

## Ein Kind als Schaden?

Bemerkungen zur Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 25. 05. 1999, 1 Ob 91/99k

Thomas PISKERNIGG

### 1. Der Sachverhalt

Die hier zu besprechende Entscheidung enthält eine Menge beachtenswerter Aspekte. Um den Rahmen dieser Abhandlung nicht zu sprengen, möchte ich nur auf die ethisch brisantesten Punkte eingehen.

Eine Schwangere suchte Ende der Achzigerjahre mehrmals eine Universitätsfrauenklinik auf, um Routine-Ultraschalluntersuchungen vornehmen zu lassen; dies auch mit der Absicht, über allfällige kindliche Anomalien Aufschluss zu erhalten. Weil die Untersuchungen keine einschlägigen Befunde zutage brachten, ließ man das Kind am Leben. Umso größer war der Schrecken, als das Kind dann doch behindert zur Welt kam.

Die Eltern klagten auf Ersatz der vergangenen und zukünftigen *behinderungsbedingten Mehraufwendungen* für das Kind; die Mutter auf *Schmerzensgeld* für den bei der Geburt erlittenen *Schock* wegen der unerwarteten Behinderung ihres Kindes; das Kind (!!) auf den Ersatz sämtlicher behinderungsbedingter künftiger *Aufwendungen*, die es selbst zur Bewältigung seines Lebens zu leisten haben werde, sowie sonstiger behinderungsbedingter *Vermögensnachteile* und *Schmerzen*.

Die Kläger argumentierten im wesentlichen damit, dass durch die fehlerhafte Diagnose der Mutter die Möglichkeit genommen worden sei, sich für eine straflose Abtreibung ihres Kindes zu entscheiden; und selbst in dem Fall, dass das Kind am Leben geblieben wäre, hätte sich die Mutter allenfalls durch professionelle Hilfe auf die Geburt vorbereiten können, sodass der Schock jedenfalls nicht in dieser Intensität aufgetreten wäre.

### 2. Die Entscheidung des OGH

Die klagsabweisenden Entscheidungen der Unterinstanzen wurden vom OGH teilweise aufgehoben, wobei er sich in wesentlichen Punkten der anspruchsbejahenden Judikatur des deutschen Bundesgerichtshofes anschloss<sup>1</sup>. Der OGH teile zwar die Bedenken KOZIOLS<sup>2</sup>, die Geburt eines gesunden, jedoch unerwünschten Kindes als Ursache ersatzfähigen Vermögensschadens anzusehen. Entscheidungsgegenständlich sei jedoch, so der OGH wörtlich, „...der hier zu beurteilende – menschlich besonders tragische – Fall, in dem die überaus schwere Behinderung eines Kindes im Mutterleib nicht erkannt und den Eltern eine besonders schwere, ihr Leben einschneidend verändernde Belastung *aufgebürdet*<sup>3</sup> wurde...“<sup>4</sup>. Es liege daher eine *ganz außerordentliche Belastung* vor, sodass die Entstehung einer familienrechtlichen Beziehung ausnahmsweise als nachteilig beurteilt werden könne<sup>5</sup>. Die besondere Unterhaltsbelastung infolge der Schwerstbehinderung des Kindes sei „im Verhältnis *zwischen Eltern und Arzt*“<sup>6</sup> ein Schaden. Dieses Ergebnis bringe kein Unwerturteil über das Kind oder eine Herabwürdigung seiner Persönlichkeit mit sich.

Die embryopathische Indikation (§ 97 [1] Z 2 zweiter Fall StGB) stelle einen *Rechtfertigungsgrund* dar. Der OGH nimmt dabei ausdrücklich in Kauf, dass der „sonst die Rechtfertigungsdogmatik beherrschende Grundsatz, unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden“<sup>7</sup>, durchbrochen wird. Im konkreten Fall komme es auf eine *umfassende Interessensabwägung* an.

Diese dürfe „nicht auf eine Gegenüberstellung von ‘Leben gegen Leben’ verkürzt werden, sondern [habe] neben den sonstigen individuellen Belastungen der Schwangeren auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen, d.h. kunstgerechten Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in die Abwägung miteinzubeziehen. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem *Makel des Illegalen*<sup>8</sup> behaftet wäre.“<sup>9</sup>

Die Begründung der Rechtmäßigkeit der Abtreibung ist für die Bejahung des Schadenersatzanspruches aus folgendem Grund entscheidend: Wäre die Abtreibung eines behinderten Kindes bloß *straflos* (wie der Wortlaut der einschlägigen strafrechtlichen Bestimmung nahelegt), so bliebe sie (nicht zuletzt wegen § 22 ABGB<sup>10</sup>) dennoch *rechtswidrig* und damit *unerlaubt*. Hätte die klagende Mutter nach entsprechender Diagnose die Geburt ihres ungeborenen behinderten Kindes nur durch dessen rechtswidrige Tötung verhindern können, so käme ein Schadenersatzanspruch deshalb nicht in Betracht, weil der Verlust unerlaubter Vorteile (hier: Freiheit von Unterhaltsverpflichtungen nach rechtswidriger Tötung des potentiell Unterhaltsberechtigten) normalerweise keinen ersatzfähigen Schaden darstellt<sup>11</sup>. Da der OGH aber die Rechtmäßigkeit des Abtreibungsvertrages bejaht, steht der Anspruchsbejahung insoweit kein Hindernis entgegen.

