

Marlene Kellendorfer

Die pränatale Integrität im Zivilrecht

Zur Rechtsfähigkeit sowie zum Schutz
von Leben und Gesundheit des Nasciturus
in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung



Nomos

DIKE 

Studien zum Zivilrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Universität Köln

Prof. Dr. Christian Berger, Universität Leipzig

Prof. Dr. Florian Faust, Bucerius Law School, Hamburg

Band 47

Marlene Kellendorfer

Die pränatale Integrität im Zivilrecht

Zur Rechtsfähigkeit sowie zum Schutz
von Leben und Gesundheit des Nasciturus
in der deutschen und schweizerischen Rechtsordnung



Nomos

DIKE 

Erstgutachterin: Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger
Zweitgutachterin: Prof. Dr. Anja Amend-Traut
Datum der mündlichen Prüfung: 04. Oktober 2021

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2021

ISBN (Print) 978-3-8487-8727-2 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (ePDF) 978-3-7489-3118-8 (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden)

ISBN (Print) 978-3-03891-447-1 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im September 2020 an der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation eingereicht.

Zahlreiche Menschen haben dazu beigetragen, dass die vorliegende Dissertation gelingen konnte und meine Promotionszeit so erfüllend und wertvoll war. Ganz herzlich möchte ich hierfür Danke sagen.

Meine Doktormutter Prof. Dr. Eva-Maria Kieninger hat sehr früh den Grundstein für diese Arbeit gelegt, indem sie von meiner frühesten Hiwi-Zeit an mein Promotionsstudium als gesetzt ansah - allein dessen Zeitpunkt (vor oder nach dem zweiten Staatsexamen) blieb für die Verhandlung offen. Vielen lieben Dank! Für Ihre unbedingte Unterstützung und Begeisterung (sei es bei der etwas „ungewöhnlichen“ Themenwahl und Gestaltung dieser Arbeit, aber auch bei allen anderen Vorhaben am Lehrstuhl und der Fakultät), für die sehr hilfreichen Anregungen und für die großartige Zusammenarbeit über viele Jahre hinweg möchte ich mich ganz herzlich bedanken.

Für Ihre zügige Zweitkorrektur und Ihre wertvollen Anmerkungen möchte ich mich ganz herzlich bei Prof. Dr. Anja Amend-Traut bedanken.

Die umfangreichen Bibliotheken des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht sowie der Universität Zürich durfte ich für den rechtsvergleichenden Teil meiner Arbeit nutzen, hierfür möchte ich mich an dieser Stelle nochmals ganz herzlich bedanken. Ebenso herzlich möchte ich allen MitarbeiterInnen vom Nomos Verlag danken, die den Weg vom Manuskript zum Buch so freundlich begleitet und gestaltet haben.

Prof. Dr. Caroline Rupp möchte ich ganz besonders danken für ihre jahrelange, inspirierende Unterstützung und für all die Antworten, die sie zu Promotions-, Lehrstuhl-, Fach- und Lebensfragen stets bereithielt (neben einer Tasse Kaffee).

Für wichtige Impulse zu dieser Arbeit, ertragreiche Diskussionen, Spaziergänge, Mittag-, Abendessen, Kaffee- und Eispausen und vor allem für eure Freundschaft möchte ich ganz herzlich Annabelle Meier, Christian Dietz, Rajka Fritsch und Fabio Blaha danken. Sarah Ortmann durfte ich durch meinen Forschungsaufenthalt zum schweizerischen Zivilrecht ken-

Vorwort

nenlernen: Danke dir, Sarah, für deine Unterstützung und Hilfestellungen zum medizinischen Teil meiner Arbeit!

Meine Eltern, mein Bruder Markus und mein Opa haben mich in meiner gesamten Ausbildung und während meiner Promotion fortlaufend unterstützt, mit viel Geduld und Rat zur Seite gestanden und eifrig Korrektur gelesen. Vielen lieben Dank euch!

Den Großteil dieser Arbeit habe ich einem Büro im ersten Stock der Alten Universität verfasst. Das größte Glück bestand darin, dass dieses Büro ein Dreierbüro war und ich dieses mit Anna Simon und David Funk teilen durfte. Ihr wart von der ersten Mindmap bis zum Öffnen des Sekts nach der Abgabe der Arbeit mit dabei. Ohne euch wäre diese Arbeit und die Zeit ihres Verfassens nicht das geworden, was sie sind. Vielen lieben Dank euch, meine Besten!

