

Erstes Kapitel: Schwangerschaftsabbruch im Spannungsfeld zwischen Lebensschutz und Selbstbestimmungsrecht

„Auch werde ich niemandem ein tödliches Gift geben, auch nicht, wenn ich darum gebeten werde, und ich werde auch niemanden dabei beraten; auch werde ich keiner Frau ein Abtreibungsmittel geben.“¹ So nimmt bereits der Hippokratische Eid zu der Frage des Schwangerschaftsabbruchs Stellung. In der heutigen (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO) heißt es hingegen: „Ich werde jedem Menschenleben von der Empfängnis an Ehrfurcht entgegenbringen und selbst unter Bedrohung meine ärztliche Kunst nicht in Widerspruch zu den Geboten der Menschlichkeit anwenden.“² In § 14 Abs. 1 der MBO heißt es weiter „Ärztinnen und Ärzte sind grundsätzlich verpflichtet, das ungeborene Leben zu erhalten. Der Schwangerschaftsabbruch unterliegt den gesetzlichen Bestimmungen.“³ Bereits das ausdrückliche Verbot im Hippokratischen Eid zeigt, dass Absichten und Praktiken zum Schwangerschaftsabbruch offenbar schon in der Antike verbreitet waren und demnach kein Problem der modernen Gesellschaft sind.⁴ Darüber hinaus spiegelt sich in diesen Gelöbnissen der Zeitwandel wider, denn heute ist der Schwangerschaftsabbruch in nahezu keinem Land der Welt mehr generell untersagt.⁵ Schon

¹ Vgl. *Bruchhausen/Schott*, Geschichte u.a. in der Medizin, S. 38; *Schott*, DÄBl. 2006, A 2178, A 2178.

² BÄK, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, Gelöbnis, DÄBl. 2015, A 1, A 2.

³ BÄK, (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung des Beschlusses des 118. Deutschen Ärztetages 2015 in Frankfurt am Main, DÄBl. 2015, A 1, A 5.

⁴ Vgl. *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 64, 234; *Eser*, in: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3, S. 149; *Duttge*, in: *Wewetzer/Wernstedt*, Spätabbruch, S. 86, S. 98.

⁵ Vgl. *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch und Recht, S. 64, 234; *Eser*, in: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Teil 3, S. 149; *Duttge*, in: *Wewetzer/Wernstedt*, Spätabbruch, S. 86, 98. Es existiert kaum einen Rechtsbereich, der so divergierende

seit Hippokrates gehört es aber zur Pflicht und zum Selbstverständnis ärztlichen Handelns, menschliches Leben zu schützen und zu bewahren. Sieht man dementsprechend das menschliche Leben ab der Empfängnis als schützenswertes Gut an, so ergibt sich im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs, angesichts des unlösbaren Bandes zwischen dem noch lebensunfähigen Ungeborenen und der werdenden Mutter – der „Zweiheit in Einheit“⁶ –, eine fundamentale Konfliktsituation. Das im Rahmen des Schwangerschaftsabbruchs bestehende Spannungsfeld zwischen dem Lebensschutz des ungeborenen Kindes und dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren einem allseits befriedigenden Kompromiss im Sinne einer praktischen Konkordanz zuzuführen, der beiden Rechten zu einem möglichst „schonenden“ Ausgleich verhilft, ist jedoch nicht möglich.⁷ Gibt man dem Selbstbestimmungsrecht der Frau den Vorrang, hat das die zwingende Konsequenz, dass das Lebensrecht des Ungeborenen zurücksteht. Will man das Leben des Ungeborenen schützen, wird unmittelbar in das Selbstbestimmungsrecht der Frau eingegriffen. Dies ist die zwingende Konsequenz daraus, dass das Schicksal des Ungeborenen – zumindest bis zu dessen Lebensfähigkeit – untrennbar mit dem Schicksal der Schwangeren verbunden ist.