Abgelehnt hat der OGH immerhin die vom nicht abgetriebenen *Kind* erhobenen Ansprüche. Es lasse sich der Rechtsordnung keine Pflicht entnehmen, die Geburt eines Kindes deshalb zu verhindern, weil es behindert zur Welt kommen werde. Es entziehe „sich den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtssinn oder aber immer noch eine günstigere Lage darstellt.“ Der Mensch habe „sein Leben grund-

sätzlich so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und er hat keinen Anspruch auf dessen Verhütung oder Vernichtung<sup>12</sup> durch andere.“ Sonst müsse man auch eine Haftung der *Eltern* gegenüber ihrem Kind bejahen, „wenn sie es trotz schwerer genetischer Belastung gezeugt oder am Leben gelassen haben.“<sup>13</sup>

### 3. Das Kind als Schaden?

#### a) Meinungsstand

Die einschlägigen Diskussionsbeiträge zu diesem Thema kann man der Übersicht halber grob in *zwei Gruppen* einteilen: die Vertreter der einen<sup>14</sup> meinen im wesentlichen, die Qualifikation der Unterhaltsbelastung durch ein Kind als Schaden sei unproblematisch; die Personwürde des Kindes werde dadurch nicht berührt. Es werde ja nur „rein mathematisch“ die Differenz zwischen dem elterlichen Vermögen mit der unerwartet eingetretenen Unterhaltsbelastung und dem (hypothetischen) elterlichen Vermögen ohne diese berechnet. Daraus folge keineswegs, dass das Kind *selbst* als Schaden gleichsam „stigmatisiert“ sei. – Dies entspricht tatsächlich der allgemein anerkannten subjektiven Bemessung des Vermögensschadens. Man könnte mit F. BYDLINSKI von einem rein „*schadenersatzrechtlichen Lösungsmodell*“ sprechen.

Die Vertreter<sup>15</sup> des „*personalen Lösungsmodells*“ halten dem entgegen, dass die bloß gedanklich mögliche, aber realitätswidrige Isolierung der vermögensrechtlichen Folgen kindlicher Existenz sehr wohl seine Würde verletze. Man komme nämlich nicht umhin, die Existenz des Kindes selbst als nachteilig zu bezeichnen, da sie eben *conditio sine qua non* für die Unterhaltsbelastung sei: Wäre das Kind nicht da, gäbe es auch sie nicht. Das impliziere aber zumindest unterschwellig, dass man das Kind als unerwünscht ansehe. Es wäre sohin besser, es würde nicht leben.

Besonders drastisch wird dieser Zusammenhang in den Fällen misslungener oder (wie im gegenständlichen Fall) irrtümlich unterbliebener Abtreibungen deutlich: Das Kind lebt mit dem Bewußtsein, sein Überleben einem „ärztlichen“ Fehler oder falscher Aufklärung zu verdanken. Durch das elterliche Verlangen nach Schadenersatz wird ihm dies sogar besonders deutlich vor Augen geführt; es wird ja so – überspitzt formuliert – (u.a.) von demjenigen ernährt, der es im elterlichen Auftrag eigentlich hätte töten oder zumindest zur Tötung selektieren sollen.<sup>16</sup>

Den Befürwortern des „personalen Lösungsmodells“ ist in ihrer Kritik an der Trennungsthese des „schadenersatzrechtlichen Lösungsmodells“ zu folgen. Es ist tatsächlich widersprüchlich einerseits zu sagen, das Kind werde nicht als Schaden oder Schadensursache angesehen, und andererseits die durch die kindliche Existenz hervorgerufene Unterhaltsbelastung dennoch als Vermögensschaden zu qualifizieren. Prüft man nun die eigenen Aussagen der Vertreter der „Trennungsthese“ genauer, so zeigen sich ihre argumentativen Widersprüchlichkeiten und Sophismen sehr deutlich.

### b) Widersprüchlichkeiten

Der deutsche BGH<sup>17</sup> etwa konzediert, dass ein Vergleich zwischen Existenz und Nichtexistenz eines Kindes „in dem Sinne...“, dass die Nichtexistenz des Kindes als positiver, seine Existenz hingegen als negativer Vermögensfaktor zu berücksichtigen wäre ... sicherlich unter dem Blickpunkt der Würde des Menschen nach Art 1 GG verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen [müsste]“. Dennoch sieht er den Kindesunterhalt als Vermögensschaden an und anerkennt dessen Ersatzfähigkeit. Damit wird die kindliche Existenz jedoch, wie oben schon gesagt, logisch unvermeidlich sehr wohl als „negativer Vermögensfaktor“ betrachtet; tertium non datur.

Dagegen kann auch folgender Fall nicht ins Treffen geführt werden: „Kauft ein Vertreter

weisungswidrig ein Luxusfahrzeug, so liegt der Schaden in der Verbindlichkeit des Vollmachtgebers zur Zahlung des Kaufpreises; wird die Verbindlichkeit als Nachteil qualifiziert, so ist damit sicherlich kein negatives Werturteil über das Fahrzeug gefällt.“<sup>18</sup> Der „Haken“ dieser auf den ersten Blick plausibel scheinenden Argumentation liegt nämlich in einer *unzulässigen Abstraktion*: Die meisten Menschen hätten wahrscheinlich gerne ein Luxusfahrzeug, ein solches wird daher *grundsätzlich* als positives Gut betrachtet. Wenn man es sich jedoch nicht leisten kann bzw. sich andere Prioritäten gesetzt hat, dann wird das im *konkreten Fall aufgedrängte* teure Auto sehr wohl negativ beurteilt. Die allgemeine Wertung, „ein Luxuswagen wäre schon etwas Tolles“, wird im konkreten Fall eben durch die Wertung „aber gerade dieser stört nun meine Lebens- und Finanzplanung“ verdrängt. Auch Brot wird im allgemeinen als positiver Wert bezeichnet. Ein einzelnes Stück, das man z.B. in einer Überflusgesellschaft achtlos wegwirft, wird jedoch im *konkreten Fall* anders bewertet. Dasselbe gilt nun für das (hic et nunc!) „unerwünschte“ Kind. Was in Bezug auf *Dinge* ethisch weniger problematisch erscheint, gewinnt allerdings einiges an Brisanz, wenn es um *Personen* geht.

