

# Examensklausur: Das Kind raucht mit

Von Ref. iur. **Alexander Brade**, Ref. iur. **Markus Gentzsch**, Leipzig\*

*Nachfolgende schwierige Examensklausur ist an der Schnittstelle von Familien- und Deliktsrecht angesiedelt und weist grundrechtliche Bezüge auf. Sie thematisiert neben einigen „Klassikern“ die noch weitgehend ungeklärte Frage, ob und inwieweit einer Schwangeren Vorgaben in der Lebensführung zum Schutz des noch ungeborenen Lebens gemacht werden können. Insoweit ist eigenständiges Denken und argumentatives Geschick gefragt.*

## Sachverhalt

Margot Qualm (M) ist seit März 2011 schwanger von Volkbert Wohlbedacht (V). Mit diesem lebte M seit einigen Jahren in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Bernburg.

Seit ihrer Jugend pflegt M täglich ca. eine Packung Zigaretten zu rauchen. Nachdem M von ihrer Schwangerschaft erfährt und sich von ihrem Frauenarzt Antonius von Anhalt (A) untersuchen lässt, kommt es zum Konflikt: Obwohl A sie über die möglichen Risiken aufklärt, die der Genuss von Zigaretten in der Schwangerschaft mit sich bringt, und ihr deshalb dazu rät, ihr seit Jahren gepflegtes Laster aufzugeben, zeigt sich M uneinsichtig.

M beschwert sich zu Hause empört bei ihrem Lebensgefährten V. Dieser jedoch stellt sich auf die Seite des A und versucht, die M ebenfalls vom Tabakkonsum abzubringen. Verzweifelt und unter Tränen äußert M, dass sie wegen ihrer Abhängigkeit nicht in der Lage sei, das Rauchen einzustellen. Schon vor Jahren habe sie es einmal probiert, doch sie sei nicht stark genug dafür. Zu sehr hätten ihr die Nebenwirkungen des Entzugs zugesetzt. V hat dafür kein Verständnis und wendet sich schließlich an das Familiengericht, um M zum Wohle des Kindes „endlich zur Vernunft zu bringen“. M wendet dagegen ein, dass ihr nicht auch noch ihr letzter Rest an Lebensqualität genommen werden könne. Die große emotionale und nervliche Belastung während der Schwangerschaft und die Tatsache, dass der Nachwuchs ihre Lebensplanung von Grund auf erschüttere, schränken ihre Lebensführung schon über Gebühr ein. Das Familiengericht aber weist den Antrag des V ab. Es sei bereits kein Sorgerechtsverhältnis ersichtlich. Überdies sei die Eingriffsschwelle des § 1666 BGB nicht überschritten, zumal es dem Interpretationsprimat der Eltern unterliege, was konkret das Wohl des „Kindes“ ausmacht.

Letzten Endes akzeptiert V schweren Herzens die Entscheidung seiner Freundin. Er vertraut darauf, dass sie die Risiken schon richtig einschätzen werde. Am Heiligabend wird schließlich zur Freude der Eltern die kleine Kristina (K) geboren. V erkennt sofort die Vaterschaft an. Es zeigt sich, dass K an einer Lungenfehlfunktion leidet.

Im neuen Jahr 2012 ist von M's anfänglicher Freude nicht mehr viel übrig. Mit der Erziehung der K ist sie völlig über-

fordert. Sentimentale Ausbrüche und wütendes Geschrei wechseln sich in der Wohnung von M und V innerhalb von kurzen Abschnitten ab. Als sich schließlich die Situation zuspitzt und sich Vorfälle ereignen, die Zweifel an der Befähigung der M zur Erziehung des Kindes hegen lassen, spricht das Familiengericht dem V auf Antrag das alleinige Sorgerecht zu. Gebrochen von den vergangenen Erlebnissen zieht V schließlich mit K aus der gemeinsamen Wohnung aus und in seine Heimatstadt Zeitz zurück.

Doch es kommt noch schlimmer. Nach ärztlicher Untersuchung wird offenkundig, dass viele kostenintensive Operationen notwendig sind, um die aufgetretenen Defekte zu beheben. Die Wahrscheinlichkeit, dass diese auf den Tabakkonsum der Mutter während der Schwangerschaft zurückzuführen sind, liegt ausweislich zahlreicher Studien bei ca. 85 %. Dennoch besteht die Möglichkeit, dass auch genetische Faktoren allein ursächlich sind.

V beantragt im Juni 2013 für K die M auf Zahlung von Schmerzensgeld zu verurteilen. Des Weiteren verlangt V von M einen Ausgleich für die von ihm allein aufgewendeten Behandlungskosten.

## Frage 1

Sind die von V geltend gemachten Ansprüche begründet?

## Frage 2

Unterstellt, der Anspruch aus § 280 BGB besteht: Wo ist dieser geltend zu machen?

