

Publikationen

zur rechtlichen Zusammenarbeit

4/2023

შედარებითი სამართლის
ქართულ - გერმანული ჟურნალი

Deutsch-Georgische Zeitschrift
für Rechtsvergleichung



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



4/2023

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შედეგობითი
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis

Die vorliegende Publikation wird durch finanzielle Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V (IRZ) herausgegeben.

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz von 2005 und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages



BSH
Think Legally.

MG
LAW

in collaboration with
Andersen Global in Georgia

ISSN 2587-5191 (print)

ISSN 2667-9817 (online)

© Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis, 2023

© Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) 2023

© Autoren, 2023

www.lawjournal.ge

Schriftleitung

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
Prof. Dr. Olaf Muthorst
Assoz. Prof. Dr. Tamar Zarandia

Herausgeber

Prof. Dr. Dr. hc Tiziana J. Chiusi
Prof. Dr. Olaf Muthorst
Notar Justizrat Richard Bock
Richter Wolfram Eberhard
Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski
Richter Dr. Timo Utermark
Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod
Prof. Tanel Kerikmäe
Prof. Dr. Giorgi Khubua
Prof. Dr. Lasha Bregvadze
Prof. Dr. Irakli Burduli
Prof. Dr. Zviad Gabisonia
Frank Hupfeld
Khatuna Diasamidze
Assoz. Prof. Dr. Sulkhan Gamqrelidze
Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Assoz. Prof. Dr. Shalva Papuashvili
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
David Maisuradze
Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani
Rechtsanwalt Temur Bigvava
Rechtsanwalt Zviad Batiashvili
Khatia Papidze
Dr. Archil Chochia
Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze
Demetre Egnatashvili
Rechtsanwalt Ketevan Buadze
Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze
Tornike Darjania
Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Razhden Kuprashvili
Sulkhan Gvelesiani
Natali Gogishvili

Technische Unterstützung und Layout

David Maisuradze

Arbeitsgruppe

Sopo Zarandia
Nino Kavshbaia
Tatia Jorbenadze
Ana Baiadze
Tilman Sutor

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

| | |
|--|----|
| Neues zum Medizinrecht in Deutschland – Teil 3: Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2023 | 7 |
| <i>Ulrich Hagenloch</i> | |
| Modern Challenges to Freedom of Expression: Need for Recalibration of the ECtHR Approach to Facts and Value Judgments | 28 |
| <i>Nana Mchedlidze</i> | |
| Das Recht auf ein faires Verfahren des prozessunfähigen Angeklagten | 37 |
| <i>Giorgi Khazalia</i> | |

STUDENTISCHE BEITRÄGE

| | |
|--|----|
| Die Herausforderungen und rechtlichen Aspekte bei der Regulierung selbstfahrender Autos - Haftungsfragen und Sicherheitsstandards | 46 |
| <i>Nanuli Shakinovi</i> | |

Neues zum Medizinrecht in Deutschland – Teil 3

Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2023

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

I. Wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. BVerfG, Beschluss vom 19. Januar 2023 - 2 BvR 1719/21 - NJW 2023, 1117

(betreffend Fesselung eines Inhaftierten während einer Ausführung zu Operationsterminen)

Leitsatz (auszugsweise):

1a. Bei einer Fesselungsanordnung handelt es sich um einen gewichtigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (...). Bei der Bestimmung des Gewichts des Eingriffs im konkreten Einzelfall spielen neben der stigmatisierenden Wirkung und der Dauer und konkreten Durchführungsart der Fesselung auch etwaige gesundheitliche Beeinträchtigungen des Gefangenen, sein Alter sowie der Umstand eine Rolle, ob er durch sein Verhalten Veranlassung zu der Fesselung gegeben hat.

...

2b. Wenn nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich dem Vorverhalten des Gefangenen in Haft, seinem Gesundheitszustand, seinem Alter und dem Ablauf vorangegangener Ausführungen die Gefahr der Entweichung bei einer Ausführung auch in Anbetracht der gleichzeitig angeordneten Beaufsichtigung durch (bewaffnete) Justizbedienstete fernliegend ist, verdient das durch eine Fesselung empfindlich berührte allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Gefangenen im Regelfall Vorrang vor den Sicherheitsinteressen der Anstalt und der Allgemeinheit. Das gilt

insbesondere, wenn die Fesselung über einen längeren Zeitraum andauert.

Wesentlicher Sachverhalt (stark verkürzt):

Der Beschwerdeführer befindet sich in Sicherungsverwahrung in einer Justizvollzugsanstalt. Er leidet unter verschiedenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die eine stationäre Behandlung in einem Universitätsklinikum erforderlich machten. Bei der medizinischen Voruntersuchung war der Beschwerdeführer durchgängig mit überkreuzten Händen gefesselt. Am Morgen des Operationstermins wurde er in Begleitung eines Bediensteten ohne Handfesselung, aber gefesselt am Fuß im eigenen Bett in den Operationsvorraum verbracht, wo ihm die Fußfessel abgenommen und durch eine über Kreuz angelegte Fesselung an den Händen ersetzt wurde. Auf dem Operationstisch wurde ihm ein Venenzugang gelegt. Während der Vollnarkose wurde die Fesselung der Hände entfernt; nach dem Aufwachen wurde erneut eine Handfessel angelegt. Nach zwei Stunden im Aufwachraum wurde die Handfessel durch eine am Bettrahmen befestigte Fußfessel ausgetauscht, die während der Nachsorge für weitere drei Tage angelegt blieb. Bei täglichen, durch zwei bewaffnete Bedienstete begleiteten Spaziergängen wurde der Beschwerdeführer an den Händen statt an den Füßen gefesselt.

Rechtliche Problemstellungen:

1. Vorab sei angemerkt, dass die Entscheidung über die Fesselung von Inhaftierten nach den Strafvollzugsgesetzen der jeweiligen Bundesländer in

Deutschland selbst während einer externen stationären Behandlung den Justizvollzugsanstalten, nicht den Trägern der Kliniken, obliegt. Die spezifische Problematik liegt darin, dass sich außerhalb von Justizvollzugskrankenhäusern die baulichen und technischen Sicherungsvorkehrungen an den Erfordernissen eines Klinikbetriebs ausrichten und das damit verbundene Sicherheitsdefizit ggf. durch einen gesteigerten personellen Einsatz von Sicherheitspersonal sowie durch tendenziell intensivere Fesselungen des Inhaftierten kompensiert werden muss. Insbesondere Fesselungen (oder gar Fixierungen) stellen aber einen besonders starken Eingriff in die grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechte dar. Vertieft wird dieser Grundrechtseingriff dadurch, dass sich die Fesselung und die anderen Sicherungsmaßnahmen im öffentlichen oder zumindest teil-öffentlichen Raum vollziehen und dies die stigmatisierende Wirkung erheblich erhöht.

2. Angesichts dieser Konfliktslage orientieren sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an folgenden Prinzipien:¹

„... Der EGMR bezieht bei der Beurteilung der Frage, ob eine Fesselung gegen Art. 3 EMRK verstößt, die individuelle Vorgeschichte und den Gesundheitszustand des betroffenen Gefangenen, etwaiges gefährliches Vorverhalten in Haft, ergänzend angewandte Sicherungsmaßnahmen sowie die Dauer und öffentliche Wahrnehmbarkeit der Fesselung ein (vgl. EGMR, *Shlykov and others v. Russia*, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 78638/11, §§ 72 ff.). Die mit der Fesselung verbundene Zwangsanwendung ist auf das unausweichliche Maß zu beschränken (vgl. EGMR, *Shlykov and others v. Russia*, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 78638/11, § 72). So stellt die eintägige Fesselung eines Gefangenen an sein Krankenbett eine unmenschliche Behandlung dar, wenn in Anbetracht von Alter, Gesundheitszustand und dem Fehlen konkreter Anhaltspunkte für ein von dem Gefangenen ausgehendes Sicherheitsrisiko die Fesselung auch in Anbetracht von zwei anwesenden Sicherheitskräften als unverhältnismäßig erscheint (vgl. EGMR, *Hénaf v. France*,

Urteil vom 27. November 2003, Nr. 65436/01, §§ 56 ff.). Maßgeblich zu berücksichtigen ist, ob die Fesselung angeordnet wurde, obwohl der Gefangene durch sein Verhalten während der Haft in der Vergangenheit keinen Grund zu Beanstandungen gegeben hat (vgl. EGMR, *Shlykov and others v. Russia*, Urteil vom 19. Januar 2021, Nr. 78638/11, §§ 72 ff.; *Kashavelov v. Bulgaria*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 891/05, §§ 38 ff.; *Salakhov and Islyamova v. Ukraine*, Urteil vom 14. März 2013, Nr. 28005/08, § 154). Das routinemäßige Fesseln eines Gefangenen, der sich in einer gesicherten Umgebung befindet, kann nicht gerechtfertigt werden (vgl. EGMR, *Kashavelov v. Bulgaria*, Urteil vom 20. Januar 2011, Nr. 891/05, § 39 f.). Das Wohlergehen der gefesselten Person ist regelmäßig zu überprüfen (vgl. EGMR, *Wiktorko v. Poland*, Urteil vom 31. März 2009, Nr. 14612/02, § 55) und der Einsatz der Fesseln ist von der anordnenden Instanz vollständig zu dokumentieren (vgl. EGMR, *Bureš v. The Czech Republic*, Urteil vom 18. Oktober 2012, Nr. 37679/08, § 103). ...“. In Übereinstimmung mit Part.IV.68.3. der *European Prison Rules*, die bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Haftbedingungen indiziell zu berücksichtigen sind (vgl. ... BVerfG, Beschluss vom 18. März 2015 -2 BvR 1111/13 - Rn. 31), ist die Dauer der Fesselung auf das unerlässliche Maß zu beschränken....“.

3. Den mit der Behandlung eines inhaftierten Patienten für die Klinik oder für den ambulanten ärztlichen Behandler verbundenen Erschwernissen kommt bei der Abwägung hingegen kein eigenständiges Gewicht zu. Im Gegenteil trifft den Träger des Krankenhauses oder der sonstigen medizinischen Einrichtung aus dem Behandlungsvertrag heraus sogar die Pflicht, die eigentliche medizinische Behandlung, soweit möglich und zumutbar, so zu gestalten, dass möglichst geringe Sicherheitsmaßnahmen erforderlich werden und vor allem, dass deren stigmatisierende Wirkung reduziert wird. Hieraus folgt insbesondere die Pflicht, einen inhaftierten Patienten, dem Hand- oder Fußfesseln angelegt sind und/oder der erkennbar von Sicherheitspersonal bewacht wird, nicht mehr als unvermeidbar einer öffentlichen oder teil-öffentlichen Wahrnehmung auszusetzen.

¹ Auszug aus BVerfG, Beschluss vom 19. Januar 2023 - 2 BvR 1719/21 - NJW 2023, 1117, juris Rn. 27

Ein Gefangener kann allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht verlangen, dass unbegrenzt personelle und sonstige Mittel aufgewendet werden, um Beschränkungen seiner grundrechtlichen Freiheiten zu vermeiden.² Dies gilt erst recht für die von Seiten des medizinischen Behandlers zu treffenden Vorkehrungen, da dieser zu dem Inhaftierten in einer zivilrechtlichen (nicht hoheitlichen) Beziehung steht und damit einer weniger intensiven Grundrechtsbindung unterliegt. Zur einer ihnen zumutbaren Reduzierung von stigmatisierenden Wirkungen sind aber die ärztlichen Behandler stets verpflichtet. Maßnahmen, die den üblichen Ablauf des Klinik- oder Praxisbetriebs erheblich beeinträchtigen, schulden sie aber nicht.

II. Wesentliche Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

1. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2022 - VI ZR 375/21 - NJW 2023, 1435

Leitsatz (auszugsweise):

1. ...

2. § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB nimmt die bisherige Rechtsprechung auf, der zufolge der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt werden muss, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahrnehmen kann. Die Bestimmung sieht keine vor der Einwilligung einzuhaltende "Sperrfrist" vor, deren Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen würde; sie enthält kein Erfordernis, wonach zwischen Aufklärung und Einwilligung ein bestimmter Zeitraum liegen müsste.

3. Zu welchem konkreten Zeitpunkt ein Patient nach ordnungsgemäßer - insbesondere rechtzeitiger - Aufklärung seine Entscheidung über die Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung trifft, ist seine Sache. Sieht er sich bereits nach dem Aufklärungsgespräch zu einer wohlüberlegten Entscheidung in der Lage, ist es sein gutes Recht, die Einwilligung sofort zu erteilen. Wünscht er dagegen noch eine Bedenkzeit, so kann von ihm grundsätzlich erwartet werden, dass er dies gegenüber dem Arzt zum Ausdruck bringt und von der Erteilung einer - etwa im Anschluss an das Gespräch erbetenen - Einwilligung zunächst absieht. Eine andere Beurteilung ist - sofern medizinisch vertretbar - allerdings dann geboten, wenn für den Arzt erkennbare konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der Patient noch Zeit für seine Entscheidung benötigt.

4. Die Einwilligung in den ärztlichen Eingriff ist kein Rechtsgeschäft, sondern eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen. Sie kann sich konkludent aus den Umständen und dem gesamten Verhalten des Patienten ergeben.

Wesentlicher Sachverhalt:

Der Kläger litt an chronisch rezidivierenden Ohr-entzündungen und Paukenergüssen (Flüssigkeitsansammlung im Mittelohr). Der ihn in der Hals-Nasen-Ohren-Klinik des Beklagten untersuchende Arzt riet dem Kläger, in einem ersten Schritt zur Optimierung der Nasenluftpassage die Nasenscheidewand begradigen und die Nebenhöhlen sanieren zu lassen. Im Anschluss an das Aufklärungsgespräch unterzeichnete der Kläger das Formular zur Einwilligung in den ärztlichen Eingriff. Drei Tage später wurden der Kläger stationär aufgenommen und der Eingriff durchgeführt. Intraoperativ trat eine stärkere arterielle Blutung auf. Bei der daraufhin erfolgten neurochirurgischen Intervention wurde festgestellt, dass es zu einer Verletzung der Dura (äußerste Hirnhaut) sowie der vorderen Hirnschlagader und zu einer Durchtrennung des Riechnervs links gekommen war.

² BVerfG, Beschluss vom 19. Januar 2023 - 2 BvR 1719/21 - NJW 2023, 1117, juris Rn. 35; BVerfG, Beschluss vom 23. Mai 2013 - 2 BvR 2129/11 - openJur 2013, 47910, juris Rn. 16; BVerfG, Beschluss vom 10. Juli 2013 - 2 BvR 2815/11 - NJW 2013, 3291, juris Rn. 17

Rechtliche Problemstellungen:

Aus verfahrensrechtlichen Gründen hatte sich der Bundesgerichtshof in der Sache nicht damit zu befassen, ob ein Behandlungsfehler vorlag. Im Mittelpunkt seines Urteils stand allein die Frage, ob die (inhaltlich vollständige und zutreffende) Aufklärung des Klägers rechtzeitig erfolgt ist. Hierzu hat der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung konkretisiert. Die Entscheidung hat insoweit eine grundsätzliche und für die ärztliche Praxis sehr große Bedeutung. Daher wird das Urteil in seinen zentralen inhaltlichen Ausführungen weitgehend ungekürzt wiedergegeben (die Zitate sind allerdings erheblich verkürzt):³

„3. Die Revision wendet sich ... mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die vom Kläger am 1. November 2013 erklärte Einwilligung in den ärztlichen Eingriff 4. November 2013 sei unwirksam, weil ihm unter Verstoß gegen § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB keine Bedenkzeit zwischen der Aufklärung über die Risiken des Eingriffs und seiner Entscheidung über die Einwilligung in den Eingriff eingeräumt worden sei. Mit dieser Beurteilung überspannt das Berufungsgericht den Wortlaut des § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB und stellt überzogene Anforderungen an die der Behandlungsseite obliegenden Pflichten zur Einholung einer Einwilligung des Patienten. Die Bestimmung enthält kein Erfordernis, wonach zwischen Aufklärung und Einwilligung ein bestimmter Zeitraum liegen müsste, sondern kodifiziert die bisherige Rechtsprechung, der zufolge der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt werden muss, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahrnehmen kann.

a) ...

b) § 630e Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 BGB regelt die Anforderungen an die Aufklärung des Patienten in zeitlicher Hinsicht. Nach dieser Vorschrift muss die Aufklärung so rechtzeitig erfolgen, dass der Patient seine Ent-

scheidung über die Einwilligung wohlüberlegt treffen kann. Bereits nach dem Wortlaut und der Stellung im Gesetz bezieht sich die Bestimmung allein auf den Zeitpunkt, zu dem das Aufklärungsgespräch stattzufinden hat (...), das rechtzeitig vor dem Eingriff erfolgen muss. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit dieser Regelung keine inhaltliche Änderung der Rechtslage verbunden sein, sondern lediglich die bisherige Rechtsprechung wiedergegeben werden (...). Im Einklang mit dieser sieht sie keine vor der Einwilligung einzuhaltende "Sperrfrist" vor, deren Nichteinhaltung zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen würde; sie enthält kein Erfordernis, wonach zwischen Aufklärung und Einwilligung ein bestimmter Zeitraum liegen müsste (...). Vielmehr fordert die Bestimmung eine Aufklärung, die die Möglichkeit zu einer reflektierten Entscheidung gewährleistet (...). Sie nimmt die bisherige Rechtsprechung auf, der zufolge der Patient vor dem beabsichtigten Eingriff so rechtzeitig aufgeklärt werden muss, dass er durch hinreichende Abwägung der für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe seine Entscheidungsfreiheit und damit sein Selbstbestimmungsrecht in angemessener Weise wahrnehmen kann (... BGH, Urteil vom 28. Januar 2014 - VI ZR 143/13 - VersR 2014, 588 Rn. 21; BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 117/18 - VersR 2019, 688 Rn. 18; ...). Die Aufklärung muss zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem der Patient noch im vollen Besitz seiner Erkenntnis- und Entscheidungsfreiheit ist und nicht unter dem Einfluss von Medikamenten steht; sie darf nicht erst so kurz vor dem Eingriff erfolgen, dass der Patient wegen der in der Klinik bereits getroffenen Operationsvorbereitungen unter einen unzumutbaren psychischen Druck gerät oder unter dem Eindruck steht, sich nicht mehr aus einem bereits in Gang gesetzten Geschehensablauf lösen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, 12, juris Rn. 34;...). Entscheidend ist, ob der Patient unter den jeweils gegebenen Umständen ausreichend Gelegenheit hat, innerlich frei darüber zu entscheiden, ob er sich der beabsichtigten medizinischen Maßnahme unterziehen will oder nicht (vgl. ... BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MDR 1992, 748, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 131/02 - MDR 2003, 931 f., juris Rn. 18; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006 - VI ZR 74/05 -

³ Auszug aus BGH, Urteil vom 20. Dezember 2022 - VI ZR 375/21 - NJW 2023, 1435, juris Rn. 16 ff.

VersR 2007, 66 Rn. 10).

c) Zu welchem konkreten Zeitpunkt ein Patient nach ordnungsgemäßer - insbesondere rechtzeitiger - Aufklärung seine Entscheidung über die Erteilung oder Versagung seiner Einwilligung trifft, ist seine Sache (...). Sieht er sich bereits nach dem Aufklärungsgespräch zu einer wohlüberlegten Entscheidung in der Lage, ist es sein gutes Recht, die Einwilligung sofort zu erteilen. Wünscht er dagegen noch eine Bedenkzeit, so kann von ihm grundsätzlich erwartet werden, dass er dies gegenüber dem Arzt zum Ausdruck bringt und von der Erteilung einer - etwa im Anschluss an das Gespräch erbetenen - Einwilligung zunächst absieht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 48/99 - BGHZ 144, 1, 12 f., juris Rn. 36; ...). Dass ihn dies - beispielsweise, weil er bereits in Operationsplanungen einbezogen ist und sich einem "Apparat" gegenüber sieht, den er möglichst nicht stören möchte - eine gewisse Überwindung kosten mag, ist seiner Selbstbestimmung zuzuordnen (vgl. BGH, Urteil vom 7. April 1992 - VI ZR 192/91 - MDR 1992, 748 f., juris Rn. 16;...). Der - zum Zwecke einer sinnvollen Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts - ordnungsgemäß aufgeklärte Patient ist nicht passives Objekt ärztlicher Fürsorge; er ist vielmehr grundsätzlich dazu berufen, von seinem Selbstbestimmungsrecht aktiv Gebrauch zu machen und an der Behandlungsentscheidung mitzuwirken (...). Es kann von ihm grundsätzlich verlangt werden zu offenbaren, wenn ihm der Zeitraum für eine besonnene Entscheidung nicht ausreicht (...). Eine andere Beurteilung ist allerdings - sofern medizinisch vertretbar - dann geboten, wenn für den Arzt erkennbare konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass der Patient noch Zeit für seine Entscheidung benötigt. Solche Anhaltspunkte können beispielsweise in einer besonders eingeschränkten Entschlusskraft des Patienten liegen (...). Gleiches gilt, wenn dem Patienten nicht die Möglichkeit gegeben wird, weitere Überlegungszeit in Anspruch zu nehmen. Das ist etwa - von medizinisch dringenden Behandlungsmaßnahmen abgesehen - dann anzunehmen, wenn der Patient zu einer Entscheidung gedrängt oder "überfahren" wird.

d) Nach diesen Grundsätzen ist die vom Kläger im

Anschluss an das Aufklärungsgespräch am 1. November 2013 erteilte Einwilligung auf der Grundlage des mangels abweichender Feststellungen revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalts als wirksam zu erachten. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offengelassen, ob der Kläger - wie von ihm behauptet und von der Beklagten bestritten - zur Einwilligung gedrängt wurde oder nicht, so dass im Rahmen der Revision der Beklagten von deren Vortrag auszugehen ist.

4. Tatrichterliche Feststellungen zu der Frage, ob der Kläger zur Einwilligung gedrängt wurde, bedarf es im Streitfall aber nicht. Denn die Revision wendet sich mit Erfolg auch gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe nicht konkludent in die Operation eingewilligt, eine solche Einwilligung liege insbesondere nicht darin, dass er sich drei Tage nach dem Aufklärungsgespräch in die stationäre Aufnahme in der Klinik der Beklagten begeben habe. Das Berufungsgericht hat eine konkludente Einwilligung des Klägers rechtsfehlerhaft daran scheitern lassen, dass der Kläger die von ihm zuvor schriftlich erteilte Einwilligung nicht widerrufen habe, deshalb auch keine Veranlassung für ihn bestanden habe, eine neue Einwilligung zu erteilen, und die Ärzte der Beklagten dabei nicht davon ausgegangen seien, er erteile erst jetzt seine Einwilligung zur Operation.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Einwilligung in den ärztlichen Eingriff kein Rechtsgeschäft, sondern eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen (... BGH, Urteil vom 29. Januar 2019 - VI ZR 495/16 - BGHZ 221, 55 Rn. 31; BGH, Urteil vom 19. Juli 2016 - VI ZR 75/15 - VersR 2016, 1191 Rn. 9 f.; ...). Die Vorschriften über Willenserklärungen finden daher keine unmittelbare Anwendung (...). ...

b) Die Einwilligung in den ärztlichen Eingriff ist nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann ausdrücklich erfolgen oder sich konkludent aus den Umständen und dem gesamten Verhalten des Patienten ergeben (...). Für die Ermittlung des Bedeutungsgehalts des Verhaltens des Patienten ist dabei maß-

geblich, wie es aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Position des Empfängers - des Behandlers - verstanden werden musste (...). So kann eine Einwilligung anzunehmen sein, wenn sich der Patient bewusst der Behandlung unterzieht (...). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts setzt die Annahme einer (konkludenten) Einwilligung weder den Widerruf einer zuvor erklärten (unwirksamen) Einwilligung durch den Patienten noch das Bewusstsein des Behandelnden voraus, der Patient erteile erstmals eine wirksame Einwilligung.

Entscheidend ist, ob der Patient zu irgendeinem Zeitpunkt vor dem Eingriff eine wirksame Einwilligung erklärt und diese nicht widerrufen hat (...).

c) Nach diesen Grundsätzen sind die Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung des Klägers in den streitgegenständlichen Eingriff auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen gegeben. Der Kläger, dem die streitgegenständliche Operation am 28. Oktober 2013 von Prof. ... empfohlen worden war, wurde am 1. November 2013 ordnungsgemäß aufgeklärt. Mehr als zwei Tage später, am 4. November 2013, begab er sich zum Zwecke der Operation in das Krankenhaus der Beklagten, ließ sich stationär aufnehmen und duldet die Operationsvorbereitungen. Dieses Verhalten mussten die behandelnden Ärzte dahingehend verstehen, dass er mit der streitgegenständlichen Operation einverstanden war. Mit diesem Verhalten hat er seine bereits am 1. November 2013 erklärte Einwilligung, sofern sie wirksam ist, "bekräftigt"; war diese Einwilligung hingegen unwirksam, weil ihm nicht die erforderliche Überlegungszeit eingeräumt, sondern er zu ihrer Erteilung gedrängt wurde, so hat er die erforderliche Einwilligungserklärung erstmals am 4. November 2013 in jedem Fall durch eine wirksame Einwilligung des Klägers gedeckt. ...“.

2. BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878

Leitsatz:

1. Für eine schwerwiegende Beeinträchtigung des

seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren im Sinne von § 218a Abs. 2 StGB* müssen Belastungen zu befürchten sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Frau nicht erwartet werden kann. Bei der zu erwartenden Geburt eines schwerbehinderten Kindes und der hieraus resultierenden besonderen Lebenssituation müssen diese Belastungen dergestalt sein, dass sie die Mutter in ihrer Konstitution überfordern und die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres seelischen Gesundheitszustandes als so drohend erscheinen lassen, dass bei der gebotenen Güterabwägung das Lebensrecht des Ungeborenen dahinter zurückzutreten hat.

2. Der fortgeschrittene Zustand der Schwangerschaft kann nicht ausgeblendet werden. Auch wenn das Lebensrecht des Kindes dem Grunde nach eine zeitliche Differenzierung der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht nicht zulässt, sind bei der Abwägung zur Bestimmung der Voraussetzungen der medizinischen Indikation auch die Dauer der Schwangerschaft und die daraus resultierende besondere Situation für Mutter und Kind in den Blick zu nehmen. Dies gilt insbesondere, wenn es sich um ein lebensfähiges Kind einige Wochen vor der Geburt handelt.

**Redaktionelle Anmerkung: § 218a StGB regelt, unter welchen Voraussetzungen der nach § 218 StGB grundsätzlich strafbare Schwangerschaftsabbruch straflos bleibt. § 218a StGB lautet wie folgt:*

§ 218a Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

(1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn

1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen,

2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und

3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

(2) 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 nach ärztlicher Erkenntnis 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.

(3) Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 178 des Strafgesetzbuches (redaktioneller Hinweis: sexueller Missbrauch von Kindern, Vergewaltigung) begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.

(4) Die Schwangere ist nicht nach § 218 strafbar, wenn der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung (§ 219) von einem Arzt vorgenommen worden ist und seit der Empfängnis nicht mehr als zweiundzwanzig Wochen verstrichen sind. Das Gericht kann von Strafe nach § 218 absehen, wenn die Schwangere sich zur Zeit des Eingriffs in besonderer Bedrängnis befunden hat.

Wesentlicher Sachverhalt:

Im Juni 2011 wurde bei der Klägerin eine Schwangerschaft festgestellt, deren Betreuung ab dem 7. Juli 2011 die Beklagten übernahmen. Bei einer am 1. September 2011 (20. Schwangerschaftswoche) erfolgten sonografischen Feindiagnostik ließen sich bei dem Kind die beiden Hirnhemisphären verbindende Balken (corpus callosum) nicht und eine weitere essentielle Hirnstruktur (cavum septum pellucidum) nicht gut darstellen. Am 10. November 2011 wurde

sonografisch eine Erweiterung der Hirnwasserkammer festgestellt (Ventrikulomegalie). Eine wenige Tage später durchgeführte Magnetresonanztomographie (MRT) ergab eine komplexe Mittellinienstörung mit Hydrozephalus (krankhafte Erweiterung der Räume im Gehirn, die mit Hirnwasser gefüllt sind), Balkendysgenese und Falxhypoplasie (Unterentwicklung der Hirnsichel).

Vom 17. November 2011 bis 24. November 2011 wurde die Klägerin stationär aufgenommen. In dieser Zeit führte die Klägerin mit mehreren Ärzten Gespräche über den MRT-Befund. Nach der Geburt des Kindes am 3. Januar 2012 wurde festgestellt, dass es an einem sog. Aicardi-Syndrom (seltene Erbkrankheit, die zu neurologischen Entwicklungsstörungen führt) leidet. Seine Augen sind fehlgestaltet; das Kind ist in seiner kognitiven und motorischen Entwicklung stark retardiert. Es kann nicht laufen, nicht krabbeln, nicht sprechen und nicht greifen; der Schluckreflex ist schwer gestört und das Kind leidet unter einer starken therapieresistenten Epilepsie.

