
SCHWERPUNKT

Das Kind als Schaden
– eine haftungsrechtliche Frage
im Widerstreit deutscher Gerichte

Ruth REIMANN

ZUSAMMENFASSUNG

Im Zusammenhang mit dem freudigen Ereignis der Geburt eines Kindes sehen sich Ärzte mitunter weitreichenden Regreßansprüchen ausgesetzt, etwa wenn das „Wunschkind“ entgegen ärztlicher Vorhersage behindert ist, oder infolge einer fehlerhaften Sterilisation es doch zur Schwangerschaft und Geburt kommt. In der vorliegenden Arbeit wird die Rechtsprechung in Deutschland beleuchtet. Dabei fällt eine uneinheitliche Beurteilung von seiten unterschiedlicher Gerichte auf. Wirklich besorgniserregend ist jedoch die Tatsache, daß es de facto keine Gleichwertigkeit des Lebensrechtes Geborener und Ungeborener gibt. Der Schutz des Schwächsten kann nicht mehr gewährleistet werden.

Schlüsselwörter: Kind als Schadensfall, Regreßansprüche, Schadenshaftung, Arztvertrag

ABSTRACT

In connection with the pleasant event of childbirth medical doctors are sometimes confronted with far-reaching recourse claims, for instance when the „wanted child“ is handicapped against medical prediction, or when a pregnancy occurs as a consequence of a defective sterilisation. The following treatise illustrates the jurisdiction in Germany. A non-uniform judgement by the various courts is blatant. But the fact that there is no equivalence of the right to live for born and unborn at all is really alarming. The protection of the weakest is no longer guaranteed.

Keywords: Child as case of damage, recourse claims, damage liability, medical agreement

*Anschrift der Autorin: Dr.iur. Ruth REIMANN, Richterin am Landgericht Köln
Wolfstall 27, D-42799 Leichlingen*

Gewöhnlich bereitet die Geburt eines Kindes Freude. Zeichen der Dankbarkeit – auch gegenüber dem geburtshelfenden Arzt – finden sich täglich in der lokalen Presse. Dennoch sehen sich gerade Ärzte im Zusammenhang mit diesem an sich „freudigen Ereignis“ oft umfänglichen und weitreichenden Regreßansprüchen ausgesetzt. Nicht selten nämlich empfinden die Eltern stärker die mit der Existenz des neuen Erdenbürgers verbundenen finanziellen Lasten. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich herausstellt, daß das „Wunschkind“ entgegen ärztlicher Voraussage anlässlich pränataldiagnostischer Maßnahmen oder genetischer Beratung nicht „makellos“, sondern behindert ist oder aber, wenn bereits der Eintritt der Schwangerschaft als solcher – etwa nach einer vorangegangenen (fehlerhaften) Sterilisation – unverhofft und unerwünscht ist. Immer häufiger treten in derartigen Fällen Patienten in ihrer Rolle als „Eltern wider Willen“ mit Ersatzforderungen an Ärzte heran. Zwangsläufig folgen eine Reihe von Gerichtsverfahren, in denen sich sämtliche Instanzenzüge bis hin zum Bundesverfassungsgericht mit den Fragestellungen um die zivilrechtliche Ersatzpflicht für die unerwünschte Geburt eines Kindes auseinandersetzen müssen. Seit Jahren sind diese Verfahren unter dem Stichwort „Kind als Schaden“-Rechtsprechung bekannt. Aufsehen erlangte diese Thematik erneut Ende 1997, als in einem Beschluß des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts ein offensichtlicher Widerspruch in dessen Auffassungen zur „Kind als Schaden“-Rechtsprechung zu derjenigen des Zweiten Senates desselben Gerichts aus dem Jahr 1993 zu Tage trat.

I. Menschliche Existenz als Schadensquelle?

Kann die Existenz eines Kindes Quelle zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche sein? Im folgenden soll in chronologischer Ordnung dargestellt werden, welche unterschiedlichen Antworten verschiedene Gerichte auf diese Frage in den vergangenen Jahren gegeben haben.

