

<https://doi.org/10.1007/s00350-025-7048-0>

# Ein Körper, zwei Personen –

Eine interdisziplinäre Bestandsaufnahme zum Schwangerschaftskonflikt und seiner rechtlichen Regulierung

**Gunnar Duttge, Christian Hillgruber, Michael Kubiciel, Holger Maul, Gert Naumann und Alexander Scharf-Jahns**

## I. Anlass und Zielsetzung

Die aktuelle gesellschafts- und rechtspolitische Reformbewegung mit dem Ziel einer Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs ist von bemerkenswerter Einseitigkeit der Perspektive, von unzutreffenden Prämissen und fehlerhaften Ableitungen geprägt. So soll etwa die „Unterversorgung“ mit Einrichtungen und ärztlichem Personal Folge der gesetzlichen Regelungen sein<sup>1</sup> und nicht etwa Konsequenz der wachsenden Personal- und Ressourcenknappheit in der klinischen Medizin<sup>2</sup>. Ferner gehen viele wie selbstverständlich davon aus, dass der parlamentarische Mehrheitswille ohne Bindung an den etablierten verfassungsrechtlichen Rahmen neues Recht schaffen könne und sich der „Konflikt“ letztendlich durch Überantwortung des „weniger gewichtigen“ Wertes eines ungeborenen Menschen (jedenfalls für die frühere und ggf. auch mittlere Schwangerschaftsphase) an den freien Verfügungswillen der Schwangeren „auflösen“ lasse<sup>3</sup>. Auf dieser Basis hat die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vor kurzem die rechtspolitische Debatte apodiktisch für beendet erklärt und eine Umsetzung ihres Reformwillens verlangt, auf dass der „patriarchale Anspruch, über die Körper anderer Menschen bestimmen zu können“, wie er sich angeblich in der geltenden Rechtslage widerspiegele, der Vergangenheit anhöre<sup>4</sup>. Dies ist nicht nur eine grobe Verzeichnung der Entstehungsgeschichte des großen Kompromisses aus dem Jahre 1995, der von Parlamentarierinnen und Parlamentariern aller großen Fraktionen geschlossen worden ist. Es blendet auch grundlegende Verfassungsfragen und neuere medizinische Erkenntnisse aus.

Dabei ist über die verfassungsrechtlichen bzw. rechtsethischen Implikationen – d.h. die sog. „Statusfrage“ des Embryos – in den vergangenen Jahren intensiv diskutiert worden. Der daraus abgeleitete Sinn der (strafrechtlichen) Regulierung ist aber offenbar bei vielen in Vergessenheit geraten; die rechtstatsächliche Relevanz der Normen wird ausgeblendet. Ebenso wenig werden in der aktuellen Debatte neuere Erkenntnisse der Pränatalmedizin zur Kenntnis genommen. Vor diesem Hintergrund bedarf es daher keines reformerischen Aktivismus (wie er sich im aktuellen Gesetzentwurf einer fraktionsübergreifenden Gruppe von Abgeordneten zur „Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs“<sup>5</sup> zeigt), der sich weniger aus medizinischen Fakten

oder rechtlichen Argumenten, sondern aus ideologischen Vorannahmen speist; notwendig ist vielmehr eine nüchterne, interdisziplinär aufgeklärte Bewertung. Die folgenden Feststellungen sind das Resultat eines interdisziplinären Dialoges von Pränatalmedizinerinnen und Gynäkologinnen mit Verfassungs- und Strafrechtlern.

## II. Die Erkenntnisse der Pränatalmedizin

Die besondere ethische wie juristische Komplexität bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs beruht auf der diesem Thema zugrundeliegenden Biologie, denn es müssen hier zwei zeitlich für die Dauer von 9 Monaten miteinander gekoppelte Leben betrachtet und miteinander abgewogen werden: Schwangerschaft bedeutet das weitgehend autonome Heranreifen eines genetisch wie strukturell neuen Menschen im Körper einer Frau. Dieses ontologisch neue Leben stellt damit allgemein biologisch und insbesondere immunologisch betrachtet ab dem Zeitpunkt der Einnistung ein physiologisches, natürliches, zeitlich begrenztes, reversibles Ganzkörper-Haplotransplantat dar.<sup>6</sup>

Die Gesamtheit dieses neuen Lebens setzt sich dabei zusammen aus dem eigentlichen Fetus, seiner Nabelschnur und seiner Plazenta samt Eihäuten. Sie wird daher folgerichtig auch als fetoplazentare Einheit bezeichnet. Insofern gilt: Der Fetus befindet sich im Leib der Mutter, entwickelt sich aber weitgehend unabhängig von der Mutter über die aktive, selektive Entnahme von Nährstoffen und Sauerstoff aus dem mütterlichen Kompartiment durch sein größtes biologisches Organ „Plazenta“. Die beiden ontologischen Systeme „Mutter“ und „Fetus mit Plazenta“ grenzen an der in den intervillösen Raum eintauchenden Membran des villösen Trophoblasten aneinander, sind aber durch diese Membran auch voneinander getrennt: Insofern ist die zum System „neues Leben“ gehörige Plazenta in ihrer Funktion nicht nur ein Schwamm, sondern auch

In der Reihenfolge der benannten Autoren: Prof. Dr. iur. Gunnar Duttge, Universität Göttingen, Prof. Dr. iur. Christian Hillgruber, Universität Bonn, Prof. Dr. iur. Michael Kubiciel, Universität Augsburg, Prof. Dr. med. Holger Maul, Asklepiosklinik Barmbek, Prof. Dr. med. Gert Naumann, Helios Klinikum Erfurt, Prof. Dr. med. Alexander Scharf-Jahns, niedergelassener Facharzt in Mainz.

