

# Der Wert eines menschlichen Lebens

*Christian Huber\**

- I. Funktion des Schadenersatzrechts beim Personenschaden in einem Rechtssystem mit umfassender Sozial- und Haftpflichtversicherung
  1. Umverteilung zwischen den Töpfen
  2. Von der Sozialversicherung nicht erfaßte Bereiche
  3. Auswirkungen auf die Haftpflichtversicherungsprämien – Kostenfaktor der entsprechenden Leistungen
  4. Zielsetzung des Schadenersatzanspruchs: Ausgleich von Einbußen beim Geschädigten, keine punitive damages, Prävention bloß ein Reflex des Ausgleichsgedankens
- II. Die Determinanten der Fortbildung des Schadenersatzrechts
  1. Technischer Fortschritt – Motorisierung, Medizin
  2. Veränderungen im Familienrecht
  3. Betriebswirtschaftliche Erfassung schadensrechtlicher Phänomene – stärkere Sensibilisierung der Wertschöpfung durch die Familie und im Rahmen der Nachbarschaftshilfe
  4. Stärkere Strahlkraft der Grundrechte
  5. Rechtstatsächliche Phänomene auf Seite der Geschädigten
- III. Ausgewählte Einzelfragen
  1. Bewertung von Haushaltsdienstleistungen bei Verletzung und Tötung des Haushaltsführers
  2. Schadenersatz bei Schwerstverletzten ohne Empfindungsfähigkeit
  3. Kind als Schaden – neue Fallgruppen infolge von Fortschritten der Medizin

Ehe ich mein Referat beginne, darf ich mich für die hohe Ehre bedanken, bei Ihnen sprechen zu dürfen. Es ist dies eine Tagung, die dem Erfahrungsaustausch in Ost und West dient. Im Kleinen habe ich das selbst miterlebt: Derzeit bin ich so ziemlich am westlichsten Punkt des deutschsprachigen Raumes, nämlich an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule in Aachen. Meine akademische Prägung und Sozialisation habe ich aber im Osten des deutschsprachigen Raumes erhalten, nämlich in Wien.

Ehe ich zu den Kernfragen vordringe, erlauben Sie mir einige Vorbemerkungen:

## I. FUNKTION DES SCHADENERSATZRECHTS BEIM PERSONENSCHADEN IN EINEM RECHTSSYSTEM MIT UMFASSENDER SOZIAL- UND HAFTPFLICHTVERSICHERUNG

In Deutschland ist so gut wie jeder Geschädigte sozialversichert. In den allermeisten Fällen, in denen ein Schädiger Schadenersatz zu leisten hat, steht hinter ihm eine Haftpflichtversicherung. Erleidet ein sozialversicherter Geschädigter einen Personenschaden, leistet in aller Regel der Sozialversicherungsträger vor und regressiert sich dann beim Haftpflichtversicherer.

---

\* Der Vortragsstil wurde beibehalten. Für die Hilfe bei der Erstellung des Fußnotenapparats danke ich meiner Mitarbeiterin Frau Ass. iur. *Saskia Wagner*.

### 1. Umverteilung zwischen den Töpfen

In vielen Bereichen geht es folglich um die Umverteilung zwischen verschiedenen großen Töpfen. Die Regulierung von Schäden zwischen diesen Versicherern erfolgt mitunter durch Austragung von Prozessen, um Präzedenzfälle zu klären; häufig aber durch Teilungsübereinkommen, bei denen nach abstrakten Regeln bestimmte Quoten festgelegt werden, ohne daß die Rechtslage im Einzelfall geprüft wird.

### 2. Von der Sozialversicherung nicht erfaßte Bereiche

Es gibt freilich darüber hinaus von den Sozialversicherungsleistungen nicht erfaßte Bereiche:

#### a) Umfängliche Spitzen

Das Sozialversicherungsrecht sorgt nur für eine Grundversorgung. Die stationäre Pflege in der normalen Pflegeklasse ist abgedeckt, nicht aber die in der gehobenen Pflegeklasse. Der Erwerbsschaden des Verletzten wird nur nach Maßgabe der einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge gewährt. Häufig reicht der Schadenersatzanspruch umfänglich darüber hinaus.

#### b) Bestimmte Berufsgruppen, z.B. Hausfrauen, selbständig Erwerbstätige

Bei manchen Berufsgruppen greift im Verletzungsfall der Sozialversicherungsschutz nicht in bezug auf alle Schadensposten. So ist eine verheiratete verletzte Hausfrau krankenversichert; sofern sie aber früher nicht beruflich erwerbstätig war, hat sie keinen Anspruch gegen den Sozialversicherungsträger in bezug auf ihren Erwerbsschaden. Bei einem Selbständigen ist es ebenso, sofern er keinen Dauerschaden erleidet.

#### c) Bestimmte Anspruchsgruppen, z.B. Schmerzensgeld

Schließlich gibt es bestimmte Schadensposten, denen keine korrespondierenden Sozialversicherungsleistungen gegenüberstehen. So ist das namentlich bei den immateriellen Schäden, also beim Schmerzensgeld und bei Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

### 3. Auswirkungen auf die Haftpflichtversicherungsprämien – Kostenfaktor der entsprechenden Leistungen

In den häufigsten Haftpflichtfällen steht hinter dem Schädiger eine Haftpflichtversicherung. So ist das beim Autofahren oder bei Erbringung bestimmter Dienstleistungen wie etwa denen der Ärzte. Wenn die Schadenersatzansprüche von der Rechtsprechung in höherem Maß als zuvor zuerkannt werden, dann wirkt sich das auf die Haftpflichtversicherungsprämien aus. Diese sind ein Kostenfaktor. So wie das Autofahren durch die Erhöhung der Benzinpreise verteuert wird, verhält es sich auch bei Anhebung der Haftpflichtversicherungsprämien.

4. *Zielsetzung des Schadenersatzanspruchs: Ausgleich von Einbußen beim Geschädigten, keine punitive damages, Prävention bloß ein Reflex des Ausgleichsgedankens*

Das deutsche Schadenersatzrecht ist vom Ausgleichsgedanken beherrscht. Der Geschädigte hat den Schaden im Prinzip selbst zu tragen, es sei denn, ein Schädiger hat ihn rechtswidrig oder schuldhaft verursacht.

Die Pflicht zur Ersatzleistung soll den Schädiger motivieren, die nötige Sorgfalt walten zu lassen, um Schäden zu verhindern. Dieser Präventionsgedanke ist freilich ein bloßer Reflex des Ausgleichsgedankens; nur ausnahmsweise, namentlich bei den immateriellen Schäden, wird ihm von der Rechtsprechung eine eigenständige Bedeutung beigemessen.

Das wird von den Vertretern der ökonomischen Analyse des Rechts zwar anders gesehen<sup>1</sup>. Diese Richtung ist aber in Deutschland nicht herrschend. Auch die dem anglo-amerikanischen Rechtskreis entstammenden punitive damages sind dem deutschen Rechtskreis fremd<sup>2</sup>. Diese bewirken eine Verpflichtung des Schädigers zu einer Geldsumme, die weit über die Einbuße beim Verletzten hinausgeht, um den konkreten Schädiger zu sanktionieren bzw. potentielle Schädiger abzuschrecken.

## II. DIE DETERMINANTEN DER FORTBILDUNG DES SCHADENERSATZRECHTS

Das Schadensrecht ist eine Materie, die einerseits nur ganz wenige Normen aufweist, die §§ 249 ff BGB und die §§ 842 ff BGB; andererseits sind diese seit dem Inkrafttreten des BGB vor etwas mehr als 100 Jahren - von Randkorrekturen abgesehen - unverändert geblieben<sup>3</sup>.

