

## **Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung**

**Jörg Neuner**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Neuner, Jörg. 2014. "Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung: Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung." *Archiv für die civilistische Praxis* 214 (4): 459–510.  
<https://doi.org/10.1628/000389914X14061177683651>.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**



# Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung

Facetten durchkreuzter Nachwuchsplanung

von Prof. Dr. Jörg Neuner, Universität Augsburg

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung . . . . .	460
II.	Das planwidrige Kind . . . . .	461
1.	Die missglückte Empfängnisverhütung . . . . .	461
a)	Vertragliche Ansprüche . . . . .	462
a.)	Existenz als Schaden . . . . .	462
a.)	Unterhalt als Schaden . . . . .	462
a.)	Lebensführung als Schaden . . . . .	466
a.)	Schwangerschaft als Schaden . . . . .	467
a.)	Schutzzweck . . . . .	468
a.)	Schutzbereich . . . . .	468
b)	Deliktische Ansprüche . . . . .	469
b.)	Verletzung des Körpers . . . . .	469
b.)	Verletzung eines „sonstigen Rechts“ . . . . .	470
b.)	Sittenwidrige Schädigung . . . . .	472
c)	Ansprüche aus Gefährdungshaftung . . . . .	472
2.	Der verhinderte Schwangerschaftsabbruch . . . . .	473
a)	Fristenlösung mit Beratungsregelung . . . . .	473
b)	Medizinisch-soziale Indikation . . . . .	474
c)	Kriminologische Indikation . . . . .	475
III.	Das behinderte Kind . . . . .	475
1.	Die nicht verhinderte Konzeption . . . . .	476
a)	Ansprüche der Eltern . . . . .	476
a.)	Fehlerhafte Empfängnisverhütung . . . . .	477
a.)	Fehlerhafte Beratung . . . . .	477
a.)	Fehlerhafte PID . . . . .	477
b)	Ansprüche des Kindes . . . . .	479
b.)	Deliktsrechtliche Ansprüche . . . . .	480
b.)	Vertragliche Ansprüche . . . . .	481
2.	Der verhinderte Schwangerschaftsabbruch . . . . .	484
a)	Ansprüche der Eltern . . . . .	484
b)	Ansprüche des Kindes . . . . .	485
3.	Die pflichtwidrige Adoptionsvermittlung . . . . .	486
IV.	Das aufgedrängte Kind . . . . .	487
1.	Der nicht konsentierte Geschlechtsverkehr . . . . .	487
a)	Ansprüche des Kindes . . . . .	487
b)	Ansprüche des Opfers . . . . .	488
c)	Ansprüche des Partners . . . . .	488

2. Die nicht konsentierte künstliche Befruchtung .....	489
a) Fehlende Einwilligung .....	489
a. Vertragliche Ansprüche .....	489
b. Deliktsrechtliche Ansprüche .....	490
b) Widerruf der Einwilligung .....	493
c) Mehrlingsgeburt .....	493
3. Die nicht konsentierte Embryonenadoption .....	493
4. Die nicht konsentierte Konzeption .....	494
a) Vertragliche Ansprüche .....	494
b) Deliktsrechtliche Ansprüche .....	496
5. Der Scheinvater .....	497
V. Das vertauschte Kind .....	498
1. Das vertauschte Neugeborene .....	498
a) Feststellbare Elternschaft .....	498
b) Nicht feststellbare Elternschaft .....	501
2. Der vertauschte Embryo .....	501
a) Abstammungsrechtliche Folgen .....	502
b) Schadensersatzrechtliche Folgen .....	502
3. Die vertauschte Keimzelle .....	504
a) Die vertauschte Eizelle .....	504
b) Die vertauschte Samenzelle .....	504
VI. Das verhinderte Kind .....	505
1. Verlust der Zeugungsfähigkeit .....	505
2. Vernichtung von Keimzellen .....	506
3. Verletzung von Leben .....	507
a) Kleinkind .....	507
b) Nasciturus .....	507
c) Embryo .....	508
VII. Thesen .....	509

### *I. Einleitung*

Die Nachwuchsplanung kann auf ganz unterschiedliche Weise durchkreuzt werden. Während manche den Wunsch nach Kindern nicht selbstständig realisieren können und sich deshalb Hilfe von der Reproduktionsmedizin erhoffen, versuchen andere mit medizinischer Unterstützung eine Schwangerschaft generell oder bei bestimmten Indikationen zu verhindern. In beiden Konstellationen können verschiedenartigste Komplikationen und Rechtsprobleme auftreten. Von besonderer Aktualität sind Fehler, die bei der In-vitro-Fertilisation, der Präimplantationsdiagnostik oder dem intrauterinen Transfer unterlaufen, wenn etwa Embryonen bei der Einpflanzung in die Gebärmutter vertauscht werden. Die Nachwuchsplanung kann auch dadurch gestört werden, dass einem Elternteil ein Kind aufgedrängt wird, beispielsweise durch das heimliche Absetzen des Kontrazeptivums, ebenso wie es um-

gekehrt möglich ist, dass Kinderwünsche durch den Partner oder einen Dritten vereitelt werden. In allen diesen Fällen ist primär das „Recht auf reproduktive Autonomie“<sup>1</sup> betroffen, also über das Ob, Wann und Wie der eigenen Fortpflanzung selbstbestimmt entscheiden zu können<sup>2</sup> – ein Recht, das auch einen umfassenden verfassungsrechtlichen Schutz gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 sowie Art. 6 Abs. 1 GG genießt.<sup>3</sup>

## *II. Das planwidrige Kind*

Nicht selten sind Dritte dafür (mit-)verantwortlich, dass ein Kind planwidrig zur Welt kommt. Die Gründe können entweder in einer missglückten Empfängnisverhütung oder in der Verhinderung eines Schwangerschaftsabbruchs liegen. Inwieweit hier Schadensersatzansprüche der Eltern in Betracht kommen („*wrongful pregnancy claims*“), ist auch international stark umstritten.<sup>4</sup>

### *1. Die missglückte Empfängnisverhütung*

Dritte können eine geplante Empfängnisverhütung auf unterschiedliche Weise vereiteln. Zu früher Berühmtheit gelangte der Fall des Apothekers, der seiner Kundin anstelle des verschriebenen Ovulationshemmers „*Eugynon*“ versehentlich das Magenpräparat „*Enzymorm*“ aushändigte.<sup>5</sup> Eine andere Frau wurde schwanger, weil die Sterilisation aufgrund einer ungeeigneten Methode fehlschlug und ihr überdies das Versagerrisiko nicht mitgeteilt wurde.<sup>6</sup> Bei einem weiteren ärztlichen Kunstfehler wurde einer Frau postoperativ ein In-

<sup>1</sup> Dworkin, Die Grenzen des Lebens, 1994, S. 207 ff.; s. auch im Original *ders.*, Life's Dominion, 1993, S. 148 ff. („right of procreative autonomy“).

<sup>2</sup> Vgl. Gutmann, in: Weilert, Spätabbruch oder Spätabtreibung – Entfernung einer Leibesfrucht oder Tötung eines Babys?, 2011, S. 55 ff. (68); ausführlich bereits Robertson, Children of Choice, 1994, S. 16 ff., 22 ff.

<sup>3</sup> S. nur Hufn, MedR 2001, 440 ff. (442); Gassner/Kersten/Krüger/Lindner/Rosenau/Schroth, Fortpflanzungsmedizingesetz, 2013, S. 31 f.

<sup>4</sup> S. rechtsvergleichend etwa Bernat, MedR 2010, 169 ff. (172 ff. zu Österreich); Essebier, ZEuP 2007, 888 ff. (zur Schweiz); Stürner, JZ 1998, 317 ff. (321 zu England); Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, 2002, S. 121 ff. (zu den USA); Arnold, VersR 2004, 309 ff. (zu Frankreich); monographisch Winter, „Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“ – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung für neues Leben in Deutschland und Frankreich, 2002.

<sup>5</sup> LG Itzeboe FamRZ 1969, 90 f.; zur Problematik des Mitverschuldens s. unten im Text bei Fn. 29 f.

<sup>6</sup> BGH NJW 1984, 2625 f.

trauterinpessar (Spirale) aus Versehen nicht wieder eingesetzt.<sup>7</sup> Der Behandlungsfehler kann auch bei einem Mann erfolgen, wenn beispielsweise eine Vasektomie (Durchtrennung der Samenleiter) nicht *lege artis* durchgeführt wird.

### *a) Vertragliche Ansprüche*

In allen vorgenannten Fällen hat der Vertragspartner eine Pflicht gem. § 280 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB) verletzt. Problematisch ist insbesondere der Schaden.

#### *a. Existenz als Schaden*

In der Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehende Übereinstimmung, dass das ungewollte Kind *als solches* keinen Schaden darstellt.<sup>8</sup> Jedes Kind ist als eigenständiges Rechtssubjekt und als Person im moralischen Sinn, d.h. mit einem Zweck an sich selbst, zu respektieren. Eine Qualifizierung der kindlichen Existenz als Schaden würde den personalen Eigenwert des Kindes negieren und nicht zuletzt die Menschenwürde des Kindes gem. Art. 1 Abs. 1 GG verletzen.

#### *b. Unterhalt als Schaden*

Umstritten ist hingegen, ob die für die Eltern entstehenden Unterhaltsverpflichtungen (§§ 1601 ff. BGB) einen ersatzfähigen Schaden begründen. Nach einer Ansicht, der auch der 2. Senat des *BVerfG* in einem *obiter dictum* folgte,<sup>9</sup> lässt sich der Unterhaltsaufwand wertungsmäßig nicht von dem moralischen und rechtlichen Status des Kindes abspalten.<sup>10</sup> Der Unterhaltsaufwand beruhe auf der Existenz des Kindes, sodass dessen schadensersatzrechtliche Geltend-

<sup>7</sup> Vgl. *Hoge Raad*, Rechtspraak van de Week (RvdW) 1997 Nr. 54 C, S. 340, zit. nach *v. Bar*, ZEuP 1998, 324 ff. (327).

<sup>8</sup> Vgl. nur BGHZ 76, 249 ff. (253); OLG Bamberg NJW 1978, 1685 ff. (1685); Bamberger/Roth/Spindler, Beck'scher-Onlinekommentar, BGB, Stand: 01.11.2013, § 823 Rn. 752; Stathopoulos, FS Canaris, Bd. 1, 2007, S. 1213 ff. (1216); Looschelders, in: Wolter/Arndt, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 93 ff. (109) m.w.N.

<sup>9</sup> BVerfGE 88, 203 ff. (296 und 14. Leitsatz); a.A. *BVerfG* (1. Senat) NJW 1998, 519 ff.

<sup>10</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW 1983, 341 ff.; OLG Bamberg NJW 1978, 1685 ff.; Selb, JZ 1971, 201 ff. (202); Roth, FuR 1993, 305 ff. (307 f.); Lankers, FamRZ 1969, 384 ff. (385 ff.).

machung notwendig ein Negativurteil über das Kind impliziere.<sup>11</sup> Hinzu trete die Gefahr einer Traumatisierung des Kindes, wenn es später einmal erfährt, dass die Rechtsordnung seine Geburt als Schadensereignis wertet und seine Unerwünschtheit auch noch durch die Anerkennung fortlaufender Unterhaltskosten als Vermögensschaden fixiert.<sup>12</sup>

Diese Kritik an der Differenzierung zwischen den Unterhaltskosten und dem Status des Kindes vermag nicht zu überzeugen.<sup>13</sup> In der heutigen Zeit ist es weder atypisch noch gesellschaftlich verpönt, wenn Kinder planwidrig zur Welt kommen. Selbst Eltern, die aufgrund eigener Nachlässigkeit unerwartet Nachwuchs bekommen, berichten mitunter ganz offen und ungezwungen, bei der Verhütung „nicht aufgepasst zu haben“. Für das betroffene Kind ist es auch nicht entwürdigend zu erfahren, dass seine Konzeption nicht vorgesehen war. Mit dieser Feststellung wird nur eine abstrakte Aussage getroffen, die über das *konkrete* Kind nichts Negatives besagt. Die Kundgabe, dass ein Kind nicht eingeplant war, bezieht sich ganz generell und retrospektiv auf das fehlende Verlangen nach Nachkommenschaft und bringt nicht zum Ausdruck, dass das nunmehr geborene Kind als solches oder aufgrund irgendwelcher persönlicher Eigenschaften unerwünscht ist. Mit dem „Outing“ der Eltern ist zwar die nivellierende Wertung verbunden, dass es sich um kein originäres „Wunschkind“ handelt, doch ist für das Wohl des Kindes nicht die ursprüngliche Intention der Erzeuger das Entscheidende, sondern die aktuelle, immer wieder neu zu verfestigende Beziehung zu den Eltern.

Des Weiteren wirkt auch die Bewertung der Unterhaltskosten als Schaden keineswegs herabsetzend oder entwürdigend für das Kind.<sup>14</sup> Aus Sicht des Kindes sind dessen Unterhaltsansprüche gegenüber den Eltern *originäre soziale Rechte*,<sup>15</sup> die der Existenzsicherung und damit seinen Fundamentalinteressen dienen. Ebenso wie die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen gegenüber den Eltern keine negative Konnotation hervorruft, gilt dies erst recht für die Erstattung der Kosten seitens Dritter. Durch die Aufstockung

<sup>11</sup> Vgl. *Laufs*, NJW 1998, 796 ff. (797); *Löwe*, VersR 1970, 430 f.; *Picker*, AcP 195 (1995), S. 483 ff. (503 ff.); ähnlich auch *Bydlinski*, Liber amicorum Koziol, 2000, S. 29 ff. (35 ff., sofern es sich um keine „ganz außergewöhnliche Belastung“ handelt).

<sup>12</sup> Vgl. OLG Bamberg NJW 1978, 1685 ff. (1687); *Stürner*, JZ 1998, 317 ff. (324 f.).

<sup>13</sup> Vgl. auch BGH NJW 2008, 2846 ff. (Tz. 12); *Staudinger/Schiemann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2005, § 249 Rn. 208 f.; *Bernat*, MedR 2010, 169 ff. (174 f.); *Stathopoulos*, FS Canaris, Bd. 1, 2007, S. 1213 ff. (1217 f., 1221); *Müller*, NJW 2003, 697 ff. (699); *Grunsky*, Jura 1987, 82 ff. (83); *Reinelt*, FamRZ 1976, 572 ff. (573 f.); *Heldrich*, JuS 1969, 455 ff. (458 f.); *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 347 ff.; *Reinhart*, Familienplanungsschaden, 1999, S. 46 ff.; *Waibl*, Kindesunterhalt als Schaden, 1986, S. 59 ff.

<sup>14</sup> Ebenso *Tiedemann*, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 3. Aufl. 2012, S. 451.

<sup>15</sup> S. näher *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 240 f.

des Familienbudgets werden zudem nicht nur die Eltern finanziell entlastet, sondern es erlangt auch das Kind unmittelbare oder mittelbare Vorteile.<sup>16</sup> Andererseits wird der haftende Vertragspartner (Arzt) durch die Schadensersatzpflicht nicht unbillig belastet.<sup>17</sup> Aufgrund seiner Pflichtverletzung wurde die Kinderplanung durchkreuzt und den Eltern im Sinne der Differenzmethode ein materieller Schaden in Form der Unterhaltsverpflichtungen zugefügt.<sup>18</sup> Nach Berechnungen des statistischen Bundesamts kostet ein Kind bis zu seinem 18. Geburtstag deutlich über 100.000,- € (wovon nur einen geringen Teil der Staat übernimmt).<sup>19</sup> Nicht nur einkommensschwache Familien können oder wollen sich deshalb ein (weiteres) Kind nicht leisten.

Mehr Gewicht hat der Einwand, dass die Unterhaltsverpflichtungen gleichsam durch die elterliche Freude und familiäre Verbundenheit mit dem Kind ausgeglichen würden.<sup>20</sup> Den finanziellen Nachteilen stünden Vorteile gegenüber („*benefit rule*“<sup>21</sup>), die nicht nur ideeller Natur seien, sondern sich zusätzlich in (späteren) Unterhaltsansprüchen gegenüber dem Kind (§§ 1601 ff. BGB), in Dienstleistungspflichten des Kindes (§ 1619 BGB) sowie in einer erb- bzw. pflichtteilsrechtlichen Stellung (§§ 1925, 2303 Abs. 2 BGB) manifestieren können. Immaterielle Werte und materielle Vermögensbelastungen werden von der Rechtsordnung indes grundsätzlich als inkommensurabel erachtet.<sup>22</sup> Die Eltern haben die ideellen Vorteile in ihrer ursprünglichen Entscheidung zur Empfängnisverhütung auch nicht goutiert, sodass diese bei der Bemessung des Schadensersatzanspruches nicht reduzierend wirken können.<sup>23</sup> Materielle Vorteile sind hingegen höchst ungewiss. Treten sie ausnahmsweise tatsächlich ein, kommt eine Abänderungsklage gem. § 323 ZPO in Betracht.<sup>24</sup>

---

<sup>16</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 788 ff. (792); Giesen, JZ 1994, 286 ff. (291).

<sup>17</sup> S. zu dem zusätzlichen Effekt eines Anreizes zu sorgfältigem Verhalten Münchener Kommentar/Wagner, BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 149.

<sup>18</sup> Zum Vermögensschaden in Form der Belastung mit einer Verbindlichkeit s. näher Diederichsen, VersR 1981, 693 ff. (693) m.w.N.

<sup>19</sup> Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, 6/2006, S. 652 ff.; näher zu den staatlichen Leistungen und Förderungen: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Familienreport 2012, Leistungen, Wirkungen, Trends, S. 44 ff.

<sup>20</sup> Der Einwand, die Eltern könnten ihr Kind zur Adoption frei geben, ist sowohl im Interesse des Kindes als auch der Familie als Ganzer offenkundig unbeachtlich; vgl. nur BGHZ 76, 259 ff. (264); Waibl, Kindesunterhalt als Schaden (oben Fn. 13), S. 169 ff.; Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 501 ff.

<sup>21</sup> S. näher Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, 1993, Rn. 230 m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. OLG Celle NJW 1978, 1688 ff. (1689); Mertens, FamRZ 1969, 251 ff. (254); Giesen, FamRZ 1970, 565 ff. (568 f.).

<sup>23</sup> Vgl. BGHZ 76, 259 ff. (267).

<sup>24</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1975, 595 ff. (596); Heldrich, JuS 1969, 455 ff. (459).

Die Höhe des ersatzfähigen Unterhaltsanspruches bemisst sich nach Ansicht des *BGH* an den *durchschnittlichen* Aufwendungen für ein Kind und nicht nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen der Familie.<sup>25</sup> Diese Betrachtungsweise weicht von der üblichen Schadensberechnung ab (etwa im Hinblick auf § 844 Abs. 2 BGB), ist aber sachgerecht, weil die Kosten abstrakt und losgelöst von dem betroffenen Kind und seinen Eltern ermittelt werden.<sup>26</sup> Eine solche egalitäre Handhabung vermeidet eine potentielle Stigmatisierung des Kindes bei der Schadensberechnung und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Unterhaltsbedürftigkeit des Kindes durch den Schuldner (mit-)begründet wurde. Die Eltern sind dem Kind zwar entsprechend ihrer individuellen Leistungsfähigkeit unterhaltpflichtig und erleiden insoweit volumnäßig eine Vermögenseinbuße, doch resultiert die Höhe der Unterhaltpflicht aus dem familiären Näheverhältnis, das dem Schuldner nicht zurechenbar ist. Dies zeigt auch folgender theoretischer Vergleich: Gäbe es keine verwandtschaftlichen Unterhaltpflichten, wäre folgerichtig der verantwortliche Vertragspartner unmittelbar selbst als unterhaltsverpflichtet anzusehen. Er müsste dann einen bestimmten, generell festzulegenden Betrag an das Kind leisten.<sup>27</sup> Angesichts dieser alternativen Direkthaftung erscheint es unbillig, familiäre Interna in die Berechnung des Unterhaltsanspruches miteinzubeziehen.

