

noch durch diese gesteigert werden. Deren Ursache ist einzig im Begriff der Heilkundeausübung i. S. d. § 1 Abs. 1 HeilprG unter Bestimmung des jeweils maßgeblichen Bezugspunkts auszumachen⁴⁵. Im Grundsatz bedarf all das, was Heilkundeausübung im Sinne des § 1 Abs. 1 HeilprG ist, der Erlaubnis gemäß §§ 1 Abs. 1 HeilprG, sofern die Therapie nicht ärztlich verordnet wurde (vgl. o.). Nun darf man nicht dem Trugschluss verfallen, das BVerwG erachte mit dem Anerkenntnis der sektoralen Heilpraktikererlaubnis für das Gebiet der Logopädie jede eigenverantwortlich vorgenommene Anwendung logopädischer Methoden für eine heilkundliche Tätigkeit, sondern muss das Urteil im Kontext des klägerischen Begehrens lesen. Vorliegend war das klägerische Begehren darauf gerichtet, eine sektorale Heilpraktikererlaubnis für das Gebiet der Logopädie zu erlangen, um *jedwede* logopädischen Behandlungsmethoden eigenverantwortlich durchführen zu können. Das BVerwG kommt diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass einzelne Behandlungsmethoden der Logopädie tatsächlich ein Gefährdungspotenzial aufwiesen und daher dem Begriff der Heilkundeausübung unterfallen.

Der Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 HeilprG bezieht sich aber immer nur auf diejenigen logopädischen Behandlungsmethoden, die tatsächlich Heilkundeausübung sind. Es ist zu begrüßen, dass das BVerwG explizit betont, dass alle anderen logopädischen Tätigkeiten, die keine Ausübung der Heilkunde sind – entweder also heilkundliche Fachkenntnisse nicht voraussetzen oder aber ein Gefährdungspotenzial nicht aufweisen (vgl. o.) –, schon gar nicht dem Erlaubnisvorbehalt des § 1 Abs. 1 HeilprG unterliegen⁴⁶. Infolgedessen scheidet für sie ein Strafbarkeitsrisiko gemäß § 5 HeilprG von vornherein aus⁴⁷. Freilich kann im Einzelfall überaus schwierig zu bestimmen sein, ob eine Tätigkeit noch dem nicht-heilkundlichen oder schon dem heilkundlichen Bereich angehört. Der behandelnde Logopäde sollte dabei stets das Gefährdungspotenzial seiner Tätigkeit im Auge behalten; bei diesbezüglichen Unsicherheiten ist ihm von der eigenverantwortlichen Behandlung abzuraten. Unzweifelhaft dürften insbesondere präventive Maßnahmen, etwa im Bereich der Stimmpflege oder des Spracherwerbsprozesses, zum nicht-heilkundlichen Bereich zählen. Auch Therapien, beispielsweise im Bereich der Spracherziehung, Stimmbildung und Phonetik dürften grundsätzlich dem nicht-heilkundlichen Tätigkeits-

feld angehören, wobei Zweifel dadurch angebracht sind, da das BVerwG ein Gefährdungspotenzial (mehr oder weniger spekulativ) allein in einer möglichen Fehldiagnose ausmacht; dass damit nahezu jeglicher Therapie ein Gefährdungspotenzial unterstellt werden könnte, ist bereits kritisiert worden. Komplexe Behandlungsmethoden, wie etwa die Dysphagietherapie oder solche, die ein Trachealkanülenmanagement erfordern (vgl. o.), zumal bei schwerkranken Patienten, dürften stets ein hinreichendes Gefährdungspotenzial aufweisen, weshalb der Logopäde sie nie ohne ärztliche Verordnung oder sektorale Heilpraktikererlaubnis durchführen sollte (er dürfte ohnehin kaum jemals als erster Ansprechpartner in Betracht gezogen werden).

IV. Resümee

Bereits im Jahr 1966 erkannte der Strafrechtsprofessor *Paul Bockelmann* vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels, „daß nicht alles, was in irgendeinem Sinne Medizin ist, dem Mediziner allein vorbehalten bleiben kann.“ Die damit verbundene – und mittlerweile unzählige Male wiederholte – Hoffnung, der Gesetzgeber möge die Kompetenzabgrenzung treffen, wurde enttäuscht, sodass die Rechtsprechung die Abgrenzung noch immer maßgeblich nach dem HeilprG mit all seinen ungewissen Variablen treffen muss. Die jüngsten Entscheidungen des BVerwG zur sektoralen Heilpraktikererlaubnis festigen Grundsätze, die für die berufsrechtliche Praxis der Gesundheitsfachberufe mehr Rechtssicherheit versprechen; demnach gilt für die Anwendung ihrer Behandlungsmethoden ohne ärztliche Verordnung oder (sektorale) Heilpraktikererlaubnis kein Alles- oder Nichts-Prinzip. Dreh- und Angelpunkt ist der Begriff der Heilkundeausübung. Liegen die hierfür konstituierenden Merkmale – Erfordernis heilkundlicher Fachkenntnisse und hinreichendes Gefährdungspotenzial – vor, darf der Logopäde nicht ohne ärztliche Verordnung oder (sektorale) Heilpraktikererlaubnis tätig werden. Andernfalls macht er sich gemäß § 5 HeilprG strafbar.

45) Insoweit zutreffend *Sasse*, GesR 2013, 641.

46) Vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2020, 450, 453.

47) BVerwG, NVwZ-RR 2020, 450, 453.

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5758-x>

„Kind als Schaden?“ – Arzthaftung bei Behinderungen des ungeborenen Kindes

Anne Ziegler

„Schrecklich, so etwas zu denken“, lautet die Überschrift eines am 26. 10. 2015 in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung erschienenen Artikels. Es geht um die Lebensgeschichte einer 34-jährigen Frau, die während der Schwangerschaft Erleichterung bei dem Verdacht verspürte, dass ihr noch ungeborener Sohn möglicherweise nicht mehr lebt. Weil das Kind dann doch lebendig, aber schwerstbehin-

dert auf die Welt kam, klagt diese Mutter seit inzwischen gut sieben Jahren erstinstanzlich (!) vor dem LG Frankfurt a.M. gegen drei ihrer behandelnden Ärzte. Sie trägt vor, dass alle diese Ärzte das Ausmaß der möglichen Behinderung kannten und ihr vorsätzlich verschwiegen haben. Da sie ihren Sohn bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht auf die Welt gebracht und stattdessen einen im Sinne des § 218 Abs. 2 StGB rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hätte, verlangt sie neben einem angemessenen Schmerzensgeld für ihr eigenes psychisches Leid auch die Feststellung der Ersatzpflicht der ihr durch die Geburt ihres Sohnes entstandenen materiellen Schäden.