### 1. *Technischer Fortschritt – Motorisierung, Medizin*

Die Welt hat sich demgegenüber beträchtlich verändert. Das durch das Verkehrsaufkommen hervorgebrachte Schadensvolumen hätten sich die Väter des BGB – Mütter gab es damals keine – nicht einmal träumen lassen. Der hohe Blutzoll auf Deutschlands Straßen hat aber mit dazu beigetragen, daß den Gerichten Gelegenheit gegeben wurde, das Schadensrecht beträchtlich fortzubilden. Dieser Bereich hat vor allem zwischen 1960 und 1980 die zentrale Rolle gespielt.

Eine Erscheinung, die als Motor für die Fortentwicklung des Schadensrechts in den letzten 20 Jahren eine immer größere Bedeutung erlangt, ist das Arzthaftungsrecht. Ins-

---

1 Umfassend dazu OTT/SCHÄFER, Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen (1999).

2 Vgl. dazu jüngst KÖRNER, Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn präventiver und punitiver Elemente, NJW 2000, 241 ff.

3 Zu den aktuellen Aktivitäten des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Schadensrechts CH. HUBER, Gedanken zum 2. SchadensrechtsänderungsG, DAR 2000, 20 ff.

besondere die modernen Methoden der Erzeugung bzw. Verhinderung menschlichen Lebens sind dabei besonders schadensträchtig.

## 2. *Veränderungen im Familienrecht*

Auch das Familienrecht steht in einer spannungsgeladenen Wechselwirkung zum Haftungsrecht. Familienrechtliche Vorfragen beeinflussen mitunter Grund und Ausmaß des Schadenersatzanspruchs. Es ist daher nur folgerichtig, daß sich ein Wandel im Familienrecht auch im Schadensrecht niederschlägt.

## 3. *Betriebswirtschaftliche Erfassung schadensrechtlicher Phänomene – stärkere Sensibilisierung der Wertschöpfung durch die Familie und im Rahmen der Nachbarschaftshilfe*

Ein Phänomen, das mir persönlich sehr am Herzen liegt, ist die Anwendung betriebswirtschaftlichen Gedankengutes auf Sachverhalte, in denen es um die Ermittlung des Umfangs des Schadenersatzanspruchs geht. Einfache Grundstrukturen der Kostenrechnung schärfen so das Bewußtsein der Werthaltigkeit einer Leistung, die ohne solche Sichtweise gar nicht oder viel geringer geschätzt worden ist<sup>4</sup>.

Es tritt eine stärkere Sensibilisierung dafür ein, daß ein beträchtlicher Teil des Bruttoinlandsproduktes nicht über den Marktmechanismus abgewickelt wird, sondern in der Familie oder im Rahmen der Nachbarschaftshilfe erwirtschaftet wird.

## 4. *Stärkere Strahlkraft der Grundrechte*

Im deutschen Recht hat ein weiteres Phänomen in den letzten Jahren nicht nur, aber auch im Schadensrecht eine immer größere Bedeutung erlangt, nämlich die Strahlkraft der Grundrechte. Da das Schadensrecht bloß durch wenige Normen determiniert ist, ist der richterliche Freiraum bei der Entscheidungsfindung dementsprechend sehr groß. Es ist daher nicht verwunderlich, daß zur Ausfüllung dieses Freiraums die Grundrechte einerseits herangezogen werden, andererseits aber ihren Tribut fordern.

War dies in den 60er und 70er Jahren vornehmlich der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG, so sind das nunmehr die Art. 1 und 2 GG, die Achtung der Würde des Menschen und die Ermöglichung der Entfaltung der Persönlichkeit.

## 5. *Rechtstatsächliche Phänomene auf Seite der Geschädigten*

### a) *Abbau von Skrupeln – Götter in weiß*

Vor 20 Jahren noch bestanden erhebliche Skrupel, einen Arzt im Fall eines Kunstfehlers zivilrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Inzwischen hat man aber erkannt, daß

---

4 In diesem Sinn bereits PECHER, Die Fangprämie – Zur Schadenersatzpflicht des ertappten Ladendiebs – BGHZ 75, 230, JuS 1981, 645 ff.

Sorgfaltsverstöße unter Ärzten in etwa so häufig sind wie bei Klempnern, Maurern oder Fliesenlegern. Die davon negativ Betroffenen legen zunehmend die Scheu ab, auch Ärzte haftungsrechtlich zu belangen, wenn diese einen Fehler begangen haben und sie dadurch zu Schaden gekommen sind.

*b) Höheres Maß an Begehrlichkeit: Kommerzialisierung*

Da hinter so gut wie jedem Schädiger eine Haftpflichtversicherung steht, ist die Kreativität der Geschädigten gewachsen, Nachteile in klingende Münze zu verwandeln. Was bei den Vätern des BGB noch Kopfschütteln hervorgerufen hätte, das wird heute mit Selbstverständlichkeit im Wege eines Schadenersatzanspruchs zu Geld gemacht.

*c) Hoher Verbreitungsgrad von Rechtsschutzversicherungen*

Ein Grund, warum geradezu „auf Teufel komm `raus“ prozessiert wird, ist der hohe Verbreitungsgrad der Rechtsschutzversicherungen, der dazu führt, daß für den Geschädigten im Fall des Falles keine zusätzlichen Anwalts- bzw. Gerichtskosten anfallen.

*d) Hohe Anzahl von – unterbeschäftigten – Anwälten*

Dazu kommt, daß es in Deutschland viele, zum Teil unterbeschäftigte Anwälte gibt.

*e) Hohe Publikationsdichte gefällter Entscheidungen*

Schlußendlich wird so gut wie jedes einigermaßen bedeutsame Urteil, zum Teil auch solche von Amts- und Landgerichten, in einer ständig wachsenden Zahl von Fachzeitschriften und Entscheidungssammlungen, neuerdings auch auf CD-ROM, veröffentlicht. Daraus schöpft nicht nur die Rechtswissenschaft ihr Fallmaterial; vielmehr kommt es auf diese Weise zu einem Multiplikatoreffekt eines einmal durchgesetzten Anspruchs.

Nach dieser kurzen Einführung möchte ich anhand von drei ausgewählten Einzelfragen darlegen, wie sich Veränderungen des Familienrechts auf das Ausmaß des Schadenersatzanspruchs ausgewirkt haben, wobei die soeben beschriebenen Phänomene in unterschiedlicher Weise dabei eine Rolle gespielt haben.

### III. AUSGEWÄHLTE EINZELFRAGEN

*1. Bewertung von Haushaltsdienstleistungen bei Verletzung und Tötung des Haushaltsführers*

*a) Ablösung des § 845 BGB durch die §§ 842 – 844 BGB als Ausfluß des Gleichheitssatzes (Art. 3 GG)*

Wird die den Haushalt führende Ehefrau von einem Schädiger verletzt oder getötet, tut man sich nach der herkömmlichen Differenzhypothese schwer, einen rechnerischen Schaden auszumachen. Andere Familienmitglieder springen ein und helfen so gut sie

können, so etwa, wenn die Tochter kocht und der Vater die Fenster putzt. Oder aber sie nehmen Komforteinbußen in Kauf, wenn etwa anstelle eines 3-Gang-Menüs kalt gegessen wird. Daß die Wäsche weniger oft gewechselt wird, wird wohl nur in Ausnahmefällen vorkommen. Aber selbst wenn eine bezahlte Ersatzkraft eingestellt wird, führt dies nicht bei der verletzten Hausfrau zu einem rechnerischen Schaden, sondern bei ihrem berufstätigen Ehemann.

Um auch in solchen Fällen einen Schadenersatzanspruch begründen zu können, hat der nach Perfektion strebende Gesetzgeber des BGB eine eigene darauf zugeschnittene Norm konzipiert, nämlich § 845 BGB<sup>5</sup>. Deren Inhalt ist, daß der Ehemann anspruchsberechtigt ist, wenn die ihm Dienste erbringende Ehefrau verletzt oder getötet wird, und zwar unabhängig davon, auf welche Weise der reale Schaden aufgefangen wird. Maßgeblich ist der Wert der entgangenen Dienste.

