

# **Embryonenschutz und Haftung**

**Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München**

vorgelegt von

Bernadette Margarete Wilhelmine Vollmer  
2024

**Referent:** Prof. Dr. jur. Andreas Spickhoff

**Korreferent:** Prof. Dr. jur. Ulrich Schroth

**Tag der mündlichen Prüfung:** 17.01.2024

## Inhaltsverzeichnis

|      |  |           |
|------|--|-----------|
| A.   | Einleitung.....  | 1         |
| I.   | Fragestellung und Gang der Untersuchung.....                                   | 1         |
| II.  | Der bisherige Stand der Forschung.....   | 3         |
| III. | Zur medizinischen Entwicklung der Fortpflanzungsmedizin<br>und Gentechnik..... | 5         |
| 1.   | Wichtige Meilensteile der Fortpflanzungsmedizin und<br>Gentechnologie.....     | 5         |
| a.   | Louise Brown 1978.....   | 6         |
| b.   | Kryokonservierung 1983, 1984, 1999.....  | 6         |
| c.   | Präimplantationsdiagnostik (PID) 1990.....                                     | 7         |
| d.   | Intrazytoplasmatische Spermieninjektion 1992.....                              | 7         |
| e.   | Embryonensplitting 1993.....   | 8         |
| f.   | „Dolly“ das Klonschaf 1996.....  | 8         |
| g.   | Das Humangenomprojekt 1990–2003.....   | 9         |
| h.   | Crispr-Cas9 2012.....  | 9         |
| i.   | Mitochondrienspende 2016.....  | 10        |
| j.   | Die He Jiankui Affäre – erste CRISPR/Cas9-Babys<br>Lulu und Nana 2018.....     | 10        |
| k.   | Zusammenfassende grafische Darstellung der<br>Ereignisse.....                  | 11        |
| 2.   | Die Befruchtungskaskade.....   | 11        |
| IV.  | Gespaltene Mutterschaft.....   | 13        |
| B.   | <b>Die Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nach § 823 II<br/>BGB</b> .....    | <b>14</b> |
| I.   | Funktionen des § 823 II BGB.....   | 14        |
| 1.   | Ergänzungs-/Erweiterungsfunktion.....  | 14        |
| a.   | Vorverlagerungsfunktion.....   | 15        |
| b.   | Ausdehnungsfunktion.....   | 15        |
| c.   | Besser: Öffnungsfunktion.....  | 16        |
| 2.   | Konkretisierungs-/Präzisierungsfunktion<br>/Verdeutlichungsfunktion.....       | 17        |
| 3.   | (Unselbstständige) Entwicklungsfunktion.....                                   | 18        |
| 4.   | Ökonomische Gesetzgebung.....  | 18        |
| II.  | Gesetzesqualität.....  | 19        |
| III. | Verhaltensgebot oder -verbot.....  | 20        |
| IV.  | Schutzgesetzeigenschaft.....   | 21        |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 1.    | Auch Individualschutz.....   | 21 |
| 2.    | Tragbarkeit im haftungsrechtlichen System.....   | 22 |
| a.    | <i>Knöpfle</i> 1967: zweiperspektivischer Kriterienkatalog ...<br>.....                            | 23 |
| i.    | Kriterienkatalog.....  | 23 |
| ii.   | Rechtsfortbildung contra legem .....   | 25 |
| iii.  | Kritik .....   | 25 |
| b.    | <i>Bistrizki</i> 1981: Sanktionsbewehrung .....  | 26 |
| i.    | Modell .....   | 26 |
| ii.   | Kritik .....   | 27 |
| c.    | <i>Schlosser</i> 1982: systemintegrierter Schutzzweck.....   | 27 |
| i.    | Modell .....   | 27 |
| ii.   | Kritik .....   | 27 |
| d.    | Modell <i>Canaris</i> 1983: Orientierung an den Wertungen<br>des Deliktsrechts.....                | 28 |
| i.    | Erfordernis rechtsgutsspezifischer Differenzierung ...<br>.....                                    | 28 |
| ii.   | Zusatzerfordernis der Strafbewehrung von nicht<br>durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern ..... | 29 |
| iii.  | Keine Subsidiarität des § 823 II BGB .....   | 30 |
| iv.   | Bloß bußgeldbewehrte Normen als Schutzgesetze  | 30 |
| v.    | Nicht straf- oder bußgeldbewehrte Normen als<br>Schutzgesetze .....                                | 30 |
| vi.   | Auslegungsregel bei Vermögensinteressen.....   | 31 |
| vii.  | Grafische Übersicht der Schutzgesetzermittlung<br>nach <i>Canaris</i> .....                        | 31 |
| viii. | Kritik .....   | 32 |
| e.    | Modell <i>Honsell</i> 1983 .....   | 32 |
| i.    | Regeln.....  | 32 |
| ii.   | Kritik .....   | 33 |
| f.    | <i>Kothe</i> 1988: dualistische je-desto Formeln .....   | 33 |
| i.    | Das Modell .....   | 33 |
| ii.   | Sätze nach <i>Kothe</i> .....  | 34 |
| iii.  | Grafische Zusammenfassung des Modells .....  | 35 |
| iv.   | Kritik .....   | 35 |
| g.    | Ablehnung aller Eingrenzungsversuche auf abstrakt-<br>genereller Ebene .....                       | 35 |

|           |  |           |
|-----------|--|-----------|
| V.        | Schutzbereich .....  | 36        |
| 1.        | Hintergrund der Dreiteilung .....  | 37        |
| 2.        | Welche Norm?.....  | 38        |
| 3.        | Persönlicher Schutzbereich .....   | 38        |
| 4.        | Sachlicher Schutzbereich .....   | 39        |
| 5.        | Modaler Schutzbereich.....   | 40        |
| 6.        | „Sanktionsspezifischer Schutzzweck“ .....  | 40        |
| 7.        | Dogmatische Einordnung .....   | 41        |
| VI.       | Rechtswidrigkeit.....  | 43        |
| VII.      | Verschulden.....   | 43        |
| 1.        | Verschuldensmaßstab .....  | 43        |
| 2.        | Sonderfall: Verschuldensmaßstab, wenn Strafbewehrung<br>und Verhaltensverbot im Gesetz (redaktionell) getrennt<br>niedergeschrieben sind ..... | 44        |
| 3.        | Bezugspunkt .....  | 46        |
| 4.        | Verschuldensfähigkeit .....  | 47        |
| VIII.     | Verhältnis von § 823 II BGB zu § 823 I BGB sowie<br>§ 826 BGB.....   | 47        |
| <b>C.</b> | <b>Methodik der Ermittlung von Schutzgesetzzeigenschaft<br/>und Schutzzweck .....</b>  | <b>49</b> |
| I.        | Grammatikalische Auslegung .....   | 51        |
| II.       | Systematische Auslegung.....   | 53        |
| III.      | Historische Auslegung .....  | 53        |
| IV.       | Der Umgang mit Rechtsentwicklungen .....   | 53        |
| <b>D.</b> | <b>Schutzgesetztauglichkeit des Embryonenschutzgesetzes 55</b>   |           |
| I.        | Normen, die offensichtlich ungeeignet sind,<br>Schutznormqualität innezuhaben .....  | 56        |
| 1.        | § 8 ESchG.....   | 56        |
| 2.        | § 3 IV, § 11 und § 12 ESchG .....  | 57        |
| 3.        | § 13 ESchG.....  | 60        |
| II.       | Auf Schutzgesetzzeigenschaft zu überprüfende Normen ....   | 61        |
| 1.        | § 1 I Nr. 1 ESchG .....  | 61        |
| a.        | Geschützter Personenkreis .....  | 61        |
| i.        | Die Beachtlichkeit des <i>nondum conceptus</i> als<br>geschützte Person .....  | 62        |
| ii.       | Vereinbarkeit mit der ‚Kind als Schaden‘-<br>Rechtsprechung .....  | 65        |

|      |   |    |
|------|---|----|
| iii. | Zwischenergebnis: Geschützte Person – das noch nicht gezeugte Kind? ..... | 67 |
| iv.  | Geschützte Person – Eizellspenderin/-empfängerin? .....                   | 67 |
| b.   | Geschütztes Rechtsgut des <i>nondum conceptus</i> .....                   | 68 |
| c.   | Modaler Schutzbereich .....   | 70 |
| d.   | Schadensrechtliche Erwägungen .....                                       | 70 |
| e.   | Potenzieller Anspruchsgegner .....  | 73 |
| i.   | Eizellspenderinnen und -empfängerinnen .....                              | 73 |
| ii.  | Samenspende .....   | 75 |
| iii. | Engerer Familienkreis .....   | 76 |
| f.   | Verfassungsrechtliche Erwägungen .....                                    | 76 |
| g.   | Ergebnis zu § 1 I Nr. 1 ESchG .....                                       | 77 |
| 2.   | § 1 I Nr. 2 ESchG .....   | 77 |
| a.   | Geschützter Personenkreis .....   | 80 |
| b.   | Geschützte Rechtsgüter .....  | 81 |
| c.   | Modaler Schutzbereich .....   | 82 |
| d.   | Schadensrechtliche Erwägungen .....                                       | 82 |
| e.   | Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 84 |
| f.   | Ergebnis zu § 1 I Nr. 2 ESchG .....                                       | 85 |
| 3.   | § 1 I Nr. 3 ESchG .....   | 85 |
| a.   | Geschützter Personenkreis .....   | 86 |
| b.   | Geschützte Rechtsgüter .....  | 87 |
| i.   | Des <i>nasciturus</i> .....   | 87 |
| ii.  | Der Frau, welche die Embryonen austrägt .....                             | 89 |
| c.   | Modaler Schutzbereich .....   | 89 |
| d.   | Schadensrechtliche Erwägungen .....                                       | 90 |
| e.   | Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 92 |
| f.   | Verfassungsrechtliche Bedenken .....                                      | 93 |
| g.   | Ergebnis zu § 1 I Nr. 3 ESchG .....                                       | 93 |
| 4.   | § 1 I Nr. 4 ESchG .....   | 93 |
| 5.   | § 1 I Nr. 5 ESchG .....   | 95 |
| a.   | Tatbestandliche Unklarheiten, insbes. ‚Deutscher Mittelweg‘ .....         | 96 |
| b.   | Geschützter Personenkreis .....   | 96 |
| c.   | Geschützte Rechtsgüter .....  | 97 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....                              | 98  |
| e.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                               | 98  |
| f.  | Ergebnis zu § 1 I Nr. 5 ESchG .....                             | 99  |
| 6.  | § 1 I Nr. 6 ESchG .....   | 99  |
| a.  | Geschützter Personenkreis .....                                 | 100 |
| b.  | Geschütztes Rechtsgut.....                                      | 100 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                                      | 101 |
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....                              | 101 |
| e.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                               | 101 |
| f.  | Ergebnis zu § 1 I Nr. 6 ESchG .....                             | 102 |
| 7.  | § 1 I Nr. 7 ESchG .....   | 102 |
| a.  | Geschützter Personenkreis .....                                 | 103 |
| b.  | Geschütztes Rechtsgut.....                                      | 104 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                                      | 106 |
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....                              | 106 |
| e.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                               | 106 |
| f.  | Verfassungsrechtliche Bedenken .....                            | 107 |
| g.  | Ergebnis zu § 1 I Nr. 7 ESchG .....                             | 107 |
| 8.  | § 1 II ESchG .....  | 107 |
| 9.  | § 2 I ESchG .....   | 109 |
| a.  | Geschützter Personenkreis und geschütztes Rechtsgut ..<br>..... | 112 |
| b.  | Modaler Schutzbereich.....                                      | 113 |
| c.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....                              | 113 |
| d.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                               | 114 |
| e.  | Ergebnis zu § 2 I ESchG .....                                   | 114 |
| 10. | § 2 II ESchG .....  | 115 |
| a.  | Geschützter Personenkreis und geschütztes Rechtsgut ..<br>..... | 115 |
| b.  | Modaler Schutzbereich.....                                      | 117 |
| c.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                               | 117 |
| d.  | Ergebnis zu § 2 II ESchG .....                                  | 117 |
| 11. | § 3 ESchG.....  | 117 |
| a.  | Geschütztes Rechtsgut.....                                      | 118 |
| b.  | Geschützter Personenkreis .....                                 | 119 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                                      | 119 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....               | 119 |
| e.  | Ergebnis zu § 3 ESchG.....                       | 120 |
| 12. | § 3a I–III ESchG.....                            | 120 |
| a.  | Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Norm.. | 120 |
| b.  | Voraussetzungen und Struktur .....               | 123 |
| c.  | Geschützter Personenkreis .....                  | 125 |
| d.  | Geschütztes Rechtsgut.....                       | 126 |
| e.  | Modaler Schutzbereich.....                       | 128 |
| f.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....               | 128 |
| g.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                | 129 |
| h.  | Ergebnis zu § 3a III ESchG.....                  | 129 |
| 13. | § 3a VI ESchG sowie § 3a III 2 ESchG .....       | 129 |
| 14. | § 4 I Nr. 1 ESchG .....                          | 129 |
| a.  | Geschützter Personenkreis .....                  | 130 |
| b.  | Geschütztes Rechtsgut.....                       | 131 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                       | 132 |
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....               | 132 |
| e.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                | 136 |
| f.  | Ergebnis zu § 4 I Nr. 1 ESchG .....              | 137 |
| 15. | § 4 I Nr. 2 ESchG .....                          | 137 |
| a.  | Geschützter Personenkreis .....                  | 138 |
| b.  | Geschütztes Rechtsgut.....                       | 138 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                       | 139 |
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....               | 139 |
| e.  | Kritik an § 4 I Nr. 2 ESchG.....                 | 139 |
| f.  | Ergebnis zu § 4 I Nr. 2 ESchG .....              | 140 |
| 16. | § 4 I Nr. 3 ESchG .....                          | 140 |
| a.  | Geschützter Personenkreis .....                  | 142 |
| b.  | Geschütztes Rechtsgut.....                       | 144 |
| c.  | Modaler Schutzbereich.....                       | 145 |
| d.  | Schadensrechtliche Erwägungen.....               | 145 |
| i.  | Hinsichtlich des Samenspenders .....             | 145 |
| ii. | Hinsichtlich des nondum conceptus .....          | 148 |
| e.  | Potenzielle Anspruchsgegner .....                | 149 |
| f.  | Ergebnis zu § 4 I Nr. 3 ESchG .....              | 149 |

|     |  |     |
|-----|--|-----|
| 17. | § 5 I ESchG .....  | 149 |
|     | a. Geschützter Personenkreis .....   | 151 |
|     | b. Geschütztes Rechtsgut.....  | 152 |
|     | c. Modaler Schutzbereich.....  | 153 |
|     | d. Schadensrechtliche Erwägungen.....  | 153 |
|     | e. Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 157 |
|     | f. Ergebnis zu § 5 I ESchG .....   | 157 |
| 18. | § 5 II ESchG .....   | 157 |
| 19. | § 6 I ESchG .....  | 158 |
|     | a. Geschütztes Rechtsgut.....  | 159 |
|     | b. Geschützter Personenkreis .....   | 160 |
|     | c. Modaler Schutzbereich.....  | 162 |
|     | d. Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 162 |
|     | e. Schadensrechtliche Erwägungen.....  | 163 |
|     | f. Ergebnis zu § 6 I ESchG .....   | 163 |
| 20. | § 6 II ESchG .....   | 164 |
|     | a. Schutzbereich .....   | 164 |
|     | b. Verfassungsrechtliche Bedenken zu § 6 II ESchG...165                                    |     |
|     | c. Folgen der Verfassungswidrigkeit auf einen denkbaren<br>Anspruch aus § 6 II ESchG ..... | 166 |
|     | d. Ergebnis zu § 6 II ESchG .....  | 167 |
| 21. | § 7 I Nr. 1 ESchG .....  | 167 |
|     | a. Geschütztes Rechtsgut.....  | 168 |
|     | b. Geschützter Personenkreis .....   | 169 |
|     | c. Modaler Schutzbereich.....  | 172 |
|     | d. Schadensrechtliche Erwägungen.....  | 172 |
|     | f. Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 173 |
|     | g. Ergebnis § 7 I Nr. 1 ESchG .....  | 173 |
| 22. | § 7 I Nr. 2 ESchG .....  | 173 |
| 23. | § 7 I Nr. 3 ESchG .....  | 174 |
| 24. | § 7 II Nr. 1 ESchG.....  | 175 |
| 25. | § 7 II Nr. 2 ESchG.....  | 177 |
| 26. | § 9 ESchG.....   | 178 |
|     | a. Schutzbereich von § 9 Nr. 1 und 3 ESchG.....  | 178 |
|     | b. Schutzbereich von § 9 Nr. 2 ESchG.....  | 180 |
|     | c. Schutzbereich von § 9 Nr. 4 ESchG.....  | 181 |

|           |   |            |
|-----------|---|------------|
| d.        | Rechtfertigung und schadensrechtliche Erwägungen.....                                   | 182        |
| i.        | Möglichkeit der Einwilligung .....  | 182        |
| ii.       | Schaden trotz behandlungsfehlerfreiem Vorgehen ....                                     | 183        |
| e.        | Potenzielle Anspruchsgegner .....   | 183        |
| f.        | Ergebnis zu § 9 ESchG.....  | 183        |
| 27.       | § 10 ESchG.....   | 183        |
| V.        | Auswirkungen eines Verbotsirrtums .....   | 187        |
| 1.        | Relevanz .....  | 187        |
| 2.        | Streitentscheid .....   | 188        |
| VI.       | Schutzgesetzeigenschaft auch bei analoger Anwendung<br>von Normen des ESchG .....       | 189        |
| VII.      | Konkurrenzen und Gesamtschuld .....   | 191        |
| VIII.     | Fazit zur Schutzgesetzeigenschaft der Normen<br>des ESchG .....                         | 191        |
| <b>E.</b> | <b>Haftungsrechtlicher Vergleich zu § 823 I BGB.....</b>                                | <b>195</b> |
| I.        | Rechtsgutsverletzung iSd § 823 I BGB.....   | 195        |
| 1.        | Leben .....   | 195        |
| 2.        | Körper und Gesundheit .....   | 196        |
| 3.        | Freiheit.....   | 200        |
| 4.        | Eigentum .....  | 200        |
| 5.        | Sonstige Rechte, insbes. das allgemeine<br>Persönlichkeitsrecht.....                    | 203        |
| II.       | Kausalzusammenhang, Adäquanz und Schutzzweck der<br>Norm.....                           | 205        |
| III.      | Rechtswidrigkeit.....   | 206        |
| IV.       | Verschulden.....  | 207        |
| 1.        | Grundsatz.....  | 207        |
| 2.        | Innerfamiliärer Bereich .....   | 208        |
| V.        | Materieller oder immaterieller Schaden .....  | 210        |
| <b>F.</b> | <b>Mögliche Schutzgesetze mit ähnlicher Schutzrichtung<br/>außerhalb des ESchG.....</b> | <b>211</b> |
| V.        | Grundrechte, Gewährleistungen der EMRK .....  | 211        |
| VI.       | StGB .....  | 214        |
| 1.        | §§ 223, 229 StGB .....  | 214        |
| 2.        | §§ 218 ff. StGB .....   | 216        |
| 3.        | § 303 I StGB.....   | 220        |

|           |  |            |
|-----------|--|------------|
| VII.      | AdVermiG .....   | 221        |
| VIII.     | AMG.....   | 223        |
| IX.       | § 8b II TPG.....   | 223        |
| X.        | Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BO Bayern).....   | 224        |
| XI.       | Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und<br>Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen<br>Befruchtung („Richtlinien über künstliche Befruchtung“) sowie<br>§ 27a SGB V..... | 228        |
| XII.      | Ergebnis zu möglichen Schutzgesetzen mit ähnlicher<br>Schutzrichtung außerhalb des ESchG .....   | 228        |
| <b>G.</b> | <b>Fazit.....</b>  | <b>229</b> |
|           | <b>Literaturverzeichnis.....</b>   | <b>234</b> |

## Abbildungsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| <i>Abbildung 1: Zusammenfassung der wichtigsten Meilensteine der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnik .....</i> | 11  |
| <i>Abbildung 2: schematische Darstellung von Eizelle und Spermium .....</i>                                     | 13  |
| <i>Abbildung 3: Schutzgesetzermittlung nach Canaris .....</i>   | 31  |
| <i>Abbildung 4: Schutzgesetzermittlung nach Kothe .....</i>   | 35  |
| <i>Abbildung 5: Übersicht der Schutzbereiche der einzelnen Normen des ESchG .....</i>                           | 194 |

## Abkürzungsverzeichnis

|                  |  |
|------------------|--|
| °C               | Grad Celsius   |
| 2-PN-Zellen      | zwei-Pronuclei-Zellen  |
| aA               | andere Auffassung  |
| Abs.             | Absatz   |
| AcP              | Archiv für die civilistische Praxis                            |
| AdVermiG         | Adoptionsvermittlungsgesetz                                    |
| aE               | am Ende  |
| AEUV             | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union           |
| aF               | alte Fassung   |
| AG               | Amtsgericht  |
| AGG              | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz                            |
| Alt.             | Alternative  |
| AME-FMedG        | Augsburg-Münchener-Entwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes |
| AMG              | Arzneimittelgesetz   |
| APR/AllgPersönlR | Allgemeines Persönlichkeitsrecht                               |
| Art.             | Artikel  |
| ART              | artificial reproductive technologies                           |
| AT               | Allgemeiner Teil   |
| Aufl.            | Auflage  |
| BÄO              | Bundesärzteordnung   |
| BauFordSiG       | Bauforderungssicherungsgesetz                                  |
| BayObLG          | Bayerisches Oberstes Landesgericht                             |
| Bd.              | Band   |
| BeckOGK          | Beck-online.GROSSKOMMENTAR                                     |
| BeckOK           | Beck'scher Online Kommentar                                    |
| begr.            | begründet  |
| BeurkG           | Beurkundungsgesetz   |
| BGB              | Bürgerliches Gesetzbuch  |
| BGBI             | deutsche Bundesgesetzblatt                                     |
| BGH              | Bundesgerichtshof  |
| BMJ              | British Medical Journal  |
| BO Bayern        | Berufsordnung für die Ärzte Bayerns                            |
| BT               | Besonderer Teil  |
| BT-Drs.          | Bundestagsdrucksache   |
| BVerfG           | Bundesverfassungsgericht                                       |
| bzgl.            | bezüglich  |
| bzw.             | beziehungsweise  |
| Cas9             | CRISPR-associated protein 9                                    |
| CCR5 delta 32    | C-C-Motiv-Chemokin-Rezeptor 5 delta 32                         |

|              |   |
|--------------|---|
| CRISPR       | Clustered Regularly Interspaced<br>Short Palindromic Repeats  |
| d. h.        | das heißt   |
| DNA          | Desoxyribonukleinsäure  |
| Dev Psychol  | European Journal of Developmen-<br>tal Psychology   |
| Diss.        | Dissertation  |
| EGBGB        | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen<br>Gesetzbuche   |
| Einf v       | Einführung vor  |
| EMRK         | Europäische Menschenrechtskonven-<br>tion   |
| ErbbauRG     | Erbbaurechtsgesetz  |
| erw.         | erweiterte  |
| ESchG        | Embryonenschutzgesetz   |
| et al.       | et alia   |
| EU           | Europäischen Union  |
| evtl.        | eventuell   |
| f.           | folgend   |
| FamFG        | Gesetz über das Verfahren in Famili-<br>ensachen und in den Angelegenhei-<br>ten der freiwilligen Gerichtsbarkeit |
| FamRZ        | Zeitschrift für das gesamte Familien-<br>recht  |
| ff.          | fortfolgend   |
| FiSH         | Fluoreszenz-InSitu-Hybridisierung   |
| FS           | Festschrift   |
| g            | Gramm   |
| GA           | Goldammer's Archiv für Strafrecht   |
| gem.         | gemäß   |
| GG           | Grundgesetz   |
| ggfs.        | gegebenenfalls  |
| GmbH         | Gesellschaft mit beschränkter Haf-<br>tung  |
| GoA          | Geschäftsführung ohne Auftrag   |
| GS           | Gedächtnisschrift   |
| Habil.-Schr. | Habilitationsschrift  |
| HIV          | Human Immunodeficiency Virus  |
| HK-BGB       | Handkommentar zum BGB   |
| HLA          | human leukocyte antigene  |
| hM           | herrschende Meinung   |
| hrsg.        | herausgegeben   |
| Hrsg.        | Herausgeber   |
| Hs.          | Halbsatz  |

|                   |  |
|-------------------|--|
| Hum Reprod        | Human Reproduction   |
| Hum Reprod Update | Human Reproduction Update  |
| i. S.             | im Sinne   |
| ICSI              | Intrazytoplasmatische Spermieninjektion  |
| iPS               | Induzierte pluripotente Stammzellen  |
| iSd               | im Sinne des   |
| IVF               | In-Vitro-Fertilisation   |
| iVm               | in Verbindung mit  |
| J Bacteriol       | Journal of Bacteriology  |
| J Med             | Journal of Medicine  |
| JA                | Juristische Arbeitsblätter   |
| JAMA              | Journal of the American Medical Association                                      |
| JR                | Juristische Rundschau  |
| jurisPK-BGB       | juris PraxisKommentar BGB  |
| JuS               | Juristische Schulung   |
| JZ                | Juristenzeitung  |
| krit.             | kritisch   |
| LG                | Landgericht  |
| lit.              | littera  |
| LPartG            | Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft                                 |
| LPK-SGB V         | Lehr- und Praxiskommentar Sozialgesetzbuch                                       |
| MB/KK 2009        | Musterbedingungen 2009 für die Krankheitskosten- und Krankentagegeldversicherung |
| MBO-Ä             | Musterberufsordnung für Ärzte  |
| MdR               | Monatszeitschrift des Deutschen Rechts   |
| MedR              | Medizinrecht   |
| mtDNA             | mitochondriale DNA   |
| MIT               | Massachusetts Institute of Technology  |
| MüKo-BGB          | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch                                  |
| MüKo-StGB         | Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch  |
| mwN               | mit weiteren Nachweisen  |
| Nat Commun        | Nature Communications  |
| Nat Genet         | Nature genetics  |
| NJW               | Neue Juristische Wochenschrift   |
| NK-BGB            | Nomos Kommentar zum BGB  |

|                      |   |
|----------------------|---|
| Nr.                  | Nummer  |
| NStZ                 | Neue Zeitschrift für Strafrecht                               |
| NVwZ                 | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht                         |
| OLG                  | Oberlandesgericht   |
| OWiG                 | Ordnungswidrigkeitengesetz                                    |
| PHG/ProdHG/ProdHaftG | Produkthaftungsgesetz   |
| PID                  | Präimplantationsdiagnostik                                    |
| PIDV                 | Verordnung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik        |
| ProstG               | Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten |
| PWW                  | Prütting/Wegen/Weinreich                                      |
| Reprod Biomed Online | Reproductive BioMedicine Online                               |
| RGRK                 | Reichsgerichtsrätekommentar                                   |
| RL-GBA               | Bedarfsplanungs-Richtlinie - Gemeinsamer Bundesausschuss.     |
| Rn.                  | Randnummer  |
| RNA                  | ribonucleic acid  |
| S.                   | Seite   |
| s.o.                 | siehe oben  |
| SGB                  | Sozialgesetzbuch  |
| sgRNA                | Single Guided RNA   |
| Sk-StGB              | Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch                  |
| sog                  | sogenannt   |
| SPD                  | Sozialdemokratische Partei Deutschlands                       |
| SSW                  | Satzger/Schluckebier/Widmaier                                 |
| StGB                 | Strafgesetzbuch   |
| StPO                 | Strafprozessordnung   |
| Tb.                  | Teilband  |
| TPG                  | Transplantationsgesetz  |
| u.a.                 | unter anderem; und andere                                     |
| überarb.             | überarbeitet  |
| UmweltHG             | Umwelthaftungsgesetz  |
| Univ.                | Universität   |
| Urt.                 | Urteil  |
| USA                  | Vereinigte Staaten von Amerika                                |
| UWG                  | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb                        |
| v.                   | von   |
| Verf.                | Verfasser/in  |
| VersAusglG           | Versorgungsausgleichsgesetz                                   |

|                 |   |
|-----------------|---|
| VersR           | Versicherungsrecht                                      |
| vgl.            | <i>vergleiche</i>                                       |
| vollst.         | <u>vollständig</u>                                      |
| Vor/Vorb/Vorbem | Vorbemerkung  |
| VVG             | Versicherungsvertragsgesetz                             |
| WEG             | Wohnungseigentumsgesetz                                 |
| zB              | zum Beispiel  |
| ZEuP            | Zeitschrift für europäisches Privat-<br>recht           |
| ZEV             | Zeitschrift für Erbrecht und Vermö-<br>gensnachfolge    |
| ZfL             | Zeitschrift für Lebensrecht                             |
| ZIP             | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und<br>Insolvenzpraxis |
| zit.            | zitiert   |
| ZRP             | Zeitschrift für Rechtspolitik                           |
| zugl.           | zugleich  |

## A. Einleitung

### I. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Die Reproduktionsmedizin befindet sich in ständigem Fortschritt. Seit der Geburt von Louise Brown als weltweit ersten in-vitro gezeugten Menschen am 25.07.1978 konnten von einigen Durchbrüchen berichtet werden.<sup>1</sup> Dies zeigt sich zuletzt auch an der ethischen Diskussion, um die vom chinesischen Forscher He Jiankui genetisch-veränderten (HIV-Immunität) Zwillinge Nana und Lulu im November 2018. Das Deutsche IVF Register zählt mittlerweile 340.053 Kinder, welche in Deutschland nach In-vitro-Fertilisationszyklen geboren wurden. Im Jahr 1997 waren es bloß 6.577 Geburten, 2010 bereits 13.024 und inzwischen (letzter Stand 2019) 21.588 Geburten. Mit dem wachsendem Interesse an fortpflanzungsmedizinischer Behandlung, erlangt dementsprechend auch das Embryonenschutzgesetz, welches fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen regelt, erheblich an Bedeutung.

Eine zentrale, noch nicht eingehend beantwortete Frage im Bereich der Fortpflanzungsmedizin liegt in dem Zusammenspiel von Embryonenschutz und Haftung. Dieser Thematik widmet sich die folgende Dissertation.

Der Schwerpunkt liegt hierbei auf § 823 II BGB, da sich diese Norm für die Wertungen von anderen Rechtsgebieten und somit auch das Embryonenschutzgesetz öffnet.

Sind demnach die Normen des Embryonenschutzgesetzes ‚Schutzgesetz‘ im Sinne des § 823 II BGB? Wenn ja, wie weit reicht ihr Schutzbereich? Wie sind schadensrechtliche Folgefragen zu ermitteln? In diesem Zusammenhang stellt jedoch § 823 II BGB nur einen Teil der deliktischen Haftung dar. Insofern muss daher auch die Frage aufgeworfen werden, inwiefern Embryonenschutz durch § 823 I BGB erzielt wird bzw. worin die Unterschiede liegen. Abschließend wird jedenfalls darauf einzugehen sein, ob auch außerhalb des ESchG liegende Normen taugliche Schutzgesetze sind bzw. einen Schutzbereich haben, der sich auf den Embryonenschutz erstreckt. Hierzu werden Normen aus den Bereichen GG und EMRK, StGB, AdVermiG, AMG, TPG und SGB V untersucht sowie die Berufsordnung der Ärzte Bayerns und die Richtlinien über die künstliche Befruchtung des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen herangezogen.

---

<sup>1</sup> Hierzu sowie den weiteren wesentlichen Meilensteinen zugleich A.III.1.

Zur Beantwortung dieser bisher so noch nicht gestellten Fragen sind jedoch einige Vorarbeiten notwendig. Einerseits ist der medizinisch-naturwissenschaftliche Hintergrund zu klären und zwar sowohl in historischer Perspektive auf Meilensteine der Fortpflanzungsmedizin und Genetik als auch im Hinblick auf die Befruchtungskaskade, da rechtliche Wertungen an den jeweiligen Status anknüpfen werden; andererseits ist auf die Begrifflichkeit ‚gespaltene Mutterschaft‘ als ein dem Gesetzesentwurf zugrundeliegender Terminus einzugehen.

Vorarbeiten sind ferner auch auf der Ebene des § 823 II BGB erforderlich. Hierbei ist vor allem zu klären, welche Funktionen § 823 II BGB erfüllt, welche Voraussetzungen er aufstellt und wie diese schließlich zu ermitteln sind (Methodenlehre).

Die Beantwortung der Fragestellung erfolgt dann Norm für Norm. Ausnahmen hiervon werden gemacht, wenn eine Fragestellung normübergreifende Bedeutung hat und normspezifisch identische Ergebnisse liefert. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Frage aus der rechtlichen Ausgestaltung des Embryonenschutzgesetzes als Nebenstrafrecht ergibt.

Wie greifen Embryonenschutzgesetz, Embryonenschutz im Allgemeinen und Haftung ineinander? Wessen Rechtsgüter werden vor welchen Gefahren haftungsrechtlich geschützt?

Methodisch ist die Arbeit im Bereich der Rechtsdogmatik angesiedelt. Sie setzt sich mit der bestehenden Rechtslage auseinander. Hierzu werden Literatur, Judikatur sowie Gesetzgebungsmaterialien dargestellt und ausgearbeitet. Eine für das Verständnis notwendige interdisziplinäre Ergänzung stellt die Darstellung der medizinisch-naturwissenschaftlichen Erkenntnisse insbesondere der Embryologie und Genetik dar.

Die vorliegende Arbeit verwendet zur besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum. Die verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich – sofern nicht anders kenntlich gemacht – auf alle Geschlechter. Sofern an die Eigenschaft ‚Frau‘ oder ‚Mann‘ zu sein angeknüpft wird, bezeichnet dies ihr biologisches Geschlecht im Sinne der Fortpflanzungsbiologie.

## II. Der bisherige Stand der Forschung

Die juristische Literatur beschäftigte sich bisher nicht tiefgründig genug mit den zivilrechtlichen Auswirkungen des ESchG, insbesondere nicht im Hinblick auf die Schutzgesetzeigenschaft, geschweige denn die Aspekte des Schutzzwecks.

Eine Zusammenfassung der bisherigen Literatur macht deutlich, dass sich gerade einmal vier Autoren in Ansätzen mit der Schutzgesetzeigenschaft einzelner Normen des Embryonenschutzgesetzes beschäftigt haben. In der Kommentarliteratur, die sich die Auflistung von Schutzgesetzen im Rahmen des § 823 II BGB zur Aufgabe gemacht hat, wird diesbezüglich am häufigsten *Deutsch* zitiert.<sup>2</sup> Dieser geht davon aus, dass ein Arzt, der gegen § 1 ESchG verstößt, für die dadurch entstandene Schäden haftet; einschränkend wirke jedoch hier der Schutzbereich der Norm.<sup>3</sup> *Coester-Waltjen* geht wohl von einer Wirkung des Embryonenschutzgesetzes über § 823 II BGB aus, nimmt dann allerdings an, dass es im Hinblick auf die Röteln-Entscheidung des BGH<sup>4</sup> immer an einem Schaden fehlen würde. 1983 entschied der BGH in der Röteln-Entscheidung, dass ein eigener Anspruch des Kindes auf behinderungsbedingten Mehraufwand aus § 823 I BGB ausscheide, da es sich einer allgemeinverbindlichen Beurteilung entziehe, „ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtsinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt“.<sup>5</sup> Darüber hinaus bezweifelt *Coester-Waltjen*, dass Unterhaltsverpflichtungen im Falle einer Mehrlingsgeburt (Verstoß gegen § 1 I Nr. 3 ESchG) oder des Klonens (Verstoß gegen § 6 ESchG) in den Schutzbereich fallen.<sup>6</sup> *Spickhoff* sieht indes im Klonierungsverbot des § 6 ESchG den Schutz der Menschenwürde des auf diese Weise nicht zu zeugenden Kindes verletzt und qualifiziert § 6 ESchG folglich als Schutzgesetz.

Er sieht es dabei als gerade zwingend an, in dieser Konstellation dem Kind selbst einen eigenen Anspruch zuzubilligen.<sup>7</sup> In einem Fallbuch von *Spickhoff* und *Deuring* untersuchten die Autoren eigene Schadensersatzansprüche des gezeugten Kindes nach § 823 II BGB iVm § 6 I ESchG sowie § 5 I ESchG. Dabei handelt es sich um die

---

<sup>2</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 G 45; *NK-BGB-Katzenmeier*, § 823 Rn 540; *PWW-Schaub*, BGB, § 823 Rn. 240; *Palandt-Sprau*, BGB, § 823 Rn. 66; *MüKoBGB-Wagner*, § 823 Rn. 597.

