

Kind als Schaden: die höchstrichterliche Rechtsprechung¹

(Vortrag im Rahmen eines Seminars an der Freien Universität Berlin am 30. 6. 2004)

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

Hinter dem Schlagwort „Kind als Schaden“ verbirgt sich eine komplexe rechtliche Problematik im Schnittpunkt von Familienrecht, Schadensrecht, Strafrecht und Verfassungsrecht. Worum geht es? Die höchstrichterliche Zivilrechtsprechung gewährt den Eltern eines unerwünscht geborenen Kindes einen Anspruch auf Ersatz des Kindesunterhaltes, wenn das Kind infolge einer vorwerfbaren ärztlichen Pflichtverletzung auf die Welt gekommen ist, d.h. wenn es ohne den ärztlichen Fehler nicht gezeugt oder abgetrieben worden wäre. Die Rechtsprechung bezieht sich sowohl auf unerwünscht geborene gesunde Kinder als auch auf krank oder schwerbehindert geborene Kinder.

Es geht einmal um Fälle, bei denen es nach mangelhaft ausgeführter Sterilisation zur Geburt eines gesunden Kindes kommt. Diese Fälle prägten den Anfang der Rechtsprechung in den 80er Jahren, sie spielen heute aufgrund der medizinischen Entwicklung keine Rolle mehr. Weiter geht es um Fälle mangelhafter genetischer Beratung, durch die die Eltern zur Zeugung eines Kindes veranlasst wurden, das Träger der genetischen Krankheit ist, die der Arzt in der Beratung gerade ausgeschlossen hatte.

Bei all diesen Fällen geht es um medizinische Leistungen zur Vermeidung der Zeugung eines – gesunden, kranken oder behinderten – Kindes. Davon zu unterscheiden sind die Fälle fehlerhafter Pränataldiagnostik (PND). Sie sind rechtlich und ethisch am problematischsten, weil es hier um die Haftung für die Geburt eines bereits gezeugten Kindes geht und die Haftung am Unterlassen eines Schwangerschaftsab-

¹ Siehe ausführlich: Ulrike Riedel, Kind als Schaden – Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, Frankfurt a.M. 2003

bruchs anknüpft und diese Fälle vor allem waren Gegenstand der öffentlichen Debatte und Kritik. Behindertenverbände und Kirchen sahen in der Rechtsprechung einen Rückschlag für den Lebensschutz und eine Diskriminierung Behinderter, die zu Haftpflichtfällen herabgewürdigt würden. Von Seiten der Ärzteschaft wird beklagt, dass die Ärzte wegen der Rechtsprechung für die Qualitätskontrolle der Kinder haftbar gemacht würden.

Ich halte die Kritik bei näherer Betrachtung der Rechtsprechung nicht für gerechtfertigt, möchte aber bevor ich zu den Einzelfragen komme, etwas zum allgemeinen rechtlichen und gesellschaftlichen Hintergrund sagen:

Die Handlungsmöglichkeiten der modernen Medizin werden ständig erweitert. Das gilt besonders im Bereich der medizinisch unterstützten Familienplanung, Fortpflanzungs- und Pränatalmedizin. Was früher dem Zufall überlassen war, ist heute Gegenstand medizinischer Hilfeleistung (wie die Sterilisation, medikamentöse Empfängnisverhütung, genetische Diagnostik und Pränataldiagnostik). Die Möglichkeiten zur Erkennung von Entwicklungsstörungen und Fehlbildungen des Kindes schon während der Schwangerschaft werden immer präziser und sind zum Teil – wie die Ultraschalldiagnostik - schon zum Routinebestandteil der medizinischen Schwangerenbetreuung geworden. Ärztliche Hilfeleistung im höchstpersönlichen Bereich der Fortpflanzung wird damit zum Bestandteil von medizinischen Behandlungsverträgen und damit auch zum Gegenstand berufsrechtlicher Haftung. Die Folgen von ärztlichem Fehlverhalten in diesem Bereich haben zudem eine neue Dimension. Es geht nicht nur um Heilung und Vermeidung von Krankheiten des Patienten, sondern um die Nachkommenschaft. Ein Beratungs- oder Behandlungsfehler kann lebenslange Unterhalts- und Instandspflichten für schwer behinderte Kinder auslösen.

Das Zivilrecht ist die Grundlage des rechtsverbindlichen Umgangs der Menschen miteinander in der bürgerlichen Gesellschaft. Es muss also

auch auf die Entwicklungen der Medizin angemessene Antworten geben. In Deutschland gibt es aber immer noch keine spezialgesetzlichen Regelungen des Arzt-Patient-Verhältnisses, auch nicht im Haftungsrecht. Es gelten vielmehr die allgemeinen Vorschriften des Dienst- und Werkvertragsrechtes und des bürgerlichrechtlichen Delikts- und Schadensersatzrechtes. Das Arzthaftungsrecht hat daher seine Konkretisierung und Ausgestaltung allein durch die Rechtsprechung und Rechtsfortbildung erfahren. Danach gilt folgendes:

Zwischen behandelndem Arzt und Patientin besteht – sowohl bei Privats als auch bei Kassenpatienten - ein zivilrechtliches Vertragsverhältnis. Der Arzt bzw. die Ärztin schuldet jeder Patientin eine fachgerechte Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst. Unter „Behandlung“ fällt auch die Diagnostik, Aufklärung und Beratung. Was ärztliche Kunst ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft. Hierbei kommt es darauf an, was sich in der Praxis des jeweiligen Fachgebietes als Behandlungsstandard durchgesetzt hat.

