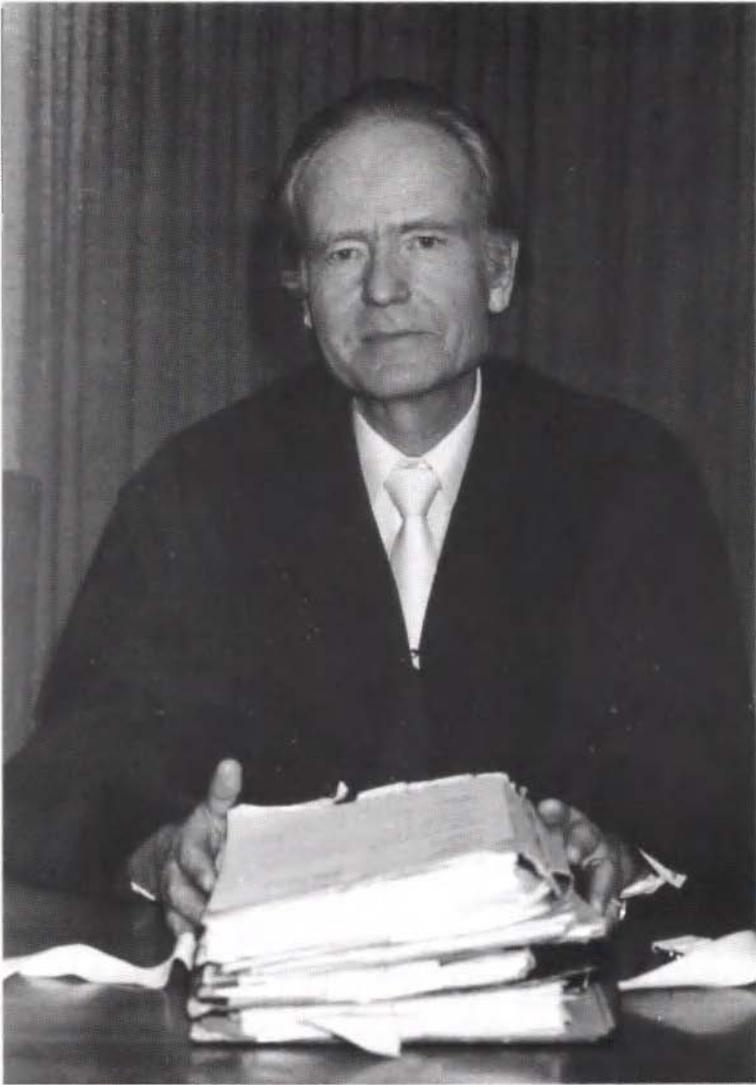


Festschrift für Erich Steffen
zum 65. Geburtstag



Ernie J. Miller.

Festschrift für
ERICH STEFFEN
zum 65. Geburtstag
am 28. Mai 1995

Der Schadensersatz und seine Deckung

herausgegeben

von

Erwin Deutsch

Ernst Klingmüller

Hans Josef Kullmann



1995

Walter de Gruyter · Berlin · New York

© Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm
über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am
28. Mai 1995 : der Schadensersatz und seine Deckung / hrsg. von Erwin
Deutsch ... – Berlin ; New York : de Gruyter, 1995
ISBN 3-11-014537-5
NE: Deutsch, Erwin [Hrsg.]; Steffen, Erich: Festschrift

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin.
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, D-10997 Berlin
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-10963 Berlin

Erich Steffen zum 65. Geburtstag

Im Geschäftsverteilungsplan des BGH ist dem VI. Zivilsenat, dessen Vorsitz der Jubilar seit Juni 1984 innehatte, vor allem der Kernbereich des deliktischen Haftungsrechtes und das oft schicksalprägende Arzthaftungsrecht zugewiesen. Juristisch gesehen bedeutet Haftung die Zurechnung einer Verantwortung einzelner oder mehrerer für einen Schaden – dahingehend konkretisiert, daß eine solche Einbuße einem oder mehreren zugerechnet wird und nicht als ein anonymes Schicksal, Ergebnis der Gefahren des täglichen Lebens, empfunden und gewertet wird. Immer wieder findet sich in den Arbeiten des Jubilars das Bemühen um eine humane Begrenzung der Verantwortung für das Ingangsetzen einer schädigenden Kausalkette, deren Ende noch über das konkrete Schadensereignis hinaus weiter wirken kann, für das aber ein menschlich und wirtschaftlich vertretbares Maß der Schadenszurechnung, wie etwa bei den *Wrongful-Life*-Entscheidungen, gefunden werden muß. Die Frage der in der Verantwortung gründenden Haftung ist wohl primär im Zurechnungszusammenhang zu sehen, das heißt Zurechnung eines Fehlverhaltens, das in einer äußeren zunehmend standardisierten Sorgfalt und einer subjektiv bestimmten inneren Sorgfaltspflicht ausdifferenziert wird. Der Jubilar zeigt sich in seinen Schriften um eine mögliche Standardisierung, insbesondere bei der zuständigen Berufshaftung im Hinblick auf die Rechtssicherheit, bemüht. Im industriellen Bereich reicht sie über das Organisationsverschulden bis zur nunmehr gesetzlich geregelten Produzentenhaftung, die übrigens mit den herkömmlichen Mitteln der Jurisprudenz vom VI. Senat im *Hühnerpestfall* und in darauf fußenden weiteren Entscheidungen schon vorweggenommen und differenziert worden ist. Die Grenzen der individuellen Anknüpfung an die innere Sorgfaltspflicht bestimmen sich komplementär durch den Schutzbereich der Norm, der zudem durch die immer wieder erhöhten Anforderungen an den gesamten Sorgfaltsbereich erweitert worden ist.

Die Verkehrssicherungspflicht als ein vielfältiger Bereich ist ein weiteres Feld, das dem Jubilar immer wieder Gelegenheit zu einzelnen erhellenden Bemerkungen geboten hat. Das gleiche gilt für die berufliche Sorgfaltspflicht, deren Verletzung er bei der qualitativen Standardisierung schon in die Nähe der Rechtswidrigkeit gerückt sehen will. Die Kenntniszurechnung von Schadensmöglichkeiten der sich immer mehr verfeinernden technischen sowie medizinischen und pharmazeutischen Errungenschaften sieht er zugleich als Herausforderungen einer Grenzenbestimmung an, die durch Ausdehnung einer Beobachtungspflicht

wohl noch nicht endgültig vollzogen ist, – ja vollzogen sein kann. Bei Erörterung der Frage, ob die Vorverlegung der Sicherungspflicht in Form von Kontroll-, Überwachungs- und Beobachtungspflichten bei einem möglichen Schadenseintritt zurechenbar ist, weist *Steffen* auf die Schwierigkeit einer einhelligen Anforderung mit guten Gründen hin; denn diese gipfelt in der Entscheidung, ob ein Negativereignis schicksalhaft oder die Folge von Fehlern ist, und wo im Detail der Fehler der Erkenntnis stecken könnte. Manchmal verschleifen gleichsam Organisationspflichten bei Großunternehmen und die verschärfte Haftung für Gehilfen, was er kommentierend und prognostizierend in seiner Kommentierung angesprochen hat und was auch in den Urteilen des Senates wiederholt anklingt. Ein Vergleich seiner Ausführungen zur Beweislast in der letzten Ausgabe des RGR-Kommentars mit der Darstellung in der vorhergehenden Auflage macht deutlich, wie stark die Umkehr der Beweislast dogmatisiert worden ist, meist im Interesse des Geschädigten und unter Ausweitung der Pflichten des Unternehmers und Herstellers, der nicht nur für Konstruktions- und Fabrikationsfehler, sondern auch für Instruktionsfehler und mangelnde Produktbeachtung ebenso haftet wie adäquat der Arzt für mangelhafte Aufklärung. Der differenzierte Pflichtenkreis, in dem *Steffen* eine Beweislastumkehr für gerechtfertigt hält, wird allerdings bei den Fällen der Multikausalität relativiert. Ihre entindividualisierende Wirkung möchte er in engen Grenzen gehalten sehen, wie er auch bei der Schadensberechnung dem konkreten Ansatz jeweils das Wort redet, zumindest bei Personenschäden, während er bei Sachschäden – vor allem im KFZ-Bereich – eher auch eine pauschale Regelung gegebenenfalls hinzunehmen bereit ist. Sein weiteres Interesse gilt der Berechnung der Vermögensschäden bzw. der mitunter recht problematischen Folgeschäden.

Der weiteren Entwicklung des Persönlichkeitsrechtes, die im *Herrenreiterfall* ihre erste prägnante Ausformung erfahren hat, gilt ferner – angeregt durch seine Beschäftigung mit den Grundrechten als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesverfassungsgericht – das besondere Interesse des Jubilars. Dies spiegelt sich auch in einzelnen Anmerkungen wider, etwa dort, wo er das Leugnen der Judenmorde als Angriffe auf das Persönlichkeitsbild des Menschen qualifiziert und in einer Verbindung des geschichtlichen Vorganges mit den in der Bundesrepublik lebenden Juden eine psychologische Belastung sieht, die geschichtlich nicht relativiert werden dürfe. In diesem Zusammenhang sind auch seine Ausführungen zum Recht auf Verteidigung des in seiner Ehre Angegriffenen zu sehen, dessen Ausübung er grundsätzlich in dem dafür vorgesehenen grundgesetzlichen Rahmen zugesteht, zugleich setzt er aber im Spannungsverhältnis zwischen kritischer freier Meinungsäußerung und dem Ehrenschatz des Betroffenen neue Akzente. Zu denken ist dabei

auch an die Bewertung der ehrverletzenden verdeckten Behauptung im Hinblick auf Art. 5 GG.

In einer ganzen Reihe von Aufsätzen und Vorträgen über Entwicklungstendenzen des Haftungsrechtes sowie in Anmerkungen zu einzelnen Urteilen hat er diese zum Anlaß genommen, um darauf aufbauend weiterreichende dogmatische und rechtspolitische Akzente von allgemeiner Bedeutung zu setzen. Zusammengefaßt hat er seine langjährigen Erfahrungen in der ausführlichen Kommentierung der einschlägigen Paragraphen des BGB im RGR-Kommentar. Aus der sublimierten Interdependenz seiner Veröffentlichungen und den unter seiner Mitwirkung bzw. seinem Vorsitz ergangenen Urteilen läßt sich intuitiv ermes- sen, wie weit er im Laufe seiner Tätigkeit zur zeitgerechten Ausformung unseres Haftungsrechtes aufgrund seiner großen Lebenserfahrung und seiner Lebensklugheit beigetragen hat. In manchem bedeutsamen Urteil des Senates wird das Bemühen um einen Ausgleich des Spannungsver- hältnisses zwischen der im Einzelfall gerechten Entscheidung und dem gesellschaftspolitisch erforderlichen System des Schadensausgleiches deutlich, den der Jubilar aus oft gegebenem Anlaß literarisch weiter fun- diert. Mit kleineren und größeren Beiträgen und Kommentaren, etwa bei *Lindenmaier/Möhring*, hat er, nicht zuletzt aufgrund der Erfahrungen in seinem vielgestaltigen Leben, zu einer einheitlichen judiziellen Meinungsbildung und damit zur Rechtssicherheit in dem vielfältigen Haftungsrecht einen beachtenswerten Beitrag geleistet.

Am 28. Mai 1930 in Erfurt als Sohn eines Versicherungsdirektors geboren, erhielt er seine humanistische Ausbildung an den Gymnasien in Bochum, Malchin/Mecklenburg, Schwerin und Herne. Nach dem Abitur 1950 wurde er zunächst als Berginspektor-Anwärter bei dem Oberbergamt in Dortmund eingestellt und nach bestandener Prüfung 1953 zum außerplanmäßigen Berginspektor ernannt. Nach diesem er- folgreichen Abschluß entschied er sich im gleichen Jahr, das juristische Studium aufzunehmen. Bereits nach sieben Semestern bestand er das Referendarexamen in Hamm und nach der üblichen Referendarausbil- dung in den Bezirken der Oberlandesgerichte Hamm und Düsseldorf das Assessorexamen. Der anschließende Dienst in der Justiz führte ihn zunächst als Richter an verschiedene Amts- und Landgerichte. Nachzu- tragen bleibt die Anfertigung seiner Dissertation im Jahre 1961, in der die Verbindung seiner ersten Berufstätigkeit mit seiner späteren richter- lich-wissenschaftlichen Tätigkeit aufscheint. Sie trägt den Titel „Ge- schichtliche Entwicklung und Rechtsnatur des Staatsvorbehaltes und seine Stellung zum Bergregal“. Von 1965 bis 1969 arbeitete er, zum Landgerichtsrat ernannt, als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim BGH und anschließend in gleicher Eigenschaft beim Bundesverfassungsge- richt, inzwischen zum Oberlandesgerichtsrat befördert. 1972 wurde er

zum Richter am BGH gewählt, 1984 zum Vorsitzenden Richter ernannt und mit dem Vorsitz des VI. Zivilsenates betraut, dem er schon seit Jahren angehört hatte.

Aus der schon erwähnten sublimierten Interdependenz seiner Veröffentlichungen und Vorträge und den unter seinem Vorsitz ergangenen Urteilen läßt sich der Beitrag ermessen, den der Jubilar im Laufe seiner richterlichen Amtstätigkeit zur Ausformung unseres modernen Haftungsrechtes aufgrund seiner großen Lebenserfahrung über das rein Judizielle hinaus geleistet hat.

Das reiche literarische Werk zeugt immer von dem Bemühen, das Haftungsrecht zu systematisieren und trotz der vielfältigen Lebenssachverhalte und Probleme eine dogmatische Grundlage zu schaffen, um die soziale Überalterung des BGB vorsichtig abzutragen und die neuen technischen, wirtschaftlichen und gesellschaftspolitischen Entwicklungen unter Beachtung der vom Gesetzgeber vorgesehenen Institutionen zu berücksichtigen und ihnen einen neuen zeitgemäßen Sinn zu geben. Nur selten hat er einer über den legislativen Rahmen herausgehenden Rechtsfortbildung das Wort geredet.

Das Haftungsrecht wird sich aus den oben dargestellten Gründen auch in den folgenden Jahrzehnten weiterentwickeln und neue Herausforderungen zu bewältigen haben, ebenso wie auch das Persönlichkeitsrecht sich diesen Tendenzen nicht wird entziehen können. Dabei kann die weitere Entwicklung von einer im ganzen gesicherten Grundlage fortschreiten, deren dogmatische und rechtspolitische Fundierung nicht zuletzt der langjährigen Arbeit des Jubilars und „seinem Senat“ zu danken ist.