Prof. Dr. Christian Hillgruber, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Adenauerallee 24–42, 53113 Bonn, Deutschland

- 1 In diesem Sinne v.a. das „Policy Paper“ des Deutschen Juristinnenbundes, Neues Regelungsmodell für den Schwangerschaftsabbruch, 2022, S. 1 et passim.
- 2 Weit sachkundiger Scharf/Rosenberg, medstra 2023, 205, 206 f.
- 3 So der Abschlussbericht der sog. Expertenkommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, Arbeitsgruppe 1, 2024 (<https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/alle-meldungen/sachverstaendigenkommission-legt-abschlussbericht-vor-238398>).
- 4 Fraktionsbeschluss v. 9.9.2024, <https://www.gruene-bundestag.de/unsere-politik/fachtexte/schwangerschaftsabbrueche-legalisieren/>.
- 5 BT-Dr. 20/13775.
- 6 Vgl. Billington, The immunological problem of pregnancy: 50 years with the hope of progress. A tribute to Peter Medawar, Journal of Reproductive Immunology 2003, 1–11 (doi: 10.1016/s0165-0378(03)00083-4. PMID: 14568673); Rendell/Bath/Brennan, Medawar's Paradox and Immune Mechanisms of Fetomaternal Tolerance, OBM Transplantation 2020, 26 (doi: 10.21926/obm.transplant.2001104. Epub 2020 Mar 10. PMID: 32582882; PMID: PMC73142369).

ein Schutzwall hin zur Mutter<sup>7</sup>. Es handelt sich bei einer Schwangerschaft demnach um einen im Körper der Mutter (Uterus) sich vollziehenden, aber von ihr weitgehend unabhängigen, weil sich selbst organisierenden, autonomen biologischen Prozess.

Wichtige Stufen dieses autonomen biologischen Reifungsprozesses, der an sich ein Kontinuum darstellt, werden mit ca. 12, 22 und 34 Schwangerschaftswochen (SSW) nach Konzeption (p. c.) erreicht: Die Organanlage des Menschen ist in den Grundzügen 12 Wochen nach Konzeption abgeschlossen (Ausnahme ZNS – Großhirnrinde: Hier vollzieht sich ein ca. 2 Jahre über die Geburt hinaus andauernder Entwicklungsprozess)<sup>8</sup>. Damit ist ab dieser Zeit der Fetus über den Ultraschall, häufig in Verbindung mit genetischen Untersuchungsverfahren, medizinisch-systematisch im Hinblick auf die Frage fetaler Gesundheit weitestgehend komplett analysierbar. Auch endet mit der 12. SSW p. c. die natürliche Auslese des neuen Lebens (Ende der Phase von Spontanaborten): Eine intakte Schwangerschaft, die 12 SSW erreicht hat, setzt sich bei natürlichem Verlauf in aller Regel bis zur Geburt fort.

Ab der 22. SSW p. c. ist ein Fetus grundsätzlich außerhalb des Mutterleibs überlebensfähig, aber noch unreif und damit auf medizinische Hilfe angewiesen. Im Falle eines Schwangerschaftsabbruchs zeigt der Fetus aber schon ab der 19. SSW p. c. in aller Regel deutliche Lebenszeichen, sofern er nicht zuvor intrauterin getötet (Fetozid) wird. Ab der abgeschlossenen 35. SSW p. c. ist der Fetus in aller Regel reif und ohne die Anwendung spezialisierter pädiatrisch-neonatologischer Verfahren lebensfähig. Die Geburt markiert biologisch die körperliche Ablösung des neuen Lebens aus dem mütterlichen Organismus und damit die dinglich-stoffliche Trennung von Mutter und Kind<sup>9</sup>.

Die gynäkologisch-geburtshilfliche Spezialdisziplin der Pränatalmedizin beschäftigt sich in ihrer erkenntnistheoretischen Zielsetzung wie auch im praktischen Tun im Schwerpunkt mit der Erfassung und möglichst präzisen Beschreibung des Gesundheitszustandes eines individuell in der Gebärmutter heranreifenden Kindes. Die wissenschaftlichen und praktischen Erkenntnisfortschritte, welche die Pränatalmedizin in den vergangenen 30 Jahren (seit der Neufassung der §§ 218 ff. StGB) gemacht hat, lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass der Fetus als eigenständiges Wesen immer präziser in seiner individuellen genetischen und strukturellen Verfasstheit darstellbar und analytisch wie sinnlich erkennbar ist<sup>10</sup>. Zu den Meilensteinen der medizinisch-technischen Entwicklung im Fach Pränatalmedizin gehört vor allem die immer frühere und präzisere Beschreibung der individuellen Gesundheit des Fetus in Folge eines enormen Wissenszuwachses und neuer Technologien im Bereich der fetalen Morphologie und Molekulargenetik<sup>11</sup>. Damit ist eine ganzheitliche (genetisch-körperliche) Analyse der gesundheitlichen Verfasstheit des Feten unmittelbar mit Abschluss der Embryonalperiode (12. SSW) mit einer hohen diagnostischen Genauigkeit (Accuracy) zu einem sehr frühen Zeitpunkt möglich. Infolgedessen kann einer ratsuchenden Schwangeren auf Routinebasis mit abgeschlossener 12. SSW (p. c.) eine präzise Antwort auf sie bedrängende Fragen gegeben werden<sup>12</sup>. Mit diesem einschneidenden Zeitpunkt der 12. SSW korrespondieren biologische (Abschluss der Embryonalphase), medizinische (umfassend mögliche Beantwortung der Frage nach der Gesundheit des Feten) sowie noch näher zu erläutern- de juristisch-prozedurale Aspekte.

Der ungeborene Mensch tritt daher für den diagnostizierenden Arzt wie für die Schwangere zunehmend aus dem unscharf ausgeleuchteten Bezirk einer eher abstrakten, allgemein gehaltenen Vagheit heraus in den Fokus einer hellen, klaren Begrifflichkeit und damit Individuation. Besonders augenfällig kommt dies bei der immer früher und

präziser angewendeten Ultraschalldiagnostik zum Tragen und wird von den hieran beteiligten Personen ganzheitlich so erfahren. Aus den Möglichkeiten der Diagnostik haben sich inzwischen auch Möglichkeiten der Therapie entwickelt. Der Fetus kann auch selbst Patient sein und werden<sup>13</sup>. Dies ist allgemein akzeptiert und inzwischen eine Selbstverständlichkeit.