## Bearbeitervermerk

Beantworten Sie die aufgeworfenen Fragen - gegebenenfalls hilfsgutachtlich - in einem Rechtsgutachten. Es ist für diese Fallbearbeitung davon auszugehen, dass sich das Defektrisiko des Ungeborenen durch Tabakkonsum während der Schwangerschaft von 5 % auf 6 % erhöht. V und K sind nicht gesetzlich krankenversichert. Sowohl Bernburg als auch Zeitz verfügen über ein eigenes Amtsgericht. Es ist zu unterstellen, dass M Bernburg während der Schwangerschaft nicht verlassen hat.

## Lösungsvorschlag

### Teil 1: Von V geltend gemachte Ansprüche

#### A. Ansprüche der K

##### I. § 1664 BGB

K könnte einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 1664 BGB haben.

##### 1. Vertretung

V hat das alleinige Sorgerecht für K (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, 3 BGB), nachdem M das Sorgerecht entzogen wurde, § 1666 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 6 BGB. V ist also zur Vertretung berechtigt.

---

\* Der Autor *Brade* ist Doktorand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Leipzig bei Prof. *Dr. Kurt Faßbender*. Der Autor *Gentzsch* ist Rechtsreferendar am Landgericht Leipzig.

## 2. § 1664 BGB als Anspruchsgrundlage?

Fraglich ist bereits, ob § 1664 BGB überhaupt eine Anspruchsgrundlage darstellt. Die h.M.<sup>1</sup> bejaht dies ohne nähere Begründung.

Dagegen spricht aber schon der eindeutige Wortlaut der Norm. Dieser enthält nämlich keine Tatbestandsmerkmale, an die sich die Ersatzpflicht knüpfen lässt.<sup>2</sup> Auch rechtspolitisch ist diese Betrachtung nicht geboten. Insoweit kann einem besonderen Schutzverhältnis – ganz gleich, ob es jenes zum werdenden oder gewordenen Leben betrifft – auch über einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB Rechnung getragen werden.

## 3. Ergebnis

Ein Anspruch aus § 1664 BGB besteht demnach nicht.<sup>3</sup>

## II. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB

Zu prüfen ist ein Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB.

### 1. Sonderverhältnis

Zunächst müsste eine irgendwie geartete rechtliche Sonderbeziehung im Zeitpunkt der Pflichtverletzung zwischen M und K vorliegen. In Betracht kommt ein echtes Sorgeverhältnis im Sinne der §§ 1626 ff. BGB.

Für die Annahme einer solchen Beziehung mag die Schutzbedürftigkeit des Embryos unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sprechen.<sup>4</sup> Im Übrigen kennt auch das BGB selbst Rechtspositionen des ungeborenen Kindes, sei es in §§ 1923 Abs. 2, 2043 Abs. 1, 2108, 1912 Abs. 1 BGB oder §§ 844 Abs. 2 S. 2, 1594 Abs. 4 BGB.

Nach h.M.<sup>5</sup> beginnt jedoch die elterliche Sorge mit Geburt des Kindes. Dafür lässt sich zunächst die Formulierung des § 1626a Abs. 1 BGB („bei der Geburt“) anführen. Außerdem handelt sich bei den angeführten Bestimmungen des BGB um Spezialregelungen, aus denen nicht auf das aktuelle Bestehen eines Sorgerechtsverhältnisses geschlossen werden kann. So sieht § 1912 BGB die Bestellung eines Pflegers zur Wahrung „künftiger“ und nicht „bestehender“ Rechte vor. Es handelt

sich also um eine bloße Vorwirkung,<sup>6</sup> da gerade noch keine elterliche Sorge im Sinne von §§ 1626, 1666 BGB besteht. Entsprechend dürfte auch der Wille des Gesetzgebers bei Schaffung der §§ 1626 ff. BGB zu verstehen sein.<sup>7</sup> Ein echtes Sorgeverhältnis liegt also nicht vor.

Allenfalls erwägen ließe sich im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und daraus folgenden staatlichen Schutzpflichten eine analoge Anwendung der §§ 1626 ff. BGB. Allerdings gebietet Art. 3 Abs. 1 GG keine völlige Gleichbehandlung von geborenem und ungeborenem Leben.<sup>8</sup> Freilich kann dem nasciturus nicht jegliches Recht entzogen werden. Darum geht es hier aber gar nicht. Vorliegend stellt sich nur die Frage, ob zu einem Mindestbestand an Rechten neben möglichen deliktischen Ansprüchen auch eine irgendwie geartete elterliche Sorge als schuldrechtliches Sonderverhältnis gehören muss. Dies zu entscheiden, obliegt indes zuerst dem Gesetzgeber. Nichts anderes folgt im Ergebnis aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>9</sup>

Die Streitfrage kann aber dahinstehen, wenn keine Pflichtverletzung vorliegt.

### 2. Pflichtverletzung

Grundsätzlich umfasst ein solches Verhältnis die Pflicht, das Kind nicht gesundheitlich zu schädigen, § 1631 Abs. 1 BGB. Entsprechend gälte dies bei Anerkennung eines pränatalen Sorgeverhältnisses gegenüber dem nasciturus, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1631 BGB analog.

Der Konsum von Tabak, der bereits als solcher unbestreitbar Gesundheitsschäden verursachen kann,<sup>10</sup> hier durch die werdende Mutter M, ist wegen der damit verbundenen Giftaufnahme geeignet, den nasciturus an der Gesundheit zu schädigen.

