

Für konkrete Anhaltspunkte, die in einem Arzthaftungsverfahren Zweifel an der erstinstanzlichen Beweiswürdigung wecken sollen, reicht dies indes nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass der Patient entweder ein Privatgutachten vorlegt, zumindest aber selbst medizinische Fundstellen oder Leitlinien benennt, die für seine Behauptung streiten. Wird ein solches Privatgutachten nicht vorgelegt und fehlt es auch im Übrigen an Anhaltspunkten dafür, dass das Gutachten in sich widersprüchlich oder der Sachverständige erkennbar nicht sachkundig ist, kommt eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht in Betracht (Senat, Beschl. v. 15.5.2018 – 4 U 750/17 –, juris). Gleiches gilt für den Vorwurf des Kl., bei der erneuten Wiedervorstellung am 15.12.2014 (...) sei keine adäquate Behandlung der Narbenhernie, insbesondere keine Verschreibung eines Bruchbandes zur Beschwerdelinderung erfolgt. Auch insoweit hat der Sachverständige die Empfehlung, sich in der viszeralchirurgischen Sprechstunde vorzustellen als adäquat bezeichnet, da die Narbenhernie asymptomatisch war. Schmerzen, die einen Leidensweg begründen könnten, werden vom Kl. nicht dargestellt. Hinzu kommt, dass nach dem eigenen Vortrag des Kl. der Zeitpunkt der Operation am 30.3.2015 auf die Einnahme von Blutverdünnern (erforderlich wg. Thrombose) zurückzuführen ist, die ein Herzspezialist erst einstellen musste. Ein Kausalzusammenhang mit Maßnahmen, die die Bekl. hätte veranlassen müssen, besteht auch aus diesem Grund nicht.

[10] Der Senat rät auf dieser Grundlage zu einer Berufungsrücknahme, die zwei Gerichtsgebühren spart. Der Streitwert für das Berufungsverfahren soll auf 30.893,88 EUR festgesetzt werden.

#### Anmerkung zu OLG Dresden, Beschl. v. 16.3.2020 – 4 U 2626/19 (LG Leipzig)

**Claudia Achterfeld**

Von Notfällen abgesehen, muss dem Patienten ausreichend Zeit verbleiben, das Für und Wider der vorgeschlagenen Therapie abzuwägen und sich gegebenenfalls auch mit Dritten besprechen zu können. Entscheidend für die Frage des richtigen Aufklärungszeitpunkts sind die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Schwere des Eingriffs und die mit ihm einhergehenden Risiken<sup>1</sup>. Pauschale Fristen für die Zeitspanne zwischen Aufklärung, Einwilligung und Eingriff sind damit nicht zu vereinbaren<sup>2</sup>. Ist ein operativer Eingriff mit einem stationären Aufenthalt verknüpft, fordert die Judikatur mitunter eine Aufklärung bereits bei Festlegung des Operationstermins<sup>3</sup>, spätestens aber am Vortag der Operation, sofern sie hier zu einem Zeitpunkt erfolgt, die dem Patienten die Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts erlaubt<sup>4</sup>. Das wird bei einer Aufklärung über gravierende Risiken am Vorabend der Operation regelmäßig nicht mehr der Fall sein<sup>5</sup>. Auch bei rein kosmetischen Operationen wird man dem Patienten einen längeren Entscheidungszeitraum zubilligen müssen<sup>6</sup>. Bei ambulanten oder rein diagnostischen (Routine-)Eingriffen mit geringen und wenig einschneidenden Risiken erachtet die Rechtsprechung eine Aufklärung am Operationstag selbst dagegen in der Regel für ausreichend<sup>7</sup>. Der Patient stehe hier regelmäßig nicht so stark unter dem Druck des „Eingebundenseins“ in den Krankenhausbetrieb<sup>8</sup>. Letztlich entscheidend für die Frage der Rechtzeitigkeit

der Aufklärung muss aber auch bei ambulanten Eingriffen die Risikoneigung eines Eingriffs bleiben.

Durch die Entwicklung minimal-invasiver Verfahren und kurzwirksamer Anästhetika können heute sogar neurochirurgische Eingriffe wie etwa Bandscheiben-Operationen oder auch herzchirurgische Eingriffe wie etwa Herzschrittmacher-Implantationen ambulant erfolgen<sup>9</sup>. Tatsächlich werden derzeit bereits 37% der Operationen in Deutschland unter ambulanten Voraussetzungen durchgeführt, Tendenz steigend<sup>10</sup>. Dass ein Eingriff ambulant durchgeführt wird, kann daher stets nur Indikator für ein geringes Risikospektrum sein. Gehen mit einem ambulanten oder auch rein diagnostischen Eingriff erhebliche Risiken einher, ist eine frühere Aufklärung erforderlich<sup>11</sup>. Voraussetzung für die Aufklärung am Operationstag ist überdies, dass die Aufklärung nicht erst so unmittelbar vor dem Eingriff erfolgt, dass der Patient unter dem Eindruck steht, sich nicht mehr aus einem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf lösen zu können<sup>12</sup>. Dem Patienten muss auch hier die Gelegenheit zu einem ruhigen Abwägen verbleiben. Ob vor diesem Hintergrund die Aufklärung zu einer ambulant durchzuführenden Koloskopie nach der erforderlichen abgeschlossenen Darmreinigung mit dem OLG Dresden ernsthaft für rechtzeitig erachtet werden kann, erscheint mehr als fragwürdig. Da der Patient im Vorfeld jedoch bereits ordnungsgemäß aufgeklärt worden war, kam es auf die Aufklärung am Operationstag vorliegend aber auch nicht mehr an.

