
Das Kind als Schaden

HEINRICH HONSELL

Inhaltsverzeichnis

I.	Unerwünschte gesunde Kinder	1
II.	Pränatal geschädigte Kinder.....	6
III.	Ausblick.....	9

Der Fortschritt der Medizin hat uns mit der Frage konfrontiert, ob ein Kind ein Schaden sein kann. Die Befürworter halten schon die Fragestellung für tendenziös, denn genauer geht es darum, ob der Unterhalt für ein ungeplantes oder behindertes Kind aus einer ungewollten Schwangerschaft wegen falscher Beratung oder fehlgeschlagener Sterilisation (usw.) einen Schaden darstellt. Schadenersatzklagen wegen unerwünschter Schwangerschaft haben durch die enorme Verbesserung der pränatalen Diagnostik, z.B. durch die Sonographie, aber auch durch die besseren Verhütungsmöglichkeiten, namentlich seit Entwicklung der Antibabypille stark zugenommen. Das Problem wird international diskutiert und ganz unterschiedlich entschieden. Wir erörtern zunächst die Geburt eines unerwünschten gesunden Kindes (unten I) und sodann die Problematik des behinderten Kindes (unten II).

I. Unerwünschte gesunde Kinder

Namentlich Deutschland¹, die Niederlande² und die Schweiz³ haben die Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als ersatzfähigen Vermögensschaden grund-

¹ S. aus der umfangreichen Judikatur etwa BGH NJW 1980, 1450; BGH NJW 1995, 2407; BGHZ 124, 128; 143, 389 = NJW 2000, 1782; 151, 133 NJW 2002, 2636; BGH VersR 2007, 109 = NJW 2007, 989; schon RGZ 108, 86 hatte Schadenersatz in einem Fall gewährt, in dem in einer Pflegeanstalt ein ungenügend beaufsichtigter Geisteskranker mit einer Wärterin ein Kind gezeugt hatte.

² Hoge Raad DJZ 1997, 893 = AJP 1997, 1145 ff. mit Anm. von TOBLER/STOLKER; RÜETSCHI, AJP 1999, 1367.

³ BGE 132 III 359.

sätzlich anerkannt. Hingegen verneinen z.B. das Englische House of Lords⁴ und das französische Recht⁵ sowie der australische High Court⁶ den Anspruch bei einem gesunden Kind. Ebenso Italien, Schottland oder Dänemark.⁷ Auch der österreichische Oberste Gerichtshof⁸ gewährt nur den Eltern eines behinderten, ungeplanten Kindes einen Ersatzanspruch. Uneinheitlich ist die Rechtsprechung in den USA.⁹

Das Bundesgericht¹⁰ hat die Ersatzpflicht für den Unterhalt eines ungeplanten Kindes bei einer versehentlich unterbliebenen Sterilisation bejaht, die zusammen mit einem Kaiserschnitt hätte durchgeführt werden sollen. Die Frau war wieder schwanger geworden und hatte ein gesundes Kind geboren. Die sehr ausführliche Entscheidung hat die Diskussion in der Schweiz vorläufig beendet. Es sind jedoch etliche Fragen namentlich in der deutschen und österreichischen Rechtsprechung geblieben, die eine weitere Diskussion des Themas erforderlich machen.

Beginnen wir mit dem Skurrilen: Ein früher Fall, der vom LG Itzehohe entschieden wurde, lag so: Ein Apotheker verkaufte einer Bäuerin irrtümlich ein Magenmittel (Enzynorm) statt einer Antibabypille (Eugynon), weil das handgeschriebene Rezept schlecht leserlich war. In der Folgezeit kommt die Frau wiederholt mit der leeren Schachtel und verlangt das gleiche Präparat. Nachdem sie schwanger geworden war, forderte sie vom Apotheker Schadenersatz. Das Gericht¹¹ gab ihr recht, rechnete aber ein Mitverschulden an. Die Entscheidung wurde als „schlechter Scherz“¹² bezeichnet.

