

## Strategien ideologischer Begriffsbildung im Recht

von Ulfrid Neumann, Frankfurt a. M.

(veröffentlicht in: Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag, 2005, S. 447-457)

### I. Einleitung

In seinem ebenso erhellenden wie mutigen Beitrag zu der anlässlich des zehnjährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie erschienenen Festschrift<sup>1</sup> ist Dieter Simon anhand der Reaktionen der Medienöffentlichkeit auf das sogenannte Frankfurter Behindertenurteil der Frage nachgegangen, „mit welchen Erwartungen die bundesrepublikanische Gesellschaft der Gegenwart ihren Richtern gegenübertritt“<sup>2</sup>. Ein Ergebnis seiner Analyse war, dass die Gesellschaft erwartet – und das heißt natürlich: *normativ* erwartet –, in den gerichtlichen Entscheidungen ihre eigenen Überzeugungen von dem jeweils (moralisch) Richtigen wiederzufinden. Die Gesellschaft negiert also in ihren Erwartungen an die Justiz die Autonomie des rechtlichen Entscheidungsprogramms gegenüber der herrschenden Sozialmoral; eine Separierung von Recht und Moral ist, so der Befund, nach Ansicht eines großen Teils der Gesellschaft nicht angebracht<sup>3</sup>. Die unter der Bezeichnung „Frankfurter Behindertenurteil“ berühmt gewordene Entscheidung des Landgerichts Frankfurt a.M. stieß gerade deshalb auf vehemente Kritik, weil sie bei der Umsetzung des rechtlichen Entscheidungsprogramms auf Konzessionen an die herrschende Sozialmoral verzichtete.

Die vorliegende Skizze, die Dieter Simon in Hochschätzung und freundschaftlicher Verbundenheit gewidmet ist, thematisiert das Verhältnis von rechtlichem Entscheidungsprogramm und gesellschaftlichen Richtigkeitsvorstellungen unter einem anderen Gesichtspunkt. Es geht nicht um die Divergenz von Rechtssystem und Sozialmoral und die gesellschaftlichen Reaktionen auf Gerichtsentscheidungen, in denen diese Divergenz sich spiegelt, sondern umgekehrt um Mechanismen der Integration gesellschaftlicher Wertvorstellungen in das rechtliche Entscheidungsprogramm. Bezeichnet man die Gesamtheit der komplexen Wertvorstellungen einer Gesellschaft als deren Ideologie, dann geht es um Strategien des Einbaus ideologischer Elemente in das entscheidungsleitende rechtliche

---

<sup>1</sup> Dieter Simon, Erwartungen der Gesellschaft an die Justiz, in: Justiz und Recht. Festschrift aus Anlass des 10jährigen Bestehens der Deutschen Richterakademie in Trier, 1983, S. 3-17. Daran anschließend Regina Ogorek, #####.

<sup>2</sup> A.a.O. S. 3

<sup>3</sup> A.a.O. S. 15

Regelsystem auf der Ebene der Regelbildung unterhalb des gesetzten Rechts, also im Bereich der Rechtsdogmatik.<sup>4</sup>

## II. Beispiele ideologischer Begriffsbildung im Recht

Die argumentativen Möglichkeiten, diesen Einbau zu bewerkstelligen, sind vielfältig. Sie reichen von der schlichten „Auslegung“ von Normen des gesetzten Rechts über dessen „verfassungskonforme“ Interpretation bis hin zur offenen richterlichen Rechtsfortbildung. Die folgenden Betrachtungen beschränken sich auf argumentative Strategien, die sich - im Sinne des oben gekennzeichneten neutralen Ideologiebegriffs – als Strategien ideologischer Begriffsbestimmung kennzeichnen lassen. Für sie ist kennzeichnend, dass die Integration - allgemein geteilter oder auch partikularer - gesellschaftlicher Wertvorstellungen in das rechtliche Entscheidungsprogramm durch den Einbau entsprechender normativer „Transmitter“ in die Definition gesetzlich vorgegebener Begriffe bewerkstelligt wird. Mit dieser Kennzeichnung der Argumentationsstrategien, um die es im folgenden geht, ist eine Bewertung selbstverständlich ebenso wenig verbunden wie mit der Verwendung des Ideologiebegriffs. Dass der Umgang des Richters, allgemein: des „Interpreten“ mit dem Gesetz von gesellschaftlichen Wertvorstellungen mitbestimmt wird, ist heute nachgerade ein Gemeinplatz einer reflektierten Methodentheorie<sup>5</sup>.

