

DOI: 10.1007/s00350-015-3946-x

## Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20. 5. 2014 – VI ZR 381/13 (OLG Koblenz)

Raphaël Hebecker und Tobias Lutzi

„Yet the first bringer of unwelcome news / hath but a losing office“<sup>1</sup> – der Überbringer schlechter Nachrichten kann nur verlieren. Umso erfreulicher, dass der BGH sich nun schützend vor jene stellt, die gerade im Bereich prädiktiver Gendiagnostik berufsmäßig schlechte Nachrichten überbringen. Im Ergebnis zutreffend verneint er Schadensersatzansprüche, die in der ungewöhnlichen, aber mit Blick auf die steigende Verfügbarkeit prädiktiver Gesundheitsinformationen zunehmend praxisrelevanten<sup>2</sup> Konstellation einer „aufgedrängten“ Aufklärung in Betracht kommen. Die Begründung hätte indes vor allem hinsichtlich der Haftung für die (vom Berufungsgericht noch bejahte) Gesundheitsverletzung der Mutter auch anders ausfallen können.

### I. Haftung für die Gesundheitsverletzung

Die Haftung des Überbringers für die unstreitig in Form einer reaktiven Depression eingetretene Gesundheitsverletzung<sup>3</sup> lässt sich – im Ergebnis zutreffend – entweder bereits tatbestandlich oder erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit<sup>4</sup> ausschließen. Das Verhalten des Arztes kann als deliktisch irrelevant oder als grundsätzlich haftungsrelevant, aber ausnahmsweise gerechtfertigt qualifiziert werden. Das damit zum Ausdruck gebrachte Regel/Ausnahme-Verhältnis hat unmittelbare Auswirkungen auf die Beweislast. Denn gelingt dem Geschädigten der Nachweis eines Verhaltens, das die Voraussetzungen des haftungsbegründenden Tatbestands (Zurechnung einer Rechtsgutsverletzung zu einem deliktisch relevanten Schädigerverhalten) erfüllt<sup>5</sup>, so ist das Rechtswidrigkeitsurteil indiziert (Lehre vom Erfolgsunrecht)<sup>6</sup>; der Schädiger kann sich von der Haftung nur noch ausnahmsweise durch das Vorliegen eines von ihm zu beweisenden Rechtfertigungsgrundes befreien<sup>7</sup>.

Entsprechend argumentierte die Berufungsinstanz, die von einem vorwerfbaren Verhalten des Arztes ausgegangen war, der fehlende Nachweis einer Beauftragung durch den Patienten, welche die Rechtsgutsverletzung möglicherweise hätte rechtfertigen können, gehe zulasten des beweisbelasteten Arztes<sup>8</sup>. Dieses Verständnis wirft wichtige (im Grunde vorgelagerte) Fragen auf: Wenn der Arzt lediglich, wie vorliegend von der Beklagenseite vorgetragen<sup>9</sup>, als Werkzeug oder „Sprechhilfe“<sup>10</sup> seines Patienten tätig wird, kommt es für eine Rechtfertigung dann nicht allein auf die Berechtigung des Patienten an? Hätte der Vater gehaftet,

wenn er selbst seine Ex-Frau (oder die gemeinsamen Kinder) informiert hätte<sup>11</sup>?

Diese heiklen Fragen umgeht der BGH, wenn er bereits ein deliktisch relevantes Verhalten des Arztes (und nicht erst die Rechtswidrigkeit) verneint und dessen Verhalten damit nicht als rechtfertigungsbedürftig, sondern als grundsätzlich erlaubt qualifiziert. Zugleich lenkt er den Fokus von den spezifischen Wertungen des GenDG, deren Verzahnung mit dem Deliktsrecht die Berufungsinstanz betonte, hin zu allgemeinen deliktsrechtlichen (Zurechnungs-)Kriterien.

Ist die Entscheidung im Schrifttum insoweit auch auf Zustimmung gestoßen<sup>12</sup>, so darf doch nicht übersehen werden, dass für einen Haftungsausschluss auf Tatbestandsebene ebenfalls (mindestens) zwei Anknüpfungspunkte in Betracht kommen: So kann einerseits die Information als solche als deliktisch nicht relevantes Verhalten qualifiziert werden, andererseits kann, auch ohne eine Aussage zur deliktischen Relevanz des Verhaltens zu treffen, der Zurechnungszusammenhang mit dem Verletzungserfolg verneint werden. Der BGH beschreitet letzteren Weg und verzichtet wohl bewusst auf eine Festlegung hinsichtlich der deliktischen Relevanz (Vorwerfbarkeit) der Informationsweitergabe.

#### 1. Schutzzweck der Norm und allgemeines Lebensrisiko

Zur Verneinung des Zurechnungszusammenhangs stellt der BGH entscheidend auf den Schutzzweck der Norm ab: „[D]ie Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, [müssen] aus

- 1) *William Shakespeare*, Henry IV, Part 2, Act 1, Scene 1. Ähnlich schon *Sophokles*, Antigone, Akt 1, Szene 3 (Übersetzung v. Hölderlin): „[N]iemand liebt den Boten schlimmer Worte.“ Zur „stellvertretenden“ Botenbestrafung vgl. *Ovid*, Metamorphosen, 2. Buch, Der Rabe und die Krähe, Vers 631: „sperantemque sibi non falsae praemia linguae/inter aves albas vetuit consistere corvum.“ – „Doch ihn, welcher den Lohn der nicht falschredenden Zunge/Hoffte, den Raben enthob er der Schar weißfüedrichter Vögel“ (Übersetzung v. J. H. Voß).
- 2) So auch das Berufungsgericht in der Begründung zur Zulassung der Revision (OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 174).
- 3) Am Vorliegen des im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen hinreichenden Krankheitswerts (vgl. BGHZ 56, 163 sowie die im Urteil, Rdnr. 8, zitierten Entscheidungen) bestanden hier keine Zweifel.
- 4) Die Eingangsinstanz argumentierte ebenso wie die Berufungsinstanz auf Rechtswidrigkeitsebene, vgl. OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 169, 170 ff.
- 5) *Katzenmeier*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 6, 3. Aufl. 2010, BGB § 823, Rdnrn. 11, 19, 20, 24 (zur psychisch vermittelten Kausalität).
- 6) *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, Neubearb. 2009, § 823, Rdnr. H 14 m. w. N.
- 7) *Katzenmeier*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 6, 3. Aufl. 2010, BGB § 823, Rdnr. 28 a. E. und im Kontext der Arzthaftung BGB § 823 Anhang II, Rdnr. 3.
- 8) Insbesondere konnte eine Beauftragung nach Auffassung des Gerichts nicht in dem festgestellten Einverständnis mit der Kontaktaufnahme (Schweigepflichtentbindungserklärung) erblickt werden, OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 170 f. Ob sie den Arzt tatsächlich entlastet hätte, ließ das Gericht zudem ausdrücklich offen, OLG Koblenz, a. a. O.
- 9) Die Beklagenseite argumentierte, sie „sei zwar nicht als Vertreter oder Bote des Patienten tätig geworden, sehr wohl aber als dessen ‚Sprechhilfe‘. Der Patient habe als Kindesvater das Recht, wenn auch nicht die Pflicht zur Information seiner Kinder“ (OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 169). Vgl. auch unten, sub IV.
- 10) S. unten, Fn. 80.
- 11) S. dazu auch unten, sub IV.
- 12) Vgl. *Katzenmeier/Voigt*, JZ 2014, 898, 901; *Keil*, LMK 2014, 361941; *Schneider*, NJW 2014, 3133; sehr krit. (auch im Hinblick auf eine zweifelhafte Rechtssicherheit) *Gassner*, GesR 2014, 558; der gegenteiligen Position der Vorinstanz zustimmend *Damm*, MedR 2014, 139.