Wer Vater eines Kindes ist, schuldet diesem Unterhalt. Er kann von der Frau auch dann keinen Regress verlangen, wenn ihm diese wahrheitswidrig gesagt hat, sie nehme die Pille, er müsse sich keine Sorgen machen. Diese Entscheidung des

⁴ Vgl. Urteil vom 16. Oktober 2003 *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003/UKHL 52]; *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59.

⁵ S. WEIR, "The Unwanted Child", (2002) 6 *Edinburgh Law Review* 244 mit weit. vrgl. Beispielen; ZIMMERMANN, »Wrongful life« und »wrongful birth«, JZ 1997, 131.

⁶ Austral. High Court *Cattanach v. Melchior* [2003] HCA 38; Urteil v. 24.7.2008, s. <http://www.radioaustralia.net.au/news/stories/200807/s2313853.htm> 30.9.2008.

⁷ Dazu etwa REBHACH, Schadenersatz wegen der Geburt eines nicht gewünschten Kindes?, JBl 2000, 265; DERS., Entwicklungen zum Schadenersatz wegen „unerwünschter Geburt“ in Frankreich, ZEuP 2004, 794.

⁸ OGH SZ 72/91 = RdM 1999, 23 = JBl 1999, 593 JBl 2004, 311 (BERNAT) = RdM 2004, 36; eingehend OGH JBl 2007, 171 = ecolx 2006, 900 (WILHELM) = EvBl 2006/171 899 (STEININGER) = FamZ 2006/70 S. 198 (NEUMAYR) = RdM 2007, 20 (HUBER); OGH ecolx 2006 Nr. 231, 564.

⁹ STÜRNER, JZ 1998, 317, 322 ff.

¹⁰ BGE 132 III 359 E. 4.

¹¹ Vgl. FamRZ 1969, 90 = VersR 1969, 265.

¹² LÖWE, VersR 1969, 573.

österreichischen OGH¹³ ist nicht unproblematisch, wenn die Frau den Mann arglistig getäuscht hat. Aber dennoch, wer sicher gehen will, darf sich nicht auf fremde Verhütungsversprechen verlassen. Eine Ersatzpflicht der Mutter wäre überdies insofern kontraproduktiv, als sie leicht zu Lasten des Kindes gehen könnte.

Klagen gegen den Arzt finden wir auch bei Mehrlings-Schwangerschaften nach Invitro-Fertilisation. Die Begründung war, man habe nur ein¹⁴ oder zwei¹⁵ Kinder gewollt (bestellt?). Die Implantation mehrerer Embryonen ist üblich, um die Erfolgsquote zu erhöhen. Wenn freilich wirklich eine Vereinbarung vorlag, nur einen Embryo zu implantieren, so liegt eine Pflichtverletzung vor und der Arzt schuldet Unterhalt, wenn man der h.L. folgt. Freilich muss man sich vor der Mentalität hüten, die Designerbabys verlangt und die Rücknahme des Kindes, wenn es die vereinbarten blauen Augen nicht hat.

Eine natürliche Betrachtung sträubt sich dagegen, die Geburt eines Kindes und die mit ihm verbundenen Aufwendungen als Schaden zu qualifizieren. Bei Zugrundlegung eines natürlichen Schadensbegriffs ist das Kind niemals ein Schaden und die Aufwendungen für seinen Unterhalt ebenfalls nicht, denn dies wäre eine Verwechslung von Schaden und Aufwendungen zu seiner Beseitigung. Auch sind Schäden unfreiwillige, Aufwendungen hingegen freiwillige Vermögensopfer. Dennoch lassen sich unfreiwillige Aufwendungen für den Unterhalt in einem weiteren Sinn als Schaden qualifizieren, weil ja die Eltern zur Leistung des Unterhalts verpflichtet sind.¹⁶ Insbesondere der deutsche Bundesgerichtshof betrachtet die Unterhaltspflicht gegenüber einem ungewollten Kind schon nach der „Differenzhypothese“ als Schaden im Rechtssinn.¹⁷ Die Belastung mit einer Verpflichtung kann Folge eines Delikts oder einer Vertragsverletzung sein. Der Ersatz erfolgt dann an sich durch Befreiung von der Verbindlichkeit, was aber im Blick auf die gesetzliche Unterhaltspflicht ausscheidet. Möglich ist aber Geldersatz. Indessen kann die moralische Frage, ob es zulässig ist, für ein unerwünschtes Kind Schadenersatz zu verlangen, nicht von der juristischen Konstruktion der Differenzhypothese abhängen. M.E. ist es mit ethischen Grundüberzeugungen nicht vereinbar, wegen der Geburt eines Kindes Schadenersatz zu verlangen. Der

¹³ ÖJBI 1994, 687.