Dipl. Wirtschaftsjuristin (FH) Anne Ziegler, LL.M. (Medizinrecht),
Kanzlei Ziegler & Kollegen,
Am Grün 18, 35037 Marburg, Deutschland

A. Einführung

Auch der Arzthaftungssenat des OLG Karlsruhe hatte sich jüngst mit der Frage zu beschäftigen, ob den dort klagenden Eltern Ersatzansprüche wegen der Geburt ihres behinderten Kindes gegen die Ärzte zustehen, die auf das Risiko einer schweren Behinderung nicht in der erforderlichen Deutlichkeit hingewiesen hatten¹. Im Ergebnis wurde wegen der dortigen Aufklärungspflichtverletzung ein Schadenersatzanspruch in einer Größenordnung von knapp einer Million Euro bejaht. In beiden Fallkonstellationen ist beziehungsweise war für den Ersatzanspruch entscheidend, ob der vereitelte Abbruch bei hypothetischer Durchführung der Rechtsordnung entsprochen hätte, also rechtmäßig gewesen wäre. Diese Rechtmäßigkeit setzt das Vorliegen einer „medizinisch-sozialen Indikation“ i. S. d. § 218a Abs. 2 StGB voraus. Danach ist ein Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig, wenn die Fortsetzung der Schwangerschaft eine Gefahr für die physische oder psychische Gesundheit oder des Lebens der werdenden Mutter darstellt und dieser nach ärztlicher Erkenntnis daher nicht zugemutet werden kann.

B. Arzthaftung

Die Arzthaftung richtet sich insbesondere nach dem Zweck und damit dem Schutzbereich des jeweilig abgeschlossenen Behandlungs- bzw. Beratungsvertrags. Es kommt zwar sowohl eine vertragliche, als auch eine deliktische Haftung in Betracht, in der Praxis werden die Ansprüche jedoch regelmäßig auf vertragliche Grundlagen gestützt, § 280 Abs. 1 BGB i. V. mit dem jeweiligen Vertrag.

I. Schuldverhältnis

In Betracht kommen ein Beratungsvertrag über gendiagnostische Risiken vor oder auch während der Schwangerschaft, ein regulärer Schwangerschaftsbetreuungsvertrag oder auch ein erweiterter Pränataldiagnostikvertrag zum expliziten Ausschluss von Fehlbildungen beim ungeborenen Kind.

1. Gendiagnostikvertrag

Eine gendiagnostische Beratung kann von Paaren bereits vor der Zeugung eines Kindes in Anspruch genommen werden, um im Vorfeld anlagebedingte Risiken auszuschließen². Aus diesem gendiagnostischen Beratungsvertrag ergibt sich die Hauptpflicht des Arztes zur vollständigen und verständlichen Auskunftserteilung³. Da beim gendiagnostischen Beratungsvertrag durch die ärztliche Vertragsleistung gerade die Zeugung eines behinderten Kindes verhindert werden soll, können die Eltern einen Anspruch auf Zahlung des vollen Unterhaltes haben, sofern sie nach ordnungsgemäßer Beratung von der Zeugung abgesehen hätten⁴.

2. Schwangerschaftsbetreuungsvertrag

Der die Schwangere anschließend betreuende Gynäkologe schuldet eine nach dem medizinischen Standard ausgerichtete Schwangerschaftsbetreuung, die sich nach den „Mutterschafts-Richtlinien“⁵ richtet. Sie legen den Mindeststandard fest⁶ und haben – im Gegensatz zu Leitlinien – verbindliche Wirkung⁷. Im Rahmen der Schwangerschaftsbetreuung können nichtinvasive und invasive Methoden eingesetzt werden⁸. Insbesondere amnioskopische⁹, kardiotokographische¹⁰ und sonographische¹¹ Untersuchungen sind dabei für die Feststellung möglicher Behinderungen von Relevanz¹².

3. Pränataldiagnostikvertrag

Die Pränataldiagnostik wird ausdrücklich zur Feststellung fetaler Auffälligkeiten eingesetzt¹³. Sie kann entweder unterlassen, fehlerhaft durchgeführt oder zu spät veranlasst

werden¹⁴. Die Pränataldiagnostik umfasst auch die Diagnostikmöglichkeiten nach dem GenDG¹⁵. Durch solche gendiagnostischen Untersuchungen können erbliche Erkrankungen und Chromosomenstörungen ausgeschlossen werden¹⁶.

II. Pflichtverletzung

Der Arzt schuldet eine Leistung, die dem objektiv-typisierenden fachlichen Standard der jeweiligen Behandlungsgruppe entspricht¹⁷ und die durch die individuellen Vereinbarungen des jeweiligen Beratungs- bzw. Behandlungsvertrages konkretisiert wird¹⁸. Grundsätzlich ist der maßgebliche Facharztstandard gewahrt, wenn der behandelnde Arzt diejenigen Maßnahmen ergreift, die von einem gewissenhaften und aufmerksamen Arzt aus berufsfachlicher Sicht seines Fachgebietes vorausgesetzt und erwartet werden¹⁹, allerdings unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten. Im Bereich ausgewiesener Experten der Pränataldiagnostik, sogenannter „DEGUM²⁰ II“ – und „DEGUM III-Diagnostiker“ ist daher ein erhöhter Experten-Standard geschuldet²¹.

1. Vertragstypische Aufklärungspflicht

Ob eine Pflicht zur Aufklärung über mögliche Behinderung des ungeborenen Kindes besteht, richtet sich neben dem aus medizinischer Sicht maßgeblichen Standard in juristischer Hinsicht nach dem Vertragstypus und dem dort individuell vereinbarten Vertragsgegenstand, mithin nach den Erklärungen der Vertragsparteien. Verspricht der Arzt eine auch außerhalb seines Standards liegende Leistung, so schuldet er auch diese²².