Hinzu kommt, dass in diesem Bereich die verschiedensten ethischen, moralischen und weltanschaulichen Ansichten aufeinander treffen, die durch die strafrechtlichen Vorschriften in Einklang gebracht werden müssen, was freilich eine kaum allseits zufriedenstellend lösbare Aufgabe darstellt.⁸ Daher verwundert es nicht, dass die

Regelungen enthält, wie der zum Schwangerschaftsabbruch, denn es gibt weltweit wohl keine zwei Abtreibungsregelungen, die völlig inhaltsgleich wären. Trotz der Regelungsvielfalt allein in Europa lassen sich im Wesentlichen drei Regelungs-Grundmodelle unterscheiden. Zum einen gibt es diejenigen Länder, die von einem generellen Verbot des Schwangerschaftsabbruchs ausgehen und nur sehr restriktive Ausnahmen zulassen („Verbotsmodell“). Diesem Modell lässt sich etwa die Rechtslage in Irland zuordnen. Zum anderen gibt es etwas weiter gefasste Indikationsmodelle, bei denen der grundsätzlich verbotene Schwangerschaftsabbruch unter mehr oder weniger weitgehenden Ausnahmegründen und Folgen straffrei gestellt ist. Das andere Extrem bilden diejenigen Länder, in denen während einer bestimmten Frist oder gar während der gesamten Schwangerschaft ohne Abhängigkeit von einer zuvor begründungspflichtigen und/oder nachträglich überprüfbaren Indikation ein straffreier Abbruch ermöglicht wird, sog. „Fristenmodelle“. Nicht selten gibt es auch Regelungen, die beide Elemente in sich vereinigen, indem zunächst innerhalb einer bestimmten Frist der Schwangerschaftsabbruch mehr oder weniger von Strafe freigestellt ist und in einer oder mehreren Folgephasen die Zulässigkeit des Abbruchs vom Vorliegen einer Indikation oder sonstigen materialen Voraussetzungen abhängig gemacht wird (sogenannte sukzessive Fristen-Indikationsmodelle).

⁶ BVerfGE 88, 203, 252 f. = NJW 1993, 1751, 1759.

⁷ Vgl. BVerfGE 88, 203, 254; v. Mangoldt/Klein/Starck-Starck, Art. 1 Rn. 94. Ähnlich auch Roxin, JA 1981, 226; Dreier, DÖV 1995, 1036, 1040.

⁸ Dreier, DÖV 1995, 1036, 1040; Seibel, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruchs, S. 1; Roxin, JA 1981, 226; vgl. auch Tröndle, in: FS Müller-Dietz, S. 919, 935 ff.

Vorschriften über den Schwangerschaftsabbruch schon seit jeher zu den am heftigsten umstrittenen Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuches gehören.⁹

Heute entwickelt sich das Problem jedoch auch in eine andere Richtung: Misslingt ein Abbruch oder unterbleibt dieser aufgrund eines Arztfehlers ganz, so stellt sich nicht nur die Frage nach der (straf-)rechtlichen Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs im Hinblick auf die Strafbarkeit des Arztes, sondern vor allem die zivilrechtliche Frage nach etwaigen Schadensersatzansprüchen der Eltern gegen den pflichtwidrig handelnden Arzt (sogenannte Klagen aus „wrongful birth“).¹⁰ So sind die Vorschriften über die Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs, auch wenn sie im deutschen Strafgesetzbuch in den §§ 218 ff. StGB normiert und damit als Strafvorschriften ausgestaltet sind, in der strafrechtlichen Praxis von gänzlich untergeordneter Bedeutung.¹¹ Auswirkungen haben die in den ersten drei Absätzen des § 218 a StGB geregelten Ausnahmetatbestände zum Schwangerschaftsabbruch vielmehr auf das zivile Haftungsrecht, vor allem auf das Arzthaftungsrecht.¹²

⁹ *Seibel*, Straf- und zivilrechtliche Probleme des „beratenen“ Schwangerschaftsabbruchs, S. 1; vgl. auch NK-StGB/*Merkel*, Vor §§ 218 ff. Rn. 2; *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, StrafR BT, § 5 Rn. 1.