Das Verhalten müsste allerdings auch rechtswidrig sein. Der Bejahung dessen dürfen keine auch im Zivilrecht zu berücksichtigenden,<sup>11</sup> grundrechtlich verbürgten Belange der M entgegenstehen.

Das Handeln der M, d.h. ihr Tabakkonsum, fällt auch während ihrer Schwangerschaft in den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG. Die Norm ist schon wegen der zeitlichen Dimension einer von M abverlangten Pflicht in besonderem Maße berührt. Zwar ist eine Schwangerschaft naturgemäß mit Einschränkungen der Lebensführung verbunden. Neben diesen gewinnen aber die verbliebenen Freiheiten, wie das Rauchen für M, eine besondere Bedeutung, sodass die Belastung für die Schwangere umso unzumutbarer wird, je mehr diese beschränkt werden. Insoweit ist die Situation der Schwangeren auch nicht mit der des werdenden Vaters vergleichbar: Während dieser ohne weiteres dem Tabakkonsum in „Gegenwart“ des Ungeborenen ausweichen kann und damit ent-

<sup>1</sup> Huber, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 1664 Rn. 1; OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 239 (240); a.A. Preisner, JA 2010, 584 (587); Petersen, Jura 1998, 399; für Öffnung des Familienrechts für Anwendung der Regeln des Allgemeinen Schuldrechts nunmehr auch BGH NJW 2013, 2108.

<sup>2</sup> Instruktiv dazu Engler, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 1664 Rn. 6.

<sup>3</sup> Folgt man der h.M. gelten die Ausführungen zu §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB entsprechend.

<sup>4</sup> Dazu: BVerfGE 88, 203; 39, 1.

<sup>5</sup> Huber (Fn. 1), § 1626 Rn. 19; Veit, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.11.2011, § 1626 Rn. 17; Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 1626 Rn. 31 m.w.N.; a.A. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 57 IX. Rn. 113; wohl auch Rauscher, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, § 33 I. Rn. 964.

<sup>6</sup> Vgl. Harrer, ZBJugR 1989, 238 (240); Vennemann, FamRZ 1987, 1069.

<sup>7</sup> Vgl. Peschel-Gutzeit (Fn. 5), § 1626 Rn. 36 f.; Czerner, ZKJ 2010, 220 (223).

<sup>8</sup> BVerfGE 39, 1 (45).

<sup>9</sup> Vgl. auch Czerner, ZKJ 2010, 220 (222 f.).

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 95, 173 (184); BGHZ 124, 230 (235).

<sup>11</sup> BGHZ 13, 334; BVerfGE 6, 32 (41).

sprechend höhere Sorgfaltsanforderungen eher gerechtfertigt sein können,<sup>12</sup> besteht diese Möglichkeit für die Mutter naturgemäß gerade nicht.

Daneben muss vorliegend auch ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rechnung getragen werden. Bei Auferlegung eines vollständigen Rauchverbots und dem nachfolgenden Entzug treten, wie hier vormals geschehen, bei starker Nikotinabhängigkeit mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit Nebenwirkungen (z.B. Depressionen oder Schlafstörungen) ein.

Die grundrechtliche Abwägung erfordert allerdings auch die Einbeziehung der Belange der K. Bereits das ungeborene Leben steht als selbstständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung.<sup>13</sup> Hier ist Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG betroffen. Es lässt sich aber nicht pauschal damit argumentieren, dass Leib und Leben stets höher als das Persönlichkeitsrecht zu gewichten wären. Ansonsten würde auch der besonderen Schicksalsgemeinschaft nicht hinreichend Rechnung getragen werden.<sup>14</sup> Zu berücksichtigen ist hier außerdem, dass sich die gesundheitliche Schädigungswahrscheinlichkeit der K lediglich von 5 % auf 6 % erhöht.

Daneben sei mit Blick auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auf die §§ 218 ff. StGB hingewiesen. Zunächst bestätigen diese Bestimmungen, dass die Mutter kein unumschränktes Dispositionsrecht über Leben und Gesundheit des Embryos hat. Allerdings sehen diese Normen auch die Straflosigkeit der fahrlässigen Abtötung vor. Dies gilt somit erst recht für die bloße Gesundheitsschädigung bzw. Misshandlung fahrlässiger Art.<sup>15</sup> Jedenfalls der hinter dem reduzierten Sorgfaltsmaßstab stehende Gedanke, nicht ein Damoklesschwert über der Schwangeren zu platzieren,<sup>16</sup> an dem der Gesetzgeber auch im Rahmen des ESchG festhielt,<sup>17</sup> um nicht die Mutter-Kind-Beziehung durch die Verhaltensverunsicherung infolge des erzwungenen Verzichts an Lebensqualität aus Furcht vor Sanktionierung zu stören, lässt sich durchaus auf das Zivilrecht übertragen.