Erwin Deutsch Ernst Klingmüller
Hans Josef Kullmann

Inhalt

ERNST ANKERMANN, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof a. D., Lübeck: Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat	1
EFSTATHIOS K. BANAKAS, Dr. iur., Norwich: Injuria in the new Anglo-American Law of Negligence	19
ERWIN BERNAT, Dr. iur., Universitäts-Dozent an der Universität Graz: Recht und Humangenetik – ein österreichischer Diskussionsbei- trag	33
ROLF BISCHOFF, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Zur Haftung des Durchgangsarztes	57
FRANZ BYDLINSKI, Dr. iur., Universitätsprofessor an der Univer- sität Wien: Schadensentstehung und Verjährungsbeginn im österreichischen Recht	65
CLAUS-WILHELM CANARIS, Dr. iur., Dr. h. c. mult., o. Professor an der Universität München: Der Schutz obligatorischer Forderungen nach § 823 I BGB	85
ERWIN DEUTSCH, Dr. iur., Dr. iur. h. c., Dr. med. h. c., o. Profes- sor an der Universität Göttingen: Zivilrechtliche Haftung aus Aufopferung	101
WOLF-DIETER DRESSLER, Dr. iur., Richter am Bundesgerichts- hof, Karlsruhe: Der Erwerbsschaden des im Betrieb des Partners mitarbeiten- den Ehegatten	121
WALTER DUNZ, Richter am Bundesgerichtshof a. D., Stuttgart: Vereitelung von Gruppen- bzw. fremdnütziger Arbeitsleistung als Deliktsschaden des Verletzten	135
JÜRGEN VON GERLACH, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof, Darmstadt: Die Haftung des Arztes für Fernwirkungsschäden	147

DIETER GIESEN, Dr. iur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Das Arzthaftungsrecht des Bundesgerichtshofs in der Rechtsprechung des Auslands	158
PETER HANAU, Dr. iur., Dr. h. c. mult., o. Professor an der Universität Köln: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Haftung im Arbeitsverhältnis	177
CHRISTIAN HUBER, Dr. iur., Dozent, Wien/Augsburg: Der Erwerbsschaden des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung – „amerikanische Verhältnisse“ durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs?	193
STIG JØRGENSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Århus: „Bürgerliches Mittelmaß“	205
MARTIN KAROLLUS, Dr. iur., o. Professor an der Universität Linz: Die Rückkehr zum individuellen deliktischen Schadensersatz bei der Konkursverschleppung und der aktuelle Streit um die Aktivlegitimation	213
ERNST KLINGMÜLLER, Dr. iur., em. Universitätsprofessor, Honorarprofessor an der Universität Karlsruhe, Richter am Oberlandesgericht a. D., Köln: Zur Bewertung der Fertilisation im islamischen Recht	225
OTTO ERNST KRASNEY, Dr. iur., Vizepräsident des Bundessozialgerichts, Kassel, Professor an der Universität Gießen: Versicherungsschutz in der gesetzlichen Unfallversicherung bei Tätigkeiten wie ein Beschäftigter (§ 539 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 RVO)	235
HANS JOSEF KULLMANN, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Bestrebungen zur Änderung der Beweislast bei der Haftung aus § 84 AMG	247
MANFRED LEPA, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Die Einwirkung der Grundrechte auf die Anwendung des Deliktsrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ...	261

HANS LILIE, Dr. iur., o. Professor an der Universität Halle/Saale: Hilfe zum Sterben	273
PETER MACKE, Dr. iur., Präsident des Brandenburgischen Oberlandesgerichts, Brandenburg: Heilbehandlungsfolgenrecht in der ehemaligen DDR	289
BURKHARD MADEA, Dr. med., Universitätsprofessor an der Universität Köln; MICHAEL STAAK, Dr. med., Universitätsprofessor an der Universität Köln: Haftungsprobleme der Arzneimitteltherapie aus rechtsmedizinischer Sicht	303
PETER MARBURGER, Dr. iur., o. Professor an der Universität Trier: Vereinbarungen über den Ersatz ökologischer Schäden nach § 16 UmweltHG	319
DIETER MEDICUS, Dr. iur., o. Professor an der Universität München: Die Forderung als „sonstiges Recht“ nach § 823 Abs. 1 BGB?	333
HERBERT MESSER, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Der Anspruch auf Geldersatz bei Kreditgefährdung, § 824 BGB, und Anschwärzung, § 14 UWG	347
GERDA MÜLLER, Dr. iur., Richterin am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Fortpflanzung und ärztliche Haftung	355
PIA RUMLER-DETZEL, Dr. iur., Vors. Richterin am Oberlandesgericht Köln: Psychosoziale Belange der Parteien in Arzthaftungsprozessen und die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Arzthaftungsrecht	373
ERIKA SCHEFFEN, Richterin am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe: Reformvorschläge zur Haftung von Kindern und Jugendlichen	387
GOTTFRIED SCHIEMANN, Dr. iur., o. Professor an der Universität Tübingen: Schadensersatz und Praktikabilität – Zur Dispositionsfreiheit des Geschädigten	399

HERBERT SCHILLING, Mitglied des Vorstandes des Gerling-Konzerns; ALEXANDER MACK, Leiter der Haftpflicht-Schadensabteilung des Gerling-Konzerns, Köln: Die Verschärfung der Umwelt- und Arzneimittelhaftung – Entwicklungen und Gefahren aus der Sicht der Haftpflichtver- sicherer	413
JOACHIM SCHMIDT-SALZER, Dr. iur., Professor an der Universität Hannover, Rechtsanwalt, Braunschweig: Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip und Beweislastum- kehr im Wandel der Zeitströmungen	429
HANS-LUDWIG SCHREIBER, Dr. iur., Dr. iur. h. c., Präsident der Universität Göttingen: Wann darf ein Organ entnommen werden? – Recht und Ethik der Transplantation	451
HANS STOLL, Dr. iur., o. Professor an der Universität Freiburg i. Br.: Schadensersatz für verlorene Heilungschance vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht	465
HANS CLAUDIUS TASCHNER, Dr. iur., Professor an der Universität Saarbrücken, Brüssel: Zur Fortentwicklung des in der Europäischen Union angegli- chenen Privatrechts durch die Gerichte der Mitgliedstaaten	479
JOCHEN TAUPITZ, Dr. iur., o. Professor an der Universität Mann- heim: Berufsständische Satzungen als Schutzgesetze i. S. des § 823 II BGB	489
REINHOLD WEBER, Dr. iur., Vors. Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe: Verfolgungsfälle: objektive und subjektive Zurechnung	507

Haftung für fehlerhaften oder fehlenden ärztlichen Rat

ERNST ANKERMANN

I.

1. Im Vordergrund des haftungsrechtlichen Interesses an Fortschritt und Risiken der modernen Medien stehen die aufsehenerregenden Entwicklungen medizinischer Apparate und damit verbundener Behandlungstechniken. Immer neue Pharmaka kommen auf den Markt, um im Kampf gegen Bakterien und Viren wenigstens zeitweise die Oberhand zu gewinnen und im menschlichen Körper ablaufende Prozesse zu beeinflussen. Weitere spektakuläre Aussichten auf erfolgreiche medizinische Interventionen verspricht die Gentechnologie. Das alles wirft neue haftungsrechtliche Fragen auf, die um so schwerer zu lösen sind, als keinesfalls ein ethischer Konsens über die Grenzen besteht, über die hinaus Interventionen in den lebenden oder nach medizinischer Definition toten menschlichen Körper nicht mehr zulässig sind. Was Krankheit ist, was es mit dem Tod auf sich hat, kann schwerlich nur von rein naturwissenschaftlichen Vorstellungen her beantwortet werden, deren teilweise naiv erscheinender Glaube an das Sicht- und Meßbare (worauf das Machbare folgt) Erkenntnissen der modernen Physik, der Sozialwissenschaften, der Psychologie, nicht zuletzt auch Sichtweisen heutiger Philosophie und Religion nicht gerecht wird. Altmodisch ausgedrückt: Der Mensch, gerade auch in seiner Eigenschaft als Patient und damit als Objekt medizinischer Eingriffe, hat außer seinem stofflichen Körper noch eine Seele; zum mindesten ist das nicht zu widerlegen. Die Medizin stößt also an Grenzen, die zu überschreiten inhuman sein könnte, sie stößt darüber hinaus auch an Grenzen, die durch die vorhandenen materiellen Mittel gezogen werden, ganz davon abgesehen, daß die Segnungen des Fortschritts nur einem sehr kleinen, privilegierten Teil der Menschheit zugute kommen. Wer mit Arzthaftungsrecht umgeht, kann und darf davon nicht absehen. Seine Wertungen können – so hofft er wenigstens – hier und da eine Signalwirkung haben. Deshalb bedarf es mehr als der Beherrschung juristischer Techniken. Kenntnis von der aktuellen gesellschaftlichen und ethischen Diskussion ist erforderlich.

2. Was neben dem äußerlichen Augenschein für den Arzt bis weit in das 19. Jahrhundert hinein im Vordergrund stand, war das Gespräch mit dem Patienten, seine Befragung. So verschaffte er sich die ihm zugäng-

lichen medizinischen Befunde. Er baute dabei in der Regel auch eine menschliche Beziehung zwischen sich und dem Patienten auf, die freilich mehr noch als heute von der Dominanz des Arztes als des Wissenden und über die Heilmittel und -kräfte Verfügenden geprägt war. Das ist nicht mehr das Modell der Arzt-Patient-Beziehung in der modernen westlichen Zivilisation. Der aufgeklärte Patient ist im Idealfall mündiger Partner des Arztes; gemeinsam gehen sie die Krankheit und das Leiden an. Dabei kommt heute, wie allgemein beklagt wird, von besonderen Therapieformen abgesehen, das Gespräch zu kurz. Das wird vielfach als Verlust erlebt. Der Patient fühlt sich einem Medizinapparat ausgeliefert. Eine Neubesinnung darauf, daß jedes Gespräch des Arztes mit seinem Patienten auch Therapie sein könnte, wird von mancher Seite gefordert. Hier ist nicht der Ort, auf diese Fragen weiter einzugehen. Natürlich ist die Kommunikation im Gespräch immer noch eine wesentliche Grundlage dessen, was das Thema dieser Abhandlung sein soll, nämlich die Beratung des Patienten durch den Arzt als Therapie im weitesten Sinne. Das gilt bei der Anamnese, die im besten Fall auch Sozialanamnese ist, bei dem Vorschlag für Diagnosemaßnahmen, dem Anraten bestimmter Therapien, und führt bis zu Ratschlägen für den weiteren Umgang mit der Krankheit und die weitere Lebensführung.

3. Therapeutische Beratung¹, wie wir diese Gesprächsabläufe bezeichnen wollen, ist inhaltlich einmal in juristischer Terminologie Verlaufsaufklärung, also die Information des Patienten über den Ablauf des vorgeschlagenen medizinischen Programms. Als Teil der sog. Eingriffsaufklärung, der Vermittlung von Informationen über geplante Interventionen in den menschlichen Körper (was auch psychische Interventionen einschließt), ist sie eine der Grundlagen für die Entscheidung des Patienten, ob er den Eingriff dulden will, berührt mithin sein Selbstbestimmungsrecht und ist, wenn fehlerhaft, wegen der Verletzung eben dieses Selbstbestimmungsrechts und der daraus folgenden Rechtswidrigkeit des körperlichen Eingriffs ein Haftungstatbestand. – Ohne andererseits schon Sicherheitsaufklärung im engeren Sinn zu sein, d. h. Information und Beratung über das medizinische Programm und therapierichtiges Verhalten, gibt es nach heutigem Verständnis eine Pflicht des Arztes, den Patienten über die erhobenen Befunde, die Diagnose und die Prognose zu unterrichten. Rechtlich ist das eine Nebenpflicht aus dem Arztvertrag, der die Weitergabe medizinischer Daten an den Patienten –

¹ Von „therapeutischer Aufklärung“ oder „Sicherheitsaufklärung“ spricht *Laufs*, Handbuch des Arztrechts, S. 346; dort auch die einzige Kurzdarstellung zum Thema neben den Ausführungen von *Steffen* in seinen Skripten „Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht“. Die Bezeichnung „Therapeutische Beratung (Sicherheitsaufklärung)“ findet sich bei BGH NJW 1989, 2320 = AHRS 3110/34.

natürlich in auch dem Laien verständlichem Umfang und Form – fordert, aus Respekt vor dessen Persönlichkeit und seinen Erwartungen an Offenheit und Partnerschaft. Es sollte aber auch ein Postulat des Persönlichkeitsschutzes sein mit der Folge, daß unterlassene oder fehlerhafte Unterrichtung über diese Daten zum Schadenersatz aus unerlaubter Handlung führt. Der Jurist spaltet freilich, wie auch sonst oft, wegen der verschiedenen haftungsrechtlichen Folgen den einheitlichen Lebensvorgang des Gesprächs, das Verlaufsaufklärung und Information über medizinische Daten (in der Regel noch mehr) enthält, künstlich auf. Abgrenzungsschwierigkeiten sollten aber nicht auftauchen und wenn doch, nicht unüberwindlich sein.

Entstehen dem Patienten aus der Verletzung der genannten Unterrichtungspflichten Schäden, hat das haftungsrechtliche Relevanz. Beispiele, die die Rechtsprechung beschäftigt haben, sollen das verdeutlichen.

Unter dem Aspekt der gebotenen Offenheit ist dem Patienten auch die Krebsdiagnose² mitzuteilen. Dabei versteht es sich von selbst, daß der Arzt das schonend und rücksichtsvoll tut. Der Verfasser hat miterlebt, wie das geschehen kann, ohne daß dem Patienten aller Mut genommen wird. Auf das Problem der medizinischen Kontraindikation im Einzelfall kann hier nicht eingegangen werden.

Daß es nicht genügt, nur Angehörige zu informieren³, sollte auf der Hand liegen. Dem in Ungewißheit gehaltenen Patienten kann etwa ein Schaden entstehen, weil er daran gehindert wird, auf weitere, ihn belastende Therapiemaßnahmen zu verzichten oder es mit alternativen, von der Schulmedizin nicht angebotenen Behandlungsmöglichkeiten zu versuchen. Unter dem Aspekt der Schonung des Patienten darf diesem nicht eine objektiv falsche Diagnose einer schweren Erkrankung eröffnet werden mit der Folge eines psychischen Schocks⁴. Dasselbe gilt für ungesicherte Verdachtsdiagnosen⁵. Was der Arzt anrichten kann, wenn er solche Fehler macht, zeigt sich etwa bei der Mitteilung eines positiven HIV-Befundes⁶.

Ansprüche des Patienten können weiter entstehen, wenn ihm die, u. U. auch infauste, Prognose verschwiegen wird. Das kann zu wirtschaftlichem Schaden führen, etwa wenn nicht mehr Zeit bleibt, ein

² BGHZ 29, 176 = AHRS 4730/1; s. a. BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 = AHRS 3110/37 u. OLG Hamburg AHRS 3110/38.

³ BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 = AHRS 3110/37.

⁴ OLG Braunschweig AHRS 3130/3.

⁵ OLG Köln NJW 1987, 2936 = AHRS 2305/8.

⁶ OLG Köln NJW 1988, 2306 = AHRS 3130/2.

Testament zu errichten⁷. Aber auch sonst können wirtschaftliche Dispositionen verhindert werden. Der Patient hat ein Recht darauf, sein verbleibendes Leben zu ordnen. Falsche Angaben über die voraussichtliche Verweildauer in der Klinik können ebenfalls schwerwiegende Folgen haben. Haftungsrechtliche Folgen werden allerdings aus naheliegenden Gründen die Ausnahme sein⁸. Es bleibt die schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes, die darin liegen kann, daß dem Patienten eine Gelegenheit versagt wird, sich innerlich mit dem bevorstehenden Ende seines Lebens auseinanderzusetzen; manch einer will das vielleicht. Wie ein Patient mit seiner Krankheit und mit dem Tod umgehen will, ist seine ureigene, vom Arzt zu respektierende Entscheidung. Ein eindrückliches Beispiel sind die „Diktate über Sterben und Tod“ von *Peter Noll*.

II.

Die weithin so bezeichnete Sicherheitsaufklärung im engeren Sinn meint die dem Patienten geschuldete Beratung über therapierichtiges Verhalten. Ein Sondergebiet, das auch gesondert abgehandelt werden wird, ist dabei die Beratung über die Sterilisation und die genetische Beratung. Fehler und Unterlassungen bei der Sicherheitsaufklärung sind Behandlungsfehler im weiteren Sinn. Ärztliches Handeln ist, wie gezeigt, eben nicht nur der diagnostische oder therapeutische Eingriff in den Körper, sondern auch das der Heilung, der Prophylaxe und der Nachsorge dienende Gespräch.

1. Ein Überblick über verschiedene Fallgruppen soll im Folgenden aufzeigen, was Beratung über therapierichtiges Verhalten sein kann, welche Rechtspflichten sich daraus für den Arzt ergeben können und wo die Grenzen liegen.

a) Der Patient muß, soll die vorgeschlagene Diagnosemaßnahme oder die vorgeschlagene Therapie durchgeführt werden können, dabei in der einen oder anderen Form mitwirken. Deshalb muß ihm gesagt werden, wie und in welcher Form der Arzt vorgehen will. Man denke etwa an eine Herzkatheteruntersuchung. Der Arzt muß das medizinische Programm dem Patienten so erklären, daß er es als medizinischer Laie versteht und das, was von ihm erwartet wird, richtig macht. Zur Verordnung von Medikamenten gehören Informationen, wann, wie und in

⁷ BGH NJW 1989, 2945 = AHRS 0380/20.

⁸ OLG Braunschweig NJW 1991, 2969, wo es allerdings um die Einwilligung in die Behandlung geht.

welchen Mengen sie einzunehmen sind⁹. An mangelnder Compliance kann auch der Arzt schuld sein. Der Diabetiker braucht Anweisungen für die tägliche Selbstbehandlung mit Insulin, für die Selbstbeobachtung der Werte und die einzuhaltende Diät. Körperliche Übungen zur Verbesserung der Beweglichkeit und der Muskulatur sind nach erfolgreicher Operation anzuraten, aber auch notwendige vorübergehende Schonung, weil etwa das Bein noch nicht belastet werden soll¹⁰. Bäder sind zu nehmen, Bandagen zu tragen. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Das alles macht deutliche und verständliche Wortwahl nötig. Hat der Patient Bedenken gegen die angeratenen Maßnahmen oder lehnt diese sogar ab, obwohl er dadurch nach ärztlicher Erfahrung seine Gesundheit gefährdet, ist er auf die Dringlichkeit und die Gefahren, die ihm aus der Ablehnung entstehen können, mit Nachdruck hinzuweisen¹¹. Danach ist es sein gutes Recht, mit sich zu verfahren, wie er es für richtig hält; er muß aber wissen, was er tut.

b) Hinzuweisen ist weiter auf Unverträglichkeits- und Zwischenfallsrisiken. Das beste Beispiel ist die Verordnung von Medikamenten. Nicht jeder Patient kann den Beipackzettel lesen, geschweige denn verstehen. Er kann nur hoffen, daß der Arzt ihn gelesen und verstanden hat. Hier wie auch sonst: Der Patient muß die möglichen typischen Komplikationen kennen und in der Lage sein, sie richtig einzuordnen, um die ihm möglichen Gegenmaßnahmen zu ergreifen und zu wissen, ob er ärztliche Hilfe braucht und wo er sie findet¹². In diesen Zusammenhang gehört schließlich die Beratung vor Schutzimpfungen, an die die Rechtsprechung hohe Ansprüche stellt¹³.

c) Nach Abschluß einer ambulanten Behandlung und nach Entlassung aus der Klinik muß der Patient wissen, ob und in welcher Form er weiterer ärztlicher Überwachung bedarf und ob eine Weiterbehandlung erforderlich ist. Der Arztbrief¹⁴ an den Kollegen reicht nicht aus, weil nicht in jedem Fall gesichert ist, daß der sog. Hausarzt den Patienten einbestellt, und damit gerechnet werden muß, daß ein Patient, der sich subjektiv wohlfühlt, weitere Arztbesuche nicht mehr für erforderlich

⁹ BGH NJW 1970, 511 = AHRS 5100/3.