Raphaël Hebecker, LL.M.,  
Institut für Medizinrecht, Universität zu Köln,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, Deutschland

Tobias Lutzi, LL.M.,  
Somerville College, University of Oxford,  
Woodstock Road, Oxford, OX2 6HD, United Kingdom

dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die verletzte Norm erlassen [...] worden ist.“ Daran fehle es jedoch in der Regel, „wenn sich eine Gefahr realisiert hat, die dem allgemeinen Lebensrisiko und damit dem Risikobereich des Geschädigten zuzurechnen ist.“<sup>13</sup> Dies sei vorliegend aber der Fall, „[d]a der geschiedene Mann der [Geschädigten] nach den Feststellungen des Berufungsgenrichts mit seiner – bereits seit einiger Zeit ausgebrochenen und mit deutlichen Symptomen einhergehenden – Erkrankung offen umgehen und sowohl die gemeinsamen Kinder als auch seinen Bekanntenkreis informieren wollte [und] die Kl. diese Kenntnis jederzeit anderweitig [hätte] erlangen können“<sup>14</sup>. Zudem handele es sich bei der Kenntniserlangung von einer schwerwiegenden, möglicherweise auch für die Gesundheit der gemeinsamen Kinder relevanten Krankheit eines Elternteils um „ein Schicksal, das Eltern jederzeit widerfahren kann.“ § 823 Abs. 1 BGB bezwecke „nicht den Schutz eines sorgeberechtigten Elternteils vor den psychischen Belastungen, die damit verbunden sind, dass er von einer genetisch bedingten Erkrankung des anderen Elternteils und dem damit einhergehenden Risiko Kenntnis erlangt, dass die gemeinsamen Kinder auch Träger der Krankheit sein“<sup>15</sup>.

Der BGH stützt seine Entscheidung damit genau genommen auf zwei unterschiedliche Argumente: die Tatsache, dass der Vater mit seiner Krankheit offen umgehen wollte und die Geschädigte daher jederzeit hätte Kenntnis von ihr erlangen können einerseits, und das allgemeine „Elternrisiko“, von genetischen Risiken der eigenen Kinder zu erfahren, andererseits.

Ersteres Argument scheint dabei auf einen hypothetischen Kausalverlauf abzustellen, der schwierige Fragen der Beweislastverteilung aufwirft. Zu wessen Lasten ginge etwa die Unaufklärbarkeit der jederzeitigen Möglichkeit der Kenntniserlangung? Wäre die Klage tatsächlich (teilweise, in Höhe des Verfrühungsschadens) erfolgreich gewesen, wenn die Mutter hätte nachweisen können, dass ihr die Erkrankung bis zum Tode des Vaters verborgen geblieben wäre? Sähe man in der Möglichkeit der anderweitigen Kenntniserlangung lediglich ein „rechtmäßiges Alternativverhalten“, so wäre sogar der Arzt beweislaster<sup>16</sup>. Der BGH geht mit seinem zweiten Argument (allgemeines Lebensrisiko), auf das er die Entscheidung im Folgenden maßgeblich stützt, denn auch erkennbar über die Prüfung des bloßen Einwands eines rechtmäßigen Alternativverhaltens hinaus. Denn während letzteres den Schädiger eben nur dann entlasten kann, wenn er nachweist, dass er den gleichen Schaden auch in rechtmäßiger Weise hätte verursachen können, ordnet der BGH die unabhängig vom konkreten Umgang des Patienten mit der Krankheit stets latent bestehende Gefahr der bloßen Kenntniserlangung von genetischen Schäden des eigenen Kindes dem „allgemeinen Lebensrisiko“<sup>17</sup> zu. Unabhängig davon, ob man die Figur des allgemeinen Lebensrisikos dogmatisch der Adäquanztheorie<sup>18</sup>, der Schutzzwecklehre<sup>19</sup> oder einer eigenständigen negativen Zurechnungskategorie<sup>20</sup> zuordnen möchte, ist eine Haftung des Arztes für die Folgeschäden der Kenntniserlangung damit mangels Realisierung eines normspezifischen Risikos<sup>21</sup> grundsätzlich ausgeschlossen. Bei der Zuordnung einer bestimmten Schädigung zum allgemeinen Lebensrisiko handelt es sich insofern nicht mehr nur um den Vergleich hypothetischer Kausalketten, sondern um einen Akt wertender Erkenntnis<sup>22</sup>.

Hierbei geht das Urteil allerdings, insbesondere im Vergleich zu den in der Begründung<sup>23</sup> genannten Entscheidungen<sup>24</sup>, bei denen es stets um Risiken ging, denen letztlich jedermann ausgesetzt ist, der in irgendeiner Form am Straßenverkehr teilnimmt, sehr weit, wenn es Eltern als „Gesundheitsfürsorgeberechtigten“ das spezifische Risiko aufbürdet, von möglichen unheilbaren Erkrankungen der eigenen Kinder zu erfahren<sup>25</sup>. Es handelt sich insofern um

eine spezifische elterliche Risikosphäre<sup>26</sup>. Hinsichtlich einer dem Minderjährigen selbst aufgedrängten Information hätte die Entscheidung schon vor dem Hintergrund des § 14 GenDG anders ausfallen können<sup>27</sup>.

## 2. Alternativer Anknüpfungspunkt: Verkehrspflichtverletzung

Der größte Nachteil des vom BGH eingeschlagenen Weges, die streitgegenständliche Information generell dem Elternrisiko zuzuschreiben, dürfte darin bestehen, dass sie von der Notwendigkeit einer Auseinandersetzung mit dem Pflichtenprogramm des Arztes im Rahmen einer Pflichtwidrigkeitsprüfung entbindet<sup>28</sup>. Die Auseinandersetzung mit dem Pflichtenprogramm des Schädigers ist insbesondere dann von überragender Bedeutung, wenn die Rechtsgutsverletzung nur mittelbare Folge seines Verhaltens ist, ihm also der Verstoß gegen eine Gefahrvermeidungs-/Verkehrspflicht

13) Rdnr. 10 des Urteils; ähnlich (zur Entscheidung der Vorinstanz) *Strücker=Pütz/Schwalbach*, GuP 2014, 37, 38.

14) Rdnr. 11 des Urteils.

15) *Ibidem*.

16) *Katzenmeier*, in: *Baumgärtel/Laumen/Prütting* (Hrsg.), *Handbuch der Beweislast im Privatrecht*, Bd. 6, 3. Aufl. 2010, BGB § 823, Rdnr. 25; vgl. auch *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 II 4b, S. 371.

17) Zur Entstehung dieses auf *Hermann Lange* zugehenden Begriffs vgl. *Deutsch*, *VersR* 1993, 1041, dortige Fn. 7.

18) *Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I, 14. Aufl. 1987, § 27 III b 3, S. 448 f. „So wenig wie die Adäquanztheorie anzugeben vermag, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit zur Bejahung der Adäquanz genügen soll, so wenig die Risikotheorie, welcher Grad von Gefahrerhöhung für die Zurechnung genügen soll.“ (*ibid.*).

