

INHALT

INHALT.....	1
PRÄNATALDIAGNOSTIK IN DER ROUTINE DER GYNÄKOLOGISCHEN PRAXIS.....	2
Hintergründe und Fragestellungen zum Gutachten	2
Pränataldiagnostik in der Schwangervorsorge	5
RECHTSGUTACHTEN	6
Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau bei der Betreuung nach den Mutterschafts-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen	6
Univ.-Prof. Dr. Robert Francke, Daniela Regenbogen	6
Institut für Gesundheits- und Medizinrecht Universität Bremen	6
UMSETZUNG DES SELBSTBESTIMMUNGSRECHTES DER FRAU UND DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTES FÜR MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN	28
Rechtsgutachten der Universität Bremen zur Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und seine rechtspolitischen Folgerungen	28
Ulrike Riedel	28
KONSEQUENZEN AUS DEM RECHTSGUTACHTEN	44
ANHANG	46
Stellungnahme zu Aufklärung und Beratung im Zusammenhang mit vorgeburtlicher Diagnostik.....	47

PRÄNATALDIAGNOSTIK IN DER ROUTINE DER GYNÄKOLOGISCHEN PRAXIS

Hintergründe und Fragestellungen zum Gutachten

Fast jede schwangere Frau steht inzwischen vor der Frage, ob sie das in ihr heranwachsende Kind auf mögliche Behinderungen untersuchen lassen soll.

Pränataldiagnostik gehört zur Routine der Schwangerenvorsorge, deren Konsequenzen jedoch meist nicht deutlich werden.

Schwangere können sich dieser Selbstverständlichkeit nur schwer entziehen.

Pränatale Diagnostik verfolgt mit unterschiedlichen Methoden das Ziel, mögliche Erkrankungen und/oder Behinderungen beim Ungeborenen zu erkennen. Sie besteht aus Untersuchungen und Tests, die immer mehr feststellen, aber wenig heilen können. Behinderungen und/oder Krankheiten, nach denen Pränataldiagnostik vielfach sucht, können in der Regel in der Schwangerschaft nicht behandelt werden. Die Konsequenz ist dann oftmals ein Schwangerschaftsabbruch nach einem abweichenden Befund. In Bezug auf diesen Bereich von vorgeburtlichen Untersuchungen und Tests kann man von selektiver Diagnostik sprechen.

Pränataldiagnostik wird auf den ersten Blick häufig als eine zu begrüßende Technik auf hohem Niveau, die zum Wohle schwangerer Frauen und ihrer Kinder immer weiter verbessert wird, angesehen. Für das Netzwerk ist sie in großen Teilen eine Zumutung, die immer mehr Menschen in ihre Widersprüche verstrickt und grundsätzlich in Frage zu stellen ist: In ihrem Umgang mit schwangeren Frauen und in ihren selektiven Absichten und Konsequenzen.

Pränataldiagnostik als Teil der Schwangerenvorsorge durch GynäkologInnen

Die in der Bundesrepublik vorherrschende Form der Begleitung schwangerer Frauen ist die Schwangerenvorsorge in der gynäkologischen Praxis. Pränataldiagnostik ist hier selbstverständlicher Bestandteil geworden: Bildgebende Verfahren (Ultraschall), invasive Verfahren zur Gewinnung und Untersuchung von Zellen des Ungeborenen (Fruchtwasserpunktion/Chorionzottenbiopsie), Blutuntersuchungen der schwangeren Frau, mittels derer Wahrscheinlichkeiten für eine mögliche Behinderung des Ungeborenen errechnet werden (Triple-Test; 1. Trimester Test).

Nachdem 1974 das „Risikokonzep“ in die Schwangerenvorsorge eingeführt worden war, wurde 1978 das „genetische Altersrisiko“ in der Vorsorge übernommen, in dessen Folge Frauen ab 35 Jahren eine Fruchtwasseruntersuchung empfohlen wird. 1988 kam der Triple-Test trotz fehlender Überprüfung dazu, seit 1995 sind drei Ultraschalluntersuchungen u.a. auch zur Suche nach Behinderungen/Beeinträchtigungen vorgesehen. Immer mehr werden nicht-invasive Methoden zur möglichst frühen „Risikoeinschätzung“ entwickelt, die dann Eingang in die Schwangerenvorsorge finden wie z.B. die Suche nach der sog. Nackenfalten dicke.

Wenn Frauen die Vorsorge in der gynäkologischen Praxis für sich in Anspruch nehmen, kaufen sie keine Einzelleistungen, sondern ein „Vorsorgepaket“ ein. Die Mutterschafts-Richtlinien bilden die Grundlage für die Schwangerenvorsorge durch GynäkologInnen. Sie werden vom Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen festgelegt. Sie definieren ein Vorsorgepaket, das GynäkologInnen mit der vorgesehenen Pauschale nur dann abrechnen können, wenn sie alle dafür vorgesehenen Leistungen, unabhängig davon, ob die schwangere Frau dies wünscht, erbracht haben.

In diesem Schwangerenvorsorgesystem ist kein Raum für eine Aufklärung und informierte Zustimmung vor jeder einzelnen Maßnahme:

- das Abrechnungsverfahren favorisiert eine Pauschale mit z.B. drei Ultraschalluntersuchungen ¹statt informierter Einzelentscheidungen
- der zeitliche Rahmen der Anwendung sieht routinemäßige Abläufe vor; längere Beratungszeiten sowie z.B. Bedenkzeiten für die Frau sprengen diesen Rahmen
- das stufenweise System in der Suche nach Normabweichungen entwickelt ihrer inneren Logik folgend eine Automatik mit entsprechenden Überweisungen bei Auffälligkeiten („Vollendungsautomatismus“)

Die alltägliche Anwendung von Pränataldiagnostik ist den AnbieterInnen und den Nutzerinnen selbstverständlich geworden. Sie bedient die Verantwortung von MedizinerInnen, Frauen und ihren Partnern, alles für die Geburt eines „gesunden“ Kindes zu tun. Die Nachfrage in erster Linie angebotsgesteuert. ².

Die vorgeburtlichen Untersuchungen und Test werden

- immer früher (z.B. mit der Suche nach der sog. Nackenfaltdicke ca. in der 11. SSW, wenn Frauen gerade einmal schwanger sind)
- teilweise sehr spät in der Schwangerschaft (teilweise über die Zeit hinaus, in der das ungeborene Kind außerhalb des Mutterleibs überleben könnte)

zunehmend als „Serviceleistungen“ angeboten.

¹ vgl. Urteil des Landessozialgericht Baden Württemberg vom 24.1.2001/ LSKA 409/00; es gibt kein Anrecht auf pauschale Vergütung, wenn auf Wunsch der Frau keine Ultraschalluntersuchung vorgenommen werden.

² Nippert Irmgard (2000): Vorhandenes Bedürfnis oder induzierter Bedarf an genetischen Testangeboten? In: Schmidtke, J. (Hg) (2000): Guter Rat ist teuer. Was kostet die Humangenetik, was nutzt sie? München/Jena.

Pränataldiagnostik wurde in die Routine der Schwangerenvorsorge eingebunden, ohne die Folgen ausreichend zu berücksichtigen.

Die Verankerung in der Alltagsroutine der Schwangerenvorsorge bedeutet für schwangere Frauen, dass sie sich in der Zeit ihrer „guten Hoffnung“ mit Entscheidungen darüber auseinandersetzen sollen, ob sie ihre Schwangerschaft, die ja oftmals erwünscht oder nach einem inneren Klärungsprozess doch zumindest angenommen ist, noch einmal in Frage stellen wollen. Sie vermittelt als Selbstverständlichkeit, dass Frauen sich über das in ihr heranwachsende Ungeborene umfassend informieren müssen und entsprechend immer wieder Entscheidungen zu fällen haben, wo es vordem selbstverständlich nichts zu entscheiden gab, es sei denn, ob eine Frau sich auf die Schwangerschaft einlässt oder nicht.

Zum Rechtsgutachten

Angesichts der vielschichtigen Problemstellung hat das Netzwerk gegen Selektion durch Pränataldiagnostik zur Klärung folgender Fragen ein Gutachten in Auftrag gegeben:

- Aus den der ärztlichen Vorsorge zugrundeliegenden Mutterschafts-Richtlinien ergibt sich eine Routine von vorgesehenen Untersuchungen. Wie verhält sich dieses Schwangerenvorsorgepaket zum medizinrechtlichen Grundsatz der informierten Zustimmung vor jeder einzelnen pränataldiagnostischen Untersuchung?
- Aus vergütungsrechtlichen Gründen haben schwangere Frauen de facto keine Möglichkeit, ihre Einwilligung zum Ultraschall zu verweigern. Wie verhält sich ein solchermaßen festgelegter Abrechnungsmodus zum medizinischen Behandlungsrecht nach dem ein Behandlungsvertrag zwischen individuell vereinbart wird? Wie kann die schwangere Frau ihr Recht auf eine individuelle Behandlung geltend machen, ohne dass ihr daraus Nachteile erwachsen?
- Vielen Schwangeren ist nicht bewusst, dass die routinemäßig durchgeführten pränataldiagnostischen Untersuchungen nicht die Heilung aufgefunderer Abweichungen zum Ziel haben, sondern die Se-

lektion des Ungeborenen. Wie kann sichergestellt und rechtlich verbindlich gemacht werden, dass die schwangere Frau vor jeder Diagnostik entsprechend vorbereitet wird und auf der anderen Seite ihr Recht auf Nicht-Wissen gewahrt bleibt.

- Maßnahmen selektiver vorgeburtlicher Diagnostik sind mit der allgemeinen Schwangerenvorsorge eng verwoben. Wie verhält sich dies zum Artikel 3.3 Grundgesetz (Diskriminierungsverbot behinderter Menschen)?
- Die Mutterschafts-Richtlinien werden vom Bundesausschuss der Krankenkassen und der Bundesärztekammer festgelegt; in der Praxis sind mit Pränataldiagnostik auch noch andere Berufsgruppen befasst. Pränataldiagnostik hat für Frauen, Familien und Menschen mit Behinderungen Folgen. Entspricht die Festlegung durch eine einzelne Berufsgruppe den Grundlagen unserer demokratischen Ordnung?

Das Rechtsgutachten befasst sich mit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau insbesondere mit Blick auf die zur Abrechnung der Pauschale in den Mutterschafts-Richtlinien verbindlich vorgesehenen drei Ultraschalluntersuchungen. Es kommt zu folgenden Ergebnissen:

- Es gibt eine eindeutige Rechtslage zur Schwangerenvorsorge nach Mutterschafts-Richtlinien
- Die Festlegung eines Vorsorgepakets kann die jeweilige informierte Zustimmung nicht ersetzen.
- Eine Einwilligung der schwangeren Frau in vorgeburtliche Untersuchungen im Rahmen der Schwangerenvorsorge ist nur wirksam nach ausreichender Beratung und Aufklärung.
- Die Aufklärung und Beratung vor einer vorgeburtlichen Untersuchung muss wegen der Schwere der möglichen Konsequenzen (Schwangerschaftsabbruch) besonders hohen Anforderungen genügen. Dem Recht auf Nicht-Wissen ist dabei Rechnung zu tragen.
- Ein Frauenarzt/-ärztin kann nur aus schwerwiegenden Gründen der Unzumutbarkeit die Behandlung schwangerer

Frauen, die keinen Ultraschall wollen, ablehnen.

- Es gibt eine Diskrepanz zwischen eindeutiger Rechtslage und Alltagsrealität in der Schwangerenvorsorge.

Für das Netzwerk gegen Selektion ergibt sich daraus, dass die Praxis der Schwangerenvorsorge in der Gynäkologie nicht rechtskonform ist und geändert werden muss.

Das Rechtsgutachten hat die Frage nach der Diskriminierung von Menschen mit Behinderungen durch selektive Pränataldiagnostik, wie wir sie in der Praxis der Schwangerenvorsorge vorfinden, offen gelassen. Mit dieser Frage hat sich Ulrike Riedel in ihrem Vortrag befasst.

Das Netzwerk „Kritische Information und Beratung zu Pränataldiagnostik“ wurde 1994 in Frankfurt begründet, Selbstverständnis und Ziele in der sog. Frankfurter Erklärung beschrieben. 1997 wurde der Name in „Netzwerk gegen Selektion durch Pränataldiagnostik“ geändert, um gerade diesen Aspekt von Pränataldiagnostik, der oftmals ausgeblendet wird, in die Diskussion zu bringen.

Viele BeraterInnen, Hebammen, ÄrztInnen, MitarbeiterInnen aus der psychosozialen Arbeit wie aus der Behindertenselbsthilfe nutzen das Netzwerk, um ihre Erfahrungen aus dem Kontakt mit schwangeren Frauen und ihren PartnerInnen, aus der öffentlichen Diskussion auszutauschen, zu bündeln und weiterzuentwickeln.

Ziel des Netzwerkes ist es, eine öffentliche Gegenstimme zur rasanten Entwicklung der Medizintechniken zu sein. Die unterschiedlichen Gruppen, die sich im Netzwerk zusammenfinden, einigt die grundsätzlich kritische Haltung gegenüber Pränataldiagnostik mit ihren selektiven Absichten und Zielrichtungen und dem am Risiko orientierten Umgang mit Frauen, die schwanger sind, waren oder werden wollen. Das Netzwerk ist ein loser Zusammenschluss auf der Grundlage der Frankfurter Erklärung.

Pränataldiagnostik in der Schwangervorsorge

- 1950er Jahre Korrekte Bestimmung der Chromosomenzahl
- 1961 Contergan-Skandal: Geburt von Kindern mit Schädigungen nach Einnahme des Schlafmittels Thalidomid durch schwangere Frauen
Erste Humangenetik-Institute an deutschen Universitäten errichtet
- 1964 bis 1972 Bundesweites Projekt der Dt. Forschungsgemeinschaft (DFG): Schwangerschaftsverlauf und Kindesentwicklung: Systematische Untersuchung von 20.000 Frauen während ihrer Schwangerschaft und ihrer Kinder bis zum dritten Lebensjahr; Ergebnis: ca 4% Kinder haben angeborene Behinderungen/Beeinträchtigungen. Hinweise auf ein Altersrisiko der Frau. Folge: Empfehlung, Schwangere laufend zu überwachen (Abschlussbericht 1977)
- 1966 Novellierung des Mutterschutz-Gesetzes und Einführung der Mutterschaftsrichtlinien (MSR), seitdem ist Vorsorge Pflichtleistung der gesetzlichen Krankenkassen, zu der nur Ärzte und Hebammen berechtigt sind; Ziel: Senkung der Erkrankungs- und Sterbeziffern der Neugeborenen
- 1968 Erstmalige pränatale Diagnose einer Trisomie 21
- 1969 Erste Veröffentlichung zum Ultraschall
- 1970 Erste Fruchtwasseruntersuchung (Amniozentese=AZT) in der BRD (Ulm)
- 1971-1975 Modellprogramm "Humangenetische Beratung" in Marburg und Frankfurt/M., finanziert durch VW-Stiftung und BMJFG
- 1973-1978 DFG-Schwerpunktprogramm zur pränatalen Diagnostik genetisch bedingter Defekte: schuf die wissenschaftlichen Voraussetzungen zur routinemäßigen Anwendung der AZT und in Folge deren Einsatz in der Schwangerenvorsorge
- 1973-1978 7000 Fruchtwasserpunktionen, davon 3000 wegen Altersindikation
- 1974 Risikokonzept in die MRS: 52 definierte Risiken; ein definiertes Risiko berechtigt zu weiteren Untersuchungen der schwangeren Frau
- 1975 § 218-Reform: Indikationsregelung; Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation ist bis zur 24.SSW möglich
- 1978 Genetisches Altersrisiko wird in die MRS aufgenommen mit der Empfehlung, Frauen ab 39 zur Fruchtwasseruntersuchung zu raten
- 1979 Aufnahme des Ultraschall-Screening (2x) in die MRS
- 1980er Jahre Empfehlung in DFG-Studie, PND ab 35 durchzuführen
Fetoskopie, Nabelschnurpunktion, Chorionbiopsie entwickelt
Bis Mitte der 80iger Fruchtwasseruntersuchung zu 80% wegen Altersindikation, seitdem stetiger Anstieg der sog. Angst-Indikation und Folgeuntersuchungen nach Ultraschall; ein sog. spezifisches genetisches Risiko liegt nur bei wenigen Frauen vor
- 1984 Bundesforschungsministerium finanziert einen Forschungsverbund zur Entwicklung molekulargenetischer Analysen des menschlichen Genoms
- 1990 42 humangenetische Institute mit molekulargenetischem Angebot
- 1984 AFP (Alpha-Fetoprotein) im Blut oder Fruchtwasser
- 1988 Triple-Test
- 1995 Änderung der MRS: 3x Ultraschall bei schwangeren Frauen
fast 62.000 invasive PND und rd. 34.000 humangenetische Beratungen bundesweit durchgeführt
- 1995 Reform des § 218: Beratungsregelung, Wegfall der embryopathischen Indikation, keine Fristbegrenzung bei der med. Indikation
- 1996 Aufnahme des NT-Screening in den Mutterpass
- 1999 Kombination von NT-Screening und Bluttests
- 2000 Seit Jahren werden genetische Tests an fetalen Zellen aus dem mütterlichen Blut erforscht; Tendenz in der PND: hin zu Vorselektion durch nicht invasive Methoden, dadurch früherer Beginn, höhere Effektivität, höhere Akzeptanz, Verteilung der PND auf alle Altersstufen

(M. Heider; M. Kurmann; A. Waldschmidt)

RECHTSGUTACHTEN

Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau bei der Betreuung nach den Mutterschafts-Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen

Univ.-Prof. Dr. Robert Francke, Daniela Regenbogen

Institut für Gesundheits- und Medizinrecht Universität Bremen

Gliederung

Fragestellung	7
<i>I. Das zivilrechtliche Rechtsverhältnis von Arzt und Patientin bei der Schwangerenvorsorge</i>	7
1. Die Regelungen der Mutterschafts-Richtlinien	7
2. Der ärztliche Behandlungsvertrag	8
3. Die Pflicht zur sorgfaltsgerechten ärztlichen Behandlung	8
a) Sorgfaltspflicht und medizinischer Standard	
b) Qualitätssicherung durch professionelle Normung	
4. Angemessene Information und Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren	10
a) Die Rechte der Schwangeren	
b) Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung	
c) Ausreichende Aufklärung und Einwilligung als Voraussetzungen rechtmäßiger Behandlung	
d) Kein Ersatz der Einwilligung durch die Mutterschafts-Richtlinien	
5. Rechtsfolgen der fehlenden bzw. unwirksamen Einwilligung	12
a) Haftungsrecht	
b) Kündigung des Behandlungsverhältnisses	
<i>II. Die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsbeziehungen nach den Mutterschafts-Richtlinien</i>	14
1. Die vertragsarztrechtliche Bedeutung der Mutterschafts-Richtlinien	14
a) Rechtsnatur und Funktion der Mutterschafts-Richtlinien	
b) Rechte und Pflichten der Adressaten der Mutterschafts-Richtlinien	
aa) Vertragsärzte	
bb) Versicherte	
cc) Krankenkassen	
2. Vergütung von Leistungen nach den Mutterschafts-Richtlinien	15
a) Gesamtvergütung, Honorarverteilung, Einheitlicher Bewertungsmaßstab	
b) Die Regelung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes	
c) Die Entscheidung des LSG Baden-Württemberg v. 24. Januar 2001	
aa) Die Entscheidung des LSG und der Beschluss des BSG	
bb) Stellungnahme: Gebührenrechtlich zutreffende Entscheidung	
d) Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren	
3. Abbruch der Behandlung	17
a) Zivilrechtliche und vertragsarztrechtliche Behandlungspflichten	
b) In begründeten Fällen (§ 13 Abs. 6 BMV-Ä, § 13 Abs. 4 EKV-Ä)	
aa) Professionell-ethische Gründe	
bb) Medizinische Gründe	
cc) Wirtschaftliche Gründe	
<i>III. Normativitätsdefizite in der Praxis</i>	20
1. Praktische Erfahrungen	20
2. Klarstellender Hinweis durch die zuständigen Verwaltungsträger	21
<i>Ergebnisse der Untersuchung</i>	21
<i>Fußnoten</i>	22
<i>Literaturverzeichnis</i>	26

Fragestellung

Für Vertragsärzte, die Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung während ihrer Schwangerschaft versorgen, gelten die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft und nach der Entbindung (Mutterschafts-Richtlinien).¹ Sie wurden von dem Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen aufgrund von § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SGB V in Verbindung mit § 196 RVO² beziehungsweise § 23 KVLG³ beschlossen. Wie alle aufgrund von § 92 SGB V ergehenden Richtlinien konkretisieren die Mutterschafts-Richtlinien die allgemeinen leistungsrechtlichen Bestimmungen, die sich namentlich aus § 2 Abs. 1 Satz 3, § 12 Abs. 1, § 27 und - für Schwangerschaft und Mutterschaft - aus §§ 195 ff. RVO ergeben.

Die Mutterschafts-Richtlinien führen die einzelnen medizinischen Maßnahmen auf, welche mögliche Gefahren für das Leben und die Gesundheit der schwangeren Frau und des Kindes während der Schwangerschaft, der Geburt und der frühkindlichen Entwicklung vermeiden sollen. Sie umfassen einen Katalog von ärztlichen Maßnahmen und beschreiben damit den sozialrechtlichen Versorgungsauftrag des Vertragsarztes während der Behandlung der Schwangeren.

Mit den durch die Mutterschafts-Richtlinien vorgesehenen Behandlungen sind nicht alle Frauen in vollem Umfang einverstanden. Eine Gruppe von ihnen steht vor allem der durch die Mutterschafts-Richtlinien geregelten vorgeburtlichen Diagnostik, namentlich dem Ultraschall-Screening skeptisch oder ablehnend gegenüber. Von ihnen wird beklagt, dass die vorgeburtliche Ultraschall-diagnostik weitgehend automatisch und selbstverständlich in der Schwangerenvorsorge durchgeführt, dass dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren nicht immer ausreichend Rechnung getragen und dass auch durch die Regelungen der vertragsärztlichen Versorgung - namentlich durch solche des Vergütungsrechts - eine

angemessene Arzt-Schwangeren-Beziehung nicht unterstützt, gar behindert werde.

Zur Klärung dieser rechtlichen Fragen sind im Folgenden das Rechtsverhältnis der Schwangeren zum behandelnden Arzt unter Berücksichtigung der Mutterschafts-Richtlinien (I.), die vertragsarztrechtlichen Rechte und Pflichten, die durch die Mutterschafts-Richtlinien begründet werden und die vergütungsrechtlichen Regelungen des Vertragsarztrechts (II.), sowie die Frage nach Normativitätsdefiziten in der Praxis (III.) zu untersuchen.