1. „Röteln-Fall“

Anfang 1983 hatte der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (BGH) über die Schadensersatzklage gegen einen Arzt zu entscheiden, der bei einer schwangeren Frau in den ersten Schwangerschaftswochen eine Röteln-Erkrankung nicht erkannt und dadurch verhindert hatte, daß die Mutter das später schwerstgeschädigt geborene Kind abtrieb, wie es ihrem bekundeten Wunsch entsprochen hätte, wenn sie von der Röteln-Erkrankung gewußt hätte¹. Nach Ansicht des BGH umfaßt der ärztliche Behandlungsvertrag auch die Aufklärung über Risiken der Schwangerschaft und mögliche Schädigungen des ungeborenen Kindes. Denn die „werdende Mutter“ müsse unter den damals geltenden §§ 218 ff. StGB² „die Möglichkeit und das Recht“³ haben, im Falle der vermuteten Schädigung des Kindes eine Abtreibung durchführen zu lassen. Der auf eine Abtreibung gerichtete Arztvertrag sei in den indizierten Fällen – entgegen dem Wortlaut, der ihn lediglich als „straflos“ bezeichnet – rechtsgültig und damit wirksam. Eine schuldhaftige Vertragsverletzung durch den Arzt, der nicht über alle denkbaren Risiken aufklärt, könne daher zu einer ärztlichen Ersatzpflicht gegenüber den Eltern führen. Dabei liege der Schaden in dem durch die Behinderung des Kindes bedingten finanziellen und sachlichen Unterhaltsmehraufwand. Ein darüber hinausgehender Schmerzensgeldanspruch der Mutter wegen der seelischen Belastungen durch das Leben mit einem schwerstgeschädigten Kind bestehe hingegen nicht. Ebensovienig könne das behinderte Kind selber einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arzt geltend machen. Das Leben des ungeborenen Kindes sei ein „höchstrangiges Rechtsgut und absolut erhaltungswürdig“⁴. Der Mensch habe zudem „grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet (sei), und (habe) keinen Anspruch seine Verhütung oder Vernichtung durch andere“⁵.

2. „Fehlerhafte Sterilisation“

Ein Jahr später hatte derselbe Zivilsenat des BGH über die Unterhaltbelastungen der Eltern eines nach fehlerhafter Sterilisation gesund, aber planwidrig geborenen Kindes zu befinden⁶. Das Oberlandesgericht Frankfurt als Vorinstanz hatte Ersatzansprüche der Eltern mit der Begründung abgelehnt, solche würden den Anspruch des Kindes auf uneingeschränkte Anerkennung seines Lebensrechts beeinträchtigen. Dem vermochte der BGH nicht zu folgen: Allein die Vornahme einer Sterilisation zum Zwecke der Familienplanung sei kein gegen das Leben gerichteter Eingriff und werde von der Rechtsordnung toleriert. Auch hafte dem nach erfolgloser Sterilisation geborenen Kind „von Rechts wegen nach seiner Geburt kein Makel an“. Vielmehr erfahre ein solches Kind nach seiner Geburt dieselbe Anerkennung und Fürsorge wie ein „Wunschkind“. Es gehe auch nicht darum, das Kind selber als Schaden zu qualifizieren. Ein ersatzfähiger Schaden liege vielmehr ausschließlich in den Unterhaltsaufwendungen der Eltern, für die allerdings das Kind die „Schadensquelle“ sei. Ersatzfähig sei der um die tatsächliche Pflegeleistung der Eltern erhöhte Regelunterhalt für das Kind.

3. „Mißlungene Abtreibung“

Schließlich befand der BGH 1984 über die Klage der Mutter eines Kindes, welches nach einer fehlgeschlagenen Abtreibung das Licht der Welt erblickt hatte⁷. Der VI. Zivilsenat hatte sich hierbei erneut mit der Frage der Wirksamkeit des auf eine indizierte Abtreibung gerichteten Arztvertrages zu befassen, gegen die vor allem in der Literatur im Hinblick auf die Rechtsnatur der Abtreibung starke Bedenken darauf laut geworden waren⁸. Diese räumt der BGH jedoch mit der schlichten Behauptung, auf Recht oder Unrecht der Abtreibung komme es für die Entscheidung des Falles nicht an,

beiseite, sieht den Arztvertrag als wirksam und damit eine Verletzung dieses Vertrages als Ursache einer möglichen Schadensersatzpflicht wegen Schlechterfüllung an. Der Arzt, der sich zur Durchführung einer Abtreibung bereit erklärt habe, stelle sich in den Dienst der Entscheidungsfreiheit der die Abtreibung begehrenden Frau und werde „insoweit zum Garant für deren Durchsetzung“⁹. Daran knüpfe die ärztliche Ersatzpflicht im Falle der mißlungenen Abtreibung an. Allerdings entfalle eine Einstandspflicht für die Unterhaltsleistungen dann, wenn sich die Schwangere bei Fortbestehen der Konfliktlage nach der fehlgeschlagenen Abtreibung nunmehr gegen eine – rechtlich noch mögliche – Abtreibung entscheide.

