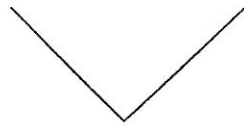


Festschrift für Erik Jayme



Sellier. European Law Publishers

Versicherungsrechtliche Vorsorge statt „Schadensfall Kind“. Der „arrêt Perruche“ und die „Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé“ als Anstoß für die Einrichtung eines „pränatalen Hilfsfonds“?

Christian Katzenmeier

1. Der Streit um „Haftung für neues Leben“

Die Frage, ob es Schadensersatz für ein unerwünschtes Kind geben kann oder ob vor der Würde eines neuen Menschenlebens die Diskussion darüber, ob es seine Existenz einem zivilrechtlich mißbilligten Verhalten zu verdanken hat, verstummen muß, rührt an den Kern unserer Rechtskultur.¹ Jahrhundertlang wurden ungewollte und behindert geborene Kinder als Fügung Gottes oder als *Wille der Natur* hingenommen. Seit aber die rasanten Fortschritte der Medizin eine Steuerung der natürlichen Vorgänge ermöglichen, und wir auch glauben, uns das Recht nehmen zu dürfen, über sie in vielgestaltiger Form zu verfügen, ist die Akzeptanz geringer, sind ungewollte und behindert geborene Kinder zum *Haftungsfall* geworden.²

Der Bundesgerichtshof begreift seit nunmehr über zwei Jahrzehnten den Unterhaltsaufwand für ein unerwünschtes – gesundes oder geschädigtes – Kind als ersatzfähigen Vermögensschaden und gewährt den Eltern, die aufgrund eines schuldhaften ärztlichen Versäumnisses in ihrer Familienplanung gestört wurden, einen prinzipiell umfassenden Schutz.³ Wichtige Fallgruppen dieser „Haftung für neues Leben“⁴ bilden die fehlgeschlagene Sterilisation, der unterlassene oder falsche Hinweis auf die Versagerquote bei einem sterilisierenden Eingriff, der mißglückte erlaubte Schwangerschaftsabbruch, sowie die im Rahmen pränataler Diagnostik pflichtwidrig nicht als Möglichkeit eröffnete zulässige Abtreibung. Auch nach dem Widerspruch des 2. Senats des BVerfG, der die rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schaden mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich garantierte Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 GG untersagte,⁵ hält der BGH an seiner Spruchpraxis fest, denn nicht das Kind, sondern dessen Unterhalt stelle den Schaden dar.⁶ Diese Position billigte zuletzt der 1. Senat – unter Verzicht auf die wohl eröffnete verfassungsgerichtliche Plenarentscheidung – jedenfalls in Fällen fehlgeschlagene

¹ Hermann Lange, Haftung für neues Leben?, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften und der Literatur Mainz, Geistes- und Sozialwissenschaftliche Klasse, Jg. 1991, Nr. 2, S. 19; s. auch Hermann Lange / Gottfried Schiemann, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 IX 7 h, S. 338: Letzterer Standpunkt hat hohen ethischen Rang, ein Stück von der weiterreichenden antiken Weisheit der Senterz „*liberum corpus nullam recipit aestimationem*“; Adolf Laufs, Schädliche Geburten – und kein Ende, NJW 1998, 796 (796 f.).

² Lange / Schiemann (Fn. 1), § 6 IX 7 a, S. 328 f.

³ GrdI. BGHZ 76, 249 u. 259; 86, 240; 89, 95; 95, 199; zuletzt BGHZ 151, 133.

⁴ Hermann Lange (Fn. 1).

⁵ BVerfGE 88, 203 (296) = NJW 1993, 1751 (1763 f.).

⁶ BGHZ 124, 128 (136 ff.); BGH, NJW 1997, 1638 (1640).

ner Sterilisation und fehlerhafter genetischer Beratung.⁷ Der Streit über das Thema „Kind als Schaden“ ist damit aber keineswegs zur Ruhe gekommen, sondern wird leidenschaftlicher denn je ausgefochten. So entfachte das jüngste BGH-Urteil eine erneute Grundsatzdiskussion.⁸ Kritiker sehen in der Differenzierung einen letztlich unstatthaften Kunstgriff. Die Unterhaltspflicht knüpfe an die Abstammung an, man könne sie nicht im Wege der Schadensersatzpflicht auf Dritte abwälzen.⁹ Dies verbiete sich auch deshalb, weil es nachteilige seelische Folgen für das Kind mit sich bringen könne, wenn es später erfahre, daß seine Existenz als Schadensereignis gewertet werde.

In der Auseinandersetzung darf eines nicht verkannt werden: die Judikate sind kein Zeugnis moralischer Stumpfsinnigkeit der urteilenden Richter, vielmehr das Ergebnis einer pragmatischen, in sich schlüssigen juristischen Dogmatik. Mit Nachdruck verfißt der VI. Zivilsenat des BGH die Wertneutralität seiner allein die wirtschaftliche Seite eines hochkomplexen Lebenssachverhalts erfassenden Betrachtungsweise. Die Begriffe „Schaden“ und „Schadensersatz“ seien juristische Kategorien, die bei sachlicher und emotionsfreier Betrachtungsweise kein Unwerturteil enthalten.¹⁰ Da in der Rechtsordnung auch anderweitig anerkannt ist, daß Unterhaltspflicht und Elternschaft auseinanderfallen können, vermag der BGH in der Übernahme der Unterhaltslast durch den Arzt keine Mißachtung des Lebensrechts und der Menschenwürde des betreffenden Kindes zu erkennen, sondern sieht darin im Gegenteil einen wirtschaftlichen Vorteil für das Kind, der geeignet sei, dessen Akzeptanz durch die Eltern zu erhöhen.¹¹

Dem schwer behinderten Kind selbst gewährt die Rechtsprechung keine eigenen Ansprüche.¹² Denn Alternative zum Leben unter schweren und schwersten Bedingungen wäre in den einschlägigen Fällen ja nicht das nicht mögliche Leben als gesunder Mensch, sondern die Nicht-Existenz. Ein Recht auf Nicht-Existenz lasse sich nicht postulieren, und die Existenz könne gegenüber der Nichtexistenz auch nicht als Schädigung begriffen werden.

Diese Feststellungen tragen dem BGH zusätzliche Kritik ein. Das Gericht messe mit zweierlei Maß, wenn es dem unerwünschten, mit kongenitalen Gebrechen geborenen Kind Ersatzansprüche versagt, wenn es also das Lebensgut einmal mit Blick auf das Kind für absolut sakrosankt, dann wieder aus der Perspektive der Eltern für weitgehend disponi-

⁷ BVerfGE 96, 378 = NJW 1998, 519. Zu dem Konflikt zwischen den beiden Senaten vgl. Rolf Stürmer, Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur?, JZ 1998, 317.