19) *Oetker*, in: *MüKo/BGB*, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 249, Rdnr. 194; *Lang*, *Normzweck und Duty of Care*, 1983, S. 152 ff.

20) *Lange*, in: *Lange/Schiemann*, *Schadensersatz*, 3. Aufl. 2003, § 3 X 4, S. 148; *Mädlich*, *Das allgemeine Lebensrisiko*, 1980, S. 89 ff.; *Deutsch*, *VersR* 1993, 1041 ff.; *ders.*, in: *FS f. Jahr*, 1993, S. 251, 259–263.

21) Dabei gilt es scharf zwischen geschütztem Rechtsgut, geschütztem Personenkreis und dem in Rede stehenden Risiko zu unterscheiden. Vgl. beispielhaft die differenzierende Zurückweisung der Kritik an der BGH-Lösung zum Grünstreifen-Fall bei *Larenz/Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 II 3d, S. 369, wobei es um die Zurechnung des Risikos einer vorsätzlichen Sachbeschädigung durch Dritte ging. Nach Ansicht des BGH realisiere sich dann lediglich das allgemeine Lebensrisiko, BGHZ 58, 162, 169 f., zit. nach *juris*, Rdnr. 19 (Radweg und Fußweg beschädigt); a. A. LG Düsseldorf, *NJW* 1955, 1031 – Grünstreifen-Fall m. krit. Anm. *Larenz*, *NJW* 1955, 1009.

22) Vgl. auch *Gassner*, *GesR* 2014, 558.

23) Rdnr. 11 des Urteils.

24) BGH, *NJW* 1968, 2287 (Entdeckung einer verborgenen Krankheit in Folge einer Unfallverletzung); BGHZ 107, 359 (Gehirnblutung mit Schlaganfall in Folge falscher Beschuldigungen nach Verkehrsunfall); ferner, nach *Schneider*, *NJW* 2014, 3133, 3134 „vergleichbar“, BGHZ 172, 263 (hilfloses Mitanschenmüssen verbrennender Personen in Folge eines Verkehrsunfalls).

25) Krit. auch *Gassner*, *GesR* 2014, 558.

26) Hierfür könnten möglicherweise die gegenüber Eltern bestehenden gesetzlichen Informationspflichten fruchtbar gemacht werden (§§ 630e Abs. 4, 630d Abs. 1 S. 2 sowie § 1629 Abs. 1 S. 4 Halbs. 2 BGB), wobei zu beachten ist, dass es hierbei stets um Informationen geht, die Eltern typischerweise (auch im Falle von schlechten Nachrichten) zu erfahren wünschen.

27) Sicherlich, wenn die Kinder eine echte Gesundheitsverletzung i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB zu beklagen hätten, zweifelhafter (vor dem Hintergrund der restriktiven Position des BGH) hingegen, wenn sie sich nur auf eine Verletzung ihres Rechts auf Nichtwissen stützen könnten (s. unten, sub II.2).

28) Insofern krit. *Katzenmeier/Voigt*, *JZ* 2014, 898, 901; *Keil*, *LMK* 2014, 361941. *Gassner*, *GesR* 2014, 558 attestiert der Formel vom allgemeinen Lebensrisiko eine „Scheinrationalität“, wenn es um Schäden geht, die auf menschliches Verhalten (und nicht auf Naturgewalten) rückführbar sind, um sodann die fehlende Interessenabwägung des BGH im Rahmen einer wertenden Betrachtung zu kritisieren.

vorzuwerfen ist und nicht (wie bei unmittelbaren Verletzungen) gegen eine Erfolgsvermeidungspflicht<sup>29</sup>. Denn während nach der Lehre vom Erfolgsunrecht eine unmittelbare Rechtsgutsverletzung die Rechtswidrigkeit des Schädigerhaltens indiziert, bedarf die Haftung des Schädigers bei bloß mittelbaren Verletzungshandlungen stets einer besonderen Begründung, die insbesondere im Verstoß gegen eine konkrete Verhaltenspflicht bestehen kann<sup>30</sup>. Das schädigende Verhalten hat also nicht schlechthin zu unterbleiben, sondern nur in der konkreten (fehlerhaften) Art und Weise.

Dass es sich auch vorliegend um eine bloß mittelbare Verursachung handelt, könnte sich daraus ergeben, dass die reaktive Depression der Geschädigten psychisch durch eine Fehlverarbeitung der empfangenen Information vermittelt wurde. Dann müsste man psychisch vermittelte Gesundheitsschädigungen allerdings stets als mittelbar in diesem Sinne behandeln. Zwar trifft eine solche Einordnung auf die klassischen sogenannten „Schockschadensfälle“ zu, in denen die Gesundheitsschädigung als Reaktion auf die Nachricht vom Unfall eines nahen Angehörigen eintritt; dies allerdings nur, soweit – wie üblich – die Haftung des Unfallverursachers im Raum steht. An einer derartigen „vorgelagerten Haftung“, die über die Kenntniserlangung mittelbar zu einer (weiteren) Gesundheitsverletzung führt, fehlt es jedoch, wenn Anknüpfungspunkt für die Haftung das Überbringen der Information selbst sein soll<sup>31</sup>.

Dass in den klassischen Schockschadensfällen neben dem Erstverursacher nicht auch der Bote haftet, liegt nach *Larenz* und *Canaris* schlicht am Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung des Geschädigten in den Erhalt der Information<sup>32</sup>. Zwar sei die Rechtswidrigkeit der (insoweit unmittelbaren) Schädigung indiziert, doch liege regelmäßig eine mutmaßliche Einwilligung des Geschädigten vor, da „die Nachricht ja nun einmal von irgendjemand überbracht werden [müsse] und eine explizite Einwilligung nach Lage der Dinge unmöglich eingeholt werden [könne]“<sup>33</sup>. Nicht übertragbar ist diese Erwägung auf eine (aufgedrängte) Information wie die vorliegende, die der Empfänger am liebsten überhaupt nicht erfahren möchte<sup>34</sup>. Hier erscheint – bei Annahme einer unmittelbaren Verletzungshandlung des Boten – das allgemeine Lebensrisiko tatsächlich als das sinnvollere Korrektiv.

Zugleich konzedieren aber auch *Larenz* und *Canaris*, dass der Überbringer der Nachricht „in seltenen Ausnahmefällen“ doch haften solle, wenn er etwa „schuldhaft eine falsche Nachricht überbringt oder den Schock durch eine unvertretbar schonungslose Art der Mitteilung auslöst oder hätte erkennen müssen, daß er erst eine andere Person hätte informieren müssen, die dann ihrerseits vorsorgliche Maßnahmen zum Schutz des Betroffenen vor dem Schock hätte ergreifen können“<sup>35</sup>. Letztlich geht es auch hier um vorwerfbare Verstöße gegen Verhaltenspflichten, die gerade eine psychische Fehlverarbeitung vermeiden sollen.