- 1) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916. Die Revision ist beim BGH unter dem Az. VI ZR 295/20 anhängig. Nach telefonischer Auskunft der Geschäftsstelle des BGH v. 4.8.2020 ist eine Terminierung bisher „nicht in Aussicht“.
- 2) Greiner, in: Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Teil B, Kap. 1., Rdnr. 108.
- 3) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 826, Rdnr. G 64.
- 4) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 826, Rdnr. G 61 m. w. N. aus der Rspr.
- 5) Richtlinien des G-BA über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung i. d. F. v. 10.12.1985, zuletzt geändert am 22.3.2019, in Kraft getreten am 28.5.2019 (im Folgenden: „Mutterschafts-Richtlinie“).
- 6) Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 122, Rdnr. 89.
- 7) BGH, Urt. v. 25.11.2003 – VI ZR 8/03 = MedR 2004, 558; NJW 2004, 1452, 1453; Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 121, Rdnr. 89.
- 8) Vgl. Mutterschafts-Richtlinien, S. 2.
- 9) Fruchtwasserspiegelung, vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, S. 71.
- 10) Überwachung und Aufzeichnung der kindlichen Herz- und der mütterlichen Wehentätigkeit vor und/oder unter der Geburt, vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, S. 915.
- 11) 1. Screening: um die 10. Schwangerschaftswoche (im Folgenden: SSW), 2. Screening: um die 20. SSW sowie 3. Screening: um die 30. SSW.
- 12) Vgl. Mutterschafts-Richtlinien, S. 6.
- 13) Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, S. 1456.
- 14) Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 231, Rdnr. 176 mit div. Beispielen aus der Rspr.
- 15) Bundesärztekammer: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBl. 1998, 95.
- 16) Pagels, Pränataldiagnostik, Erstauflage 2011, S. 33.
- 17) Frahm et al., MedR 2018, 447, 450.
- 18) Bergmann/Wever, Arzthaftung, 4. Aufl. 2014, S. 8.
- 19) BGH, Urt. v. 24.2.2015 – VI ZR 106/13 = MedR 2015, 724.
- 20) Deutsche Gesellschaft für Ultraschall in der Medizin e. V.
- 21) Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 16.
- 22) Ziegler/Hartwig, VersR 2011, 1113, 1116.

a) Gendiagnostikvertrag

Bei Verträgen über gendiagnostische Leistungen vor der Zeugung des Kindes ist die Diagnoseaufklärung durch den konsultierten Arzt unproblematisch als notwendiger Bestandteil fachgerechter Leistungserbringung anzusehen²³ und somit als Hauptleistungspflicht einzuordnen²⁴.

b) Schwangerschaftsbetreuungsvertrag

Beim regulären Schwangerschaftsbetreuungsvertrag steht meist nicht die Beratung im Vordergrund. Dennoch soll der Arzt jede Schwangere zu Beginn der Schwangerschaft über ihren Rechtsanspruch auf Beratung im Sinne des § 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) unterrichten²⁵. Dadurch soll eine „ergebnisoffene“ Entscheidungsgrundlage für die Schwangeren geschaffen werden²⁶. Sobald der Arzt seine Patientin ordnungsgemäß informiert, wird ihm diese ihre individuellen Informations-, Sicherheits- und diagnostischen Abklärungsbedürfnisse mitteilen. Danach richtet sich dann der Umfang der ärztlichen Informationspflicht. Äußerst sich die Schwangere diesbezüglich nicht, treffen den Arzt mindestens die nach den Mutterschaftsrichtlinien vorgeschriebenen Informationspflichten. Selbstverständlich treffen auch den „nur“ die Schwangerschaft regulär betreuenden Arzt Hinweispflichten, wenn er – auch nur zufällig – Auffälligkeiten feststellt²⁷. Bestehen Anhaltspunkte für eine Behinderung bei dem ungeborenen Kind, muss er unter Berücksichtigung des Willens der Schwangeren, der Risiken und der Eintrittswahrscheinlichkeit einer Behinderung abwägen, in welchem Umfang er die Schwangere aufzuklären hat.

c) Pränataldiagnostikvertrag

Wird neben dem regulären Schwangerschaftsbetreuungsvertrag ein zusätzlicher Vertrag mit einem „DEGUM-Experten“ zum expliziten Ausschluss von Fehlbildungen abgeschlossen, steht die Informationspflicht über mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes im Vordergrund. Die Information über die Sicherheit und Aussagekraft pränataldiagnostischer Verfahren sowie Untersuchungsergebnisse muss dabei nicht nur richtig und vollständig, sondern für die individuelle Patientin auch verständlich sein²⁸. Handelt es sich um genetische Untersuchungsmethoden, richten sich die ärztlichen Pflichten nach dem GenDG. Gemäß § 15 Abs. 3 GenDG ist die Schwangere nach Vorliegen des Untersuchungsergebnisses entsprechend den Vorschriften des § 10 Abs. 2, 3 GenDG allgemeinverständlich und insbesondere „ergebnisoffen“²⁹ zu beraten. Der Inhalt der Beratung ist zu dokumentieren³⁰.

2. Ursachen der Pflichtverletzung

Als Ursache unterlassener, unvollständiger oder falscher Aufklärung über mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes kommen insbesondere unterlassene Befunderhebung, Fehler im Rahmen der Diagnostik und Defizite im organisatorischen Bereich in Betracht. Ergeben sich aus medizinischer Sicht Anhaltspunkte für die Erforderlichkeit weiterer feindiagnostischer Untersuchungen und werden diese durch den Arzt pflichtwidrig weder selbst durchgeführt noch extern veranlasst, handelt es sich um einen Befunderhebungsfehler i. S. d. § 630h Abs. 5 S. 2 BGB³¹. Denn bei Vorliegen fetaler Auffälligkeiten, ist aus medizinischer Sicht eine weitere Befunderhebung geboten³².

Ist dies nicht der Fall und liegt die Ursache für eine unterlassene (Diagnose-) Aufklärung stattdessen in der Verkenntnis einer Fehlbildung/Auffälligkeit, kann streitentscheidend sein, ob dieses Verkennen nach sachverständiger Einschätzung vermeidbar oder unverständlich war. Denn davon hängt ab, ob es sich um einen haftungsausschließenden Diagnoseirrtum oder einen haftungsbegründenden fundamentalen Diagnosefehler mit entsprechenden beweisrechtlichen Konsequenzen (§ 630h Abs. 5 S. 1 BGB)

handelt. Wird beispielsweise eine intrauterine Wachstumsretardierung³³ nicht oder nicht rechtzeitig erkannt und deshalb die eigentlich erforderliche engmaschige Ultraschallkontrolle und/oder Überweisung an Spezialisten unterlassen, kann dies grob fehlerhaft sein³⁴.