In der Schwangerenbetreuung ergibt sich dieser Standard im wesentlichen aus den Mutterschaftsrichtlinien, die auf der Grundlage des SGB V vom Bundesausschuss Ärzte und Krankenkassen (neuerdings heißt er: gemeinsamer Bundesausschuss) erlassen werden². Verstößt der Arzt in vorwerfbarer Weise gegen die anerkannten Regeln und macht er einen vorwerfbaren Fehler, hat er der Patientin neben dem immateriellen Schaden (Schmerzensgeld) den Vermögensschaden zu ersetzen³. Die Patientin ist durch Geldersatz so zu stellen, als wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Behandlungsfehler nicht erfolgt wäre

² Sie legen die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche ärztliche Betreuung in der Schwangerschaft im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung fest.

³ Die Beweislast für den Behandlungsfehler und dafür, dass dieser für den eingetretenen Schaden ursächlich war, liegt grundsätzlich bei der Patientin. Allerdings gewährt die Rechtsprechung zur Herstellung der „Waffengleichheit“ im Prozess Beweiserleichterungen für die betroffene Patientin, z.B. wenn es sich um einen schweren Behandlungsfehler handelt, wenn die Behandlung einem dafür nicht qualifizierten Arzt übertragen wurde oder wenn die Behandlungsunterlagen nicht mehr vorhanden oder lückenhaft sind.

und der Arzt sich fachgerecht verhalten hätte (sog. schadensrechtliche Differenztheorie).

Soweit das Schadensrecht. Wie aber wird dann der Schaden bei unerwünschter Geburt eines Kindes ermittelt? Hier kommt die Ebene des Familienrechtes dazu. Die Eltern schulden ihrem Kind nicht nur Pflege und Erziehung, sondern auch den Unterhalt. Kann die Existenz des Kindes Anknüpfungspunkt für einen Anspruch auf Ersatz des Kindesunterhaltes sein? Oder müssen hier aus verfassungsrechtlichen oder ethischen Gründen andere Prinzipien gelten? Darf bei der Ermittlung des Schadens zwischen der personalen Existenz des Kindes und den wirtschaftlichen Folgen seiner Existenz unterschieden werden? Wird die Menschenwürde eines Kindes verletzt, wenn die Eltern⁴ sich den Kindesunterhaltes von dem Arzt ersetzen lassen, der die Geburt des Kindes verursacht hat, weil es aufgrund seines Fehlers zur Zeugung eines Kindes kam oder ein Schwangerschaftsabbruch verpasst wurde?

Nur zur Klarstellung: Es geht hier nicht um die Fälle, bei denen das Kind durch den Behandlungsfehler selbst geschädigt wurde. In diesen Fälle hat der Arzt durch fehlerhaftes Verhalten eine Schädigung des Kindes verursacht und haftet, wenn der Fehler vermeidbar war. Bei den Kind-als-Schaden-Fällen wird das Kind aber so geboren, wie es sich natürlich entwickelt hat.

Angefangen⁵ hatte die Rechtsprechung zur Haftung für die Geburt eines unerwünschten Kindes allerdings mit einem Fall, in dem kein ärztlicher Fehler, sondern das Fehlverhalten eines Dritten ausschlaggebend war. Im Jahre 1969 hatte ein Apotheker ein Rezept für die Anti-Baby-

⁴ Der dem Kind unterhaltspflichtige Ehemann ist nach der Rechtsprechung in den Behandlungsvertrag einbezogen und hat einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen den Arzt.

⁵ Allerdings hatte bereits das Reichsgericht 1924 einen Fall zur Problematik entschieden: ein Patient einer Heilanstalt für Geisteskranke hatte mit einer Pflegerin ein Kind gezeugt. Er verklagte den Träger der Anstalt auf Erstattung seiner Unterhaltszahlungen an das Kind, weil die Anstalt ihren Pflichten, ihn vor Schaden zu bewahren, nicht nachgekommen sei. Das Reichsgericht gab der Klage statt. Es sah den Schaden in der Belastung des Geisteskranken mit dem Unterhalt des Kindes. Allerdings ist diese Entscheidung geprägt von der negativen Bewertung eines „unehelichen“ Kindes.

Pille „Eugynon“ falsch gelesen und der Frau stattdessen wiederholt eine Packung Enzynorm, das ist ein Magenmittel, verkauft. Das LG Itzehoe verurteilte den Apotheker auf Klage des Ehemannes der Frau wegen schuldhafter Verletzung des Kaufvertrages zur Unterhaltszahlung für das Kind. Es sah den Schaden in den Verbindlichkeiten der Unterhaltspflicht des Vaters für das Kind. Bei der Höhe der Zahlungen berücksichtigte es freilich ein Mitverschulden der Frau. Das Urteil wurde im juristischen Schrifttum heftig kritisiert und als schlechter Scherz bezeichnet und es war fortan vom „Kind des Apothekers“ die Rede.

Im Laufe der 70er und 80er Jahre kam es zu einigen Urteilen der Oberlandesgerichte zur Geburt gesunder Kinder nach misslungener Sterilisation und schwerbehinderter Kinder nach falscher genetischer Beratung oder fehlerhafter Pränataldiagnostik. Die Entscheidungen lehnten die Haftung des Arztes für den Kindesunterhalt aus grundsätzlichen Erwägungen überwiegend ab. Ein solcher Anspruch widerspreche christlich-humanistischen Kulturvorstellungen. Ein Kind könne als Wertverwirklichung grundsätzlich kein Schaden sein und eine schadensrechtliche Trennung des Daseins des Kindes von seinen Unterhaltsansprüchen sei nicht möglich. Durch die Verpflichtung des Arztes zur Unterhaltszahlung werde auch das Lebensrecht des Kindes mittelbar in Frage gestellt.