4. „Fristenregelungs“-Urteil von 1993– der Zweite Senat

Diese BGH-Rechtsprechung kennzeichnete über viele Jahre den status quo der „Kind als Schaden“-Problematik. Anlässlich der Neuregelung des Abtreibungsstrafrechts im Zuge der Wiedervereinigung setzte sich – allseits von großen Erwartungen begleitet – der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts nach monatelanger kontroverser¹⁰ Beratung in seinem Urteil vom 28.5.1993 umfassend mit der ein Jahr zuvor verabschiedeten Neufassung des Abtreibungsstrafrechts durch den bundesdeutschen Gesetzgeber auseinander¹¹. Der Deutsche Bundestag hatte – gegen die Stimmen von 106 Abgeordneten der CDU/CSU-Fraktion – mit fraktionsübergreifender Mehrheit das „Schwangeren- und Familienhilfegesetz“ (SFHG) verabschiedet und damit hinsichtlich des strafrechtlichen Lebensschutzes für das ungeborene Kind einen grundsätzlichen Wechsel von der alten Indikationenregelung zu einer sog. Beratungsregelung vollzogen. Diese – in ihrem Kern eine Fristenregelung mit Beratungspflicht – sieht die straffreie, aber rechtswidrige ärztliche Abtreibung bis zur 12.

Schwangerschaftswoche nach vorangegangener Beratung vor sowie eine rechtmäßige ärztliche Abtreibung bei medizinischer und kriminologischer Indikation (unbefristete bzw. bis zur 12. Woche). Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts sah sich angesichts der in den 80er Jahren entwickelten „Kind als Schaden“-Rechtsprechung des BGH und der daran in der Literatur teils heftig geübten Kritik¹² veranlaßt, sich neben seinen Ausführungen zur neuen Gesetzeslage auch hierzu zu äußern. Daß die Karlsruher Richter diesem Problem durchaus eine gewisse Bedeutung beigemessen haben, mag nicht zuletzt daran erkannt werden, daß der Kernsatz der entsprechenden Passage als (redaktioneller) Leitsatz 14 dem Urteil vorangestellt wurde. Er lautet: „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 Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begründen“¹³. In den Urteilsgründen bezeichnet der Zweite Senat die bisherige Rechtsprechungspraxis der Zivilgerichte zur Haftung für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche und ärztliche Beratungsfehler als „der Überprüfung bedürftig“¹⁴, stellt jedoch zugleich klar, daß dennoch der auf die Abtreibung gerichtete Arztvertrag wirksam und die §§ 134, 138 BGB hier nicht anwendbar seien.¹⁵ Dem Kenner der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung des BGH erschließt sich, daß sich der Zweite Senat im Kern der Argumentation anschließt, mit welcher dort in der „Röteln“-Entscheidung eigene Ersatzansprüche des behinderten Kindes gegenüber dem Arzt abgewiesen wurden: Der Mensch muß sein Leben so hinnehmen, wie es ihm von der Natur gewährt wird. Allerdings schenkt der Zweite Senat dem „Kind als Schaden“ kaum mehr als eine Seite¹⁶ Raum und bleibt – abgesehen von dem Hinweis auf die Menschenwürde des Ungeborenen – eine argumentative Auseinandersetzung schuldig.

5. „Fehlerhafte genetische Beratung“ (VI. Zivilsenat des BGH)

Die vorgenannten Ausführungen im „Fristenregelungs“-Urteil von 1993 wurden von vielen dem Lebensschutz des ungeborenen Kindes Verpflichteten begrüßt, zumal das Karlsruher Urteil sich ansonsten weitgehend durch teils unüberwindbare Widersprüche und Argumentationsbrüche auszeichnet¹⁷. Weckte doch dieser Ausspruch die Hoffnung, die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung der Zivilgerichte werde „gekippt“. Daß dem nicht so war, stellte unmißverständlich nur ein halbes Jahr später der VI. Zivilsenat des BGH klar¹⁸: Ihm lag die Klage von Eltern eines körperlich und geistig behindert geborenen Kindes zugrunde, die sich vor der Zeugung dieses Kindes der genetischen Beratung durch den beklagten Arzt unterzogen hatten. Hintergrund dafür war, daß die Eltern bereits ein mehrfach behindertes Kind hatten und vor dem Wagnis einer weiteren Schwangerschaft das Risiko einer erneuten kindlichen Schädigung sachkundig abklären lassen wollten. Nach entsprechenden Untersuchungen war ihnen seitens des Arztes von einer weiteren Schwangerschaft nicht abgeraten worden, da eine vererbte Störung äußerst unwahrscheinlich sei. In diese r- letztlich nicht zutreffenden – Prognose sahen die klagenden Eltern eine Ersatzpflichten auslösende Schlechterfüllung des ärztlichen Beratungsvertrages, da sie bei ordnungsgemäßer Aufklärung über die bei ihnen bestehende Chromosomenanomalie von einer erneuten Schwangerschaft abgesehen und folglich auch kein weiteres behindertes Kind zur Welt gebracht hätten.