Auch im organisatorischen Bereich kann die unterlassene Aufklärung über mögliche Behinderungen des Kindes, beispielsweise durch die verspätete Mitteilung des pathologischen Ergebnisses nach durchgeführter Fruchtwasseruntersuchung erst nach der Geburt des behinderten Kindes, Ersatzansprüche im Hinblick auf den Unterhalt für dieses Kind begründen³⁵. Gleiches gilt für Verzögerungen der erforderlichen Aufklärung, die durch Unzulänglichkeiten in der Behandlungsdokumentation oder Verstößen gegen Befund sicherungspflichten verursacht wurden.

3. Dogmatische Einordnung der Aufklärungspflichtverletzung

Unterlässt der Arzt den ihm obliegenden Hinweis auf mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes, kann diese Pflichtverletzung unterschiedlich eingeordnet werden. In Betracht kommen Verstöße gegen Aufklärungspflichten i. S. d. § 630e BGB sowie gegen Informationspflichten i. S. d. § 630c Abs. 2 S. 1 BGB. Diese Einordnung kann wegen der unterschiedlichen Beweislastverteilung von streitentscheidender Bedeutung sein. Die Aufklärungspflicht i. S. d. des § 630e BGB umfasst insbesondere eine ordnungsgemäße Risiko-, Verlaufs- sowie Diagnoseaufklärung³⁶. Die Diagnoseaufklärung bezeichnet die Pflicht des Arztes, den Patienten über Befund und Prognosen der Untersuchungen zu unterrichten und ist ebenfalls Ausfluss des Selbstbestimmungsrechtes sowie der personalen Würde des Patienten³⁷. Insbesondere wenn von der Mitteilung der Diagnose eine für das gesamte Leben des Patienten bedeutende Entscheidung abhängt, ist deren Mitteilung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes unerlässlich³⁸.

Andererseits ist in § 630c Abs. 2 S. 1 BGB auch eine dem Behandlungsfehlerbereich zuzuordnende³⁹ Informationspflicht des Arztes betreffend die Diagnose geregelt. Der Schutzzweck des hier zu behandelnden Aufklärungs-

23) BGH, Urt. v. 16. 6. 2009 – VI ZR 157/08 = MedR 2010, 101.

24) Greiner, in: Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl. 2014, Teil B, Kap. I., Rdnr. 108 unter Verweis auf OLG Köln, NJW-RR 2001, 92.

25) Fenger, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, GenDG, § 15, Rdnr. 3; Mutterschafts-Richtlinien, S. 4.

26) Vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 SchKG.

27) St. Rspr., aktuell erneut bestätigt durch BGH, Urt. v. 26. 5. 2020 – VI ZR 213/19 –, NJW 2020, 2467.

28) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 827, Rdnr. G 68, Waibl, NJW 1987, 1513, 1514.

29) § 10 Abs. 3 S. 1 GenDG.

30) § 15 Abs. 3 GenDG.

31) Dies hat der BGH jüngst in Abgrenzung zum Diagnosefehler sowie der therapeutischen Aufklärung eindeutig klargestellt, vgl. BGH, Urt. v. 26. 5. 2020 – VI ZR 213/19 –, NJW 2020, 2467.

32) Der BGH stellt auf diese medizinische Gebotenheit ab, vgl. BGH, Urt. v. 26. 1. 2016 – VI ZR 146/14 = MedR 2016, 976; zuvor bereits Ziegler, GesR 2014, 647, 650.

33) Entwicklungsverzögerung des Fötus, vgl. *Psychyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, S. 1932.

34) OLG Saarbrücken, Urt. v. 4. 10. 1995 – 1 U 1099/93, AHRS 2498/111.

35) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 828, Rdnr. G 69.

36) Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Kapitel V., S. 111, Rdnr. 14.

37) BVerfG, Beschl. v. 18. 11. 2004 – 1 BvR 2315/04 –, NJW 2005, 1103.

38) Deutsch, NJW 1980, 1305, 1305.

39) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 1136, Rdnr. P 19e.

pflichtverstoßes liegt in der Herbeiführung einer Entscheidungsgrundlage, auf deren Basis sich die Schwangere zur Wahrung ihres Selbstbestimmungsrechtes selbstbestimmt für die Fortsetzung oder den Abbruch der – möglicherweise ihr eigenes Leben zerstörenden – Schwangerschaft entscheiden kann. Problematisch erscheint dabei zunächst die Kollision des Selbstbestimmungsrechts der werdenden Mutter mit dem Lebensrecht des ungeborenen Kindes. Allerdings befindet sich eine verfassungsrechtlich tolerierte⁴⁰ Lösung dieses Spannungsverhältnisses in der gesetzlichen Regelung des § 218a Abs. 2 StGB, die bereits die erforderliche Abwägung zwischen den betroffenen Rechtsgütern beinhaltet⁴¹ und strenge Voraussetzungen an die Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs knüpft.

Ähnlich wie bei der „wirtschaftlichen Aufklärung“ i. S. d. § 630c Abs. 3 S. 1 BGB handelt es sich bei unterlassener Aufklärung über diagnostische Feststellungen oder auch nur Vermutungen um eine Informationspflichtverletzung, die im Falle von Verstößen nicht nur zur Rechtswidrigkeit der Maßnahme, sondern zu Schadensersatzansprüchen führen kann. Trotz dieser Einordnung des Pflichtverstoßes ist die Wertigkeit des betroffenen Selbstbestimmungsrechtes der Schwangeren angemessen zu berücksichtigen.

4. Qualifizierung der Aufklärungspflichtverletzung

Je nach Schweregrad der festgestellten Pflichtverletzung kann diese als „einfach“ oder als „grob“ qualifiziert werden. Wegen der hiermit verbundenen beweisrechtlichen Konsequenzen kann auch dieser Frage prozessentscheidende Bedeutung zukommen. Abzustellen ist dabei auf die Frage, ob das Verhalten des betreffenden Arztes in der konkreten Beratungs- oder Behandlungssituation „schlechterdings nicht nachvollziehbar“⁴² war. Auch die subjektive Willensrichtung des Arztes sollte nach diesseitiger Auffassung in diese Beurteilung einfließen⁴³. Dabei dürfte die fehlende Kenntnis der fetalen Auffälligkeit eher für einen einfachen Fehler sprechen. Anders liegen die Dinge im Bereich des vorsätzlichen Verschweigens oder auch in der Verharmlosung festgestellter Auffälligkeiten, wenn es sich bei dem betreffenden Arzt beispielsweise um einen „Abtreibungsgegner“ handelt. Das Verschweigen trotz positiver Kenntnis des Arztes sollte sich dann haftungsverschärfend auswirken und daher für einen groben Pflichtverstoß sprechen.