Diese durchaus ausgetüftelte Lösung geriet ins Wanken, als unter dem Eindruck des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 GG im Eherecht das Patriarchat durch den Partnerschaftsgedanken abgelöst wurde. Es geht seitdem nicht mehr darum, daß die Hausfrau dem Ehemann Dienste erbringt, sondern darum, daß die Haushaltsführung ein gleichberechtigter Unterhaltsbeitrag ist. Diese Verwertung der Arbeitskraft durch Führung des gemeinsamen Haushalts wird als Erwerbsschaden angesehen.

Von diesem Ausgangspunkt ist es daher folgerichtig, daß nicht mehr dem Ehemann ein Anspruch zugebilligt wird, sondern der Ehefrau. Auch im Tötungsfall wird nicht mehr der Ehemann als liquidationsberechtigt angesehen, sondern es steht jedem Familienmitglied ein eigener Unterhaltersatzanspruch zu, neben dem Witwer somit auch den Waisen.

Insbesondere wegen der Beachtung der persönlichen und sachlichen Kongruenz von Sozialversicherungsleistungen hat dies dazu geführt, daß die Familie durch diese Sichtweise mitunter schlechter gestellt wurde als vor der konsequenten Umsetzung des Gleichheitssatzes<sup>6</sup>, mag das Anliegen der Umsetzung des Gleichheitsgrundsatzes im Eherecht auch genau gegenteilig gewesen sein.

*b) Realistischere Einschätzung des Zeitbedarfs – Unterbewertung des Stundenlohns bei Auffangen durch die Restfamilie*

Hand in Hand ging eine realistischer Einschätzung des Wertes der durch das Schädigerverhalten vereitelten Haushaltsdienstleistungen<sup>7</sup>. Es mag dies ein Zufall sein, könnte

5 CH. HUBER, Familienrechtsreform und Schadensrecht - § 845 BGB, eine normative Ruine, in: H. Schlosser (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch 1896 - 1996 (1997) 35 ff.

6 So die Bilanz von LANGE, Familienrechtsreform und Ersatz für Personenschäden, FamRZ 1983, 1181 ff.

7 Grundlegend dazu ECKELMANN, Schadenersatz bei Verletzung oder Tötung einer (berufstätigen) Frau oder Ehefrau wegen Beeinträchtigung oder Ausfalls eines Barbetrags aus ihrem Einkommen zum Familienunterhalt und Schadenersatz bei Verletzung oder Tötung eines Ehemanns wegen Ausfalls des Barunterhalts und der Mitarbeit im Haushalt<sup>3</sup> (1970).

seine Wurzel aber doch darin haben, daß Leistungen, die eigenverantwortlich erbracht werden, in unserer Gesellschaft generell einen höheren Stellenwert haben als solche in abhängiger Stellung.

Für die beträchtliche Anhebung des Niveaus der Schadenersatzansprüche dürfte in erster Linie verantwortlich gewesen sein, daß man seit Beginn der 60er Jahre Zeitbedarfswerte für den Umfang der Hausarbeit entwickelt hat<sup>8</sup>. Nach meinem Dafürhalten sind diese zwar immer noch zu gering ausgefallen. Gegenüber der Peilung des Aufwands über den Daumen durch (männliche) Richter, die mit Hausarbeit nur ausnahmsweise in Berührung kommen, war das aber ein bedeutsamer Fortschritt.

Nach wie vor muß ein Geschädigter aber erhebliche Abschläge in Kauf nehmen, wenn er keine Ersatzkraft zu Marktkonditionen einstellt, sondern sich selbst behilft, indem er und seine Familienmitglieder unter Einschluß von Verwandten und Bekannten sich mehr anstrengen. Dann wird nämlich ein 30-%iger Abschlag vom Bruttolohn vorgenommen<sup>9</sup>, wobei die Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung ebensowenig berücksichtigt werden wie bezahlter Urlaub oder die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Da deutsche Arbeitnehmer pro Jahr Anspruch auf 5 – 6 Wochen Urlaub haben und auch gelegentlich schon einmal krank sind oder krank feiern, macht auch diese Komponente etwas aus.

Die österreichische Rechtsprechung spricht dem gegenüber auch bei Restitution durch die Familie selbst oder die Nachbarn die vollen Lohnkosten zu. Freilich wird der Zeitaufwand für Haushaltsdienstleistungen sehr viel geringer eingeschätzt als in Deutschland, was nur zum Teil damit zu erklären ist, daß die Wohnungen, Häuser und Grundstücke kleiner sind oder der Hygienestand die sprichwörtliche deutsche Gründlichkeit nicht erreicht. Der tiefere Grund liegt darin, daß der Aufwand vom Richter ohne Zugrundelegung von Zeitbedarfswerten frei geschätzt wird<sup>10</sup>.

### c) *Spektrum der erfaßten Dienstleistungen, insbesondere Eigenheimbau*

Erst seit gut 10 Jahren ist man in Deutschland stärker dafür sensibilisiert, daß das Spektrum der Haushaltsdienstleistungen über Kochen, Schrubben und Einkaufen hinausgeht. Auch die Pflege des Gartens, die Beaufsichtigung der Kinder bei den Schulaufgaben, vor allem aber Errichtungs- und Instandhaltungskosten des Eigenheims werden als neue Schadenskatgorie entdeckt<sup>11</sup>. Verwiesen sei darauf, daß derartige Betätigungen der Arbeitskraft im österreichischen Recht eine viel längere Tradition als

8 Grundlegend dazu SCHULZ-BORCK/HOFMANN, Schadenersatz bei Ausfall von Hausfrauen und Müttern im Haushalt<sup>5</sup> (1997).

9 KÜPPERSBUSCH, Ersatzansprüche bei Personenschaden<sup>7</sup> (2000) Rdz. 140; PARDEY, Personenschäden (2000) 258.

10 Nachweise bei CH. HUBER, Fragen der Schadensberechnung<sup>2</sup> (1994) 451 ff.

11 Daß so mancher Geschädigte von übertriebenen Begehrensvorstellungen geleitet ist, ändert nichts daran, daß es zu einer Rechtsprechungswende gekommen ist. Vgl. dazu GRUNSKY, NZV 1989, 387.

ersatzfähiger Schadensposten haben. Insoweit hat der große Bruder vom kleinen etwas gelernt.

*d) Differenzierung zwischen Verletzung und Tötung*

Im deutschen Recht ist zwischen dem Fall der Verletzung und dem der Tötung in bezug auf den Umfang des Ersatzes scharf zu trennen:

1.) Verletzung: tatsächliche Ebene, auch der außereheliche Partner

Im Verletzungsfall ist abzustellen, wie der Geschädigte seine Arbeitskraft tatsächlich eingesetzt hätte. War die Hausfrau faul und hat sie weniger geleistet, als wozu sie gesetzlich verpflichtet gewesen wäre, wirkt sich das auf den Umfang des Erwerbsschadens ebenso aus wie die Arbeitsbiene bzw. der Putzteufel, die auch nach Feierabend emsig für die Familie tätig war und dies ohne Schädigung weiterhin wäre.

Eine weitere Konsequenz der Herauslösung des Erwerbsschadens aus dem patriarchalischen Korsett des § 845 BGB ist, daß nunmehr auch der männliche Haushaltsführer einen Schadenersatzanspruch geltend machen kann. Aber nicht nur das. Auf das Bestehen einer Ehe kommt es nun nicht mehr an. Auch der Haushaltsführer einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft, von denen es in Deutschland zunehmend mehr gibt, ist geradeso anspruchsberechtigt<sup>12</sup>.