Die Kläger, Mutter und Vater des Kindes, behaupten, aus dem MRT vom 15. November 2011 habe sich eine schwere Hirnfehlbildung ergeben, welche der Klägerin nicht mitgeteilt worden sei. Angesichts der festgestellten Befunde sei mit schweren Fehlbildungen zu rechnen gewesen. Wäre ihnen dies mitgeteilt worden, hätten sie sich angesichts der dann gegebenen Prognose einer schwerwiegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung der Klägerin für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden. Infolge der Geburt und Pflege des schwerstbehinderten Kindes habe die Klägerin nunmehr eine tiefgreifende und dauerhafte Depression erlitten sowie einen körperlichen Erschöpfungszustand mit Krankheitswert.

Rechtliche Problemstellungen:

Ausgangspunkt der Entscheidung sind die vorgenannten deutschen Regelungen zur Strafbarkeit eines Schwangerschaftsabbruchs. Die korrespondierenden Regelungen des georgischen Rechts finden sich in Art. 133 GEO-StGB in Verbindung mit Artikel 139 Absatz 2, Art. 140 Abs. 2 des georgischen Gesetzes über den

Gesundheitsschutz.⁴ Die Rechtslage ist insoweit in beiden Staaten zwar nicht identisch, aber im Kern doch vergleichbar, so dass die Grundzüge des Urteils des Bundesgerichtshofs auch für das Verständnis des georgischen Rechts von Interesse sein können. Um die Entscheidung besser einordnen zu können, werden die mit ärztlichen Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Abbruch oder mit der Verhinderung einer Schwangerschaft verbundenen zivilrechtlichen Haftungsfragen vorab insgesamt erörtert.

1. Die rechtsethisch und verfassungsrechtlich hoch sensible Frage, ob und inwieweit das Leben eines ungewollten Kindes zivilrechtlich eine Schadensquelle bilden kann, stellt sich in zwei Konstellationen.

Zum einen geht es darum, was geschieht, wenn eine auf einen Schwangerschaftsabbruch gerichtete ärztliche Maßnahme nicht zur Beendigung der Schwangerschaft führt. Diesem Problembereich ist auch zuzurechnen, wenn - wie im vorliegenden Verfahren von den Klägern behauptet - eine sachgerechte Beratung über einen möglichen Schwangerschaftsabbruch unterblieben ist und sich infolgedessen die Mutter entschließt, das Kind auszutragen.

Zum andern stellen sich diese Fragen, wenn es auf Grund einer ärztlichen Pflichtverletzung zu einer ungewollten Schwangerschaft kommt, vor allem bei einem Fehlschlagen einer Sterilisation⁵ oder einer von einem Arzt vorgenommenen oder begleiteten Verhütungsmaßnahme.⁶

a) Ansprüche des Kindes

Nach gefestigter deutscher Rechtsprechung stehen dem aus der Schwangerschaft hervorgegangenen Kind eigene Schadenersatzansprüche gegen einen Arzt, der die Schwangerschaft pflichtwidrig nicht verhindert oder pflichtwidrig nicht beendet hat, weder auf vertraglicher noch auf deliktsrechtlicher Grundla-

ge zu. Dies gilt selbst dann, wenn das Kind mit körperlichen Schädigungen geboren wurde und die Mutter bzw. die Eltern den Eintritt solcher Schädigungen verhindern wollten; sei es wegen des Risikos von Erbkrankheiten durch die Vermeidung einer Schwangerschaft (Sterilisation, Verhütungsmittel) oder sei es wegen besorgniserregender ärztlicher Diagnosen über einen Schwangerschaftsabbruch.

aa) In solchen Situationen verbietet der Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 9 der Verfassung Georgiens), den tatsächlichen und den hypothetischen Kausalverlauf einander im Wege einer rein schadensrechtlichen Betrachtung gegenüberzustellen.

(1) Ein solches - im Schadensrecht ansonsten gebotenes - Vorgehen hätte zur Folge, dass das Leben mit schweren Behinderungen (tatsächlicher Kausalverlauf bei pflichtwidrigem Verhalten) mit der Alternative des Nichtlebens (hypothetischer Kausalverlauf bei pflichtgemäßem Verhalten; ohne Leben kein Aufwand für die eigene Pflege und Krankenbehandlung, aber letztlich auch für die sonstige allgemeine Lebensführung) abzuwägen wäre. Eine solche bilanzielle Sicht wäre mit der Menschenwürde unvereinbar, da dann im Leben mit schweren Behinderungen (verglichen mit dem Nichtleben) ein Schaden zu sehen wäre.⁷

(2) Dieser verfassungsrechtlich gebotene Schutz der Menschenwürde wirkt sich auch unmittelbar auf die zivilrechtliche Haftungslage aus, da eine pflichtwidrig ausgelöste Beeinträchtigung der Vermögenslage nur dann im zivilrechtlichen Sinn zu einem Schaden führt, wenn dieser in der Rechtsordnung Anerkennung findet.⁸ An dieser dem zivilrechtlichen Haftungsrecht immanenten tatbestandlichen Voraussetzung fehlt es aber bei der Geburt eines ungewollten Kindes; und dies unabhängig davon, ob das Kind behindert ist oder nicht. Im Kern beruht diese verfassungsrechtliche Vorgabe auf folgenden Erwägungen:

⁴ <https://www.matsne.gov.ge/ka/document/view/29980?publication=50>

⁵ dazu etwa: BGH, Urteil vom 8. Juli 2008 - VI ZR 259/06 - NJW 2008, 2846

⁶ dazu etwa: BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, für "Implanon"-Implantat

⁷ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 269

⁸ BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 241, juris Rn. 44; BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352, juris Rn. 13 ff.

Nach der Verfassungsordnung, vor allem dem unantastbaren Schutz der Menschenwürde, steht niemand ein rechtlich zu billigendes Urteil über den Lebenswert von fremden Leben zu. Letztlich gleiches muss für insoweit gelten, als auch das eigene Leben keiner bilanziellen Betrachtung zugeführt werden. Niemand kann also einen rechtlich aner kennenswerten Schaden daraus ableiten, dass sein (Weiter-) Leben für ihn wirtschaftlich nachteilig sei.⁹ Vielmehr hat ein Mensch grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist. Das ungewollte Kind darf deshalb auch schadensrechtlich nicht so behandelt werden, als ob es - wie ohne die ärztliche Fehlleistung - nie geboren worden wäre. Eigene Schadenersatzansprüche des Kindes scheiden daher aus, da sie untrennbar mit einem Anspruch auf die Nichtexistenz des eigenen Lebens verbunden wären.¹⁰

⁹ vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 241, juris Rn. 41; BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352, juris Rn. 15. In diesen Entscheidungen wird zwar von einem Urteil über den Lebenswert fremden Lebens gesprochen. Die nachfolgenden Ausführungen schließen aber inhaltlich ein Unwerturteil über das eigene Leben ein. In einer solchen Erstreckung auf das eigene Leben liegt auch kein Widerspruch dazu, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung des Einzelnen, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen, von Staat und Gesellschaft im Ausgangspunkt als Akt autonomer Selbstbestimmung zu respektieren ist (BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 - BVerfGE 153, 182, juris Rn. 209 ff.). Hier geht es nämlich nicht um den Umfang des Selbstbestimmungsrechts bei lebensbeendenden Maßnahmen, sondern darum, ob in der Existenz bzw. der fort dauernden Existenz eines (auch eigenen) Lebens ein rechtlich aner kennenswerter Vermögensnachteil liegen kann. Auf den Suizid bezogen ginge es also darum, ob ein Dritter, der dem Suizidwilligen (etwa durch die Beschaffung eines Wirkstoffes) im Rahmen einer (hier unterstellt rechtlich zulässigen) Sterbehilfe zur Seite gestanden ist, die durch dessen Fortleben entstehenden Aufwendungen (Lebenshaltungskosten etc.) zu ersetzen hat, wenn sein Beitrag nicht geeignet war, das Leben zu beenden. Einer derartigen schadensrechtlichen Betrachtung, bei der letztlich die Existenz eines Menschen den Schaden bilden würde, hat die Rechtsordnung zum Schutz der Menschenwürde eine Anerkennung unabhängig davon zu versagen, dass der Wille zur Lebensbeendigung vom Staat und von der Gesellschaft grundsätzlich zu achten ist.

¹⁰ BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 241, juris Rn. 48; BGH, Urteil vom 16. November 1993 - VI ZR

Ergänzend sei hierzu angemerkt, dass sich diese Thematik in vergleichbarer Weise stellt, wenn ein Arzt pflichtwidrig bei einem schwerst kranken Patienten gegen dessen Willen lebensverlängernde Maßnahmen durchführt. Auch dann kommen materielle (durch die Kosten für die andauernde Krankenbehandlung bedingte) und immaterielle (durch die zeitliche Verlängerung des Leidens bedingte) Schadenersatzansprüche nicht in Betracht, weil es die Rechtsordnung auch bei solchen Sachlagen verbietet, ein menschliches Leben - auch ein leidensbehaftetes Weiterleben - als Schaden anzusehen.¹¹ Gleiches gilt, wenn eine Selbsttötung an einem nicht hinreichend „wirksamen“ Beitrag eines im Rahmen einer Sterbehilfe (unterstellt rechtlich zulässig) eingeschalteten Dritten scheitert.¹² Der Sterbehelfer kann mithin nicht mit jenem Aufwand belastet werden, der durch das von ihm verursachte Weiterleben des Suizidwilligen entsteht.

bb) Hiervon unberührt bleibt allerdings eine Schadenersatzpflicht des Arztes gegenüber dem Kind wegen Schädigungen, die diesem bei einem nicht kunstgerecht ausgeführten, misslungenen Schwangerschaftsabbruch zugefügt worden sind. Dieser Schaden liegt nämlich nicht in der Existenz des Kindes als solcher, sondern darin, dass diesem im Zusammenhang mit dem misslungenen Schwangerschaftsabbruch eine körperliche Beeinträchtigung zugefügt wurde.¹³

b) Anspruchsgrundlagen und Umfang des Schadenersatzanspruches

Eine weitere Problematik liegt bei einer auf einen ärztlichen Fehler zurückgehenden ungewollten

105/92 - BGHZ 124, 128, juris Rn. 35 ff.; BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352, juris Rn. 15

¹¹ BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352, juris Rn. 14 ff.

¹² dazu kurze Erläuterung in Fußnote 9

¹³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 269; vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Januar 1972 - BGHZ 58, 48, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 12; zur Schädigung des Nasciturus allgemein: BGH, Urteil vom 11. Januar 1972 - BGHZ 58, 48, juris Rn. 9 ff.; BGH, Urteil vom 6. Dezember 1988 - VI ZR 132/88 - BGHZ 106, 153, juris Rn. 12; zusammenfassend: Staudinger/Hager, (2017) § 823 BGB Rn. B 42

Schwangerschaft bzw. einem gescheiterten Schwangerschaftsabbruch darin, welche Elternteile Gläubiger von vertraglichen und deliktischen Schadenersatzansprüchen sein können und welche Vermögensnachteile zu kompensieren sind.

aa) Schutzzumfang des Vertragsverhältnisses

(1) Unproblematisch ist, dass dem jeweiligen Vertragspartner des Arztes gegen diesen dem Grunde nach vertragliche Schadenersatzansprüche zustehen, wenn es in Folge einer ärztlichen Fehlleistung zu einer ungewollten Schwangerschaft oder zu einer ungewollten Geburt kommt.

(2) Diese vertraglichen Beziehungen zum Arzt bestehen aber im Regelfall nur mit einem Elternteil; und zwar mit der Mutter bei einer diese betreffenden empfängnisverhütenden Maßnahme sowie bei einem Schwangerschaftsabbruch oder mit dem Vater bei dessen Sterilisation. Die aus einer ungewollten Schwangerschaft resultierenden wirtschaftlichen Belastungen, vor allem die Verpflichtung zum Unterhalt (einschließlich der Krankenbehandlungskosten eines mit einer Gesundheitsschädigung geborenen Kindes) richten sich aber nicht nach den Vertragspartnern des ärztlichen Behandlungsvertrages, sondern nach den familienrechtlichen Regelungen. Es hängt deshalb von der (für den behandelnden Arzt zufälligen und von ihm nicht zu beeinflussenden) individuellen Gestaltung der Lebensverhältnisse der Eltern ab, ob und ggf. in welchem Umfang die finanziellen Folgen einer ärztlichen Fehlbehandlung den Vertragspartner des Arztes oder einen anderen Unterhaltspflichtigen treffen. Es ist daher von erheblicher praktischer Bedeutung, ob entsprechend dem allgemeinen schuldrechtlichen Prinzip nur dem Vertragspartner des behandelnden Arztes vertragliche Schadenersatzansprüche zustehen können oder ob ausnahmsweise jeder der beiden Unterhaltspflichtigen hinsichtlich des ihn treffenden Unterhaltsaufwandes Gläubiger eines vertraglichen Schadenersatzanspruches sein kann.

Diese Frage wird in der deutschen Rechtsprechung gemäß den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte beantwortet.¹⁴ Die Herausbildung des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beruht auf einer ergänzenden Vertragsauslegung und knüpft damit an den hypothetischen Willen der Parteien an, der gemäß §157 BGB unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erforschen ist.¹⁵ Im Einzelnen:

(2.1) Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird ein am Vertrag nicht beteiligter Dritter in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen, so dass er bei deren Verletzung (ohne Vertragspartner zu werden oder, wie beim berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter, selbst Erfüllungsansprüche zu haben) eigene vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann.¹⁶ Eine solche Schutzwirkung setzt zum einen voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt und zum andern, dass der Gläubiger ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat. Die Einbeziehung Dritter muss schließlich dem Schutzpflichtigen bekannt oder für ihn zumindest erkennbar sein.¹⁷ Um die Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar auszudehnen, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutzbereich strenge Anforderungen zu stellen.¹⁸

(2.2) Hiervon ausgehend ist bei einer auf die Verhinderung einer Schwangerschaft gerichteten ärztlichen Maßnahme der jeweils andere Lebenspartner in den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrages einbezogen, so dass er bei deren Verletzung (ohne Vertragspartner zu werden oder, wie beim berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter, selbst Erfüllungsansprüche zu haben) eigene vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann.¹⁶ Eine solche Schutzwirkung setzt zum einen voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt und zum andern, dass der Gläubiger ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat. Die Einbeziehung Dritter muss schließlich dem Schutzpflichtigen bekannt oder für ihn zumindest erkennbar sein.¹⁷ Um die Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar auszudehnen, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutzbereich strenge Anforderungen zu stellen.¹⁸

(2.2) Hiervon ausgehend ist bei einer auf die Verhinderung einer Schwangerschaft gerichteten ärztlichen Maßnahme der jeweils andere Lebenspartner in den Schutzbereich des ärztlichen Behandlungsvertrages einbezogen, so dass er bei deren Verletzung (ohne Vertragspartner zu werden oder, wie beim berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter, selbst Erfüllungsansprüche zu haben) eigene vertragliche Schadenersatzansprüche geltend machen kann.¹⁶ Eine solche Schutzwirkung setzt zum einen voraus, dass der Dritte bestimmungsgemäß mit der Hauptleistung in Berührung kommt und zum andern, dass der Gläubiger ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrags hat. Die Einbeziehung Dritter muss schließlich dem Schutzpflichtigen bekannt oder für ihn zumindest erkennbar sein.¹⁷ Um die Haftung für den Schuldner nicht unkalkulierbar auszudehnen, sind an die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutzbereich strenge Anforderungen zu stellen.¹⁸

¹⁴ dazu aus georgischer Sicht: Rusiashvili, Kommentar zum georgischen Zivilgesetzbuch, Band III, Tbilisi 2019, Art. 349 Rn. 37 ff.; Rusiashvili/Dardjanja/Maisuradze, Fallsammlung zum Schuldrecht AT, Tbilisi 2019, 25 ff.; Rusiashvili, Schuldrecht AT, Tbilisi 2020, 229 ff.

¹⁵ BGH, Urteil vom 14. März 2023 - II ZR 162/21 - ZIP 2023, 1019, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - VII ZR 151/18 - BGHZ 225, 23, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 9. Juli 2020 - IX ZR 289/19 - ZIP 2020, 1720, juris Rn. 12

¹⁶ BGH, Urteil vom 14. März 2023 - II ZR 162/21 - ZIP 2023, 1019, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - VII ZR 151/18 - BGHZ 225, 23, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 9. Juli 2020 - IX ZR 289/19 - ZIP 2020, 1720, juris Rn. 12

¹⁷ BGH, Urteil vom 14. März 2023 - II ZR 162/21 - ZIP 2023, 1019, juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - VII ZR 151/18 - BGHZ 225, 23, juris Rn. 22

¹⁸ BGH, Urteil vom 27. Februar 2020 - VII ZR 151/18 - BGHZ 225, 23, juris Rn. 21

ges zumindest dann einbezogen, wenn die ärztliche Maßnahme Teil einer gemeinsamen (auch wirtschaftlichen) Lebens- und Familienplanung beider Lebenspartner ist.¹⁹ Gleichmaßen erstreckt sich der vertragliche Schutz eines ärztlichen Beratungs- oder Behandlungsvertrages unter den genannten Voraussetzungen auf den Ehemann oder Lebenspartner, wenn es bei der ärztlichen Maßnahme um die Beratung über einen Schwangerschaftsabbruch oder um dessen Durchführung geht.²⁰

Nicht erforderlich ist, dass die Lebens- und Familienplanung abgeschlossen ist und ein Kinderwunsch generell nicht besteht. Vielmehr genügt, dass im Zeitpunkt der ärztlichen Maßnahme ein Kind nicht gewollt ist; selbst wenn etwa nach einer beruflichen Konsolidierung und/oder mit einem anderen Partner ein Kinderwunsch nicht ausgeschlossen ist.²¹

Ohne Belang ist des Weiteren, ob zwischen den Eltern eine Ehe²² oder eine nichteheliche Lebenspartnerschaft²³ besteht. Auch ist nicht erforderlich, dass der behandelnde Arzt konkrete Vorstellung von dem Lebenspartner hatte.²⁴ Es reicht aus, wenn er überhaupt erkennen konnte, dass seine ärztliche Maßnahme in einem Zusammenhang mit einer gemeinsamen Familien- oder Lebensplanung steht.

Nicht entschieden ist höchstrichterlich, ob bei einer Sterilisation in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages auch etwaige künftige Lebenspartner des zu Sterilisierenden und dessen sonstigen Sexualpartner einbezogen sind. Dies dürfte zu verneinen sein, da es für den Schutzzumfang des Behandlungs-

vertrages auf die bei dessen Abschluss und Durchführung erkennbaren Umstände, vor allem hinsichtlich einer gemeinsamen Lebens- und Familienplanung, ankommt. Obwohl der behandelnde Arzt keine konkreten Vorstellungen von deren Inhalt und von der Person des Lebenspartners haben muss, kann für eine Einbeziehung in den Schutzbereich nicht genügen, dass sich etwaige (bei der Vornahme der Maßnahme für den Arzt nicht erkennbare) künftige Lebens- oder Sexualpartner auf eine vermeintlich erfolgreiche Sterilisation verlassen. Dies hätte zum einen ein vom Verhalten unbekannter Dritter abhängiges Haftungsrisiko zur Folge und würde damit dem Ausnahmecharakter einer Erweiterung des vertraglichen Schutzbereichs nicht gerecht. Zum andern würde sich diese davon lösen, dass bei Abschluss und Durchführung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Vertragspartner und dem Dritten eine besondere Schutzbeziehung und eine vertragsspezifische Gemeinsamkeit, hier in der Form einer gemeinsamen Familienplanung, bestehen müssen.

Tendenziell hierfür spricht auch, dass es der Bundesgerichtshof mangels hinreichender Leistungsnähe als eher fernliegend bezeichnet hat, in den Schutzbereich eines Vertrages über die Empfängnisverhütung eines 12-jährigen Kindes, bei dem bereits eine vom Arzt zunächst nicht erkannte Schwangerschaft vorlag, den Kindesvater einzubeziehen.²⁵

bb) Deliktsrechtliche Schadenersatzansprüche der Mutter

Der Mutter können bei einer gescheiterten Sterilisation oder bei einem misslungenen Schwangerschaftsabbruch deliktische Schadenersatzansprüche erwachsen, da die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer ungewollten Schwangerschaft zu einem erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität und in das Selbstbestimmungsrecht der Mutter führt. Der Schutz des Rechts am eigenen Körper als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts erfordert es daher, in solchen Sachlagen in dem ärztlichen Fehlverhalten zumindest im zivilrechtlichen Sinn eine tatbestandli-

¹⁹ BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 109; BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 23

²⁰ BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 24

²¹ BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 13

²² für diese: BGH, Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 247/78 - NJW 1980, 1452, juris Rn. 23

²³ für diese: BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 22 ff.

²⁴ BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 25

²⁵ BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - VI ZR 190/01 - NJW 2002, 1489, juris Rn. 9

che Körperverletzung zu sehen. Hieran ändert wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Mutter nichts, dass es sich bei der Schwangerschaft als solcher um einen normalen physiologischen Vorgang handelt.²⁶

(1) Der für eine Schadenersatzpflicht zudem erforderliche haftungsrechtliche Zurechnungszusammenhang zwischen dem ärztlichen Fehler und der Körperverletzung entfällt nach gefestigter Rechtsprechung durch den dazwischen geschalteten Geschlechtsverkehrs grundsätzlich nicht.²⁷ Deshalb hat der Bundesgerichtshof eine Körperverletzung der Ehefrau auch dann angenommen, wenn eine beim Ehemann vorgenommene Sterilisation fehlgeschlagen ist und die Ehepartner im Vertrauen auf die Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes einen ungeschützten Geschlechtsverkehr vorgenommen haben, der zu einer ungewollten Schwangerschaft geführt hat.²⁸

In gleicher Weise wie bei einer vertraglichen Haftungserstreckung nach den Grundsätzen zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte wird bei einer Sterilisation des Mannes der Mutter ein deliktsrechtlicher Anspruch aber nur zustehen, wenn die Sterilisation Teil einer gemeinsamen Familienplanung war. Nur diese gemeinsame Entscheidung für oder gegen ein gemeinsames Kind kann die für eine Schadenersatzpflicht erforderliche haftungsrechtliche Verknüpfung herbeiführen, also die erforderliche Nähe zwischen dem Beginn der Kausalkette (fehlgeschlagene Sterilisation des Mannes) und deren Ende, also dem mit dem ungewollten Schwangerschaft verbundenen Eingriff in die körperliche Integrität und in das Selbstbestimmungsrecht der Mutter, schaffen. Bei sonstigen Fernwirkungen fehlt es hingegen am Zurechnungszusammenhang; und zwar selbst wenn sich die Sexualpartner darauf verlassen, dass ein ungeschützt durch-

geführter Geschlechtsverkehr wegen einer vermeintlichen Sterilisation eines der beiden folgenlos bleibe.

(2) Diese Verletzung der körperlichen Integrität schließt ein, dass der ungewollt Schwangeren wegen der mit der Schwangerschaft verbundenen Beeinträchtigung der körperlichen Integrität und des Selbstbestimmungsrechts ein Schmerzensgeldanspruch zusteht.²⁹ Nicht zweifelsfrei erscheint jedoch, dass der Bundesgerichtshof beim Misslingen eines Schwangerschaftsabbruchs den Schmerzensgeldanspruch auf jene Beschwerden beschränkt, die über die mit einer natürlichen, komplikationslosen Schwangerschaft und Geburt verbundenen körperlichen oder seelischen Belastungen hinausgehen.³⁰

cc) Umfang des Schadenersatzanspruchs, insbesondere Unterhaltsschaden:

(1) Nach der Rechtsprechung beschränkt sich der Schadenersatzanspruch nicht auf die Rückzahlung der Kosten für die fehlgeschlagene ärztliche Behandlung (Sterilisation, Schwangerschaftsabbruch), sondern erstreckt sich im Regelfall auf den Aufwand für den Unterhalt des ungewollt geborenen Kindes.³¹ Dies gilt sowohl für die Aufwendungen für den allgemeinen Unterhalt des Kindes als auch für den durch dessen etwaige Behinderung entstehenden Mehraufwand. An der Verpflichtung zum Ersatz des gesamten Unterhaltsaufwandes (also nicht nur des durch die Behinderung bedingten Mehraufwandes) ändert sich selbst dann nichts, wenn sich die Mutter oder die Eltern gegen die Geburt des Kindes nur entschieden haben,

²⁶ BGH, Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 247/78 - NJW 1980, 1452, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 17; verfassungsrechtlich gebilligt in: BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - BVerfGE 96, 375, juris Rn. 58

²⁷ BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 18

²⁸ BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 18

²⁹ BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 16; BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 240, juris Rn. 31 ff.; BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 19; vgl. aus verfassungsrechtlicher Sicht: BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 269

³⁰ so BGH, Urteil vom 18. Januar 1983 - VI ZR 114/81 - BGHZ 86, 240, juris Rn. 32, für den Fall, dass bei einer Rötelninfektion (Rubeola) die Schwangerschaft pflichtwidrig nicht abgebrochen wurde und wegen der durch die Röteln erfolgten Schädigung des Kindes eine Geburt mit Kaiserschnitt (sectio Caesarea) notwendig wurde; BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 19, für seelische Belastungen während der Schwangerschaft

³¹ BGH, Urteil vom 31. Januar 2006 - VI ZR 135/04 - NJW 2006, 1660, juris Rn. 10

weil dessen Schädigung feststand oder zu befürchten war.³² Der Bundesgerichtshof begründet dies im Kern damit, dass sich die Existenz des Kindes und dessen unbestreitbarer Wert als Persönlichkeit einerseits und die sich für die Eltern ergebende Unterhaltsbelastung andererseits schadensrechtlich voneinander trennen ließen.³³ Es gehe also um gesondert zu betrachtende Vermögenssphären, bei denen der unantastbare Schutz der Menschenwürde nur jene des Kindes, nicht aber jene der Unterhaltspflichtigen, gegen jedwede schadensrechtliche Betrachtung sperre.

Diese zivilgerichtliche Rechtsprechung wird in der Literatur teilweise kritisiert, weil sie mittelbar doch zu einer (verfassungsrechtlich unzulässigen) Bewertung menschlichen Lebens führe. Diese Kritik erscheint aber unbegründet, weil der Bundesgerichtshof mit seiner Rechtsprechung zum Ersatz des Unterhaltschadens ausschließlich die von der Geburt des ungewollten Kindes betroffene Vermögenssphäre der Eltern in den Blick nimmt und nur deren tatsächlich angefallenen bzw. geschuldeten Unterhaltsaufwand schadensrechtlich kompensiert. Der Schutz dieser elterlichen Vermögenssphäre war aber Teil der ärztlichen Verhaltenspflichten, da - wie nachfolgend unter (2) näher ausgeführt - eine Haftung des Arztes erfordert, dass die auf die Verhinderung oder Beendigung einer Schwangerschaft gerichtete ärztliche Maßnahme Teil einer Lebens- oder Familienplanung war. Hierdurch entstehen zwischen dem Arzt und den Eltern hinsichtlich des diese treffenden Unterhaltsaufwandes unmittelbare Schutzpflichten, also nicht nur mittelbare wirtschaftliche Verbindungen über ein Dreieck Arzt-Kind-Eltern. Nur bei einer solchen Dreiecks-Kette könnte aber die bei dem Kind aus verfassungsrechtlichen Gründen bestehende Anspruchssperre von vornherein auch Ansprüche der Eltern ausschließen.

³² umfassend zu dieser Thematik: BGH, Urteil vom 16. November 1993 - VI ZR 105/92 - BGHZ 124, 128, juris Rn. 25 ff.; weiterhin: BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 213/00 - BGHZ 149, 236, juris Rn.9; offen gelassen in BGH, Urteil vom 2. April 2019 - VI ZR 13/18 - BGHZ 221, 352, juris Rn. 29

³³ BGH, Urteil vom 16. November 1993 - VI ZR 105/92 - BGHZ 124, 128, juris Rn. 36

Mit dieser schadensrechtlichen Betrachtung ist weder eine mit der Menschenwürde nicht zu vereinbarende Bewertung des Lebens des Kindes verbunden noch werden die finanziellen Folgen einer ungewollten Schwangerschaft oder Geburt so behandelt, als sei die Existenz des Kindes ein Schaden. Dies zeigt sich schon dadurch, dass wegen der Anknüpfung an die (vom Schutzzumfang des ärztlichen Behandlungsvertrages unmittelbar umfasste) elterliche Unterhaltspflicht allein familienrechtliche Maßstäbe die Grundlage der Schadensermittlung bilden. Beide Vermögenssphären sind auch nicht deckungsgleich, so dass über den Ersatz des Unterhaltsaufwandes nicht mittelbar doch der Lebensbedarf (Vermögensnachteil) des Kindes Grundlage für die Schadensbemessung wird. Der familienrechtliche Unterhaltsanspruch wird nämlich von vornherein durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Eltern konkretisierenden gesetzlichen Bestimmungen des Unterhaltsrechts begrenzt. Er kann zwar nicht höher sein, als der objektive Lebensbedarf des Kindes, bildet diesen aber nicht parallel ab. Entfällt gar die Unterhaltspflicht insgesamt, sei es weil die Eltern versterben oder weil sich die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht ab einem gewissen Zeitpunkt nach jenen gegenüber volljährigen Kindern richten, gerät ab diesem Zeitpunkt auch eine Schadenersatzpflicht des Arztes in Wegfall; und dies, obwohl sich durch die veränderten unterhaltsrechtlichen Rahmenbedingungen nichts am Lebensbedarf des ungewollt geborenen Kindes geändert hat.³⁴

Mit dieser Anmerkung soll nicht in Frage gestellt sein, dass zu dieser rechtsethisch und verfassungsrechtlich hoch sensiblen Thematik mit gutem Grund verschiedene Auffassungen vertreten werden können. Auch ist nicht zu verkennen, dass der Ersatz des elterlichen Unterhaltsaufwandes belastende Auswirkungen auf das Eltern-Kind-Verhältnis und auf das Selbstwertgefühl des Kindes haben kann. Unberechtigt erscheint die teilweise gegen diese Rechtsprechung geäußerte Kritik aber jedenfalls insoweit, als die Anknüpfung an die Vermögenssphäre der unter-

³⁴ vgl. zu der Thematik umfassend: BGH, Urteil vom 16. November 1993 - VI ZR 105/92 - BGHZ 124, 128, juris Rn. 36 ff.

haltungspflichtigen Eltern nicht vordergründig ist, insbesondere zu keiner wirtschaftlichen Gleichstellung mit einem - verfassungsrechtlich ausgeschlossenen - eigenen Schadenersatzanspruch des Kindes führt.