- 1) BGH, NJW 1992, 2351 f. = MedR 1992, 277; vgl. auch BT-Dr. 17/10488, S. 25; Achterfeld, in: Narr (Begr.), Ärztliches Berufsrecht, 28. EGL 2018, D-VI 5., Rdnr. 32.
- 2) BT-Dr. 17/10488, S. 25.
- 3) BGH, NJW 1992, 2351, 2352 = MedR 1992, 277; NJW 2003, 2012, 2013 = MedR 2003, 576; zu Auswüchsen krit. Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2020, Kap. V, Rdnr. 93 f.
- 4) BGH, NJW 2003, 2012, 2013 = MedR 2003, 576; OLG Hamm, MedR 2011, 439, 440.
- 5) BGH, NJW 1998, 2734 „Tumoroperation“; OLG Köln, VersR 2012, 863 „Mitralklappenoperation“.
- 6) Spindler, in: BeckOGK, Stand 1.8.2020, § 823, Rdnr. 840.
- 7) BGH, NJW 1994, 3010, 3011 = MedR 1995, 20; OLG Koblenz, NJW-RR 2002, 816, 818.
- 8) BGH, NJW 1994, 3010, 311 = MedR 1995, 20.
- 9) Vgl. Übersicht bei Bundesverband für ambulantes Operieren, e.V., <https://www.operieren.de/e3224/e10/e589/>, zuletzt abgerufen am 31.8.2020.
- 10) Bundesverband für ambulantes Operieren, e.V., <https://www.operieren.de/e3224/e308/e309/>, zuletzt abgerufen am 31.8.2020.
- 11) BGH, NJW 1994, 3010, 311 = MedR 1995, 20; vgl. auch Frahm/Walter, Arzt Haftungsrecht, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 218 m. w. N.
- 12) BGH, NJW 1994, 2410, 2411; 3010, 3011 = MedR 1995, 20.

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5765-y>

#### Arzthaftung nach unterlassener Aufklärung werdender Eltern über mögliche Behinderung des ungeborenen Kindes

BGB §§ 286, 288, 1612a, SchKG § 12 Abs. 1, SGB X § 116, SGB XI § 34, StGB § 218a Abs. 2, ZPO §§ 92 Abs. 1, 100 Abs. 1, Abs. 4, 269, 286 Abs. 1, 511 ff. 529, 533, 708 Nr. 11, 711

#### Schadensersatzanspruch der Eltern bei unterlassenem Hinweis der Ärzte auf eine mögliche schwere Behinderung

Eingesandt von Prof. Dr. iur. Christian Katzenmeier, Köln; bearbeitet von Dipl. Wirtschaftsjuristin (FH) Anne Ziegler, LL.M. (Medizinrecht), Kanzlei Ziegler & Kollegen, 35037 Marburg, Deutschland

Rechtsanwältin Dr. iur. Claudia Achterfeld, Wiss. Mitarb., Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Deutschland

### rung des zu erwartenden Kindes, wenn die Mutter bei Kenntnis des Risikos einer Behinderung die Schwangerschaft abgebrochen hätte. (Rdnr. 10)

OLG Karlsruhe, Urt. v. 19. 2. 2020 – 7 U 139/16 (LG Mannheim, Revision beim BGH unter dem Az. VI ZR 295/20 anhängig.)

**Problemstellung:** Der Arzthaftungssenat des OLG Karlsruhe hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Eltern nach der Geburt eines behinderten Kindes gegen ihre Pränataldiagnostiker Schmerzensgeld- und Schadenersatzansprüche zustehen, weil diese vor der Geburt nicht in der erforderlichen Deutlichkeit auf das Risiko einer schweren Behinderungen hingewiesen haben und dadurch ein legaler Schwangerschaftsabbruch verhindert wurde.

Solche Ersatzansprüche kommen nach der bisherigen Rechtsprechung in Deutschland ausschließlich in Betracht, wenn der vereitelte Abbruch bei hypothetischer Durchführung der Rechtsordnung entsprochen hätte. Das OLG musste also das Vorliegen einer entsprechenden rechtfertigenden Indikation prüfen. Aktuell ist zwischen drei zulässigen Möglichkeiten zum Schwangerschaftsabbruch zu unterscheiden: Löst eine soziale Notlage einen Schwangerschaftskonflikt aus, kann die Schwangerschaft durch einen Arzt innerhalb der ersten zwölf Wochen nach der Empfängnis straffrei abgebrochen werden (sogenannte „Fristenlösung“, vgl. *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 218a, Rdnr. 1). Auch beim Vorliegen einer „medizinisch-sozialen“ (§ 218a Abs. 2 StGB) oder „kriminologischen“ Indikation (§ 218a Abs. 3 StGB) ist ein strafloser Schwangerschaftsabbruch möglich.

Insbesondere kann ein rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch gemäß § 218a Abs. 2 StGB durchgeführt werden, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft eine Gefahr für die physische oder psychische Gesundheit oder gar des Lebens der werdenden Mutter darstellt und dieser nach ärztlicher Erkenntnis daher nicht zugemutet werden kann (sogenannte „medizinisch-soziale Indikation“, vgl. *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 218a, Rdnr. 14). Liegt eine solche Indikation vor, ist die Möglichkeit zum rechtmäßigen Abbruch der Schwangerschaft ausdrücklich nicht befristet. Dieser kann bis zum Beginn der die Geburt eröffnenden Wehen durchgeführt werden (*Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 218, Rdnr. 2).