Der Schuldner hat demnach lediglich, aber auch stets, einen objektiv zu bestimmenden Barunterhalt zu leisten, der nach der Rechtsprechung 135 % des Regelsatzes der früheren Regelbetrags-Verordnung betrug (vgl. nunmehr § 1612 a Abs. 1 BGB), abzüglich des Kindergeldes. Hinzu kommt der Betreuungsunterhalt, der die Höhe des Barunterhalts grundsätzlich erreichen kann.<sup>28</sup> Zu berücksichtigen ist ferner ein Mitverschulden der Eltern, das beispielsweise in der unreflektierten Einnahme eines Magenmittels liegen kann, das der Apotheker versehentlich als Ovulationshemmer aushändigte,<sup>29</sup> nicht aber in einem später unterlassenen Schwangerschaftsabbruch.<sup>30</sup> Eine Haf-

<sup>25</sup> BGHZ 76, 259 ff. (270); *BGH NJW* 1980, 1450 ff. (1452); vgl. auch Müller, *NJW* 2003, 697 ff. (705 f.); kritisch Soergel/*Spickhoff*, BGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh. I Rn. 189; Zimmermann, *JZ* 1981, 86 ff. (88 ff.); Bydlinski, *Liber amicorum Koziol*, 2000, S. 29 ff. (35).

<sup>26</sup> Vgl. auch *Medicus*, VersR 1981, 593 ff. (603).

<sup>27</sup> Vgl. auch *Medicus*, VersR 1981, 593 ff. (603: „funktional eher dem Kindergeld zahlenden Staat vergleichbar“); Boin, JA 1995, 425 ff. (429: „in einer quasi ‚außerehelichen, erzeugerähnlichen‘ Position“).

<sup>28</sup> *BGH NJW* 2007, 989 ff. (992); zu Gegenkonzeptionen ausführlich Harrer, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung, 1989, S. 41 ff. m. umf. N.

<sup>29</sup> Vgl. oben bei Fn. 5.

<sup>30</sup> Vgl. nur BGHZ 76, 259 ff. (264); Münchener Kommentar/*Oetker*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 39; Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 506 ff.

tung kann auch dann ausnahmsweise entfallen, wenn der haftungsrechtliche Zurechnungsgrund in Form der Störung der Familienplanung nachträglich wegfällt (beispielsweise aufgrund des plötzlichen Todes aller vorgeborenen Geschwister).<sup>31</sup> Die Dauer des Unterhaltsschadensersatzes ist begrenzt bis zum Eintritt der Volljährigkeit, mit der Option einer anschließenden Feststellungsklage.<sup>32</sup>

### *c. Lebensführung als Schaden*

Über die Unterhaltskosten hinaus kommt als weiterer erstattungspflichtiger Schaden die eingeschränkte Lebensführung der Eltern in Betracht.<sup>33</sup> Die durch das ungewollte Kind verursachten Beeinträchtigungen der Eltern sind immaterieller Natur, soweit es sich um Unannehmlichkeiten handelt, wie etwa Störungen der Nachtruhe, begrenzte Urlaubsfreuden oder generelle Einengungen der Lebensgestaltung. Außerdem sind materielle Einbußen der Eltern denkbar, wenn beispielsweise durch die Betreuung des Kindes der Verdienst entfällt oder das berufliche Fortkommen vereitelt wird.

In diesen materiellen und immateriellen „Belastungen“ der Eltern spiegelt sich indes die Persönlichkeit des Kindes wieder. Während Unterhaltsleistungen die Bedürfnisse des Kindes befriedigen, also der Existenzsicherung des Kindes dienen und ihm zu Gute kommen sollen, handelt es sich bei den darüber hinausgehenden Einschränkungen und Umstellungen der elterlichen Lebensführung um Auswirkungen der zwischenmenschlichen Beziehung zum Kind. Anders als Unterhaltsansprüche, die aus Sicht des Kindes originäre soziale Rechte verkörpern,<sup>34</sup> lassen Entschädigungsansprüche das Kind als Last erscheinen. Die Eltern würden das Dasein des Kindes als persönlichen Nachteil definieren, der kompensationsbedürftig ist. Damit wäre das Kind in seiner Individualität und Persönlichkeit zum Schadensposten degradiert und insofern in seiner Würde verletzt. Zudem wäre der Vertragspartner einer unabsehbaren Haftung ausgesetzt. Billigerweise haftet der Vertragspartner daher nur für die Unterhaltsleistungen an das Kind, nicht aber für mittelbare Schäden, die die Eltern erleiden.<sup>35</sup> Auf der vertraglichen Ebene ist ein immaterieller Schadensersatz überdies schon im Umkehrschluss zu § 253 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, weil der Gesetzgeber eine Einbeziehung des allgemei-

---

<sup>31</sup> *BGH NJW* 2007, 989 ff. (990); 1980, 1452 ff. (1454).

<sup>32</sup> Vgl. *BGH NJW* 1980, 1452 ff. (1456); s. dazu auch ausführlich *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 469 ff. m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. *Mörsdorf-Schulte*, *NJW* 2007, 964 ff. (967 f.).

<sup>34</sup> S. auch schon oben im Text bei Fn. 15.

<sup>35</sup> Vgl. *BGH NJW* 1997, 1638 ff. (1640).

nen Persönlichkeitsrechts in den Katalog des § 253 Abs. 2 BGB ausdrücklich ablehnte.<sup>36</sup>

#### *d. Schwangerschaft als Schaden*

Das Herbeiführen einer ungewollten Schwangerschaft samt späterer Geburt impliziert selbst bei einem komplikationslosen physiologischen Verlauf einen erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität der Frau.<sup>37</sup> Wurde der Frau ein falsches oder fehlerhaftes Kontrazeptivum verabreicht, ist die Körperverletzung eine unmittelbare Folge der vertraglichen Pflichtverletzung.<sup>38</sup> Bei einer missglückten Operation (z.B. einer Sterilisation) wird bereits durch den nicht konsentierten ärztlichen Eingriff der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, sodass die Schwangerschaft eine weitere hieraus resultierende Verletzung des Körpers darstellt.<sup>39</sup>

In beiden Fällen ist lediglich fraglich, ob die Qualifizierung der Schwangerschaft als erstattungsfähiger Schaden, verbunden mit Schmerzensgeldansprüchen gem. § 253 Abs. 2 BGB, die Würde des Kindes verletzt. Dies ist jedoch zu verneinen,<sup>40</sup> da die Mutter dem Kind durch das Austragen der Schwangerschaft in existentieller Weise dient. Ebenso wie bei der späteren (postnatalen) Betreuungstätigkeit<sup>41</sup> geht es im vorgelagerten Stadium der Schwangerschaft allein darum, die soziale Leistung der Mutter, die sie zugunsten des Embryos erbringen muss, zu entschädigen.<sup>42</sup> Die Mutter bekommt keinen Schadensersatz, weil ihr das Kind zur Last fällt oder gar schadet, sondern im Gegenteil, weil sie das bedürftige Kind bereits vorgeburtlich „betreut“ und sich dafür körperlich einbringen muss. Eine solche Kompensationsleistung liegt – vergleichbar dem Mutterschaftsgeld – nur im Interesse des Kindes.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> S. BT-Drucks. 14/7752, S. 24 f.; kritisch zur fehlenden Kodifizierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Staudinger/Schiemann (oben Fn. 13), § 253 Rn. 24 f.

<sup>37</sup> Vgl. BGH NJW 2008, 2846 ff. (Tz. 13); 1985, 671 ff. (673 f.); BaRo/Spindler (oben Fn. 8), § 823 Rn. 750; Harrer, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung (oben Fn. 28), S. 223 ff.; a.A. Schiemann, JuS 1980, 709 ff. (710).

<sup>38</sup> Eine (zusätzliche) Gesundheitsverletzung, die tatbestandlich einen Krankheitscharakter voraussetzt, kommt nur bei Komplikationen während des Schwangerschaftsverlaufs in Betracht.

<sup>39</sup> Belastungen der Mutter *nach* der Geburt (Depressionen, Überlastungssyndrom u.a.), die von jedem Kind verursacht werden können, sind dem Arzt jedoch nicht mehr zurechenbar, vgl. BGH NJW 1995, 2412 f. (2413) m.w.N.

<sup>40</sup> So im Ergebnis auch Olzen/Kubiak, JZ 2013, 495 ff. (501) m.w.N.

<sup>41</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 28.

<sup>42</sup> S. auch Sacksofsky, KJ 2003, 274 ff. (286), wonach „der Embryo von der Mutter der Sache nach ein Leistungsrecht beansprucht.“

<sup>43</sup> A. A. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 1 f (S. 383): „Denn

### e. Schutzzweck

Ein Schadensersatz kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Schutz vor einer Schwangerschaft samt nachfolgenden Unterhaltsverpflichtungen Gegenstand des jeweiligen Vertrages ist, also die Verhinderung dieser Belastungen zum konkreten Schutzzweck des Vertrages gehört.<sup>44</sup> Die Rechtsprechung hat dies im Falle eines Gynäkologen verneint, der als Konsiliararzt hinzugezogen wurde, um bei einer bevorstehenden Operation Gefährdungen aufgrund einer Schwangerschaft zu erkennen.<sup>45</sup> Das Gleiche wurde bei einer ausschließlich medizinisch indizierten Sterilisation angenommen, die eine Frau durchführen ließ, um eine lebensbedrohliche weitere Schwangerschaft zu verhindern.<sup>46</sup>

### f. Schutzbereich

In den (personalen) Schutzbereich des Vertrages ist grundsätzlich auch der selbst nicht verhütende Ehepartner miteinbezogen. Eine unmittelbare vertragliche Einbeziehung des Ehepartners erfolgt gem. § 1357 BGB, wenn es sich um ein Geschäft zur „angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie“ handelt. Hierzu zählt der Kauf von Verhütungsmitteln, einschließlich der ärztlichen Beratung,<sup>47</sup> ebenso wie das Einsetzen eines Intrauterinpessars. Bei einem umfangreicheren Behandlungs- oder Krankenhausvertrag über einen operativen Eingriff (Sterilisation) kommt es darauf an, inwieweit er medizinisch indiziert und unaufschiebbar ist.<sup>48</sup>

Liegt kein Geschäft zur Deckung des Lebensbedarfs vor, können die Grundsätze über den *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* eingreifen. Die Voraussetzungen der Schuldernähe, der Erkennbarkeit sowie der (dogmatisch umstrittenen) Schutzbedürftigkeit des Dritten sind grundsätzlich erfüllt: Die ungewollten Unterhaltsverpflichtungen treffen den Sexualpartner gleicher-

es ist mit der Menschenwürde und dem Lebensrecht des Kindes (...) wohl kaum zu vereinbaren, daß die Rechtsordnung der Mutter die Beschwerlichkeiten, die mit seiner Menschwerdung (!) verbunden waren, ‚versilbert‘ (...); man stelle sich nur vor, daß das Kind von der Zahlung des Schmerzensgeldes erfährt!“.

<sup>44</sup> Vgl. *BGH NJW* 2007, 989 ff. (989); *MünchKomm/Oetker* (oben Fn. 30), § 249 Rn. 35; *Harrer*, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung (oben Fn. 28), S. 104 ff.

<sup>45</sup> *BGH NJW* 2000, 1782 ff.; s. auch *BGH NJW* 2005, 891 ff., wo eine Patientin den Hausarzt wegen einer Rötelnkrankung aufsuchte.

<sup>46</sup> *OLG Zweibrücken NJW-RR* 1997, 666 f.; kritisch *Quass*, *MedR* 1997, 361 ff. (362 ff.).

<sup>47</sup> Vgl. *LG München FamRZ* 1970, 314 ff. (315) m.w.N.

<sup>48</sup> Vgl. *Staudinger/Voppel*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2012, § 1357 Rn. 55; *Waibl*, Kindesunterhalt als Schaden (oben Fn. 13), S. 45 f.

maßen wie die unmittelbar involvierte Vertragspartei, dieses Haftungsrisiko ist dem Schuldner prinzipiell auch erkennbar und es fehlt dem Sexualpartner zudem an einem eigenen vertraglichen Anspruch mit vergleichbarem Inhalt. Die erforderliche Gläubigernähe besteht allerdings nur bei Ehepartnern oder Partnern einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft.<sup>49</sup> Bei nur flüchtigen oder kurzfristigen Beziehungen scheidet ein Anspruch aus. Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter findet seine Rechtfertigung in der sozialen Schutzbedürftigkeit von Personen, die in bestimmte Rechtsverhältnisse, insbesondere familienrechtlicher Art, *existentiell* eingebunden sind.<sup>50</sup> Gerade hieran fehlt es bei nur losen Beziehungen, namentlich dem sogenannten One-Night-Stand.<sup>51</sup> Der spontane Sexualpartner ist überdies nicht schutzlos, sondern in der Lage, selbst zu verhüten und wird beispielsweise auch bei einem Sturz im Treppenhaus nicht vom Schutzbereich des Mietvertrages des Einladenden erfasst. Unterhaltsverpflichtungen gehören bei diesem Personenkreis zum allgemeinen Lebensrisiko und rechtfertigen keine Einschränkung der Relativität von Schuldverhältnissen.

### *b) Deliktische Ansprüche*

Ein deliktischer Anspruch brächte vor allem jenen Sexualpartnern Vorteile, denen (infolge einer nur kurzfristigen Beziehung) keine vertraglichen Rechte über das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zustehen.<sup>52</sup> Zudem könnten schuldhaft handelnde Hersteller fehlerhafter Verhütungsprodukte belangt werden, zu denen eine vertragliche Beziehung nicht begründet wurde.

#### *a. Verletzung des Körpers*

Unter § 823 Abs. 1 BGB (bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB) fallen die mit der Schwangerschaft einhergehenden Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität und Gesundheit der Mutter.<sup>53</sup> Die späteren Unterhaltsverpflichtungen beruhen hingegen auf der Existenz des Kindes und nicht auf dem Eingriff in den Körper der Mutter. Sie werden deshalb vom Schutzzweck der Norm nicht erfasst.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Vgl. *BGH NJW* 2007, 989 ff. (Tz. 23 ff.); Palandt/*Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Aufl. 2014, § 249 Rn. 73.

<sup>50</sup> S. näher *Neuner*, JZ 1999, 126 ff. (128 f.).

<sup>51</sup> A. A. *Mörsdorf-Schulte*, NJW 2007, 964 ff. (966 f.).

<sup>52</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 51.

<sup>53</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 37 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *OLG Frankfurt NJW* 1993, 2388 f. (2389); *Mertens*, FamRZ 1969, 251 ff. (252); *Reinelt*, FamRZ 1976, 572 ff. (576).

*b. Verletzung eines „sonstigen Rechts“*

Die Unterhaltskosten könnten jedoch gem. § 823 Abs. 1 BGB wegen einer Verletzung des *Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung* erstattungsfähig sein. Dem Grunde nach ist ein solcher deliktsrechtlicher Schutz anzuerkennen, da die Familienplanung die enge persönliche Lebenssphäre betrifft und über die Wahrnehmung der allgemeinen Handlungsfreiheit hinausgeht. Ähnlich wie Eingriffe in die Intimsphäre weist das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung einen sehr starken persönlichen Gehalt auf und ist deshalb als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>55</sup> zu qualifizieren.<sup>56</sup> So wäre es offenkundig unstimmig, wollte man die publizistische Vermarktung des ehelichen oder außerehelichen Sexuallebens eines Dritten als Persönlichkeitsrechtsverletzung werten, nicht aber tatsächliche Eingriffe in die reproduktive Freiheit, die zu existentiellen Veränderungen führen. Auch Vergleiche mit dem Recht am eigenen Bild sowie dem Recht der elterlichen Sorge als „sonstige Rechte“ gem. § 823 Abs. 1 BGB bestätigen das Erfordernis eines deliktsrechtlichen Schutzes. Tatbeständlich wird in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung insbesondere eingegriffen, wenn ein Arzt, Pharmaunternehmer oder sonst Verantwortlicher eine Schwangerschaft nicht verhindert und damit für ungewollte Nachkommenschaft (mit-)ursächlich ist.

Eine Haftung setzt weiter voraus, dass die (Mit-)Verantwortlichkeit für die Geburt und Existenz eines Kindes als *rechtswidrige* unerlaubte Handlung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB gewertet werden kann. Hierfür bedarf es einer Interessenabwägung, bei der auf der einen Seite zu berücksichtigen ist, dass die Eltern nicht autonom über ihre Nachkommenschaft entscheiden konnten. Auf der anderen Seite sind neben den Belangen des Eingreifenden auch die Interessen des mitbetroffenen Kindes zu bedenken, die darauf gerichtet sind, nicht zum störenden Element der Familienplanung und zur *persona non grata* erklärt zu werden.

Diese Interessen zu bewerten und zu gewichten, ist, abgesehen von dem grundrechtlichen Fundamentalschutz, in erster Linie dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten und aufgegeben. Bezeichnenderweise ent-

---

<sup>55</sup> Da das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung im Unterschied etwa zum Namensrecht gem. § 12 BGB oder dem Recht am eigenen Bild gem. § 22 KunstUrhG spezialgesetzlich nicht normiert ist, handelt es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und um kein eigenständiges „sonstiges Recht“ i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB.

<sup>56</sup> Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (oben Fn. 43), § 80 II 6 d (S. 515); Lankers, FamRZ 1969, 384 ff. (385); Holzwarth, Das Recht auf ungestörte Familienplanung als Konkretisierung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Diss. Tübingen, 1997, S. 113 ff.; a.A. OLG Frankfurt NJW 1993, 2388 f. (2389) m.w.N.

hält § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG eine einschlägige Vorgabe, wonach sich strafbar macht, „wer es unternimmt, eine Eizelle künstlich zu befruchten, ohne dass die Frau, deren Eizelle befruchtet wird, und der Mann, dessen Samenzelle für die Befruchtung verwendet wird, eingewilligt haben“. Der Gesetzgeber will mit dieser Regelung

„gewährleisten, daß das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen in einem für ihn besonders wesentlichen Bereich erhalten bleibt. Daneben will die Vorschrift aber auch Gefahren für die Entwicklung des Kindes entgegenwirken, die zumindest dann nicht ausgeschlossen werden können, wenn seine Erzeugung in einer dem Willen der Beteiligten nicht entsprechenden Weise erfolgt ist.“<sup>57</sup>

Wie § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG somit paradigmatisch zeigt, geht das Gesetz nicht davon aus, dass die (Mit-)Verantwortlichkeit für die Geburt eines Kindes *per se* rechtmäßig ist, vielmehr eine rechtswidrige Handlung darstellen kann. Wer demnach rechtswidrig und schuldhaft in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung gem. § 823 Abs. 1 BGB eingreift, haftet für den entstandenen Schaden. Der Schaden ist zwar wiederum nicht in der Existenz des Kindes zu sehen, jedoch in den *Unterhaltsverpflichtungen* der Eltern.<sup>58</sup> Obgleich die Unterhaltsverpflichtungen einen Vermögensschaden darstellen, sind sie als Folge der Verletzung des gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung erstattungsfähig. Die Erstattungspflicht ist für das Kind auch nicht herabsetzend, sondern bedeutet ebenso wie im Vertragsrecht lediglich eine Übernahme der materiellen Existenzsicherung durch Dritte.<sup>59</sup>

Nicht erstattungsfähig ist hingegen der *immaterielle Schaden*, den die Eltern aufgrund des Eingriffs in ihr Recht auf selbstbestimmte Familienplanung erleiden. Ein Schmerzensgeld würde eine Kompensation dafür darstellen, dass das Kind von den Eltern nicht gewollt war und die kindliche Existenz negativ bewerten. Es verbleibt daher auch deliktsrechtlich bei der bloßen Erstattung des Unterhaltsschadens.

Neben jener Person, die selbst ein mangelhaftes Verhütungsprodukt applizierte oder fehlerhaft behandelt wurde, gehört prinzipiell auch deren *Sexualpartner* zum deliktsrechtlich geschützten Personenkreis. Dass bei dem Partner, der selbst nicht verhütete, nur ein „mittelbarer“ Schaden vorliegt, spielt grundsätzlich keine Rolle. Wird beispielsweise einem Ehemann HIV-infizier-

---

<sup>57</sup> BT-Drucks. 11/5460, S. 10; vgl. auch Spickhoff/Müller-Terpitz, Medizinrecht, 2011, § 4 ESchG Rn. 1.

<sup>58</sup> Vgl. im Ergebnis auch MünchKomm/Wagner (oben Fn. 17), § 823 Rn. 151; Laurenz/Canaris, Schuldrecht II/2 (oben Fn. 43), § 80 II 6 d (S. 515); Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 574 ff.; Weber, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden?, 1988, S. 47 f. m.w.N.