¹⁴ Austral. High Court v. 24.7.2008, die Klage wurde abgewiesen s. <http://www.radioaustralia.net.au/news/stories/200807/s2313853.htm> 30.9.2008.

¹⁵ Öst. OGH Salzburger Nachrichten v. 3.9.2008.

¹⁶ So auch Hoge Raad DJZ 1997, 893.

¹⁷ Vgl. die Nachweise bei Palandt/HEINRICHS, vor § 249 Rn 47; BGHZ 76, 249, 257; BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452.

Behandlungsfehler oder die unzulängliche Aufklärung haben die Schwangerschaft nicht verursacht, sondern nur nicht verhindert. Richtig ist weiter, dass, wer ein Kind verhüten will, nicht quasi zur Schadensminderung einem Schwangerschaftsabbruch oder einer Adoption zustimmen muss, wenn die Verhütung misslingt. Eine Schadensminderungspflicht besteht insoweit nicht, auch keine Obliegenheit. Dessen ungeachtet ist es widersprüchlich, auf der einen Seite die ethisch-emotionale Kinderbeziehung zu betonen und auf der anderen Seite Schadenersatz mit der Argumentation zu verlangen, der Arzt habe verschuldet dass die Verhütung des Kindes misslang. Kein Widerspruch ist es dagegen, kein Kind zu wollen und es dennoch zu akzeptieren, wenn es da ist. Das wissen gerade Eltern behinderter Kinder. Die Angst vor einem behinderten Kind kann einen Schwangerschaftsabbruch plausibel machen. Eine Überlegung, die unvorstellbar wird und sich von selbst verbietet, sobald das Kind in seiner Individualität existent geworden ist. Wenn das Kind kein Wunschkind ist, so entwickelt sich doch eine Eltern-Kind-Beziehung, die regelmässig von Liebe getragen wird und da ist es widersprüchlich, Unterhalts-Schadenersatz zu verlangen. Nicht argumentieren sollte man mit der psychologischen Belastung für das Kind, wenn es erfährt, dass die Eltern auf Schadenersatz geklagt haben und sich deshalb unerwünscht oder gar als „emotional bastard“ fühlt. Denn es ist einleuchtend, dass sich gerade der Haftpflichtige auf solche Argumente nicht berufen kann.¹⁸

Abzulehnen ist auch die Meinung, welche die Ersatzpflicht von der Frage abhängig machen will, ob die Eltern in guten oder in schlechten finanziellen Verhältnissen leben.¹⁹ Dies würde auf eine Billigkeitshaftung hinauslaufen, für welche das Gesetz keine Anhaltspunkte bietet.

In Deutschland ist die Frage sogar zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts kontrovers. Während es nach Auffassung des zweiten Senats²⁰ (Abtreibungsurteil II) wegen der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht

¹⁸ Zu all diesen Argumenten s. etwa OGH JBl 2007, 171; BGE 132 III 359; BGHZ 76, 249, 258 = NJW 1980, 1450; BGHZ 76 259, 264 = NJW 1980, 1452 u. öfter BVerfG NJW 1998, 519, 521 f.

¹⁹ Vgl. F. BYDLINSKI, Das Kind als Schadensursache im Österreichischen Recht, Liber amicorum Koziol (2000) 29; KOZIOL, Haftpflichtrecht I (3. Aufl.1997) Rz 2 f.; ähnlich OFTINGER/STARK I § 2 N 52; gegen ihn FELLMANN, AJP 1995, 880.