⁸ BGH, Urt. v. 18.6.2002 – VI ZR 136/01 = BGHZ 151, 133 = NJW 2002, 2636; Kritik etwa von Rolf Stürmer, Anm. in JZ 2003, 155 ff.; Christian Wagner, Das behinderte Kind als Schaden?, NJW 2002, 3379 ff.; Adrian Schmidt-Recla / Eva Schumann, Anm. in MedR 2002, 643 ff.; Christian Katzenmeier, Anm. in JR 2003, 70 f.; zu der Entscheidung auch Erwin Deutsch, Das behindert geborene Kind als Anspruchsberechtigter, NJW 2003, 26 ff.; ders., Die Spätabtreibung als juristisches Problem, ZRP 2003, 332 ff.; um Verständnis werbend die Vorsitzende des VI. Zivilsenates Gerda Müller, Unterhalt für ein Kind als Schaden, NJW 2003, 697 ff.

⁹ Vgl. nur etwa Adolf Laufs, Arztrecht, 5. Aufl. 1993, Rdnrn. 347 ff.; ders., in: Adolf Laufs / Wilhelm Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl. 2002, § 106, Rdnr. 11 m.w.N.

¹⁰ G. Müller, NJW 2003, 697 (699).

¹¹ BGHZ 124, 128 (143 f.).

¹² BGHZ 86, 240 (250 ff.); OLG München, NJW 1981, 2012; OLG Düsseldorf, VersR 1995, 1498.

bel halte.¹¹ Und es wird auf die bedenkliche Folge dieser Ansicht hingewiesen, daß dem Kind nach einem Ableben der Eltern nichts mehr zugute kommt, es also gerade dann ganz unversorgt dasteht, wenn es einer Versorgung wegen des Wegfalls der unterhaltspflichtigen Eltern am meisten bedarf. Die unzureichende Absicherung wird von Kritikern wie Befürwortern der BGH-Rechtsprechung in besonderem Maße als unbefriedigend empfunden. Bei der Suche nach einer Lösung mag ein Blick auf die jüngere Rechtsentwicklung in Frankreich Anregungen zur Beschreitung neuer Wege geben.

II. Die jüngere Rechtsentwicklung in Frankreich

1. Der „arrêt Perruche“ der Assemblée plénière der Cour de cassation

Mit Urteil vom 17.11.2000 hat die Vollversammlung der französischen Cour de cassation einem Kind eigene (deliktische) Schadensersatzansprüche wegen der Schäden zugesprochen, die aus einer pränatalen, vom Arzt jedoch nicht zutreffend diagnostizierten Schädigung resultieren.¹⁴ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Frau Perruche befürchtete, während ihrer Schwangerschaft an Röteln erkrankt zu sein und ließ sich von ihrem Hausarzt untersuchen. Dieser beauftragte ein Labor mit verschiedenen Blutanalysen. Da Frau Perruche die möglichen schwerwiegenden Folgen einer Röteln-Infektion für ihren Fötus bekannt waren, ließ sie den Arzt wissen, daß sie die Schwangerschaft bei einem positiven Ergebnis abbrechen werde. Die Suche nach Antikörpern führte zu widersprüchlichen Resultaten, aus denen der Arzt fälschlicherweise den Schluß zog, die Schwangere sei gegen Röteln immun. Einige Monate später brachte die Frau einen schwerstbehinderten Sohn zur Welt. Neurologische Störungen, eine beidseitige Taubheit, eine Retinopathie und eine Kardiopathie haben zur Folge, daß das Kind seit seiner Geburt von einer Drittperson betreut werden muß.

Nach einem langen und komplizierten Verfahren¹⁵ entschied die Cour de cassation: Da die durch den Arzt und das Labor begangenen schuldhaften Vertragsverletzungen es Frau X unmöglich gemacht haben, ihre Wahlmöglichkeit bezüglich eines Schwangerschaftsabbruchs wahrzunehmen, um die Geburt eines behinderten Kindes zu verhindern, kann

¹¹ Eduard Picker, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben – „Wrongful life“, 1995, S. 26 ff. und passim; dazu Reinhard Zimmermann, „Wrongful life“ und „wrongful birth“, JZ 1997, 131 f.; Laufs, NJW 1998, 796 (797).

¹⁴ Cass. (Ass. Plén.) 17.11.2000, Epx Perruche c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autres, Sem. Jur. 2000 II 10438, bestehend aus dem Bericht des Referenten Pierre Sargos und den Schlußfolgerungen des Generalanwalts Jerry Sainte-Rose; mit Anmerkungen von François Chabas. Das Urteil ist abrufbar unter <http://www.courdecassation.fr/arrets/visu.cfm?num=700>.

¹⁵ Das Urteil erging in einem zweiten Kassationsverfahren. Sowohl die Cour d'appel Paris (CA Paris 17.12.1993, Ponoussamy et autre c. Epx Perruche et autres, Dalloz 1995 somm. 98) als auch die Cour d'appel Orléans (CA Orléans 5.2.1999, unveröffentlicht, abgedruckt in Jean Guigüe, Gaz.Pal. 2001, 26 (27); kommentiert durch Jean Hauser, in: Rev. trim. droit civil 2000, 80 ff.) hatte Schadensersatzansprüche des Kindes mit der Begründung abgelehnt, die Behinderung des Neugeborenen habe ihre Ursache in dessen Erbanlagen und hafte seiner Existenz unabhängig von jeglicher Behandlungsmaßnahme an. Die Sache kam wieder vor die Cour de cassation, die nunmehr in ihrer würdevollsten Besetzung, als Assemblée plénière, erneut zu entscheiden hatte.

dieses Ersatz des aus der Behinderung fließenden und durch die erwiesenen Pflichtverletzungen verursachten Schadens verlangen.¹⁶

Die Cour de cassation sprach dem Kind Ersatzansprüche zu, nicht weil die Pflichtverletzung des Arztes und des Labors für seine *Schädigung* ursächlich gewesen wäre – das „handicap“ lag in den Erbanlagen begründet und haftete der Existenz des Kindes unabhängig von jeder Behandlungsmaßnahme an. Stattdessen stellte das Gericht auf die Kausalität für die *Nachteile* ab, die dem Kind infolge seines Gebrechens entstanden sind. Was allein interessierte, war die Entwicklung des Lebens des Kindes, das von Leiden und Nachteilen aller Art geprägt ist, die den Beklagten zugerechnet wurden, weil durch ihre Pflichtverletzung die schwangere Frau das ihr zustehende Bestimmungsrecht über die Austragung des Kindes oder den Abbruch der Schwangerschaft nicht wirksam ausüben können.¹⁷