¹⁰ OLG Hamm AHRS 3110/9.

¹¹ BGHZ 29, 176 = NJW 1959, 814 = AHRS 4730/1.

¹² BGH NJW 1972, 335 = AHRS 3110/5; OLG Celle VersR 1986, 554 = AHRS 3110/16.

¹³ BGH VersR 1959, 355 = AHRS 0465/6; OLG Hamm AHRS 3110/10; BGH NJW 1994, 3012.

¹⁴ Zum notwendigen Inhalt des Arztbriefes BGH VersR 1994, 102.

hält. Zu warnen ist ferner vor Ansteckungsgefahren¹⁵, erforderliche spätere Kontrollen müssen angeraten werden¹⁶.

d) Wenn der Fall vor einen Spezialisten gehört, ist der Patient an diesen zu verweisen¹⁷. Anderenfalls liegt auch ein Übernahmeverschulden des Arztes nahe. Allerdings gibt es Grenzen: Ohne besondere Nachfrage des Patienten muß dieser sicher nicht über noch in der Erprobung befindliche neue medizinische Methoden an Spezialkliniken informiert werden¹⁸. Die Grenzziehung – das Problem stellt sich in erster Linie bei der Eingriffsaufklärung über alternative Behandlungsmethoden – ist sicher schwierig. Sie hängt auch damit zusammen, welche Ansprüche an die Qualität der Behandlung ein Patient von Rechts wegen stellen darf und angesichts der Kosten kann. Das kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

e) Endlich hat der Arzt, wenn medizinisch anzuraten, Operationsempfehlungen abzugeben, so wenn Nachoperationen und Korrekturoperationen in Betracht kommen¹⁹, oder wenn der Arzt anlässlich eines Eingriffs weitere behandlungsbedürftige Befunde sieht.

f) Ein weiterer Komplex soll bezeichnet werden als Ratschläge zur Lebensführung. Es ist sicher vergebliche Liebesmühe, alles aufzuzählen, was dazu gehören kann. Einiges mag zur Illustration erwähnt werden: Vielfach muß der Patient krankheitsbedingte Einschränkungen auf sich nehmen. Man denke an Diabetes, HIV-Infektion, Schwangerschaft (auch wenn das schwerlich eine Krankheit ist). Dem Patienten muß eine Diät empfohlen werden; vielleicht muß er abspecken. Er muß den Genuß von Alkohol einschränken oder aufgeben, er soll nicht mehr (so viel) rauchen, vor Drogen ist zu warnen. Ihm muß gesagt werden, ob und welche körperlichen Anstrengungen er meiden soll, welchen Sport er treiben sollte und welchen nicht, ob er sich nicht so viel der Sonne aussetzen soll, wie es mit dem Saunabesuch steht, ob er ein bestimmtes Körperteil nicht belasten soll. Last not least: Welche Gefahren das Führen eines Kraftfahrzeuges für den Patienten und andere Verkehrsteilnehmer mit sich bringt, wenn psychische oder körperliche Beein-

¹⁵ BGH VersR 1959, 448 = AHRS 3110/3; BGH VersR 1960, 416 = AHRS 3110/4; LG Ravensburg NJW 1978, 1692 = AHRS 3110/7.

¹⁶ OLG Braunschweig VersR 1980, 853 = AHRS 3110/8; OLG Hamm VersR 1984, 91 = AHRS 3110/11; BGH AHRS 3110/27; OLG Frankfurt VersR 1990, 659 (L) = AHRS 3110/35.

¹⁷ OLG Braunschweig VersR 1980, 853 = AHRS 3110/8; OLG Saarbrücken AHRS 3110/15.

¹⁸ OLG Celle VersR 1987, 591 = AHRS 3110/20.

¹⁹ BGH NJW 1987, 705 = AHRS 3110/21; BGH VersR 1989, 189 = AHRS 3110/31; OLG Frankfurt AHRS 3110/36.

trächtigungen bestehen, ist allgemein bekannt. Das wird der Patient allein schwer einschätzen können²⁰. Jemand hat eine Reise vor, die für ihn in seinem derzeitigen Gesundheitszustand zu gefährlich ist²¹. – Unterlassene oder falsche Beratung ist auch auf diesem Gebiet haftungsrechtlich relevant. Man wird befürchten müssen, daß hier ein besonders großes Dunkelfeld von Verstößen gegen die ärztliche Sorgfalts- und Fürsorgepflicht besteht. Das ändert nichts an der grundsätzlichen Verpflichtung, angerichtete Schäden auszugleichen.

2. Verbunden mit der Beratung über therapierichtiges Verhalten sind Benachrichtigungspflichten des Arztes.

a) Sie bestehen einmal da, wo neue Erkenntnisse und Befunde vorliegen, die dringend weitere Untersuchungen und Therapiemaßnahmen erforderlich machen. Erhält der Arzt etwa histologische oder Laborbefunde, die in diese Richtung weisen, hat er sofort alles zu unternehmen, um den Patienten zu verständigen und ihn auf die Notwendigkeit und Dringlichkeit weiterer ärztlicher Behandlung hinzuweisen²². Wenn der Fall ernst ist, genügt es nicht, nach einigen vergeblichen telefonischen Versuchen, den Patienten zu erreichen, die Sache auf sich beruhen zu lassen: Soweit möglich, sind alle anderen erfolgversprechenden Schritte einzuleiten, um den Patienten ausfindig zu machen und zu verständigen²³.

b) Ob der Patient, der aufgefordert worden ist, sich zu einem bestimmten Termin in der Praxis oder der Klinik wiedervorzustellen, erinnert werden muß, wenn er nicht gekommen ist, hängt davon ab, ob Gefahr im Verzuge ist²⁴. In anderen Fällen hat die Rechtsprechung eine solche Verpflichtung schon verneint²⁵. Die Grenzziehung ist sicher nicht einfach. Dem überlegenen Fachwissen des Arztes, der die Aussichten einer Weiterbehandlung und die Gefahren einer Nichtbehandlung kennt, steht die eigene Verantwortung des Patienten gegenüber, der sich ja jederzeit gegen eine Weiterbehandlung, vielleicht auch nur von diesem Arzt, entscheiden kann. Wenn es sich nicht um Bagatellen handelt, sollte es nicht zu viel verlangt sein, ein Erinnerungsschreiben an den Patienten hinausgehen zu lassen, der möglicherweise zu seinem Schaden nachläs-

²⁰ LG Konstanz NJW 1972, 2233 = AHRS 3110/6.

²¹ LG Frankfurt VersR 1981, 1040 = AHRS 0380/3; KG Berlin VersR 1988, 1184 = AHRS 3110/28.

²² BGH NJW 1985, 2749 = AHRS 3110/19; BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 = AHRS 3110/37.

²³ OLG Düsseldorf AHRS 3110/41.

²⁴ OLG München VersR 1988, 1158 = AHRS 3110/30; OLG Frankfurt VersR 1990, 659 (L) = AHRS 3110/35; BGHZ 107, 222 = NJW 1989, 2318 = AHRS 3110/37.

²⁵ OLG Celle VersR 1984, 393 = AHRS 3110/12; OLG Köln AHRS 3110/26.

sig ist, sich subjektiv gut fühlt oder den Termin einfach vergessen haben mag²⁶.

3. In einem Exkurs soll noch auf die Pflichten des Arztes in einem Fall der Behandlungsverweigerung des Patienten eingegangen werden.

a) Der Patient darf jeden diagnostischen oder therapeutischen ärztlichen Eingriff verweigern. Das ist Teil seines Selbstbestimmungsrechtes, und es gilt auch dann, wenn er sich dadurch schwer gefährdet und sogar sein Leben riskiert. Die Zwangsbehandlung eines Menschen, der bei klarem Verstand ist, ist unzulässig. Das ist, so scheint es, zuweilen selbst für Strafgerichte schwer zu verstehen. Andererseits aber muß der Patient auf die Konsequenzen seiner Weigerung deutlich hingewiesen werden und ist notfalls schonungslos aufzuklären²⁷. Er kann sich nämlich, ähnlich wie bei der Risikoauflärung, nur dann selbstbestimmt entscheiden, wenn er alle relevanten Umstände kennt. Der Arzt, der seine Behandlung übernommen hat, ist Garant dafür, daß er diese Kenntnis erhält.

b) Immer wieder erlebt es der Arzt, daß der Patient die nach ärztlicher Beurteilung notwendige Einweisung in eine Klinik ablehnt. Auch da genügt der Hinweis auf die Folgen einer Weigerung, etwa Kollapsgefahr oder Gefahr zu verbluten²⁸. Der Arzt muß nicht Angehörige verständigen, sofern kein Zweifel daran besteht, daß der Patient bei klarem Verstand ist. – Nicht anders ist die Situation, wenn der Patient entgegen ärztlichem Rat die Klinik verläßt. Er darf dort nicht festgehalten werden, muß andererseits selbstverständlich über die Folgen seiner Handlungsweise informiert werden, gegebenenfalls Ratschläge mitbekommen, wie er sich im Notfall verhalten sollte. Konnte vorher mit dem Patienten nicht gesprochen werden, weil er unbemerkt weggegangen ist oder ein Gespräch mit einem Arzt nicht abgewartet hat, muß versucht werden, ihn zu Hause und oder über den bekannten Hausarzt zu erreichen, um ihm die möglichen Folgen seines Verhaltens klarzumachen²⁹. Hat der Arzt nämlich einmal die Behandlung des Patienten übernommen, darf er ihn nicht seinem Schicksal überlassen, ohne alles versucht zu haben, ihn zu überzeugen.

²⁶ Zurückhaltender RGRK-*Nußgens* 12. Aufl. § 823 Anh II Rdn. 288 u. MünchKomm-Mertens 2. Aufl. § 823 Anm. 385.

²⁷ BGHZ 29, 176 = AHRS 4730/1.

²⁸ OLG Düsseldorf AHRS 3110/14; OLG Celle VersR 1985, 346 = AHRS 6565/7; OLG Karlsruhe VersR 1987, 1247 = AHRS 6335/4.

²⁹ BGH NJW 1991, 748 = AHRS 3110/40.

III.

In der modernen Medizin hat sich ein Spezialgebiet entwickelt, in dem Beratungspflichten des Arztes eine hervorragende Rolle spielen. Es geht um die Beratung über Empfängnisverhütung und Sterilisation und um die genetische Beratung.

1. a) Einigermassen unumstritten, jedenfalls aus rechtlicher Sicht, ist die Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit einer Sterilisation der Frau oder des Mannes³⁰. Empfängnisverhütung, früher nach überlieferten Methoden je nach Kenntnis und Geschicklichkeit privat praktiziert, wird heute weit- hin unter ärztlicher Kontrolle betrieben, wie andererseits auch die Bekämpfung der Unfruchtbarkeit mit neuen, spektakulären Techniken Aufgabe des Arztes ist (ein schönes Beispiel übrigens dafür, daß „Krankheit“ vielfach soziale Zuschreibung ist). Es liegt nahe, den Arzt dann auch haftungsrechtlich in die Pflicht zu nehmen, wenn er bei seinem ärztlichen Handeln einen vermeidbaren Fehler gemacht hat. Daß solche Fehler im Blick darauf, daß durch sie neues menschliches Leben entstehen kann, einmal im wesentlichen nicht zu Körper- und Gesundheitsschäden führen, sondern zu wirtschaftlichen Einbußen der Eltern, die diese gerade vermeiden wollten (andere gewiß schwerwiegende soziale Folgen sind rechtlich nicht faßbar), sollte einer Inanspruchnahme des Arztes für den von ihm angerichteten Schaden nicht entgegenstehen. Die teilweise unsägliche Diskussion darüber, ob das ungewollte Kind ein „Schaden“ sein könne und dürfe, geht von Wertungen aus, die keine Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen können und dem Geschädigten, der das in der Regel anders sehen wird, nicht aufgezwungen werden dürfen.

b) Im Vordergrund der vom Arzt bei der Sterilisation erwarteten und zu fordernden Beratung des Patienten steht nicht die Darstellung verschiedener Sterilisationsmethoden, ihrer jeweiligen Vor- und Nachteile und ihrer medizinischen Risiken³¹. Das ist eine Frage der Verlaufs- und Eingriffsaufklärung, die das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in bezug auf den Eingriff selbst angeht. Therapeutische Beratung im allgemeinen Sinn wird selbstverständlich geschuldet, soweit es um medizinische Kontrollen, Benachrichtigungspflichten und Wiedereinbestellung geht. Im Mittelpunkt steht hier die Beratung über ein nach der Sterilisation verbleibendes Versagerrisiko, also die Gefahr einer spontanen Refer- tilisierung. Dieses Risiko scheint nur nach einer Totaloperation ganz

³⁰ BGHZ 67, 48 = NJW 1977, 1790 = AHRS 1010/5.

³¹ OLG Düsseldorf VersR 1987, 142 = AHRS 3120/8; OLG Hamm VersR 1987, 1146 = AHRS 3120/12.

auszuschließen sein. Ansonsten gibt es körperliche Zustände und Befindlichkeiten, in denen orale Verhütungsmittel versagen können, gibt es totale Sicherheit weder bei Benutzung von Pessar und Spirale, und erstaunlicherweise verschafft sich der menschliche Körper nach Durchtrennung der Eileiter oder einer Vasektomie im Einzelfall neue Wege, die eine Empfängnis ermöglichen. Das müssen Frau oder Mann nach einer Sterilisation wissen³². Es ist dann ihre Entscheidung, ob sie zu ihrer Sicherheit beim Geschlechtsverkehr zusätzliche Verhütungsmittel anwenden oder das Restrisiko einer Empfängnis eingehen. Die danach erforderliche Beratung über das Versagerisiko ist mit allen Unsicherheiten und Unwägbarkeiten eines zwischenmenschlichen Gesprächs behaftet. Deshalb muß der Arzt sichergehen, daß seine Information verstanden wird, und muß seine Worte dem Niveau des Gesprächspartners anpassen³³. Angemerkt mag werden, daß die Rechtsprechung bei Eheleuten nur die Beratung desjenigen fordert, der sich sterilisieren lassen will³⁴. Dem wird jeder zustimmen können, der die Entscheidung darüber, ob jemand ein Kind haben will oder nicht, zur Selbstbestimmung des Menschen, in den meisten Fällen der vor allem betroffenen Frau, rechnet, in die niemand hereinzureden hat. Das schließt ja wie sonst auch nicht aus, daß ich mich vor solchen Entscheidungen mit anderen Menschen, die das nach meinem Verständnis angeht, über das Für und Wider ausspreche. – Zum Mindestinhalt der Sterilisationsberatung gibt es eine umfangreiche Rechtsprechung. Sie läuft darauf hinaus, daß das Versagerisiko in seiner realen Bedeutung zutreffend beschrieben werden muß, ohne daß statistische Zahlen genannt werden müssen³⁵. Sofern der Arzt solche Zahlen nennt, müssen sie freilich einigermaßen richtig sein³⁶. Mehr muß der Arzt aber nicht tun. Er darf weiteres den Fragen der Patienten überlassen. Ungefragt braucht er keine Verhütungsempfehlungen abzugeben³⁷.

2. Die genetische Beratung ist einstweilen haftungsrechtlich nur als Beratung der schwangeren Frau über Mißbildungsrisiken des werdenden Kindes und allgemein als Beratung über Erbkrankheiten von Bedeutung. Mit rasant zunehmendem Wissen in der Humangenetik werden

³² BGH NJW 1981, 630 = AHRS 3120/1.

³³ OLG Düsseldorf AHRS 3120/5.

³⁴ BGH NJW 1981, 630 = AHRS 3120/1; OLG Frankfurt VersR 1983, 879 = AHRS 3120/3.

³⁵ BGH NJW 1981, 630 = AHRS 3120/1; OLG Frankfurt VersR 1983, 879 = AHRS 3120/3; OLG Frankfurt AHRS 3120/11; OLG München AHRS 3120/13; OLG Nürnberg VersR 1988, 1137 (L) = AHRS 3120/19.