Marlene Kellendorfer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
Einführung	19
A. Problemstellung und Ziele der Untersuchung	19
B. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	21
I. Begrifflichkeiten	21
II. Schwangerschaftsabbruch und Risikofaktoren pränataler Gesundheitsschädigungen	22
1. Biologische Noxen	23
2. Physikalische Noxen	23
3. Chemische Noxen	24
4. Maternale Erkrankungen	27
5. Lebensführung in der Schwangerschaft	29
6. Chromosomenveränderungen	29
C. Gang der Untersuchung	31
Erster Teil: Der Nasciturus in der Zivilrechtsordnung der Schweiz	34
A. Der Nasciturus im Personenrecht	35
I. Das geborene Kind als Persönlichkeit	36
II. Das ungeborene Kind als Persönlichkeit	38
III. Persönlichkeitsrechte des Nasciturus nach Art. 28 ff. ZGB	42
1. Allgemeine Struktur der Persönlichkeitsrechte	43
2. Schutz von Persönlichkeitsgütern des Nasciturus	44
3. Schutz des Nasciturus im Strafrecht	45
4. Schutz des Nasciturus in der Verfassung	47
5. Schutz von Leben und Gesundheit des Nasciturus nach Art. 28 Abs. 1 ZGB	52
a) Das Recht des Nasciturus auf Leben	53
b) Das Recht des Nasciturus auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit	54
6. Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung	55
a) Schwangerschaftsabbruch: Abwägung mit dem Recht des Nasciturus auf Leben	57

Inhaltsverzeichnis

b) Pränatale Schädigungen: Abwägung mit dem Recht des Nasciturus auf Gesundheit und körperliche Unversehrtheit	58
7. Ansprüche des Nasciturus nach Art. 28 ff. ZGB	60
a) Gegenüber Dritten	61
aa) Schadensersatzansprüche	61
bb) Unterlassungsansprüche	63
b) Gegenüber der Schwangeren	66
aa) Schadensersatzansprüche	66
bb) Unterlassungsansprüche	68
IV. Zusammenfassung	69
B. Der Nasciturus im Familienrecht	70
I. Pränatale elterliche Sorge nach Art. 296 ff. ZGB	72
1. Allgemeines zur elterlichen Sorge	73
2. Elterliche Sorge für den Nasciturus	74
3. Inhalt der pränatalen Fürsorge: Gesundheits- und Lebensschutz	76
II. Anordnung von Kindeschutzmaßnahmen zugunsten des Nasciturus	78
1. Allgemeines zu den Kindeschutzmaßnahmen	78
2. Kindeschutz zugunsten des Nasciturus	81
3. Pränatale Anwendung der geeigneten Maßnahmen nach Art. 307 ZGB	85
a) Einordnung des Schwangerschaftsabbruches	86
b) Einordnung pränataler Schädigungen durch die Schwangere	88
4. Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB	92
III. Zusammenfassung	94
C. Der Nasciturus im Erwachsenenschutzrecht	95
I. Die Beistandschaften nach Art. 390 ff. ZGB	96
II. Fürsorgerische Unterbringung nach Art. 426 ff. ZGB	98
III. Zusammenfassung	100
D. Zusammenfassung	100
Zweiter Teil: Die Rechtsfähigkeit des Nasciturus nach deutschem Recht	103
A. Einführende Grundlagen zur Rechtsfähigkeit des Nasciturus	104
B. Einordnung des Nasciturus durch den Gesetzgeber	107

C. Einordnung des Nasciturus durch die Rechtsprechung	110
I. Einordnung durch das <i>BVerfG</i>	110
II. Einordnung durch das <i>BVerwG</i>	111
III. Einordnung durch den <i>BGH</i>	112
D. Einordnung des Nasciturus durch das Schrifttum	114
I. Ablehnung der Rechtsfähigkeit des Nasciturus	115
II. Annahme einer umfassenden Rechtsfähigkeit des Nasciturus	116
III. Annahme einer Teilrechtsfähigkeit des Nasciturus	117
1. Allgemeines	117
2. Inhaltliche Reichweite der Teilrechtsfähigkeit	118
3. Konstruktion der Teilrechtsfähigkeit	119
IV. Kritische Würdigung	122
1. Zur fehlenden Rechtsfähigkeit	123
2. Zur umfänglichen Rechtsfähigkeit	123
3. Zur Teilrechtsfähigkeit	124
V. Stellungnahme	129
E. Zusammenfassung und Vergleich mit der Schweiz	133
Dritter Teil: Der Nasciturus im deutschen Deliktsrecht	135
A. Grundlegende Entscheidungen des <i>BGH</i>	136
I. Entscheidung des <i>BGH</i> vom 14.6.1951 („Erste Lues-Entscheidung“)	137
II. Entscheidung des <i>BGH</i> vom 20.12.1952 („Zweite Lues-Entscheidung“)	137
III. Entscheidung des <i>BGH</i> vom 11.1.1972	139
B. Der Nasciturus als „anderer“ im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB	140
I. Einordnung durch den <i>BGH</i>	140
II. Einordnung durch die Literatur	141
1. Zeitliche oder begriffliche Konzepte	141
2. Extensive Interpretation des „anderen“	143
3. Nasciturus als rechtsfähiger „anderer“	143
III. Kritische Würdigung und Stellungnahme	144
C. Gegenständliche Reichweite des Gesundheitsschutzes des Nasciturus	146
I. Problemaufriss und Begriff der Gesundheitsverletzung	146
1. Begriff der Gesundheitsverletzung vor dem Zweiten Lues-Urteil	147