Der Bundesgerichtshof (BGH) als Revisionsinstanz hob diese Urteile jedoch alle wieder auf und entwickelt in mehreren Grundsatzurteilen seine Rechtsdogmatik zur Arzthaftung in derartigen Fällen⁶.

⁶ Dies sind v.a. die zwei Urteile vom 18. 03. 1980 (NJW 1980, 1450 ff. und 1453 ff.) zur Geburt eines jeweils 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 Mutter über ihr Risiko. 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 höchstrichterliche Rechtsprechung zur Arzthaftung für den Kindesunterhalt bei unerwünschter Geburt eines gesunden, kranken oder behinderten Kindes, Frankfurt a.M. 2003

Er erkannte den Unterhaltsschadensersatz an, wenn infolge einer vermeidbaren Pflichtverletzung des Arztes ein Kind geboren wurde, das von den Eltern zu unterhalten ist und das ohne den Behandlungsfehler nicht auf die Welt gekommen wäre. Er begründete dies wie folgt: Es wäre ein gravierender Eingriff in das Gefüge des vertraglichen Interessenausgleiches zwischen Arzt und Patientin, wenn der Arzt von den haftungsrechtlichen Konsequenzen seiner schuldhaften Verletzung vertraglicher Pflichten freigestellt würde. Sterilisation, genetische Beratung vor Zeugung und die Pränataldiagnostik zur Feststellung von Entwicklungsstörungen und Fehlbildungen des Kindes seien unzweifelhaft zulässige medizinische Maßnahmen. Übernehme der Arzt vertraglich eine solche Maßnahme, so müsse er den Vertrag auch ordnungsgemäß erfüllen. Unterlaufe ihm ein vorwerfbarer Fehler, so habe er den Schaden nach den allgemeinen Prinzipien zu ersetzen. Auch die Vermeidung der Geburt eines behinderten Kindes, das bereits gezeugt ist, kann danach Gegenstand des Behandlungsvertrages sein, jedoch mit der Einschränkung, dass ein zulässiger Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik möglich gewesen wäre. Hier hängt die Beurteilung des zivilrechtlichen Vertrages also vom Strafrecht ab, zudem von einer sehr interpretationsoffenen Regelung, zu der es keinerlei Ausformung durch die strafgerichtliche Praxis gibt. Bei der Ermittlung der Reichweite des Schadensersatzanspruches muss auf den Vertragszweck abgestellt werden. Die zentral zu klärende Frage dabei ist, ob die Geltendmachung von Unterhaltsschadensersatz vom Schutzzweck des konkreten Behandlungsvertrages umfasst ist. Das wäre z. B. dann nicht der Fall, wenn eine Sterilisation nicht zu Zwecken der Vermeidung eines Kindes erfolgt, sondern um ein durch eine Schwangerschaft konkret drohendes Gesundheitsrisiko der Frau abzuwenden. Der Schutzzweck wird vom BGH jeweils durch Vertragsauslegung anhand der konkreten Situation ermittelt, wobei allerdings auch konkludentes Verhalten eine Rolle spielt.

Bis zum Jahr 1995 war ein rechtmässiger Schwangerschaftsabbruch aufgrund der sog. embryopathischen Indikation innerhalb von 22 Wo-

chen nach Empfängnis möglich, wenn „dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind 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“⁷. Hier konnten die Lebensumstände nach der Geburt einschließlich der finanziellen Gründe berücksichtigt werden. Bei Vorliegen dieser Indikation wurde die Vermeidung von Unterhaltszahlungen von den Gerichten ohne weiteres als vom Schutzzweck des Schwangerenbetreuungsvertrages umfasst angesehen.

Haftet in diesem Sinne der Arzt, hat er den gesamten Unterhalt für das Kind zu erstatten. 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 Kinder⁸ vorgenommen, um zu verhindern, dass die Höhe des Schadensersatzes mit der Vermögenslage der Eltern mit wächst, was bei Anwendung des Familienunterhaltsrechtes der Fall wäre. Bei behinderten Kindern ist aber der gesamte tatsächliche Aufwand zu erstatten, einschließlich des behinderungsbedingten Mehraufwandes. Eine Beschränkung nur auf den behinderungsbedingten Aufwand bei der Geburt eines behinderten Kindes, wie dies verschiedentlich gefordert wurde, weil die Eltern ja ein Kind wollten, nur kein behindertes, wird abgelehnt. Denn das Kind konnte von Anfang an nur so, wie es geboren wurde, auf die Welt kommen. Ein Vergleich mit einem fiktiven gesunden Kind verbiete sich daher.

Der BGH sieht keine Probleme in der schadensrechtlichen Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes, das auch nach seiner Ansicht nicht als Schaden charakterisiert werden darf, und den Unterhaltskosten für das Kind. Nicht das Kind an sich, sondern nur die durch seine planwidrige Geburt ausgelöste Unterhaltsbelastung der Eltern ist als Schaden zu qualifizieren. Das Lebensrecht des Kindes wird nach Ansicht des BGH damit nicht in Frage gestellt, im Gegenteil, der Unter-

⁷ § 218 a Abs. 2 Nr. 1 StGB in der von 1976 bis 1995 geltenden Fassung

⁸ Jetzt: RegelbetragsVO

haltungsschadensersatz kommt, obwohl er ein Anspruch der geschädigten Eltern ist, unmittelbar dem geborenen Kind zugute und kann gerade dem behinderten Kind das Leben erheblich erleichtern.