Der BGH überträgt die im „Röteln“-Fall sowie zur Beurteilung der fehlerhaften Sterilisation und der fehlgeschlagenen Abtreibung entwickelten Grundsätze auf den Fall fehlerhafter genetischer Beratung. Der hier zugrunde liegende wirksame Arztvertrag umfasse auch den Schutz vor den wirtschaftlichen Belastungen,

die mit der Geburt eines behinderten Kindes verbunden seien. Dieser Schutz sei „Teil der vom Arzt übernommenen und von der Rechtsordnung gebilligten Aufgabe“; es handele sich dabei letztlich um eine „Auswirkung des medizinischen Fortschritts, wenn dieser im Einklang mit der Rechtsordnung derartige Möglichkeiten zur Vermeidung der Geburt eines Kindes“¹⁹ eröffne. Als Antwort auf das kurz zuvor ergangene zweite „Fristenregelungs“-Urteil, dessen Aussagen zur hier gegenständlichen Thematik der VI. Zivilsenat als nicht bindend ansieht²⁰, merkt er an, er teile die darin geäußerte Ansicht, wonach es sich verbiete, die Existenz des Kindes als Schaden anzusehen. Dies aber sei auch keineswegs Grundlage seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung. Vielmehr liege der ersatzfähige Schaden lediglich im „durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten Unterhaltsaufwand“²¹. Jeder Kritik vorgreifend stellt der VI. Zivilsenat sodann klar, daß er in der Unterscheidung zwischen der „Existenz des Kindes und seinem unbestreitbaren Wert als Persönlichkeit einerseits und der sich für die Eltern ergebenden Unterhaltsbelastung andererseits“²² keine künstliche Aufspaltung eines Lebenszusammenhangs sehe. Vielmehr handele es sich insoweit nur um einen naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang, der, für sich betrachtet, wertfrei sei.

6. „Nur obiter dictum“- Der Erste Senat

Die Verfassungsbeschwerde des beklagten Arztes, der durch das vorgenannte Urteil des BGH zum Schadensersatz in Gestalt der Unterhaltsverpflichtung für das nach fehlerhafter genetischer Beratung geborene behinderte Kind verurteilt wurde, veranlaßte den Ersten Senat des Bundesverfassungsgerichts im November 1997, sich ebenfalls mit der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung auseinanderzusetzen. In seinem Urteil vom 12.11.1997 befand er zugleich über die Verfassungsbeschwerde eines

weiteren Arztes, der nach der Geburt eines Kindes aufgrund fehlgeschlagener Sterilisation im Jahr 1992 durch das Oberlandesgericht München zu Schadensersatz verurteilt worden war²³.

Beide Verfassungsbeschwerden sieht der Erste Senat im Ergebnis als unbegründet an und beigt sich damit letztlich in Widerspruch zum „Fristenregelungs“-Urteil des Zweiten Senates von 1993. Ausgehend von der Feststellung, daß auch die Unterhaltspflicht ein Vermögensschaden im Sinne des § 249 BGB sein könne, stellt der Erste Senat bei der Prüfung der vorgelegten Urteile an verschiedenen Verfassungsgrundsätzen keinen Grundrechtsverstoß der in diesen Entscheidungen zuerkannten Unterhaltsersatzansprüche fest. Sowohl die Sterilisation als auch die genetische Beratung zum Zwecke der Familienplanung als solche seien von der Rechtsordnung allgemein anerkannte Vorgänge, deren Übernahme stets im freien Ermessen des Arztes liege. Wenn ein Arzt sich hierzu bereit erkläre, könne er sich den an die Schlechterfüllung des jeweiligen Vertragszweckes geknüpften gesetzlichen Folgen nicht entziehen²⁴.

