

Anwendungsfall¹: Im Verlauf ihrer Schwangerschaft wurde S von der sie behandelnden Gynäkologin G betreut und insgesamt 11 Mal per Ultraschall untersucht. Der bei diesen Untersuchungen anwesende Ehemann fragte G wiederholt, ob mit dem Kind alles in Ordnung sei, was G auch stets bejahte. Bei einer in der 20. Schwangerschaftswoche durchgeführten Untersuchung übersah G, dass die von ihr erhobenen Messergebnisse den Verdacht auf erhebliche Fehlbildungen des Embryos nahe legten. Tatsächlich kam das Kind später mit schweren körperlichen Fehlbildungen zur Welt; so waren beide Oberarme nicht ausgebildet, der rechte Oberschenkel war verkürzt, der linke fehlte und an beiden Beinen fehlte das Wadenbein. S begehrt aus eigenem und aus abgetretenem Recht ihres Ehemannes von G Ersatz des Unterhaltsaufwands für das Kind. Sie wirft G vor, dass angesichts der von G erhobenen Messergebnisse eine Überweisung in eine Spezialsprechstunde geboten gewesen wäre, wo erfahrene Sonographiker die Fehlbildungen erkannt hätten.² Bei rechtzeitiger Aufklärung hätte sie sich für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden. Die Geburt des schwer behinderten Kindes habe bei ihr zu einer schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung geführt, denn sie leide seit der Geburt an einer depressiven Störung, die Krankheitswert erreiche, wobei in den ersten Wochen auch eine latente Suizidgefahr vorgelegen habe. Daher hätten die Voraussetzungen eines nach § 218a II StGB legalen Schwangerschaftsabbruchs vorgelegen. G hält dem entgegen, ein Schwangerschaftsabbruch wäre wegen des fortgeschrittenen Entwicklungsstands des Embryos unzulässig gewesen. Außerdem liege ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der fehlerhaften Diagnose und der Belastung mit dem Unterhaltsaufwand für das Kind deswegen nicht vor, weil das Kind auch bei einem Schwangerschaftsabbruch überlebensfähig gewesen wäre. Ist G zum Ersatz des Unterhaltsaufwands für das Kind verpflichtet?

1. Der von S geltend gemachte Schadensersatzanspruch könnte nach **§ 280 I BGB** begründet sein.

a. Zwischen S und G lag ein **Dienstvertrag** gem. § 611 ff. BGB vor³, der die ärztliche Betreuung der S durch G während der Schwangerschaft beinhaltete und in dessen Schutzbereich auch der andere Elternteil, der Ehemann der S, einbezogen war.

b. Fraglich ist, ob G die ihr obliegenden **Vertragspflichten verletzt** hat. Ein Vertrag über die Schwangerschaftsbetreuung umfasst nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht nur die **Pflicht zur Beratung über die erkennbare Gefahr einer Schädigung des Embryos⁴** (was um so mehr gilt, weil ein Elternteil wiederholt nachfragt, ob mit dem Kind alles in Ordnung sei), sondern auch die ordnungsgemäße diagnostische Auswertung der von ihr erhobenen Messergebnisse. Diesen Vertrag hat G auch **verletzt**, indem sie den ihr obliegenden Pflichten gerade nicht nachgekommen ist.

c. Schließlich ist das gemäß § 280 I S. 2 BGB vermutete **Verschulden** der G zu bejahen, weil sie die verkehrserforderliche Sorgfalt i.S.d. § 276 II BGB außer Acht gelassen hat.

d. Fraglich ist jedoch, ob ein **ersatzfähiger Schaden** vorliegt. Dieser könnte in der mit der Geburt des Kindes entstehenden **Unterhaltungspflicht** der Eltern liegen.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH umfasst der vertragliche Schadensersatzanspruch gegen den Arzt, der für eine fehlerhafte Beratung bzw. Behandlung, die auf Vermeidung der Geburt eines vorgeburtlich schwergeschädigten Kindes gerichtet war, verantwortlich ist, grundsätzlich den Unterhaltsbedarf für das Kind, welches infolge des Fehlers geboren wird.⁵ Insoweit beruhe die Ermittlung eines Schadens nach der Differenztheorie auf dem Vergleich zwischen der Vermögenslage der Eltern mit und ohne Unterhaltsbelastung. Diese schadensrechtlich-wirtschaftliche Betrachtungsweise sei durch die Grundprinzipien des Schadensrechts bedingt und stelle keine Missachtung des Kindes dar. Der Schadensbegriff als solcher sei wertfrei und enthalte kein Unwerturteil über das Kind. Auch würden nicht Existenz und Nichtexistenz des Kindes in herabwürdigender Weise miteinander verglichen. Zwar setze die Unterhaltungspflicht für ein Kind begrifflich dessen Existenz und die Vermeidung dieser Unterhaltungspflicht die Verhinderung seiner Existenz voraus, hierbei handele es sich aber lediglich um einen wertfreien naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang, der eine untrennbare Einheit zwischen dem Unterhaltsanspruch des Kindes und seiner Menschenwürde nicht zu begründen vermöge.