<sup>59</sup> Vgl. oben im Text vor Fn. 34.

tes Blut übertragen, haftet der Krankenhasträger auch zusätzlich der Ehefrau, wenn diese sich später ansteckt.<sup>60</sup> Vom Schutzzweck der Norm werden allerdings nur Ehegatten oder Partner einer längerfristigen Beziehung erfasst, die aufgrund ihres ehelichen oder eheähnlichen Status besonders gefährdet sind. Ehegatten unterliegen zwar keiner Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr,<sup>61</sup> doch wird typischer und legitimer Weise eine fortdauernde Geschlechtsgemeinschaft angestrebt, der sich ein Partner nicht entziehen kann, ohne die Verbindung zu gefährden. Ein spontaner Geschlechtpartner unterliegt hingegen nicht diesen Abhängigkeiten und Kontinuitätserwartungen. Er gefährdet sich gleichsam selbst, kann eine Eigenvorsorge treffen und wird deliktsrechtlich daher nicht geschützt. Zudem wäre das Haftungsrisiko unverhältnismäßig groß, wenn infolge einer unzureichenden Verhütungsmaßnahme eine prinzipiell nicht vorhersehbare Anzahl an Partnerinnen Schadensersatzansprüche geltend machen könnte.

### *c. Sittenwidrige Schädigung*

Händigt der Apotheker aus „Spaß“ oder Rache anstelle des Ovulationshemmers absichtlich ein wirkungloses Produkt aus oder führt der Arzt die Sterilisation bewusst unzureichend durch, kommt eine Haftung gem. § 826 BGB in Betracht. Voraussetzung ist jeweils, dass sich der Vorsatz zumindest in Form des *dolus eventualis* auch auf den Unterhaltsschaden bezieht.<sup>62</sup>

### *c) Ansprüche aus Gefährdungshaftung*

Der Hersteller eines fehlerhaften Kondoms haftet gem. § 1 Abs. 1 ProdHaftG insbesondere für Körper- und Gesundheitsverletzungen, nicht aber für Unterhaltsverpflichtungen. Handelt es sich um ein fehlerhaftes Arzneimittel, etwa einen mangelhaften Ovulationshemmer, schließt § 15 Abs. 1 ProdHaftG eine Haftung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 ProdHaftG von vornherein aus.<sup>63</sup> Unterhaltskosten für ein Kind sind auch nicht nach den §§ 84, 87 AMG

---

<sup>60</sup> Vgl. BGHZ 163, 209 ff. (220 f.).

<sup>61</sup> Vgl. Münchener Kommentar/Roth, BGB, 6. Aufl. 2013, § 1353 Rn. 41; die Entscheidung *BGH NJW* 1957, 1078 ff. (1079; Pflicht zur Gewährung des Geschlechtsverkehrs in „Zuneigung und Opferbereitschaft“) wird mittlerweile als „Kuriosum“ bezeichnet, s. BaRo/Hahn (oben Fn. 8), § 1353 Rn. 9; a.A., eine Rechtspflicht bejahend, Staudinger/Voppel (oben Fn. 48), § 1353 Rn. 35 f.

<sup>62</sup> Vgl. BGHZ 196, 207 ff. (212 f.); Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 596.

<sup>63</sup> Vgl. OLG Köln VersR 1997, 1006 f. (1006); Staudinger/Oechsler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2013, § 2 ProdHaftG Rn. 32.

erstattungsfähig, da diese arzneimittelrechtlichen Bestimmungen lediglich eine Haftung bei Tötung sowie Körper- und Gesundheitsschäden (bezüglich der Schwangerschaft der Frau) vorsehen.<sup>64</sup> Insgesamt ist somit kennzeichnend, dass die Hersteller fehlerhafter Kontrazeptiva für Unterhaltsschäden keiner Gefährdungshaftung unterliegen, sondern nur bei Verschulden deliktsrechtlich haften.

## *2. Der verhinderte Schwangerschaftsabbruch*

Ab dem Zeitpunkt der Nidation ist ein Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218 a StGB straflos. Dritte können einen straflosen Abbruch auf unterschiedliche Weise vereiteln. Wird pränataldiagnostisch eine Schwangerschaft nicht erkannt, kann diese Fehldeutung zur Folge haben, dass die unwissende Frau die Option einer (rechtzeitigen) Interruptio überhaupt nicht zu erkennen und wahrzunehmen vermag.<sup>65</sup> Mitunter kommt es auch vor, dass ein geplanter Schwangerschaftsabbruch wegen eines ärztlichen Kunstfehlers nicht mit einem Abort endet. Inwieweit hier für die Unterhaltskosten des unerwünschten Kindes Schadensersatz verlangt werden kann, hängt von der Indikation des Abbruchs ab.

### *a) Fristenlösung mit Beratungsregelung*

Bei einem fehlgeschlagenen oder unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch, der allein auf einem Beratungsgespräch i.S.v. § 218 a Abs. 1 StGB beruht oder beruht hätte, scheidet ein Schadensersatzanspruch für die Unterhaltskosten des Kindes aus. § 218 a Abs. 1 StGB bestimmt, dass im Rahmen der Beratungsregelung lediglich der Straftatbestand des § 218 StGB „nicht verwirklicht“ wird, anders als bei den Indikationslösungen gem. § 218 a Abs. 2 und 3 StGB, die „nicht rechtswidrig“ sind. Diese gesetzliche Differenzierung legt nahe, dass ein Schadensersatz nur dann in Betracht kommt, „wenn der Abbruch der Rechtsordnung entsprochen hätte, also von ihr nicht missbilligt worden wäre.“<sup>66</sup> Zudem wirkt es für das betroffene Kind herabsetzend, wenn für Unterhaltsverpflichtungen Schadensersatz zu leisten ist, die aus dem miss-

---

<sup>64</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW 1993, 2388 f. (2389); Harrer, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung (oben Fn. 28), S. 316 ff.

<sup>65</sup> Zur Problematik des Nichterkennens einer Behinderung des *Nasciturus* s. unten im Text bei Fn. 113 ff.

<sup>66</sup> BGH NJW 2006, 1660 ff. (1661); s. auch OLG Koblenz NJW-RR 2006, 967 ff. (968, wonach „finanzielle Nachteile, deren Vermeidung das Gesetz nicht für gerechtfertigt erklärt, nicht kompensiert zu werden brauchen“); KG NJW-RR 2008, 1557 ff. (1557); Münchener Kommentar/Gropp, StGB, 2. Aufl. 2012, Vorbem. §§ 218 ff. Rn. 93;

glückten, anderweitig nicht indizierten Abtreibungsversuch der eigenen, bereits existenten Person resultieren. Bei einem nicht gerechtfertigten ärztlichen Eingriff bilden diese Verpflichtungen somit keinen erstattungsfähigen Schaden, auch wenn der Behandlungsvertrag als solcher rechtmäßig ist.<sup>67</sup>

### *b) Medizinisch-soziale Indikation*

Nach § 218 a Abs. 2 StGB ist ein Schwangerschaftsabbruch nicht rechtswidrig, „wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.“ Missglückt ein solcher medizinisch indizierter Eingriff und erleidet die Schwangere infolgedessen körperliche oder seelische Beeinträchtigungen,<sup>68</sup> stehen ihr Schadensersatzansprüche, insbesondere in Form von Schmerzensgeld, zu.<sup>69</sup>

Auf den Schutz vor belastenden Unterhaltsleistungen ist der Behandlungsvertrag hingegen prinzipiell nicht ausgerichtet.<sup>70</sup> Eine Ausnahme besteht nur insofern, als das spätere „Haben“ des Kindes sich negativ auf die Gesundheit der Mutter<sup>71</sup> auszuwirken droht.<sup>72</sup> In diesem Fall ist die Höhe der Unterhaltszahlungen aber nicht nach der üblichen, d.h. abstrahierenden Berechnungsmethode<sup>73</sup> zu bemessen, sondern nach der konkreten betreuerrischen Unterhaltsbelastung. Der Vertrag über einen medizinisch indizierten Abbruch bezweckt nicht das „Haben“ eines Kindes oder einen finanziellen Nachteil zu vermeiden, sondern dient allein dazu, die Mutter vor gesundheitlichen Gefahren zu schützen. Weil und sofern die Mutter nicht in der Lage ist, sich selbst um das Kind zu kümmern, muss daher ein entsprechender Ersatz geleistet werden, etwa für die Anstellung einer Erziehungs- und Betreuungshilfe. Diese Schadensberechnung ist auch vom Kind hinzunehmen, da nicht

---

a.A. Jauernig/Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 249–253 Rn. 32.

<sup>67</sup> Vgl. OLG Nürnberg NJW 2009, 1757 ff. (1758); Laufs/Kern/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 39 Rn. 37; Roth, NJW 1995, 2399 ff. (2399 f.).

<sup>68</sup> Zum Erfordernis eines eindeutigen Krankheitswerts s. OLG Stuttgart MedR 2011, 667 ff. (669).

<sup>69</sup> Vgl. OLG Koblenz NJW-RR 2006, 967 ff. (968).

<sup>70</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 1489 ff. (1491) m.w.N.

<sup>71</sup> Der Vater ist nicht in den Behandlungsvertrag miteinbezogen, weil der Schwangerschaftsabbruch gem. § 218 a Abs. 2 StGB allein dem Schutz der Mutter dient.

<sup>72</sup> Vgl. BGH NJW 2002, 2636 ff. (2639).

<sup>73</sup> S. oben im Text bei Fn. 25 ff.

dessen Existenz negativ beurteilt wird, sondern die Mutter vor unzumutbaren gesundheitlichen Belastungen durch die an sich ihr obliegende Betreuungsarbeit bewahrt werden soll. Auch der fehlgeschlagene Schwangerschaftsabbruch diente dem vorrangigen existentiellen Interesse der Mutter und erfolgte nicht deshalb, weil das Kind als solches oder aufgrund bestimmter Attribute unerwünscht war.

### *c) Kriminologische Indikation*

Beruht die Zeugung des Kindes auf einer Straftat gem. §§ 176 bis 179 StGB, ist ein Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a Abs. 3 StGB, ebenso wie bei einer medizinisch-sozialen Indikation, rechtmäßig. Misglückt oder unterbleibt bei einer kriminologischen Indikation versehentlich der Abbruch, haftet der Arzt – neben dem Täter – für die durchschnittlich zu bemessenden Unterhaltsverpflichtungen.<sup>74</sup>

Diese Schadensersatzhaftung kann das Kind belasten und stigmatisieren, weil sie auf der fehlgeschlagenen Abtreibung und der Unerwünschtheit des Kindes beruht. Die Ursache liegt indes in der zur Zeugung führenden Sexualstraftat. Eine nachfolgende Abtreibung ist deshalb rechtmäßig und von dem Embryo ebenso hinzunehmen wie die rein schadensersatzrechtliche Konsequenz im Falle eines missglückten Versuchs. Man wird zwar eine seelische Erschütterung des Kindes nicht ausschließen können, wenn es aufgrund der Schadensersatzzahlungen von dem Abbruchversuch erfährt, doch besteht eine ähnliche Gefahr bereits hinsichtlich der vorangegangenen Straftat zu Lasten der Mutter. Jedenfalls ist infolge der zugrundeliegenden Straftat das Interesse der Mutter an der Erstattung des Schadensersatzes in Übereinstimmung mit den strafrechtlichen Wertungen höher zu gewichten als die bloße Gefahr einer Belastung des Kindes.

## *III. Das behinderte Kind*

Wird ein Kind im Mutterleib durch äußere Gewalteinwirkungen oder die Applikation eines fehlerhaften Arzneimittels („*Contergan-Fälle*“) geschädigt, ist die Leibesfrucht hinsichtlich ihres Integritätsschutzes bereits als rechtsfähig zu erachten.<sup>75</sup> Die Schädigungshandlung kann auch schon vor

---

<sup>74</sup> S. auch *Holzwarth*, Das Recht auf ungestörte Familienplanung (oben Fn. 56), S. 76; *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 422 m.w.N.

<sup>75</sup> S. näher *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012,

der Zeugung des Kindes erfolgen (wie etwa im „*Lues-Fall*“ durch die Übertragung syphilitischen Blutes auf die spätere Mutter<sup>76</sup> oder durch die Schädigung konservierten Spermias vor einer künstlichen Befruchtung<sup>77</sup>). Umstritten sind vor allem Fälle, in denen Dritte die Zeugung eines behinderten Kindes nicht verhindern oder einen Schwangerschaftsabbruch vereiteln („*wrongful birth claims*“).

### *1. Die nicht verhinderte Konzeption*

Unterläuft einem Arzt oder einer anderen Person bei empfängnisverhügenden Maßnahmen ein Fehler, sind diese für die Zeugung eines gehandicapten Kindes ebenso (mit-)verantwortlich wie für die Zeugung eines gesunden Kindes. Zu denken ist etwa an eine unsachgemäß ausgeführte Sterilisation oder an ein mangelhaftes Kontrazeptivum. Auch schon zeitlich früher können Dritte die Ursache für die Zeugung eines gehandicapten Kindes setzen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn Eltern aufgrund einer unzureichenden genetischen Untersuchung oder Beratung ein Kind zeugen. Darüber hinaus können bei einer In-vitro-Fertilisation<sup>78</sup>, einschließlich der nachfolgenden Präimplantationsdiagnostik, Fehler passieren und zur Geburt eines behinderten Kindes führen.

#### *a) Ansprüche der Eltern*

Wird die Zeugung eines behinderten Kindes nicht verhindert, bestehen grundsätzlich vertragliche Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB sowie deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in das Recht auf reproduktive Autonomie. Die Höhe des Schadensersatzanspruches divergiert allerdings je nachdem, ob die Eltern überhaupt kein Kind bekommen wollten oder ausschließlich ein Kind ohne Behinderungen.

---

§ 11 Rn. 12; nach der Gegenansicht führen Verletzungen der Leibesfrucht erst mit Vollendung der Geburt zu Schadensersatzansprüchen; vgl. Palandt/Sprau (oben Fn. 49), § 823 Rn. 88 m.w.N.

<sup>76</sup> BGHZ 8, 243 ff.; s. dazu auch näher Wolf/Neuner (oben Fn. 75), § 11 Rn. 13.

<sup>77</sup> Vgl. Coester-Waltjen, Gutachten 56. DJT 1986 B 35.

<sup>78</sup> Bzw. einer ICSI, d.h. einer intrazytoplasmatischen Spermieninjektion, bei der die Samenzelle direkt in das Zytoplasma einer Eizelle eingespritzt wird.

### *a. Fehlerhafte Empfängnisverhütung*

Den Eltern steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Arzt gem. §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB zu, wenn aufgrund einer missglückten Sterilisation, aufgrund der unsachgemäßen Implantation eines Intrauterinpeessars oder einer sonst fehlerhaft durchgeführten Empfängnisverhütung ein behindertes Kind geboren wird. Der Schadensersatz erfasst dabei neben den gewöhnlichen, abstrakt zu bestimmenden Unterhaltskosten<sup>79</sup> auch den Mehrbedarf.<sup>80</sup> Auf eine spezielle Abrede, dass der Behandlungsvertrag die Verhinderung kranken Nachwuchses bezweckt, kommt es nicht an, da der Vertrag ganz generell eine wirksame Kontrazeption verspricht. Zudem sind die Mehrkosten eine adäquat kausale Folge der Pflichtverletzung. Der Ersatz der Mehrkosten impliziert auch keine Herabsetzung des Kindes wegen seiner Behinderung, weil er nur eine Kompensation für den erhöhten Unterhaltsanspruch darstellt.

### *b. Fehlerhafte Beratung*

Führt eine fehlerhafte genetische Beratung zu einem behinderten Kind, besteht ebenfalls ein Schadensersatzanspruch der Eltern gegen den Arzt gem. §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB. Der Schadensersatz erfasst, wie bei einem fehlerhaften Kontrazeptivum, die gewöhnlichen Unterhaltskosten sowie den behinderungsbedingten Mehrbedarf, sofern die Eltern bei korrekter Aufklärung auf Nachwuchs generell verzichtet hätten. Aufgrund dieser egalitären Haltung liegt in der Geltendmachung des Schadensersatzes auch keine Diskriminierung des Kindes wegen seiner Behinderung. Der Beratungsvertrag war zwar darauf gerichtet, behinderten Nachwuchs zu vermeiden, doch hätten die Eltern bei Kenntnis der Risikolage gänzlich auf Kinder verzichtet.

### *c. Fehlerhafte PID*

Anders stellt sich die Sach- und Rechtslage bei einer fehlerhaften PID dar, wenn der Mutter statt eines gesunden Embryos versehentlich ein „geschädigter“ Embryo mit einer Disposition zur Erkrankung eingepflanzt wird. In diesem Fall hätten die Eltern ohne die Pflichtverletzung nicht auf ein Kind verzichtet. Vielmehr sollte ein „gesunder“ Embryo transferiert werden, was sich auch daran zeigt, dass für eine PID (ungeachtet der „Dreierregel“ des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ESchG) durchschnittlich sieben Embryonen benötigt und

---

<sup>79</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 25 ff.

<sup>80</sup> Vgl. auch Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 450 ff. (sowie S. 469 ff. zur Dauer).

bereitgehalten werden.<sup>81</sup> Da die Eltern sich demnach ein (unterhaltsberechtigtes) Kind wünschten, können sie nur die behinderungsbedingten *Mehrkosten* und nicht zusätzlich die Grundkosten als Schadensersatz geltend machen.<sup>82</sup>

Der Einwand, die Eltern hätten überhaupt kein geschädigtes Kind zur Welt bringen wollen,<sup>83</sup> ist unbeachtlich, weil es zwischen „gehandicapten“ und „nicht gehandicapten“ Kindern keinen kategorialen rechtlichen oder menschlichen Unterschied gibt.<sup>84</sup> Das gehandicapte Kind entspricht zwar nicht den elterlichen Erwartungen, doch ist und bleibt es ein Kind. Darauf hinaus ist die Vorstellung, dass die Eltern an einem behinderten Kind überhaupt kein Interesse gehabt haben, vor dem Hintergrund der Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG irrelevant. Eine Pflicht zum Ersatz der vollen Unterhaltskosten wäre gegenüber dem behinderten Kind ausgrenzend, würde es in seinem gesamten Dasein in Frage stellen und gleichsam als „aliud“ gegenüber einem gesunden Kind ausweisen. Das behinderte Kind wird zwar schon dadurch diskriminiert, dass es im präimplantativen Stadium wegen seines Handicaps hätte selektiert werden können und spätere Mehrkosten einen ersatzfähigen Schaden bilden, doch liegt diese Benachteiligung in der Konsequenz des § 3 a Abs. 2 ESchG. Hiernach ist eine PID zulässig, wenn ein hohes Risiko einer schwerwiegenden Erbkrankheit besteht oder mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Tod- oder Fehlgeburt zu erwarten ist.<sup>85</sup> Erlaubt der Gesetzgeber eine solche Selektion, sind die aus der Fehldiagnose resultierenden Mehrkosten konsequenterweise als Schaden zu qualifizieren.<sup>86</sup> Sehr zweifelhaft ist freilich, ob vor einer PID auch über die Möglichkeit anfallender Überschussinformationen (z.B. über Trisomie 21, die bei einem Aneuploidie-Screening miterkannt wird) aufgeklärt werden muss, weil hierdurch die restriktive und enumerative Regelung des § 3 a Abs. 2 ESchG unterlaufen wird.<sup>87</sup>

Im Regelfall dient die PID der Verhinderung eines genetischen Defekts. Es gibt vereinzelt allerdings auch die entgegengesetzte Wunschvorstellung, einen elterlichen Gendefekt, namentlich eine genetisch bedingte Gehörlosigkeit.

---

<sup>81</sup> S. näher *Kubiciel*, NStZ 2013, 382 ff. (385) m.w.N.

<sup>82</sup> A. A. *Olzen/Kubiak*, JZ 2013, 495 ff. (501).

<sup>83</sup> So BGH NJW 1984, 658 ff. (660) zum (früher zulässigen) embryopathisch indizierten Schwangerschaftsabbruch, der aufgrund eines Arztfehlers unterblieb.

<sup>84</sup> S. auch *Grunsky*, Jura 1987, 82 ff. (85); *Weber*, Arzthaftpflicht für Nachkommenschaftsschäden? (oben Fn. 58), S. 43 f.

<sup>85</sup> Zu Einzelheiten s. *Frister/Lehmann*, JZ 2012, 659 ff. (660 ff.).

<sup>86</sup> Das Gleiche gilt, wenn dem Arzt bei der Geschlechtsauswahl einer Samenzelle gem. § 3 Satz 2 ESchG ein Fehler unterläuft und das Kind deshalb an einer schwerwiegenden Erbkrankheit leidet.

<sup>87</sup> S. näher *Frister/Lehmann*, JZ 2012, 659 ff. (663 f.).

keit, an das Kind gezielt weiterzugeben.<sup>88</sup> Wird eine solche „positive Selektion“<sup>89</sup> nicht *lege artis* durchgeführt und der Mutter ein Embryo ohne das erwünschte Handicap inkorporiert, bildet das gesunde Kind ebenfalls kein schadenersatzbegründendes „aliud“ und Mehrkosten fallen ohnehin nicht an.