Neuere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Thematik liegen nicht vor. Zunächst hatte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens inzident ausgeführt, die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein zu achten, verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.³⁵ Nachdem der Bundesgerichtshof aber nach nochmaliger Überprüfung an seiner bisherigen Rechtsauffassung festgehalten und diese vertiefter begründet hatte, hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens einen Verfassungsverstoß in den zivilgerichtlichen Entscheidungen nicht gesehen.³⁶

(2) Dieser Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsschadens unterliegt allerdings gewissen Schranken.

Gemäß den allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen ist Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht, dass der durch den ärztlichen Fehler eingetretene Schaden vom Schutzzweck des Behandlungsvertrages umfasst wird. Dies ist insbesondere dann zu verneinen, wenn die Rechtsordnung die fehlgeschlagene ärztliche Maßnahme überhaupt nicht zugelassen hätte, so etwa bei einem gesetzlich verbotenen Schwangerschaftsabbruch.³⁷ Rechtlich besonders problematisch erweist sich dies bei Zwillingsschwangerschaften, soweit bei diesen eine medizinische Indikation bei der Mutter nur wegen der drohenden Missbildung einer Leibesfrucht in Betracht kommt, eine Beendigung der Schwangerschaft aber

nur insgesamt oder gar nicht möglich ist.³⁸

Des Weiteren kann es an einem Schutzzweckzusammenhang fehlen, wenn die Mutter bzw. die Eltern grundsätzlich einen Kinderwunsch hatten, von dessen Erfüllung aber aus Sorge um ein gesundheitliches Risiko für das Kind Abstand nehmen wollten. Schlägt in einer solchen Situation eine auf die Verhinderung oder Beendigung der Schwangerschaft gerichtete ärztliche Behandlung fehl, verwirklicht sich aber das vorhandene gewesene Risiko nicht (wird also ein gesundes Kind geboren), mangelt es trotz der objektiv vorhandenen Kausalität an dem für eine Schadenersatzpflicht notwendigen inneren Zusammenhang. Die Eltern können dann zwar vom Arzt die Kosten der fehlgeschlagenen ärztlichen Behandlung ersetzt verlangen, nicht aber den Ersatz des Unterhaltsaufwandes.

Weitere Voraussetzung für eine Schadenersatzpflicht ist, dass die mit der Geburt eines nicht gewollten Kindes für die Mutter bzw. für die Eltern verbundenen wirtschaftlichen Belastungen, insbesondere die Aufwendungen für den Unterhalt des Kindes, in die Zielrichtung (mithin den Schutzzumfang) des jeweiligen ärztlichen Behandlungs- oder Beratungsvertrages einbezogen waren.³⁹ Dies wird aber im Regelfall zu bejahen sein, wenn die ärztliche Maßnahme Teil einer Lebens- und Familienplanung der Mutter bzw. der Eltern war. Selbst wenn diese vorrangig aus anderen Gründen (Abschluss einer Ausbildung; berufliche Perspektiven; Wohnungssituation; Sorge um Überforderung usw.) motiviert war, werden in solchen Situationen meist die wirtschaftlichen Auswirkungen zumindest mit in die mütterliche bzw. elterliche Entscheidungsfindung einfließen; im Regelfall wird dies dem Arzt auch erkennbar sein. Solches gilt grundsätzlich erst recht, wenn dem Kind gesundheitliche Risiken drohten, da diese typischerweise für die Unterhaltspflichtigen mit besonderen finanziellen Belastungen einhergehen.

Geht es bei einem Beratungs- oder Behandlungs-

³⁵ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 269

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. November 1997 - 1 BvR 479/92 - BVerfGE 96, 375, juris Rn. 66 ff.

³⁷ BGH, Urteil vom 31. Januar 2006 - VI ZR 135/04 - NJW 2006, 1660, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 28. März 1995 - VI ZR 356/93 - BGHZ 129, 178, juris Rn. 16; dazu auch unter 2. b) der nachfolgenden Besprechung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14. Februar 2023

³⁸ dazu: BGH, Urteil vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 213/00 - BGHZ 149, 236, juris Rn. 21 ff.

³⁹ vgl. BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 135/99 - BGHZ 143, 389, juris Rn. 8 mwN

vertrag ausschließlich um eine medizinischer Indikation bei der Mutter (etwa wegen einer Lebensmüdigkeit oder einer suizidalen Krise während der Schwangerschaft), also nicht um eine über die mögliche Gefährdung des Kindes vermittelte Indikation, erstreckt sich der Schutzzumfang des Vertrages im allgemeinen nicht auf die Bewahrung vor belastenden Unterhaltsaufwendungen für das Kind.⁴⁰ Dies hat seinen Grund darin, dass bei solchen Sachlagen im Regelfall die Abwendung der während der Schwangerschaft bestehenden schweren Gefahren im Mittelpunkt steht, nicht aber die Lebensverhältnisse nach der Geburt. Wirken sich allerdings die Sorge um die Belastung durch den späteren Unterhalt für das Kind oder um die Lebensumstände nach dessen Geburt in entscheidender Weise bereits während der Schwangerschaft negativ auf den Gesundheitszustand der Schwangeren aus, kann sich der Schutzzweck des Vertragsverhältnisses auf die Unterhaltsaufwendungen erstrecken.⁴¹

Des Weiteren kann der Schutzzweckzusammenhang entfallen, wenn sich der innere Grund für die haftungsrechtliche Zurechnung, nämlich die Störung der Familienplanung, nachträglich verändert.⁴² Das kann etwa in Betracht kommen, wenn die Eltern die Kinderzahl begrenzen wollten, aber ein anderes Kind verstirbt und durch diesen Schicksalsschlag die Wunsch-Kinderzahl erreicht wird.⁴³

2. Von diesen Grundsätzen ausgehend befasst sich der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - mit den ärztlichen Pflichten bei einer pränatalen Beratung sowie mit den Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht bei einem

Beratungsfehler. In diesem Zusammenhang waren auch die Voraussetzungen für die medizinische Indikation eines Schwangerschaftsabbruchs zu erörtern.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte die Klägerin die ärztliche Behandlung erstrebt, um möglichst frühzeitig über eine mögliche Schädigung des ungeborenen Kindes informiert zu werden und um danach eigenverantwortlich über ihr weiteres Vorgehen entscheiden zu können.

In einer solchen Situation ist der Arzt verpflichtet, die Schwangere auf der Grundlage des bei ihm vorauszusetzenden medizinischen Erfahrungs- und Wissensstandes umfassend zu beraten und ihr diejenigen medizinischen Fakten zu vermitteln, die für eine von der Rechtsordnung gebilligte eigenständige Entscheidung über eine Fortsetzung der Schwangerschaft erforderlich sind.⁴⁴ Diese Unterrichts- und Beratungspflicht umfasst insbesondere die Wahrscheinlichkeit eines pathologischen Befundes sowie dessen Gewicht und seine Konsequenzen für die Gesundheit des Kindes und die der Schwangeren.⁴⁵ Diese für die Entscheidungsfindung erforderlichen Informationen sind der Schwangeren in verständlicher Weise zu vermitteln und mit der nötigen Deutlichkeit zu Bewusstsein zu bringen.⁴⁶ Ebenso muss klargestellt werden, ob bzw. inwieweit ggf. eine gesicherte Einschätzung nicht möglich ist.⁴⁷ Das Risiko einer schweren Behinderung darf zwar nicht dramatisiert werden.⁴⁸ Dem Behandelnden steht es aber nicht zu, Inhalt und

⁴⁰ BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 15. Februar 2000 - VI ZR 135/99 - BGHZ 143, 389, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 19. Februar 2002 - VI ZR 190/01 - NJW 2002, 1489, juris Rn. 13; OLG Karlsruhe, Urteil vom 19. Februar 2020 - 7 U 139/16 - MedR 2021, 52, juris Rn. 66

⁴¹ BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 213/00 - BGHZ 149, 236, juris Rn. 19

⁴² BGH, Urteil vom 14. November 2006 - VI ZR 48/06 - NJW 2007, 989, juris Rn. 21

⁴³ BGH, Urteil vom 18. März 1980 - VI ZR 247/78 - BGHZ 76, 259, juris Rn. 313

⁴⁴ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Juli 1987 - VI ZR 193/86 - NJW 1987, 2923, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 22. November 1983 - VI ZR 85/82 - BGHZ 89, 95, juris Rn. 10 ff.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Juli 1987 - VI ZR 193/86 - NJW 1987, 2923, juris Rn. 9; BGH, Urteil vom 22. November 1983 - VI ZR 85/82 - BGHZ 89, 95, juris Rn. 14

⁴⁶ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 27. Juni 1995 - VI ZR 32/94 - NJW 1995, 2407, juris Rn. 13

⁴⁷ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 16. November 1993 - VI ZR 105/92 - BGHZ 124, 128, juris Rn. 16

⁴⁸ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 7. Juli 1987 - VI ZR 193/86 - NJW 1987, 2923, juris Rn. 9

Deutlichkeit seiner Beratung ungefragt nach seiner persönlichen Haltung zu bestimmen oder gar einer eigenen Gewichtung der medizinischen Fakten durch die Schwangere vorzugreifen.⁴⁹

Gemessen hieran hat der Bundesgerichtshof einen Behandlungsfehler bejaht, da es bereits bei einer isolierten Balkenagenesie zu schweren Behinderungen, die über Entwicklungsverzögerungen und Lernbehinderungen hinausgehen, kommen kann und der behandelnde Arzt bei der Besprechung des MRT-Befunds auf die Möglichkeit einer schweren Behinderung jedenfalls nicht in realistischer Weise hingewiesen hatte, obwohl diese mit einer nicht nur völlig untergeordneten Wahrscheinlichkeit bestand.

b) Der Bundesgerichtshof sieht die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch aber auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts dennoch nicht als erfüllt.

Zum einen sei das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft davon ausgegangen, dass sich die Klägerin - wie von ihr darzulegen und zu beweisen - bei einer sachgerechten Beratung (hypothetisch) für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätte. Insbesondere habe das Berufungsgericht nicht berücksichtigt, dass das bei dem Kind nach der Geburt festgestellte schwerwiegende Aicardi-Syndrom eine "Rarität" mit weltweit nur ca. 200 publizierten Fällen sei und bei der Auswertung der MRT-Aufnahmen nicht habe diagnostiziert werden können. Bei der Feststellung, ob sich die Mutter bei einer sachgerechten ärztlichen Beratung für oder gegen einen Schwangerschaftsabbruch entschieden hätte, müsse daher das sich tatsächlich verwirklichende Risiko des Aicardi-Syndroms ausgeblendet werden.⁵⁰

Zum anderen lasse sich mit der Begründung des Berufungsgerichts die Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs nicht bejahen. Wäre aber ein Schwangerschaftsabbruch (wie im Revisionsverfahren

aus verfahrensrechtlichen Gründen zu unterstellen) rechtswidrig gewesen, fehle es nach dem Schutzzweck der vertraglichen Beratungspflicht am haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang.⁵¹ Hierfür sei allein die objektive (letztlich vom Gericht festzustellende) Rechtmäßigkeit entscheidend, nicht ob die Schwangere möglicherweise einen Arzt mit „liberalerer“ Auffassung gefunden hätte, der bereit gewesen wäre, einen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen.⁵²

In diesem Zusammenhang stellte sich für den Bundesgerichtshof als zentrale Thematik des Rechtsstreits, welche Anforderungen an eine schwerwiegende Beeinträchtigung des seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren im Sinne von § 218a Abs. 2 StGB zu stellen sind. Der Bundesgerichtshof knüpft in seiner Entscheidung insoweit an ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts an, nach der Belastungen gegeben sein müssen, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, dass dies von der Schwangeren nicht erwartet werden könne.⁵³ Es sei daher entscheidend, ob sich für die Mutter aus der Geburt des schwerbehinderten Kindes und aus der hieraus resultierenden besonderen Lebenssituation Belastungen ergeben, die sie in ihrer Konstitution überfordern. Die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres (insbesondere seelischen) Gesundheitszustandes müsse als so drohend erscheinen, dass bei der gebotenen Güterabwägung das Lebensrecht des Ungeborenen dahinter zurückzutreten habe.⁵⁴

Stehe (wie im konkreten Verfahren) im Zeitpunkt der mütterlichen Entscheidung nicht fest, ob das Kind behindert sein werde, müsse in die Abwägung einfließen, wie wahrscheinlich die Geburt eines behin-

⁴⁹ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 14; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. November 1983 - VI ZR 85/82 - BGHZ 89, 95, juris Rn. 14

⁵⁰ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 20

⁵¹ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 22; vgl. auch BGH, Urteil vom 31. Januar 2006 - VI ZR 135/04 - NJW 2006, 1660, juris Rn. 10; BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 12

⁵² vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 28

⁵³ BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 172

⁵⁴ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 23

derten Kindes sei. Dies führe letztlich dazu, dass in solchen Fallgestaltungen die Feststellung einer Indikation (schwerwiegende Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der Mutter) mit einer doppelten Unsicherheit verbunden sei. Es sei nämlich sowohl ungewiss, ob das Kind bei einer Geburt überhaupt behindert sein werde, als auch mit Unsicherheiten behaftet, welche Auswirkungen die Geburt eines behinderten Kindes (falls sich das Risiko verwirklichen sollte) auf den (insbesondere seelischen) Gesundheitszustand der Mutter hätte. Lasse sich eine Behinderung des Kindes weder ausschließen noch feststellen, hänge mit von der Schwere der zu befürchtenden Schäden ab, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit für eine Behinderung notwendig sei, um der Gesundheit der Mutter Vorrang vor dem Lebensrecht des Kindes einräumen zu können. Je schwerwiegender der zu befürchtende Schaden ist, desto niedriger könne die Wahrscheinlichkeit sein; bei einer Lebensgefahr für die Mutter könne ein relativ geringes Risiko genügen.⁵⁵

Bei demnach gebotenen Abwägung könne der fortgeschrittene Zustand der Schwangerschaft nicht ausgeblendet werden. Dies gelte in besonderer Weise, wenn die Lebensfähigkeit des Kindes außerhalb des Mutterleibs nicht auszuschließen oder (wie hier) gar anzunehmen sei und damit das Kind bei einem Schwangerschaftsabbruch im Mutterleib getötet werden müsse.⁵⁶ Hieran ändere angesichts der (möglicherweise oder tatsächlich) bereits eingetretenen Lebensfähigkeit des Kindes nichts, dass dessen Lebensrecht dem Grunde nach eine zeitliche Differenzierung nicht zulasse.⁵⁷

c) Des Weiteren führt der Bundesgerichtshof aus, dass eine Deliktshaftung wegen einer Körper- oder Gesundheitsverletzung der Mutter in Betracht komme, wenn die durchgeführte Beratung nicht dem medizinischen Standard entspreche und dies - über die

Belastungen eines komplikationslosen Schwangerschaftsverlaufs hinausgehend - zu einer seelischen Beeinträchtigung der Mutter führe.⁵⁸

d) Schließlich nimmt der Bundesgerichtshof auf seine bisherige Rechtsprechung Bezug, nach welcher der Lebenspartner der Mutter in den Schutzbereich des zwischen dieser und dem Arzt geschlossenen Vertrages über die pränatale Diagnostik grundsätzlich eingeschlossen ist.⁵⁹

3. BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486

Leitsatz:

1. Zur Verhältnismäßigkeit einer sechswöchigen Betriebsuntersagung für Frisörgeschäfte im Frühjahr 2020 zur Verhinderung der weiteren Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus.

2. Eine solche Betriebsuntersagung war angesichts der gesamten wirtschaftlichen, sozialen und sonstigen Auswirkungen der COVID-19-Pandemie und unter Berücksichtigung des den Betriebsinhaber grundsätzlichen treffenden Unternehmerrisikos nicht derart gravierend, dass gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG eine verfassungsrechtliche Pflicht bestand, hierfür Entschädigungsansprüche zu normieren. Die finanzielle Leistungsfähigkeit des Staates ist begrenzt. Dementsprechend muss er sich in Pandemiezeiten gegebenenfalls auf seine Kardinalpflichten zum Schutz der Bevölkerung beschränken...

Wesentlicher Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt von dem beklagten Bundesland Entschädigung für Einnahmeausfälle, die entstanden sind, weil sie das von ihr betriebene Frisörgeschäft im Frühjahr 2020 auf Grund von staatlichen Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus

⁵⁵ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 27

⁵⁶ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 19, 28

⁵⁷ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 28; vgl. auch BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 - 2 BvF 2/90 - BVerfGE 88, 203, juris Rn. 166, 196

⁵⁸ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 19; dazu auch oben 1. b) bb)

⁵⁹ BGH, Urteil vom 14. Februar 2023 - VI ZR 295/20 - NJW 2023, 1878, juris Rn. 31; vgl. auch BGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - VI ZR 136/01 - BGHZ 151, 133, juris Rn. 10; dazu oben 1. b) aa)

SARS-CoV-2 und der dadurch verursachten COVID-19-Krankheit vorübergehend schließen musste.

Rechtliche Problemstellungen:

1. Das Urteil befasst sich zunächst umfangreich damit, ob der Klägerin wegen der Betriebsschließung Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz des Bundes oder dem Polizeigesetz des Landes zustehen.

Ansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz lehnt der Bundesgerichtshof ab, weil dieses nur die Entschädigung solcher Personen regelt, die infektionsschutzrechtlich Störer (Gefährder) seien (Kranke, Ansteckungsverdächtige usw.), nicht aber Ansprüche der von Schutzmaßnahmen betroffenen Allgemeinheit.⁶⁰ Sodann hatte sich der Bundesgerichtshof dazu zu äußern, ob Entschädigungsansprüche nach den allgemeinen polizeirechtlichen (ordnungsrechtlichen) Regelungen über die Entschädigung bei einer Inanspruchnahme von Nichtstörern bestehen. Inzident war hierbei wegen des Verhältnisses zwischen den (rechtmäßiges hoheitliches Handeln voraussetzenden) Entschädigungsregelungen des Polizeirechts und den (rechtswidriges hoheitliches Handeln voraussetzenden) Amtshaftungsansprüchen über die Rechtmäßigkeit der staatlich angeordneten Betriebsschließung zu befinden. Die juristisch bedeutendste Thematik der Entscheidung betrifft die sich anschließende Frage, ob es die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie erfordert, für die sechswöchige Betriebsschließung einen finanziellen Ausgleich vorzusehen.

2. Die sechswöchige Betriebsschließung wurde vom Bundesgerichtshof als rechtmäßig bewertet.

a) Zunächst führt der Bundesgerichtshof hierzu aus, dass der Gesetzgeber mit den Betriebsschließungen das Ziel verfolgt habe, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und die durch die Corona-Pandemie hervorgerufenen Gefahren zu bekämpfen. Damit habe der Staat seine verfassungsrechtliche Schutzpflicht für das Leben und die Gesundheit der

Bürger wahrgenommen. Dieser legitime Gesetzeszweck habe zu Beginn der Corona-Pandemie selbst schwere Grundrechtseingriffe rechtfertigen können,⁶¹ da in der zweiten Märzhälfte 2020 eine ernste Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung bestanden und eine Überlastung des Gesundheitssystems gedroht habe.⁶²

b) Die sechswöchige Betriebsuntersagung sei auch geeignet, erforderlich und angemessen gewesen, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Hierzu führt der Bundesgerichtshof u.a. aus:⁶³

„(1) Hinsichtlich der Geeignetheit ist entscheidend, ob das eingesetzte Mittel schlechthin oder objektiv untauglich ist. Die Möglichkeit der Zweckerreichung ist ausreichend, wobei dem Normgeber grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum bei der Beurteilung der Geeignetheit der Maßnahme zusteht...“

Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die ausgesprochenen Betriebsuntersagungen waren insbesondere geeignet, das Aufeinandertreffen von Menschen (auch) in einem Frisörgeschäft zu verhindern und dadurch drohende Infektionsketten zu unterbinden und einen Multiplikationseffekt zu verhindern. Hierdurch sollte dem exponentiellen Wachstum entgegengewirkt und die Verbreitung des SARS-CoV-2-Virus verlangsamt werden. Die Überlastung der medizinischen Versorgungskapazitäten im Land wurde vermieden und wichtige Zeit für die Entwicklung von Therapie- und Präventionsmöglichkeiten (zB die Bereitstellung von Impfstoffen) gewonnen...“

(2) Die auf wenige Wochen beschränkte Betriebsuntersagung war auch erforderlich, weil gleich geeignete, mildere Mittel nicht zur Verfügung standen.

Ein Gesetz ist erforderlich, wenn der Normgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschränkendes Mittel

⁶⁰ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 18 ff.; ebenso: BGH, Urteil vom 17. März 2022 - III ZR 79/21 - BGHZ 233, 107, juris Rn. 17 ff.

⁶¹ vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 23. März 2022 - 1 BvR 1295/21 - NJW 2022, 1672, juris Rn. 21

⁶² BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 33

⁶³ Auszug aus: BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 34 ff. (Zitate leicht verändert)

hätte wählen können, wobei dem Gesetzgeber insofern ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zusteht (BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 781/21 - BVerfGE 159, 223, juris Rn, 204). Nach der Erkenntnislage zu Beginn der Corona-Pandemie durfte der Verordnungsgeber davon ausgehen, dass es kein gleich geeignetes milderes Mittel zur Verhinderung von Übertragungen des SARS-CoV-2-Virus als die verfahrensgegenständliche Betriebsuntersagung gab, da hierdurch jedenfalls sicher Kontakte zwischen Menschen, die grundsätzlich eine Gefahr der Übertragung des Coronavirus darstellen, vermieden werden konnten. Impfschutz, eine hinreichende Immunisierung der Bevölkerung auf Grund abgelaufener Infektionen oder erfolgversprechende Therapiemöglichkeiten standen zu diesem Zeitpunkt ... nicht zur Verfügung Verstärkte Hygienemaßnahmen wie zum Beispiel die Beschränkung der Kundenzahl und das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen hätten das Infektionsrisiko in den betroffenen Betriebsstätten zwar begrenzen, nicht aber auf Null reduzieren können. Ein einem gänzlichen Kontaktverbot vergleichbarer Schutz wäre dadurch nicht erreicht worden (...).

(3) Die Betriebsuntersagung für Frisöre war auch verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen).

Eine Maßnahme ist verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen), wenn der mit ihr verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen (...). Auch bei der Prüfung der Angemessenheit besteht grundsätzlich ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers (BVerfG, Beschluss vom 19. November 2021 - 1 BvR 971/21 - BVerfGE 159, 355, juris Rn. 167).

Der durch die Betriebsuntersagung bewirkte Eingriff in die Berufsfreiheit der Klägerin und in ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat erhebliches Gewicht. Entgegen der Auffassung des beklagten Landes wurde durch die sechswöchige Betriebsuntersagung auch der Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG (redaktioneller Hinweis: Eigentums-garantie) beeinträchtigt. Denn solche Maßnahmen greifen unmittelbar in den Betrieb als wirtschaftlichen Organismus ein. Es wird damit dessen ungestörtes

Funktionieren unterbunden und der Inhaber daran gehindert, von dem Gewerbebetrieb als der von ihm aufgebauten und aufrechterhaltenen Organisation sachlicher und persönlicher Mittel den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen. Dies kann existenzgefährdend sein oder gar zum vollständigen Verlust des Gewerbebetriebs führen. Es geht daher nicht allein um dem Schutz von Art. 12 Abs. 1 GG (redaktioneller Hinweis: Berufsfreiheit) unterliegenden Chancen und Erwerbsmöglichkeiten (...).

Die Klägerin musste ihr Frisörgeschäft vom 23. März bis Anfang Mai 2020, insgesamt sechs Wochen lang, geschlossen halten, obwohl sie nach den Feststellungen der Vorinstanzen zu dem Infektionsgeschehen nichts beigetragen hatte. Dem stand jedoch die Notwendigkeit gegenüber, auf die exponentielle Weiterverbreitung des Coronavirus und die befürchtete Überlastung des Gesundheitswesens mit weitreichenden kontaktbeschränkenden Maßnahmen zu reagieren, um das Infektionsgeschehen abzubremsen, dadurch Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen zu schützen und die Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems in Deutschland sicherzustellen (...).

Das Gewicht des Eingriffs in die Rechte der von Betriebs-schließungen Betroffenen ist zudem durch die verschiedenen und umfangreichen staatlichen Hilfsmaßnahmen für die von der Betriebsuntersagung betroffenen Unternehmen entscheidend relativiert worden (redaktioneller Hinweis: Im Folgenden wird dargestellt, welche staatlichen Hilfen im Einzelnen in Deutschland gewährt wurden). ... Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist weiter zu bedenken, dass die Dauer der Schließungsanordnung mit sechs Wochen der Klägerin unter Berücksichtigung des von ihr grundsätzlich zu tragenden Unternehmerrisikos noch zumutbar war. Dabei spielt auch eine Rolle, dass der Verordnungsgeber von Anfang an eine "Ausstiegs-Strategie" im Blick hatte und ein schrittweises Öffnungskonzept entwickelte und umsetzte (...).

3. Ansprüche aus einem enteignenden Eingriff lehnt der Bundesgerichtshof ebenfalls ab

Der Anwendungsbereich des Rechtsinstituts des

enteignenden Eingriffs sei nicht eröffnet, wenn es darum gehe, durch flächendeckende infektionsschutzrechtliche Maßnahmen verursachte Schäden auszugleichen. Zur Bewältigung eines massenhaft auftretenden "Globalphänomens" sei das Haftungsinstitut des enteignenden Eingriffs nicht entwickelt worden.⁶⁴

Es sei auch nicht geboten, der Klägerin eine solche Entschädigung aus Gründen des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes zuzuerkennen. Die hier in Rede stehenden infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen (Betriebsschließungen) konkretisierten die verfassungsrechtlichen Schranken des Eigentumsrechts (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG; mit Art. 19 Nr. 2 der Verfassung Georgiens vergleichbar). Begrenzungen der Eigentümerbefugnisse, welche die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich bringen, seien Ausdruck der Sozialgebundenheit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) und damit grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen. Der Gesetzgeber könne zwar Ausgleichsregelungen vorsehen, um eine unzumutbare Belastung des Eigentümers zu verhindern. Dieser bedürften jedoch wegen des Budgetrechts der Legislative immer einer gesetzlichen Grundlage und könnten deshalb nicht kraft Richterrechts gewährt werden.⁶⁵

Der Gesetzgeber sei auch nicht verfassungsrechtlich verpflichtet gewesen, für die in den Betriebsuntersagungen liegenden Eingriffe in das Eigentumsrechts Ausgleichsansprüche vorzusehen. Die Corona-Pandemie habe gravierende Auswirkungen in nahezu allen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Bereichen gehabt. In Relation hierzu sei eine sechswöchige Schließung von Frisörgeschäften unter Berücksichti-

gung des den Betriebsinhaber grundsätzlich treffenden Unternehmerrisikos nicht unzumutbar gewesen. In einer Krise, wie der Corona-Pandemie, dürfe die Gesellschaft dem Einzelnen mehr abverlangen als unter normalen Verhältnissen. Damit verschiebe sich auch der Vergleichsmaßstab, an Hand dessen zu entscheiden sei, ob eine staatliche Pflicht zum Ausgleich für entstandene Schäden bestehe. Eine besondere, die Regelung gesetzlicher Entschädigungsansprüche bedingende Belastungsintensität könne sich erst ergeben, wenn der Einzelne gerade im Vergleich zu sonstigen, ebenfalls intensiv Betroffenen signifikant stärker belastet sei. Daran fehlt es hier.⁶⁶

Entschädigungsansprüche, welche die in Pandemiezeiten durch Betriebsuntersagungen entstandenen Schäden ausgeglichen, würden die Grenze zu einer allgemeinen staatlichen Gefährdungshaftung überschreiten und den Staat überfordern. Die Verfassung verpflichte ihre Staatsorgane aber nicht zu unmöglichen Leistungen. Dementsprechend müsse sich der Staat in Pandemiezeiten gegebenenfalls auf seine Kardinalpflichten zum Schutz der Bevölkerung beschränken.⁶⁷

Hilfeleistungen für die von einer Pandemie schwer getroffenen Wirtschaftsbereiche folgten deshalb aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), nicht aus dem Recht der staatlichen Haftung oder Entschädigungspflicht. Es gehe darum, dass die staatliche Gemeinschaft Lasten mittrage, die aus einem von der Gesamtheit zu tragenden Schicksal entstanden sind und nur zufällig einen bestimmten Personenkreis treffen. Bei der Ausgestaltung solcher Leistungen komme dem Staat ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu.⁶⁸

⁶⁴ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 46; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Dezember 1987 - III ZR 220/86 - BGHZ 102, 350, juris Rn. 20 ff.; zur Haftung der öffentlichen Hand für weitflächig auftretende, durch Luftverunreinigungen verursachte Waldschäden

⁶⁵ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 48; vgl. auch BGH, Urteil vom 17. März 2022 - III ZR 79/21 - BGHZ 233, 107, juris Rn. 59 ff.