³⁶ OLG Köln VersR 19787, 187 = AHRS 3120/7.

³⁷ OLG Nürnberg VersR 1988, 1137 (L) = AHRS 3120/19; BGH AHRS 3120/21.

sich allerdings ganz neue Fragen stellen, die einer rechtlichen Regelung bedürfen. Es wäre zu hoffen, daß der Gesetzgeber, soweit irgendmöglich, die nötigen Vorgaben zur Verfügung stellt. Für den Richter wird genug an schwierigen Wertungen bleiben. Die Darstellung solcher Zukunftsprobleme, die sich auch bei der Beratung stellen werden, würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen und könnte derzeit vom Verfasser gar nicht geleistet werden.

a) Die Erkenntnisse und die technischen Möglichkeiten der modernen Medizin ermöglichen es immer mehr, Informationen über die körperliche Befindlichkeit des Fötus schon in sehr frühen Stadien der Schwangerschaft zu erhalten. Diese „Früherkennung“ hat zur Folge, daß Fehlentwicklungen und Krankheiten des Kindes im Mutterleib rechtzeitig medizinisch behandelt werden können. Das erscheint, sofern die Risiken kalkulierbar und vertretbar sind, ethisch unbedenklich und gehört aus haftungsrechtlicher Sicht zum üblichen Programm: Beratung über diagnostische und therapeutische Möglichkeiten, Aufklärung über Erfolgchancen und Risiken, Haftung für vermeidbare Behandlungsfehler und unzureichende Eingriffsaufklärung. Sehr viel heikler ist die Beratung über die Möglichkeit von Mißbildungen des Fötus, die zur Geburt eines unter Umständen schwer behinderten Kindes führen können. In der Gerichtspraxis geht es derzeit noch hauptsächlich um die bekannten Gefahren einer Mißbildung des Kindes nach einer Rötelninfektion der Mutter in einer bestimmten Frühphase der Schwangerschaft und die Früherkennung einer Trisomie, auch Down-Syndrom oder volkstümlich Mongolismus. Dieser genetische Defekt führt mit Sicherheit zur Geburt eines behinderten Kindes; die Gefahr einer solchen Entwicklung steigt mit dem Alter der Mutter in der Schwangerschaft. Mit Hilfe der sog. Amniozentese, der Fruchtwasseruntersuchung, kann ein entsprechender Defekt des Fötus frühzeitig aufgedeckt werden. Die Information der Schwangeren, sie werde aller Voraussicht nach ein mißgebildetes, behindertes Kind zur Welt bringen, führt natürlich bei ihr sofort zu der Überlegung, ob sie deswegen die Schwangerschaft abbrechen soll (in diesem Fall handelt es sich ja um eine kaum umstrittene Abbruchindikation). Es liegt nahe, daß die Entscheidung der Mutter eher gegen das Kind fällt. Man kann nun darauf verweisen, daß die Gesellschaft auf diesem Umwege dem Behinderten kein Lebensrecht mehr einräumt. Auf der anderen Seite steht die Belastung der Eltern, vor allem der Frau, die für ein behindertes Kind zu sorgen haben wird, was ihre Lebensplanung über den Haufen werfen wird (Belastungen der Gesellschaft durch behinderte Kinder sollten allerdings keine Rolle spielen dürfen). Ob es für das Kind besser ist, gar nicht erst geboren zu werden („wrongful birth“), ist eine letztlich aus unserem Wissen nicht zu beantwortende Frage.

Nach der gegenwärtigen Rechtslage steht die Entscheidung letztlich nur der Frau zu, die den Konflikt für sich lösen muß, ob nach einer Beratung oder nicht. Der Schutz des ungeborenen Lebens durch den Staat tritt hier zurück.

Ist das so, dann darf nach richtigem Verständnis der Rolle des Arztes dessen Wissen nicht zurückgehalten werden. Der Arzt hat die Schwangere vielmehr über die Mißbildungsrisiken, die medizinischen Möglichkeiten einer Früherkennung und deren Risiken und auf die Alternative eines Schwangerschaftsabbruchs als rechtlich zulässigen Ausweg zu informieren. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist diesen Weg gegangen. Sie fordert, und zwar ohne auf Fragen der betroffenen Frau zu warten, die vollständige und deutliche Information³⁸. Das gebietet die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht der Frau und vor ihrer Würde. Der Arzt darf nicht seine Gewissensentscheidung an die Stelle derjenigen der Frau setzen, und er darf auch hier sein Wissen nicht verheimlichen. Das bedeutet nicht, daß er, vom Medizinischen abgesehen, die zur Verfügung stehenden Diagnosemaßnahmen auch anraten und einen etwaigen Abbruch der Schwangerschaft empfehlen muß³⁹. Er kann im vertrauensvollen Gespräch seine Sicht der Dinge einbringen, wenn er gefragt wird, und darf dann auch aus menschlichen (nicht ärztlichen) Gründen abraten, wozu freilich nicht gehören kann, der Frau für den Fall der Fälle die Hölle heiß zu machen. Kann der Arzt seine eigenen moralischen Bedenken nicht überwinden und glaubt deshalb, der Patientin die medizinischen Tatsachen nicht offenbaren zu dürfen, muß er die Patientin an einen Kollegen weiterverweisen, der mit ihr über die Dinge sprechen kann und will. Die schuldhafte Verletzung der angeführten Beratungspflichten verpflichtet den Arzt zum Ersatz des wirtschaftlichen Schadens, der durch die Geburt des behinderten Kindes entsteht, in Grenzen auch zum Ersatz des immateriellen Schadens der Mutter infolge der Schwangerschaft. Was sonst an seelischen Belastungen entsteht, wird von Rechts wegen nicht ausgeglichen. Neuerdings hat das Bundesverfassungsgericht, hier nach Ansicht des Verfassers unter Überschreitung seiner Befugnisse bei der Entscheidung der ihm unterbreiteten Rechtsfrage, die Ersatzfähigkeit von Schäden nach einem mißlungenen oder durch Verschulden des Arztes unterbliebenen Schwangerschaftsabbruches mindestens teilweise in Frage gestellt⁴⁰. Ob und welche Folgen das für die Rechtsprechung haben wird, ist für den Verfasser

³⁸ OLG München VersR 1988, 194 = AHRS 3120/14; OLG München VersR 1988, 523 = AHRS 3120/16; BGH NJW 1987, 2923 = AHRS 3120/20; OLG Düsseldorf NJW 1989, 1548 = AHRS 3120/22; BGH NJW 1989, 1536 = AHRS 3120/23.

³⁹ OLG München VersR 1988, 916 = AHRS 3120/17.

⁴⁰ BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751, Leitsatz 14.

derzeit nicht absehbar. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Problemen ist an dieser Stelle nicht möglich.

b) Die Beratung von Patienten über die Risiken der Vererbung von Krankheiten wirft keine zusätzlichen rechtlichen Probleme auf. Wird etwa nach fehlerhafter Beratung von der arglosen Mutter ein hämophiles Kind geboren, haftet der verantwortliche Arzt für den Schaden. Ärztliches Neuland wird aber betreten, wenn es gelingt, Gene zu verändern oder in den menschlichen Körper einzuschleusen, um damit zu Erbkrankheiten führende Dispositionen zu verändern oder auszuschalten. Solche neuen medizinischen Methoden können und werden zu neuen Beratungspflichten führen, deren Verletzung haftungsrechtlich relevant sein kann. Auch da ist zu hoffen, daß der Gesetzgeber rechtzeitig ausreichende Vorgaben machen wird. Eine Diskussion möglicher rechtlicher und ethischer Positionen auf diesem Gebiet kann hier nicht geleistet werden.

c) Schließlich hat der Arzt unter Umständen die Aufgabe, schwangere Frauen über Indikationen des Schwangerschaftsabbruchs zu beraten. Damit wären wir mitten in der Diskussion über § 218 StGB und alle damit zusammenhängenden Streitfragen ethischer und rechtlicher Art. Sie würde natürlich den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Hier sollte nur festgehalten werden: Obwohl nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes der Schwangerschaftsabbruch über die medizinische Indikation hinaus in der Regel rechtswidrig sein soll⁴¹, hat der Arzt Beratungspflichten, die ihm das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zuweist. Nimmt er sie entsprechend den rechtlichen Vorgaben wahr, darf er dabei keine Fehler machen und müßte bei fehlerhafter Beratung entstandene Schäden ersetzen – in welchem Umfang auch immer.

IV.

Die Darstellung der Haftung des Arztes für fehlerhaften therapeutischen Rat, der hier in einer Art *tour d'horizon* versucht worden ist, wäre nicht vollständig, wenn nicht noch auf die Beweisfragen eingegangen würde, die sich auf diesem Gebiet stellen.

1. Das grundsätzliche Dilemma, dem sich der Patient gegenüber sieht, wenn er im Prozeß einen ärztlichen Behandlungsfehler zu beweisen hat, um vor Gericht seine Schadensersatzansprüche auch wirklich durchsetzen zu können, zeigt sich noch weit deutlicher, wenn es darum geht, im nachhinein festzustellen, was zwischen Arzt und Patienten gesprochen

⁴¹ BVerfGE 88, 203 = NJW 1993, 1751.

worden ist. Da hilft keine Spurensuche weiter. Vielfach war beim Gespräch kein Zeuge zugegen, häufig ist darüber nichts dokumentiert. Selbst wenn das Letztere der Fall ist: Protokolle können, so gut sie sind, die Atmosphäre und den durch nonverbale Elemente begleiteten Inhalt immer nur unzulänglich wiedergeben. Worte, die gefallen sind, können so gesprochen worden sein, daß sie den Partner nicht erreicht haben, sie können suggestiv gewesen sein oder einschüchternd, – wer will das alles rekonstruieren? Das Gespräch kann auch deswegen am Partner vorbeigelaufen sein, weil dieser das ausgeblendet hat, was er unbewußt abwehren und nicht hören wollte, umgekehrt kann er das hineininterpretiert haben, was ihm Hoffnung machen konnte, und ihm kann es einfach nur darauf angekommen sein, daß der Arzt überhaupt mit ihm gesprochen und sich ihm zugewandt hat. Das alles hat zu bedenken, wer sich mit Tatsachenvortrag im Arztprozeß auseinanderzusetzen hat. Auf der Seite des anderen Gesprächspartners, des Arztes, gibt es ähnliche interessengeleitete Reproduktionen dessen, was sich in Wahrheit abgespielt hat. Hinzu kommen die längst bekannten Defizite bei Aussagen von Parteien und Zeugen von Erinnerungslücken bis zur bewußt falschen Darstellung. Der Patient ist daher wie sonst im Arzthaftungsprozeß, hier eher vermehrt, auf Beweiserleichterungen und Beweislastverschiebungen angewiesen, will er eine faire Chance haben. Dies darf nun andererseits nicht dazu führen, den Arzt schutzlos den Tatsachenbehauptungen des Patienten auszuliefern, deren Tragfähigkeit ja, wie gesehen, sehr zweifelhaft sein kann.

2. Unser Haftungsrecht bürdet dem Patienten, der eine fehlerhafte therapeutische Beratung geltend macht, dafür die Beweislast auf, gerade so, wie er auch andere von ihm behauptete Behandlungsfehler beweisen muß⁴². Das ist in der Rechtsprechung unumstritten. Auch die Ursächlichkeit des Fehlers für den behaupteten Gesundheitsschaden hat grundsätzlich der Patient zu beweisen, und zwar auch dann, wenn er sich in Beweisnot befindet⁴³.

3. Dem Patienten kommen aber dieselben Beweiserleichterungen zugute, die ihm auch sonst bei ärztlichen Behandlungsfehlern zugebilligt werden.

a) Immer dann, wenn ärztliches Handeln zu dokumentieren ist, ist der Dokumentationsmangel ein Indiz dafür, daß die dokumentationspflichtige ärztliche Maßnahme unterlassen worden ist⁴⁴. Die Rechtsprechung

⁴² BGH NJW 1981, 2002 = AHRS 6335/1; OLG Düsseldorf AHRS 6335/2; OLG Celle VersR 1985, 346 = AHRS 6335/3; OLG Karlsruhe VersR 1987, 1247 = AHRS 6335/4.

⁴³ BGH NJW 1987, 705 = AHRS 6370/16.

⁴⁴ BGH NJW 1972, 1520 = AHRS 6450/5; st. Rspr.

hat die Verpflichtung des Arztes statuiert, auch wichtige therapeutische Ratschläge zu dokumentieren. Das ist nur folgerichtig, weil sie Teil der ärztlichen Behandlung sind, die nach guter ärztlicher Übung in ihren wesentlichen Verläufen in den Krankenunterlagen aufzuzeichnen ist. Die dogmatischen Grundlagen dieser im wesentlichen nicht umstrittenen Rechtsprechung sollen hier nicht nachvollzogen werden. Eine nähere Durchsicht der bekannt gewordenen Gerichtsentscheidungen läßt nun einige Unsicherheiten in der Beurteilung erkennen. Ob der Rat, einen Spezialisten aufzusuchen, oder ob die Überweisung an einen solchen aufzuzeichnen sind, wird nicht einfach positiv entschieden⁴⁵. Die Unterrichtung des Patienten über einen Operationszwischenfall hält das Oberlandesgericht für dokumentationspflichtig, der Bundesgerichtshof scheint zum gegenteiligen Ergebnis zu neigen⁴⁶. Wohl mit Recht wird geurteilt, daß der Rat zur Wiedervorstellung in der Praxis in das Krankenblatt gehört⁴⁷. Er gehört nach hier vertretener Ansicht auch in den Terminkalender, falls es sich nicht nur um eine Bagatelle handelt, um der Pflicht nachkommen zu können, den Patienten notfalls zu erinnern. Zweifelhaft mag es sein, ob Ratschläge im Hinblick auf eine geplante Auslandsreise schriftlich niederzulegen sind⁴⁸. Dringend zu empfehlen wäre das sicherlich. Einigkeit besteht hingegen darüber, daß die Ablehnung des Patienten, sich behandeln oder in eine Klinik einweisen zu lassen, sowie die Tatsache, daß der Patient eigenmächtig gegen ärztlichen Rat die Klinik verlassen hat, in die Krankenunterlagen gehören⁴⁹.

Das liegt so sehr im Interesse des Arztes, daß es darüber bei ihm keinen Zweifel geben dürfte. Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang, daß die Ablehnung einer angeratenen Amniozentese durch die schwangere Frau nicht aufzeichnungspflichtig sein soll⁵⁰. – Der Überblick zeigt: Eine einheitliche Linie ist noch nicht gefunden. Nach hier vertretener Auffassung gehört es zu den ärztlichen Obliegenheiten, jeden nicht ganz banalen ärztlichen Ratschlag in den Krankenunterlagen zu vermerken. Er ist nämlich unverzichtbarer Bestandteil einer vollständigen Krankengeschichte. Die unterlassene Dokumentation sollte also stets zu Beweiserleichterungen für den Patienten führen. Ein anerkanntes gegenteiliges Interesse des Arztes ist nicht zu erkennen.

⁴⁵ OLG Braunschweig VersR 1980, 853 = AHRS 6450/11 einerseits, LG Dortmund MedR 1986, 205 = AHRS 6450/25 andererseits.

⁴⁶ OLG Saarbrücken AHRS 6450/22.

⁴⁷ OLG Köln VersR 1989, 631 (L) = AHRS 6335/6.

⁴⁸ KG Berlin AHRS 6450/58.

⁴⁹ OLG Düsseldorf VersR 1985, 169 = AHRS 6450/21; OLG Saarbrücken AHRS 6450/22; BGHZ 99, 391 = NJW 1987, 1482 = AHRS 6590/11.

