; seine Ausführungen seien ein wesentlicher Teil der Argumentation gewesen, welcher Art die ärztliche Beratung sein müsse, um verfassungsrechtlich das Beratungskonzept an die Stelle des nur strafrechtlichen Lebensschutzes treten zu lassen. Es ist eine mehr als kühne Annahme, ein Leitsatz, d.h. die vorangestellte Zusammenfassung der wesentlichen Aussagen einer Gerichtsentscheidung, sei eine unverbindliche Nebenbeibemerkung. Aber spätestens der klarstellende näher begründete Beschluss des Zweiten Senats als „Lesehilfe“ hätte dazu führen müssen, das Plenum des Bundesverfassungsgerichts mit der Sache zu befassen.

Die **haftungsrechtliche Unterscheidung des Bundesgerichtshofs** zwischen der Existenz des behinderten Kindes und den Unterhaltsleistungen für dieses Kind ist bei näherer Betrachtung ein **nicht tragfähiger juristischer Kunstgriff**.<sup>8</sup> Nur die Vermögenslage als Schädigung der Eltern zu betrachten, ohne die unmittelbare Ursache für die Vermögensbelastung der Eltern, nämlich die Existenz des Kindes als „Schadensquelle“ in den Blick zu nehmen, ist ein Kurzschluss. Ohne die Existenz des Kindes gäbe es keine Vermögensbelastung, also ist dieses Kind dafür die eigentliche Ursache und nicht ein fehlerhaftes Verhalten des Arztes, das einen Schwangerschaftsabbruch verhindert hat. Selbst bei einer unfallbedingten Beule am Kotflügel eines PKW sind schon die Verformungen des Blechs der Schaden und nicht erst die Reparaturkosten für diese Beule. Dabei ist das vermögensrechtliche Bilanzieren bei einem verbeulten Kotflügel etwas grundlegend Anderes als das Bilanzieren beim unerwünschten (behinderten) Kind zwischen seiner Existenz und seiner Nichtexistenz.

Es ist anzuerkennen, dass der VI. Zivilsenat des BGH nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in einigen Arzthaftungsprozessen trotz gegebener Behinderung des geborenen Kindes das Vorliegen einer schweren Beeinträchtigung im Sinne von § 218 a Abs.2 StGB ausdrücklich verneint hat, z.B. in einigen Fällen des „Down-Syndroms“, in einem Fall, in dem bei einem Kind „nur“ ein Unterarm nicht ausgebildet war.<sup>9</sup> oder in

einem Fall, in dem das geistig gesunde Kind voraussichtlich lebenslang auf den Rollstuhl angewiesen sein wird.<sup>10</sup>

Ferner hat der BGH einen „Erschöpfungs- und Angstzustand, der die Leistungsfähigkeit und Lebensfreude der Mutter erheblich beeinträchtigte“, nicht als schwerwiegende Beeinträchtigung im Sinne von § 218 a Abs. 2 StGB gewertet.<sup>11</sup>

Dies ist zwar ein deutlicher Fortschritt in der Rechtsprechung. Gleichwohl bleibt diese wegen ihres grundsätzlich falschen Ansatzes, die Existenz des Kinds und den Unterhaltschaden zu unterscheiden, äußerst problematisch. Dies gilt auch für den Vorschlag, die Haftung des Arztes auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Und **kein Arzt kann sich in der Frage, ob er zur pränatalen Diagnostik raten soll und wie drastisch er die Behinderung schildern muss, um sich nicht selbst haftbar zu machen, darauf verlassen, wie ein Gericht die Frage später entscheiden wird.** Das selbe gilt für die Abgrenzung von grober und einfacher Fahrlässigkeit, die einen breiten gerichtlichen Beurteilungsrahmen eröffnet.

Durch die dargestellte Rechtsprechung und die verschwommene Praxis der medizinischen Indikation entsteht unter dem Gesichtspunkt der Arzthaftung ein **erheblicher Druck auf die Ärzte**, insbesondere die Gynäkologen und die Hausärzte, schwangere Frauen **zur pränatalen Diagnostik zu drängen**, und zwar nicht nur in den immer weiter gefassten so genannten „Risikogruppen“ von Schwangeren nach Alter, bekannten Erbkrankheiten usw.. Denn durch ein Unterlassen einer entsprechend nachdrücklichen Empfehlung wird möglicherweise ein Defekt des Fötus nicht erkannt, der die Entscheidung der Eltern zu einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a Abs. 2 StGB hätte auslösen können.