Durch das Urteil des Zweiten Senates von 1993 und das drin enthaltene Verdikt der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung sieht der Erste Senat sich nicht gebunden und auch nicht zur Anrufung des Plenums veranlaßt. Der entsprechenden Rechtsäußerung käme keine für die Entscheidung des Zweiten Senats tragende Bedeutung zu, es handele sich nur um „bei Gelegenheit einer Entscheidung gemachte Rechtsausführungen“ (obiter dictum), eine Befassung mit dieser sei nicht erforderlich²⁵. Der Erste Senat räumt ein, daß eine Verletzung der Menschenwürde des später geborenen Kindes aus Art. 1 Abs. 1 GG durchaus in einer „Kommerzialisierung menschlichen Daseins“ liegen könne. Aber: „Das Haftungsgefüge des Zivilrechts berührt grundsätzlich auch dort die Menschenwürde nicht, wo ein Schadensersatzanspruch unmittelbar an die Existenz eines Menschen anknüpft“²⁶. Es gehe hier vielmehr um eine „ge-

rechte Lastenverteilung“, die alleine den Menschen noch nicht zum Handelsgut mache. Der Arzt, der die als Schadensersatz auferlegte Unterhaltspflicht für eine Kind als Verstoß gegen dessen Menschenwürde ansehe, müsse sich eben solcher ärztlicher Eingriffe oder Beratungen enthalten, die derartige Ersatzpflichten gegebenenfalls nach sich ziehen könnten.

II. Stellungnahme

Ein derart offensichtlicher Widerspruch der Meinungen innerhalb des Bundesverfassungsgerichts- auf der einen Seite in treuer Gefolgschaft des BGH- sorgt für Aufsehen. Und so drängt sich die Feststellung geradezu auf: Einen Beitrag zur Steigerung seines durchaus nicht mehr unangetasteten²⁷ Ansehens in der Bevölkerung hat das Bundesverfassungsgericht hiermit nicht geleistet²⁸. Dabei ist weniger von Belang, daß tatsächlich die Senate unterschiedlicher Meinung sind. Entscheidender ist, daß dieser Meinungsstreit nicht intern – also durch Anrufung des Plenums²⁹ – ausgetragen, sondern sogleich in der Öffentlichkeit präsentiert wurde. Damit entstand der Eindruck von Uneinigkeit in den „eigenen Reihen“, der leicht zu einem Ansehensverlust desjenigen Verfassungsorganes führen kann, das dazu berufen ist, Grundnormen des menschlichen Zusammenlebens im Staat verbindlich auszulegen und Rechtsfragen allgemeingültig zu klären. Immerhin hat aus diesen Gründen der Zweite Senat des Bundesverfassungsrechts eine Entscheidung des Plenums für erforderlich gehalten, und es ist aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu bedauern, daß es dazu (bislang) nicht gekommen ist.

1. Menschenwürde – Ein Schlagwort als Ersatz für Argumente?

Auf der anderen Seite hat der Zweite Senat es sich zu einem nicht geringen Teil selber zuzu-

schreiben, wenn der Erste Senat die Anrufung des Plenums meidet und der VI. Zivilsenat eigene Wege geht. Denn seine Absage an die bisherige „Kind als Schaden“-Rechtsprechung spricht er ohne stichhaltige Begründung aus. Allein der Hinweis auf die Menschenwürde des ungeborenen Kindes ersetzt eine Argumentation in der Sache nicht. Unklar bleibt, weshalb die Menschenwürde hier ein Hemmnis sein soll. Bei genauem Hinsehen fehlt es an einer verfassungsrechtlichen Einordnung des Problems. Im übrigen ruft der Zweite Senat mit dem Hinweis auf die Menschenwürde zwangsläufig die Frage hervor, wie er selber es denn mit diesem hohen Verfassungsgut hält, wenn er in just diesem „Fristenregelungs“-Urteil zugleich der Schwangeren die Letztverantwortung in der Entscheidung über das Leben ihres Kindes zubilligt und ihrem Selbstbestimmungsrecht Vorrang vor dem Lebensrecht des Ungeborenen einräumt. Nur schwer läßt sich der Eindruck vermeiden, daß die eher pauschale Absage an die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung im „Fristenregelungs“-Urteil von 1993 nicht viel mehr als ein „Trostpflaster“ für jene ist, die sich von den Karlsruher Verfassungshütern eine Stärkung der Rechte des ungeborenen Kindes und eine ausdrückliche Beachtung seines unveräußerlichen Lebensrechtes erhofft hatten.