Ich würde noch einen Schritt weitergehen. Unter dem Gesichtspunkt der verletzungsbedingten Beeinträchtigung der Erbringung von Haushaltsdienstleistungen macht es keinen Unterschied, ob es sich um eine verschieden- oder gleichgeschlechtliche Gemeinschaft handelt<sup>13</sup>. Konsequenterweise müßte man eine Homosexuellen- oder Lesbenkommune nicht anders behandeln als eine Klosterbruderschaft oder ein Nonnenkloster.

2.) Tötung: gesetzlich geschuldeter Unterhalt

Diese Analyse ändert sich beträchtlich, wenn es sich um die Beurteilung des Schadenersatzes bei Tötung handelt.

*(i) Ein Ausschnitt des Erwerbsschadens*

Nach deutschem Recht, nämlich § 844 Abs. 2 BGB, steht im Fall der Tötung einer Person nur denjenigen ein Ersatzanspruch gegen den Schädiger bzw. dessen Haftpflichtversicherung zu, die gesetzliche Unterhaltsansprüche im Zeitpunkt der Tötung hatten oder in Zukunft bekommen hätten. Der Gedanke ist dabei folgender:

12 Dazu CH. HUBER, Der Erwerbsschaden des Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wegen Behinderung in der Haushaltsführung - "amerikanische Verhältnisse" durch Zuerkennung eines Ersatzanspruchs? FS Steffen (1995) 193 ff.

13 Der Gesetzgeber hat sich auf diesem Gebiet denn auch bewegt. Vgl. dazu jüngst PAWLOWSKI, Zur Einführung gesetzlicher Regelungen für eingetragene (gleichgeschlechtliche) Lebenspartnerschaften, JZ 2000, 765 f.

Wäre der Unterhaltsschuldner nicht getötet worden, hätte er aus seinem Arbeitseinkommen die Unterhaltsgläubiger, also den Ehepartner und die Kinder alimentieren können. Die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger sollen bei Tötung so gestellt werden, als hätten sie nach wie vor einen solchen gesetzlichen Unterhaltsanspruch. Es ist daher folgerichtig, daß die Hinterbliebenen nur im Fall der Tötung eigene Ansprüche erhalten, ist doch im Verletzungsfall die Quelle ihres Unterhaltsanspruchs – qua Erwerbsschaden des Verletzten – erhalten geblieben.

Der Teil des Erwerbseinkommens, den der Getötete an Unterhalt für sich selbst verbraucht oder gespart hätte, muß der Schädiger nicht ersetzen. Man könnte insofern mit einem Schuß Zynismus sagen, daß es bei dauerhaft Geschädigten für den Schädiger billiger kommt, den Verletzten gleich ins Jenseits zu befördern, weil auf diese Weise nicht nur Heilungskosten und vermehrte Bedürfnisse gespart werden, sondern auch die Summe der Unterhaltersatzansprüche stets weniger ausmacht als der Erwerbsschaden des Verletzten selbst.

*(ii) Aktivlegitimiert nur die gesetzlichen Unterhaltsgläubiger, nicht der außereheliche Partner – anders die Rechtslage in der Schweiz*

Der Unterhaltersatzanspruch bleibt gegenüber dem Erwerbsschaden im Verletzungsfall aber auch sonst in manchem zurück:

Abzustellen ist beim Unterhaltersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 BGB auf den gesetzlichen Unterhalt, nicht auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung. War der Unterhaltsschuldner besonders fleißig, wird nicht immer das volle Ausmaß dessen, was tatsächlich von diesem geleistet worden wäre, der Bemessung des Schadenersatzanspruchs zugrundegelegt. So manche Leistung des Haushaltsführers wird als überobligationsgemäß gekappt; noch häufiger wird aber darauf verwiesen, daß beim Geldunterhalt des Haushaltsführers und noch mehr beim Unterhalt der Kinder gegen den erwerbstätigen Unterhaltsschuldner Kappungsgrenzen erreicht werden. Die Vorstellungen, was sinnvollerweise für den Unterhalt aufgewendet werden kann, richten sich dabei nach der sozialen Kaste der Richterschaft. Das deckt sich nicht immer mit dem großzügigen Lebensstil großbürgerlicher Kreise.

Anspruchsberechtigt sind nur diejenigen, die einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch gegen den Getöteten gehabt hätten. Das sind die Ehefrau und die Kinder; ausnahmsweise die Eltern und Großeltern. Jedenfalls aber nicht eingeschlossen sind sonstige Verwandte der Seitenlinie wie Bruder und Schwester sowie verschwägte Personen.

Insoweit hat das BGB schon auf die Kleinfamilie abgestellt, was durchaus modern klingt. Nicht berücksichtigt wurde freilich, daß heutzutage tausende nicht nur junge, sondern auch ältere Paare ohne Trauschein zusammenleben, um Ansprüche gegen die Sozialversicherung nicht zu verlieren. Während im Tötungsfall solchen nach schweizerischem Recht ein Unterhaltersatzanspruch nach Maßgabe der tatsächlichen Alimentie-

zung zusteht<sup>14</sup>, ist das im deutschen und österreichischen Recht anders. Anspruchsbe-  
rechtigt ist bloß derjenige, dem ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht.

Es ist eine Tendenz zu beobachten, die außereheliche Lebensgemeinschaft in man-  
chem der Ehe gleichzustellen. Dies ist bereits im geltenden Recht verwirklicht, wenn es  
um das Eintrittsrecht in einen bestehenden Mietvertrag des verstorbenen Partners geht.  
Im österreichischen Recht ist das gesetzlich geregelt (§ 14 Abs. 3 MRG). Im deutschen  
Recht hat das die Rechtsprechung entwickelt<sup>15</sup>.

Juristen sollten keine Wetterpropheten sein und sich deshalb mit Prognosen zurück-  
halten. Ich weiche davon aber einmal ab und wage die Prophezeiung, daß in absehbarer  
Zeit sich die Rechtslage von außerehelichen Partnern insofern derjenigen von Ehepart-  
nern annähern wird, wobei in einem ersten Schritt die verschiedengeschlechtlichen  
erfaßt werden, in einem zweiten Schritt dann wohl auch die gleichgeschlechtlichen<sup>16</sup>.

## 2. Schadensersatz bei Schwerstverletzten ohne Empfindungsfähigkeit

### a) Großzügige Bemessung von Schmerzensgeld

Wird eine Person verletzt, so steht ihr zunächst einmal ein Anspruch auf den Ersatz des  
Vermögensschadens zu. Dieser umfaßt die Wiederherstellung der Gesundheit. Das  
bezeichnet man als Heilungskosten, so daß sie schlußendlich nach Ablauf dieser Phase  
gerade so gesund ist wie ohne Verletzung. Dazu kommt der Erwerbsschaden. Das sind  
die Ausfälle, die diese Person erleidet, weil sie ihre Arbeitskraft nicht einsetzen kann.

Ferner steht einer Person auch ein Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse zu, der  
vornehmlich bei Dauerschäden Bedeutung erlangt. Mit dem Anspruch wegen vermehr-  
ter Bedürfnisse soll die verletzte Person in die Lage versetzt werden, sich bei konkreten  
Defiziten Abhilfe zu verschaffen, um ein Leben zu führen, das dem ohne Schädigung  
möglichst gleich kommt.

Die Palette reicht von einer behindertengerechten Ausgestaltung des Wohnsitzes und  
des Autos bis zur Bereitstellung der finanziellen Mittel, um Pflegekräfte finanzieren zu  
können. Bedeutsam ist letzteres namentlich bei Schwerstverletzten, so bei Querschnitt-  
gelähmten und solchen Personen, die selbst für primitivsten Verrichtungen fremde Hilfe  
benötigen, so für die Nahrungszunahme und den Stoffwechsel.