Kommt bei der pränatalen Diagnostik eine voraussichtliche Behinderung des ungeborenen Kindes zu Tage, **drängt die derzeitige Rechtsprechung den Arzt dazu**, der Schwangeren einen **Schwangerschaftsabbruch** mehr oder weniger eindringlich **nahe zu legen**, damit hernach niemand sagen kann, er habe die Eltern nicht hinreichend über die Behinderung und die mit der Behinderung des Kindes verbundenen Beeinträchtigungen der Lebensführung der Eltern hingewiesen. **Wird das Kind abgetrieben, geht der Arzt kein Haftungsrisiko ein. Wird es geboren, muss er mit seiner Haftung rechnen**, wenn ein Gericht sein Verhalten bei der Beratung als unzureichend ansieht. Dies gilt um so mehr als es **für** die ohnehin durch die Behinderung des Kindes belasteten **Eltern ein Anreiz** sein wird, **wenigstens vom Unterhalt**, der gerade bei behinderten Kinder ganz erheblich sein kann, auf Kosten des Arztes **freigestellt zu sein**. Der BGH selbst meint in einer seiner Entscheidungen, dass durch eine solche Freistellung der Eltern „möglicherweise seine (des Kindes) Wertschätzung innerhalb der Familie noch erhöht wird.“<sup>12</sup>

Zwar glaubt der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung von 1997: „Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ärzte entgegen ihrem ethischen Selbstverständnis nur wegen der drohenden Haftung oder deren Auswirkung auf ihre Berufshaftpflichtversicherung zur Abtreibung raten.“<sup>13</sup>

Diese Behauptung ist aber lebensfremd. Das sage ich ohne jeden Vorwurf an die Ärzte. Es liegt nun einmal in der Natur des Menschen, Haftungsrisiken nach Möglichkeit auszuweichen, zumal dann, wenn sie eigentlich nicht berufstypische Risiken sind, wie etwa unterlaufende ärztliche Behandlungsfehler, sondern aus einer dem ärztlichen Selbstverständnis eigentlich widersprechenden Mitwirkung an Entscheidungen der Eltern über Leben oder Tod ihres voraussichtlich behinderten ungeborenen Kindes herrühren. Der

BGH nennt das offen „pränatale Untersuchung in der Schwangerschaftsbetreuung zwecks Vermeidung der Geburt eines geschädigten Kindes“ (!).<sup>14</sup>

Es klingt aus meiner Sicht eigenartig, einerseits den Ärzten erhebliche Haftungsrisiken aufzubürden und sie zugleich an ihre ethische Verpflichtung zu erinnern, sich darum nicht weiter zu kümmern. Insbesondere lässt diese Betrachtung den Einfluss des Unbewussten auf Haltungen und Entscheidungen völlig außer Acht.

Damit stellt sich die entscheidende Frage: **Was ist zu tun ?**

**Von den Gerichten ist daher eine Veränderung in absehbarer Zeit nicht zu erwarten.**

Deshalb ist der **Gesetzgeber gefordert**, durch gesetzliche Aussagen Klarheit zu schaffen im Sinne eines verbesserten Lebensschutzes. Der Gesetzgeber macht keine „obiter dicta“, keine unverbindlichen Nebenbeibemerkungen.

Dies könnte auf zweierlei Weise geschehen:

Der schwierigere, aber – abgesehen von schwer vorher zu sehenden parlamentarischen Mehrheiten – dennoch gangbare Weg wäre, in § 218 a Abs. 2 StGB klarstellend die embryopathische Indikation noch deutlicher auszuschließen und den skandalösen Spätabtreibungen längst außerhalb des Mutterleibs lebensfähiger Kinder einen Riegel vorzuschieben. Ob sich davon allerdings die alltägliche Praxis nachhaltig beeinflussen lässt, erscheint mir eher zweifelhaft. Denn schon der jetzige Gesetzestext wird ja nach aller Erfahrung nicht hinreichend ernst genommen.

Der einfachste Weg wäre, schlicht den Wortlaut des von mir bereits zitierten Leitsatzes 14 des BVerfG-Urteils von 1993 in das Schadenersatzrecht des BGB aufzunehmen, d.h. in das Gesetz zu schreiben, dass die Existenz eines Kindes weder als Schaden begriffen noch als Schadensquelle für Unterhaltsleistungen angesehen werden darf.

Will man den Leitsatz 14 des BVerfG ins BGB übertragen, schlage ich Folgendes vor:

Nach § 253 BGB wäre ein **neuer § 253 a BGB** einzufügen mit dem Wortlaut:

„Das Dasein eines Kindes darf nicht als Schadensquelle, die durch die Geburt begründete Unterhaltspflicht für ein Kind nicht als Schaden behandelt werden.“

Vor allem von manchen Zivilrechtlern wird einem solchen Gesetzesvorschlag alsbald entgegengehalten werden, dass auf diese Weise Vertragsverletzungen des Arztes systemwidrig folgenlos bleiben würden.