2. Unterscheidung nach dem Vertragszweck

Der Zweite Senat hat die Qualifizierung eines Kindes als Schaden verworfen, ohne zwischen den unterschiedlichen Fallgestaltungen zu differenzieren. Dem Spruch des Ersten Senats lagen – wie bereits dargestellt – der Fall fehlerhafter Sterilisation und ein solcher fehlerhafter genetischer Beratung zugrunde. Für eine inhaltliche Bewertung der „Kind als Schaden“-Problematik erscheint nun die folgende grundsätzliche Unterscheidung bedeutsam: Geht es um die haftungsrechtliche Einordnung von

ärztlichen Handlungen *vor* oder *nach* der Zeugung eines Kindes? Soll der Arzt das Entstehen eines Kindes verhindern oder soll er dafür sorgen, daß ein schon gezeugtes Kind nicht geboren wird? Diese Fragen führen dazu, sich im haftungsrechtlichen Sinne mit der Ursächlichkeit des ärztlichen Handelns für den Eintritt eines Erfolges zu befassen. Denn nach schadensrechtlichen Grundsätzen haftet der Arzt nur, wenn die Frage: „Wäre die Unterhaltspflicht der Eltern (als Schaden) auch entstanden, wenn der Arzt ordnungsgemäß gehandelt hätte?“ mit „Nein“ beantwortet werden kann. Mit anderen Worten: Welcher hypothetische Kausalverlauf ist hinzuzudenken, um zu einer Schadensvermeidung zu gelangen? Im Falle der fehlgeschlagenen Abtreibung stellt sich die Frage: War die Abtreibung rechtmäßig und der darauf gerichtete Arztvertrag wirksam – nur dann gibt es Ersatzpflicht: „Ja“ – oder nicht?

Wird der Arzt vor der Zeugung des Kindes zum Zwecke der Sterilisation oder der genetischen Beratung aufgesucht, steht hinter dem unmittelbar gewünschten ärztlichen Handeln der Wunsch, schon die Zeugung eines Kindes zu verhindern. Sowohl Sterilisation als auch genetische Beratung gelten heute in rechtlicher Hinsicht als unproblematisch, die darauf gerichteten Verträge zwischen Arzt und Patient als wirksam. Es besteht ein schutzwürdiges Interesse des Patienten daran, daß die Sterilisation oder die Beratung ordnungsgemäß erfolgen. Der Arzt wiederum weiß in diesen Fällen, welcher Schutzzweck hinter seinem unmittelbaren ärztlichen Auftrag steht. Und hätte in diesen Fällen der Arzt seinen Auftrag korrekt erfüllt, wäre die Unterhaltspflicht der Eltern für das Kind nicht entstanden. Sicherlich stellt sich die Frage, ob die konkrete Ausgestaltung des Schadensrechtes der §§ 249 ff. BGB der hier zu regelnden Situation wegen der Verschiedenartigkeit von Haftungs- und Unterhaltsrecht angemessen Rechnung trägt³⁰. Doch wird man grundsätzlich in diesen Fällen ein legitimes Be-

dürfnis nach Rechtsschutz für den Patienten anerkennen müssen, welches auch der Intensität des ärztlichen Eingriffs Rechnung trägt³¹. Für diese Konstellationen mag die Rechtsprechung des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichts und des BGH also durchaus akzeptabel sein.

Anders liegt der Fall, wenn der Arzt nach der Zeugung des Kindes konsultiert wird – entweder direkt zum Zwecke der Abtreibung oder mit dem Ziel der genetischen Beratung als Vorentscheidung für die mögliche Entscheidung zur Tötung des Kindes. Hier ist die Verhinderung der Geburt eines bereits existenten Kindes Zweck des Vertrages. Die Abtreibung ist also jeweils zwingende Voraussetzung für die Erfüllung des auf die Verhinderung der Geburt des Kindes gerichteten Vertragszwecks; sie muß – da das Kind ja schon da ist – in der hypothetischen Kausalkette notwendig hinzugedacht werden, um bei ordnungsgemäßem Handeln des Arztes das Entstehen einer Unterhaltspflicht zu verneinen. Entscheidend für die schon schwierigere Bewertung dieser Haftungskonstellation wird damit die rechtliche Bewertung der Abtreibung.

Sieht man jede Abtreibung – also die Tötung eines unschuldigen, nicht angreifenden Menschen – als rechtswidrig an, ist im Falle der fehlgeschlagenen Abtreibung eine Ersatzpflicht des Arztes schon deshalb ausgeschlossen, weil der auf diese gerichtete Vertrag in konsequenter Anwendung des Gesetzes (und entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts) wegen eines Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig ist. Aber auch die fehlerhafte genetische Beratung würde keine ärztlichen Ersatzpflichten auslösen, da der Vertragszweck letztlich auch auf eine rechtswidrige Handlung gerichtet ist – nämlich die Verhinderung der Geburt des Kindes durch Abtreibung – und mit dieser eine rechtswidrige Handlung hinzugedacht werden muß,

um die Geburt des Kindes und damit den Eintritt der Unterhaltspflicht zu verhindern.