### b) Ansprüche des Kindes

Neben den Ansprüchen der Eltern kommen, wie im Folgenden dargestellt, auch Schadensersatzansprüche des behinderten Kindes in Betracht („*wrongful life claims*“). Auf den ersten Blick scheinen solche Ansprüche auszuscheiden, weil das Kind seine Existenz gerade der Pflichtverletzung des elterlichen Vertragspartners verdankt. Hiergegen lässt sich nicht einwenden, es wäre für das Kind besser, aufgrund seines Handicaps überhaupt nicht zu existieren. Eine solche Unterstellung wäre – abgesehen von besonderen Extrempfälzen<sup>90</sup> – anmaßend, diskriminierend und eine Missachtung der Persönlichkeit des Kindes.<sup>91</sup> Selbst bei anencephalen Kindern, die aufgrund massiver Hirnschädigungen postnatal meist nur einige Stunden oder Tage leben,<sup>92</sup> lässt sich ein negatives Urteil über das kurzfristige Dasein nicht fällen. Auf der anderen Seite ist ebenso offenkundig, dass alleinige Schadensersatzansprüche der Eltern nur bis zu deren Tod bestehen und das Kind anschließend ohne eine entsprechende Unterstützung leben müsste.<sup>93</sup> Für das Kind ist diese Limitierung, vor allem im Vergleich zu schadensersatzberechtigten Kindern, die im Mutter-

<sup>88</sup> Zur Praxis in den USA s. *Baruch et al.*, in: *Fertility and Sterility*, 9/2006 (online veröffentlicht), S. 1 ff. (5): „Some prospective parents have sought PGD to select an embryo for the presence of a particular disease or disability, such as deafness, in order that the child would share that characteristic with the parents. Three percent of IVF-PGD clinics report having provided PGD to couples who seek to use PGD in this manner.“

<sup>89</sup> S. näher, einschließlich der rechtlichen und moralischen Diskussion über die Zulässigkeit einer hierauf gerichteten PID, *Dietrich*, ARSP 99 (2013), S. 381 ff.

<sup>90</sup> *Merkel*, ARSP Beiheft 74, 2000, S. 173 ff. (189) benennt als Beispiel die Schmetterlingskrankheit in Form der *Epidermolysis bullosa atrophicans letalis* (sog. Typ *Herlitz*), bei der das Kind nach offenbar ganz erheblichen Qualen wenige Tage *post partum* verstirbt; ähnliche extreme Ausnahmekonstellationen kann es auch bei der aktiven Sterbehilfe zugunsten Erwachsener geben; vgl. *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 171, mit dem Beispiel eines Lastwagenfahrers, der im Führerhaus seines brennenden Lkw unbefreibar eingeklemmt war.

<sup>91</sup> Vgl. BGHZ 86, 240 ff. (251 f.); s. zu diesem „Problem der Nichtidentität“ auch ausführlich *Gutmann*, in: *Wilert*, Spätabbruch oder Spätabtreibung – Entfernung einer Leibesfrucht oder Tötung eines Babys? (oben Fn. 2), S. 55 ff. (58 ff.) m.w.N.

<sup>92</sup> S. näher *Neuner*, MedR 2013, 647 ff. (648).

<sup>93</sup> Vgl. nur *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 IX 7; *Münch-Komm/Wagner* (oben Fn. 17), § 823 Rn. 158; *Stürner*, JZ 1998, 317 ff. (322 zur US-amerikanischen Diskussion).

leib von Dritten verletzt werden, besonders unbefriedigend. Wie umstritten die Problematik ist, zeigt paradigmatisch der Fall „*Perruche*“, in dem der französische Kassationshof dem Kind einen eigenen Schadensersatzanspruch zuerkannte,<sup>94</sup> daraufhin massiv kritisiert wurde und den Gesetzgeber schließlich zu einem korrekten Einschreiten veranlasste.<sup>95</sup>

#### *a. Deliktsrechtliche Ansprüche*

Schadensersatzansprüche des Kindes gem. § 823 Abs. 1 BGB scheiden aus, weil es an einer haftungsbegründenden Rechtsgutverletzung fehlt. Der Arzt hat weder die Gesundheit noch das Persönlichkeitsrecht des Kindes verletzt. Die Gesundheit wurde nicht beeinträchtigt, weil der Zustand des Kindes seiner natürlichen Entwicklung entspricht.<sup>96</sup> In das Persönlichkeitsrecht wurde nicht eingegriffen, weil der Arzt für das Leiden des Kindes keine Verantwortung trägt und es auch in keiner Weise diskriminierte.<sup>97</sup> Der Arzt hat lediglich die Nicht-Existenz des Kindes verhindert, was weder eine Gesundheitsverletzung noch einen rechtswidrigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt. Ohne den Arzt wäre das Kind gar nicht Träger eines Persönlichkeits- oder sonstigen subjektiven Rechts. Da es bereits an einer Rechtsgutverletzung i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB fehlt, lässt sich ein deliktsrechtlicher Anspruch auch nicht mit einer durch den ärztlichen Kunstfehler ausgelösten „Berufshaftung“ begründen.<sup>98</sup> Ferner scheidet ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB ebenfalls aus, denn es wurde kein Schutzgesetz zu Lasten des Kindes verletzt, insbesondere keine fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB begangen.

---

<sup>94</sup> *Cour de cassation*, JCP 2000 II, 10438.

<sup>95</sup> S. näher *Katzenmeier/Knetsch*, FS Deutsch, 2009, S. 247 ff. (250 ff. unter Einbeziehung der neueren sozialversicherungsrechtlichen Gesetzgebung); *Rebbahn*, ZEuP 2004, 794 ff.; zur US-amerikanischen und britischen Rechtsprechung *Faerber*, „Wrongful Life“, 1987, S. 69 ff., 86 ff.; *Junker*, Pflichtverletzung, Kindsexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 94 ff.; zur Rechtslage in Portugal *Carneiro da Frada*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, 2007, S. 229 ff.

<sup>96</sup> Vgl. auch *Waibl*, Kindesunterhalt als Schaden (oben Fn. 13), S. 358 ff.; a.A. *MünchKomm/Wagner* (oben Fn. 17), § 823 Rn. 158; *Plum*, VersR 1982, 722 ff. (728); *Fuchs*, NJW 1981, 610 ff. (613); s. auch *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (oben Fn. 21), Rn. 235 (S. 284): „Vorstellbar sind jedoch Rechtspflichten gegenüber einem künftigen Menschen, darauf hinzuwirken, daß er nicht mit einer Erbkrankheit behaftet erzeugt oder mit schweren Gesundheitsschäden geboren wird.“

<sup>97</sup> A. A. *Stathopoulos*, FS *Canaris*, Bd. 1, 2007, S. 1213 ff. (1227); *Faerber*, „Wrongful Life“ (oben Fn. 95), S. 111 ff.

<sup>98</sup> Vgl. *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben – „Wrongful Life“, 1995, S. 9 f.; anders aber *Deutsch*, NJW 2003, 26 ff. (27); s. auch schon *ders.*, NJW 1993, 2361 ff. (2362); JZ 1983, 451 f. (451), eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts bejahend).

### b. Vertragliche Ansprüche

Die Rechtsprechung lehnt darüber hinaus auch vertragliche Ansprüche des Kindes ab. In dem berühmten „*Röteln-Fall*“ betonte der *BGH*, dass der elterliche Behandlungsvertrag eine Schutzwirkung zugunsten des Kindes zwar prinzipiell entfalten kann, doch sei das Integritätsinteresse des Kindes nicht beeinträchtigt worden. Das Kind habe daher „grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere.“<sup>99</sup> An dieser anspruchsablehnenden Haltung ist richtig, dass hinsichtlich des Integritätsinteresses kein Schaden vorliegt. Vergleicht man die tatsächliche Lage mit jener ohne das inkriminierte Verhalten, wäre das Kind nicht am Leben und gar nicht anspruchsberechtigt. Das Kind kann auch schwerlich den Nachweis führen, dass es besser wäre nicht zu existieren als zu leben.

Maßgeblich zur Beurteilung des Schadens ist indes der konkrete Vertrag, der darauf gerichtet sein kann, das behinderte Kind vor finanziellen Belastungen zu bewahren. Bei einem gewöhnlichen Vertrag über empfängnisverhütende Mittel oder deren ärztliche Verschreibung ist dies nicht der Fall. Anders zu beurteilen sind aber Verträge, die den *speziellen Zweck* verfolgen, eine Nachkommenschaft mit körperlichen oder geistigen Beeinträchtigungen auszuschließen. Dazu zählen etwa Verträge über eine genetische Beratung, eine genetisch indizierte Sterilisation oder eine PID.

Den dogmatischen Ausgangspunkt für eine Anspruchsbejahung bilden die §§ 328, 331 Abs. 2 BGB, die besagen, dass bereits der *nondum conceptus* im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter begünstigt werden kann. Demnach kann also eine Partei (z.B. eine Lebensversicherung) die vertragliche Verpflichtung eingehen, an einen derzeit noch nicht gezeugten Dritten zukünftig Zahlungen zu leisten. Ebenso kann der *nondum conceptus*, respektive das später geborene Kind, in einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter einbezogen werden. Dies geschieht, wenn die Mutter noch vor der Konzeption ein fehlerhaftes Arzneimittel erwirbt oder ihr etwaluetisch infiziertes Blut verabreicht wird. Bei Verträgen, die speziell zur Vermeidung eines behinderten Kindes geschlossen werden, ist zwar nicht das Integritätsinteresse des Kindes betroffen, doch soll es ebenso wie die Eltern vor den Folgen der Schlechtleistung des Behandlungsvertrages geschützt werden.<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> BGHZ 86, 240 ff. (254); s. auch *Thole*, in: Flöel et al., Designer-Baby, 2009, S. 85 ff. (97 f.); *Katzenmeier/Knetsch*, FS Deutsch, 2009, S. 247 ff. (277 ff.); *Bydlinski*, Liber amicorum Koziol, 2000, S. 29 ff. (64 f.); a.A. in Bezug auf die krankheitsbedingten Mehrkosten *Lange/Schiemann*, Schadensersatz (oben Fn. 93), § 6 IX 7; *Picker*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben – „Wrongful Life“ (oben Fn. 98), S. 116.

<sup>100</sup> Die Rechtsprechung schützt mittels des „Vertrages mit Schutzwirkung zugun-

Für die Anwendbarkeit der Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ist als *conditio sine qua non* erforderlich, dass sich das Risiko des Behandelnden durch das behinderte Kind als weiteren Gläubiger vermehrt. Konstruktiv könnte man zwar erwägen, dass sich nach dem Ableben der Eltern der Schaden auf das Kind verlagert, doch handelt es sich bei dem Schaden der Eltern um Unterhaltsverpflichtungen, während für das Kind der Schaden in dem erhöhten Versorgungsbedarf liegt. Angesichts der Haftung gegenüber den Eltern besteht auch keine Gefahr eines Leerlaufens von Pflichten, sodass typologisch ein „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ und kein „Vertrag mit Schadensliquidation zugunsten Dritter“<sup>101</sup> vorliegt. Die qualifizierten Tatbestandsvoraussetzungen eines „Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ in Form der Gläubigernähe („Wohl und Wehe“-Beziehung zum Kind), der Schuldernähe (das Kind kommt mit der Leistung gleichermaßen in Berührung), der Erkennbarkeit (für den Schuldner) sowie der umstrittenen Schutzbedürftigkeit (Fehlen eigener Vertragsansprüche) sind ebenfalls gegeben.<sup>102</sup>

Fraglich ist lediglich, ob die verletzte Pflicht dem Schutz des Kindes dienen soll und ob tatsächlich ein Schaden vorliegt.<sup>103</sup> Nimmt man die Perspektive des Kindes ein, liegt es nahe, dies jeweils zu verneinen, da die Pflichtverletzung zur Geburt des Kindes geführt hat und die Nichtexistenz des Kindes in aller Regel keine vorzugswürdige Alternative darstellt.<sup>104</sup> Maßgeblich ist indes nicht die Perspektive des Kindes, sondern das, was der Behandlungsvertrag bezweckt. Dieser hat eine *personale* und eine *ökonomische* Dimension: Zum einen soll ein behindertes Kind als Individuum verhindert werden und zum anderen sollen die durch ein behindertes Kind verursachten finanziellen (Mehr-)Belastungen nicht anfallen. Die Patienten, die einen Behandlungsvertrag abschließen, wollen sich offenkundig nicht nur gegen ein behindertes Kind als solches entscheiden, sondern ebenso vor den erheblichen Kosten schützen, die eine Behinderung mit sich bringt.

---

ten Dritter“ sogar den Grundstückserwerber vor Vermögensschäden, die dieser aufgrund eines (vom Veräußerer bestellten) fehlerhaften Wertgutachtens erlitten hat; s. BGHZ 127, 378 ff.; zuletzt ähnlich OLG Hamm NJW-RR 2013, 1522 f.; richtigerweise handelt es sich um eine Haftung aus c.i.c.; s. näher *Canaris*, ZHR 163 (1999), S. 206 ff. (220 ff.) = *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 2012, S. 731 ff. (746 ff.); *Neuner*, JZ 1999, 126 ff. (135).

<sup>101</sup> S. zu diesem Vertragstypus näher *Neuner*, JZ 1999, 126 ff. (133 f.).

<sup>102</sup> S. nur *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 604 f.

<sup>103</sup> S. hierzu auch *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 600 ff.

<sup>104</sup> Vgl. *Waibl*, Kindesunterhalt als Schaden (oben Fn. 13), S. 348 ff.

Neben dem Vertragspartner wird nach den Grundsätzen des „Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ auch der (Ehe-)Partner vor den finanziellen (Mehr-)Belastungen durch ein gehandicaptes Kind geschützt, sofern er nicht bereits selbst Vertragspartner geworden ist.<sup>105</sup> Das, was für den (Ehe-)Partner gilt, muss freilich erst recht für das betroffene Kind gelten. Die Eltern, die keine behinderte Nachkommenschaft wollen, handeln typischerweise im eigenen Interesse, zugleich aber auch im paternalistisch definierten Interesse ihres potentiellen Kindes, dem Leid und massive finanzielle Kosten aufgrund seiner Behinderung erspart werden sollen.<sup>106</sup> Da die Eltern grundsätzlich selbstbestimmt über ihren Nachwuchs zu entscheiden vermögen, können sie die legitime Auffassung vertreten, dass es für ein behindertes Kind nicht zuletzt aus ökonomischen Gründen vorteilhafter ist, nicht gezeugt zu werden. Aus diesem Grund schließen sie offenkundig auch den Behandlungsvertrag ab. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob es aus Sicht des Kindes „besser ist zu leben oder nicht zu leben“. Maßgeblich ist vielmehr die in dem Behandlungsvertrag bekundete *elterliche Präferenz* im Sinne der Nichtexistenz. Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob der Vertragspartner der Einbeziehung des Kindes privatautonom oder im Lichte einer sogenannten „ergänzenden Vertragsauslegung“ zugestimmt hat, da der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auf richterlicher Rechtsfortbildung sowie § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB beruht und seitens des Haftenden die bloße Erkennbarkeit der Gläubiger-extension verlangt. Insgesamt betrachtet wird somit ein Vertrag geschlossen, der die Zeugung einer behinderten Nachkommenschaft verhindern und bei einer Pflichtverletzung auch das Kind vor den krankheitsbedingten Mehrkosten schützen soll.

Das Kind kann allerdings nach dem Ableben der unterhaltsverpflichteten Eltern nur den *Mehrbedarf* und nicht zusätzlich den Grundbedarf als Schadensersatz verlangen.<sup>107</sup> Dies zeigt schon der Vergleich mit einer missglückten Empfängnisverhütung, bei der das „gesunde“ Kind ebenfalls keine lebenslange „Apanage“ verlangen kann. Es sollte zudem auch lediglich die Geburt

---

<sup>105</sup> S. oben im Text bei Fn. 47 f.

<sup>106</sup> Vgl. auch Staudinger/Hager, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1999, § 823 B 51 mit der zusätzlichen Überlegung, „daß der Schaden der Eltern darin besteht, daß sie – um die Versorgung ihres Kindes auch über ihren Tod hinaus sicherzustellen – Gelder zurücklegen müssen, die sie ansonsten anderweit hätten verwenden können.“; für einen vertraglichen Anspruch ferner Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 446; Soergel/Spickhoff (oben Fn. 25), § 823 Anh. I Rn. 194 f.; Reinhart, Familienplanungsschaden (oben Fn. 13), S. 198 ff.; tendenziell ebenso Backhaus, MedR 1996, 201 ff. (205).

<sup>107</sup> A. A. Reinhart, Familienplanungsschaden (oben Fn. 13), S. 218 ff. m.w.N.

eines Kindes im Hinblick auf eine Behinderung und nicht schlechthin ein Kind ausgeschlossen werden.

Schließlich verbleibt noch die Fundamentalkritik, dass ein eigener Schadensersatzanspruch des Kindes gegen dessen Würde gem. Art. 1 Abs. 1 GG gerichtet sei.<sup>108</sup> Das behinderte Kind wird durch einen Zahlungsanspruch, der auf einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, oder genauer: der „Wohl- und Wehe-Formel“ beruht, indes privilegiert und nicht diskriminiert. Dem Kind wird durch Entschädigungszahlungen, mit denen es sich etwa einen Kuraufenthalt oder zusätzliche, schnell beschaffbare Hilfsmittel finanzieren kann, gerade geholfen, seine Persönlichkeit und Würde zu wahren. Da lediglich die krankheitsbedingten Mehrkosten zu erstatten sind, bildet auch nicht die Existenz des Kindes die Grundlage des Schadensersatzanspruches, sondern allein das Handicap, das es finanziell zu kompensieren gilt.<sup>109</sup>

## *2. Der verhinderte Schwangerschaftsabbruch*

Körperliche oder geistige Behinderungen eines Nasciturus begründen seit der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs im Jahr 1995 keinen eigenständigen Indikationsfall mehr.<sup>110</sup> Gesetzlich vorgesehen ist lediglich eine medizinische Indikation gem. § 218 a Abs. 2 StGB,<sup>111</sup> sofern aufgrund der Behinderungen des Kindes schwerwiegende Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Schwangeren zu befürchten sind.<sup>112</sup>

### *a) Ansprüche der Eltern*

Wird von einem Gynäkologen im Rahmen der Schwangerschaftsbetreuung eine Fehlbildung des Kindes, etwa bei einem Screening (Ultraschalluntersuchung plus mütterliche Blutentnahme) oder einer Amnionzentese (Fruchtwas-

<sup>108</sup> S. Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2013, Rn. 1012; Roth, FuR 1993, 305 ff. (306 f., 309); Harrer, Zivilrechtliche Haftung bei durchkreuzter Familienplanung (oben Fn. 28), S. 273.

<sup>109</sup> Vgl. auch Backhaus, MedR 1996, 201 ff. (204); Deutsch, JZ 1983, 451 ff. (452).

<sup>110</sup> Vgl. BGBl. 1995 I, 1050 ff. (1055 f.); zu den verfassungsrechtlichen Implikationen des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG s. näher Maunz/Dürig/Scholz, Grundgesetz Kommentar, Stand: 2013, Art. 3 Abs. 3 Rn. 177.

<sup>111</sup> Zur Fristenlösung mit Beratungsregelung s. bereits oben im Text bei Fn. 66 f.