Der BGH betont aber auch, dass eine auf der Verletzung des Behandlungsvertrags beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs nur dann zu einem Schadensersatz in Form einer Freistellung der Eltern von ihrer Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kind führen könne, wenn der **Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig** gewesen sei.⁶ Vorliegend ist daher zu prüfen, ob der Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig gewesen wäre.

Sofern der Schwangerschaftsabbruch nicht straffrei gestellt ist, ist er nach Abschluss der Nidation grundsätzlich rechtswidrig, bedarf zur Rechtfertigung also eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Solche sind in **§ 218a II und III StGB** enthalten (**medizinisch-soziale** und die **kriminologische** Indikation). Vorliegend kommt allein die Rechtfertigung wegen **medizinisch-sozialer Indikation** in Betracht. Diese setzt neben dem Einverständnis der Mutter (dies sei bei S unterstellt) voraus, dass der Schwangerschaftsabbruch unter Berücksichtigung der

¹ Nach BGH NJW **2002**, 2636 ff. (Ersatz d. Unterhaltsaufwands b. Geburt eines schwerbehinderten Kindes).

² Zur Früherkennung von Schädigungen des Embryos vgl. OLG Hamm NJW **2002**, 2649, 2650.

³ Zur rechtlichen Qualifikation des Behandlungsvertrags als Dienstvertrag vgl. BGHZ **63**, 306, 309; *Spindler/Rieckers*, JuS **2004**, 272, 275.

⁴ Vgl. BGHZ **89**, 95, 98; **143**, 389, 393; BGH NJW **2002**, 2636.

⁵ BGHZ NJW **1997**, 1638, 1639; BGH NJW **2002**, 886, 887. Vgl. auch den *1. Senat* des BVerfG NJW **1998**, 519, 522 f. und BGHZ **124**, 128, 136; a.A. der *2. Senat* NJW **1998**, 523, 524 (s.o.).

⁶ BGHZ **129**, 178, 185; BGH NJW **2002**, 886; NJW **2002**, 1489, 1490; NJW **2002**, 2636, 2638.

gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann (§ 218a II StGB).

- ⇒ Eine **Gefahr für das Leben** meint Risiken, die sich aus mangelnder körperlicher Stabilität der Schwangeren oder aus bereits vorhandenen Leiden, die durch die Schwangerschaft verschlimmert werden können, ergeben. Das ist bspw. bei einem Gebärmutterkrebs der Fall oder aber wenn bei schwerer Depression Suizidgefahr besteht.
- ⇒ Die **Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands** liegt vor, wenn das Austragen des nasciturus der Frau nicht zuzumuten ist. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die Schwangere sonst in eine Klinik oder in ein psychiatrisches Krankenhaus eingewiesen werden müsste, aber auch wenn Herz- und Kreislaufbeschwerden bestehen. Auch Gefahren, die durch Mehrlingsgeburten, Embolien oder problematische Kindeslagen entstehen, können rechtfertigend wirken.
- ⇒ Die Lebensgefahr und die Gesundheitsgefahr müssen **konkret** sein. Das folgt aus dem ultima-ratio-Prinzip des gerechtfertigten Schwangerschaftsabbruchs. Danach muss eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für den Schadenseintritt bestehen; eine Gegenwärtigkeit der Gefahr ist hingegen – wie die Berücksichtigung der zukünftigen Lebensverhältnisse zeigt – nicht erforderlich.⁷
- ⇒ Schließlich darf die Gefahr **nicht auf andere, der Schwangeren zumutbare Weise abwendbar sein**. Eine alternative Gefahrenabwehrmaßnahme besteht etwa in der medizinischen Behandlung wie Stützung des Kreislaufs, Verabreichung von Psychopharmaka zur Beseitigung von Depressionen oder Einleiten einer Frühgeburt zu einem gefahrlosen Zeitpunkt. Derartige Maßnahmen werden in aller Regel auch zumutbar sein. Unzumutbar dürften dagegen die Trennung von einem kranken oder süchtigen Lebenspartner oder die Unterbringung bereits vorhandener Kinder in Pflegefamilien sein.