Die Mutter hat ihrerseits eine ganz persönliche Lebensbiographie und befindet sich in einer spezifischen Lebenssituation. Es gilt daher, sowohl die individuelle Lage der Schwangeren zu erfassen und ihr gerecht zu werden als auch die fetale Individuation zu adressieren, um so zu einer angemessenen Lösung des Schwangerschaftskonflikts zu gelangen. Wenn Ärztinnen und Ärzte zögern, einen Schwangerschaftsabbruch auf Wunsch der Schwangeren vorzunehmen, dann nicht, weil der Schwangerschaftsabbruch mit Strafe bedroht ist – wenn sie sich an die diesbezüglichen klaren Regeln (§§ 218–218c StGB) halten, haben sie insoweit nichts zu befürchten –, sondern weil sie sich ihrem Selbstverständnis nach auch für das Wohl des von ihnen in seiner Individualität erfassten Ungeborenen als eines zweiten Patienten verantwortlich fühlen und wissen.

Für eine Frau bedeutet die Erkenntnis einer neu aufgetretenen Schwangerschaft immer eine fundamentale Zäsur in der persönlichen Biographie: Die zunächst potentielle, mit Fortdauer der Schwangerschaft immer konkreter werdende Ankunft eines neuen Menschen zeichnet sich ab. Psychodynamisch betrachtet müssen Fundamentalentscheidungen einer Akzeptanz oder Abwehr getroffen werden, welche die eigene Existenz betreffen, aber auch die des in der Gebärmutter heranwachsenden Embryos bzw. des Feten: Das eigene bisherige Leben, aber auch die strategische und praktische weitere Lebensplanung müssen neu überdacht

- 7) Übersicht in Huppertz/ Schleußner (Hrsg.): Die Plazenta – Grundlagen und klinische Bedeutung, 2018 und in Mor, Reproductive Immunology: Basic Concepts, 2021; vgl. weiterhin de Mendonça Vieira/Meagher/Crespo u. a., Human Term Pregnancy Decidual NK Cells Generate Distinct Cytotoxic Responses, The Journal of Immunology 2020, 3149–3159 (doi: 10.4049/jimmunol.1901435. Epub 2020 May 6. PMID: 32376646; PMCID: PMC7322730); True/Blanton/Sureshchandra/Messaoudi, Monocytes and macrophages in pregnancy: The good, the bad, and the ugly, Immunological Reviews 2022, 77–92 (doi: 10.1111/immr.13080. Epub 2022 Apr 21. PMID: 35451089; PMCID: PMC10317112).
- 8) Übersicht in Carlson, Human Embryology and Developmental Biology, 5. Aufl. 2014 und in Lagercrantz, Infant Brain Development – Formation of the Mind and Emergence of Consciousness, 2016.
- 9) Übersicht in Martin/Fanaroff: Fanaroff and Martin's Neonatal-Perinatal Medicine, 2024.
- 10) Übersicht in Longo, The Rise of Fetal and Neonatal Physiology – Basic Science to Clinical Care, 2018.
- 11) Vgl. The Lancet, Fetal medicine: past, present, and future, Lancet 2019, 717 (doi: 10.1016/S0140-6736(19)30404-0. PMID: 30799000); Guadagnolo/Mastromoro/Di Palma u. a., Prenatal Exome Sequencing: Background, Current Practice and Future Perspectives – A Systematic Review, Diagnostics (Basel) 2021, 224 (doi: 10.3390/diagnostics11020224. PMID: 33540854; PMCID: PMC7913004); Kagan/Sonek/Kozlowski, Antenatal screening for chromosomal abnormalities, Archives of Gynecology and Obstetrics 2022, 825–835 (doi: 10.1007/s00404-022-06477-5. Epub 2022 Mar 13. PMID: 35279726; PMCID: PMC8967741); O'Brien/Doyle/McAuliffe u. a., Current status and future of genomics in fetal and maternal medicine: A scientific review commissioned by European Board and College of Obstetrics and Gynaecology (EBCOG), European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology 2024, 336–341 (doi: 10.1016/j.ejogrb.2024.05.019. Epub 2024 May 21. PMID: 38960859).
- 12) Übersicht in Abramowicz/Longman, First-Trimester Ultrasound. A comprehensive Guide, 2023 und in Paladini/Völpe, Ultrasound of Congenital Fetal Anomalies, Taylor and Francis 2024.
- 13) Übersicht in Berg, Fetale Therapie, 2017 und in Kilby/Johnson/Oepkes, Fetal Therapy, 2. Aufl. 2020.

werden. Damit löst die Kenntnis vom eigenen Schwangerschaftsstatus, wenn die Schwangerschaft unerwartet und jedenfalls zu diesem Zeitpunkt unerwünscht ist, häufig einen Ambivalenzkonflikt aus.

Dieser Ambivalenzkonflikt der schwangeren Frau wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle früh entschieden: In den entwickelten Ländern liegt das Durchschnittsalter der Feststellung der Schwangerschaft bei 5 SSW +6 Tage, und etwa 75 % der Frauen haben bereits am Ende der 6. Woche nach letzter Periode (Ende der 6. Schwangerschaftswoche/SSW) über die Anwendung eines Schwangerschaftstests Kenntnis von ihrer Schwangerschaft<sup>14</sup>. Die Schwangere weiß damit im Regelfall eine Woche nach Ausbleiben der Regel, ob sie tatsächlich schwanger ist oder nicht. Bis zur 12. SSW nehmen immerhin 93 % der Schwangeren von ihrer Schwangerschaft Kenntnis<sup>15</sup>. So werden späte Schwangerschaftsdiagnosen jenseits der 13+6 SSW p. m. (post menstruationem = 11+6 p. c.) zur Rarität. Nur etwa jede 500te Schwangerschaft wird jenseits der 20. SSW festgestellt. In der RKI-Aufarbeitung der aktuellen Daten aus der Schwangerschaftsabbruchstatistik des Jahres 2021 brachen 42,2 % der Frauen vor der 7. SSW ab, 33,6 % im Zeitfenster zwischen 7. und 8. SSW und in 21 % im Zeitfenster zwischen 9. und 11. SSW<sup>16</sup>. Die Zahlen bestätigen, dass die Entscheidung gegen das Fortführen der Schwangerschaft in der Mehrzahl der Fälle frühzeitig und zügig gefällt und umgesetzt wird.