Gegen einen solchen Sorgfaltspflichtverstoß besteht der Einwand, es realisiere sich lediglich das allgemeine Lebensrisiko, jedenfalls dann nicht, wenn der Schädiger durch sein Verhalten gerade ein gesteigertes Verletzungsrisiko gesetzt hat<sup>36</sup>. Die Anknüpfung an ein konkretes vorwerfbares Verhalten des Überbringers erlaubt damit die Grenzziehung zwischen allgemeinem Lebensrisiko und zurechenbarer Schädigung: „Was das allgemeine Lebensrisiko mit Blick auf den Geschädigten bedeutet, soll das erlaubte Risiko mit Blick auf den Schädiger leisten.“<sup>37</sup>

Fragt man nach einem Sorgfaltspflichtverstoß, so gerät damit insbesondere das Gebot schonender Information<sup>38</sup> in den Mittelpunkt der Prüfung, das im (vertraglichen) Arzt/Patient-Verhältnis etabliert ist<sup>39</sup>, aber grundsätzlich auch im (rein deliktischen) Verhältnis zwischen Arzt und Angehörigen nicht ignoriert werden kann – auch wenn sich der BGH nicht zu den Modalitäten der Informationsüberbringung äußert<sup>40</sup>. Erst deren Betrachtung erlaubt aber eine Entschei-

dung hinsichtlich der zulässigen Art und Weise der Aufklärung sowie ihres Umfangs. Diese Nuancierung konnte der BGH mit seinem allein auf die vom Geschädigten hinzunehmenden Risiken fokussierten Urteil vorliegend allenfalls andeutungsweise vornehmen.

## II. Haftung für Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts („Recht auf Nichtwissen“)

Das aus Art. 2 Abs. 1 i. V. mit 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht in Gestalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung vermittelt nicht nur – in positiver Schutzrichtung – ein Recht auf Kenntnis (etwa der eigenen Abstammung<sup>41</sup>), sondern – in negativer Schutzrichtung – auch ein „Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung“<sup>42</sup>; dies ist in der Literatur schon seit längerem anerkannt<sup>43</sup> und ergibt sich auch aus § 9 Abs. 2 Nr. 5 des seit 2010 geltenden GenDG.

29) *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 II 3b, S. 366 f.

30) *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rdnr. 643.

31) Der BGH lässt diesen Begriff aus gutem Grund gänzlich unerwähnt. Bisher ging es bei der Ersatzpflicht für „Schockschäden“ stets (bisweilen implizit) um die Haftung desjenigen, der für das schockauslösende Ereignis (den schweren Unfall mit oder ohne Todesfolge) deliktisch verantwortlich ist. Allerdings war dieser Begriff nie eindeutig (*Huber*, in: NK/BGB, Bd. 2/1, 2. Aufl. 2012, § 253, Rdnr. 64) – er versammelte einzelne Fallgruppen (dazu *Lorenz*, in: FS f. Gerda Müller, 2009, S. 147 ff.; *Kramer*, in: FS f. Koziol, 2010, S. 743, 746 ff.). Ursprünglich wurde auch der Begriff „Fernwirkungsschaden“ gebraucht (bereits RGZ 133, 270; RGZ 157, 11.), wobei das Fehlen einer physischen Einwirkung des Schädigers auf den Zweitgeschädigten als charakteristisch gelten darf (*Adelmann*, VersR 2009, 449).

32) *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 1e, S. 380.

33) *Ibidem*.

34) Dazu II.2.

35) *Ibidem*.

36) Auffällig ist auch, dass sich ein spezifisches Elternrisiko kaum in die üblichen Fallgruppen zum allgemeinen Lebensrisiko einordnen lässt (*Lange*, in: *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 3 X, S. 128 ff.; *Deutsch*, in: FS f. Jahr, 1993, S. 251, 259–263). Hält man nach der Rechtsprechung zum Schockschaden die psychischen Belastungen (unter restriktiven Voraussetzungen) für ausnahmsweise ersatzfähig, so wären im Grundsatz alle psychischen Folgen im Übrigen, auch wenn sie über das Normalmaß hinausgehen, ersatzlos hinzunehmen. Blickt man aber nur auf den Geschädigten, so macht es für ihn keinen Unterschied, ob er einen (ersatzfähigen) Schockschaden wegen unfallbedingtem Versterbens naher Angehöriger erleidet oder ob dieser Schock durch schlechte Nachrichten anderweitig ausgelöst wird. Daher sollte man auch den Blick auf den Schädiger richten und ermitteln, ob er durch die Modalitäten der Informationsaufdrängung gegen drittschützende Verhaltensgebote verstoßen hat.

37) *Knerr*, in: *Geigel*, Der Haftpflichtprozess, 26. Aufl. 2011, Kap. 1, Rdnr. 57.

38) Explizit *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 597 a. E., bei der Beratung des Nichtwissenden zur Schonung seines Rechts auf Nichtwissen. Die Berufungsinstanz spricht von Information „zur Unzeit“ (und lässt die daran anknüpfende Haftungsfrage offen), OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 170; vgl. dazu auch *Katzenmeier/Voigt*, JZ 2014, 898, 901.

39) *Katzenmeier*, in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 6. Aufl. 2009, Kap. V, Rdnr. 37.

40) *Katzenmeier/Voigt*, JZ 2014, 898, 901: „Mangels Ingerenz oder bestehenden Behandlungsverhältnisses [zur Klägerin] kann sich eine haftungsbegründende Pflicht [des Arztes] allenfalls aus der beruflichen Stellung ergeben.“

41) Dazu BverfGE 79, 256.

42) Zu den begrifflichen Ursprüngen dieses Rechts in der Medizinethik vgl. die Nachweis bei *Damm*, MedR 1999, 437, 446, dortige Fn. 113 („Recht zum Nichtwissen“).

43) Vgl. umfassend *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583 ff., insbes. 595; *Damm*, MedR 2014, 139, 140 m. v. N.; sowie die ausführlichen Nachweise in Rdnr. 14 des Urteils.

Der BGH bestätigt diese über § 823 Abs. 1 BGB geschützte Rechtsposition nun erstmals ausdrücklich<sup>44</sup>. Indem er dabei auf die eigene genetische Veranlagung des Anspruchsstellers abstellt – und einen Anspruch der Mutter konsequent mangels Betroffenheit ihrer eigenen genetischen Disposition verneint –, trifft er eine konturscharfe Begrenzung ihres persönlichen Schutzbereichs. Zudem äußert er sich in einem obiter dictum auch zum sachlichen Schutzbereich des Rechts auf Nichtwissen.

### 1. Absage an einen konturlosen persönlichen Schutzbereich eines „Rechts auf informationelle Abgeschiedenheit“

Die Entscheidungsbegründung der Vorinstanz zog stellenweise auch (ergänzend<sup>45</sup>) die Rechtsposition der Kinder heran, obwohl diese nicht Prozesspartei waren<sup>46</sup>. Verständlicherweise rufen die bedrückenden Umstände des Falles mit einschneidenden psychologischen Folgen, welche die aufgedrängte Information familienintern zeitigte, nach einer rechtlichen Aufarbeitung des Geschehens: Die Klägerin beschrieb, dass ihr damals 16-jähriger Sohn nach Abbruch der Schule und Führerscheinprüfung „in der Stimmung [lebe], dass jegliche Anstrengung für ihn sinnlos sei. Auch nachdem er inzwischen genetisch untersucht worden sei und sich der Verdacht nicht bestätigt habe, sei es bisher nur unter erheblichen Anstrengungen gelungen, ihn auf den Weg einer positiven Lebenseinstellung zurückzuführen, ohne dass gesichert erscheine, dass dies letztlich zum Erfolg führen werde“<sup>47</sup>.