Das legitimiert, auf der anderen Seite, natürlich Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch nicht dazu, gesellschaftliche Wertvorstellungen in Rechtsbegriffe über normative Definitionsmerkmale einfach „einzuschießen“. Der Einbau ideologischer Elemente in das rechtliche Entscheidungsprogramm muss argumentativ vermittelt erfolgen, also unter Beachtung der Regeln der Logik und der Standards juristischen Argumentierens. Das kann etwa geschehen durch die Zuordnung gesellschaftlicher Wertvorstellungen zu Rechts-, insbesondere zu Verfassungsprinzipien, die dann ihrerseits zur Interpretation von Gesetzesbegriffen herangezogen werden. Methodisch problematisch und ideologieverdächtig im pejorativen Sinne ist dagegen das Verfahren, rechtliche Entscheidungsprogramme unvermittelt über gesellschaftliche Wertungen zu korrigieren. Dafür einige Beispiele.

---

<sup>4</sup> Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, dass der Ideologiebegriff hier als neutraler wissenssoziologischer Begriff und nicht mit den pejorativen Konnotationen des alltäglichen Sprachgebrauchs verwendet wird.

<sup>5</sup> Statt aller Rütters, Wir denken Rechtsbegriffe um...Weltanschauung als Auslegungsprinzip, 1987, S. 30 u.ö.

1. *Der Stundenschlag der Kirchturmuhre – „Lärm“ oder „Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen“?*

In einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Saarlouis<sup>6</sup> aus dem Jahre 1991 ging es um die Rechtmäßigkeit einer Verfügung, mit der einer Kirchengemeinde zum Schutz der Nachtruhe von Anwohnern aufgegeben worden war, das Schlagwerk der Kirchturmuhre in der Zeit von 22 bis 6 Uhr abzustellen. Die entscheidende Frage war, ob es sich bei dem nächtlichen Zeitschlagen der Glocken um „schädliche Umwelteinwirkungen“ im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes handelte, die in § 3 I des Gesetzes definiert sind als „Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen“. Die Verfügung bejahte diese Frage in Orientierung an den in der maßgeblichen Verwaltungsvorschrift (TA Lärm) festgelegten Grenzwerten, die durch das nächtliche Glockenschlagen – unstreitig – überschritten wurden.

Während das Verwaltungsgericht (VG) in erster Instanz die Verfügung der Behörde bestätigt hatte, sahen die Richter des OVG Saarlouis die Dinge anders. Zwar wurde nicht bezweifelt, dass der Geräuschpegel jenseits der Grenze des nach den allgemeinen immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen Hinzunehmenden lag. Verneint wurde aber die Maßgeblichkeit dieser Bestimmungen für die Beurteilung des Konflikts zwischen der traditionsbewussten Kirchengemeinde und dem ruhebedürftigen Nachbarn: Der Glockenschlag von Kirchturmuhren könne mit sonstigen Geräuschquellen nicht auf eine Stufe gestellt werden. Es handele sich dabei, so die Argumentation, nicht um (gewöhnlichen) Lärm, sondern um einen „Hinweis auf die Präsenz der Kirche und die Zeitlichkeit des Menschen“<sup>7</sup>. Das OVG gab deshalb der Kirche Recht und hob die angefochtene Verfügung auf.

Die Entscheidung des OVG dürfte nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung vielen Menschen aus der Seele sprechen. Für den gläubigen Christen ist die Deutung des Stundenschlags der Kirchturmuhre als „Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen“ überzeugend, seine Kennzeichnung als „Lärm“ unangemessen bis zur Abseitigkeit. Abstrakter formuliert: aus der internen Perspektive der Kirche und ihrer Gläubigen wird das physikalische Geschehen durch soziokulturelle Deutungsmuster überlagert, die ihm einen bestimmten Sinn, eine symbolische Bedeutung verleihen und die es deshalb

---

<sup>6</sup> OVG Saarlouis NVwZ 1992, 72

<sup>7</sup> NVwZ 1992, 74

verbieten, es auf den naturwissenschaftlichen Aspekt zu reduzieren. Das gilt in besonderem Maße für das kultische Glockenläuten, das konsequenterweise in der „diabolischen“, also die Verhältnisse umkehrenden Sichtweise Mephistos als widerliches Gebimmel (und damit gleichfalls nicht nur als neutrale Geräuschquelle) erscheint<sup>8</sup>. Es gilt aber, wie die Entscheidung des OVG Saarlouis demonstriert, auch für das „Zeitschlagen“ von Kirchturmuhren.