Der Rapport des berichterstattenden Rates an der Cour de cassation *Sargos* qualifizierte es als eine bedeutungslose Binsenweisheit, eine „lapalissade sans portée“, daß die Fehldiagnose des Arztes biologisch betrachtet nicht die Ursache der Schädigung des Kindes ist. Entscheidend sei, daß die Schädigung ohne die Verletzung einer Pflicht des Arztes aus dem Vertrag mit der Mutter nicht eingetreten wäre. Die Pflichtverletzung sei damit zwar *nicht biologisch, wohl aber rechtlich* die Ursache für die Nachteile und Leiden des Kindes.¹⁸

Unerheblich soll auch sein, daß die aus dem Vertrag mit der Mutter sich ergebenden ärztlichen Pflichten nur dieser gegenüber bestanden.¹⁹ Die Vertragspflicht sei für einen Dritten eine Rechtstatsache, ein „fait juridique“, auf den sich jedermann, auch ein Nichtvertragspartner berufen kann: Ein Dritter, der geltend macht, er sei durch eine Vertragsverletzung gegenüber dem Gläubiger geschädigt worden, drängt sich nicht in den Vertrag hinein, sondern beruft sich auf die verletzte Pflicht als Grundlage einer außervertraglichen Haftung. Letztlich sind dem Arzt die Vertragspflichten gegenüber der Mutter als *Berufspflichten* auferlegt. Als solche bestehen sie zugleich gegenüber dem Kind und ist ihre Verletzung „fait fautif“ im Sinne der außervertraglichen Haftungsnormen, insbes. Art. 1382, 1384 Cc.

¹⁶ »Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues.« (Sem. jur. 2000 II 10438, 2293).

¹⁷ In den Ausführungen des Berichterstatters findet sich eine Abstraktion der Behinderung vom Leben des Kindes, vgl. *Sargos*, JCP 2000 II, n° 10438, 2293 (2302): «... ce n'est pas la naissance et la vie même de l'enfant qui constituent le préjudice dont il est demandé réparation. Le préjudice réparable est au contraire exclusivement celui qui résulte du handicap qui va faire peser sur l'enfant pendant toute son existence des souffrances, charges, contraintes, privations et coûts de toute nature. N'est-il dès lors pas plus cohérent en droit et en équité de lui allouer personnellement la réparation de ce préjudice plutôt que d'user du subterfuge d'une augmentation artificielle de l'indemnisation des parents?« Ähnlich *Jean-Luc Aubert*, Indemnisation d'une existence handicapée qui, selon le choix de la mère, n'aurait pas dû être, *Daloz* 2001, chron. 489 (490); *Michelle Gobert*, La Cour de cassation méritait-elle le pilori?, *Petites Affiches* 2000, n° 245, 4 (7); *Basil Markesinis*, Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à partir de l'arrêt Perruche, *Rev. trim. droit civil* 2001, 77 (89); dagegen aber *Denis Mazeaud*, Réflexions sur un malentendu, *Daloz* 2001, chron. 332 (334 f.).

¹⁸ Rapport Nr. 38.

¹⁹ Rapport Nr. 39.

Die Begründung eigener Ersatzansprüche des Kindes gegen den Arzt erfolgte somit durch eine doppelte Weichenstellung: das sehr weite, nicht naturwissenschaftliche, sondern rechtlich-moralische Kausalitätsverständnis (soweit man nicht von einer Ersetzung des Kausalzusammenhangs durch ein besonderes Zurechnungskriterium der „implication“ des Arztes sprechen will)²⁰ und die Gleichbehandlung der vertraglichen und außervertraglichen Arzthaftung, gestützt auf ein einheitliches Konzept der Pflichtwidrigkeit.²¹

2. Einschreiten des Parlaments durch Erlaß der Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002: Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Kaum ein Richterspruch hat so heftige Reaktionen ausgelöst wie das Perruche-Urteil der Assemblée plénière. In der französischen Öffentlichkeit brach ein regelrechter Proteststurm los. Ärzte, Juristen und Vertreter von Behindertenorganisationen kritisierten den Entscheid mit ungewöhnlicher Schärfe. Dreißig prominente Rechtsgelehrte traten dem Gericht in einer gemeinsamen Protestnote öffentlich entgegen.²² Die Richter des Kassationsgerichtshofs fühlten sich übrigens völlig mißverstanden, weil sie keineswegs dem behinderten Kind das Lebensrecht absprechen oder seine Menschenwürde beeinträchtigen, sondern im Gegenteil seine finanzielle Versorgung über die Lebenszeit der Eltern hinaus sicherstellen wollten.²³

Anfang des Jahres 2001 befaßte sich das Comité Consultatif National d'Ethique mit den Problemen und gab eine Stellungnahme ab.²⁴ Das Ethikkomitee hütete sich, die Cour de cassation in puncto Kausalitätsfeststellung zu kritisieren, machte allerdings deutlich, daß es eine Verbesserung der Lage der Kinder durch Regelungen der solidarité collective vorziehen würde. Nur dann sei gewährleistet, daß das Recht der zivilrechtlichen außervertraglichen Haftung nicht mit fürsorgerechtlichen Überlegungen befrachtet werde. Im Frühjahr 2002 handelte der französische Gesetzgeber. Die Nationalversammlung verabschiedete bei nur einer Gegenstimme die Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002: Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.²⁵ Artikel 1 dieses Gesetzes bestimmt:

„I. – Niemand kann einen Schaden allein daraus geltend machen, daß er geboren wurde.

Eine Person, die mit einer auf einem ärztlichen Fehler beruhenden Behinderung geboren wurde, kann dann den Ersatz ihres Schadens erhalten, wenn der Fehler unmittelbar die Behinderung verursacht oder verschlimmert hat oder der Fehler verhindert hat, die geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die Behinderung zu mildern.

²⁰ In diese Richtung auch *Markesinis*, *Rev. trim. droit civil* 2001, 77 (93 f.).

²¹ Zum Voranstehenden vgl. die Urteilsanalyse von *Hans Jürgen Sonnenberger*, Ersatzansprüche trotz pränataler Schäden nach ärztlicher Fehldiagnose ausgetragener Kinder, *FamRZ* 2001, 1414 ff.