⁵⁰ OLG Köln VersR 1989, 631 (L) = AHRS 6335/6.

b) Handelt es sich um einen groben Behandlungsfehler, verschiebt die Rechtsprechung die Beweislast dafür, daß der Fehler nicht für den bei der Behandlung entstandenen Gesundheitsschaden ursächlich geworden ist, auf den Arzt. Die dogmatische Begründung für diese Beweislastverteilung kann und soll hier nicht noch einmal nachvollzogen werden. Sie ist nicht unumstritten. Sie hat aber im Ergebnis gute Gründe für sich und ist ständige, bewährte Gerichtspraxis. Nichts spricht dagegen, dieselbe Beweislastverteilung vorzunehmen, wenn grobe Fehler im Sinne dieser Rechtsprechung bei der therapeutischen Beratung unterlaufen sind⁵¹.

c) Unter dem Aspekt der Beratung des Patienten taucht aber noch ein besonderes Problem auf: wer nämlich das aufklärungsrichtige Verhalten zu beweisen hat. Das eine ist ja, dem Patienten ein bestimmtes Verhalten anzuraten, sicherlich nach Lage des Falles mit der erforderlichen Bestimmtheit und Dringlichkeit. Das andere ist, ob der Patient, der den geschuldeten Rat nicht erhalten hat, im Beratungsfalle diesem Rat auch gefolgt wäre. Da es sich dabei um eine fiktive Tatsache handelt, ist sie einem strikten Beweis nicht zugänglich. Sollen Schadenersatzansprüche wegen Beratungsfehlern in der Praxis nicht leerlaufen, bleibt nur der aus der Lebenserfahrung abgeleitete Indizienbeweis. Diesen Weg ist die Rechtsprechung gegangen. Allgemein gesagt läuft sie auf Folgendes hinaus: Wenn ein aufklärungsrichtiges Verhalten des beratenen Patienten in der Regel zu erwarten gewesen wäre, steht es zur Beweislast des Arztes, daß sein Patient sich anders entschieden hätte. So spricht alles dafür, daß der darüber informierte Patient ein Krankenhaus mit unzureichenden hygienischen Bedingungen gemieden hätte⁵², daß er einem Rat zur indizierten und erfolgversprechenden Operation gefolgt wäre⁵³, daß die schwangere Frau, informiert über das Risiko, ein mißgebildetes Kind zur Welt zu bringen, eine Früherkennungsuntersuchung gewünscht hätte und, in Kenntnis gesetzt von deren schlechtem Ergebnis, einen Schwangerschaftsabbruch hätte vornehmen lassen⁵⁴.

Anders ist dann zu urteilen, wenn auch eine andere Entscheidung als die vom Arzt anzurathende vernünftig und nachvollziehbar erscheint, weil es für sie gute Gründe geben kann. So liegt es nach der Information über eine Rhesus-Unverträglichkeit, die einen weiteren Kinderwunsch nicht ausschließt⁵⁵, so vielleicht auch bei der Frage, ob nach dem Steri-

⁵¹ BGH NJW 1987, 2300 = AHRS 6450/37.

⁵² BGH NJW 1971, 241 = AHRS 5260/1.

⁵³ OLG Düsseldorf VersR 1985, 169 = AHRS 6370/14.

⁵⁴ BGH NJW 1987, 2923 = AHRS 6370/18.

⁵⁵ BGH NJW 1989, 2320 = AHRS 6370/20.

lisationseingriff und der Information über das verbleibende Versagerisiko zusätzliche Verhütungsmittel beim Verkehr angewendet worden wären oder nicht⁵⁶.

V.

Wie komplex die Lebenssachverhalte sind, die dem mit Haftungsfragen befaßten Richter zur Beurteilung unterbreitet werden, ist wohl am Beispiel eines Teilgebiets des Arzthaftungsrechtes, das einmal versuchsweise im Zusammenhang dargestellt werden sollte, deutlich geworden. Immer wieder sind Wertungen vorzunehmen, die das geschriebene Recht nicht ohne weiteres vorgibt, und immer wieder bedarf es der Abwägung von in der pluralistischen Gesellschaft kontroversen ethischen Standpunkten, bedarf es weiter Einsichten in Arbeitsweisen des modernen Medizinbetriebes und einer einfühlsamen Würdigung ärztlichen Handelns in den verschiedensten Situationen. Ohne einen Dialog zwischen Arzt und Jurist wird es nicht gehen, nicht ohne einen Dialog zwischen den Anwälten des Patienten und dem Gericht, nicht ohne den medizinischen Sachverständigen und last not least den Dialog im Richterkollegium bei der Beratung. Dafür, daß immer ein fruchtbarer, verantwortungsvoll geführter, fairer und weiterführender Dialog möglich gewesen ist, hat der Verfasser dem Adressaten dieser Festschrift, der für die Fortentwicklung des Arzthaftungsrechts viel geleistet hat, zu danken. Diese Abhandlung ist in diesem Sinn dann ein letztes, weiteres Dialogangebot.

Zum guten Schluß soll der Jurist, der mit seinem Handwerkszeug die Schadenslasten zu verteilen hat, wenn bei Ausübung des ärztlichen Berufs Schaden angerichtet worden ist, aus dem Bilde gehen. Der Blick soll auf den Arzt gerichtet sein, dem der Jurist zwar sagen kann, was er von Rechts wegen mit seinem Patienten bereden muß. Was der Arzt im Gespräch mit dem Patienten aber in Wahrheit leistet, geht fast immer viel weiter. Das Gespräch ist im besten Fall selbst Therapie, weil es über die Weitergabe notwendiger Informationen hinaus Anteilnahme, Hilfe und Trost sein wird. Das ist wichtig, ja unentbehrlich in einer vertrauensvollen Beziehung zwischen Arzt und Patient. Es ereignet sich hoffentlich immer wieder in einer von Apparaten und Entfremdungen aller Art beherrschten medizinischen Umwelt.

⁵⁶ BGH NJW 1981, 630 = AHRS 6370/8; BGH NJW 1981, 2002 = AHRS 6370/10.

Injuria in the new Anglo-American Law of Negligence

EΦSTATHIOS K. BANAKAS¹

Tortious (delictual) liability is compensatory, and, exceptionally only, punitive. Continental European legal systems are still rooted in a 'relational' view of delict, conceived by the great Roman jurists and laid down in the Digest (*lex Aquilia*). This view of delict envisages liability *ex lege* to repair or compensate damage caused by one person to another and is, essentially, moral. The great modern Continental European legal families are, however, split with regard to the issue of whether *all* morally wrong damage (i.e. caused by the defendant's fault) is a delict, or only damage that is specified as 'unlawful' by the legal order. The modern Pandectist science has proposed a doctrine of 'unlawful injury' (*damnum injuria datum*) as inherent in the design of the *lex Aquilia*, and excludes from delictual liability damage or loss not prescribed as unlawful (*damnum sine injuria*). This doctrine brings delict in line with a fundamental principle of criminal law (*nullum crimen nulla poena sine lege*), and it is not surprising that it can be traced in ancient law at a time when crime and delict were almost inseparable in legal thought.

What is, perhaps, more remarkable is that this view of delict as an unlawful act, like crime, has survived in the great majority of modern European Codifications, with the notable exception of the French Civil Code; the latter opting, simply, for general clauses of delictual liability based on the principle of individual responsibility. Very little real innovation in fundamental delictual theory has occurred in Europe since the *lex Aquilia*.

I

One exception to this has been the development of a normative concept of damage (normativer Schadensbegriff) following a rather remarkable transplantation of a common law idea into Continental European soil.

¹ LL. B. (Athina), Ph. D. (Cantab.), Lecturer in Law and Director, Centre of European Law and Practice, University of East Anglia, England; Adjunct Professor of Comparative Law, University of Notre Dame London Law Centre; Professor, Faculté Internationale de Droit Comparé, Strasbourg; Professeur invité, Université de Bordeaux 1.

A first condition of civil liability, which in every jurisdiction the plaintiff must be able to establish, in order that his claim can get off to a start, is that the defendant's conduct resulted in a type of injury recognised by the law as capable of giving rise to a legal claim, i.e. *legally significant* "damage". In the judicial mind, the question of what is legally significant damage is often related to the issue of whether an injury has been wrongfully inflicted, under the individual circumstances of each particular case. Despite the fact that the latter issue is, conceptually, quite separate from the former, referring to the defendant's conduct rather than the plaintiff's injury.

Not every actual injury is necessarily a "damage" in the eyes of the law, although there are systems that profess to have adopted an "open" legal concept of damage, able to accommodate most kinds of actual harm. Legal systems seem to vacillate between a concept of damage of a "factual" or a "normative" complexion.

A "factual" concept of legal damage implies that

- a) all kinds of actual harm can qualify as "damage", and that
- b) there can never be legally significant "damage" in the absence of actual harm of some sort.

A "normative" concept of legal damage means that only selected types of actual harm qualify as a "damage" in the eyes of the law, and that it is also possible for the law to accept the presence of legally significant "damage" even when no actual harm is outwardly evident.

The Anglo-American law of Negligence is based on the principle that there can be no actionable wrong of Negligence and no legal claim without actual harm. But 'actual harm' is defined very broadly. According to the prevailing theory in America, known as 'conduct theory of Negligence', negligence is

'conduct which falls below the standard established by law for the protection of others against unreasonable risk of harm.'²

The principle of actual harm means very little more in practice than that there can be no start of an action without actual, and objectively dangerous, *conduct* of the defendant having occurred; i.e. that a state of mind of indifference or inadvertence, unaccompanied by conduct, can never be actionable under the tort of Negligence.

The English and American Law of Torts also knows, traditionally, so-called "torts actionable *per se*". In some cases an action in tort lies

² Restatement (Second) of Torts § 282 (1965); see also *Harper & James, The Law of Torts*, Second Edition by *Oscar S. Gray*, Boston/Toronto 1986, Vol. 3, p. 382 f, with further references.

without any proof of actual damage. The reason is historical³. Trespass to land, trespass to the person or goods⁴, and libel⁵ are notable examples of torts actionable *per se*. In Anglo-American law, the action for damages also serves the purpose of testing out the existence of a legal right; special remedies, such as the *vindicatio* of Roman law in cases of infringement of property rights, were never directly adopted by Anglo-American law to enforce rights. If rights of personal safety or property are infringed, it is, therefore, important that the law does not require the presence of actual harm for the plaintiff to be able to sue.

In English law, the tort of Negligence is

“traditionally described as damage, which is not too remote, caused by a breach of a duty of care owed by the defendant to the plaintiff.”⁶

But with their practice of “general damages” awards, English courts have allowed themselves considerable space for normative manoeuvring, even in an action in Negligence. It is often the case that awards for general damages go far beyond the monetary value of the actual harm suffered. The usefulness of this practice becomes only too evident with novel types of injury: if the courts feel that they are fit for compensation, the mechanism is there to accommodate them. English courts have had the opportunity of accommodating several novel claims for losses far from clear in their nature, i.e. a claim for the loss of the enjoyment of a holiday⁷. The practice of awarding general damages has spared Anglo-American courts the dogmatic controversy that similar claims have caused elsewhere⁸. That it has created an entirely different, practical, problem, known as the ‘liability crisis’, especially in America⁹, is, of course, another matter.

³ See *Clerk & Lindsell*, Torts, § 302, with a list of cases of actionable claims where proof of actual damage is unnecessary.

⁴ Unintentional trespass to person may need proof of actual damage: *Letang v. Cooper* (1965) 1 Q.B. 232, 245 per *Diplock, L. J.*. But see also the recent decision of the House of Lords in *Stubbings v Webb* (1993) A. C. 498: it is now clear that if an intentional battery is committed, there is a cause of action in trespass which, as far as the all too important issue of Limitation is concerned, is separate from Negligence.

⁵ *Hayward v Hayward* (1887) 34 Ch. D. 198.

⁶ *Clerk & Lindsell*, Torts, 14th ed 1975, § 859; *Lochgelly Iron & Coal Co. v M’Mullan* (1934) A. C. 1, 25 per *Lord Wright*.

⁷ See, e. g., *Ichard v. Frangoulis* (1977) 1 W. L. R. 556.

⁸ See *Heldrich*, ‘Compensating Non-Economic Losses in the Affluent Society’, (1979) 18 Am. J. Comp. L. 22; for problems arising out of claims of ‘holiday losses’ in German Law see *Grunsky* NJW 1975, 609; *Honsell* JuS 1976, 222.

⁹ Pain and Suffering (e. g. ‘disfigurement’) awards, as general damages, have reached legendary amounts in America: an eminent French tort lawyer gives a graphic account: *A. Tunc*, *La Responsabilité Civile*, Paris 1981, p. 1 f; for a recent penetrating critical account by an American lawyer see *Richard L. Abel*, ‘A Critique of Torts’, (1990) 37 U. C. L. A. L. Rev. 785.

In Germany, it has been often argued that the Civil Code (BGB), apparently under the strong influence of *Mommsen*¹⁰, endorsed a factual, “materialistic” concept of damage. His is considered to be the philosophy behind the principle of non-compensation of so-called “non-material” losses (§ 253 BGB). In the 1930s, however, a comparative study by a German scholar, *Neuner*, opened the way for normative considerations to infiltrate into the law of damages of the BGB¹¹. *Neuner*’s “normative” theory of Damage was directly inspired by the old Common Law tradition of using the tortious action as a test-ground for the existence of a right; *Neuner* called this the “rechtsverfolgende Funktion” of the action for damages. *Neuner*’s work, and its effect on the evolution of German Doctrine and Jurisprudence, provide a rare and striking example of the transplantation not merely of a principle or a doctrine, but of a legal culture, from a legal system with a highly individual experimental style, into a legal system of the highest dogmatic sophistication.

From the “rechtsverfolgende Funktion” of the tortious action *Neuner* concluded that the concept of “damage” itself has to be a “normative” concept. The law should be left free to work out its own concept of damage for its own purposes. Assessment of damages should, furthermore, be made on the objective basis of the “common value” of the perished interest (“gemeine Wert”), rather than on the basis of its subjective value. The latter was another postulate of the traditional Mommsenian concept of damage. *Neuner*’s ideas were further developed by several other authors; among others, by leading scholars such as *Bydlinski* (who called the award of damages “a sanction for the injured interest or good”)¹² and *Larenz* (who introduced the idea of a “Rechtsfortsetzungsfunktion” of the action for damages)¹³.

¹⁰ *Mommsen*, *Zur Lehre von dem Interesse*, 1855.

¹¹ *Neuner*, ‘Interesse und Vermögensschaden’, *AcP* 133, 277 f (1931); see also, a year later, *Wilburg*, ‘Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung’, in *JherJb* 82, 51 f. For a critical account of the literature following these two articles see *Grunsky*, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens*, 1968; *Hagen*, ‘Fort- oder Fehlentwicklung des Schadensbegriffs’, *JuS* 1969, 61 f; *Hauss*, in *ZVersWiss* 1967, 15 1; *Zeuner*, ‘Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden’, *AcP* 163, 380 (1963); *idem* in *Gedächtnisschrift für Dietz* 1972, 99 f; *Baur* in *FS Raiser*, 1974, at p. 120 f.

¹² *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, 1964, p. 29 f.

¹³ *Schuldrecht*, Vol. 1, 11th ed 1976, p. 346, repeated in subsequent editions; see, generally, *Hermann Lange* *Schadensersatz*, 1979, *passim*; *E. Wolf* in *FS Schiedermaier* 1976, 545 f. *Köndgen*, in *AcP* 177, 1 f (1977), attempts an economic analysis of the issue. An excellent comparative study of the meaning of legal damage can be found in the monograph by *Magnus*, *Schaden und Ersatz*, 1987.

Under French Law, it appears that the presence of actual harm is a *sine qua non* condition of compensation: “sans dommage, pas de droit à réparation”¹⁴. This principle is not, however, easy to reconcile with certain cases where compensation is given for losses that have, in truth, already been made good to the plaintiff in some other way¹⁵. And the rise of the sovereign power of the trial courts in the assessment of damages, coupled with their well-known refusal to disclose details about the method that they use, has not allowed a study of the exact role of normative considerations in such assessments¹⁶.

II

For real innovation in legal thinking on delictual liability one must turn to the common law world. American tort law has led the way towards a new conception of delictual liability, often described as ‘instrumental’¹⁷, and the contextual study of legal problems, on the basis of an economic analysis of the effect of legal rules in the market place. But whereas the original instrumental theories emphasized the compensatory aspects of tort law, as a ‘public law in disguise’¹⁸, having a regulatory and distributional character, aiming at spreading the cost of injuries across the community¹⁹, the new economic analysis of tort law,

¹⁴ See *Weill/Terré Droit Civil, Les Obligations*, 2d ed 1975, p. 657 f, repeated in subsequent editions.

¹⁵ See the discussion *ibid.*; and Civ. 2e, DS 1976 J. 137 note *Le Tourneau*, as well as Civ. 2e Juin 1976, RGAT 1977, 369.

¹⁶ Furthermore, there are also certain defined areas of the French Law of Damages, where a normative concept of damage with a specifically determined scope and function is openly used. The so-called “préjudice collectif”, i.e. injury to the legitimate collective interests of a professional or a trades union, is a most notable example in this connection. See *Weill/Terré*, no 769; for “syndicats professionnels” see art. L. 411–11 C. Tr.

¹⁷ First propagated by *Fleming James Jr* in his article ‘Contribution Among Joint Tortfeasors: A Pragmatic Criticism’, 54 *Harvard L. Rev.* 1156 (1941). See, further, *George L. Priest*, ‘The Invention of Enterprise Liability: A Critical History of the Intellectual Foundations of Modern Tort Law’, 14 *J. Legal Studies* 461 (1985). For a critique of ‘instrumentalist’ tort thinking, see *Charles O. Gregory*, ‘Contribution Among Joint Tortfeasors: A Defense’ 54 *Harvard L. Rev.* 1170 (1941), answered by *Fleming James Jr.* in ‘Replication’, 54 *Harvard L. Rev.* 1184 (1941). A good summary of the debate between relational and instrumentalist tort theories can be found in *Ernest J. Weinrib*, ‘Thinking About Tort Law’, 26 *Valparaiso Univ. L. Rev.* 717 (1992).