Die weitere Gedankenführung des BGH<sup>19</sup> zeigt denn auch, dass er seine programmatische „Trennungsthese“ nicht durchzuhalten vermag. Die wirtschaftliche Belastung, so argumentiert er, ergebe sich tatsächlich erst aus der Existenz des Kindes, aber dies stelle bloß einen *naturwissenschaftlichen Zusammenhang* dar, der für sich genommen *wertfrei* sei. Das Kind ist demnach also sehr wohl ein „negativer Vermögensfaktor“. Die menschenrechtsethische Unbedenklichkeit dieser Aussage ergibt sich nach Ansicht des BGH jedoch daraus, dass der „bloß naturwissenschaftliche Zusammenhang“ zwischen der personalen Existenz des Kindes und seinen Unterhaltsbedürfnissen „wertfrei“ sei<sup>20</sup>.

Dagegen ist freilich zu betonen: Die Ablehnung bestimmter, notwendig mit der persona-

len Existenz verbundener faktisch-naturwissenschaftlicher „Begleiterscheinungen“ wirkt *unweigerlich auch auf die personale Existenz selbst* zurück. Personen sind nun einmal keine theoretisch-abstrakten, gleichsam „freischwebenden“ Entitäten, sondern leib-geistige Einheiten, deren leiblich-materielle Komponenten – jedenfalls in dieser Welt – nicht „wertfrei“ isoliert werden können. Ich sehe nicht, wie man das Gegenteil behaupten kann, ohne einem erkenntnistheoretischen Nihilismus zu verfallen, für den konsequenterweise freilich jegliche juristische Argumentation nur „Schall und Rauch“ sein müsste.

Der OGH schließt sich der Argumentation des BGH nun offensichtlich nicht ganz an, sondern nur „für den Fall ..., dass es aufgrund eines Beratungsfehlers des behandelnden Arztes zu der bei richtiger Aufklärung nicht gewollten Geburt eines *behinderten*<sup>21</sup> Kindes kommt.“ Diese Differenzierung wäre freilich *sachwidrig*, wenn man der „Trennungsthese“ folgte. Wenn es tatsächlich unproblematisch wäre, den Unterhalt eines behinderten Kindes als Schaden anzusehen, weil man ihn von der Kindesexistenz quasi „naturwissenschaftlich-wertfrei isolieren“ könnte, bliebe noch immer unklar, wieso ausgerechnet die Existenz eines gesunden Kindes den höchstgerichtlichen Isolationsversuchen widerstehen sollte<sup>22</sup>.

### c) Ein Lösungsansatz

Was folgt nun aus den bisherigen Ausführungen für die Frage der Schadenersatzpflicht wegen fehlgeschlagener Familienplanung? Festhalten kann man jedenfalls, wie oben ausführlich begründet, dass die Würde des Kindes unweigerlich negativ tangiert wird, wenn man seinen Unterhalt als Schaden begreift, da seine Existenz dadurch implizit als *im konkreten Fall unerwünscht* erscheint. Festzuhalten ist aber auch, dass nach österreichischem Schadenersatzrecht die Belastung mit einer Verbindlichkeit (also auch die Unterhaltsverbindlichkeit)

grundsätzlich unzweifelhaft als positiver Schaden anzusehen ist<sup>23</sup>. Muss der Verweis auf die Würde des Kindes tatsächlich stets zu einer auf der Basis grundrechtlicher Überlegungen begründeten teleologischen Einschränkung des weiten Schadensbegriffes des § 1293 ABGB<sup>24</sup> führen?

Zur Klärung dieser Frage möge man sich vor Augen halten, dass die Menschenwürde durch so manche etablierte rechtliche Regelung tangiert wird. Zu nennen sind hierbei insbesondere die strafrechtlichen Bestimmungen, die Maßnahmen des *Freiheitsentzuges* anordnen. Auch die *Notwehrregelung* (nicht nur) unserer Rechtsordnung erlaubt äußerstenfalls sogar die *Tötung* eines Menschen, also ein Verhalten, das am stärksten der Menschenwürde widerspricht, da es das *Subjekt* der Menschenwürde selbst auslöscht. Dies wird zutreffend im wesentlichen damit begründet, dass der Mensch als freies und daher verantwortliches Subjekt sein Verhalten steuern kann und daher auch drastische Folgen seiner Entscheidungen zu tragen hat – ganz zu schweigen von der gleichen Würde allenfalls durch sein Handeln Beeinträchtigt.

Bisweilen müssen auch auf den ersten Blick der Personenwürde entgegengesetzte Maßnahmen ergriffen werden, um die Person vor sich selbst zu schützen – das *Unterbringungsrecht* etwa spricht davon eine beredte Sprache. Und schließlich wird die Personenwürde nicht selten durch Maßnahmen zugunsten anderer oder der *Allgemeinheit* berührt: Man denke nur an jene die persönliche Freiheit einschränkenden polizeilichen Kontrollen aller Art, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in bestimmtem Ausmaß nötig sind. Gerechtfertigte Eingriffe in die Personenwürde sind unserer Rechtsordnung somit in weitem Ausmaß bekannt.