Auch der Zweite Senat unterscheidet bei der Rechtsnatur der Abtreibung: Während die aus medizinischen und kriminologischen Gründen indizierten Abtreibungen rechtmäßig sind, bleiben die nur beratenen Abtreibungen zwar straffrei, aber gleichwohl rechtswidrig³². Das würde- konsequent gedacht- bedeuten, daß in den letztgenannten Fällen, die weit über 90 % aller Abtreibungen betreffen, der Arztvertrag wegen eines Verstoßes gegen § 134 oder § 138 BGB nichtig wäre und daher eine Ersatzpflicht des Arztes wegen Schlechterfüllung des Vertrages nicht bestünde. Hier aber wird der Zweite Senat sich untreu, wenn er- wie schon der VI. Zivilsenat- den auf die Abtreibung gerichteten Arztvertrag auch dann als gültig ansieht, wenn er auf die Durchführung einer bloß beratenen und damit rechtswidrigen Abtreibung gerichtet ist³³. Denn unter dieser Prämisse müßte der Arzt in den nicht-indizierten und nur beratenen Abtreibungsfällen bei mißlungener Abtreibung oder fehlerhafter genetischer Beratung stets haftungsrechtlich verantwortlich sein.

Ein Ausschluß ärztlicher Haftung in diesen Fällen wäre denkbar, wenn man den hinter der vom Bundesverfassungsgericht entworfenen und später vom Bundestag umgesetzten Beratungsregelung liegenden Gedanken heranzieht: Dieser geht davon aus, die schwangere Frau sei letztlich nur dann für das Angebot einer lebensschützenden Beratung offen, wenn sie davon ausgehen könne, daß auch die nicht-indizierte und damit rechtswidrige Abtreibung von der Rechtsordnung als rechtmäßig behandelt werde. Daher müsse das Verhältnis zwischen Schwangerer und Arzt so gestaltet sein, als handle es sich auch bei der nur beratenen Abtreibung um eine rechtmäßige Handlung; dies schließe notwendig die Anerkennung des auf die Abtreibung gerichteten Arztvertrages ein. Nun verlangt der Zweite Senat aber nicht, die nicht-indizierte Abtreibung in jeder rechtlichen Hinsicht als rechtmäßig zu behandeln.

Und so könnte man fragen, ob es zur Erreichung des Schutzzwecks der Beratungsregelung notwendig ist, die rechtswidrige Tötung des Kindes auch im Rahmen einer haftungsrechtlichen Kausaliätskette als rechtmäßig zu behandeln³⁴- ein Gedanke freilich, der dem Bundesverfassungsgericht fern liegen dürfte.

3. Fazit

Es bleibt festzuhalten, daß das erkennbare Auseinanderdriften der Senate des Karlsruher Verfassungsgerichts aus Gründen rechtsstaatslicher Einheitlichkeit Anlaß zu Sorge geben kann. Erheblich mehr Sorge bereitet jedoch- zumindest der Verfasserin- die ergebnisorientierte Argumentation beider Senate bezüglich der „Kind als Schaden“-Frage. Es entsteht der Eindruck, als scheue man davor zurück, mit dem Lebensrecht des noch nicht geborenen Kindes und der Gleichwertigkeit von Geborenen und Ungeborenen Ernst zu machen. Daß damit aber letztlich dem Schutz des Schwächsten vor dem Stärkeren eine Absage erteilt wird, stimmt nachdenklich.

Nur wenn man die Tötung eines Kindes durch Abtreibung nicht als das ansieht, was sie ist- nämlich als Unrecht- kann das Kind zum Schaden im haftungsrechtlichen Sinne werden.

Referenzen

1. BGH, Urteil vom 18.1.1983- VI ZR 114/81 (München), Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1983, S. 1371 ff. (= BGHZ 86, S. 240 ff.).
2. Also der sog. Indikationenregelung zu §§ 218 ff. StGB von 1976.
3. BGH NJW 1983, 1371, 1372.
4. BGH NJW 1983, 1371, 1373.
5. BGH NJW 1983, 1371, 1374.
6. BGH, Urteil vom 19.6.1984- VI ZR 76/83 (Frankfurt), NJW 1984, S. 2625 f.
7. BGH, Urteil vom 27.11.1984- VI ZR 43/83 (KG), NJW 1985, S. 671 ff.
8. Vgl. insbesondere 2, NJW 1984, 1798 ff. m.w.N. Die Kritiker wiesen vor allem darauf hin, daß der Bestand des auf die Abtreibung gerichteten Arztvertrages ent-