Was ist von dieser Entscheidung und ihrer Begründung zu halten? Zunächst lässt sich natürlich einwenden, dass für andere Personenkreise, für religiös nicht gebundene Bürgerinnen und Bürger, das Schlagen der Kirchturmuhre entweder keine oder aber eine andere symbolische Bedeutung hat – nicht als Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen, sondern vielleicht als Erinnerung an die Machtansprüche der Kirche, die, teilweise in Auseinandersetzung mit konkurrierenden staatlichen Ansprüchen (Kampf zwischen Rathausuhr und Kirchturmuhre) die Herrschaft über die Tages- wie über die Jahreseinteilung (Kirchenfeste, Kirchenjahr) reklamierte. Die Verteidiger der Entscheidung würden dem vermutlich entgegenhalten, es gehe hier nicht um spezifische Glaubensinhalte, sondern um kulturelle Traditionen, die für die Gesellschaft insgesamt prägend seien. Dieses aus dem Streit um Schulkreuz und Kopftuch vertraute Argumentationsmuster, das darauf hinausläuft, Symbole der *einen* Religion aus dem kirchlich-religiösen in den allgemein-kulturellen Bereich zu verschieben und damit allgemeinverbindlich zu machen, solche der *anderen* dagegen mit einem negativen politischen Symbolgehalt zu versehen (Kopftuch als Zeichen der Unterdrückung) und folgerichtig aus dem Schutzbereich der Religionsfreiheit herauszunehmen, bedarf hier weder einer genaueren Wiedergabe noch einer Kritik. Denn das entscheidende und argumentationstheoretisch interessante Problem der referierten Urteilsbegründung liegt an einem anderen Punkt:

Auch wenn man dem Gericht zugesteht, dass es sich bei dem Schlagen der Kirchturmuhre nach dem *gesellschaftlich maßgebenden* Deutungsmuster um einen „Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen“ handelt, ergibt sich für die daraus gezogenen Folgerungen ein *non liquet*. Denn für die Anwendbarkeit der allgemeinen immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen ist nicht entscheidend der Symbolgehalt des Glockenschlags, sondern die Frage, ob es sich dabei um „Geräusche“ im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes,

---

<sup>8</sup> Goethe, Faust 1. Teil, #####

um „Lärm“ im Sinne der maßgeblichen Verwaltungsvorschrift handelt. Beide Aspekte sind scharf voneinander zu trennen. Denn die Argumentation, es handele sich nicht um (gewöhnlichen) Lärm, *sondern* um einen Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen, ist folgerichtig nur bei einem umgangssprachlichen Verständnis des Lärmbegriffs. der in der Alltagssprache in der Tat negative Konnotationen besitzt, die es beispielsweise als unangemessen erscheinen lassen, eine Fortissimo-Passage aus *Le Sacre du Printemps* im Rahmen einer Konzertkritik als „Lärm“ zu bezeichnen – selbst dann, wenn der hier zu registrierende Geräuschpegel die Grenzwerte der TA Lärm erheblich überschreitet. Das schließt es aber nicht aus, bei der Entscheidung über ein geplantes Open air-Konzert zu prüfen, ob die Grenzwerte der TA Lärm eingehalten oder überschritten werden. Das heißt: bei den immissionsschutzrechtlichen Entscheidungen wird der Begriff des Lärms als fachsprachlicher Begriff verwendet, als wertneutraler Begriff der Rechtssprache, der irgendeine Bewertung der Geräusche und Geräuschquellen nicht präjudiziert. Dass die Darbietung von *Le Sacre du Printemps* durch die Berliner Philharmoniker unter Simon Rattle auf der Berliner Waldbühne Kritiker und Publikum zu Begeisterungstürmen hinreißen mag, schließt ihre Einstufung als Lärm im Sinne der immissionsschutzrechtlichen Bestimmungen nicht aus.