Was folgt aus dieser Erkenntnis nun für unser hier zu erörterndes Haftungsproblem? Gehen wir methodisch „der Reihe nach“ vor: Die einfache Wortinterpretation des § 1293 ABGB würde – bei Vorliegen der übrigen Vorausset-

zungen – angesichts des dort normierten weiten Schadensbegriffes, zu einer glatten Bejahung der Haftung führen. Dagegen bestehen jedoch, wie bereits gesagt, grundrechtliche Bedenken, da durch die Qualifikation personaler Existenz als Schadensquelle die Personenwürde in negativer Weise tangiert wird. Der Grundsatz der Personenwürde stellt freilich keine Rechtsregel im eigentlichen Sinn dar, sondern ein *Rechtsprinzip*.

#### d) Regeln und Prinzipien

Wie die jüngere methodische Forschung herausgearbeitet hat<sup>25</sup>, unterscheiden sich Rechtsregeln von Rechtsprinzipien dadurch, dass sie nicht zur unmittelbaren Beurteilung von Lebenssachverhalten geeignet sind. Der Grund dafür liegt in ihrer Struktur: Anders als Rechtsregeln sind sie nämlich nicht klar in *Tatbestand* und *Rechtsfolge* gegliedert. Rechtsprinzipien vermitteln aber immerhin *Werttendenzen*, die bei der Rechtsanwendung zum Tragen kommen sollen. Ein weiterer Unterschied zur Rechtsregel besteht darin, dass gegenläufige Prinzipien nicht Antinomien und damit die gegenseitige Aufhebung zur Folge haben, sondern gleichsam „*kompromissfähig*“ sind. Man kann auch sagen, sie sind bloß (aber immerhin!) auf die Verwirklichung im Rahmen des Möglichen angelegt, der durch faktische Grenzen und durch gegenläufige andere Prinzipien determiniert wird.

Gegenläufige Prinzipien sind also je nach Stärke bzw. Fundamentalität und Betroffenheit im konkreten Fall gegeneinander abzuwägen. Jedenfalls unter den fundamentalen Rechtsprinzipien<sup>26</sup> darf keines der kollidierenden Prinzipien ohne Auswirkungen bleiben; Einschränkungen sind nur soweit statthaft, als sie wegen faktischer Grenzen oder gegenläufiger Prinzipien notwendig erscheinen.

Man sollte an dieser Stelle übrigens nicht die Vagheit der angeführten Kriterien monieren. Vielmehr erscheint die Frage angebracht, was denn die *Alternative* zu diesem Verfahren sein

soll, wenn die „einfachen“ juristischen Methoden (insbesondere die schlichte Subsumtion unter eine Rechtsregel) an der Grenze ihrer Leistungsfähigkeit angelangt sind. Diese wäre nämlich die rational dann nicht mehr kontrollierbare und auch kaum sinnvoll kritisierbare *richterliche Eigenwertung*<sup>27</sup>.

Kommen wir nun zu unserem konkreten Fall zurück und wenden wir die eben beschriebenen Grundsätze an. Sollte kein Rechtsprinzip aufzufinden sein, welches die Auswirkungen des zur Haftungsverneinung führenden Prinzips der Respektierung der Personenwürde einschränkt, so bliebe es dabei. Dem ist jedoch nicht so. Es existiert nämlich auch das „*Existenzminimum-Prinzip*“<sup>28</sup>, welches fordert, jedem Menschen das erforderliche Minimum an Gütern und Dienstleistungen zukommen zu lassen. Dies ist nun keine bloße rechtswissenschaftliche „Erfindung“, sondern wirkt sich z.B. im *Exekutionsrecht* in konkreten Pfändungsbeschränkungen aus.

Auf unsere Fragestellung angewendet, liegen nachstehende Schlussfolgerungen nahe: An sich führt das Prinzip der Anerkennung der Menschenwürde zu einer teleologischen Reduktion des § 1293 ABGB und damit zur Verneinung des Vorliegens eines Schadens im Rechtssinne. In besonders schwerwiegenden Fällen missglückter Familienplanung, wo die Geburt eines neuen Erdenbürgers die Familiensituation *ausserordentlich belasten* würde, liegt jedoch sehr wohl ein ersatzfähiger Schaden vor. Wann eine solche außerordentliche Belastung vorliegt, kann ohne besondere Schwierigkeiten z.B. den geltenden Existenzminimumrichtlinien entnommen werden.

Weiters folgt daraus, dass die Geburt eines behinderten Kindes nicht automatisch eine ausserordentliche Belastung bedeutet, welche das Existenzminimum-Prinzip „aktiviert“. Ein fundamentales Rechtsprinzip, das den lieben Gott, die Natur oder die Eltern „verpflichtet“, erbkranken oder sonst gesundheitlich geschädigten Nachwuchs zu verhüten, existiert jeden-

falls in unserer Rechtsordnung nicht (oder besser: nicht mehr). Ein behindertes Kind nur deshalb als außerordentliche Belastung anzusehen, weil seine Betreuung mühsamer ist, wäre mit dem Menschenwürdeprinzip jedenfalls nicht vereinbar. Ebenso verbietet es sich selbstverständlich, die (auch vorgeburtliche) Existenz eines schwerkranken, pflegebedürftigen Menschen an sich als „*Lebensunwert*“ anzusehen.