Inhaltsverzeichnis

2. Begriff der Gesundheitsverletzung im Zweiten Lues-Urteil	148
II. Stellungnahmen im Schrifttum	150
1. Unverletzter Vorzustand nicht erforderlich	151
2. Unverletzter Vorzustand erforderlich	153
III. Kritische Würdigung und Stellungnahme	155
1. Wertungen des Verfassungsrechts	155
2. Keine strikte Unterscheidung zwischen Lebensgütern und subjektiven Rechten	157
3. Begriff der „Verletzung“ der Gesundheit	160
4. Strafrechtliche Bewertung einer Schädigung der Keimzellen	165
5. Ausgleich einer Schutzlücke im Deliktsrecht?	167
D. Schutz des Lebens des Nasciturus im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB	170
I. Parallelität des vorgeburtlichen Lebensschutzes im Verfassungs- und Deliktsrecht	172
1. Reichweite des Rechts auf Leben des Nasciturus im Verfassungsrecht	172
2. Schlussfolgerungen aus dem Verfassungsrecht für das Deliktsrecht	177
II. „Grenzüberschreitungen“ des <i>BGH</i> im Zweiten Lues-Urteil	178
III. Anwendung des § 844 BGB auf die Tot-/Fehlgeburt des Nasciturus	180
1. Ersatz der Kosten der Beerdigung, § 844 Abs. 1 BGB	180
2. Ersatz des Unterhaltsschadens, § 844 Abs. 2 BGB	182
3. Hinterbliebenengeld, § 844 Abs. 3 BGB	184
a) Der Nasciturus als Hinterbliebener eines verstorbenen Elternteils	185
b) Die verhinderten Eltern als Hinterbliebene eines tot geborenen Nasciturus	187
IV. Zusammenfassung und Vergleich mit der Schweiz	188
E. Der Schadensersatzanspruch des Nasciturus gegen seine künftigen Eltern	189
I. Meinungsstand in der Rechtsprechung	191
II. Meinungsstand im deutschen und schweizerischen Schrifttum	191
1. Meinungsstand im deutschen Schrifttum	192
2. Meinungsstand im schweizerischen Schrifttum	196

III. Der Schadensersatzanspruch des Nasciturus gegen die Schwangere	197
1. Der Nasciturus als „anderer“ gegenüber der Schwangeren im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB?	198
a) Die Position des Nasciturus aus der Perspektive der Moralphilosophie	200
b) Symbiotische Beziehung zwischen Nasciturus und Schwangerer	206
2. Die Schwangere als schädigender „wer“ gegenüber dem Nasciturus im Sinn von § 823 Abs. 1 BGB?	208
a) Einführung: Bisherige Berücksichtigung der Position der Schwangeren	209
b) Dynamisches Narrativ von der Schwangeren	211
c) Verständnis und Rezeption des „maternal-fetal conflict“	212
d) Wahrung der Autonomie und der Rechtspositionen der Schwangeren	217
3. Präventivfunktion	221
a) Präventive Wirksamkeit der Anerkennung eines Schadensersatzanspruches?	222
b) Wirksame Methoden zur Prävention pränataler Schädigungen	224
4. Kohärenz des Deliktsrechts mit strafrechtlichen Wertungen	228
5. Zusammenfassung und Vergleich mit der Schweiz	230
IV. Der Schadensersatzanspruch des Nasciturus gegen den künftigen Vater	230
F. Unterlassungsansprüche des Nasciturus	231
I. Unterlassungsanspruch zum Schutz des Lebens	232
1. Unterlassungsanspruch gegenüber der Schwangeren	232
2. Unterlassungsanspruch gegenüber Dritten	234
3. Vergleich mit der Schweiz	234
II. Unterlassungsanspruch zum Schutz der Gesundheit	235
1. Unterlassungsanspruch gegenüber der Schwangeren	235
2. Unterlassungsanspruch gegenüber Dritten	236
3. Vergleich mit der Schweiz	237
III. Zusammenfassung	238
G. Zusammenfassung	238