¹⁸ This point is addressed, in the light of the experience of the 1990s and the new ‘individualistic’ turn of social consciousness, by *Daniel A. Farber & Philip P. Frickey* ‘In the Shadow of the Legislature: The Common Law in the Age of the New Public Law’, 89 *Michigan L. Rev.* 875 (1991).

¹⁹ See, e. g., *Keeton & O’Connell*, *Basic Protection for Accident Victims*, 1965; *T. Ison*, *The Forensic Lottery*, 1967.

as shown in the work of, among others, *Calabresi* and *Posner*, aims at deterrence, and at reducing injuries by devising rules that produce economic incentives for safer behaviour²⁰.

The instrumental conception of tort law places the social function of tort remedies centre-stage, emancipating tort law from its historical connection with criminal law and the principle of individual responsibility based on moral wrong. The obligation to repair or compensate damage, or, exceptionally, to pay aggravated damages, is determined by social and economic considerations of allocation of the risk of specific losses. The instrumental theory of tortious liability replaces in the common law systems the concept of 'unlawfulness' with a concept of 'legal policy' based on such considerations. It has been made possible by the historical development of tort law by the judges, as a system of case-law largely unregulated by the legislator, and totally independent from Criminal law. In the common law world the civil action, even if the tort is also a crime, will be litigated separately and in a different legal culture (no juries in England), with a very restrained input from any parallel criminal proceedings allowed through into the tort case. Contrary to European Continental systems, which make extensive use of the civil action in the criminal jurisdiction. It is not surprising that in such systems the emancipation of tort law from the influence of criminal law philosophy and style is a long way coming. Criminal courts operate in a moral atmosphere, in which instrumentalist views of harmful conduct cannot make any way whatsoever. So French tort law, that bravely departed from notions of unlawfulness in articles 1382 *et seq.* Code Civil, suffered a serious setback in the hands of criminal judges heavily involved in tort litigation of claims by 'civil' parties to criminal proceedings: for a long time, French criminal courts imposed a notion of *injuria* on delictual liability (the so-called theory of an 'intérêt légitime juridiquement protégé').

To return to Anglo-American tort law, purposeful dangerous activity, or intentional harmful activity, will, more often than not, be socially dis-functional and, therefore, in principle, tortious (in the case of harmful intention with important exceptions where economic harm is con-

²⁰ See *W. M. Landes & R. A. Posner*, 'The Positive Economic Theory of Tort Law' 15 *Georgia L. Rev.* 851 (1981); the literature on the economic analysis of tort law is enormous: see, e. g., *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 3d ed., Boston 1986, ch. 6. In Germany, the movement attracted a great deal of interest, and generated original works such as *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986. The great English monograph has been *Atiyah* (5th ed. *P. Cane*), *Accidents, Compensation and the Law*, 1993; see also *Burrows & Veljanowski*, *The Economic Approach to Law*, 1981.

cerned). But the picture is much more unclear with regard to negligent or accidental harm.

An instrumental view of liability for negligent harm will give priority not to the moral wrongdoing of the defendant but to considerations of economic efficiency and social utility determining where the loss should ultimately fall. For deterrence and retribution, the job is left to criminal law. As far as civil liability is concerned, negligent harm ceases to be personal, it becomes social. Large areas of contemporary Anglo-American negligence law are imbued with such instrumentalist thinking: for example, causation and evidence rules in personal injury cases (most notably the so-called egg-thin-skull rule and the rule *res ipsa loquitur*), product liability, occupiers' liability, and, recently, in the United States, the so-called 'Enterprise (or market-share) liability' (liability without causation)²¹. The most common application of this new concept has been the trend in recent American tort law to impose collective liability on manufacturers even though plaintiffs were unable to identify which company sold the (common) defective product, in some cases holding a manufacturer liable and assessing damages even after he proved that he could not have possibly caused the harm²². Courts apply the so-called 'market-share test', and assess damages against the manufacturer in proportion to his share of sales in the market, not in proportion to his share of blame for the injury caused²³.

III

Liability without causation takes Tort law far away from the Roman model of the *lex Aquilia*, and traditional ideas of rectificatory justice. 'Social objectives supersede legitimate accountability or fault'²⁴. Some writers have sought to explain market-share liability on the basis of alternative causation theories, reflecting the shifting perspective of modern Tort law: from a formerly 'theistic' foundation, and a natural law approach to human nature, to a secular one, based on materialism and social and psychological determinism²⁵. An American author challenged

²¹ *Jude P. Dougherty*, 'Accountability Without Causality: Tort Litigation Reaches Fairy Tale Levels' 41 *Catholic Univ. L. Rev.* 1 (1991).

²² E.g. *Hymovitz v Eli Lilly & Co.* 539 N. E. 2d 1069, 1078-79 (N.Y.), *cert. denied*, 493 U.S. 944 (1989).

²³ E.g. *Sindell v Abbott Labs.* 607 P. 2d 924, 027 (Cal.), *cert. denied*, 449 U.S. 912 (1980).

²⁴ *Dogherty*, 'Accountability Without Causality' *supra*, note 17, p. 11.

²⁵ *G. Edward White*, *Tort Law in America*, 1980, p. 214.

traditional theories of objective legal causation and 'causal chain' as early as 1870:

"To every event there are certain antecedents ... The true cause is the whole set of antecedents taken together."²⁶

Furthermore, in the Anglo-American (in contrast with the German) legal culture tort claims are, in principle, for damages, i.e. monetary compensation, *restitutio in naturam* being a very rare exception; therefore, financial arguments prevail in determining legal policy. Harm of *any* kind must be given a price-tag, before tort law can deal with it. This turns a personal injury, a psychiatric condition, a property damage or a deprivation of personal freedom and privacy into a sum of money, seriously undermining traditional relational tort theory. Clearly, what the defendant is ordered to give to the plaintiff is almost never what he has taken away. When money is involved, the whole community is involved, as money is the purest form of social interaction. It is hardly surprising, therefore, that new tort theories are emerging, of collective culpability, aiming at an allocation of certain losses not to individuals but to the community as a whole. Not only is the stage immensely bigger than the two (individual or corporate) protagonists (i.e. the parties named in the tort action) and their relative position as between each other (for example, collateral benefits for the plaintiff and collateral profits for the defendant); loss- and liability insurance are also lurking behind the (apparent) judicial allocation of losses.

In a sophisticated market economy tort can, furthermore, be used not to restore unfair or socially dysfunctional loss, but, simply, to produce wealth for certain professions²⁷, or to increase the assets of a business, as a useful variety of so called 'paper-entrepreneurism'²⁸. This seriously aggravates the already dramatic crisis of the mounting social cost of tort litigation in America, adding urgency to the task of developing an economically sound tort theory for the future²⁹. Any interest in *injuria* as a personal affront pales into insignificance before the political and

²⁶ Nicholas St. John Green, 'Proximate and Remote Cause', 4 American L. Rev. 201 (1870).

²⁷ Writers in the so-called 'Critical Legal Studies' movement have savagely attacked the capitalist exploitation of tort liability by lawyers, insurers and entrepreneurs: see Richard L. Abel, 'A Critique of Torts', 37 U. C. L. A. L. Rev. 785 (1990). See, further, my article 'The Method of Comparative Law and the Question of Legal Culture Today', 3 Tilburg Foreign Law Rev. 113, 134 f (1994).

²⁸ See R. Reich, *The Next American Frontier*, 1983, ch. 7.

²⁹ 'Tort crisis' and 'Tort Reform' have been hotly debated in America in recent years, and figured as political issues in the last Presidential election. See Robert L. Rabin 'The Politics of Tort Reform', 26 Valparaiso Univ. L. Rev. 709 (1992).

economic implications of the social cost of tort litigation. We are a long way away from the idyllic world of the *lex Aquilia*. In Anglo-American tort law, *injuria* has been mutated to a vehicle of social and economic policy. Continental European law has not yet experienced this; traditional natural law views of responsibility and causation are preserved, and tort liability remains a rectificatory mechanism of loss distribution³⁰.

Yet, despite this transformation of tort law in the Anglo-American legal family, the *language* of judicial decisions continues today to reflect the old morality, based on a traditional relational approach to the issue of allocating accidental losses. There is little difference between this moral terminology, and that to be found in judicial decisions in Continental legal systems, for example, in German law, where, however, the link between law and morality in the field of Torts (Unerlaubte Handlungen) has been explicitly legislated in § 826 BGB. This provision has found extensive and remarkable application in German case-law, covering a number of diverse areas, which in English law fall under the scope of different torts, such as deceit, defamation, intimidation, conspiracy, interference with contractual relations and others. But what is even more remarkable for a common law lawyer is the manner in which the German Federal Constitutional Court has combined this provision with the articles of the German Constitution (Grundgesetz), guaranteeing Basic Rights of citizens, to create a moral high ground on which delictual behaviour is judged:

“... die Generalklauseln ... [sind mit Recht] ... als die ‘Einbruchstellen’ der Grundrechte in das bürgerliche Recht bezeichnet worden”³¹.

The Bundesverfassungsgericht has held, further, that general clauses such as § 826 BGB

‘refer to the judging of human conduct by criteria which are outside civil law, in fact chiefly outside the law altogether ... in deciding what these social precepts require at any given time in the individual case, one must primarily proceed from the totality of value concepts which the people have reached at a certain point in time of their intellectual and cultural development and established in their Constitution’.³²

The modern English Law of Negligence has been shaped in a number of important judicial decisions as well as statutes, of the 20th century, the first of which was the decision of the House of Lords in *Donoghue v Stevenson*³³. Before this case was decided in 1932, the English law of

³⁰ See the conclusions of *Ulrich Magnus* in *Reformüberlegungen für das österreichische Haftpflichtrecht*, Verhandlungen des XII. Österreichischen Juristentages, Wien 1994, p. 82 f.

³¹ BVerfGE 7, 198.

³² *ibid.*

³³ (1932) A. C. 562.

Tort did not know of any comprehensive principles of liability for negligent conduct, and, in the absence of liability based on Contract or some other “nominated” tort, claims for negligently inflicted injury were unlikely to succeed. *Donoghue* inaugurated the modern law of Negligence by introducing the general rule of the duty of care as the basis of liability. What is interesting for this study is, however, the manner in which this was done, in the leading speech of *Lord Atkin*, that has been ever since regarded as the cornerstone of Negligence liability in English law:

“I content myself with pointing out that in English law *there must be*, and *is*, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances.”³⁴

Commenting on this passage, Professor *Tony Jolowicz* observes that

“in a case-law system such as the English, even more obviously than in a codified system, the distinction between what the law is and what the law ought to be is often blurred.”³⁵

V

The moral language of tort decisions contrasts sharply with the professed commitment of the judges to developing the law according to the requirements of a broader economic and social policy. Yet, the moral language of English Tort law has been revived in the latest major cases dealing with what is, at the present time, the most urgent and serious issue of tort liability in England, the problem of liability for negligent financial harm. This issue has been traditionally regarded as *par excellence* an issue of “legal policy”, i.e. to be solved, in each case, in the light of broader economic, social, or, even, political considerations. In the most authoritative decision of the House of Lords, taken by a panel of seven, rather than five, as usually is the case, judges, the case of *Murphy v Brentwood D. C.*³⁶, the House of Lords departed from precedent to secure the financial position of local authorities against claims of negligence of building inspectors employed by them, raised by owners of badly built homes that had, nevertheless, been licensed as built safely. The basis of this decision was the legal policy against such claims; but the *language* of the judges was a old, moral language of personal responsibility. Rather than talking sociological or economic jargon, judges continue to use a text loaded with moral, and sometimes, emotional, vocabulary. The technological progress, accelerating the

³⁴ (1932) A. C. at p. 580 (emphasis added).

³⁵ “Compensation for Personal Injury and Fault” in *Accident Compensation After Pearson*, Edited by *Allen/Bourn/Holyoak*, London 1979, at p. 75.

³⁶ (1991) 1 A. C. 398.

speedy spread and interdependence of financial relations and the interaction between different sectors of the industry and the professions³⁷, is taking place at a time when, at both sides of the Atlantic, tort law is undergoing a fundamental re-thinking³⁸. It has again become fashionable to emphasise its 'relational', i.e. moral, nature; the instrumental approach to the operation of tort principles, i.e. as a means of accomplishing collective goals, is under attack from a variety of different theoretical perspectives³⁹. In the age of the information technology revolution, the protection of individuals and their distinct identity and potential is becoming, again, fashionable, gaining importance over the pursuit of collective goals and interests.

It may be that the relational approach to tort law leads to a socially inefficient allocation of losses⁴⁰. But it is hard to argue against tort law being the original, and, still, the only available, mechanism of a morally acceptable allocation of *personal* blame for wrongful action and its consequences. If an issue has nothing to do with morality, it should not be a tort issue (for example, accidents through unavoidable error are, arguably, better left to collective compensation schemes); conversely, if an issue is a tort issue, the moral dimension cannot be ignored.

It cannot be denied, furthermore, that in Negligence cases there is a clear moral dimension, a question as to the fairness of the personal behaviour of this particular party towards that one. By contrast, legal policy does not necessarily have to be linked to the common sense of morality in the community, and often judges let this become apparent in their reasoning. Nevertheless, in explaining the policy of the law, judges only seem comfortable when using the *moral* language of the traditional law of Negligence. A common expression is that it would be 'unfair, unjust and unreasonable' to impose a duty on the defendant to compensate the plaintiff except in those cases where the claim is allowed, again, precisely because it said to be 'fair, just and reasonable' for the defendant to pay⁴¹. This is, of course, in a more general sense,

³⁷ See E. K. Banakas, 'Modern Techniques of Payment and Electronic Transfer of Funds in English Law', in *Bridge/Banakas/Gardner/Carey Miller* (eds), United Kingdom Law in the Mid-1990s, Vol. 1, London 1994, p. 371 f.

³⁸ See, e. g. the articles in (1992) 26 Valparaiso Univ. L. Rev. 701 f.

³⁹ Weinrib, 'Thinking About Tort Law', (1992) 26 Valparaiso Univ. L. Rev. 717 is an excellent analysis of the relational and instrumental conceptions of tort law.

⁴⁰ See the masterful comparative study of A. Tunc, *La Responsabilité Civile*, Paris 1981, p. 1 f.

⁴¹ Courts consistently apply these words to the existence of a Duty of Care in recent economic loss cases: see, e. g., *Caparo Industries Plc v Dickman* (1990) 2 A. C. 605 at 617–618 per Lord Bridge and at 632–633 per Lord Oliver; most recently, *Spring v Guardian Assurance Plc* (1994) 3 All E R 129 at 161 per Lord Slynn and at 176 per Lord Woolf.

hardly surprising: economic, or any other pragmatic or technical arguments, disrobed of moral language, are simply not enough to explain to the parties, and to the wider community, the judgment of a court of law. As it has been rightly observed recently

‘the legal text constitutes a visible material surface, a “terranean screen”, a body of law whose figurative function is that of representing an invisible order, a spiritual coherence, a dogma or unity which will both identify and direct the thought or the vision of the subject of law to its licit mythic image or source.’⁴²

The importance of traditional moral language for the authority of the judicial text is well illustrated in the recent decision of the House of Lords in England, in the interesting case of *Spring v Guardian Assurance Plc.*⁴³ In accepting the claim of the plaintiff that his former employer owed him a duty of care not to negligently write an inaccurate reference that could have costed him his new job, the House of Lords are showing in this case emotions unprecedented in records of judgments of the highest jurisdiction in this country. The judgment of *Lord Lowry*, for example, is full of such emotions: the issue is surely moral, and at least *he* has no doubt that it can be *wrong* for the law of tort not to recognise an economic loss claim on grounds of wider legal policy, as, for example, policy dictated by predictions of adverse market repercussions of doubtful foundation⁴⁴.

Legal policy expressed in moral terms needs to be explained in moral terms. However, the plaintiffs in earlier ‘tough’ English cases of econ-

⁴² *Peter Goodrich, “Jani anglorum: signs, symptoms, slips and interpretation in law”, in Politics, Postmodernity and Critical Legal Studies, edited by Douzinas/Goodrich/Hachamovitch, Routledge, London 1994, 107, at p. 135.*

⁴³ (1994) 3 All E R 129.