I. Das zivilrechtliche Rechtsverhältnis von Arzt und Patientin bei der Schwangerenvorsorge

1. Die Regelungen der Mutterschafts-Richtlinien

Die vorgeburtliche Ultraschalldiagnostik stellt praktisch einen bedeutenden Bestandteil der ärztlichen Betreuung während der Schwangerschaft dar.⁴ Gemäß Nr. 5 der Mutterschafts-Richtlinien sollen im Verlauf einer normal verlaufenden Schwangerschaft jeweils eine Ultraschalluntersuchung pro Schwangerschaftsdrittel mittels B-Mode-Verfahren durchgeführt werden. Nach der Anlage 1a der Mutterschafts-Richtlinien werden durch die Ultraschalluntersuchung im ersten Schwangerschaftsdrittel die Lokalisierung des Embryos in der Gebärmutter, seine Biometrie und Herzaktion sowie das Vorliegen einer Mehrlingsschwangerschaft untersucht. Die Ultraschalluntersuchungen im zweiten und dritten Schwangerschaftsdrittel dienen insbesondere der Untersuchung einer zeitgerechten Entwicklung des Kindes. Bei Auffälligkeiten, die im Rahmen dieser allgemeinen Ultraschalluntersuchungen diagnostiziert werden, können nach den Mutterschafts-Richtlinien weiterführende Ultraschalluntersuchungen indiziert sein. Die Indikationen zur weiterführenden Ultraschalluntersuchung im Rahmen des üblichen Ultraschall-Screenings werden in der Anlage 1 b, darüber hinausgehende Ultraschalluntersuchungen bei Risikoschwanger-

schaften werden in den Anlagen 1c und 1d der Mutterschafts-Richtlinien aufgeführt.

2. Der ärztliche Behandlungsvertrag

Der ärztliche Behandlungsvertrag kommt durch vertragliche Einigung der Vertragsparteien gem. §§ 145 ff. BGB zustande. Auch das Rechtsverhältnis zwischen Vertragsarzt und einer in der GKV versicherten Patientin ist nach herrschender Meinung vertraglicher und privatrechtlicher Natur.⁵ Da eine Garantie für Gesundheit oder Heilung auch unter den Bedingungen einer hochspezialisierten Medizin nicht zugesichert werden kann, ist die ärztliche Behandlung typischerweise nicht auf die Herbeiführung eines Erfolges im Rahmen eines Werkvertrages gem. §§ 631 ff. BGB gerichtet, sondern vielmehr auf die Erbringung von Diensten höherer Art in der Form eines Dienstvertrages gem. §§ 611 ff. BGB ausgerichtet.⁶

Diese allgemeinen Grundsätze des Arztvertrages gelten auch für die pränatale Betreuung einer Schwangeren durch einen Arzt. Die Leistungsbestimmung über den Inhalt des Vertrages erfolgt - um es noch einmal zu betonen - durch Einigung zwischen der Schwangeren und dem Arzt. Typischerweise beinhaltet die Betreuung einer Schwangeren als ärztliche Behandlung sowohl diagnostische, als auch therapeutische, präventive, nachsorgende und beratende Elemente.⁷ Ist die Schwangere bereits durch ein auf Dauer angelegtes Behandlungsverhältnis schuldrechtlich mit dem niedergelassenen Arzt verbunden, so ändert sich durch den Eintritt der Schwangerschaft die inhaltliche Ausrichtung der vom Arzt geschuldeten Behandlung. Neben dem ärztlichen Behandlungsvertrag kann insbesondere zur Entbindung des Kindes der Abschluss eines Krankenhausvertrages erforderlich werden, mit der Folge, dass sich die Leistungsschuldner entsprechend der jeweiligen Vertragsgestaltung ändern.

Die durch eine ärztliche Behandlung tangierten Rechte und Rechtsgüter von Patien-

ten werden einerseits durch präventiv schätzende Verhaltensgebote an den Arzt und andererseits durch repressive Sanktionen bei verschuldetem Pflichtverstoß im Schadensfall abgesichert. Dabei werden die ärztlichen Verhaltenspflichten typischerweise unterteilt in die Pflicht zur sorgfaltsgerechten ärztlichen Behandlung und die Pflicht zur angemessenen ärztlichen Aufklärung, als elementare Wirksamkeitsbedingung für die informierte Einwilligung (*informed consent*) der Patienten in eine ärztliche Behandlung.

Ein wichtiges Ziel des patientenorientierten, modernen Medizinrechts besteht darin, die strukturelle Asymmetrie zwischen dem Arzt als medizinischem Experten und den Patienten als medizinische Laien durch die Formulierung und Sicherstellung von Patientenrechten auszugleichen.⁸

Daraus ergeben sich folgende Konkretisierungen der zivilrechtlichen ärztlichen Pflichten.

3. Die Pflicht zur sorgfaltsgerechten ärztlichen Behandlung

a) Sorgfaltspflicht und medizinischer Standard

Der Arzt hat die Pflicht zur sorgfaltsgerechten medizinischen Behandlung der Patientin durch eine gute Behandlungsqualität und -sicherheit.⁹ In medizinethischer Hinsicht zielt diese ärztliche Pflicht insbesondere darauf ab, dem Nichtschadensprinzip und dem Prinzip der Fürsorge gerecht zu werden.¹⁰ Die Pflicht zur Vermeidung von Schäden aufgrund schlechter oder unsicherer Versorgungsqualität wird durch eine sachgerechte Organisation und Information über Versorgungsqualität und Versorgungssicherheit während der Behandlung flankiert.¹¹ In der Pränatalmedizin werden sowohl die Schwangere als auch das werdende Kind von diesem Schutzzweck erfasst.¹² Die ärztliche "Therapiefreiheit"¹³ wird durch die Verpflichtung zur sorgfaltsgerechten

Behandlung folglich begrenzt und inhaltlich strukturiert.

Für Behandlungsfehler, die ein Arzt nach §§ 276 ff. BGB zu vertreten hat, haftet er gegenüber dem Patienten auf Schadensersatz. Das Maß der erforderlichen Sorgfalt bei der ärztlichen Behandlung richtet sich nach dem objektiven Maßstab der Kenntnisse und akzeptierten Sorgfaltsanforderungen an gewissenhafte Angehörige des in Betracht kommenden Verkehrskreises.¹⁴ Da von juristischer Seite die im Einzelfall erforderliche ärztliche Sorgfalt nur unter Zuhilfenahme medizinischen Sachverständigen präzisiert werden kann, richtet sie sich grundsätzlich¹⁵ nach dem medizinischen Standard zum Zeitpunkt der ärztlichen Behandlung.¹⁶

"Standardgemäß ist ein ärztliches Handeln, das nach medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnis und/oder ärztlicher Erfahrung innerhalb der Profession akzeptiert ist."¹⁷ Der medizinische Standard einer ärztlichen Behandlung bemisst sich somit nicht nach der statistischen Häufigkeit einer Anwendung. Typischerweise entwickelt er sich dreiphasig: Der wissenschaftlichen Erkenntnis über den Nutzen einer bestimmten ärztlichen Maßnahme folgt die praktische Erfahrung mit dieser durch die Umsetzung der Erkenntnis in der klinischen Praxis. Aus dieser resultiert letztlich die Akzeptanz einer bestimmten ärztlichen Vorgehensweise in der Profession. Der Nutzen medizinischer Maßnahmen wird dabei zunehmend durch wissenschaftliche Evaluierungsmethoden - allen voran die Bewegung der *Evidence Based Medicine* - bewertet.¹⁸ Der Standardbegriff ist inzwischen zum Kernelement der Qualitätssicherungsdiskussion in der Medizin geworden.

b) Qualitätssicherung durch professionelle Normung

Eine schriftlich fixierte Annäherung an den gegenwärtigen medizinischen Standard ärztlicher Behandlung wird durch die Generierung von professionellen ärztlichen Normen, wie Richtlinien, Leitlinien und Empfeh-

lungen angestrebt. Richtlinien beinhalten Regelungen des medizinischen Handelns oder Unterlassens in typisierten Behandlungssituationen, die von einer rechtlich legitimierten Institution in einem geordneten Verfahren verabschiedet werden. Für den Rechtsraum dieser Institution sind sie verbindlich und ihre Nichtbeachtung zieht regelmäßig definierte Sanktionen nach sich.¹⁹ Im Gegensatz zu anderen ärztlichen Normen räumen Richtlinien dem behandelnden Arzt typischerweise einen geringen Handlungsspielraum ein.²⁰ Vor dem Hintergrund der zunehmend komplexer werdenden medizinischen Versorgung stellen ärztliche Normen ein Qualitätssicherungsinstrument für ärztliche Behandlungen von wachsender Bedeutung dar.

Ärztliche Normen sind medizinisch verbindlich, wenn sie den gegenwärtigen medizinischen Standard tatsächlich abbilden und die Qualitätssicherung der Normgenerierung sichergestellt ist.²¹ Um auch rechtliche Verbindlichkeit zu entfalten, bedürfen professionelle Normen der rechtlichen Rezeption.²² Bezeichnen sie die qualitativ gute ärztliche Behandlung "nach dem Erkenntnisstand der medizinischen Wissenschaft zur Zeit der Behandlung"²³, so können sie den unbestimmten Rechtsbegriff der erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) im zivilen Haftungsrecht präzisieren.²⁴ In diesem Falle wirken sie auf arzthaftungsrechtliche Entscheidungen ein. Die Mutterschafts-Richtlinien ergeben nach den materiell-rechtlichen Vorgaben des SGB V. Das sind insbesondere die Standardbestimmung durch § 2 Abs. 1 Satz 3 und das Wirtschaftlichkeitsgebot nach § 12 Abs. 1 SGB V, sowie weitere Regelungen namentlich des Leistungserbringungsrechts. Diese Regelungen können mit dem zivilrechtlichen Standard übereinstimmen, sie korrespondieren jedoch *nicht per definitionem*. Die Frage der Übereinstimmung von Richtlinien und zivilrechtlichem Standard der Schwangerenvorsorge kann hier offen bleiben, denn die Frage, ob die Mutterschafts-Richtlinien hinsichtlich der Ultraschalluntersuchung ausreichend oder ungenügend sind, ist in diesem Zusammenhang nicht Gegenstand kontroverser Beurteilung.

4. Angemessene Information und Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren

a) Die Rechte der Schwangeren

Die informierte Einwilligung (*informed consent*) der Patientin bildet im Verbund mit der medizinischen Indikation die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, welche die Durchführung einer ärztlichen Behandlungsmaßnahme erst legitimiert.²⁵ Den rechtlichen Grund für das Erfordernis der informierten Einwilligung bildet das Selbstbestimmungsrecht der Patienten als Instrument zur Wahrnehmung ihrer Autonomie. Es findet seine "normative Wurzel in den grundlegenden Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde und der Freiheit des Menschen und seines Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten, Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 und 2, Satz 1 GG",²⁶ und bildet grundrechtlich somit das komplementäre Element zur ärztlichen Berufsfreiheit im Rahmen einer ärztlichen Behandlung. Das Selbstbestimmungsrecht von Patienten gestaltet sich als vielschichtige Rechtsposition, indem es sich auf den Körper-, Gesundheits- und den Persönlichkeitsschutz bezieht. Der grundrechtlich abstrakt angelegte Schutz wird auf der einfachrechtlichen Ebene konkretisierend umgesetzt, mit dem Ziel, einen effektiven Schutz der Patienten zu bewirken.²⁷

Während eine ärztliche Behandlung typischerweise mit einem invasiven Eingriff in die körperliche Substanz des Patienten verbunden ist und somit der physische Integritätsschutz im Vordergrund steht, stellt die bildgebende Ultraschall Diagnostik im *medizinischen* Sinne regelmäßig eine nicht-invasive Untersuchung der Schwangeren dar.²⁸ In *rechtlicher* Hinsicht wird das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren über ihre physische Integrität jedoch bereits durch die ärztliche Durchführung einer Ultraschall Diagnostik berührt, weil dieses auch der auf den Substanzschutz bezogenen Willenssphäre der Schwangeren Rechnung trägt.²⁹ Schon aus diesem Grund bedarf die Durchführung einer pränatalen Ultraschall-

untersuchung der informierten Zustimmung der Schwangeren.

Darüber hinaus wird durch die Zweckrichtung der pränatalen Ultraschalluntersuchung das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schwangeren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) berührt. Das Ergebnis einer pränatalen Ultraschall Diagnostik kann im Falle eines pathologischen Befundes die Eltern psychisch belasten und zu weiteren medizinischen Entscheidungen oder zu der auch medizinethisch komplikationsträchtigen Entscheidung über die Fortführung der Schwangerschaft zwingen.³⁰ Diese Konsequenzen pränataldiagnostischer Untersuchungen signalisieren die kontextspezifische Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Schwangeren, dessen Aufgabe es ist, "im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen zu gewährleisten".³¹ Mütterliche Sorge um die Gesundheit des Ungeborenen kann sich im Hinblick auf den erwünschten Umfang der vorgeburtlichen Untersuchungen individuell ganz unterschiedlich ausprägen: Während einige Frauen aus persönlichen Gründen die Durchführung pränataler Ultraschall Diagnostik ablehnen mögen, möchten andere jede mögliche Untersuchung auch tatsächlich in Anspruch nehmen.³² Im Grundsatz umfasst das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren aufgrund ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowohl das "Recht auf Wissen" um pränatale Diagnosen als auch das "Recht auf Nichtwissen" dieser. Aus rechtlicher Sicht kann dabei zwischen dem Diagnoseergebnis als informationellem Bezugspunkt und dessen weitreichender Wirkung auf die Persönlichkeit als Schutzgegenstand differenziert werden.³³ Das persönliche Selbstbestimmungsinteresse der Schwangeren und der Lebensschutz des werdenden Kindes bestimmen dabei nicht nur die inhaltliche Wertung, sondern auch das erhebliche Konfliktpotenzial dieser Rechtspositionen für den Kontext der Pränatalmedizin.

b) **Selbstbestimmungsaufklärung und Einwilligung**

Die Art der ärztlichen Maßnahme bestimmt folglich über die Richtung des Eingriffs in die Rechte der Schwangeren und umreißt dadurch Umfang und Ausrichtung des präventiven Selbstbestimmungsschutzes durch ärztliche Aufklärung und Beratung.

Als Adressatin der Aufklärung³⁴ bedarf die schwangere Frau der angemessenen Information über die vorgeburtliche Ultraschalldiagnostik, um wirksam über die Durchführung dieser entscheiden zu können. Die entscheidungsbezogene Selbstbestimmungsaufklärung wird regelmäßig untergliedert in die Risiko- und die Verlaufsaufklärung.

Im Rahmen der Risikoaufklärung werden Informationen über die mit der geplanten Maßnahme verbundenen wesentypischen oder spezifischen Risiken erteilt. Die informierte Einwilligung bezieht sich auf die sorgfältig durchgeführte Behandlung, in dessen Rahmen dem Arzt vermeidbare Fehler nicht ohne Sanktion unterlaufen dürfen. Nicht beherrschbare Risiken einer ärztlichen Behandlung sind dagegen Gegenstand der ärztlichen Aufklärungspflicht.³⁵ Das bedeutet einerseits, dass über das allgemeine Risiko einer ärztlichen Behandlung nicht aufgeklärt werden muss,³⁶ andererseits aber über schwerwiegende Risiken auch dann aufzuklären ist, wenn sie nur extrem selten auftreten, gleichwohl aber der betreffenden pränatalmedizinischen Maßnahme spezifisch anhaften.³⁷ Die Wirkungen von Ultraschallwellen auf den Fetus beruhen im Wesentlichen auf einer möglichen Kavitation³⁸ und thermischer Belastung durch Wärmeentwicklung.³⁹ Eine Schädigung von Feten durch Ultraschallwellen konnte bislang aber nicht belegt werden. Vielmehr wird regelmäßig auf den erheblichen Nutzen der pränatalen Ultraschalldiagnostik im Vergleich zu dem geringen Risiko verwiesen, wenn diese kompetent durchgeführt wird.⁴⁰

Im Rahmen der Verlaufsaufklärung werden Informationen über Art, Umfang und Durchführung der Behandlung, sowie den weiteren Verlauf mit und ohne die betreffende Behandlungsmaßnahme erteilt.

Der Schutzzweck der Aufklärungsverpflichtung bezieht sich im Grundsatz auf das gesundheitsrelevante Potenzial einer ärztlichen Maßnahme. In engen Grenzen trifft den Arzt darüber hinaus die Pflicht, durch "wirtschaftliche" Aufklärung auch die Vermögensinteressen des Patienten zu schützen.⁴¹ Dagegen steht die Frage nach der Vergütung des Arztes für die Durchführung bestimmter Untersuchungsmaßnahmen außerhalb dieses Schutzzwecks der Selbstbestimmungsaufklärung. Die Vergütung des Arztes für Ultraschalldiagnostik ist folglich nicht Gegenstand ärztlicher Aufklärung.

Für den Kontext der kurativen Medizin wird formuliert, dass Patienten die informierte Entscheidung über das "Tauschrisiko zwischen Erkrankung und Behandlung"⁴² zu treffen haben. In der diagnostischen Pränatalmedizin steht die Schwangere dagegen vor dem Tauschrisiko zwischen der mütterlichen Sorge um das werdende Kind vor einer pränatalen Diagnostik und der, durch eine diagnostische Maßnahme möglicherweise vermittelten, Gewissheit über einen pathologischen Zustand des Kindes mit der daraus resultierenden Frage nach dem Umgang mit diesem Wissen.

Der gebotene Umfang der Aufklärung wird durch die Vorinformiertheit und die Fähigkeit des Patienten, Zusammenhänge zu erkennen, bestimmt.⁴³ Dies gilt auch für Schwangere bei pränataldiagnostischen Maßnahmen. Auf Aufklärung kann der Patient ausdrücklich oder konkludent verzichten.⁴⁴ Auch das gilt für Schwangere in der Pränataldiagnostik.

Im Allgemeinen lässt sich verlangen, dass über alle nicht vermeidbaren spezifischen Risiken einer pränatalmedizinischen Maßnahme sowie über den Verlauf der Schwangerschaft mit und ohne Durchführung der vorgesehenen pränatalen Behandlungs-

maßnahme aufzuklären ist. Dabei ist der Umfang der Aufklärungspflicht in der pränatalen Medizin relativ weit gesteckt, weil das Wissen um pränatale Diagnosen psychisch belastend sein kann und zu komplikationsträchtigen Folgeentscheidungen - insbesondere über einen Schwangerschaftsabbruch - zwingen kann. In der pränatalen Medizin ist daher in verstärktem Maße das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schwangeren angesprochen, wenn man die möglichen Konsequenzen einer pränatalen Untersuchung betrachtet. Den persönlichkeitsrechtlichen Ausprägungen des Rechts auf Wissen einerseits sowie dem komplementären Recht auf Nichtwissen andererseits ist in der pränatalmedizinischen Aufklärung und Beratung der Schwangeren dabei gleichzeitig Rechnung zu tragen.

c) Ausreichende Aufklärung und Einwilligung als Voraussetzungen rechtmäßiger Behandlung

Die defizitäre Versorgung mit einer angemessenen Aufklärung und Beratung in der klinischen Pränatalmedizin insbesondere zur Sicherstellung der informierten Einwilligung der Betroffenen wird schon länger beklagt.⁴⁵ Diese Empirie ändert indes nichts an den arzt haftungsrechtlichen Vorgaben: *Auch wenn die Durchführung einer pränatalen Ultraschalluntersuchung dem medizinischen Standard entspricht und im Einzelfall indiziert ist, bedarf jede Maßnahme der pränatalen ärztlichen Diagnostik der wirksamen Einwilligung der Schwangeren.*⁴⁶ Diese liegt nur vor, wenn sie nach angemessener Aufklärung durch den Arzt von der Schwangeren erklärt wurde.

d) Kein Ersatz der Einwilligung durch die Mutterschafts-Richtlinien

Die sozialrechtlichen Regelungen der Mutterschafts-Richtlinien oder des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) ersetzen die informierte Einwilligung der Schwangeren in eine Ultraschalldiagnostik nicht. Die Einwilligung in die Behandlung stellt eine persön-

liche rechtserhebliche Erklärung dar. Diese gibt im Regelfall die Schwangere ab. Nur in extremen Ausnahmefällen ist die Erklärung durch Dritte rechtlich zulässig.⁴⁷ Auch ist die Schwangere aufgrund der sozialrechtlichen Bestimmungen über die Mutterschaftsvorsorge rechtlich nicht verpflichtet, in die durch die Mutterschafts-Richtlinien bestimmten Behandlungen einzuwilligen. Die Mutterschafts-Richtlinien konkretisieren den sozialrechtlichen Leistungsanspruch der Versicherten, die Behandlungspflicht des Vertragsarztes und die Leistungspflicht der Krankenkasse. Die Mutterschafts-Richtlinien begründen für die Schwangere keine über den Leistungsanspruch nach dem SGB V hinausgehenden Rechte oder Pflichten. Auch über die in § 1 Satz 2 SGB V begründete Pflicht zur Eigenverantwortung⁴⁸ wird eine irgendwie geartete Mitwirkungs- oder Duldungspflicht der Versicherten in bezug auf Maßnahmen des pränatalen Ultraschallscreenings nicht begründet.

5. Rechtsfolgen der fehlenden bzw. unwirksamen Einwilligung

a) Haftungsrecht

Die Durchführung einer ärztlichen Maßnahme ohne *informed consent* des Patienten stellt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) eine tatbestandsmäßige Körperverletzung des Patienten dar (sogenannte "Körperverletzungsdoktrin"), auch wenn der Eingriff indiziert war und de lege artis durchgeführt wurde.⁴⁹ Obwohl sich diese Konzeption als ausgesprochen "patientenfreundlich" bei der Durchsetzung von Arzthaftungsansprüchen insbesondere hinsichtlich der Beweislastverteilung erwiesen hat, lehnt die herrschende Lehre die haftungsrechtliche Kopplung zwischen Einwilligung und Körperverletzung im Zivilrecht ab. Den dogmatischen Kern der Kritik bilden die Konsequenzen der Körperverletzungsdoktrin, die haftungsrechtlichen Voraussetzungen und Folgen im Deliktsrecht betreffend.⁵⁰ Nach der herrschenden Lehre wird das Selbstbestimmungsrecht der Patienten über das

allgemeine Persönlichkeitsrecht als "sonstiges Recht" im Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB geschätzt. Gerade bei fehlender Verletzung der körperlichen Substanz durch eine eigenmächtige ärztliche Behandlungsmaßnahme - wie bei der Ultraschalldiagnostik - erscheint es schwierig, die Konsequenz der Missachtung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten in einer Körperverletzung zu erblicken.⁵¹

Die praktische Relevanz der unterschiedlichen tatbestandlichen Fassung im Hinblick auf den zu ersetzenden Schaden ist bislang gering, schon weil von der inhaltlichen Wertung her Einigkeit darin besteht, dass die Entscheidungsfreiheit der Patienten und ihre Unterstützung während der Dauer einer ärztlichen Behandlung durch die partnerschaftliche Kommunikation mit dem Arzt gesichert werden muss.⁵² Auch die Rechtsprechung sieht sich inhaltlich angeleitet von dem personalen Anspruch des Patienten,⁵³ nicht Objekt sondern Subjekt einer Behandlung zu sein.⁵⁴ Die eigenmächtige Durchführung einer Ultraschalluntersuchung ist also rechtswidrig und macht den Arzt schadensersatzpflichtig. Ihm bleibt allerdings die Möglichkeit, die Verweigerung der Patientin zum Ultraschall zu dokumentieren, um sich vor haftungsrechtlichen Konsequenzen insoweit zu schützen.