Geht es aber einzig um die Ansprüche der Mutter, so kann sie „aus einer etwaigen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ihrer Kinder [...] keine Schadensersatzansprüche ableiten“ – in aller Deutlichkeit betont der BGH diese notwendige (und eigentlich selbstverständliche) Differenzierung zwischen beiden Rechtssphären<sup>48</sup>. Zwar wird ein Kind regelmäßig, aber nicht notwendig, nolens volens Kenntnis erlangen, sobald die Mutter informiert wurde. Das Recht auf Nichtwissen der Kinder ist gleichfalls reflexartig tangiert, sobald sich die Mutter um eine Klärung der genetischen Disposition der Kinder bemüht<sup>49</sup>. Unklar bleibt allerdings bereits, wie die Rechtsposition der Kinder „reflexiv“ bei der Beurteilung der Rechte der Mutter zu berücksichtigen sein soll<sup>50</sup>. Auch rechtfertigt dies keine deliktsrechtliche Ausweitung der Rechtspositionen der Eltern, mag der Arzt sich auch über die Interessen der Kinder hinweggesetzt haben: „Der Beklagte unternahm nicht einmal den Versuch, dem informationellen Selbstbestimmungsrecht der Klägerin oder deren Kinder Rechnung zu tragen. Er zeigte insoweit auch in der Verhandlung beim Senat keinerlei Problembewusstsein.“<sup>51</sup> Diese Verflechtung beider Rechtspositionen ist unglücklich, die Frage der Anspruchsinhaberschaft ist von der prozessualen Geltendmachung zu unterscheiden: Eine etwaige Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Kinder kann (nur) von diesen selbst klageweise durchgesetzt werden<sup>52</sup>.

Diesem engen Verständnis wird entgegengehalten, dass aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das letztlich dem Schutz individueller Freiheit und Lebensgestaltung diene, über das Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung hinaus ein generelles „Recht auf informationelle Abgeschiedenheit“<sup>53</sup> folge<sup>54</sup>. Dieses weite Verständnis impliziert freilich eine Begrenzung der abwehrrechtlichen Dimension. Zwar ist auch die Abwehr bestimmter Informationsinhalte möglich. Erforderlich ist allerdings eine Missachtung der Willensentscheidung des Einzelnen, bestimmte Informationen nicht zu erhalten<sup>55</sup>. Eine Abwehr bestimmter Informationswirkungen, die über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehen, kommt ohnehin über die Rechte auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit (nach der Rechtsprechung zum „Schockschaden“) in Betracht. Hinsichtlich der körperlichen Informationswirkung erweist sich das Recht auf Nichtwissen als „Bestand-

teil oder Vorstufe“ körperbezogener Rechte, weshalb ihm dann keine eigenständige Bedeutung zukommen soll<sup>56</sup>.

In welchem Ausmaß der Abwehrwille des Betroffenen nach außen zutage treten muss, richtet sich einzelfallabhängig nach Bedeutung und Schwere der Beeinträchtigung<sup>57</sup>. Bei „lebenswichtigen“ Informationen bedarf es höherer Sensibilität für die Anzeichen eines Abwehrwillens<sup>58</sup>. So verstanden, gibt es strukturell eine gewisse Parallele zwi-

44) Zuvor implizit BGHZ 162, 1, 7 (= MedR 2005, 287); zur Unverwertbarkeit eines heimlich eingeholten Vaterschaftstests wegen Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des Kindes; vgl. auch BVerfGE 117, 202, 230, zit. nach juris, Rdnr. 70f. (dazu unten, Fn. 64); insoweit einschränkend als die Einwilligung in die Blutentnahme zur allgemeinen Diagnostik auch die Einwilligung in einen HIV-Test umfasste, so dass ein „Recht auf Nichtwissen“ nicht mehr verletzt werden konnte (LG Magdeburg, Urt. v. 19.11.2013 – 2 S 140/13 –, juris, Rdnrn. 8ff., 19).

45) Zu Recht krit. hierzu *Damm*, MedR 2014, 139, 147; *ders.*, MedR 2012, 705, 707 a.E. Dazu unten, Fn. 50.

46) So geschehen etwa, wenn auf den „Interessenkonflikt“ verwiesen wird, der es dem Beklagten als Arzt des Vaters unmöglich machen soll, zugleich auch die Interessen der Mutter und ihrer Kinder wahrzunehmen. Vgl. auch OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 173 a.E.: „Eine neutrale Abwägung oder gar die pointierte Wahrnehmung der Interessen der Kl. und der ihrer Gesundheitsfürsorge unterstehenden Kinder war [dem Arzt] nicht möglich.“

47) OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 172f.

48) Rdnrn. 15f. des Urteils.

49) So geschehen, als die Mutter mit Unterstützung des Arztes versucht hat, die Kinder testen zu lassen (OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 169). Sie sah sich aber von Rechts wegen daran gehindert, die durch die Kenntnisaufdrängung hervorgerufene Ungewissheit zu lüften, war doch die Einwilligungsfähigkeit auch des betroffenen 16-Jährigen alles andere als selbstverständlich (§§ 8, 14 Abs. 1 GenDG). Diesbezüglich weist das OLG Koblenz zu Recht darauf hin, dass es sich bei der genetischen Untersuchung um eine einschneidende und ggf. folgenschwere Entscheidung handelt, etwa mit Blick auf Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherungen, oder den Kinderwunsch zukünftiger Partner: Der Minderjährige werde vom Gesetzgeber nach §§ 106, 107 BGB nicht einmal für befähigt gehalten, einen solchen Lebensversicherungsvertrag abzuschließen. Erst recht könne er nicht abschätzen, was es bedeutet, möglicherweise rechtlich oder tatsächlich für immer daran gehindert zu sein, eine Lebensversicherung abschließen zu können, weil eine Versicherung im Angesicht der – unter den Voraussetzungen des § 18 GenDG ggf. sogar offenbarungspflichtigen – Erkrankung das Risiko nicht versichert (OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 172).

50) *Damm*, MedR 2012, 705, 707 a.E. S. dazu auch die PKH-Entscheidung OLG Koblenz, MedR 2012, 742 = juris, Rdnrn. 4, 9; vgl. auch *Damm*, MedR 2014, 139 („mittelbare wechselbezügliche Einwirkungen“), 147 (rechtliche Stellung der Mutter „als ‚Reflexrecht‘ aus der Rechtsstellung ihrer Kinder).

51) OLG Koblenz, MedR 2014, 168, 173.

52) Oder Abtretung etwaiger Schadensersatzansprüche an die Mutter zur gebündelten Geltendmachung.

53) *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 585, 587ff.

54) Hier befürwortend *Gassner*, GesR 2014, 558f. (aber nicht schrankenlos mit Verweis auf die von der Vorinstanz erörterten Rechtfertigungsgründe); für ein breites, das bereichsspezifische Spezifikum genetischer Daten transzendierendes, Anwendungsfeld eines (Individual-)„Rechts auf informationelle Abgeschiedenheit“ *Duttge*, DuD 2010, 34, 35ff., 38. Umfassend zu Abgrenzungs- und Eingrenzungsfragen, vgl. *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 587ff. Zum Ausgleich der grundrechtlichen Positionen im Kontext doppelten Empfehlung in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG s. *Wollschläger*, AöR 138 (2013), 161, 189ff.