Was die Entscheidung des OGH betrifft, kann man somit festhalten, dass die Heranziehung des Kriteriums der aussergewöhnlichen Belastung methodisch gut abgesichert ist. Freilich hat der OGH selbst weder die methodischen Grundlagen der von ihm herangezogenen Differenzierung herausgearbeitet noch unmissverständlich klargestellt, dass bei der Bestimmung der aussergewöhnlichen Belastung entsprechend dem Existenzminimum-Prinzip bloß *vermögensrechtliche* Belastungen berücksichtigt werden können. Die *immateriellen* Folgen der Behinderung des Kindes (größere psychische Belastung der Eltern u.ä.) sind, wie schon gesagt, *nicht* ersatzfähig. Dass die Betreuung eines behinderten Kindes an sich die *Menschenwürde* der Eltern beeinträchtigt, ist – soweit ersichtlich – (noch?) von keiner Seite behauptet worden. Weiters ist zu betonen, dass eine vermögensmäßig aussergewöhnliche Belastung auch bei der Geburt eines *gesunden Kindes* auftreten kann und – *ceteris paribus* – auch ersatzfähig ist<sup>29</sup>.

#### 4. Die Problematik der Abtreibung

##### a) Die Argumentation des OGH

Waren bis hierher die Ausführungen des OGH zumindest im Ergebnis gut vertretbar, so ändert sich die Situation schlagartig, wenn man seine Überlegungen zur *Rechtfertigung* der *Abtreibung* von Kindern, die voraussichtlich behindert sein werden, einer Analyse unter-

zieht. Der OGH hat die Problematik denn auch in seinen einschlägigen Erörterungen auf den Punkt gebracht: „Als Rechtfertigungsgrund bricht die embryopathische Indikation mit dem sonst die Rechtfertigungsdogmatik beherrschenden Grundsatz, unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden.“<sup>30</sup>

Diese Überlegung hätte, so könnte man meinen, eigentlich alle „Alarmglocken“ schrillen lassen und zur Verneinung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes führen müssen. Doch weit gefehlt. Der OGH meint, bei den Indikationen des § 97 (1) Z 2 StGB komme es auf eine „*umfassende Interessenabwägung*“ an; diese dürfe nicht auf eine Gegenüberstellung von Leben gegen Leben verkürzt werden, sondern habe „neben den sonstigen individuellen Belastungen der Schwangeren auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen, d.h. kunstgerechten Durchführung des Schwangerschaftsabbruchs durch einen Arzt in die Abwägung miteinzubeziehen. Dieses Ziel wäre nicht zu erreichen, wenn selbst in indizierten Fällen der Schwangerschaftsabbruch mit dem *Makel des Illegalen*“<sup>31</sup> behaftet wäre.“<sup>32</sup>

##### b) Die Problematik „freier Interessenabwägung“

Die umfassende Interessenabwägung bei der Beurteilung eines Verhaltens zwecks Einordnung in die Kategorien „rechtswidrig“ oder „rechtmäßig“ stellt nun sicherlich ein anerkanntes rechtswissenschaftliches Verfahren dar<sup>33</sup>. Soll sie aber nicht zu einer *Leerformel* verkommen, mit der alles und damit in Wahrheit nichts begründbar ist, darf sie gewisse Rahmenbedingungen nicht überschreiten. Eine der relevanten Rahmenbedingungen ist die *fundamentale Bedeutung des menschlichen Lebens*, insbesondere des ansonsten auch vom OGH anerkannten Grundsatzes, „unschuldiges, an der Entstehung der Notlage unbeteiligtes

menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden.“

Dieser Grundsatz folgt aus dem bei jeglicher Abwägung zwischen Rechtsgütern und sonstigen Interessen elementaren *Fundamentalitätskriterium*. Das Leben ist nun einmal der *Höchstwert* unserer Rechtsordnung, durch den alle anderen Rechtsgüter erst sinnvoll werden. Was sollte denn z.B. die Anerkennung des Eigentumsrechts, des Rechts auf freie Meinungsäußerung, des Rechts auf ungestörte Privatsphäre<sup>34</sup> usw. für einen Sinn haben, wenn man den *Träger* desselben durch seine Tötung jederzeit *auslöschen* könnte?

Dem kann man auch nicht entgegenhalten, dass Beeinträchtigungen des unschuldigen menschlichen Lebens (z.B. durch den Straßenverkehr, der bekanntlich viele Menschenleben fordert) allgemein anerkannt sind; niemals werden nämlich *direkte* Tötungen<sup>35</sup> gestattet, sondern bloß *Gefährdungen*, die allenfalls zu Beeinträchtigungen führen *können*, wobei die einzelne (dann doch unglücklicherweise passierte) Verletzung idR rechtswidrig bleibt. Es ist also neben dem Fundamentalitätskriterium auch der Grad der *Beeinträchtigungswahrscheinlichkeit* zu beachten.

Unter Anwendung der eben genannten (an sich allgemein anerkannten) Grundsätze ergibt sich eindeutig die Rechtswidrigkeit *jeder* Abtreibung. Zweifel könnten höchstens in jenen (vor dem Hintergrund der heutigen medizinischen Forschung praktisch nicht mehr vorkommenden) Extremfällen auftreten, in denen tatsächlich *Leben gegen Leben* steht, also nur das Leben der Mutter *oder* des Kindes bzw. überhaupt nur das Leben der Mutter durch die (vorzeitige) Tötung des Kindes gerettet werden kann. Hier versagt angesichts der Gleichwertigkeit der betroffenen Rechtsgüter sowie desselben Grades der Beeinträchtigungswahrscheinlichkeit die Abwägung nach den o.g. Grundsätzen.