Vor allem das erste Urteil zur fehlerhaften Beratung über PND während der Schwangerschaft von 1983⁹ zeigt die Problematik auf. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine 39-jährige Schwangere, die bereits Mutter zweier gesunder Kinder im Alter von fünf und sechs Jahren war, hatte ihren Arzt gefragt, ob im Hinblick auf ihr Alter die Gefahr bestehe, ein Kind mit Down Syndrom zu bekommen und ob deswegen eine Fruchtwasseruntersuchung angezeigt sei. Der Arzt hatte dies unter Hinweis auf ihre beiden gesunden Kinder und das Fehlen von Erbkrankheiten in der Familie nicht für nötig gehalten, sodass die Untersuchung unterblieb. Infolge wurde ein Kind mit Down Syndrom geboren. Der BGH sprach den Unterhaltsschadensersatz zu. Denn der Arzt hätte die Frage der Schwangeren entsprechend dem medizinischen Wissensstand richtig und vollständig 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 treffen¹⁰. 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.

Dieses Urteil hatte maßgeblich zur Ausbreitung der Fruchtwasseruntersuchung in der ärztlichen Praxis beigetragen, obwohl der BGH sich gar

⁹ BGH NJW 1984, 658

¹⁰ Die Frage, ab welchem Alters ein Arzt *von sich aus* mit der Patientin die Möglichkeiten der PND, bezogen auf das Risiko, ein Kind mit Trisomie zu bekommen, erörtern muss, ist bis heute höchstrichterlich nicht entschieden. Die Mutterschaftsrichtlinien benennen kein konkretes Alter. Die gesetzlichen Krankenkassen bezahlen derartige Untersuchungen heute in der Regel ab dem 35. Lebensjahr der Frau.

nicht dazu geäußert hatte, ob und in welchen Fällen der Arzt auch ohne Nachfrage der Frau einen Hinweis auf die Möglichkeit einer PND hätte geben müssen. Schon während das Verfahren noch lief, verdoppelte sich der Anteil der durchgeführten PND¹¹ (damals im wesentlichen die Fruchtwasseruntersuchung) auch bei Frauen ohne Indikation für ein individuelles Risiko¹². Die Rechtsprechung war, zu Unrecht, wie ich meine, ein wesentlicher Faktor dafür, dass sich die PND von einer gezielten Untersuchung in Ausnahmefällen bei Vorliegen einer medizinischen Indikation zu einer Routineuntersuchung für alle Schwangeren entwickelt hat. Ärzte gingen damals zur Vermeidung der Gefahr von Schadensersatzansprüchen dazu über, die PND defensiv als Leistung allen Schwangeren unabhängig von ihrem Alter und einer Indikation offensiv anzubieten¹³.

Zur verfassungsrechtlichen Problematik:

Die Frage, ob die Unterhaltspflicht für eine Kind als ersatzpflichtiger Schaden angesehen werden kann, hat zu einer ungewöhnlich hart ausgetragenen Kontroverse zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichtes geführt.

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichtes hatte in seinem berühmten Urteil zur Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch vom 28. 05. 1993 - übrigens kurze Zeit vor einer damals mit Spannung erwarteten Entscheidung des BGH zum Problem Kind als Schadensfall, kurz und eindeutig festgestellt: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Deshalb verbietet es sich, die Un-

¹¹ So Irmgard Nippert, in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Schriftenreihe des Bundesministeriums für Gesundheit, Band 132, S. 293

¹² Den Wissensstand stellte das Gericht, bezogen auf das Jahr 1977 (dem Geburtstag des Kindes) wie folgt fest: Im allgemeinen wurde eine Fruchtwasseruntersuchung ab dem 40. Lebensjahr für angezeigt gehalten, wobei etliche Stimmen, vor allem wenn ein Wunsch der Schwangeren vorlag – schon vom 35. Lebensjahr oder zumindest vom 38. Lebensjahr an die Untersuchung für geboten hielten.

¹³ Vgl. umfassend zur Entwicklung und den Gründen der Ausweitung der Pränataldiagnostik die umfassende Darstellung mit weiteren Nachweisen im Schlussbericht der Enquetekommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ des Deutschen Bundestages vom 14. 5. 02, Bundestagsdrucksache 14/9020, Kap. C. 1.3.

terhaltungspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen“¹⁴. Begründet wird dies mit der „Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten“. Und weiter stellte der Senat fest: „Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Behandlungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche ... ist im Hinblick darauf der Überprüfung bedürftig“¹⁵. Eine weitere Begründung erfolgt dann allerdings nicht mehr, der Senat verweist vielmehr auf seine grundlegenden Ausführungen zur Menschenwürde und zum Lebensrecht des ungeborenen Lebens im gleichen Urteil. Diese Ausführungen beziehen sich aber auf den Schutz des ungeborenen Lebens im Schwangerschaftskonflikt – eine grundlegend andere Konstellation. Der Senat hielt offenbar allein die Tatsache, dass Eltern sich die Unterhaltskosten ersetzen lassen, die es ohne die Existenz des Kindes nicht geben würde, für eine Verletzung der Menschenwürde des Kindes. Aus dem verfassungsrechtlichen Grundprinzip des Art. 1 wird unmittelbar auf Inhalt und Grenzen des Schadenstatbestandes geschlossen. Eine Interessenabwägung und Differenzierung anhand der Umstände des konkreten Behandlungsvertrages und der Lebenssituation des Kindes und der Eltern erfolgt nicht. Der Senat setzt sich auch nicht mit der Funktion und den Prinzipien des Schadensrechtes auseinander.

Die Menschenwürde lässt sich bekanntlich nicht positiv definieren. Die Verfassungslehre bestimmt daher Umfang und Inhalt des Menschenwürdeschutzes vom Verletzungstatbestand her. Die bekannte Formel von Dürig dazu 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.“ M.E. können bei einer so definierten Menschenwürdeverletzung die konkreten Umstände nicht außer Betracht gelassen werden.