55) Vgl. zur eingeschränkten abwehrrechtlichen Dimension eines solchen Recht, *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 594ff., 598.

56) Zur Unterscheidung vgl. *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 590f. m.w.N. Diese Unterscheidung wird auch aus der Prüfungsreihenfolge des BGH ersichtlich, vgl. Rdnrn. 7ff., 13f. des Urteils.

57) *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 597f.

58) *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 596, dortige Fn. 71.

schen der Beachtung eines „indizienhaft“ auftretenden Abwehrwillens und dem Institut der mutmaßlichen Einwilligung, geht es doch hier wie dort um den Respekt vor der individuellen Autonomie, indem individuelle Lebensumstände, geäußerte Wünsche, etc. berücksichtigt werden. In beiden Fällen entscheidet dies über die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs in die Rechte des Einzelnen.

Einen vom Abwehrwillen losgelösten generellen Schutz vor schlechten Nachrichten, die private Lebensführung beeinflussen, gibt es folglich nicht – auch weil er zu einer in der Praxis kaum handhabbaren Rechtsunsicherheit weit über das Feld prädiktiver Gendiagnostik hinaus führen würde. Würde der BGH gleichwohl ein generelles Recht auf informationelle Abgeschiedenheit anerkennen, so könnten einem Schadensersatzanspruch grundsätzlich nicht nur etwaige (von der Vorinstanz erörterte) Rechtfertigungsgründe für das „Aufdrängen“ einer bestimmten Information<sup>59</sup>, sondern auch die vorliegend im Rahmen der Gesundheitsverletzung angestellten Überlegungen zum Zurechnungszusammenhang entgegengehalten werden<sup>60</sup>.

## 2. Obiter dictum zum sachlichen Schutzbereich eines „Rechts auf Nichtwissen“

Damit käme vorliegend allenfalls eine Verletzung eigener Rechte der Kinder in Betracht, die diese freilich im eigenen Namen geltend machen müssten – was vorliegend nicht geschehen ist<sup>61</sup>. Ein Anspruch auf Schadensersatz (z. B. des Sohnes) bestünde aber nur dann, wenn er entweder eine eigene Gesundheitsverletzung mit echtem Krankheitswert (i. S. d. Judikatur zum Schockschaden<sup>62</sup>) erlitten hätte oder in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht („Recht auf Nichtwissen“) verletzt wäre.

Wenn sich der BGH auch – im Rahmen der Klage der Mutter – nur obiter zum Recht auf Nichtwissen der Kinder äußert, nutzt er das Urteil doch, um ein vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht umfasstes „Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung“, das den Einzelnen davor schützt[e], Kenntnis über ihn betreffende genetische Informationen mit Aussagekraft für seine persönliche Zukunft zu erlangen, ohne dies zu wollen“ anzuerkennen<sup>63</sup>. Der Leitsatz verspricht insofern allerdings mehr als das Urteil zu halten vermag.

Denn hinsichtlich der Reichweite eines Rechts auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung zeigt sich der BGH – jedenfalls für die Situation einer Verletzung durch ärztliche Informationsaufdrängung – überaus vorsichtig. Denn „eine freie Entscheidung, bestimmte Informationen nicht erhalten zu wollen, [setzt voraus], dass der Betroffene weiß, dass es Informationen gibt, die er zur Kenntnis nehmen könnte“<sup>64</sup>. Es sei zweifelhaft, ob eine Person in ihrem Recht auf Nichtwissen „bereits dadurch beeinträchtigt [wird], dass [ihr] der Hinweis gegeben [wird], sie sei möglicherweise Trägerin einer Erbkrankheit“<sup>65</sup>.

Plausibel erscheint diese Relativierung, weil völlig unklar ist, wie der Respekt vor dem Recht auf Nichtwissen in einer Gesprächssituation zu gewährleisten ist. Praktikable Handhabungen fehlen, die Vorinstanz hatte die Einschaltung eines neutralen Dritten (Kinderpsychologe, Jugendamt) ins Gespräch gebracht. Doch letztlich stünde jeder Dritte vor derselben Frage wie der Arzt: Wie ermittelt man, ob die Kenntnisnahme erwünscht ist, ohne dabei das Recht auf Nichtwissen (durch Aufdrängung der Möglichkeit zur Kenntnisnahme) zu verkürzen? Denn wie *Taupitz* schon lange vor dem vorliegenden Urteil formulierte: „Das Grundproblem des Rechts auf Nichtwissen besteht darin, daß eine autonome Entscheidung, bestimmte Informationen nicht erhalten zu wollen, Kenntnis von der Möglichkeit der Kenntnisnahme voraussetzt“<sup>66</sup>.

Das Recht auf Nichtwissen um jeden Preis zu respektieren, hieße zu schweigen. Damit genösse die informationelle Abgeschiedenheit einen absoluten Schutz, was allen-

falls bei minderjährigen genetisch Betroffenen unter dem Gesichtspunkt des Verlusts ihrer „genetischen Unschuld“ angemessen wäre<sup>67</sup>. Ohnedies wäre die Ermittlung von Rechtfertigungsgründen für Eingriffe in dieses Recht mit großen rechtlichen Unwägbarkeiten verbunden<sup>68</sup>; davon zeugen nicht zuletzt die Ausführungen der Vorinstanz zu etwaigen Rechtfertigungsgründen. Möglicherweise böte sich auch hier die Parallele zum Institut der mutmaßlichen Einwilligung<sup>69</sup> an, um den Konflikt zwischen (ggf. unerwünschtem) Verschweigen und aufgedrängter Information aufzulösen, wobei das Interesse am Nichtwissen mit zunehmendem Alter in dem Maße schwinden könnte, wie rechtliche Hindernisse (etwa § 14 Abs. 1, 2 GenDG) zur genetischen Klärung entfallen. Dies liefe dann auf einen zeitlich begrenzten absoluten Schutz der „genetischen Unschuld“ des Kindes hinaus.

Unklar bliebe freilich, wie nach Eintritt der Einwilligungsfähigkeit i. S. des § 14 GenDG mangels entsprechen-

59) *Gassner*, GesR 2014, 558, 559, dortige Fn. 16.

60) Auch mit Blick auf die erhebliche Einschränkung, die dies konsequenterweise auch für das vom BGH nunmehr anerkannte Recht auf Nichtwissen der eigenen genetischen Veranlagung bedeuten würde, erscheint eine uferlose Ausdehnung des Schutzbereichs konstruktiv unzumutbar.

61) Hätten die Kinder ihre Ansprüche an die Mutter abgetreten, hätte dies möglicherweise ein umfassendes Grundsatzurteil provoziert.

62) S. oben, Fnn. 3 und 31. Vgl. auch Fn. 55 zur Terminologie von *Taupitz*: Recht auf Nichtwissen als „Bestandteil oder Vorstufe“ körperbezogener Rechte.

63) Rdnr. 14 des Urteils.

64) Rdnr. 15 des Urteils. Ähnlich äußerte sich das BVerfG, das bei der Beurteilung heimlicher Vaterschaftstests erhebliche Zweifel äußerte, ob das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zugleich als *negative Kehrseite* ein Recht auf Unkenntnis vermitteln soll. Dabei musste es ebenso wenig wie der BGH (BGHZ 162, 1) in der Sache entscheiden, da jeweils die Frage offen bleiben konnte. Die geringere Schutzwürdigkeit des vermeintlichen Wissens über die Abstammung vom rechtlichen Vater begründete das BVerfG mit der fehlenden persönlich-familiären Komponente im Gegensatz zur Möglichkeit bei positiver Kenntnis der Abstammung, „sich zu konkreten Personen in Beziehung zu setzen und den persönlichen familiären Zusammenhang zu erfahren, an dem sich die eigene Identität ausrichten kann“ (BVerfGE 117, 202, 230, zit. nach juris, Rdnrn. 70 f.). Zur Übertragbarkeit der Argumentation s. unten, Fn. 67.