⁶⁶ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 51

⁶⁷ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 52

⁶⁸ BGH, Urteil vom 11. Mai 2023 - III ZR 41/22 - ZIP 2023, 1486, juris Rn. 53

III. Sonstige gerichtliche Entscheidungen

1. OLG Oldenburg, Urteil vom 14. Dezember 2022 - 5 U 70/19 - NJW-RR 2023, 453

Leitsatz:

1. Nicht jede Neuerung innerhalb eines etablierten Prinzips stellt eine aufklärungspflichtige Neulandmethode dar.

2. Ob es sich um eine Neulandmethode handelt oder bloß um die (nicht gesondert aufklärungspflichtige) Varianz eines etablierten Prinzips, bestimmt sich danach, ob der Behandler unter Wahrung der berechtigten Sicherheitsinteressen des Patienten bei Anwendung der Methode ex ante mit der ernsthaften Möglichkeit rechnen musste, dass die Methode von den anderen etablierten Methoden so abweicht, dass mit ihr weitere, unbekannte Risiken verbunden sein könnten.

3. Bandscheibenprothesen mit viskoelastischem Kern stellen ein etabliertes Prinzip dar. Die Verwendung von derartigen Prothesen mit Deckplatten aus Polycarbonat (Cadisc) statt aus Titan stellt bloß die Varianz eines etablierten Prinzips dar und ist demgemäß nicht gesondert aufklärungspflichtig.

Redaktioneller Hinweis: Fragen der sog. Neulandmethode sind behandelt bei Hagenloch, Ärztliche Aufklärung in Deutschland, www.lawjournal.ge, Heft 6/2023, Seite 30 ff., 44 ff. unter II. 4. b).

2. OLG Bamberg, Beschluss vom 21. Februar 2023 - 4 U 222/22 - NJW 2023, 1229

Leitsatz:

1. Stürzt eine in einer Tagespflegeeinrichtung betreute Seniorin aus nicht geklärter Ursache während eines Spaziergangs außerhalb der Einrichtung, bei dem sie durch eine Mitarbeiterin der Tagespflegeeinrichtung begleitet wird, hat sich kein voll beherrschbares Behandlungsrisiko im Sinne des § 630h Abs. 1 BGB* verwirklicht. Ein Spaziergang generiert, auch wenn er in Begleitung einer Pflegekraft erfolgt, keine spezifischen, durch den Pflegebetrieb gesetzten Risiken,

die durch eine ordnungsgemäße Gestaltung ausgeschlossen werden können und daher auch müssen.

2. Für ein begleitendes Spazierengehen, das offenkundig (§ 291 ZPO) von jeder gesunden erwachsenen Person (hier eine Praktikantin) mit einem durchschnittlichen Maß von Verantwortungsgefühl ausgeübt werden kann, ist keine besondere Qualifikation erforderlich, deren Fehlen die Beweiserleichterung nach § 630h Abs. 4 BGB begründen könnte.

**Redaktionelle Anmerkung: § 630h BGB lautet wie folgt (die in § 630h BGB enthaltenen gesetzlichen Regelungen entsprechen der vor Inkrafttreten dieser Norm von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen):*

§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler

(1) Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat.

(2) Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte.

(3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat.

(4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war.

(5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist

dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.

Wesentlicher Sachverhalt:

Die Klägerin verlangt als Erbin der zwischenzeitlich verstorbenen Geschädigten Schadenersatz für die Folgen eines Oberschenkelhalsbruches, den sich die in eine Tagespflegeeinrichtung (Seniorenzentrum) aufgenommene Geschädigte beim Sturz während eines Spaziergangs zugezogen hat. Die Geschädigte und eine weitere Seniorin wurden bei diesem Spaziergang von einer Praktikantin der Tagespflegeeinrichtung begleitet. Die Klägerin ist der Auffassung, dass der Spaziergang wegen der an diesem Tag herrschenden (von der Beklagten bestrittenen) Glätte und wegen des körperlichen Zustands der Geschädigten nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Zudem sei die Praktikantin nicht ausreichend qualifiziert gewesen und hätte die Geschädigte nicht - wie geboten - am Arm untergehakt.

Rechtliche Problemstellungen:

Das Oberlandesgericht konnte nicht feststellen, wie sich der Sturz der Geschädigten im Einzelnen zugezogen hat, insbesondere ob er auf eine Glättebildung zurückzuführen war. Entscheidend war deshalb, wer die Beweislast für eine schuldhafte Pflichtverletzung trägt. Anders als das deutsche Recht erfordert zwar Art. 1007 ZGB bei einer medizinischen Behandlung generell eine Exkulpation des Behandlers. Diese Norm würde aber nur eingreifen, wenn es sich nach dem georgischen Rechtsverständnis (was zweifelhaft sein dürfte) bei einem begleiteten Spaziergang außerhalb einer Pflegeeinrichtung um eine medizinische Behandlung handeln sollte.

1. Entscheidend für den Ausgang des Rechtsstreits war deshalb, wer ein Verschulden und die Schadensursächlichkeit einer etwaigen Pflichtverletzung zu beweisen hat. Nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Prinzipien wäre dies in Deutschland im Regelfall die Klägerin als Gläubigerin des Anspruchs. Hiervon gäbe es zwei mögliche Ausnahmen. Sollte sich bei dem Sturz der Geschädigten ein sog. voll beherrschbares Risiko verwirklicht haben, würde ein Verschulden vermutet.⁶⁹ Dies ist in Deutschland inzwischen in § 630h Abs. 1 BGB gesetzlich geregelt, entsprach aber auch vor Inkrafttreten dieser Norm allgemeiner Rechtsauffassung. Die Kausalität einer Pflichtverletzung würde gemäß § 630h Abs. 4 BGB (bei einer - allerdings eher zweifelhaften - Anwendbarkeit dieser Norm auf einen begleiteten Spaziergang außerhalb des räumlichen Pflegebereichs) vermutet, wenn ein (von der Klägerin zu beweisendes) sog. Übernahmeverschulden vorläge, also die Praktikantin nicht über die fachliche Qualifikation verfügt hätte, um zwei in der Pflegeeinrichtung betreute Senioren bei einem Spaziergang begleiten zu können.

2. Hierzu führt das Oberlandesgericht aus:

a) Ein Sturz bei einem begleiteten Spaziergang im Rahmen der Betreuung in einer Tagespflegeeinrichtung stelle kein voll beherrschbares Risiko dar. Zwar könnten zu einem voll beherrschbaren Risiko neben den typischen Fallgruppen der Fehlerhaftigkeit von medizinischen Geräten und der Hygienemängel grundsätzlich auch die Gefahr von Stürzen im Rahmen von pflegerischen Maßnahmen zählen. Ein begleiteter Spaziergang schaffe aber keine spezifisch durch den Pflegebetrieb gesetzten Risiken, die durch eine ordnungsgemäße Gestaltung der Pflegemaßnahme ausgeschlossen werden könnten. Im Gegensatz zu pflegerischen Maßnahmen an einem Patienten oder zu dessen Transport setze ein begleiteter Spaziergang ein von der betreuenden Person zwar unterstütztes, aber zugleich eigenständiges Laufen der betreuten Person voraus. Eine Sturzgefahr könne daher durch eine begleitende Person zwar minimiert, aber nicht

⁶⁹ dazu näher: Hagenloch, Beweislast für medizinischen Behandlungsfehler in Deutschland, www.lawjournal.ge, Heft 2/2023, Seite 1, 15 ff., unter III.

vollständig ausgeschlossen, werden.⁷⁰

b) Das Oberlandesgericht hat zudem ein Übernahmeverschulden⁷¹ verneint, da für die Begleitung der beiden zu betreuenden Senioren keine spezifische Ausbildung erforderlich gewesen sei. Ein Spazieren gehen könne vielmehr von jeder gesunden erwachsenen Person mit einem durchschnittlichen Maß von Verantwortungsgefühl begleitet werden. Demgemäß sei auch die Klägerin selbst mit der Geschädigten regelmäßig spazieren gegangen.⁷²

Auch konnte das Oberlandesgericht weder feststellen, dass die Geschädigte auf Grund ihrer körperlichen Konstitution mit einem begleiteten Spaziergang überfordert war, noch dass die behaupteten Witterungsverhältnisse (ein Glätte war nicht bewiesen) einem Spaziergang entgegen gestanden sind.⁷³ Ob es erforderlich gewesen wäre, dass sich die Praktikantin an der Geschädigten mit dem Arm unterhakt, könne dahinstehen. Zumindest stehe nicht fest, dass die Praktikantin dies unterlassen habe und dass ein Unterhaken den Sturz hätte vermeiden können.⁷⁴

3. OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384

Leitsatz (auszugsweise):

1. Zu den Sorgfaltsanforderungen an eine Krankenschwester bei einer intravenösen Medikamentengabe bei einem Kleinkind.

2. ...

3. Zur Schwere eines Behandlungsfehlers einer Krankenschwester in einer sehr seltenen Notfallsituation.

4. ...

5. Der sichere Betrieb einer Kinderbelegstation setzt nicht zwingend die Fähigkeit voraus, notfallmäßig Lungenspiegelungen vornehmen zu können.

Wesentlicher Sachverhalt (stark verkürzt):

Der damals 14 Monate alte Kläger befand sich wegen einer obstruktiven Bronchitis, wegen einer drohenden respiratorischen Insuffizienz und wegen des Verdachts auf Bronchopneumonie in stationärer Behandlung im Krankenhaus der Beklagten zu 1. Die Beklagte zu 2, eine Krankenschwester, suchte das Krankenzimmer des Klägers auf, um ihm intravenös ein Antibiotikum zu verabreichen. Sie nahm wahr, dass der Kläger einen Kartoffelchip in der Hand hielt und dass auf seinem Nachttisch Apfelstücke lagen. Die Beklagte erkundigte sich bei dessen anwesender Mutter nicht, ob der Kläger gegessen habe. Nach einem einleitenden Gespräch mit seiner Mutter verabreichte sie dem Kläger das Antibiotikum und spülte mit Kochsalzlösung nach.

Während dieser Maßnahme begann der Kläger zu schreien; er wurde kurz darauf bewusstlos. Ursache dafür war eine durch ein Apfelstück ausgelöste Bolusaspiration (Verschlucken eines Fremdkörpers), die zu akuter Luftnot führte. Die Beklagte zu 2 alarmierte daraufhin den Notdienst, der binnen einer Minute eintraf. In der Zwischenzeit nahm sie eigene, im Einzelnen streitige Erste-Hilfe-Maßnahmen am Kläger vor. Durch dieses Geschehnis ist es bei dem Kläger zu einem hypoxischen Hirnschaden gekommen, wegen dessen er lebenslang ein Pflegefall bleiben wird.

Neben der Frage, ob der Beklagten zu 2 ein Behandlungsfehler anzulasten ist, ging es in dem Rechtsstreit auch noch darum, ob die Klinik der Beklagten zu 1 für einen derartigen Notfall apparativ hinreichend ausgestattet war und ob es medizinisch vertretbar war, den Kläger zur Durchführung einer Bronchoskopie (Lungenspiegelung) mit dem Rettungswagen in

⁷⁰ OLG Bamberg, Beschluss vom 21. Februar 2023 - 4 U 222/22 - NJW 2023, 1229 - juris Rn. 22

⁷¹ dazu: Hagenlocher, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, Med-LawReview 2/2023, Seite 1 ff., 3 f., unter II. 1., www.lawjournal.ge

⁷² OLG Bamberg, Beschluss vom 21. Februar 2023 - 4 U 222/22 - NJW 2023, 1229- juris Rn. 23

⁷³ OLG Bamberg, Beschluss vom 21. Februar 2023 - 4 U 222/22 - NJW 2023, 1229- juris Rn. 19

⁷⁴ OLG Bamberg, Beschluss vom 21. Februar 2023 - 4 U 222/22 - NJW 2023, 1229 - juris Rn. 21

ein Universitätsklinikum (Klinikum mit Maximalversorgung) zu verlegen.

Rechtliche Problemstellungen:

Die Entscheidung befasst sich schwerpunktmäßig mit den Sorgfaltspflichten bei einer intravenösen Medikamentengabe bei einem stationär aufgenommenen Kleinkind sowie mit den Verhaltenspflichten einer Krankenschwester bei einem spontan eingetretenen Notfall.

1. Zunächst führt das Oberlandesgericht aus, dass eine hinreichend ausgebildete und berufserfahrene Krankenschwester über die für die Vornahme einer intravenösen Antibiotikagabe bei Kleinkindern notwendige fachliche Qualifikation verfüge.⁷⁵

Die intravenöse Medikamentengabe sei weder eine besonders gefahrgeneigte Maßnahme noch mit einem spezifischen Aspirationsrisiko verbunden. Ein solches bestehe nur, wenn für die Behandlung des Patienten dessen Mund geöffnet werden müsse. Dies gelte in besonderer Weise für die Verabreichung von Speisen an Babys und Kleinkindern, bei der die Kinderpflegekräfte im Rahmen der Erfüllung ihrer Kernaufgaben regelmäßig mit der Gefahr des Auftretens von Aspirationen konfrontiert seien.⁷⁶

Für intravenöse Medikamentengaben bei Kleinkindern sei auch kein gesonderter Qualifikationsnachweis (sog. Spritzenschein) erforderlich. Eine solche Zusatzqualifikation des Pflegepersonals sei nur notwendig, wenn (wie vor allem bei der Krebstherapie) schlecht verträgliche oder in besonderer Weise zu applizierende Arzneimittel zu injizieren seien. Das gelte aber für die hier in Rede stehende Antibiose nicht, so dass diese von jeder einigermaßen berufserfahrenen Kinderkrankenschwester vorgenommen werden dürfe. Die Beklagte zu 2 habe deshalb lediglich jene Vorsichtsmaßnahmen ergreifen müssen, die zur Minderung des Aspirationsrisikos von allen Ärzten und Pflegekräften im Behandlungsalltag zu beachten

sind. Maßgebend hierfür sei der zum Behandlungszeitpunkt bestehende, allgemein anerkannte fachliche Standard.⁷⁷

2. In der Folge führt das Oberlandesgericht aus, dass Aspirationen bei Kleinkindern in praktisch jeder Lebenslage auftreten und in der Praxis nicht nur von bestimmten Lebensmitteln (insbesondere Nüssen), sondern oftmals auch von in den Mund genommenen Spielsachen verursacht werden. Zudem könnten Kinder bei praktisch jeder Behandlungs- oder Pflegemaßnahme erschrecken und einen in ihrem Mund befindlichen Gegenstand verschlucken. Es sei aber im Klinikalltag undurchführbar, wegen dieser Gefahr vor praktisch jeder Behandlungs- oder Pflegemaßnahme aufwändige und zeitraubende Sicherheitsmaßnahmen zu veranlassen. Überzogene Sicherheitsanforderungen seien insbesondere deshalb nicht geboten, weil das Gefahrenpotential eines möglichen Aspirationsereignisses statistisch im Vergleich zur Anzahl der theoretischen Gefahrensituationen äußerst gering sei. Eine absolute Sicherheit sei weder erreichbar noch als Behandlungsstandard gefordert.⁷⁸

Es sei deshalb ausreichend, wenn bei einer intravenösen Antibiotikagabe das betroffene Kind vor Durchführung der eigentlichen Behandlung über einen Zeitraum von 30 - 60 Sekunden beobachtet werde, um feststellen zu können, ob eine besondere Gefahrenlage sichtbar werde. Ein weiteres Zuwarten sei nur dann geboten, wenn während dieses Zeitraums Kaubewegungen festgestellt werden. Bloße äußere Hinweise darauf, dass das Kind kurz zuvor gegessen und deswegen evtl. noch Speisereste im Mund haben könnte, machten keine weiteren Vorsichtsmaßnahmen erforderlich. Mit einem länger anhaltenden Hamstern von Essen in den Wangentaschen, wie es hier vom Kläger hinsichtlich des Apfelstücks behauptet wurde, müsse nicht ohne weiteres gerechnet werden. Eine spezifische Untersuchung des Mundes auf Speisereste sei daher bei einer intravenösen Anti-

⁷⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 38

⁷⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 39

⁷⁷ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 39 f.

⁷⁸ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 42 f.

biotikagabe nicht geboten.⁷⁹

3. Sodann befasst sich das Oberlandesgericht damit, ob die Beklagte zu 2 schadenersatzpflichtig ist, weil sie nach Eintritt des Aspirationsereignisses falsch reagiert hat. Insoweit konnte das Oberlandesgericht den Verlauf der Erste-Hilfe-Maßnahmen bis zum Eintreffen des gerufenen und binnen einer Minute erschienenen Notdienstes nicht verlässlich klären. Zumindest hatte die Beklagte zu 2 aber in der Zwischenzeit weder - wie objektiv indiziert - dem Kläger in Bauchlage und mit tiefem Kopf mehrfach kräftig zwischen die Schulterblätter geschlagen noch ein anschließendes sog. Heimlich-Manöver (Kompression des Bauchraums zur Erzeugung von Überdruck in der Luftröhre) durchgeführt.

Das Oberlandesgericht konnte aber (sachverständig beraten) nicht feststellen, dass dieses Unterlassen ursächlich für den Gesundheitsschaden des Klägers geworden ist. Entscheidend war deshalb, ob das Fehlverhalten der Beklagten zu 1 als grober Behandlungsfehler zu bewerten war. Dann hätte sie (anders als ansonsten) nachweisen müssen, dass ihr Fehlverhalten nicht schadensursächlich geworden ist (vgl. § 630h Abs. 5 BGB).⁸⁰ Einen solchen groben Behandlungsfehler hat das Oberlandesgericht vor allem deshalb verneint, weil sich die Beklagte zu 2 unvorhersehbar mit einer Notsituation konfrontiert sah. Es hat hierzu u.a. ausgeführt:⁸¹

„bb) Sämtliche eingeräumten Verhaltensmängel können entgegen der Ansicht des Klägers aber allenfalls als einfache Behandlungsfehler bewertet werden. Zwar betonen er und seine Privatgutachter immer wieder die Kontraindikation von Auf- und Ab-Bewegungen im Falle einer Bolusaspiration. Für die

Bewertung des konkreten Falls nehmen sie dabei aber eine unzulässige ex-post Perspektive ein und unterstellen eine umgehend richtige Diagnose durch die Beklagte. Demgegenüber weisen die gerichtlichen Sachverständigen überzeugend darauf hin, dass die Beklagte zu 2 zu Beginn des Atemstillstands nicht sofort von einem Aspirationsereignis ausgehen musste, sondern zumindest eingangs auch an einen respiratorischen Affektkrampf des Kindes denken durfte und ein - wenn auch nutzloses und etwas laienhaftes - Animierungsbemühen in den ersten Sekunden verständlich erscheint.

cc) Auch die ausgelassenen Erste-Hilfe-Schritte rechtfertigen im Streitfall nicht die Annahme eines groben Behandlungsfehlers und lösen infolgedessen auch keine Beweiserleichterungen zugunsten des Klägers aus (zur Anwendung dieser Beweislastregel auch bei Fehlern von Pflegepersonal vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 24. Mai 2005 - 8 U 129/04; OLG Oldenburg, Urteil vom 9. April 1996 - 5 U 158/95; vgl. auch BGH, Urteil vom 4. April 2019 - III ZR 35/18).

(1) Ein Behandlungsfehler ist nur dann als grob zu bewerten, wenn ein Behandler eindeutig gegen bewährte medizinische Behandlungsregeln oder gesicherte medizinische Erkenntnisse verstoßen und einen Fehler begangen hat, der aus objektiver Sicht nicht mehr verständlich erscheint, weil er einem Behandler schlechterdings nicht unterlaufen darf (st. Rspr., vgl. zuletzt etwa BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21).

Die Einstufung eines Fehlverhaltens als grob ist durch eine wertende Entscheidung auf Basis aller Umstände des Einzelfalls und unter Beachtung der medizinischen Bewertung des Behandlungsgeschehens durch die Sachverständigen vorzunehmen (BGH a.a.O.). Zu den bewertungsrelevanten Faktoren gehören neben den mit der Fehlerbegehung verbundenen Gefahren für die Gesundheit des Patienten insbesondere der Grad der Schwierigkeit der Vermeidbarkeit des Fehlers und ob die Behandlungsentscheidung mit oder ohne Zeitdruck getroffen werden musste.

(2) Die Gesamtschau der Geschehnisse vom 26.12.2011 lässt eine Bewertung der Fehler der Be-

⁷⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 44

⁸⁰ ständige Rechtsprechung vor Inkrafttreten dieser gesetzlichen Regelung - siehe etwa: BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, besprochen bei Hagenloch, Neues zum Medizinrecht, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung im 1. Halbjahr 2022, www.lawjournal.ge, Heft 7/2022, Seite 72 ff., unter II. 2.

⁸¹ Auszug aus OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 59 ff.

klagten zu 2 als grob nicht zu. Zwar hat die Beklagte zu 2 rückblickend in einer für den Kläger bedrohlichen Notsituation objektiv gegen bewährte Behandlungsregeln verstoßen, denn sie hätte entweder aufgrund der Begleitumstände der konkreten Situation, also der vom Kläger verspeisten Chips, oder aber aufgrund des für eine Aspiration im Gegensatz zu einem Affektkrampf typischen klinischen Bildes mit würgendem Ringen um Luft an eine Aspiration denken und die dafür anerkannten Standardmaßnahmen umsetzen müssen.

Ihr Fehler erscheint bei wertender Betrachtung der Gesamtumstände aber noch verständlich, denn auch an dieser Stelle muss die Bewertung ihres Verhaltens konsequent aus einer ex-ante Perspektive erfolgen und die konkrete Lage der Beklagten berücksichtigen. Das heutige Wissen über den eindeutigen Grund für den Atemstillstand des Klägers stammt aus später gewonnenen Erkenntnissen. In den Sekunden nach dem Unglück bestand diese Klarheit jedenfalls für die Beklagte zu 2 nicht.

Zudem betonen die Sachverständigen, dass die Beklagte sich jäh in einer äußerst seltenen Notsituation wiederfand, in der sie binnen kürzester Frist reagieren musste und die für sie zuvor nur Gegenstand theoretischer Unterweisungen gewesen war. Beide Sachverständigen heben hervor, dass ein optimaler Umgang mit plötzlichen Notfällen von Pflegekräften auf einer normalen Kinderbelegstation in der Praxis nicht erwartet werden kann, weil (glücklicherweise) regelmäßig keine praktischen Erfahrungen damit gemacht werden können und theoretische Unterweisungen diese nicht vollständig zu ersetzen vermögen.

Von Bedeutung ist auch nach Meinung der Sachverständigen weiter, dass die Beklagte zu 2 nicht etwa gänzlich untätig geblieben ist, sondern umgehend das Notfallteam gerufen und dadurch die Zeit bis zum Eintreffen besser qualifizierter Fachkräfte auf nur eine Minute begrenzt hat.“

4. Eine Haftung der Beklagten zu 1 aus einem Or-

ganisationsverschulden⁸² hat das Oberlandesgericht ebenfalls verneint.

Die Beklagte zu 1 sei verpflichtet, den Betrieb ihrer Klinik fachgerecht zu organisieren und sicherzustellen, dass sie die aus medizinischer Sicht notwendige technische Ausstattung bereithalte und nur hinreichend qualifiziertes Personal beschäftige. Außerdem dürften dem Pflegepersonal keine Aufgaben zugewiesen oder überlassen werden, welche die pflegerische Kompetenz übersteigen.⁸³

Der sichere Betrieb einer Kinderstation setze aber nicht zwingend die Fähigkeit voraus, notfallmäßig Bronchoskopien vornehmen zu können. Der entscheidende und absolut dringliche Notfalleingriff im Falle einer Aspiration sei nämlich nicht die Bronchoskopie, sondern die (von der Beklagten zu 1 durchgeführte) Intubation, mit deren Hilfe der die Luftröhre verschließende Bolus nach unten in einen der beiden Lungenflügel gedrückt werde. Dadurch könne der Patient mit Hilfe des anderen Flügels wieder atmen und seinen Körper selbstständig mit Sauerstoff versorgen. Da hierdurch die unmittelbare Lebensgefahr beseitigt sei, öffne sich ein therapeutisches Fenster von jedenfalls einigen Stunden, um den Fremdkörper wieder aus der Lunge zu entfernen. Dieser Eingriff könne aber nur von erfahrenen Spezialisten und bei hinreichend kreislaufstabilen Patienten durchgeführt werden. Eine Verlegung von nicht mehr unmittelbar lebensbedrohten Patienten in eine andere Klinik zu diesem Zweck ist deshalb verbreitet und zulässig. Ein kleineres Krankenhaus sei deshalb nicht gezwungen, die entsprechenden Kompetenzen, also die Möglichkeit einer notfallmäßigen Bronchoskopie, selbst vorzuhalten.⁸⁴

5. Schließlich liege auch keine ärztlichen Fehlentscheidung darin, dass der Kläger nach der gelungenen

⁸² dazu BGH, Urteil vom 12. Januar 2021 - VI ZR 60/20 - MedR 2021, 820, besprochen bei Hagenloch, Wesentliche Entwicklungen in der deutschen Rechtsprechung zum Medizinrecht im Jahr 2021, www.lawjournal.ge Heft 1/2023, S. 4 f.

⁸³ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 86

⁸⁴ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 89

Intubation in ein Zentrum der Maximalversorgung verlegt worden sei. Zwar berge die Verlegung eines respiratorisch und kreislaufinstabilen Kleinkinds erhebliche Risiken, etwa weil eine Kontrolle der Atmung im Rettungswagen nur eingeschränkt möglich sei. Andererseits biete die Verlegung in ein großes Krankenhaus mit entsprechender apparativer und personeller Ausstattung viele Vorteile. Damit sei die gewählte Vorgehensweise bei Abwägen des Für und Wider jedenfalls vertretbar gewesen. Dies gelte umso

mehr, als es zwar in der Klinik der Beklagten zu 1 eine auf die Vornahme von Adenotomien und Tonsillektomien spezialisierte Hals-Nasen-Ohren-Abteilung gebe, aber zweifelhaft sei, ob mit deren apparativer Ausstattung eine Bronchoskopie an einem Kleinkind hätte sachgerecht vorgenommen werden können. Zudem sei unsicher gewesen sei, ob sich in angemessener Zeit (der Vorfall ereignete sich am zweiten Weihnachtsfeiertag) überhaupt ein geeigneter Operateur hätte finden lassen.⁸⁵

⁸⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 25. April 2023 - 8 U 127/21 - GesR 2023, 384, juris Rn. 90

Modern Challenges to Freedom of Expression: Need for Recalibration of the ECtHR Approach to Facts and Value Judgments

Nana Mchedlidze*

Lecturer at Tbilisi State University, Associate Professor at Alte University

Abstract

Freedom of expression has been essential for the transformation of states into democratic societies and self-realisation of individuals. The development of modern information technologies and their wide accessibility increased the scope of freedom of expression and the scale of threats to it whenever this right is abused. Disinformation and misinformation have become the scourge of democracy in recent years. There is a need for a stronger and more consistent approach on the part of the European Court of Human Rights when distinguishing between factual allegations and value judgments. This would contribute to the certainty and consistency of the European Court's case law and give domestic courts clearer guidance on the matter.

Keywords: *freedom of expression, facts and value judgments, ECtHR case law.*

1. Introduction

Under the European Convention of Human Rights, freedom of expression is the only right which carries with it duties and responsibilities. The reason for such an exclusive stipulation must be that the freedom to impart information and ideas is the most intrusive right among fundamental freedoms, the exercise of which is bound to interfere proactively with other individual or public interests.