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen eines rechtlich zulässigen Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218a II StGB zumindest unter dem Aspekt zu bejahen, dass bei S nach der Geburt Depressionen auftraten, die deutlich Krankheitswert erreichten, wobei zumindest in den ersten Wochen auch eine latente Suizidgefahr vorlag. Insoweit wäre eine vor dem Schwangerschaftsabbruch vorzunehmende Prognosebeurteilung nicht fehlerhaft gewesen. Möglicherweise ist der Schadensersatzanspruch aber deswegen unbegründet, weil es der S zumutbar war, **wegen des fortgeschrittenen Entwicklungsstands des Embryos** die Schwangerschaft fortzusetzen. Zwar ist eine **Frist**, innerhalb derer ein Schwangerschaftsabbruch nur gerechtfertigt wäre, bei der Indikation nach § 218a II StGB **nicht vorgesehen**. Bei dem somit grundsätzlich bis zum Beginn der Geburt möglichen medizinisch-sozial indizierten Schwangerschaftsabbruch hat aber die Prüfung der **Zumutbarkeit** desto restriktiver zu erfolgen, je näher der Geburtszeitpunkt heranrückt. Der BGH führt dazu aus, dass bei der Prüfung der Zumutbarkeit einerseits der Lebensschutz des ungeborenen Kindes grundsätzlich während der gesamten Dauer der Schwangerschaft zu gewährleisten sei; andererseits könne von der Mutter, wenn schwerwiegende Gefahren für ihr Leben oder ihre Gesundheit drohen und nicht anders abgewendet werden könnten, ebenfalls während der gesamten Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich nicht verlangt werden, dass sie ihre eigenen existentiellen Belange und Rechtspositionen denen des Kindes aufopfere. Dies habe auch dann zu gelten, wenn die schwerwiegende Gefährdung der Mutter nicht aus zu befürchtenden physischen Beeinträchtigungen während der Schwangerschaft oder der Geburt resultiere, sondern eine relevante – nicht anders abwendbare – Bedrohung ihres Lebens oder ihrer seelischen Gesundheit deshalb zu erwarten sei, weil sie konstitutionell nicht in der Lage sei, während der Schwangerschaft und nach der Geburt eines schwer behinderten Kindes die damit verbundenen Belastungen und Verantwortlichkeiten **psychisch** zu bewältigen. Allerdings setze die Entscheidung, ob im Einzelfall die insoweit zu ziehende Opfergrenze für den Ausnahmetatbestand der Rechtfertigung des mit dem Tod des Embryos verbundenen Schwangerschaftsabbruchs aus medizinischer Indikation überschritten sei⁸, eine **Güter- und Interessenabwägung** voraus. Das gelte gerade in den Fällen, in denen es nicht um eine unmittelbare physische Lebensbedrohung der Schwangeren gehe, sondern um aus den dargelegten psychischen Belastungen – insbesondere für die Zeit nach der Geburt – zu befürchtende Beeinträchtigungen. Diese Abwägung müsse den Rechtspositionen sowohl des Embryos als auch der Mutter soweit wie möglich gerecht werden. Auch wenn das Lebensrecht des Kindes dem Grunde nach eine zeitliche Differenzierung der Schutzpflicht nicht zulasse (BVerfGE 88, 203, 254, 257), könnten doch bei dieser Abwägung zur Bestimmung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation auch die Dauer der Schwangerschaft und die daraus resultierende besondere Situation für Mutter und Kind Berücksichtigung finden. In den Fällen der medizinischen Indikation solle der Schwangerschaftsabbruch sowohl aus dem gesundheitlichen Interesse der Frau als auch im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit des sich weiter entwickelnden ungeborenen Lebens so früh wie möglich vorgenommen werden. Es brauche im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden, ob und unter welchen Umständen unter Berücksichtigung dieser Grundsätze die Zulässigkeit einer „Spätabtreibung“ in den letzten Schwangerschaftswochen, die auf die Abwehr von Gefahren für den psychischen Gesundheitszustand der Mutter eines voraussichtlich behinderten Kindes gerichtet sei, rechtlichen Bedenken begegnen könnte. Denn hier gehe es nicht um das Problem einer derartigen „Spätabtreibung“. Nach den Feststellungen der Instanzgerichte habe bei gehöriger Untersuchung und Beratung der S ein Schwangerschaftsabbruch jedenfalls noch in der 22.

⁷ Vgl. zum StGB SK-*Rudolphi*, § 218a Rn 29; Sch/Sch-*Eser*, § 218a Rn 31; *Joecks*, § 218a Rn 6.

