

Schriften zum Internationalen Recht

Band 131

„Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Haftung
für neues Leben in Deutschland
und Frankreich

Von

Thomas Winter



Duncker & Humblot · Berlin

THOMAS WINTER

„Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“

Schriften zum Internationalen Recht

Band 131

„Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“

Eine rechtsvergleichende Untersuchung
zur Haftung für neues Leben in Deutschland
und Frankreich

Von

Thomas Winter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Winter, Thomas:

„Bébé préjudice“ und „Kind als Schaden“ : eine rechtsvergleichende
Untersuchung zur Haftung für neues Leben in Deutschland und Frankreich /
Thomas Winter. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Internationalen Recht ; Bd. 131)

Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 2001

ISBN 3-428-10835-3

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 3-428-10835-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Für Miriam

Vorwort

Die vorliegende Arbeit schließt eine Lücke, in dem sie die Diskussion um das Kind als Schaden um die französische Sicht des Problems erweitert. Das Anliegen der Arbeit reicht freilich über das der Information hinaus. In kritischer Betrachtung der vorgetragenen Argumente und unter Abwägung der widerstreitenden Interessen von Eltern, Kind, Ärzten und Gesellschaft habe ich versucht, trotz aller verbleibenden Zweifel einen eigenen Standpunkt zu begründen. Der Leser mag ihm zustimmen oder widersprechen, stets sollte er sich aber bewusst werden, in welchem Ausmaß sein Dafürhalten oder seine Ablehnung vor allem der eigenen Weltanschauung geschuldet ist.

Aufrichtiger Dank gilt meinem Doktorvater Prof. Dr. Rolf Stürner, der die vorliegende Arbeit nicht nur angeregt, sondern in allen Phasen ihrer Entstehung kritisch begleitet und trotz seiner häufig abweichenden Auffassung in der Sache wohlwollend gefördert hat. Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens habe ich Herrn Prof. Dr. Günter Hager zu danken. Ermöglicht wurde die zügige Ausarbeitung der Dissertation durch die finanzielle Unterstützung der Landesgraduiertenförderung Baden-Württemberg, der ich während der Dauer von 17 Monaten als Stipendiat angehörte.

Ich möchte die Gelegenheit an dieser Stelle nutzen, zwei weiteren Begleitern meines juristischen Werdegangs Dank zu sagen: Zum einen Herrn Prof. Dr. Heike Jung, der mir vom Anfang meines Studiums bis zum Abschluss der vorliegenden Arbeit stets mit ebenso freundschaftlichem wie hilfreichem Rat zur Seite gestanden hat, zum anderen Herrn Prof. Dr. Albin Eser, der mein Interesse an wissenschaftlicher Arbeit geweckt und stets aufs Neue wachgehalten hat.

Den herzlichsten Dank verdienen schließlich meine Eltern, ohne deren Unterstützung nicht nur die vorliegende Arbeit, sondern meine gesamte Ausbildung nicht möglich gewesen wäre.