Dazu muss man differenzieren: Soweit der Arzt durch Diagnosefehler oder unterlassene Untersuchungen oder Hinweise die mögliche Heilung des Embryo verhindert oder sonst Fehler in der ärztlichen Tätigkeit Mutter und Kind schädigen, bleibt die Haftung selbstverständlich unangetastet.

Soweit es aber darum geht, dass durch einen ärztlichen Fehler oder einen unterlassenen Hinweis ein (gesundes oder krankes) Kind zur Welt kommt, das sonst abgetrieben worden wäre, kann die **Nichtexistenz des Kindes**, sei es gesund (wie bei fehlgeschlagener Sterilisation), sei es behindert (wie nach PND bei nicht behebbaren Befunden) im Lichte der unantastbaren Menschenwürde des Kindes **nicht Ziel des Arztvertrags** sein.



Zwar ist die Wirksamkeit des auf einen Schwangerschaftsabbruch (also der Tötung eines Menschen) gerichteten Arztvertrags ein rechtlicher Systembruch. Das BVerfG hat ihn hingenommen, um Frauen den medizinisch gebotenen Zugang zum Arzt offen zu halten, wenn sie sich für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden haben. Es bleibt aber eine Ausnahmeregelung. Deshalb hat das BVerfG dem im Schadenersatzrecht eine klare Grenze gezogen, soweit ein ärztlicher Fehler zum Dasein eines Kindes führt und dieses bloße Dasein des Kindes (Stichwort „Kind als Schaden“) haftungsbegründend sein soll.

**Zusammenfassend** meine ich: Eine Verbesserung des Lebensschutzes ist eine große Herausforderung, der sich auch der Gesetzgeber stellen muss. Durch eine Reform kann er nachdrücklich vermitteln, dass in unserer Gesellschaft **auch behindertes Leben**, trotz all seiner Lasten für den Betroffenen und seine Umgebung, **geschenkt und nicht verfügbar** ist. Davon hängt sehr wesentlich ab, ob unser Gemeinwesen human bleibt.

<sup>1</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 2636/ 2639. So behauptet der „Palandt“, der gängigste Kommentar zum BGB in seiner 60. Auflage (2001) mehrfach (RdNr. 48 a und 48 b vor § 249 BGB) ganz ungeniert, dass ein Schwangerschaftsabbruch bei kriminologischer, medizinischer oder embryopathischer Indikation rechtmäßig sei und der plichtwidrige Beitrag eines Arztes zum Unterbleiben eines solchen Schwangerschaftsabbruchs diesen schadenersatzpflichtig mache. Er zitiert dabei aber letztlich nur den Leitsatz c) von BGH 124, 128 :“aus ärztlichem Verschulden ... verhinderten Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer . Indikation“.

<sup>2</sup> So schon OLG Frankfurt/M. NJW 1983, 241, allerdings auf Revision vom BGH aufgehoben (BGH NJW 1984, 2625); ebenso Stürmer JZ 1986, 122/123 : „Vor der Würde des geborenen Menschen (hat) der Streit über die Pflicht zu seiner Tötung zu schweigen“.

<sup>3</sup> BGHZ 124, 128/136 = NJW 1994,788; a.A. Picker AcP 195 (1995), 483 ff., Laufs NJW 1998,796; Weber VersR 1999,389

<sup>4</sup> BVerfG NJW 1993,1751 ff. = BverfGE 88, 203 ff.

<sup>5</sup> BGHZ 124, 136

<sup>6</sup> BGH aaO. S. 139

<sup>7</sup> BVerfG NJW 1998, 523

<sup>8</sup> vgl. Laufs NJW 1998, 796/797, Picker „Schadenshaftung für unerwünschte Nachkommenschaft“ in Schriften der Jur. Studienges. Regensburg e.V., Heft 16, München 1997 (ISBN 3406419224)

<sup>9</sup> So die Vorsitzende des VI. Senats des BGH auf einer Veranstaltung des Nationalen Ethikrats v. 23.01.2003 in Berlin, Bericht RheinischesÄrzteblatt 6/2003, Seite 18.

<sup>10</sup> BGH NJW 2002, 886/888

<sup>11</sup> BGH NJW 2002, 886/887

<sup>12</sup> BGHZ 124, 136/144

<sup>13</sup> BVerfG NJW 1998, 519/522

<sup>14</sup> BGH NJW 2002, 2635