Für die Verletzung von Vertragspflichten, die der Arzt nach §§ 276 ff. BGB zu vertreten hat, haftet er gegenüber Patienten auf Schadensersatz (pFV, §§ 249 ff. BGB). In Konkurrenz dazu können sich Haftungsansprüche der Patienten für Behandlungs- oder Aufklärungsfehler aus dem zivilrechtlichen Deliktsrecht unter den Voraussetzungen der §§ 823 ff. BGB ergeben.⁵⁵ Der Inhalt der dem Arzt nach Vertragsrecht und Deliktsrecht obliegenden Pflichten ist zwar identisch,⁵⁶ eine Entschädigung in Form von Schmerzensgeld kommt aber nur aus deliktischen Haftungsansprüchen gem. § 847 BGB in Betracht.

b) Kündigung des Behandlungsverhältnisses

Fraglich ist, ob der Arzt die Fortsetzung des Behandlungsverhältnisses mit der Schwangeren ablehnen kann, wenn diese die Einwilligung zur vorgeburtlichen Ultraschalldiagnostik verweigert. Grundsätzlich kann der Arztvertrag auch ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes von beiden Seiten fristlos gekündigt werden, da es sich bei der schuldrechtlichen Verbindung zwischen Patient und Arzt um ein Vertrauensverhältnis handelt, in welchem Dienste höherer Art gem. § 627 Abs. 1 BGB erbracht werden.⁵⁷

Allerdings ist dem medizinischen Schutzbedürfnis der Schwangeren gerecht zu werden. Der Arzt hat die Behandlung daher gem. § 627 Abs. 2 Satz 1 BGB fortzusetzen, bis diese sich die ärztliche Betreuung durch einen anderen Arzt beschaffen kann, es sei denn, dass ein wichtiger Kündigungsgrund vorliegt, welcher den Arzt zu einer Kündigung zur Unzeit berechtigt.⁵⁸ Kündigt der Arzt ohne wichtigen Grund zur Unzeit, beispielsweise in einem akuten Notfall⁵⁹, ist er der Schwangeren nach § 627 Abs. 2 BGB gegebenenfalls für den daraus entstehenden Schaden ersatzpflichtig. Folglich rechtfertigt die Weigerung der Schwangeren, Ultraschalluntersuchungen durchzuführen zu lassen, es *zivilrechtlich* grundsätzlich, das Behandlungsverhältnis seitens des Arztes zu kündigen, wenn die Schwangere durch einen anderen Arzt ärztliche Weiterbehandlung erlangen kann. Ob dies auch öffentlich-rechtlich, das heißt nach dem Landesheilberufsrecht (Berufsordnung für Ärzte) und nach dem besonderen Berufsrecht des SGB V gilt, ist damit noch nicht beantwortet.⁶⁰

II. Die sozialversicherungsrechtlichen Rechtsbeziehungen nach den Mutterschafts-Richtlinien

1. Die vertragsarztrechtliche Bedeutung der Mutterschafts-Richtlinien

a) Rechtsnatur und Funktion der Mutterschafts-Richtlinien

Richtlinien nach § 92 SGB V stellen ihrer Rechtsnatur nach Rechtsnormen mit Außenwirkung dar, also "Gesetze", die unterhalb der Ebene des Parlamentsgesetzes stehen. Folglich regeln sie die Rechtsstellung der Adressaten in rechtlich verbindlicher Weise. Sie haben nach dem Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts (BSG) die Funktion, den nur im allgemeinen Rahmen bestimmten gesetzlichen Leistungsanspruch der Versicherten in genereller und abstrakter Weise zu konkretisieren.⁶¹ Richtlinien bestimmen den Umfang der Versorgung. Leistungen, die danach nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, können Versicherte nicht beanspruchen, dürfen die Leistungserbringer nicht bewirken und die Krankenkassen nicht bewilligen.⁶²

b) Rechte und Pflichten der Adressaten der Mutterschafts-Richtlinien

Adressaten der Mutterschafts-Richtlinien sind die Vertragsärzte, die Versicherten und die Krankenkassen.

aa) Vertragsärzte

Für die Vertragsärzte wird durch die Mutterschafts-Richtlinien der Rahmen bestimmt, in dem sie ihre vertragsärztlichen Leistungen erbringen dürfen. Sie sind nicht berechtigt darüber als *Vertragsärzte* hinauszugehen. Sie dürfen - mit anderen Worten - zusätzliche Leistungen, etwa Ultraschalluntersuchungen, nur unter den in der Regelung selbst genannten besonderen rechtlichen Voraussetzungen⁶³ erbringen.

Fraglich mag es sein, ob die Vertragsärzte nach den Regelungen des SGB V rechtlich verpflichtet sind, die in den Mutterschafts-Richtlinien beschriebenen Leistungen zu erbringen. Selbstverständlich ist es, dass die Behandlungen nur erfolgen dürfen, wenn die allgemeinen berufsrechtlichen⁶⁴ und sozialrechtlichen⁶⁵ (Be)Handlungsvoraussetzungen vorliegen. Die Antwort auf die Frage nach einer Behandlungspflicht erschließt sich aus der rechtlichen Funktion, die § 92 SGB V den Richtlinien zumisst. Sie haben die Funktion, die "Gewähr für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung" zu geben. Richtlinien bestimmen das Maß der Versorgung, das angeboten werden muss. Über das angebotene Maß hinausgehende Ansprüche haben die Versicherten nicht. Für die Versicherten bedeutet dies, dass sie einen entsprechenden Naturalleistungsanspruch (§ 2 Abs. 2 SGB V) gegen die Krankenkassen haben, den diese durch die zugelassenen Leistungserbringer, Vertragsärzte, erfüllen. Daraus könnte man die *Verpflichtung* des einzelnen Vertragsarztes herleiten, diese Leistung auf Begehren des Versicherten auch zu erbringen, denn nur auf diese Weise, so könnte argumentiert werden, kann der Versicherte seinen Leistungsanspruch realisieren. Daran bestehen jedoch Zweifel, weil die vertragsarztrechtlichen Bindungen nach dem SGB V die berufsrechtlichen, durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Freiheit des Vertragsarztes einschränken. Das ist hier vor allem seine professionell bestimmte Behandlungsfreiheit (Therapiefreiheit). Zutreffend hat das BSG in einer Entscheidung, welche die Vergütung von Sonographie-Leistungen nach den Mutterschafts-Richtlinien betraf, festgestellt, dass die ärztliche Therapiefreiheit durch die Mutterschafts-Richtlinien und die vergütungsrechtlichen Regelungen nicht verletzt wird.⁶⁶

bb) Versicherte

Die Versicherten erwerben durch das Leistungs- und Leistungserbringungsrecht nach dem SGB V, also durch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Ansprüche auf Versorgung bei Krankheit, Schwangerschaft, Mutterschaft für Kuration und unter eingeschränkten Voraussetzungen für Prävention und Rehabilitation. Das Recht der GKV begründet Ansprüche auf Leistungen, die den Versicherten durch die Krankenkasse verschafft werden. Anders liegt es in der privaten Krankenversicherung (PKV), wo die Versicherten Ansprüche auf Erstattung verauslagter Kosten erlangen (Kostenerstattung).⁶⁷ Der Anspruch der Versicherten auf Naturalleistung gegen den Sozialversicherungsträger begründet indes nicht deren Verpflichtung, die Leistung auch in Anspruch zu nehmen. Um es hier noch einmal zu wiederholen⁶⁸: Die sozialversicherungsrechtlichen Normen nach dem SGB V schränken das Selbstbestimmungsrecht der Versicherten nicht in der Weise ein, dass eine Pflicht begründet wird, Behandlungen durchführen zu lassen oder gar ohne Einwilligung zu erdulden. Das Sozialrecht kennt zwar Mitwirkungspflichten des Versicherten, die sich auch auf medizinische Maßnahmen beziehen können. Die Voraussetzungen sind in §§ 63, 65 SGB 1 geregelt.⁶⁹ Sie liegen hier nicht vor und begründen auch nicht etwa das Recht einer Zwangsbehandlung, sondern knüpfen an das Fehlen einer gebotenen Mitwirkung gemäß § 66 SGB I die Versagung sozialrechtlicher Leistungen. Sie begründen weder die Pflicht, in die darin genannten Behandlungen einzuwilligen, noch die Pflicht, solche Behandlungen ohne Einwilligung zu dulden.

cc) Krankenkassen

Die Krankenkassen sind - wie schon deutlich gemacht wurde - bei der Bewilligung von Leistungen an die Richtlinien gebunden.

2. Vergütung von Leistungen nach den Mutterschafts-Richtlinien

a) Gesamtvergütung, Honorarverteilung, Einheitlicher Bewertungsmaßstab

Die *Vergütung* der vertragsärztlichen Tätigkeit ist zweigliedrig ausgestaltet. Beide Elemente des vertragsärztlichen Vergütungssystems sind eigenständig geregelt. Die Krankenkasse zahlt an die Kassenärztliche Vereinigung die *Gesamtvergütung* (§ 85 Abs. 1 SGB V). Diese wird von der Kassenärztlichen Vereinigung auf die Vertragsärzte verteilt. Die Verteilung erfolgt nach Maßgabe des *Einheitlichen Bewertungsmaßstabes* (EBM) und des *Honorarverteilungsmaßstabes* (HVM). Durch den EBM wird der Inhalt der abrechnungsfähigen vertragsärztlichen Leistungen und ihr wertmäßiges Verhältnis zueinander in Punktzahlen ausgedrückt (§ 87 Abs. 2 SGB V). Er wird zwischen den Verbänden der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung durch den Bewertungsausschuss vereinbart. Der HVM wird durch die Kassenärztliche Vereinigung im Benehmen mit den Verbänden der Krankenkassen als Satzung festgesetzt (§ 85 Abs. 4, 4a SGB V). Bei der Verteilung der Gesamtvergütung durch den HVM sind Art und Umfang der Leistungen des Vertragsarztes zugrunde zu legen.

Der EBM bestimmt nicht nur die Abrechnungsfähigkeit einzelner Leistungen, sondern auch die Abgrenzung der Leistungen untereinander sowie die Zusammenfassung von Leistungen zu Leistungskomplexen und weitere Modalitäten der Abrechnung (§ 87 Abs. 2a Satz 1 SGB V). Der EBM ist Rechtsnorm. Er bindet das vertragsärztliche Handeln in vergütungsrechtlicher Hinsicht, und er bindet die Kassenärztlichen Vereinigungen bei der Verteilung der Gesamtvergütung nach dem von ihr bestimmten Honorarverteilungsmaßstab. Der EBM ist gegenüber dem Honorarverteilungsmaßstab vorrangig. Die Kassenärztliche Vereinigung hat ihn aus Rechtsgründen zu beachten.

Der Zahlungsanspruch des Vertragsarztes ist nur gegen die Kassenärztliche Vereinigung gerichtet. Die Krankenkasse hat mit Entrichtung der Gesamtvergütung ihre Leistungspflicht erfüllt. Alle Leistungen, die von den Vertragsärzten einer Kassenärztlichen Vereinigung nach Maßgabe der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen erbracht wurden, sind damit abgegolten.

b) Die Regelung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes

Für die ärztliche Betreuung einer Schwangeren sieht Nr. 100 EBM⁷⁰ eine quartalsmäßige Vergütung von 1850 Punkten vor.⁷¹

Nr. 100 EBM bestimmt:

Betreuung einer Schwangeren gemäß den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die ärztliche Betreuung während der Schwangerschaft einschl. Ultraschallüberwachungen mit Bildokumentation(en), einschl. Dokumentation, einmal im Behandlungsfall, 1850 Punkte.

Über die Abrechnung von Leistungen nach dem EBM gilt als allgemeine Bestimmung, die auch auf die Abrechnung von Leistungen nach Nr. 100 anzuwenden ist, dass eine Leistung nur berechnungsfähig ist, wenn der Leistungsinhalt vollständig erbracht wurde (A.I. EBM).

Daraus folgt, dass die Gebührennummer 100 im Umfang von 1850 Punkten nur dann im Rahmen der Honorarverteilung berücksichtigt werden darf, wenn die Leistung vollständig erbracht wurde. Vollständig wurde sie erbracht, wenn alle Leistungen der Betreuung einer Schwangeren, die im Quartal nach den Mutterschafts-Richtlinien anfallen, erbracht wurden. Fehlen Leistungen, die nach den Richtlinien zu erbringen waren, wurden - mit anderen Worten gesagt - Leistungen, die indiziert und in den Mutterschafts-Richtlinien definiert waren, nicht ausgeführt (erbracht), so kann die Leistungsposition 100 EBM nicht abgerechnet werden. Die Kassenärztliche Vereini-

gung ist berechtigt, die Abrechnung des Vertragsarztes bei fehlerhafter Abrechnung der Gebührenposition im Wege der sachlichen Richtigstellung zu berichtigen.⁷²

Dieses Ergebnis ist nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen, die auch für die Auslegung und Anwendung der Normen des EBM gelten, nicht zu modifizieren. Das BSG betont in ständiger Rechtsprechung, dass Vergütungstatbestände entsprechend ihrem Wortsinn auszulegen und anzuwenden sind. Dieser ist maßgebend und kann nur in engen Grenzen durch eine systematische, teleologische und historische Interpretation modifiziert werden. Ausdehnende Auslegungen und Analogien sind unzulässig.⁷³

c) Die Entscheidung des LSG Baden-Württemberg v. 24. Januar 2001

aa) Die Entscheidung des LSG und der Beschluss des BSG

Nach diesen Grundsätzen hat das Landesozialgericht (LSG) Baden-Württemberg in seinem Urteil v. 24. Januar 2001 - L 5KA 409/00 - entschieden, als es die sachliche Richtigstellung der Honorarabrechnung eines Vertragsarztes nach Nr. 100 EBM wegen der nicht vollständigen Erbringung der in der Leistungslegende genannten Leistungen bestätigte. Ultraschalluntersuchungen wurden in der Leistungslegende selbst und durch den Verweis auf die Mutterschafts-Richtlinien zum Bestandteil des Gebührentatbestandes erhoben. Werden sie nicht vollständig erbracht, kann eine Abrechnung allein nach den verbleibenden einzelnen Gebührennummern vorgenommen werden. Das BSG hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht durch Beschluss v. 16. Mai 2001 (B 6 KA 30/01 B) zurückgewiesen und darauf hingewiesen, dass die Klärungsbedürftigkeit einer Rechtsfrage nicht gegeben sei. Das bedeutet, dass das BSG das LSG Baden-Württemberg in seiner Rechtsauffassung bestätigt hat.

bb) Stellungnahme: Gebührenrechtlich zutreffende Entscheidung

Der Entscheidung des LSG Baden-Württemberg kann auf der Grundlage des BSG nicht widersprochen werden; der Entscheidung ist in ihren gebührenrechtlichen Aussagen zuzustimmen. Diese Entscheidungsgrundlagen wurden zutreffend bestimmt und angewendet. Das Bundessozialgericht hat dies in seiner Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde bestätigt. Dem ist nichts hinzuzufügen.

d) Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren

Das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren wird durch die Regelung des Gebührenrechts nicht verletzt. Auch gebührenrechtliche Regelungen ersetzen nicht das Konzept der informierten Einwilligung in pränataldiagnostische Untersuchungen. Das Gebührenrecht bestimmt die Voraussetzungen, unter denen eine vertragsärztliche Leistung nach den besonderen Bestimmungen dieses Rechtsbereichs entgolten wird. Es regelt nicht weniger, aber auch nicht mehr. Namentlich begründet es keine Verpflichtung des Vertragsarztes, alle Leistungen zu erbringen, wenn er aus berufsrechtlich relevanten, also durch die ärztliche Therapiefreiheit und das Vertragsarztrecht geschützten Gründen die Behandlung ablehnt, noch verpflichtet es die Schwangere, die entsprechenden Leistungen zu dulden. Die Ausführungen des LSG Baden-Württemberg mögen in diesem Zusammenhang nicht hinreichend klar formuliert sein. Das Gericht übernimmt den Sprachgebrauch der Mutterschafts-Richtlinien und weist darauf hin, dass die Behandlungen durchgeführt werden sollen, ohne deutlich zu machen, dass eine wesentliche berufsrechtliche Voraussetzung der Ausführung darin besteht, dass das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren durch Aufklärung und Einwilligung beachtet wurde. Ein Missverständnis der Entscheidungsgründe wird auch dadurch eröffnet, dass das Gericht auf die medizinische Indikation der

Leistungen hinweist, auch hier ohne die - selbstverständlich geltende und vom Gericht unausgesprochen gemeinte - Einschränkung durch das Selbstbestimmungsrecht zu erwähnen. Die Indikation ersetzt die Einwilligung des Patienten, der Schwangeren - selbstverständlich - nicht. Für ärztliche Vernunftthoheit ist im deutschen Medizinrecht kein Raum.⁷⁴ Das BSG hat auf diesen Sachverhalt in seinem Beschluss vom 16. Mai 2001 über die Nichtzulassungsbeschwerde in hinreichender Deutlichkeit hingewiesen. Die gebührenrechtlichen Bestimmungen berühren das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit der Schwangeren nicht; sie verletzen ebensowenig die ärztliche Therapiefreiheit des Arztes (S. 8 des Gutachten).

Es liegt auch nicht etwa ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG vor, soweit er ein absolutes Diskriminierungsverbot wegen Behinderung begründet. Es ist durch Art. 3 Abs. 3 GG nicht untersagt, Maßnahmen der Pränataldiagnostik durchzuführen. Die geltenden Regelungen des Vertragsarztrechts enthalten keine Eingriffsermächtigungen gegenüber dem klinisch auffälligem nasciturus. Das entspricht weder dem Regelungsziel dieser Bestimmungen, noch ist es die mittelbare Folge der Regelungen. Die hier diskutierten Regelungen des SGB V, die sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Sozialversicherung) stützen, keine Eingriffe in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und stellen auch keine Benachteiligung von Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dar.⁷⁵

3. Abbruch der Behandlung

a) Zivilrechtliche und vertragsärztliche Behandlungspflichten

Der Verweigerung der Schwangeren gegenüber einer pränatalen Ultraschalldiagnostik könnte das Begehren des Arztes folgen, Behandlung und medizinische Betreuung nicht fortzusetzen. Diese Entscheidung könnte ökonomisch motiviert sein, weil die beschriebenen vergütungsrechtlichen Rege-

lungen nach Nr. 100 EBM gelten. Sie könnte auch medizinisch oder professionell-ethisch motiviert sein, weil der Arzt es für geboten hält, dem medizinischen Standard und der Indikation zu folgen. Die Schwangere könnte durch die Entscheidung des Arztes bestimmt werden, ihre Einwilligung zu erteilen, namentlich, um sich nicht einen anderen betreuenden Arzt suchen zu müssen. Daher ist zu klären, ob der Vertragsarzt bei Verweigerung der Ultraschalluntersuchungen durch die Schwangere *vertragsarztrechtlich* berechtigt ist, die Behandlung nicht weiterzuführen.

Es wurde oben darauf hingewiesen, dass zivilrechtlich eine Verpflichtung des Arztes, eine Behandlung aufzunehmen oder auch fortzuführen, grundsätzlich nicht besteht.⁷⁶ In zivilrechtlicher Hinsicht ist – gestützt auf die Privatautonomie– insoweit außerordentliche Zurückhaltung angebracht. Öffentlich-rechtlich ist der Sachverhalt allerdings anders zu beurteilen. Die Berufsordnung für Ärzte begründet auf der Grundlage der Landesheilberufsgesetze der Länder *allgemeine* öffentlich-rechtliche Berufspflichten, deren Verletzung durch öffentlich-rechtliche Maßnahmen (des Disziplinarrechts) zu sanktionieren ist, ohne die Pflicht zum Abschluss eines Vertrages zu begründen.⁷⁷ Für den *Vertragsarzt* gilt grundsätzlich dasselbe.⁷⁸ Das Vertragsarztrecht begründet mit seinen gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen *besondere öffentlich-rechtliche* Berufspflichten.⁷⁹ Die untergesetzlichen Bestimmungen, Richtlinien und Normverträge, haben – wie ausgeführt – den Charakter von Rechtsnormen mit Außenwirkung. Sie begründen also rechtliche Verpflichtungen des Arztes. Diese Verpflichtungen werden ihm durch die Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen als Vertragsparteien der gemeinsamen Selbstverwaltung auferlegt. Er ist diesen gegenüber verpflichtet, den Verträgen und Richtlinien gemäß zu handeln. Daraus leiten sich auch Rechte für die Versicherten ab.

b) In begründeten Fällen (§ 13 Abs. 6 BMV-Ä, § 13 Abs. 4 EKV-Ä)

In Bundesmantelverträgen (Bundesmantelvertrag-Ärzte - BMV-Ä, Ersatzkassenvertrag-Ärzte - EKV-Ä) vereinbaren die Spitzenverbände der Krankenkassen mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen allgemeine Bestimmungen der Leistungserbringung (§§ 82, 83 SGB V). Die Regelungen der Bundesmantelverträge binden die Vertragsärzte in rechtlich verbindlicher Weise. § 13 Abs. 6 BMV-Ä bestimmt in Übereinstimmung mit § 13 Abs. 4 EKV-Ä, dass der Vertragsarzt "nur in begründeten Fällen" berechtigt ist, eine Behandlung abzulehnen. Als begründete Fälle dieser Regelungen der Bundesmantelverträge werden typischerweise folgende Fallkonstellationen anerkannt:⁸⁰

- fehlendes Vertrauensverhältnis aufgrund eines persönlichen Zerwürfnisses,
- bewusste und wiederholte Verstöße des Patienten gegen therapeutisch notwendige und dem Patienten zumutbare Anweisungen (Alkoholverbot wegen medizinischer Maßnahmen, Betrug, Ausgehverbot),
- wiederholte Forderung nach nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Behandlungen.

Die Verweigerung des Ultraschall-Screenings durch die Schwangere könnte das Tatbestandsmerkmal des in begründeten Falles im Sinne der Bundesmantelverträge erfüllen.

aa) Professionell-ethische Gründe

Fraglich ist, ob der Vertragsarzt aufgrund *professionell-ethischer* Gründe berechtigt sein kann, die Übernahme oder Weiterführung der Behandlung wegen eines fehlenden Vertrauensverhältnisses zu verweigern, wenn die schwangere Frau ihre Zustimmung zur vorgesehenen Ultraschalldiagnostik verweigert. Der Regelfall, der einer rechtlichen Betrachtung zunächst zugrunde gelegt werden soll, dürfte so gestaltet sein, dass der Vertragsarzt der Überzeugung ist,

die Schwangere sollte die vorgesehenen pränatalen Ultraschalluntersuchungen durchführen lassen. Nach seinem beruflichen Selbstverständnis wären solche Untersuchungen medizinisch geboten. Die Schwangere, die sich dieser Behandlung verweigert, beeinträchtigt den Arzt insoweit in seiner beruflichen Selbstentfaltung und in der Realisierung seines professionell-ethischen Handlungsprogramms. Damit stellt sich die Frage, wie die durch die ärztliche Berufsfreiheit geschützten Interessen einerseits und die durch das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren geschützten Interessen andererseits einander zuzuordnen sind. Es handelt sich bei beiden um verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter.