Anne Ziegler

**Zum Sachverhalt:** Die Kl. machen Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit der Besprechung eines MRT-Befundes und ihrer daraus folgenden Entscheidung, die Schwangerschaft mit ihrer Tochter L. trotz einer erkannten Balkenagenesie nicht abzurechnen, geltend. [...]

Mit Urt. v. 21. 7. 2016 hat das LG Mannheim die Klage abgewiesen. Zur Begründung führt es im Wesentlichen aus, die Kl. hätten einen Behandlungsfehler nicht nachgewiesen, jedenfalls aber fehle es an der Kausalität. Die Einlassung des Bekl. Ziff. 2 zu seinen Hinweisen zum MRT-Befund hätten sie unter Berücksichtigung der ausreichenden Eintragungen in der Krankenakte nicht widerlegen können. Entsprechendes gelte für die Aussage des Zeugen Dr. Sch. zu dem von ihm geführten Gespräch. Die von den beiden Ärzten dargelegten Angaben hätten grundsätzlich ausgereicht. Ob weitergehend konkrete Prozentzahlen für schwerwiegende Folgen hätten genannt werden müssen, könne genauso dahinstehen, wie die Frage, ob den Kl. Beweiserleichterungen unter dem Aspekt des aufklärungsrichtigen Verhaltens zugute kämen, da überwiegend wahrscheinlich sei, dass die Kl. sich auch in Kenntnis konkreter Prozentangaben nicht für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätten. Insofern sei davon auszugehen, dass sie auf die Gefahr massiver Beeinträchtigungen hingewiesen worden seien. Dennoch hätten sie trotz ihrer Erfahrungen aus einem früheren Schwangerschaftsabbruch nichts Weiteres unternommen. Für weitere Einzelheiten der Begründung wird auf das Urt. verwiesen.

Gegen diese [...] Entscheidung wenden sich die Kl. mit ihrer Berufung [...] Sie wenden insbesondere ein, das LG habe einen Be-

handlungsfehler fehlerhaft für nicht erwiesen erachtet. Der Umfang der Aufklärungspflicht angesichts des MRT-Befundes v. 15. 11. 2011 hätte definiert werden müssen. Danach sei eine humangenetische Aufklärung erforderlich gewesen, bei der hätte erwähnt und dokumentiert werden müssen, dass sie zu 25 % mit einem behinderten Kind zu rechnen hätten, wobei eine schwere Behinderung in 12 % der Fälle anzunehmen sei. Diese Beratung hätte der Bekl. Ziff. 2 übernehmen können. Tatsächlich sei eine solche Beratung aber weder erfolgt noch unter Benennung der konkreten Wahrscheinlichkeitszahlen dokumentiert worden. Auf einzelne Krankheitsbilder wie das Aicardi-Syndrom sei es dabei nicht angekommen, weshalb die Argumentation des LG, ein Aufklärungsmangel liege nicht vor, da das Aicardi-Syndrom nicht vorhersehbar gewesen sei, auf einer fehlerhaften Schlussfolgerung aus dem Beweisergebnis beruhe. Die Frage, ob Prozentzahlen genannt worden seien, hätte das LG bei einer ordnungsgemäßen Auseinandersetzung mit dem Prozessstoff nicht offenlassen können. Die – nicht näher begründeten – Ausführungen zur Kausalität seien angesichts der konstanten und realitätsnahen Angaben der Kl., die intellektuell in der Lage seien, ärztlichen Beratungsgesprächen zu folgen, sowie der sonstigen dargelegten Umstände wie insbesondere dem früheren Schwangerschaftsabbruch und ihrer Entscheidung, ein hochqualifiziertes diagnostisches Zentrum zum Ausschluss bzw. zur Feststellung einer drohenden Behinderung aufzusuchen, nicht nachvollziehbar. [...]

Die Bekl. verteidigen die angefochtene Entscheidung. Ergänzend verweisen sie darauf, dass die Indikation für einen Schwangerschaftsabbruch nicht vorgelegen habe. [...]

[...]

**Aus den Gründen:** Die nach §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung ist überwiegend begründet.

Die Bekl. haben ihre Pflichten aus dem Behandlungsvertrag verletzt, als die Kl. nicht in realistischer Weise auf das Risiko hingewiesen wurden, L. könne wegen der im MRT-Befund erkennbaren Auffälligkeiten behindert zur Welt kommen. [...]

a) Die Kl. Ziff. 1 und die Bekl. Ziff. 1 schlossen einen Behandlungsvertrag, in dessen Schutzbereich der Kl. Ziff. 2 als werdender Vater einbezogen worden ist (vgl. BGH v. 18. 1. 1983 – VI ZR 114/81, juris, Rdnr. 35) und in dessen Rahmen der Bekl. Ziff. 2 tätig wurde, als er mit den Kl. den MRT-Befund erörterte.

b) Aufgrund des Behandlungsvertrages war der Bekl. Ziff. 2 verpflichtet, die Kl. darauf hinzuweisen, dass der ihm bekannte Befund einer Balkenagenesie, einhergehend mit einer Falxhypoplasie und einem Hydrocephalus, die Möglichkeit beinhaltet, ein mehr als nur leicht behindertes Kind zur Welt zu bringen.