### III. Der verfassungsrechtliche Rahmen

Die pränatalmedizinische Erkenntnis, dass es sich bei der Schwangerschaft ihrer biologischen Natur nach nicht nur ontologisch, sondern auch biologisch-regulativ von Anfang an um eine eigenständige, sich in weiten Teilen selbst organisierende Form menschlichen Lebens handelt, muss auch in unsere Ethik und unser Recht einfließen; eine interdisziplinär informierte (Verfassungs-)Rechtswissenschaft kann und darf dieses Faktum nicht ausblenden.

Wer Mensch ist, ist es von Anfang an. Es gibt keinen „vormenschlichen“ Status, sondern lediglich körperlich-geistig unterschiedliche Reifezustände eines Individuums. Der menschliche Embryo verfügt von Anfang an über das Potenzial, sich als Mensch zu entwickeln (Potenzialitätsargument), er gehört zu Spezies „Mensch“ (Gattungsargument), entwickelt sich kontinuierlich ohne Zäsuren bis hin zu seinem individuellen Todeszeitpunkt (Kontinuitätsargument) und bleibt dieselbe Person vom Ursprung bis zum Ende (Identitätsargument)<sup>17</sup>. Das Grundgesetz spricht jedem Menschen ohne Ausnahme dieselbe Menschenwürde zu. Würde kommt ihm nach der axiomatischen Setzung des Art. 1 Abs. 1 GG eo ipso zu, allein weil er Mensch ist.

Diese Würde liegt auch für den ungeborenen Menschen schlicht in seiner selbstzweckhaften Existenz. Die Menschenwürde muss man sich nicht erst durch Fähigkeiten und Leistungen verdienen<sup>18</sup>.

Der nicht geborene Mensch ist besonders in seinem frühen Entwicklungsstadium ganz abhängig von der Schwangeren, durch die er lebt. Dies bedeutet, dass zwar nicht sein Lebensrecht<sup>19</sup>, wohl aber sein faktisches Überleben abhängig ist von der Annahme durch die Schwangere.

Die Zweifelhafte in Einheit markiert für die Schwangere, die sich ein Leben mit einem (weiteren) Kind nicht vorstellen kann, einen tiefgreifenden, so nicht gewollten Einschnitt in ihre Biographie. Die damit verbundene Verantwortung für ein Kind muss sie nicht selten ganz allein tragen. Die Pflege und Erziehung eines Kindes bringen erhebliche Einschränkungen selbstbestimmter Lebensführung mit sich. Zu Recht wird es auch als unbefriedigend empfunden, dass die Verantwortung für den Zeugungsakt bei Mann und Frau liegt, die Konsequenzen aber in weiten Teilen allein von der schwangeren Frau getragen werden

müssen. Hier stehen Staat und Gesellschaft in der Pflicht, mehr als bisher zu tun, um die Lasten gerechter zu verteilen, die Vereinbarkeit weiterer Berufstätigkeit der Mutter mit der zusätzlichen Aufgabe der Kindererziehung durch verlässliche Betreuungsangebote zu verbessern und weitere Maßnahmen zu ergreifen, die der Mutter die Annahme des Kindes erleichtern. Zudem sollte der Gesetzgeber seine Wertschätzung tatsächlich übernommener Elternverantwortung durch eine (auch finanzielle) Anerkennung der Erziehungsleistungen von Müttern (und engagierten Vätern) zum Ausdruck bringen.

Aus der gewichtigen und nicht kleinzuredenden mütterlichen Sorge und der weitreichenden, mindestens zwei Jahrzehnte währenden Verantwortung für ein geborenes Kind erwächst für die Schwangere häufig ein ernsthafter Konflikt, in dem sie mit der Frage ringt, ob sie sich diese Verantwortung zutraut, wohlwissend, dass sie für die Weiterentwicklung des ungeborenen Kindes, das in ihrem Körper heranwächst, unersetzlich ist. Dieser Konflikt ist angesichts des eigenen Lebensrechts des ungeborenen Menschen ein interpersonaler Konflikt, dessen Auflösung die Grundrechte beider Beteiligten, der Schwangeren und des ungeborenen Kindes, angemessen berücksichtigen muss.<sup>20</sup> Gleichzeitig können die gegenläufigen Rechte – hier das Persönlichkeitsrecht sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Schwangeren, dort das Lebensrecht des Ungeborenen – nicht in einen schonenden Ausgleich gebracht werden, weil der Schwangerschaftsabbruch unweigerlich den Tod des Kindes zur Folge hat.<sup>21</sup>

14) Vgl. *Ayoola/Nettleman/Stommel/Canady*, Time of pregnancy recognition and prenatal care use: a population-based study in the United States, *Birth* 2010, 37–43 (doi: 10.1111/j.1523-536X.2009.00376.x. PMID: 20402720).

15) Vgl. *Branum/Ahrens*, Trends in Timing of Pregnancy Awareness Among US Women, *Maternal and Child Health Journal* 2017, 715–726 (doi: 10.1007/s10995-016-2155-1. PMID: 27449777; PMID: PMC5269518).

16) Vgl. *Prütz/Hintzpeter/Krause*, Abortions in Germany – Current data from the statistics on terminations of pregnancy, *Journal of Health Monitoring* 2022, 39–47 (doi: 10.25646/9956. PMID: 35891938; PMID: PMC9275520).

17) Zu diesen sog. SKIP-Argumenten und der Kritik an ihnen siehe nur *G. Damschen/D. Schönecker*, Der moralische Status menschlicher Embryonen. Pro und contra Spezies-, Kontinuums-, Identitäts- und Potentialitätsargument, 2002 sowie *R. Müller-Terpitz*: Der Schutz des pränatalen Lebens. Mohr Siebeck, 2007, S. 49–57.