Auf der einen Seite steht das Selbstbestimmungsrecht der Frau. Dem Gewicht des medizinischen Selbstbestimmungsrechts auf der Grundlage von Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG, welches in der Behandlungsverweigerung seinen individuellen Ausdruck findet, ist erhebliches Gewicht beizumessen. In der pränatalen Diagnostik kann das medizinische Selbstbestimmungsrecht der Frau zusätzlich durch die ohne Gesetzesvorbehalt ausgestattete Freiheit des Glaubens, des Gewissens und des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses nach Art. 4 Abs. 1 GG flankiert werden, wenn die Motivationsgrundlage für die Weigerung der Frau in derartigen Gründen zu finden ist. Demgegenüber steht die Berufsfreiheit des Arztes nach Art. 12 Abs. 1 GG. Sie steht unter einfachem Gesetzesvorbehalt und lässt sich nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und seiner Konkretisierung durch die Stufentheorie (abgestuft) beschränken.⁸¹

Es könnte dem beruflichen Selbstverständnis des Arztes entsprechen, dass in den Zeiten zunehmender medizintechnischer Untersuchungsmöglichkeiten ein möglichst maximales Wissen und dementsprechend maximale diagnostische Anstrengungen einer optimalen Behandlung in der Betreuung der Schwangeren entsprechen. Darauf basierend könnte er es für professionell

unvertretbar halten, die zur Verfügung stehenden Optionen der pränatalen Diagnostik nicht in Anspruch zu nehmen. Es gibt jedoch keine rechtliche "Pflicht zu wissen"⁸² der Frau, die der Arzt ihr gegenüber allein aufgrund seiner eigenen ethischen oder moralischen Vorstellungen in Form einer aufgedrängten pränatalen Diagnostik durchzusetzen vermag.⁸³ Im Regelfall einer normal verlaufenden Schwangerschaft geht das Selbstbestimmungsrecht der Frau also der ärztlichen Berufsfreiheit vor. Das grundlegende berufliche Selbstverständnis des Arztes, sein "ärztliches Gewissen", könnte typischerweise nur im umgekehrten Fall relevant werden, wenn Patienten den Arzt um die Durchführung bestimmter Behandlungsmaßnahmen bitten, die aus dessen Sicht unethisch und medizinisch nicht indiziert sind. Bei der Weigerung seitens der Schwangeren geht ihre Entscheidungsautonomie aber jedenfalls im Regelfall einer normal verlaufenden Schwangerschaft der ärztlichen Berufsfreiheit vor. Folglich berechtigt die Verweigerung des Pränatal-Screenings durch die Schwangere den Vertragsarzt grundsätzlich nicht, die Behandlung wegen Unzumutbarkeit nicht weiterzuführen.

bb) Medizinische Gründe

Anders mag die Situation für atypisch verlaufende Schwangerschaften zu beurteilen sein, bei denen eine medizinisch relevante Gefährdung für das werdende Kind oder die Schwangere selbst zu befürchten ist. Die Pflicht zur sorgfältigen Behandlung obliegt dem Arzt nicht nur gegenüber der Frau, sondern auch das werdende Kind ist vom Schutzzweck des ärztlichen Behandlungsvertrages zivilrechtlich mit umfasst. Seine Sorgfaltspflicht erstreckt sich also auf beide. Liegen Hinweise vor, die aus medizinischer Sicht eine (dringende) Indikation zur Durchführung bestimmter Behandlungsmaßnahmen bilden, denen die Schwangere aber in Verantwortung gegenüber ihrem Kind und/oder gegenüber sich selbst nicht nachgeht, so mag der Vertragsarzt in Ausübung seiner berufsgrundrechtlichen Freiheit befugt sein, die weitere Behandlung

abzulehnen, weil diese Gründe so schwerwiegend sind, dass sie das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient stören. Diese Ablehnung steht allerdings unter der - auch zivilrechtlich begründeten - Voraussetzung, dass die Schwangere sich die ärztliche Betreuung durch einen anderen Arzt beschaffen kann.

cc) Wirtschaftliche Gründe

Schließlich könnten die *vergütungsrechtlichen* Regelungen nach dem EBM einen begründeten Fall im Sinne der Bundesmantelverträge darstellen. Es konkurrieren hier die wirtschaftlichen Interessen des Vertragsarztes mit dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren. Der Normgeber des EBM hat die vergütungsrechtliche Regelung auch unter Berücksichtigung der in Einzelfällen für den Vertragsarzt nachteiligen wirtschaftlichen Folgen geschaffen, die sich aus der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren ergeben. Er hat somit den Vorrang des Selbstbestimmungsrechts der Versicherten vor geringfügigen wirtschaftlichen Nachteilen des Vertragsarztes anerkannt. Es mag zwar für den Vertragsarzt im Einzelfall nachteilig sein, dass er nicht die umfassende Gebührennummer 100 EBM, sondern nur die jeweils spezielleren Einzelpositionen der kurativen Versorgung abrechnen kann. Die Unzumutbarkeit lässt sich jedoch aus möglichen vergütungsrechtlichen Nachteilen nicht herleiten. Dasselbe gilt für die vertragsarztrechtliche Behandlungspflicht nach den Bundesmantelverträgen. Die Pflicht folgt aus dem Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Teilnahme⁸⁴ des zugelassenen Vertragsarztes.⁸⁵ Das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren kann nur durch erhebliche vergütungsrechtliche Interessen des Vertragsarztes berührt werden. Darum handelt es sich hier nicht. Gegen diese Auslegung bestehen auch verfassungsrechtliche Bedenken nicht. Zwar ist durch die Regelung Nr. 100 des EBM die ärztliche Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG berührt⁸⁶, die Regelung beschränkt jedoch das Grundrecht in verhältnismäßiger Weise.⁸⁷

III. Normativitätsdefizite in der Praxis

1. Praktische Erfahrungen

Praktische Erfahrungen mögen darauf hinweisen, dass es für eine Gruppe von Schwangeren nicht stets problemlos möglich ist, ärztliche Betreuung zu finden, die den rechtlichen Anforderungen an die informierte Einwilligung praktisch gerecht wird. Für Laien missverständliche Formulierungen in den Mutterschafts-Richtlinien⁸⁸, unvollständige gerichtliche Äußerungen (Fehlen des Hinweises auf Aufklärung und Einwilligung gemäß dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren in der Entscheidung des LSG BadenWürttemberg⁸⁹), mangelnde Rechtsbildung in der ärztlichen Profession und ökonomische Interessen von Vertragsärzten mögen in Einzelfällen dazu führen, dass pränataldiagnostische Untersuchungen in Einzelfällen ohne vorherige Sicherstellung des *informed consent* der Patientin durchgeführt werden. Es mag des weiteren vor allem die vergütungsrechtliche Anreizstruktur dazu führen, dass Vertragsärzte die weiterführende Behandlung ablehnen möchten. Es mag schließlich die vergütungsrechtliche Struktur dazu führen, dass fehlerhafte Abrechnungen (nicht erbrachte Ultraschalluntersuchungen werden gleichwohl angegeben) erfolgen. Zusammengefasst lässt sich sagen, dass sich in der Normalität der beruflichen Praxis Defizite in der Beachtung der (berufs- und vertragsarzt-)rechtlichen Vorgaben zeigen mögen.

2. Klarstellender Hinweis durch die zuständigen Verwaltungsträger

Solche Normativitätsdefizite ließen sich beheben, wenn durch einen klärenden Hinweis in den Mutterschafts-Richtlinien auf die rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Betreuung einer Schwangeren in deklaratorischer Hinsicht hingewiesen werden würde. Unter diesem Gesichtspunkt wäre durch die zuständigen Verwaltungsträger zu prüfen, ob Anlass für eine erläuternde Be-

stimmung zur Anwendung der Mutterschafts-Richtlinien gegeben ist. Eine solche Erklärung könnte etwa folgenden Inhalt haben:

Ärztliche Behandlungen in der Pränatalmedizin und namentlich auch pränatale Ultraschalluntersuchungen sind - wie sämtliche ärztliche Behandlungen - an eine angemessene ärztliche Aufklärung und die erst daraus resultierende informierte Einwilligung der Schwangeren (der Patientin) in die jeweilige Untersuchung geknüpft.

Dies gilt auch im Anwendungsbereich der Mutterschafts-Richtlinien. Diese Richtlinien regeln die leistungsrechtlichen Voraussetzungen für die gesetzliche Krankenversicherung. Dagegen begründen sie keine Pflicht der Versicherten, diese Behandlungen tatsächlich durchführen zu lassen.

Verweigert eine Schwangere nach angemessener Aufklärung ihre Einwilligung in Ultraschalluntersuchungen, so ist der betreuende Arzt vertragsarztrechtlich grundsätzlich verpflichtet, die Betreuung der Schwangeren gleichwohl weiterzuführen. Ein Recht, die Übernahme oder Weiterführung der Behandlung zu versagen, besteht dagegen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und der Schwangeren gestört ist. Dies kann der Fall sein, wenn konkrete medizinische Gründe eine Untersuchung dringend erforderlich machen, um Gefahren für Leib oder Leben der Schwangeren oder des ungeborenen Kindes abzuwehren.

Ergebnisse der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass die Rechtslage zur ärztlichen Betreuung einer Schwangeren nach den Mutterschafts-Richtlinien in zivilrechtlicher und vertragsarztrechtlicher Hinsicht weitestgehend eindeutig ist.
2. Der Arzt ist nicht berechtigt, eine medizinische Behandlung - namentlich eine pränatale Ultraschalluntersuchung - ohne informierte Einwilligung der Schwangeren durchzuführen. Die Mutterschafts-Richtlinien ersetzen für *keine* der diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen der Schwangerenvorsorge das Erfordernis der informierten Einwilligung der Schwangeren vor der Durchführung einer Untersuchung.
3. Die Einwilligung der Schwangeren ist nur wirksam, wenn sie auf einer angemessenen ärztlichen Selbstbestimmungsaufklärung über die anstehende Untersuchung und deren Konsequenzen beruht. Die Angemessenheit der ärztlichen Aufklärung unterliegt dem Schutzzweck des Selbstbestimmungsrechts der Schwangeren und wird durch dessen Umfang präzisiert. Der gebotene Umfang der Aufklärung wird durch die Vorinformiertheit und die Fähigkeit der Schwangeren, Zusammenhänge zu erkennen, bestimmt. Auf Aufklärung kann ausdrücklich oder konkludent verzichtet werden. Aufzuklären ist im allgemeinen insbesondere über alle nicht vermeidbaren spezifischen Risiken einer pränatalmedizinischen Maßnahme sowie über den Verlauf der Schwangerschaft mit und ohne Durchführung der vorgesehenen pränatalen Behandlungsmaßnahme. Dabei ist der Umfang der Aufklärungspflicht in der pränatalen Medizin relativ weit gesteckt, weil das Wissen um pränatale Diagnosen psychisch belastend sein kann und zu komplikationsträchtigen

- Folgeentscheidungen - insbesondere über einen Schwangerschaftsabbruch - zwingen kann. In der pränatalen Medizin ist daher in verstärktem Maße das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Schwangeren angesprochen, wenn die möglichen Konsequenzen einer pränatalen Untersuchung betrachtet werden. Den persönlichkeitsrechtlichen Ausprägungen des Rechts auf Wissen einerseits sowie dem komplementären Recht auf Nichtwissen andererseits ist in der pränatalmedizinischen Aufklärung und Beratung der Schwangeren dabei gleichzeitig Rechnung zu tragen.
4. Die Regelungen nach dem SGB V, insbesondere die hier untersuchten Mutterschafts-Richtlinien und die vergütungsrechtlichen Regelungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM), lassen die grundlegenden, zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Berufspflichten des Vertragsarztes unberührt. Die Pflicht des Arztes, das Selbstbestimmungsrecht der Patientin/Schwangeren zu achten, gilt im Vertragsarztrecht wie im allgemeinen Berufsrecht. Das Recht zu behandeln wird durch den Umfang der Einwilligung begrenzt und die Einwilligung bezieht sich nur auf die sorgfältige ärztliche Behandlung.
 5. Nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen ist der Arzt zwar berechtigt, den Behandlungsvertrag mit einer Schwangeren zu kündigen, wenn sie ihre Zustimmung zum Pränatal-Screening verweigert. Aufgrund seiner besonderen vertragsarztrechtlichen Pflichten ist der Arzt öffentlich-rechtlich indes dazu nur berechtigt, wenn die Übernahme oder Fortführung der Behandlung für ihn unzumutbar ist. Für den Fall der regelhaft verlaufenden Schwangerschaft gilt jedenfalls, dass der Vertragsarzt nicht berechtigt ist, die Behandlung wegen Unzumutbarkeit nicht weiterzuführen.
 6. Zur Beseitigung von Normativitätsdefiziten in der Praxis mag es angebracht sein, den Mutterschafts-Richtlinien eine entsprechende Erläuterung zur geltenden Rechtslage beizufügen.

Fußnoten

- 1 In der Fassung vom 10. Dezember 1985, zuletzt geändert am 23. Oktober 1998, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 16 vom 26. Januar 1999.
- 2 Reichsversicherungsordnung.
- 3 Gesetz über die Krankenversicherung der Landwirte, 1972.
- 4 *Schüler/Zerres*, Pränatale Diagnostik, in: *Düwell/Mieth* (Hrsg.), *Ethik in der Humangenetik*, 1998, S. 15, 16 f. *Schmidt/Kurjak* (Hrsg.), *Farbdopplersonographie in Gynäkologie und Geburtshilfe*, 2001, S. 30; *Steiner/Schneider*, *Dopplersonographie in Geburtshilfe und Gynäkologie*, 2000, S. 56.
- 5 Zivilrechtlicher Sicht: BGH NJW 1994, 3012; OLG Karlsruhe, MedR 1995, 374 ff.; *Steffen/Dressler*, *Arzthaftungsrecht*, 1999, Rdnr. 6; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, 1995, Rdnr. 87 ff.; *Taupitz*, *Landesbericht Deutschland*, in: *Taupitz* (Hrsg.) *Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens*, 2000, 273, 276; Aus öffentlich-rechtlicher Sicht: *Schmitt*, in: *B. Schulin* (Hrsg.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts*, Bd. 1 *Krankenversicherung*, 1994, § 29 Rdnr. 2-16, § 30 Rdnr. 40-53 ff.; *Hecker*, MedR 2001, 224, 225.
- 6 BGHZ 63, 306, 309; BGH NJW 1981, 2002; *Laufs/Uhlenbruck*, *Handbuch des Arztrechts*, 1999, § 39 Rdnr. 10; RGRK-*Nüßgens* § 823 Anh II Rdnr. 11; *Giesen*, *Arzthaftungsrecht*, 1995, Rdnr. 7.
- 7 Siehe im Einzelnen Nr. 7 der Mutterschafts-Richtlinien.
- 8 BVerfGE 52, 130, 170 ff.; *Francke/Hart*, *Charta der Patientenrechte*, 1999; *Francke*, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*, 1994, S. 33 ff.; *Damm*, JZ 1998, 926 ff.

- ⁹ *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, 1987, S. 16 f.; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 1995, Rdnr. 73; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 39, Rdnr. 9.
- ¹⁰ Zu den medizinethischen Prinzipien grundlegend *Beauchamp/Childress*, Principles of Medical Ethics, 1994.
- ¹¹ *Badura/Hart/Schellenschmidt*, Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 1999, S. 141 ff.
- ¹² *Laufs*, Arztrecht, 1993, Rdnr. 482; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 129, Rdnr. 24; OLG Düsseldorf, MedR 1987, 111.
- ¹³ Zu dem rechtlichen Verhältnis zwischen ärztlicher Therapie- und Berufsfreiheit ausführlich *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 48 ff.
- ¹⁴ BGH NJW 1972, 150, 151; OLG Köln NJW-RR 1990, 793; BGH NJW 1995, 776, 777.
- ¹⁵ Organisationspflichten, die außerhalb eines medizinischen Beurteilungsraumes einer rechtlichen Bewertung zugänglich sind, wurden teilweise durch die Rechtsprechung festgelegt: BGH NJW 1986, 776; OLG Düsseldorf VersR 1987; OLG Köln, VersR 1992, 452.
- ¹⁶ BGH NJW 2001, 1786; BGH NJW 1995, 776, 777; *Hart*, Jura 2000, 64, 64; BGH; *Deutsch*, Medizinrecht, 1999, Rdnr. 174; zur pränatalen Beratung OLG Zweibrücken, MedR 2000, 233 ff.
- ¹⁷ Zur Chronologie des medizinischen Standardbegriffs: *Carstensen*, DÄBl. 1989, A-2433; *Buchborn*, MedR 1993, 328 ff.; *Ollenschläger/Thomeczek*, ZaeFQ 1996, 346 ff.; *Hart*, MedR 1998, S. 8 ff.; *Hart* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000.
- ¹⁸ *Antes*, Der Internist 1998, 899 ff.; *Hart*, MedR 2000, 1 ff.; *ders.*, MedR 2001, 1 ff.; *Helou et. al.*, ZaeFQ 2000, 330 ff.
- ¹⁹ *Bloch et. al.*, Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Beschlüsse der Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung, DÄBl. 1997, A-2154-2155, B-1622-1623, C-1754-1755; *Hart*, Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht, in: *Hart* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, 137, 140; AWMF/ÄZQ, Das Leitlinien Manual, September 2000, S. 7 ff., 102 ff.; *Ollenschläger/Thomeczek*, ZaeFQ 1996, 347 ff.
- ²⁰ *Hart*, Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht, in: *Hart* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, 137, 140 formuliert: "Sozialrechtliche Richtlinien müssen, Leitlinien sollen, Empfehlungen können befolgt werden."
- ²¹ Zu methodischen Standards *Helou et. al.*, ZaeFQ 2000, 330 ff.
- ²² Zur sozialrechtlichen Rezeption ärztlicher Leitlinien: *Francke*, Die Sozialgerichtsbarkeit 2000, 159 ff.; Vgl. insgesamt *Hart*, MedR 1998, 8 ff.; *ders.* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, Empirie und Recht professioneller Normsetzung, 2000.
- ²³ BGH NJW 1989, 2321, 2322; BGH NJW 1994, 3008, 3009; BGH NJW 2000, 1801, 1802.
- ²⁴ *Hart*, MedR 1998, 8, 12 f.; *ders.*, Ärztliche Leitlinien und Haftungsrecht in: *Hart* (Hrsg.), Ärztliche Leitlinien, 2000, 137, 157.
- ²⁵ Grundlegend *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 6, Rdnr. 1 f.
- ²⁶ BVerfGE 52, 131, 173.
- ²⁷ BVerfGE 52, 131, 170 ff.; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994, S. 93 ff.
- ²⁸ Bundesärztekammer, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBl. 1998, A-3236, 3240; *Steiner/Schneider*, Dopplersonographie in Geburtshilfe und Gynäkologie, 2000, S. 56; *Taupitz*, Landesbericht Deutschland, in: *Taupitz* (Hrsg.) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 273, 278.
- ²⁹ BVerfGE 52, 131, 171; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 102 ff.; *Lorenz*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts VI, § 128, Rdnr. 3, 16, 64.
- ³⁰ Zu den medizinethischen Dimensionen von Ultraschalldiagnostik jüngst *Maier*, Ethik in Gynäkologie und Geburtshilfe, 2000, 127 f., 131 ff.; *Winter*, in: *Winter/Fenger/Schreiber* (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, Rdnr. 107 ff.
- ³¹ Prägnant das Urteil zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, BVerfGE 79, 256, 268.
- ³² Ähnlich OLG Karlsruhe, VersR 1993, 705, 706.
- ³³ Ausführlich zum Recht auf Nichtwissen: *Taupitz*, Das Recht auf Nichtwissen, in FS Wiese, 1998, S. 583 ff.

- ³⁴ BGHZ 106, 153, 157; Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, 2001, Rdnr. C. 115.
- ³⁵ Hart, Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, FS für Heinrichs, 1998, S. 291, 296; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 93; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 1999, Rdnr. 332; Badura/Hart/Schellenschmidt, Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 1999, S. 146.
- ³⁶ BGH NJW 1989, 1533 ff.
- ³⁷ BGH NJW 1980, 1333; OLG Koblenz, NJW 1999, 3419; Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 121; Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 1999, Rdnr. 333.
- ³⁸ Die Ultraschallwelle kann zur Bildung von flüssigkeitsleeren Hohlräumen führen, die anschließend wieder kollabieren. Siehe Steiner/Schneider, Dopplersonographie in Geburtshilfe und Gynäkologie, 2000, S. 61 f.
- ³⁹ Im diagnostischen Ultraschallroutinescreening im B- oder M-Mode-Verfahren wird der Fetus regionär um weniger als 1 Grad Celsius erwärmt. Temperaturerhöhungen bis 38,5 Grad Celsius gelten als unbedenklich. In der Embryonalperiode sind bei stärkerer Überwärmung jedoch teratogene Effekte möglich.
- ⁴⁰ Vgl. zur Versorgungsqualität bei pränataler Ultraschalldiagnostik LG Köln, MedR 1999, 323 ff.; Schmidt/Kurjak (Hrsg.), Farbdopplersonographie in Gynäkologie und Geburtshilfe, 2001, S.31 f.; Steiner/Schneider, Dopplersonographie in Geburtshilfe und Gynäkologie, 2000, S. 65.
- ⁴¹ Dazu zählt beispielsweise der ärztliche Hinweis auf eine fehlende Erstattungspflicht seitens der Krankenkasse für ärztliche Leistungen: BGHZ 102, 106, 112; BGH VersR 2000, 999, 1002.
- ⁴² Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 1999, Rdnr. 329 ff.
- ⁴³ Vgl. Giesen, Arzthaftungsrecht, 1995, Rdnr. 275 mit umfassenden Nachweisen der Rspr.
- ⁴⁴ Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 143 f. m.w.N.
- ⁴⁵ Aktuell: Nippert/Wertz, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, Rdnr. 959; Bundesärztekammer, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBl. 1998, A-3236 ff.
- ⁴⁶ So auch explizit: Schmidtke, in: Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.), Genmedizin und Recht, 2001, Rdnr. 1100, im Anschluss an: Bundesärztekammer, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBl. 1998, A-3236, 3238; Taupitz, Landesbericht Deutschland, in: Taupitz (Hrsg.) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 273, 280.
- ⁴⁷ Für einwilligungsunfähige Patienten tritt an die Stelle der Einwilligung dieser, der *informed consent* der gesetzlichen Vertreter: BGHZ 29, 33, 36; Francke/Hart, Charta der Patientenrechte, S. 146 ff.; Laufs, Arztrecht, 1993, Rdnr. 222 ff.; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 66, Rdnr. 9.
- ⁴⁸ Schulin, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1 Krankenversicherung, 1994, § 6 Rdnr. 28, 50 ff.
- ⁴⁹ Vgl. nur BGHZ 67, 49; BGHZ 90, 96, 99; BGHZ 106, 391, 394 ff.
- ⁵⁰ Siehe aus der Fülle an kritischen Beiträgen insbesondere: Hart, Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, FS für Heinrichs, 1998, S. 291 ff.; Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, Rdnr. 629 ff.; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 67; Damm, JZ 1998, 926 ff.; Taupitz, Landesbericht Deutschland, in: Taupitz (Hrsg.) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 273 ff.; Deutsch, Medizinrecht, 1999, Rdnr. 103.
- ⁵¹ Taupitz, Landesbericht Deutschland, in: Taupitz (Hrsg.) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 273, 278; Hart, Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, in FS für Heinrichs, 1998 (1998), S. 291, 312 ff.
- ⁵² BVerfGE 52, 131, 175; BGHZ 29, 46, 49; 29, 176, 181; 106, 391, 397 f; Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 102 ff.; Hart, Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, in FS Heinrichs, 1998, 291, 294 ff.; Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 61, Rdnr.14, 15; MüKo-Mertens § 823, Rdnr. 419, Deutsch, AcP 192 (1992), 162, 166.
- ⁵³ Steffen/Dressler, Arzthaftungsrecht, 1999, Rdnr. 321.