The duties and responsibilities clause is not to diminish the importance of freedom of expression, which is central for a democratic society, one of the basic conditions for its progress and each individual's

self-fulfilment (*Handyside v. the United Kingdom*, [1976], para. 49). Instead, it aims at ensuring that this right is exercised responsibly and that it contributes to a fair balance between conflicting values of freedom of expression and other persons' rights or public interests.

The scope of freedom of expression widened dramatically as a result of the digitalisation of media, advancement of information technology and its increased accessibility to the public. Along with the benefits of wider opportunities for the exercise of freedom of expression, interference with other rights and public interests has been intensified as well.

Disinformation, often described as fake news, junk news, alternative facts, etc., and misinformation – unintentional misleading information – apart from diminishing the quality of public debates, pose increased risks for the normal functioning of a democratic society and social cohesion by the very scale of its dissemination. These phenomena can pose threat

* Nana Mchedlidze is a PhD candidate at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University. She delivers lectures on the case law of the European Court of Human Rights and is an assistant specialising in public international law. She published over 30 research works and her research interests are case law of the European Court of Human Rights and its application at the domestic level.

to public health as well, as demonstrated particularly vividly during the ongoing global pandemic; however, medical myths and pseudoscience have always been floating around (Yasmin, 2021).

Individuals in power and those aspiring to gain power use lies to influence the public in what is claimed to be a public debate. Their enablers who wish to stay in their positions or gain positions join in spreading disinformation and misinformation. Social media platforms, which do not moderate the content that is posted and exchanged between their users as thoroughly as their relatively traditional counterparts such as newspapers or television channels, though the latter too can be guilty of disinformation and misinformation, are particularly conducive to the spread of untruths.

In December 2018, the Canadian Standing Committee on Access to Information, Privacy and Ethics published a report, titled *Democracy under Threat: Risks and Solutions in the Era of Disinformation and Data Monopoly*, identifying the worldwide scourge of the dissemination of disinformation and misinformation and seeking solutions in regulatory solutions (Standing Committee, 2018, p. 37).

In October 2019, the Select Committee on Intelligence of the United States Senate issued the second volume of the *Report on Russian Active Measures Campaigns and Interference in the 2016 U.S. Election*. The second volume of the Senate's report concerns the use of social media. According to the report, Russia weaponised social media and moving from its "traditional methods of information warfare used in the Cold War" resorted to "cheap, efficient and highly effective access to foreign audiences with plausible deniability of their influence" (US Senate, 2019, pp. 14-15).

While there is yet to be an official assessment of the violent attack on the U.S. Capitol on 6 January 2021, it can be assumed at this point that a slew of disinformation fed to the public for years led to the division and polarisation of the society.

The dangerous trend of resorting to disinformation and misinformation in the context of public

debates is not exclusive to Northern America and is relevant to Europe too. The goal of this article is to show that there is a need for a stronger approach on the part of the European Court of Human Rights. The article does not intend to call for clamping down on freedom of expression. The solution is already there in the case law of the European Court – distinguishing between facts and value judgments effectively; it only needs to be applied more consistently. This article analyses the case law of the European Court and demonstrates the inconsistencies in the Court's stance on distinguishing between facts and value judgments and emphasises the need for a more consistent approach in this regard.

Earlier, the Court has itself suggested the importance of accuracy and reliability in public statements, given the new role assumed by modern media, which not only informs but also suggests how to assess the information imparted (*Stoll v. Switzerland*, ECtHR [GC], [2007], para. 104). Presently, the definition of media actors has widened and, due to the emergence of new forms of media in the digital era, it covers not only traditional journalists but also other actors performing the functions of a public watchdog (Human Rights Committee, 2011). This approach has been shared by the Council of Europe Committee of Ministers (Committee of Ministers, 2014) and by the Court as well (*Centre for Democracy and the Rule of Law v. Ukraine*, ECtHR, [2020], para. 87).

Given the importance of the case law of the European Court of Human Rights in shaping the domestic jurisprudence and its significance especially for the High Contracting Parties with fragile judiciaries such as Georgia, there is a need for the recalibration of the Court's approach to the truth which is considered in this article to be the main issue of public interest.

2. Challenges to Freedom of Expression in Europe

While disinformation/misinformation campaigns or dissemination of fake news masquerading as exchanges of information under the rightful exercise of the freedom of expression is universal, especially with the rise of populist regimes across the globe, owing to the context of this article, the latter is lim-

ited to examples from Europe.

The UK House of Commons committee described the deleterious effects of disinformation and fake news as follows: “We have always experienced propaganda and politically-aligned bias, which purports to be news, but this activity has taken on new forms and has been hugely magnified by information technology and the ubiquity of social media. In this environment, people are able to accept and give credence to information that reinforces their views, no matter how distorted or inaccurate, while dismissing content with which they do not agree as ‘fake news’. This has a polarising effect and reduces the common ground on which reasoned debate, based on objective facts, can take place.” (House of Commons, 2019, p. 5).

The Oxford Internet Institute identifies certain patterns in the themes that run through fake news campaigns. “Most junk news sources being shared during our data collection either sensationalized or spun political and social events covered by mainstream media sources to serve a political and ideological agenda.” According to the Oxford Internet Institute, two patterns can be identified in these stories: express reference to ‘Muslims’ and the Islamic faith on the one hand and ‘migrants’, ‘immigration’, or ‘refugees’ on the other hand. These references are made in relation to violent crimes such as terrorism, sexual assault and honour killings. Ideas are floated that Notre Dame fire was started by Islamist terrorists and that there will be a minaret after the reconstruction (Marchal et al. 2013, p. 5).

UK and Brexit: It is widely reported that various actors have indulged in disinformation campaigns in support of and against Brexit, which ultimately saw the UK leaving the European Union. According to a BBC report, a journalistic investigation has established that fake news and divisive posts linked to the far right were sent to social media groups supporting UK political parties in the build-up to the European elections. “Closed Facebook groups, whose contents can only be viewed by approved members, saw users engage with and share content linked to far-right and potentially fake accounts, including some apparently

US and Russian-oriented profiles” (BBC, 2019).

Poland: In the context of the 2020 presidential elections in Poland, the Cyber Policy Center is again highlighting the problem of the divided public that is influenced by disinformation campaigns conducted in social media (Cyber Policy Center, 2020). The study cites several examples from previous elections wherein certain actors indulged in the dissemination of misinformation and disinformation (*Idem*).

Dissemination of disinformation or fake news is carried out not just by interested bodies or nameless groups on social media platforms. It is often indulged by individuals in positions of power. Apart from politics, religion or cultural issues, even issues related to health or science are not free from disinformation. For example, there are various conspiracy theories or lies circulated by individuals and groups regarding the vaccines developed against the Covid-19 virus. Some claim that these vaccines modify human DNA or are used to implant trackable microchips in human bodies, allegedly at the behest of Bill Gates (BBC, 2020). On the other hand, the digitalisation era brought about the risks of cyber-attacks affecting the freedom of expression adversely, especially in the context of elections, where they are aimed to exert certain social and psychological influence constituting “a virtual intimidation and virtual occupation of the digital public square” (Burton, 2019).

Hungary: GLOBSEC, a Bratislava based thinktank, in the context of European elections in the V4 region within the EU, comments on the nature of disinformation campaigns in Hungary as follows: “The most prevalent narratives pushed by the analysed Facebook disinformation pages also reflected the election results. Before the day of the election, the outlets detailed a simple, yet dangerous conspiracy theory. According to this storyline, anti-immigration and pro-sovereignty parties are battling pro-immigration forces, the ‘Soros network’, and the current EU elite, hell-bent on creating a federalist ‘United States of Europe’”. (GLOBSEC, 2019, p. 15).

3. The Case Law of the European Court of Human Rights

Facts and Value Judgments

The Court has consistently stated in its case law that factual allegations and value judgments should be distinguished with the view of examining the justification of a statement at stake (*Balaskas v. Greece*, ECtHR [2020] (para. 53). On many occasions, the Court noted the need for a careful distinction between facts and value judgments in order to evaluate the existence of a pressing social need that can justify the restriction of freedom of expression (*Novaya Gazeta and Borodyanskiy v. Russia*, 2013 [ECtHR], para. 30).

The difference between the two concepts is considerable. Factual allegations can be verified but value judgments cannot be (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], para. 75). The duty to provide proof for value judgments would amount to interference with freedom of opinion (*Editorial Board of Grivna Newspaper v. Ukraine*, ECtHR [2019], para. 92). There must be a sufficient factual basis even for a value judgment to support it (*Miljevic v. Croatia*, ECtHR [2020], para. 56).

The European Court affords a certain margin of appreciation to domestic courts to classify statements as facts or value judgments (*Egill Einarsson v. Iceland*, ECtHR [2017], para. 48) and when they fail to make this distinction the Court usually points it out (*Kılıçdaroğlu v. Turkey*, ECtHR [2020], para. 64). Sometimes, the Court may make its own assessment of the impugned statement (*Jishkariani v. Georgia*, [2018], para. 44). When domestic courts reach contradictory conclusions, the European Court of Human Rights assumes that impugned statement amounts to a value judgment (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], para. 89).

Proof for Facts and Factual Basis for Value Judgments

In the case of *Pfeifer v. Austria*, the Court had to assess the following statement: “Karl Pfeifer was identified following Professor P.’s death as a member

of a hunting society that drove the political scientist to his death” (*Pfeifer v. Austria*, ECtHR [2007]). The Court observed that the impugned statement had established a causal link between the applicant publishing an article and the professor’s death, which is not a matter of speculation but a fact that can be proved. The newspaper failed to offer any proof to corroborate its allegations that there was a causal link between the applicant’s actions and the professor’s suicide. The newspaper went beyond acceptable limits of freedom of expression when accused the journalist of committing a criminal offence without any proof (*Ibid.*, para. 47).

The Court also assessed what would be a sufficient factual basis, should the impugned statement be considered a value judgment. The Court observed that there was no indication of the applicant having written only one article and not resorting to any other action acted with an intention or in a manner as to force the professor to commit suicide (para. 48).

Thus, the Court required proof for a factual allegation and indication for a value judgment. In another judgment, the Court held that generally known facts, basic verification, or independent research are required as a minimal factual basis for statements containing value judgments (*Novaya Gazeta and Borodyanskiy v. Russia*, 2013 [ECtHR], para. 41).

Similarly, in the case of *Egill Einarsson v. Iceland*, the impugned statement before the Court was “Fuck you rapist bastard,” which had been classified by domestic courts as a value judgment. The Court, however, noted the objective and factual nature of the term “rapist” referring to a person having committed the criminal act of rape. Therefore, the truth of the allegation concerned was susceptible of proof. Therefore, the impugned caption under the applicant’s picture contained a factual allegation assigning him the status of a “rapist”. According to the Court, the domestic court missed the important element of the chronological link between the discontinuation of rape cases against the applicant and the impugned caption posted on social media just a week after (*Egill Einarsson v. Iceland*, ECtHR [2017], paras. 50-51).

Moving on to assess the factual basis for the statement in case it had to be considered to be a value judgment, the Court observed that, given the fact that the cases against the applicant had been dropped before the impugned caption, the domestic court did not substantiate the factual basis of the value judgment referring to a named person as a rapist (para. 52).

On the other hand, the standard of proof required for value judgments should not be too excessive. The European Court has held, for instance, that “compelling proof” required by domestic courts was similar to the standard required in criminal cases. “The standards applied when assessing someone’s political activities in terms of morality are different from those required for establishing an offence under criminal law” (*Brosa v. Germany*, 2014 [ECtHR], para. 48).

Public Debate

Despite the seemingly tangible difference between statements of fact and value judgments, it is not always easy to distinguish between them (*Timakov and OOO ID Rubezh v. Russia*, ECtHR [2020], para. 68). Therefore, the Court mentions another criterion in the context of distinguishing between a statement of fact and a value judgment – the “general tone of the remarks”, tending to find that “assertions about matters of public interest may, on that basis, constitute value judgments rather than statements of fact” (*Narodni List d.d. v. Croatia*, ECtHR [2018], para. 65).

Participants in debates on “matters of legitimate public concern” are certainly offered protection under the Convention (*Braun v. Poland*, ECtHR [2014]). Furthermore, it can be claimed that this is the highest level of protection given by the European Court out of the types of expression covered by Article 10, namely, political, artistic and commercial expressions. The Court has repeatedly stated that the margin of appreciation under Article 10 varies according to multiple factors and defined by the type of expression at stake. When it comes to political expression, the states are afforded the narrowest margin of discretion to impose restrictions on the debates on matters of public concern (*Animal Defenders International v.*

the United Kingdom, ECtHR [GC] [2013]). Another factor that narrows down the margin is the vital function of the press as a public watchdog in a democratic society. The public has the right to be informed about issues of public interest and it is the duty of the press to inform the public (*ATV Zrt v. Hungary*, ECtHR [2020], para. 43).

It is noticeable in the recent case law of the European Court of Human Rights that the Court has shifted the emphasis from distinguishing between facts and opinions based on the possibility of verification to the factor of the public debate on the issues of public interest. Due to the limit of the volume of the article, this trend is demonstrated based on one judgment below.

Monica Macovei v. Romania, 2020

The case concerned the statements of the then former minister of justice of Romania, an active politician and a member of the European Parliament, who named two members of parliament and accused them of corruption by political influence. The applicant was ordered to pay damages and publish the domestic court’s final judgment. The European Court observed that the applicant’s statements amounted to the combination of statements of fact and value judgments. According to the Court, the specific conduct by the two members of parliament was used as an example of “typical act of corruption by political influence” (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020]).

The Court did not specify which part of the statements constituted factual allegations and which parts amounted to value judgments. There is no express indication but the part of the statement concerning two MPs who were named must be assumed to be a statement of fact. This assumption is made based on the Court’s observation in the case of *Jishkariani v. Georgia*, where the court sounded somewhat dismayed as to how a statement of the Minister of Justice of Georgia made on TV about the corrupt conduct of a named individual could constitute a value judgment (*Jishkariani v. Georgia* ECtHR [2018] para. 52).

However, it should be noted that, in *Jishkariani v. Georgia*, the Court again avoided giving a resolute finding concerning facts and opinions and made a qualified assessment that, even if it was dubious how a serious allegation naming a specific individual could be considered an opinion, even if it was to be assumed to be a value judgment, it needed to have sufficient factual basis (*Ibid.*, para. 53).

On the other hand, in *Bestry v. Poland*, where a statement did not even mention specific names, the Appeal Court had held that the context made it clear for the average person that an MP's accusations of blackmail and obtaining money under false pretences concerned journalists from a particular newspaper. The European Court agreed with the domestic courts regarding the classification of the statements as factual allegations (*Bestry v. Poland*, ECtHR [2015], paras. 23).

While the Court held in the case of *Monica Macovei v. Romania* that impugned statements partly amounted to factual allegations, the Court never looked into the veracity of the factual statements made by the applicant. Instead, the Court willingly shifted its attention to the fact that the impugned statements were directed not at the private actions of the persons concerned but rather at their political activities as members of parliament. The court briefly mentioned the need for establishing "a sufficiently accurate and reliable factual basis proportionate to the nature and degree of the applicant's statements and allegations" (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], para. 89).

The real distinction between factual allegations and opinions is unclear from the above reasoning that both require only "a factual basis" and no greater standard of proof is needed for statements of fact. Such interpretation blurs lines even further between the two concepts.

However, the lack of clarity about the standard of proof for factual allegations and value judgments is not new. In *Bestry v. Poland*, the European Court of Human Rights agreed with the domestic courts that

the applicant's statements constituted statements of facts. However, the court used the same standard of "sufficient factual basis" with regard to factual allegations that it uses in the context of value judgments (*Bestry v. Poland*, ECtHR [2015], para. 67). From the Court's judgment, the difference between the truth of facts that are "susceptible of proof" and opinions that should have "a sufficient factual basis" is unclear.

The judgment in the *Monica Macovei v. Romania* case is even more troubling as there was not even a sufficient factual basis for the applicant's statements concerning the specific conduct of one of the MPs that he signed lucrative deals with state-owned companies located in his constituency (para. 90). Still, the Court relied on the "collective nature" of the allegations where the specific conduct of two MPs was brought as an example of widespread corruption and not as accusations against particular individuals (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], para. 91).

It is difficult to agree with the Court's reasoning that express reference to named individuals' corrupt practices mentioning specific acts of concluding certain lucrative deals is just an example and not an accusation. It is evident from the findings of the domestic courts, which the European Court did not refute, that there was not even a sufficient factual basis supporting the applicant's opinions let alone concrete evidence.

The judgment of 2020 is in stark difference with a judgment of 2017, where the Grand Chamber sided with the domestic courts' finding that there was nothing to prove the truthfulness of the applicants' statements and that they amounted to "manifestly untrue facts" (*Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina*, ECtHR [GC] [2017]), 117). The domestic courts have criticised the applicants for making no reasonable effort to verify the statements before making them public, and the European Court endorsed this approach and the European Court supported this criticism (*Idem.*). It is worth mentioning that the applicant NGO addressed

issues of public interest when exercising a public watchdog role. However, the Court maintained that reporting on matters of public interest should be carried out in good faith. Back then, the Court stressed that “accurate and reliable information” should be imparted on the issues of public interests (*Ibid.*, para. 87).

In its another judgment of 2017, the European Court did not take the view that the factor of general interest could outweigh the lack of proof or sufficient factual basis. In particular, in the case of the above-mentioned *Egill Einarsson v. Iceland*, the Court held that even in the presence of “ruthless public debate” and even controversial persons who are in the public eye and instigated this debate by their comments or actions do not have to tolerate accusations of criminal acts when such statements are not supported by facts (*Egill Einarsson v. Iceland*, ECtHR [2017], para. 52).

Three years later, the Court, in its judgment in the case of *Monica Macovei v. Romania*, noted that the information on which the applicant based her statements – press articles, investigation reports and the MP’s income declarations – had not corroborated her allegations about the corrupt conduct (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], para. 90). However, the Court viewed these statements “as polemical, involving a certain degree of exaggeration” observing at the same time that they were “inappropriately strong” (*Ibid.*, para. 92).

Again, this was not the position the Court took in 1999 when the Court stated that it was mindful of “possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation” in the context of journalistic freedom of expression. However, the Court noted that even journalists’ right to impart information on the matters of general interest was preconditioned by the requirement to act in good faith and on an accurate factual basis and provide “reliable and precise” information (*Fressoz and Roire v. France*, 1999 [ECtHR], paras. 45, 54).

This article started with troubling examples of far-right rhetoric distorting facts. It is certainly not at-

tempted here to present the applicant in the case at stake to be linked in any way to such groups. Indeed, the applicant raised issues important for the general public and adequate functioning of state institutions. However, as a dissenting judge observed, “it must not be overlooked that the accusations of corruption concerned fraudulent acts falling within the criminal spectrum under domestic law and without any evidence to support such claims” (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], dissenting opinion of Justice Mourou-Vikström).

Inconsistency of the Case Law and Problematic New Approach

There are several problems with regard to the court’s inconsistent case law and the new approach shifting Court’s emphasis on the importance of matters of public interest.

i) The Court does not always pronounce itself on the classification of impugned statements concerned. Even if the court classifies impugned statements, it does not give a definitive answer or does not always state which part of the impugned statements constitute factual allegations and which are value judgments. It is not suggested that the European Court should be replacing domestic courts as the concern is expressed by judges Ranzoni and Mourou-Vikström (*Monica Macovei v. Romania*, ECtHR [2020], dissenting opinion of Justices Ranzoni and Mourou-Vikström). However, since distinguishing between value judgments and factual allegations is an important element of the exercise of assessing the balance between freedom of expression and conflicting interests, this distinction should be effective and done clearly and consistently.

ii) In earlier judgments, the Court would examine whether there was sufficient proof for the statement of facts and alternatively assess the arguments in favour of the factual basis of value judgments. In recent judgments, even where impugned statements amount to both statements of facts and value judgments, the Court examines the factual basis and not the proof. Therefore, it is not clear anymore what the difference is between the proof the factual allegations require and “sufficient factual basis” value

judgments should have.

iii) Due to the shortcomings mentioned above, the difference between facts and value judgments is becoming blurred and it is noticeable that in its latest case law, the European Court of Human Rights tends to rely more on the importance of “the matters of public interest” rather than the truthfulness of facts.

These problems are relevant for countries like Georgia which look up to the court and depend on its case law to develop their own jurisprudence.

The case law of the European Court of Human Rights has been becoming increasingly important for the courts of general jurisdiction of Georgia (common courts). The courts rely on ECtHR case law as it gives an authentic and authoritative interpretation of the ECHR, which has been in force with respect to Georgia since 20 May 1999. Judgments and decisions of the European Court allow Georgian courts to understand and correctly apply the Convention standards which are stipulated in general terms and are not always completely self-explanatory. Therefore, it is a general approach of Georgian common courts that “national courts should view the case law of ECtHR as the direct source, which at the same time has precedence over the national law within the hierarchy of the legal sources...” (Mchedlidze, 2017, 10).

Certainly, this approach does not guarantee that the domestic courts of Georgia always apply ECHR standards correctly. While there is only one judgment against Georgia in which the European Court found the violation of freedom of expression (*Gorelishvili v. Georgia*, ECtHR [2007]), there are other cases where the Court ruled that, for instance, the right to respect for private life was infringed as the case had been wrongly decided in favour of freedom of expression at the domestic level (*Jishkariani v. Georgia* ECtHR [2018]).

There is no landmark judgment adopted against Georgia with regard to freedom of expression as in cases such as *Tammer v. Estonia* or *Delfi AS v. Estonia*. The judgments adopted against Georgia, however, demonstrate a considerable change the country underwent with regard to freedom of expression

from the *Gorelishvili* case, where the court found the violation due to the lack of a distinction between statements of fact and value judgments in domestic law at the material time to the *Jishkariani* case (*Gorelishvili v. Georgia*, ECtHR [2007], para. 41). In the latter case, the government proudly stated that the Georgian legislation had been shifted in favour of the freedom of expression, but the court ruled that the state failed to strike a fair balance between the conflicting interests (*Jishkariani v. Georgia* ECtHR [2018], para. 40).

Furthermore, the research in this area indicates that domestic courts take advantage of the inconsistent case law of the ECtHR regarding distinguishing between factual allegations and value judgments and use the criteria in a manner which can be described arbitrary. It is a troubling trend that Georgian courts tend to just quote certain passages from particular judgments without analysing it systematically. Therefore, the shortcomings and inconsistencies that slip into the Court’s rulings from time to time serve as the ground for arbitrary decisions at the domestic level (Mchedlidze & Mukhigulashvili, 2021).

The above-mentioned indicates, at least based on the Georgian example, that there is an objective need for a clear and consistent approach in the Court’s case law of the ECtHR towards facts and opinions.

4. Conclusion

When state institutions are attacked without evidence or even a sufficient factual basis, democracy suffers. It has become more than evident at the beginning of 2021 that public debates on issues of general interest need to be based on facts for the sake of a pluralist and not polarised society. The Court’s case law has been inconsistent when it came to distinguishing facts from value judgments and about a sufficient factual basis sometimes required for value judgments, sometimes for factual allegations as well and sometimes not required at all. It is noticeable in the recent case law of the European Court of Human Rights that the Court puts more emphasis on the public debate on the issues of public interest at the same time disregarding the lack of proof behind statements

of fact and a sufficient factual basis needed for value judgments.

This article argued that the European Court of Human Rights should revert to distinguishing effectively between factual allegations and value judgments and the standard should apply to everyone equally. In order to respond to the global wave of dis-

information and misinformation also engulfing Europe, the Court should recalibrate its case law and again give a clear indication that the standard of proof is higher for factual allegations and there must be a sufficient factual basis for value judgments. The main factor above all should be the truth behind the statements.

Das Recht auf ein faires Verfahren des prozessunfähigen Angeklagten

Giorgi Khazalia

Leitender Rechtsassistent des Richters, Verfassungsgericht von Georgien
Lehrbeauftragter an der juristischen Fakultät, Grigol Robakidze Universität

Einführung

Zu den Hauptaufgaben eines demokratischen Rechtsstaates gehört die Wahrung der Rechtssicherheit und die Durchsetzung einer wirksamen Rechtspflege gegen die Täter. Die Gesellschaft braucht das Gefühl, die Hoffnung und Gewissheit, dass der Staat wirksam und effizient auf begangene Straftaten reagiert. Die korrekte Qualifizierung der Straftat, die eindeutige Identifizierung des Täters, die Zuweisung der gesetzlich vorgesehenen Verantwortung und die Durchsetzung einer funktionalen Justiz im Allgemeinen zählen zu den wichtigsten Pflichten des Staates. Der Rechtsstaat kann nur verwirklicht werden, wenn sichergestellt ist, dass Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze abgeurteilt und einer gerechten Bestrafung zugeführt werden. Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, sowie die Gleichbehandlung aller in einem Strafverfahren Angeklagten erfordern grundsätzlich die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs.

Die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer wirksamen Rechtspflege rechtfertigt indessen nicht in jedem Fall eines hinreichenden Tatverdachts die Durchführung des Strafverfahrens. Dieses kann - unabhängig von einer Verurteilung der Angeklagten und ihrer Folgen - ihrerseits mit dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in Widerstreit treten und Grundrechte der Angeklagten beeinträchtigen. Das kann der Fall sein, wenn angesichts seines Gesundheitszustandes zu befürchten ist, dass er bei Fortsetzung des Strafverfahrens sein Leben verlieren oder einen schwerwiegen-

den Schaden an seiner Gesundheit nehmen würde. In solchen Fällen entsteht zwischen der Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem Interesse des Beschuldigten an der Wahrung seiner verfassungsmäßig verbürgten Rechte, zu deren Schutz das Grundgesetz den Staat ebenfalls verpflichtet, ein Spannungsverhältnis.

Gemäß der georgischen Gesetzgebung wird der Angeklagte mit einem psychischen Defizit vor Gericht gestellt und ein Schuldspruch ist möglich. Dieser Artikel widmet sich der Identifizierung dieses Problems und der Suche nach möglichen Lösungsansätzen. Zu diesem Zweck werden die Rechtsordnung und die Gerichtspraxis anderer, entwickelter Rechtsordnungen untersucht. Basierend auf dem bestehenden Format erhebt der Artikel nicht den Anspruch, das Problem vollständig zu diskutieren, obwohl die wesentlichen systematischen Schlussfolgerungen in seinem Rahmen verankert sind.

1. Das Recht des Angeklagten auf wirksame Beteiligung an dem Strafverfahren

Die Verfassung garantiert das Recht auf ein faires Verfahren, was nicht nur die Möglichkeit der Anrufung des Gerichts impliziert, sondern auch eine Reihe von Verfahrensgarantien im Zusammenhang mit dem Verfahren beinhaltet.¹ Es ist die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, für eine ausreichende verfahrensrechtliche Regelung des Rechts auf ein faires Verfah-

¹ BVerfGE 7, 250.

ren zu sorgen, sowohl formal als auch materiell.² Obwohl der deklaratorische Charakter des Rechts auf ein faires Verfahren teilweise betont wird,³ herrscht die Meinung vor, dass es als der praktischste Grundsatz des Strafverfahrens angesehen wird.⁴ Der Strafprozess ist im Wesentlichen eine Konfrontation zwischen zwei ungleichen Parteien, daher sollte das Machtverhältnis zwischen ihnen so ausgeglichen wie möglich sein. Insbesondere im Strafverfahren wird die Partei einerseits durch den Staat vertreten, der mit seinen enormen Ressourcen und Befugnissen die Ermittlungen durchführt, und andererseits durch den Angeklagten, dessen Leistungsfähigkeit (einschließlich finanzieller und personeller Ressourcen) in der Regel begrenzt ist.⁵ Daher muss der objektive Unterschied zwischen den Parteien im Strafverfahren durch verschiedene zum Zweck der Verteidigung eingeräumte Verfahrensinstrumente ausgeglichen werden, damit sich der Angeklagte nicht in einer wesentlich nachteiligen Situation gegenüber der Staatsanwaltschaft befindet. Nach der Definition des Verfassungsgerichts Georgiens beschränkt sich das Recht auf ein faires Verfahren nicht auf die Möglichkeit, sich an das Gericht zu wenden, sondern gewährleistet den vollständigen Rechtsschutz einer Person.⁶ Das Recht des Angeklagten auf wirksame Beteiligung an der Gerichtsverhandlung ist der zentrale Bestandteil eines fairen Gerichts, der wichtigste Wert, der durch die Verfassung Georgiens gestärkt wird. Die Existenz des Rechtsstaates hängt nicht von der Existenz der Verfassung im Land ab, sondern von der praktischen Umsetzung der darin geregelten Werte.⁷ Trotz der

großen Bedeutung jeder Phase des Strafverfahrens ist die Phase der inhaltlichen Prüfung des Falls unbestreitbar von entscheidender Bedeutung, da in dieser Phase die Schuldfrage einer Person und schließlich die Rechtsfolgen beurteilt werden. Durch das Fehlen des Inquisitionsprinzips im georgischen Strafrechtsprozess werden dem Richter heute die Funktionen der Strafverfolgung und Verteidigung entzogen, was die Bedeutung der Notwendigkeit der Einbindung der Parteien in das Strafrechtsverfahren noch verstärkt, denn das Endergebnis des Falles – sei es ein Freispruch oder ein Schuldspruch – hängt von der angemessenen, überzeugenden Positionierung der Parteien ab, ohne die dem Gericht alle anderen Möglichkeiten genommen werden, Beweise zu finden oder zu widerlegen.