aa) Aus den Umständen ergibt sich, dass die Kl. sich in die Behandlung der Bekl. begaben mit dem erkennbaren Ziel, möglichst frühzeitig über Schädigungen des ungeborenen Kindes informiert zu werden. So haben sie neben der üblichen Betreuung durch ihre Frauenärztin die Bekl. Ziff. 1 bereits am 1. 9. 2011 zur sonografischen Feindiagnostik aufgesucht und das streitgegenständliche MRT des Beckens wurde über das standardgemäße Vorgehen hinaus wegen des Verdachts einer Ventrikulomegalie, die nach den fachkundigen Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. S. regelmäßig mit einer Balkenagenesie einhergeht angefertigt. Die bildgebende Diagnostik hatte für die Kl. das alleinige Ziel, mögliche Auffälligkeiten frühzeitig zu erkennen, um auf sie eigenverantwortlich reagieren zu können. Zudem war insbesondere dem Bekl. Ziff. 2 aus der Betreuung der Kl. während ihrer vorherigen Schwangerschaft bekannt, dass sie sich mit der Frage, ein möglicherweise gesundheitlich beeinträchtigtes Kind auszutragen, in besonderer Weise auseinandergesetzt hatte. So erläuterte er bei seiner Anhörung vor dem LG zu der streitgegenständlichen Schwangerschaft, um die Sorge der Eltern gewusst zu haben. Zudem ist in der Behandlungsdokumentation unter dem 23. 9. 2011 durch ihn vermerkt worden: „Ehepaar macht sich viel Sorgen um die Schwangerschaft“.

bb) Der Annahme, die Bekl. seien aus dem Behandlungsvertrag verpflichtet gewesen, den Kl. ein realistisches Bild von den Möglichkeiten einer auch schweren Behinderung zu zeichnen, stehen die Einschätzungen des Sachverständigen Prof. Dr. S. nicht entgegen. Er meinte zwar, dass wegen der Seltenheit schwerer Verläufe unterstützend beraten wird. Gleichzeitig hielt auch er es aber für geboten, im Rahmen eines humangenetischen Gesprächs die statistische Datenlage zu erörtern. Daraus folgt, dass der Bekl. Ziff. 2 die Kl. entweder auf ein solches Beratungsgespräch hätte verweisen müssen oder aber, wenn er wie vorliegend die Beratung insgesamt selber vornimmt, die Möglichkeit der bekanntermaßen möglichen schweren Behinderungen hätte erwähnen müssen.

c) Den sich so ergebenden Aufklärungs- und Hinweispflichten ist der Bekl. Ziff. 2 bei dem Gespräch am 22. 11. 2011 nicht nachgekommen. Der Senat ist aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme davon überzeugt, dass die Kl. vom Bekl. Ziff. 2 bei der Besprechung des MRT-Befundes auf die Möglichkeit einer schweren Behinderung nicht hingewiesen wurden, obwohl diese mit einer nicht nur völlig untergeordneten Wahrscheinlichkeit bestand.

aa) Der Sachverständige Prof. Dr. S. erläuterte überzeugend, dass nach den wissenschaftlichen Erkenntnissen davon auszugehen sei, dass es selbst bei einer isolierten Balkenagenese – also ohne Hinzutreten weiterer Komplikationen – in 12% der Fälle zu schweren Behinderungen, die über Entwicklungsverzögerungen und Lernbehinderungen hinausgehen, kommen kann. [...] Insbesondere hat der Sachverständige dabei von den Mitarbeitern der Bekl. Ziff. 1 als hochspezialisiertes Perinatalzentrum einen Wissensstand verlangt, der trotz der Seltenheit auch schwere Verläufe erfasst. Im Übrigen ergibt sich aus den Aussagen sowohl des Bekl. Ziff. 2 als auch des Zeugen Dr. Sch., dass ihnen die Möglichkeit schwerer Fehlbildungen durchaus bekannt war. So sprach der Zeuge Dr. Sch. von der Möglichkeit schwerer Erkrankungen bzw. schweren chromosomalen Störungen und der Bekl. Ziff. 2 erwähnte massive Beeinträchtigungen.

bb) Aufgrund der persönlichen Anhörung der Kl. sowie des Bekl. Ziff. 2 am 8. 11. 2017 steht für den Senat fest, dass den Kl. bei der Befundbesprechung durch den Bekl. Ziff. 2 entgegen den Pflichten aus dem Behandlungsvertrag nicht die Möglichkeit gegeben wurde zu erkennen, dass die diagnostizierten Auffälligkeiten durchaus auf eine schwere Behinderung des werdenden Kindes hindeuten können. [...]

(1) Beide Kl. berichteten übereinstimmend, dass der Bekl. Ziff. 2 ihnen die Auffälligkeiten des Balkens erläutert und hierzu erklärt habe, es könne zu Entwicklungsverzögerungen kommen. Letzteres bestätigte die Kl. Ziff. 1 bei ihrer Anhörung unter Zuhilfenahme eines Dolmetschers am 21. 2. 2018 nochmals. Der Kl. Ziff. 2 fasste das Ergebnis des Gesprächs aus seiner subjektiv geprägten Sicht dahingehend zusammen, sie seien beruhigt worden.

(2) Auch bei der gebotenen kritischen Auseinandersetzung mit diesen Angaben bestehen keine Zweifel an deren Richtigkeit.

(a) Von einer bewusst wahrheitswidrigen Aussage kann nicht ausgegangen werden. Die Eltern berichteten sachlich und angemessen emotional von dem Gespräch, ohne dabei zu dramatisieren oder zur Förderung ihres Anliegens ausschweifend zu werden. Vielmehr entstand der Eindruck, dass sie das Gespräch bei der Anhörung nochmals mit den damaligen Erwartungen und Ängsten, aber auch ihrem Vertrauen in den Bekl. Ziff. 2 nacherlebten. Dem steht nicht entgegen, dass die Kl. Ziff. 1 ausweislich des Protokolls des LG v. 3. 4. 2014 noch von einer „motorisch-kognitiven“ Beeinträchtigung gesprochen hat. Hierzu erläuterten beide Kl. dem Senat nachvollziehbar, dass diese Begrifflichkeiten nicht zu ihrem Wortschatz zählen würden. Dies deckt sich auch mit den übrigen Aussagen der Kl.