<sup>112</sup> Sowohl in der frauenärztlichen Praxis als auch in der juristischen Lehre wird § 218 a Abs. 2 StGB allerdings sehr extensiv interpretiert und gehandhabt; vgl. nur Dreier, Bioethik, 2013, S. 58 mit Fn. 156 m.w.N.; so wird beispielsweise im Falle fetaler Anencephalie der Tatbestand des § 218 a Abs. 2 StGB ganz pauschal angenommen; s. etwa Lackner/Kühl, Kommentar zum StGB, 27. Aufl. 2011, § 218 Rn. 5, § 218 a Rn. 17 m.w.N.

seranalyse), pflichtwidrig nicht erkannt, scheidet eine Haftung für die elterlichen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem behinderten Kind grundsätzlich aus. Der Arzt haftet nur dann, wenn *prognostisch* zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung die Schwangere i.S.v. § 218 a Abs. 2 StGB gefährdet war.<sup>113</sup> Auch in diesem Fall erfasst der Schaden aber grundsätzlich nicht die Unterhaltsverpflichtungen,<sup>114</sup> sondern nur jene Nachteile, die aus der seelischen oder körperlichen Beeinträchtigung der Frau, einschließlich des „Habens“ des Kindes,<sup>115</sup> resultieren.<sup>116</sup>

### *b) Ansprüche des Kindes*

Eigene Ansprüche des Kindes bestehen nicht. Nach der klaren gesetzgeberischen Regelung dient die medizinisch-soziale Indikation gem. § 218a Abs. 2 StGB allein dem Schutz der *Schwangeren*. Die Behinderung des Kindes als solche kann nach Ansicht des Gesetzgebers „niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen“<sup>117</sup>. Demnach kann das Kind aus der unzureichenden Schwangerschaftsbetreuung der Mutter und der damit verbundenen Vereitelung eines Schwangerschaftsabbruchs keine Schadensersatzansprüche herleiten. Es wird damit zwar schlechter gestellt als ein behindertes Kind, dessen Konzeption nicht unterbunden wurde,<sup>118</sup> doch besteht der wesentliche Unterschied eben darin, dass bei einem verhinderten Schwangerschaftsabbruch das Kind bereits existent ist und der Behandlungsvertrag über den Schwangerschaftsabbruch *de lege lata* weder der Person noch dem Vermögen des Kindes zu dienen bestimmt ist, sondern ausschließlich der seelischen und körperlichen Integrität der Mutter. Selbst wenn man im Extremfall aufgrund eines sehr gravierenden Leidens darlegen könnte, dass die Nichtexistenz dem Kind einen Vorteil brächte, wäre ein Behandlungsvertrag gem. § 134 BGB nichtig, weil und sofern die Voraussetzungen des § 218 a StGB nicht vorliegen.<sup>119</sup>

---

<sup>113</sup> S. näher *BGH NJW* 2006, 1660 ff. (Tz. 10 ff.); *Müller*, *NJW* 2003, 697 ff. (703).

<sup>114</sup> A. A. *BGH NJW* 2006, 1660 ff. (Tz. 10); *Müller*, *NJW* 2003, 697 ff. (705).

<sup>115</sup> S. dazu auch schon oben im Text bei Fn. 71 f.

<sup>116</sup> So auch *OLG Koblenz NJW-RR* 2006, 967 ff. (968); *Mörsdorf-Schulte*, *NJW* 2006, 3105 ff. (3105 ff.).

<sup>117</sup> BT-Drucks. 13/1850, S. 26; s. auch *BGH NJW* 2002, 2636 ff. (2637).

<sup>118</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 99 ff.

<sup>119</sup> Vgl. *Laufs/Kern* (oben Fn. 67), § 38 Rn. 37 f.; *Münchener Kommentar/Armbreüster*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 53 m.w.N.

### *3. Die pflichtwidrige Adoptionsvermittlung*

Zu einer ungewollten Elternschaft über ein behindertes Kind können auch Fehler bei der Adoptionsvermittlung führen. Hat eine Adoptionsvermittlungsstelle den Annehmenden über eine Behinderung des Kindes arglistig getäuscht, ist dessen Antrag gem. § 1760 Abs. 2 c BGB unwirksam.<sup>120</sup> Ein bloßer Eigenschaftsirrtum über eine Behinderung des Kindes berechtigt hingegen nicht zur Anfechtung (im Umkehrschluss zu § 1760 Abs. 2 b BGB).<sup>121</sup>

Angesichts des abschließenden Katalogs an Unwirksamkeitsgründen in § 1760 Abs. 2 BGB<sup>122</sup> erscheint es naheliegend, dass die Adoptionsvermittlungsstelle nicht schon aufgrund einer nur fahrlässig unterbliebenen Aufklärung des Adoptionsbewerbers über ein Handicap des Kindes schadensersatzrechtlich in Anspruch genommen werden kann. Bekräftigt wird diese restriktive Interpretation durch das grundrechtlich geschützte Interesse des behinderten Kindes, bei Adoptionsverfahren nicht infolge übermäßiger Aufklärungspflichten benachteiligt oder stigmatisiert zu werden. Auch im Vergleich zu leiblichen Eltern, die körperliche oder geistige Beeinträchtigungen ihrer Kinder zumeist schicksalhaft hinnehmen müssen, erscheint es nicht geboten, weiterreichende Aufklärungspflichten zu etablieren, vorausgesetzt das spätere „Haben“ des Kindes droht zu keiner Belastung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Mutter i.S.v. § 218a Abs. 2 StGB zu führen. Die Rechtsprechung leitet gleichwohl aus den Ermittlungs- und Beratungspflichten der §§ 7 Abs. 1, 9 Abs. 1 AdoptVermG umfassende Aufklärungspflichten ab und gelangt so zu einem Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG,<sup>123</sup> wenn der Adoptionsbewerber fahrlässigerweise über einen bestehenden Verdacht einer Behinderung (*in concreto*: eine geistige Retardierung) nicht informiert wurde.<sup>124</sup>

Selbst wenn man dieser Ansicht der Rechtsprechung folgt, ist es jedenfalls abzulehnen, den gesamten Unterhaltsaufwand als Schaden aufzufassen.<sup>125</sup> Auch in dieser Konstellation sind den Eltern konsequenterweise nur

<sup>120</sup> Vgl. Münchener Kommentar/*Maurer*, BGB, 6. Aufl. 2012, § 1760 Rn. 17.

<sup>121</sup> Vgl. BT-Drucks. 7/3061, S. 26, 47; *Staudinger/Frank*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2007, § 1760 Rn. 16.

<sup>122</sup> Vgl. *Staudinger/Frank* (oben Fn. 121), § 1760 Rn. 12 m.w.N.

<sup>123</sup> Zur Geltung von Auftragsrecht gem. §§ 662 ff. BGB bei einer gem. § 2 AdoptVermG zugelassenen privatrechtlich organisierten Vermittlungsstelle *LG Frankfurt* NJW-RR 1988, 646 f.; *MünchKomm/Maurer* (oben Fn. 120), § 1744 Anhang Rn. 37.

<sup>124</sup> *OLG Hamm* FamRZ 1993, 704 ff. (704 f.); zustimmend *OLG Frankfurt* OLGR Frankfurt 1998, 243 f. (Tz. 2); *jurisPK-BGB/Zimmerling*, 6. Aufl. 2012, § 839 Rn. 357; zur Verjährung des Anspruchs *OLG Hamm* MDR 2013, 1173 f.; gegen einen Schadensersatzanspruch *Roth*, FuR 1993, 305 ff. (310).

<sup>125</sup> So aber *OLG Hamm* FamRZ 1993, 704 ff. (706 f. unter insoweit folgerichtiger

die Mehrbelastungen zu erstatten, da sich das adoptierte Kind lediglich durch seine Behinderung und die hierdurch bedingten finanziellen Zusatzkosten von einem gesunden, von den Eltern anvisierten Kind unterscheidet.<sup>126</sup>

#### *IV. Das aufgedrängte Kind*

Ob ein Kind einvernehmlich gezeugt wird oder ob dies nur dem Wunsch eines Partners entspricht, spielt für die rechtliche Zuordnung des Kindes keine Rolle. Seinen familiären Status erlangt das Kind gem. §§ 1591, 1592 Nr. 3, 1600 d BGB unabhängig vom Willen und den Selbstbestimmungsmöglichkeiten der Eltern.<sup>127</sup> Wurde ein Kontrazeptivum heimlich abgesetzt, wurde einer künstlichen Befruchtung nicht zugestimmt oder wurde eine Frau gar vergewaltigt, ändern diese Umstände allesamt nichts an der Elternschaft. Das Gleiche gilt für endogene Willensbeeinträchtigungen, etwa in Form eines schweren Deliriums oder einer geistigen Behinderung.

##### *1. Der nicht konsentierte Geschlechtsverkehr*

Wurde der Geschlechtsverkehr, der zur Zeugung des Kindes führte, nicht einvernehmlich praktiziert, sind sowohl Ansprüche des Kindes, des Opfers sowie des Partners des Opfers denkbar.

###### *a) Ansprüche des Kindes*

Das Kind hat gem. §§ 1601 ff. BGB grundsätzlich *Unterhaltsansprüche* gegen beide Elternteile, unabhängig davon, wer Täter und wer Opfer ist. Darüber hinaus kommt ein *Schadensersatzanspruch* gegen den Täter wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes gem. § 823 Abs. 1 BGB in Betracht („*dissatisfied life claim*“).<sup>128</sup> Die eigene Geburt als solche be-

---

Berufung auf BGHZ 89, 95 ff., 104 ff. zur embryopathischen Indikation); affirmativ *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 674 ff. (678 ff.).

<sup>126</sup> S. hierzu auch schon ausführlicher oben im Text zu Fn. 82 ff.

<sup>127</sup> Vgl. nur *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 53 Rn. 3, 7; *Coester-Waltjen*, Gutachten 56. DJT 1986 B 25, 29 f.; *MünchKomm/Wellenhofer* (oben Fn. 120), § 1600 d Rn. 97; *Staudinger/Rauscher*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 1591 Rn. 15 ff.; Anh. zu § 1592 Rn. 8; *Spickhoff/Spickhoff*, Medizinrecht (oben Fn. 57), Vorbem. zu §§ 1591 ff. BGB.

<sup>128</sup> S. rechtsvergleichend zu den USA, wo solche Klagen regelmäßig abgewiesen werden, *Reinhart*, Familienplanungsschaden (oben Fn. 13), S. 13 f.; *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 35 f., 119 ff. m.w.N.

gründet zwar keinen Schaden, doch könnte das Kind geltend machen, durch die besonderen Begleitumstände seiner Zeugung, *in concreto* einer Vergewaltigung, in seinem Persönlichkeitsrecht verletzt worden zu sein. Auch insoweit ist indes ein Schaden zu verneinen, da das Kind aus diesem Gewaltakt zugleich seine Existenz herleitet und nicht schlüssig darlegen kann, dass es besser wäre, unter diesen Gegebenheiten überhaupt nicht geboren worden zu sein.

### *b) Ansprüche des Opfers*

Wurde das Opfer, im Regelfall die Frau, durch Drohung, Hinterlist oder Missbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Duldung der Beizwohnung gezwungen, werden vom Schadensersatzanspruch des § 825 BGB<sup>129</sup> die materiellen sowie i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB die immateriellen Nachteile erfasst.<sup>130</sup> Zudem liegen im Hinblick auf die Schwangerschaft eine Körperverletzung (gem. § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 223 StGB) und im Hinblick auf das aufgedrängte Kind ein Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung (gem. § 823 Abs. 1 BGB) vor.

Zu den materiellen Schäden zählen vor allem die Schwangerschaftskosten und die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind.<sup>131</sup> Einen zusätzlichen immateriellen Schaden verursacht insbesondere die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung,<sup>132</sup> nicht aber der Eingriff in das Recht auf reproduktive Autonomie durch das Haben eines ungewollten Kindes. Das Kind ist als eigenständige Persönlichkeit zu respektieren, für dessen Existenz die Mutter auch dann kein Schmerzensgeld bekommt, wenn sie zur Beizwohnung genötigt wurde.<sup>133</sup>

### *c) Ansprüche des Partners*

Neben dem Opfer wird auch dessen Partner von dem ungewollten, nicht von ihm stammenden Kind betroffen. Ist der Partner mit der Mutter verheiratet, wird er gem. § 1592 Nr. 1 BGB sogar rechtlicher Vater, kann seine Vater-

<sup>129</sup> § 825 BGB berücksichtigt keine Gewaltanwendungen; diese werden aber schadensersatzrechtlich gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 174 ff. StGB erfasst; vgl. Münch-Komm/Wagner (oben Fn. 17), § 825 Rn. 8, 16; Staudinger/Hager, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, § 825 Rn. 3, 10.

<sup>130</sup> Des Weiteren besteht ein Unterhaltsanspruch gem. § 1615 I BGB, der sich im Fall einer Vergewaltigung gem. § 1615 I Abs. 2 Satz 4, 5 BGB über die Regelzeit hinaus verlängern kann; vgl. Münch-Komm/Born (oben Fn. 120), § 1615 I Rn. 35 m.w.N.

<sup>131</sup> Vgl. auch Ramm, JZ 1989, 861 ff. (866); Grunsky, Jura 1987, 82 ff. (83).

<sup>132</sup> Vgl. nur LG Wuppertal VersR 2013, 591 ff.; OLG Schleswig FamRZ 1993, 548 f.

<sup>133</sup> S. auch schon generell oben im Text bei Fn. 8.

schaft aber gem. §§ 1599 ff. BGB anfechten, um insbesondere Unterhaltsverpflichtungen zu entgehen. Des Weiteren liegt sowohl bei einer ehelichen als auch bei einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft ein Eingriff in das Recht des Partners auf reproduktive Selbstbestimmung vor, weil das Kind die Beziehung mitprägt und beide Partner in ihrer gemeinsamen Nachwuchsplanung beeinträchtigt wurden. Ebenso wie die Mutter kann jedoch auch der Partner keinen immateriellen Schadensersatz verlangen. Andernfalls würde das Kind als Negativum bewertet werden.

## *2. Die nicht konsentierte künstliche Befruchtung*

Handelt es sich um eine einvernehmliche künstliche Befruchtung mittels der Samenspende eines Dritten, ist die Anfechtung der Vaterschaft durch den Mann oder die Mutter gem. § 1600 Abs. 5 BGB ausgeschlossen.<sup>134</sup> Dasselbe gilt bei einer künstlichen Befruchtung, die nicht mit Hilfe eines Arztes, sondern selbst vorgenommen wird.<sup>135</sup> Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn eine Keimzelle ohne „*informed consent*“ zu einer künstlichen Befruchtung herangezogen wird.

### *a) Fehlende Einwilligung*

Haben die ehemaligen Keimzellenträger in eine künstliche Befruchtung nicht eingewilligt, bestehen Schadensersatzansprüche sowohl auf der vertraglichen als auch auf der deliktischen Ebene.

#### *a. Vertragliche Ansprüche*

Verwendet ein Reproduktionsmediziner das *Sperma* eines Mannes ohne dessen Zustimmung, handelt er im Rahmen eines Schuldverhältnisses pflichtwidrig gem. § 280 Abs. 1 BGB. Als Rechtsfolge ist Schadensersatz zu leisten, der potentielle Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind miterfasst. Ebenso wie bei ärztlichen Fehlern, die zu einer missglückten Empfängnisverhütung führen,<sup>136</sup> sind auch hier die Unterhaltsverpflichtungen als reiner Vermögensschaden erstattungsfähig und implizieren kein Negativurteil über das Kind. Die aufgezwungene Vaterschaft als solche begründet hingegen kei-

---

<sup>134</sup> S. zu den ökonomischen Risiken einer Samenspende näher Taupitz, ZRP 2011, 161 ff.; Meier, NZFam 2014, 337 ff. (339 ff.).

<sup>135</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 2007, 3733 f. (mittels einer Spritze aus dem Kinderarztkoffer der Nichte).

<sup>136</sup> S. oben im Text bei Fn. 13 ff.

nen erstattungsfähigen Schaden, da die kindliche Existenz sonst als Belastung gewertet würde.<sup>137</sup>

Verwendet ein Reproduktionsmediziner unbefugt die *Eizelle* einer Frau, ist zu differenzieren: Wird einer Frau ihre eigene befruchtete Eizelle ohne ihre Zustimmung eingepflanzt, begründen sowohl die späteren Unterhaltsverpflichtungen als auch die schwangerschaftsbedingten Beeinträchtigungen einen erstattungsfähigen Schaden. Wird einer Frau die befruchtete Eizelle einer *anderen* Frau (ungeachtet des Verbots des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG) eingepflanzt, wird rechtliche Mutter und damit Unterhaltsverpflichtete gem. § 1591 BGB jene Frau, die es gebärt.<sup>138</sup> Die Frau, von der das Kind genetisch abstammt, wird in ihrem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung verletzt, doch stellt das Dasein des Kindes keinen Schaden dar.<sup>139</sup>

Darüber hinaus können bei einer künstlichen Befruchtung *kumulativ* die Zustimmung des Mannes und jene der Frau fehlen. In der Praxis kann vor allem der Fall eintreten, dass eine imprägnierte, kryokonservierte Eizelle im Vorkernstadium (eine sog. 2-Pronuclei-Zelle bzw. 2-PN-Zelle) ohne Einwilligung der Betroffenen bis zur Kernverschmelzung weiterkultiviert wird und dadurch ein Embryo entsteht (vgl. § 8 Abs. 1 ESchG). Ein Schadensersatz für die Schwangerschafts- und Unterhaltskosten ist hier nach § 280 Abs. 1 BGB zu leisten, wenn ein Kind eigentlich nicht mehr gewollt war, die Mutter sich aber notgedrungen zur Austragung entschließt, um eine Verwerfung des Embryos zu vermeiden. Die Verwerfung eines „verwaisten“ Embryos, der aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr implantiert werden kann, wird zwar verfassungsrechtlich als zulässig erachtet, weil eine dauerhafte Kryokonservierung nicht sinnvoll erscheint,<sup>140</sup> doch stellt die Verwerfung (ebenso wie die „Adoptionsfreigabe“) für die betroffenen Eltern keine zumutbare Alternative dar.

### *b. Deliktsrechtliche Ansprüche*

Bei einer eigenmächtigen künstlichen Befruchtung können deliktsrechtliche Ansprüche *in Konkurrenz* zu vertraglichen Ansprüchen treten. Dies gilt für Ansprüche aus §§ 823 Abs. 1, 826 BGB sowie für Ansprüche wegen einer Schutzgesetzverletzung i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB. Als Schutzgesetz erlangt

---

<sup>137</sup> S. auch Coester-Waltjen, Gutachten 56. DJT 1986 B 31 f.

<sup>138</sup> S. dazu auch unten im Text bei Fn. 197 ff.

<sup>139</sup> Zum Schadensersatz wegen Verhinderung einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, s. näher unten im Text bei Fn. 209.

<sup>140</sup> S. Börgers/Frieter, HFR 2010, S. 1 ff. (16); Müller-Terpitz, Schutz des pränatalen Lebens, 2007, S. 527 m.w.N.

hauptsächlich § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG Bedeutung,<sup>141</sup> der eine künstliche Befruchtung untersagt, sofern nicht beide Gametenspender eingewilligt und ihr Selbstbestimmungsrecht entsprechend ausgeübt haben.<sup>142</sup> Eigentumsschützende Normen scheiden als Schutzgesetze hingegen in der Regel aus, weil die Keimzelle entweder bereits dereliquiert wurde, ein Eigentumsübergang bereits stattfand oder aber das verbliebene Sacheigentum vom Persönlichkeitsrechtsschutz überlagert wird.

Deliktsrechtliche Ansprüche können auch *isoliert* bestehen. So hatte bereits das RG über einen Fall zu urteilen, in dem eine Frau den Samen eines Mannes ohne dessen Zustimmung (und Kenntnis) zu einer künstlichen Befruchtung (mittels einer Kerze) heranzog.<sup>143</sup> Dogmatisch ist hierbei zunächst die eher atypische, aber gesetzlich primär geregelte Konstellation zugrunde zu legen, dass die Beteiligten miteinander *verheiratet* sind.

Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB würde bei einer nicht konsentierten künstlichen Befruchtung ausscheiden, wenn sämtliche vermögensrechtliche Folgen eines ehewidrigen Verhaltens im Familienrecht abschließend normiert wären. Der hier zu analysierende Sachverhalt unterscheidet sich von dem zumeist diskutierten Tatbestand des Ehebruchs<sup>144</sup> durch die fehlende Beteiligung eines Dritten. Doch könnte man *per argumentum a fortiori* versuchen darzutun, dass die Zeugung eines leiblichen Kindes deliktsrechtlich erst recht nicht relevant ist, weil sie für den Ehepartner einen geringeren Eingriff darstellt als ein durch Ehebruch gezeugtes Kind. Diese Schlussfolgerung ist jedoch verfehlt, weil derjenige, der ohne seine Zustimmung durch künstliche Befruchtung leiblicher Vater wird, die Vaterschaft nicht anfechten kann und aufgrund dieses unveränderbaren Status fortlaufend Unterhalt leisten muss. Auch die Motivationslage ist eine andere: Während die geschlechtliche Untreue einen inner- bzw. außerehelichen Vorgang darstellt, der sich aufgrund seiner zwischenmenschlichen Dimension deliktsrechtlich allenfalls partiell erfassen lässt, maßt sich bei einer eigenmächtigen künstlichen Befruchtung die Frau die alleinige Entscheidungskompetenz über die gemeinsame Nachkommenschaft an.<sup>145</sup> Der Fall lässt sich deshalb auch nicht mit dem heimlichen Absetzen eines Kontrazeptivums vergleichen.<sup>146</sup> Das Ri-

<sup>141</sup> So im Ergebnis auch Staudinger/Rauscher (oben Fn. 127), Anh. zu § 1592 Rn. 8; Börgers/Frister, HFR 2010, S. 1 ff. (9).