<sup>3</sup> *Deutsch*, NJW 1991, 721.

<sup>4</sup> BGH, NJW 1983, 1371.

<sup>5</sup> BGH, NJW 1983, 1371, 1374.

<sup>6</sup> *Coester-Waltjen*, FamRZ 1992, 369.

<sup>7</sup> *Spickhoff* in; Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 2007. S. 30.

bisher vertiefendste Auseinandersetzung mit der Schutzgesetzeigenschaft einzelner Normen des ESchG.

Hinsichtlich § 6 I ESchG wird hier zunächst ausgeführt, dass es sich um ein Gesetz iSd Art. 2 EGBGB handle, das ein Ge- bzw. Verbot enthalte.<sup>8</sup> Im Anschluss daran wird auf die Frage eingegangen, ob die Norm zumindest auch Individualschutz bezwecke.<sup>9</sup> In Anlehnung an die Gesetzesbegründung untersuchten die Autoren die Menschenwürde und kommen zu dem Ergebnis, dass es sich hier um eine Vorwirkung der Menschenwürde handle und nicht etwa um eine Gattungswürde. Sie beschreiben unter Verwendung der Objektformel, wieso die Klonierung eine Verletzung der Würde des gezeugten Menschens darstellt und gehen schließlich darauf ein, ob ein eigener Anspruch des Kindes noch zu den geschützten Interessen gehöre. Dabei verweisen sie auf die Röteln-Entscheidung des BGH und lehnen deren Übertragbarkeit auf die vorliegende Konstellation ab. Nach dem Schutzzweck der Norm sei demnach der Schaden auf den behinderungsbedingten Mehraufwand zu begrenzen.<sup>10</sup>

Ein Anspruch aus § 5 I ESchG sei somit inhaltsgleich.<sup>11</sup> Hinsichtlich der Schutzgesetzeigenschaft verweisen die Autoren auf die Ausführungen der Gesetzesbegründung.

Schließlich stellt *Jäschke* in seiner Untersuchung zu vertauschten Keimbahnzellen (= Ei- und Samenzellen) und Embryonen die Schutzgesetzeigenschaft von § 1 I Nr. 2 ESchG und § 1 II ESchG im Hinblick auf die Verhinderung gespaltener Mutterschaften<sup>12</sup> zum individuellen Wohle des Kindes sowie § 4 I ESchG im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Gametenspender fest. Er vermutet ferner, dass grundsätzlich auch der Unterhaltsschaden von dem Schutzzweck einer der verletzten Normen umfasst sei und zwar insbesondere im Fall der Verhinderung gespaltener Mutterschaften.<sup>13</sup> Inhaltlich weitergehende, insbesondere vertiefende Ausführungen unterlassen die Autoren.

Ein Blick auf den bisherigen Meinungsstand zeigt, dass sich bisher keine abschließende Meinung zu der in der vorliegenden Dissertation zu behandelnden Frage herausgebildet hat. Zwar besteht Einigkeit, dass jedenfalls einzelne Normen als Schutzgesetze zu qualifizieren seien, eine Begründung dafür fehlt jedoch. Bezüglich der

---

<sup>8</sup> *Spickhoff/Deuring*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Fall 20 S. 350.

<sup>9</sup> *Spickhoff/Deuring*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Fall 20 S. 351 f.

<sup>10</sup> *Spickhoff/Deuring*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Fall 20, S. 353.

<sup>11</sup> *Spickhoff/Deuring*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Fall 20, S. 355.

<sup>12</sup> Gespaltene Mutterschaft bezeichnet das Auseinanderfallen von genetischer und austragender Mutter vgl. BT-Drs. 11/5460, S. 6.

<sup>13</sup> *Jäschke*, Vertauschte Keimzellen und Embryonen, S. 275.

Frage nach dem Schutzbereich der Norm gehen darüber hinaus auch die Meinungen auseinander. Es fehlt daher bisher an Differenzierungen innerhalb des Schutzbereichs und einer Beschäftigung mit allen möglicherweise betroffenen Personen und betroffenen Rechtsgütern.

Dabei ist diese Frage auch in der Praxis von Bedeutung, wie die bereits dargestellte Entscheidung des LG München I vom 02.05.2018<sup>14</sup> zeigt. Hierbei handelt es sich um die einzige bisher veröffentlichte Entscheidung, die die Schutzgesetzeigenschaft einer Norm des ESchG, hier § 4 ESchG, zumindest in Erwägung zieht.

Im Urteil des LG München I wurde festgestellt, dass der Straftatbestand des § 4 ESchG, welcher die eigenmächtige Befruchtung, eigenmächtige Embryoübertragung sowie die künstliche Befruchtung nach dem Tode unter Strafe stellt, ein Schutzgesetz darstelle.<sup>15</sup> Da es jedoch – mangels ordnungsgemäßen Widerrufs<sup>16</sup> – schon am Tatbestand des § 4 I Nr. 1 und Nr. 2 ESchG fehlt, ist auch keine weitergehende Erörterung des Anspruchs aus § 823 II BGB iVm § 4 ESchG zu entdecken. Gleichzeitig bedeutet dies jedoch, dass ein solcher Anspruch jedenfalls dann bestehen könnte, wenn ordnungsgemäß widerrufen oder gar nicht erst eingewilligt wurde.

Diese Entscheidung nahmen auch *Spickhoff* und *Deuring* in ihrem Falltraining ‚Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht‘ auf. Dort wird beschrieben, dass § 4 ESchG das Kindeswohl und allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. Selbstbestimmungsrecht der Gametenspender schützt und somit individualschützend ist.<sup>17</sup> Ferner stellen die Autoren fest, dass § 4 ESchG ein Ge- bzw. Verbot enthält.

### **III. Zur medizinischen Entwicklung der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnik**

#### **1. Wichtige Meilensteile der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie**

Im Folgenden sollen einige bedeutsame Ereignisse in der Geschichte der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnik chronologisch dargestellt werden. Diese Darstellung ist nicht als abschließend zu verstehen, sondern dient dem Überblick, welche Ereignisse in der Zeit vor und nach der Ausfertigung des Embryonenschutzgesetzes am 13.12.1990<sup>18</sup> lagen. Der Einschluss von Ereignissen der Gentechnologie ist dem Umstand geschuldet, dass deren Methoden im Bereich

---

<sup>14</sup> LG München I, BeckRS 2018, 8495.

<sup>15</sup> LG München I, BeckRS 2018, 8495 Rn. 89.

<sup>16</sup> LG München I, BeckRS 2018, 8495 Rn. 54.

<sup>17</sup> *Spickhoff/Deuring*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Fall 19, S. 333.

<sup>18</sup> BGBl. I S. 2746.

der Fortpflanzungsmedizin eingesetzt werden oder zukünftig eingesetzt werden könnten sowie über ein hohes (ethisches) Konfliktpotential verfügen. Auf eine rechtliche Bewertung der hier dargestellten Entwicklungen und Ereignisse soll an dieser Stelle noch verzichtet werden. Abschließend werden die dargestellten Meilensteine grafisch zusammengefasst.

#### **a. Louise Brown 1978**

Die Geburt von Louise Brown am 25.07.1978 gilt als einer der wesentlichen Meilensteine der Fortpflanzungsmedizin.<sup>19</sup> Ihre Mutter Lesley Brown wurde von Dr. Edwards und Dr. Steptoe künstlich befruchtet; es handelte sich hierbei um die erste erfolgreiche In-Vitro-Fertilisation (IVF). Im Rahmen eines natürlichen IVF-Zyklus ohne Stimulation wurde eine Eizelle mittels Laparoskopie am 10.11.1977 entnommen.<sup>20</sup> Nach der erfolgreichen Befruchtung mit dem Spermium des Ehemannes wurde der Embryo im Achtzellstadium in die Gebärmutter transferiert.<sup>21</sup> Für die Entwicklung der In-Vitro-Fertilisation wurde Dr. Robert G. Edwards 2010 mit dem ‚Nobelpreis für Physiologie oder Medizin‘ ausgezeichnet.<sup>22</sup>

#### **b. Kryokonservierung 1983, 1984, 1999**

Kryokonservierung bezeichnet die Lagerung vitaler Zellen und Gewebe bei -196 °C.<sup>23</sup> Ursprünglich wurde hierfür das sog. traditionell langsame Protokoll verwendet, welches erstmals von *Whittingham et al* 1972 beschrieben wurde.<sup>24</sup> Die Kryokonservierung menschlicher Zellen gelang jedoch erst deutlich später. 1983 berichteten *Trounson und Mohr* von der ersten erfolgreichen Kryokonservierung achtzelliger Embryonen.<sup>25</sup> Die daraus resultierende bestätigte Schwangerschaft endete jedoch aufgrund eines Blasensprungs und einer schweren Infektion mit Streptokokken der Serogruppe B in der 24. Schwangerschaftswoche mit einer Fehlgeburt.<sup>26</sup> Ein Jahr später, 1984, konnten *Zeilmaker et al.* von ersten Lebendgeburten berichten.<sup>27</sup> Mittlerweile gilt eine Weiterentwicklung dieser Technik, das sog. ‚Vitrifikationsprotokoll‘, als Kryokonservierungsmethode der Wahl,<sup>28</sup> von deren Erfolg (die erste Lebendgeburt) *Kuleshova et al*<sup>29</sup> erstmals berichteten. Der Vorteil dieser Methode ist, dass es während des Einfrierprozesses nicht zur Bildung von Eiskristallen

---

<sup>19</sup> *Adashi/Jones*, Human fertility 2013, 97.

<sup>20</sup> *Adashi/Jones*, Human fertility 2013, 97, 98.

<sup>21</sup> *Brinsden*, Human fertility 2009, 137, 2.

<sup>22</sup> *NobelPrize.org*, Nobel, <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/press-8.pdf>.

<sup>23</sup> *Diedrich/M. Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin, S. 234.

<sup>24</sup> *Whittingham/Leibo/Mazur*, Science 1972, 411.

<sup>25</sup> *Trounson/Mohr*, Nature 1983, 707.

<sup>26</sup> *Trounson/Mohr*, Nature 1983, 707, 708.

<sup>27</sup> *Zeilmaker et al.*, Fertility and Sterility 1984, 293.

<sup>28</sup> *Diedrich/M. Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin, S. 245.

<sup>29</sup> *Kuleshova et al.*, Hum Reprod 1999, 3077.

kommt, die die Vitalität der Zellen gefährden.<sup>30</sup> Ferner sind die Überlebensraten nach dem Auftauen sowie die klinischen Ergebnisse besser.<sup>31</sup> Der Einsatz der Technik dient sowohl der Maximierung von Sicherheit und Effizienz einer IVF-Behandlung als auch dem Fertilitätserhalt.<sup>32</sup>

### c. Präimplantationsdiagnostik (PID) 1990

Im Jahr 1990 berichteten *Handyside et al* zum ersten Mal über fünf Paare, denen eine Bestimmung des Geschlechts eines Kindes im Rahmen der IVF aufgrund von x-chromosomal vererbten Erkrankungen wie Adrenoleukodystrophie, Lesch-Nyhan-Syndrom oder Muskeldystrophie vom Typ Duchenne angeboten wurde.<sup>33</sup> Zwei Zellen eines achtzelligen Embryos wurden entnommen sowie fand eine Vermehrung eines kurzen Fragments einer repetitiven DNA-Sequenz statt, welche für das Y-Gen spezifisch ist.<sup>34</sup>

Zwei Jahre später war es möglich, nach einem spezifischen Krankheitsgen (Mukoviszidose, autosomal rezessiv) zu suchen.<sup>35</sup>

Mittlerweile ist es sogar möglich, bei einem weiteren Kind nach bestimmten Genen auszuwählen, um ein bereits geborenes, jedoch krankes Geschwisterkind zu retten. Der erste bekannt gewordene Fall dieser Art war Adam Nash im Jahr 2000, welcher mit seinen Stammzellen die Fanconi-Anämie seiner Schwester Molly heilen sollte.<sup>36</sup> Bei der Wahl des Embryos mittels der PID werden in diesem Fall zwei Ziele verfolgt: Zum einen soll das zu gebärende Kind frei sein von der Krankheit, unter der das Geschwisterkind leidet und zum anderen soll mittels einer HLA-Typisierung<sup>37</sup> nach einer Übereinstimmung dieser Merkmale mit jenen des Geschwisterkindes gesucht werden, damit das zu gebärende Kind als Gewebespender (Stammzellen) für das Geschwisterkind in Frage kommt.<sup>38</sup>

### d. Intrazytoplasmatische Spermieninjektion 1992

Bei der intrazytoplasmatischen Spermieninjektion (ICSI) wird das Spermium direkt in das Ooplasma der Eizelle injiziert. Dadurch wird die Zona pellucida, die schützende Hülle der Eizelle, umgangen.<sup>39</sup>

---

<sup>30</sup> *Diedrich/M. Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin, S. 239.

<sup>31</sup> *Rienzi et al.*, Hum Reprod Update 2017, 139.

<sup>32</sup> *Rienzi et al.*, Hum Reprod Update 2017, 139, 139.

<sup>33</sup> *Handyside et al.*, Obstetrical & Gynecological Survey 1991, 477, 768.

<sup>34</sup> *Handyside et al.*, Obstetrical & Gynecological Survey 1991, 477, 769.

<sup>35</sup> *Handyside et al.*, N Engl J Med 1992, 905, 906.

<sup>36</sup> *Josefson*, BMJ 2000, 917; Klinische Beschreibung in: *Verlinsky et al.*, JAMA 2001, 3130.

<sup>37</sup> Hierbei handelt es sich um eine Bestimmung der individuellen Leukozytenmerkmale zur Ermittlung der Gewebeverträglichkeit. Das Übereinstimmen dieser Merkmale ist Kriterium für eine erfolgsversprechende Stammzelltransplantation, vgl. *Roth*, HLA, <https://www.medicinischegenetik.de/diagnostik/transfusionsmedizin/hla-typisierung>

<sup>38</sup> *Boyle/Savulescu*, BMJ 2001, 1240.

<sup>39</sup> *Rosenwaks/Pereira*, Reproduction 2017, F71-F77, F71.

Der Vorteil dieser Methode ist, dass – auch bei scheinbar bestehender Unfruchtbarkeit des Mannes – Spermien des Mannes verwendet werden können, die unter normalen Umständen unfähig sind, die Eizelle zu befruchten, etwa weil diese deformiert oder unbeweglich sind.<sup>40</sup> Die ersten erfolgreichen Befruchtungsversuche an menschlichen Eizellen konnten *Lanzendorf et al.* 1988 verzeichnen; zu einem Transfer der Embryonen kam es hier jedoch nicht.<sup>41</sup> *Palermo et al* berichteten von den ersten Geburten unter Verwendung von ICSI.<sup>42</sup>

### e. Embryonensplitting 1993

*Hall et al.* konnten 1993 als erstes von der Klonierung eines menschlichen Embryos berichten.<sup>43</sup> Sie nutzten klinisch nicht verwendbare intakte Embryonen (Grund: Polyploidie<sup>44</sup>) im Zwei- bis Achtzellstadium. Aus 17 dieser Embryonen wurden insgesamt 48 ‚neue‘ Embryonen. Die Zellen aus Zweizellembryonen konnten bis zum Morula-Stadium kultiviert werden. Bei Vierzellembryonen konnte eine Entwicklung bis zum Sechszellstadium beobachtet werden, bei Achtzellembryonen lediglich bis zum Achtzellstadium.<sup>45</sup>

### f. ‚Dolly‘ das Klonschaf 1996

Am 05.07.1996 wurde Dolly als erstes aus ausdifferenzierten Zellen geklontes Tier geboren.<sup>46</sup> Das Dolly-Experiment konnte beweisen, dass entgegen ursprünglicher Annahmen Zelldifferenzierung nicht unumkehrbar ist, obwohl dieses Dogma bis dahin als unumstößlich galt.<sup>47</sup> Dass die DNA von Dolly tatsächlich mit den ausdifferenzierten Brustdrüsenzellen identisch war, konnte 1998 bestätigt werden.<sup>48</sup> In den Versuchen, welche zu Dollys Geburt führten, wurden insgesamt 277 Embryonen konstruiert, von denen 29 zu Morulae und Blastozysten wurden, wodurch nur ein trächtiges Leihmutter-Schaf entstand, welches schließlich Dolly zur Welt brachte.<sup>49</sup> Das bei Dolly verwendete Verfahren wird als Zellkerntransfer bezeichnet.

Hierfür wurde der Zellkern einer ausdifferenzierten Zelle, im Fall von Dolly eine Brustdrüsenzelle, in eine reife Eizelle injiziert. Diese wurde zuvor entkernt, da der Chromosomensatz des Zellkerns bereits diploid war. Aktiviert wurde die Zelle schließlich mittels

---

<sup>40</sup> *Kolata*, Das geklonte Leben, S. 22.

<sup>41</sup> *Lanzendorf et al.*, Fertility and Sterility 1988, 835.

<sup>42</sup> *Palermo et al.*, The Lancet 1992, 17.

<sup>43</sup> *Hall et al.*, Fertility and Sterility 1993, S1.

<sup>44</sup> Um Polyploidie handelt es sich, wenn in einem Organismus mehr als zwei Chromosomensätze vorhanden sind, vgl. *Spektrum.de*, Kompaktlexikon, <https://www.spektrum.de/lexikon/biologie-kompakt/polyploidie/9262>.

<sup>45</sup> *Hall et al.*, Fertility and Sterility 1993, S1.

<sup>46</sup> *Wilmut/Campbell/Tudge*, Dolly S. 261 + 262.

<sup>47</sup> *Wilmut/Campbell/Tudge*, Dolly S. 262 *Wilmut et al.*, Nature 1997, 810.

<sup>48</sup> *Signer et al.*, Nature 1998, 329.

<sup>49</sup> *Wilmut/Campbell/Tudge*, Dolly S. 270.