Frankfurt/Main, Januar 2002

Thomas Winter

Inhaltsverzeichnis

A. Die nicht nur juristische Diskussion um das Kind als Schaden	13
I. Von glücklicher Geburt und wrongful birth	13
II. Die Diskussion um das Kind als Schaden als Paradigma haftungsrechtlicher Folgen (bio-)wissenschaftlichen Fortschritts	19
III. Die Kind als Schaden Problematik jenseits disziplinärer und nationaler Grenzen und Beschränkungen	22
B. Das Kind als Schaden im System der Arzthaftung und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	25
I. Die Einordnung der Kind als Schaden Problematik in das System der Arzthaftung	25
1. Die Pflichtverletzung des Arztes	27
a) Die Haftungsbegründung nach deutschem Recht	27
aa) Vertragliche Haftungsbegründung	27
bb) Deliktsrechtliche Haftungsbegründung	32
b) Die Haftungsbegründung nach französischem Recht	34
aa) Vertragliche Haftungsbegründung	34
bb) Deliktsrechtliche Haftungsbegründung	42
2. Der Schaden von Eltern und Kind	44
a) Schadensersatz als Rechtsfolge ärztlicher Pflichtverletzung	46
aa) Deutsches Recht	46
bb) Französisches Recht	47
b) Der Schaden der Eltern	48
aa) Kosten der misslungenen ärztlichen Behandlung	48
bb) Kosten und Einbußen durch einen weiteren Eingriff	49
cc) Kosten und Einbußen durch das Kind	50
dd) Kosten für das Kind	52
ee) Körperliche und seelische Verletzungen	52
c) Der Schaden des Kindes	54
3. Der Ursachenzusammenhang zwischen ärztlichem Fehlverhalten und elterlichem und kindlichem Schaden	55
a) Das ärztliche Fehlverhalten als conditio sine qua non elterlicher und kindlicher Einbußen	56
b) Der Schaden von Eltern und Kind als adäquat kausale Folge ärztlichen Fehlverhaltens	60
c) Die Vermeidung der elterlichen Unterhaltspflicht als Zweck des ärztlichen Handelns	61
aa) Die deutsche Lehre vom Schutzzweck der Norm bzw. des Vertrages ..	61
bb) Versuche einer wertenden Kausalbetrachtung im französischen Recht	65
4. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs und Mitverschulden: Wegfall oder Minderung des Schadensersatzanspruchs aufgrund eigener Willensentscheidung der Eltern	67

a) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs durch Geschlechtsverkehr der Eltern	68
b) Verlust der Ersatzansprüche aufgrund der Verweigerung eines (erneuten) Schwangerschaftsabbruchs	69
c) Verlust der Ersatzansprüche wegen verweigerter Freigabe des Kindes zur Adoption	71
d) Verlust der Ersatzansprüche wegen späterer Aufnahme des Kindes als Wunschkind („Damaskuserlebnis“)	72
5. Befund der dogmatischen Betrachtungen	73
II. Die Lösung der Kind als Schaden Problematik in der deutschen und französischen höchstrichterlichen Rechtsprechung	75
1. Der Anspruch der Eltern	76
a) Deutsche Lösung	76
b) Französische Lösung	79
2. Der Anspruch des geschädigten Kindes	82
a) Deutsche Lösung	82
b) Französische Lösung	83
C. Der Schadensersatzanspruch im Widerstreit zwischen haftungsrechtlichen Grundsätzen und übergeordneten (Rechts-)Prinzipien	86
I. Die Vereinbarkeit des Schadensersatzanspruches mit den Zwecken des Haftungsrechts	87
1. Die Anknüpfung an das Fehlverhalten des Arztes (Schädiger)	88
a) Zivilrechtliche Bestrafung ärztlicher Sorgfaltswidrigkeit	88
b) Präventive Verhaltenssteuerung ärztlichen Handelns	89
2. Der Ersatzanspruch aus der Perspektive von Eltern und Kind (Geschädigte)	92
a) Ausgleich elterlicher und kindlicher Einbußen	92
b) Versorgung bei familiärer Not	95
II. Die Vereinbarkeit des Schadensersatzanspruches mit übergeordneten (Rechts-)Prinzipien	96
1. Methoden zur Berücksichtigung übergeordneter (Rechts-)Prinzipien	97
a) Die verfassungskonforme Auslegung des deutschen Schadensrechts	98
b) Das französische Merkmal eines rechtmäßigen Schadens („dommage légitime“)	99
2. Der Einfluss übergeordneter (Rechts-)Prinzipien auf die Lösung der Kind als Schaden Problematik	103
a) Auswirkungen einer schadensersatzrechtlichen Lösung auf ärztliches Verhalten und gesellschaftliche Prozesse	104
aa) Die Notwendigkeit einer Haftung als Voraussetzung der Qualitätssicherung ärztlicher Versorgung	105
bb) Die Befürchtung einer „lebensfeindlichen Einstellung“ des Arztes gegenüber dem Ungeborenen	106
(1) Präkonzeptionelle Haftungsanknüpfung	107
(2) Postkonzeptionelle Haftungsanknüpfung	108
cc) Die Befürchtung verfehlerter Signalwirkung auf die Gesellschaft	111
dd) Gewährleistung elterlicher Entscheidungsfreiheit	115
b) Existenz des Kindes versus Gewährleistungsanspruch auf der Grundlage nichtverhinderter Entstehung	115