- ⁵⁴ BGH NJW 1980, 1333 f.; BGH NJW 1981, 633 f.; BGH NJW 1984, 1807.
- ⁵⁵ *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 1995, Rdnr. 73; *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts, 1999, § 39, Rdnr. 9; zur Problematik der pränatalen Schädigungen jüngst *Rolfs*, JR 2001, 140 ff.
- ⁵⁶ *Hart*, Jura 2000, 14, 15.
- ⁵⁷ *Laufs*, Arztrecht, 1993, Rdnr. 111; *Hart*, Jura 2000, 14, 15; *Deutsch*, Medizinrecht, 1999, Rdnr. 78; AG München, VuR 1998, 421.
- ⁵⁸ *Laufs*, Arztrecht, 1993, Rdnr. 111; *Deutsch*, Medizinrecht, 1999, Rdnr. 78.
- ⁵⁹ OLG Karlsruhe, MedR 1995, 374, 375.
- ⁶⁰ Vgl. dazu II.3.
- ⁶¹ So die Rspr. des BSG: 76, 194; 81, 73; 81, 54. Die Literatur ist geteilter Meinung: *Ebsen*, Autonome Rechtssetzung in der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung als Verfassungsproblem, VSSR 1990, 57 ff.; *ders.*, Der Behandlungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Leistungserbringerrecht, in: FS Krasney, 1997, 81 ff.; *Schnapp*, Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: FS Krasney, 1997, 81 ff.; *Schwerdtfeger*, Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V, NZS 1998, 49 ff. 97 ff.; *Neumann*, Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, 426 ff.; *Di Fabio*, Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, 449 ff.; *Francke*, Richtlinien, Normsetzungsverträge und neue Behandlungsmethoden im Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts, SGB 1999, 5 ff.
- ⁶² BSGE 73, 271.
- ⁶³ Mutterschafts-Richtlinien A.5. Satz 5, B.
- ⁶⁴ Zu Indikation und Einwilligung als solchen berufsrechtlichen Voraussetzungen: s.o. Abschnitt I.4.
- ⁶⁵ Versicherung der Schwangeren in der GKV, Versicherungsfall usw.
- ⁶⁶ BSG B. v. 16. Mai 2001 B 6 KA 30/01 B.
- ⁶⁷ Hier beschafft der Versicherte die erforderlichen Dienst- und Sachleistungen sich selbst, er kauft sie auf dem Markt für medizinische Leistungen ein.
- ⁶⁸ Vgl. i.e. oben I.4.c) u. d).
- ⁶⁹ *Mrozynski*, Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil (SGB I), Kommentar, 2. Aufl. 1995; § 63 Rdn. 9 ff.
- ⁷⁰ Stand: 1. Oktober 2001.
- ⁷¹ Zur Ermittlung des bei Verabschiedung des EBM gedachten Geldwertes kann von einem Punktwert von 0,10 DM ausgegangen werden, der wegen des Punktwertverfalls allerdings in der Praxis nicht erreicht wird.
- ⁷² Rechtsgrundlage sind insoweit die Verträge: § 45 BMV-Ä, § 34 Abs. 4 EKV-Ä; s. *Francke*, in: Wannagat (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, § 106 Rdn. 19 (Juni 2001) m.w.N.
- ⁷³ BSG SozR 3-5555 § 10 Nr. 4 S. 1; BSG SozR 35533 Geb. Nr. 2249 S. 3; BSG, MedR 2000, 201 ff.; zuletzt: BSG v. 16. Mai 2001 B 6 KA 87/00 R.
- ⁷⁴ Vgl. statt aller: *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 1995, Rdnr. 200, 230.
- ⁷⁵ Zur Vereinbarkeit der embryopathischen Indikation nach § 218a Abs. 2 StGB mit dem Benachteiligungsverbot nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG: *Reichenbach*, Jura 2000, 622 ff. Zur entsprechenden Frage für die Präimplantationsdiagnostik: *Beckmann*, MedR 2001, 169, 172 f.
- ⁷⁶ Siehe Abschnitt I.5.b).
- ⁷⁷ Im Einzelnen mit umfassenden Nachweisen: *Hecker*, MedR 2001, 224 ff.
- ⁷⁸ *Hecker*, MedR 2001, 224, 225 ff.
- ⁷⁹ Die gesetzlichen Regelungen ergeben sich aus §§ 72 bis 106 SGB V. Gesamtdarstellungen: *Schneider*, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994; *Funk*, in: Schulz (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1 Krankenversicherung, 1994, § 32.
- ⁸⁰ *Plagemann*, Vertragsarztrecht, 1998, Rdn. 187; *Wimmer*, Dürfen Vertragsärzte unrentable Leistungen verweigern?, NZS 2000, S. 588 ff.; *Hecker*, MedR 2001, 224 ff.
- ⁸¹ *Wieland*, H. Dreier (Hrsg.), GG, 1. Band, 1996, Art. 12 Rdnr. 101 ff.
- ⁸² Eine Pflicht zu wissen wurde dem Recht auf Nichtwissen insbesondere in der genetischen Diagnostik argumentativ gegenübergestellt. Vgl. nur *Buchborn*, MedR 1996, 441, 444.
- ⁸³ Hier zeigt sich erneut, dass für eine ärztliche Vernunftthoheit über den Patienten (verfassungs)rechtlich kein Raum ist; vgl. *Giesen*, Arzthaftungsrecht, 1995, Rdnr. 218.
- ⁸⁴ Die Zulassung des Vertragsarztes berechtigt und verpflichtet zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung (§

95 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 SGB V).

- ⁸⁵ Zur Leistungspflicht des Vertragsarztes auch bei unrentablen Leistungen: BSG U. v. 14.3.2001 - B 6 KA 36/00 R - Zuzahlungsverpflichtung; BSG U. v. 14.3.2001 B 6 KA 67/00 R - Privatabrechnung; U. v. 14.3.2001 B 6 KA 54/00 R - Leistungsausgrenzung durch KÄV.
- ⁸⁶ BVerfGE 68, 216 ff.; 83, 1, 13.
- ⁸⁷ *Wieland*, Dreier (Hrsg.), GG, 1. Band, 1996, Art. 12 Rdnr. 101 ff.
- ⁸⁸ Durchgängig die an den Vertragsarzt gerichtete Formulierung: Untersuchungen *sollen* durchgeführt werden.
- ⁸⁹ LSG Baden-Württemberg U. v. 24. Januar 2001 - L 5KA 409/00.

Literaturverzeichnis

Antes: Evidence-Based Medicine, Der Internist 1998, S. 899 ff.

Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen medizinischen Fachgesellschaften (AWMF); Ärztliche Zentralstelle Qualitätssicherung: Das Leitlinien-Manual, Entwicklung und Implementierung von Leitlinien in der Medizin, Sonderheft der ZaeFQ, September 2000.

Badura/Hart/Schellenschmidt: Bürgerorientierung des Gesundheitswesens, 1999.

Beauchamp/Childress: Principles of Medical Ethics, 4. Auflage, 1994.

Beckmann: Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, MedR 2001, 169 (172 f.)

Bloch/Lauterbach/Oesingmann/Rienhoff/Schirmer/Schwartz: Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Bekanntmachungen: Beurteilungskriterien für Leitlinien in der medizinischen Versorgung, Beschlüsse der Vorstände von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung, Juni 1997, Deutsches Ärzteblatt 1997, A-2154-2155.

Brüggemeier: Deliktsrecht, 1986.

Buchborn: Ärztlicher Standard: Begriff - Entwicklung - Anwendung, MedR 1993, S. 328 ff.

ders.: Konsequenzen der Genomanalyse für die ärztliche Aufklärung in der prädiktiven Medizin, MedR 1996, Seite 441 ff.

Bundesärztekammer: Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, DÄBl. 1998, A-3236 ff.

Carstensen: Vom Heilversuch zum medizinischen Standard, Deutsches Ärzteblatt 1989, 86, B-1736.

Damm: Persönlichkeitsschutz und medizinische Entwicklung, JZ 1998, 926 ff.

Deutsch: Medizinrecht, 4. Auflage, 1999.

ders.: Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), Band 192, 1992, S. 161 ff.

Di Fabio: Verlust der Steuerungskraft klassischer Rechtsquellen, NZS 1998, S. 449 ff.

Dreier (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 1996.

Ebsen: Autonome Rechtssetzung in der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung als Verfassungsproblem, VSSR 1990, S. 57 ff.

ders.: Der Behandlungsanspruch des Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung und das Leistungserbringerrecht, in: Gitter, Wolfgang u.a. (Hrsg.), FS Krasney, München 1997, S. 81 ff.

Francke/Hart: Charta der Patientenrechte, 1999.

ders.: Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Medizin in Recht und Ethik, Band 16, 1987.

Francke: in: Wannagat (Hrsg.), Sozialgesetzbuch, § 106 Rdn. 19 (Juni 2001).

ders.: Richtlinien, Normsetzungsverträge und neue Behandlungsmethoden im Rechtskonkretisierungskonzept des Bundessozialgerichts, SGB 1999, S. 5 ff.

ders.: Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, 1994.

ders.: Sozialrechtliche Rezeption ärztlicher Leitlinien, SGB 2000, S. 159 ff.

Geiß/Greiner: Arzthaftpflichtrecht, 4. Auflage, 2001.

Giesen: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, 1995.

Hart (Hrsg.): Ärztliche Leitlinien, Empirie und Recht professioneller Normsetzung, 2000.

Hart: Grundlagen des Arzthaftungsrechts: Pflichtengefüge, Jura 2000, S. 64 ff.
ders.: Ärztliche Leitlinien - Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen, Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff, MedR 1998, S. 8 ff.
ders.: Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht, Festschrift für Heinrichs, 1998, S. 291 ff.
Hecker: Die Vertragsabschlussfreiheit des Arztes bei gestörtem Vertrauensverhältnis zum Patienten, MedR 2001, S. 224 ff.
Hlou/Lorenz/Ollenschläger/Reinauer/Schwartz/Friedrich: Methodische Standards der Entwicklung evidenz-basierter Leitlinien in Deutschland, ZaeFQ 2000, S. 330 ff.
Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts, Band VI, Heidelberg 1989.
Laufs/Uhlenbruck: Handbuch des Arztrechts, 2. Auflage, 1999.
Laufs: Arztrecht, 5. Auflage, 1993.
Maier: Ethik in Gynäkologie und Geburtshilfe, 2000.
Mertens: in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, München 1997.
Mrozynski: Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil (SGB I), Kommentar, 2. Aufl. 1995.
Neumann: Menschenwürde und Existenzminimum, NVwZ 1995, S. 426 ff.
Nüßgens: RGKR, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Band II, 5. Teil, §§ 812 - 831, (Anhang nach § 823: I. Verletzung des Persönlichkeitsrechts, II. Arzthaftungsrecht), 12. Auflage, 1989.
Ollenschläger/Thomeczek: Ärztliche Leitlinien. Definitionen, Ziele, Implementierung, ZaeFQ 1996, S. 347 ff.
Plagemann: Vertragsarztrecht - PsychotherapeutenG. Ein Leitfaden für Ärzte, Psychotherapeuten, Rechtsanwälte und Krankenkassen, 1998.
Reichenbach: Ist die medizinisch-embryopathische Indikation bei dem Schwangerschaftsabbruch nach § 218a II StGB verfassungswidrig?, Jura 2000, 622 ff.
Rolfs: Pränatale Schädigungen des Menschen, JR 2001, S. 140 ff.
Schmidt/Kurjak (Hrsg.): Farbdopplersonographie in Gynäkologie und Geburtshilfe, 2001.

Schnapp: Die Richtlinien im Kassenarztrecht (§ 92 SGB V) auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, in: Gitter, Wolfgang u.a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Ernst Krasney zum 65. Geburtstag am 16. Dezember 1997, München 1997, S. 437 ff.
Schneider: Handbuch des Kassenarztrechts, 1994.
Schüler/Zerres: Pränatale Diagnostik, in: Düwell/Mieth (Hrsg.), Ethik in der Humanogenetik, 1998, S. 15 ff.
Schulin (Hrsg.): Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1 Krankenversicherung, 1994.
Schwerdtfeger: Die Leistungsansprüche der Versicherten im Rechtskonkretisierungskonzept des SGB V, NZS 1998, S. 49 ff., 97 ff.
Steffen/Dressler: Arzthaftungsrecht, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 8. Auflage, 1999.
Steiner/Schneider: Dopplersonographie in Geburtshilfe und Gynäkologie, 2000.
Taupitz: Landesbericht Deutschland, in: Taupitz (Hrsg.) Zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, 2000, 273 ff.
ders.: Das Recht auf Nichtwissen, in: Hannau/Lorenz/Matthes (Hrsg.), Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, Seite 583 ff.
Wimmer: Dürfen Vertragsärzte unrentable Leistungen verweigern?, NZS 2000, S. 588 ff.
Winter/Fenger/Schreiber (Hrsg.): Genmedizin und Recht, 2001.

*Das Rechtsgutachten wurde im Auftrage
des Netzwerkes gegen Selektion durch
Pränataldiagnostik erstellt im
Oktober 2001*

UMSETZUNG DES SELBSTBESTIMMUNGSRECHTES DER FRAU UND DES DISKRIMINIERUNGSVERBOTES FÜR MENSCHEN MIT BEHINDERUNGEN

Rechtsgutachten der Universität Bremen zur Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge und seine rechtspolitischen Folgerungen Ulrike Riedel

1. Rechtlicher Rahmen

1.1. Verfassungsrechtliche Ausgangs- lage:

Bereits im Titel meines Vortrages werden grundlegende Rechte – nämlich Grundrechte – im Zusammenhang mit der Pränataldiagnostik angesprochen. Das Selbstbestimmungsrecht der Patientin hat seinen Grund in den Verfassungsprinzipien, die zu Achtung und Schutz der Würde, der Handlungsfreiheit und des Persönlichkeitsrechtes des Menschen und seines Rechtes auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichten, Art. 1 Abs. 1 und Art 2 Abs. 1 und 2 GG. Teil des Selbstbestimmungsrechtes ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Es hat zwei sehr unterschiedliche Seiten: einmal das Recht eines Menschen, ihn selbst betreffende Informationen über seinen Gesundheitszustand zu kennen und darüber zu verfügen, das Recht auf Wissen. Einschränkungen des Rechtes auf Wissen sind grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig. Zum anderen das Recht auf Nichtwissen. Niemandem sollen gegen seinen Willen Kenntnisse aufgedrängt werden, die er nicht haben will, z.B. Kenntnisse über die eigene genetische Konstitution oder die genetische Konstitution des ungeborenen Kindes.

Persönlichkeitsrecht und informationelles Selbstbestimmungsrecht sind auch der rechtliche Ausgangspunkt für den Anspruch der Schwangeren auf Kenntnis der wesentlichen Konstitution und Gesundheit ihres ungeborenen Kindes, da diese Informationen auch ihre eigene Integrität, Persönlichkeit und Handlungsfreiheit berühren. Damit werden unmittelbar aber auch Grundrechte des ungeborenen Kindes betroffen, vor allem sein Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit und das Recht, wegen einer Behinderung nicht benachteiligt zu werden, Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG. Auch das ungeborene Leben genießt Grundrechtsschutz. Das Bundesverfassungsgericht hat ausdrücklich entschieden, und dies mit rechtlicher Bindungswirkung: „Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung“.³ Streitig ist der Grundrechtsschutz nur für den Embryo in vitro, um den es hier aber nicht geht.

Mögliche Grundrechtskonflikte wie hier die zwischen den Rechten der Frau und des Kindes und die Konkretisierung von Rechten mit so unterschiedlichen Rechtsfolgen wie das Recht auf Wissen und Nichtwissen sind vom Gesetzgeber vorzunehmen.

1.2 Gesetzeslage bei der Pränatalen Diagnostik:

Wie aber sieht bei der PND unterhalb des Verfassungsrechtes die Gesetzeslage aus, die die betroffenen gegenläufigen Interessen und Rechte steuern könnte? Explizit geregelt ist die PND nur in einer ärztlichen Richtlinie und in den Mutterschaftsrichtlinien. Letztere sind Vergütungsrecht und

³ BVerfGE 39, 1 ff., Leitsatz 1.

regeln die Leistungspflichten der Krankenkassen und der Vertragsärzte bei der Schwangerenvorsorge und in diesem Rahmen die Pränataldiagnostik. Der Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patientin ist lediglich vom allgemeinen Dienstvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches erfasst und hat, da es in Deutschland kein kodifiziertes Arztvertragsrecht gibt, seine rechtliche Konkretisierung durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung erfahren. Das gleiche gilt für das Arzthaftungsrecht. Dann gibt es noch den § 218a StGB, der regelt, wann ein Schwangerschaftsabbruch nach Pränataldiagnostik gerechtfertigt und strafrei vorgenommen werden darf. Lenkende Funktion hinsichtlich der Pränataldiagnostik kommt dieser Regelung nicht zu - in der Praxis führt die Diagnose einer schweren Behinderung des ungeborenen Kindes oder einer Trisomie 21 in 98 % der Fälle zu einem Schwangerschaftsabbruch aufgrund der medizinischen Indikation des § 218a StGB⁴.

Die PND konnte sich vor dem Hintergrund dieser dürftigen Rechtslage und auf der Grundlage der staatlich geförderten medizinisch-technischen Entwicklung der Technologie und des von den Krankenkassen finanzierten Angebotes daher ungehindert von einer eng gefassten Indikation zu einem Routineangebot und integralen Bestandteil der ärztlichen Schwangerenbetreuung entwickeln.

⁴ § 218a Abs. 2 lautet: Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.

2. Pränataldiagnostik in der Schwangerenvorsorge

2.1 Arten der PND:

Zu unterscheiden sind

- a) pränataldiagnostische Verfahren im engeren Sinne (gezielte PND, invasive Techniken). Sie zielen darauf, numerische oder strukturelle Chromosomenfehler bzw. Einzeldefekte des Embryos/Fetus zu identifizieren (durch Amnionzentese, Chorionzottenbiopsie oder fötale Gewebeproben durch Nabelschnurgewinnung.) Das Probematerial wird mittels zytogenetischer bzw. molekulargenetischer Tests und biochemischer Analysen untersucht;
- b) pränataldiagnostische Verfahren im weiteren Sinne, die ungezielte PND mit nicht-invasiven Techniken, vor allem dem Ultraschallscreening: es wird vorgenommen im Rahmen der Schwangerenvorsorge, die der Überwachung einer normal verlaufenden Schwangerschaft dient. Vermittels dieser Untersuchung ist es möglich, Gebärmutter, Fruchtwassermenge und Plazenta sichtbar zu machen und damit das Schwangerschaftsalter, evt. Mehrlingsschwangerschaft, körperliche Entwicklung des Kindes und Hinweise auf mögliche Entwicklungsstörungen zu erheben. Bis 1995 waren zwei Untersuchungen routinemäßig im Rahmen der Schwangerenvorsorge vorgesehen (16. bis 22. und 32. bis 34. Woche), seit 1995 drei (9. -12. , 19. - 22. und ab 29. Woche). Ergeben die nicht-invasiven Methoden Anhaltspunkte für Fehlbildungen, werden meist invasive Verfahren angewendet. In den 90er Jahren wurde die Technik der Ultraschalldiagnostik erheblich optimiert. Es können nunmehr Auffälligkeiten der Organe, der Körperform oder der Größenentwicklung bis hin zur sog. Nackentransparenz gemessen werden. Eine Nackenfaltdicke über 3mm ist eng mit einem erhöhten Risiko für Trisomie 21 verbunden und hat meist eine invasive PND zur Folge;

c) der sog. Triple-Test (nicht-invasiver Bluttest) hat sich seit 1992 ohne eine klinische Erprobungsphase oder Prüfung seiner Zuverlässigkeit und der Validität des Messverfahrens und entgegen den Empfehlungen der wissenschaftlichen Fachgesellschaften in der Schwangerenvorsorge durchgesetzt, oft ohne vorherige Aufklärung der Schwangeren. Der Test führt häufig zu falsch-positiven Testergebnissen. In den ersten Jahren, nachdem der Test auf dem Markt war, stieg die Nachfrage nach invasiver Diagnostik um mehr als 33 %. Die wurde dadurch begünstigt, dass die privaten Versicherungen und die GKV oft im Kulanzwege die Kosten übernahmen. Es werden weitere Tests entwickelt, die zu einem möglichst frühen Zeitpunkt der Schwangerschaft nicht-invasiv angewendet werden können und das individuelle Risiko für Chromosomenaberrationen ermitteln sollen. Die definitive Abklärung hat durch invasive PND zu erfolgen.

2.2 Indikationen für die Durchführung einer invasiven Pränataldiagnostik:

Sie unterlagen einer ständigen Ausweitung. Seit Anfang der 90er Jahre gelten als Indikation: erhöhtes mütterliches Alter (Altersrisiko), erhöhtes Risiko für x-chromosomal gebundene erbliche Krankheiten, für Neuralrohrverschlusstörungen und für gewisse Stoffwechselstörungen. Zunächst wurde ein Altersrisiko ab 38 Jahren angenommen, vom wissenschaftlichen Beirat der Bundesärztekammer (BÄK) in der Richtlinie von 1987 auf 35 Jahre gesenkt und in der überarbeiteten Richtlinie von 1998 wird die Festlegung einer Altersgrenze aufgegeben. Dies hing mit der Etablierung der sog. „psychologischen Indikation“ zusammen. Sie betrifft Frauen, die sowohl jünger als 35 sind, kein erkennbar erhöhtes Risiko für kindliche Chromosomenstörungen haben, die aber aus Angst vor einem behinderten Kind auf einem Test bestehen. Damit erfolgte eine Anpassung der Indikation an die Nachfrage, unter Aufgabe des am Risiko orientierten Prinzips der medizinischen In-

dikation. Der Anteil der Fälle, bei denen die PND wegen eines „nachgewiesenen familiären Risikos“ durchgeführt wird, liegt nur noch bei 3 %⁵. In allen anderen Fällen wird die PND wegen des Alters der Frau oder – zahlenmäßig an zweiter Stelle – wegen unspezifischer Ängste vor der Geburt eines behinderten Kindes durchgeführt. Andere europäische Staaten begrenzen dagegen die PND auf strikte Indikationskataloge.