¹⁰ In diesem Zusammenhang werden auch eigene Ansprüche des Kindes – unter dem Begriff „wrongful life“ – diskutiert, wobei der Anspruch des gesund geborenen Kindes auf die Übernahme der Kosten seiner Existenz (unstreitig) nicht in Betracht kommt. Darüber hinaus lehnen jedoch sowohl die Rechtsprechung (vgl. BGHZ 86, 240, 250 ff. = NJW 1983, 1371, 1373 f.; OLG Düsseldorf VersR 1995, 1498; OLG München NJW 1981, 2012 f.) als auch ein Teil der Literatur (vgl. nur *Bosch*, FamRZ 1984, 262; *Cramer*, Genom- und Genanalyse, S. 136 ff.; *Debo*, Der unterbliebene Schwangerschaftsabbruch als zivilrechtlicher Haftungsgrund, S. 52 ff., S. 87 f., S. 114 f.; *Klimke*, VersR 1975, 1083, 1086; *Lange*, Haftung für neues Leben?, S. 17; *Laufs*, NJW 1984, 1383, 1387; *ders.*, NJW 1983, 1345, 1348; *D. Weber*, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, S. 54 ff.; *Zimmermann*, JZ 1997, 131, 132) eigene Ersatzansprüche behindert geborener Kinder gänzlich ab. Ein anderer Teil der Literatur bejaht hingegen mit guten Argumenten eigene Ersatzansprüche des behindert geborenen Kindes auf Ersatz seines behinderungsbedingten Mehrbedarfs (vgl. *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht Kommentar, §§ 249 BGB Rn. 18; *Bamberger/Roth/Spindler*, BGB, § 823 Rn. 763 f.; *Soergel/Mertens*, BGB, § 249 Rn. 125; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh I Rn. 192 ff.; *Dannemann*, VersR 1989, 676, 682 f.; *Deutsch*, VersR 1995, 609, 614; *ders.*, NJW 1993, 2361, 2362; *ders.*, MDR 1984, 793, 795; *ders.*, JZ 1984, 889, 890; *ders.*, JZ 1983, 451 f.; *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben („Wrongful life“), S. 116 f.; *Stürner*, VersR 1984, 297, 305 f.; *ders.*, Jura 1987, 75, 79; *ders.*, Der straffreie Schwangerschaftsabbruch in der Gesamtrechtsordnung, S. 62; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 186 ff.; *Plum*, VersR 1982, 722, 724; *Fuchs*, NJW 1981, 610, 613; *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Rn. 226 f., 230, 235).

¹¹ Vgl. *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, StrafR BT, § 5 Rn. 20; *K. Hofmann*, NJW 2004, 984; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh I Rn. 180; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1058; *Spickhoff*, NJW 2002, 1758, 1764; vgl. auch *Hillenkamp*, in: FS Amelung, S. 425, 428, der darauf hinweist, dass strafrechtliche Rechtsprechung zum seit 1995 geltenden Recht bisher nicht vorhanden ist.

¹² Vgl. *K. Hofmann*, NJW 2004, 984; *Hillenkamp*, in: FS Amelung, S. 425, 428 f.; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh I Rn. 180; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 1058, 668; *Wiebe*, ZfL 2000, 12.

Die Rechtsprechung zu der Haftung für ein planwidrig geborenes Kind, die zumeist unter dem Schlagwort der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung erörtert wird, hat sich zunächst anhand der Fehler eines Dritten im präkonzeptionellen Bereich, also Fehler, die noch vor der Zeugung des Kindes erfolgen, entwickelt.¹³ So hatte sich erstmals das Landgericht Itzehoe im Jahr 1968 mit der Frage nach der Haftung eines Apothekers auf Schadensersatz in Form des Kindesunterhalts beschäftigt.¹⁴ In diesem Fall hatte der Apotheker das Rezept eines Arztes falsch gelesen und nicht das vom Arzt verordnete schwangerschaftsverhütende Mittel, sondern ein anderes Mittel an die Kundin abgegeben, was in der Folge zu einer ungewollten Schwangerschaft und Geburt führte.¹⁵ Später kamen die Fälle der fehlerhaften Sterilisation¹⁶ sowie der fehlerhaften präkonzeptionellen Beratung¹⁷ hinzu, die ebenfalls zu einer ungewollten Schwangerschaft und Geburt – in letzterem Falle zu der unerwünschten Geburt eines erbgeschädigten Kindes – geführt hatten.

Allerdings sollte es nicht bei diesen Fällen verbleiben, vielmehr erfuhr die „Kind als Schaden“-Rechtsprechung in der Folge eine Erweiterung auf solche Arztfehler, die nach der Zeugung des Kindes während der Schwangerschaft, also im postkonzeptionellen Bereich erfolgen.¹⁸ In diesen Fällen stellt sich neben den allgemeinen Problemen der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung vor allem die Frage nach der Zulässigkeit eines – gegebenenfalls hypothetischen – Schwangerschaftsabbruchs, denn regelmäßig verlangen die Eltern von dem Arzt Ersatz des Unterhalts für das ungewollt geborene Kind mit dem Argument, dass es ohne die ärztliche Pflichtverletzung aufgrund einer Schwangerschaftsunterbrechung nicht geboren worden wäre. Die Zivilgerichte müssen demnach bei der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs die §§ 218 ff. StGB inzident prüfen. Daher erhalten diese Straftatbestände ihre Auslegung zumeist durch die zivile Haftungsrechtsprechung.¹⁹ Diese postkonzeptionellen, ärztlichen Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit einem