Eine wirksame Teilnahme des Angeklagten am Prozess wird dann infrage gestellt, wenn er psychische Probleme hat. In der wissenschaftlichen Literatur wird darauf hingewiesen, dass es aufgrund von vier Hauptprinzipien verboten ist, einen Angeklagten mit einer psychischen Erkrankung einem Strafverfahren zu unterwerfen: 1) Angeklagte, die nicht über die erforderliche Fähigkeit zur Teilnahme am Verfahren verfügen, können grundlegende verfassungsmäßige Verfahrensrechte wie das Recht auf Verteidigung und das Recht auf ein faires Verfahren nicht in Anspruch nehmen. (2) Die Strafjustiz basiert auf ihrer Legitimität. Damit eine Person zur Verantwortung gezogen werden kann, muss sie in der Lage sein, die Grundlage der Anklage und Verurteilung zu verstehen. (3) Die Verurteilung von Angeklagten, die nicht verhandlungsfähig sind, widerspricht dem öffentlichen Interesse an der Glaubwürdigkeit des Strafrechtssystems und birgt das Risiko unzuverlässiger Urteile. (4) Die Strafjustiz basiert auf der Achtung der Autonomie und Würde der Prozessbeteiligten, die verletzt werden kann, wenn eine Person nicht über die entsprechende Fähigkeit verfügt, in solchen Angelegenheiten eine für sie persönlich akzeptable Entscheidung zu treffen. Darunter fällt die Entscheidung, auszusagen, die Mitwirkung vor der Jury zu verweigern und Be-

² BVerfGE 38, 111; *Heckötter*, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Rechtsprechung des EGMR für die deutschen Gerichte, 2009, S. 110.

³ *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2010, § 18 Rn. 11; *Krey*, Strafverfahrensrecht, Bd. 1, 1. Auflage. 2006, Rn. 474.

⁴ BGHSt 29, 109; *Steiner*, Fairnessprinzip im Strafprozess, 1995, S. 41.

⁵ Vgl. Entscheidung N2/13/1234,1235 des Verfassungsgerichts Georgiens vom 14. Dezember 2018 im Fall – georgische Staatsbürger – Roin Mikeladze und Giorgi Burjanadze gegen das georgische Parlament.

⁶ Entscheidung N1/3/393,397 des Verfassungsgerichts Georgiens vom 15. Dezember 2006 im Fall - georgische Staatsbürger Vakhtang Masurashvili und Onise Mebonia gegen das georgische Parlament.

⁷ *Kobakhidze*, Verfassungsrecht, 2019, S. 10.

weise vorzulegen.⁸

Um festzustellen, inwieweit die psychische Störung des Angeklagten die Fairness des Verfahrens beeinträchtigen kann, muss die rechtliche Tragweite des Inhalts einer wirksamen Beteiligung am Verfahren ermittelt werden. Vor dem Europäischen Gerichtshof spiegelte sich der Grundsatz der wirksamen Beteiligung am Strafprozess erstmals im Fall *Stanford* wider, als der Angeklagte während des Verfahrens an einem Ort saß, an dem er nicht hören konnte, welche Beweise vor Gericht besprochen wurden. In diesem Zusammenhang erklärte der Europäische Gerichtshof, dass das oben genannte Recht nicht nur beinhaltet, dass der Angeklagte das Recht hat, bei der Verhandlung des Falles anwesend zu sein, sondern auch gehört zu werden und am Verfahren aktiv teilzunehmen. Dennoch, so die Erklärung des Europäischen Gerichtshofs, wurde der Angeklagte in der Gerichtsverhandlung durch Anwälte vertreten, die an der Fallprüfung beteiligt waren, und sie hatten jede Gelegenheit, dem Angeklagten die vorgebrachten Informationen mitzuteilen und seinen Standpunkt anzuhören. Letztlich wurde die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren nicht nachgewiesen.⁹ Daher kann man auf den ersten Blick feststellen, dass, wenn ein Anwalt, der die Rechte verteidigt, mit dem Angeklagten am Strafverfahren teilnimmt, wobei dieser die Möglichkeit hat, mit dem Angeklagten zu kommunizieren, und dieser den Verlauf des Verfahrens nicht versteht oder gar nicht erkennen kann, in diesem Fall das Recht auf ein faires Verfahren nicht verletzt wird, obwohl die Angelegenheit noch einer eingehenden Untersuchung bedarf. Nach der Definition des Europäischen Gerichtshofs gilt der Angeklagte als nicht prozessfähig, wenn er aufgrund einer Behinderung, etwa einer psychischen Erkrankung, nicht über ausreichende Intelligenz verfügt, um seinen Rechtsbeiständen Weisungen zu erteilen, die Anklage zu erwidern, zu verstehen und/oder Beweise vorzulegen.¹⁰ Gemäß der Praxis des Europäischen Gerichtshofs ist

es unabhängig von der Besetzung eines Vertreters wichtig, dass der Angeklagte aktiv an der Prüfung seines Strafverfahrens beteiligt ist, und eine wirksame Beteiligung bedeutet, dass der Angeklagte über ein umfassendes Verständnis der Art des Verfahrens verfügen muss und die Gefahren, denen er ausgesetzt ist, einschließlich der Strafe, die ihm auferlegt werden kann, abschätzen kann. Der Angeklagte muss die Möglichkeit haben, den Aussagen der Zeugen der Anklage zu folgen und, sofern er von einem Anwalt vertreten wird, seine Sicht auf die Sachlage zu erläutern, darauf hinzuweisen, wenn er mit irgendetwas nicht einverstanden ist, und Tatsachen vorzutragen, die ihn entlasten.¹¹ Vor diesem Hintergrund stellt die anwaltliche Vertretung keinen ausreichenden Garant für die Fairness des Verfahrens dar, wenn der Angeklagte nicht aktiv am Prozess teilnehmen kann.

Die Tatsache, dass der Angeklagte ein psychisches Problem hat, schließt die Möglichkeit seiner Teilnahme am Gerichtsverfahren generell nicht aus, und im Allgemeinen sind die Unterzeichnerstaaten der EMRK verpflichtet, positive Maßnahmen für seine Teilnahme am Verfahren zu ergreifen. Für den Fall, dass es der Person trotz aller getroffenen Maßnahmen aufgrund ihrer geistigen Leistungsfähigkeit nicht möglich ist, die Fragen zu beantworten oder einen Rechtsbeistand zu beauftragen, müssen die Staaten eine verfahrensrechtliche Lösung finden, um ein unfaires Verfahren zu vermeiden. Das Gericht kann das Verfahren aussetzen oder das Verfahren gegen den Angeklagten einstellen, wodurch der Angeklagte von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit befreit wird. Dies ist die einzig vernünftige Lösung, denn die Fortsetzung des Verfahrens kann dazu führen, dass der Angeklagte unzuverlässige Informationen erhält, was die gesamte Verhandlung zweifelhaft ausmacht. Diesbezüglich gibt es in Kanada einen interessanten Ansatz. Bereits 1992 regelte das kanadische Strafgesetzbuch die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Personen mit psychischen Gesundheitsproblemen. Gemäß den genannten Änderungen werden die sogenannten Bewertungssysteme gebildet, an denen das Gericht, der „Gutachterrater“ und das

⁸ *Collins D*, Neubewertung der Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, 2019, S. 160.

⁹ ECtHR, *Stanford v. The United Kingdom*, (16757/90), 23 February 1994.

¹⁰ ECtHR, *VAUDELLE v. FRANCE*, (35683/97), 30 January 2001.

¹¹ ECtHR, *T. v. The United Kingdom*, (24724/94), 16 December 1999.

Gesundheitssystem beteiligt sind. Sie beurteilen die Veranlagung der psychisch kranken Person und beurteilen, inwieweit sie in der Lage ist, am Prozess teilzunehmen. Seit 1999 wird der Angeklagte mit einer psychischen Störung gemäß der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs Kanadas nur dann inhaftiert, wenn er eine besondere Gefahr für die Gesellschaft darstellt und diese Gefahr strafrechtlicher Natur ist.¹² Darüber hinaus werden die Kriterien festgelegt, nach denen festgestellt wird, inwieweit eine Person in der Lage ist, an der Verhandlung des Falles teilzunehmen, und in Ermangelung einer solchen ist das Gericht verpflichtet, die Angelegenheit alle zwei Jahre zu überprüfen.¹³

3. Gerichtsverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten

Unter bestimmten Umständen erlaubt die georgische Strafprozessordnung, dass der Fall vor Gericht ohne Beteiligung des Angeklagten verhandelt wird. Eine Gerichtsverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten ist zulässig, wenn dieser sich weigert, vor Gericht zu erscheinen. In einem solchen Fall ist die Beteiligung des Anwalts des Angeklagten an der Verhandlung des Falles zwingend erforderlich.¹⁴ Dementsprechend ist es logisch, anders zu beurteilen, wenn der Angeklagte sich bewusst einer Prozessteilnahme entzieht oder objektive Verhinderungsumstände vorliegen. Basierend auf der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs haben sich für Fälle, in denen der Angeklagte in Abwesenheit verurteilt wird, unterschiedliche Vorgehensweisen etabliert.¹⁵ Für die Beurteilung des Sachverhalts ist es von entscheidender Bedeutung, ob der Angeklagte bewusst zu vermeiden versucht, vor Gericht zu erscheinen, oder ob objektive Gründe existieren. Der Gesundheitszustand ist eine vom Willen einer Person unabhängiger Umstand, da er nicht beeinflusst werden kann (es sei denn, eine Person versetzt sich absichtlich in einen prozessunfähigen Zustand).

Das Nichterscheinen zur Anhörung aus triftigen Gründen ist daher eine Rechtsgrundlage für die Verschiebung des Prozesses. Wenn eine Person dementsprechend aufgrund ihrer psychischen Verfassung nicht in der Lage ist, an der Gerichtsverhandlung teilzunehmen und die Verhandlung ohne ihre Teilnahme fortsetzt, wird ihr Recht auf ein faires Verfahren verletzt.

4. Zur Frage inwieweit die obligatorische Mitwirkung eines Rechtsanwalts das Recht auf Strafverteidigung sichert

Im Allgemeinen sieht die georgische Gesetzgebung Fälle einer obligatorischen Verteidigung vor, wenn der Angeklagte aus verschiedenen Gründen nicht in der Lage ist, sich selbst zu verteidigen, oder wenn die Schwere der für die begangene Straftat vorgesehenen Strafe die Notwendigkeit der obligatorischen Verteidigung des Angeklagten bestimmt.¹⁶ Insbesondere ist für den Angeklagten die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts dann zwingend erforderlich, wenn bei ihm eine solche Einschränkung seiner Möglichkeiten vorliegt, die ihn an der Ausübung seiner eigenen Verteidigung hindert. In einer ähnlichen Situation befindet sich der prozessunfähige Angeklagte, da er aufgrund seines Gesundheitszustands die Rechtsverteidigung und die Neutralisierung der Vorwürfe nicht selbständig vorantreiben kann. Dementsprechend ging der Gesetzgeber davon aus, dass bei ihm ein besonderer Bedarf besteht und der Zugang zu einem Anwalt für ihn gewährleistet ist. Dies garantiert dem Angeklagten jedoch *a priori* nicht das Recht auf Verteidigung und das Recht auf ein völlig faires Verfahren. Zu diesem Zeitpunkt wird das Verfahren ohne Beteiligung des Angeklagten fortgesetzt, mit der obligatorischen Einbeziehung des Anwalts in den Fall, was zu begrüßen ist, aber für die wichtige Garantie des Rechts auf ein faires Verfahren nicht ausreicht. Der Kern des Rechts auf Verteidigung besteht darin, dass der Angeklagte eine echte Möglichkeit hat, sich zu verteidigen, und nicht in der üblichen Beteiligung eines Anwalts am Strafverfahren. Mit anderen Worten: Das Grundrecht auf gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet einen vollständigen und umfassenden

¹² *Eliashvili/Zavadashvili*, Forschung zu den Fragen der psychischen Störungen des Angeklagten, Aktuelle Praxis, Probleme, Zukunftsvision. 2014, S. 20-21.

¹³ Vgl. ebenda.

¹⁴ Strafprozessordnung Georgiens, Art. 189.

¹⁵ *Trechsel*, Menschenrechte im Strafjustizprozess, 2009, S. 273.

¹⁶ Strafprozessordnung Georgiens, Art. 40.

Rechtsschutz für Angeklagte, was unwahrscheinlich ist, sobald ein Anwalt und der Angeklagte nicht richtig kommunizieren können, wenn sie sich auf die Verteidigungsstrategie und andere Nuancen einigen.

5. Psychische Störung des Angeklagten nach Begehung der Straftat und Standards des Strafverfahrens

5.1 Regelung in Großbritannien

In Großbritannien ist die Situation folgende: Wenn festgestellt wird, dass der Angeklagte psychisch krank geworden ist, wird im Rahmen des Strafverfahrens die Zusammensetzung des Gerichts neu einberufen, das feststellen muss, inwieweit der Angeklagte die vorgelegte Tat begangen hat. Bei diesem Verfahren geht es im Wesentlichen nicht darum, eine Person zu verurteilen oder sie wegen einer rechtswidrigen Handlung zu tadeln. In diesem Stadium wird die *actus-reus-Komponente* der Straftat bestimmt und die Elemente des *mens-rea* werden nicht untersucht. Mit anderen Worten: Es wird festgestellt, dass die rechtswidrige Tat von dem prozessunfähigen Angeklagten begangen wurde. Das Gericht beurteilt die Schuld nicht. Dementsprechend handelt es sich um einen Prozess, der völlig frei von Schuldbestandteilen ist, und das Verfahren selbst wird nicht als Prozess der Verurteilung einer Person im klassischen Sinne angesehen.¹⁷

Wenn das Gericht feststellt, dass die *actus-reus* Komponente erfüllt ist, ordnet es die Unterbringung der Person in einer medizinischen Einrichtung an oder kann sie sogar entlassen.¹⁸

Ziel eines solchen Verfahrens ist es, die beiden Personengruppen voneinander zu trennen. Das geschieht erstens, um festzustellen, ob es sich um eine Person mit einem psychischem Gesundheitsproblem handelt, die eine rechtswidrige Handlung im Sinne des *actus reus* begangen hat, und zweitens, um diejenigen Personen zu identifizieren, die überhaupt keine solche Handlung begangen haben. Steht fest,

dass der *actus reus* nicht vorliegt, wird die Person grundsätzlich freigesprochen, es steht fest, dass sie diese Tat nicht begangen hat.¹⁹

Auch der Europäische Gerichtshof hielt die Berücksichtigung eines solchen Prozesses im Rahmen des Strafrechts für mit der Konvention vereinbar, da es weder eine sozialetische Missbilligung einer Person noch die Identifizierung einer Person gebe, die eine Straftat begangen habe. Die Handlung ist eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse. Die britische Gesetzgebung sieht die Möglichkeit vor, dass im Falle der Genesung dieser Person ein Strafverfahren gegen sie in der üblichen Weise eingeleitet wird.²⁰

6. Regelung im Deutschland

6.1 Die Trennung von Schuld- und Prozessfähigkeit im deutschen Strafrecht

Zunächst ist festzuhalten, dass das deutsche Strafrecht eine Trennung zwischen Schuldinstitut und Prozessfähigkeit vorsieht. Die Schuldfähigkeit bezieht sich auf das materielle Strafrecht. Im Strafprozess gelten die einschlägigen Maßstäbe der Prozessfähigkeit. Nach § 20 StGB handelt ohne Schuld, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung oder wegen einer Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.²¹ In einem solchen Fall ist es unmöglich, eine Person zu bestrafen, da nach der Praxis des Bundesverfassungsgerichts eine strafrechtliche Anklage einen verfassungsrechtlichen Rang hat, der die strafrechtliche Verfolgung einer unschuldig handelnden Person ausschließt.²² Liegt ein solcher Fall vor, kommen Maßregeln der Besserung und Sicherung gemäß § 61 StGB zur Anwendung.²³ Eine dieser Sicherheitsmaßnahmen ist die Unterbringung einer rechtswidrig handelnden Person in einer psychiatri-

¹⁷ ECtHR, ANTOINE V.the United Kingdom, (62960/00), 13 May 2003.

¹⁸ Ebenda.

¹⁹ Ebenda.

²⁰ Ebenda.

²¹ Strafgesetzbuch Deutschlands, § 20.

²² BVerfGE 20, 53.

²³ Strafgesetzbuch Deutschlands, § 61.

schen Einrichtung.²⁴ Darüber hinaus ist diese Maßnahme an den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Sicherheitsmaßnahmen können nicht eingesetzt werden, wenn sie in keinem Verhältnis zum Ausmaß der von der Person begangenen oder von ihr zu erwarteten Bedrohung stehen. Das deutsche Strafgesetzbuch kennt keinen identischen Eintrag zu Artikel 34 Abs. 3 des georgischen Strafgesetzbuchs. Nach der genannten Norm ist die vom Gericht zuerkannte Strafe bis zu seiner Genesung in der entsprechenden medizinischen Heilanstalt Anstalt zu verbüßen, wenn die Tat von einem schuldfähigen Menschen begangen wurde, der jedoch vor der Urteilsverkündung psychisch erkrankt ist, wodurch er das Unrecht der Tat nicht erkennen kann.²⁵ Im Unterschied zu Georgien legt das deutsche Strafrecht im Rahmen des Strafverfahrens die Regeln und Standards fest, die die Durchführung des Prozesses gegen den Angeklagten mit der psychischen Störung leiten. Der deutsche Gesetzgeber verwendet in solchen Fällen den Begriff der Prozessunfähigkeit. Steht der Hauptverhandlung für längere Zeit die Abwesenheit des Angeschuldigten oder ein anderes in seiner Person liegendes Hindernis entgegen, so kann das Gericht nach § 205 StPO das Verfahren durch Beschluss vorläufig einstellen. Der Vorsitzende sichert, soweit nötig, die Beweise.²⁶ Stellt sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein Verfahrenshindernis heraus, so kann das Gericht nach § 206a StPO außerhalb der Hauptverhandlung das Verfahren durch Beschluss einstellen. In einer solchen Situation ist es nicht zulässig, gegen den Angeklagten ein Strafurteil zu erlassen.²⁷ Die Anwendung einer Sicherheitsmaßnahme gegen ihn in Form eines gesonderten Verfahrens ist nur innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Grenzen möglich. Daher ist dieser Umstand für sich genommen keine ausreichende Grundlage für die Fortsetzung des Verfahrens gegen ihn sowie die Verhängung einer angemessenen Strafe, auch wenn der Angeklagte die Straftat in einem zurechenbaren Zustand begangen hat.

²⁴ Strafgesetzbuch Deutschlands, § 63.

²⁵ Strafprozessordnung Georgiens, Art. 34 Abs. 3.

²⁶ Strafprozessordnung Deutschlands § 205.

²⁷ Strafprozessordnung Deutschlands § 206a.

6.2 Prozessfähigkeit im deutschen Strafprozessrecht

Nach der Praxis des Bundesverfassungsgerichts wird die besondere Bedeutung der Prozessfähigkeit des Angeklagten anerkannt. Das Vorstehende setzt voraus, dass der Angeklagte grundsätzlich über die Fähigkeit verfügen muss, seine eigenen Interessen innerhalb des Prozesses angemessen wahrzunehmen, sich zu verteidigen und seine Bereitschaft zum Plädoyer zu zeigen, sowie seine eigene Meinung im Rahmen des Verfahrens zu äußern.²⁸ Gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bezieht sich die Prozessfähigkeit auf den geistigen Zustand des Angeklagten, der ihm die Möglichkeit gibt, ein Strafverfahren zu führen. Abhängig von seinem körperlichen oder geistigen Zustand soll der Angeklagte in der Lage sein, das gegen ihn geführte Strafverfahren zu verfolgen, die Bedeutung einzelner Verfahrenshandlungen wahrzunehmen, seine Meinung dazu zu äußern und sich angemessen zu verteidigen.²⁹ Darüber hinaus bedeutet dies nicht die vollständige Gleichstellung mit der Institution der bürgerlichen Geschäftsfähigkeit.

Wie bereits erwähnt, unterscheidet das deutsche Strafprozessrecht zwei verschiedene Fälle. Insbesondere dann, wenn aufseiten des Angeklagten ein solches persönliches Hindernis vorliegt, das vorübergehender Natur ist, und auch ein solches Hindernis, das nach Einschätzung des Sachverständigen dauerhafter Natur ist. Hauptsächlich handelt es sich im Rahmen des § 205 um ein persönliches Hindernis nicht geringfügiger, aber auch nicht dauerhafter Natur, das dazu führt, das Strafverfahren gegen den Angeklagten vorübergehend eingestellt wird. Wird aufgrund des Sachverständigengutachtens festgestellt, dass die persönliche Behinderung des Angeklagten, die ihn prozessunfähig macht, dauerhaften Charakter hat, gilt der Maßstab des § 206a. Letzteres führt zur endgültigen Einstellung des Verfahrens gegen den Angeklagten. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht nur der Grad der körperlichen/geistigen Beeinträchtigung des Angeklagten berücksichtigt wird, sondern

²⁸ BVerfG NStZ 1995, 391.

²⁹ BGH NStZ 1984, 520, BGHSt 41, 16.

auch die spezifischen Bedürfnisse des Strafverfahrens. Unter diesem Gesichtspunkt ist eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem verfassungsrechtlich garantierten Recht des Angeklagten erforderlich. (Dieser Grundsatz gilt für den Fall, dass sich der Angeklagte vorsätzlich in einen Zustand der Inkompetenz versetzt).

Das deutsche Strafprozessrecht sieht auch Fälle vor, in denen der Angeklagte vorsätzlich und schuldhaft zu seiner Handlungsunfähigkeit beiträgt und dadurch einer Strafe zu entgehen versucht. Gemäß § 231a der Strafprozessordnung prüft das Gericht in diesem Fall jedoch weiterhin den Fall gegen den Angeklagten und fällt bei Vorliegen der entsprechenden Beweislage einen Schuldspruch.³⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts steht § 231a im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben.³¹

Die Tatsache, dass der Angeklagte, der nach der Begehung der Straftat bei der gerichtlichen Verhandlung prozessunfähig geworden ist, führt zur vorläufigen oder endgültigen Einstellung des Strafverfahrens, je nachdem, ob ein vorübergehender bzw. dauerhafter persönlicher Mangel des Angeklagten aufgrund des Gutachtens vorliegt. Danach hat die Staatsanwaltschaft jedoch das Recht, beim Gericht einen Antrag auf Sicherheitsmaßnahmen gegen den Angeklagten zu stellen. Diese Frage ist in § 413 der Strafprozessordnung geregelt. Auf der Grundlage des genannten Paragraphen kann die Staatsanwaltschaft beim Gericht einen Antrag auf Unterbringung des Angeklagten in einer psychiatrischen Einrichtung stellen (auch wenn sie dazu nicht verpflichtet ist). Daher gilt im Rahmen des genannten Paragraphen der Grundsatz der Ermessensbefugnis, nicht aber das Legalitätsprinzip. Andererseits ist das Ermessensprinzip an das öffentliche Interesse gebunden. Demnach schließt die vorläufige oder sogar endgültige Einstellung des Prozesses gegen den prozessunfähigen Angeklagten die Verhängung von Sicherungsmaßnahmen gegen ihn und seine Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt nicht aus. Die konkreten Bedin-

gungen einer Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung richten sich nach den Gefahren und öffentlichen Interessen, die den Einsatz der genannten Maßnahme grundsätzlich erfordern.

6.3 Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 22. September 1993

Dass die Fortsetzung des Strafverfahrens gegen einen prozessunfähigen Angeklagten, sein Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) und auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt, geht auch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. September 1993 hervor.

Im vorliegenden Fall wurde dem Kläger der Massenmord an sechs Juden im Konzentrationslager Auschwitz zwischen 1943 und 1945 vorgeworfen. Im Stadium der gerichtlichen Prüfung des Falles legte der Anwalt ein Sachverständigengutachten vor, auf dessen Grundlage der Angeklagte psychisch krank sei. Der Aufforderung des Gerichts, den Angeklagten einer entsprechenden ärztlichen Untersuchung und Behandlung zu unterziehen, wurde nicht entsprochen. Aus diesem Grund setzte das Gericht den Prozess fort und befand den Angeklagten für schuldig.

Nach Einschätzung des Gerichts ergibt sich der in Art. 103 Abs. 1 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland verankerte und dem Grundrecht gleichgestellte Grundsatz der gerichtlichen Anhörung einer Person aus dem Rechtsstaatsprinzip. Die Aufgabe der Gerichte, eine umfassende rechtliche Entscheidung in einem konkreten Fall zu treffen, könne nicht ohne Anhörung der Prozessbeteiligten wahrgenommen werden. Der Einzelne solle nicht das einzige Objekt einer gerichtlichen Entscheidung sein, sondern er solle vor der Entscheidung die Möglichkeit haben, seine Meinung zu äußern, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ausgang zu nehmen.

Im vorliegenden Fall bot die psychische Verfassung des Beklagten hierfür keine Grundlage. Er konnte dem Strafverfahren nicht beiwohnen. Unter solchen Umständen entspreche die Fortsetzung des Verfahrens gegen den Angeklagten nicht den verfas-

³⁰ Strafprozessordnung Deutschlands § 231.

³¹ BVerfGE 51, 324.

sungsrechtlichen Vorstellungen vom Recht auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren. Darüber hinaus habe das Gericht § 231a der Prozessordnung falsch ausgelegt. Wer vorsätzlich und schuldhaft die Teilnahme an der Verhandlung verhindert, wird nach der genannten Norm mit demjenigen gleichgesetzt, der trotz der Möglichkeit zur Teilnahme nicht zur Hauptverhandlung erscheint oder diese willkürlich verlässt. Wenn der Angeklagte, anstatt von seinem Recht auf Teilnahme an der Verhandlung Gebrauch zu machen, sich selbst die Möglichkeit nimmt, an der Hauptverhandlung teilzunehmen, verletzt die Hauptverhandlung in seiner Abwesenheit nicht die Grundrechte dieser Person. In diesem Fall ist die psychische Unzurechenbarkeit des Angeklagten nicht auf sein vorsätzliches und schuldhaftes Handeln zurückzuführen. Aus § 231a ergibt sich jedoch nicht die allgemeine Verpflichtung des Angeklagten, sich einer ärztlichen Untersuchung zu unterziehen, die zu seiner Genesung beiträgt. Die Entscheidung über einen medizinischen Eingriff unterliegt grundsätzlich dem Willen des betroffenen Patienten. Zugleich steht dieses Freiheitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 3 des Grundgesetzes unter Rechtsvorbehalt. Dessen ungeachtet ist es nicht zulässig, den Patienten zur Wiederherstellung seiner Prozessfähigkeit zu einer lebensgefährlichen medizinischen Behandlung zu zwingen. In anderen Fällen ist eine Abwägung zwischen dem Recht des Angeklagten auf körperliche Unverletzlichkeit und dem entsprechenden Anspruch des Staates auf die Führung eines Strafverfahrens erforderlich, der sich wiederum aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt.³²

7. Praxis des Obersten Gerichtshofs der USA

(1) Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der USA aus dem Jahr 1996

(Cooper v. Oklahoma)³³

Dem Kläger wurden Raub und Mord vorgeworfen, das erstinstanzliche Gericht und Berufungsgericht befanden den Angeklagten für schuldig und verurteilten ihn zum Tode. Gleichzeitig wurde seine Teilnahmen-

fähigkeit im Laufe des Gerichtsverfahrens immer wieder infrage gestellt. Das erstinstanzliche Gericht stellte jedoch fest, dass der Angeklagte keine psychische Störung hatte und weigerte sich, die nächsten vier Anträge zu dieser Angelegenheit anzuhören. Auch über den Zustand des Angeklagten gab es unter den Experten unterschiedliche Meinungen. Das Gericht hatte daher die Frage zu beantworten, ob eine Fortsetzung des Verfahrens zulässig ist, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass der Angeklagte geistig eingeschränkt ist, höher ist als die Wahrscheinlichkeit, dass er gesund ist.

Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs besteht die etablierte Tradition in Common-Law-Ländern, darunter England und die Vereinigten Staaten, darin, die Verurteilung von Angeklagten zu verbieten, die bei klarem Verstand eine Straftat begehen, aber später psychische Probleme entwickeln. Der Oberste Gerichtshof hat festgestellt, dass die strafrechtliche Verfolgung gegen psychisch zurechnungsunfähige Personen das Recht auf ein faires Verfahren verletzt. Daher verstieß es gegen das Recht auf ein faires Verfahren, den Kläger vor Gericht zu stellen und einen Schuldspruch zu erwirken, obwohl der Verdacht bestand, dass der Kläger geistig stärker beeinträchtigt als prozessfähig war. Die mangelnde Fähigkeit des Klägers, effektiv mit seinem Anwalt zu kommunizieren, führte auch zur Verweigerung anderer wichtiger Verfahrensrechte (z. B. Immunität vor Selbstbeschuldigung ausüben, aussagen, ein Kreuzverhör durchführen, die Teilnahme vor der Jury verweigern sowie eine Reihe relativ unbedeutender Entscheidungen). Das Gericht stellte außerdem fest, dass im Vergleich zum Interesse des Angeklagten der Schaden, der dem Staat entsteht, wenn ein Irrtum über den Geisteszustand des Angeklagten vorliegt, viel geringer ist. In einem solchen Fall verzögert sich zwar die Schuldfeststellung, der Fehler unterliegt jedoch der Möglichkeit einer Berichtigung durch ein späteres Verfahren. Insbesondere hat der Staat das Recht, die Freiheit einer Person für einen angemessenen Zeitraum einzuschränken, wenn die Wahrscheinlichkeit seiner Genesung in absehbarer Zukunft besteht.

³² BVerfGE 89, 120.

³³ Cooper v. Oklahoma, 517 U.S. 348 (1996).

(2) Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der USA
aus dem Jahr 1975

(Drope v. Missouri)³⁴

Dem Kläger wurde vorgeworfen, seine Frau vergewaltigt zu haben. Nachdem sich sein Zustand verschlechtert hatte, beantragte er beim Gericht eine Überprüfung seines Zustands und die Anordnung einer psychiatrischen Behandlung, zusammen mit einem psychiatrischen Gutachten. Sein Antrag wurde abgelehnt. Während des Prozesses berichtete die Ehefrau, dass sich der Kläger seltsam verhielt und auch einen Selbstmordversuch unternahm. Die Jury kam zu einem Schuldspruch. Der Kläger legte Berufung beim Obersten Gerichtshof ein und machte geltend, sein Recht auf ein faires Verfahren sei verletzt worden, weil ihm eine psychiatrische Untersuchung vor dem Verfahren verweigert worden sei.

Der Oberste Gerichtshof stellte fest, dass das Recht des Klägers auf ein faires Verfahren verletzt wurde, da die Vorinstanzen die dargelegten Umstände, nämlich die Tatsache des Selbstmordversuchs des Klägers und die Aussage seiner Frau, nicht berücksichtigten. Der Oberste Gerichtshof stellte klar, dass es sich um eine seit langem geltende Regel handele, dass es nicht zulässig ist, Personen zu verurteilen, die nicht über den richtigen Geisteszustand und die Fähigkeit verfügen, den Inhalt des gegen sie geführten

Verfahrens zu verstehen, sich ordnungsgemäß zu verteidigen und den Rat eines Rechtsanwalts einzuholen. Darüber hinaus stellt der Gerichtshof fest, dass sich das Verbot in Ländern des Common Law aus dem Grundsatz des Verbots von Abwesenheitsverfahren ergibt. Insbesondere wird dem Angeklagten, obwohl er bei der Verhandlung physisch anwesend ist, in Wirklichkeit die Wahrnehmung des Rechts auf Verteidigung vorenthalten. Auf dieser Grundlage ist dieses Prinzip eine Grundvoraussetzung für den adversatorischen Prozess.

Fazit

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Verurteilung eines psychisch kranken Angeklagten nach der Begehung einer Straftat im Widerspruch zum Recht auf ein faires Verfahren steht, das durch die europäische Menschenrechtskonvention geschützt wird, sowie die wichtigsten verfassungsmäßigen Rechte – das Recht auf effektive Verteidigung und rechtliches Gehör. Eine Untersuchung der Erfahrungen des Europäischen Gerichtshofs und anderer westlicher Rechtsordnungen hat gezeigt, dass der Strafprozess gegen einen psychisch kranken Angeklagten und die Verkündung eines Schuldspruchs gegen ihn nicht zulässig sind. Es ist ratsam, die georgische Gesetzgebung in diese Richtung zu ändern und sie mit den durch die Konvention und die Verfassung garantierten Rechten in Einklang zu bringen.

³⁴ Drope v. Missouri, 420 U.S. 162 (1975).

Die Herausforderungen und rechtlichen Aspekte bei der Regulierung selbstfahrender Autos - Haftungsfragen und Sicherheitsstandards

Nanuli Shakinovi

Staatliche Universität Tbilisi

I. Einleitung

Die rasante Entwicklung der künstlichen Intelligenz (KI) hat unsere Gesellschaft grundlegend verändert. Eine der faszinierendsten Möglichkeiten durch KI sind selbstfahrende Autos, die als zukunftsweisende Technologie gelten und das Potenzial haben, unseren Straßenverkehr sicherer und effizienter zu gestalten. Allerdings bringen sie auch eine Vielzahl von rechtlichen Herausforderungen und Fragen mit sich, die es zu bewältigen gilt.

Der vorliegende Aufsatz widmet sich dem Einfluss künstlicher Intelligenz auf das Deliktsrecht im Zusammenhang mit selbstfahrenden Autos. Dabei werden die grundlegenden Begriffe wie KI und autonome Systeme erläutert, um ein solides Verständnis für die Thematik zu schaffen. Zudem wird die Funktionsweise von selbstfahrenden Autos und die Rolle der KI erläutert,

Im Mittelpunkt der Arbeit stehen die rechtlichen Aspekte bei der Regulierung selbstfahrender Autos, insbesondere die Haftungsfragen und Sicherheitsstandards. Es werden die Verantwortlichkeiten bei Unfällen mit selbstfahrenden Autos analysiert und die Haftungsfragen in Bezug auf die beteiligten Parteien, wie Fahrzeughalter, Eigentümer des Fahrzeugs (wenn der Eigentümer des Fahrzeugs und der Fahrer des Fahrzeugs verschiedene Personen sind), Hersteller und Softwareentwickler, betrachtet. Der Aufsatz geht auch auf die globalen Regelungen und rechtlichen Rahmenbedingungen für den Straßenverkehr

und autonome Fahrzeuge ein. Hierbei wird insbesondere auf das Wiener Übereinkommen, das Regulierungsmodell der USA und die Gesetzgebung in Deutschland eingegangen.

Abschließend werden Herausforderungen diskutiert, die mit der Integration von KI in selbstfahrenden Autos einhergehen. Die Erörterung möglicher Gefahren und Risiken soll verdeutlichen, warum es von entscheidender Bedeutung ist, rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, die eine angemessene Behandlung von Haftungsrisiken gewährleisten.

II. Grundlagen: Definitionen und Konzepte der „Künstlichen Intelligenz“ und „Autonomer Systeme“

1. Künstliche Intelligenz

KI ist heutzutage allgegenwärtig. In den meisten Fällen sind die verschiedenen Formen der KI für den durchschnittlichen Menschen nicht offensichtlich.¹ Dennoch gibt es einige künstliche Intelligenzsysteme, die jedem bekannt sind, die technisch-intelligente Geräte verwendet. Große Sprachmodelle (Large Language Model-LLM), wie die GPT Modelle von OpenAI, PaLM von Google und LLaMa von Meta, sind einige der bekanntesten Beispiele.

Doch was versteht man unter KI? Eine der frühesten Definitionen von KI wird *John McCarthy* zuge-

1 M. Scherrer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 29, Number 2, 2016, 354.

schrieben. *McCarthy* definierte KI im Jahr 1955 folgendermaßen: „Das Ziel der KI ist es, Maschinen zu entwickeln, die sich so verhalten, als verfügten sie über Intelligenz.“² Eine andere Definition, die *Elaine Rich* zugeschrieben wird, lautet: „[Künstliche] Intelligenz ist die Forschung, wie man Computer dazu bringt, Dinge zu tun, in denen Menschen im Moment noch besser sind“.³

Künstliche Intelligenz meint also auf die Schaffung von Maschinen und Computersystemen, die in der Lage sind, komplexe Aufgaben auszuführen, die bisher nur von Menschen ausgeführt werden konnten und menschliche Intelligenz erforderten. Diese Aufgaben erstrecken sich über ein breites Spektrum, einschließlich komplexer Problemlösung, Mustererkennung in großen Datenmengen, adaptives Lernen aus Erfahrung, automatisierte Planung, Interpretation von menschlicher Sprache und datengesteuerte Entscheidungsfindung.⁴

Die zugrunde liegenden Algorithmen in der KI, insbesondere im Bereich des Machine Learning (ML), ermöglichen es Maschinen, aus vorliegenden Daten zu lernen, Muster zu erkennen und Erkenntnisse zu gewinnen. ML konzentriert sich darauf, Algorithmen zu entwickeln, die es Maschinen ermöglichen, aus Erfahrungen zu lernen. Statt explizit programmiert zu werden, passen sich ML-Modelle an Daten an und verbessern im Laufe der Zeit ihre Leistung.⁵

Die KI erforscht auch den Bereich des Deep Learning, eine Unterkategorie des Machine Learning, die sich auf künstliche neuronale Netzwerke konzentriert. Diese Netzwerke sind in der Lage, hierarchische Darstellungen von Daten zu erlernen, was zu einer fortschreitenden Verbesserung der Leistung

führt, je mehr Daten sie verarbeiten.⁶

Insgesamt strebt die KI danach, Maschinen nicht nur mit scheinbarer Intelligenz auszustatten, sondern auch mit der Fähigkeit, kontinuierlich aus Daten zu lernen, sich anzupassen und menschenähnliche Entscheidungen und Aktionen auszuführen.

2. Autonome Systeme – Unterschiede zwischen „autonom“ und „automatisiert“

Der Begriff der „Autonomie“ eines Systems im Sinne einer funktionalen Einheit von Soft- und Hardware wird teilweise als Fähigkeit beschrieben, Entscheidungen zu treffen und diese in der äußeren Welt unabhängig von externer Steuerung oder Einflussnahme umzusetzen.⁷ Autonome Systeme können daher als solche definiert werden, deren Verhalten nicht vollständig vorherbestimmt oder vorhersehbar ist.

Bei der Automatisierung liegt der Fokus darauf, menschliche Handlungen durch eigenständige Abläufe zu ersetzen. Autonomie hingegen meint die Unabhängigkeit von Menschen, anderen Maschinen oder Softwaresystemen. Jede Maschine ist in Bezug auf eine bestimmte Fähigkeit autonom, die zuvor vom Menschen automatisiert wurde. Daher zeigen alle Assistenzsysteme im Auto Autonomie, auch wenn sie keine KI-Algorithmen verwenden.⁸

Während sich das autonome Auto darauf konzentriert, ohne menschliches Eingreifen selbst zu fahren, geht das automatisierte Auto darüber hinaus und kümmert sich um sein eigenes Wohlbefinden, seine Wartung und Optimierung. Es ist, als hätte man

2 *W. Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 1. Aufl., Vieweg Friedr. & Sohn Verlag, 2008, 1.

3 *E. Rich / K. Knight, / S. Nair*, Artificial Intelligence, 3. Aufl., Tata McGraw-Hill Education Pvt. Ltd Verlag, 2010, 3.

4 *A. C. Shields*, Managing Artificial Intelligence, Vol. 45, Issue 3, Law Practice Magazine, 2019, 14.

5 *W. L. Hosch*, machine learning, Encyclopedia Britannica, 2023, s. dazu: <https://www.britannica.com/technology/machine-learning> [Stand 26.08.23].

6 S. dazu: <https://developer.ibm.com/articles/an-introduction-to-deep-learning/> [Stand 26.08.23].

7 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 16.2.2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103 [INL]) – P8_TA (2017)0051, Einl. AA. (Unterkapitel „Haftung“), s. dazu: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_DE.html [Stand 25.08.2023].

8 *T. Jürgensohn / C. Platho / D. Stegmaier / M. Hartwig / M. Krampitz / L. Funk / T. Plass*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Bereitstellung autonomer und KI-Systeme, 1. Aufl., Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), Bericht, Dortmund, 2021, 21.

ein Auto, das nicht nur selbst fährt, sondern auch dafür sorgt, dass es immer im bestmöglichen Zustand ist und intelligent mit seiner Umgebung interagiert.

Der Begriff "selbstfahrend" impliziert nicht zwingend, dass das Auto vollständig autonom funktioniert. Der Status "selbstfahrend" existiert in verschiedenen Formen oder, wie vom Verband der Automobilingenieure (Society of Automotive Engineers-SAE) beschrieben, "Stufen/Levels"⁹. Die SAE International hat festgestellt, dass es sechs Stufen der Automatisierung für selbstfahrende Autos gibt. Die Stufen sind wie folgt definiert¹⁰: Level 0 - Keine Automatisierung: Die Verantwortung für die Fahraufgabe liegt beim Fahrer. Dieser erhält lediglich Unterstützung durch Warnhinweise, wie zum Beispiel den Totenwinkelassistenten, oder durch situationsbezogene Assistenzsysteme wie den Notbremsassistenten; Level 1 - Fahrerassistenz: Der Fahrer ist hauptverantwortlich für die Fahraufgabe, erhält jedoch abhängig vom Fahrmodus Unterstützung durch spezifische Assistenten wie den Spurhalteassistenten oder die Adaptive Cruise Control. Diese Assistenten unterstützen entweder beim Lenken, Bremsen oder Beschleunigen; Level 2 - Teilautomatisierung: Verschiedene Assistenzsysteme wie der Überhol- oder Einparkassistent unterstützen den Fahrer gleichzeitig beim Lenken, Bremsen und Beschleunigen. Dennoch liegt die Kontrolle und die Überwachung der Umgebung weiterhin in der Verantwortung des Menschen; Level 3 - Bedingte Automatisierung: Assistenzsysteme übernehmen bedeutende Anteile der Fahraufgabe. Der Fahrer hat die Möglichkeit, seine Aufmerksamkeit vorübergehend vom Straßenverkehr abzuwenden, sollte jedoch bereit sein, die Kontrolle zu übernehmen, beispielsweise beim Stauassistenten auf der Autobahn; Level 4 - Hochautomatisierung: Für spezifische Fahrmodi wie Autobahnfahrten oder das Einparken kann die Fahrzeugführung vollständig den Systemen übertragen werden. Selbst in Notsituationen ist kein manueller Eingriff notwendig. Falls Pedale und Lenkrad noch

vorhanden sind, besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit eines menschlichen Eingriffs; Level 5 – Vollautomatisierung: Das Fahrzeug agiert eigenständig in sämtlichen Verkehrssituationen und unter allen Fahrbahn- sowie Umweltbedingungen. Der Fahrer ist weder verpflichtet noch ist es erforderlich, einzugreifen.¹¹

Am 30. April 2021 hat SAE International seine "Taxonomie und Definitionen für Begriffe im Zusammenhang mit Fahrautomatisierungssystemen für Straßenfahrzeuge" aktualisiert, gekennzeichnet als SAE J3016_202104. Mit der Überarbeitung werden nun Level 1 und Level 2 als "Fahrerunterstützungssysteme" bezeichnet, während Level 3 bis Level 5 weiterhin als "Automatisierte Fahrsysteme" bezeichnet werden, bei denen der Fahrer das Fahrzeug nicht lenkt, wenn die automatisierten Systeme aktiviert sind. Der neue Begriff für Level 1 und Level 2 Systeme beseitigt die Verwirrung früherer Versionen, die Level 1 Systeme als automatisiert bezeichneten.¹²

Die Überarbeitung entwickelt insbesondere für Level 3- und Level 4-Systeme Klarstellungen. Im Allgemeinen erlauben sowohl Level 3- als auch Level 4-Systeme autonomes Fahren nur dann, wenn bestimmte Bedingungen erfüllt sind. Bei einem Level 3-System muss der Fahrer auf Aufforderung des Systems die Kontrolle über das Fahrzeug wieder übernehmen, z. B. bei einer Fehlfunktion oder wenn die für das Funktionieren des Systems erforderlichen Bedingungen nicht mehr erfüllt sind. Level 4 hingegen erfordert vom Fahrer nicht mehr, zu irgendeinem Zeitpunkt die Kontrolle über das Fahrzeug wieder zu übernehmen. Daher benötigt ein Fahrzeug mit einem Level 4-System keine herkömmlichen Bedienelemente wie Lenkrad oder Pedale.¹³

9 S. dazu: <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> [Stand: 25.08.23].

10 S. <https://www.synopsys.com/automotive/autonomous-driving-levels.html> [Stand 26.08.23].

11 S. dazu:

<https://www.synopsys.com/automotive/autonomous-driving-levels.html> [Stand 26.08.23].

12 S. dazu: <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> [Stand 26.08.23].

13 S. dazu: <https://www.sae.org/blog/sae-j3016-update> [Stand 26.08.23].

III. Wie selbstfahrende Autos funktionieren: Die Rolle von künstlicher Intelligenz

Es ist wichtig herauszufinden, wie selbstfahrende Autos tatsächlich funktionieren und welche Rolle KI dabei spielt. Eine der Firmen beschreibt den Vorgang wie folgt:¹⁴

Autonome Fahrzeuge sind mit einer Vielzahl von Sensoren ausgestattet, die als "Augen" des Fahrzeugs dienen und die Erfassungsebene bilden. Die Haupt-sensorik, die autonome Fahrzeuge verwenden, sind Kameras, die den Augen eines menschlichen Fahrers am ähnlichsten sind.

Bei schlechten Sichtverhältnissen wie Regen, Schnee und Nebel, wo Kamerasensoren weniger zuverlässig werden, kommt ein Radar zum Einsatz. Allerdings kann ein Radar im Gegensatz zu Kameras die genaue Form eines Objekts nicht so genau erfassen wie Kameras. Lidar, eine Abkürzung für Light Detection and Ranging, ist eine Technologie, die ähnlich wie Radare funktioniert, jedoch Laserlichtimpulse anstelle von Radiowellen verwendet, um Entfernungen zu messen und eine 3D-Karte der Umgebung zu erstellen.

Um die genaue Position des Fahrzeugs zu bestimmen, werden GPS, Inertialsensoren, Kameras und andere Sensoren verwendet. Hochauflösende Karten tragen zur präzisen Lokalisierung bei, indem sie statische Straßenmerkmale genau verorten. Algorithmen der Computer Vision erkennen Spuren, Verkehrsschilder und mehr. Bei der Planung einer Fahrt umfasst die Technologie verschiedene Aspekte wie Bewegungsplanung, Entscheidungsfindung und Kollisionsvermeidung. Zum Beispiel sorgen Algorithmen für Kollisionsvermeidung dafür, dass das Auto Hindernisse sicher umfährt. Andere Algorithmen gewährleisten eine reibungslose und sichere Fahrt, indem sie abruptes Beschleunigen oder Bremsen minimieren und die Verkehrsregeln einhalten.

Mit der Integration von KI in selbstfahrenden Au-

tos sind allerdings auch bestimmte Risiken und Gefahren verbunden. Einige mögliche Gefahren, die im Zusammenhang mit KI und selbstfahrenden Autos auftreten können, sind z.B. Haftungsfragen, Produktfehlerhaftung, Datenverarbeitung und Datenschutz, Vorsätzliche Handlungen usw. Darum ist es wichtig rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, um die Haftungsrisiken angemessen zu behandeln.

IV. Rechtliche Herausforderungen bei der Regulierung von selbstfahrenden Autos

1. Unfälle im Zusammenhang mit selbstfahrenden Autos

Die rasante Entwicklung von selbstfahrenden Autos hat zu einer Fülle von Diskussionen über ihre Sicherheit geführt. Während das Ziel dieser Technologie darin besteht, die Straßen sicherer zu machen, sind Unfälle leider nicht vollständig ausgeschlossen. Eine eingehende Analyse der Sicherheitsaspekte im Zusammenhang mit selbstfahrenden Autos soll ein Licht auf potenzielle Herausforderungen und Risiken werfen.

Ein bekanntes Beispiel ereignete sich im Jahr 2016, als ein Tesla Model S im Autopilot-Modus in einen Unfall verwickelt war, bei dem der Fahrer tragischerweise ums Leben kam. Dieser Vorfall hat die Debatte über die Grenzen und Einschränkungen von autonomen Fahrzeugen neu entfacht. In einem Blogbeitrag äußert Tesla sein Bedauern über einen tragischen Vorfall und schildert detailliert den Unfallhergang: Das Fahrzeug befand sich auf dem Highway, als ein entgegenkommender Sattelzug eine Abbiegung machen wollte. Weder der Fahrer noch der Autopilot erkannte das Fahrzeug, da es an den Seiten weiß war und der Himmel hell erleuchtet war. An der Kreuzung gab es laut der National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) keine Ampel. Bedauerlicherweise verstarb der Fahrer aufgrund der Unfallverletzungen.¹⁵

Ein weiteres prominentes Beispiel für einen Unfall

14 Mobileye Global Inc., s. dazu: <https://www.mobileye.com/blog/autonomous-vehicle-day-the-self-driving-stack/> [Stand 28.08.23].

15 S. dazu: <https://www.sueddeutsche.de/auto/usa-toedlicher-unfall-mit-tesla-autopilot-war-eingeschaltet-1.3058278> [Stand 25.08.23].

mit einem selbstfahrenden Auto ereignete sich im Jahr 2018 in Arizona. Ein Fehler in der Software führte dazu, dass eine Fußgängerin von einem autonomen Testfahrzeug der Firma Uber erfasst wurde¹⁶. Der Unfall wirft Fragen auf hinsichtlich der Erkennung von Fußgängern und der Reaktion des autonomen Systems in solch kritischen Situationen.¹⁷ Im März 2019 haben die Staatsanwälte von Arizona entschieden, dass Uber strafrechtlich nicht für den Absturz verantwortlich sei. Dem Ersatzfahrer des Fahrzeugs wurde fahrlässige Tötung vorgeworfen.

Nach Angaben der NHTSA haben Autohersteller bis zum 15. Januar 2023 insgesamt 419 Unfallberichte über autonome Fahrzeuge eingereicht. 263 dieser Unfälle ereigneten sich in ADAS-Fahrzeugen der Stufe 2, 156 in wirklich autonomen, mit ADS ausgestatteten Fahrzeugen.¹⁸

2. Die globalen Regelungen und rechtlichen Rahmenbedingungen für den Straßenverkehr und die autonomen Fahrzeuge

Trotz des Ziels, die Straßen durch selbstfahrende Kraftfahrzeuge sicherer zu machen, sind Unfälle unvermeidlich. Es kann verschiedene Ursachen für Unfälle geben. Eine mögliche Ursache sind Software- oder Hardwaredefekte im Fahrzeug, die zu einem Unfall führen können. Darüber hinaus kann das Verhalten anderer menschlicher Fahrer auf der Straße, zufällige Ereignisse oder andere Faktoren, die außerhalb der Kontrolle des Computerprogramms liegen, zu Unfällen mit selbstfahrenden Autos führen. Eine weitere mögliche Ursache besteht darin, dass der Beifahrer oder Fahrer das Programm manipuliert oder die Kontrolle über das selbstfahrende Auto übernimmt und dadurch einen Unfall verursacht. Diese Risikofaktoren sind inhärent mit der selbstfahrenden Autotechnologie verbunden und können nicht voll-

ständig ausgeschlossen werden. Angesichts dieser Komplexität stellt sich die Frage, wer die Verantwortung trägt, wenn ein selbstfahrendes Auto in einen Unfall verwickelt ist.

Die Erarbeitung rechtlicher Rahmenbedingungen für KI steht auch auf der Agenda internationaler Organisationen. In verschiedenen Strategiepapieren hat die Europäische Kommission bereits betont, wie wichtig angemessene Haftungsregelungen im Zusammenhang mit neuen Technologien sind. Diese Regelungen beziehen sich insbesondere auf das Internet und autonome Systeme. Ein solcher Schwerpunkt wurde unter anderem in der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa festgehalten.

a) Regulierung nach dem Wiener Übereinkommen

Am 8. November 1968 wurde in Wien das Übereinkommen über den Straßenverkehr unterzeichnet, auch bekannt als das „Wiener Übereinkommen“. Dieses Übereinkommen ersetzte die vorherigen Übereinkommen von 1926 (*Pariser Übereinkommen*) und 1949 (*Geneva Übereinkommen*) in den Beziehungen zwischen den Vertragsstaaten. Das „Wiener Übereinkommen“ geht über seine Vorgänger hinaus und enthält umfassende internationale Regeln für den Straßenverkehr. Es verpflichtet die Vertrags- und Unterzeichnerstaaten außerdem, ihre nationalen Rechtsvorschriften mit den im Übereinkommen festgelegten Fahrregeln in Einklang zu bringen.¹⁹

Das „Wiener Übereinkommen“ wurde bei seiner Annahme als zeitgemäßes Dokument angesehen, das im Vergleich zu früheren Übereinkommen umfangreichere Vorschriften enthielt. Die Initiatoren des Übereinkommens konnten jedoch nicht vorhersehen, dass Wissenschaft und Technologie in den folgenden Jahrzehnten einen so revolutionären Fortschritt machen würden. Dieser Fortschritt ermöglicht es heute Kraftfahrzeugen, autonom und sicher ohne menschl-

16 S. dazu: <https://www.sueddeutsche.de/auto/uber-unfall-robotaxi-amerika-ursache-1.4670087> [Stand 25.08.23].

17 S. dazu: <https://www.sueddeutsche.de/auto/uber-unfall-robotaxi-amerika-ursache-1.4670087> [Stand 25.08.23].

18 M. Salter, How Many People Have Actually Been Killed By Self-Driving Cars? 2023, s. dazu: <https://www.slashgear.com/1202594/how-many-people-have-actually-been-killed-by-self-driving-cars/> [Stand 25.08.23].

19 Á. B. Juhász, The Regulatory Framework and Models of Self-Driving Cars, in: Collected Papers Of The Faculty Of Law (Zbornik radova Pravnog fakulteta), Vol. 52, Issue 3, Novi Sad, Serbia, 2018, 1371, 1373.

ches Eingreifen im Straßenverkehr zu operieren.²⁰

Im März 2016 wurde das „Wiener Übereinkommen“ auf Initiative mehrerer europäischer Länder, darunter Deutschland, überarbeitet. Dabei wurde auch Artikel 8 des „Wiener Übereinkommens“ ergänzt, der zuvor vorschrieb, dass jedes fahrende Fahrzeug oder jede Fahrzeugkombination einen Fahrer haben muss. Der neue Absatz (5bis) wurde hinzugefügt, um die Möglichkeit einzuräumen, dass Fahrzeuge autonom, also ohne menschlichen Fahrer, im Straßenverkehr betrieben werden können. Außer dieser Änderung wurde auch Artikel 39 der Konvention modifiziert.

Die Bestimmung, wonach jedes Kraftfahrzeug einen Fahrer haben muss, der in der Lage ist, das Fahrzeug zu steuern, ist weiterhin gültig. Die Änderung hatte auch keinen Einfluss auf die Definition des Fahrers. Gemäß dieser Bestimmung können nur natürliche Personen als "Fahrer" im Sinne des „Wiener Übereinkommens“ angesehen werden.²¹

Die Anwendung von Systemen, die in der Lage sind, das Kraftfahrzeug durch den Ersatz des menschlichen Fahrers zu steuern, wurde ebenfalls anerkannt. Allerdings legt das „Wiener Übereinkommen“ in solchen Fällen fest, dass das System (also seine Funktion) von dem Fahrer des Fahrzeugs überwacht werden sollte. Das bedeutet, dass der Fahrer die Möglichkeit haben muss, zwischen dem automatisierten Modus und dem manuellen Modus zu wechseln, zum Beispiel bei Bedarf oder um Gefahren zu vermeiden, und er soll das System im automatisierten Modus sogar deaktivieren können.

Aufgrund der oben genannten kleineren Änderungen am „Wiener Übereinkommen“ sind selbstfahrende Fahrzeuge auf den Straßen rechtlich unproblematisch, wenn die vom „Wiener Übereinkommen“ festgelegten Bedingungen erfüllt sind.

²⁰ Á. B. Juhász, The Regulatory Framework and Models of Self-Driving Cars, in: Collected Papers Of The Faculty Of Law (Zbornik radova Pravnog fakulteta), Vol. 52, Issue 3, Novi Sad, Serbia, 2018, 1371, 1374.

²¹ Vienna Convention on Road Traffic, Art. 1 Punkt „v“.

b) Regulierung in den USA

Die Regulierung von selbstfahrenden Autos in den USA nach dem Deliktsrecht (auch bekannt als Haftungsrecht oder Zivilrecht) ist ein komplexes Thema, da es sich um eine relativ neue Technologie handelt, die sich ständig weiterentwickelt. Die Gesetze und Vorschriften können je nach Bundesstaat variieren, da die Verantwortung für die Regulierung des Straßenverkehrs in den USA größtenteils auf der Ebene der Bundesstaaten liegt.