Stromstoßes.<sup>50</sup> Daraus entstand dann eine – mit Ausnahme der mitochondrialen DNA, die aus der entkernten Eizelle stammt – genetisch identische Kopie.<sup>51</sup>

### g. Das Humangenomprojekt 1990–2003

Der offizielle Startschuss des Humangenomprojekts fiel im Oktober 1990.<sup>52</sup> Hauptziele des internationalen Forschungsprojekts waren die Sequenzierung aller Basenpaare der menschlichen DNA und die Identifikation aller menschlichen Gene.<sup>53</sup> Das Projekt wurde im Jahr 2003 abgeschlossen.<sup>54</sup> Praktisch hat dies unter anderem zu einer deutlichen Vereinfachung der Identifikation von Erbkrankheiten mit einem Vererbungsmuster nach Mendel geführt.<sup>55v</sup>

### h. Crispr-Cas9 2012

1987 beschrieben *Ishino et al* die repetitive DNA-Sequenz, welche heute unter dem Namen CRISPR („Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats“) bekannt ist; zur biologischen Signifikanz konnten damals jedoch noch keine Aussagen getroffen werden.<sup>56</sup> Die Frage ihrer Bedeutung, dass sie nämlich Teil der adaptiven Immunität von Bakterien sind, konnten 2007 erstmals *Barrangou et al.* experimentell darlegen.<sup>57</sup>

2013 gelang *Jinek et al.* ein Durchbruch, da sie zeigen konnten, dass mit dem CRISPR-assoziierten Protein Cas9 DNA gezielt geschnitten werden und das CRISPR/Cas9-System das Potential zur Genom-Editierung verwenden kann.<sup>58</sup> Hierfür gewannen die hieran beteiligten Forscherinnen *Charpentier* und *Doudna* den Nobelpreis für Chemie.<sup>59</sup> *Cong et al.* wandten die Technik dann erstmals an Mauszellen und menschlichen Zellen an.<sup>60</sup>

---

<sup>50</sup>Das vorgehend beschriebene Verfahren beschreibt anschaulich: *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 44, vgl. hierzu auch die Erstveröffentlichung zum Dolly-Experiment: *Wilmut et al.*, Nature 1997, 810.

<sup>51</sup> *Evans et al.*, Nat Genet 1999, 90.

<sup>52</sup> U.S. Department of Energy, History, [https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/project/hgp.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/hgp.shtml).

<sup>53</sup> U.S. Department of Energy, About, [https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/project/index.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/index.shtml).

<sup>54</sup> *Collins et al.*, Nature 2003, 835, 835.

<sup>55</sup> *Collins et al.*, Nature 2003, 835, 835.

<sup>56</sup> *Ishino et al.*, J Bacteriol 1987, 5429, 5432.

<sup>57</sup> *Barrangou et al.*, Science 2007, 1709.

<sup>58</sup> *Jinek et al.*, Science 2012, 816.

<sup>59</sup> *NobelPrize.org*, Nobel, <https://www.nobelprize.org/uploads/2020/10/press-chemistryprize2020.pdf>.

<sup>60</sup> *Cong et al.*, Science 2013, 819. Zum fortwährenden Patentstreit zwischen Charpentier, Doudna und Zhang (Forscher der Gruppe Cong et al.) siehe: *Cohen*, The latest round in the CRISPR patent battle has an apparent victor, but the fight continues, <https://www.science.org/content/article/latest-round-crispr-patent-battle-has-apparent-victor-fight-continues>.

### **i. Mitochondrienspende 2016**

2016 wurde mithilfe des Forschungsteams um *Zhang* erstmals ein Junge mittels Drei-Eltern-Technik geboren.<sup>61</sup> Hierfür wurde der Zellkern der Eizelle der Mutter in eine gespendete Eizelle eingesetzt und schließlich mit dem Spermium des Vaters befruchtet.<sup>62</sup> Der Grund für dieses Vorgehen lag in einer Mutation der mitochondrialen DNA der Mutter, welche für das Leigh-Syndrom, einer tödlich verlaufenden Störung Energiestoffwechsels,<sup>63</sup> verantwortlich ist.<sup>64</sup> Von insgesamt fünf Embryonen entwickelte sich einer normal, welcher dann der Mutter eingesetzt wurde und zur Geburt führte.<sup>65</sup> Durch die Wahl eines männlichen Embryos ist eine Weitervererbung der mitochondrialen DNA ausgeschlossen.<sup>66</sup>

### **j. Die He Jiankui Affäre – erste CRISPR/Cas9-Babys Lulu und Nana 2018**

Der chinesische Biophysiker He Jiankui verkündete am 26.11.2018 auf der Plattform YouTube, dass es zur weltweit ersten Geburt von genetisch veränderten menschlichen Babys gekommen war;<sup>67</sup> diesen gab er im Video die Pseudonyme Lulu und Nana. Jiankui erklärte dabei, dass die Embryonen im Einzellstadium mittels CRISPR-Cas9 genetisch dahingehend manipuliert worden waren, dass sie vor einer HIV-Infektion durch die Kindsmutter geschützt seien.

Zwar hatte Jiankui eine wissenschaftliche Publikation seiner Forschungsergebnisse unter dem Titel ‚Birth of Twins After Genome Editing for HIV Resistance‘ geplant, eine Veröffentlichung wurde jedoch von den renommierten Zeitschriften *Nature* und *JAMA* abgelehnt.<sup>68</sup> Eine Analyse des unveröffentlichten Manuskripts zeigte, dass das Team um Jiankui zwar versuchte, die Mutation *CCR delta 32*, welche für natürliche HIV-Immunität verantwortlich ist, zu erzielen, im Ergebnis konnte jedoch nach Analyse der Experten der *MIT Technology Review* lediglich eine ähnliche Mutation erzielt werden und dies auch nur bei einem der Zwillinge auf beiden Allelen.<sup>69</sup>

---

<sup>61</sup> *J. Zhang et al.*, *Reprod Biomed Online* 2017, 361, 368.

<sup>62</sup> *J. Zhang et al.*, *Reprod Biomed Online* 2017, 361., 362.

<sup>63</sup> *Neuhäuser*, *Syndrome*, S. 174–178.

<sup>64</sup> *J. Zhang et al.*, *Reprod Biomed Online* 2017, 361, 362.

<sup>65</sup> *Hamzelou*, *Exclusive*, <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> zuletzt aufgerufen am 14.08.2022.

<sup>66</sup> *J. Zhang et al.*, *Reprod Biomed Online* 2017, 361, 362.

<sup>67</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=th0vnOmFltc> zuletzt aufgerufen am 18.01.2022.

<sup>68</sup> *Regalado*, *MIT Technology Review* vom 03.12.2019.

<sup>69</sup> *Regalado* vom 03.12.2019 *China's CRISPR babies*.

## k. Zusammenfassende grafische Darstellung der Ereignisse

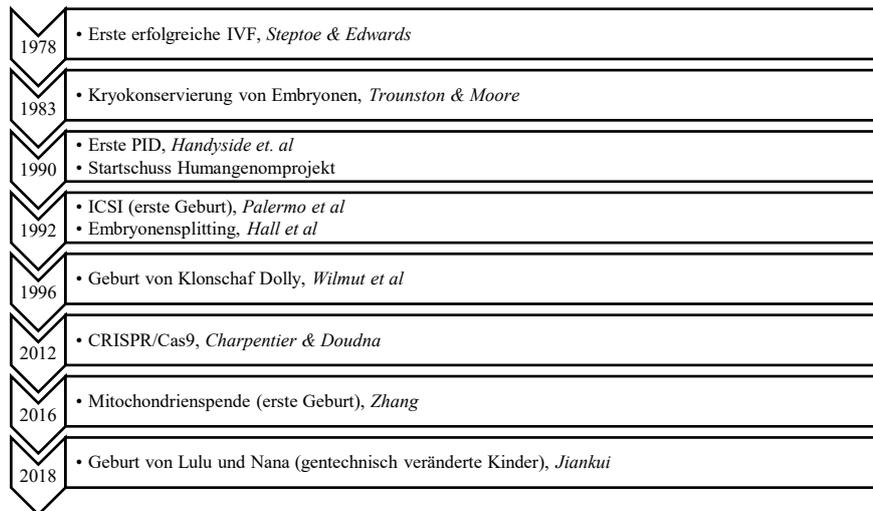


Abbildung 1: Zusammenfassung der wichtigsten Meilensteine der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnik

Quelle: eigene Darstellung

## 2. Die Befruchtungskaskade<sup>70</sup>

Der Terminus Befruchtungskaskade wird verwendet, wenn von dem Ablauf der Befruchtung gesprochen wird. Dies liegt darin begründet, dass dieser Vorgang aus vielen, zum Teil eng ineinandergreifenden Einzelschritten besteht.<sup>71</sup> Die nachfolgende Beschreibung dieser Kaskade dient dem notwendigen Grundverständnis, welches für die juristische Analyse erforderlich ist und verzichtet – dem besseren Verständnis geschuldet – auf einzelne Details wie zB die Nennung bestimmter Enzyme.<sup>72</sup> Ziel der Befruchtung ist es, ein neues reproduktions- und teilungsfähiges Genom durch die Vereinigung der männlichen und weiblichen Keimzellen (Gameten) zu schaffen, welche im Gegensatz zu somatischen Zellen (Körperzellen) haploid sind, also nur über einen einfachen Chromosomensatz verfügen.<sup>73</sup>

Zunächst muss das Spermium die **Corona radiata** durchqueren, bis es auf die Zona pellucida stößt.<sup>74</sup> Die sog. **Akrosomenreaktion** wird ausgelöst, bei der die Plasmamembran und die äußere Akrosomenmembran des Spermiums verschmelzen; in der Folge treten Enzyme aus, die es dem Spermium ermöglichen, zur Eizelloberfläche vorzudringen.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Die folgenden Darstellungen der Befruchtungskaskade stützen sich im wesentlichen auf: *Hinrichsen*, Humanembryologie S. 76–83. *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 38–41.

<sup>71</sup> *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 38.

<sup>72</sup> Solche und weitere Details werden detailliert in der entsprechenden Fachliteratur beschrieben, wie etwa bei *Hinrichsen*, Humanembryologie Kapitel 3.4–3.6 *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie Kapitel 2.7.

<sup>73</sup> *Hinrichsen*, Humanembryologie, S. 74 f.

<sup>74</sup> *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 38.

<sup>75</sup> *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 38.

Es folgt die **Imprägnation**, bei der Kopf und Schwanz des Spermiums in das Zytoplasma der Eizelle eindringen.<sup>76</sup> Mit der Imprägnation entscheidet sich, welches Geschlecht der zukünftige Embryo haben wird, denn das Spermium hat aufgrund der Meiose einen einfachen Chromosomensatz, d. h. entweder mit einem X-Chromosom (dann weiblich) oder einem Y-Chromosom (dann männlich).<sup>77</sup>

Es kommt zur Aktivierung der Eizelle und darauffolgend zur Zona-Reaktion, eine Veränderung der Zona pellucida dergestalt, dass Spermien diese nicht mehr durchdringen können; dies wird als **Polyspermieblock** bezeichnet.<sup>78</sup>

Währenddessen schwillt der Kopf des Spermiums zum **männlichen Vorkern** an, der Rest des Spermiums denaturiert im Zytoplasma.<sup>79</sup> Die Aktivierung der Eizelle führt ferner dazu, dass die Eizelle, welche vor dem Eisprung in der Metaphase der 2. Reifeteilung stehen geblieben ist, diese Reifeteilung vollendet.<sup>80</sup> Es entsteht der **weibliche Vorkern** mit einfachem Chromosomensatz und ein abzuschürendes Polkörperchen.<sup>81</sup>

Im Anschluss nähern sich die beiden Vorkerne einander an und beginnen die DNA-Replikation. Die Methylierungsmuster der DNA, nach denen sich entscheidet, welches Allel (maternal oder paternal) transkribiert wird, werden währenddessen entfernt.<sup>82</sup>

Schließlich folgt eine Vereinigung der Vorkerne (Syngamie).<sup>83</sup> Hierbei lösen sich die Vorkernmembranen auf; zur Bildung einer neuen, gemeinsamen Vorkernmembran kommt es – im Gegensatz zu vielen Tierspezies – jedoch nicht.<sup>84</sup> Rasch werden die Chromosomen in einer Teilungsspindel ausgerichtet und es folgt die erste Furchungsteilung.<sup>85</sup>

Die DNA der Mitochondrien (mtDNA) wird ausschließlich maternal vererbt, die mtDNA der Eizelle verbleibt als mtDNA des Embryos, da der Kopf der Samenzelle frei von Mitochondrien in die Eizelle gelangt.<sup>86</sup>

---

<sup>76</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>77</sup> Hinrichsen, Humanembryologie S. 79.

<sup>78</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>79</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>80</sup> Hinrichsen, Humanembryologie, S. 80; Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>81</sup> Hinrichsen, Humanembryologie, S. 80.

<sup>82</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>83</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>84</sup> Hinrichsen, Humanembryologie, S. 81; Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>85</sup> Moore/Persaud/Torchia, Embryologie, S. 41.

<sup>86</sup> Schaaf/Zschocke, Basiswissen, S. 104 f.

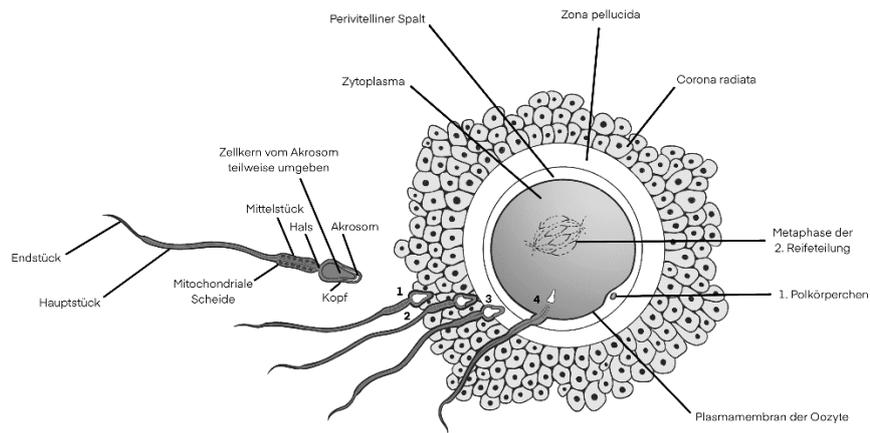


Abbildung 2: schematische Darstellung von Eizelle und Spermium  
 Quelle: in Anlehnung an Moore/Persaud/Torchia, Embryologie. S. 25 und 39.

#### IV. Gespaltene Mutterschaft

Gespaltene Mutterschaft bezeichnet die Situation, in welcher die genetische und biologische Mutter aufgrund des Einsatzes fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen auseinanderfallen.<sup>87</sup> Die genetische Mutter ist dabei jene Frau, von der die Eizelle stammt, da das Kind von dieser einen Chromosomensatz sowie die mitochondriale DNA erhält. Die biologische Mutter ist jene Frau, welche das Kind austrägt und schlussendlich gebärt.<sup>88</sup> Zu einem Auseinanderfallen von genetischer und biologischer Mutter kommt es in den Fällen der Eizellspende, Embryonenspende und Leihmutterschaft.

<sup>87</sup> Liegsalz, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, 339, 340.

<sup>88</sup> Liegsalz, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, 339., 340.

## **B. Die Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nach § 823 II BGB**

Zunächst sind die theoretischen Grundlagen der Haftung wegen Schutzgesetzverletzung zu erläutern, um sodann darauf aufbauend zu untersuchen, ob und wenn ja, inwiefern die Normen des ESchG auch zivilrechtlichen Schutz begründen.

Gem. § 823 II 1 BGB macht sich derjenige schadensersatzpflichtig, „welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt“. Um ein Verständnis dafür zu entwickeln, was dies genau bedeutet, ist es notwendig sich in einem ersten Schritt zu fragen, welche Funktionen diese Anspruchsgrundlage im System des Deliktsrechts einnimmt. Ferner ist ein Blick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale zu werfen. Anzufangen ist dabei mit dem Begriff des „Gesetzes“; erforderlich ist hier ein „Verstoß“. Das jeweilige Gesetz muss „den Schutz eines anderen bezwecken“, sodass hier verkürzt von Schutzgesetz gesprochen wird. Klar zu trennen ist hingegen die Eigenschaft des Schutzgesetzes vom Schutzzweck, welcher seinerseits dogmatisch einzuordnen ist; schließlich sind die Anforderungen an das Verschulden festzustellen.

### **I. Funktionen des § 823 II BGB**

Bevor der Blick auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 823 II BGB zu werfen ist, ist in einem ersten Schritt zu hinterfragen, welche Funktionen § 823 II BGB im Deliktsgefüge einnimmt. Trotz in der Literatur teils unterschiedlich verwendeter Terminologie sind es im Wesentlichen drei Funktionen, die § 823 II BGB zuzusprechen sind: Erweiterungs-/Öffnungsfunktion, Konkretisierungs- und Entwicklungsfunktion. § 823 II BGB ist eine von drei der sog. „kleinen“ Generalklauseln (der Begriff stammt von *Canaris*), die im Gefüge des Deliktsrechts gleichwertig nebeneinanderstehen.<sup>89</sup> Die anderen beiden Generalklauseln des Deliktsrechts sind § 823 I BGB und § 826 BGB.

#### **1. Ergänzungs-/Erweiterungsfunktion**

§ 823 II BGB ergänzt eventuelle Schutzlücken aus § 823 I BGB und § 826 BGB durch seine abweichende Wirkungsweise. Allerdings ist bei der Verwendung des Begriffs der „Ergänzungs-“ oder „Erweiterungsfunktion“ insofern Vorsicht geboten, als dass die deliktische Gleichwertigkeit der drei Normen durch diese Begriffe verschleiert wird.<sup>90</sup> Diese Funktion ist daher so zu verstehen, dass sie auf alle drei Generalklauseln gleichermaßen zutrifft, d. h. sie ergänzen sich gegenseitig. Im Rahmen des § 823 II BGB gibt es im Wesentlichen

---

<sup>89</sup> BGB-RGRK-*Steffen* § 823 Rn. 535; *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 181.