<sup>142</sup> Vgl. oben im Text vor Fn. 57.

<sup>143</sup> RG JW 1908, 485 f.; s. zu weiteren, von der Boulevardpresse kolportierten Fällen („War es Samenraub?“) Staudinger/Rauscher (oben Fn. 127), § 1591 Rn. 18.

<sup>144</sup> S. dazu näher unten im Text bei Fn. 174 ff.

<sup>145</sup> Gegen eine Sperrwirkung des Ehrechts auch Coester-Waltjen, Gutachten 56. DJT 1986 B 32.

<sup>146</sup> S. dazu näher unten im Text bei Fn. 163 ff.

siko einer solchen Täuschung ist dem Partner ebenso bekannt wie die „Versagerquote“ (sog. „*Pearl-Index*“) einzelner Verhütungsmittel. Hiergegen kann er eigene Vorkehrungen treffen und die Gefahr ungewollten Nachwuchses entsprechend minimieren. Bei der eigenmächtigen künstlichen Befruchtung ist ihm diese Option weitgehend genommen.

Fraglich ist lediglich, ob die Interessen des Kindes gefährdet werden, falls der Vater die Mutter gem. § 823 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen kann. Wenig plausibel erscheint dabei die Befürchtung, die Mutter werde die finanzielle Inanspruchnahme durch einen Schwangerschaftsabbruch zu verhindern suchen.<sup>147</sup> Nachdem die Mutter eigenmächtig ein Kind gezeugt hat, liegt es fern, dass sie sich aufgrund der für sie vorhersehbaren materiellen Belastungen so gleich wieder von dem Kind trennen möchte. Die fortlaufenden Unterhaltsverpflichtungen gefährden im Regelfall auch nicht die weitere Entwicklung des Kindes.<sup>148</sup> Der Vater muss den Kindesunterhalt nämlich ohnehin leisten und kann bei der Mutter nur im Falle ihrer Zahlungsfähigkeit Regress nehmen.<sup>149</sup> Sollte im Einzelfall tatsächlich das Wohl des Kindes gefährdet sein, verbleibt zudem die Möglichkeit, im Wege verfassungskonformer Auslegung die Unterhaltsleistungen als (partiell) nicht erstattungsfähigen Schaden anzusehen.<sup>150</sup>

In der Gesamtschau ist die eigenmächtige künstliche Befruchtung somit grundsätzlich als rechtswidriger Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung gem. § 823 Abs. 1 BGB zu werten.<sup>151</sup> In der Regel wird darüber hinaus auch der Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB erfüllt sein, weil und sofern die künstliche Befruchtung aus rein egoistischen Beweggründen geschieht. Ein Schadensersatzanspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG scheidet dagegen aus, denn das dort normierte Verbot einer eigenmächtigen Befruchtung richtet sich offenkundig nur gegen Dritte und nicht gegen die Frau, deren Eizelle befruchtet wird. Denkbar ist ferner ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB unter der Prämisse, dass eine Pflicht im Rahmen eines familienrechtlichen Rechtsverhältnisses verletzt wurde.<sup>152</sup> Hierunter fallen jedoch höchstens vermögensrechtliche Pflichtverletzungen in Verbindung mit Auskunftsansprüchen,<sup>153</sup> nicht aber

<sup>147</sup> A. A. (im Zusammenhang mit der heimlichen Absetzung eines Kontrazeptivums) *Looschelders*, Jura 2000, 169 ff. (174).

<sup>148</sup> A. A. BGHZ 97, 372 ff. (380).

<sup>149</sup> Vgl. *Fehn*, JuS 1988, 602 ff. (604).

<sup>150</sup> So generell zu § 826 BGB *Looschelders*, Jura 2000, 169 ff. (174).

<sup>151</sup> A. A. *OLG Hamm* BeckRS 2013, 03831; *BaRo/Hahn* (oben Fn. 8), § 1353 Rn. 13.

<sup>152</sup> Vgl. *Löhnig/Preisner*, NJW 2013, 2080 ff. (2081 ff.); *Erbarth*, NJW 2013, 3478 ff. (3483 f.) m.w.N.

<sup>153</sup> Vgl. BGHZ 196, 207 ff. (Tz. 26 ff. bzgl. Auskunftspflicht); 151, 155 ff. (S. 159 bzgl. Umgangsvereitelung).

personale Ehepflichten, die sich auf die Zeugung gemeinsamer Nachkommen beziehen.<sup>154</sup>

Sind die Beteiligten *nicht miteinander verheiratet*, ist die Rechtslage ähnlich wie bei verheirateten Paaren. Wiederum kommen Schadensersatzansprüche gem. §§ 823 Abs. 1, 826 BGB in Betracht, wobei das konkurrenzrechtliche Problem einer Sperrwirkung des Familien- und Ehrechts aufgrund der fehlenden Heirat weitgehend entfällt.

### *b) Widerruf der Einwilligung*

Eine künstliche Befruchtung ist auch dann eigenmächtig, wenn der Gametenspender sein Einverständnis vor der Durchführung der Insemination rechtzeitig widerrufen hat. Die Möglichkeit des Widerrufs kann aufgrund ihrer existentiellen Dimension selbst durch eine unwiderruflich erteilte Zustimmung nicht ausgeschlossen werden.<sup>155</sup> Der Widerruf darf allerdings nicht zur Unzeit erfolgen, sofern die Frau bereits reproduktionsmedizinisch behandelt wird, der Abbruch mit erheblichen psychischen Belastungen für die Frau verbunden wäre und kein wichtiger Grund für den unzeitigen Widerruf vorliegt.

### *c) Mehrlingsgeburt*

Bei einer künstlichen Befruchtung oder einer Hormongabe kann das Risiko von Mehrlingsschwangerschaften deutlich ansteigen.<sup>156</sup> Der behandelnde Arzt muss deshalb die Patientin gem. § 630e Abs. 1 BGB über die erhöhten Risiken aufklären.<sup>157</sup> Unterlässt er die Aufklärung, kommen im Hinblick auf die erhöhten Schwangerschaftskosten sowie die Unterhaltslast für die nicht gewollte Mehrzahl an Kindern Schadensersatzansprüche gem. § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.<sup>158</sup>

### *3. Die nicht konsentierte Embryonenadoption*

Kryokonservierte „verwaiste“ Embryonen, die der Eizellenspenderin nicht mehr einpflanzbar sind oder die sie nicht mehr aufnehmen will, können „adoptiert“ werden, um ihre Verwerfung zu vermeiden. Das ESchG will zwar die Austragung durch eine andere Frau prinzipiell ausschließen, doch

---

<sup>154</sup> Vgl. auch Wellenhofer, Familienrecht, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 7 f.

<sup>155</sup> Vgl. BGHZ 87, 169 ff. (174 f.); s. auch Wolf/Neuner (oben Fn. 75), § 10 Rn. 57.

<sup>156</sup> S. nur Keck/Krüssel/Hess/Baston-Büst, Kinderwunschbehandlung in der gynäkologischen Praxis, 2014, S. 207 ff. (212), 312 ff. (314).

<sup>157</sup> Vgl. auch OLG Hamm NJW 1993, 795 f. (795 f.).

<sup>158</sup> S. oben im Text bei Fn. 13 ff.

geht der Schutz des Embryos insoweit vor.<sup>159</sup> Die Annahme eines Embryos durch Dritte setzt gem. § 8b Abs. 1, 2 TPG voraus, dass die genetische Mutter und der genetische Vater zustimmen.<sup>160</sup> Unterhaltpflichtige Mutter des Kindes wird gem. § 1591 BGB jene Frau, die es auf die Welt bringt. Der genetische Vater bleibt im Falle seiner Feststellung gem. §§ 1592 Abs. 3, 1600d BGB unterhaltpflichtig. Stimmen die genetischen Eltern der „Adoption“ nicht zu, wird in deren Recht auf Familienplanung gem. § 823 Abs. 1 BGB eingegriffen. Außerdem liegt eine Schutzgesetzverletzung gem. § 19 Abs. 1 Nr. 3 TPG i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB vor. Erstattungsfähig ist allerdings nur der Unterhaltsschaden des Mannes.<sup>161</sup> Die unberechtigte „Adoption“ des Embryos begründet keinen immateriellen Schadensersatzanspruch, der eine negative Konnotation mit der Existenz des Kindes zur Folge hätte.<sup>162</sup>

#### *4. Die nicht konsentierte Konzeption*

Grundsätzlich ist niemand zur Verwendung eines Verhütungsmittels verpflichtet. Haftungsprobleme können jedoch auftreten, falls ein Partner auf vorbeugende Maßnahmen des anderen Partners vertraut oder von einer Eingevorsorge abgehalten wird. Im *leading case* des BGH<sup>163</sup> hatte ein Mann mit seiner Partnerin eine Abrede über den Gebrauch von Kontrazeptiva getroffen, an die sich die Frau nicht hielt, indem sie heimlich die „Pille“ absetzte. Ebenso kann die Täuschung auch vom Mann ausgehen, wenn dieser beispielsweise ein Kontrazeptivum manipuliert oder seine Unfruchtbarkeit vorspiegelt.

##### *a) Vertragliche Ansprüche*

Handelt es sich um bloße Absichtserklärungen im persönlich-partnerschaftlichen Bereich, scheiden vertragliche Schadensersatzansprüche von vornherein aus. Treffen beide Partner hingegen eine „Verhütungsabrede“ samt rechtlichem Bindungswillen, stellt sich im Falle einer schuldhaften Pflichtverletzung die

---

<sup>159</sup> S. BT-Drucks. 11/5460, S. 9; Helms/Wanitzek, FamRZ 2007, 685 ff. (689 f. mit Fn. 66).

<sup>160</sup> Zur Problematik des Widerrufs s. näher Börgers/Friester, HFR 2010, S. 1 ff. (17) m.w.N.

<sup>161</sup> S. auch LG Dortmund FamRZ 2013, 334 ff.; nachgehend OLG Hamm Urteil vom 4. 2. 2013 – 22 U 108/12, I – 22 U 108/12 –, juris, das hingegen eine Einwilligung des Vaters in die künstliche Befruchtung annahm.

<sup>162</sup> Zu einer verhinderten Schwangerschaft bei der Eizellenspenderin s. unten im Text bei Fn. 209.

<sup>163</sup> BGHZ 97, 372 ff.

Frage nach Schadensersatzansprüchen gem. § 280 Abs. 1 BGB für die entstandenen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind.

Vorrangige Interessen des Kindes, die eine Inanspruchnahme ausschließen würden, sind nicht ersichtlich. Zum einen führt die Gewährung von Schadensersatz zu keiner inadäquaten Herabsetzung des Kindes<sup>164</sup> und zum anderen sind die finanziellen Belastungen der (leistungsfähigen) Mutter für das mitbetroffene Kind grundsätzlich hinnehmbar.<sup>165</sup>

Vertragliche Schadensersatzansprüche scheitern jedoch daran, dass die Abrede über die Applikation von Verhütungsmitteln einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung nicht zugänglich ist.<sup>166</sup> Die Freiheit, sich jederzeit für oder gegen Nachkommen entscheiden zu können, gehört untrennbar zur Persönlichkeit. Sie ist ebenso wie die Rechtsfähigkeit, der bürgerliche Name sowie die Religionszugehörigkeit rechtsgeschäftlichen Dispositionen entzogen.<sup>167</sup> Dass der Sexualbereich nur eingeschränkt rechtlich regelbar ist, zeigt exemplarisch die gesetzgeberische Begründung zu § 1 ProstG, wonach die Vereinbarung mit einer Prostituierten lediglich einen „einseitig verpflichtenden Vertrag“ begründet.<sup>168</sup> Ähnlich wie man sich nicht wirksam verpflichten kann, seinen Körper sexuell hinzugeben,<sup>169</sup> kann man sich auch nicht rechtlich dazu verpflichten, den Geschlechtsverkehr unter bestimmten Bedingungen, namentlich der Anwendung eines Verhütungsmittels, durchzuführen. Wie § 1 ProstG belegt, könnte selbst eine Prostituierte keine rechtsverbindliche Vereinbarung über einen verhütungssicheren Geschlechtsverkehr treffen. Das Gleiche gilt erst recht bei nicht kommerziellen Beziehungen. Zu bedenken ist überdies, dass eine solche vertragliche Zusage zumeist unter einem massiven Druck erfolgt sein wird, der erhebliche Zweifel an der Freiwilligkeit der Erklärung aufwirft. Welcher Partner unterschreibt denn aus freien Stücken eine

<sup>164</sup> S. zur vergleichbaren Situation bei „missglückten“ Verhütungsmaßnahmen, z.B. einer fehlerhaft durchgeführten Sterilisation, bereits oben im Text bei Fn. 13 ff.

<sup>165</sup> S. bereits oben im Text bei Fn. 148 ff.; a.A. BGHZ 97, 372 ff. (380); *Looschelders, Jura* 2000, 169 ff. (174 f.).

<sup>166</sup> Vgl. BGHZ 97, 372 ff. (379); zustimmend Soergel/*Löhnig*, BGB, 13. Aufl. 2013, Anh. zu §§ 1297 ff. Rn. 59; MünchKomm/*Armbrüster* (oben Fn. 119), § 138 Rn. 69; MünchKomm/*Rotb* (oben Fn. 61), § 1353 Rn. 10; Staudinger/*Olzen*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, § 241 Rn. 87; ebenso lehnt auch der österreichische OGH JBl. 1994, 687 ff. Schadensersatzansprüche ab; a.A. *Junker*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz (oben Fn. 4), S. 687 ff. („fristlos kündbar“); kritisch auch *Stürner*, JZ 1998, 317 ff. (319).

<sup>167</sup> S. dazu auch *Wolf/Neuner* (oben Fn. 75), § 10 Rn. 59.

<sup>168</sup> BT-Drucks. 14/5958, S. 4; 14/7174, S. 2, 7 ff.; s. dazu auch MünchKomm/*Armbrüster* (oben Fn. 119), § 1 ProstG Rn. 7.

<sup>169</sup> Zur fehlenden Rechtspflicht unter Ehegatten zum Geschlechtsverkehr s. bereits oben im Text bei Fn. 61.

Verpflichtungserklärung, die im Regelfall sogar eine Haftung für die fahrlässige Nichteinnahme des Kontrazeptivums begründen würde? Der andere Teil wird durch die rechtliche Unverbindlichkeit der Erklärung auch nicht unbillig benachteiligt. Dieser kennt die biologische Ausgangslage und kann selbst eine hinreichende Vorsorge treffen.

### *b) Deliktsrechtliche Ansprüche*

Schadensersatzansprüche gem. § 823 Abs. 1 BGB scheiden ebenfalls aus.<sup>170</sup> Willigen zwei Personen in den Geschlechtsverkehr ein, liegt die Zeugung eines Kindes in der natürlichen Konsequenz des gemeinsamen Handelns. Nehmen die Beteiligten diesen Ablauf interventionslos hin, machen sie jeweils von ihrem Persönlichkeitsrecht Gebrauch, über die eigene Nachkommenschaft zu entscheiden. Dies gilt auch dann, wenn das Unterlassen einer Verhütung abredewidrig erfolgt.<sup>171</sup> Der Täuschende greift zwar in das Recht auf reproduktive Autonomie des Partners ein, doch handelt es sich vorrangig um eine selbstbestimmte Entscheidung über die eigene Nachkommenschaft. Oder anders gewendet: Das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung ist ein höchstpersönliches, nicht disponibles Recht, weshalb der Berechtigte keine unerlaubte Handlung begeht, wenn er sich nicht an Zusagen hält oder seine Intentionen irreführend bekundet. Abgesehen davon erscheint das Deliktsrecht in der Regel weder als geeignetes Mittel, um Verfehlungen im personalen Bereich einer Ehe oder Lebensgemeinschaft zu sanktionieren noch um die Erfüllung von Pflichten im Intimbereich zu gewährleisten.<sup>172</sup> Systematisch folgerichtig hat der Gesetzgeber daher auch das Verschuldensprinzip im Scheidungsrecht stark zurückgedrängt.

Anders zu beurteilen sind vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen i.S.v. § 826 BGB, bei denen das Familienrecht keine Sperrwirkung entfaltet, und zwar weder für eheliche noch für nichteheliche Gemeinschaften.<sup>173</sup> Eine sittenwidrige Schädigung kann freilich noch nicht in dem schlichten Unterlassen einer Verhütung gesehen werden, auch wenn der Partner dadurch getäuscht wird. Angesichts des eigenen Rechts auf reproduktive Autonomie muss das schädigende Verhalten über das bloße Nicht-Verhüten bzw. das falsche Bekunden der eigenen Verhütung hinausgehen. Dies ist der Fall, wenn der Part-

---

<sup>170</sup> Vgl. Staudinger/Hager (oben Fn. 129), § 823 T Rn. 363.

<sup>171</sup> Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrrecht II/2 (oben Fn. 43), § 80 II 6 e (S. 515).

<sup>172</sup> Vgl. BGH NJW 1990, 706 ff. (707); Löhnig/Preisner, NJW 2013, 2080 ff. (2081); Looschelders, Jura 2000, 169 ff. (170, 172) m.w.N.

<sup>173</sup> Zur Anwendbarkeit des § 826 BGB auf familienrechtliche Konstellationen s. BGHZ 196, 207 ff. (Tz. 16 ff.); MünchKomm/Wagner (oben Fn. 17), § 823 Rn. 239.

ner mit zusätzlichen verbalen oder nonverbalen Mitteln von einer Prävention abgehalten wird oder dessen Verhütungsbestrebungen durch manipulative Maßnahmen vereitelt werden.

### 5. Der Scheinvater

Das Thema der reproduktiven Selbstbestimmung erfasst auch den Scheinvater insofern, als dessen Nachwuchsplanning durch das untergeschobene Kind, welches genetisch von einem anderen Mann abstammt, zumindest vorübergehend durchkreuzt wird. Hat der Scheinvater zunächst Kindesunterhalt geleistet, entsteht mangels einer Verbindlichkeit nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Kondiktionsanspruch, doch kann sich das Kind in der Regel auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen.<sup>174</sup> Zudem geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen tatsächlichen Vater im Wege der Legalzession des § 1607 Abs. 3 BGB<sup>175</sup> auf den Scheinvater über.<sup>176</sup> Eine Rückgriffskondiktion wird von der h. M. hingegen abgelehnt, weil der Scheinvater eine eigene Unterhaltpflicht erfüllen wollte.<sup>177</sup> Gegenüber der Mutter verneint die h. M. einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Sperrwirkung des Ehe- und Familienrechts bei Ehestörungen, gelangt jedoch zur Anwendung des § 826 BGB, wenn weitere schädigende Umstände hinzutreten.<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> Vgl. BGH NJW 1981, 2183 f. (2184); Raiser, FamRZ 1986, 942 ff. (943); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (oben Fn. 127), § 52 Rn. 133 m.w.N.

<sup>175</sup> Das Gleiche gilt für den Unterhaltsanspruch der Mutter gem. § 1615 I Abs. 3 Satz 1 BGB.

<sup>176</sup> S. zu Einzelheiten, insbesondere zur Höhe des Regressanspruches, zur Vaterschaftsanfechtung sowie zum Erfordernis der Vaterschaftsfeststellung, BaRo/Reinken (oben Fn. 8), § 1607 Rn. 19 ff.; Vollersen, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts, 2012, S. 198 ff. m.w.N.; ein Anspruch des Scheinvaters gem. § 826 BGB vor Anfechtung der Vaterschaft scheidet nach h. M. grundsätzlich aus, vgl. Staudinger/Oechsler (oben Fn. 63), § 826 Rn. 452 f. m.w.N.

<sup>177</sup> Vgl. BGHZ 43, 1 ff. (11 f.); MünchKomm/Schwab (oben Fn. 17), § 812 Rn. 320; auch ein Anspruch aus § 683 BGB scheidet jedenfalls aufgrund der *cessio legis* aus, vgl. MünchKomm/Wellenhofer (oben Fn. 120), § 1599 Rn. 48; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (oben Fn. 127), § 52 Rn. 137; Engel, Der Rückgriff des Scheinvaters wegen Unterhaltsleistungen, 1974, S. 41 ff.