²² Abgedruckt in *Le Monde* vom 24.11.2000.

²³ Trotz anhaltender Kritik bestätigte die *Cour de cassation* ihre Auffassung sowohl in drei Urteilen vom 13.7.2001 (Sem. Jur. 2001 II 10601; *Daloz* 2001, 2325) als auch in einem Doppelurteil vom 28.11.2001 (Sem. Jur. 2002 II 10018; *Daloz* 2001, 3587) und beschränkte sich darauf, die Voraussetzungen der Haftung in Einzelfragen zu präzisieren.

²⁴ Dokument Nr. 68 v. 29.5.2001, abrufbar unter <http://www.ccne-ethique.fr>.

²⁵ Vgl. den Text des ganzen Gesetzes sowie die Hinweise zur Diskussion des Entwurfs und das weitere Verfahren unter <http://www.senat.fr/dossierleg/pj101-004.html>.

Wenn die Verantwortlichkeit eines Fachkundigen oder einer Gesundheitseinrichtung gegenüber den Eltern eines Kindes besteht, welches mit einer Behinderung geboren wurde, die während der Schwangerschaft wegen eines qualifizierten Verschuldens nicht entdeckt wurde, können die Eltern Entschädigung verlangen lediglich in Höhe ihres eigenen Schadens. Diese Entschädigung kann nicht die Mehraufwendungen umfassen, die lebenslang für das Kind durch die Behinderung entstehen. Die Fürsorge für eben besagtes Kind unterliegt der Zuständigkeit der nationalen Solidarität.²⁶

Das neue Gesetz über die Patientenrechte und Qualität des Gesundheitswesens schränkt die Klagemöglichkeiten der Eltern ein. Einerseits wird für solche Klagen nunmehr ein qualifiziertes Verschulden („faute caractérisée“) des Arztes vorausgesetzt. Andererseits kann nur der durch die Eltern selbst erlittene Schaden („leur seul préjudice“) ersetzt werden. Das Gesetz schließt damit den durch die Behinderung des Kindes anfallenden Unterhaltsmehraufwand ausdrücklich aus und sieht vor, daß der Ersatz dieses Schadens Sache der solidarité nationale sei.

Mit der Verabschiedung der Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002: Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé haben die französische Regierung und die Nationalversammlung auf den vehementen öffentlichen Protest reagiert. Allerdings wird das unter großem Druck in kurzer Zeit verabschiedete Gesetz kaum als Meisterstück legislativischer Kunst angesehen. Kritik richtet sich gegen das Erfordernis eines qualifizierten Verschuldens und die Umschreibung des ersetzbaren Schadens.²⁷ Einzelne Autoren sind der Meinung, daß der Gesetzeswortlaut die Perruche-Rechtsprechung rechtlich nicht wirksam unterbinden könne.²⁸

III. Perspektiven für das deutsche Recht

Der arrêt Perruche verdeutlicht die Schwierigkeiten, die Gerichte angesichts der Fortentwicklungen der modernen Medizin mit den überlieferten Regeln des privaten Haftungsrechts haben. Indem er bewußt und grundsätzlich von den bisher vorliegenden Entscheidungen der Obergerichte anderer Staaten²⁹ einschließlich des BGH abweicht, ist er geeig-

²⁶ «I. – Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.»

²⁷ Vgl. etwa Patrick Mistretta, La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, Sem. jur. 2002 I 1082 f.; Marie-Christine De Montecler, Les premiers effets de la loi anti-Perruche, Dalloz 2002 jp. 2156.

²⁸ Mireille Fabre-Magnan, L'affaire Perruche: pour une troisième voie, Droits 2002, 119 (128 ff.); Mistretta, Sem. Jur. 2002 I 1082 f.; De Montecler, Dalloz 2002 jp. 2156; Patrice Jourdain, Loi anti-Perruche: une loi démagogique, Dalloz 2002, 891.

²⁹ Vgl. den Überblick bei Christian v. Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. I, 1996, S. 576 ff.; Eduard Picker, Schadensersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful birth“) – Medizinischer Fort-

net, die Diskussion über die Sicherung der Existenzgrundlagen der betroffenen Kinder auch hierzulande wieder zu eröffnen.³⁰

1. Schadensersatz wegen „wrongful life“?

a) Der Standpunkt der Rechtsprechung

Die Frage, ob neben den Eltern wegen „wrongful birth“ das Kind selbst Ansprüche gegen den Arzt wegen „wrongful life“ hat, lag dem BGH erst ein einziges Mal zur Entscheidung vor. Sie wurde vom VI. Zivilsenat mit solcher Entschiedenheit verneint,³¹ daß keine weiteren Fälle an das Gericht herangetragen wurden. Die Richter begründen ihren Standpunkt damit, daß zum einen dem Beratungsvertrag zwischen Arzt und Patient die erforderliche Schutzwirkung für Dritte (nämlich für das ungeborene Kind) nicht zu entnehmen sei; denn das geltende Recht gewähre der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse. Vor allem aber sei in diesem Bereich eine rechtliche Regelung der Verantwortung für weitgehend schicksalhafte und naturbedingte Verläufe nicht mehr sinnvoll und tragbar, weil der Mensch grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen habe, wie es von Natur gestaltet sei, und ihm kein Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung zustehe.³²

b) Argumente für einen eigenen Schadensersatzanspruch des Kindes

Die bedenkliche Folge dieser Ansicht, daß behinderten Kindern nach dem Ableben der Eltern nichts mehr zugute kommt, ihr Elend sich also gerade dann noch verschärft, wenn sie einer Versorgung wegen des Wegfalls der Unterhaltspflichtigen am meisten bedürfen, führt dazu, daß sich im Schrifttum die Stimmen mehren, die eine „wrongful life“-Klage bejahen wollen.³³ So heißt es etwa in der Neuauflage des führenden Werkes zum Schadensrecht,³⁴ deshalb sei „noch einmal nachzufragen, ob nicht doch eine Zurechnung des

schritt als zivilisatorischer Rückschritt?, AcP 195 (1995), 483 ff.; ders. (Fn. 13), S. 1 ff.; Hans Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993, S. 270 ff.; Stürmer, JZ 1998, 317 (321 ff.).

³⁰ So schon Sonnenberger, FamRZ 2001, 1414; Andreas Spickhoff, Die Entwicklung des Arztrechts 2001 / 2002, NJW 2002, 1758 (1764).

³¹ BGHZ 86, 240 (250 ff.); Nachweise aus der Rspr. der Oberlandesgerichte in Fn. 12.