<sup>90</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 59, 60.

zwei Anwendungsbereiche, in denen § 823 II BGB neben § 823 I BGB und § 826 BGB eine eigenständige Bedeutung zukommt, nämlich im Falle von abstrakten Gefährungsdelikten und wenn es um die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden geht. In der aktuellen Kommentarliteratur werden diese Bereiche, die streng genommen in die Gruppe der Ergänzungs-/Erweiterungsfunktion gehören, als eigenständige Funktionen des § 823 II BGB beschrieben.<sup>91</sup> Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die folgenden Unterfunktionen durchaus auch kumulativ vorliegen können.<sup>92</sup>

#### a. Vorverlagerungsfunktion

§ 823 II BGB führt zu einer Vorverlagerung der Haftung, da § 823 II BGB im Gegensatz zu Abs. 1 schon an die Verletzung einer Schutznorm und nicht erst an die Herbeiführung des Verletzungserfolges anknüpft.<sup>93</sup> Intensiviert wird diese Funktion durch den verkürzten Verschuldensbezug.<sup>94</sup> Die Verkürzung besteht insofern, als dass auf die Verletzung des Schutzgesetzes abgestellt und somit auch der Zurechnungszeitpunkt vorverlegt wird;<sup>95</sup> gewiss ist, dass trotz der Vorverlagerung das Vorliegen eines Schadens erforderlich ist.<sup>96</sup>

#### b. Ausdehnungsfunktion

Die Haftung wird dadurch ausgedehnt, dass nicht nur absolute Rechtsgüter<sup>97</sup> geschützt werden, sodass insbesondere auch reine Vermögensschäden ersatzfähig sind.<sup>98</sup> § 823 II BGB erfasst aber darüber hinaus auch andere Interessen wie etwa die Arbeitskraft oder das Ruhebedürfnis.<sup>99</sup> Im Gegensatz zu § 826 BGB, der zwar ebenfalls nicht nur absolute Rechtsgüter schützt, aber Vorsatz verlangt, tritt die Haftung nach § 823 II BGB bereits dann ein, wenn dem Schädiger bloß Fahrlässigkeit zur Last fällt;<sup>100</sup> insoweit erweitert § 823 II BGB die Haftung des Schädigers.

---

<sup>91</sup> Wie zB bei *Erman-Wilhelmi* § 823 Rn. 153; *Staudinger-Hager* § 823 Rn. G 2 und G 4; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 77 I 1. b) und c).

<sup>92</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 Rn. G 4; mit dem Beispiel, dass es auch abstrakte Gefährungsdelikte gibt, welche das Vermögen schützen.

<sup>93</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 153; *Staudinger-Hager*, § 823 Rn. G 2; mit Verweis auf G 37.

<sup>94</sup> *MüKo-BGB-Wagner* § 823 Rn. 588.

<sup>95</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 297.

<sup>96</sup> *PWW-Schaub*, § 823 Rn. 226; *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn. 588.

<sup>97</sup> Wie dies bei § 823 I BGB der Fall ist, vgl. statt aller: *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn 188.

<sup>98</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 153 *BeckOK BGB-Förster*, § 823 Rn. 266; *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 41.

<sup>99</sup> *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 41.

<sup>100</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 77 I. 1. c).

### c. Besser: Öffnungsfunktion

In eine im Ergebnis ähnliche Richtung zielt auch der von *Canaris* verwendete Begriff der „Öffnungsfunktion“.<sup>101</sup> Diese Funktion bestehe nämlich gegenüber § 823 I BGB und § 826 BGB und Sorge dafür, dass neue Wertungen Eingang ins Deliktsrecht finden können.<sup>102</sup> Beispielhaft nennt er hier „abstrakte Gefährdungsdelikte sowie Bestimmungen über die fahrlässige Verletzung von nicht unter § 823 I BGB fallenden Gütern und Interessen“.<sup>103</sup> Zwar scheint *Canaris* den Begriff der „Öffnungsfunktion“ selber nicht synonym zur „Ergänzungsfunktion“ zu verwenden, doch beschreibt er im Ergebnis zwei Seiten der gleichen Medaille:<sup>104</sup> In seiner Beschreibung der Ergänzungsfunktion betont *Canaris* den „offenen“ Charakter der Norm, und dass im Gegensatz dazu § 823 I BGB auf bestimmte Rechte und Rechtsgüter beschränkt sei und § 826 BGB durch das Vorsatzerfordernis sowie die Sittenwidrigkeit auf das sozial-ethische Minimum abstelle.<sup>105</sup> Somit handelt es sich um eine Beschreibung der jeweiligen Grenzen von § 823 I BGB und § 826 BGB. Im Rahmen der Öffnungsfunktion geht er sodann auf die Überschreitung gerade dieser Grenzen durch § 823 II BGB ein.<sup>106</sup> Im Ergebnis ist somit eine synonyme Verwendung dieses Begriffes gerade angezeigt.<sup>107</sup>

Überzeugend ist hier, generell auf den Begriff der Öffnungsfunktion zurückzugreifen und auf jenen der Erweiterungs-/Ergänzungsfunktion bzw. die Untergliederung in Vorverlagerungs- und Ausdehnungsfunktion zu verzichten. Der Begriff der Ergänzungsfunktion hat vor allem den Nachteil, dass er das dogmatische Verhältnis der Normen § 823 I BGB, § 823 II BGB und § 826 BGB zueinander nicht hinreichend klar zum Ausdruck bringt und der Eindruck entstehen könnte, dass § 823 II BGB lediglich dort Lücken schließen solle, wo § 823 I BGB und § 826 BGB keinen Schutz gewähren.<sup>108</sup> Der Begriff der Erweiterung, der im Gegensatz zur Ergänzung als

---

<sup>101</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49. Den Begriff der Öffnungsfunktion nutzt auch MüKo-BGB-Wagner § 823 Rn 534, allerdings nur bezüglich des Ersatzes reiner Vermögensschäden, die Vorverlagerung des Rechtsgüterschutzes im Bereich der abstrakten Gefährungsdelikte fasst *Wagner* indes unter dem Begriff der Ergänzungsfunktion zusammen, vgl. Rn. 533.

<sup>102</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>103</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>104</sup> Dass *Canaris* die Begriffe nicht synonym zu verstehen scheint, ergibt sich zum einen aus der separaten Behandlung der Ergänzungsfunktion und der Öffnungsfunktion sowie aus dem Wort „zugleich“ vor der Beschreibung der „Öffnungsfunktion“, vgl. *Canaris*, FS Larenz, 27, 48-49.

<sup>105</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 48.

<sup>106</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>107</sup> *Spickhoff* bezeichnet die Öffnungsfunktion als „sprachlich präziser“, vgl. *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 190.

<sup>108</sup> So auch *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 60.

Ausdehnung und nicht als Vervollständigung zu verstehen ist,<sup>109</sup> ist daher wie von *Spickhoff* zutreffenderweise festgestellt, besser, da „sprachlich weniger einengend“.<sup>110</sup> Der Klarheit halber sollte somit der Begriff der Erweiterungsfunktion nur ergänzt um das Adjektiv ‚gegenseitig‘ verwendet werden. Doch auch die feingliedrigere Unterteilung in Vorverlagerungs- und Ausdehnungsfunktion vermag nicht vollends zu überzeugen. Zwar beschreiben diese sehr genau, in welchen Bereichen der Schutzbereich des § 823 II BGB über den der § 823 I BGB und § 826 BGB hinausgeht, doch liegt darin zugleich die Limitierung: Denn auch hier kommt die Gleichwertigkeit der drei ‚kleinen‘ Generalklauseln nicht ausreichend zum Ausdruck. Besser gelingt dies hingegen mit dem Begriff der Öffnungsfunktion, da diese den geringsten Bezug zum Verhältnis der ‚kleinen‘ Generalklauseln untereinander aufweist.

## 2. Konkretisierungs-/Präziserungs-/Verdeutlichungs-funktion

Zudem wird § 823 II BGB eine Konkretisierungsfunktion zugeschrieben, da die Schutzgesetze selbst ein Pflichtenprogramm abbilden.<sup>111</sup> Das haftungsauslösende Verhalten wird nämlich im jeweiligen Schutzgesetz sehr genau umschrieben. Der Rechtsgüterschutz geht hier nicht wesentlich über den des § 823 I BGB hinaus.<sup>112</sup> Fraglich ist jedoch, ob die jeweils in den Schutzgesetzen vorgeschriebenen Verhaltensstandards als Mindest- oder Höchstanforderung an den Schädiger zu verstehen sind.

Die in Schutzgesetzen niedergelegten Verhaltensstandards beschreiben in der Regel einen Mindeststandard, der nicht zu unterschreiten ist.<sup>113</sup> Dies geht jedoch nicht so weit, dass damit das Verschulden bereits feststehe – nicht jeder Verstoß gegen den Verhaltensstandard stellt zugleich einen Verstoß gegen § 823 I BGB dar.<sup>114</sup> Es ist jedoch nicht möglich, das Pflichtenprogramm grundsätzlich auch als Höchstanforderung zu sehen, das heißt, dass die Einhaltung des Pflichtenprogramms bereits ausreichend ist, um eine Haftung nach § 823 I BGB oder § 826 BGB zu verhindern.<sup>115</sup> Eine Ausnahme ist allerdings dann zu machen, wenn sich aus der Schutznorm ergibt, dass der Normadressat nicht mit höheren Verhaltensanforderungen

---

<sup>109</sup> *Duden.online*, ergänzen, <https://www.duden.de/rechtschreibung/ergaenzen>; *Duden.online*, erweitern, <https://www.duden.de/rechtschreibung/erweitern>.

<sup>110</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß., S. 60.

<sup>111</sup> *Soergel-Spickhoff*, 50ff. § 823 Rn. 182., 50 ff.

<sup>112</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 77 I. 1. a).

<sup>113</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 183.

<sup>114</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 183.

<sup>115</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 184; *Canaris* bezeichnet dies als „keine Einschränkungsfunktion, vgl. *Canaris*, FS *Larenz*, 27, 54.

als jenen aus der Norm belastet werden soll.<sup>116</sup> Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn eine Norm ein bestimmtes Verhalten ausdrücklich zulässt oder sogar zu diesem Verhalten verpflichtet.<sup>117</sup>

Umgekehrt lässt sich aus dem Fehlen eines Schutzgesetzes aber auch keine Sperrwirkung für Pflichten zum Schutz der absoluten Rechtsgüter in § 823 I BGB ableiten, da dies sonst der Ergänzungs- und Erweiterungsfunktion widersprechen würde.<sup>118</sup>

Jedoch ist zu bedenken, dass dies keine ausschließliche Funktion von § 823 II BGB ist, da auch Gesetzen, die keinen Schutzgesetzcharakter haben, Konkretisierungswirkung bezüglich von Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 I BGB zugesprochen wird.<sup>119</sup>

### 3. (Unselbstständige) Entwicklungsfunktion

Der Begriff der Entwicklungsfunktion stammt von *Deutsch*, der damit zum Ausdruck gebracht hat, dass § 823 II BGB der Fortbildung des Rechts offen gegenüber steht.<sup>120</sup> Freilich, so hat dieser festgestellt, handelt es sich hier um eine bloß unselbstständige Funktion, da die Fortbildung stets von außen komme und § 823 II BGB selber nur transformierende Wirkung habe.<sup>121</sup> Diese Rechtsfortbildung, an der § 823 II BGB teilnimmt, umfasse nach *Spickhoff* nicht nur die vom Gesetzgeber vorgegebenen Entwicklungen in Form der Gesetzgebung, sondern auch Entwicklungen durch zulässige Auslegung oder methodischer Fortentwicklung.<sup>122</sup> Gründe dafür, dass letztere nicht erfasst seien, sind allerdings nicht ersichtlich.<sup>123</sup>

### 4. Ökonomische Gesetzgebung

Schließlich trägt § 823 II BGB auch zur ökonomischen Gesetzgebung bei, da durch die Transponierung von Schutzgesetzen in das Haftungsrecht nicht erst eine Vielzahl einzelner Haftungstatbestände geschaffen werden muss.<sup>124</sup>

---

<sup>116</sup> Soergel-*Spickhoff* § 823 Rn. 184; Nach *Canaris* muss diese Präklusion jedoch „unmissverständlich“ sein, vgl. *Canaris*, FS Larenz, 27, 56.

<sup>117</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 184.

<sup>118</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 533.

<sup>119</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 533; hierauf verweist auch *Staudinger-Hager*, § 823 Rn. G 2.

<sup>120</sup> *Deutsch*, JZ 1963, 385, 389.

<sup>121</sup> *Deutsch*, JZ 1963, 385., 389.

<sup>122</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß S. 73.

<sup>123</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß S. 73.

<sup>124</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 296. Hierauf verweist auch *jurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 1.

## II. Gesetzesqualität

§ 823 II BGB setzt voraus, dass gegen „ein den Schutz eines anderen bezweckendes *Gesetz*“ verstoßen wird. Art. 2 EGBGB definiert ein „Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes“ als „jede Rechtsnorm.“ Diese Vorschrift besteht unverändert seit ihrem Inkrafttreten am 01.01.1900 und somit zeitgleich mit § 823 II BGB.<sup>125</sup> Sie definiert den in § 823 II BGB verwendeten Begriff des „Gesetzes“ legal.<sup>126</sup>

Zunächst legt die Definition des Art. 2 EGBGB terminologisch fest, dass hier „Gesetz“ im materiellen Sinne gemeint sein muss, wenn es von „Rechtsnorm“ spricht und löst so die historisch bedingte Unklarheit des Gesetzesbegriffes.<sup>127</sup> Der Begriff der Rechtsnorm im Sinne von Art. 2 EGBGB selbst ist nicht rechtstheoretisch zu definieren, sondern über den Sinn und Zweck von BGB und EGBGB zu bestimmen.<sup>128</sup> Eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB liegt dann vor, wenn eine Regel normative und tatsächliche Geltung besitzt, Außenwirkung hat (in Abgrenzung zu Binnenrecht), an ihrem Zustandekommen rechtlich unbeteiligte Dritte bindet und einen generellen Charakter aufweist (in Abgrenzung zu Einzelakten).<sup>129</sup> Da bei den Normen des Embryonenschutzgesetzes keine Zweifel an der Rechtsnormqualität in diesem Sinne bestehen, wird an dieser Stelle aus Gründen der Übersichtlichkeit darauf verzichtet, auf weitere mögliche Grenzbereiche einzugehen. Zu beachten ist allerdings, dass die unter E. behandelten, möglichen Schutznormen aus anderen Gebieten durchaus in diese Randbereiche fallen; auf die sich hieraus ergebenden Probleme wird an gegebener Stelle eingegangen.

Ferner ergibt sich aus Art. 2 EGBGB, dass mit Gesetz im Sinne des § 823 II BGB eine Einzelnorm gemeint sein muss.<sup>130</sup> Dies wirkt sich auf die Bestimmung des Attributs „den Schutz eines anderen bezweckend“ aus.<sup>131</sup>

---

<sup>125</sup>Vgl. hierzu den Abdruck des Entwurfs E III in: *Jakobs/W. Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 848.

<sup>126</sup>*Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 11.

<sup>127</sup>*Staudinger-Merten*, Art. 2 EGBGB Rn. 2–3.

<sup>128</sup>*Staudinger-Merten*, Art. 2 EGBGB Rn. 6.

<sup>129</sup>*Staudinger-Merten*, Art. 2 EGBGB Rn 14, zu den vier Einzelgesichtspunkten vgl. Rn. 7–13.

<sup>130</sup>*Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 34. *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn 562 mwN.

<sup>131</sup>*Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 34.

### III. Verhaltensgebot oder -verbot

Der Begriff des Gesetzes ist jedoch aufgrund der weiteren Tatbestandsmerkmale eingeschränkt dahingehend zu verstehen, dass es sich um ein Gebot oder Verbot handeln muss.<sup>132</sup> Dies ergibt sich aus dem Begriff des Verstoßes.<sup>133</sup> Zu einem Verstoß kann es begrifflich nur dann kommen, wenn ein Verhalten der Norm widerspricht.<sup>134</sup> Dies wiederum kann nur dann der Fall sein, wenn eine Handlung verboten (Verbot) oder geboten (Gebot) ist.<sup>135</sup> *Schmiedel* sieht in der Wortfassung „verstößt“ zwar nur den notwendigen Funktionszusammenhang, dass nämlich eine Zuwiderhandlung nur dann einen Verstoß darstelle, wenn das Verhalten rechtswidrig sei;<sup>136</sup> doch bezeichnet er es selbst als „widersinnig“, die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens zu überprüfen, wenn dieses schon keinem Ge- oder Verbotsgebot zuwiderlaufe.<sup>137</sup>

Damit scheiden reine Rechtsfolgenanordnungen und Legaldefinitionen als potenzielle Schutzgesetze aus;<sup>138</sup> und darüber hinaus auch Normen, die sonstige allgemeine Grundsätze aufstellen.<sup>139</sup>

Irrelevant für die Ge- bzw. Verbotseigenschaft ist hingegen die Frage, ob die zu untersuchende Norm strafbewehrt ist oder eine sonstige Rechtsfolge vorsieht.<sup>140</sup> Umgekehrt lässt sich aber feststellen, dass jede Strafandrohung zugleich ein Ge- bzw. Verbot enthält;<sup>141</sup> ausreichend ist daher, dass sich aus der Sanktionsbewehrung auf einen Verhaltensbefehl schließen lässt.<sup>142</sup>

Zum Teil wurde auch gefordert, dass das Ge- oder Verbot bestimmt sein müsse.<sup>143</sup> Der Begriff der Bestimmtheit ist dabei als Abgrenzung zu bloß allgemeinen Grundsätzen zu verstehen.<sup>144</sup> Bei der Verwendung von Begriffen wie ‚grundsätzlich‘ und ‚gewissenhaft‘ sowie bei Soll-Vorschriften fehle es hingegen an einer so verstandenen

---

<sup>132</sup> *Bisritzki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 20.

<sup>133</sup> *Bisritzki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 20. *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 194.

<sup>134</sup> *Bisritzki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 20.

<sup>135</sup> *Bisritzki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 20.

<sup>136</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 33.

<sup>137</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 33.

<sup>138</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 194.

<sup>139</sup> *BGB-RGRK-Steffen*, § 823 Rn. 539 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>140</sup> Sog. *leges imperfectae*; *Bisritzki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB Rn. 28; *Schmiedel*, Deliktobligationen S. 41; *Staudinger-Hager*, § 823 G 9.

<sup>141</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen S. 42.

<sup>142</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 5.

<sup>143</sup> *BGB-RGRK-Steffen*, § 823 Rn. 539; *Taupitz*, FS Steffen, 489, 498.

<sup>144</sup> *BGB-RGRK-Steffen*, § 823 Rn. 539; *Taupitz*, FS Steffen, 489, 498.