²⁰ BVerfGE 88, 203, 296. Die Passage lautet: „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassungswegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (vgl. oben I. 1. a)*), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Beratungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche (zum Schwangerschaftsabbruch vgl. BGHZ 86, 240 ff.; 89, 95 ff.; 95, 199 ff.; BGH, NJW 1985, S. 671 ff.; VersR 1985, S. 1068 ff.; VersR 1986, S. 869 f.; VersR 1988, S. 155 f.; NJW 1992, S. 1556 ff.; zur Sterilisation vgl.

gestattet sein soll, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen, wird dies vom ersten Senat²¹ (Geburt eines zweiten behinderten Kindes wegen fehlerhafter genetischer Beratung²²) bejaht.

Der BGH folgte dem ersten Senat und anerkennt grundsätzlich die Ersatzpflicht, macht allerdings eine nicht unwesentliche Einschränkung, die auch für behinderte Kinder gilt: Der Arzt oder die Klinik haften nur, wenn ein Behandlungsvertrag geschlossen worden ist, dessen Schutzzumfang sich auf die Abwendung einer Belastung der Patientin durch ein Kind erstreckt. Ging es bei der Behandlung nicht um die Abwendung einer solchen Belastung, dann dürfe auch nicht angenommen werden, dass die Bewahrung vor den Unterhaltsaufwendungen infolge der Geburt des Kindes zum Schutzzumfang des Behandlungsvertrages gehörte.²³ Deshalb wies der BGH die Klage gegen einen Hausarzt ab, der Röteln nicht erkannt hatte, dem aber die Schwangerschaft bekannt war;²⁴ ebenso die Klage gegen einen Gynäkologen, der vor einer orthopädischen Operation konsiliarisch zur Abklärung unklarer Unterleibsbeschwerden zugezogen worden war und die Schwangerschaft übersehen hatte.²⁵ Ein Anspruch der Eltern kommt nach dieser Rechtsprechung also nur in Betracht, wenn die Belastung mit einer Unterhaltspflicht in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen worden war, so bei fehlerhafter genetischer Beratung,²⁶ bei misslungener Sterilisation²⁷ oder bei Verabreichung eines untauglichen Verhütungsmittels.²⁸ Schliesslich bei einem unterlassenen oder fehlgeschlagenen Schwangerschaftsabbruch, für den eine Indikation vorgelegen hätte (dazu unten II). Diese Rechtsprechung ist äusserst restriktiv und ersetzt den Unterhalt praktisch nur noch, wenn dies speziell vereinbart war, in dem die Familienplanung zum Gegenstand des Arztvertrages gemacht wird.

BGHZ 76, 249 ff.; 76, 259 ff.; BGH, NJW 1984, S. 2625 f.) ist im Blick darauf der Überprüfung bedürftig.“

²¹ BVerfGE 96, 375, 409 = NJW 1998, 519. Die Senate stritten darüber, ob dies ratio decidendi oder obiter dictum sei, vgl. NJW 1998, 519/523 mit Anm. Deutsch 510. Ein Plenarbeschluss kam nicht zustande.

²² BGHZ 124, 128 ff. = BGH NJW 1994, 788.

²³ BGH NJW 2005, 891 = VersR 2005, 411; BGHZ 124, 128, 137 f.; 143, 389, 393 ff.; 151, 133, 136; BGH VersR 1985, 1068, 1069.

²⁴ BGH NJW 2005, 891 = VersR 2005, 411.

²⁵ BGHZ 143, 389.

²⁶ BGHZ 124, 128.

²⁷ BGH NJW 1995, 2407.

²⁸ BGH VersR 2007, 109 = NJW 2007, 989 – Implanon, Arzt implantiert antikonceptives Hormonpräparat, Patientin wird trotzdem schwanger und erhält Unterhalt; auch der nichteheliche Vater ist in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen, nicht nur der Ehegatte, sondern auch der Lebenspartner; wieder anders für einen nichtehelichen Vater wegen Übersehens einer Schwangerschaft der Freundin bei Verschreibung der Antibabypille BGH NJW 2002, 1489.