Entsprechendes gilt für die Beurteilung des Glockenschlags der Kirchturmuhre. Die Argumentation, es handele sich nicht um (gewöhnlichen) Lärm, sondern um den mehrfach zitierten „Hinweis“, erliegt einem Kategorienfehler, weil der neutrale Rechtsbegriff des Lärms mit dem wertbeladenen Lärmbegriff der Alltagssprache verwechselt wird. Sie gleicht strukturell der Behauptung, bei einem bestimmten Gegenstand handele es sich nicht um ein Stück Messing, sondern um einen Orden. Aber sowenig die institutionelle Tatsache („Orden“) die natürliche (Messing) in Frage stellt, sowenig ändert die soziokulturelle Deutung des Glockenschlags etwas an dem physikalischen Faktum der Lärmerzeugung, an dem sich der Rechtsbegriff orientiert. Naturwissenschaftliche und kulturelle Betrachtung stehen hier selbständig nebeneinander; die eine kann die andere nicht substituieren.

Nun könnte ein scharfsinniger Verteidiger der Entscheidung des OVG Saarlouis argumentieren, gerade *weil* es sich bei dem maßgeblichen Begriff des Lärms um einen Rechtsbegriff handele, sei dieser Begriff für normative Definitionselemente offen; die Behauptung, dass er allein über empirische Merkmale definiert werden müsse, sei eine

*petitio principii*. Daran ist richtig, dass der Gesetzgeber frei ist, Rechtsbegriffe so auszugestalten, dass in ihnen empirische Definitionselemente durch normative entkräftet werden können; wie das berühmte Beispiel des Bademeisters in der Frauenabteilung<sup>9</sup> zeigt, kann er sich dabei im Wege der Fiktion auch über naturwissenschaftliche Zusammenhänge hinwegsetzen. Aber was für den Gesetzgeber gilt, gilt nicht ohne weiteres für den Gesetzesinterpreten. Für den Gesetzgeber ist die Wahl einer bestimmten Definition ein Akt der Gesetzgebungstechnik, die sich auch anderer Mittel bedienen könnte. Am Beispiel des Bademeisters: die Norm „Die Frauenabteilung der Badeanstalt darf nur von Frauen sowie dem Bademeister betreten werden“ wäre mit der oben angeführten Regelung vollständig inhaltsgleich. Dagegen verändert die Einfügung von Definitionselementen in Gesetzesbegriffe durch den Richter die Menge der ableitbaren Rechtssätze und damit den Inhalt der Norm. Das gilt selbstverständlich für jeden Akt der Gesetzesinterpretation, ist aber dort besonders problematisch, wo ein Gericht empirisch-technische Begriffe über weltanschaulich begründete normative Korrekturen umdefiniert.

Das ist in der Entscheidung des OVG Saarlouis der Fall. Denn die Unterscheidung zwischen „Gewerbelärm“, der den strikten Grenzwerten der TA Lärm unterliegt, einerseits, und dem Glockenschlag, für den das nicht gelten soll, andererseits<sup>10</sup>, sortiert das physikalische Phänomen „Lärm“ anhand von Deutungsmustern, die mit der Frage der Intensität der Geräuscheinwirkung, auf die in Gesetz und Verwaltungsvorschrift entscheidend abgestellt wird, nichts zu tun haben. Das Urteil ist in der Revisionsinstanz deshalb im Ergebnis zu Recht vom Bundesverwaltungsgericht aufgehoben worden<sup>11</sup>.

Allerdings korrigiert das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung der Vorinstanz nur halbherzig. Es kuriert an Symptomen, ohne deren Ursachen, die in der Entscheidung des Obergerichts zu Tage tretenden Argumentationsmängel, in den Blick zu nehmen. Das Bundesverwaltungsgericht akzeptiert das Verfahren, schon bei der Prüfung, ob eine „schädliche Umwelteinwirkung“ vorliegt, die soziokulturelle Bedeutung des Glockenschlags zu berücksichtigen. Verallgemeinert: schon die Entscheidung, ob eine Immission schädlich ist, nicht erst die, ob sie (trotz Schädlichkeit) ausnahmsweise

---

<sup>9</sup> „Die Frauenabteilung der Badeanstalt darf nur von Frauen betreten werden. Frau im Sinne dieser Bestimmung ist auch der Bademeister“. Aus rechtstheoretischer Sicht ist gegen diese Regelung nichts einzuwenden. Über ihre gesetzestechnische Eleganz ist hier ebenso wenig zu rasonieren wie über die Aktualität des Beispiels.

<sup>10</sup> Bes. deutlich NVwZ 1992, 74

<sup>11</sup> BVerwG DVBl 1992, 1234

hinzunehmen ist, soll im Wege der Abwägung, also unter Berücksichtigung des Nutzens der fraglichen Anlage getroffen werden<sup>12</sup>.