Bestimmtheit.<sup>145</sup> In diesem Zusammenhang wird jeweils auf einzelne Entscheidungen des Reichsgerichts oder BGHs verwiesen und zwar stets auf RG JW 1906, 780 sowie BGH NJW 1965, 2007.<sup>146</sup> Hieraus ergebe sich, dass allgemeine Grundsätze als Schutzgesetz von vornherein nicht in Betracht kommen.<sup>147</sup> Die genaue Analyse der zwei zitierten Entscheidungen zeigt jedoch, dass es dort gerade nicht um Anforderungen an den Norminhalt ging.<sup>148</sup> Vielmehr liegt in den Fällen, in denen nur allgemeine Grundsätze in einer Norm niedergelegt wurden, weder ein Verhaltensgebot noch -verbot vor. Die Wertungen der zitierten Entscheidungen stimmen somit nicht mit dem Verständnis des Bestimmtheitsbegriffs überein,<sup>149</sup> auf Bestimmtheit kommt es daher hier nicht an.

#### IV. Schutzgesetzeigenschaft

Gem. § 823 II BGB ist ferner erforderlich, dass das Gesetz „den Schutz eines anderen“ bezwecken muss. Verkürzt wird dies als „Schutzgesetz“ bezeichnet.

##### 1. Auch Individualschutz

Hierfür ist zunächst erforderlich, dass das Gesetz nach Zweck und Inhalt Individualschutz verfolgt.<sup>150</sup> Ausreichend ist dabei, dass dieser Individualschutz zusätzlich zum Schutz der Allgemeinheit besteht.<sup>151</sup> Eine Begrenzung auf ausschließlichen oder vorwiegenden Individualschutz wird hingegen abgelehnt, da ein Ausschluss der Schadensersatzpflicht bei zusätzlichem Vorliegen eines Schutzes der Allgemeinheit willkürlich erscheine.<sup>152</sup> Von Individualschutz kann somit nur dann gesprochen werden, wenn ein Anliegen der Norm der Schutz des Einzelnen ist.<sup>153</sup> Damit kommt es auf den intendierten Gesetzeszweck und nicht etwa die tatsächlichen Auswirkungen bzw. die objektive Bewirkung des Gesetzes an.<sup>154</sup> Oftmals stellt jedoch das Allgemeininteresse zugleich die Zusammenfassung von Individualinteressen dar, da mit dem Schutz des Einzelnen auch die Belange der Gesamtheit geschützt werden.<sup>155</sup> Dies ist allerdings

---

<sup>145</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 498.

<sup>146</sup> BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 539; *Taupitz*, FS Steffen, 489, 498.

<sup>147</sup> BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 539.

<sup>148</sup> Vgl. hierzu die ausführliche Analyse von *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 288–291, sowie *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 118–121, denen uneingeschränkt zustimmen ist.

<sup>149</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 122.

<sup>150</sup> St. Rspr., vgl. BGHZ 22, 293, 297; BGHZ 40, 306, 307; BGHZ 100, 3, 15, jurisPK-BGB-*Hans* § 823 Abs. 2 Rn. 6; PWW-*Schaub*, § 823 Rn. 230.

<sup>151</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27., 46.

<sup>152</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 46.

<sup>153</sup> BGB-RGRK-*Steffen* § 823 Rn. 541; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 277 bezeichnet dies zwar als zivilrechtlichen Schutzcharakter, inhaltlich ergeben sich jedoch keine Unterschiede.

<sup>154</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 277; *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 697.

<sup>155</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 46; *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 699.

dann nicht der Fall, wenn es um die Belange der organisierten Gemeinschaft, sprich den Staat geht.<sup>156</sup>

Eine Einschränkung des Haftungstatbestands des § 823 II BGB bringt dieses Merkmal jedoch nur in geringem Maße.<sup>157</sup> An dieser Stelle noch nicht zu behandeln ist daher die Frage, ob gerade der Geschädigte zum Kreis der von der Norm geschützten Personen zählt.<sup>158</sup> Dies ist vielmehr Frage des noch zu erörternden Schutzzwecks.

## 2. Tragbarkeit im haftungsrechtlichen System

Über die bisher genannten Tatbestandsvoraussetzungen herrscht Einigkeit. Allerdings besteht das Bedürfnis zur Einschränkung möglicher Schutzgesetze, um eine uferlose Ausdehnung der Haftung zu vermeiden. Der BGH beschreibt dies seit 1976<sup>159</sup> mit der nachfolgenden Formulierung, welche im Folgenden verkürzt als Tragbarkeitsformel bezeichnet werden soll:

„Es genügt nicht, daß die Norm im allgemeineren Sinn Schutz und Förderung einzelner Bürger oder bestimmter Personenkreise bewirkt oder bezweckt. Vielmehr muß die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches erkennbar vom Gesetz erstrebt sein **oder zumindest im Rahmen des haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheinen.**“<sup>160</sup> [Hervorhebung durch Verf.]

Wie zu ermitteln ist, ob die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches im haftpflichtrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint, lässt die Rechtsprechung jedoch offen. Da in vielen Fällen nicht erkennbar ist, dass das Gesetz die Schaffung eines individuellen Schadensersatzanspruches erstrebt, hat die Literatur verschiedene Ansätze entwickelt, um der uferlosen Ausdehnung der Haftung entgegenzutreten, wobei sie sich zum Teil auch auf die Tragbarkeitsformel des BGH beruft;<sup>161</sup> zu nennen sind hier in chronologischer

---

<sup>156</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 277, die den Individualschutzzweck jedoch als „zivilrechtlichen Schutzcharakter“ bezeichnen, ohne dass sich hieraus Unterschiede ergeben würden; *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 699.

<sup>157</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 6; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht S. 433.

<sup>158</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, S. 433 f.

<sup>159</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 199 mit Nachweisen in Fn. 909 zur ständigen Rechtsprechung.

<sup>160</sup> *BGH*, NJW 1976, 2129.

<sup>161</sup> Es sei bemerkt, dass die nachfolgenden Autoren selbst ihre Eingrenzungsversuche nicht unter die Tragbarkeitsformel fassen, sondern feststellen, dass eine Ermittlung, ob ein Schutzgesetz vorliegt anhand des Individualschutzes für unzureichend erachten. Der Aufsatz von *Knöpfle* entstand neun Jahre bevor schließlich die Tragbarkeitsformel das erste Mal vom BGH zur ständigen Rechtsprechung entwickelt wurde. Doch auch *Knöpfle* spricht von einer vernünftigen Beschränkung der Ersatzpflicht, um „einer ‚Hypertrophie‘ des zivilrechtlichen Schutzes vorzubeugen“, vgl. *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

Reihenfolge insbesondere *Knöpfle*, *Bistritzki*, *Schlosser*, *Canaris*, *Honsell* und *Kothe*. Diese Modelle sind im Folgenden zunächst darzustellen und kritisch zu bewerten. Schließlich ist zu hinterfragen, ob und wenn ja, wo die Sachfragen korrekt zu beantworten sind.

#### a. ***Knöpfle* 1967: zweiperspektivischer Kriterienkatalog**

*Knöpfle* verwendet einen zweiperspektivischen Ansatz. Zum einen sei erforderlich, dass der Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB im Einklang mit dem Sinn und System der Gesamtrechtsordnung, insbesondere dem bürgerlichen Recht und dem außervertraglichen Schadensausgleich stehe.<sup>162</sup> Zum anderen sei ein Blick auf das potenzielle Schutzgesetz zu werfen: Passt die Schadensersatzfolge zusammen mit dem Sinn, Zweck und Inhalt des verletzten Gesetzes?<sup>163</sup> Insgesamt acht Kriterien stellt *Knöpfle* diesbezüglich auf.

##### i. Kriterienkatalog

Kriterium 1: Zunächst einmal müsse das Gesetz „einen Schutz dieses Personenkreises gegen die Schäden und diese Art der Schädigung objektiv“ bewirken.<sup>164</sup> Dabei müsse es sich um echte Individualinteressen handeln.<sup>165</sup>

Kriterium 2: Des Weiteren müsse der Schutz, welcher objektiv bewirkt ist, auch bezweckt sein, wobei *Knöpfle* diesbezüglich offenlässt, ob sich dies aus dem objektivierten oder empirischen Willen des Gesetzgebers oder beidem ergibt.<sup>166</sup>

Kriterium 3: Überdies sollen Normen, deren Sinn und Zweck es widersprechen würde, privatrechtliche Schadensersatzansprüche auszulösen, unabhängig vom Schutzzweck außer Betracht bleiben. Beispielhaft nennt *Knöpfle* hier Normen überstaatlichen Rechts wie das Diskriminierungsverbot des Montan-Vertrages.<sup>167</sup>

Kriterium 4: Ferner kämen solche Normen als Schutzgesetze nicht in Betracht, wenn die aus der Annahme als Schutzgesetz entstehende Schadensersatzpflicht im Widerspruch zum System der Gesamt-

---

<sup>162</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 699 f.

<sup>163</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>164</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>165</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697., 700.

<sup>166</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>167</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700. Der Begriff montan bedeutet „Bergbau und Hüttenwesen betreffend, dazu gehörend“, vgl. *Duden.online*, montan, <https://www.duden.de/rechtschreibung/montan>. Der Montan-Vertrag ist auch bekannt unter dem Namen Vertrag über die Gründung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS).

rechtsordnung, dem BGB und dem außervertraglichen Schadensersatzrecht stehe.<sup>168</sup> Regelt ein Gesetz also die Verantwortlichkeit erschöpfend, so soll dies eine Aushöhlung durch die Anwendung von § 823 II BGB insbesondere im Hinblick auf Verjährungsfrist und inhaltliche Beschränkung verhindern.<sup>169</sup>

Kriterium 5: Sodann gelte es, die Verbotswidrigkeit eigenen Handelns zu beachten. Folglich seien Personen vom Schutzgesetz nicht erfasst, die eine Ursache für den ihnen entstandenen Schaden setzen, indem sie „selbst das Gesetz übertreten“. Unklar bleibt hier jedoch, was *Knöpfe* genau unter dem Begriff der „Übertretung“ versteht. Hierunter könnte denklogisch alles von der Erfüllung des objektiven Tatbestands bis hin zu vollständiger Überprüfung aller Strafbarkeitsvoraussetzungen (Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, objektive Bedingungen der Strafbarkeit) fallen. Beispielhaft nennt *Knöpfe* den Abschluss eines Vertrages mit unzulässigem Inhalt.<sup>170</sup> Dadurch, dass er sich hier auf ein zivilrechtliches (potenzielles) Schutzgesetz bezieht, trifft er jedoch über die Reichweite des Übertretens im Bereich des Strafrechts sowie Nebenstrafrechts keine Aussage.

Kriterium 6: Zudem müsse der Schadensersatzausgleich praktisch durchführbar sein.<sup>171</sup> Hier nennt *Knöpfe* beispielhaft, dass der Konkurrent bei einem Verstoß gegen Art. 60 des Montan-Vertrages<sup>172</sup> nicht erfasst sei, da die Zahl möglicher Konkurrenten unübersehbar und somit auch deren jeweiliger Schaden kaum feststellbar sei.<sup>173</sup>

Kriterium 7: Das vorletzte Kriterium stellt auf die Angemessenheit des privatrechtlichen Schadensersatzanspruches ab.<sup>174</sup> Das außervertragliche Schadensersatzrecht bestehe demnach aus drei Tatbeständen: § 823 I BGB, § 823 II BGB und § 826 BGB.<sup>175</sup> § 823 II BGB sei in diesem System ein Fremdkörper, da er auf andere Rechtsnormen zurückgreife.<sup>176</sup> Bei § 823 I BGB dominiere der Erfolgswert, bei § 826 BGB der Handlungswert.<sup>177</sup> Daraus ergebe sich für § 823 II BGB:

„Je schutzwürdiger die Rechtsgüter oder Belange, die durch einen Verstoß gegen das fragliche Gesetz verletzt werden, und je verwerflicher die Handlungsweise, in der ein solcher Verstoß

---

<sup>168</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>169</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697., 700.

<sup>170</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>171</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>172</sup> Der Wortlaut des Vertrages ist abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE> zuletzt abgerufen am 31.03.2023.

<sup>173</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697., 700.

<sup>174</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697., 700.

<sup>175</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>176</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>177</sup> *Knöpfe*, NJW 1967, 697, 700.

liegt, um so mehr entspricht es den Grundgedanken des Deliktsrechts, um so näher liegt es dementsprechend, ein Schutzgesetz anzunehmen.“<sup>178</sup>

Zu berücksichtigen ist dabei auch das Maß und die Schutzwürdigkeit der Interessen von Schädiger und Verletztem.<sup>179</sup>

Kriterium 8: Schließlich sei bei der Annahme eines Schutzgesetzes dann besondere Vorsicht zu walten, wenn es sich um Rechtsnormen handelt, die nicht bundesweit gelten, sondern örtlich beschränkt sind, wie etwa Landesgesetze, Satzungen und Verordnungen.<sup>180</sup>

Dies liege darin begründet, dass die örtliche Verschiedenheit im Deliktsrecht immer dann unbefriedigend sei, wenn dies nicht ihren Grund in den besonderen Verhältnissen des Geltungsbereiches habe.<sup>181</sup> Weiter vertieft Knöpfle diesen Gedanken allerdings nicht.

## ii. Rechtsfortbildung contra legem

Der von *Knöpfle* entwickelte Kriterienkatalog prüfe nicht positiv, ob ein Gesetz Individualschutz bezwecke, sondern negativ, wann dies nicht der Fall sei.<sup>182</sup> Hierin liege eine Rechtsfortbildung.<sup>183</sup> Daraus ergebe sich seiner Ansicht nach jedoch keine große Abweichung zum Vorgehen des BGH.<sup>184</sup>

## iii. Kritik

Zunächst einmal erweist sich als problematisch, dass die Kriterien kaum bestimmt sind.<sup>185</sup> Durch Kriterium 7 entsteht in den Augen von *Karollus* eine Abhängigkeit zum Strafrecht; außerdem werde so der Sittenwidrigkeit ein höherer Rang zugesprochen als der Rechtswidrigkeit.<sup>186</sup> Knöpfle versucht so die Vorzüge der dynamischen Verweisung, nämlich die fehlende Erforderlichkeit, materielle Rechtswidrigkeit stets an neue gesetzliche Wertungen anpassen zu müssen, geradezu auszubremsen.<sup>187</sup>

---

<sup>178</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>179</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700.

<sup>180</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 700 f.

<sup>181</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 701.

<sup>182</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 701.

<sup>183</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697., 701.

<sup>184</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 701 f.; erläutert an zwei Beispielen.

<sup>185</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 126.

<sup>186</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 127.

<sup>187</sup> Vgl. auch *Karollus*, Funktion und Dogmatik S. 127 f., der jedoch seine Kritik nicht an die Ausgestaltung als dynamische Verweisung, sondern an die materielle Rechtswidrigkeit anknüpft.

## b. *Bistrizki* 1981: Sanktionsbewehrung

Auch *Bistrizki* befürchtet die Schaffung eines unübersehbaren Kreises von Anspruchsberechtigten, die zu einer unbilligen Ausdehnung der Haftung führen würde.<sup>188</sup>

### i. Modell

Zunächst einmal stellt *Bistrizki* fest, dass der Anspruchsberechtigte nicht in § 823 II BGB benannt wird und folglich zu bestimmen ist, ob die Person, die sich auf die Normverletzung berufe, auch durch die Norm geschützt wird.<sup>189</sup>

Ferner sei nicht jede Gebotsnorm ausreichend, sondern eine Verpflichtung durch eine Gebotsnorm wolle nur dann jemanden schützen, wenn die Verpflichtung selbst normativ bewehrt ist und somit ihre Einhaltung erzwungen werden könne.<sup>190</sup> Sonst – so *Bistrizki* – hätte die Befolgung der Norm moralische und nicht rechtliche Gründe.<sup>191</sup> Sanktion versteht dieser somit als „jede Möglichkeit des Gesetzgebers [...], den ‚Störer‘ für sein Verhalten zur Verantwortung zu ziehen und zu belangen.“<sup>192</sup> Sanktion kann dabei weder als Schadensersatzverpflichtung, denn dann würde § 823 II BGB entwertet werden, noch ausschließlich als Strafdrohung verstanden werden.<sup>193</sup> Grundsätzlich seien Strafnormen aber jedenfalls taugliche Schutzgesetze.<sup>194</sup>

Ausgangspunkt der Überlegungen von *Bistrizki* bezüglich des Sanktionserfordernisses ist es daher, dass sich aus der potentiellen Schutznorm ein Anspruch des Anspruchstellers auf „Unversehrtheit seiner Rechtssphäre“ ergeben müsse.<sup>195</sup> Dies könne sich aus einem der Verhaltensregel entsprechenden privatrechtlichen Anspruch gegenüber einem anderen ergeben, aber auch durch den Zwang hoheitlicher Mittel.<sup>196</sup> Im Ergebnis besteht die Einschränkung von

---

<sup>188</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 31.

<sup>189</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 32.

<sup>190</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 34.

<sup>191</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 34.

<sup>192</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 35.

<sup>193</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 35.

<sup>194</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 35, 43.

<sup>195</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 36.

<sup>196</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 38 + 40.

Bistrizki mithin darin, dass nur durch die Mittel des Gesetzes jedweder Art sanktionierte Gebotsnormen Schutzgesetze darstellen würden.<sup>197</sup>

## ii. Kritik

Das von *Bistrizki* geforderte Erfordernis der Sanktionsbewehrung verkenne die Konzeption der Schutzgesetzhaftung, da das Schadensersatzrecht eine über das Verhaltensgebot hinausgehende Rechtsfolgenanordnung nicht fordert, sondern gerade selbst bildet.<sup>198</sup> Es überzeugt daher nicht, das Bestehen einer Schadensersatzfolge von anderen Rechtsfolgen abhängig zu machen.<sup>199</sup>

### c. *Schlosser* 1982: systemintegrierter Schutzzweck

#### i. Modell

Bezugnehmend auf die Entscheidung BGH NJW 1980, 1792 stellt *Schlosser* fest, dass der Schutzgesetzcharakter einer Norm dann zu verneinen sei, wenn andere eigenständige Haftungsnormen eine Entschädigung hinreichend sicher gewährleisten.<sup>200</sup> Ohne diese Einschränkungen käme es zu Unverträglichkeiten im Haftungssystem sowie sei das innere System der Rechtsordnung gestört.<sup>201</sup>

#### ii. Kritik

Einerseits wird kritisiert, dass sich *Schlosser* auf den BGH beruft, der dieses Konzept jedoch wohl nicht im Blick gehabt hat.<sup>202</sup> Es könne demnach nicht sein, dass Schädiger nur deshalb privilegiert werden, weil sie gegen ein Schutzgesetz verstoßen haben.<sup>203</sup> Hierbei handele es sich daher in den Fällen um einen Zirkelschluss, sodass der Schaden nicht ersatzfähig sein soll, wenn dieser oder ein Teil anderweitig abgesichert ist.<sup>204</sup> Diese Frage stellt sich jedoch erst im Rahmen des Schadens, d. h. auf Rechtsfolgenseite und ob ein solcher

---

<sup>197</sup> *Bistrizki*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, Rn. 44.