Die ersten selbstfahrenden Fahrzeuge (z. B. Googles Auto) erschienen in den USA.²² Seit 2012 haben mindestens 41 Bundesstaaten und der District of Columbia (D.C.) Gesetzentwürfe in Bezug auf autonome Fahrzeuge in Erwägung gezogen.²³ Mit vollständig autonomen Fahrzeugen wird erwartet, dass die Software- und Fahrzeughersteller für jegliche Unfälle Verantwortung übernehmen (gemäß bestehender Haftungsgesetze für Automobilprodukte), anstatt der menschlichen Insassen, des Fahrzeughalters oder der Versicherung des Fahrzeughalters.²⁴

Laut der National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) behalten die Staaten ihre traditionellen Zuständigkeiten für die Zulassung und Registrierung von Fahrzeugen, für Verkehrsgesetze und deren Durchsetzung sowie für die Kfz-Versicherungs- und Haftungsregelungen bei.²⁵

Einige Bundesstaaten, wie Michigan, Nevada und

²² B. Marr, Key Milestones Of Waymo – Google’s Self-Driving Cars, Forbes, September 21, 2018, s. dazu: <https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2018/09/21/key-milestones-of-waymo-googles-self-driving-cars/?sh=379d44f45369> [Stand: 25.08.2023].

²³ Autonomous Vehicles, Self-Driving Vehicles Enacted Legislation, Report, s. dazu: <https://www.ncsl.org/transportation/autonomous-vehicles> [Stand: 25.08.2023].

²⁴ C. Iozzio, Who's Responsible When a Self-Driving Car Crashes?, Scientific American, 2016, s. dazu: <https://www.scientificamerican.com/article/who-s-responsible-when-a-self-driving-car-crashes/> [Stand: 25.08.2023].

²⁵ Federal Automated Vehicles Policy, 2016, 7, s. dazu: <https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/AV%20policy%20guidance%20PDF.pdf> [Stand 25.08.23].

Washington, D.C. haben explizite Bestimmungen darüber festgelegt, wie die Frage der Haftung zu behandeln ist, um die Verantwortlichkeiten klar zu definieren und die Behandlung von Schadensersatzansprüchen zu regeln.²⁶ Das bedeutet, dass diese Bundesstaaten konkrete Gesetze oder Regelungen bezüglich der Haftung von autonomen Fahrzeugen haben. Diese Vorschriften legen fest, wer im Falle eines Unfalls mit einem autonomen Fahrzeug zur Verantwortung gezogen werden sollte – zum Beispiel der Hersteller, der Softwareanbieter oder der Fahrzeughalter. Nach dem Gesetz von Nevada, haftet der ursprüngliche Hersteller eines Kraftfahrzeugs, das von einem Dritten in ein autonomes Fahrzeug umgewandelt wurde, nicht für Schäden an einer Person, die durch einen Mangel verursacht wurde, der durch die Umrüstung des Fahrzeugs durch den Dritten entstanden ist, es sei denn, dass der Mangel, der die Verletzung verursacht hat, bereits damals im Fahrzeug vorhanden war, als es ursprünglich hergestellt wurde. Der ursprüngliche Hersteller oder Entwickler eines automatisierten Fahrsystems, das von einem nicht autorisierten Dritten modifiziert wurde, haftet nicht für Schäden an einer Person, die durch einen Mangel verursacht wurden, der durch die Modifikation des automatisierten Fahrsystems durch den Dritten entstanden ist, es sei denn, dass der Mangel, der die Verletzung verursacht hat, bereits im automatisierten Fahrsystem vorhanden war, als es ursprünglich hergestellt oder entwickelt wurde.²⁷

Wenn man über das amerikanische Regulierungsmodell spricht, muss man unbedingt NHTSA erwähnen: In 2013 veröffentlichte die National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) ihre erste vorläufige Richtlinie zum Thema der selbstfahrenden Autos.²⁸ Obwohl die NHTSA umfassende regulatorische

Befugnisse besitzt, behalten die Bundesstaaten die Kontrolle über den Betrieb von Fahrzeugen, Versicherungen, Wartungs- und Reparaturstandards, sowie über die Ausstellung von Fahrerlizenzen. Die NHTSA ist auch darauf angewiesen, dass die Bundesstaaten die Fahrzeuge auf ihre Verkehrstauglichkeit überprüfen, sobald sie das Verkaufsgelände verlassen. Im Gegensatz zu den Bundesstaaten, die Polizeikräfte und Behörden für Kraftfahrzeuge haben, um den Fahrzeugbetrieb zu regulieren, hat die NHTSA keine Durchsetzungsbefugnisse außerhalb ihrer Fähigkeit, Rückrufe durchzuführen. Dennoch hat die NHTSA mehrere wichtige Schritte unternommen, um selbstfahrende Autos zu regulieren.²⁹

Die NHTSA ist die führende bundesstaatliche Regulierungsbehörde für Sicherheitsfragen und erlässt in der Regel Bundesnormen für die Sicherheit von Kraftfahrzeugen (FMVSSs), die Leistungsstandards für eine Vielzahl von Sicherheitskomponenten festlegen, einschließlich spezifischer Crash-Test-Leistungen. Die NHTSA kann auch Rückrufe veranlassen und den Markt durch ihr *New Car Assessment Program* beeinflussen. Ihre Zuständigkeit erstreckt sich jedoch nicht auf den Betrieb von Fahrzeugen, das Verhalten der Fahrzeughalter, Wartung, Reparaturen oder Modifikationen, die Fahrzeughalter vornehmen können. Diese Aspekte fallen unter die Verantwortung der Bundesstaaten und anderer Behörden.³⁰

Laut NHTSA ist es von entscheidender Bedeutung, dass Fahrer auch in absehbarer Zukunft weiterhin die Verantwortung für das Fahren teilen müssen und stets aufmerksam bleiben müssen, sowohl bei der Fahraufgabe als auch hinsichtlich der Straßensituation, angesichts der heute verfügbaren Verbraucher-Technologien. Fragen zur Haftung und Versicherung

26 U.S. Department of Transportation: National Highway Traffic Safety Administration Strategic Plan 2016-2020, 26, s. dazu: <https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/documents/12532-nhtsa-strategicplan-2016-2020.pdf> [Stand: 25.08.2023].

27 Nevada Revised Statutes (2021), Chapter 482A – Autonomous Vehicles, NRS 482A.090, s. dazu: <https://law.justia.com/codes/nevada/2021/chapter-482a/statute-482a-090/> [Stand: 25.08.2023].

28 S. dazu:

<https://www.foley.com/en/insights/publications/2013/06/nhtsa-issues-long-awaited-policy-statement-on-driving> [Stand: 25.08.2023].

29 B. A. Browne, Self-Driving Cars: On the Road to a New Regulatory Era, *Case Western Reserve Journal of Law, Technology and the Internet*, Vol. 8, Issue 1, 2017, 9, s. dazu: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1104&context=jolti> [Stand 25.08.23].

30 J. M. Anderson / N. Kalra / K.D. Stanley / P. Sorensen / C. Samaras / O.A. Oluwatola, *Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers*, 2016, Summary XXII.

sind jedoch nur einige von vielen wichtigen Fragen, die neben technischen Überlegungen angegangen werden müssen, bevor automatisierte Fahrsysteme ihre Reife erreichen und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.³¹

c) Regulierung des autonomen Fahrens in Deutschland

aa) TA - Technische Aufsicht

Im Mai 2021 hat die Bundesregierung den Gesetzentwurf "zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes und des Pflichtversicherungsgesetzes – Gesetz zum autonomen Fahren" (BT-Drucks. 19/27439, 2021) vorgestellt³². Dieser Gesetzentwurf ermöglichte den Einsatz fahrerloser Kraftfahrzeuge im öffentlichen Straßenverkehr, wie zum Beispiel die sog. People-Mover, die automatisierte Personentransportsysteme darstellen.

Durch diese Änderungen wurden die rechtlichen Grundlagen für den Betrieb und die Zulassung autonomer Fahrzeuge in Deutschland geschaffen und Sicherheitsvorschriften eingeführt, um einen sicheren Einsatz dieser Fahrzeuge im Straßenverkehr zu gewährleisten.³³ Im Juli 2021 trat in Deutschland dieses Gesetz in Kraft. Ende Februar 2022 wurde die zugehörige Verordnung (Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs- und Betriebs-Verordnung – AFGBV) vom Bundeskabinett verabschiedet und am 1. Juli 2022 trat sie in Kraft.

Das Gesetz regelt die rechtlichen Grundlagen für

31 S. dazu:

<https://www.nhtsa.gov/technology-innovation/automated-vehicles-safety> [Stand: 25.08.23].

32 S. dazu:

https://bmdv.bund.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-19/gesetz-aenderung-strassenverkehrsgesetz-pflichtversicherungsgesetz-autonomes-fahren.pdf?__blob=publicationFile [25.08.23].

33 A. Dix / J.R. Helmert / T.Wagner / S. Pannasch, *Autonom und unfallfrei – Betrachtungen zur Rolle der Technischen Aufsicht im Kontext des autonomen Fahrens*, Journal Psychologie des Alltagshandelns, Vol. 14, No. 2, Innsbruck, 2021, 6, s. dazu: https://tu-dresden.de/mn/psychologie/iaosp/applied-cognition/ressourcen/dateien/publikationen/pdf/01_Dix2021.pdf [Stand: 25.08.23].

die Nutzung des autonomen Fahrens, während die Verordnung spezifische Anforderungen an die Technik und den Betrieb von Fahrzeugen mit autonomen Fahrfunktionen festlegt.³⁴ Gemäß §7 (1) AFGBV dürfen Fahrzeuge mit autonomen Fahrfunktionen nur innerhalb eines festgelegten und genehmigten Betriebsbereichs autonom fahren. Zusätzlich verlangt §14 AFGBV, dass eine technische Aufsicht in Form einer natürlichen Person vorhanden sein muss, die das Fahrzeug deaktivieren und vorgeschlagene Fahrmanöver freigeben kann.

Selbstfahrende Fahrzeuge, die mithilfe von vielen Überwachungssensoren und KI autonom fahren können, können in Situationen geraten, in denen ihre Algorithmen keine eigenständige Entscheidung treffen können. In solchen Situationen steht eine menschliche Technische Aufsicht (TA) bereit: Wenn das autonome Fahrzeug zum Beispiel Beistand bei einer Entscheidung benötigt, wie zum kurzfristigen Übertreten einer Straßenverkehrsregel, etwa das Überfahren einer durchgezogenen Linie für ein Ausweichmanöver, ist die Freigabe dieses Fahrmanövers durch die TA erforderlich. Die TA übernimmt dabei die strategische Kontrolle über das Fahrzeug.

Die Neuerung des Straßenverkehrsgesetzes verpflichtet die TA auch dazu, das autonome Fahrzeug zu deaktivieren, falls es nicht in der Lage ist, die Fahraufgabe selbständig zu bewältigen. Zudem kann die TA alternative Fahrmanöver vorschlagen. Dies bedeutet, dass die TA als menschlicher Entscheider Zugriff auf die sensorischen Informationen des Fahrzeugs hat und in schwierigen Situationen Entscheidungen treffen kann, um Probleme zu lösen und die Weiterfahrt zu ermöglichen. Es ist wichtig zu betonen, dass ein Eingriff der Passagiere in keinem Fall vorgesehen ist. Die TA ist dafür verantwortlich, die Kontrolle über das Fahrzeug zu übernehmen, wenn die autonome Fahrfunktion an ihre Grenzen stößt.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Gesetz

34 D. Bickenbach, *Die technische Aufsicht als Schnittstelle zwischen Mensch und Fahrzeug*, 2022, s. dazu: <https://www.camo.nrw/die-technische-aufsicht-als-schnittstelle-zwischen-mensch-und-fahrzeug/> [Stand: 25.08.23].

zum autonomen Fahren die Rechtsgrundlagen für die Integration autonomer Kraftfahrzeuge in den Straßenverkehr geschaffen. Die betreffenden §§ 1d ff. des Straßenverkehrsgesetzes (StVG) enthalten umfangreiche Sicherheitsvorschriften, die vor allem an die Hersteller dieser Fahrzeuge gerichtet sind (§ 1f Absatz 3 StVG). Da die Hersteller bei autonomen Fahrzeugen einen größeren Einfluss auf das Fahrzeug haben und eine erhöhte Kontrolle über dessen Funktionen besitzen, ist die Einführung dieser Sicherheitsvorschriften im Interesse der präventiven Haftungsbegrenzung zu begrüßen.

Diese Maßnahmen dienen dazu, mögliche Gefahrenquellen frühzeitig zu identifizieren und zu minimieren, um Unfälle und Schäden zu verhindern. Die Präventionswirkung der Haftung bedeutet, dass durch rechtzeitige Sicherheitsmaßnahmen das Risiko von Haftungsansprüchen und Schadensfällen reduziert werden soll. Die klare Regulierung und Kontrolle seitens der Hersteller trägt somit dazu bei, dass autonome Fahrzeuge sicherer in den Straßenverkehr integriert werden können. Das Gesetz zum autonomen Fahren schafft bei voll autonomen Fahrzeugen die Rolle der technischen Aufsicht, die gewissermaßen eine abgeschwächte Version eines Fahrers ist. Die technische Aufsicht ist eine natürliche Person, die im Notfall eingreifen und die Kontrolle über das Fahrzeug übernehmen kann.³⁵ Im Gegensatz zum Fahrer unterliegt die technische Aufsicht nicht der Fahrerhaftung gemäß § 18 StVG, sondern sie kann sich nur aus § 823 BGB ergebender Deliktshaftung ergeben.

bb) Haftungsformen und Verantwortlichkeit im Kontext autonomer Fahrzeuge: Verschuldenshaftung und Gefährdungshaftung

Eine traditionelle Form der Haftung ist die Verschuldenshaftung, die beispielsweise in § 823 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) festgelegt ist.

Diese greift nur dann ein, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Verursacher eine bestimmte Pflichtverletzung begangen hat und diese für den entstandenen Schaden verantwortlich ist.³⁶

Die Gefährdungshaftung betrifft Fälle, in denen ein Schädiger ohne Berücksichtigung eines Verschuldens für Schäden haftet, die durch sein rechtswidriges Verhalten verursacht wurden. Diese Form der Haftung stellt, nach der Haftung für nachgewiesenes Verschulden (§§ 823, 826) und für vermutetes Verschulden (§§ 831–838, außer § 833 S. 1), die dritte und strengste Art der außervertraglichen Haftung dar. Der rechtspolitische Hintergrund dieser Haftungsform ist nicht unerlaubtes Handeln an sich, sondern die Erzeugung und Kontrolle von Gefahren oder technischen Risiken. Das Ziel ist, dass jemand, der aus erlaubtem, jedoch riskantem Handeln Vorteile zieht, auch die damit verbundenen Haftungsrisiken trägt. Da es stets um erlaubtes Handeln geht, spielt die Rechtswidrigkeit im Kontext der Gefährdungshaftung keine Rolle.³⁷ Das bedeutet, dass eine Person oder ein Unternehmen haftbar gemacht werden kann, wenn sie einen Schaden verursacht, der in den von ihnen kontrollierten Risikobereich fällt, unabhängig davon, ob sie selbst schuldhaft gehandelt haben oder nicht. In solchen Fällen liegt der Fokus weniger auf einem individuellen Verschulden, sondern eher auf der Zurechnung des Schadens zur jeweiligen Risikosphäre des Verursachers.³⁸

Der Bundesrat forderte, die technische Aufsicht wie einen Fahrer aus vermutetem Verschulden haften zu lassen, was die Bundesregierung jedoch ablehnte. Die Systemgerechtigkeit wurde als Argument für die Einbeziehung der technischen Aufsicht in § 18 StVG angeführt. Dabei unterscheidet sich § 18 StVG von der allgemeinen Deliktshaftung dadurch, dass die

35 A. Dix / J.R. Helmert / T. Wagner / S. Pannasch, *Autonom und unfallfrei – Betrachtungen zur Rolle der Technischen Aufsicht im Kontext des autonomen Fahrens*, Journal Psychologie des Alltagshandelns, Vol. 14, No. 2, Innsbruck, 2021, S. 6, s. dazu: https://tu-dresden.de/mn/psychologie/iaosp/applied-cognition/ressourcen/dateien/publikationen/pdf/01_Dix2021.pdf [Stand: 25.08.2023].

36 G. Borges, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, 71. Aufl., Saarland, Neue Juristische Wochenschrift, NJW, 2018, 977, 980.

37 S. Lorenz, *Grundwissen – Zivilrecht: Grundlagen der Gefährdungshaftung*, JuS, 2021, Heft 4, 308.

38 G. Borges, *Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme*, 71. Aufl., Saarland, Neue Juristische Wochenschrift, NJW, 2018, 977, 980.

Beweislast beim Beklagten liegt.³⁹

Bei Unfällen mit autonomen Fahrzeugen besteht das Problem, dass der Geschädigte oft nicht weiß, ob das Fahrzeug vom Autopiloten gesteuert wurde oder die Technische Aufsicht eingegriffen hat. Das Gesetz gewährt dem Geschädigten Zugang zu den Datenaufzeichnungen des Fahrzeugs (§ 1f Absatz 7 StVG), was ihm hilft, mögliche Pflichtverletzungen der Technischen Aufsicht nachzuweisen. Der Bundesrat fordert zusätzlich, dass der Geschädigte das Recht haben sollte, den Namen der TA zu erfahren. Die Ablehnung der Bundesregierung in diesem Punkt wird als unverstänlich betrachtet.⁴⁰

Zusätzlich ist der Fahrer bei Assistenz- und teilautomatisierten Systemen dazu verpflichtet, unverzüglich einzugreifen. Bei voll- und hochautomatisierten Systemen hingegen sollte der Fahrer einen Eingriff vorbehalten, der jedoch mit einer gewissen Verzögerung erfolgen kann.⁴¹

cc) Produkt - und Produzentenhaftung für autonome Systeme

In Deutschland sowie in einigen anderen Ländern herrscht Klarheit in Bezug auf die rechtliche Situation, da ein Drei-Säulen-Modell aus Fahrer-, Halter- und Herstellerhaftung etabliert ist. Der Fahrer trägt die Verantwortung für die Fahraufgabe und ist beispielsweise bei teilautomatisierten Fahrfunktionen dazu verpflichtet, das Fahrzeug permanent zu überwachen und im Ernstfall einzugreifen. Falls er seinen Pflichten zur Sorgfalt nicht nachkommt und dadurch einen Unfall verursacht, trägt er gemeinsam mit dem Halter die Verantwortung für den entstandenen Schaden. Darüber hinaus kann der Hersteller im Rahmen der Produkt- und Produzentenhaftung für Schäden haftbar gemacht werden, die aufgrund von Produktfehlern entstanden sind.

³⁹ G. Wagner, Produkthaftung für autonome Fahrzeuge – die zweite Spur der Straßenverkehrshaftung, NJW, 2023, Heft 19, 1313, 1315.

⁴⁰ G. Wagner, Produkthaftung für autonome Fahrzeuge – die zweite Spur der Straßenverkehrshaftung, NJW 2023, Heft 19, 1313, 1315.

⁴¹ P. Singler, Haftungsprobleme bei autonomen Fahrzeugen, 1. Aufl., Freiburg, Freilaw, 2017, 17.

Bei voll- oder hochautomatisierten Systemen liegt die Hauptverantwortung nahezu ausschließlich beim Hersteller, da der Fahrer nur geringfügigen Einfluss auf das Fahrzeug hat. Dies bedeutet, dass der Geschädigte grundsätzlich die Option hat, Schadensersatz zu fordern, ohne dass ein Verschulden nachgewiesen werden muss, wie es im § 1 Abs. 1 des Produkthaftungsgesetzes (ProdHaftG) festgelegt ist.⁴² Das Produkthaftungsgesetz wird überwiegend als verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung begriffen.⁴³

Im Fall von Level 5 (komplette Übernahme sämtlicher Funktionen durch das Fahrzeug) ist der Fahrer nicht mehr in der Lage, die Betriebsabläufe des Fahrzeugs zu beeinflussen. Bei Level 5 entfällt jegliche Fahrerhaftung. Hier stellt sich bereits die Frage, ob die Bezeichnung "Fahrer" überhaupt noch angemessen ist oder ob alle Insassen des Fahrzeugs lediglich als Passagiere betrachtet werden können. Diese Frage muss dahingehend beantwortet werden, dass auf diesem Level das Konzept eines Fahrers nicht mehr existiert und somit jegliche Fahrerhaftung ausgeschlossen wird.⁴⁴

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 5 des Produkthaftungsgesetzes (ProdHaftG) hat der Hersteller die Aufgabe zu beweisen, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Markteinführung gemäß dem aktuellen Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkennbar war. Daraus ergibt sich die Verpflichtung für den Hersteller, regelmäßige Prüfungen durchzuführen, um mögliche Mängel zu entdecken.

Laut § 1 Abs. 4 des Produkthaftungsgesetzes

⁴² P. Singler, Haftungsprobleme bei autonomen Fahrzeugen, 1. Aufl., Freiburg, Freilaw, 2017, 18.

⁴³ B. Bodungen, Zivilrechtliche Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz im autonomen Straßenverkehr von morgen Geltendes Recht und Reformbestrebungen auf EU-Ebene, 1. Aufl., SVR, 2022, 3.

⁴⁴ S. dazu: <https://background.tagesspiegel.de/mobilitaet/herstellerhaften-fuer-ihre-autos#:~:text=Keine%20Veränderung%20wird%20es%20hingegen,von%20ihm%20verursacht%20worden%20sind.> [Stand 29.08.23].

(ProdHaftG) a. E. kann der Hersteller entlastet werden. In diesem Fall ist es erforderlich, dass der Geschädigte zumindest nachweist, dass der Mangel zum Zeitpunkt der Markteinführung vorhanden war. Kritikpunkt hierbei ist, dass Privatpersonen aufgrund fehlenden Zugangs zum Quellcode Schwierigkeiten haben könnten, Softwarefehler nachzuweisen. Allerdings ist der Zugriff auf den Quellcode der Software nicht zwingend notwendig. Es genügt festzustellen, ob der Schaden durch menschliches Verschulden verursacht wurde. Wenn dies nicht der Fall ist, lässt dies den Schluss zu, dass ein Fehler im System vorliegen muss. Diese Feststellung kann auch durch die Auswertung eines Unfalldatenschreibers getroffen werden, der sämtliche technischen Daten über einen bestimmten Zeitraum vor dem Unfall erfasst. Daher wird empfohlen, einen solchen Datensammler einzubauen. Zudem könnte ein Anscheinsbeweis für einen Fehler in Betracht kommen, wenn der Fahrer als Verursacher ausgeschlossen wird.⁴⁵

Die Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB setzt jedoch eine schuldhafte Pflichtverletzung voraus. Im Rahmen der deliktischen Produzentenhaftung liegt die primäre Verantwortung für die Sicherheit eines Produkts beim Endhersteller, also dem Unternehmen, das die Entwicklung und Herstellung autonomer Fahrzeuge steuert. Hierbei trägt der Hersteller die Haftung nur für Fehler, die innerhalb seiner Verantwortungsbereiche auftreten. Fehlerhafte Vorprodukte (wie beispielsweise Software), die von Zulieferern geliefert werden, fallen dagegen nicht in die Verantwortung des Herstellers gemäß § 823 Abs. 1 BGB, sofern dieser erfolgreich argumentieren kann, dass er seine Zulieferer sorgfältig ausgewählt und überwacht hat und zusätzlich angemessene Kontrollen bei Wareneingang durchgeführt wurden.⁴⁶

dd) Herausforderungen der rechtlichen Verantwortlichkeit bei Softwarefehlern

Fahrzeuge entwickeln sich rasch weiter, doch das

rechtliche System hat bisher noch keine Verantwortlichkeiten für Personenschäden oder Todesfälle aufgrund fehlerhafter Softwarekomponenten festgelegt.⁴⁷

Angenommen, ein Fehler in der Programmierung führt zu einem Unfall eines autonomen Fahrzeugs, ohne jegliches Eingreifen von Menschen. In diesem Fall würde der Softwareentwickler gemäß § 1313a ABGB über den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter dem Hersteller zugerechnet werden. Die KI baut stets auf menschlichem Verhalten auf, und da nur menschliches Handeln rechtswidrig sein kann, stellt die Rechtswidrigkeit keine Hürde dar. Immerhin kann der Fehler letztendlich auf das von Menschen entwickelte Programm zurückgeführt werden, wodurch sein Ursprung im menschlichen Handeln liegt.

Jedoch sollte bedacht werden, dass der Herstellungsprozess in zahlreiche Schritte unterteilt ist und viele Personen daran beteiligt sind. Daher gestaltet es sich äußerst schwierig, nachzuweisen, wem der Fehler zuzuordnen ist und wer letztendlich haftbar ist. Grundsätzlich könnten folgende Personen für die Haftung in Betracht kommen: der Eigentümer, der Händler, der Hersteller, der Ingenieur und der Programmierer des autonomen Fahrzeugs.⁴⁸

Die Rechtswidrigkeit setzt das Kriterium der Vorhersehbarkeit voraus. Um von Schadenersatz sprechen zu können, muss der entstandene Schaden für den Verursacher in gewissem Maße vorhersehbar gewesen sein. Da die entwickelte Software jedoch eigenständig dazulernt, beispielsweise durch Updates oder Deep Learning, ist es gerade nicht absehbar, in welche konkrete Richtung sich die KI weiterentwickeln wird.

Ein Problem besteht darin, dass der Hersteller im Voraus nicht vorhersagen kann, wie sich das lernende System in einer spezifischen Situation verhalten wird.

45 P. Singler, Haftungsprobleme bei autonomen Fahrzeugen, 1. Aufl., Freiburg, Freilaw, 2017, 19.

46 M. Ebers, Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung, Autonomes Fahren - Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen, 2017, 101.

47 M. L. Rustad, Products Liability for Software Defects in Driverless Cars, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Vol. 32, no.1, 2022, 212.

48 S. Graul, Haftung autonomer Fahrzeuge – eine zivilrechtliche Perspektive, Austria Law Review V, 2020, 26.

Dies ist besonders problematisch bei Fahrzeugen, die auf dem Konzept des „Verstärkungslernens“ basieren. Bei diesem Ansatz lernt das System während seines Einsatzes in der realen Umgebung, indem es verschiedene Handlungsmöglichkeiten ausprobiert und seine eigenen Einstellungen basierend auf den erzielten Resultaten anpasst. Da dieser Lernprozess hauptsächlich auf Versuch und Irrtum beruht, führt dies zwangsläufig zu Fehlern, die unausweichliche Konsequenzen während des Betriebs eines jeden Verstärkungslern-Systems sind.⁴⁹

Insgesamt schafft die Regulierung des autonomen Fahrens in Deutschland klare Rechtsgrundlagen für den Einsatz selbstfahrender Autos, berücksichtigt die Rolle der technischen Aufsicht und legt Sicherheitsvorschriften fest, um einen sicheren Betrieb im Straßenverkehr zu gewährleisten.

V. Fazit

Die Integration künstlicher Intelligenz in selbstfahrenden Autos birgt enorme Chancen, aber auch rechtliche Herausforderungen. Die Technologie verspricht eine sicherere und effizientere Zukunft des Straßenverkehrs. Allerdings müssen Haftungsfragen, Sicherheitsstandards und die Verantwortlichkeiten bei Unfällen sorgfältig geklärt werden. Um die Sicherheit zu gewährleisten, müssen Hersteller, Softwareentwickler und Fahrzeughalter Verantwortungen übernehmen. Die rechtliche Regulierung muss mit den technologischen Entwicklungen Schritt halten, um angemessene Haftungsregelungen zu schaffen.

Im Text wurden das „Wiener Übereinkommen“ im Bezug auf den Straßenverkehr sowie US-amerikanische und deutsche Regulierungsansätze be-

sprochen. Bemerkenswert ist, dass das Vorgehen der Länder im Laufe der Zeit an moderne Herausforderungen angepasst wird, was sich beispielsweise an der Integration der technischen Aufsicht in das deutsche Modell zeigt.

Beachtenswert ist auch der Aspekt des deutschen Modells der Regulierung des autonomen Fahrens, dass neben der Haftpflichtversicherung des Fahrzeughalters auch eine Haftpflichtversicherung für die technische Aufsicht vorschreibt, um die Ansprüche potenziell Geschädigter zuverlässig zu erfüllen.

Aufgrund der Einzigartigkeit künstlicher Intelligenz ist es jedoch selbstverständlich, dass die gesetzliche Regelung schwierig und komplex ist, was noch viele Jahre dauern wird.

Klar ist, dass die Software des autonomen Fahrzeugs vor der Markteinführung so lange getestet und das Training wiederholt werden muss, bis die von ihm ausgehenden Gefahren auf ein akzeptables Maß reduziert sind. Die Anforderungen an die Sicherheit steigen dabei mit der Bedeutung des zu schützenden Guts, das durch das System gefährdet werden kann. Besonders bei Produkten mit hohem Gefahren- und Risikopotenzial ist der Hersteller dazu verpflichtet, kostenaufwändige Kontroll- und Testverfahren einzusetzen, bis die Fehlerquote unter einen bestimmten Grenzwert sinkt.

Trotzdem bleibt zu hoffen, dass internationale Organisationen und nationale Gesetzgeber in Zusammenarbeit mit der Industrie angemessene Rahmenbedingungen schaffen, um die Zukunft des autonomen Fahrens sicher, verlässlich und rechtlich abgesichert zu gestalten.

49 M. Ebers, *Autonomes Fahren, Produkt- und Produzentenhaftung, Autonomes Fahren - Rechtsfolgen, Rechtsprobleme, technische Grundlagen*, 2017, 107.