III. Vertretenmüssen

Gemäß § 280 Abs. 1 S. 2 BGB muss der Arzt die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben. Der anzusetzende Sorgfaltsmaßstab richtet sich grundsätzlich nach § 276 Abs. 1 BGB, kann jedoch im Einzelfall abweichen⁴⁴.

IV. Kausalität

Die Pflichtverletzung in Gestalt des unterlassenen Hinweises auf mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes muss ursächlich für den eingetretenen Schaden, mithin die Entscheidung des Paares beziehungsweise der werdenden Eltern sein, das Kind zu zeugen beziehungsweise eine bereits bestehende Schwangerschaft nicht abzubrechen. Zu einem kausalen Schaden und einer entsprechenden Ersatzpflicht können die Pflichtverletzungen jedoch nur führen, wenn der eingetretene Schaden vom Schutzzweck des jeweiligen Vertrages umfasst ist (1), ein Abbruch der Schwangerschaft zum fraglichen Zeitpunkt rechtmäßig gewesen wäre (2) und die Patientin bzw. die Schwangere für den Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung einen plausiblen Entscheidungskonflikt darlegen kann (3).

1. Schutzzweck des Vertrages

Der individuelle Schutzzweck des jeweiligen Behandlungs- oder Beratungsvertrages richtet sich nach dem jeweiligen

Vertragstypus⁴⁵. Da die Schadenersatzpflicht durch den Schutzzweckzusammenhang begrenzt werden kann, muss die verletzte Pflicht darauf gerichtet sein, den eingetretenen Schaden zu verhindern. Der jeweilige Vertrag müsste damit zumindest auch auf den Schutz des Vermögens der (potenziellen) Eltern ausgelegt sein⁴⁶.

a) Gendiagnostikvertrag

Bei fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines behinderten Kindes wird dieser Vermögensschutzzweck wegen der beabsichtigten Vermeidung einer Belastung mit Unterhaltspflichten angenommen⁴⁷.

b) Schwangerschaftsbetreuungsvertrag

Bei einem Vertrag, der eine „reguläre“ Schwangerschaftsbetreuung zum Gegenstand hat, steht hingegen eben diese im Vordergrund. Grundsätzlich spielt der Vermögensschutz keine Rolle, sodass aus Schutzzweckerwägungen eine Haftung des Arztes für den infolge eines vereitelten Schwangerschaftsabbruchs entstandenen Unterhaltsschaden nicht in Betracht kommt⁴⁸. Anders kann eine Beurteilung jedoch ausfallen, wenn der Arzt zufällig eine Auffälligkeit bei dem ungeborenen Kind tatsächlich feststellt, und darauf nicht ordnungsgemäß reagiert⁴⁹ oder diese sogar vorsätzlich verschweigt.

c) Pränataldiagnostikvertrag

Begeben sich die werdenden Eltern erkennbar zum expliziten Ausschluss von Fehlbildungen in die Behandlung eines „DEGUM-Diagnostikers“, kann der Schutzzweck des Vertrages sich auch auf den Vermögensschutz beziehen. Im Wege der Auslegung sind sämtliche Motive zu berücksichtigen, die bei Vertragsschluss für den Arzt im jeweiligen Einzelfall erkennbar waren⁵⁰. Auf diese Erkennbarkeit wurde auch in dem eingangs erwähnten Urteil des OLG Karlsruhe⁵¹ zutreffend abgestellt. Gerade aus diesem Grund hatte die Behandlung stattgefunden. Daher bestand aus diesem Behandlungsvertrag eine an dem konkreten Befund ausgerichtete ausdrückliche Beratungs- und Hinweispflicht⁵².

d) Zwischenfazit

Die Schutzzwecklehre soll durch Einschränkung der haftungsbegründenden Kausalverläufe eine uferlose Haftung⁵³

40) Jarass, in: Jarass/Pieroth, 14. Aufl. 2016, GG, Art. 2, Rdnr. 104.

41) Fischer, StGB, 65. Aufl. 2018, § 218a, Rdnr. 20.

42) St. Rspr., z. B. BGH, Urt. v. 10.5.2016 – VI ZR 247/15 –, NJW 2016, 2502, Rdnr. 11.

43) A. A. BGH in st. Rspr. seit BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 139/10 = NJW 2012, 227, Rdnr. 11. Der BGH stellt ausschließlich auf objektives Fehlverhalten ab, subjektive, also in der Person des Arztes liegende Gründe sollen hingegen außer Betracht bleiben.

44) „Experten-Standard“, vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 16.

45) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 828, Rdnr. G 72; Fischer, Schadenersatz wegen unterlassener Abtreibung, NJW 1981, 1991, 1992.

46) Frahm/Walter, Arzthaftungsrecht, 6. Aufl. 2018, S. 235, Rdnr. 179.

47) BGH, Urt. v. 14.11.2006 – VI ZR 48/06 = MedR 2007, 540; Middendorf, in: Bergmann/Pauge/Steinmeyer, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 280, Rdnr. 33.

48) Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 4.

49) BGH, Urt. v. 26.5.2020 – VI ZR 213/19 –, NJW 2020, 2467.

50) Waibl, Kindesunterhalt als Schaden, NJW 1987, 1513, 1519.

51) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916.

52) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 24.

53) Oetker, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 249, Rdnr. 106.

vermeiden und stellt damit letztlich eine Haftungsprivilegierung dar. Dies mag – besonders unter Berücksichtigung der primären Interessen der Vertragsparteien – in Fällen von einfachen Pflichtverstößen im Rahmen der regulären Schwangerschaftsbetreuung sachgerecht sein. Der grob fehlerhaft (be-)handelnde oder gar vorsätzlich eine Behinderung des ungeborenen Kindes verschweigende Arzt ist jedoch weder schutzbedürftig noch schutzwürdig. Nach diesseitiger Auffassung kann dem Schutzzweck in solchen Fällen daher keine haftungseinschränkende Wirkung zukommen.