<sup>178</sup> Vgl. BGHZ 196, 207 ff. (Tz. 14 ff.); Löhnig/Preisner, NJW 2013, 2080 ff. (2080 f.); kritisch zur Unanwendbarkeit des § 823 Abs. 1 BGB bezüglich des Abwicklungsinteresses Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (oben Fn. 127), § 17 Rn. 24, 28; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 24. Aufl. 2013, Rn. 618 f. m.w.N.

## V. Das vertauschte Kind

Dass zwei Babys kurz nach der Geburt vertauscht werden, ist ein altbekanntes, schon biblisches<sup>179</sup> Szenario.<sup>180</sup> Eine zusätzliche, zeitlich vorgelagerte Verwechslungsgefahr kann bei einer (homologen) In-vitro-Fertilisation auftreten, indem versehentlich der „falsche“, d.h. der genetisch einer anderen Frau und einem anderen Mann zugehörige Embryo, implantiert wird. Möglich ist auch, dass im Rahmen einer künstlichen Befruchtung nur die Keimzelle von einem der beiden Partner vertauscht wird, also etwa irrtümlich der Samen eines fremden Mannes zur Befruchtung herangezogen wird.

### 1. Das vertauschte Neugeborene

Wurden zwei Neugeborene vertauscht, ist danach zu unterscheiden, ob die rechtlichen Eltern noch feststellbar sind oder nicht.

#### a) Feststellbare Elternschaft

Lassen sich die *rechtlichen Eltern* i.S.d. §§ 1591, 1592 BGB<sup>181</sup> ermitteln,<sup>182</sup> haben diese gem. § 1632 Abs. 1 BGB grundsätzlich wechselseitige Ansprüche auf Herausgabe ihres Kindes. Das Familiengericht kann allerdings gem. § 1632 Abs. 4 BGB anordnen, dass das Kind bei den „Putativeltern“<sup>183</sup> als bislang tätige Pflegepersonen verbleibt, wenn und solange das Kindeswohl durch die Wegnahme gefährdet würde. In Betracht kommt zudem ein Umgangsrecht gem. § 1685 Abs. 2 BGB.

---

<sup>179</sup> S. Salomos Urteil, Altes Testament, 1. Buch der Könige, 3. Kapitel, Verse 16 bis 28.

<sup>180</sup> S. zu den Verwechslungsrisiken näher Gray et al., Pediatrics 117/1 (2006), S. 43 ff. (online veröffentlicht) sowie zur Vermeidung einer Vertauschung zweier Neugeborener die Empfehlung der Deutschen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburts hilfe (DGGS) et al. www.awmf.org/leitlinien.

<sup>181</sup> S. näher zum rechtlichen Vater, der mit der gebärenden Frau verheiratet ist (§ 1592 Nr. 1 BGB) oder die Vaterschaft anerkennt (§ 1592 Nr. 2 BGB) Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505 ff. (506).

<sup>182</sup> Zur Feststellung der Elternschaft gem. §§ 169 Nr. 1, 184 Abs. 2 FamFG, zum Berichtigungsverfahren gem. §§ 47 f. PStG sowie zur außergerichtlichen Feststellung der genetischen Abstammung gem. § 1598a BGB s. näher Eckebecht, FRP 2011, 394 ff. (397 ff.); Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505 ff. (507 ff.).

<sup>183</sup> Terminologie nach Eckebecht, FRP 2011, 394 ff. (397); man spricht synonym auch von „Tauscheltern“, nicht aber von „Scheineltern“, um sich vom Begriff des „Scheinvaters“ abzugrenzen, der seine rechtliche Zuordnung zum Kind lediglich durch eine Anfechtungsklage beseitigen kann; vgl. Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505 ff. (505).

Den *Putativeltern* steht wegen der rechtsgrundlos erbrachten Unterhaltsleistungen ein Kondiktionsanspruch gegen das Kind zu.<sup>184</sup> In der Regel wird sich das Kind freilich auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen können.<sup>185</sup> Der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen tatsächlichen Vater geht gem. § 1607 Abs. 3 Satz 2 BGB auf den Putativvater über, der den Unterhalt gewährt hat. Diese Zessionsregelung gilt in analoger Anwendung auch für Unterhaltsleistungen der Putativmutter.<sup>186</sup> Typischerweise werden die Putativeltern ihre jeweiligen Ansprüche gegeneinander aufrechnen.

Den Putativeltern können zudem gegen die Geburtsklinik oder deren schuldhaft handelndes Personal Schadensersatzansprüche wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 278 BGB sowie einer unerlaubten Handlung gem. §§ 831, 823 Abs. 1 BGB, insbesondere aufgrund der Verletzung des elterlichen Sorgerechts, zustehen.<sup>187</sup> Der Schadensersatz wegen Verletzung des Sorgerechts erfasst neben den Kosten für das Auffinden des Kindes auch eine immaterielle Entschädigung für die (längerfristige) Entziehung des Kindes.<sup>188</sup> Die Gewährung eines solchen Schmerzensgeldes folgt aus einer verfassungskonformen Auslegung von § 823 Abs. 1 BGB, da die Sorge um das Kind gem. Art. 6 Abs. 2 GG „das natürliche Recht der Eltern“ ist und eine sehr starke persönlichkeitsrechtliche Dimension i.S.d. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG aufweist. Eine Beeinträchtigung dieses Sorgerechts belastet und verletzt die Eltern in der Regel wesentlich stärker als beispielsweise entschädigungspflichtige Beeinträchtigungen des Rechts der persönlichen Ehre.<sup>189</sup>

Das *vertauschte Kind* hat gegen die Geburtsklinik oder deren Personal ebenfalls potentielle Schadensersatzansprüche. Im Vordergrund des Kindesinteresses steht die Kompensation der schweren Persönlichkeitsrechtsverletzung gem. § 823 Abs. 1 BGB, die es aufgrund der Verwechslung erlitten hat.

---

<sup>184</sup> Rechtsgeschäfte, die die Putativeltern in Vertretung des Kindes vorgenommen haben, bleiben analog §§ 1698a, 1698b, 1893 BGB, § 47 FamFG wirksam; vgl. auch Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht (oben Fn. 127), § 52 Rn. 132; Münch-Komm/Wellenhofer (oben Fn. 120), § 1599 Rn. 53 m.w.N.

<sup>185</sup> S. hierzu sowie zur *cessio legis* auch schon oben im Text bei Fn. 174 ff.

<sup>186</sup> Vgl. Veit/Hinz, FamRZ 2010, 505 ff. (509).

<sup>187</sup> Wurde das Neugeborene *entführt*, kommt neben einem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB auch ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 235 StGB in Betracht.

<sup>188</sup> A. A. OLG Celle VersR 1953, 210 f. (210); zu Recht kritisch Stoll, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (oben Fn. 21), Rn. 30; rechtsvergleichend Binding, Das Gesetz der VR China über die deliktische Haftung, 2012, S. 20.

<sup>189</sup> S. zur Umgangsvereitelung durch die Kindesmutter prinzipiell auch AG Essen FamRZ 2008, 717 f. (*in concreto* wurde der Eingriff allerdings als nicht schwerwiegend erachtet); nach BGHZ 111, 168 ff. sind bei einer Entführung durch einen nicht sorgeberechtigten Elternteil die Detektivkosten zu erstatten.

Das Kind musste erfahren, von anderen Eltern abzustammen und wurde hierdurch in seiner Identitätsbildung nachhaltig gestört. Darüber hinaus wurde das Persönlichkeitsrecht des Kindes durch die Vorenthaltung der elterlichen Fürsorge verletzt. Spiegelbildlich zum Sorgerecht der Eltern hat das Kind ein Recht auf Fürsorge, das ebenfalls als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB zu verstehen ist.<sup>190</sup> Bestätigt wird diese dogmatische Einordnung durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 823 Abs. 1 BGB im Lichte des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG, der dem Kind das subjektive Recht auf Pflege und Erziehung durch seine Eltern zuspricht.<sup>191</sup>

Gegen eine Entschädigungspflicht könnte man zwar versuchen einzuwenden, dass das geltende Recht kein „Angehörigenschmerzensgeld“ kennt und das Kind beispielsweise auch dann keinen immateriellen Schadensersatz erhielte, wenn dessen Eltern kurz nach der Geburt getötet werden und es infolgedessen bei Pflegeeltern aufwachsen muss. Der Vergleich ist indes unschlüssig: Im Unterschied zu einem Schmerzensgeld für den Tod eines nahen Angehörigen setzt ein Schadensersatz wegen Beeinträchtigung des Rechts auf elterliche Fürsorge keine Drittschädigung voraus und führt zu keiner entsprechenden Haftungserweiterung. Außerdem ist das Aufwachsen bei unzuständigen Dritten mit dem Verlust der Eltern nicht vergleichbar. Beim Tod der Eltern substituieren Dritte notwendigerweise die natürlichen Bezugspersonen, wohingegen bei einer Vertauschung dem Kind der Zugang zu seinen lebenden Eltern verbaut wird. Die bislang ablehnende Haltung des Gesetzgebers betraf daher auch allein die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes und nicht die Gewährung von Schadensersatz im Fall der Vertauschung von Kindern.<sup>192</sup> Dass Eltern ihr Kind zur Adoption frei geben können, steht einer Schadensersatzpflicht ebenfalls nicht entgegen. Diese theoretische Option dient allein den Kindes- und Elterninteressen und führt, wie bei der Problematik des „planwidrigen Kindes“, zu keiner Entlastung des Schädigers.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Das *LG München FamRZ* 2009, 1629 f. ging bei der unberechtigten Wegnahme eines vierjährigen Kindes durch das Jugendamt (infolge einer ärztlichen Fehldiagnose über eine angebliche Kindesmisshandlung) und anschließender Heimunterbringung von einer Freiheitsverletzung i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB aus und sprach dem Kind € 10.000.– Schmerzensgeld für knapp einen Monat Freiheitszug zu.

<sup>191</sup> Vgl. BVerfGE 121, 69 ff. (93 f.).

<sup>192</sup> S. näher Neuner, JuS 2013, 577 ff. (582 f.).

<sup>193</sup> Vgl. oben Fn. 20.

### *b) Nicht feststellbare Elternschaft*

Sind die rechtlichen Eltern nicht mehr zu ermitteln, gehen dem Kind seine Unterhaltsansprüche auf Dauer verloren. Hierfür ist gegebenenfalls die Geburtsklinik verantwortlich, die dem Kind den entsprechenden Ausfall ersetzen muss. Schadensersatzrechtlich spielt es dabei keine Rolle, ob zugunsten des vertauschten Neugeborenen bereits ein Krankenhausaufnahmevertrag geschlossen wurde oder die Grundsätze des „Vertrages mit Schutzwirkung zu gunsten Dritter“ eingreifen. Auf der deliktsrechtlichen Ebene liegt infolge des definitiven Entzugs der Unterhaltsansprüche eine Analogie zu § 844 Abs. 2 BGB nahe.<sup>194</sup>

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des vertauschten Kindes gem. § 823 Abs. 1 BGB wird in diesem Fall sowohl durch den dauerhaften Entzug der elterlichen Fürsorge als auch durch die dauerhafte Unkenntnis der eigenen Abstammung verletzt. Die Kenntnis der eigenen Abstammung ist für die Identitätsbildung ebenso wichtig wie für eine Familienanamnese. Ein Schadensersatz wegen des Verlusts an erbrechtlichen Positionen dürfte indes kaum zu realisieren sein, da es aufgrund der Anonymität der Eltern schon an der Grundlage für eine Schätzung nach § 287 ZPO fehlt.<sup>195</sup>

In einer ähnlichen Situation der Unkenntnis können auch die Eltern geraten, wenn diese die Kindesvertauschung feststellen und es ihnen nicht gelingt, ihr Kind zu ermitteln. Sie haben dann gegen die Geburtsklinik oder deren schuldhaft handelndes Personal Schadensersatzansprüche wegen einer vertraglichen Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 278 BGB. Hinzu kommen deliktische Ansprüche gem. §§ 831, 823 Abs. 1 BGB (insbesondere wegen Verletzung des Rechts auf elterliche Sorge).

## *2. Der vertauschte Embryo*

Nach einer homologen In-vitro-Fertilisation kann der zu behandelnden Frau irrtümlich ein „fremder“ Embryo eingepflanzt werden, der nicht von ihr und ihrem Mann abstammt. Von solchen Verwechslungen wurde schon aus den USA und Großbritannien berichtet, zuletzt aus Deutschland.<sup>196</sup> In dem inländischen Fall hatte der misstrauische Vater eines fünfjährigen Kindes die Vaterschaft erfolgreich angefochten, wobei sich im Rahmen der gutachterlichen Untersuchung herausstellte, dass das Kind mit fast hundertprozentiger Wahrscheinlichkeit genetisch auch nicht von seiner Mutter abstammt.

---

<sup>194</sup> Vgl. *DIV-Gutachten*, ZfJ 1992, S. 44 ff. (46).

<sup>195</sup> Vgl. auch Spickhoff/*Spickhoff*, Medizinrecht (oben Fn. 57), § 1600 BGB Rn. 20.

<sup>196</sup> *S. Spiegel-Online* vom 14. Juli 2013; auch aus Italien berichtete *Zeit-Online* am 13. April 2014: „Frau nach künstlicher Befruchtung schwanger mit fremden Zwillingen“.

### a) Abstammungsrechtliche Folgen

Analysiert man den Fall zunächst abstammungsrechtlich, ist kennzeichnend, dass der Vater i.S.d. § 1592 BGB seine Vaterschaft gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 1 BGB anfechten kann, nicht aber die Mutter. Rechtliche Mutter des vertauschten Embryos ist gem. § 1591 BGB jene Frau, die das Kind geboren hat.<sup>197</sup> Nach der gesetzgeberischen Begründung ist hierfür maßgeblich, „dass nur die gebärende Frau zu dem Kind während der Schwangerschaft sowie während und unmittelbar nach der Geburt eine körperliche und psychosoziale Beziehung hat. Die Mutterschaft dieser Frau soll daher auch keine bloße Scheinmutterschaft sein, die durch Anfechtung beseitigt werden könnte, um die Feststellung der Eispenderin als genetische Mutter zuzulassen.“<sup>198</sup> Diese „unverrückbar(e)“<sup>199</sup> Statuszuordnung des § 1591 BGB wird von Teilen der Literatur kritisiert und für korrekturbedürftig erachtet, weil und sofern die Mutter an der Verwechslung nicht mitgewirkt hat, also der Transfer des nicht von ihr abstammenden Embryos ohne bzw. gegen ihren Willen geschah.<sup>200</sup> *De lege lata* erfolgt die Statuszuordnung indes unabhängig vom Willen und den Selbstbestimmungsmöglichkeiten der Eltern.<sup>201</sup>

### b) Schadensersatzrechtliche Folgen

Der behandelnde Arzt (i.S.v. § 630 a Abs. 1 BGB) verletzt durch die Implantierung des verwechselten Embryos eine Pflicht gem. § 280 Abs. 1 BGB. Problematisch ist der Schaden: Das genetisch nicht von der Mutter abstammende Kind ist selbstredend kein Schaden, doch könnte man in den Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem Kind einen ersatzfähigen Schaden sehen. Hiergegen sprechen jedoch die Wertung des § 1591 BGB über die rechtliche

---

<sup>197</sup> S. hierzu auch Coester-Waltjen, Jura 2009, 427 ff. (427 f.); Staudinger/Rauscher (oben Fn. 127), § 1591 Rn. 15 ff.; Erman/Hammermann, BGB, 13. Aufl. 2011, § 1591 Rn. 1 ff.; Völlerse, Begriff und System des deutschen Abstammungsrechts (oben Fn. 176), S. 62 ff.; Wanitzek, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, S. 211 m.w.N.

<sup>198</sup> BT-Drucks. 13/4899, S. 82; mittelbar wollte der Gesetzgeber durch diese Bestimmung insbesondere Leihmutterschaften verhindern, zumal die medizinische Assistenz bei der Ei- und Embryonenspende gem. § 1 Nr. 1, 2, 6 und 7 ESchG untersagt ist; zum Vermittlungsverbot vgl. § 13 c, d AdoptVermG.

<sup>199</sup> BT-Drucks. 13/4899, S. 82.

<sup>200</sup> S. namentlich MünchKomm/Wellenhofer (oben Fn. 120), § 1591 Rn. 34 f. mit dem zusätzlichen Vorhalt eines verfassungswidrigen Wertungswiderspruchs bei der Anfechtungsberechtigung nach § 1600 BGB, weil der genetischen Mutter die Anfechtung versagt bleibt, auch wenn zwischen dem Kind und der rechtlichen Mutter keine sozial-familiäre Beziehung besteht.

<sup>201</sup> S. auch schon oben im Text bei Fn. 127.

Mutterschaft sowie der Umstand, dass der Mutter auch bei korrektem ärztlichem Verhalten Unterhaltspflichten entstanden wären.<sup>202</sup> Die Mutter wollte ja ein Kind, wenngleich nur eines, das von ihr genetisch abstammt. Nicht die Existenz des Kindes, sondern dessen „So-Sein“ im Sinne einer fehlenden genetischen Verwandtschaft wäre demnach ursächlich für die Einordnung der Unterhaltsleistungen als Schaden. Dieses Differenzierungskriterium würde das Kind aber offenkundig und inakzeptabel diskriminieren. Wenn Eltern ein Kind überhaupt nicht eingeplant haben und die Unterhaltsleistungen als ökonomischen Schaden geltend machen, wird das Kind als Individuum nicht merklich herabgesetzt, anders aber, wenn bestimmte „Defizite“ oder „Abweichungen“ vom „Wunschtypus“ reklamiert und geltend gemacht werden.<sup>203</sup> In der weiteren Folge hat die Mutter auch keine Schadensersatzansprüche aufgrund der durch die Schwangerschaft und Geburt erlittenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen, da sie beide Phasen bei einem genetisch verwandten Kind ebenfalls durchlebt hätte.<sup>204</sup>

Die Mutter des vertauschten Embryos ist allerdings in ihrem Recht auf reproduktive Selbstbestimmung erheblich verletzt worden.<sup>205</sup> Der Frau wurde vorenthalten, Mutter des von ihr genetisch abstammenden Kindes zu werden. Bezogen auf diese *entgangene* Elternschaft und nicht im Hinblick auf das existente Kind liegt ein ersatzfähiger immaterieller Schaden gem. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG vor.<sup>206</sup> Das Gleiche gilt *mutatis mutandis* für den verhinderten Vater. Ein vertraglicher Anspruch aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 253 Abs. 2 BGB scheidet hingegen aus, da Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts von dieser Regelung nicht erfasst werden.<sup>207</sup>

Aus dem gleichen Grund besteht auch kein vertraglicher Schadensersatzanspruch des Kindes, das ursprünglich in den Schutzbereich des Behandlungsvertrages mit den Keimzellenspendern einbezogen war. Ein schadens-

<sup>202</sup> Das Gleiche gilt für deliktische Ansprüche gem. § 823 Abs. 1 BGB sowie (im Falle vorsätzlichen Handelns) gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 2 ESchG.

<sup>203</sup> S. dazu auch schon oben im Text bei Fn. 82 ff.

<sup>204</sup> Anders nur bei einer generell nicht intendierten (Trage-)Mutterschaft; vgl. Staudinger/Rauscher (oben Fn. 127), § 1591 Rn. 18 sowie oben im Text bei Fn. 129 ff. zur analogen Rechtslage bei einer Vergewaltigung.

<sup>205</sup> Zu den Konfrontationen einer weißen Frau (aus Nordirland), die aufgrund einer Embryonenverwechslung einen dunkelhäutigen Jungen zur Welt brachte s. Ärzte-Zeitung online v. 15. 06. 2009: „Wir können nicht das Haus verlassen, die Leute starren uns nur an. (...) Meine Frau wurde gefragt, ob sie eine Urlaubsaffäre mit einem Inder gehabt hätte. (...)“

<sup>206</sup> Zu Wertungswidersprüchen aufgrund des Fehlens eines gesetzlichen Angehörigenschmerzensgeldes s. unten im Text bei Fn. 227 ff.

<sup>207</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 36.

ersatzpflichtiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG liegt allerdings vor, denn dem Kind wurde verwehrt, bei seinen genetischen Eltern aufzuwachsen. Alternativ besteht nach einer In-vitro-Fertilisation zwar auch die Möglichkeit, den Embryo zur „Adoption“ frei zu geben, also einer anderen gebärwilligen Frau zu überlassen, doch führt diese Option der Eltern zu keiner Entlastung des behandelnden Arztes.<sup>208</sup>

### *3. Die vertauschte Keimzelle*

Bei einer intendierten homologen In-vitro-Fertilisation besteht die weitere Gefahr einer Keimzellenverwechslung, indem entweder die Eizelle einer fremden Frau oder das Sperma eines fremden Mannes zur Befruchtung herangezogen wird.