aa) Der Versuch einer Auflösung im (Verfassungs-)Recht (– deutscher Weg –)	117
(1) Die Haftung für neues Leben auf der Schnittstelle zwischen Schuld- und Familienrecht	118
(2) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes als Hinderungsgrund elterlichen Unterhaltersatzes	121
(3) Schweigen des Haftungsrechts vor der Würde des Kindes	125
bb) Der Versuch einer Auflösung jenseits des Rechts (– französischer Weg –)	129
(1) Beobachtungen	129
(2) Kritik	135
(3) Erklärungsversuche	137
(4) Würdigung	150
D. Der Schadensersatzanspruch des geschädigten Kindes	152
I. Der Schadensersatzanspruch des Kindes im Widerstreit der Interessen	152
1. Das Bedürfnis für einen eigenen Schadensersatzanspruch des Kindes	153
a) Lebenslange Versorgung des Kindes unabhängig vom Schicksal seiner Eltern	153
b) Der Schluss vom elterlichen auf den kindlichen Schaden	154
2. Die Handlung des Arztes als Verletzung der Interessen und Rechte des Kindes	156
a) Die ärztliche Pflichtwidrigkeit als Verletzung des Kindes an seiner Gesundheit	157
b) Die ärztliche Pflichtwidrigkeit als Verletzung des Kindes in seinem Persönlichkeitsrecht	158
II. Die Feststellung eines Schadens als zentrales Problem der Ansprüche aus wrongful life	159
1. Die Suche nach einer Vergleichsgrundlage zur Ermittlung eines Schadens des Kindes	159
a) Die hypothetische Nichtexistenz als Alternative zum Leben des geschädigten Kindes	159
b) Die Suche nach einer alternativen Vergleichsgrundlage	161
2. Die Ambivalenz „humaner“ Argumentation	164
a) Die Befürchtung einer sich ausbreitenden Eugenik	165
b) Die Privilegierung des unerwünscht geborenen Kindes	167
c) Der Respekt vor der Person des Kindes	168
3. Der Schaden des Kindes jenseits des rechtlich Fassbaren	170
E. Schlussbetrachtung	172
Literaturverzeichnis	175
Sachverzeichnis	193

A. Die nicht nur juristische Diskussion um das Kind als Schaden

I. Von glücklicher Geburt und wrongful birth

Die Geburt eines Kindes kann nicht ausschließlich als statistisches Datum begriffen werden, weil sie sich seit jeher einer rein rationalen Betrachtung entzieht. Die Gefühle und Empfindungen, die ein neugeborenes Kind auszulösen vermag, lassen sich in dürren Worten freilich kaum nachzeichnen, so dass es – abgesehen vom Erleben eigener Elternschaft – allenfalls den Schriftstellern gelingt, der Ahnung vom Zauber des neuen Lebens nachzuspüren. Und so heißt es etwa bei *Thomas Mann*:

„... ein Erbe! Ein Stammhalter! Ein Buddenbrook! Begreift man, was das bedeutet? Begreift man das stille Entzücken, mit dem die Kunde, als das erste, leise, ahnende Wort gefallen, von der Breiten- in die Mengstraße getragen worden? Den stummen Enthusiasmus, mit dem Frau Permaneder bei dieser Nachricht ihre Mutter, ihren Bruder und – behutsamer – ihre Schwägerin umarmt hat? Und nun, da der Frühling gekommen, der Frühling des Jahres einundsechzig, nun ist er da und empfängt das Sakrament der Taufe, er, auf dem längst so viele Hoffnungen ruhen, von dem längst so viel gesprochen, der seit langen Jahren erwartet, ersehnt worden, den man von Gott erbeten und um den man Doktor Grabow gequält hat... er ist da und sieht ganz unscheinbar aus“¹.