<sup>198</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 350.

<sup>199</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 350 f.

<sup>200</sup> *Schlosser*, JuS 1982, 657, 659; dies vertritt bzgl. bußgeldbewehrter Vorschriften immer noch *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 156.

<sup>201</sup> *Schlosser*, JuS 1982, 657, 659.

<sup>202</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 131. vgl. hierzu auch Abschnitt. c. iii., wo *Canaris* die Entscheidung des BGHs kritisiert und darauf eingeht, wieso eine solche Subsidiarität gerade nicht taugliches Kriterium zur Ermittlung der Schutzzweckeseigenschaft ist.

<sup>203</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 131.

<sup>204</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 135.

überhaupt existiert.<sup>205</sup> Im Fall der Absicherung durch Ansprüche gegen Dritte führe die Subsidiaritätsthese zudem zu einer völligen Vernachlässigung potentieller Regressgläubiger.<sup>206</sup>

Ferner zeigt auch *Schlosser* selbst die Schwächen seiner Ansicht auf. Dabei bezog er sich vor allem auf den Sachverhalt des BGH, bei dem § 29d I 1 StZVO nicht als Schutzgesetz qualifiziert wurde, weil sowohl Ansprüche aus Nachhaftung des Versicherers, Amtshaftung und Entschädigung aus Fonds für Verkehrsofferhilfe dem Verkehrsoffer zustanden.<sup>207</sup> Würde dieser Fall dahingehend abgewandelt werden, dass lediglich eine Entschädigung aus dem Fonds bestünde, so würde dieser aus Gründen eines unzumutbaren Interessenausgleichs ebenfalls nicht greifen.<sup>208</sup> In diesem Fall wäre nach der Ansicht *Schlossers* keine umfassende Regelung vorhanden und bestehe sodann ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 29d I 1 StZVO.<sup>209</sup> Da jedoch der einzige Unterschied der Abwandlung das Nichtbestehen von Ersatzansprüchen ist, zeigt sich, dass dieses Kriterium völlig untauglich ist; entweder bezweckt eine Norm den Schutz eines anderen oder nicht. Dies von dem Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen anderer Schadensersatz- und Entschädigungsnormen abhängig zu machen, führt indes zu rein willkürlichen Ergebnissen.

Unklar bleibt auch, wie anderweitige Haftungsnormen ausgestaltet sein müssen, um eine hinreichende Entschädigung zu gewähren.

#### **d. Modell *Canaris* 1983: Orientierung an den Wertungen des Deliktsrechts**

*Canaris* bekräftigt zunächst die Formel des BGH, indem er die systematische Interpretation zur Konturgewinnung und als Schutz vor systemzerstörender Ausuferung betont.<sup>210</sup> Dabei sind zu berücksichtigen: die gesetzgeberische Entscheidung gegen eine Generalklausel sowie gegen umfassenden Vermögensschutz und die Ergänzungsfunktion gegenüber § 823 I BGB und § 826 BGB.<sup>211</sup>

#### **i. Erfordernis rechtsgutsspezifischer Differenzierung**

Bei der Frage, ob es sich bei einer Norm um ein Schutzgesetz handelt, sei danach zu differenzieren, ob es sich bei dem betroffenen Rechtsgut um ein solches handele, welches unter § 823 I BGB fällt,

---

<sup>205</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 135.

<sup>206</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 132; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 135–136.

<sup>207</sup> BGH, NJW 1980, 1792, 1792 f.

<sup>208</sup> *Schlosser*, JuS 1982, 657.

<sup>209</sup> *Schlosser*, JuS 1982, 657.

<sup>210</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 47 f.

<sup>211</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 48.

sog. absolut geschützte Rechtsgüter. Ist diese Frage positiv zu beantworten, so bestünden keine Bedenken bezüglich der Anerkennung als Schutzgesetz.<sup>212</sup> Ist dies nicht der Fall, so sei eine gewisse Nähe zu § 826 BGB erforderlich.<sup>213</sup> Diese Nähe weisen unter anderem Strafgesetze auf, denn diese beschreiben das rechts- und sozialetische Minimum und seien vom Unrechtsgehalt her mit einem Sittenverstoß vergleichbar.<sup>214</sup>

Dass auch die Gesetzesverfasser von dieser Konzeption ausgegangen seien, belegt *Canaris* mit den Materialien, in denen lediglich der Entwurf des heutigen § 858 BGB (Nähe zu § 823 I BGB) sowie Strafgesetze (Nähe zu § 826 BGB) genannt wurden.<sup>215</sup> Auch in der Rechtsprechung seien nur vereinzelte Entscheidungen zu finden, welche mit dieser These nicht vereinbar seien.<sup>216</sup>

## ii. Zusatzerfordernis der Strafbewehrung von nicht durch § 823 I BGB geschützten Rechtsgütern

Zunächst stellt *Canaris* fest, dass eine Beschränkung auf Strafgesetze jedenfalls nicht von § 823 II BGB gemeint sein könne, da § 823 II 2 BGB auch verschuldensunabhängige Normen als taugliche Schutzgesetze voraussetze, Strafgesetze jedoch niemals verschuldensunabhängig sein können.<sup>217</sup> Dass Normen ohne Strafbewehrung wiederum Schutzgesetze darstellen können, stimme uneingeschränkt nur bei Normen, welche die Rechtsgüter des § 823 I BGB schützen.<sup>218</sup> Bei anderen Gütern oder Interessen komme hingegen den Strafgesetzen eine Leitbildfunktion zu; die Anerkennung der Schutzgesetzeigenschaft hänge somit im Zweifel vom Vorhandensein einer Strafbewehrung ab.<sup>219</sup> Strafgesetze zeichnen sich dadurch aus, dass sie generell mit dem Unrechtsgehalt von § 826 BGB vergleichbar seien und im Vorhinein zu erwarten ist, dass ein potentieller Schädiger diese Normen kennt und beachtet.<sup>220</sup> Ohne diese Einschränkung ist jedoch der Schutz bloß allgemeiner Vermögensinteressen willkürlich, da das Vorhandensein einer vermögensschützenden Norm außerhalb des Bereichs des Strafrechts vom Zufall abhängt.<sup>221</sup> Daraus entstehe wiederum ein Wertungswiderspruch auf subjektiver Tatseite, sodass statt dem in § 826 BGB

---

<sup>212</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 48.

<sup>213</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 48.

<sup>214</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>215</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>216</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 58.

<sup>217</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 49.

<sup>218</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 50; damit meint *Canaris* auf sonstige Rechte iSv § 823 I BGB aE vgl. S. 58.

<sup>219</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 50 + 58.

<sup>220</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 50.

<sup>221</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 50.

erforderlichen Vorsatz nun gem. § 823 II 2 BGB bereits Fahrlässigkeit ausreichend sei, um die Schadensersatzhaftung zu begründen.<sup>222</sup>

### iii. Keine Subsidiarität des § 823 II BGB

Die vom BGH früher vertretene Subsidiaritätsthese<sup>223</sup>, nach der die ausreichende anderweitige Absicherung zeige, dass der Gesetzgeber nicht beabsichtige, deliktische Schadensersatzansprüche zu gewähren, sei un schlüssig.<sup>224</sup> Bei voller anderweitiger Absicherung des Geschädigten fehle es nämlich am Schaden sowie würde bei teilweiser Absicherung die Aberkennung der Anwendung des § 823 II BGB einen Zirkelschluss darstellen.<sup>225</sup> Demzufolge sollen Schäden nur deswegen nicht zu ersetzen sein, weil diese zum Teil anderweitig erfasst sind oder Ansprüche gegen einen Dritten bestehen.<sup>226</sup> Dies hätte jedoch zur Folge, dass das Anspruchsverhältnis und die Regressproblematik vorschnell abgeschnitten werden.<sup>227</sup> Zum Teil habe jedoch der BGH – wenn auch nur beiläufig – die Subsidiaritätsthese auf Ordnungswidrigkeiten beschränkt.<sup>228</sup> Den wahren Anlass des BGH sieht *Canaris* allerdings darin, dass „das geltende System der Haftung für Vermögensschäden nicht in mehr oder weniger willkürlicher Weise durchbrochen werden“ soll.<sup>229</sup>

### iv. Bloß bußgeldbewehrte Normen als Schutzgesetze

Ist eine Norm lediglich bußgeldbewehrt, so sei die Anerkennung als Schutzgesetz nur mit besonderer Zurückhaltung möglich, weil sonst das System der Haftung für Vermögensschäden willkürlich durchbrochen werde.<sup>230</sup> Da sich ihr Unrechtsgehalt im Vergleich zu Kriminalstrafen allerdings nicht überzeugend abgrenzen lasse, ist es nicht möglich, diese als Schutzgesetz völlig auszuschließen.<sup>231</sup>

### v. Nicht straf- oder bußgeldbewehrte Normen als Schutzgesetze

Doch auch Normen, die weder straf- noch bußgeldbewehrt sind, können nach *Canaris* ein Schutzgesetz darstellen, „sofern sie sich als Typisierung und (maßvolle) Ergänzung von § 826 BGB verste-

---

<sup>222</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 50.

<sup>223</sup> ZB in BGH, NJW 1980, 1792, 1792.

<sup>224</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 63.

<sup>225</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27., 63.

<sup>226</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 63.

<sup>227</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 63.

<sup>228</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 64.

<sup>229</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 64.

<sup>230</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 64.

<sup>231</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 64.

hen lassen oder das Fehlen einer Straf- bzw. Bußgeldbewährung verglichen mit verwandten Tatbeständen eine Gesetzeslücke darstellt.“<sup>232</sup>

### vi. Auslegungsregel bei Vermögensinteressen

Wenn Gesetze Leben, Gesundheit oder Eigentum schützen, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass bloße Vermögensinteressen nicht auch geschützt werden.<sup>233</sup> Da die Gleichstellung dieser Interessen eine Ausnahme darstellt, muss sie besonders begründet werden.<sup>234</sup>

### vii. Grafische Übersicht der Schutzgesetzermittlung nach *Canaris*

Die von *Canaris* entwickelte Methode hat ihre Funktion darin, Normen auszuschließen, die von vornherein als Schutzgesetze nicht in Betracht kommen.<sup>235</sup> Grafisch umgesetzt stellt sich dies folgendermaßen dar:

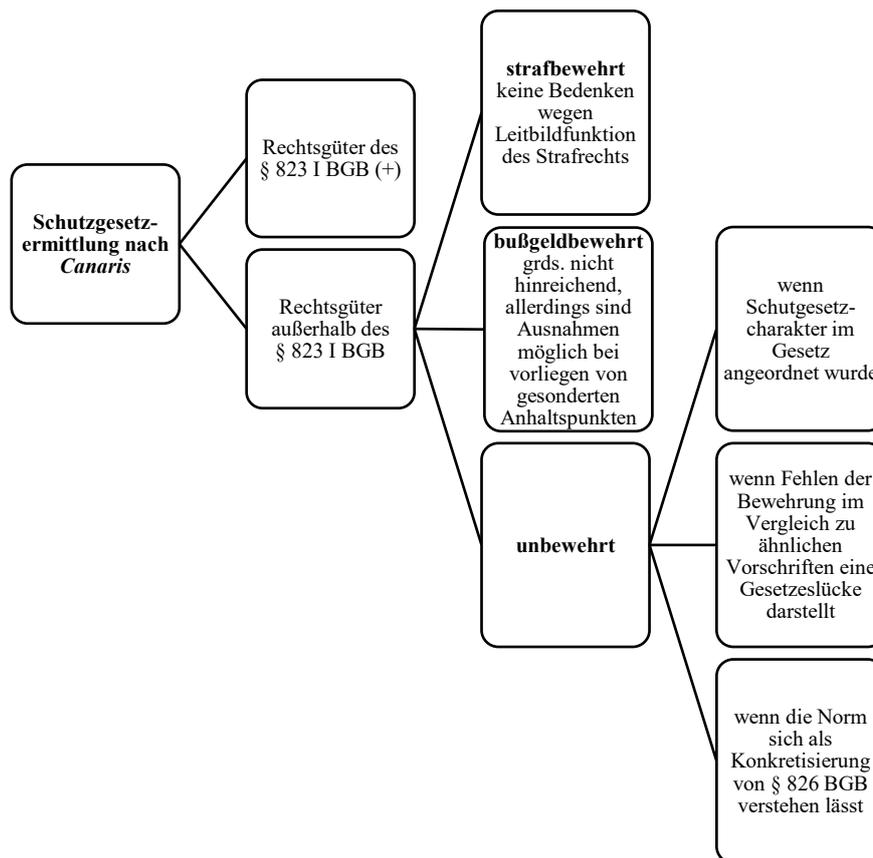


Abbildung 3: Schutzgesetzermittlung nach *Canaris*  
Quelle: eigene Darstellung

<sup>232</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 69.

<sup>233</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 72.

<sup>234</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 72.

<sup>235</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 76.

## viii. Kritik

Die rechtsgutsspezifische Differenzierung durch *Canaris* führe in den Augen von *Karollus* zu einer Annahme der Subsidiarität von § 823 II BGB, die jedoch weder sachgerecht erscheine noch dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche.<sup>236</sup> Ferner bestehe ein Widerspruch zur Subsidiarität des Strafrechts, die unterschiedlichen Zwecke von Zivil- und Strafrecht blieben unbeachtet.<sup>237</sup> Generell erscheint der Vorschlag einer Reduzierung des Anspruchs aus § 823 II BGB bei Rechtsgütern, die nicht unter § 823 I BGB fallen, auf strafbewehrte Normen eng; dies zeigt jedoch die potentielle Sprengkraft des § 823 II BGB im Deliktsrechtsgefüge.<sup>238</sup> Schließlich unterscheiden sich die rechtspolitischen Gründe und Tendenzen von Schadensersatzsanktion und Strafanspruch des Staates, sodass unklar ist, ob die Schadensersatzsanktion insbesondere in diesen Fällen zusätzlich ausgesprochen werden muss.<sup>239</sup> Nach Ansicht *Wilhelmi* sei der Schluss von der Sanktion auf die Schutzrichtung des zugrundeliegenden Verhaltensgebots nicht möglich, sodass schon deshalb eine Ausrichtung an dem Vermögensschutz des Strafrechts nicht überzeugen könne.<sup>240</sup>

### e. Modell *Honsell* 1983

*Honsell* stellt zunächst fest, dass es die Möglichkeit gibt, durch Auslegung der Norm selbst zu ermitteln, ob diese den Schutz eines anderen bezweckt oder aber aus den Wertungen des Deliktsrechts.<sup>241</sup> Die Schwäche des ersten Ansatzes sieht er darin, dass Normen im Hinblick auf Rechtsfolgen zu interpretieren sind, die der Norm selbst völlig fremd sind.<sup>242</sup> Die Schwäche des zweiten Ansatzes bestehe wiederum in dem Risiko von Zirkelschlüssen.<sup>243</sup> Folglich kombiniert *Honsell* beide Ansätze und setzt dafür vier Thesen auf, welche er als Regeln bezeichnet.<sup>244</sup>

### i. Regeln

Regel 1: „§ 823 II BGB schützt in der Regel nicht das Interesse eines Dritten am Unterbleiben einer vorgängigen Rechtsgutsverletzung.“

---

<sup>236</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 129.

<sup>237</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 130.

<sup>238</sup> *Wiegand*, Sachwalterhaftung, S. 133.

<sup>239</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 BGB Rn. 158.

<sup>240</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 BGB Rn. 158.

<sup>241</sup> *Honsell*, JA 1983, 101, 104.

<sup>242</sup> *Honsell*, JA 1983, 101, 104.

<sup>243</sup> *Honsell*, JA 1983, 101, 105.

<sup>244</sup> Allesamt *Honsell*, JA 1983, 101, 105.

Regel 2: „§ 823 II BGB schützt in der Regel neben Interessen, die primär – insbesondere auch nach Abs. 1 – geschützt sind, keine weiteren Vermögensinteressen (auch ein und desselben Schutzberechtigten).“

Regel 3: „§ 823 II BGB schützt in der Regel nicht das bloße Interesse an der Erfüllung von Verbindlichkeiten.“

Regel 4: „§ 823 II BGB schützt in der Regel nicht solche Vermögensinteressen, die unmittelbar bereits durch andere Normen (iVm § 823 II BGB) geschützt sind.“

Einen Zirkelschluss stellten diese Regeln nicht dar, da sie sich nicht aus dem Wortlaut von § 823 II BGB, sondern aus der Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine deliktische Generalklausel und gegen einen allgemeinen Vermögensschutz ergeben würden.<sup>245</sup>

## ii. Kritik

Die Regeln geben zwar wieder, dass ein Vermögensschutz durch § 823 II BGB nur restriktiv anzunehmen ist, allerdings bringen sie keine weitere Rechtssicherheit. Sie beschreiben vielmehr – das haben Regeln so an sich – den Grundsatz, von dem wiederum Ausnahmen möglich sein. Ob nun eine konkrete Norm etwa doch Vermögensinteressen schützt, ist dann wiederum eine Frage der Auslegung. Die Regeln können daher praktisch dazu nur wenig beitragen. Eine Einordnung in die tatbestandliche Struktur des § 823 II BGB ist den Regeln daher vorzuziehen.

## f. *Kothe* 1988: dualistische je-desto Formeln

### i. Das Modell

Auch *Kothe* geht von einer dualistischen Konzeption aus, d. h. dass sowohl die Auslegung der Norm als auch die Vereinbarkeit des Haftungssystems zu überprüfen ist.<sup>246</sup> Zur ‚ersten Orientierung‘ bietet er eine Reihe komparativer Sätze, welche an die Regeln von *Steffen* und die bisherige Judikatur anschließen.<sup>247</sup> Einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben diese jedoch nicht.<sup>248</sup> Die Norm um deren Überprüfung es geht, bezeichnet *Kothe* als „Bezugsnorm“.<sup>249</sup>

---

<sup>245</sup> *Honsell*, JA 1983, 101, 105.