2. Hypothetische Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

Die Pflichtverletzung des Arztes bleibt schadensrechtlich ohne Auswirkung, wenn auch ohne diese ein rechtmäßiger Schwangerschaftsabbruch nicht durchführbar gewesen wäre⁵⁴. Für die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs aufgrund „medizinisch-sozialer Indikation“ ist die Prognose eines psychiatrischen Sachverständigen erforderlich. Stellt dieser fest, dass auch unter Berücksichtigung des Lebensrechtes des ungeborenen Kindes die von ihm prognostizierten Beeinträchtigungen der werdenden Mutter überwiegen, besteht keine rechtliche „Verpflichtung“ zum Austragen des Kindes. Bei der prognostischen Beurteilung kann Art und Ausmaß der Behinderung des Kindes indizielle Bedeutung für die hierdurch verursachten Gesundheitsschäden bei der Mutter zukommen⁵⁵. Liegt eine Indikation vor, ist die Möglichkeit zum rechtmäßigen Abbruch der Schwangerschaft ausdrücklich nicht befristet. Dieser kann nach geltendem Recht bis zum Beginn der die Geburt eröffnenden Wehen durchgeführt werden⁵⁶.

3. Hypothetischer Entscheidungskonflikt

Die allgemeinen Grundsätze des Einwands rechtmäßigen Alternativverhaltens sind im Arzthaftungsrecht spezialgesetzlich in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB geregelt. Danach ist es der Behandlungsseite im Falle unzureichender Aufklärung möglich, sich darauf zu berufen, dass der Patient auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung in die streitgegenständliche Behandlung eingewilligt hätte. Der diesbezügliche Beweis muss durch den Arzt jedoch erst erbracht werden, wenn der Patient dem Tatrichter einen Entscheidungskonflikt für den Fall ordnungsgemäßer Aufklärung plausibel machen kann⁵⁷. An die Darlegung dieses Entscheidungskonfliktes sind auf Patientenseite nur sehr maßvolle, gleichzeitig auf Behandlungsseite an den Einwand der hypothetischen Einwilligung sehr hohe Anforderungen zu stellen⁵⁸. Daher verlangt die Plausibilität dieses Entscheidungskonfliktes keineswegs die Darlegung einer konkreten alternativen Entscheidung im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung⁵⁹. Es genügt, dass sich der Patient in Kenntnis der für ihn relevanten Umstände unsicher gewesen wäre⁶⁰. Denn ein Entscheidungskonflikt bedeutet zunächst lediglich eine innere Unschlüssigkeit bezüglich der Wahl einer von mindestens zwei Handlungsmöglichkeiten⁶¹. Demnach reicht es aus, dass die Schwangere in Kenntnis der relevanten Fakten in eine innere Abwägung der ihr zur Verfügung stehenden Handlungsoptionen geraten wäre. Dabei kommt es ausdrücklich nicht auf das Ausmaß der Behinderung, sondern ausschließlich auf die gesundheitliche Konstitution der werdenden Mutter an⁶².

Nach einer aktuellen Entscheidung des OLG Dresden⁶³ ist bei rein kosmetischen Operationen wegen der herausragenden Bedeutung des Selbstbestimmungsrechtes grundsätzlich von der Plausibilität des vom Patienten vorgetragenen Entscheidungskonfliktes auszugehen⁶⁴. Da durch die hier behandelten Aufklärungspflichtverletzung das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren ebenfalls erheblich verletzt wird, kann nach diesseitiger Auffassung in Anlehnung an die

Grundsätze des Entscheidungskonfliktes im Bereich der Eingriffsaufklärung gleichermaßen davon ausgegangen werden, dass bei unterlassener Aufklärung über mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes grundsätzlich von einem Entscheidungskonflikt der Schwangeren auszugehen ist.

Ebenfalls kann von der Plausibilität des Entscheidungskonfliktes ausgegangen werden, wenn die Patientin bereits einen Schwangerschaftsabbruch hat durchführen lassen⁶⁵. Dies entspricht auch der umgekehrten Praxis, einen Entscheidungskonflikt zu verneinen, wenn sich die Patientin vor der streitgegenständlichen Behandlung bereits in Kenntnis der Risiken für vergleichbare Eingriffe entschieden hat⁶⁶. Für den Fall, dass die Patientin sich eigeninitiativ nach der Möglichkeit pränataldiagnostischer Untersuchungen erkundigt (hier: Amniozentese), konstatiert auch der BGH folgerichtig eine diesbezügliche Beratung als Hauptleistungspflicht des Arztes und folgert daraus, dass diesen – gleichermaßen wie bei der Selbstbestimmungsaufklärung – die Beweislast für „aufklärungsrichtiges Verhalten“ trifft⁶⁷.

In der eingangs genannten Entscheidung des OLG Karlsruhe wurde zutreffend klargestellt, dass bei dieser Frage allein entscheidend ist, wie sich die konkrete Situation der werdenden Mutter darstellt und sich jegliche Bewertung moralischer oder ethischer Art verbietet⁶⁸. Berücksichtigt wurde insbesondere, dass sich die dortige Klägerin „trotz der geringen Wahrscheinlichkeit, ein behindertes Kind zu bekommen und entgegen dem Verhalten der Mehrzahl der werdenden Mütter in vergleichbaren Situationen“⁶⁹ für einen Abbruch entschieden hätte. Dass bei der dort festgestellten Inzidenz von 12 % für das Auftreten massiver Behinderungen von einer „geringen Wahrscheinlichkeit“ gesprochen wurde ist insofern äußerst bemerkenswert, als dass der BGH inzwischen auf den allgemeinen Sprachgebrauch abstellt⁷⁰ und eine 12 % Wahrscheinlichkeit auch vor diesem Hintergrund eine erhebliche Verharmlosung darstellen dürfte.

Dennoch begründete der Sachverständige die seines Erachtens bestehende Indikation insbesondere mit der durch

54) Kern/Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 7.

55) *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 802, Rdnr. F 46.

56) *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 218, Rdnr. 2.

57) BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 119/18 –, Rdnr. 17 = MedR 2020, 125 m. Anm. *Katzenmeier*.

58) BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 119/18 –, Rdnr. 19 = MedR 2020, 125 m. Anm. *Katzenmeier*.