⁴⁴ Speaking on a legal policy argument against liability in negligence for a non-malicious inaccurate reference, derived from an alleged need to protect the proper province of the torts of Defamation and injurious falsehood, he said: ‘This argument falls to be considered on the assumption that, but for the overriding effect of public policy, a plaintiff who is in the necessary proximate relation to the defendant will be entitled to succeed in negligence if he proves his case. To assess the validity of the argument entails not the resolution of a point of law but a balancing of moral and political arguments. This exercise could no doubt produce different answers but, for my own part, I come down decisively on the side of the plaintiff: (1994) 3 All E R 129, 152. Then he became, uncharacteristically for a judge of his rank on record, openly emotional when saying: ‘One the one hand looms the probability, often amounting to certainty, of damage to the individual, which in some cases will be serious and may indeed be irreparable. The entire future prosperity and happiness of someone who is the subject of a damaging reference which is given carelessly but in perfectly good faith may be irreparably blighted. Against this prospect is set the possibility that some referees will be deterred from giving frank references or indeed any references ... I am inclined to view this possibility as a spectre conjured up by the defendants to frighten your Lordships into submission: (1994) 3 All E R 129, 153.’

omic loss, such as *The Aliakmon*⁴⁵, *Caparo*⁴⁶, *Murphy*⁴⁷, (to mention only a few among many) were not told in moral terms by judges rejecting their claims *why* it was 'unfair, unjust and unreasonable' for the defendants to pay them for their losses, clearly the result not of unavoidable errors, but negligence, pure and simple. In these, as in many other economic loss cases, the policy of non-recovery appears to have been based on a view taken by judges of the unfairness of the defendant's conduct towards the plaintiff being of lesser significance, compared either to the unfairness of recovery to society, or to the unfairness to the defendant himself in imposing a greater liability on him than that which could be imposed on a third party. However, in such cases, as, indeed, in all tort cases, the basis of a decision on liability is explained in terms of the parties' relationship, and judges often say that 'the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope *upon the one party for the benefit of the other*' (emphasis added)⁴⁸. The importance of getting the balance right, first and foremost, as between the plaintiff and the defendant, and *then* considering, for the purposes of restricting the ambit of liability, third-party effects, is the basis of *Lord Woolf's* judgment in *Spring v Guardian Assurance Plc*. In finding for the plaintiff he said:

'To make an employer liable for an inaccurate reference, but only if he is careless, is, I would suggest, wholly fair. It would balance the respective interests of the employer and the employee. *It would amount to a development of the law of negligence which accords with the principles which should control its development*' (emphasis added)⁴⁹.

VI

The scene is no different in America. As Professor *Gary T. Schwartz* points out in a forthcoming article

'Much of tort scholarship is now affected by a general debate about whether efficiency or instead justice provides the proper criterion for tort liability doctrines.'⁵⁰

Professor *Ernest J. Weinrib*, one of the most eminent theoreticians of contemporary American tort law is also a leading advocate of the

⁴⁵ (1986) A. C. 785.

⁴⁶ (1990) 2 A. C. 605.

⁴⁷ (1991) 1 A. C. 398.

⁴⁸ (1990) 2 AC 605 at 617–618 *per Lord Bridge*; cited with approval by *Lord Slynn of Hadley* in *Spring v Guardian Assurance plc*, (1994) 3 All ER 129 at 161.

⁴⁹ (1994) 3 All E R 129 at 172.

⁵⁰ *Gary T. Schwartz*, 'The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing The Recent Experience', in *Civil Liability for Pure Economic Loss*, ed. by *E. K. Banakas*, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers (forthcoming).

prevalence in tort law of ideas of corrective justice over social goals and market-efficiency.

'Perhaps ... we should replace tort law with a regime of public compensation. Perhaps also, more generous provisions of public welfare, especially health insurance, would alleviate the temptation ... to use tort adjudication to provide what the political process has withheld. But tort law is fundamentally relational: it presupposes a normative bond that singles out and connects the particular parties to the litigation.'⁵¹

It may well be that Anglo-American Tort law in general, and the law of Negligence in particular, are returning to the orthodoxy of their traditional function as ways of importing moral considerations into social and economic life. This, if it happens, would be a remarkable departure from the instrumental/utilitarianist philosophy prevalent in recent years.

⁵¹ Ernest J. Weinrib, 'Thinking About Tort Law', 26 *Valparaiso Univ. L. Rev.* 717 (1992); see also his book *The Idea of Private Law*, 1994.

Recht und Humangenetik – ein österreichischer Diskussionsbeitrag

ERWIN BERNAT

I. Einleitung

A. Humangenetik als Regelungsbereich des GTG

Mit der Verabschiedung des GentechnikG¹ (GTG) ist die Diskussion der Rechtsfragen angewandter Humangenetik in ein neues Stadium gekommen. Während bislang lediglich Eingriffe in das Erbmaterial der menschlichen Keimbahn verwaltungsstrafbewehrt verboten waren², hat der Gesetzgeber des GTG die Praktiken der angewandten Humangenetik fast lückenlos erfaßt und einer administrativ-prozeduralen Regelung zugeführt: Im IV. Abschnitt (des Art. I) dieses Gesetzes wurden sowohl Genanalyse als auch Gentherapie (§§ 64 – 79 GTG) umfassend geregelt. Dieser Umstand unterscheidet das österreichische GTG von seinem deutschen Pendant³, das sich lediglich auf jene Regelungsmaterien konzentriert, die unter dem Schlagwort „grüne Gentechnologie“ zusammengefaßt zu werden pflegen und in Österreich im II. und III. Abschnitt des Art. I des GTG eine Regelung erfahren haben: Hier geht es um Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen in geschlossenen Systemen (§§ 5 – 35 GTG) sowie um die Zulässigkeit des Freisetzens von gentechnisch veränderten Organismen⁴ (§§ 36 – 63 GTG).

Entsprechend dem deutschen Vorbild, der „Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit“ (ZKBS)⁵, wurde vom österreichischen Ge-

¹ „Bundesgesetz, mit dem Arbeiten mit gentechnisch veränderten Organismen, das Freisetzen und in Verkehrbringen von gentechnisch veränderten Organismen und die Anwendung von Genanalyse und Gentherapie am Menschen geregelt werden (Gentechnikgesetz – GTG) und das Produkthaftungsgesetz geändert wird“ vom 12. 7. 1994, BGBl. 510.

² Kraft § 9 Abs. 2 des FortpflanzungsmedizinG, BGBl. 275/1992; dazu näher unter II. A.

³ Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz – GenTG) i. d. F. der Wiederverlautbarung (vom 21. 12. 1993), BGBl. 1993 I, S. 2066 ff

⁴ Das österreichische Gesetz verwendet die Abkürzung GVO (§ 2 Abs. 1 Z. 2 GTG).

⁵ Zu ihr und ihren Aufgaben *E. Bernat*, *Gentechnologie in der wissenschaftlichen Forschung: Eine rechtspolitische Herausforderung*, *VersRdSch* 1989, 33, 45 f sowie nunmehr §§ 4 f GenTG.

setzgeber eine „Gentechnikkommission“ errichtet, deren Aufgaben die §§ 80 ff GTG regeln. Dieser Kommission ist vom Bundesminister für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz ein wissenschaftlicher Ausschuß für Genanalyse und Genterapie am Menschen einzurichten (§ 85 Abs. 1 Z. 3 GTG), dem verschiedenste beratende Funktionen zugeordnet werden (vgl. genauer § 88 Abs. 1 GTG).

Vergleicht man das deutsche mit dem österreichischen Gesetz unter dem Gesichtspunkt des Haftungsrechts, so ist auffallend, daß Deutschland eine relativ umfassende Haftungsregelung in §§ 32 – 37 GenTG positiviert hat⁶, während im österreichischen GTG eigene Schadenersatzbestimmungen gänzlich fehlen: Erst durch einen Abänderungsantrag der Abgeordneten zum Nationalrat Reitsamer, Schwimmer und Kollegen⁷ wurde das PHG novelliert⁸, das nun spezielle Regelungen für „land- und forstwirtschaftliche Naturprodukte“ kennt, „die gentechnisch veränderte Organismen im Sinne des Gentechnikgesetzes sind.“ (§§ 4 letzter Satz, 8 Z. 4 PHG i. d. F. des GTG) Für eine Haftung im Zusammenhang mit Genanalyse bzw. Genterapie gelten also weiterhin die allgemeinen Bestimmungen des ABGB, die die Judikatur im Zusammenhang mit der Ersatzpflicht des Arztes entwickelt hat⁹.

B. Die Entstehungsgeschichte des GTG

Während in Deutschland mit dem Bericht der Bundestags-Enquete-Kommission „Chancen und Risiken der Gentechnologie“¹⁰ bereits Anfang 1987 der Grundstein für das spätere GenTG gelegt worden ist, wurden die normativen Probleme der Gentechnologie in Österreich erst einige Jahre später öffentlich diskutiert. Zwar hat man sich auch in Österreich – entsprechend dem deutschen Vorbild – veranlaßt gesehen, eine parlamentarische Enquete-Kommission einzurichten¹¹, doch scheint deren Einfluß auf das vorliegende Gesetz eher bescheiden ausgefallen zu sein. Das Bundesministerium für Gesundheit, Sport und Konsumenten-

⁶ Dazu umfassend *E. Deutsch*, Deutschland: Produzentenhaftung im Gentechnikrecht, PHI 1991, 75 – 83

⁷ Antrag No. 732/A vom 26. 5. 1994, II-13804 Blg. StProt. NR, 18. GP.

⁸ Bundesgesetz vom 21. 1. 1988 über die Haftung für ein fehlerhaftes Produkt (Produkthaftungsgesetz), BGBl. 99.

⁹ Problemaufriß bei *E. Deutsch*, Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse, in: J. Simon (Hrsg.), Recht der Biotechnologie (Loseblattausgabe) Bd. III: Schwerpunktbeiträge, unter 22. 80.

¹⁰ BT-Drucks. 10/6775 vom 6. 1. 1987; dazu *E. Bernat*, VersRdSch 1989, 33 ff; *ders.*, Int'l Dig. Hlth Leg. 40 (1989) 517 ff; *E. Deutsch*, Das Recht der Gentechnologie 1987. Vorschläge zur Gesetzgebung durch die Enquete-Kommission „Chancen und Risiken der Gentechnologie“ des Deutschen Bundestages, ZRP 1987, 305 ff.

¹¹ Vgl. die Erläuterungen zur RV des GTG, 1465 Blg. StProt. NR, 18. GP, 43.

schutz hat seit 1991 mehrere Ministerialentwürfe erarbeitet¹², die schließlich in die Regierungsvorlage eines GTG¹³ mündeten. Der Inhalt dieser Regierungsvorlage ist sodann durch einen Abänderungsantrag der Abgeordneten Reitsamer, Schwimmer und Kollegen¹⁴ zum Teil nicht unwesentlich modifiziert worden¹⁵. Das GTG wurde vom Parlament noch knapp vor Auslaufen der 18. Gesetzgebungsperiode beschlossen und trat (mit Ausnahme des Art. I, V. Abschnitt [Gentechnikkommission]) am 1. 1. 1995 in Kraft.

C. Europarechtliche Vorgaben

In Erfüllung des EWR-Vertrags mußte Österreich zwei Richtlinien der EU bei Abfassung des GTG berücksichtigen¹⁶. Es sind dies die „Richtlinie des Rates v. 23. 4. 1990 über die Anwendung genetisch veränderter Mikroorganismen in geschlossenen Systemen“¹⁷ sowie die vom selben Tag stammende „Richtlinie des Rates ... über die absichtliche Freisetzung genetisch veränderter Organismen in die Umwelt“¹⁸. Nach Auffassung der Erläuterungen zur Regierungsvorlage sind die im GTG vorgesehenen Regelungen mit den soeben erwähnten Richtlinien kompatibel¹⁹.

Die im GTG enthaltenen Bestimmungen im Zusammenhang mit Gentherapie und Genanalyse gehen zwar über den Bereich der beiden

¹² Der erste von mehreren Entwürfen stammt vom 1. 3. 1991 und wurde unter dem Titel „BG v. ... über Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit des Menschen einschließlich seiner Nachkommenschaft und der Umwelt vor Schäden durch gentechnologische Eingriffe (Gentechnikgesetz)“ vorgelegt (als Manuskript vervielfältigt); dazu (sehr kritisch) *W. Selb*, Zum Entwurf eines Gentechnikgesetzes, *JBl.* 1991, 749 ff sowie *E. Bernat*, Die Genomanalyse im österreichischen Recht – eine Bestandsaufnahme, in: *Centro de Direito Biomédico (Coimbra)/Institut für Arzt- und Arzneimittelrecht (Göttingen)* (eds), *Genome Analysis. Legal Rules – Practical Application*, Coimbra 1994, 1 ff.

¹³ Vom 2. 3. 1994 (1465 Blg. StProt. NR, 18. GP).

¹⁴ Antrag No. 732/A vom 26. 5. 1994, II-13804 Blg. StProt. NR, 18. GP.

¹⁵ Vgl. den Hinweis im Bericht des Gesundheitsausschusses, 1657 Blg. StProt. NR, 18. GP, 2; u. a. wurde durch diesen Abänderungsantrag vorgeschlagen, auch das PHG zu novellieren; vgl. schon oben im Text bei Fn. 7.

¹⁶ Gem. Anhang XX EWR-Abkommen, Pkt. 24 und 25.

¹⁷ Council Directive of 23 April 1990 on the contained use of genetically modified micro-organisms (90/219/EEC), Official Journal of the European Communities No L 117/1.

¹⁸ Council Directive of 23 April 1990 on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms (90/220/EEC), Official Journal of the European Communities No L 117/15.

¹⁹ 1465 Blg. StProt. NR, 18. GP, 42; anders jedoch die Stellungnahme der Abgeordneten zum Nationalrat *M. Petrovic*, 1657 Blg. StProt. NR, 18. GP, 45.

EU-Richtlinien hinaus, sind aber dennoch EU-konform, weil die Europäische Union diese Bereiche bislang nicht geregelt hat²⁰.

II. Genanalysen am Embryo in vitro und in vivo (= in utero)

A. Screening am Embryo in vitro (Präimplantationsdiagnostik)

Die Befruchtung in der Retorte (in-vitro-Fertilisation, IVF) markiert eine Schnittstelle an der Grenze von Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik. Dieses Verfahren ermöglicht nämlich nicht nur unfruchtbaren Wunscheltern, zu einem genetisch eigenen Kind zu kommen²¹. Die extrakorporale Befruchtung könnte in Familien mit bekannten schweren Erb-erleiden auch mit der Zielsetzung durchgeführt werden, den jungen, noch totipotenten Embryo auf das Vorhandensein von schweren Erb-erleiden zu untersuchen²². Wird ein Gendefekt nachgewiesen, so könnte die Frau entscheiden, ob sie ein gesundheitsbeeinträchtigtes Kind austragen oder den extrakorporalen Embryo „seinem Schicksal überlassen“ (sterben lassen) möchte.

Dieses Denkmodell ist vom österreichischen Gesetzgeber scheinbar generell verworfen worden. Zwar finden sich im GTG 1994 keine Regelungen zu dem momentan interessierenden Problembereich, doch wurde das Screening am Embryo in vitro schon durch das Fortpflanzungs-medizingesetz 1992, BGBl. 275, erfaßt. Zum einen beschränkt § 2 Abs. 2 FMedG die Zulässigkeit der IVF auf jene Patientinnen²³, bei denen „nach dem Stand von Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos

²⁰ 1465 Blg. StProt. NR, 18. GP, 43; dennoch gibt es auch innerhalb der EU bereits Bemühungen, gewisse Aspekte der Humangenetik einer einheitlichen Regelung zuzuführen, wie die Installierung des ESLA-Komitees durch die Kommission zeigt. Dieses Komitee soll die „ethical, social and legal aspects“ der humanen Genomanalyse untersuchen; vgl. hierzu die Landesberichte in: Centro de Direito Biomédico (Coimbra)/Institut für Arzt- und Arzneimittelrecht (Göttingen) (eds), *Genome Analysis. Legal Rules – Practical Application. Reports of the Workshop 11th – 14th June 1992 (under the auspices of the Commission of the European Communities)*. Coimbra: Livraria Almedina 1994.

²¹ Zu den Indikationen vgl. statt vieler *W. Feichtinger/P. Kemeter*, Über die In vitro-Fertilisierung beim Menschen, in: E. Bernat (Hrsg.), *Lebensbeginn durch Menschenhand. Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht*, Graz 1985, 59 ff.

²² *A. Trounson*, Why do research on human pre-embryos, in: P. Singer et al. (eds), *Embryo-Experimentation*, Cambridge 1990, 14, 20 erwähnt etwa das Lesch-Nyhan-Syndrom, das schon am Embryo in vitro entdeckt werden könnte.