Geschützt wird, wer kein Kind will und deshalb zum Arzt geht. In den anderen Fällen ärztlicher Fehlleistung entfällt der Schutz. Dies betrifft fataler Weise auch die Fälle der Behinderung. Damit kommen wir zum zweiten Thema.

II. Pränatal geschädigte Kinder

Schwieriger ist die Frage des Schadenersatzes, wenn es sich um ein behindertes Kind handelt. Vom Schadensbegriff her problematisch ist die an sich einleuchtende Differenzierung zwischen bloss ungeplanten, gesunden und pränatal geschädigten Kindern.²⁹ Insbesondere der österreichische Oberste Gerichtshof lehnt im ersten Fall Schadenersatz in ständiger Rechtsprechung ab, gewährt ihn aber in Fällen der Behinderung.³⁰ Diese Differenzierung ist gänzlich unproblematisch, wenn man den Schadenersatz auf die krankheitsbedingten Mehrkosten beschränkt. Eine ältere Entscheidung³¹ hatte diese Frage noch offen gelassen. Neuerdings hat sich jedoch der OGH³² für den ganzen Unterhalt ausgesprochen.³³ Einerlei, ob die pränatale Schädigung durch einen ärztlichen Eingriff verursacht oder vom Arzt nur übersehen worden ist, die schädigungsbedingten Mehrkosten sind gewöhnliche Krankenkosten eines Haftpflichtfalles, die immer zu ersetzen sind. Ebenso Mehraufwendungen für den Unterhalt des Behinderten, der immer kostenintensiver ist als im Normalfall. Selbst wenn man mit dem OGH auch den Basisunterhalt ersetzt, sollte man darin keine Diskriminierung Behinderter sehen. Es ist ein verdrehtes Argument, die Linderung der Leiden als Diskriminierung zu diskreditieren. So selbstverständlich es ist, dass Behinderte nicht diskriminiert werden dürfen, so wenig überzeugt das Argument hier, wo es darum geht, den Eltern und dem Kind in einer schwierigen Lage zu helfen.³⁴ Eher könnte man umgekehrt eine Ungleichbehandlung der gesunden Kinder beanstanden, die, wie gesagt, in Österreich keinen Unterhalt erhalten.

²⁹ Zu dieser Differenzierung etwa RUETSCHI, AJP 1999, 1359.

³⁰ OGH SZ 72/91 = RdM 1999/23 = JBl 1999, 593, JBl 2004, 311 (BERNAT) = RdM 2004/36; OGH ecolex 2006 Nr. 231, 564.

³¹ OGH SZ 72/91.

³² Ecolex 2006 Nr. 231, 564; OGH JBl 2008, 109; ausführlich dazu PLETZER JBl 2008, 490 ff.

³³ Zur öst. Rsp.s. auch MEMMER, Imago Hominis 14, 195 ff.

³⁴ Allerdings gibt es Stimmen, die dies nicht über das Haftpflichtrecht, sondern über das Sozialrecht lösen wollen; etwa HARRER, Kind als Schaden, in: FISCHER/ZENKER, Medizin und Bioethik; SCHAUER, „Wrongful birth“ in der Grundsatzentscheidung des OGH - Eine rechtsethische Betrachtung, RdM 2004, 18.

Besonders prekär ist die Lage in Deutschland. Dies ist einer verfehlten Verfassungsjudikatur und der Abschaffung der embryopathischen Indikation geschuldet.

In Österreich ist die Schwangerschaftsunterbrechung zulässig und man spricht noch heute von eugenischer Indikation. § 97 Abs. 1 Ziffer 2 StGB erlaubt den Abbruch, wenn „eine ernste Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein wird.“³⁵ In der Schweiz nimmt Art. 119 StGB Straffreiheit an, wenn durch die Maßnahme die „Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage abgewendet werden kann“. Auch in Deutschland gab es eine sog. Notlagenindikation nach § 118a Abs. 2 Nr. 3 StGB a.F., bei der es nur auf die schwere Behinderung des Kindes und nicht auf die psychische Situation der Mutter (die in Nr. 2 normiert war) ankam. Dem Bundesverfassungsgericht³⁶ schien dies nicht ausreichend. Es hielt einen Eingriff nur bei entsprechender Gefahr für die Mutter für rechtmässig. In Deutschland wurde deshalb im Hinblick auf die Kritik des BVerfG die embryopathische Indikation 1995 in § 218a StGB gestrichen. Ein Schwangerschaftsabbruch wegen einer schweren Behinderung ist dort jetzt nur noch möglich, wenn eine medizinische Indikation bei der Mutter vorliegt („... um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden“).