18) Vgl. dazu nur BVerfGE 87, 209, 228: „Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen. Jeder besitzt sie, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status. Sie ist auch dem eigen, der aufgrund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann.“

19) S. BVerfGE 88, 203, 252: Das Lebensrecht des Ungeborenen, „das nicht erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet wird, sondern dem Ungeborenen schon aufgrund seiner Existenz zusteht, ist das elementare und unveräußerliche Recht, das von der Würde des Menschen ausgeht; es gilt unabhängig von bestimmten religiösen oder philosophischen Überzeugungen, über die die Rechtsordnung eines religiös-weltanschaulich neutralen Staates kein Urteil zusteht.“

20) Vgl. BVerfGE 88, 203 (254): „Als vom Lebensrecht des Ungeborenen berührte Rechtsgüter kommen dabei – ausgehend vom Anspruch der schwangeren Frau auf Schutz und Achtung ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) – vor allem ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sowie ihr Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Betracht.“

21) S. BVerfGE 39, 1, 43: „Ein Ausgleich, der sowohl den Lebensschutz des nasciturus gewährleistet als auch der Schwangeren die Freiheit des Schwangerschaftsabbruchs belässt, ist nicht möglich, da Schwangerschaftsabbruch immer Vernichtung des ungeborenen Lebens bedeutet.“

Dieses materiell unauflösliche Dilemma hat das BVerfG einer rein verfahrensrechtlichen Regelung zugeführt<sup>22</sup>: Die geltende sog. Beratungslösung lässt einen Schwangerschaftsabbruch in den ersten zwölf Wochen p.c. straffrei sein, wenn eine Pflichtberatung der Schwangeren erfolgt ist, eine dreitägige Wartezeit eingehalten und der Eingriff durch eine Ärztin bzw. einen Arzt vorgenommen wird. Insoweit ist der Schwangerschaftsabbruch bereits nach geltender Rechtslage vollständig entkriminalisiert. Sie räumt im ersten Schwangerschaftsdrittel, in welchem in den allermeisten Fällen über die Fortsetzung oder den Abbruch der Schwangerschaft entschieden wird, der Schwangeren in Respekt vor ihrer Selbstbestimmung die auch in der Beratung nicht begründungspflichtige Letztentscheidung ein. Damit wird dem angesprochenen Ambivalenzkonflikt und dem Umstand Rechnung getragen, dass dieser in aller Regel früh, jedenfalls bis zum Ende der Zwölfwochenfrist entschieden wird (s. o.). Auf der anderen Seite kann die von der Schwangeren letztverantwortlich getroffene und umgesetzte Entscheidung zum Abbruch nicht als rechtmäßig bewertet werden. Denn die Feststellung der Rechtmäßigkeit einer Tötung ist im Rechtsstaat nicht ohne Prüfung der dafür maßgeblichen Gründe möglich, auf die aber gerade zwecks Vermeidung einer Fremdbestimmung der Frau verzichtet wird.<sup>23</sup>

Der Forderung nach einer völligen strafrechtlichen Freigabe des Abbruchs in den ersten zwölf oder sogar zweiundzwanzig Wochen der Schwangerschaft liegt die Nichtanerkennung des ungeborenen Menschen als Mensch in seiner frühesten Entwicklungsphase zugrunde. Nur dann nämlich entfällt der Schwangerschaftskonflikt und mit ihm auch die Notwendigkeit eines Beratungskonzeptes, wenn es sich beim Fetus bis zur zweiundzwanzigsten Woche noch nicht um einen Menschen handelt, der – allein kraft seines Menschseins – in den umfassenden grundgesetzlichen Schutz von Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) und Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) einbezogen ist. Dem Embryo in vivo den verfassungsrechtlichen Status eines Menschen abzusprechen, würde jedoch mit der menschenfreundlichen, maximal inklusiven Anlage des Grundgesetzes im Widerspruch stehen.

Im Übrigen verlöre auch die Schwangere etwas Wichtiges, wenn dem heranwachsenden menschlichen Leben in ihr der Grundrechtsstatus abgesprochen würde: Der Staat hätte ihr gegenüber keine besondere Unterstützungspflicht mehr, da es keine staatliche Schutzpflicht mehr für das Leben in ihr gibt und die Schwangere auch für die Folgen einer weitergeführten Schwangerschaft allein verantwortlich wäre. Sie könnte verfassungsrechtlich weder Beratung noch sonstige Hilfsangebote beanspruchen, und die Schaffung von Rahmenbedingungen, die ihr in der Schwangerschaft eine Entscheidung für ein Leben mit einem Kind ermöglichen, wäre keine grundrechtlich radizierte staatliche Pflicht mehr.

Bedenkt man alle unmittelbaren und mittelbaren Folgen einer Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs bis zum Ende des ersten oder ggf. sogar zweiten Trimenons, so spricht alles für die Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs: Das ungeborene Kind bleibt in den Grundrechtsschutz einbezogen (was den auf das Symbolische reduzierten strafrechtlichen Schutz und die Pflichtberatung nach sich zieht) bei gleichzeitiger völliger Entscheidungsfreiheit der Schwangeren im ersten Trimenon.

Schwangerschaftsabbrüche jenseits des ersten Trimenons setzen nach derzeitigem Recht eine schwerwiegende Gesundheitsgefährdung für die Schwangere voraus und gelten, wenn diese vorliegt, als rechtmäßig. Aufgrund des breiten Ermessensspielraums, der sich auf der Grundlage der geltenden Regelungen eingebürgert hat, ist das Recht hier auch bereits bis an die Grenze dessen gegangen, was

grundrechtlich möglich ist. Es wäre jedenfalls mit der Würde und dem Lebensrecht auch kranker ungeborener Menschen unvereinbar, die Zulässigkeit einer Abtreibung schlicht und einfach aus dem Krankheitsbefund abzuleiten<sup>24</sup>. Denn eine Behinderung mindert als solche nicht den schutzbedürftigen Eigenwert eines Menschen.

Der Bericht der Expertenkommission sieht Spätabbrüche jenseits der extrauterinen Lebensfähigkeit zu Recht kritisch und mahnt an, dass das Recht hier gegebenenfalls zugunsten des Lebensschutzes adjustiert werden muss<sup>25</sup>.