³² S. auch Harald Franke, Neue Dimensionen in der Arzthaftung: Schäden bei der Geburtshilfe und Wrongful life als Exponenten einer Entwicklung?, VersR 1990, 1181 (1184); G.Müller, NJW 2003, 697 (699): Das ist der tragende Gedanke, der auch etwaige Ansprüche des Kindes gegen seine Eltern ausschließt, wie sie gelegentlich erwogen werden.

³³ Vgl. außer den nachfolgend Genannten noch etwa Dieter Giesen, International Medical Malpractice Law, 1988, Rdnnr. 478 ff.; Andreas Reinhart, „Wrongful life“ – Gibt es ein Recht auf Nichtexistenz?, VersR 2001, 1081 ff.; ders., Familienplanungsschäden, 1999, S. 198 ff., 229; Reimer R. Gay, Schadensersatzklagen wegen der Verletzung des „Rechtes auf die eigene Nichtexistenz“ („Wrongful life“), 1989; Susanne Stieglitz, Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht, 1989; für einen Anspruch auf Schmerzensgeld Claudia Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, 2002, S. 597 ff.

³⁴ Lange / Schiemann (Fn. 1), § 6 IX 7, S. 336 f., anders noch die Vorauffage aus dem Jahr 1990.

Behindertenzustandes des Kindes selbst denkbar ist“.¹⁵ Gewiß lasse sich für die konkrete Existenz des Behinderten dessen „Schaden“ nicht wegdenken, ohne daß sein Leben und somit seine Möglichkeit, überhaupt Ansprüche zu haben, entfielen. Dies sei aber „eine reine Kausalbetrachtung, die der Zurechnungsfrage als einer vom Gleichbehandlungsgebot bestimmten Bewertung der beteiligten Interessen nicht gerecht wird“. Die hier zu erörternde Problematik sei von derjenigen vorgeburtlicher und vor allem noch vor oder in der Zeugung liegender Schädigungen nicht so weit entfernt, daß deshalb eine grundlegend andere Bewertung angebracht wäre.¹⁶ Das für die Entscheidung ausschlaggebende Interesse des Kindes sei freilich ein „Lebenskonträres“:¹⁷ Grundlage seines Anspruchs sei die Abwägung, daß es sich – wenn ihm die Entscheidung möglich wäre – eher gegen sein Leben überhaupt entscheiden würde. Da es aber lebt, könne und dürfe die Rechtsordnung diese Entscheidung nicht mehr von ihm verlangen. Gerade deshalb müsse sie als ein Gebot der Humanität anerkennen, daß die konkrete Form seiner Existenz einem Dritten zuzurechnen sei.¹⁸ Im Verhältnis zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern möge man dies aus familienechtlichen Gründen anders sehen. Gegenüber dem verantwortlichen Dritten, insbesondere dem Arzt, stehe dem Kind ein Anspruch auf Ersatz des behinderungsbedingten Mehrbedarfs zu.¹⁹

Andere Autoren postulieren eine „allgemeine deliktische Rechtspflicht des beruflich Tätigen gegenüber dem Ungeborenen, dessen Eltern die Entscheidung zu ermöglichen, daß er nicht ein behindertes Leben führt“, wobei als Schutzgut „das potentielle Persönlichkeitsrecht des Nasciturus“ in Betracht kommen soll.⁴⁰ Die Entscheidung der Mutter für den Schwangerschaftsabbruch beende zwar sein Leben, bewahre ihn jedoch „vor Behinderungen, die jedenfalls belastend sind“. Diese Haftung entspreche auch der Idee der Berufshaftung, nämlich Einstehen für Nichterreichen des Standards des Berufskreises durch Übernahme der typischen Folgen. Es dürfe nicht übersehen werden, daß auf der einen Seite ein Fehler vorliegt, auf der anderen Seite ein daraus hervorgegangener erheblicher Mehrbedarf. Beides soll unter dem Aspekt gerechter Schadenstragung dazu führen, daß das Kind selbst gegen den Arzt vorgehen kann. Der Nasciturus sei zumindest auch in den Schutzbereich des zwischen dem Arzt und der Mutter geschlossenen Vertrages einbezogen.⁴¹

¹⁵ Mit Hinweis auf zwei frühe Entscheidungen kalifornischer Gerichte *Curlender v. Bio-Science-Laboratories* 165 Cal. Rptr. 477 (App. 1980) und *Turpin v. Sortini* 643 p. 2d 954 (Cal. 1982), angeführt von *Stoll* (Fn. 29), S. 283 ff. (dort S. 280 ff. auch zu entgegengesetzten anglo-amerikanischen Entscheidungen). Ausführlich zur U.S.-amerikanischen Rechtslage zuletzt *Junker* (Fn. 33), S. 45 ff.

¹⁶ Zur vorgeburtlichen Schädigung BGHZ 8, 243; 58, 48; 106, 153; s. auch *Stoll* (Fn. 29), S. 284 ff. Gegen die Anknüpfung hieran aber *Picker* (Fn. 13), S. 20 f. mit Fn. 51.

¹⁷ Dazu genauer *Picker* (Fn. 13), S. 106 ff.

¹⁸ So auch wenigstens als denkbare Alternative *Picker* (Fn. 13), S. 116 f.

¹⁹ Ebenso u.a. *Stoll* (Fn. 29), S. 284 ff.; *Soergel / Hans Joachim Mertens*, BGB, 12. Aufl. 1990, vor § 249, Rdnr. 47; *Erman / Gottfried Schiemann*, BGB, 10. Aufl. 2000, § 823, Rdnr. 22; *Hein Kötz / Gerhard Wagner*, Deliktsrecht, 9. Aufl. 2001, Rdnr. 55.

⁴⁰ *Erwin Deutsch / Andreas Spickhoff*, Medizinrecht, 5. Aufl. 2003, Rdnr. 344; *Erwin Deutsch*, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, *VersR* 1995, 609 (614); dagegen etwa *Ralph Bachhaus*, Inwieweit darf die Unterhaltungspflicht für ein Kind als Schaden bewertet werden?, *MedR* 1996, 201 (205): „sehr kühn“.

⁴¹ *Erwin Deutsch*, *NJW* 2003, 26 (27); *ders.*, *VersR* 1995, 609 (614); *Deutsch / Spickhoff* (Fn. 40), Rdnr. 344; dafür auch *Staudinger / Johannes Hager*, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823, Rdnr. B 51.