Die Bewertung der Geburt als glückliches Ereignis reicht weit zurück und gehört zu den überlieferten und fest verwurzelten Mythen des christlichen Abendlandes. So lässt sich schon im Evangelium bei *Johannes* nachlesen: „Eine Frau, wenn sie gebiert, so hat sie Schmerzen, denn ihre Stunde ist gekommen. Wenn sie aber das Kind geboren hat, denkt sie nicht mehr an die Angst um der Freude willen, daß ein Mensch zur Welt gekommen ist“². Aus dieser Tradition und diesem Bewusstsein heraus wird es verständlich, wenn sich sogar in die sonst so nüchterne und trockene Sprache des Juristen feierliche Ergriffenheit mischt: „Partout où il y a création et vie, il y a grande joie“³. Es scheint daher nicht zweifelhaft, die Vermutung der

¹ *Thomas Mann*, *Buddenbrooks*, 7. Teil, 1, S. 396.

² Die Bibel, Evangelium nach *Johannes*, 16. Kapitel, Vers 21.

³ „Überall, wo es Entstehung und Leben gibt, herrscht große Freude“, *Le Tourneau*, D. 1990, 285 (288); die lebendige Sprache des französischen Kommentators steht zugegebenermaßen in auffälligem Gegensatz zur auch bei diesem Thema gewohnt technokratischen Diktion vor allem deutscher Autoren, vgl. als Kontrast etwa *Zimmermann*, *JZ* 1997, 131: „Die Geburt eines Menschen ist ein Ereignis, das von der geltenden Rechts- und Sittenordnung nicht per se als nachteilhaft bewertet wird.“

glücklichen Geburt zum Fixpunkt auch rechtlicher Problemlösung machen zu können⁴.

Doch wie so oft trägt der Schein auch hier. Der hymnischen Beschwörung einer glücklichen Geburt tritt unvermittelt das hässliche Schlagwort „wrongful birth“ gegenüber, das in den Ausdrücken „Kind als Schaden“ und „bébé préjudice“ seine nicht minder unschönen deutschen bzw. französischen Entsprechungen gefunden hat⁵. Statt von grenzenloser Freude steht mit einem Mal die Frage nach dem finanziellen Ausgleich für die Geburt eines Menschen im Raum. Würde das neugeborene Leben eben noch voller Pathos in der Welt begrüßt, scheint es nun, in verachtenden Worten zum Ausdruck gebracht, zu einem überflüssigen und störenden Faktum herabgewertet, von seiner Umgebung als Negativum abqualifiziert, und in seiner Existenz – wenn überhaupt – nur unter der Bedingung des Ausgleichs oder der Wiedergutmachung akzeptiert zu werden⁶. Die Schwangerschaft wird dem Juristen zur Körperverletzung⁷, der Kindesunterhalt zum Kostenfaktor familiärer Haushaltsbilanzen.

Gegen eine solche Betrachtung sträubt sich nicht nur das oben nachgezeichnete Gefühl, sondern ihr widersetzt sich auch das als unumstößlich formulierte Postulat, weder die Geburt eines Kindes noch das Kind oder sein Leben selbst dürften als „Quelle eines Schadens“ („source d'un dommage“) angesehen werden⁸. Muss aber

⁴ So ausdrücklich *CA Riom*, D. 1990, 284 (285); *Mannsdorfer*, Schädigung, S. 354.