Die ärztliche Betreuung umfasst nach den Mutterschaftsrichtlinien (MSR) auch Maßnahmen zur frühzeitigen Erkennung und Überwachung von Risikoschwangerschaften. Mittlerweile sind ein Großteil der Schwangerschaften zu Risikoschwangerschaften geworden mit der Folge, daß die weitergehenden pränataldiagnostischen Untersuchungen auch von den Krankenkassen getragen werden. Bei solchen Schwangerschaften können die regelmäßigen Untersuchungen in kürzeren Abständen als vorgesehen und weitergehende Untersuchungen vorgenommen werden. Drei Ultraschalluntersuchungen sind ohne Indikation obligatorische Leistung der Schwangerenvorsorge. Weiterführende Ultraschalluntersuchungen, die Fruchtwasseruntersuchung und die Chorionzottenbiopsie sind indikationsgebunden (nach Feststellung einer Risikoschwangerschaft).

2.3 Entwicklung der pränatalen genetischen Diagnostik im Rückblick:

- 1970: Amniozentese als erstes invasives Verfahren in Deutschland durchgeführt
- 1972: Beginn des groß angelegten 7-jährigen Forschungsprogramms der DFG zur PND („Pränatale Diagnostik genetisch bedingter Defekte“) zur Erprobung der Amniozentese unter Beteiligung von 90 Instituten. Das Programm umfasste u.a. die Erprobung der Verfahren, Ermittlung der Eingriffsrisiken wie Fehlgeburten, Diagnosezuverlässigkeit, Entscheidungen nach Diagnose und Qualifikationsmaßnahmen der Leistungsanbieter.

⁵ Kollek 2000, S. 78

- 1976: Aufnahme der PND in den Leistungskatalog der GKV (Untersuchung auf Chromosomenanomalien)
- 1976: Reform der §§ 218 ff. StGB, Einführung der embryopatischen Indikation nach § 218a: ein Schwangerschaftsabbruch ist danach zulässig, wenn dringende Gründe für die Annahme sprechen, dass das Kind ... an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, dass von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann. (Die vor 1976 geltende Regelung sah eine ausnahmslose Strafbarkeit der Abtreibung vor. Die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruches bei Behinderung des Kindes ergab sich aus § 14 des Erbgesundheitsgesetzes von 1935, der eine Abtreibung aus medizinischen einschließlich „psychiatrischen“ Gründen vorsah und der als Landesrecht in einigen Bundesländern bis 1976 weitergalt und von der höchstrichterlichen Rechtsprechung seit 1952 als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Schwangerschaftsabbruches nach den Grundsätzen des rechtfertigenden übergesetzlichen Notstandes anerkannt worden war. Auf dieser zweifelhaften rechtlichen Basis beruhte damals das Programm der DFG zur Entwicklung der PND.
- 1975 bis 1979 erfolgte der Auf- und Ausbau humangenetischer Beratungsstellen und zytogenetischer Laboratorien.
- 1979: Aufnahme des zweifachen Ultraschallscreenings in den Leistungskatalog der GKV
- 1984: Chorionzottenbiopsie eingeführt
- 1984 erging das erste Urteil des BGH zum Kind als Schaden. Nach diesem Urteil liegt ein zum Schadensersatz verpflichtender ärztlicher Fehler vor, wenn ein Arzt eine Schwangere mit einem erhöhten Risiko nicht auf die Möglichkeit der Fruchtwasseruntersuchung zum Ausschluss einer Trisomie 21 hinweist. Bereits während dieses Verfahren durch die Instanzen lief, verdoppelte sich die Anzahl der durchgeführten PND. Damit

wurde die invasive PND defensiv als Leistung zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen, ausgelöst durch die Geburt eines Kindes mit Trisomie 21, von den Ärzten angeboten⁶.

- 1987: Verabschiedung der Richtlinie der BÄK zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen. Darin ist die Beratung vor und nach PND vorgeschrieben. Trotzdem stieg die Anzahl der genetischen Beratungen bei PND danach bis 1995 nur von 17.000 auf 21.000, während die Anzahl der PND im gleichen Zeitraum von 40.000 auf 60.000 anstieg.
- 1992: Einführung Triple-Test
- 1998: Novellierung der Empfehlungen der Bundesärztekammer zur Pränataldiagnostik und Verabschiedung als Richtlinie

Die PND breitete sich im Laufe der Jahre von den spezialisierten universitären Instituten in die gynäkologische Alltagspraxis aus. Dabei hatten in rechtlicher Hinsicht die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Kind als Schaden (vgl. dazu weiter unten) und die Einführung der Vergütung der PND durch die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV) entscheidenden Anteil.

Dies alles konnte nur funktionieren auf der Grundlage der Besonderheiten des deutschen Gesundheitssystems. Dieses beruht auf der Kombination von Vertragsfreiheit und staatlichen Eingriffen entzogenem Arzt-Patienten-Verhältnis einerseits und der Finanzierung durch die GKV andererseits. Die gesetzlichen Regelungen der Leistungen der GKV sehen keine Einschränkungsmöglichkeiten oder Indikationskataloge für ärztliche Maßnahmen vor. Folge ist, dass sich die medizinischen Maßnahmen allein an der individuellen ärztlichen Indikationsstellung

⁶ Nippert in: Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, wissenschaftliches Symposium des Bundesministeriums für Gesundheit in Zusammenarbeit mit dem Robert-Koch-Institut vom 24. bis 26. Mai 2000, Band 132 der Schriftenreihe des Bundesministeriums für Gesundheit, Nomos Verlagsgesellschaft

im Rahmen des Behandlungsvertrages und im übrigen an Angebot und Nachfrage orientieren.

2.4 Regelung der Vergütung der PND:

Der wirtschaftlicher Faktor hat ebenfalls wesentlich zur Entwicklung der PND beigetragen. Von 1.796 pränataldiagnostischen Untersuchungen vor Aufnahme in den Leistungskatalog der GKV steigerte sie sich auf fast 16.000 in 1982 und 62.000 in 1995⁷. 1986 wurde zudem die Vergütung der Labordiagnostik verbessert und damit die Durchführung in der gynäkologischen Praxis im Verbund mit freien Analyselaboren erleichtert.

3. Ergebnisse des Gutachtens der Universität Bremen (Francke/Regenbogen)

3.1 Ausgangspunkt des Gutachtens:

Ausgangspunkt des Gutachtens war die folgende Kritik:

- Die Frauen kommen als individuell handelnde und entscheidende Patientinnen in der Schwangerenvorsorge nicht vor.
- Der Behandlungsvertrag ist im Gegensatz zu Krankheitsbehandlungen durch die Mutterschaftsrichtlinien vorformuliert.
- Es entsteht bei vielen Frauen der Eindruck, als könnten sie einzelne Leistungen davon gar nicht ablehnen, wenn sie nicht Gefahr laufen wollen, Ärger zu bekommen oder sogar den Arzt wechseln zu müssen.
- Die Frauen kaufen praktisch ein „Vorsorgepaket“ ein. Der informed consent für das ganze Paket wird vorausgesetzt. Diese „Normierung“ wird durch den Mutterpaß, den Fahrplan für die Schwangerschaftsvorsorge in den Händen der Frau, noch verstärkt.

- Die Frau könnte auch deshalb einzelne Untersuchungen, wie das Ultraschall-screening, nicht ablehnen, weil Gynäkologen das Paket vollständig durchführen müssen, wenn sie die Pauschalgebühr erhalten wollen, die für sie erheblich günstiger ist als die Einzelabrechnung jeder Leistung.
- Vielfach entsteht auch der Eindruck, daß die zusätzlich (wie Triple Test) oder als Folge aus den nach den Mutterschaftsrichtlinien angebotenen Tests und Untersuchungen zum Gesamtpaket einer Vorsorge im Sinne der Gesundheit von Mutter und künftigem Kind unerlässlich sind und dazu gehören.
- Die Schwangerenvorsorge, die eigentlich der Gesunderhaltung von Frau und Kind dient, ist durch die MSR und das Vergütungssystem in der Praxis fest verkoppelt mit pränataldiagnostischen Maßnahmen, mit denen gezielt nach Normabweichungen gesucht wird, die dann im Ergebnis in 98 % der Fälle zu einem Abbruch der Schwangerschaft führen.

Alle diese Befunde sind für die Praxis richtig, einer rechtlichen Überprüfung halten sie aber nicht stand. Dies wurde in dem Gutachten anhand des geltenden Arztrechtes aufgearbeitet und dargestellt. Das Gutachten stellt nochmals fest und erläutert im einzelnen, dass der Behandlungsvertrag in jedem Einzelfall frei auszuhandeln ist, er wird durch die MSR nicht eingeengt oder verändert. Einen Standardvertrag mit dem Inhalt der MSR gibt es rechtlich nicht. Allerdings gehen die Ärzte in der Praxis von der konkludenten Einwilligung der Schwangeren bei Inanspruchnahme der in den MSR vorgesehenen Maßnahmen aus.

Das Gutachten geht umfassend auf den Behandlungsvertrag in der Schwangerenvorsorge in zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Hinsicht, d.h. das Recht der GKV, ein. Der Umfang der ärztlich geschuldeten Tätigkeit ergibt sich, auch bei Kassenpatientinnen, allein aus dem privatrechtlichen Vertrag zwischen Arzt und Patientin. Alles was die Ärztin oder der Arzt tut, bedarf der Einwilligung der Patientin. Allerdings besteht natürlich zwischen dem

⁷ nach Nippert

Arzt als Experten und der Frau als medizinischer Laiin ein Gefälle, das nach den Grundsätzen des von der Rechtsprechung auf der Basis des allgemeinen Zivilrechtes entwickelten modernen Arztrechtes ausgeglichen wird

- durch die grundlegende ärztliche Pflicht zur Aufklärung als elementare Wirksamkeitsbedingung für die Einwilligung, den informed consent, d.h. die Einwilligung nach Aufklärung,
- durch die ärztliche Pflicht zur sorgfaltsgerechten Behandlung unter Beachtung des anerkannten medizinischen Standards und des Prinzipes, nicht zu schaden und fürsorglich zu handeln. Für Behandlungsfehler haftet er entsprechend. Das künftige Kind ist in diesen rechtlichen Schutzbereich einbezogen.

3.2 Informierte Zustimmung im Rahmen des Behandlungsvertrages:

Der informed consent, die informierte Einwilligung, ist die Rechtmäßigkeitsvoraussetzung jeder ärztlichen Tätigkeit überhaupt. Bei einer pränatalmedizinischen Maßnahme ist über alle spezifischen Risiken einer pränatalmedizinischen Maßnahme sowie über den Verlauf der Schwangerschaft mit und ohne Durchführung der Maßnahme und über die möglichen Folgen eines Befundes aufzuklären. Der Umfang der Aufklärungspflicht ist in der Pränatalmedizin weit gesteckt, weil das Wissen um die Diagnose belastend sein kann und zu gravierenden Folgeentscheidungen zwingen kann. Bei der Aufklärung und Einwilligung ist besonders zu beachten, dass sich die Sorge um die Gesundheit des Ungeborenen unterschiedlich äußern kann, einmal in dem Wunsch nach Inanspruchnahme oder im Gegenteil, in der Ablehnung der PND.

Die Frau muss in diesem Rahmen auch angemessen informiert werden über die vorgeburtliche Ultraschalldiagnostik, um wirksam über die Durchführung oder Nichtdurchführung entscheiden zu können. Hierzu gehören die Aufklärung über die mit der Maßnahme verbundenen typischen Risiken

und die Verlaufsaufklärung, d.h. Informationen über den weiteren Verlauf und die Folgen mit und ohne Behandlungsmaßnahme durch Ultraschall. Hier ist die Aufklärung über die Folge des Wissens um einen möglichen Zustand des Kindes mit der daraus resultierenden Frage nach dem Umgang mit diesem Wissen einzubeziehen.

Auch wenn die Durchführung einer Ultraschalluntersuchung dem medizinischen Standard entspricht und indiziert ist, bedarf jede Maßnahme der wirksamen Einwilligung. Die Mutterschaftsrichtlinien und die Aushändigung des Mutterpasses an die Frau ersetzen diese Einwilligung nicht. Die Frau ist auch nicht verpflichtet, in den von den MSR vorgegebenen Behandlungsumfang einzuwilligen. Die MSR begründen keine über den Leistungsanspruch nach SGB V hinausgehenden Rechte oder Pflichten.

Bei fehlender Einwilligung ist die Maßnahme, auch die Ultraschalluntersuchung, Körperverletzung, auch wenn die Maßnahme lege artis durchgeführt wird und indiziert ist. Umgekehrt bleibt dem Arzt die Möglichkeit, die Ablehnung der Patientin zu dokumentieren, um sich so seinerseits vor haftungsrechtlichen Konsequenzen zu schützen. Diese Möglichkeit wird viel zu wenig gesehen. Stattdessen entsteht der Eindruck, als führe die Rechtsprechung zum „Kind als Schaden“ zwangsläufig zur Durchführung der PND. Dem ist nicht so. Sie führt zum Erfordernis einer besseren Aufklärung und Dokumentation durch die Ärzte.

3.3 Mutterschaftsrichtlinien, Vergütungsregelungen, evtl. Behandlungsabbruch

Die Mutterschaftsrichtlinien „dienen der Sicherung einer nach den Regeln der ärztlichen Kunst und unter Berücksichtigung des allgemein anerkannten Standes der medizinischen Erkenntnisse ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen ärztlichen Betreuung der Versicherten während der Schwangerschaft und nach der Entbindung“. Der Mutterpass, der für jede

Schwangere nach Feststellung der Schwangerschaft ausgestellt wird, ist Bestandteil der Mutterschaftsrichtlinien.

Die MSR führen die einzelnen medizinischen Maßnahmen auf, mit denen mögliche gesundheitliche Gefahren für die Schwangere und das Kind während der Schwangerschaft, Geburt und frühkindlichen Entwicklung vermieden werden sollen. Sie umfassen einen Katalog von ärztlichen Maßnahmen und beschreiben den Leistungsumfang im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung bei der Behandlung der Schwangeren. In der Praxis führt das dazu, dass die darin vorgesehenen ärztlichen Leistungen automatisch bei jeder Schwangeren durchgeführt werden.

Das Zivilrecht wird vom Sozialrecht, zu dem auch die nach SGB V erlassenen MSR gehören, im Hinblick auf den Leistungsanspruch der versicherten Patientin konkretisiert. Die MSR bestimmen den Umfang der Versorgung der Versicherten durch die Krankenkasse und den Vertragsarzt. Der Arzt darf Leistungen nur unter den in den MSR genannten Voraussetzungen erbringen. Darüber hinausgehende Ansprüche haben die Versicherten nicht. Die Richtlinien bestimmen das Maß der Versorgung, das angeboten werden muss. Eine Verpflichtung der Versicherten, diese Leistungen in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen, besteht aber nicht.

Die Regelungen des SGB V und der darauf beruhenden MSR schränken das Selbstbestimmungsrecht der Frau nicht ein. Das Sozialrecht kennt zwar Mitwirkungspflichten der Versicherten (§§ 63 und 65 SGB I), die sich auch auf medizinische Maßnahmen beziehen können. Die Voraussetzungen sind hier aber in keiner Weise gegeben.

Auch das komplizierte vertragliche Vergütungssystem zwischen Krankenkassen, kassenärztlicher Vereinigung und Vertragsarzt ändert an diesem Befund nichts.

Der sog „Einheitliche Bewertungsmaßstab“ (EBM), der vom Bewertungsausschuss der

Verbände der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ausgehandelt wird, legt den Inhalt der abrechnungsfähigen Leistungen des Vertragsarztes und ihr wertmäßiges Verhältnis zueinander in Punktzahlen fest. Der EBM ist verbindliches Recht für die Vertragsärzte. Er regelt auch die Zusammenfassung von Leistungen zu Leistungskomplexen. Danach ist für die Schwangerenvorsorge nach EBM 100 eine vierteljährliche pauschale Vergütung festgelegt. Die Pauschale wird nach dem Wortlaut des EBM nur gezahlt, wenn die Leistung vollständig erbracht wurde (auch alle drei Ultraschalluntersuchungen). Diese Auslegung ist vom Landessozialgericht Baden-Württemberg bestätigt worden. Ein Arzt, der auf Wunsch einer Schwangeren weniger Ultraschalluntersuchungen durchgeführt hatte und gleichwohl die Pauschale bei der Krankenkasse abrechnen wollte, war damit vor dem Gericht unterlegen. Eine Revision wurde nicht zur Entscheidung angenommen unter Hinweis darauf, dass die Klärungsbedürftigkeit einer Rechtslage nicht gegeben sei. Damit wurde indirekt die Auffassung des Landessozialgerichtes bestätigt.

Der EBM könnte natürlich durch den Bewertungsausschuss abgeändert werden. Ob ein entsprechender Vorstoß aussichtsreich wäre, wage ich in Anbetracht der Verständnislosigkeit, auf die das Verfahren bei den beteiligten Institutionen der Ärzte und Krankenkassen gestoßen ist, zu bezweifeln, obwohl der Pauschalregelung des EBM 100 eigentlich die Ratio zugrunde lag, die Leistungen der Ärzte auf ein notwendiges Maß zu beschränken. Denn die Ärzte hatten im Laufe der Jahre die Anzahl der Ultraschalluntersuchungen immer mehr ausgedehnt.

Der Arzt, der die Pauschale nicht abrechnen kann, geht nicht leer aus. Er kann die Leistungen dann nach den speziellen Einzelpositionen der kurativen Versorgung abrechnen. Dies ist für ihn in der Regel ungünstiger, weil diese Leistungen Teil der budgetierten Gesamtvergütung des Kassenarztes sind, während die Pauschale der Schwangerenvorsorge außerhalb des Budgets gezahlt

wird und keiner zahlenmäßigen Begrenzung unterliegt. Allerdings mindern die von den Kassen vorab gezahlten Leistungen für die Pauschalen nach EBM 100 die an die Ärzte zu verteilende restliche Gesamtvergütung, was dann von Nachteil für alle Ärzte gleichermaßen ist. Die Einzelabrechnungen erfolgen unterschiedlich je nach Kasse. Einige Kassen zahlen auch hier Pauschalen pro Patient, andere geben Mengenbegrenzungen vor. Dann belasten alle durchgeführten Einzelleistungen das Praxisbudget und werden nicht mehr vergütet, wenn dieses Budget aufgebraucht ist. Fazit: man kann nicht sagen, dass der Arzt nicht angemessen vergütet würde, aber es ist nachvollziehbar, dass der Arzt ein Interesse an der Durchführung aller Ultraschalluntersuchungen hat.

Die Nachteile für die Ärzte in der Abrechnungsweise sind aber ein zusätzliches faktisches Hindernis für die ordnungsgemäße Herbeiführung des informed consent für jede Untersuchungsmaßnahme, an dem es in der Praxis ohnehin erheblich hapert.

Der Arzt kann wegen einer Weigerung der Schwangeren, eine Maßnahme durchzuführen, die in den MSR vorgesehen ist, wie z.B. eine Ultraschalluntersuchung, nicht etwa die Fortsetzung der Behandlung abbrechen. Grundsätzlich können zwar sowohl Arzt als auch Patientin jederzeit (zivilrechtlich!, nicht sozialrechtlich!) das Behandlungsverhältnis beenden, sofern durch die Weigerung das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patientin gestört ist. Der Arzt hat allerdings dabei dem Schutzbedürfnis der Frau Rechnung zu tragen. Er darf die Behandlung nicht zur Unzeit abbrechen, sondern nur dann, wenn die Frau die Möglichkeit der Weiterbehandlung durch einen anderen Arzt hat, anderenfalls macht er sich schadensersatzpflichtig.

Nach dem Recht der GKV kann der Arzt die Behandlung jedoch nicht abbrechen. In den Bundesmantelverträgen zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen und der kassenärztlichen Bundesvereinigung ist festgelegt, dass der kassenärztlich tätige

Arzt nur in begründeten Fällen berechtigt ist, eine Behandlung abzulehnen. Als solche werden aufgeführt: fehlendes Vertrauensverhältnis aufgrund eines persönlichen Zerwürfnisses, Verstöße der Patientin gegen therapeutisch notwendige Maßnahmen, Forderung der Patientin nach nicht notwendigen oder unwirtschaftlichen Behandlungen. Die Ablehnung eines Ultraschallscreenings kann diese Voraussetzungen nur schwerlich begründen.

Allerdings könnte der Arzt berechtigte Gründe für einen Behandlungsabbruch geltend machen, wenn er der Auffassung ist, dass eine Ultraschalluntersuchung oder eine andere pränataldiagnostische Maßnahme aus Gründen des Gesundheitsschutzes der Frau und/oder des Kindes, das in den Schutzzweck des Behandlungsvertrages mit einbezogen ist, unbedingt erforderlich ist und die Frau diese Maßnahme ablehnt, da hier das Vertrauensverhältnis gestört sein könnte. Der Arzt kann die Behandlung allerdings erst dann abbrechen, wenn sich die Schwangere rechtzeitig andere ärztliche Betreuung beschaffen kann.

3.4 Fazit:

Misst man die derzeitige Praxis an diesen rechtlichen Maßstäben des Gutachtens, so kann man nur Defizite beklagen. In der Praxis findet eine völlige Vermischung von behandlungsvertraglichen mit vergütungs- und haftungsrechtlichen Aspekten statt. Die „Paketlösung“ der Schwangerenvorsorge mit MSR, Mutterpass und die vergütungsrechtliche Anreizstruktur begünstigen die Automatik in der gynäkologischen Praxis und damit die Vernachlässigung der Aufklärung und Einholung des informed consent. Zu letzterem trägt auch die unzulängliche Vergütung für Beratungstätigkeit bei. Die Defizite in der Normalität der beruflichen Arztpraxis werden begünstigt durch missverständliche Formulierungen in den MSR und mangelnde Rechtskenntnisse bei den Ärzten.

Wie kann dem nun gegengesteuert werden?

Erforderlich ist eine bessere Aufklärung der Frauen über ihre Rechte, die es ihnen ermöglichen, im Alltag der ärztlichen Praxis, auch vor dem Hintergrund der Interessenlagen des Arztes, auf den Erfordernissen einer informierten Einwilligung zu bestehen. Das Gutachten schlägt hier vor, eine Präambel in die MSR aufzunehmen, um die Rechtslage transparent zu machen, vgl. den Wortlaut einer solchen Präambel Seite 21 m Gutachten.

4. Exkurs: Diskriminierungsverbot

Das Gutachten geht leider auf die Frage des Verbotes der Diskriminierung Behinderter nur kurz ein. Nach dem Gutachten ist in der derzeitigen Situation ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG⁸ nicht zu sehen. Art. 3 Abs. 3 GG untersagt, so das Gutachten, nicht pränataldiagnostische Maßnahmen, da die Regelungen nach ihrem Regelungsziel weder unmittelbar noch mittelbar eine Eingriffsermächtigung gegenüber dem künftigen Kind enthalten. Die Regelungen der

MSR und des Gebührenrechtes in Verbindung mit den grundlegenden Bestimmungen des SGB V dazu stützen keine Eingriffe in den Schutzbereich der Grundrechte des Art. 2 und 1 GG und stellen keine Benachteiligung von Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG dar.