Ziff. 1 bei ihrer Anhörung vor dem LG, wo sie laienhaft erläuterte, als schlimmste Variante sei ihnen erläutert worden, das Kind könne etwas später zu lernen beginnen; von einer schweren Behinderung sei nie gesprochen worden.

(b) Auch eine zwischenzeitliche Verklärung des tatsächlich Erlebten – insbesondere durch den Versuch, eine eigene Verantwortung zu verdrängen und auf den Bekl. Ziff. 2 zu verlagern – kann ausgeschlossen werden. Insofern steht fest, dass insbesondere die Kl. Ziff. 1 bei einem Hinweis auf eine mögliche schwere Behinderung umgehend und für den Bekl. Ziff. 2 wahrnehmbar reagiert hätte in der Weise, was sie unternehmen kann, um kein behindertes Kind zu bekommen. So hat sie bereits bei mindestens einer früheren Schwangerschaft eine Abtreibung wegen des Verdachts einer Turner-Syndroms vornehmen lassen und hat sich gerade wegen der Frage möglicher Missbildungen in die spezialisierte Behandlung der Bekl. begeben.

(c) Schließlich ist die theoretische Möglichkeit von Wahrnehmungsdefiziten vorliegend so gering, dass sie auf das Beweisergebnis keinen Einfluss hat. Bei der Anhörung der Kl. wurde deutlich, dass sie intellektuell unschwer in der Lage sind, auch komplexere Sachverhalte zu erfassen und in ihre Entscheidungen einzubeziehen. Zudem war Inhalt des Gesprächs, wie bereits ausgeführt, von vornherein die Frage möglicher Behinderungen, weshalb die Kl. trotz aller Besonderheiten bei einem Krankenhausaufenthalt hierauf ein besonderes Augenmerk legten. Dabei spricht insbesondere auch die Schilderung des Kl. Ziff. 2, der Bekl. Ziff. 2 habe nach der telefonischen Befundabfrage mit zittriger Stimme gesprochen, für seine besondere Aufmerksamkeit. Entsprechendes gilt für die Angaben der Kl. Ziff. 1, der Bekl. Ziff. 2 sei während des Telefonats „plötzlich ganz leise“ geworden. Im Übrigen ist aufgrund der Gesamtumstände davon auszugehen, dass die Kl. so fragend in die Beratung gegangen sind, dass sie bei einer unzureichenden Auskunft über den Zustand des ungeborenen Kindes jedenfalls zu einem späteren Zeitpunkt nochmals nachgehakt hätten.

cc) Der Überzeugung von der Richtigkeit der Angaben der Kl. stehen die des Bekl. Ziff. 2 nicht entgegen. Er erläuterte beim LG zwar, dass er die gesamte Bandbreite der denkbaren kognitiven und motorischen Beeinträchtigungen dargestellt und dabei auf die Gefahr massiver Beeinträchtigungen hingewiesen habe. Die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs sei ebenfalls thematisiert worden. Andererseits aber verwies er hier bereits auf eine Arbeitsteilung dergestalt, dass er die Diagnostik bewerkstellige und die Befunde üblicherweise vom Kinderarzt besprochen würden. Auf konkrete Nachfragen durch den Senat meinte er dann, er habe ausgeführt, es könne zu Verzögerungen bei der Lernentwicklung kommen, aber auch zu gravierenderen Problemen. Dazu habe er erläutert, die mentale Entwicklung im Gehirn könne sich möglicherweise nicht regelrecht vollziehen. Daraus ergibt sich nicht, dass er den Eltern die gesamte Bandbreite möglicher Schädigungen erläutert hat. Insbesondere konnte er sich nicht erinnern, ob er von möglichen Behinderungen gesprochen hat. Vielmehr erwähnte er eher leichtere Beeinträchtigungen wie Entwicklungsstörungen und Lernbehinderungen. Zudem ergibt sich aus seiner Aussage, dass er in Kenntnis der Sorge der Eltern und der Bereitschaft zu einem Abbruch der Schwangerschaft – wie von den Kl. geschildert – beruhigend auf sie eingewirkt hat. Dies alles spricht dafür, dass er den Eltern die seltenen, aber möglichen schweren Verläufe wie von ihnen geschildert jedenfalls nicht so dargestellt hat, dass sie sich ein realistisches Bild von der Situation machen konnten.

dd) Der Annahme eines Behandlungsfehlers durch den Bekl. Ziff. 2 steht ferner nicht das – vorangegangene – Gespräch mit dem Zeugen Dr. Sch. entgegen. Zum einen hat der Bekl. Ziff. 2 dadurch, dass er als der eigentlich betreuenden