Da die embryopathische Indikation gestrichen wurde und das Bundesverfassungsgericht in dem 2. Abtreibungsurteil³⁷ entschieden hat, dass eine Beratung der Schwangeren die Abtreibung in den ersten drei Monaten zwar straffrei macht, diese aber rechtswidrig bleibt, entscheidet der BGH in st. Rsp. dass die Ersatzpflicht ausgeschlossen ist, wenn wegen eines Arztfehlers ein Schwangerschaftsabbruch unterbleibt oder scheitert, für den keine Indikation vorlag.³⁸ Das Argument, man hätte bei fehlerfreier Behandlung oder Beratung durch den Arzt einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen lassen, wird nur noch im Rahmen der eingeschränkten Indikation nach § 118a Abs. 2 StGB n.F. zugelassen. Im Übrigen hält der BGH diese Argumentation für unzulässig, denn die Abtreibung wäre ja rechtswidrig gewesen, sofern keine Indikation vorlag, quasi als handle es sich um einen Fall des *versari in re illicita*.

³⁵ Gegen eine eugenische Indikation ist m.E. nichts einzuwenden. Allerdings ist es viel zu lang, wenn man den Abbruch bis zum neunten Monat zulässt.

³⁶ BVerfG 88, 203, 256 ff., 272 ff., 299.

³⁷ BVerfG 88, 203.

³⁸ BGH NJW 2005, 891 = VersR 2005, 411 – unerkannte Rötelerkrankung der Mutter; BGHZ 151, 133, 138 f.; vom 15. Juli 2003 VI ZR 203/02 VersR 2003, 1541 f. = NJW 2005, 891 = VersR 2005, 411 – unerkannte Rötelerkrankung der Mutter; BGHZ 151, 133, 138 f. = VersR 2002, 1148, VersR 2003, 1541 f.; NJW 1995, 1609; 1902, 886; 1489; FamRZ 1903, 1378.

Es ist unverständlich, dass eine schwere Behinderung des Kindes allein keine Indikation sein soll. Die Mutter bleibt zwar straffrei, wenn sie einen Beratungsschein hat. Ihr Handeln soll aber rechtswidrig sein. Diese Linie, die das BVerfG erfunden hat, um gesichtswahrend seine Rechtsprechung zu ändern, ist nicht überzeugend, der Unterschied gekünstelt. Das Ergebnis ist, jedenfalls was den Schadenersatz bei Behinderung anbelangt, unbillig. Die Judikatur des BVerfG, die es aus der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG glaubt ableiten zu müssen oder zu können, dass eine Abtreibung nur mit Beratungsschein straffrei ist, aber auch bei embryopathischer Indikation grundsätzlich rechtswidrig bleibt, führt zu einem Anspruchsverlust behinderter Kinder, auch in Fällen von klarem ärztlichem Versagen. Die Menschenwürde und das Recht auf Leben sind in Reaktion auf die Naziverbrechen in die Verfassung aufgenommen worden. Für die Frage, ob ein Fötus durch Strafrecht geschützt werden muss, lässt sich ihnen nichts entnehmen. So hat denn auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof³⁹ die Einbeziehung des ungeborenen Lebens in den Schutz des Art. 2 Abs. 1 S. 1 EMRK abgelehnt und in den meisten Ländern Europas⁴⁰ gilt die Fristenregelung. In Deutschland hingegen gelangt das Bundesverfassungsgericht im Wege der Konkretisierung der Wertordnung zu einem Ergebnis, das quasi als Nebenprodukt zum Entfallen von Haftpflichtansprüchen bei schuldhaft herbeigeführtem Nachwuchs behinderter Kinder führt.