Der BGH hat seine Rechtsprechung trotz Aufforderung im Fristenregelungsurteil danach nicht geändert. 1997 hatte dann der für Verfas-

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

¹⁵ BVerfGE 88, 296

sungsbeschwerden zuständige Erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes auf die Verfassungsbeschwerde von Ärzten hin¹⁶, die sich natürlich auf das Fristenregelungsurteil beriefen, erstmalig über die Verurteilung zum Unterhaltsschadensersatz zu befinden. Während das Verfahren lief, verlangte der zweite Senat in einem sog. verfahrenslosen Beschluss die Anrufung des Plenums des Gerichtes zur Entscheidung über die Sache, um divergierende Entscheidungen zu vermeiden. Dies erfolgte aufgrund von § 16 BVerfGG, der lautet: „Will ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen, so entscheidet darüber das Plenum des Bundesverfassungsgerichtes.“

Der Erste Senat entschied jedoch ohne Beteiligung des Zweiten Senates und stellte kurze Zeit nach der Intervention des Zweiten Senates fest: „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“¹⁷.

In der Sache argumentiert der Erste Senat genauso wie der BGH: 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. Die Urteile fußten zu recht, so der Senat, auf dem herkömmlichen rechtlichen Verständnis des Vermögensschadens, wonach grundsätzlich auch Unterhaltsverpflichtungen als Schaden angesehen werden könnten. Das BGB begründe auch in anderen Fällen schadensersatzrechtliche Beziehungen zwischen dem zum Unterhalt verpflichteten Familienmitglied und einem Schädiger. Elementare Persönlichkeitsrechte des Kindes würden daher nicht verletzt. Letztlich gehe es bei der vertraglichen Haftung um die

¹⁶ Hier ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die verurteilten Ärzte natürlich die Unterhaltskosten nicht selber zu tragen haben, sondern ihre Versicherungen haben die Last der Schadensersatzansprüche zu tragen. Die Versicherungen waren eine treibende Kraft hinter allen Rechtsmitteln gegen Verurteilungen, auch vor dem Bundesverfassungsgericht.

¹⁷ BVerfGE 96, 375, NJW 1998, 519

gerechte Verteilung von Unterhaltslasten in einer Situation, in der der Arzt durch sein Fehlverhalten immerhin tief und mit lebenslangen Folgen in das Persönlichkeitsrecht der Eltern eingegriffen hat.

Der Entscheidung des Ersten Senates lagen nur Fälle der Schadensersatzpflicht für die Geburt eines Kindes nach fehlerhafter Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung, also von ärztlichem Fehlverhalten vor der Zeugung vor. Schon aus diesem Grund hielt der erste Senat die Entscheidung des Zweiten Senates nicht für bindend und eine Klärung durch das Plenum des Gerichtes nicht für erforderlich. Das Verdikt des Zweiten Senates, dass die Unterhaltspflicht für ein Kind niemals ein Schaden sein könne, war im Normenkontrollverfahren über die Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch ergangen und könne, so der Erste Senat, damit allenfalls für Fallkonstellationen in Verbindung mit einem Schwangerschaftsabbruch verfassungsrechtlich verbindlich sein. Der Zweite Senat hatte dies freilich anders gesehen. Er war der Meinung gewesen, dass das Plenum bereits dann angerufen werden müsse, wenn unterschiedliche Rechtsmeinungen zwischen den Senaten vorliegen, was hier eindeutig der Fall war. Es komme nicht darauf an, ob die umstrittene Rechtsmeinung tragender Grund einer Entscheidung gewesen seien. Die Kontroverse ist bis heute nicht geklärt.

Jedenfalls ist verfassungsrechtlich verbindlich (vom Ersten Senat) entschieden über die Fälle der Haftung für eine ärztliche Tätigkeit *vor Zeugung*, vom Zweiten Senat verbindlich über die Fälle im Zusammenhang mit einem Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Monate nach dem Beratungsmodell. Denn nur diese Regelung war Gegenstand des Normenkontrollverfahrens von 1993 gewesen. Darum ging es aber bei den Unterhaltsschadensfällen gerade nicht¹⁸.

¹⁸ Für die zuletzt genannte Fallgruppe hat das Urteil des Zweiten Senates, was immer verkannt wird, erhebliche Auswirkungen auf die Arzthaftung. Denn in diesen Fällen kann es nach dem Fristenregelungsurteil zu keiner Haftung des Arztes für Unterhaltsschäden mehr kommen. Nach dem zweiten Fristenregelungsurteil und der daraufhin ergangenen Novellierung des § 218 a StGB sind Abtreibungen in den ersten drei Monaten *nach dem Beratungsmodell* rechtswidrig (wenngleich bei ordnungsgemäßer Beratung straffrei). Eine Arzthaftung, dies ist vollkommen Konsens, kommt aber nicht in Frage, wenn die Tätigkeit des Arztes sich auf einen *rechtswidrigen* Tatbestand be-

Ich stimme der Ansicht des Ersten Senates im Ergebnis zu. In der bloßen Tatsache der Unterhaltserstattung durch Dritte liegt kein Unwerturteil über das Kind, zumal der Unterhalt gerade dem Kind zugute kommt. Die Meinung, dass nicht das Kind, sondern sein Unterhalt den zu kompensierenden Schaden darstellt, ist kein bloßer Kunstkniff, wie oft gesagt wird. Denn die Eltern werden, das ist entscheidend, obwohl es bisher als Argument kaum beachtet wurde, 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 werden nicht angetastet.