de Arzt den Befund mit den Kl. erläuterte, letztendlich die Verantwortung für die Information der Kl. übernommen, auf deren Grundlage sie die Entscheidung trafen, das Kind solle ausgetragen werden. Zum anderen hat auch Dr. Sch. kein realistisches Bild von den möglichen Beeinträchtigungen gezeichnet. Die Kl. erläuterte hierzu detailreich, der Zeuge Dr. Sch. habe Sorgen zerstreut. Sie solle nicht so viel im Internet lesen, ruhig bleiben und die Schwangerschaft genießen. Dies deckt sich im Wesentlichen mit den Angaben des Zeugen Dr. Sch. Er meinte zwar vor dem LG, standardmäßig darauf hinzuweisen, dass das Kind ganz gesund oder schwer krank sein könne, was er vor dem Senat nochmals sinngemäß bestätigte. Allerdings wusste er nicht mehr, ob er dann auch schwere Behinderungen angesprochen habe. Er hielt es sogar für möglich, lapidar gesagt zu haben, man solle schauen, bis das Kind auf der Welt sei. Dies erscheint vor allem vor dem Hintergrund realistisch, dass er nach seinen Angaben von den Schwierigkeiten bei den vorangegangenen Schwangerschaften wusste, und sich aus seiner Aussage ergibt, dass er wegen der hohen Quote der unproblematischen Verläufe einen Abbruch nicht für angebracht hielt. Hiermit steht im Einklang, dass er nach seinem Eindruck den Eltern Hoffnung gegeben und Mut gemacht hatte. Dieser Eindruck bestätigte sich bei seiner erneuten Vernehmung durch den Senat am 21.2.2018, bei der er angab, in der Weise zu beraten, dass das Leben des Kindes erhalten bleibe. Hier räumte er dann auch unumwunden ein, schwere Formen der Behinderung nicht erwähnt zu haben. Sein Hinweis, eine Behinderung sei nie auszuschließen, genügte nicht, da den Kl. eine an dem konkreten Befund ausgerichtete Beratung geschuldet war. Aus der Aussage der Zeugin Ö. ergibt sich nichts anderes. Auch sie berichtete, der Zeuge Dr. Sch. habe die weinende Kl. Ziff. 1 beruhigt und gesagt, das Kind solle erst einmal auf die Welt kommen.

1. Der fehlende Hinweis auf die Möglichkeit einer schweren Behinderung ist ursächlich für die Entscheidung der Kl. Ziff. 1 geworden, das Kind auszutragen. So steht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass die Kl. Ziff. 1 bei Kenntnis einer auch nur geringen Wahrscheinlichkeit einer Behinderung die Schwangerschaft auf legalem Wege abgebrochen hätte.

a) Die Kl. Ziff. 1 erläuterte bei ihrer Anhörung am 3.4.2014, sie habe nie ein schwerbehindertes Kind haben wollen und hätte sich bei einem Hinweis auf die möglichen Behinderungen auf jeden Fall für einen Abbruch der Schwangerschaft entschieden. Dies konkretisierte sie am 9.6.2016 noch dahingehend, dass sie bei einer nur einprozentigen Wahrscheinlichkeit, ein behindertes Kind zur Welt zu bringen, eine Abtreibung hätte vornehmen lassen.

Auch diese Angaben sind glaubwürdig. Es erscheint zwar zunächst wenig naheliegend, dass eine Schwangere sich angesichts der deutlich überwiegenden Wahrscheinlichkeit, ein gesundes Kind zu bekommen, für die Tötung eines bereits überlebendigen Fötus entschieden hätte. Maßgeblich sind aber nicht allgemeine Standards, sondern die konkrete Situation gerade der Kl. Ziff. 1, bei der sich jede Art von Bewertung verbietet. Insofern ist zu sehen, dass die Kl. sich, wie bereits ausgeführt, in erheblichem Umfang einer pränatalen Diagnostik wegen der Sorge unterzogen haben, das Kind könne nicht gesund sein. Vor allem aber hat die Kl. durch die frühere Abtreibung gezeigt, auch bei der Gefahr von nur leichteren Erkrankungen willens zu sein, das Kind nicht auszutragen. Der Einwand der Bekl., die Aussage der Kl. Ziff. 1, bei einer nur einprozentigen Wahrscheinlichkeit einer Behinderung hätte sie die Schwangerschaft abgebrochen, sei unglaubwürdig, weil sie angesichts der allgemeinen statistischen Wahrscheinlichkeit von Fehlbildungen dann gar nicht hätte schwanger werden dürfen, geht fehl. Der Kl. Ziff. 1 kam es allein darauf an, zu reagieren, wenn es konkret Auffälligkeiten während der

Schwangerschaft gibt. Im Übrigen drückte sie nicht mehr aus, als dass sie bei Auffälligkeiten, die Ausdruck einer möglicherweise zu erwartenden Behinderung hätten sein können, in jedem Falle einen Abbruch gewünscht hätte. Eine weitergehende statistische Planung vor der Empfängnis ist fernliegend. Im Übrigen ist nach dem Ergebnis der Anhörung des Kl. Ziff. 2 davon auszugehen, dass er nicht versucht hätte, die Kl. Ziff. 1 zu einer anderen Entscheidung zu bewegen. So meinte er, er sei zwar grundsätzlich ein risikobereiter Mensch, hätte sich aber dennoch auch selber für einen Abbruch entschieden.

b) Der Zurechnungszusammenhang zwischen dem Behandlungsfehler und dem ausgebliebenen Wunsch zur Abtreibung steht nicht entgegen, dass der konkrete Befund des erst später erkannten Aicardi-Syndroms im Zeitpunkt, als der Bekl. Ziff. 2 mit den Kl. den MRT-Befund erläuterte, nach den nachvollziehbaren Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. S. nicht diagnostizierbar war. Denn aufzuklären war nicht über eine bestimmte Form der Behinderung, sondern über die generelle Möglichkeit schwerer Einschränkungen. Eine – wenn auch nur sehr seltene – Ausprägung einer solchen schweren Behinderung konnte das Aicardi-Syndrom sein. Hierzu erläuterte der Sachverständige nachvollziehbar, dass es sich dabei um ein übergeordnetes Syndrom handele, bei dem in seiner klassischen Form zu der Balkenagenesie noch eine Säuglingsepilepsie und Netzhautveränderungen hinzutreten würden.