Wiederholt betont das Schrifttum den Respekt vor der Person des Kindes. Vom BGH als Argument gegen eine Qualifizierung behinderten Lebens als „Schadensfall“ verwendet, bedeutet dieser Gesichtspunkt der Cour de cassation im arrêt *Perruche* den tieferen Grund für die Gewähr einer Entschädigung, indem sie die Frage stellt: „Wo ist der wirkliche Respekt vor der menschlichen Person und dem Leben: in dem abstrakten Zurückweisen jeder Entschädigung, oder im Gegenteil in ihrer Anerkennung, die es dem Kind wenigstens materiell erlauben wird, unter der menschlichen Würde eher entsprechenden Bedingungen zu leben, ohne den Zufällen familiärer, privater oder öffentlicher Hilfen ausgesetzt zu sein?“⁴² Der Schadensersatzanspruch wird so zum Ausdruck altruistischer Humanität. Vertreter des Standpunktes, das Kind als unmittelbar Betroffener der ärztlichen Sorgfaltswidrigkeit dürfe nicht rechtlos gestellt werden, nehmen ihrerseits ein moralisch hoch stehendes Prinzip für sich in Anspruch.⁴³

c) Hindernisse

Nicht wirklich abschließend beurteilen läßt sich, ob den divergierenden Entscheidungen des BGH und der Cour de cassation einfach nur unterschiedliche policy considerations zugrunde liegen, oder ob sich hier ein weiteres Mal der Umstand auswirkt, daß man es in Deutschland mit einem mehr analytischen und in Frankreich mit einem offenen Haftungskonzept zu tun hat.⁴⁴ Der in mehrfacher Hinsicht undogmatische Ansatz der Cour de cassation ist erkennbar von dem Bemühen geprägt, den praktischen Bedürfnissen des Lebens näher zu kommen.⁴⁵ Dabei erweist sich die Berufung auf das verfassungsmäßige Prinzip effektiven Schutzes menschlichen Lebens zur Begründung privater Schadensersatzansprüche durchaus als zweifelhaft und insbesondere mit Blick auf die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als problematisch. Der BGH hat einen offenen Bruch mit dem geltenden Haftungsrecht nicht gewagt, sondern war stets darauf bedacht, die Grundkonzeption des zivilen Schadensersatzrechts zu wahren.⁴⁶ Ein eigener Schadensersatzanspruch

⁴² *Sargos*, *JCP* 2000 II, n° 10438, 2293 (2302): «Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées publiques?» ; ihm ausdrücklich folgend *Patrice Jourdain*, Anm. in *Dalloz* 2001 jp. 336 (338).

⁴³ Vgl. *Thomas Winter*, Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs, *JZ* 2002, 330 (336).

⁴⁴ Hierzu eingehend *Christian v. Bar*, Das deutsche Deliktsrecht in gemeineuropäischer Perspektive, 1999; speziell zur Haftung für neues Leben *Thomas Winter*, „Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“, 2002.

⁴⁵ Vgl. bereits *Christian v. Bar*, *Wrongful life* in Frankreich, *ZEuP* 2001, 121 (124), Anm. zu zwei Urteilen der Cour de cassation v. 26.3.1996; Hinweis auch von *Stürmer*, *JZ* 1998, 317 (323), daß in Frankreich (und einigen US-Staaten) beim eigenen Anspruch des Kindes „pragmatisches Denken rechtsphilosophische und dogmatische Skrupel überwiegt“.

⁴⁶ *Sonnenberger*, *FamRZ* 2001, 1414 (1416) weist darauf hin, daß Art. 1382 Cc die Begründung eigener Ansprüche des Kindes erleichtere, da er im Unterschied zu § 823 Abs. 1 BGB nicht das Vorliegen einer Körper- oder Gesundheitsverletzung verlangt, vielmehr ausreichen läßt, daß eine Pflichtwidrigkeit ursächlich für irgendwelche materiellen oder immateriellen Nachteile ist. Indes bereitet die Feststellung eines vom behandelnden Arzt verursachten Schadens in beiden Rechtsordnungen die gleichen Probleme.

des Kindes setzt einen *eigens erlittenen Schaden* voraus. Ein solcher Nachteil kann nicht in der – isoliert betrachteten – Behinderung gesehen werden, sondern läßt sich nur anhand der *Differenzhypothese* ermitteln.⁴⁷ Die Frage, ob ein nachteiliger Zustand hervorgerufen worden ist, erfordert einen Vergleich des jetzigen Zustandes mit dem, der ohne schädigen Ereignis bestehen würde. In den hier zu beurteilenden Fällen bot sich die Alternative eines Lebens ohne Behinderung zu keinem Zeitpunkt. Bei einer korrekten Durchführung der medizinischen Maßnahme wäre das Kind nicht zur Welt gekommen. Die Nichtexistenz als Folge sorgfältigen ärztlichen Tuns wird jedoch allgemein nicht als taugliche oder auch nur zulässige Vergleichsbasis angesehen. Der begrenzten menschlichen Erkenntnisfähigkeit entzieht sich ein Urteil darüber, ob ein Leben mit schweren Behinderungen gegenüber dem Nichtleben ein Nachteil ist oder nicht eine immer noch günstigere Lage.⁴⁸ An dem Ergebnis, daß dem Kind kein eigener Schadensersatzanspruch gegen den behandelnden Arzt zusteht, ändert sich selbst im Falle grober Fahrlässigkeit des Berufstätigen nichts, denn das auf Ausgleich angelegte Haftungsrecht ist verletzung- und nicht verhaltenensorientiert.⁴⁹ Mitleid mit dem Kind und Empörung über die Nachlässigkeit des Arztes machen zwar Hilfebemühungen verständlich, sind jedoch angesichts der „kühlen Rationalität des Haftungs- und Schadensrechts“ nicht maßgebend. Das Haftungsrecht verschafft dem Kind keinen Anspruch gegen den Arzt, und der Rechtsanwender sollte der Versuchung widerstehen, durch dessen Überdehnung nach einer Versorgung und Absicherung des behindert geborenen Kindes zu streben.⁵⁰

2. Versicherungsrechtliche Vorsorge – Einrichtung eines „pränatalen Hilfsfonds“

In Frankreich schließt nun die Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002: Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé nicht nur Ansprüche des aufgrund genetischer Fehldisposition behindert geborenen Kindes gegen den Arzt explizit aus und verkürzt außerdem die Ansprüche der Eltern,⁵¹ sondern rückt einen Gedanken in den Mittelpunkt, der in der öffentlichen Diskussion bislang zu kurz kam: die *Verantwortung der Allgemeinheit*. Das Gesetz bestimmt, daß der Ersatz des durch die Behinderung des Kindes anfallenden Unterhaltsmehraufwands Sache der solidarität nationale sei. Zu dieser Klarstellung sah sich der Gesetzgeber angesichts einer für unzureichend erachteten fürsorge- und sozialversicherungsrechtlichen Lage veranlaßt, und eben darin liegt die wichtigste Anregung für unsere Diskussion.