Für solche Fälle hält freilich unsere Rechtsordnung das Instrument des *entschuldigenden*

*Notstandes* bereit (§ 10 StGB<sup>36</sup>). Daher ist z.B. der Schiffbrüchige *entschuldigt* (und nicht gerechtfertigt!), der einem anderen die Schwimmweste entreißt, um sich selbst zu retten<sup>37</sup>. Dasselbe wäre konsequenterweise auch in den Fällen der „vitalen Indikation“ (§ 97 [1] Z 2 1. Fall StGB) zu sagen. Jeder, der hier konsequent denkt, muss in Zeiten wie diesen wohl zumindest mit einem Aufschrei selbsternannter FrauenrechtlerInnen rechnen. Und in der Tat neigt man emotional eher dazu, die Interessen der Frau zu bevorzugen, die man leiden *sieht* und deren Tod vielleicht überdies eine ganze Familie hart treffen würde. Das ist eine menschlich verständliche Reaktion. Dennoch sollte man m.E. den Mut aufbringen, auch in sensiblen Bereichen die Fakten „auf den Tisch zu legen“.

Höchstens mit *pragmatischen* Argumenten könnte man in solchen seltenen Extremfällen eine Rechtfertigung begründen. Man könnte sagen, der (kurze und schmerzlose) Tod eines ungeborenen Kindes, das praktisch noch keine Vergangenheit, keine Bindungen und keine Verantwortung hat, sei ein kleineres Übel als der bewusst erlebte, womöglich qualvolle Tod einer Frau, um die u.U. überdies eine ganze Familie trauern würde. Solche Überlegungen liegen insbesondere vor dem Hintergrund der heute im wesentlichen herrschenden „*Güterabwägungstheorie*“ nach dem „*Grundsatz des geringeren Übels*“ nahe und stehen an sich nicht im Widerspruch zur Anerkennung *jedes* menschlichen Lebens als *Höchstwert*. Dies zeigt sich vor allem dann, wenn die Alternativen die Tötung des Kindes zur Rettung der Mutter einerseits und der Tod *beider* andererseits wären.

Dennoch darf man die gravierenden Schwächen solcher Überlegungen auch nicht übersehen. Es wird genau betrachtet nicht zwischen zwei „*Übeln*“ oder „*Schicksalsschlägen*“ gewählt, sondern zwischen einem *Schicksalsschlag*, der ohne menschliches Zutun erfolgt ist (lebensbedrohliche Schwangerschaftskomplikationen), und der bewussten, aktiven *Tötung*

eines unschuldigen Kindes. Es liegt aber, wie die aktuelle Euthanasiedebatte zeigt, ein klarer Unterschied zwischen aktivem „Töten“ und dem „Sterbenlassen“ als Annahme des Schicksals. Eines ist schließlich jedenfalls festzuhalten: Der Versuch der Rechtfertigung der Tötung Ungeborener mit pragmatischen Argumenten in solchen (ohnedies kaum vorkommenden) Extremfällen steht rechtlich wie moralisch auf ganz anderer Stufe als die Ansicht, auch bei bloßer Beeinträchtigung der „Lebensplanung“ durch eine Schwangerschaft ließen sich Abtreibungen rechtfertigen. Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen.

### c) Schlussfolgerungen für die Beurteilung der Argumentation des OGH

Die Fälle der vitalen Indikation zeigen, wie inzwischen wohl klar ersichtlich, tatsächlich die Grenzen juristischer (sowie auch ethischer) Argumentation. Angesichts dessen sollte man jedoch nicht auf eine recht durchsichtige rethorische Finte hereinfliegen, die leider auch der OGH anzubringen versucht: Sie besteht darin, von der Aporie eines Grenzfalls auf die Legitimation freier „Interessenabwägung“ auch in den Fällen zu schließen, wo das „herkömmliche“ methodische Verfahren der Interessenabwägung nach den Kriterien der Fundamentalität und Eingriffsintensität zu klaren Ergebnissen führt<sup>38</sup>, wie etwa im hier zu behandelnden Fall der eugenischen Indikation. Hier steht eine mögliche psychische Beeinträchtigung der Mutter der Tötung eines unschuldigen Kindes gegenüber. Da das Leben der Höchstwert unserer Rechtsordnung ist, steht er höher als die allfällige psychische Beeinträchtigung der Mutter, die über eine normale Geburt hinausgeht. Dies muss man angesichts der tödlichen „Alternative“ der Schwangeren, die, wie der OGH richtig bemerkt<sup>39</sup>, in einer „Schicksalsgemeinschaft“ mit ihrem Kind steht, leider zumuten.

Vulgärfeministischen Argumentationsweisen wie etwa „so kann nur ein Mann sprechen“

ist entgegenzuhalten, dass es sich hierbei um emotionalistische Täuschungsversuche handelt, welche die Interessen des *einen* Betroffenen (der Schwangeren) besonders hervorheben, die des *anderen* (des Ungeborenen, dessen *nackte Existenz* auf dem Spiel steht) hingegen geflissentlich „übersehen“. Solche Vorgangsweisen haben allerdings in einer intellektuell redlichen juristischen Diskussion nichts zu suchen. Wer das Gegenteil behauptet, leistet nicht mehr und nicht weniger als der Selbstauflösung der Rechtsdogmatik als rationale Wissenschaft Vorschub<sup>40</sup>. Aus all dem folgt somit, dass die „Interessenabwägung“, wie sie der OGH vornimmt, mit allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsdogmatik bricht und daher nicht aufrechterhalten werden kann.