Das Benachteiligungsverbot ist nicht nur ein Abwehrrecht und subjektives Grundrecht, das alle öffentliche Gewalt unmittelbar bindet. Es ist auch als objektive Wertentscheidung der Verfassung zu beachten. Seit dem Inkrafttreten des Art. 3 Abs. 3 S. 2 im Jahr 1994 ist es nicht mehr erlaubt, die eugenische bzw. embryopathische Indikation zu privilegieren, wie das noch im zweiten Abtreibungsurteil und in der vor 1995 geltenden Rechtslage des § 218a StGB der Fall war. Es verstößt gegen den objektivrechtlichen Gehalt des Art. 3 Abs. 3 Satz 2, ein Kind, das voraussichtlich behindert sein wird, unter einfacheren Bedingungen abzutreiben als ein nichtbehindertes Kind. Eben sowenig wie die embryopathische Indikation erlaubt oder gerechtfertigt werden kann, stünde eine erweiterte medizinische Indikation, die die frühere eugenische Indikation umfasst, im Einklang mit Abs. 3 Satz 2⁹. Die Praxis ist jedoch anders und wird gestützt durch die damalige Begründung des Gesetzentwurfes vom 28. 6. 95, mit dem die embryopathische Indikation abgeschafft wurde, in der es heißt¹⁰:

„Von der embryopathischen Indikation ist abgesehen worden. Vor allem die Äußerungen von Behindertenverbänden hatten nämlich gezeigt, dass eine derartige Regelung zu dem Missverständnis führt hat, die Rechtfertigung ergebe sich aus einer geringeren Achtung des Lebensrechtes eines geschädigten Kindes. Zwar beruhen von jeher die Regelungen betreffend die embryopathische Indikation demgegenüber auf der Erwägung, dass sich in solchen Fällen eine unzumutbare Belastung für die

⁸ „Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

⁹ Starck, in: v. Mangoldt-Klein-Starck, Grundgesetzkommentar Art. 3 Abs. 3 Rn. 387.

¹⁰ Bt-Drs. 13/1850 S. 26

Schwangere ergeben kann. Durch die Formulierung der medizinischen Indikation in § 218a Abs. 2 StGB können diese Fallkonstellationen *aufgefangen werden* (Hervorhebung d. Verf.). Damit wird klargestellt, dass eine Behinderung niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen kann.“

„Auffangen“ heißt aber gerade, dass sich an der Praxis nichts ändern sollte und musste. Denn der damalige Gesetzgeber ging davon aus, dass auch die embryopathische Indikation alter Fassung nicht gegen den damals gerade neu eingeführten Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verstieß, sondern nur zu einem solchen Missverständnis Anlass gab, weshalb seiner Ansicht nach die Praxis unter dem Etikett des neuen § 218a StGB weitergeführt werden durfte.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 hat keine unmittelbare Drittwirkung unter Privatpersonen¹¹. Denn die grundrechtliche Freiheit des einzelnen erlaubt dem Bürger prinzipiell, nach den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und 2 zu differenzieren (z.B.: nur den Angehörigen der eigenen Religionsgemeinschaft zu heiraten). Art. 3 Abs. 3 gewinnt jedoch Bedeutung, wenn z.B. Private Leistungen oder Waren öffentlich anbieten. Vom Verfassungsgesetzgeber war die Ausstrahlungswirkung des neu eingefügten Benachteiligungsverbotes Behinderter auf das Privatrecht und zum anderen ein Auftrag an den Staat, auf die gleichberechtigte Teilhabe Behinderter hinzuwirken, intendiert¹². Mit den in Art. 3 Abs. 3 als diskriminierend auf-

¹¹ Heun in: Grundgesetzkommentar, Hrsg. Dreier, 1996, Art. 3 Rn. 123

¹² Eine Aussage wie die von Passarge und Rüdiger im Erfahrungsbericht mit Kosten-Nutzen-Analyse von 1979 wäre ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 und würde heute wohl kaum noch so gemacht: „Durch primäre Pränataldiagnostik bei allen Müttern ab 38 Jahren würden in der gesamten Bundesrepublik Deutschland die Kosten dieser Untersuchung nur etwa ¼ der erforderlichen Aufwendungen zur Pflege der Kinder mit Trisomie 21 betragen. In absoluten Zahlen ständen Aufwendungen für ihre Prävention in Höhe von rund 13,5 Mill. gegenüber.“

gezählten Merkmalen¹³ wird eine eindeutige Wertung getroffen. Derartige Merkmale sind aus dem Kreise der denkbaren Differenzierungs-Begründungen herausnehmen.

Fest steht aufgrund von Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, dass die Behinderung kein Anknüpfungspunkt für die rechtliche Ungleichbehandlung sein¹⁴ darf. Dies ist aber weder im neuen § 218a StGB der Fall, insofern als Anknüpfungspunkt die Gesundheit der Frau ist und sich alle Schwangerschaftsabbrüche allein aus dem Interesse der Frau rechtfertigen und auch nicht in den Richtlinien der Bundesärztekammer und der Gesetzlichen Krankenversicherung (Mutterschaftsrichtlinien und Vergütungsrecht).

In der Praxis ist ein Spätabbruch nach Ablauf des dritten Monats bei Behinderung eines Kindes aber in der Regel möglich, in anderen Fällen nicht. Hier liegt eine faktische Benachteiligung des Kindes, das als Grundrechtsträger ein Recht auf Leben hat. Die der PND zugrundeliegenden Regelungen, § 218a StGB, das kassenärztliche Leistungsrecht mit den MSR¹⁵ und die Richtlinie der BÄK¹⁶, zielen zwar nicht auf den Eingriff in das Lebensrecht des Kindes bzw. den Schwangerschaftsabbruch ab, obwohl er in den meisten Fällen das Motiv und die Folge der PND ist. Der Eingriff der PND hat, da

¹³ Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Herkunft, Glauben, Anschauungen, Behinderung

¹⁴ Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 3 Abs. 3 Rn. 174

¹⁵ Ziel der MSR ist es, mögliche Gefahren für Leben und Gesundheit von Mutter und Kind abzuwenden sowie Gesundheitsstörungen rechtzeitig zu erkennen und einer Behandlung zuzuführen.

¹⁶ Ziel der PND ist nach der Richtlinie, Störungen der embryonalen und fetalen Entwicklung zu erkennen, durch Früherkennung von Fehlentwicklungen eine optimale Behandlung der Schwangeren und des ungeborenen Kindes zu ermöglichen, Befürchtungen und Sorgen der Schwangeren zu objektivieren und abzubauen und Schwangeren Hilfe bei der Entscheidung über die Fortsetzung oder den Abbruch der Schwangerschaft zu geben.

nur in den seltensten Fällen eine Therapie oder Prävention zur Verfügung steht, letztlich das Ziel des Schwangerschaftsabbruches. Die Frage ist, inwieweit durch die medizinische Entwicklung von Testmethoden, die den Schwangerschaftsabbruch bei Behinderung des Kindes zur Folge haben, und den Aufbau von Versorgungsstrukturen, die die Anwendung dieser Tests in der Praxis erleichtern, und die Finanzierung durch die Krankenkassen nicht doch die in Art. 3 GG getroffene Wertentscheidung des Grundgesetzes verletzt wird.

Ich bejahe diese Frage und meine, dass der Staat verpflichtet ist, hier gesetzlich tätig zu werden und mittelbaren und strukturellen Diskriminierungen entgegenzuwirken.

Allerdings ist bei einer gesetzlichen Regelung das Selbstbestimmungsrecht der Frau mit einzubeziehen. Das BVerfG hat in seinem Urteil zur Fristenregelung beim Schwangerschaftsabbruch von 1993 bereits festgestellt, dass der Grundrechtsschutz des Ungeborenen nur mit und nicht gegen die Frau durchgesetzt werden kann und, zum Schutz der Grundrechte der Frau, auf die strafrechtliche Durchsetzung des Abtreibungsverbotens verzichtet.

5. Handlungsmöglichkeiten

5.1 Mutterpass:

Der Mutterpass, der sich im Gegensatz zu den MSR in Händen jeder Schwangeren befindet, sollte als zusätzliches Informationsmedium für die Schwangere eingesetzt werden. In die MSR und im Mutterpass könnte dargelegt werden, welche Rechte und Pflichten die Frau hat. Grundlegende Informationen zum Behandlungsvertrag, zum Erfordernis der Einwilligung nach Aufklärung könnten in den Mutterpass aufgenommen werden. Auf die bestehenden verschiedenen Möglichkeiten der Beratung, auch nach dem Schwangerenkonfliktgesetz¹⁷ sowie nach der ärztlichen Richtlinie zur PND, sollte hingewiesen werden.

¹⁷ § 2 Abs. 2 SchKG: Der Anspruch auf Beratung umfasst Informationen über ... 3.

In den Mutterpass sollten daneben die verschiedenen Optionen der Schwangerenbegleitung, wie die Möglichkeit, eine Hebamme mit der Schwangerschaftsbegleitung zu beauftragen und durch die GKV abzurechnen, aufgenommen werden. (Diese Forderung dürfte aber eine völlige Illusion sein in Anbetracht der Tatsache, daß die Richtlinien durch die Ärzteschaft und Krankenkassen formuliert werden.)

5.2 Vergütungsregelung

Die Regelung der pauschalen Vergütung des sog. „Einheitlichen Bewertungsmaßstabes“ (EBM) sollte hinsichtlich des Ultraschallscreenings in Anbetracht der möglichen gravierenden Folgen für die Frau und das Kind aufgehoben werden, um jegliche nicht beabsichtigte, aber mögliche Automatik oder Zwang auszuschließen. Antworten wie diejenigen von Herrn Jung, Vorsitzender des Bundesausschuss Ärzte und Krankenkassen sind skandalös! (Zitat auf ein Schreiben des Diakonischen Werkes zum Problem der PND: „Solange Sie keine konkreten Vorstellungen haben, in welcher Weise Sie sich eine Änderung der Mutterchaftsrichtlinien vorstellen, sind Forderungen nach einer Änderung völlig überflüssig ...“. Der Bundesausschuss ist quasi das Gesetzgebungsorgan der selbstverwalteten Ärzteschaft und hat öffentlich-rechtliche Schutzpflichten, auch gegenüber Behindereten.) Eine Abrechnungsweise, die die Entscheidungsfreiheit der Frau auch faktisch verbessert, ist in Anbetracht der hochrangigen indirekt betroffenen Rechtsgüter auf Seiten von Frau und Kind und den demgegenüber nicht ins Gewicht fallenden Interessen der Krankenkassen an einer möglichst unkomplizierten Abrechnungsweise und Kontrolle der Ärzte sachgerecht.

Vorsorgeuntersuchungen bei Schwangerschaft und die Kosten der Entbindung, ... 7. Lösungsmöglichkeiten für psychosoziale Konflikte im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft

5.3 Umfassende Information, Aufklärung und Beratung bei PND:

Sie sind das zentrale Instrument für die Begrenzung der PND. Allerdings bleibt derzeit die Frage unbeantwortet, ob in der Pränatalen Diagnostik ebenso wie bei sonstigen genetischen Testangeboten der Grundsatz gilt: Je besser die Leute aufgeklärt sind, um so geringer ist die Nachfrage. Manche bezweifeln dies. Bei einer Regelung sind die unterschiedlichen Funktionen und Inhalte von Information, Aufklärung und Beratung zu unterscheiden:

- Information meint die Bereitstellung und Weitergabe von sachbezogenen Informationen,
- Aufklärung meint die Bereitstellung eines Rahmens, der eine eigene Auseinandersetzung und Bewertung ermöglicht,
- Beratung bezieht die konkrete Lebenssituation und Lebensplanung der Betroffenen mit ein und unterstützt diese bei einer emotionalen Einordnung ihrer Situation und ihrer jeweiligen Entscheidung.

Information und Aufklärung sind für Frauen wie für Ärzte obligatorisch. Bei der PND kommt man meines Erachtens aber um die Regelung einer Pflichtberatung nicht herum. Ein Beratungsangebot halte ich nicht für ausreichend. Allerdings stellt sich hier die Frage, wie mit der ungezielten Pränataldiagnostik durch Ultraschalluntersuchung umzugehen ist (vgl. dazu weiter unten).

Die Beratung vor PND muss neben der medizinischen Beratung einschließlich der humangenetischen Beratung, bei der es um eine individuelle Risikoberechnung geht, die psychosoziale Beratung vor und, bei pathologischem bzw. unerwünschtem Befund, nach der Diagnostik umfassen. Dabei sollte eine Unterscheidung zwischen therapierbaren und nicht-therapierbaren Auffälligkeiten vorgenommen und Informationen über konkrete Hilfen durch therapeutische Interventionen, familienentlastende Maßnahmen

sowie Kontakte zu Selbsthilfegruppen vermittelt werden.

Schwangerschaftsabbrüche nach Pränataldiagnostik (sog. Spätabbrüche) bzw. nach Ablauf der ersten drei Monate sollten nur noch in speziellen Zentren und nach umfassender Beratung, auch in psychosozialer Hinsicht, durchgeführt werden. Dies muss gesetzlich geregelt werden. Die Zentren haben die Beratung sicherzustellen durch organisatorische Maßnahmen und Zusammenarbeit mit qualifizierten unabhängigen Beratungsstellen.

Die Beratungspflicht vor einem Abbruch ist als Minimum zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht obligatorisch zu regeln. Dem Problem, dass in der Praxis des medizinischen Alltages in der Regel aus praktischen Gründen die Information, Aufklärung und Beratung nicht im erforderlichen Umfang erfolgen, kann nur entgegengewirkt werden, indem eine rechtliche Verbindlichkeit hierzu festgelegt wird, die, das ist entscheidend, die Nichtdurchführung mit wirksamen Sanktionen wie finanziellen Nachteilen flankiert, d.h., der Nachweis der vorgeschriebenen Aufklärung und Beratung vor PND als Voraussetzung der Bezahlung für den Arzt¹⁸. Die im Abrechnungskatalog der Gynäkologen enthaltene Möglichkeit der Abrechnung von Beratung ist offenbar nicht geeignet, eine Beratung im erforderlichen Umfang sicherzustellen.

Die statistische Erfassung von Problemfällen, insbesondere zur Sicherstellung der Beobachtungs- und Schutzpflicht des Gesetzgebers, ist zu verbessern; vor allem: Anzahl der festgestellten Behinderungen, Art der Behinderungen, Anzahl der Schwangerschaftsabbrüche und Zeit des Abbruchs (Woche).

Die Richtlinien der BÄK zur PND sehen vor der Durchführung einer ungezielten PND,

¹⁸ (Dies hatte auch die CDU/CSU-Bundestagsfraktion in ihrem Antrag zur Spätabtreibung vom 3. 7. 01, BT-Drs. 14/6635, gefordert.)

also der in den MSR und im Mutterpass verankerten Ultraschalluntersuchung, zwar eine „aufklärende Beratung“ vor. Eine ausführliche Beratung, deren Inhalte in der Richtlinie im einzelnen vorgegeben werden, z.B. auch zu Alternativen zur Nicht-Inanspruchnahme der PND und über das psychologische und ethische Konfliktpotential, sieht die Richtlinie aber nur vor einer gezielten PND vor.

Ich halte es eigentlich für erforderlich, dass eine Beratung mit den erweiterten Anforderungen auch vor jeder Inanspruchnahme der ungezielten PND im Rahmen der Schwangerenvorsorge nach den MSR geregelt wird. Die Ultraschalluntersuchung ist mit den heute zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten eine genetische Untersuchung. Nach einem Arbeitsentwurf des Bundesministeriums für Gesundheit zu einem Gentestgesetz, der allerdings in dieser Legislaturperiode nicht mehr weiterverfolgt werden soll, umfasst der Begriff der „genetischen Untersuchung“ die gezielte Untersuchung des menschlichen Erbgutes oder von Teilen des menschlichen Erbgutes mittels einer Phänotyp-Analyse, Chromosomen-Analyse, proteinchemischen Analyse oder DNA-Analyse zur Feststellung nicht offenkundiger genetischer Eigenschaften. Damit fiel auch die Ultraschalluntersuchung, mittels der (auch) nach Merkmalen für chromosomale Abweichungen gesucht wird, unter die Regelungen des Gesetzes.

Es gibt derzeit einen gesellschaftlichen Konsens, dass genetische Untersuchungen einer einschränkenden gesetzlichen Regelung mit speziellen Schutzvorkehrungen bedürfen. Dies muss erst recht für vorgeburtliche Tests gelten, da es hier letztlich um ein Entscheidung über Leben oder nicht Leben geht, also eine über die Prävention und Behandlung an geborenen Menschen hinausgehende zusätzliche Dimension.

Allerdings wird damit über diese erweiterte Beratung vor der Inanspruchnahme der Ultraschalluntersuchung die Problematik dieser pränatalen Diagnostik erst recht für

jede Frau zum Routinethema der Schwangerenvorsorge.

Die Gremien der Selbstverwaltung haben die Sicherstellung der Durchführung und Qualität der humangenetischen Beratung zu gewährleisten. Eine Ausweitung der Kapazitäten gegenüber dem jetzigen Angebot ist dafür erforderlich.

5.4 Trennung von PND und Schwangerenvorsorge in den MSR:

Ist es möglich, in den MSR die Untersuchungen, die nur nicht-therapierbare Krankheiten und Eigenschaften betreffen, zu trennen von den anderen, die präventive oder therapeutische Behandlungen ermöglichen und die Inanspruchnahme der nicht-therapierbaren Eigenschaften an engere Voraussetzungen zu knüpfen, sie aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung auszunehmen oder sogar zu verbieten?

In der Ultraschalluntersuchung können zum einen für die Vorbereitung der Geburt und die Therapie vor und nach der Geburt wichtige Informationen gewonnen werden, wie Mehrlingsschwangerschaft, Lage der Plazenta oder z.B. zu geringes Wachstum. Letzteres kann z.B. therapierbar sein, wenn es auf einem Infekt beruht. Durch die Feststellung eines krankhaften Befundes können, wenngleich nur in einigen wenigen Fällen, die Behandlungsmöglichkeiten sofort nach der Geburt optimiert werden. Die drei Untersuchungen nach den MSR sind, auch die zweite Untersuchung, nach den MSR und nach dem Stand der medizinischen Erkenntnisse wichtig für diagnostische Abklärungen mit dem Ziel der Risikominimierung. Andererseits zeigen dieselben Aufnahmen auch Merkmale, die nicht therapierbar sind, wie z.B. eine auffällige Nackenfalte, was ein Anzeichen für Down-Syndrom sein kann.

Aus fetalem Blut lassen sich neben Erkrankungen des blutbildenden Systems, Stoffwechselerkrankungen und Infektionen die Zahl und grobe Struktur der Chromosomen

erkennen, und es können eine Vielzahl von genetischen Erkrankungen des Fetus sicher diagnostiziert werden. Ziel der invasiven Diagnostik ist es jedoch auch, die Schwangere, die ein erhöhtes Risiko für eine Chromosomenanomalie hat oder eine andere vorgeburtliche erkennbare genetische Erkrankung trägt, durch die Übermittlung eines unauffälligen Befundes zu beruhigen. Denn obwohl bei Frauen über 35 von einem erhöhten Risiko gesprochen wird, ist der Befund bei 98 % dieser Frauen unauffällig. Ferner wird bei Verdacht auf eine das Kind schädigende Infektion durch den Ausschluss von Erregern im Fruchtwasser oder fetalen Blut eine Schädigung des Kindes unwahrscheinlich gemacht und so einem Schwangerschaftsabbruch auf Verdacht vorgebeugt.

Der Rückgang der Spätabbrüche belegt nach Ansicht vieler Ärzte, dass Verdachtsabbrüche durch die PND vermieden werden. Ziel der PND ist laut Richtlinie der Bundesärztekammer auch, Befürchtungen der Schwangeren abzubauen und zu objektivieren. Die Zahl der Abbrüche aus kindlicher Indikation sind in den letzten 20 Jahren laufend zurückgegangen. Von 5,2 % 1976 (3.700) auf deutlich weniger als 1 % (700) 1990, inzwischen noch weniger. Dies wird auf die verbesserte Pränataldiagnostik zurückgeführt.

Das ungeborene Kind ist in den ärztlichen Beratungs- und Behandlungsvertrag mit einbezogen. Bei der Frage, inwieweit eine Trennung von therapierbaren und nicht-therapierbaren Krankheiten oder Behinderungen in den MSR, in den Richtlinien und im Vergütungsrecht erfolgen kann, ist auch zu berücksichtigen, dass zu unterscheiden ist zwischen den Indikationen bezogen auf das Kind und denjenigen, die auf die Frau bezogen sind (v.a. die „psychologische“ Indikation). In der Diskussion wird hier nicht genügend unterschieden.

Fazit: Eine Trennung von therapierbaren und nicht-therapierbaren Erkrankungen in den MSR und in der Schwangerenvorsorge

ist meines Erachtens daher nicht realisierbar.

Die Herausnahme von Leistungen der invasiven PND aus dem Katalog der GKV, wie dies häufig gefordert wird, führt zu sozialer Ungerechtigkeit, denn es werden die Leistungen dann privat nachgefragt.

Für neue Testverfahren wie den Triple-Test müssen das Verfahren und die Qualitätssicherung bei der Einführung in die Praxis gesetzlich geregelt werden.

Exkurs: Arbeitsentwurf für ein Gesetz für genetische Diagnostik BMG

Die vorgeschlagenen Regelungen sehen vor, dass die PND nur zu medizinischen Zwecken zulässig sein soll. Ein solcher Zweck liegt nach dem Entwurf nicht vor, wenn die Untersuchung darauf abzielt, eine genetische Veranlagung des Embryos/Fetus festzustellen, die seine Gesundheit oder die Gesundheit der Frau nach dem Stand der Wissenschaft nicht beeinträchtigt oder das Geschlecht aus anderen als medizinischen Gründen festgestellt werden soll. Bei der PND ist die genetische Beratung durch den Arzt vor der Untersuchung Pflicht, nicht nur Angebot. Die genetische Beratung umfasst die möglichen medizinischen, psychischen und sozialen Folgen.

Das Gesetz versucht damit immerhin eine Eingrenzung der PND, indem es eine Beratungspflicht und ein Verbot jenseits medizinischer Tests vorsieht. Jedoch besteht die Schwierigkeit, den Begriff der medizinischen Zwecke zu definieren und auch die Negativabgrenzung anhand des Begriffes der Gesundheit ist zu unbestimmt. Er deckt die gesamte derzeitige Praxis ab. Denn die strafrechtlichen Regelungen zu Spätabtreibungen setzen eine medizinische Indikation voraus, ohne dass dies eine begrenzende Funktion in der Praxis hätte. Es sollte eine krankheitsbezogene Definition erfolgen.