65) Rdnr. 15 des Urteils. Eine Konfliktlage (am Beispiel von Chorea Huntington) aber bejahend, wenn Angehörige sich testen lassen, wodurch Rückschlüsse auf (noch lebende) Vorfahren gezogen werden können, vgl. *Schäfer*, in: *Kettner* (Hrsg.), *Beratung als Zwang*, 1998, S. 187, 211; ebenso BT-Dr. 14/9020, S. 133.

66) *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 597.

67) Das Nichtwissen um die eigene genetische Disposition vermittelt erst die Voraussetzung für ein unbeschwertes Leben. Dabei verhält es sich anders als bei der Nichtkenntnis von der eigenen biologischen Abstammung (s. oben, Fn. 64). Zwar bricht auch dort lediglich ein für sicher geglaubtes „heiles Weltbild“ zusammen, doch verstärkt sich diese Wirkung, wenn dem Minderjährigen von Rechts wegen (mangels Einwilligungsfähigkeit, § 14 GenDG) bereits die Möglichkeit versperrt ist, sich selbst über seine genetische Disposition zeitnah Gewissheit zu verschaffen. Die Aufrechterhaltung der Illusion der eigenen „genetischen Unschuld“ erscheint zumindest bis zur endgültigen (rechtlichen) Klärungsmöglichkeit insoweit schützenswerter als etwa der Glaube an eine bestimmte biologische Abstammung.

68) *Gassner*, GesR 2014, 558, 559, sieht in den von der Vorinstanz erörterten Rechtfertigungsgründe die maßgeblichen Einschränkungen eines Grundrechts auf informationelle Abgeschiedenheit.

69) Zu den strukturellen Ähnlichkeiten s. oben, sub II.1. Freilich bestehen an einer Übertragbarkeit erhebliche Zweifel, zumal keine der üblichen Fallgruppen, überwiegendes oder mangelndes Interesse des Betroffenen (vgl. *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“, 2002, S. 214 ff. m. w. N.), sich als valide Grundlage für eine Lösung der Konfliktlage anbietet.

der Indizien ein mutmaßlicher Wille des Betroffenen zu ermitteln wäre, ohne der Bevormundung Vorschub zu leisten und dabei entweder die Kenntnis oder die Unkenntnis pauschal als „normal und vernünftig“ anzusehen. Fehlt ein expliziter (oder mutmaßlicher) Abwehrwille, so ist auch die generelle Vorenthaltung von (lebenswichtigen) Informationen ungeeignet, einer Ausübung des individuellen Selbstbestimmungsrechts zur optimalen Entfaltung zu verhelfen. *Taupitz* weist darauf hin, dass im Regelfall eine (nicht kontraindizierte) Kenntnisnahme eher dem in der Medizinethik und im Medizinrecht anerkannten Primat des Autonomieprinzips entspricht<sup>70</sup>. Jedenfalls erfordert ein verantwortungsvoller Umgang mit der Ambivalenz des Wissens eine Bewusstseinserschärfung<sup>71</sup> für die Konfliktlagen sowie „sorgfältiges Ausbalancieren der jeweiligen ‚moralischen Kosten‘ (‚wrongs‘ und ‚rights‘)“<sup>72</sup>; dazu gehört auch die Abschätzung von Handlungsoptionen, Nutzen und Schaden.

### III. Haftung für Verletzung eines Schutzgesetzes

Einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit dem Genodiagnostikgesetz als Schutzgesetz verneint der BGH unter Hinweis auf ein fehlendes Verbot der Weitergabe entsprechender Informationen bei wirksamer Einwilligung des Betroffenen (hier des Vaters). Ein solches Informationsverbot lässt sich auch nicht im Umkehrschluss aus der Doppelempfehlung des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG folgern<sup>73</sup>. Ohnehin wird man ein Informationsverbot aus § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG allenfalls gegenüber genetisch betroffenen Verwandten herleiten können, soweit von einer Bedeutung der Information für eine vermeidbare oder behandelbare Erkrankung<sup>74</sup> auszugehen ist. Daran fehlt es hier.

Bestünde gleichwohl ein solches Verbot, hätte es freilich auch schon im Rahmen des auch bei § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Zurechnungszusammenhangs Berücksichtigung finden müssen – denn dann hätte sich ein normspezifisches Risiko realisiert.

### IV. Ausblick – Haftung des genetisch betroffenen Vaters bei Informationsweitergabe?

Ursprünglich beabsichtigte der Vater, einzig die Kinder zu informieren; erst die Intervention des Arztes führte mit seinem „Einverständnis“ zu einer Information der Mutter<sup>75</sup>. Letzteres wirft zwei Fragen auf: Kommt eine Haftung des genetisch Betroffenen in Betracht, wenn er sich gegenüber Familienangehörigen äußert? Und wenn ja: Greifen die familienrechtlichen Haftungsprivilegien (§ 1664 BGB und § 1359 BGB)?

Konstruktiv ist eine Inanspruchnahme des Vaters unter dem Gesichtspunkt einer psychisch vermittelten Gesundheitsverletzung grundsätzlich möglich, sei es, dass er die Nachricht selbst übermittelt, sei es, dass er sich einer (ärztlichen) „Sprechhilfe“<sup>76</sup> bedient. Ob aber die Informationsweitergabe im Familienverband überhaupt als deliktisch relevantes Verhalten in Betracht kommt, bleibt offen, da das Urteil in Bezug auf diesbezügliche Verhaltenspflichten keine Aussage trifft. Die Entscheidung des Vaters für einen offenen Umgang mit seiner Erkrankung wird allerdings wohl kaum als Verletzung von (innerfamiliären) Rücksichtnahme- und Verhaltenspflichten zu bewerten sein<sup>77</sup>. Von Rechts wegen wird man dem Kranken (zur Aufrechterhaltung eines realitätsverschleiernenden Nichtwissens der Angehörigen) kein ewiges Schweigen aufzwingen können.

Ob dies ferner auch darauf gestützt werden könnte, dass der Gesetzgeber selbst in § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG wohl davon ausgeht, dass eine Haftung im Familienverband ausgeschlossen ist, erscheint nicht zwingend. Denn mit der Doppelempfehlung gemäß § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG hat er zwar den Informationskonflikt privatisiert, wodurch die Störung im Recht auf Nichtwissen durch die beratene Person (also durch eigene Verwandte) und gerade nicht durch den Arzt

erfolgt. Dies betrifft allerdings (nur) den Fall behandelbarer Erkrankungen. Somit kann auch nicht gefolgert werden, dass Private generell nicht haften sollen, wenn sie im Familienverband durch die Aufdrängung einer Empfehlung die informationelle Abgeschiedenheit ihrer Verwandten stören<sup>78</sup>. Für *Duttge* hat diese Form der Konfliktlösung etwas „Pharisäerhaftes“<sup>79</sup>, was die Norm letztlich für Auslegung in alle Richtungen öffnet.