Das Urteil ist einmal mehr ein Paradigma für die unglücklichen Auswirkungen einer überzogenen, kompetenzüberschreitenden Verfassungsjudikatur auf das gesamte Recht. Hierher gehört nicht nur die Lehre von den staatlichen Schutzpflichten, die u.a. in den beiden Abtreibungsurteilen⁴¹ entwickelt worden ist, sondern auch die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und ihrer Ausstrahlung auf das Privatrecht, die gleichsam Holz vom selben Stamm ist, eine verbotene Frucht, die getarnt als Auslegung oder Konkretisierung einer Wertordnung scheinbar harmlos daherkommt. In Wahrheit geben die deklaratorischen Programmsätze der Verfassungen kaum etwas her, was man nicht zuvor in sie hineingelegt hat. Es handelt sich um die alte Interpretationspresse *erst hinein und dann heraus*, die Jhering in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz⁴² beschreibt; ein

³⁹ EGMR Nr. 53924/00.

⁴⁰ Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Ungarn, Italien, Norwegen, Niederlande, Schweden und Tschechien.

⁴¹ BVerfG 39, 1 ff.; BVerfGE 89, 203 ff.

⁴² 4. Aufl. 1891, 247 ff.: "Was Du hier erblickst, ist die dialektisch-hydraulische Interpretationspresse. Mittels ihrer bringt man aus jeder Stelle das heraus, was man nötig hat. Von den Pumpen, die sich neben dem Hauptzylinder befinden, enthält die eine den dialektischen *Infiltrationsapparat*, den *Injektor*, wodurch Gedanken, Voraussetzungen, Beschränkungen, die dem Schreiber der

Verfahren, über das auch Goethe in den zahmen Xenien (II) gespottet hat: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus so legt was unter.“ Das Misstrauen gegen solche juristische Auslegungskünste ist ein alter Topos.⁴³ Das Bundesverfassungsgericht treibt sie auf die Spitze.

III. Ausblick

Eugen Bucher⁴⁴ hat mit dem ihm eigenen Weitblick die schleichende Aushöhlung des Privatrechts und der Privatautonomie durch die Theorie von der Ausstrahlung der Grundrechte erkannt. Leider hat man diese These bei der letzten Verfassungsrevision, die ja weit mehr war als nur eine Nachführung, übernommen. Nach Art. 35 Abs. 1 BV müssen jetzt die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen. Nach Abs. 3 haben die Behörden dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Bislang hat man noch nicht erkannt, was für ein gefährliches Potenzial in dieser harmlos klingenden Norm steckt. Immerhin wird man davon ausgehen dürfen, dass das Schweizer Bundesgericht im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht den *judicial self restraint* und die *political question* Doktrin beachten wird.⁴⁵ Eine Kompetenzüberschreitung, ähnlich der des Bundesverfassungsgerichts, wäre in der demokratischen Schweiz nicht denkbar.

Stelle gänzlich fremd waren, in sie hineingetrieben werden. Es ist eine Erfindung der Theologen, die Juristen haben sie bloß nachgemacht, und ihr Apparat ist mit dem der Theologen nicht von weitem zu vergleichen, er leistet kaum ein Zehntel von dem der Letzteren, die dadurch ganze Systeme in ein einziges Wort hineintreiben; aber für die juristischen Zwecke reicht sie vollkommen aus“.

⁴³ Das kommt in mehreren Parömien zum Ausdruck: „gute Juristen – böse Christen“ (LUTHER); „Summum ius - summa iniuria“ (römisches Sprichwort), etwa bei Cicero, *de off.* I 33; dazu HONSELL FS Kaser (1976) 111, 114 mit Nachweisen in Fn 20.

⁴⁴ «Drittwirkung der Grundrechte?», SJZ 1987, 37 ff.

⁴⁵ Deutlich in diese Richtung BGE 129 III 34 E. 5.4; s. dazu BUCHER, *recht* 2003, 101.