Oft wird argumentiert, dass das Kind der Gefahr eines seine Menschenwürde verletzenden Traumas ausgesetzt ist, wenn es erfährt, dass für seine Existenz Unterhalt von einem Arzt gezahlt wird, dessen vertragliche Verpflichtung die Vermeidung seiner Geburt umfasste. Es hängt aber m.E. von den konkreten Umständen und dem Verhältnis der Eltern zu dem Kind ab, wie das Kind von der Tatsache erfährt, dass es ursprünglich unerwünscht war und seine Existenz Anlass für Zahlungen durch Dritte ist, und ob es einen psychischen Schaden erleidet. 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 durch die Eltern nicht deshalb geschützt, weil sie ursprünglich Wunschkinder waren. Hier kommt es auf den Einzelfall an.

Bei allem Vorgesagten ging es um Ansprüche der Eltern gegenüber dem Arzt, die dann natürlich mit dem Tod der Eltern erlöschen („Eltern“ deshalb, weil der Ehemann nach der Rechtsprechung in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen ist und einen eigenen Anspruch gegenüber dem Arzt hat). Ansprüche des Kindes selbst auf Schadensersatz schließt die Rechtsprechung anders als ein Teil der Literatur aber

zieht. Ein Schwangerschaftsabbruch nach der medizinischen Indikation ist rechtmäßig, unabhängig davon, in welchem Schwangerschaftsmonat er erfolgt.

kategorisch aus. Grund dafür ist, dass das Kind selbst keinen Schaden hat. Es ist so auf die Welt gekommen, wie es gezeugt wurde und sich natürlich entwickelt hat. Die schadensrechtliche Differenztheorie zur Schadensermittlung versagt hier völlig: ein Vergleich mit einem gesunden Menschen scheidet aus, da bei einer genetischen Schädigung oder Entwicklungsstörung die Voraussetzung eines gesunden Menschen niemals hätte erfüllt werden können. Es wäre nur der Vergleich mit der Nichtexistenz möglich, was sich von vorneherein verbietet. Außerdem ist aufgrund der begrenzten Erkenntnisfähigkeit des Menschen ein Urteil darüber, ob das Leben mit einer schweren Behinderung gegenüber der Alternative des Nichtlebens ein Schaden und die Nichtexistenz die günstigere Lage ist, nicht möglich. Der Mensch hat sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung durch andere. Die Alternative, dass genau dieses Leben nicht hätte entstehen dürfen, 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.

Ich teile dies Ansicht. Ich meine, ein Anspruch des Kindes sprengt den Rahmen des Zivilrechtes. Hier muss der Staat für die Versorgung des Kindes eintreten, wenn die Eltern dies nicht mehr können¹⁹.

Um einen Schadensersatzanspruch des Kindes wegen seiner Existenz ging es in dem bekannten Fall Perruche in Frankreich. Nach einem Ur-

¹⁹ Hier gibt es 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 – jetzt sind die Regelungen in das neue SGB XII integriert). 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.

teil des Obersten Gerichtes, das dem Kind einen eigenen Unterhaltsanspruch gab, und nach öffentlichen Protesten dagegen hat der Gesetzgeber in Frankreich einen derartigen Anspruch per Gesetz ausgeschlossen und im übrigen die Arzthaftung auch gegenüber den Eltern auf besonders gravierende Fehler beschränkt.

Bis zum Inkrafttreten der Novellierung der §§ 218 ff StGB im Jahre 1995 stieß die Klärung der Frage, ob der Behandlungsvertrag auch den Schutz vor den Unterhaltslasten für ein unerwünschtes Kind umfassen kann, wegen der Geltung der embryopathischen Indikation nicht auf Probleme. Die embryopathische Indikation als Rechtfertigungsgrund eines Schwangerschaftsabbruches wurde aber 1995 auf Betreiben von Behindertenverbänden gestrichen, um dem Eindruck entgegenzuwirken, dass das Lebensrecht eines behinderten Kindes geringere Achtung genießt. Mit der Streichung sollte, so die Gesetzesbegründung, klargestellt werden, dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne. Für Haftungsfälle nach Inkrafttreten der Novellierung des § 218 a StGB kommt daher nur noch die medizinische Indikation als Rechtfertigungsgrund für einen Schwangerschaftsabbruch in Frage. Danach ist ein Abbruch zulässig, 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 für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann²⁰. Es kommt also nur noch auf die gesundheitliche Situation der Frau an.

Es war daher von vielen erwartet worden, dass ein Unterhaltsschadensersatz des Arztes nun von vorneherein ausscheidet, da der Behandlungsvertrag in (straf)rechtlich zulässiger Weise nur noch die Abwendung gesundheitlicher Schäden der Frau umfassen kann und folglich ein Schadensersatz allenfalls für die gesundheitliche Beeinträchti-

²⁰ § 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

gung der Frau geschuldet sein kann, wie z.B. der Ersatz ihrer Behandlungskosten, und ein Unterhaltsschadensersatz für das Kind daher ausscheidet. Die Rechtsprechung ist dem aber nicht gefolgt.

In dem mit Spannung erwarteten ersten BGH-Urteil nach neuer Rechtslage²¹ wurde eine Ärztin zur Zahlung des Unterhaltes für ein Kind verurteilt, das mit schweren körperlichen Fehlbildungen zur Welt kam. Das Kind hatte praktisch keine Arme und Beine. Die Ärztin hatte die Fehlbildungen, die nach dem Stand der Ultraschalldiagnostik eindeutig zu erkennen gewesen wären, nicht erkannt oder jedenfalls der Frau nicht mitgeteilt, weil sie, wie sie später im Verfahren zugab, der Frau eine Abtreibung ersparen wollte. Infolge dieses Fehlers und der Unkenntnis der Mutter über die Fehlbildungen des Kindes war ein Schwangerschaftsabbruch, der nach den Feststellungen des Gerichtes zulässig gewesen wäre, unterblieben.