Scheidet eine Haftung des genetisch Betroffenen im Familienverband aber aus, so dürften Dritte (Ärzte, Priester, Vertraute, etc.), die dem Betroffenen lediglich unterstützend zur Seite stehen, ein Interesse daran haben, ebenfalls in den Genuss dieser Privilegierung zu kommen und nicht strenger zu haften als der genetisch Betroffene selbst. In diese Richtung ging auch ersichtlich die Argumentation des Beklagten, er habe im Auftrag des Patienten (oder als seine „Sprechhilfe“) gehandelt und insoweit keine rechtswidrige Gesundheitsverletzung begangen<sup>80</sup>. Allerdings ist die individuelle Situation eines beliebigen Dritten kaum vergleichbar mit der Konfliktlage eines Verwandten, der die Weitergabe einer sensiblen Information im Familienverband beabsichtigt. Daher könnten auch unterschiedliche Verhaltensanforderungen gelten, etwa abhängig von den jeweiligen Fachkenntnissen der „Hilfsperson“ im Umgang mit sensiblen Daten<sup>81</sup>.

70) *Taupitz*, in: FS f. Wiese, 1998, S. 583, 596 f., unter Hinweis auf die grundsätzliche (und nur im Einzelfall unterbleibende) Mitteilung von Diagnosen auch bei lebensbedrohlichen Erkrankungen auch ohne Zustimmung.

71) Dem Arzt machte das OLG Koblenz seine fehlende Sensibilität zum Vorwurf, s. oben, Fn. 51.

72) *Schäfer*, in: *Kettner* (Hrsg.), *Beratung als Zwang*, 1998, S. 187, 214; ebenso die Interessenabwägung betonend *Gassner*, *GesR* 2014, 558.

73) *Katzenmeier/Voigt*, *JZ* 2014, 898, 901.

74) Dazu *Damm*, *MedR* 2014, 139, 144 f.

75) OLG Koblenz, *MedR* 2014, 168, 171.

76) Über § 831 Abs. 1 S. 1 BGB, soweit der Arzt als Verrichtungsgehilfe selbst eine zurechenbare unerlaubte Handlung begangen, was eher zweifelhaft erscheint, wenn man die zurückhaltende Positionierung des BGH zur Verletzung des Rechts auf Nichtwissen der Kinder berücksichtigt (Rdnr. 15 des Urteils).

77) Die Information unter Verwandten sei als familieninterne und deliktsrechtlich nicht sanktionierte Angelegenheit zu betrachten, s. *Katzenmeier/Voigt*, *JZ* 2014, 898, 902, dortige Fn. 12; staatliche Schutzpflichten – im Kontext des § 10 Abs. 3 S. 4 GenDG – zum Schutze vor der innerfamiliären Verbreitung von Informationen ablehnend *Wollschläger*, *AöR* 138 (2013), 161, 189 m. w. N. in dortiger Fn. 115; vgl. hierzu auch *Keil*, *Rechtsfragen der individualisierten Medizin*, 2015, Kap. 3 C II 4 d.

78) Anders *Duttge*, *DuD* 2010, 34, 36: Das „Instrumentalisieren der beratenen Person und Privatisieren des Informationskonflikts [können] nach allgemeinen Zurechnungsgrundsätzen nicht von der eigenen Verantwortung für die doch gleichwohl in Gang gesetzte Benachrichtigung der Angehörigen befreien“.

79) *Duttge*, *DuD* 2010, 34, 36: Die „auf solche Weise Informierten [werden] wie aus heiterem Himmel von dem Faktum überrascht [...], dass ‚etwas nicht stimme‘; sie werden sich deshalb der ‚Empfehlung‘ – wie insgeheim erhofft – meist nicht entziehen können.“

80) Den Begriff der „Sprechhilfe“ hatte die Eingangsinstanz verwendet (LG Bad Kreuznach, *Urt. v. 2. 11. 2012 – 3 O 306/11 –*); ablehnend als Rechtfertigungsgrund OLG Koblenz, *MedR* 2014, 168, 171; zweifelnd hinsichtlich der Berufung auf eine Beauftragung, letztlich aber (mangels erwiesener Beauftragung) offen gelassen von OLG Koblenz, *MedR* 2014, 168, 170; ablehnend *Damm*, *MedR* 2014, 139, 142: Die Entbindung von der Schweigepflicht (§ 11 Abs. 3 GenDG) eröffne keinen rechtlichen Weg zur Intervention in den Rechtsbereich Dritter.

81) Muss das (für psychologische Folgen sensible) medizinische Sprachrohr behutsamer informieren? Vorliegend war der Beklagte Oberarzt der Fachabteilung für Psychiatrie und Psychotherapie einer Klinik.

## V. Fazit

Das Urteil des BGH erscheint hinsichtlich des zu entscheidenden Einzelfalls sachgerecht und verschafft in (einigen) ähnlichen Konstellationen wichtige Rechtssicherheit. Durch die Betonung allgemeiner haftungsrechtlicher Kategorien und insbesondere des Zurechnungszusammenhangs hat die Entscheidung der anhaltenden Debatte um den Umgang mit aufgedrängten Informationen und dem Schutz der „genetischen Unschuld“ im Bereich der prädiktiven Gendiagnostik einen wichtigen Impuls verliehen. Der Verzicht auf eine Auseinandersetzung mit den konkreten Sorgfaltspflichten ärztlicher Nachrichtenübermittler – der (wie gezeigt) nicht zwingend war – führt insofern allerdings zu fortbestehender Rechtsunsicherheit: Muss nun etwa jedermann mit einer jederzeitigen, sanktionslosen Informationsaufdrängung rechnen oder droht dem Arzt doch ein Haftungsrisiko, wenn Art und Weise der Informationsweitergabe zu beanstanden sind (z. B. wegen Schonungslosigkeit)?

Das „Recht auf Nichtwissen“ (genetisch selbst Betroffener) hat der BGH erfreulicherweise nicht nur bestätigt, sondern auch vorsichtig konturiert. Auch hier bleiben indes viele Fragen offen, etwa wie diesem Recht im Familienverband konkret zur Wirksamkeit zu verhelfen ist. Das Interesse des Einzelnen an gesundheitserheblichen Informationen kann reflexartig mit dem Wunsch von dessen Verwandten kollidieren, vor genau solchen Informationen abgeschirmt zu bleiben. Soweit dieser Konflikt zwischen Autonomie und Wunsch nach Vertraulichkeit Minderjährige betrifft, privilegiert das Gesetz auch über die Hürden, die § 14 GenDG für die Untersuchung Einwilligungsunfähiger aufstellt, den Wunsch nach informationeller Abgeschlossenheit. Da vorliegend die Kinder als genetisch Betroffene nicht Prozesspartei waren, konnte sich der BGH zu dieser Kollisionslage nicht verbindlich äußern, wohl aber einen generell zurückhaltenden Standpunkt andeuten. Ungeklärt bleibt, wie dieser weiter zu nuancieren ist. Auch unter dem Gesichtspunkt familieninterner Rücksichtnahme wird man dem genetisch Betroffenen kein ewiges Schweigen auferlegen können, was dann die Frage aufwirft, wie hinzugezogene Hilfspersonen des genetisch Betroffenen insbesondere bei der familieninternen Weitergabe von Informationen rechtlich geschützt werden können.