Das hat Konsequenzen für die Argumentationslast des Gerichts *in casu* wie für die Möglichkeit weltanschaulich begründeter Einschränkungen des Immissionsschutzes generell. Für die Argumentationslast *in casu* bedeutet dieser Ansatz, dass das Bundesverwaltungsgericht gezwungen ist, sich auf Abwägungsschirmmützen mit dem OVG Saarlouis einzulassen, in denen etwa die Frage eine Rolle spielt, ob nicht der sensiblen Deutung des Glockenschlags als „Hinweis auf die Zeitlichkeit des Menschen“ die pragmatische Einsicht gegenübergestellt werden muss, dass „das Glockengeläut seine Funktion als Zeitansage unter den heutigen Lebensbedingungen praktisch verloren hat“<sup>13</sup>.

Gewichtiger sind die Konsequenzen hinsichtlich der Argumentationsmöglichkeiten, die sich damit generell für ideologisch motivierte Einschränkungen des Schutzes vor gesundheitsschädlichem oder erheblich belästigendem Lärm ergeben, wenn für die Beurteilung der Schädlichkeit der akustischen Umwelteinwirkung „wertende Elemente wie die Herkömmlichkeit, die soziale Adäquanz und die allgemeine Akzeptanz mitbestimmend“ sein sollen<sup>14</sup>. Denn die Kontamination des empirischen Befundes (Eignung, die in § 3 ImmSchG genannten Folgen herbeizuführen) mit dem normativen Gesichtspunkt der Nützlichkeit der betreffenden Anlage ermöglicht es, durch Immissionen verursachte Schäden schlicht hinwegzudefinieren, anstatt offen auszuweisen, dass von den Betroffenen die Hinnahme von schädlichen Einwirkungen aus (angeblich) übergeordneten Gründen des gemeinen Nutzens verlangt wird.

## 2. „Kinderlärm ist nicht schädlich“

Welch seltsame Blüten die hier angelegte ideologische Begriffsbildung treiben kann, zeigt sich anhand eines aktuellen Vorschlags der CDU-Fraktion im Hessischen Landtag zur Änderung des Immissionsschutzrechts. Danach soll im Bundesimmissionsschutzgesetz künftig der Satz stehen: „Kinderlärm ist nicht schädlich“<sup>15</sup>. Lärmempfindliche Menschen, Personen mit gesundheitlich bedingtem Ruhebedürfnis werden’s mit Freuden vernehmen.

<sup>12</sup> Krit. dazu etwa Jarass, Zum Kampf um Kirchturmuhren und nächtens betriebene Tankstellen, JZ 1993, 601.

<sup>13</sup> BVerwG DVBl 1992, 1234, 1235.

<sup>14</sup> BVerwG DVBl 1992, 1234, 1235

<sup>15</sup> FAZ v. 16. Februar 2005.

Und natürlich wäre eine solche Regelung ausbaufähig. So wie die geplante Gesetzesergänzung nach den Vorstellungen der Initiatoren die „Familienfreundlichkeit“ im Lande verbessern soll<sup>16</sup>. so könnte man in Zeiten mangelnden Wirtschaftswachstums auf den Gedanken kommen, die Wirtschaftsfreundlichkeit in der Bundesrepublik durch Einfügung des Satzes zu steigern „Industrieemissionen sind nicht schädlich“. Für Bayern läge nach den scharfen Attacken, die in den letzten Jahren auch von Seiten prominenter Politiker gegen immissionsschutzrechtliche Beschränkungen des Betriebs von Biergärten geritten worden sind, die Einfügung einer Bestimmung des Inhalts nahe: „Der durch den Betrieb von Biergärten verursachte Lärm ist nicht schädlich“. Ein weites Feld an Argumentationsmöglichkeiten eröffnet auch die das Gesetzesprojekt aus Hessen begleitende Feststellung, Kinderlärm sei „Zukunftsmusik“<sup>17</sup>. Ist nicht das Aufheulen hochgezüchteter Motoren, das hämmernde Stakkato von Pressluftbohrern Musik in den Ohren einer auf industrielles Wachstum angewiesenen Gesellschaft?