⁵ Zur Terminologie: Die anglo-amerikanischen Begriffe haben sich sowohl in Deutschland als auch in Frankreich zur Unterscheidung verschiedener Fallgruppen durchgesetzt. Unter „wrongful birth“ werden die Schadensersatzansprüche der Mutter (bzw. der Eltern) eines unerwünschten geschädigten Kindes gegen den sie während der Schwangerschaft betreuenden Arzt eingeordnet. Von dieser Fallgruppe unterscheiden sich die Fälle der „wrongful conception“ oder „wrongful pregnancy“ dadurch, dass die Eltern eines gesunden Kindes gegen den Arzt Ansprüche geltend machen, weil dieser die Geburt als solche vertragswidrig nicht verhindert hat. Klagen wegen „wrongful life“ schließlich machen nicht die Eltern, sondern das geschädigt geborene Kind selbst gegen den Arzt geltend. Vgl. zur Begrifflichkeit den guten Überblick bei *Merkel*, *Wrongful birth* (in: Neumann/Schulz), S. 173 f., für Deutschland außerdem: *Deutsch*, *Medizinrecht*, S. 188 ff.; *ders.*, *VersR* 1995, 609 (614); *Hauberichs*, *Haftung*, S. 3 f.; *Pahmeier*, *Geburt*, S. 1 f.; für Frankreich: *Murat*, *JCP* 1996, S. 282; *Roche-Dahan*, D. 1997, 36 (37 f.); *Sainte-Rose*, *JCP* 2000.II., n° 10438, S. 2301.

⁶ Diese Negativbewertung besonders stark betonend *Picker*, *AcP* 195 (1995), 483 (490).

⁷ Vgl. nur *BGHZ* 76, 259; *Eser/Koch*, *DÄBl* 78 (1981), 1673; *Harrer*, *Familienplanung*, S. 195 ff.; *Laufs/Uhlenbruck*, *Handbuch*, S. 727; *Palandt/Heinrichs*, *Vorbem. v. § 249 Rz.* 48.

⁸ Der Ausdruck wird von den Befürwortern ebenso wie von den Gegner zivilrechtlicher Ersatzansprüchen stereotyp wiederholt und findet sich durchgängig auch in der Rechtsprechung wieder, vgl. nur *BVerfGE* 88, 203 (204 u. 296); *BGHZ* 124, 128 (140 f.); *Deutsch* *NJW* 1994, 777; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, S. 515; *Picker*, *AcP* 195 (1995), 483 (501); *Stürner*, *JZ* 1998, 317 (324); *CE*, D. 1984, 425; *C. cass*, D. 1991, 566 (567); *Le Tourneau*, D. 1991, 567; *Mathieu*, *RFD adm.* 1997, 382 (385); *Verpeaux*, D. 1991, 80 (81); *Waline*, *RD publ.* 1997, 1147 (1153); kritisch dagegen *Barbièri*, *JCP* 1992.II., n° 21784; den geradezu selbstverständlichen Anspruch auf Unumstößlichkeit dieser Wendung bezweifelnd *Merkel*, *Wrongful birth* (in: Neumann/Schulz), S. 173 (187): „Die empirische Möglichkeit einer Menschenexistenz, die für ihren Träger nicht lebenswert ist, zu bestreiten, ist offenkundig falsch.“

letzteres nicht als „Axiom“ jeder humanen Werten und der Würde des Menschen verpflichtenden Gesellschaft gelten und sich bereits aus diesem Grund jedes Nachdenken über eine finanzielle Kompensation „planwidriger“ Geburten verbieten⁹?