Von besonderer Bedeutung ist hier die nach § 2a SchKG vorgeschriebene, vorherige eingehende Beratung der Schwangeren. Die natürliche Reaktion auf ein krankes Kind ist Trauer über das verlorene (gesunde) Wunschkind, die sich vielfach zugleich in der Ablehnung des nicht gewollten (kranken) Kindes niederschlägt. Diese Situation ist für Schwangere existenziell und äußerst belastend: Je nach Schweregrad der Diagnose und Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts kann dies die Schwangere in schwere Bedrängnis führen. Allerdings lässt sich die Situation auch durch die Abtreibung nicht mehr lösen, da die Spätabtreibung gleichfalls traumatisch ist. Totgeburten (ab 500 g) sind in das Geburtenregister einzutragen und es besteht nach dem Friedhofsrecht der Länder in der Regel eine Bestattungspflicht. Damit sind spätabgetriebene Föten als menschliche Personen für immer sichtbar. Vor diesem Hintergrund sollte die Beratung – ungeachtet ihrer Ergebnisoffenheit (§ 2a Abs. 1 S. 2 SchKG) – das nun schon weit entwickelte ungeborene Kind in den Fokus rücken und explizit dem Lebensschutz zu dienen bestimmt sein. Durch die Beratung können unter Umständen auch begründete Ängste und Sorgen über den Krankheitsbefund abgebaut und zugleich Hilfen aufgezeigt werden, die das Zusammenleben auch mit einem behinderten Kind bewältigbar und lebenswert erscheinen lassen. Dafür müssten die derzeitigen staatlichen Hilfen erheblich ausgebaut werden, um Schwangeren eine echte Perspektive zu bieten, damit die in der Geburt eines Kindes mit Behinderungen oder schwerer Krankheit liegende große Herausforderung angenommen werden kann und mit einem selbstbestimmten Leben vereinbar bleibt.

#### IV. Die strafrechtlichen Implikationen

Auch jenseits der ersten zwölf Wochen anerkennt der Strafgesetzgeber die besondere Situation der Schwangeren und erweitert die Straffreiheit für die Schwangere auf die zweiundzwanzigste Woche nach der Empfängnis (§ 218a Abs. 4 StGB). Darüber hinaus kann das Gericht von der Strafe nach § 218 StGB absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat. Damit mutiert § 218 StGB faktisch zu einer Vorschrift, die ganz überwiegend nicht die Schwangere sanktioniert, sondern sie gegen Übergriffe Dritter schützt. Eine nähere Auswertung der veröffentlichten Urteile zeigt, dass fast ausschließlich Männer wegen § 218 StGB verurteilt werden, die Gewalttaten gegen Frauen und das ungeborene Kind begangen haben und demzufolge wegen eines (versuchten) Tötungs- bzw. Körperverletzungsdelikts zu Lasten der Frau in Tateinheit mit Schwangerschaftsabbruch belangt werden.<sup>26</sup>

22) S. BVerfGE 88, 203, 264 ff.

23) BVerfGE 88, 203, 273–279.

24) Deshalb hat der Gesetzgeber 1995 die embryopathische Indikation aufgehoben.

25) Abschlussbericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, 2024, S. 21 f., 28, 36, 62–64, 76, 203, 213, 323 f., 332, 336.

26) Dazu näher Kubiciel, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform der §§ 218 ff. StGB, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Monitor Gesellschaftlicher Zusammenhalt, April 2024, S. 4.

Dieser rechtstatsächliche Befund ist das Ergebnis der differenzierten Regelungen in den §§ 218–219 StGB, die zwecks Konkretisierung des übergreifenden wertebezogenen Kompromisses bei der Beurteilung eines Schwangerschaftskonflikts strafbare von strafflosen Handlungen unterscheiden<sup>27</sup>. Das Strafrecht nimmt damit seine Aufgabe wahr, zentrale Verhaltensnormen zum Schutz hochrangiger Rechtsgüter zu definieren und diese gegenüber möglichen Verletzungen zu garantieren. Zugleich bringt der Gesetzgeber mit der Platzierung seiner Normen im Strafgesetzbuch zum Ausdruck, dass die Vorschriften zum Schutz des ungeborenen Lebens nicht nur für sich betrachtet von hohem Rang sind. Die Einbettung in den 16. Abschnitt reflektiert auch den unauflöschlichen biologischen, ethischen und verfassungsrechtlichen Bezug zum strafrechtlichen Lebensschutz, der als faktische und rechtstheoretische Voraussetzung sämtlicher subjektiver Rechte des Einzelnen zum Kernbestand des StGB gehört.

Auch wenn die Regelungen über den Schwangerschaftsabbruch im StGB enthalten sind, sorgt deren differenzierte Ausgestaltung doch dazu, dass von einer pauschalen Kriminalisierung „des“ Schwangerschaftsabbruchs oder gar „von schwangeren Frauen“ keine Rede sein kann. Die geltenden Regelungen tragen vielmehr dem Selbstbestimmungsrecht der Frau – faktisch wie symbolisch – in vielfältiger Weise Rechnung und eröffnen im Ergebnis niedrigschwellige und rechtssichere Wege zu einem rechtmäßigen bzw. strafflosen Abbruch. Nicht zuletzt ist ein ärztlicher Abbruch der Schwangerschaft innerhalb der ersten zwölf Wochen auch dann möglich, wenn keine Indikationen im Sinne des § 218a Abs. 2, 3 StGB festgestellt worden sind (§ 218a Abs. 1 StGB). Im Beratungstermin werden der Schwangeren Informationen über Unterstützungsmöglichkeiten für Eltern und Alternativen zur Schwangerschaftsbeendigung angeboten, sie muss ihre Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch aber weder begründen noch in anderer Weise am Beratungsverfahren aktiv mitwirken (vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1 SchKG): Dies trägt der persönlichen Betroffenheit der Frau angesichts der existentiellen Gefährdung des Ungeborenen sehr weitgehend Rechnung.

Eines zeigen die Statistiken jedenfalls, insbesondere die jährlich mindestens 100.000 Abbrüche<sup>28</sup>: Das geltende Recht errichtet mitnichten prohibitiv hohe Hürden für Schwangerschaftsabbrüche. Es kriminalisiert weder Frauen noch Ärzte, sondern – und zwar zu Recht – gewalttätige Männer.