¹³ Vgl. nur LG Itzehoe VersR 1969, 265 = FamRZ 1969, 90; BGHZ 76, 249 ff. = NJW 1980, 1450; BGHZ 76, 259 ff. = NJW 1980, 1452; BGH NJW 1981, 630 = VersR 1981, 278 ff.; BGH NJW 1981, 2002 = VersR 1981, 730 ff. = MDR 1981, 1003 ff.

¹⁴ LG Itzehoe VersR 1969, 265 = FamRZ 1969, 90.

¹⁵ LG Itzehoe VersR 1969, 265 = FamRZ 1969, 90.

¹⁶ BGHZ 76, 249 ff. = NJW 1980, 1450; BGHZ 76, 259 ff. = NJW 1980, 1452; BGH VersR 1980, 719; BGH NJW 1981, 630 = VersR 1981, 278 ff.; BGH NJW 1981, 2002 = VersR 1981, 730 ff. = MDR 1981, 1003 ff.; BGH NJW 1984, 2625 = VersR 1984, 864 ff.; BGH NJW 1992, 2961 = VersR 1992, 1229, 1229 f.

¹⁷ BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788; LG München I VersR 1970, 428 = FamRZ 1970, 314; vgl. auch *Belling*, ZfL 1995, 38.

¹⁸ So urteilte der BGH erstmals im Jahr 1983 zu einem Fall des pflichtwidrig unterbliebenen Schwangerschaftsabbruchs, vgl. BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371. Siehe dazu auch *Müller*, NJW 2003, 697, 699; *Schmidt-Recla/Schumann*, MedR 2002, 643, 644. So auch schon *Deutsch*, JZ 1978, 532.

¹⁹ *Spickhoff*, NJW 2002, 1758, 1764; *Hillenkamp*, in: FS Amelung, S. 425, 428 f.; *Soergel/Spickhoff*, BGB, § 823 Anh I Rn. 180; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 668, 1058; *K. Hofmann*, NJW 2004, 984.

misslungenen oder unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch stehen im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit.

Dabei sind im Wesentlichen folgende Fallgestaltungen zu unterscheiden: Zum einen gibt es die Fallkonstellationen, in denen die Schwangere einen Arzt aufsucht, um die Schwangerschaft unterbrechen zu lassen, der Eingriff jedoch aufgrund eines ärztlichen Fehlers misslingt und die Schwangere das Kind austrägt. Zum anderen sind Fälle denkbar, in denen sich eine unwissende Schwangere in ärztliche Behandlung begibt, die Schwangerschaft jedoch vom Arzt übersehen wurde und bei der späteren Feststellung der Schwangerschaft die Frist für einen zulässigen Abbruch bereits abgelaufen ist, weshalb die Schwangere gezwungen ist, das Kind auszutragen. Die wohl häufigste Fallgestaltung ist jedoch diejenige, in der eine postkonzeptionelle genetische Beratung oder Diagnostik fehlerhaft erfolgt ist – etwa indem Testergebnisse falsch ausgewertet wurden oder aber eine korrekte, vollständige Beratung der Schwangeren über mögliche Fehlbildungen und Krankheiten des Fötus im Rahmen der allgemeinen Schwangerschaftsvorsorge unterblieb, weshalb weiterführende Untersuchungen nicht vorgenommen wurden – und daher eine Behinderung des Kindes übersehen wurde. Die Eltern des geschädigten Kindes, die in diesen Fällen zumeist den Ersatz des Unterhalts zuzüglich des behinderungsbedingten Mehrbedarfs für das Kind einklagen, berufen sich in diesen Fällen stets darauf, dass sie bei korrekter Informationsgrundlage ohne die Pflichtverletzung des Arztes einen Schwangerschaftsabbruch hätten vornehmen lassen und das Kind daher nicht geboren worden wäre. Angesichts der sich stetig weiterentwickelnden Maßnahmen der pränatalen Diagnostik, die es zunehmend ermöglichen, bereits vor der Geburt noch im Mutterleib eine Schädigung des Kindes zu entdecken,²⁰ sehen sich Ärzte vermehrt mit der Problematik eines Schwangerschaftsabbruchs vor dem Hintergrund solcher embryopathischer Konfliktlagen konfrontiert, die im Falle eines Arztfehlers die Frage nach etwaigen Schadensersatzansprüchen aufwerfen.²¹