In der Tat ließe sich – bei Bejahung einer entsprechenden Sorgfaltspflicht – der Kreis von Sorgfaltsanforderungen beliebig erweitern, was wiederum zu einer potenziell uferlosen Haftung führte. Erschwerend kommt hinzu, dass der anzule-

gende Sorgfaltsmaßstab äußerst unbestimmt<sup>18</sup> und damit für die Schwangere kaum überblickbar erscheint.<sup>19</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist für die Bestimmung eines entsprechenden strengen Maßstabs, der die individuelle Rechtssphäre derart intensiv berührt, vor dem Hintergrund einer noch weitgehenden Sozialadäquanz des Rauchens ohnehin allein der Gesetzgeber berufen.

Insofern fällt die Abwägung zugunsten der Schwangeren, hier M, aus.<sup>20</sup>

Damit war das Handeln der M nicht rechtswidrig,<sup>21</sup> so dass eine Pflichtverletzung ausscheidet.

### 3. Ergebnis

Ein Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB besteht nicht.

## III. § 823 Abs. 1 BGB

K könnte einen Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 823 Abs. 1 BGB haben.

### 1. Rechtsgutverletzung

Fraglich ist, ob eine Rechtsgutverletzung vorliegt.

In Betracht kommt zunächst, soweit dies anerkannt wird, ein irgendwie geartetes Sorgerechtsverhältnis als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. Es müsste dafür ein absolutes, jedermann gegenüber wirkendes Recht vorliegen. Im hier ausschließlich interessierenden Innenverhältnis handelt es sich dabei aber „nur“ um ein Recht mit wechselseitig verpflichtender Innenwirkung zwischen Sorgerechtsinhaber und Kind und damit bloß um ein relatives Recht.<sup>22</sup>

Fraglich ist aber, ob eine Verletzung an Körper und Gesundheit vorliegt. K leidet an einer verringerten Lungenfunktion. Dies stellt eine Störung der körperlichen Funktionen

<sup>18</sup> Was und wie viel davon? Man denke nur an Risikosportarten oder gefährvolle Reisen.

<sup>19</sup> Vgl. *Raschen* (Fn. 14), S. 56 u. 149; *Sigel* (Fn. 15), S. 87 f.; *Mathieu*, Preventing Prenatal Harm, Should the State Intervene, S. 87 f.

<sup>20</sup> Generell in diese Richtung auch *Hager* (Fn. 12), § 823 Rn. B49; *Raschen* (Fn. 14), insb. S. 148 ff.; *Steffen*, in: BGB-RGRK, Kommentar zum BGB, 1999, § 823 Rn. 13; *Stieglitz*, Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht, 1989, S. 177 f.; *Stoll* (Fn. 14), S. 758 f.; wohl strenger *Spickhoff*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 823 Anh. I. Rn. 199; *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 156; a.A. *Czerner*, ZKJ 2010, 220 (224 ff.); *Coester-Waltjen*, in: Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, S. 837 (847 f.); *Selb*, AcP 166, 76 (117 f.).

<sup>21</sup> Eine a.A. ist mit entsprechender Begründung vertretbar. Allerdings greift das bloße Wiedergeben verschiedener starrer (Literatur-)Ansichten, die entweder stets der Schwangeren oder dem nasciturus den Vorzug geben oder aber bloß auf § 1664 BGB verweisen, zu kurz.

<sup>22</sup> *Huber* (Fn. 1), § 1626 Rn. 9; *Wagner* (Fn. 20), § 823 Rn. 233; *Peschel-Gutzeit* (Fn. 5), § 1626 Rn. 20.

<sup>12</sup> Vgl. *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 35, Stand: 1.11.2013, § 823 Rn. 761; *Hager*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 1999, § 823 Rn. B48.

<sup>13</sup> BVerfGE 39, 1; 88, 203.

<sup>14</sup> *Stoll*, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, S. 739 (759); *Raschen*, Zivilrechtliche Verhaltens- oder Schutzpflichten der Eltern für Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes?, 1994, S. 53, 170 u. 185 f.; kritisch *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 5), § 57. IX. Rn. 113.

<sup>15</sup> Vgl. *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, vor §§ 211 ff. Rn. 13 m.w.N.; *Sigel*, Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die Leibesfrucht über §§ 218 ff. StGB hinaus, 1987, S. 23 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *Roxin*, JA 1981, 542 (548).

<sup>17</sup> Dazu *Czerner*, ZKJ 2010, 220 (225).

dar. Problematisch ist, ob die pränatale Entwicklungsstufe der K zum Zeitpunkt der Schädigung beachtlich ist. Bei der Verletzungshandlung existierte K nur in strikter biologischer Abhängigkeit zu M und nicht als eigenständige „Rechtspersönlichkeit“ und Mensch im Sinne von §§ 1, 2 BGB. Gleichwohl besteht heute im Ergebnis Einigkeit, dass der Wortlaut des § 823 Abs. 1 BGB, der von einem „anderen“ spricht, der Haftungs begründung nicht entgegensteht.<sup>23</sup> Streitig ist aber nach wie vor die dogmatische Begründung. Zum Teil wird auf das sogenannte zeitliche Distanzdelikt verwiesen, wonach zwischen deliktischer Handlung und Erfolg ein zeitlicher Zwischenraum liegen könne und es insoweit belanglos sei, ob das verletzte Rechtsgut bei Vornahme der Handlung bereits bestanden habe oder nicht.<sup>24</sup> Andere sprechen von einer Unvereinbarkeit des § 1 BGB mit dem Naturrecht oder lassen zumindest naturrechtliche Sentenzen anklingen.<sup>25</sup> Denkbar erscheint schließlich auch eine verfassungskonforme Auslegung des § 823 BGB unter Berücksichtigung von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.<sup>26</sup>

Eine Verletzung von Körper und Gesundheit liegt demnach vor.