Soweit gleichwohl Unlustgefühle zurückbleiben, steht dem Verletzten ein Schmer-  
zensgeld zu. Das soll ihn in die Lage versetzen, sich andere Annehmlichkeiten zu ver-  
schaffen. Wer infolge Verlustes eines Beines nicht mehr in die Berge gehen kann, soll  
sich wenigstens einen Besuch der Oper leisten können. Gleichgültig ist dabei - anders

14 BREHM in: Berner Kommentar zum OR<sup>2</sup> (1998) Art. 45 Rdz. 42 ff.

15 SCHMIDT-FUTTERER, Mietrecht<sup>7</sup> (1999) § 569a Rdz. 18.

16 Der Zeitraum zwischen der Abhaltung des Vortrags und dessen Druckfertigmachung für die  
Veröffentlichung hat diese Prognose durchaus erhärtet, mag der Gesetzgeber auch den  
zweiten Schritt vor dem ersten getan haben.

als bei der Kategorie der vermehrten Bedürfnisse -, wofür der Verletzte den Schadenersatzbetrag in concreto verwendet. Und wenn er ihn im Sparstrumpf beläßt oder seinen Enkelkindern durch gelegentliche Zuwendungen eine Freude machen will und sich dadurch ihre Zuneigung erkaufte; auch das würde dem Schmerzensgeld nicht seine eigentliche Funktion nehmen.

Wie ist das aber, wenn eine verletzte Person zu Empfindungen nicht mehr in der Lage ist, wenn sie Wochen und monatelang im Koma dahindämmert, wie einst Marschall *Tito*? Soll auch in solchen Fällen Schmerzensgeld gezahlt werden? Bedeutsam ist diese Frage deshalb, weil seit ca. 10 Jahren das Schmerzensgeld wie jeder andere Anspruch vererblich geworden ist. Fängt schon der Verletzte nichts mehr damit an, können ihn wenigstens die Erben in klingende Münze verwandeln?

Sowohl in Deutschland<sup>17</sup> als auch in Österreich<sup>18</sup> hat sich zu Beginn der 90-er Jahre in der Rechtsprechung des jeweiligen Höchstgerichts – soweit ersichtlich unabhängig von einander – ein Judikaturwechsel ergeben. Hat man bis dahin gar kein oder bloß ein symbolisches Schmerzensgeld zuerkannt, so steht nunmehr dem Verletzten bzw. im wirtschaftlichen Ergebnis den Hinterbliebenen ein Schmerzensgeld in durchaus respektablem Höhe zu. Es geht dabei um Größenordnungen bis zu 200.000.- DM, je nachdem, ob der Verletzte nur kurz überlebt oder länger dahindämmert.

Begründet wird dieser Judikaturwechsel damit, daß man nun erkannt habe, daß die Art. 1 und 2 GG, die Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit eine andere Gewichtung erforderten. Es gehe nicht an, den Verletzten zu behandeln wie einen Toten<sup>19</sup>; darüber hinaus sei der Verlust jeglicher Wahrnehmungsfähigkeit eine noch gravierendere Beeinträchtigung als das Erdulden von Schmerzen. Schließlich sei nicht einzusehen, warum der Schädiger ohne Ersatzpflicht davon kommen solle, bei dem, was er dem Verletzten angetan habe.

#### *b) Engherzige Bemessung der Pflegedienstleistungen*

Diese großzügige Bemessung des Schmerzensgeldes steht in krassem Gegensatz zur eher engherzigen Bemessung des Umfangs von Pflegedienstleistungen. Schwerstverletzte müssen häufig rund um die Uhr gepflegt werden. Sehr häufig stellt sich die Alternative, solche hilflosen Kreaturen in einem Pflegeheim unterzubringen, wo sie zwar alles materiell Erforderliche zum Überleben bekommen, aber mangels individueller Pflege häufig rasch sterben, oder aber sie in gewohnter Umgebung durch Familienangehörige zu pflegen. Alle medizinischen Erkenntnisse belegen, daß eine solche Betreuung vorzugswürdig ist. Und was für alte Obstbäume gilt, daß man sie nicht mehr verpflanzen soll, weil es ihnen nicht gut tut, das gilt auch für solche Kreaturen.

---

17 BGH BGHZ 120, 1

18 6 Ob 535, 1558/92.

19 Zustimmend LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2<sup>13</sup> (1994) 592.

Bei der Pflege durch Angehörige ist die Bemessung des Ersatzanspruchs durch die Rechtsprechung recht engherzig. Beim Stundenausmaß wird abgestellt auf die jeweils konkreten Verrichtungen und Handreichungen. Die Notwendigkeit der Rundumbetreuung wird dagegen typischerweise vernachlässigt. Man verfährt so, als ob man eine Verkäuferin nur entlohnen würde, wenn sie eine konkrete Ware verkauft oder die Feuerwehr nur dann, wenn es brennt. Bei diesen Berufsgruppen besteht kein Zweifel, daß auch sogenannte Bereitschaftszeiten abzugelten sind. Davon ist man bei der Erbringung von Pflegedienstleistungen Schwerstverletzter durch Familienangehörige noch weit entfernt<sup>20</sup>. Beim Stundenlohn wird in Deutschland wiederum bloß der Bruttolohn abzüglich eines Abschlags von 30 % zuerkannt.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang, daß die Bemessung solcher Ersatzansprüche in Österreich erheblich über den deutschen Werten liegt; bis in die allerletzte Zeit war es das dreifache, was österreichische Gerichte für angemessen angesehen haben; und das bei durchaus vergleichbarem Lohnniveau.

c) *Stellungnahme unter Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und Österreich*

Meines Erachtens sollten die Ansprüche des Verletzten in bezug auf die Pflegedienstleistungen auf ein angemessenes Niveau angehoben werden. Je mehr die klägerischen Anwälte Zeitbedarfsstudien vorlegen und die wahren Kosten des Arbeitskrafteinsatzes in einer für den Richter nachvollziehbaren Weise darlegen, um so eher werden die Gerichte geneigt sein, auch höheren Ersatzbegehren stattzugeben.

Wenn auf diese Weise der Bedarf des Verletzten in vollem Umfang gedeckt ist, dann sollte man sich überlegen, ob in solchen Fällen tatsächlich ein Schmerzensgeld, namentlich in dieser Größenordnung, berechtigt ist. Es ist zu bedenken, daß der Verletzte davon nichts hat, sondern nur seine Erben, unter Umständen auch solche, die mit ihm niemals im Kontakt gestanden sind und deren einzige Gefühlsregung darin besteht, daß sie sich über seinen Tod und das damit auf sie übergehende Schmerzensgeld freuen.

Wenn man schon der Trauer der Erben Rechnung tragen wollte, dann sollte dies in der Weise geschehen, den Erben ein eigenes Trauerschmerzensgeld zuzubilligen, wie das die schweizerische Rechtsordnung kennt. Das sollten freilich nur diejenigen bekommen, die wirklich trauern. Da man den Schmerz nie präzise messen kann, um so weniger den Trauerschmerz als den bei einer eigenen Körperverletzung, wären Anhaltspunkte dafür, daß eine häusliche Gemeinschaft bestand und diese Hinterbliebenen in der Todesphase beim Versterbenden waren oder sein Tod sie gefühlsmäßig betroffen gemacht hat<sup>21</sup>.

---

20 Umfassende Nachweise bei CH. HUBER, Schadensberechnung 368 ff. Seit der Rechtslage vor 10 Jahren haben sich die Ansätze seither kaum verändert.