c) Die Voraussetzungen für die Umsetzung des Willens, die Schwangerschaft abzubrechen, lagen vor.

aa) Nach § 218a Abs. 2 StGB ist der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine 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 kann. Dabei muss die Beeinträchtigung von einer Schwere sein, die das Austragen der Leibesfrucht als schlechthin unzumutbar erscheinen lässt (Mitsch, in: Leopold u. a., StGB, 2. Aufl. 2015, § 218a, Rdnr. 11 vgl. auch BGH v. 28.3.1995 – VI ZR 356/93 –, juris, Rdnr. 14). Die Unzumutbarkeit kann dabei nicht aus Umständen herrühren, die im Rahmen der Normalsituation einer Schwangeren verbleiben. Erschöpfungs- und Angstzustände, die die Leistungsfähigkeit und Lebensfreude erheblich beeinträchtigen, reichen nicht aus (Ulsenheimer, Arztstrafrecht, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 804). Voraussetzung ist vielmehr eine Belastung der Schwangeren, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangt, dass ihr die Pflicht zum Austragen des Kindes nicht zugemutet werden kann. Dies gilt für Notlagen nur dann, wenn in ihrer Umschreibung die Schwere des sozialen oder psychisch-personalen Konflikts so deutlich erkennbar wird, dass – unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit betrachtet – die Kongruenz mit den anderen Indikationsfällen gewahrt bleibt. Einem solchen Ausnahmestandard kann zudem eine rechtfertigende Wirkung nur zukommen, wenn das Vorliegen seiner Voraussetzungen durch die Gerichte unter Beachtung des Schutzanspruchs des ungeborenen menschlichen Lebens bewertet und festgestellt wurde (BGH v. 28.3.1995 – VI ZR 356/93, juris, Rdnr. 14 m. w. N.; vgl. auch BGH v. 4.12.2001 – VI ZR 213/00, juris, Rdnr. 18).

bb) Trotz dieser engen Voraussetzungen lag die notwendige Indikation bei der Kl. Ziff. 1 im Zeitpunkt, als der Schwangerschaftsabbruch hätte vorgenommen werden können, vor.

(1) Der Sachverständige Prof. Dr. E. kommt nach einer Untersuchung der Kl. Ziff. 1 unter Hinzuziehung ei-

ner Dolmetscherin zu dem Schluss, dass im Zeitpunkt, als die Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch angestanden habe, eine schwerwiegende Beeinträchtigung des seelischen Zustands in Form einer depressiven Anpassungsstörung hätte prognostiziert werden können, basierend darauf, dass es für die Kl. Ziff. 1 unvorstellbar gewesen wäre, die Verantwortung und Sorge für ein behindertes Kind zu übernehmen, verbunden mit dem Verlust ihres bisherigen Lebensgefühls und einer nicht als positiv antizipierten Zukunft.

(2) Diese Einschätzung macht sich der Senat nach eigener kritischer Prüfung und unter besonderer Berücksichtigung des Bekl.vorbringens zu eigen. Zweifel, die die Einholung eines Obergutachtens erforderlich machen würden, bestehen dabei nicht.

a) Dabei ist zwar zu sehen, dass die Beweisfrage – was auch der Sachverständige ausdrücklich einräumte – einer mathematisch exakten Untersuchung nicht zugänglich ist. Vielmehr beruht die Beurteilung psychologischer Vorgänge, wie sie hier im Raum stehen, maßgeblich auf dem nach außen getretenen Erscheinungsbild des Betroffenen, das der Sachverständige maßgeblich aufgrund seiner eigenen Berufserfahrung einzuordnen und auf seine Authentizität zu überprüfen hat. Dies steht der Überzeugungskraft indes nicht entgegen. Denn einer absoluten oder unumstößlichen Gewissheit i. S. d. wissenschaftlichen Nachweises bedarf es für eine den Anforderungen des § 286 Abs. 1 ZPO genügende richterliche Überzeugung nicht. Vielmehr genügt ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH v. 11.6.2015 – I ZR 19/14 –, juris, Rdnr. 40).

b) Gemessen an diesen Maßstäben ist der Senat davon überzeugt, dass die Kl. Ziff. 1 aus der maßgeblichen ex-ante-Sicht in Kenntnis der Möglichkeit, ein behindertes Kind zu bekommen, tatsächlich befürchtet hätte, ein behindertes Kind könne ihr Lebensglück beschränken und vernichten. Insofern ist zwar zu sehen, dass das Gutachten maßgeblich auf den Schilderungen der Kl. Ziff. 1 in der Situation beruht, in der sie wusste, dass sich die Gefahr sogar einer schwersten Behinderung verwirklicht hat und wie belastend sich dieser Umstand auf ihr Leben auswirkt. Die Problematik, dass ihre Schilderungen durch die ex-post-Sicht verfälscht sein können, hat der Sachverständige aber klar gesehen und in seine Bewertung einbezogen. Dennoch ist er auch auf intensive Nachfrage durch den Privatsachverständigen und in Kenntnis seiner zum Termin vorliegenden Stellungnahmen bei seiner Einschätzung geblieben, dass die Kl. trotz der geringen Wahrscheinlichkeit, ein behindertes Kind zu bekommen, und entgegen dem Verhalten der Mehrzahl der werdenden Mütter in vergleichbaren Situationen wie von ihm angenommen reagiert hätte. Dies begründete er überzeugend mit den objektiven Umständen der bereits stattgefundenen Abbrüche und der ergriffenen Vorsichtsmaßnahmen während der Schwangerschaften. Insofern hat er in überzeugender Weise gerade auf den konkreten Einzelfall abgestellt und diesen – wie geboten – frei von ethischen Wertungen oder persönlichen Einschätzungen gewürdigt. [...]