## 2. Kausalität

Fraglich ist weiterhin, ob die haftungsbegründende Kausalität gegeben ist. Für einen Erfolg, der im konkreten Einzelfall nicht äquivalent kausal ist, haftet der Schädiger nicht.<sup>27</sup> Vor dem Hintergrund einer 85 %-igen Wahrscheinlichkeit entfielen beim Hinwegdenken des Tabakkonsums der Erfolg nicht. Die Ursächlichkeit ließe sich also nicht bejahen.

Fraglich ist, ob sich über die Figur des Anscheinsbeweises etwas anderes ergibt. Eine Ursache gilt danach als bewiesen, wenn ein Sachverhalt feststeht, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Geschehensablauf hindeutet und der Fall das Gepräge des Üblichen und Gewöhnlichen trägt.<sup>28</sup> Fest stehen eine Gesundheitsschädigung der K und die Tatsache, dass M während der Schwangerschaft geraucht hat. Die Schädigung ist zwar typische Folge des Tabakkonsums ausweislich zahlreicher Studien. Dem kommt allerdings nur Indizwirkung zu.<sup>29</sup> Im vorliegenden Fall besteht gerade die Möglichkeit, dass die Schädigungen ausschließlich auf genetische Faktoren zurückgehen. Insoweit ist auch ein Anscheinsbeweis entkräftet.

Kausalität liegt demnach nicht vor.

## 3. Rechtswidrigkeit

Das Verhalten der M war auch nicht rechtswidrig. Insoweit gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

## 4. Verschulden

Fraglich ist, ob M ein Verschulden zur Last fällt, sofern man eine kausale und rechtswidrige Rechtsgutsverletzung bejaht.

Gem. § 823 Abs. 1 BGB ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Fahrlässigkeit ist gem. § 276 Abs. 2 BGB das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.

In Betracht kommt hier allerdings der Haftungsmaßstab der §§ 1664, 277 BGB. Hiernach haben die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Hier entsprach das Rauchen M's sonst üblicher Sorgfalt.

Strittig ist aber bereits, ob diese Haftungsprivilegierung im Deliktsrecht überhaupt anwendbar ist.<sup>30</sup> Daneben ist fraglich, ob die Norm auch dann gilt, wenn ein Sorgerechtsverhältnis im Sinne des § 1626 BGB (womöglich) noch gar nicht besteht. Davon wird scheinbar ohne weiteres ausgegangen.<sup>31</sup> Dafür spricht in der Tat auch die Erwägung, dass es sich bei dem Verhältnis zwischen Eltern und Kind um eine Haftungs- und Schicksalsgemeinschaft handelt und das innerfamiliäre Leben möglichst wenig gestört werden soll.<sup>32</sup> Dies gilt auch schon für das Verhältnis zwischen den werdenden Eltern und dem nasciturus.

Letztlich kann all dies wegen § 277 BGB dahinstehen, wenn M mindestens grob fahrlässig handelte. Grobe Fahrlässigkeit setzt einen besonders schweren Verstoß gegen die erforderliche Sorgfalt voraus. Jeder Schwangeren muss wegen der großen und gemeinhin bekannten Risiken für das Ungeborene einleuchten, dass sie das Rauchen während ihrer Schwangerschaft einstellen sollte. Dies gilt insbesondere für M, die von ihrem Arzt A über die mit dem Tabakkonsum verbundenen Risiken umfassend aufgeklärt und auch von ihrem Lebensgefährten V zur Vernunft angehalten wurde. Ein Verschulden im Sinne grober Fahrlässigkeit liegt damit vor.

## 5. Schaden

Fraglich ist, ob ein Schaden vorliegt. Dessen Ersatzfähigkeit richtet sich nach den §§ 249 ff. BGB. Hierunter fällt auch das von K geltend gemachte Schmerzensgeld gem. § 253 Abs. 2 BGB. Bemessungsfaktoren dafür sind etwa Dauer, Art und Schwere der Beeinträchtigung.

Ausnahmsweise würde man hier neben der Festsetzung eines Kapitalbetrags für bereits erlittene Beeinträchtigungen auch eine Geldrente zubilligen können.<sup>33</sup> Es handelt sich bei der dauerhaft verringerten Lungenfunktion um einen irreversiblen Dauerschaden, sodass K die Lebensbeeinträchtigung

<sup>23</sup> Vgl. Hager (Fn. 12), § 823 Rn. B42 m.w.N.; anders noch BGH JZ 1951, 758; Schmidt, JZ 1952, 167 (169).