21 Näheres dazu für das deutsche und österreichische Recht: CH. HUBER, Schmerzensgeld ohne

### 3. Kind als Schaden - neue Fallgruppen infolge von Fortschritten der Medizin

#### a) Das überhaupt nicht gewollte Kind (*wrongful birth*) und das wegen seiner Behinderung nicht gewollte Kind (*wrongful life*)

In den letzten 20 Jahren gibt es erhebliche Fortschritte, auch solchen Paaren zu einem Kind zu verhelfen, die auf natürlichem Weg keines bekommen können. Die Medizin wird aber auch dafür eingesetzt, daß die Zeugung von Nachwuchs unterbleibt. War die Zeugung eines Kindes in vergangenen Jahrhunderten von mancherlei Zufällen abhängig, soll nun auch dieser Bereich dem Rationalitätskalkül unterworfen werden. Ein wenig spöttisch könnte man sagen: Und wie man sieht, geht in solchen Ländern denn auch die Geburtenrate deutlich zurück.

#### b) Fehlerursachen: genetische Beratung, Sterilisation, Schwangerschaftsabbruch

Was hat aber die rationale Planung der Verhinderung der Zeugung von Kindern mit dem Schadenersatzrecht zu tun? Die Antwort lautet: Auch bei solchen medizinischen Dienstleistungen kommt es zu Pannen und demgemäß zu Haftungsfragen.

Die Gründe, warum sich ein Mann und/oder eine Frau an einen Arzt wenden, um die Zeugung oder Geburt eines Kindes zu vermeiden, können durchaus achtbar sein:

Haben Eltern bereits ein behindertes Kind, so ist es Ausdruck verantwortlicher Elternschaft, wenn sie sich vor der Zeugung des nächsten Kindes zum Arzt begeben, um zu erfahren, ob die Behinderung auf einem Zufall basiert oder ein Defizit in ihrem Erbgut vorliegt. Verneint das der Arzt, stellt sich aber nach Zeugung und Geburt des zweiten Kindes heraus, daß es doch erbgenetische Defekte gibt, die für den Arzt erkennbar gewesen wären, dann stellt sich die Frage nach der Einstandspflicht des Arztes.

Hat ein Ehepaar schon eine größere Anzahl von Kindern, etwa fünf oder sechs, und sind die wirtschaftlichen Verhältnisse beengt und/oder ist die Frau nicht voll belastbar, dann entspricht es verantwortungsvoller Elternschaft, wenn sich der Mann oder die Frau sterilisieren läßt. Kommt es wenig später gleichwohl zu einer Schwangerschaft, stellt sich die Frage, ob der Arzt, der den Eingriff nicht *lege artis* durchgeführt hat, schadenersatzrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann.

Ist das Kind bereits gezeugt, kann es auch nach dem neuen Strafrecht Gründe geben, warum eine Abtreibung nicht nur straflos, sondern darüber hinaus auch nicht rechtswidrig ist.<sup>22</sup> Das ist etwa gegeben, wenn das Leben der Mutter in Gefahr ist oder das Kind

---

Schmerzen bei nur kurzfristigem Überleben des Verletzten im Koma – eine sachlich gerechtfertigte Transferierung von Vermögenswerten an die Erben? NZV 1998, 345 ff; ders., Antithesen zum Schmerzensgeld ohne Schmerzen – Bemerkungen zur objektiv-abstrakten und subjektiv-konkreten Schadensberechnung, ZVR 2000, 218 ff.

22 §§ 218 a ff. StGB.

mit schwersten Schädigungen auf die Welt kommen würde.<sup>23</sup> Mißlingt in solchen Fällen die Abtreibung, stellt sich ebenfalls das Problem der Einstandspflicht des Arztes.

Solche Einstandspflichten sind nicht auf die Ärzteschaft beschränkt. Denkbar ist auch eine zivilrechtliche Verantwortung des Apothekers, wenn dieser der Frau anstelle der Antibabypille ein Magenpräparat verabreicht, worauf die Frau – wie nicht weiter erstaunlich – bei einem folgenden ungeschützten Geschlechtsverkehr schwanger wird.<sup>24</sup> In Betracht kommt auch eine Einstandspflicht des Herstellers eines Kondoms, wenn dieses nicht hielt, was es versprach. Solche Fälle sind in der Judikatur aber eher selten.

### c) Rechtsfolgen aufgrund der Differenzhypothese

Es ist einzuräumen, daß den Vätern des BGB solche Sachverhaltskonstellationen in keiner Weise geläufig waren. Es stellt sich freilich die Frage, ob das Normengebäude ausreichend ist, um auch diese Sachverhalte in den Griff zu bekommen.

#### 1.) Vermögensschaden

Befassen wir uns zunächst mit dem einfachsten Fall, daß die Sterilisation oder Abtreibung bei der Frau aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers mißlingt. Die Folge ist, daß infolge der Geburt des Kindes eine zusätzliche Unterhaltslast begründet wird. Die Eltern müssen zu den bisherigen fünf Kindern nun auch noch ein sechstes ernähren und versorgen.<sup>25</sup>

Eher als Detail am Rande sei vermerkt, daß in der traditionellen Haushaltsführerehe die finanzielle Belastung nicht die Mutter, sondern den Vater trifft, während die Mutter zusätzliche Betreuungsdienstleistungen zu erbringen hat. Ist aber der Vater in den Schutzbereich des Vertrags einbezogen, läßt sich auch dieses Problem überwinden.

Ist das Kind behindert, kommen dazu noch die nicht zu unterschätzenden Kosten der Betreuung des Kindes; und das womöglich ein Leben lang.

#### 2.) Immaterieller Schaden

Vergleichsweise marginal fällt dabei ins Gewicht, daß der Mutter wegen einer unerwünschten Schwangerschaft ein Anspruch wegen des erlittenen immateriellen Schadens zusteht. Nicht immer ist die Schwangerschaft komplikationsfrei; im Regelfall ist die Geburt eines Kindes mit erheblichen Schmerzen verbunden. Ob man diesen Anspruch als Schmerzensgeld bezeichnet oder einen immateriellen Schaden wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts annimmt, ist eher eine Frage der Etikettierung. Das Ausmaß solcher Ersatzansprüche ist jedenfalls umfänglich gegenüber dem Vermögensschaden kaum von Bedeutung.

---

23 § 218 a Abs. 2 StGB.

24 HELDRICH, Schadensersatz bei fehlgeschlagener Familienplanung – LG Itzehoe FamRZ 1969, 90, JuS 1969, 455ff.

25 So z.B. im Sachverhalt in OLG Düsseldorf NJW 1995, 788.

d) *Normative Korrekturen*

1.) Unterschiede zum normativen Schaden – Eingrenzung, nicht Erweiterung des Ersatzanspruchs

Der BGH spricht in ständiger Rechtsprechung seit rund 20 Jahren Schadenersatz in solchen Fällen zu.<sup>26</sup> Er beruft sich dabei auf seine Legitimation zur Rechtsfortbildung sowie darauf, daß der Schaden normativ sei.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich indes, daß für solche Sachverhalte gar keine juristischen Kunstgriffe erforderlich sind, um einen Ersatzanspruch zu begründen. Die Ausgangslage unterscheidet sich fundamental von der des prototypischen normativen Schadens. Bei diesem geht es darum, daß sich ein rechnerischer Schaden nicht im Vermögen des Verletzten niederschlägt, weil er anders als durch andere aufgefangen wird. So ist das namentlich beim Haushaltsführerschaden, beim Erwerbsschaden eines Gesellschafters, beim Entgeltfortzahlungsschaden, um einige wichtige Fallgruppen des normativen Personenschadens herauszugreifen.