59) *Glanzmann*, in: *Bergmann/Pauge/Steinmeyer*, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 630h, Rdnr. 90.

60) BGH, Urt. v. 21.5.2019 – VI ZR 119/18 –, Rdnr. 17, = MedR 2020, 125 m. Anm. *Katzenmeier*.

61) *Pschyrembel*, klinisches Wörterbuch online, abrufbar unter: <https://www.pschyrembel.de/Entscheidungskonflikt/T01GE> (abgerufen am 13.8.2020).

62) *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 802, Rdnr. F 46 zur indiziellen Bedeutung des Ausmaßes der kindlichen Behinderung.

63) OLG Dresden, Beschl. v. 8.10.2019 – 4 U 1052/19 –, GesR 3/2020, 170.

64) So bereits OLG Dresden, Urt. v. 28.3.2018 – 4 U 23/18 –, FD-MedizinR 2018, 408304.

65) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 21.

66) vgl. dazu OLG Dresden, Beschl. v. 2.10.2019 – 4 U 1141/19 –, BeckRS 2019, 32222; *Gaidzig/Weimer*, in: *Huster/Kaltenborn*, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 86.

67) *Waibl*, NJW 1987, 1513, 1520.

68) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 27, 42.

69) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19.2.2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 35.

70) A. A. *Ziegler/Ziegler*, NJW 2019, 398, 402.

die Inanspruchnahme umfassender Pränataldiagnostik erkennbare besondere Vorsicht der Schwangeren sowie deren Vorverhalten⁷¹. Der Vortrag einer so konkreten Alternativenentscheidung („ich hätte abgetrieben“) hätte es nach den Grundsätzen des Entscheidungskonfliktes eigentlich nicht gebraucht. Dennoch ist die Entscheidungsbegründung zu begrüßen.

4. Beweislast

Die Beweislastumkehr im Hinblick auf die haftungsgründende Kausalität wegen unterlassener Befunderhebung setzt voraus, dass sich im Falle ordnungsgemäßer Befunderhebung ein reaktionspflichtiger Befund ergeben hätte, auf welchen eine Nichtreaktion grob fehlerhaft gewesen wäre, § 630h Abs. 5 S. 2 BGB. Im Fall der unterlassenen feindagnostischen Abklärungen würde ein reaktionspflichtiger Befund dann vorliegen, wenn diese eine Fehlbildung des Kindes offenbart hätte, die die werdende Mutter in einen Entscheidungskonflikt im Hinblick auf die Fortsetzung der Schwangerschaft versetzt hätte.

V. Schaden

Die schadensrechtliche Differenzhypothese verlangt einen Ausgleich im Sinne einer zumindest wirtschaftlichen Wiedergutmachung im Fall eines unerwünscht geborenen Kindes⁷². Ein ersatzfähiger Schaden i. S. d. § 249 Abs. 1 BGB kann nur angenommen werden, wenn die Rechtsordnung diesen als Nachteil anerkennt⁷³. Da das Leben an sich in der deutschen Rechtsordnung gerade keinen Schaden im haftungsrechtlichen Sinn darstellt, kommt ein eigener Schmerzensgeldanspruch des behindert geborenen Kindes von vornherein nicht in Betracht⁷⁴.

Beim Schmerzensgeldanspruch der Mutter i. S. d. § 253 Abs. 2 BGB ist zwischen den „regulären“ Beeinträchtigungen und Schmerzen während der Schwangerschaft und auch der Geburt sowie etwaigen psychischen Gesundheitsschäden wegen des „Habens“ des behinderten Kindes zu differenzieren. Wäre das Kind bei ordnungsgemäßer Beratung erst gar nicht gezeugt und somit auch nicht geboren worden, ist für die mit der Schwangerschaft und Geburt einhergehenden Belastungen ein Schmerzensgeld zuzusprechen. Anderenfalls nur, wenn die Beschwerden diejenigen einer komplikationslosen Geburt überstiegen haben⁷⁵. Je nach Umständen des Einzelfalles können Beträge von 1.000 € bis 10.000⁷⁶ und in Einzelfällen sogar bis zu 20.000 €⁷⁷ zugesprochen werden⁷⁸. Denkbar ist auch ein Anspruch auf Ersatz des bei einem oder sogar beiden Elternteilen entstandenen Schockschadens nach den allgemeinen Grundsätzen der Schockschaden-Rechtsprechung. Der die Existenz des Kindes sichernde Betreuungs- sowie Barunterhaltschaden kann gemäß § 287 ZPO durch den Tatrichter jeweils in Höhe von 135 % des nach der Düsseldorfer Tabelle zu leistenden Regelunterhaltes angesetzt werden⁷⁹. Der Schadensersatzanspruch erstreckt sich dabei auf den gesamten Unterhaltsbedarf und ausdrücklich nicht nur auf den behinderungsbedingten Mehrbedarf⁸⁰. Auch ein Anspruch auf Ersatz sämtlicher materieller Schäden kommt in Betracht. Ein Anspruch auf Ersatz eines Verdienstausfallschadens seitens der Eltern besteht hingegen nicht, da die Existenzsicherung des Kindes bereits durch die Unterhaltsleistungen gewährleistet wird, der Arzt einen Verdienstausfall bei den Eltern allenfalls mittelbar verursachen kann und die elterliche Betreuungsleistungen bereits im Rahmen des erstattungsfähigen Pflegemehrbedarf berücksichtigt werden⁸¹. Auch etwaige Beerdigungskosten, die durch den behinderungsbedingten Tod des Kindes verursacht wurden, sind nicht vom Schutzbereich des Vertrages umfasst und daher nicht zu erstatten⁸². Schließlich besteht zusätzlich ein von den Leistungsanträgen unabhängiger Feststellungsanspruch im Hinblick auf die Ersatzpflicht⁸³ des Arztes für zukünftige Schäden gemäß § 256 Abs. 1 ZPO.