c) Bei den vom Sachverständigen prognostizierten Beeinträchtigungen wäre die Austragung des Kindes auch unter Berücksichtigung von dessen Anspruch auf Leben für die Kl. Ziff. 1 unzumutbar gewesen. Insofern hat der Sachverständige klar herausgestellt, dass die zu prognostizierenden Schädigungen über häufiger zu beobachtende depressive Episoden oder die natürliche mütterliche Fürsorge und Empathie deutlich hinausgegangen wären, indem das Leben der Kl. Ziff. 1 durch ihre subjektive Erfassung und Verarbeitung der Situation regelrecht zerstört worden wäre. Wenn ihr – wie vom Sachverständigen aufgrund seiner persönlichen Untersuchung und den sich aus den Akten

sonst ergebenden Umständen nachvollziehbar festgestellt – prognostisch gesehen das Lebensgefühl verloren gegangen und sie ohne positive Zukunftsaussichten, ohne selbstbestimmte Gestaltung ihres Lebens und ohne Empfinden von Freude weitergelebt hätte, wäre ihr von ihrem Leben, das es ebenfalls zu schützen gilt, nichts mehr geblieben, was das menschliche Dasein mit seinen individuellen positiven wie negativen Einzigartigkeiten ausmacht. Vielmehr war im maßgeblichen Zeitpunkt zu befürchten, dass sie lediglich noch ohne positive Gedanken existiert hätte, um den Anforderungen des Kindes zu genügen. Eine solche existenzielle Selbstaufgabe wäre ihr auch unter Berücksichtigung des Lebensanspruchs des werdenden Kindes nicht zuzumuten gewesen.

d) Die Gefahr hätte nicht auf andere für die Kl. Ziff. 1 zumutbare Weise abgewendet werden können. Entscheidend ist insofern nicht ein objektiver Maßstab, sondern die konkrete individuelle Belastbarkeit der Schwangeren (vgl. Mitsch, in: Leipold u. a., StGB, 2. Auf. 2015, § 218a, Rdnr. 13). Dies zugrundegelegt kam eine Weggabe des Kindes für die Kl. Ziff. 1 nicht als Alternative in Betracht. Insofern hat der Sachverständige überzeugend ausgeführt, dass das festzustellende Fürsorgestreben der Kl. Ziff. 1 einem solchen Weg entgegenstand. Dies deckt sich mit den Schilderungen der Kl. Ziff. 1, die durchgehend darauf verwies, ständig und selber Verantwortung für Larissa zu übernehmen. Insofern bestehen keine Zweifel, dass diese jetzt deutlich zutage getretene Eigenschaft auch aus der ex-ante-Sicht als ein dem Charakter der Kl. anhaftender Teil erkannt worden wäre. Im Übrigen geht der Senat unter Berücksichtigung der anderslautenden Einschätzung des Privatsachverständigen und in Übereinstimmung mit dem Ausführungen des Gerichtssachverständigen davon aus, dass therapeutische Maßnahmen nicht zu einem ausreichenden Erfolg geführt hätten. Insofern verkennt auch der Gerichtssachverständige nicht, dass sie erörtert werden können. Die Möglichkeit, dadurch wirksam auf die zu erwartenden massiven Schäden in einer Weise einzuwirken, dass die Austragung des Kindes für die Kl. Ziff. 1 zumutbar geworden wäre, hat er aber nachvollziehbar unter Hinweis auf die psychodynamischen Prozesse verneint. Eine Entlastung durch Hilfe Dritter bei der Pflege des Kindes scheidet als Alternative ebenfalls aus. Wie vom Sachverständigen erläutert, würde dies voraussetzen, dass die prognostizierte Gefährdung der Kl. Ziff. 1 in der Belastung mit der Pflege als solche gelegen hätte. Dies ist nach dem Ausgeführten aber gerade nicht der Fall.

e) Die von den Bekl., aber auch dem Sachverständigen Prof. Dr. S. angesprochenen ethischen Erwägungen stehen der Annahme, die Kl. Ziff. 1 hätte den Abbruch legal durchführen lassen können, nicht entgegen. Sie spielen in die Entscheidung jedes einzelnen Arztes hinein, der nach § 12 Abs. 1 SchKG nicht verpflichtet ist, einen Abbruch vorzunehmen. Insofern stellte der Sachverständige Prof. Dr. S. fest, dass es liberalere Auffassungen als die seinige gibt, andere Ärzte also eine Abtreibung vornehmen würden. Im Übrigen wurden den von Verfassung wegen gebotenen ethischen Grenzen (vgl. BVerfG v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 –, juris, Rdnr. 383) durch die Neufassung der Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch, insbesondere zur Notwendigkeit einer Indikation, bereits gesetzestechnisch Rechnung getragen. Eine weitere ethische Rechtfertigung ist dabei von Gesetzes wegen nicht vorgesehen. Maßstab für das Vorliegen einer ausreichenden Gefahrenlage ist nach der aktuellen Gesetzeslage vielmehr lediglich die sachverständige medizinische Einschätzung aus der Perspektive des Arztes, der den Schwangerschaftsabbruch vornimmt (vgl. Mitsch, in: Leipold u. a., StGB, 2. Auf. 2015, § 218a, Rdnr. 12).

4. Der Höhe nach ist die Klage wie aus dem Tenor ersichtlich begründet.

[...]