<sup>24</sup> Vgl. OLG Schleswig NJW 1950, 388 f.

<sup>25</sup> Vgl. BGHZ 8, 243 (247); vgl. Wolf/Naujoks, Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, 1955, S. 230 ff.

<sup>26</sup> BGHZ 58, 48 (51); 8, 243 (247).

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 25, 86 (88); Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 249 Rn. 103 f. u. 109.

<sup>28</sup> BGHZ 104, 256 (259).

<sup>29</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.2001 - 6 W 26/00; Molitoris, NJW 2004, 3662 (3667).

<sup>30</sup> Dazu: Huber (Fn. 1), § 1664 Rn. 7 m.w.N.

<sup>31</sup> Vgl. Hager (Fn. 12), § 823 Rn. B49; Spickhoff (Fn. 20), § 823 Anh. I. Rn. 199.

<sup>32</sup> Dazu Huber (Fn. 1), § 1664 Rn. 2 m.w.N.

<sup>33</sup> Dazu allgemein Oetker (Fn. 27), § 253 Rn. 56 ff.

immer wieder neu als schmerzhaft bzw. belastend empfinden wird.<sup>34</sup>

#### 6. Ergebnis

Mangels Kausalität und Rechtswidrigkeit hat K aber nach hier vertretener Auffassung keinen Anspruch gem. § 823 Abs. 1 BGB gegenüber M.

#### IV. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB

Es kommt ein Anspruch gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB in Betracht. § 229 StGB ist Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. Fraglich ist aber, ob eine Verletzung von § 229 StGB vorliegt. Dafür müsste der nasciturus – abgestellt auf den Zeitpunkt der Einwirkung<sup>35</sup> – taugliches Tatobjekt sein.

Nach ganz h.M. muss sich die Körperverletzung gegen einen geborenen Menschen richten.<sup>36</sup> Demnach bildet eine pränatale Schädigung – ungeachtet dessen, wann sie sich manifestiert, soweit der Schaden wie hier bereits angelegt war – keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für § 229 StGB. In der Tat ist durch den Wortlaut des § 229 StGB („andere Person“) klargestellt, dass ein geborener Mensch gemeint ist.<sup>37</sup> Wollte man darunter auch die Leibesfrucht fassen, wäre unweigerlich auch Art. 103 Abs. 2 GG berührt. Außerdem bedürfte es der §§ 218 ff. StGB nicht, wenn auch die Leibesfrucht „eine andere Person“ wäre. Jeder Angriff auf sie würde nämlich unmittelbar durch §§ 211 ff., 223 ff. StGB erfasst. Der Gesetzgeber hat im Übrigen in §§ 218 ff. StGB ersichtlich nur die vorsätzliche Abtötung der Leibesfrucht unter Strafe gestellt, nicht aber die vorsätzliche Verletzung der Leibesfrucht und erst recht nicht die nur fahrlässige. Diese Entscheidung würde umgangen, wenn man auf dem Umweg über §§ 223 ff. BGB die fahrlässige Beschädigung der Leibesfrucht doch bestrafe.<sup>38</sup>

Ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB besteht demnach nicht.

#### B. Ansprüche des V

##### I. §§ 670, 683, 677 BGB

In Betracht kommt zunächst ein Anspruch des V gegen M gem. §§ 670, 683, 677 BGB in Höhe der aufgewendeten Behandlungskosten.

Die Erbringung von Unterhaltsleistungen gem. den §§ 1601 ff. BGB stellt ein Geschäft, also ein Tätigwerden im rechtlichen oder tatsächlichen Bereich,<sup>39</sup> dar. Allerdings müsste das Geschäft auch fremd sein. Fremd sind alle Geschäfte die zumindest auch dem Rechtskreis eines anderen angehören. Die Streitfrage, ob der Unterhaltsverpflichtete, der die Behandlungskosten eines Unterhaltsberechtigten übernimmt, lediglich ein eigenes Geschäft<sup>40</sup> oder auch ein Geschäft des Schädigers führt,<sup>41</sup> muss nicht entschieden werden, wenn der gem. § 677 BGB notwendige Fremdgeschäftsführungswillen nicht vorliegt. Ein solcher ist dann zu bejahen, wenn der Geschäftsführer im Bewusstsein und mit Willen zum Eingriff in den fremden Rechtskreis handelt. Erfüllt der Geschäftsführer gleichzeitig eine ihm obliegende vertragliche oder gesetzliche Pflicht, muss er erkennbar im Interesse des Geschäftsherrn gehandelt haben. Eine Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens scheidet demnach entgegen der früheren Rechtsprechung des BGH<sup>42</sup> aus.<sup>43</sup> Wegen der bestehenden Unterhaltsverpflichtung des V gem. §§ 1601 ff. BGB und fehlender Anhaltspunkte dafür, dass dieser auch ein Geschäft der M führen wollte, liegt ein Fremdgeschäftsführungswille nicht vor.

Ein Anspruch aus §§ 670, 683, 677 BGB besteht somit nicht.