In der Regel können, so der BGH, nach der Novellierung des § 218 a Abs. 2 StGB die Lebensumstände nach der Geburt keine medizinische Indikation begründen und der Behandlungsvertrag kann dann auch nicht den Schutz vor möglichen Unterhaltsbelastungen für ein Kind umfassen, da ein Abbruch der Schwangerschaft strafrechtlich nur aufgrund der Gefährdung der Gesundheit der Mutter erfolgen dürfe. Anders ist es allerdings, so das Gericht, wenn sich im Einzelfall gerade die Belastung durch den späteren Kindesunterhalt negativ auf den Gesundheitszustand der Mutter auszuwirken droht. In diesem Falle ist von einer medizinischen Indikation auszugehen und dann ist auch der Schutz vor den Gefahren, die aus dem „Haben“ des Kindes resultieren und die Bewahrung vor Unterhaltsbelastungen vom Behandlungsvertrag umfasst. Das Vorliegen solcher gesundheitlicher Gefahren in Bezug auf die Unterhaltsbelastungen konnte die Mutter im konkreten Falle mittels ärztlicher Gutachten belegen.

²¹ Urteil vom 18. 6. 2002, NJW 2002, 2636

Der BGH war offenkundig bemüht, die Annahme einer medizinischen Indikation im Zusammenhang mit der Diagnose einer schweren Behinderung des Kindes auf Ausnahmefälle zu beschränken. Die vom Gericht als Ausnahme dargestellte konkrete Konstellation dürfte allerdings in Wirklichkeit eher der Regelfall sein. Denn in den wenigsten Fällen, in denen eine Behinderung eines Fetus diagnostiziert wird, drohen gesundheitliche Gefahren der Frau durch die Schwangerschaft und Geburt selbst. Es geht hier vielmehr fast immer um gesundheitliche Belastungen der Mutter nach der Geburt, im Zusammenhang mit der Sorge um ein krankes oder behindertes Kind.

Und diese Gesundheitsgefahren sind fast ausnahmslos psychischer Natur. Die Prüfung der Auswirkungen des „Habens“ des Kindes auf die psychische Gesundheit ist jedoch in hohem Maße von individuellen, subjektiven Faktoren abhängig, die kaum objektiv überprüfbar sind. Erschwerend kommt hinzu, dass hier eine nachträgliche, auf den Zeitpunkt des denkbaren Abbruchs der Schwangerschaft bezogene prognostische Entscheidung zu erfolgen hat. Für die Prüfung der Voraussetzungen einer medizinischen Indikation als Grundlage für eine Haftung ist daher regelmässig die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich²². Hier sehe ich ein großes Problem, denn Frauen, die sich als schwach und psychisch anfällig angesichts ihres behinderten Kindes darstellen, haben einen großen Vorteil vor den Frauen, die mit der Behinderung ihres Kindes besser zurecht kommen.

Auch dieses Urteil ist zunächst auf heftige Kritik gestoßen, wenngleich man jetzt den Eindruck hat, als habe die kontroverse Debatte mit dem Urteil ein Ende gefunden. Das Bundesverfassungsgericht – diesmal wäre nach der neuen Geschäftsverteilung voraussichtlich der Zweite Senat zuständig gewesen – wurde nicht angerufen. Von Seiten der Ärzteschaft wurde wieder einmal eine weitere Ausuferung der PND und von Abtreibungen befürchtet, da Ärzte nunmehr rechtlich gezwungen wären, zur Abwendung von Schadensersatzansprüchen selektive PND

²² so nun auch der BGH, NJW 2003, 3411

noch mehr als bisher 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.

Diese Meinung ist leider immer noch weit verbreitet in der Ärzteschaft und bestimmt nicht unwesentlich Angebot und Nachfrage der PND, rechtlich begründet ist sie keineswegs. Bei den wenigen Fällen, in denen es zu einer Verurteilung kam, handelte es sich jeweils um ein gravierendes Fehlverhalten des Arztes, was immer wieder vergessen wird. War zweifelhaft, ob der medizinische Standard tatsächlich unterschritten worden war, wurde eine Haftung abgelehnt. Auch muss der Arzt keinesfalls zur Abtreibung raten, um der Gefahr der Haftung zu entgehen. Unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen, dem medizinischen Standard entsprechenden Behandlung ist der Arzt berechtigt und nach seinem Berufsethos verpflichtet, lebenserhaltend zu beraten und tätig zu werden. Der Arzt hat – unter der Voraussetzung der 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.

Trotzdem ist zu fragen, ob es eine Alternative zu diesem Haftungsrecht gäbe. Ärzteschaft, Kirchen und Behindertenverbände forderten eine gesetzliche Einschränkung der Haftung für nicht fachgerechte Pränataldiagnostik und Beratung, um der Tendenz zu immer mehr selektiver PND entgegenzuwirken. Dies wäre kein gangbarer Weg. An dem Prinzip, daß jeder Arzt für mangelhafte Leistung verantwortlich gemacht werden kann, muß festgehalten werden. Denn dies ist grundlegend für das Funktionieren unseres auf dem individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis aufbauenden hochkomplexen Gesundheitssystem und für die Sicherung der Qualität der ärztlichen Maßnahmen. Eine Patientin, die davon ausgehen muss, dass Nachlässigkeiten des Arztes folgenlos sind, wird kaum Vertrauen zu dem Arzt entwickeln können. Dies würde

auch wieder zu dem so oft kritisierten und gerade überwundenen Paternalismus im Arzt-Patientinnen-Verhältnis führen, wo der Arzt allein entscheidet, was gut ist für die Frau und wo er dann auch noch Fehler mit lebenslangen Folgen für die Frau machen darf, ohne Risiko, weil sich seine Haftung praktisch auf die Rückzahlung des Honorars an die Krankenkasse beschränken würde.