⁴⁷ Grdl. Friedrich Mommsen, *Lehre vom Interesse*, 1855; vgl. zum Schadensbegriff *Lange / Schiemann*, (Fn. 1), § 1, S. 26 ff., zur Differenzhypothese § 1 III. 4, S. 43 f.

⁴⁸ BGHZ 86, 240 (253); Winter, JZ 2002, 330 (333) m.w.N. und einer Auseinandersetzung mit Reinhard Merkel, in: Ulfrid Neumann / Lorenz Schulz, *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, S. 173 ff., der darauf hinweist, daß ein Zustand denkbar ist, jenseits dessen Grenzen menschliches Leben definitiv unerträglich und für seinen Träger unzumutbar ist.

⁴⁹ Winter, JZ 2002, 330 (336).

⁵⁰ Treffend Winter, JZ 2002, 330 (331 ff.); s. auch Stürmer, JZ 1998, 318 (325); Erwin Bernat, *Unerwünschtes Leben, unerwünschte Geburt und Arzthaftung*, in: Festschrift für Heinz Krejci, 2001, S. 1041 (1057); Dagmar Coester-Waltjen, *Reformüberlegungen unter besonderer Berücksichtigung familienrechtlicher und personenstandsrechtlicher Fragen*, Reproduktionsmedizin 2002, S. 183 (188 f.); G. Müller, NJW 2003, 697 (706).

⁵¹ Vgl. unter II. 2.

Zögerlich beginnt sich auch hierzulande das Bewußtsein zu entwickeln, daß die Gesellschaft die Eltern behinderter Kinder nicht alleine lassen darf, sondern in wesentlich stärkerem Maße als bisher die Verantwortung für ihre schwachen Mitglieder übernehmen und deren Existenz in angemessener Weise sicherstellen muß.⁵² Vorsorge für den behindert geborenen Menschen läßt sich sachgerecht nur im (Sozial-)Versicherungsrecht ansiedeln, welches Leistungen an der *Bedürftigkeit* ausrichtet und nicht von dem Verhinderungswillen und damit Schaden der Eltern abhängig macht.⁵³

a) Bestehende Vorsorgeregelungen

Derzeit ist der krank geborene, behinderte Mensch über die gesetzliche Kranken- und Pflegeversicherung abgesichert.⁵⁴ Vor einigen Jahren wurde für Kinder, die als behinderte Menschen i.S.v. § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX außer Stande sind, sich selbst zu unterhalten, ein *eigener Anspruch* auf Pflege und ärztliche Betreuung begründet, und zwar durch die öffentliche Leistungspflicht der Familienversicherung – einem Kernstück des Solidarausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung⁵⁵ – nach § 10 Abs. 2 Nr. 4 SGB V. Die Leistungspflicht besteht gegenüber dem Kind selbst.⁵⁶ Damit ist in gewissem Umfang eine Verpflichtung der Solidargemeinschaft begründet worden, für ein behindertes Kind aufzukommen. Allerdings knüpft die Versicherung des Familienangehörigen hinsichtlich Beginn und Ende an die Mitgliedschaft des Stammversicherten⁵⁷ und deckt auch nur bestimmte Ansprüche ab.

b) Einrichtung eines „pränatalen Hilfsfonds“

Zur Schließung verbleibender Versorgungslücken und zur Abmilderung der „Kind als Schaden“-Problematik ist die Einrichtung eines speziellen *Entschädigungsfonds* in Betracht

⁵² Vgl. den Schlußbericht der *Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“* v. 14.5.2002 in BT-Dr. 14 / 9020, S. 82 mit Kritik an einem „lebensfeindlich wirkenden Haftungsrecht“; s. auch der hessische Minister der Justiz C. Wagner, NJW 2002, 3379 (3381); G. Müller, NJW 2003, 697 (706) und bereits BGHZ 86, 240 (255).

⁵³ Stürmer, JZ 1998, 317 (325) mit Kritik an der haftungsrechtlichen Lösung, welche vor allem behinderte und kranke Menschen aus dem „finanziellen Surrogat des Verhinderungsanspruchs“ der Eltern gegen den Arzt versorge und damit das falsche Signal setze.

⁵⁴ Vgl. §§ 4 Abs. 2, 21 SGB I, 10, 27 ff. SGB V; §§ 21 a SGB I, 1, 20, 25 Abs. 2 Nr. 4 SGB XI. Entsprechende Regelungen sind im Privatversicherungsrecht vorgesehen, vgl. §§ 178 a Abs. 4, 178 d VVG; § 2 Nr. 2 AVB für Krankheitskosten- und Pflegeversicherung. Die Sozialhilfe gewährt komplementäre Leistungen.

⁵⁵ Vgl. nur Stefan Muckel, *Sozialrecht*, 2003, § 8, Rdnr. 56.

⁵⁶ Vgl. BSG, SozR 3-2500, § 10 Nr. 16; BGH, VersR 2002, 192 im Anschluß an OLG Naumburg, VersR 2001, 341. Da dem infolge fehlerhafter ärztlicher Diagnose unerwünscht geborenen behinderten Kind Schadensersatzansprüche gegen den Arzt nicht zustehen, findet auch kein Forcierungsübergang gem. § 116 SGB X auf den leistenden Sozialversicherungsträger statt; krit. Spickhoff, NJW 2002, 1758 (1764).

⁵⁷ Es besteht ein abgeleiteter Versicherungsschutz, vgl. § 19 Abs. 3 SGB V. Während des Bestehens der Stammversicherung ist dieser jedoch rechtlich selbstständig.

zu ziehen.⁵⁸ Dadurch ließe sich zum einen eine adäquate Versorgung behinderter Menschen auch nach dem Tode ihrer Eltern über den bisherigen sozialrechtlichen Sockelbetrag hinaus erreichen. Zum anderen wäre der Mehraufwand der Eltern auch dann abgedeckt, wenn diese das behinderte Kind von vornherein angenommen haben. Sie bräuchten nicht mehr den Willen zur Lebensverhinderung durch Abtreibung vorzutragen, um finanzielle Unterstützung zu erhalten.