⁸ Vgl. zu diesem Erfordernis BGHZ 129, 178, 183; NJW 2002, 886, 887 mit Hinweis auf BVerfGE 88, 203, 272 ff. (Schwangerschaftsabbruch I).

Schwangerschaftswoche durchgeführt werden können – also sogar innerhalb der Frist, die nach der früheren Regelung des § 218 a III StGB a.F. als Befristung der „embryopathischen Indikation“ vorgesehen gewesen sei.⁹

Demzufolge wäre ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218a II StGB zulässig gewesen (es hätte jedenfalls dann einer Entscheidung bedurft, wenn das Kind im Zeitpunkt der geltenden Rechtslage geboren wäre).

e. Der G anzulastende Behandlungsfehler und die hierauf beruhende Nichtdurchführung eines rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs müssten auch **kausal** für den geltend gemachten Unterhaltsschaden gewesen sein. Gegen das Vorliegen des erforderlichen Kausalzusammenhangs spricht der von G erhobene Einwand, ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der fehlerhaften Diagnose und der Belastung der S mit dem Unterhaltsaufwand für ihr Kind liege deswegen nicht vor, weil das Kind auch bei einem Schwangerschaftsabbruch möglicherweise überlebt hätte. Allerdings trägt nach Ansicht des BGH G die **Beweislast** dafür, dass sich im vorliegenden Fall für das Kind eine derartige Überlebenschance trotz eines rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs realisiert hätte. Dieser Beweis sei ihr nicht gelungen. Allein die allgemeine Möglichkeit, dass auch Kinder mit einem Schwangerschaftsalter von 22 bis 24 Wochen überleben könnten, sei nicht geeignet, den Nachweis zu führen, dass im vorliegenden Fall das Kind tatsächlich überlebt hätte, wäre der in Betracht kommende Schwangerschaftsabbruch durchgeführt worden.¹⁰

f. Schließlich ist Voraussetzung für den geltend gemachten vertraglichen Schadensersatzanspruch, dass der Schaden vom **Schutzzweck des Behandlungsvertrags** umfasst ist.

Da bei der medizinischen Indikation im Regelfall die Abwendung schwerer Gefahren für die Schwangere durch das Fortbestehen der Schwangerschaft als solcher oder die bevorstehende Geburt selbst, **nicht aber die Lebensumstände nach der Geburt des Kindes** im Mittelpunkt stehen, erstreckt sich der Schutzzumfang eines Arztvertrags, der auf die Begleitung einer Schwangerschaft ausgerichtet ist, im Allgemeinen **nicht** auf die Bewahrung vor belastenden Unterhaltsaufwendungen für das Kind.¹¹ Etwas anderes gilt aber dann, wenn die schwerwiegenden Gefahren für die Mutter, die zur Erfüllung der Voraussetzungen der Indikation des § 218a II StGB führen (Suizidgefahr; erhebliche Depressionen), gerade **auch für die Zeit nach der Geburt** drohen. In diesem Fall ist nach Auffassung des BGH der vertragliche Schutzzweck auch auf die Vermeidung dieser Gefahren durch das „Haben“ des Kindes gerichtet, sodass sich die aus der Vertragsverletzung resultierende Ersatzpflicht auch auf den Ausgleich der durch die Unterhaltsbelastung verursachten vermögensrechtlichen Schadenspositionen erstreckt.¹² Im vorliegenden Fall ist daher der Unterhaltsbedarf des Kindes vom Schutzzweck des Behandlungsvertrags erfasst.

g. **Ergebnis:** S hat gegen G einen Schadensersatzanspruch hinsichtlich des Unterhaltsbedarfs des Kindes gemäß § 280 I BGB. Dieser Anspruch besteht in der Freistellung der Verbindlichkeit gegenüber dem Kind.

2. Dagegen kommt ein deliktischer Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsaufwands nach **§ 823 I BGB** mangels Verletzung eines der durch § 823 I BGB geschützten Rechte bzw. Rechtsgüter nicht in Betracht. Der Unterhaltsaufwand ist als reiner Vermögensschaden nicht von § 823 I BGB erfasst. Dasselbe gilt hinsichtlich **§ 823 II BGB i.V.m. §§ 229, 13 StGB**.

⁹ BGH NJW **2002**, 2636, 2638. Im zu entscheidenden Fall war das Kind am 24.10.1996 geboren.

¹⁰ BGH NJW **2002**, 2636, 2639.

¹¹ BGH NJW **2002**, 886, 887; NJW **2002**, 2636, 2639.

¹² BGH NJW **2002**, 2636, 2639.