##### II. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Fraglich ist, ob V gegen M ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zusteht. Dafür müsste M allerdings etwas erlangt haben. Gem. § 843 Abs. 4 BGB wird M als Schädigerin nicht von ihrer – hier unterstellten – Ersatzpflicht befreit, sodass bereits ein Bereicherungsgegenstand fehlt. Ein Anspruch besteht folglich nicht.

##### III. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB

Es könnte ein Rückgriffsanspruch nach § 426 Abs. 1 S. 1 BGB bestehen. Voraussetzung dafür ist zunächst das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses zwischen M und V gem. § 421 BGB.

Während Teile der Literatur eine Gesamtschuld gem. § 421 BGB bereits dann annehmen, wenn mehrere eine Leistung schulden,<sup>44</sup> verlangt die überzeugendere Gegenansicht

<sup>34</sup> Dies hat mit der Problematik „Kind als Schaden“ nichts zu tun! Angemerkt sei ferner, dass eine Inanspruchnahme der Mutter mangels konkreter Anhaltspunkte im Sachverhalt auch nicht als treuwidrig einzustufen ist. Allenfalls ließe sich das Schmerzensgeld der Höhe nach zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts der M begrenzen.

<sup>35</sup> *Schneider* (Fn. 15), vor §§ 211 ff. Rn. 13; eingehend: *Küper*, GA 2001, 515 (518 f.); *Lüttger*, JR 1971, 133 (140).

<sup>36</sup> *Eser*, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 29. Aufl. 2014, § 223 Rn. 1a m.w.N.

<sup>37</sup> Vgl. *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2013, § 229 Rn. 4.

<sup>38</sup> Vgl. *Roxin*, JA 1981, 542 (548); *Schneider* (Fn. 15), vor §§ 211 ff. Rn. 13 m.w.N.; eingehend zur Sperrwirkung *Blei*, MMW 1970, 743.

<sup>39</sup> Vgl. BGHZ 38, 270.

<sup>40</sup> So v. *Koppenfels-Spies*, Die *cessio legis*, 2006, S. 372 m.w.N.

<sup>41</sup> So BGH NJW 1979, 598; *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag, 1976, S. 113 ff.

<sup>42</sup> BGHZ 16, 125; 87, 274.

<sup>43</sup> *Staaake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 15 Rn. 31 m.w.N.

<sup>44</sup> *Ehmann*, Die Gesamtschuld, 1972, S. 319 ff.; *Schmidt*, AcP 163, 530 (533).

eine gleichstufige Haftung der Schuldner im Außenverhältnis zum Gläubiger.<sup>45</sup> § 843 Abs. 4 BGB sieht allerdings im Verhältnis des Unterhaltsschuldners zum Schädiger des Unterhaltsberechtigten eine vorrangige Selbsttragungspflicht des Schädigers vor.<sup>46</sup> Aufgrund dessen fehlt es zudem an einer die Gesamtschuld gem. § 422 Abs. 1 S. 1 BGB prägenden wechselseitigen Tilgungswirkung.

Ein Anspruch aus § 426 Abs. 1 S. 1 BGB liegt mithin nicht vor.

#### IV. § 255 BGB analog

Fraglich ist, ob sich ein Rückgriff gem. § 255 BGB analog ergeben könnte. Eine analoge Anwendung setzt eine planwidrige Regelungslücke sowie eine vergleichbare Interessenlage voraus.<sup>47</sup> Eine gesetzliche Regelung bezüglich eines Ausgleichsanspruchs des Unterhaltsverpflichteten gegen den Schädiger des Unterhaltsbedürftigen besteht nicht.<sup>48</sup> Die Planwidrigkeit lässt sich schon mit dem Gedanken bejahen, dass es widersprüchlich erscheint, wenn der Gesetzgeber einerseits in § 843 Abs. 4 BGB eine vorrangige Ersatzpflicht des Schädigers normiert, andererseits aber keine Regressmöglichkeit des Unterhaltsberechtigten vorsieht.

Jedoch müsste auch die Interessenlage vergleichbar sein. § 255 BGB lässt sich als gesetzlicher Ausdruck des schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbots begreifen.<sup>49</sup> Übernimmt nämlich der Unterhaltsverpflichtete die Behandlungskosten des Unterhaltsbedürftigen, verbleibt Letzterem noch immer der Ersatzanspruch gegen den Schädiger, obwohl eine solche Doppelkompensation wie hier aus Wertungsgesichtspunkten ausscheiden muss.

Sieht man die Voraussetzungen einer Analogie als gegeben an, hat V zwar keinen eigenen Anspruch gegen M. Allerdings kann er von K die Abtretung etwaiger Ansprüche auf Ersatz der Behandlungskosten aus § 1664 BGB, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen, die wegen § 843 Abs. 4 BGB auch nicht durch die Unterhaltserbringung durch V entfielen. Verneint man wie hier das Bestehen dieser Forderungen, scheidet ein Anspruch auf Abtretung gem. § 255 BGB analog indes aus.