- scheidend von deren Rechtsnatur abhängt. Denn sähe man- und dies sei aus verfassungsrechtlicher Sicht (Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens, Lebensrecht des Ungeborenen, Menschenwürde etc.) geboten- die indizierte Abtreibung als zwar straflos, aber doch rechtswidrig an, so sei der auf die Tötung des ungeborenen Kindes gerichtete Vertrag wegen eines Verstosses gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig.
9. BGH NJW 1984, 671, 672.
 10. Daß die Beratung kontrovers verlief, läßt sich nicht zuletzt aus den ebenfalls veröffentlichten Sondervoten der Richter MAHRENHOLZ/SOMMER (BVerfGE 88, 338 ff.) und BÖCKENFÖRDE (BVerfGE 88, 359 ff.) schließen.
 11. BVerfG, Urteil vom 28.5.1993- 2 BvF 2/90 und 4,5/92- BVerfGE 88, S. 203 ff.
 12. Einen umfassenden Überblick geben: PICKER, Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“), in: AcP 195 (1995) 483 ff; STÜRNER, Juristen-Zeitung (JZ) 1998, 317 ff.
 13. BVerfGE 88, 203, 296.
 14. wie vor.
 15. Da der Zweite Senat von den im Folgenden darzustellenden, beim Ersten Senat anhängigen Verfassungsbeschwerden zweier Ärzte zu diesem Themenbereich Kenntnis hatte, äußerte er in einem Beschluß vom 22.10.1997 (JZ 1998, 356 ff.) dezidiert die Auffassung, sollte der Erste Senat in der „Kind als Schaden“-Frage zu einem abweichenden Ergebnis gelangen, müsse das Verfahren nach § 16 BVerfGG eingehalten werden, d.h. das Plenum des Bundesverfassungsgerichts wäre zur Entscheidung berufen. Dies ist nicht erfolgt.
 16. Die Ausführungen umfassen im Druck der amtlichen Sammlung ca. 1,5 Seiten.
 17. Vgl. hierzu statt vieler TRÖNDLE, Kommentar zum StGB, 48. Aufl., Rz. 14 ff. vor § 218 m.w.N.
 18. BGH, Urteil vom 16.11.1993- VI ZR 105/92 (Stuttgart), NJW 1994, S. 788 ff. (= BGHZ 124, S. 128 ff.).
 19. BGH NJW 1994, 788, 791; dazu auch BACKHAUS, Medizinrecht 1996, 201 ff..
 20. BGH NJW 1994, 788, 790; vgl. auch die weiteren Entscheidungen: BGH, U.v. 28.3.1995, NJW 1995, 1609 ff. und BGH, U.v. 27.6.1995, NJW 1995, 2407. mit Besprechung von ROTH, NJW 1995, 2399 ff..
 21. BGH NJW 1994, 788, 791.
 22. BGH NJW 1994, 788, 791.
 23. BVerfG, Urteil vom 12.11.1997- 1 BvR 479/92, 1 BvR 307/94-, JZ 1998, S. 352 ff.
 24. BVerfG, JZ 1998, 352, 353 f.
 25. BVerfG, JZ 1988, 352, 355.
 26. BVerfG, JZ 1998, 352, 354.
 27. Auf heftige Kritik und Unverständnis in weiten Teilen der Bevölkerung stießen etwa die Sitzblockaden-Entscheidung (BVerfGE 93, S. 1 ff.), der „Soldaten sind Mörder“- und der „Kruzifix“-Beschluß (BVerfGE 92, S. 266 ff.; 92, S. 1 ff.).
 28. Vgl. dazu LAUFS, NJW 1998, S. 796 ff.
 29. Das Plenum wird nach § 16 BVerfGG angerufen, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von der in einer Entscheidung des anderen Senats enthaltenen Rechtsauffassung abweichen will.
 30. Hierzu ausführlich BECKMANN, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 1998, S. 1, 2 f.
 31. Freilich besteht im Falle der genetischen Beratung ein zusätzliches Problem, da der Arzt hier regelmäßig nur mehr oder weniger konkrete Prognosen an den Patienten weitergibt.
 32. Auch im Jahr 1997 wurden weit über 90 % aller Abtreibungen ohne Vorliegen einer Indikation allein nach vorausgegangener Beratung durchgeführt.
 33. BVerfGE 88, 203, 295 f.
 34. BECKMANN, ZfL 1998, 1, 5.