Diese „Kind als Schaden“-Fälle sind jedoch von jenen zu unterscheiden, in denen das Ungeborene aufgrund eines Arztfehlers – etwa während des Geburtsvorgangs – geschädigt wurde. Zwar verlangen die Eltern auch in diesen Fällen regelmäßig Schadensersatz. In den „Kind als Schaden“-Fällen besteht die relevante Pflichtverletzung des Arztes jedoch gerade nicht in der Schädigung des Kindes – denn das Kind leidet bereits unter einer Schädigung – sondern darin, dass der Arzt die bereits *in utero* bestehende und für ihn erkennbare Schädigung nicht entdeckt oder die Eltern hierüber nicht aufklärt, sodass sie einen zulässigen Schwangerschaftsabbruch nicht vornehmen lassen.

Die vom Zivilgericht zu treffende Entscheidung, ob ein solcher Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig war oder ein hypothetischer Abbruch zulässig gewesen wäre, richtet sich nach den strafrechtlichen Vorschriften der §§ 218 ff. StGB, weshalb das Zivilgericht diese stets als Vorfrage in dem Schadensersatzprozess zu prüfen hat. Vor allem im Hinblick auf die Dogmatik und die Auslegung der

²⁰ Genzel-Boroviczény/Friese, DÄBl. 2006, A 1960 ff.; Hentschel/Reiter-Theil, DÄBl. 2008, 47, 50; Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 218 a Rn. 38.

²¹ Vgl. nur Duttge/Bernau, ZfL 2009, 42, 44; Hillenkamp, in: FS Amelung, S. 425, 427.

Ausnahmevorschrift des § 218 a StGB bestehen jedoch diverse Probleme, die sich fundamental auf das zivile Haftungsrecht und der Frage nach etwaigen Schadensersatzansprüchen auswirken.²² Zum einen stellt sich die Frage nach der Auswirkung der problematischen und strittigen dogmatischen Struktur des § 218 a Abs. 1 StGB und der vom BVerfG postulierten Rechtswidrigkeit der darin geregelten Abbrüche auf die mögliche Zuerkennung von Schadensersatz. Zum anderen stellt sich im Rahmen der zu prüfenden Abbrüche nach § 218 a Abs. 2 StGB das Problem, dass ihr inhaltlicher Rahmen aufgrund der subjektiv geprägten Voraussetzungen schwierig zu umgrenzen ist, was letztlich zu divergierenden Auslegungen in der zivilrechtlichen Rechtsprechung und der strafrechtlichen Literatur führt. Da die §§ 218 ff. StGB weitestgehend auf den Vorgaben des BVerfG beruhen und sich ihre dogmatische Einordnung und Struktur sowie ihre inhaltliche Auslegung erst im Zusammenhang mit diesen Vorgaben verstehen lassen, darf bei der Beurteilung dieser Fragen die Rechtsprechung des BVerfG nicht außer Acht gelassen werden.

Auch wenn die Thematik der „Kind als Schaden“-Rechtsprechung in der Vergangenheit enorme Aufmerksamkeit erfahren hat und bereits vielfach diskutiert wurde, ist dem Zusammenwirken der strafrechtlichen Vorschriften der §§ 218 ff. StGB mit dem zivilen Arzthaftungsrecht unter dem Einfluss des Verfassungsrechts bisher nur vereinzelt Beachtung geschenkt worden. Daher widmet sich die vorliegende Arbeit der Frage nach den Arzthaftungsansprüchen der Eltern bei unterlassenen und misslungenen Schwangerschaftsabbrüchen unter besonderer Beachtung der Rolle des § 218 a StGB.

²² Vgl. K. Hofmann, NJW 2004, 984.

Die "Kind als Schaden"-Rechtsprechung im Verhältnis zu
den §§ 218 ff. StGB

Arzthaftungsansprüche der Eltern bei unterlassenen
und misslungenen Schwangerschaftsabbrüchen und
die Rolle des § 218 a StGB

Salaschek, S.

2018, XV, 364 S., Softcover

ISBN: 978-3-662-55240-7