Würde man eine Lösung über eine Strafbarkeitsregelung des Arztes suchen, müsste die Frau ein 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. Ethisch unzulässig wäre auch, wenn man eine Lösung über ein Schmerzensgeld für die Eltern für das Leben mit einem behinderten oder gesunden Kind wählt.

Das Schadensrecht ist am ehesten geeignet, eine Distanz und Neutralität bei der Bewertung und dem erforderlichen Ausgleich der Interessen der Vertragspartner bei derartigen Fällen zu schaffen, in einem Gebiet der Medizin, wo ärztliches Fehlverhalten tiefgreifende, lebenslange Folgen, insbesondere für die Frau, haben kann.

Es wurde auch gefordert, die Haftung des Arztes für Kindesunterhalt gesetzlich auszuschließen, weil die Rechtsprechung negative gesellschaftliche Auswirkungen und eine Diskriminierung für Behinderte nach sich ziehe.

Der Unterhaltsschadensersatz knüpft nicht an die Behinderung des Kindes an, sondern gewährt – für eine behindertes wie ein gesundes Kind gleichermaßen – Schadensersatz 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. Auch eine Einschränkung der Haftung auf die unerwünschte Geburt von behinderten Kindern oder die Beschränkung der Haftung auf den be-

hinderungsbedingten Mehraufwand, wie verschiedentlich gefordert, wurde von der Rechtsprechung zu Recht ausgeschlossen, weil das Schadensrecht die Situation mit und ohne Kind vergleicht und nicht das behinderte Kind mit einem fiktiven gesunden Kind vergleicht. Hier liegt vom rechtlichen Ansatz her also keine Diskriminierung vor.

Natürlich sind dies formaljuristische Argumente, die nicht darüber hinwegtäuschen können, dass die Behinderung des Kindes der Anlass für einen Schwangerschaftsabbruch ist. Letztlich spielt die Art und Schwere der Behinderung des Kindes eine wichtige Rolle bei der Prüfung der medizinischen Indikation der Frau, wenngleich dies nicht mehr den Ausschlag geben darf. Der früher automatische Schluss von der Schwere der Behinderung zur Indikation kann nicht mehr erfolgen. Und es steht allein in der individuellen Verantwortung der Frau zu entscheiden, ob sie sich zutraut, ein behindertes Kind zur Welt zu bringen und zu versorgen.

Bei der Frage, inwieweit hier eine rechtsethisch abträgliche und behindertenfeindliche Entwicklung zu befürchten ist, muss auch berücksichtigt werden, dass es sich um Einzelfälle handelt. In der Praxis gibt es nach der Gesetzesänderung des § 218 a StGB auch kaum noch neue Schadensersatzverfahren, wie aus den Schiedskommissionen der Ärztekammern verlautet. Daher sind auch gesellschaftliche Lösungen wie die Errichtung eines Fonds, der anstelle des haftenden Arztes den Unterhalt für ein unerwünschtes Kind übernimmt, wie dies immer wieder vorgeschlagen wird, nicht machbar und überflüssig. Der Fonds müsste übrigens, was immer vergessen wird, dann auch für gesunde Kinder, die ihre Existenz einem Arztfehler verdanken, eintreten, was weitere Gerechtigkeitsfragen aufwirft. Für solche Einzelfälle sollte keine neue Institution oder Rechtsinstitut begründet werden, dies führt zu einer Überbewertung solcher Ausnahmefälle.

Das Haftungsrecht führt allerdings dazu, dass in Einzelfällen Frauen, die darlegen können, dass sie sich gegen das Leben des Kindes ent-

schieden hätten, wenn sie von der Behinderung gewusst hätten, im Falle eines ärztlichen Fehlers unter der Voraussetzung einer medizinischen Indikation hohe Schadensersatzansprüche zustehen, während diejenigen, die sich in jedem Falle für die Austragung des Kindes entschieden hätten und psychisch stark genug sind, die Last der Versorgung eines behinderten Kindes zu tragen, keine derartigen Ansprüche haben. Die persönlichen und finanziellen Sorgen im Zusammenhang mit der Versorgung eines behinderten Kindes sind jedoch in allen Fällen gleich. Hier ist es aber Aufgabe des Gesetzgebers, durch das Sozialleistungsrecht solche im komplexen medizinischen Versorgungssystem unvermeidbaren einzelne Ungerechtigkeiten aufzufangen und erträglich zu machen.

Der Staat muss außerdem ein gesellschaftliches Klima schaffen, das Eltern zu einem Leben mit dem kranken oder behinderten Kind ermutigt und er muss ein deutliches Signal setzen, dass behinderte und kranke Kinder in der Gesellschaft nicht unerwünscht und eine Last, sondern willkommen sind. Ich denke, hier hat sich in den letzten Jahrzehnten viel zum Guten bewegt.

Die ständige Weiterentwicklung der Technik der Pränataldiagnostik, der Wandel von der Schwangerenvorsorge zur Angebotsmedizin, die Spezialisierung und der Verteilungskampf der Ärzte um die knappen Ressourcen und dies alles vor dem Hintergrund des Arzthaftungsrechtes hat zu einer ständigen Ausbreitung der PND weit über das medizinisch vertretbare Maß hinaus geführt. Hier zeigt sich die mangelnde Steuerungsfähigkeit des geltenden Rechtes gegenüber dem medizinisch-technischen Fortschritt. Inwieweit hier das Recht steuernd eingreifen sollte, muss diskutiert werden. Es darf aber nicht sein, dass anstelle der rechtlichen Steuerung der **Anwendung** einer Technologie nur einzelne rechtliche **Folgen** der Technologie zu Lasten einzelner betroffener Frauen und Kinder ausgeschlossen werden.