Der zitierte Gesetzesvorschlag verdeutlicht noch einmal schlaglichtartig den Mechanismus ideologischer Begriffsbildung bei der Gestaltung von Rechtsregeln. Der Begriff der „Schädlichkeit“ einer Umwelteinwirkung, den das Gesetz über die empirisch feststellbaren bzw. prognostizierbaren *Realfolgen* der Einwirkung bei den Betroffenen definiert (§ 3 Abs. 1 BImSchG), wird durch die Einfügung *normativer* Voraussetzungen modifiziert, in denen bestimmte gesellschaftliche Wertungen zum Ausdruck kommen. Der aus dieser Verbindung von faktischen und normativen Elementen resultierende hybride Begriff ermöglicht es, Abwägungen zwischen kollidierenden Interessen und kontravalenten Wertungen nicht offen und explizit, sondern verdeckt über Definitionen vorzunehmen. Das Ziel der Gesetzesinitiative ist es, den rechtlichen Freiraum für Kinder zu ungestört-störendem Spielen zu Lasten des Ruhebedürfnisses der von dem Lärm betroffenen Personen zu erweitern. Selbst medizinisch feststellbare Gesundheitsschäden müssten danach, soweit durch Kinderlärm verursacht, hingenommen werden. Die angeregte Neugestaltung des Immissionsschutzrechts enthielte also im Vergleich zu der geltenden Regelung eine gravierende Umgewichtung der Interessen der Beteiligten.

Nun ist der Gesetzgeber frei, solche Umgewichtungen vorzunehmen, solange er damit die verfassungsrechtlich markierten Grenzen nicht überschreitet. Unter dieser Voraussetzung kann er auch aufgrund einer entsprechenden Interessenabwägung bestimmen, dass

---

<sup>16</sup> FAZ v. 16. Februar 2005.

<sup>17</sup> FAZ v. 16. Februar 2005.

Gesundheitsschäden, die durch den Lärm spielender Kinder verursacht werden, hinzunehmen sind. Die vorgeschlagene Regelung tut das in der Sache, aber unter falscher Flagge (und ist insofern ideologisch auch in dem pejorativen Sinne des Begriffs). Denn mit der geplanten Formulierung wird nicht ein Interessenkonflikt entschieden, sondern das Bestehen eines solchen Konflikts geleugnet. Wenn Kinderlärm nicht schädlich ist, gibt es nichts, was gegen das Interesse an ungestörtem Lärmen abgewogen werden müsste. Der Unterschied zwischen den Konstellationen eines überwiegendem Gegeninteresses einerseits, eines fehlenden Interesses andererseits wird rhetorisch eingeebnet, der Interessenkonflikt schlicht hinwegdefiniert.

### 3. *Kind als Schaden?*

Ein letztes Beispiel für eine Begriffsbildung, bei der gesellschaftliche Wertungen unvermittelt in Rechtsbegriffe einfließen, bietet die Entscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 88, 203) mit der Feststellung, der Grundsatz der Menschenwürde verbiete es, die Unterhaltspflicht für ein Kind zivilrechtlich als Schaden zu werten. „Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt ... von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten ... verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen. Die Rechtsprechung der Zivilgerichte zur Haftung für ärztliche Beratungsfehler oder für fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbrüche ... ist im Blick darauf der Überprüfung bedürftig“<sup>18</sup>.

Die Überlegungen zu dieser Argumentation können nach dem oben Gesagten knapp gehalten werden. Offensichtlich wird hier dem Schadensbegriff des Zivilrechts eine sozial wertende Komponente zugeschrieben, die auf die jeweilige „Schadensquelle“ ausstrahlen soll. Aber mit dieser normativen Aufladung des Schadensbegriffs wird dessen Funktion, die sich jedenfalls in dem fraglichen Kontext auf die Kennzeichnung nicht kompensierter Vermögensminderungen beschränkt, überfrachtet. Der Schadensbegriff fungiert hier als rechtstechnischer Begriff, dessen alltagssprachliche Konnotationen ebenso ausgeblendet werden müssen wie die des umgangssprachlichen Lärmbegriffs bei der Entscheidung über die

---

<sup>18</sup> BVerfGE 88, 203, 296.

immissionsrechtliche Zulässigkeit des Zeitschlagens von Kirchturmuhren. Schief ist deshalb auch die im Kontext der Diskussion um die Schadensqualität der Unterhaltsverpflichtung verschiedentlich gebrauchte Formulierung, die Geburt eines Kindes sei kein Schaden, sondern ein „freudiges Ereignis“. Dass die Geburt eines Kindes nach den offiziellen gesellschaftlichen Deutungsmustern wie aus der Sicht vieler (keineswegs aller) Eltern ein „freudiges Ereignis“ darstellt, schließt seine rechtliche Einordnung als Ursache von Vermögensminderungen natürlich nicht aus.

Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Entscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts weder in dem umfangreichen, hier nicht aufzulistenden Schrifttum zum Thema „Kindesunterhalt als Schaden“ noch in der Rechtsprechung selbst größere Gefolgschaft gefunden hat. Ebenso wie der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts<sup>19</sup> hat der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen<sup>20</sup> der Sichtweise des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts deutlich widersprochen.

Freilich ist (wie bei der Korrektur der Entscheidung des OVG Saarlouis durch das Bundesverwaltungsgericht) auch hier die Kritik nicht davor gefeit, bei der Beanstandung fragwürdiger Argumentationen fragwürdige Argumentationsmuster zu übernehmen. So macht der 6. Zivilsenat (BGHZ 124, 128) in seiner weithin überzeugenden Urteilsbegründung zwar zutreffend darauf aufmerksam, dass die Gefahr, aus der Unterhaltslast für ein ungewolltes Kind könne eine negative Einstellung der Eltern gegenüber diesem Kind resultieren, durch die Möglichkeit einer Verlagerung der Unterhaltslast sicher nicht gesteigert wird: „Sofern die Eltern dem Kind wirklich aus seiner Geburt erwachsende Unterhaltslasten in Form einer negativen Einstellung nachtragen sollten, würde diese Haltung jedenfalls nicht verbessert, wenn die Rechtsordnung es verbieten würde, denjenigen an dieser Belastung zu beteiligen, die sie vertragswidrig herbeigeführt haben“. Das ist als Abwehr der Argumentation, die rechtliche Qualifikation der Unterhaltspflicht als Schaden bedinge eine negative Einstellung der Eltern gegenüber diesem Kind und damit tendenziell eine Verletzung von dessen Würde, schlagend. Eine mögliche negative Einstellung der Eltern gegenüber dem ungewollten Kind hängt nicht davon ab, dass die Unterhaltslast *aus der Sicht der Rechtsordnung* als Schaden zu qualifizieren ist.

---

<sup>19</sup> BVerfGE 96, 375, 400.

<sup>20</sup> Ausführliche Argumentation in BGHZ 124, 128

Mit dem Zusatzargument aber, dass die Zubilligung von Schadensersatz für eine ärztlicherseits fehlerhaft nicht verhinderte Geburt eines behinderten Kindes dessen Stellung in der Familie sogar stärken könne, „weil hierdurch seine wirtschaftliche Lage verbessert und möglicherweise seine Wertschätzung innerhalb der Familie noch erhöht wird“, macht der Senat aber der von ihm angegriffenen Auffassung mehr Konzessionen, als erforderlich. Ob es dem Würdeschutz des Kindes, um den es letztlich geht, dienlich ist, wenn dessen Wertschätzung in der Familie (auch) davon abhängt, dass für dessen Geburt bzw. die aus ihr resultierenden Unterhaltslasten Schadensersatz erlangt werden kann, lässt sich mit Fug bezweifeln. Die „Verstärkung“ der Argumentation durch Umgewichtung eines Arguments des Diskussionspartners ist bisweilen eine riskante Strategie.. Ein schönes Beispiel dafür findet sich in Salcia Landmanns Sammlung Jüdischer Witze. Ich darf es zum Schluss eines Beitrags, der einem Kollegen gewidmet ist, für den wissenschaftlicher Ernst nie ein unüberwindbares Hindernis für eine spöttisch-heitere Sicht der Dinge gewesen ist, in freier Wiedergabe zitieren: „Ignaz zu seiner Frau Sarah: ‚Sarah, ich glaube der Davidl ist nicht von mir‘. Sarah, empört: ‚Wie kannst Du so etwas sagen! *Gerade* der Davidl ist doch von Dir!‘.“

Am Rande: Auch der damit angedeutete Themenbereich wäre angesichts einschlägiger aktueller zivilrechtlicher Gerichtsentscheidungen und strafrechtlicher Gesetzgebungsprojekte ein dankbarer Gegenstand von Betrachtungen zum Verhältnis von Ideologie und Recht. Aber das ist, mit Moustache zu reden, eine andere Geschichte.