Anders als in solchen Fällen läßt sich in den hier interessierenden Konstellationen mithilfe der Differenzhypothese sehr wohl ein rechnerischer Schaden ermitteln. Was die Rechtsprechung bei diesen Sachverhalten allein getan hat, das ist nicht, mithilfe eines Kunstgriffs einen Schaden erst zum Entstehen zu bringen, sondern diesen umfänglich zu begrenzen. Die deutsche Judikatur<sup>27</sup> begrenzt das Ersatzverlangen bei einem gesunden Kind auf den doppelten Regelbedarf als Anhaltspunkt, wobei die Untergerichte im Ungewissen gelassen werden, welche Umstände dazu führen sollen, von diesem Maßstab abzuweichen.

Der Regelbedarf ist der Unterhaltsbetrag, der einem nichtehelichen Kind als Minimum an Unterhalt zu gewähren ist.<sup>28</sup> Es ist quasi das Existenzminimum, um unterhaltsrechtlich überleben zu können. Und weil dies so erfreulich einfach ist und man gerade bei Schematisierungen ist, nimmt man diesen Betrag auch für die Abgeltung der Mühe- waltung der Mutter für die Betreuung des Kindes.<sup>29</sup>

2.) Der Streit zwischen dem VI. Senat des BGH und dem I. Senat des BVerfG einerseits und dem IX. Senat des BGH und dem II. Senat des BVerfG andererseits

Diese seit Anfang der 80er Jahre herrschende Judikatur stieß zwar in der Literatur nicht nur auf Beifall, sondern auch auf heftige Kritik.<sup>30</sup> Sie wurde aber hingenommen, wenn-

26 Erstmals BGHZ 76, 249 ff und BGHZ 76, 259 ff.; weiters NJW 1985, 671; NJW 1995, 2407; NJW 2000, 1782 ff.

27 BGH BGHZ 124, 128, 144; so bereits BGH BGHZ 76, 249ff; BGHZ 76, 259, 266.

28 BGH BGHZ 76, 259, 266; SCHOLZ, Haftung und Schadensberechnung bei ärztlichen Behandlungsfehlern – Eine Übersicht über neuere Rechtsprechung, VersR 1996, 817, 818ff.; ablehnend OSTHEIDE, Die schadenersatzrechtliche Problematik des unerwünschten Kindes im deutschen Zivilrecht (1999) 120 ff.

29 BGH BGHZ 76, 259, 272; OSTHEIDE, Problematik S. 120 ff.

gleich der familienrechtliche Senat, der IX., in einer familienrechtlichen Causa gegenteilig entschied. Eine Frau hatte ohne Aufklärung des Mannes die Pille abgesetzt; prompt wurde sie schwanger. Als der dem Kind unterhaltspflichtige Mann von der Frau Ersatz des Vermögensschadens verlangte, drang er damit beim BGH nicht durch.<sup>31</sup> Auf die Judikatur des Haftpflichtsenats, des VI., hatte diese Entscheidung keinen nachhaltigen Einfluß. Das könnte damit zusammenhängen, daß die Interessenlage des Geschädigten gegenüber einem Familienangehörigen eine andere sein mag als gegenüber einem haftpflichtigen Dritten.

Bewegung ist in die Diskussion geraten, als in einem Normprüfungsverfahren über die Verfassungsgemäßheit der strafrechtlichen Abtreibungsregel der II. Senat des BVerfG in einem *obiter dictum* ausgesprochen hat, daß die Judikatur des BGH zur Ersatzfähigkeit der Unterhaltskosten für ein Kind überprüfungsbedürftig sei.<sup>32</sup> Der II. Senat des BVerfG hat dabei keinen Zweifel gelassen, daß er die Ansicht vertritt, daß er unter Berufung auf das in Art. 1 GG festgeschriebenen Grundrecht der Menschenwürde jeglichen diesbezüglichen Ersatzanspruch ablehne.

Der Haftpflichtsenat hatte schon ein halbes Jahr später Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu überprüfen. Ein Arzt hatte eine falsche pränatale Diagnose gestellt. Er gab Eltern, die bereits ein behindertes Kind hatten, die Auskunft, daß keine Erbschädigung vorlag. Diese Auskunft erwies sich als falsch, stellte sich nämlich bei der Geburt des alsbald gezeugten zweiten Kindes heraus, daß auch dieses aus dem gleichen Erbdefizit behindert war, was bei fachgerechter pränataler Diagnostik erkennbar gewesen wäre. Der BGH überprüfte seine Rechtsprechung, hielt an ihr aber fest.<sup>33</sup>

Der beklagte Arzt wollte es nun aber genau wissen. Er erhob gegen das Urteil des BGH Verfassungsbeschwerde. Aufgrund der Kompetenzverteilung war dafür aber nun der I. Senat des BVerfG zuständig. Der II. Senat roch offenbar den Braten und faßte noch vor dem Zeitpunkt, zu dem der I. Senat sein Urteil veröffentlichte, einen Beschluß.

Der II. Senat stellte darin fest, daß es sich bei seiner Aussage, daß für Fehler bei der Vernichtung menschlichen Lebens kein Schadenersatz gebühren könne, gerade um kein *obiter dictum* gehandelt habe. Er stellte ausdrücklich klar, daß seine Ablehnung der Qualifizierung eines Kindes als Schaden für seine Entscheidung tragend gewesen sei. Wollte der I. Senat davon abgehen und gegenteilig entscheiden, müsse dieser einen gemeinsamen Senat anrufen.

---

30 So namentlich PICKER, Schadenersatz für das unerwünschte Kind („Wrongful Birth“) Medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt, AcP 195, 483 ff.

31 BGH BGHZ 97, 372ff = JZ 1986, 1008 ff. R. WEBER, Schadenersatzrechtliche Folgen der Geburt eines unerwünschten Kindes? – Zur Rechtsentwicklung und zur Rechtsprechung des BVerfG, VersR 1999, 389, 396.

32 NJW 1993, 1751.

33 BGH BGHZ 124, 128.

Dieser setzte sich darüber freilich hinweg und billigte die Rechtsprechung des Haftpflichtsenats.<sup>34</sup> Er konnte jedenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken finden, aus denen die Judikatur des Haftpflichtsenats abzulehnen sei. Man kann sich vorstellen, daß diese Entscheidung die Diskussion in der Literatur aus neue angefacht hat, so, als ob man Öl ins glimmende Feuer gießen würde. Zwei Standpunkte stehen sich derzeit unversöhnlich gegenüber. Sie sollen kurz skizziert werden:

### 3.) Gegensätzliche Ansatzpunkte

#### (i) *Fundamentalistische Sicht: Dieser Bereich soll tabu bleiben - Cui bono: Nützlich für die Ärzteschaft und deren Haftpflichtversicherer*

Die Position des II. Senats des BVerfG und der ihn unterstützenden Literatur<sup>35</sup> kann so zusammengefaßt werden: Es kann und darf nicht sein, daß Fehler bei der Verhinderung menschlichen Lebens mit einer Schadenersatzsanktion belegt werden. Das menschliche Leben sowie der Zeugungsakt sollten einem rechtsfreien Raum zugewiesen werden. Es werden Bedenken erhoben, daß ein solches Kind traumatisiert werden könne, wenn es erfahre, daß es einerseits nicht gewollt war und andererseits sich die Eltern den Unterhalt für ihre Existenz von einem Dritten bezahlen ließen.<sup>36</sup>

Massiv ist die Ablehnung eines Teils der Lehre in bezug auf den Ersatzanspruch bei einer Geburt eines gesunden Kindes, die von einem Arzt aufgrund eines ihm zurechenbaren Fehlers nicht verhindert worden ist.<sup>37</sup> Differenzierter ist die Beurteilung bei Versagen des Arztes und der Geburt eines behinderten Kindes, wobei zugestanden wird, daß vom Arzt der behinderungsbedingte Mehrbedarf ersatzfähig sein könnte.<sup>38</sup>

Wird diese Position auch unter Berufung auf die christlichen Werte des Abendlandes sowie den Humanismus und andere moralische Kategorien abgestützt<sup>39</sup>, so ist nicht zu

34 NJW 1998, 519.

35 PICKER, AcP 195, 483 ff; BACKHAUS, Inwieweit darf die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden bewertet werden? MedR 1996, 201, 203 ff; SCHÖBENER, Menschliche Existenz als Schadensquelle? – Verfassungsrechtliche Aspekte der Rechtsprechung des BGH zur Geburt eines unerwünschten Kindes, JR 1996, 89, 93 f.