#### V. §§ 774, 1607 Abs. 2 BGB, 6 EFZG, 67 VVG, 166 SGB X analog

Ein Anspruch des V könnte sich schließlich aus einem Legalzessionsregress unter analoger Anwendung von §§ 774, 1607 Abs. 2 BGB, 6 EFZG, 67 VVG, 166 SGB X ergeben. Die Annahme einer solchen Gesamtanalogie,<sup>50</sup> die der Regressmöglichkeit über § 255 BGB entgegensteht, lässt sich mit der

vergleichbaren Interessenlage zu den gesetzlich geregelten Legalzessionen begründen.<sup>51</sup> Ob ein Anspruchsübergang von Gesetzes wegen einer Anwendung von § 255 BGB analog tatsächlich vorzuziehen ist, kann letzten Endes dahinstehen. Ansprüche der K aus § 1664 BGB, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, die im Wege der *cessio legis* auf V übergehen können, bestehen nach hier vertretener Auffassung nicht.

#### Teil 2: Zuständigkeit des Gerichts

Fraglich ist, bei welchem Gericht der Anspruch der K gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB (durch V) geltend zu machen ist.

Zu ermitteln ist zunächst das sachlich zuständige Gericht. Nach §§ 23 a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GVG, 111 Nr. 10, 112 Nr. 3 Var. 1, 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG könnte das Familiengericht als Abteilung des Amtsgerichts zuständig sein. Dafür müsste ein Anspruch vorliegen, der aus dem Eltern-Kind-Verhältnis herrührt. Der Wortlaut legt nahe, dass es sich dabei um einen Anspruch handelt, der unmittelbar im Eltern-Kind-Verhältnis wurzelt. Ein bloßer Sachzusammenhang kann im Gegensatz zu § 266 Abs. 1 Nr. 1, 3 FamFG aufgrund der abweichenden Formulierung gerade nicht genügen. Dahin geht auch der Wille des Gesetzgebers.<sup>52</sup> Dabei sollte die Zuständigkeit für Kindschaftssachen (§ 151 FamFG), wozu insbesondere Angelegenheiten der elterlichen Sorge zählen, ergänzt werden. Dementsprechend zielt § 266 Abs. 1 Nr. 4 FamFG primär auf familienrechtlich geprägte Ansprüche aus dem Eltern-Kind-Verhältnis – insbesondere im Zusammenhang mit §§ 1626 ff. BGB stehende – ab. Denn auch nur für solche Ansprüche ergibt die Zuweisung aufgrund großer Sachnähe Sinn.<sup>53</sup>

Der Anspruch der K gegen M berührt hier gerade das werdende Eltern-Kind-Verhältnis. Ebenso steht er im Zusammenhang mit einem irgendwie gearteten Sorgeverhältnis, ungeachtet dessen, dass vorliegend ein Anspruch aus Sonderverbindung in Rede steht. Maßgeblich ist auch hier der sachliche Zusammenhang zu § 1664 BGB. Insoweit liegt auch eine familienrechtliche Prägung vor. Damit ist das Familiengericht sachlich zuständig.<sup>54</sup>

Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist der gewöhnliche Aufenthaltsort der M die Stadt Bernburg. Gem. §§ 267 Abs. 2 FamFG i.V.m. §§ 12, 13 ZPO ist demnach das Familiengericht Bernburg örtlich zuständig. Daneben könnten auch die §§ 267 Abs. 2 FamFG i.V.m. § 32 ZPO einschlägig sein, soweit davon ausgegangen wird, dass das Gericht neben §§ 823 Abs. 1, 2 BGB kraft Sachzusammenhangs auch den konkurrierenden nicht deliktischen Anspruch gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 1664 BGB zu berücksichtigen

<sup>45</sup> Dazu *Bydlinski*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 421 Rn. 12 ff. m.w.N.

<sup>46</sup> Vgl. *Preißer*, JuS 1987, 961 (964).

<sup>47</sup> Dazu *Boemke/Ulrici*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2014, § 3 Rn. 25 f.

<sup>48</sup> v. *Koppfels-Spies*, FPR 2003, 585 (586).

<sup>49</sup> Vgl. *Oetker* (Fn. 27), § 255 Rn. 1.

<sup>50</sup> So *Thiele*, AcP 168, 223; *Oetker* (Fn. 27), § 255 Rn. 20.

<sup>51</sup> Dazu v. *Koppfels-Spies*, FPR 2003, 585 (590).

<sup>52</sup> BT-Drs. 16/6308, S. 263.

<sup>53</sup> OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 584.

<sup>54</sup> So im Ergebnis auch *Jaeger*, in: *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl. 2010, § 266 FamFG Rn. 16; a.A. *Giers*, in: *Keidel*, Kommentar zum FamFG, 18. Aufl. 2014, § 266 Rn. 17 ohne nähere Begründung.

hat.<sup>55</sup> Daraus ergäbe sich allerdings keine abweichende Zuständigkeit, sodass die Frage unentschieden bleiben kann.

---

<sup>55</sup> Dazu *Patzina*, in: Münchner Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 32 Rn. 19 m.w.N.; BGH NJW 2003, 828 unter Berücksichtigung von § 17 Abs. 2 GVG.