5.5 Kind-als-Schaden-Rechtsprechung:

Wie bereits gesagt, hat die Rechtsprechung Ärzte zur Unterhaltszahlung für ein behindertes Kind verurteilt, wenn aufgrund fehlerhafter ärztlicher Beratung oder Diagnostik eine Krankheit oder Behinderung des Kindes während der Schwangerschaft nicht entdeckt wurde und die Frau nachweisen konnte, dass sie bei Kenntnis der Krankheit oder Behinderung des Kindes eine Abtreibung vorgenommen hätte. Abzustellen ist nach der Rechtsprechung auf den Inhalt des Beratungs- oder Behandlungsvertrages. Der Arzt/die Ärztin ist zum Ersatz des Schadens bis hin zum Ersatz der Unterhaltskosten verpflichtet, wenn Hinweise auf ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko vorliegen oder nach dem Stand der medizinischen Kenntnisse erkennbar gewesen wären und er/sie dies nicht erkennt und/oder die Frau danach nicht auf die Möglichkeit einer weiterführenden PND zur Abklärung des Risikos aufgeklärt wird oder wenn die Frau auch ohne konkretes Risiko nach solchen Diagnosemöglichkeiten fragt und sie nicht über diese Möglichkeiten aufgeklärt wird.

Die Richtlinien der BÄK gehen darüber noch hinaus und stellen als ärztliche Verpflichtung fest: „Im Rahmen dieses Behandlungsvertrages ist der Arzt verpflichtet, auf die Möglichkeit hinzuweisen, Schäden des Kindes zu diagnostizieren ... Anzeichen auf ein erhöhtes Fehlbildungsrisiko erfordern es, die Frau über die Möglichkeiten der invasiven Pränataldiagnostik aufzuklären.“

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat als entscheidend für die Haftung des Arztes die Frage angesehen, ob sich der Schutzzweck des Vertrages auch darauf bezieht, durch einen Schwangerschaftsabbruch Vorsorge gegen wirtschaftliche Nachteile durch eine Unterhaltsbelastung der Eltern zu treffen¹⁹. Der Unterhalt bildet nur dann einen ersatzpflichtigen Schaden, wenn der Schutz vor wirtschaftlichen Belastungen Gegenstand des Behandlungs- oder Beratungsvertrages war.

¹⁹ BGH NJW 2000, 1782

Da erste Urteil, das die Inanspruchnahme der PND in der gynäkologischen Praxis hochschnellen ließ (es kam, wie gesagt, schon während der Dauer des Verfahrens zu einer Verdoppelung), erging im Jahre 1984. Der BGH stellt hier grundsätzlich fest:

Auch die unvollständige Beratung der Mutter während der Frühschwangerschaft über Möglichkeiten der Früherkennung von Schädigungen der Leibesfrucht, die den Wunsch der Mutter auf Unterbrechung der Schwangerschaft gerechtfertigt hätten, kann einen Anspruch der Eltern gegen den Arzt auf Ersatz von Unterhaltsaufwendungen für das mit Behinderungen geborene Kind begründen.

Die Beweislast dafür, dass die Mutter nach umfassender und richtiger Beratung sich nicht für eine pränatale Untersuchung und nach einem für sie evtl. ungünstigen Ergebnis nicht für einen Abbruch entschieden hätte, trägt der Arzt.

Der Arzt hat den gesamten Unterhaltsbedarf für das geschädigte Kind zu ersetzen.

Ein solcher Behandlungsfehler kann aber nur dann zu einer Haftung führen, wenn ein Schwangerschaftsabbruch rechtlich zulässig wäre. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur fehlerhaften Beratung oder Pränataldiagnostik während der Schwangerschaft bezieht sich bisher auf die bis 1995 geltende Regelung des § 218a StGB und die darin geregelte kindliche bzw. embryopathische Indikation oder die Notlagenindikation als Rechtfertigungsgrund für einen Schwangerschaftsabbruch. Wie der Bundesgerichtshof aufgrund der Regelung des § 218a neue Fassung entscheiden würde, ist offen²⁰. § 218a StGB in der neuen, seit 1.10.1995 geltenden Fassung sieht (soweit

²⁰ Ein Revisionsverfahren über ein Urteil des Oberlandesgerichtes Augsburg (2 U 363/00), welches einen Schadensersatzanspruch auf den gesamten Unterhaltsbedarf des behinderten Kindes nebst Schmerzensgeld für die Mutter nach § 218a neue Fassung zugesprochen hatte, ist anhängig.

es sich nicht um rechtswidrige, aber straf-freie Abbrüche nach dem Beratungsmodell innerhalb der 12-Wochen-Frist handelt, die bei einem Abbruch nach Pränataldiagnostik in der Regel überschritten sein dürfte) als Rechtfertigungsgrund neben der kriminologischen Indikation nur noch die medizinische Indikation vor. Inwieweit hier die haftungsbegründende Anforderung des BGH, die Vermeidung von wirtschaftlichen Nachteilen als Schutzzweck des ärztlichen Vertrages, gegeben sein kann, ist fraglich. Bei der medizinischen Indikation geht es nicht um die Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile, sondern um die Abwendung schwerer Gefahren für die Gesundheit der Schwangeren. Daher hat der BGH bisher auch die medizinische Indikation zur Begründung der Rechtmäßigkeit des (verpass-ten) Schwangerschaftsabbruches zugrundegelegt.

Ungeachtet dieser ungeklärten Situation ist die aktuelle Rechtslage zum behinderten „Kind als Schaden“ als eine der Ursachen für den dramatischen Anstieg der Anwendung der Pränataldiagnostik anzusehen²¹. Ärztinnen und Ärzte, die Schwangerschaftsvorsorge betreiben, fühlen sich unter einem erheblichen Druck, selektive Diagnosemöglichkeiten anzubieten, um sich vor späteren Schadensersatzansprüchen zu schützen. Dabei bleibt viel zu häufig die Beratung und Information der Schwangeren auf der Strecke. Die immer gegebene Möglichkeit, dass die Frau konkret im Rahmen des ärztlichen Behandlungsvertrages auf einzelne Behandlungsmaßnahmen nach Beratung konkret verzichtet und die Dokumentation dieses Verzichtes mit der Folge, dass der Arzt/die Ärztin haftungsrechtlich nichts zu befürchten hat, ist viel zu wenig bekannt.

Während die Verhinderung der Geburt eines Kindes bei Durchkreuzung der elterlichen Familienplanung mangels Vermögensschaden sanktionslos bleibt, gilt das Gegenteil für die Erhaltung des Kindes. Damit hat aus - vermeintlicher - rechtlicher Notwendigkeit ein lebensfeindliches Prinzip Eingang in die Praxis des ärztlichen Handelns gefunden.

Dem sollte der Gesetzgeber entgegentreten und einen Haftungsausschluss gesetzlich insoweit regeln, als die Geburt eines Kindes nicht durch einen Schwangerschaftsabbruch verhindert wurde. Das lebensfeindlich wirkende Haftungsrecht sollte durch eine andere Konstruktion ersetzt werden, ohne das Prinzip, dass der Arzt/die Ärztin für mangelhafte Tätigkeit verantwortlich gemacht wird, ganz aufzugeben. In Frage kommt eine Patientenversicherung, die die zusätzliche Belastung durch eine Behinderung oder Krankheit des Kindes kompensiert. Mangelhafte ärztliche Tätigkeit sollte durch das Gebührenrecht und andere Maßnahmen berufsrechtlicher Art sanktioniert werden.

*Ulrike Riedel ist Rechtsanwältin
aus Berlin und Mitglied in der
Enquetekommission
„Recht und Ethik der modernen Medizin“*

*Rede auf der Tagung des Netzwerk gegen
Selektion durch Pränataldiagnostik
vom 15. – 17. Februar 2002
in Remagen/Rolandseck*

*Tagungsthema
„Wir wollen uns nicht gewöhnen
Können gesetzliche Regelungen und
Richtlinien Selektion durch
Pränataldiagnostik verhindern?“*

²¹ Hennen et al. 2001. S. 71 ; Nippert 2001a, S. 135f.

KONSEQUENZEN AUS DEM RECHTSGUTACHTEN

I. Das Netzwerk gegen Selektion durch Pränataldiagnostik hat auf seiner Tagung am 15. – 17. Februar 2002 in Rolandseck die Ergebnisse des Gutachtens „Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts der Frau bei der Betreuung nach Mutterschaftsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen“ von Herrn Professor Dr. Robert Franke und Daniela Regenbogen diskutiert.

Das aus unserer Sicht entscheidende Ergebnis ist,

- dass die informierte Zustimmung der Frau zu jeder diagnostischen Maßnahme in der Schwangerenvorsorge erforderlich ist,
- dass eine Einwilligung der Frau nur wirksam ist nach ausreichender Beratung und Aufklärung,
- und dass das Erfordernis der informierten Zustimmung nicht dadurch ersetzt werden kann, dass die Schwangerenvorsorge leistungsrechtlich als ein „Paket“ gestaltet ist und pauschal vergütet wird.

Daraus lässt sich schließen, dass nicht die Mutterschaftsrichtlinien selber, wohl aber die derzeitige Praxis der Schwangerenvorsorge nicht rechtskonform ist.

Auf der einen Seite geht die überwiegende Zahl der Ärzte/Ärztinnen von einer durch die Mutterschaftsrichtlinien begründeten automatischen Abfolge der Untersuchungen aus. Dass die pauschale Vergütung nur gezahlt wird, wenn alle Leistungen erbracht werden, bestärkt sie in dieser Handlungsweise. Auf der anderen Seite sind die schwangeren Frauen nicht darüber informiert, dass sie jede einzelne Maßnahme auch ablehnen können. Dieser Eindruck wird bei ihnen durch die Gestaltung des Mutterpasses und die routinemäßigen Abläufe der Schwangerenvorsorge verstärkt.

Das Netzwerk gegen Selektion durch Pränataldiagnostik begrüßt die Forderung nach informierter Zustimmung vor jeder einzelnen pränataldiagnostischen Maßnahme. Damit wird die Autonomie der schwangeren Frau und ihr Recht auf Nichtwissen respektiert. Sie erhält die Möglichkeit, Untersuchungen abzulehnen, insbesondere wenn diese keine kurative, sondern eine selektive Wirkung haben.

Wir begrüßen auch den Vorschlag aus dem Gutachten, in den Mutterschaftsrichtlinien explizit festzustellen, dass eine schwangere Frau nicht verpflichtet ist, alle angebotenen Leistungen in Anspruch zu nehmen. Auch im Mutterpass, der der schwangeren Frau ausgehändigt wird, sollte ein Hinweis auf ihre Rechte enthalten sein. Dazu gehört der Hinweis auf behandlungsunabhängige psychosoziale Beratungsangebote sowie auf das Angebot der Vorsorge durch Hebammen.

Wir fordern die ärztlichen Standesorganisationen und den Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen auf, das Erfordernis der informierten Zustimmung vor jeder pränataldiagnostischen Maßnahme in der Schwangerenvorsorge umzusetzen. Dazu gehört neben der Information der schwangeren Frau über ihre Rechte

- ***eine erste Aufklärung über das Wesen von Pränataldiagnostik mit den möglichen Konsequenzen von Befunden zu einem sehr frühen Zeitpunkt***
- ***eine Verständigung zwischen GynäkologIn und schwangerer Frau darüber, was die Vorsorge beinhalten soll.***
- ***die Einhaltung von Bedenkzeiten z.B. zur Einholung einer zweiten Meinung oder für eine psychosoziale Beratung***
- ***die bessere Vergütung nicht-technischer Leistungen in der Schwangerenvorsorge***

Außerdem muss das Vergütungssystem so geändert werden, dass dem Arzt/der Ärztin keine Nachteile erwachsen, wenn sie einzelne Leistungen aus dem Vorsorgepaket nicht durchführen.

II. Ein besonderes Problem stellt das Ultraschallscreening dar, das zur Zeit als integraler Bestandteil des Vorsorgepakets durchgeführt wird. Nach dem heutigen Stand der Medizintechnik dient es nicht mehr nur der Gesunderhaltung der schwangeren Frau und des Ungeborenen. Befunde über nichttherapierbare Krankheiten und Eigenschaften des Ungeborenen werden erhoben oder fallen an, die die schwangere Frau psychisch belasten und vor die Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch stellen können.

Das Gutachten stellt deshalb fest, dass die Forderung nach umfassender Aufklärung und informierter Zustimmung auch und sogar in besonderer Weise für den Ultraschall gilt.

Aus der Sicht der schwangeren Frau ist es aber wünschenswert, dass sie insbesondere in der Frühschwangerschaft nicht automatisch mit der vor einem Ultraschall notwendigen umfassenden Aufklärung konfrontiert wird, Informationen erhält und Möglichkeiten eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs aufgezeigt bekommt, nach denen sie gar nicht fragt.

Deshalb schlagen wir als einen ersten Schritt zu der von uns geforderten Entkopplung von Schwangerenvorsorge und Pränataldiagnostik vor

Die drei in den Mutterschaftsrichtlinien vorgesehenen Ultraschalluntersuchungen sind aus dem bisherigen Vorsorgepaket herauszunehmen und als „Kann-Leistungen“ zu definieren. Sie können, wie es arztrechtlicher Standard ist, nur durchgeführt werden, wenn ihnen jeweils eine umfassende Aufklärung und die ausdrücklich Zustimmung der schwangeren Frau vorangeht. (Das gilt natürlich erst recht für alle weiteren Ultraschalluntersuchungen.)

Die Vergütung ist so zu gestalten, dass dem Arzt/der Ärztin keine Nachteile entstehen wenn keine Ultraschalluntersuchungen durchgeführt werden, und auch keine Anreize zur Durchführung gegeben werden.

Der Mutterpass ist entsprechend umzugestalten: Herausnahme der Ultraschalluntersuchungen aus dem allgemeinen Teil, Hinweis auf die Freiwilligkeit und auf die Notwendigkeit einer informierten Zustimmung.

Dieser Lösungsvorschlag greift nur unwesentlich in Wortlaut und Intention der Mutterschaftsrichtlinien ein und ist im Rahmen der derzeit geltenden rechtlichen Vorgaben kurzfristig umsetzbar.

Längerfristig streben wir an:

- Die rechtlich abgesicherte Herausnahme aller Maßnahmen aus der allgemeinen Schwangerenvorsorge, die nach in der Schwangerschaft nicht behandelbaren Behinderungen/Krankheiten suchen: Der Hinweis auf die Fruchtwasseruntersuchung auf der Grundlage der Altersindikation sowie insbesondere die Untersuchungen des Blutes der Mutter auf genetische Merkmale des Ungeborenen.
- Die Überprüfung des Ultraschallscreenings und gegebenenfalls Änderung der Praxis
- Demokratische Kontrolle des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, der über die Inhalte und Standards in den Mutterschaftsrichtlinien entscheidet Einbeziehung aller Berufsgruppen, die mit der Betreuung schwangerer Frauen befasst sind.

ANHANG

Rundbriefe

Die Rundbriefe des Netzwerkes erscheinen zwei mal im Jahr mit unterschiedlichen Schwerpunkten

- Rundbrief 11
Schwerpunkt „Weil Pränataldiagnostik Leid verhindert?“
- Rundbrief 12
Schwerpunkt: Die aktuelle Gentechnik-Debatte; PID; Beratung
- Rundbrief 13
Sonderheft Rechtsgutachten zur Schwangerenvorsorge nach den Mutterschafts-Richtlinien
48 Seiten; 5.00 €

Dokumentation

„Pränataldiagnostik und ihre Bedeutung für Menschen mit Behinderungen und ihre Angehörigen“
48 Seiten; 5.00 €

Eine Dokumentation der **Kursreihe** „Beratung im Kontext von Pränataldiagnostik und Reproduktionsmedizin“ als Handreichung für die Durchführung von Fortbildungen wird zur Zeit erarbeitet und steht voraussichtlich Ende 2002 zur Verfügung.

Broschüren

- **„Schwanger sein ein Risiko?“**
Informationen und Entscheidungshilfen zur vorgeburtlichen Diagnostik
Ebba Kirchner-Asbrock,
Margaretha Kurmann
32 Seiten; 2.50 €
- **Sichtwechsel.**
Schwangerschaft und pränatale Diagnostik. Reader mit Texten und Materialien
Margaretha Kurmann, Hildburg Wegener
124 Seiten; 5.00 €

Unterrichtsmaterialien

Pränataldiagnostik und Hebammenarbeit.

Ethische Fragen und Konfliktfelder in der Betreuung von Schwangeren, Gebärenden und Wöchnerinnen. Unterrichtsmaterialien für die Ausbildung von Hebammen und Angehörigen medizinischer Fachberufe.
Angelika Ensel, Silke Mittelstädt
223 Seiten; 25.00 €

Stellungnahme zu Aufklärung und Beratung im Zusammenhang mit vorgeburtlicher Diagnostik

I. Ärztliche Aufklärungspflicht vor pränataler Diagnostik

Nach geltendem Recht ist vor jeder diagnostischen und therapeutischen Maßnahme eine ärztliche Aufklärung und die Zustimmung der Betroffenen erforderlich.

Unsere Erfahrung mit der Anwendung pränataldiagnostischer Methoden zeigt, dass diese Aufklärungspflicht häufig nicht eingehalten wird. Einer neueren Untersuchung zufolge wird in mehr als der Hälfte der Fälle ein sogenannter Tripletests vorgenommen, ohne dass die schwangere Frau vor der Blutentnahme darüber informiert wurde. Der Einsatz des Ultraschalls wird in den allermeisten Fällen von Ärztinnen und Ärzten gar nicht als aufklärungs- und zustimmungspflichtig angesehen, weil Ultraschalluntersuchungen in den Mutterschaftsrichtlinien verbindlich vorgesehen sind. Schon die erste dieser vorgeschriebenen Untersuchungen dient aber nicht allein der Gesunderhaltung von Mutter und Kind in der Schwangerschaft. Im Ultraschallbild wird vielmehr auch nach Auffälligkeiten gefahndet (dem sogenannten Nackenödem als einem möglichen Hinweis auf ein Down Syndrom), für die es keine Therapie gibt. In der Regel wird auch der zweite vorgeschriebene Ultraschall, mit dem gezielt nach Fehlbildungen gesucht wird, als Teil der allgemeinen Vorsorge vorgenommen, ohne dass die Zustimmung der Frau eingeholt wird. Nicht selten kommt es auch vor, dass eine schwangere Frau über 35 ohne weitere Aufklärung an eine Klinik zur Fruchtwasserentnahme überwiesen wird.

Bei einer Diagnostik, die überwiegend nach nichttherapierbaren Schädigungen sucht und vor die Entscheidung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch stellen kann, ist eine Aufklärungs- und Zustimmungspflicht aber zwingend geboten. Die Aufklärung sollte umfassend, nachprüfbar und rechtzeitig sein.

Es ist Aufgabe der ärztlichen Standesorganisationen, Inhalte und Form der Aufklärung vor Anwendung pränataldiagnostischer Methoden und Techniken in Standards differenziert zu beschreiben.

Die Aufklärung vor pränataler Diagnostik sollte folgende Elemente enthalten:

- Erklärung der Technik und ihrer Anwendung
- Informationen über die Möglichkeiten und Grenzen der Diagnostik und das Fehlen von Therapieangeboten
- Informationen über die untersuchungsbedingten Risiken
- Ansprechen der Konsequenz eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs
- Hinweis, dass ein Abbruch in einem fortgeschrittenen Stadium der Schwangerschaft durch Einleitung einer Geburt erfolgt
- Hinweis auf eventuell uneindeutige Ergebnisse, die weitere Untersuchungen nach sich ziehen können
- Hinweis auf die ethische Problematik vorgeburtlicher Diagnostik
- Empfehlung, bei weitergehenden Fragen und Konflikten psychosoziale Beratung und andere Hilfsangebote in Anspruch zu nehmen
- Nennen von Beratungsstellen im Wohnumfeld, die unabhängig von den Anbietern der vorgeburtlichen Diagnostik arbeiten.

Zu der Festlegung von Standards für die ärztliche Aufklärung vor Anwendung der selektiven Diagnostik gehört außerdem:

- Zwischen ärztlicher Aufklärung und der Anwendung der Methoden muss eine Frist liegen, die der schwangeren Frau erlaubt, die verschiedenen Aspekte des Problems zu überdenken und sich auf dieser Grundlage für oder gegen die Inanspruchnahme von Pränataldiagnostik zu entscheiden.
- Inhalte und Form der Aufklärung müssen für die schwangeren Frauen, für die Landesorganisationen und für andere mit der Thematik befassten Gruppen überprüfbar sein.
- Die Kompetenzen und Qualifikationen, die für eine solche umfassende Aufklärung erforderlich sind, sind zu beschreiben und die Anbieter dahingehend zu überprüfen.

II. Recht auf psychosoziale Beratung im Kontext vorgeburtlicher Diagnostik

Die so beschriebene ärztliche Aufklärung soll das Problemfeld erschließen und auf ein weiterführendes Unterstützungs- und Hilfesystem hinweisen. Dazu gehören psychosoziale Beratung, Angebote von Hebammen, weiterführende medizinische Angebote, seelsorgerliche Unterstützung, Selbsthilfegruppen.

Die schwangere Frau hat die Freiheit zu entscheiden, ob und welche weiterführenden Angebote sie in Anspruch nimmt.

Psychosoziale Beratung ist ein eigenständiger und unverzichtbarer Teil dieses vielfältigen Angebots. In der Beratung werden die Informationen, die die schwangere Frau durch die ärztliche Aufklärung und aus anderen Quellen erhalten hat, in Beziehung gesetzt zu den Gefühlen, den Wertungen und den Lebensperspektiven der Frau und gegebenenfalls ihres Partners. Beratung dient dazu, die Handlungskompetenz der Ratsuchenden zu erweitern, ihre Selbstbestimmung zu fördern und ihre Entscheidungsfähigkeit zu stärken.

Psychosoziale Beratung ist professionelles Handeln mit eigenen Ausbildungsgängen, einem eigenen Setting und einem spezifischen methodischen Handwerkszeug. Sie kann von den aufklärenden Ärzten und Ärztinnen deshalb nicht nebenbei mitversehen werden.

Psychosoziale Beratung sollte an einer von den Anbietern vorgeburtlicher Diagnostik unabhängigen Stelle stattfinden, um einer Vermischung mit wirtschaftlichen, wissenschaftlichen, professionspolitischen und in zunehmendem Maße haftungsrechtlichen Interessen vorzubeugen.

Eine schwangere Frau hat ein Recht auf Beratung vor vorgeburtlicher Diagnostik, das aus § 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG) abgeleitet werden kann. Danach hat jede Frau und jeder Mann das Recht, sich in allen Fragen, die mit einer Schwangerschaft verbunden sind, beraten zu lassen. Das Schwangerschaftskonfliktgesetz nimmt die Länder in die Pflicht, dass sie ein ausreichendes wohnortnahes und plurales Beratungsnetz sicherstellen (§ 3 bzw. 8 SchKG).

Diese Stellungnahme wurde 1998 auf der Netzwerktagung

„Anspruch auf ein gesundes Kind? Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit Schwangerenvorsorge und pränataler Diagnostik“

in Magdeburg verabschiedet.