Inhaltsverzeichnis

Viertel Teil: Der Nasciturus im deutschen Familienrecht	240
A. Einführung in die familienrechtlichen Konstellationen	240
I. Beschluss des AG Köln vom 15.3.1984	240
II. Beschluss des AG Celle vom 9.2.1987	241
B. Pränatale elterliche Sorge	243
I. Elterliche Sorge nach § 1626 Abs. 1 BGB für den Nasciturus	244
II. Pflegerschaft und Fürsorge für den Nasciturus nach § 1912 BGB	246
1. Recht auf Leben als künftiges Recht des Nasciturus	248
a) Recht auf Leben als Gegenstand pränataler Fürsorge	249
b) Recht auf Leben kein Gegenstand pränataler Fürsorge	251
c) Kritische Würdigung und Stellungnahme	252
2. Recht auf Gesundheit als Gegenstand pränataler Fürsorge	255
III. Zusammenfassung und Vergleich mit der Schweiz	257
C. Gerichtliche Anordnung pränataler Maßnahmen bei Meinungsverschiedenheit der Eltern nach § 1628 BGB	257
I. Anwendung des § 1628 BGB bei Uneinigkeit über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs	258
II. Keine Anwendung des § 1628 BGB bei Uneinigkeit über die Durchführung eines Schwangerschaftsabbruchs	259
III. Einordnung des Umgangs mit pränatalen Gesundheitsrisiken	262
IV. Zusammenfassung	262
D. Gerichtliche Anordnung pränataler Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls nach § 1666 BGB	263
I. Einführung in die Thematik	263
II. Grundsätzliche Anwendung des § 1666 BGB auf den Nasciturus	266
1. Meinungsstand in der Rechtsprechung und im Schrifttum	266
2. Kritische Würdigung und Stellungnahme	269
3. Vergleich mit der Schweiz und Zusammenfassung	272
III. Gerichtliche Anordnung von Maßnahmen gegen einen Schwangerschaftsabbruch	273
1. Anwendung des § 1666 BGB in der Rechtsprechung und im Schrifttum	273

2. Kritische Würdigung und Stellungnahme	275
3. Vergleich mit der Schweiz und Zusammenfassung	277
IV. Gerichtliche Anordnung von Maßnahmen gegen pränatale Schädigungen	278
1. Anwendung des § 1666 BGB in der Rechtsprechung und im Schrifttum	278
2. Kritische Würdigung und Stellungnahme	281
a) Maßnahmen mit rein eingriffsrechtlichem Charakter	283
aa) Besonders grundrechtsintensive Maßnahmen	283
(1) Anordnung einer Pflegschaft für den Nasciturus	283
(2) Bestellung eines rechtlichen Betreuers	286
(3) Unterbringung im Falle psychischer Krankheit	286
bb) Gerichtlich angeordnete Verbote von Verhaltensweisen	287
(1) Beschluss des <i>BayObLG</i> zum Rauchverbot nach § 1666 BGB gegenüber geborenen Kindern	288
(2) Einordnung von Konsummitteln in die Kategorien von Gesundheitsrisiko und schwerwiegender Gesundheitsgefährdung	289
(3) Rücksichtnahme auf die Grundrechte der Schwangeren	290
(4) Gebotene restriktive Anwendung von § 1666 BGB	291
b) Maßnahmen mit sozialrechtlichem Charakter	294
aa) Vorschlag von <i>Coester</i>	294
bb) Überblick über das Sozialrecht	296
cc) Der Nasciturus im Sozialrecht	298
dd) Durchsetzung des Sozialrechts über § 1666 BGB	299
3. Vergleich mit der Schweiz und Zusammenfassung	301
E. Zusammenfassung	303
Zusammenfassung der Ergebnisse	304
Literaturverzeichnis	307

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (AJP)/Pratique Juridique Actuelle
Art.	Artikel
Bbl.	Bundesblatt (Schweiz)
Bearb.	Bearbeiter/Bearbeiterin
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BGH	Bundesgerichtshof
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
E	Erwägung
evtl.	eventuell
etc.	et cetera
f., ff.	folgende
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht

Abkürzungsverzeichnis

FS	Festschrift
GG	Grundgesetz (Deutschland)
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
insbes.	insbesondere
i.S.d.	im Sinn des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JAmt	Das Jugendamt
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
LG	Landgericht
MedR	Zeitschrift Medizinrecht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVZ	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
PHI	Produkthaftpflicht International
o.ä.	oder ähnliches
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
RGBL.	Reichsgesetzblatt

Abkürzungsverzeichnis

RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Satz/Seite
SGB I	Sozialgesetzbuch Erstes Buch (Deutschland)
SGB VIII	Sozialgesetzbuch Achstes Buch (Deutschland)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch (Deutschland)
S-StGB	Strafgesetzbuch (Schweiz)
sog.	sogenannter/e/es
u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfÖ	Zeitschrift für öffentliche Fürsorge
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