36 STÜRNER, Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur? JZ 1998, 317, 324f.; MEDICUS, Schadenersatz und Billigkeit, VersR 1981, 593, 603; SELB, Eltern wider Willen – Geburtenplanung und Schadenersatzrecht, JZ 1971, 201, 205; LAUFS, Schädliche Geburten – und kein Ende, NJW 1998, 796, 797.

37 LAUFS, NJW 1998, 796, 797; R. WEBER VersR 1999, 389, 400 f.; STÜRNER, JZ 1998, 317, 330; LARENZ/CANARIS Schuldrecht II/2<sup>14</sup> 515 FN 92; OLG Bamberg NJW 1978, 1685; OLG Frankfurt NJW 1983, 341.

38 BÜSKEN, Zum Umfang des Anspruchs auf Ersatz des Unterhaltsaufwands für ein nach fehlerhafter Diagnostik schwerstbehindert geborenes Kind, VersR 1999, 1076, 1078 f; OSTHEIDE, Problematik 128 ff; GRUNSKY, Kind als Schaden, Jura 1987, 82, 85.

39 OLG Bamberg NJW 1978, 1685; CRAMER, Pränatale Diagnostik und Fetaltherapie – Auswirkungen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Zeugung oder Geburt eines genetisch geschädigten Kindes, MedR 1992, 14, 18; DANNEMANN, Arzthaftung für die

verkennen, daß damit auch ein erheblicher Entlastungseffekt der Ärzteschaft und deren Haftpflichtversicherer verbunden ist.

*(ii) Schadenersatzrechtliche Betrachtung: Zulässigkeit des ärztlichen Eingriffs (straf- frei, aber rechtswidrig), Schutzzweck der Norm*

Die Gegenposition bewegt sich auf schadensrechtlichem Terrain und räumt dem Grundrecht der Würde des Menschen eine nicht alles überragende Bedeutung ein.<sup>40</sup> Vielmehr bemüht sich diese Richtung um eine differenzierte Beurteilung:

Die Gefahr der Traumatisierung des Kindes wird ernst genommen.<sup>41</sup> Vor dem Hintergrund der entschiedenen Fälle, in denen es um die Vermeidung der Geburt des fünften oder sechsten Kindes in wirtschaftlich beengten Verhältnissen ging, wird aber zu Recht darauf verwiesen, daß die Tragung eines Teils der finanziellen Lasten durch einen Dritten dazu führen kann, daß die Eltern diesem Kind um so eher mit Liebe begegnen können.<sup>42</sup>

Das Erkenntnis des Bundesverfassungsgerichts, das zu einer Einschränkung der strafrechtlich sanktionslosen Abtreibung geführt hat, blieb auch nach dieser Judikatur auf zivilrechtlicher Ebene nicht ohne Auswirkungen: Da ein rechtmäßiger Vertrag, der auf eine Abtreibung gerichtet ist, Voraussetzung für einen Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger ist,<sup>43</sup> wird wegen der strengeren Anforderungen des Strafrechts dies nun seltener vorkommen.<sup>44</sup> Vor allem die Fälle der Notlagenindikation, in der auch die wirtschaftlichen Verhältnisse eine große Rolle gespielt haben, werden weniger häufig sein. Es werden vor allem Fälle falscher genetischer Beratung sowie fehlgeschlagener Sterilisation verbleiben.

Bei Geburt eines behinderten Kindes bemüht man sich um eine Eingrenzung des Ersatzes nach dem Schutzzweck der Norm. Der BGH spricht in solchen Fällen jedoch den gesamten Vermögensschaden zu, also den doppelten Regelunterhalt zuzüglich des Betreuungsmehrbedarfs für ein behindertes Kind.<sup>45</sup> Die Untergerichte und manche

---

unerwünschte Geburt eines Kindes, VersR 1989, 676, 677ff.

40 DEUTSCH, Berufshaftung und Menschenwürde: Akt III, NJW 1998, 510; GRUNSKY, Jura 1987, 82, 83; MÖLLER, Kind als Schaden? DRiZ 1993, 409; WAIBL, Kindesunterhalt als Schaden (wrongful birth) – Vertragliche Ansprüche der Eltern im Fall fehlgeschlagener Familienplanung, NJW 1987, 1513, 1514f.

41 HELDRICH JuS 1969, 455, 459; ebenso BGH BGHZ 76, 249, 255.

42 HELDRICH JuS 1969, 455, 459; DEUTSCH, Anm. zu OLG Bamberg, JZ 1978, 532, 533 und ders., Schadensrecht und Verfassungsrecht: Akt II Unterhalt oder Kind als Schaden: Der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab, NJW 1994, 776, 777; vgl. auch BGH NJW 1994, 788, 792.

43 BGH NJW 1985, 671, 672; NJW 1980, 1452ff.

44 Vgl. OSTHEIDE, Problematik 86 ff.

45 BGH NJW 1994, 788, 792 f.

Stimmen aus der Literatur plädieren demgegenüber für eine Begrenzung auf den aus der Behinderung resultierenden Mehrbedarf.<sup>46</sup>

(iii) Stellungnahme

In bezug auf diese letzte Frage wird es m.E. darauf ankommen, ob die Eltern vor der Zeugung eine genetische Beratung in Anspruch genommen haben oder erbbedingte Defizite des Embryos erst nach der Zeugung vom Arzt festgestellt werden konnten. Im ersteren Fall spricht vieles dafür, daß die Eltern dann gar kein Kind gezeugt hätten, so daß Schadenersatz in vollem Umfang gebührt. Ist das Kind freilich schon gezeugt, dann haben die Eltern eine Entscheidung über die Tragung der Unterhaltslast für ein gesundes Kind getroffen, so daß es durchaus diskutabel erscheint, den Anspruch auf den Mehrbedarf zu begrenzen, der dann freilich wie bei einem Anspruch wegen vermehrter Bedürfnisse marktkonform bewertet werden müßte.

Auch müßte überlegt werden, ob der Ansatz des Regelbedarfs in der Tat angemessen ist. Mag man auch nicht jeglichen Folgeschaden für ersatzfähig ansehen, so gibt es doch auf dem Boden der subjektiv-konkreten Schadensberechnung präzisere Parameter, an die bei der Bemessung des Ersatzes angeknüpft werden kann. Die Rechtsprechung zu § 844 Abs. 2 BGB, dem Unterhaltersatzanspruch bei Tötung eines Unterhaltsschuldners, könnte hier Richtschnur sein.

Als Resümee will ich mich in Übereinstimmung mit dem I. Senat des Bundesverfassungsgerichts für eine schadenersatzrechtliche Lösung aussprechen. Die Entscheidung darüber sollte in die Kompetenz des Haftpflichtsenats fallen und nicht in die des Bundesverfassungsgerichts. Insoweit sollte die Kirche im Dorf bleiben. Oder wenn vor so einem Forum diese an der christlichen Religion entlehnte Metapher wenig verständlich sein mag, so will ich es mit einem Vergleich aus dem profanen Bereich versuchen. Den Versuchen des II. Senats des Bundesverfassungsgerichts zu einer Arrogierung einer ihm nicht zustehenden Kompetenz will ich entgegenhalten: Schuster bleib' bei deinen Leisten.

---

46 GRUNSKY Jura 1987, 82, 85.