Auch die Zusatzargumentation des OGH, es gebe ein „Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst wenig gefährlichen ... Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen durch einen Arzt“, weshalb der Schwangerschaftsabbruch nicht mit dem „Makel des Illegalen“ behaftet sein solle<sup>41</sup>, kann angesichts der weiteren gravierenden Bedenken gegen die Interpretation der Indikationen (abgesehen von der vitalen) als Rechtfertigungsgrund letztlich nicht bestehen. Dagegen sprechen schon folgende systematische Überlegungen: Wäre die nach dem Wortlaut des Gesetzes bloß straflose Abtreibung gerechtfertigt, so bliebe fraglich, wozu es das Diskriminierungsverbot des § 97 (3) StGB gibt, wo doch unbestritten ist, dass wegen gerechtfertigter Handlungen niemand rechtliche Nachteile erleiden darf. Weiters kann man wohl nur mit (freundlich ausgedrückt) äusserst verzwickten Zweckhypothesen erklären, wieso lege artis durchgeführte Abtreibungen durch einen Nichtarzt unter Strafe gestellt sind. Kann die lege artis erfolgte Herbeiführung eines rechtmäßigen Zustandes strafbar sein?<sup>42</sup>

Zuletzt noch eine Bemerkung zum „Makel des Illegalen“, welcher bei Verneinung der Rechtfertigung der (bloß) straflosen Abtreibung anhaften würde, was nach Ansicht des



OGH ihre sozialpolitisch erwünschte „kunstgerechte“ Durchführung durch Ärzte verhindern würde: Im gegenständlichen Verfahren wurde von den beklagten Medizinerinnen bzw. dem Krankenhausträger vorgebracht (und vom OGH in seiner Entscheidung auch angeführt!), dass die Abtreibung rechtswidrig gewesen wäre, „weil § 97 StGB nur Strafflosigkeit zubillige.“<sup>43</sup> In medizinischen Kreisen herrscht also sehr wohl *Unrechtsbewusstsein* oder zumindest *Unsicherheit* über die rechtliche Einordnung der Abtreibung. Soweit ersichtlich (wenngleich die Erstellung verlässlicher Statistiken politisch bewusst verhindert wird), hat dieser Umstand aber nicht gerade dazu geführt, dass Mediziner sich aus dem Abtreibungsgeschäft heraushalten.

Somit hat also der OGH die „Hilfsbereitschaft“ gewisser Gynäkologinnen offenbar unterschätzt. Jeder Frau sind Abtreibungsmöglichkeiten zugänglich; „schlimmstenfalls“ muss sie eine Reise nach Wien auf sich nehmen, wo

mindestens zwei Institutionen existieren, welche sich im wesentlichen auf Abtreibungen bzw. Sterilisationen spezialisiert haben. Angesichts dieser Fakten und des ausdrücklichen Vorbringens der beklagten Medizinerinnen im selben Verfahren grenzt die Argumentation des OGH beinahe an Selbstironie.

All dies lässt wohl den Schluss zu, dass sich der OGH ungeachtet argumentativer Widersprüchlichkeiten einem allgemeinen Meinungsklima angeschlossen hat, das Abtreibungen begünstigt. Vielleicht wollte er seine „mediale Hinrichtung“ vermeiden. Für dieses Klima ist nun der OGH sicherlich nicht verantwortlich. Der Umstand, dass sich ein Höchstgericht offensichtlich dem „Druck der Straße“ beugt, hinterlässt freilich dennoch einen mehr als bitteren Beigeschmack.

*Dr. iur. Thomas PISKERNIGG*  
Linnéplatz 3  
A-1190 Wien

#### Referenzen

1. Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass diese Frage in Deutschland zu einer Spaltung des Bundesverfassungsgerichts geführt hat. Zu diesem Konflikt etwa STÜRNER, Das Bundesverfassungsgericht und das frühe menschliche Leben – Schadensdogmatik als Ausformung humaner Rechtskultur? JZ 1998, 317.
2. Österreichisches Haftpflichtrecht<sup>3</sup> (1997) RZ 2/28.
3. Hervorhebung von mir. Die Sprache ist verräterisch.
4. JBl 1999, 596.
5. Auch insoweit schließt sich der OGH KOZIOL (Haftpflichtrecht 2/29) an.
6. JBl 1999, 598; Hervorhebung von mir. Was diese Wendung bedeuten soll, erscheint unklar.
7. AaO 597.
8. Hervorhebung von mir.
9. AaO.
10. Wortlaut: *Selbst ungeborene Kinder haben von dem Zeitpunkt ihrer Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. ...*
11. Zu dieser Problematik eingehend F. BYDLINSKI, Unerlaubte Vorteile als Schaden, Festschrift DEUTSCH (1999) 63.
12. Immerhin anerkennt der OGH, dass es sich bei der Abtreibung um eine *Vernichtung* menschlichen Le-

- bens handelt. Das ist in Zeiten wie diesen nicht so selbstverständlich, wie man vielleicht glauben möchte. So hat das Landesgericht Nürnberg-Fürth (NJW 1998, 3423) der Unterlassungsklage eines abtreibenden „Arztes“ stattgegeben, der die Verteilung von angeblich rufschädigenden Flugblättern, die mit harten Worten über seine Tätigkeit berichteten, verhindern wollte; ua mit folgender Begründung: „Auch der Satz ‘Dr. F. tötet Kinder’ stellt eine Herabsetzung dar, da ... der Eindruck erweckt wird, wie wenn der Verfügungskl. lebende Kinder abtöten würde und nicht durch einen medizinischen Eingriff Embryonen.“ Besonders pikant ist in diesem Zusammenhang überdies, dass das deutsche Bundesverfassungsgericht die Meinungsfreiheit dessen, der Soldaten (sogar bei persönlicher Namensnennung) als Mörder bezeichnet, als höherwertiges Interesse einstuft als den Ehrenschutz des betroffenen Soldaten (NJW 1992, 2073). Man darf mit Spannung auf ein allfälliges letztes Wort des BVerG warten.
13. JBl 1999, 599.
  14. Aus der breiten deutschen Diskussion vgl zB LG Itzehoe, FamRZ 1969, 90; dieser „Apothekerfall“, in dem einer Frau statt des Ovulationshemmers „Eugynon“ das Magenpräparat „Enzynorm“ als „Verhütungsmittel“ verkauft wurde, hat die Diskussion losgetreten. Weiters nach dem (Verdikt des zweiten Senates des