Freilich wirft eine Fondslösung neben der (unter vorgenannten Aspekten positiv zu bezeichnenden) Legitimationsfrage eine Reihe von Organisations- und Finanzierungsfragen auf. Klärung bedarf zudem die Frage nach dem Verhältnis zum Haftungsrecht. Ein formeller Ausschluß zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche (nach dem Vorbild bisheriger Fondslösungen auf dem Gesundheitssektor,⁵⁹ nunmehr nicht der Ansprüche des unmittelbar Betroffenen, sondern seiner Eltern) oder eine Beschränkung (nach dem Vorbild des französischen Rechts⁶⁰) bedeutete einen empfindlichen Einschnitt in das System des Haftungsrechts und empfiehlt sich schon deshalb nicht. Stattdessen sollte eine Fondslösung darauf zielen, daß die zivilrechtlichen Schadensersatzregeln in der Praxis faktisch weitgehend verdrängt werden, indem Leistungen des Fonds einfacher zu erhalten sind als ein stattgebendes Urteil im streitigen Verfahren gegen den Arzt. Da dieser weiterhin vertraglichen Rückabwicklungsansprüchen der Eltern und dem Anspruch vor allem der Mutter auf billige Entschädigung für die aberlangte Umstellung ausgesetzt ist, halten sich befürchtete Präventionsverluste⁶¹ in Grenzen und lassen sich durch verstärkte Maßnahmen der Qualitätssicherung sowie berufsrechtliche Sanktionen kompensieren.

Daß die Frage der Haftung für die Geburt ungewollter *gesunder* Kinder bestehen bleibt (solange man diese nicht miteinbezieht⁶²), spricht nicht gegen den hier unterbreiteten Vorschlag. Eine Fondslösung kann sich darauf beschränken, in den dringendsten Fällen Hilfe zu leisten, ohne daß sie damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstieße.⁶³

Hinsichtlich der Finanzierung sind unterschiedliche Modelle denkbar. Ein Fonds zur Entschädigung aller behindert geborenen Kinder wäre mit staatlichen Geldern zu speisen.⁶⁴ Wollte man sich darauf beschränken, einen Fonds nur zur Entschädigung der infolge eines ärztlichen Fehlers anlagebedingt behindert geborenen Kinder zu etablieren, ließe dieser sich aus privaten Mitteln der medizinischen Leistungsträger und der beratenen oder behandelten Eltern finanzieren,⁶⁵ auch Formen der Mischfinanzierung sind möglich. Ein-

zelfragen der Einrichtung und Ausgestaltung des Fonds (Berechtigung zur Inanspruchnahme, Kriterien der Hilfsbedürftigkeit, Verteilungsschlüssel etc.) müssen der weiteren Diskussion vorbehalten bleiben. Die Erfahrungen mit der Stiftung „Hilfswerk für behinderte Kinder“, eingerichtet durch Gesetz als Reaktion auf die Contergan-Katastrophe,⁶⁶ und mit der durch Gesetz über die humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Menschen eingerichteten Stiftung⁶⁷ zeigen, daß dies jedenfalls keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereitet.

IV. Ergebnis

Die Judikatur zum „Familienplanungsschaden“, welche sich als das Ergebnis einer pragmatischen, in sich schlüssigen Dogmatik präsentiert, kann den Eltern eines ungewollt geborenen Kindes dann nichts gewähren, wenn diese sich des Kindes von Anfang an angenommen haben. Auch kann sie dem Kind gerade dann nicht helfen, wenn es der Versorgung am meisten bedarf: beim Wegfall des Unterhaltspflichtigen. Zugunsten des vorgeschädigten Kindes selbst lassen sich zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen den Arzt nicht begründen. Hilfe und überdies eine Entschärfung der „Kind als Schaden“-Problematik verspricht der Ausbau öffentlicher Leistungen. Ausgleichsansprüche blieben vom Gedanken fortdauernder Kompensation eines Anspruchs auf Verhinderung menschlichen Lebens frei. Sie wären statt dessen geprägt vom Gedanken der Vorsorge für den Fall planwidriger Geburt, wie er humaner Rechtskultur besser entspricht.⁶⁸

⁵⁸ Ges. v. 17.12.1971, BGBl. I 2018.

⁵⁹ Ges. v. 24.7.1995, BGBl. I 972; dazu *Erwin Deutsch*, NJW 1996, 755 ff.

⁶⁰ *Stürmer*, JZ 1998, 317 (326). Ob ein Fortpflanzungsmedizinengesetz, wie es der Nationale Ethikrat in seiner Sitzung vom 23.1.2003 für erforderlich hält, über die Fragen der Reproduktionsmedizin hinaus auch die ärztliche Haftung regelte (dafür bereits *Laufs*, NJW 1998, 796 (798)), bleibt ungewiß, vgl. auch *G. Müller*, NJW 2003, 697. Zu dem Gesetzesvorhaben i.Ü. *Adolf Laufs*, Auf dem Weg zu einem Fortpflanzungsmedizinengesetz?, 2003.

⁵⁸ Vgl. auch den Schlußbericht der *Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“* v. 14.5.2002 in BT-Dr. 14 / 9020, S. 82; dafür *Ruth Schimmelpfeng-Schütte*, „Pränataler Hilfsfonds“ statt „Schadensfall Kind“, *MedR* 2003, 401 ff.; *Stürmer*, JZ 2003, 155 (157); auch bereits *ders.*, JZ 1998, 317 (325 f.); abl. aber *Ulrike Riedel*, „Kind als Schaden“, 2003, S. 111 ff.

⁵⁹ Vgl. Fn. 66 f.

⁶⁰ Vgl. unter II. 2.

⁶¹ Dazu *Christian Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 249 ff.

⁶² Dafür *Stürmer*, JZ 1998, 317 (325). Eine Minderung der durch Unterhaltszahlungen entstehenden wirtschaftlichen Belastungen der Eltern läßt sich mit Hilfe des Familienleistungsausgleichs (§ 6 SGB I, vormals „Familienlastenausgleich“) erreichen. – Keine Notwendigkeit einer Fondslösung besteht bei Schädigungen der Leibesfrucht durch Fehler des Arztes bei seiner prä- oder perinatalen Tätigkeit. Dafür haftet der Arzt dem Kind nach allgemeinen Grundsätzen, vgl. *BGHZ* 8, 243; 58, 48; 106, 153.

⁶³ *Kritisch Riedel* (Fn. 58), S. 111.

⁶⁴ Dafür *Schimmelpfeng-Schütte*, *MedR* 2003, 401 (403).

⁶⁵ Dafür *Stürmer*, JZ 1998, 317 (325).