²³ § 2 Abs. 1 FMedG schränkt die Zulässigkeit der Fortpflanzungsmedizin auf Ehe bzw. ehähnliche Lebensgemeinschaft ein.

sind.“ Daher wäre eine rein eugenisch indizierte IVF, also eine extrakorporale Befruchtung, die nicht wegen Sterilität der Frau (des Mannes) vorgenommen werden soll, sondern ausschließlich um zu untersuchen, ob der Embryo erbkrank ist, von vornherein verboten. Zum anderen ordnet § 9 Abs. 1 FMedG an, daß extrakorporale Embryonen nicht für andere Zwecke als für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen verwendet werden dürfen. Sie dürfen nach den Vorstellungen des Gesetzgebers „nur insoweit untersucht und behandelt werden, als dies nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft und Erfahrung zur Herbeiführung einer Schwangerschaft erforderlich ist.“ (§ 9 Abs. 1, S. 2 FMedG) Der Gesetzgeber wollte mit dieser Vorschrift ein umfassendes Forschungsverbot positivieren, das nicht nur die sog. „verbrauchende Forschung“²⁴ erfaßt. In den Erläuterungen zur RV des FMedG heißt es nämlich: „Eine Untersuchung oder Behandlung zur Abwehr einer möglichen Gefahr für die Frau oder das gewünschte Kind soll – wie bei der natürlichen Fortpflanzung – nicht in Betracht kommen“²⁵. Offensichtlich wollte der Gesetzgeber nicht nur die Präimplantationsdiagnostik mit § 9 Abs. 1 FMedG verbieten, sondern auch jedes noch so erfolgversprechende therapeutische Experiment, mit dem Ziel, das Leben bzw. die Gesundheit des aus dem Embryo in vitro entstehenden Menschen zu erhalten oder zu verbessern²⁶. Sieht man vom speziellen Verbot der Keimbahntherapie (§ 9 Abs. 2 FMedG, § 64 GTG) einmal ab²⁷, so verstößt das Therapieverbot in § 9 Abs. 1 FMedG klar gegen den Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG 1867): Wenn wir es gesellschaftlich gutheißen, geborene Kinder einer medizinischen Behandlung zu unterziehen, erscheint es völlig unverständlich, Frühformen menschlichen Lebens eine (zumindest theoretisch mögliche) Behandlung in vitro gesetzlich vorzuenthalten²⁸.

Inwieweit die Absicht des Gesetzgebers, die Präimplantationsdiagnostik zu untersagen, aufrechterhalten werden kann, soll sogleich unter II. C. untersucht werden.

²⁴ Gemeint ist mit diesem Begriff jene fremdnützige Forschung am Embryo, die diesen aktiv tötet; vgl. hierzu *D. Krebs*, Möglichkeiten und Perspektiven der Forschung an Embryonen, in: H.-B. Wurmeling (Hrsg.), *Leben als Labormaterial?* Düsseldorf 1988, 9 ff.

²⁵ Erläuterungen zur RV des FMedG, 216 Blg. StProt. NR, 18. GP, 20 (I. Sp.).

²⁶ Großzügiger das deutsche Recht; vgl. *H.-L. Günther*, in: R. Keller/H.-L. Günther/P. Kaiser, *Kommentar zum Embryonenschutzgesetz*, Rdn. 42 zu § 2 (S. 205); *H.-L. Günther*, Welche Grenzen setzt das Embryonenschutzgesetz der Humangenetik? *Med. Genetik* 3/1991, 41, 44 f.

²⁷ Dazu unter V. A.

²⁸ *D. Coester-Waltjen*, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen? *FamRZ* 1984, 230 ff; *E. Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Rechtspflichten für den österreichischen Gynäkologen, *Gynäkol. Geburtsh. Rundsch.* 33 (1993) 2, 6.

B. Pränatale Diagnose am Embryo in vivo (= in utero)

Das österreichische Recht hat den Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft generell straffrei gestellt, sofern die Interruptio nach vorhergehender ärztlicher Beratung von einem Arzt vorgenommen wird (§ 97 Abs. 1 Z. 1 StGB). Nach dem Verstreichen der ersten drei Monate der Schwangerschaft ist der Abbruch prinzipiell verboten. Eine Ausnahme macht das Gesetz von diesem Grundsatz unter anderem, falls „eine ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde.“ (§ 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB). Man spricht auch von sog. kindlicher bzw. eugenischer Indikation²⁹. In diesem Fall ist der Abbruch bis unmittelbar vor Geburt straffrei. Diese „Fristerstreckung“ ist nur vor dem Hintergrund des medizinisch Machbaren im Bereich der Pränataldiagnostik erklärbar:

Ein nicht unbeträchtlicher Teil aller Neugeborenen kommt mit einer mehr oder weniger schweren Schädigung zur Welt, die genetisch bedingt ist. Bei einem bestehenden Erkrankungsrisiko kann aber für das Wunschelternpaar die Entscheidung, ein Kind zu bekommen, vom Ergebnis einer pränatalen Diagnostik abhängig gemacht werden. Im Rahmen dieser Verfahren³⁰ kann sich eine sichere Diagnose und nicht bloß eine Wahrscheinlichkeitsaussage über den Gesundheitszustand der Leibesfrucht ergeben³¹. Da manche dieser pränataldiagnostischen Verfahren erst nach dem dritten Schwangerschaftsmonat durchführbar sind³², hat sich der österreichische Gesetzgeber dazu entschlossen, die Schwangerschaftsunterbrechung im Fall des § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB bis unmittelbar vor Geburt straffrei zu stellen³³.

Strittig war bislang im österreichischen Schrifttum, ob die Worte in § 97 Abs. 1 StGB: „Die Tat ist nach § 96 nicht strafbar ... 1. wenn ... 2. wenn ... 3. wenn ...“ gleichzeitig auch die Rechtswidrigkeit des Schwan-

²⁹ H. Zipf, in: Wiener Komm zum StGB, Rdn. 16 zu § 97.

³⁰ Ultrachalldiagnostik, Chromosomenuntersuchung, proteinchemische Analyse sowie die DNA-Analyse.

³¹ Ausführlich zu den medizinischen Voraussetzungen der genetischen Beratung und der pränatalen Diagnostik der Bericht der (deutschen) Enquete Kommission „Chancen und Risiken der Gentechnologie“, BT-Drucks 10/6775, 147 ff.

³² Für die Amniozentese und die Fetoskopie liegt der Untersuchungszeitpunkt zwischen der 14. und 22. Schwangerschaftswoche (BT-Drucks. 10/6775, 148 [r. Sp.]).

³³ Vgl. den JAB zum StGB, 959 Blg. StProt. NR, 13. GP, 23 (r. Sp.); anders zuletzt aber P. J. Schick, Der strafrechtliche Schutz des Kindeswohls. Bestehende Regelungen – gesetzgeberischer Handlungsbedarf, in: M. Rauch-Kallat/J. W. Pichler (Hrsg.), Entwicklungen in den Rechten der Kinder im Hinblick auf das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes, Wien – Köln – Weimar 1994, 479, 492, der § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB in die Nähe von Kindeswohlüberlegungen rückt.

gerschaftsabbruches (i. S. v. § 96 StGB) beseitigen³⁴ oder bloß die Strafbarkeit der Tat ausschließen³⁵ wollen. Dieser Streit hat auch im Hinblick auf die Pränataldiagnose Bedeutung. Wäre nämlich kraft § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB nur die Strafbarkeit des Abbruches wegen Vorliegens der kindlich-eugenischen Indikation beseitigt, die Rechtswidrigkeit der Tötung der Leibesfrucht aber nicht, so könnte diese Beurteilung für die zivilrechtliche Wirksamkeit des Diagnosevertrages erhebliche Auswirkungen nach sich ziehen. War es nämlich schon vor Durchführung der pränatalen Diagnose unbedingtes Ziel der Schwangeren, den Fötus abtreiben zu lassen, falls die Diagnose die ernste Gefahr bestätigt, „daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde“, so könnte der Diagnosevertrag als rechts-, weil sittenwidrig (§ 879 Abs. 1, 2. Alt. ABGB) beurteilt werden, weil er eine *conditio sine qua non* für die Durchführung einer verbotenen (wenngleich straffreien) Handlung darstellt³⁶.

Der Streit um die sog. Rechtfertigungsthese³⁷ zu § 97 Abs. 1 StGB hat durch die Verabschiedung des GTG eine neue Dimension bekommen. § 65 Abs. 3 GTG ordnet nämlich an, daß eine Genanalyse i. S. v. § 65 Abs. 1 Z. 1 GTG im Rahmen einer pränatalen Untersuchung nur unter gewissen Voraussetzungen *durchgeführt werden darf*: Die Genanalyse muß medizinisch geboten sein, und die Schwangere muß schriftlich bestätigen, daß sie zuvor durch einen Arzt oder Facharzt i. S. d. § 65 Abs. 1 Z. 1 GTG über Wesen, Tragweite und Aussagekraft der Genanalyse und über Risiken des vorgesehenen Eingriffs aufgeklärt worden ist und der Genanalyse zugestimmt hat. Dazu heißt es in den Erläuterungen zur RV: „Abs. 3 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Genanalyse

³⁴ H. Zipf, in: Wiener Komm zum StGB, Rdn. 2 zu § 97; A. Dearing, Landesbericht Österreich, in: A. Eser/H.-G. Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Teil 1: Europa, Baden-Baden 1988, 1111; D. Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts BT I (3. Aufl.) Rdn. 1 zu § 97; alle in Anlehnung an die eindeutige Stellungnahme des JAB, 959 Blg. StProt. NR, 13. GP, 23 (I. Sp.): „Sind die Voraussetzungen einer der drei Ziffern (sc.: des § 97 Abs. 1 StGB) gegeben, so ist die *Rechtswidrigkeit* des Schwangerschaftsabbruches ... *ausgeschlossen*.“ (Hervorhebung vom Verf.).

³⁵ So zuletzt vor allem K. Schmoller, in: O. Triffterer (Hrsg.), StGB-Kommentar. System und Praxis, Rdn. 31 zu § 97 und O. Triffterer, Zur strafrechtlichen Beurteilung kapselgeschützter Organtransplantationen, in: Festschrift Beristain (1989) 1203, 1221.

³⁶ Ähnlich im Zusammenhang mit der pränatalen Feststellung des Geschlechts (Verstoß gegen Art. 20 OR), O. Guillo, Aspects juridiques du diagnostic prénatal, in: R. Baumann-Hölzle/A. Bondolfi/H. Ruh (Hrsg.), Genetische Testmöglichkeiten. Ethische und rechtliche Fragen, Frankfurt/Main – New York 1990, 37, 45 und 49.

³⁷ Lesenswert C. Belling, Ist die Rechtfertigungsthese zu § 218 a StGB haltbar? Berlin-New-York 1987, passim, sowie N. Hoerster, Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218, Frankfurt/Main 1991, 115 ff.

im Sinne des Abs. 1 Z. 1 im Rahmen von pränatalen Untersuchungen *zulässig* ist.“³⁸

Der Gesetzgeber hat in § 65 Abs. 3 GTG meines Erachtens klargestellt, daß ein Vertrag, der die Durchführung eines Abbruches gem. § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB sowie die dem Abbruch vorangehende Pränataldiagnose zum Gegenstand hat, generell erlaubt, also rechtmäßig ist. Könnte man zu einem solchen Ergebnis bislang vor allem aufgrund des in § 97 Abs. 3 StGB angeordneten Diskriminierungsverbotes kommen³⁹, wonach dem Arzt wegen der Durchführung eines straflosen Schwangerschaftsabbruches keine Benachteiligungen erwachsen dürfen, so folgt die Rechtmäßigkeit der eugenisch-kindlich indizierten Abtreibung nun zusätzlich aus dem Wortlaut von § 65 Abs. 3 GTG: Der Gesetzgeber ordnet nämlich ausdrücklich an, daß pränatale Diagnosen unter den in dieser Bestimmung näher umschriebenen Bedingungen durchgeführt werden *dürfen*. § 65 Abs. 3 GTG ist also eine generelle Norm, die ein bestimmtes Verhalten (die Durchführung einer pränatalen Gendiagnose) unter gewissen Bedingungen *erlaubt*⁴⁰. Von der Rechtsordnung erlaubte Verhaltensweisen können aber niemals rechtswidrig, also verboten sein. Die Rechtfertigungsthese ist von § 65 Abs. 3 GTG also jedenfalls für die kindlich-eugenische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch bestätigt worden, weil dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden sollte, eine Handlung zu erlauben, die *conditio sine qua non* für eine kindlich-eugenisch indizierte Abtreibung ist, den Abbruch selbst aber zu verbieten. Freilich steht es im freien Ermessen der Schwangeren, den Abbruch zu unterlassen, obwohl die Gendiagnose die ernste Gefahr bestätigt, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde. Die vorstehenden Überlegungen wollen also keineswegs einen Zwang zur Abtreibung in kindlich-eugenisch indizierten Fällen suggerieren. Trägt die Frau die geschädigte Leibesfrucht im – durch eine Pränataldiagnose gesicherten – Wissen um die Krankheit des zu gebärenden Kindes aus, ist dies vielleicht sogar eine moralisch begrüßenswerte Entscheidung⁴¹, die von der Rechtsordnung ohnedies abgesichert ist.

³⁸ Erl. RV, 1465 Blg. StProt. NR, 18. GP, 63 (I. Sp.) (Hervorhebung vom Verf.).

³⁹ E. Bernat, Gedanken zum rechtlichen Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens – gezeigt am Beispiel medizinisch assistierter Zeugung, in: Festschrift Maresch 1988, 33, 37 ff; a. A. K. Schmoller, in: O. Triffterer (Hrsg.), StGB-Kommentar, Rdn. 21 zu § 97, der die Auffassung vertritt, die zivilrechtlichen Folgen der als rechtswidrig angenommenen nicht strafbaren Abtreibung hätten keinen eine bestimmte Person diskriminierenden Charakter und verstießen deshalb als solche nicht gegen § 97 Abs. 3 StGB.

⁴⁰ P. Koller, Theorie des Rechts. Eine Einführung, Wien – Köln – Weimar 1992, 74, 82.

⁴¹ Dazu jüngst N. Hoerster, Lebenswert, Behinderung und das Recht auf Leben, Universitas 49 (1994) 842 ff.

C. § 9 Abs. 1 FMedG und § 65 Abs. 3 GTG im Widerstreit

Vergleicht man die normativen Rahmenbedingungen der Präimplantationsdiagnostik (§ 9 Abs. 1 FMedG) mit jenen der Pränataldiagnostik am Embryo in utero (§ 65 Abs. 3 GTG), so tun sich erhebliche Wertungsinkongruenzen auf, die der Gesetzgeber scheinbar übersehen hat: Solange sich der Embryo in der Petrischale befindet, ist er durch ein sanktionsbewehrtes Verbot⁴² streng geschützt; der Reproduktionsmediziner darf ihn nach den Vorstellungen des Gesetzgebers weder therapieren noch auf Erbkrankheiten hin untersuchen. Hingegen wurde in § 65 Abs. 3 GTG die administrativ-prozedurale Absicherung für Genanalysen im Rahmen einer pränatalen Untersuchung (in utero) geschaffen. Diese Bestimmung läßt auch den Schluß zu, daß kindlich-eugenisch indizierte Abtreibungen gem. § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB nicht nur straflos sind, sondern darüber hinaus auch Gegenstand eines zivilrechtlich wirksamen Vertrages sein können. Der Gesetzgeber schützt also offenbar Embryonen in vitro stärker als jene in vivo, weil er es dem IVF-Wunschelpaar untersagt, eine Präimplantationsdiagnostik durchzuführen⁴³. Nimmt man die §§ 9 Abs. 1 FMedG, 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB i. V. m. § 65 Abs. 3 GTG beim Wort, so wäre einem IVF-Wunschelpaar, das um die Gesundheit des künftigen (zu gebärenden) Kindes besorgt ist, zu raten, den (möglicherweise) geschädigten Embryo in vitro jedenfalls transferieren zu lassen und sodann – wie nach koitaler Zeugung – eine Pränataldiagnostik in utero zu veranlassen, die letztlich eine Abtreibung nach § 97 Abs. 1 Z. 2, 2. Alt. StGB rechtfertigen könnte. Der erhöhte Schutz, den ein Embryo in vitro kraft einer solchen Interpretation von § 9 Abs. 1 FMedG genießen würde, verstieße aber zwangsläufig gegen das Gleichheitsgebot (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG 1867), weil ein solcher Embryo gegenüber der Wunschmutter nicht schutzwürdiger beurteilt werden darf als eine geschädigte Leibesfrucht in utero. Es ist auch nicht recht verständlich, warum die Schwangere dem operativen Eingriff eines Schwangerschaftsabbruches ausgesetzt werden soll, wenn eine genetische Schädigung des Embryo schon in vitro erkennbar wäre: Das bloße Absterbenlassen des Embryo in vitro ist wohl unter jedem nur denkmöglichen Gesichtspunkt der Durchführung eines Schwangerschaftsabbruches vorzuziehen. Im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation sollte § 9 Abs. 1 FMedG also den Schluß zulassen, daß die Präimplantationsdiagnostik – zumindest unter

⁴² Verstöße gegen § 9 FMedG können mit Geldstrafe bis zu öS 500.000,- geahndet werden (§ 22 Abs. 2 Z. 1 FMedG).

⁴³ Vgl. nochmals unter II.A. sowie *J. A. Robertson*, Ethical and legal issues in pre-implantation genetic screening, *Fertil. Steril.* 57 (1992) 1 ff.