- BVerfG) nachdrücklich wieder zB BGHZ 124, 128; 129, 178. In der Lehre zustimmend etwa DEUTSCH, Das Kind oder sein Unterhalt als Schaden, VersR 1995, 609; GIESEN, Schadensbegriff und Menschenwürde, JZ 1994, 286; beide mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
15. ZB PICKER, Schadenersatz für das unerwünschte Kind, AcP 195 (1995) 483; STÜRNER, JZ 1998, 317; ebenfalls mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
  16. Diesen Zusammenhang betont auch HIRSCH, Arzthafung infolge unerwünschter Geburt eines Kindes, ÖJZ 1999, 171: „Den Eltern wird es im konkreten Fall jedenfalls nicht erspart bleiben, sich ihrem Kind gegenüber dafür zu rechtfertigen, dass sie Schadenersatz von dem Arzt verlangt haben, der ihnen die Möglichkeit genommen hatte, es vorgeburtlich zu töten.“
  17. BGHZ 124, 128.
  18. Vgl KOZIOL, Haftpflichtrecht 2/25.
  19. BGHZ 124, 128.
  20. Ausführliche und im wesentlichen überzeugende Kritik an der „Trennungsthese“ auch bei PICKER, AcP 195, insbesondere 501 ff.
  21. Hervorhebung von mir.
  22. Die Kritik von WILHELM (ecolex 1999, 593) an der offensichtlich rein ergebnisorientierten Argumentation des OGH ist also m.E. zumindest teilweise berechtigt; prägnant auch HIRSCH, ÖJZ 1999, 166: „Im Ergebnis scheint die vorliegende Entscheidung weniger von dogmatischen Erwägungen als von dem Bedürfnis getragen zu sein, den Eltern, die durch das Fehlverhalten des Arztes eine besonders schwere und lebensverändernde Belastung zu tragen haben, zur Entlastung zumindest einen Schadenersatzanspruch einzuräumen.“
  23. Vgl KOZIOL, Haftpflichtrecht 2/36 mit weiteren Nachweisen.
  24. Wortlaut: *Schade heisst jeder Nachteil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. (...)*
  25. Vgl F. BYDLINSKI, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988) 121 ff mit weiteren Nachweisen.
  26. Eine exemplarische Zusammenfassung derselben findet sich aaO 291 ff.
  27. Die Anregung, die vorliegende Problematik unter Heranziehung von Rechtsprinzipien zu lösen, verdanke ich F. BYDLINSKI.
  28. Vgl BYDLINSKI, Rechtsgrundsätze 292.
  29. So auch HIRSCH, ÖJZ 1999, 170.
  30. JBl 1999, 597.
  31. Hervorhebung von mir.
  32. AaO.
  33. Grundlegend KOZIOL, Haftpflichtrecht 4/28 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.
  34. Dieses wird unsinnigerweise dennoch immer wieder zur Rechtfertigung der Abtreibung herangezogen.
  35. Ein Autofahrer z.B., der aus Nachlässigkeit einen Unfall mit Todesfolgen verursacht, handelt selbstverständlich rechtswidrig.
  36. Wortlaut: *(1) Wer eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, ist entschuldigt, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.*
  37. Vgl FOREGGER/KODEK/FABRIZY, StGB, § 10 RZ 2. Ähnliche Fälle wurden bereits in der Antike diskutiert, um die Grenzen der Ethik auszuloten (z.B. das „Brett des Karneades“, das nur einen Schiffbrüchigen tragen kann, weshalb der eine Schiffbrüchige den andern wgstößt, sodass letzterer ertrinken muss).
  38. JBl 1999, 597: „Als Rechtfertigungsgrund bricht die embryopathische Indikation mit dem ... Grundsatz, unschuldiges ... menschliches Leben dürfe nicht mit direktem Vorsatz ausgelöscht werden. Dieser Bruch lässt sich jedoch selbst bei Rechtfertigung medizinischer Indikationslagen ... nicht vermeiden, weil man anderenfalls der betroffenen Schwangeren eine Rettung aus Lebensgefahr auf legalem Weg versagen würde.“
  39. AaO.
  40. Es gibt freilich auch Bestrebungen, Ungeborene überhaupt quasi als „Menschen zweiter Klasse“ anzusehen. Zur Unhaltbarkeit solcher Versuche vgl. etwa PÖLTNER, Achtung der Würde und Schutz von Interessen, in: BONELLI (Hg), Der Mensch als Maßstab und Mitte der Medizin (1992) 3; RHONHEIMER, Absolute Herrschaft der Geborenen (1995); SCHWARZ, Die verratene Menschenwürde. Abtreibung als philosophisches Problem (1992).
  41. JBl 1999, 597.
  42. Diese berechtigte Kritik haben etwa FUCHS (Grundfragen der Notwehr 108) und PLATZGUMMER (Der Ungeborene im österreichischen Strafrecht, in: Der Status des Embryos [1989] 187 ff) erhoben. M.E. können die Indikationen sowie die „Fristenlösung“ (§ 97 [1] Z 1 StGB) in keine der etablierten rechtsdogmatischen Kategorien (insbesondere Rechtfertigung, Strafausschluss, Tatbestandsrestriktion) eingeordnet werden. Sie dürften jedoch, typologisch betrachtet, den *Rechtfertigungsgründen* am nächsten stehen (zum Problem ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen PISKERNIGG, Die Selbsthilferegelung des ABGB [1999] 248 ff).
  43. JBl 1999, 595.