Aber auch aus einer noch wesentlich grundsätzlicheren Erwägung ist der aktuellen Forderung nach einer Streichung der §§ 218 ff. StGB zu widersprechen: Begibt sich der Staat der Möglichkeit, die prozeduralen Regelungen zum Schutz des ungeborenen Lebens nötigenfalls zu sanktionieren, gäbe er diese und damit den von ihnen bezweckten Schutz des Lebens tatsächlich wie normativ gänzlich auf: Normen, deren Übertretung keine staatlichen Reaktionen nach sich ziehen, wandeln sich in unverbindliche moralische Appelle, deren Befolgung Privaten – schwangeren Frauen, Ärzten – anheimgestellt bleibt. Der Staat ist aber selbst zum Schutz des ungeborenen Lebens verpflichtet<sup>29</sup> und kann diese Aufgabe nicht gleichsam privatisieren. Daraus folgt zwingend, dass der Staat erstens Verhaltensregeln zum Schutz des ungeborenen Lebens aufstellen und dass er zweitens diese Regeln nötigenfalls auch kontrafaktisch (im Falle von Zuwiderhandlungen) bestätigen muss<sup>30</sup>.

Diese Überlegungen wirken sich auch auf die Frage aus, an welcher Stelle der Gesetzgeber die relevanten Regelungen platzieren und welche Rechtsfolgen er vorhalten muss. Die Antwort kann, wenn man den ungeborenen Menschen nicht für eine vernachlässigbare Sache hält, nur lauten: im Strafgesetzbuch. Denn in diesem versammelt der Gesetzgeber die zentralen Normen zum Schutz der wichtigsten Rechtsgüter. Eine Ausgliederung der §§ 218 ff. StGB

aus dem Strafgesetzbuch wäre daher mit der eindeutigen rechtssymbolischen Botschaft verbunden, dass die Regelungen zum Schutz des ungeborenen Lebens weniger wichtig seien als beispielsweise Vorschriften zum Schutz der Ehre gegen einfache Formen der Beleidigung (vgl. §§ 185 ff. StGB). Noch deutlicher fiel die Degradierung des Status aus, wenn Regelverletzungen nicht mehr von Strafnormen erfasst, sondern bloß noch als „Ordnungswidrigkeit“ in Erscheinung träten, da letztere an die Einhaltung von ethisch neutralen Ordnungsvorschriften gemahnen sollen<sup>31</sup>, während das Strafgesetzbuch typischerweise das sozialetische Minimum garantiert. So gesehen wäre der Wechsel des Rechtsfolgenregimes kein bloß rechtstechnisch-legalistischer Vorgang, sondern eine symbolische Herabstufung der Regeln und des sie legitimierenden Kerns: des Schutzes des ungeborenen Lebens.

Insgesamt bildet die bestehende Gesetzeslage also einen tragfähigen, in den ersten 25 Jahren seit seinem Bestehen unangefochtenen Kompromiss, der den Schutzgedanken nicht preisgibt, ohne in ein strafrechtliches Übermaß („ultima ratio“) zu verfallen. Letzteres gilt umso mehr, bedenkt man die zum Teil sehr großzügige, den Schwangeren weit entgegenkommende Handhabung des Beratungsverfahrens<sup>32</sup> wie auch der ärztlichen Indikationsstellung (in den Fällen des § 218a Abs. 2 StGB)<sup>33</sup>. Wenn vor diesem Hintergrund sorgenvoll auf politische Entwicklungen in (selektiv ausgesuchten) ausländischen Rechtsordnungen verwiesen wird, so verkennt dies nicht nur die dort gänzlich andersartige politische Debattenkultur und jeweils bestehende Rechtslage, sondern insbesondere den Umstand, dass die eigene Positionierung einen mühsam errungenen gesellschaftlichen Frieden ohne jedwede Not – allein um der Symbolik willen – aufs Spiel setzt.

## V. Fazit

Die in den letzten 30 Jahren gewonnenen wissenschaftlichen Erkenntnisse aus Genetik und Pränatalmedizin belegen, dass der Embryo sich im Körper der Schwangeren als natürliches Transplantat weitgehend autonom aus sich heraus entwickelt. Bereits der Embryo stellt daher eine biologisch eigenständige Form menschlichen Lebens dar.

Diese Fakten kann weder ein Gesetzgeber ignorieren, der sich einer „evidenzbasierten Kriminalpolitik“ verschrieben hat<sup>34</sup>, noch das Recht, wenn dieses nicht seinen Anspruch auf sachadäquate Bewertung verfehlen will<sup>35</sup>. Es kommt nicht

27) Umfassend *Berghäuser*, Das Ungeborene im Widerspruch, 2015.

28) Statistisches Bundesamt, [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/\\_inhalt.html](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Gesundheit/Schwangerschaftsabbrueche/_inhalt.html).

29) Bis heute rechtsgültige Auslegung der Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 2 GG durch das hierfür berufene BVerfG, vgl. BVerfGE 39, 1 ff. und 88, 203 ff.

30) Zur Funktion strafrechtlicher Sanktionen und zum expressiven Gehalt einer Regelung im StGB s. *Kubiciel*, JZ 2022, 934, 935 f. (am Beispiel des § 219a StGB).

31) Näher BVerfGE 9, 167, 171; Vorwurf erreicht hier „nicht die Sphäre des Ethischen“, vielmehr liegt „bloßer Ungehorsam gegen technisches, zeit- und verhältnisbedingtes Ordnungsrecht der staatlichen Verwaltung vor“.

32) Dazu näher *Hillgruber*, ZfME 69 (2023), 221, 229 ff.

33) Vgl. *Duttge*, MedR 2023, 787, 788 f. (zum Berliner Zwillingenfall).

34) Zu dieser Selbstverpflichtung von SPD, Bündnis90/Grüne und FDP und dessen Konsequenzen *Kubiciel*, medstra 2022, 1 ff.