C. Kommentar

Bei feststehender Pflichtverletzung muss der Arzt beweisen, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre, also die Eltern sich nicht „aufklärungsrichtig“⁸⁴ verhalten bzw. sich gegen einen rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätten⁸⁵. Dieser Beweis kann ihm nicht gelingen, wenn die Patientin einen Entscheidungskonflikt darlegen kann. Die Darlegung eines solchen Entscheidungskonfliktes ist einer Frau eigentlich unzumutbar, die Vorwerfbarkeit falscher, unvollständiger oder gar vorsätzlich verharmlosender Aufklärung ist immens und die Schwangere beziehungsweise die Mutter ist in besonderem Maße schutzbedürftig. Vor diesem Hintergrund wäre es angezeigt, den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens in Gestalt des Einwands hypothetischer Einwilligung ebenfalls wie bei Lebend-Organpenden⁸⁶ generell nicht zuzulassen. Denn auch in der dortigen Konstellation darf der Einwand hypothetischer Einwilligung deshalb nicht durchdringen, weil andernfalls einander nahestehenden Menschen in eine emotional unzumutbare Lage gebracht werden würden, wenn von ihnen – auf Einwand der Ärzteseite hin – der Vortrag verlangt wird, sie hätten sich in Kenntnis aller möglichen eigenen Beeinträchtigungen gegen die Organspende und damit für den Tod ihres Angehörigen entschieden⁸⁷. Gleiches muss für den bisher von der Mutter darzulegenden Entscheidungskonflikt gelten, denn auch das ist angesichts zu diesem Zeitpunkt bereits quicklebendigen eigenen Kindes unzumutbar. Danach muss die Beweislast in der hier behandelten Konstellation auf Behandlungsseite liegen. Hierfür spricht im Ergebnis auch die Argumentation des BGH in seiner Entscheidung v. 28. 1. 2020⁸⁸ zur Beweislast bei Fehlern im

71) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19. 2. 2020 – 7 U 139/16, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 27.

72) Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Arztrecht, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 3.

73) BGH, Urt. v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18 = MedR 2019, 722; NJW 2019, 1741, 1742, Rdnr. 13 mit Verweis auf BGHZ 86, 240, NJW 1983, 1371 sowie Oetker, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2019, § 249, Rdnr. 17.

74) BGH, Urt. v. 2. 4. 2019 – VI ZR 13/18 = MedR 2019, 722; NJW 2019, 1741, Rdnr. 14.

75) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 828, Rdnr. G 7.

76) Ausführliche Übersicht in Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 1253, Rdnrn. S 270 ff.

77) OLG Karlsruhe, Urt. v. 19. 2. 2020 – 7 U 139/16 –, BeckRS 2020, 1916, Rdnr. 45 (20.000 €).

78) Zusätzlich kann ein materieller Schaden ersatzpflichtig sein, der schnell zweistellige Millionenbeträge erreichen kann.

79) Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 17.

80) BGH, Urt. v. 18. 6. 2002 – VI ZR 136/01 = MedR 2002, 640; NJW 2002, 2636.

81) BGH, Urt. v. 4. 3. 1997 – VI ZR 354/95 –, NJW 1997, 1638; Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 1; Middendorf, in: Bergmann/Paue/Steinmeyer, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 280, Rdnr. 33; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 832, Rdnr. G 86.

82) Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 98, Rdnr. 19; Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 832, Rdnr. G 86.

83) Greger, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 256, Rdnr. 4.

84) BGH, Urt. v. 22. 11. 1983 – VI ZR 85/82 –, NJW 1984, 658.

85) Martis/Winkhart, Arzthaftungsrecht, 5. Aufl. 2018, S. 828, Rdnr. G 71.

86) BGH, Urt. v. 29. 1. 2019 – VI ZR 495/16 = MedR 2019, 554; NJW 2019, 1076.

87) BGH, Urt. v. 29. 1. 2019 – VI ZR 495/16 = MedR 2019, 554; NJW 2019, 1076.

88) BGH, Urt. v. 28. 1. 2020 – VI ZR 92/19 = MedR 2020, 575; NJW 2020, 1211.

Bereich der wirtschaftlichen Aufklärung. Da eine Beweislastumkehr bei feststehender Aufklärungspflichtverletzung von der zivilrechtlichen Rechtsprechung im Bereich der Aufklärung im Kapitalanlagerecht bereits angenommen wird⁸⁹, hatte sich der BGH mit der Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf Aufklärungsfehler in anderen Bereichen zu befassen. Im Ergebnis wurde eine Vergleichbarkeit mit der Begründung abgelehnt, dass dem Patienten – im Gegensatz zum Anleger – aufgrund der hohen Individualität seiner Entscheidung nicht per se unmöglich sei, diese für den Fall ordnungsgemäßer Information darzulegen und zu beweisen⁹⁰. Diese Darlegung gestaltet sich im Fall einer Mutter, die trotz ihres existierenden Kindes öffentlich aussagen muss, sich dessen Tod gewünscht zu haben oder zumindest unsicher gewesen zu sein, jedoch als unzumutbar. Selbst wenn der BGH eine entsprechende Anwendung im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Aufklärung aus Schutzzweckerwägungen im Einzelfall abgelehnt hat, ist damit ein allgemeiner Ausschluss für das Arzthaftungsrecht keineswegs verbunden⁹¹.

D. Fazit

Abschließend ist festzuhalten: Das Leben ist kein Schaden und auch kein abwägungsfähiges Rechtsgut. Aber das

Selbstbestimmungsrecht und die Lebensqualität der Mutter sind besonders schutzwürdig. Arzthaftungsansprüche können bestehen, wenn eine Indikation zum rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruch vorliegt und der Arzt schuldhaft die ihm obliegende Pflicht zur Aufklärung über mögliche Behinderungen des ungeborenen Kindes verletzt. Steht eine solche Verletzung fest, darf der Schwangeren auf Kausalitätsebenen die Darlegung eines Entscheidungskonfliktes keinesfalls schwerer gemacht werden, als dies im Bereich der Eingriffsaufklärung der Fall ist. Jede Mutter hat bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Abbruch einer Schwangerschaft. Ob diese Voraussetzungen vorliegen und ob sie sich in Kenntnis der relevanten Fakten für die Fortsetzung oder die Beendigung der Schwangerschaft entscheidet, darf ihr nicht durch unzureichende oder gar vorsätzlich unterlassene Aufklärung und damit durch den faktischen Entzug ihrer höchstpersönlichen Entscheidungsgrundlage genommen werden.

89) Vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19 = MedR 575; NJW 2020, 1211, dazu Ziegler, NJW 2020, 1187ff.

90) BGH, Urt. v. 28.1.2020 – VI ZR 92/19 = MedR 2020, 575; NJW 2020, 1211, Rdnr. 33.

91) Ziegler, NJW 2020, 1187, 1189.