#### *a) Die vertauschte Eizelle*

Im Falle der Verwechslung der Eizelle, wird die gebärende Frau gem. § 1591 BGB Mutter des von ihr nicht genetisch abstammenden Kindes. Ein Schadensersatzanspruch aufgrund der *Unterhaltsverpflichtungen* besteht weder nach § 280 Abs. 1 BGB noch nach § 823 Abs. 1 BGB bzw. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG.<sup>209</sup> Ein zum *immateriellen Schadensersatz* verpflichtender Eingriff in das Recht auf reproduktive Autonomie liegt gem. § 823 Abs. 1 BGB insofern vor, als die Frau daran gehindert wurde, Mutter des genetisch ihr zugehörigen Kindes zu werden. Der Mann hat ebenfalls einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Rechts auf reproduktive Autonomie. Das Kind stammt zwar von ihm ab, doch wurde ihm verwehrt, zusammen mit seiner Partnerin ein genetisch gemeinsames Kind zu zeugen. Dem Kind steht hingegen kein eigener immaterieller Schadensersatz zu, weil es seine Existenz der Vertauschung der Eizelle „verdankt“.<sup>210</sup>

#### *b) Die vertauschte Samenzelle*

Wurde die Samenzelle vertauscht, kann der Mann seine Vaterschaft gem. §§ 1599 ff. BGB anfechten. Sowohl der Mann als auch die Frau haben einen Schadensersatzanspruch wegen eines Eingriffs in das Recht auf reproduktive

<sup>208</sup> Vgl. schon oben im Text bei Fn. 193.

<sup>209</sup> S. bereits näher oben im Text bei Fn. 202 ff. zur analogen Rechtslage bei vertauschten Embryonen.

<sup>210</sup> S. zur analogen Konstellation bei einer Vergewaltigung oben im Text bei Fn. 128.

Selbstbestimmung, da beide daran gehindert wurden, ein genetisch gemeinsames Kind zu bekommen.<sup>211</sup>

## *VI. Das verhinderte Kind*

Der Wunsch nach einem genetisch eigenen Kind kann auf verschiedene Weise zunichtegemacht werden, beispielsweise durch die Zerstörung der Zeugungsfähigkeit, durch die Entsorgung extrakorporal gelagerter Keimzellen oder durch einen Schwangerschaftsabbruch, der gegen den Willen des Kindsvaters durchgeführt wird.

### *1. Verlust der Zeugungsfähigkeit*

Die Zeugungsfähigkeit kann im Rahmen eines Schuldverhältnisses, insbesondere aufgrund eines ärztlichen Kunstfehlers,<sup>212</sup> oder ausschließlich durch deliktisches Handeln eliminiert werden. Der Verlust der Fruchtbarkeit wird zivilrechtlich vor allem durch ein entsprechend hohes Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB zu kompensieren versucht.<sup>213</sup>

Insbesondere aus rechtsvergleichender Perspektive stellt sich die Frage, ob neben dem Opfer noch zusätzlich dessen (*Ehe-)*Partner zu entschädigen ist.<sup>214</sup> Der Partner wird in seiner Zeugungsfähigkeit indes nicht tangiert. Er wird nur in der Familienplanung insofern eingeschränkt, als gemeinsame Nachkommen mit dem zeugungsunfähigen Partner ausgeschlossen sind. Gegenüber dem (*Ehe-)*Partner besteht jedoch kein rechtlicher Anspruch auf Zeugung von Kindern, sodass allein die abstrakte Chance auf eine gemeinsame Nachkommenschaft vereitelt wurde. Solche Beeinträchtigungen werden *de lege lata* nicht entschädigt. Selbst im Falle der Tötung des Partners sehen die §§ 844 f. BGB lediglich einige limitierte Ersatzansprüche vor und keine Entschädigung für immaterielle Schäden.<sup>215</sup>

---

<sup>211</sup> Bei einem vorsätzlichen Spermatausch kommt auch ein Anspruch aus § 826 BGB in Betracht. So soll in den USA ein Angestellter einer Reproduktionsklinik Paaren absichtlich sein eigenes Sperma untergeschoben haben; vgl. *Spiegel-Online* vom 19. Januar 2014.

<sup>212</sup> S. nur *BGH NJW* 1980, 2751 ff.

<sup>213</sup> S. etwa *LG Bielefeld BeckRS* 2011, 24687 (€ 80.000,- bei vorsätzlichem Handeln zulasten eines 58-Jährigen).

<sup>214</sup> S. z.B. zum US-amerikanischen Recht *Dobbs*, The Law of Torts, 2000, § 310 (S. 841 ff.).

<sup>215</sup> S. auch *LG Augsburg NJW* 1967, 1513 f.; a.A. *Stoll*, Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht (oben Fn. 21), Rn. 284 mit zahlreichen rechtsvergleichenden Nachweisen.

Das Streben nach einem gemeinsamen Kind kann auch durch eine vom (Ehe-)Partner selbst herbeigeführte Zeugungsunfähigkeit durchkreuzt werden. Dies geschieht vor allem mittels einer Sterilisation, die ohne Zustimmung des Partners erfolgt und für die eine Zustimmung auch nicht erforderlich ist.<sup>216</sup> Eine Rechtspflicht zur Zeugung von Nachkommen würde die Freiheit, selbstbestimmt über die persönliche Fortpflanzung entscheiden zu können, unverhältnismäßig einschränken.<sup>217</sup> Im Innenverhältnis kann allerdings eine Eheverfehlung vorliegen, wenn sich die Partner über ihre jeweiligen Vorstellungen nicht hinreichend austauschen und beraten.<sup>218</sup>

## *2. Vernichtung von Keimzellen*

Zu einer Verletzung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung kann auch die unbefugte Vernichtung von Keimzellen führen. Dies zeigt beispielhaft der Fall eines Krebspatienten, dessen Sperma versehentlich entsorgt wurde, das er vor einer Harnblasenoperation einfrieren ließ, von welcher er wusste, dass sie zu seiner Zeugungsunfähigkeit führen würde. Die Qualifizierung als bloße Eigentumsverletzung scheidet bei einem solchen irreversiblen Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit aus und würde auch keinen immateriellen Schadensersatz begründen. Der BGH ging stattdessen von einer Körperverletzung aus.<sup>219</sup> Diese Annahme wirkt aufgrund der räumlichen Distanz des (kryo-)konservierten Samens zum Körper des Patienten jedoch fiktiv. Richtigerweise ist daher eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form der Beeinträchtigung des Rechts auf reproduktive Autonomie gegeben.<sup>220</sup>

Ebenso wie bei dem Verlust der Zeugungsfähigkeit scheidet auch bei der Vernichtung von Keimzellen ein Schadensersatzanspruch des mitbetroffenen (Ehe-)Partners aus.<sup>221</sup> Möglich ist aber, dass eine aus einer Ei- und Samenzelle entstandene (im Vorkernstadium befindliche) 2-Pronuclei-Zelle beschädigt wird. In diesem Fall sind beide Gametenspender schadensersatz-

---

<sup>216</sup> Vgl. BGHZ 67, 48 ff. (49 ff.); Laufs/Kern/*Ulsenheimer* (oben Fn. 67), § 126 Rn. 6; a.A. Staudinger/*Voppel* (oben Fn. 48), § 1353 Rn. 42 m.w.N.

<sup>217</sup> Vgl. auch BaRo/*Hahn* (oben Fn. 8), § 1353 Rn. 10; zur früher h. L., nach der die Kinderzeugung primärer Ehezweck war, s. MünchKomm/*Roth* (oben Fn. 61), § 1353 Rn. 42 Fn. 174 m. umf. N.

<sup>218</sup> Vgl. MünchKomm/*Roth* (oben Fn. 61), § 1353 Rn. 42.

<sup>219</sup> BGHZ 124, 52 ff. (DM 25.000,- Schmerzensgeld im Jahr 1993).

<sup>220</sup> Vgl. auch *Taupitz*, NJW 1995, 745 ff. (748 ff.); Staudinger/*Hager* (oben Fn. 106), § 823 B 19; MünchKomm/*Wagner* (oben Fn. 17), § 823 Rn. 131.

<sup>221</sup> Vgl. oben im Text bei Fn. 214 f. sowie *Holzwarth*, Das Recht auf ungestörte Familienplanung als Konkretisierung des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts (oben Fn. 56), S. 128 ff.

berechtigt, jedenfalls wenn ihnen die letzte Chance zur Fortpflanzung genommen wurde.<sup>222</sup>

### *3. Verletzung von Leben*

Vergleicht man die Vernichtung von Keimzellen oder den Verlust der Zeugungsfähigkeit mit der Rechtslage bei der Verletzung von Leben, werden massive Wertungswidersprüche offenkundig.

#### *a) Kleinkind*

Wird ein Kleinkind fahrlässig oder vorsätzlich getötet, erhalten die Eltern für den Verlust ihres Kindes kein Schmerzensgeld. Verursacht beispielsweise ein betrunkener Autofahrer einen schweren Verkehrsunfall, erhalten die Eltern eine exakt austarierte Nutzungsausfallentschädigung für den zur Reparatur gegebenen Pkw, aber keinerlei Entschädigung für den lebenslangen Verlust ihres Kindes. Daran ändert sich auch nichts, wenn es ihr einziges Kind war und sie kein weiteres Kind mehr zeugen können. Weshalb diese Konstellation gesetzlich anders bewertet wird als die Zerstörung der Zeugungsfähigkeit oder die Vernichtung von extrakorporal gelagerten Keimzellen, ist schwer nachvollziehbar. Jedes Mal sind die Betroffenen in ihrer Existenz schwer erschüttert und stehen im wörtlichen Sinne alleine da. Die gesetzliche Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes erscheint daher dringend geboten, zumal ein solcher immaterieller Schadensersatz bereits in fast allen anderen EU-Staaten etabliert ist.<sup>223</sup>

#### *b) Nasciturus*

Wird ein Nasciturus getötet, etwa bei einem Verkehrsunfall oder aufgrund eines Arztfehlers, ist die Rechtslage ähnlich wie bei der Tötung eines Kleinkindes. Die Eltern bekommen für den Verlust des noch ungeborenen Kindes kein (Angehörigen-)Schmerzensgeld. Umstritten ist lediglich, ob die Schädigung der Leibesfrucht zugleich eine Gesundheitsverletzung der Mutter darstellt, für die ein Schmerzensgeld zu leisten ist.<sup>224</sup>

Lässt eine Schwangere einen Abbruch nach Maßgabe des § 218a StGB durchführen, kann sie die Nachwuchsplanung des Kindsvaters durchkreu-

<sup>222</sup> Vgl. Börgers/Frister, HFR 2010, S. 1 ff. (4, 11).

<sup>223</sup> S. Neuner, JuS 2013, 577 ff. (582 f.); grundsätzlich auch Wagner, FS Stürner, Bd. I, 2013, S. 231 ff. (238 ff.) m.w.N.

<sup>224</sup> Pro OLG Koblenz NJW 1988, 2959 f.; contra OLG Düsseldorf NJW 1988, 777 f.

zen, sofern dieser mit der Interruptio nicht einverstanden war. Auf die Zustimmung des Vaters kommt es bei einem Schwangerschaftsabbruch indes nicht an, vielmehr liegt die Entscheidungskompetenz allein bei der Frau, die sich gem. § 1353 BGB nur vor dem Eingriff besprechen muss.<sup>225</sup>

### c) *Embryo*

Wird ein *in vitro* gezeugter Embryo der zu behandelnden Frau nicht eingepflanzt, kommt es zu einer weiteren Störung der Nachwuchsplanung. Das Unterlassen des intrauterinen Transfers kann entweder auf schlichter Untätigkeit oder auf einer präimplantativen Fehldiagnose beruhen. Ist die Implantation noch nachholbar, handelt es sich grundsätzlich um einen unerheblichen Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung, nicht aber, wenn der Embryo bereits entsorgt oder einer anderen Frau implantiert wurde.

Fand ein Transfer des Embryos auf eine andere Frau statt, wird die gebärende Frau Mutter des Kindes (§ 1591 BGB). Als Entschädigung haben die Gametenspender gegen den pflichtwidrig handelnden Arzt insbesondere einen Anspruch auf immateriellen Schadensersatz für die entgangene Elternschaft.<sup>226</sup>

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Embryo aufgrund eines Diagnosefehlers oder sonstigen Missgeschicks versehentlich entsorgt wurde und die Eltern keine weitere Fortpflanzungsmöglichkeit mehr haben. Geht man davon aus, dass bereits mit der Konzeption in der Petrischale ein *Rechtssubjekt* entsteht,<sup>227</sup> liegt zwar ein massiver Eingriff in die Nachwuchsplanung vor, doch wehrt das Gesetz den betroffenen Eltern, ebenso wie bei dem

---

<sup>225</sup> Vgl. Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175 ff. (2176); Staudinger/Coester, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2009, § 1666 Rn. 27; MünchKomm/Roth (oben Fn. 61), § 1353 Rn. 42; a.A. AG Köln NJW 1985, 2201.

<sup>226</sup> S. zur ähnlichen Problematik vertauschter Embryonen bereits oben im Text nach Fn. 207.

<sup>227</sup> S. zur Maßgeblichkeit dieses Zeitpunktes ausführlich Müller-Terpitz, Schutz des pränatalen Lebens (oben Fn. 140), S. 78 ff.; Roller, Die Rechtsfähigkeit des *Nasciturus*, 2012, S. 37 f., 48 f.; nach anderer Ansicht soll bereits das Pronukleusstadium entscheidend sein; vgl. Roth, Eigentum an Körperteilen, Rechtsfragen der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, 2009, S. 102 m.w.N.; strikt gegen eine Grundrechtsfähigkeit des pränatalen Embryos zuletzt Dreier, Bioethik (oben Fn. 112), S. 23 ff. m. umf. N.; demgemäß wird in der verfassungsrechtlichen Literatur die Menschenwürde zum Teil von der genetisch-biologischen Gattungszugehörigkeit losgelöst und von einem „Ich-Bewußtsein“, der „Vernunft“ sowie der „Fähigkeit zur Selbstbestimmung“ abhängig gemacht; vgl. Heun, JZ 2002, 517 ff. (522); Dreier, in: ders., GG-Kommentar, 1996, Art. 1 Rn. 50; kritisch und treffend hierzu Spaemann, in: Geyer, Biopolitik – Die Positionen, 2001, S. 73 ff. (79): „Wenn die Diskursgemeinschaft diskursiv darüber befindet, wer an dem Diskurs teilzunehmen berechtigt, wer also Subjekt von Menschenrechten ist oder nicht, dann gibt es keine Menschenrechte.“; ausführlich zur Inklusi-

Verlust der Leibesfrucht oder eines bereits geborenen Kindes, ein „Angehörigenenschmerzensgeld“.<sup>228</sup> Dies steht freilich in einem Wertungswiderspruch zur Vernichtung einer 2-Pronuclei-Zelle: Wenn schon in diesem frühen (Vor-)Stadium eine Entschädigung zu leisten ist, müsste dies erst recht für den Verlust des bereits gezeugten Embryos als eigenständiges Rechtssubjekt und damit als „Angehörigen“ gelten.<sup>229</sup> Genauso schwer nachvollziehbar ist, warum jene genetischen „Eltern“ einen Ersatz bekommen, deren Embryo von einer fremden Frau ausgetragen wird, nicht aber jene, deren Embryo vernichtet und an der Weiterentwicklung gehindert wurde. Diese offenkundigen Antinomien sprechen einmal mehr für die gesetzliche Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes – ungeachtet der verfassungsrechtlichen Forderung nach Gleichbehandlung und Folgerichtigkeit legislativer Entscheidungen.

### *VII. Thesen*

1. Vertragliche Schadensersatzansprüche umfassen Unterhaltsverpflichtungen, die aus einer missglückten empfängnisverhütenden Maßnahme resultieren. Der Anspruch eines Kindes auf Unterhalt ist ein soziales Recht, das aus der Perspektive der verpflichteten Eltern einen Schaden zu begründen vermag, ohne dass hierdurch das Kind herabgesetzt oder entwürdigt würde. Die Höhe des ersatzfähigen Anspruchs ist mit der Rechtsprechung in den durchschnittlichen Aufwendungen für ein Kind zu sehen. Ehepartner oder Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft werden über die Grundsätze des „Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ mit berücksichtigt. Des Weiteren steht der Mutter ein Schadensersatzanspruch aufgrund der Herbeiführung der ungewollten Schwangerschaft zu.

2. Das „Recht auf reproduktive Selbstbestimmung“ wird als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Wie § 4 Abs. 1 Nr. 1 ESchG belegt, kann die (Mit-)Verantwortlichkeit für die Zeugung eines Kindes eine rechtswidrige unerlaubte Handlung darstellen. Auch deliktsrechtlich sind der Unterhaltsschaden sowie die mit der Schwangerschaft einhergehenden körperlichen Beeinträchtigungen der Mutter erstattungsfähig. Sonstige materielle oder immaterielle Nachteile sind ersatzlos hinzunehmen. Eine Gefährdungshaftung für Unterhaltsschäden besteht nicht.

---

vität und Universalität des Menschenrechtsschutzes auch *Graumann*, Assistierte Freiheit, 2011, S. 80 ff. m. umf. N.

<sup>228</sup> A. A. *Olzen/Kubiak*, JZ 2013, 495 ff. (497: immaterieller Schadensersatz wegen verhindelter Schwangerschaft).

<sup>229</sup> S. auch schon kritisch *Laufs/Reiling*, NJW 1994, 775 f. (776).

3. Die Qualifizierung der kindlichen Existenz als Schaden würde den menschlichen Eigenwert des Kindes missachten und gegen Art. 1 Abs. 1 GG verstößen. Dies gilt insbesondere auch für die Fälle einer Vergewaltigung, einer Vertauschung von Embryonen sowie einer nicht konsentierten künstlichen Befruchtung.

4. Bei einem fehlgeschlagenen oder unterbliebenen Schwangerschaftsabbruch hängt die Schadensersatzpflicht von der Indikation des Abbruchs ab: Bei der Beratungsregelung gem. § 218 a Abs. 1 StGB, die lediglich zur Straflosigkeit führt, scheidet ein Schadensersatzanspruch für Unterhaltskosten aus; bei einer medizinisch-sozialen Indikation gem. § 218a Abs. 2 StGB sind nur jene Kosten zu erstatten, die sich durch das „Haben“ des Kindes negativ auf die Gesundheit der Mutter auswirken; bei einer kriminologischen Indikation gem. § 218 a Abs. 3 StGB sind die Unterhaltskosten erstattungsfähig.

5. Unterläuft Dritten bei der Empfänignisverhütung ein Fehler und kommt daraufhin ein behindertes Kind zur Welt, ist neben den gewöhnlichen Unterhaltskosten auch der Mehrbedarf zu erstatten, sofern die Eltern überhaupt kein Kind eingeplant hatten. Wollten die Eltern grundsätzlich ein Kind, aber nur keines mit Handicap, sind lediglich die Mehrkosten erstattungsfähig. Darüber hinaus hat das Kind wegen der behinderungsbedingten Mehrkosten einen eigenen Schadensersatzanspruch nach den Regeln des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, sofern die Eltern präkonzeptionell einen Vertrag mit dem speziellen Zweck abgeschlossen haben, die Geburt eines gehandicapten Kindes auszuschließen.

6. Täuscht die Adoptionsvermittlungsstelle den Annehmenden arglistig über eine Behinderung des Kindes, ist dessen Antrag gem. § 1760 Abs. 2 c BGB unwirksam. Bei bloßer Fahrlässigkeit ist grundsätzlich kein Raum für einen Amtshaftungsanspruch gem. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.

7. Eine eigenmächtige künstliche Befruchtung stellt einen schadensersatzpflichtigen Eingriff in das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung dar. Das Gleiche gilt, wenn Dritte eine geplante Elternschaft vereiteln. (Ehe-)Partner, die mit einem Geschädigten keine gemeinsamen leiblichen Kinder mehr bekommen können, werden grundsätzlich nicht geschützt.

8. Die Täuschung über die Applikation eines Verhütungsmittels führt nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB zu einer Schadensersatzpflicht.

9. Die (längerfristige) Trennung des Kindes von den Eltern kann sowohl für das Kind als auch für die Eltern einen entschädigungspflichtigen Eingriff darstellen, der immaterielle Schäden mit erfasst.

10. Die Einführung eines Angehörigenschmerzensgeldes ist nicht zuletzt zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen dringend geboten.