Ehe eine Antwort versucht wird, gilt es davor zu warnen, dem Einfluss der schlagwortartigen Verknappung zu erliegen und ihr die gedankliche Verkürzung des hinter der Parole lauernenden Problems folgen zu lassen. Sie droht, die Lösung zu emotionalisieren und zu trivialisieren und ihr so ihren Wert zu nehmen¹⁰. Der Ausdruck „Kind als Schaden“ gewinnt seine Prägnanz und Griffigkeit vor allem aus der Überlagerung des juristischen Terminus „Schaden“ durch die konnotative Bedeutung, die sich mit dem Begriff in der Alltagssprache verbindet, entlarvt sich bei näherem Hinsehen aber schnell als linguistischer Kunstgriff und semantische Finte¹¹. Es erweist sich, dass lediglich die fehlende begriffliche Abstraktion es erlaubt, juristische Argumentation und laienhafte Bewertung zu vermengen, wohl mit dem Ziel, menschliche Urängste zu wecken. Die sprachliche Pointierung ist jedoch nur als rhetorisches Mittel in der Debatte zulässig. Sie ist zurückzuweisen, sobald mit ihr eine in der Sache nicht hinnehmbare Vereinfachung einhergeht. Die Verkürzung des Problems eines finanziellen Ausgleichs bei unerwünschter Geburt eines Kindes in den Schlagworten vom „Kind als Schaden“ und „bébé préjudice“ verspricht daher keinen Erkenntniswert jenseits eines Appells zum sensiblen und behutsamen Umgang bei der Suche nach einer Lösung des dahinter stehenden Problems¹². Seine Funktion erschöpft sich vollends in dem mahnenden Hinweis, dass die kindliche Existenz nicht allein von materiellen, sondern ebenso sehr (oder stärker) von immateriellen Vorgaben geprägt ist¹³.

⁹ Vgl. in diesem Sinne fast wortgleich *Picker*, AcP 195 (1995), 483 (501): „Das zentrale Bedenken gegen die Anerkennung eines Anspruchs der Eltern auf Schadensersatz wegen ‚planwidriger‘ Geburt eines Kindes folgt aus einem klaren Axiom: In der geltenden Rechts- und Sittenordnung, so lautet die eherner Regel, darf ein Mensch niemals auch nur mittelbar als ‚Schaden‘ oder ‚Nachteil‘ bewertet werden.“ Und *Le Tourneau*, D. 1991, 567: „Autant il importe, dans le principe, de rappeler que donner la vie ne saurait être, en soi, la source d’un dommage (axiome qui est consubstantiel à toute notre civilisation) ...“

¹⁰ Vgl. dazu *BGHZ* 76, 249 (253); *BGHZ* 124, 128 (140); *Losch/Radau*, NJW 1999, 821 (822); *MünchKomm/Grunsky*, vor § 249 Rz. 12; *Schöbener*, JR 1996, 89 (90).

¹¹ Hermeneutisch korrekt muss der Fachbegriff „Schaden“ im rechtlichen Kontext denotativ verwendet werden, das heißt, es darf nur auf den begrifflichen Inhalt des Zeichens abgestellt werden, ohne Nebenbedeutungen und inhaltliche Nuancen, die das Zeichen als Begleitvorstellung beim Sprecher/Hörer auslöst, zu berücksichtigen. Konnotationen, das heißt die Gesamtheit der sich mit dem Zeichen verbindenden emotionalen Begleitvorstellungen, sind dagegen nicht für alle Kontexte und Situationen gültig; vgl. *Pelz*, *Linguistik*, S. 185 f.

¹² Weitergehend *Stürner*, *FamRZ* 1985, 753, 760; moderater jedoch *ders.*, *JZ* 1998, 317 (324).

¹³ So wohl auch *Lange*, *Richterrecht* (in: *Nörr*), S. 143 (153): „Es hat sich freilich sogleich gezeigt, dass eine Abwicklung nach dem Ausgleichsprinzip mit seinem notwendigerweise buchhalterisch-bilanzierenden Denken einem ungewollten Kind nicht ebenso gemäß sein kann wie einem zerbeulten Kotflügel.“ In seiner Absolutheit dagegen nicht akzeptabel *Picker*, AcP 195 (1995), 483 (510): „... so erweist sich die im Schlagwort vom ‚Kind als Schaden‘ kompromittierte Kritik ohne Abstrich als logisch wie rechtlich begründet.“