35) Vgl. *Grimm*, Grundrechte und soziale Wirklichkeit. Zum Problem eines interdisziplinären Grundrechtsverständnisses, in: *Hassemer* (Hrsg.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, 1982, S. 39, 44: „Darin liegt kein Rückfall hinter Kant und Kelsen, denn es wird nicht ein Sollen aus einem Sein abgeleitet, sondern lediglich festgestellt, dass sich ein Sollen nur angesichts eines Seins formulieren lässt und insoweit Seinselemente in sich aufnehmen muss.“

umhin, den Schwangerschaftskonflikt als Zweipersonenkonflikt zu begreifen, der normativ nicht einseitig aufgelöst werden kann, sondern in einer Abwägung bewältigt werden muss. Das tut das geltende Recht. Dass die Beratungslösung den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich nur bis zur zwölften Schwangerschaftswoche straffrei stellt, ist keine willkürliche Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts, sondern biologisch begründbar; denn bereits mit Abschluss der Embryonalphase (12 SSW p. c.) ist der Ungeborene pränatalmedizinisch mit hoher diagnostischer Präzision als individuelles Wesen genetisch wie strukturell erfassbar.

Die Beratung selbst, darauf ausgerichtet, „die Frau zur Fortsetzung der Schwangerschaft zu ermutigen und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind zu eröffnen“, kann nicht zu einem bloßen Angebot herabgestuft werden. Sie ist das einzige Instrument, das der Staat zum Zweck des ihm verfassungsrechtlich zwingend aufgegebenen Schutzes des Lebens und der Würde des Ungeborenen einsetzt. Sie stellt nicht mehr als einen Appell an das Verantwortungsbewusstsein der schwangeren Frau dar, deren Letztentscheidungsfreiheit davon unberührt bleibt.

Für eine Verlängerung der geltenden 12-Wochen-Frist, bis zu der die Letztentscheidung der Schwangeren maßgeblich ist, besteht kein Bedarf: Denn die Entscheidung für oder gegen die Fortsetzung der Schwangerschaft fällt erfahrungsgemäß früh. Auch die Fortexistenz des schon weiter entwickelten

Fetus der freien Entscheidung der Schwangeren zu überlassen, ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar und zwingt die Ärzteschaft in ein vermeidbares moralisches Dilemma. Die geltende austarierte Lösung, die weder die Schwangere noch den Arzt strafrechtlichen Risiken aussetzt, würde damit aus dem Gleichgewicht geraten. Der erreichte gesellschaftliche Frieden geriete in Gefahr. Das sollten wir nicht tun.

**Open Access.** Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

## Zur Abgrenzung und „Sperrwirkung“ von Diagnose- und Befunderhebungsfehlern

Silvia Deuring und Theresa Frauendorfer

### Abstract

Die Abgrenzung von Diagnose- und Befunderhebungsfehler erfolgt insbesondere durch die Rechtsprechung gemeinhin mittels einer Schwerpunkt Betrachtung. Dieser Ansatz steht als zu unbestimmt in der Kritik. Bei genauerer Betrachtung ist diese Schwerpunkt Betrachtung aber primär zeitlich zu verstehen und folglich keineswegs so unbestimmt, wie häufig befürchtet. Im Übrigen sollte nicht von einer Abgrenzung zwischen beiden Fehlerkategorien gesprochen werden, wenn es darum geht, von mindestens zwei Handlungen oder Unterlassungen, die als haftungsrechtliche Anknüpfungspunkte in Betracht kommen, die relevante Verhaltensweise auszusondern. Für diese Situation ist, bei gleichzeitiger Anerkennung, dass dem Grunde nach zwei Pflichtverletzungen vorliegen, der Begriff der „Sperrwirkung“ sachgerechter.

### I. Einführung

Die Diskussion rund um die Unterscheidung zwischen Diagnose- und Befunderhebungsfehler erstirbt nicht. Nicht zuletzt im Januar 2024 hat sich das OLG München erneut mit der Thematik befasst und dabei die Schwierigkeit belegt, die der Problematik anhaftet<sup>1</sup>. Dies bietet die Gelegenheit, noch

einmal einen genaueren Blick zu riskieren und das Zusammenspiel zwischen beiden Fehlertypen zu durchleuchten.

Weshalb konkret eine Unterscheidung zwischen beiden Fehlertypen haftungsrechtlich bedeutsam ist, ist bekannt: Die Einordnung eines Fehlverhaltens als Diagnose- oder Befunderhebungsfehler wirkt sich primär auf die Beweislastverteilung aus. Kann dem Arzt ein Befunderhebungsfehler vorgeworfen werden, so kann dies die für den Patienten bequeme Folge der Beweislastumkehr nach § 630h Abs. 5 S. 2 BGB nach sich ziehen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich bei erfolgter Befunderhebung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit – mehr als 50 %<sup>2</sup> – ein reaktionspflichtiges Ergebnis gezeigt hätte, eine Nichtreaktion hierauf sodann als grober Behandlungsfehler einzurufen gewesen wäre und dieser Fehler generell geeignet ist, die Gesundheitsverletzung herbeizuführen<sup>3</sup>.

Bei einem Diagnosefehler kommt eine Beweislastumkehr hingegen nur in Betracht, wenn der Diagnosefehler als grob zu werten ist, § 630h Abs. 5 S. 1 BGB. Dabei muss es sich aber tatsächlich um einen fundamentalen Irrtum handeln<sup>4</sup>. Für die Patientenseite bedeutet dies, dass eine Beweislastumkehr nur in seltenen Fällen in Betracht kommen dürfte: Da die Diagnosestellung häufig mit Unsicherheiten behaftet ist, muss die Schwelle, ab welcher ein Fehler als fundamental und da-

PD Dr. iur. Silvia Deuring, Akademische Rätin a. Z., Theresa Frauendorfer, studentische Hilfskraft, Ludwig-Maximilians-Universität München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht, Ludwigstr. 29, 80539 München, Deutschland

1) OLG München, MedR 2024, 813 ff. m. Anm. Deuring. Zu dieser Entscheidung noch unten unter III.1.a).

2) BGH, MedR 2016, 976, 977.

3) BGH, MedR 2016, 976, 977; ausführlich Martis/Winkart, MDR 2013, 634, 638 ff.

4) BGH, MedR 2011, 645, 648 m. Anm. Schmidt-Recla u. Anm. Voigt.