<sup>246</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 129.

<sup>247</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 129.

<sup>248</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 129.

<sup>249</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 129.

## ii. Sätze nach *Kothe*

Satz 1: Je undeutlicher die Bezugsnorm Individualinteressen regelt und je weiter diese Interessen von der durch die Bezugsnorm zu verhindernden Verletzungsart entfernt sind, desto eher scheidet ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB aus.<sup>250</sup>

Satz 2: Je höher das Individualinteresse rechtlich zu bewerten ist, desto eher besteht ein Schadensersatzanspruch nach § 823 II BGB durch den Betroffenen.<sup>251</sup> Vor allem Leben und Gesundheit stellen gewichtige Güter dar.<sup>252</sup>

Satz 3: „Je schwerwiegender die Folgen bei Verwirklichung einer Gefahr sind, desto geringere Anforderungen sind an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Gefahr zu stellen und desto eher sind daher bei Verletzung vorgelagerter Gefährdungsnormen auch individuelle Unterlassungsansprüche und Schadensersatzansprüche erforderlich.“<sup>253</sup>

Satz 4: Je lockerer Verletzung und vorgelagerte Gefährdungsnorm in sachlicher und personeller Hinsicht zusammenhängen, desto weniger kommt ein Schadensersatzanspruch gegen die Person in Betracht, welche die Gefahrenlage geschaffen hat, wenn diese Lage von einer anderen Person ausgenutzt wurde.<sup>254</sup>

Satz 5: Je umfassender die Bezugsnorm selbst oder weitere Normen Regelungen für die haftungsrechtlichen Folgen einer Schädigung aufstellen, desto weniger kommt ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB in Betracht.<sup>255</sup> Damit soll die sachnähere abschließende Regelung abgesichert werden vor richterlichen Interventionen über § 823 II BGB.<sup>256</sup>

Satz 6: Je enger der Zusammenhang zwischen Schädigung und gesetzlich geregelten Sonderverbindung ist, desto eher scheidet ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB aus.<sup>257</sup> Hierin liegt das Strukturprinzip zugrunde, dass die Nichterfüllung von Vertragspflichten nicht zwingend zu deliktischen Ansprüchen führt.<sup>258</sup>

---

<sup>250</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 129 f.

<sup>251</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>252</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130 mwN.

<sup>253</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>254</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>255</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>256</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>257</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

<sup>258</sup> *Kothe*, JURA 1988, 125, 130.

### iii. Grafische Zusammenfassung des Modells

|  |  |  |
|--|--|--|
| <i>Je deutlicher...<br/>Je näher...</i>                                      | Regelung von Individualinteressen und Entfernung dieser zur Verletzungsart             | <i>Je undeutlicher...<br/>Je entfernter...</i> |
| <i>Je höher... (Leben und Gesundheit)</i>                                    | Rechtliche Bewertung des Individualinteresses  | <i>Je niedriger (andere Rechtsgüter)...</i>    |
| <i>Je höher... (dann auch geringere Anforderungen an Wahrscheinlichkeit)</i> | Folgen bei der Verwirklichung einer Gefahr   | <i>Je niedriger...</i>                         |
| <i>Je enger...</i>   | Zusammenhang von Verletzung und Gefährdungsnorm in sachlicher und personeller Hinsicht | <i>Je lockerer...</i>                          |
| <i>Je weniger umfassend...</i>   | Eigene Regelungen für haftungsrechtliche Folgen einer Schädigung                       | <i>Je umfassender...</i>                       |
| <i>Je weiter...</i>  | Zusammenhang von Schädigung und gesetzlich geregelter Sonderverbindung                 | <i>je enger...</i>                             |

Abbildung 4: Schutzgesetzermittlung nach Kothe  
Quelle: eigene Darstellung

### iv. Kritik

Diese Konzeption ist praktisch nur wenig hilfreich.<sup>259</sup>

Zwar weist die Methode eine gewisse Flexibilität auf, dies geht jedoch mit dem Verlust von struktureller Klarheit einher, sodass der Anschein an Beliebigkeit der Beantwortung der Haftungsfrage erweckt wird.<sup>260</sup> Insbesondere lassen sich die beschriebenen Abwägungsaspekte in die tatbestandliche Struktur des § 823 II BGB einordnen und sachgerecht berücksichtigen, ohne dabei offen abwägen zu müssen.<sup>261</sup> Unberücksichtigt ist bei dieser Methodik jedoch die Konkretisierung des Schutzbereichs der Norm, denn es bleibt unklar, auf die Wertungen welcher Normen konkret mit welchen Folgen abzustellen sei.<sup>262</sup>

### g. Ablehnung aller Eingrenzungsversuche auf abstrakt-genereller Ebene

Keiner der hier beschriebenen Eingrenzungsversuche vermag zu überzeugen. Um eine uferlose Ausdehnung der Haftung im Deliktsrecht im Rahmen des § 823 II BGB zu vermeiden, ist jedoch eine

<sup>259</sup> Wiegand, Sachwalterhaftung, S. 133.

<sup>260</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 266.

<sup>261</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 266.

<sup>262</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 266.

Einschränkung, die bereits auf abstrakt-genereller Ebene Normen aussortiert, nicht erforderlich. Deutlich passender ist hier daher die Eingrenzung mittels der Lehre vom Schutzbereich der Norm (Normzwecklehre), welche seit jeher im Rahmen von § 823 II BGB anerkannt ist.<sup>263</sup>

## V. Schutzbereich<sup>264</sup>

Die abstrakt-generelle Ermittlung der Schutzgesetzeigenschaft bietet – wie bereits festgestellt – nur wenige Anknüpfungspunkte für eine maßvolle Eingrenzung der Haftung. Im Rahmen des § 823 II BGB wird hierfür – quasi auf konkret-individueller Ebene – die Normzwecklehre angewendet,<sup>265</sup> Wortlaut und Entstehungsgeschichte legen dies nahe.<sup>266</sup> Seit *Rümelin* 1900<sup>267</sup> wird der Schutzbereich in den persönlichen, sachlichen und modalen Schutzbereich aufgefächert.<sup>268</sup> Gelegentlich wird auch eine bloß zweigliedrige Prüfung vertreten.<sup>269</sup> Wie *Spickhoff* zurecht festgestellt hat, ist zwar die Zuordnung von Einzelfällen innerhalb der gewählten Auffächerung nicht immer klar.<sup>270</sup> Doch vermag die Aufgliederung dennoch die Handhabung leichter und fasslicher zu gestalten und ist folglich beizubehalten.<sup>271</sup>

Dieser Normzweck muss indes nicht so spezifisch sein, dass dieser auf die Gewährung von Schadensersatz gerichtet sei.<sup>272</sup> Denn gerade die Bezugnahme des § 823 II BGB auf eine Verbotsnorm ohne Rücksicht auf den Regelungsbereich zeichne § 823 II BGB aus.<sup>273</sup>

Die Frage des Schutzbereichs ist begrifflich von der Frage des Schutzgesetzes zu trennen. Ob ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz vorliegt (= Schutzgesetz) ist eine abstrakt-generelle Frage, die zur Lösung des Einzelfalls nichts beizutragen vermag; erst

---

<sup>263</sup> NK-BGB-Magnus § 249–255 Rn. 69.

<sup>264</sup> Zum Teil wird der Begriff des Rechtswidrigkeitszusammenhangs herangezogen. Da dieser jedoch auch zur Kennzeichnung des Problems des rechtmäßigen Alternativverhaltens verwendet wird, vgl. *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 3 VIII. 2. mwN, sollte der Begriff Schutzbereich oder Schutzzweck verwendet werden, siehe auch *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 49.

<sup>265</sup> *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 35, 56; *Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, S. 22; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 243.

<sup>266</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 243 mit Verweis auf Prot. II S. 571.

<sup>267</sup> *Rümelin*, AcP 1900, 171, 171, 304–307.

<sup>268</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 399 f.; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 244 mwN; *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 109 f.

<sup>269</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 280; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, Rn. 157 ff.; *Jauernig-Teichmann* § 823 Rn. 45; jeweils ohne ausdrückliche Ablehnung des dreigliedrigen Modells.

<sup>270</sup> Beispielhaft nennt er § 64 GmbHG und § 248b StGB, vgl. *Spickhoff* § 823 Rn. 220.

<sup>271</sup> *Spickhoff* § 823 Rn. 221.

<sup>272</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 107.

<sup>273</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 108.

durch den Schutzbereich als notwendige Präzisierung auf konkret-individuelle Ebene, wie auch der Verweis in § 823 II BGB auf die Rechtsfolge des Abs. 1 zeigt, kann ein solcher gelöst werden.<sup>274</sup> *Schmiedel* verlangt deshalb den Begriff des Schutzgesetzes insgesamt aufzugeben und – wenn überhaupt – den Relationsbegriff „Schutznorm“ zu verwenden.<sup>275</sup> In Anbetracht der langen Verwendungsdauer dieses Begriffs erscheint eine vollständige Aufgabe nicht erforderlich, sodass es vielmehr ausreicht, gedanklich klar zwischen dem Schutzgesetz als abstrakt-genereller Prüfungsebene und dem Schutzbereich als individuell-konkrete Prüfungsebene zu trennen.

Zur Prüfung des Schutzbereichs ist es zunächst erforderlich, zu bestimmen, auf welche Norm es tatsächlich ankommt: das Schutzgesetz, § 823 II BGB oder beides? Im Anschluss wird der Inhalt der einzelnen Dimensionen dargestellt.

### 1. Hintergrund der Dreiteilung

Die Einteilung nach *Rümelin* in persönlichen, sachlichen und modalen Schutzbereich wird bis auf wenige Ausnahmen<sup>276</sup> übernommen, ohne sich Gedanken über den Hintergrund dieser Aufteilung zu machen; allerdings ist dies nicht zufällig.

So ist aus der Spezifizierung von „einem“ in der Rechtsfolge des § 823 II BGB durch „dem“ erkennbar, dass nur eine Person vom Schutzzweck des § 823 II BGB erfasst sein kann, deren Schutz durch das Schutzgesetz auch bezweckt ist.<sup>277</sup> (persönlicher Schutzbereich)

Um willkürlich unterschiedliche Beurteilungen zu vermeiden, folgt aus dem geschützten Personenkreis notwendigerweise eine Beschränkung auf Rechtsgüter, die durch das Schutzgesetz geschützt werden.<sup>278</sup> Schon die Protokolle der 2. Kommission zu § 823 II BGB

---

<sup>274</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 120.

<sup>275</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 123.

<sup>276</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 280-281; *Deutsch*, JZ 1989, 465.

*Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 157–164, vertreten einen bloß zweistufigen Aufbau, jedoch ohne nähere Begründung; bei *Fuchs/Pauker/Baumgärtner* ist allerdings unklar, ob sie im sachlichen Schutzbereich nicht auch den modalen erfasst sehen („deren Vermeidung Gegenstand des Schutzgesetzes ist“), S. 159; unklar ob nun zwei- oder dreigliedrig zu prüfen ist, ist sich *Jauernig-Teichmann* § 823 Rn. 45, der zunächst zweigliedrig prüft, aber auch in Vor §§ 249–253 Rn. 31 verweist, wo dreigliedrig geprüft wird.

<sup>277</sup> *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 47; *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 110.

<sup>278</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 111.

sehen daher eine Abhängigkeit des persönlichen vom sachlichen Schutzbereich vor.<sup>279</sup> (sachlicher Schutzbereich)

Das dritte Kriterium der abgewehrten Gefahr wird schließlich benötigt, um Zufallsergebnisse zu vermeiden.<sup>280</sup> (modaler Schutzbereich)

Die drei Elemente des Schutzzwecks sind indes interdependent.<sup>281</sup> *Schmiedel* bezeichnet die Kriterien als „bloße Derivate eines einheitlichen Grundgedankens.“<sup>282</sup> Worin *Schmiedel* diesen Grundgedanken allerdings genau sieht, lässt er an dieser Stelle offen. An vorheriger Stelle spricht er jedoch vom „Grundgedanken der Haftungsbegrenzung“, welcher sich erst mit Hinzunahme der abgewehrten Gefahr voll entfalte und verwirkliche.<sup>283</sup> Dementsprechend liegt es nahe, dass er darin den Grundgedanken sieht, der auch durch die Rechtsprechung durch die Tragbarkeitsformel immer wieder zur Geltung kommt. *Schmiedel* stellt ferner zutreffend fest, dass sich geschützte Person und geschütztes Rechtsgut auch zusammengefasst verstehen ließen, der Begriff des Rechtsguts nicht zwingend verwendet werden müsse, die Dreigliederung als solche und in ihrer bisherigen Abgrenzung zueinander jedoch weiter Verwendung finden sollte;<sup>284</sup> dem ist so zuzustimmen.

## 2. Welche Norm?

Zunächst einmal ist Klarheit darüber erforderlich, von welcher Norm der Normzweck, sprich der Schutzbereich, zu ermitteln ist. Theoretisch kommen hier sowohl das Schutzgesetz als auch § 823 II BGB oder sogar beides in Betracht.<sup>285</sup> Schon aus dem Wortlaut des § 823 II BGB ergibt sich, dass jedenfalls der Schutzbereich des Schutzgesetzes zu überprüfen ist.<sup>286</sup> Aufgrund der Öffnungsfunktion überzeugt es auf die Verhaltensnorm, also das Schutzgesetz selbst abzustellen;<sup>287</sup> nach *Wagner* sei dies unstrittig.<sup>288</sup>

## 3. Persönlicher Schutzbereich

---

<sup>279</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 111; mit Verweis auf *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 1075.

<sup>280</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 111.

<sup>281</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 112.

<sup>282</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 112.

<sup>283</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 111 f.

<sup>284</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen., S. 112.

<sup>285</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 253 mit Nachweisen in Fn. 114 und 115)

<sup>286</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 253.

<sup>287</sup> Im Ergebnis so: *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 369; *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, Rn. 196.

<sup>288</sup> *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, Rn. 196.

Es besteht die Möglichkeit, das Kriterium des Individualschutzes in den geschützten Personenkreis zu integrieren.<sup>289</sup> Doch aus systematischen Gründen sollte der generelle Individualschutz (siehe unter IV.1.) vor die Klammer gezogen bleiben.<sup>290</sup>

Damit der persönliche Schutzbereich eröffnet ist, muss der Geschädigte dem geschützten Personenkreis angehören.<sup>291</sup> Dieser Personenkreis darf jedoch nach Ansicht der Rechtsprechung nicht erst „durch den Zurechnungszusammenhang zwischen Schutzgesetzverletzung und Schaden eingegrenzt werden“ können.<sup>292</sup>

#### 4. Sachlicher Schutzbereich

In sachlicher Hinsicht ist erforderlich, dass das Schutzgesetz dem Schutz des verletzten Rechtsguts dient.<sup>293</sup> Synonym zum Begriff des Rechtsguts finden sich in der Literatur die Begriffe Interesse,<sup>294</sup> Nachteil<sup>295</sup> und Einbuße<sup>296</sup>. Zu bemerken ist dabei, dass der hier verwendete Rechtsgutsbegriff nicht strafrechtlicher Natur – und damit abstrahierend – ist, sondern vielmehr auch auf konkrete Verletzungs- und Gefährdungsobjekte bezogen werden darf.<sup>297</sup> Zum Teil wird jedoch auch gefragt, ob das Schutzgesetz dem Schutz vor reinen Vermögensschäden dient.<sup>298</sup> Zwar mag die Frage von Vermögensschäden besondere Bedeutung haben, da hier ein wesentlicher, eigenständiger Anwendungsbereich des § 823 II BGB liegt, doch ist dies nicht

---

<sup>289</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 120.

<sup>290</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 113.

<sup>291</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 280; BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn. 281; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 157; *Staudinger-Hager*, § 823 G 24; NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 530; *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, Rn. 231; *Looschelders*, Schuldrecht, § 64 Rn. 6; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 269; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 9 Rn. 17; HK-BGB-*A. Staudinger*, § 823 Rn. 148; BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 549; *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 4; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 590; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 14 Rn. 15.

<sup>292</sup> BGH, NZG 2019, 437 Rn. 33., aA *K. Schmidt*, ZIP 1994, 837., 842.

<sup>293</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn. 281; *Fuchs/Pauker/Baumgärtner*, Delikts- und Schadensersatzrecht, S. 159; *Staudinger-Hager*, § 823 G 26; *Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II Besonderer Teil, § 78 Rn. 12; *PWW-Schaub*, § 823 Rn. 234; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 268; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 9 Rn. 18; HK-BGB-*A. Staudinger*, § 823 Rn. 149; *Jauernig-Teichmann*, § 823 Rn. 45. Differenziert verwendet *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 17–18, die Begriffe geschädigtes Rechtsgut und Interesse, denn er ordnet Rechtsgut der Haftungsbegründung und Interesse der Haftungsausfüllung zu. Zur Legitimität einer damit einhergehenden, doppelten Prüfung und über die (vermeintlichen) Unterschiede siehe unter B. V. 7. Dogmatische Einordnung.

<sup>294</sup> NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 530; HK-BGB-*A. Staudinger*, § 823 Rn. 149; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 590.

<sup>295</sup> *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, Rn. 236.

<sup>296</sup> *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rn. 281.

<sup>297</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen., S. 175.

<sup>298</sup> *Looschelders*, Schuldrecht § 64 Rn. 7.

das einzige Rechtsgut, welches von § 823 II BGB geschützt wird, weshalb diese Frage insofern zu eng gestellt ist.

Hierin, nämlich im sachlichen Schutzbereich, liege – nach Ansicht von *Hager* – was der BGH mit der Tragbarkeitsformel gemeint habe.<sup>299</sup>

Bezüglich reiner Vermögensschäden stellt *Wagner* die Regel auf, dass diese dann aus dem Schutzbereich fallen, wenn eine Norm den Schutz von Körper, Gesundheit und Eigentum bezwecke.<sup>300</sup> Auch *Steffen* hält Vermögensschäden nur im Ausnahmefall für ersatzfähig und zwar dann, wenn „das Schutzgesetz unmittelbar auf bestimmte abgrenzbare Vermögensinteressen zielt oder jedenfalls im Regelungszusammenhang gerade von reinen Vermögensschäden steht.“<sup>301</sup>

## 5. Modaler Schutzbereich

Schließlich muss die Schadensverwirklichung der Art und Weise nach von der Norm erfasst werden.<sup>302</sup> Dies ist der Fall, wenn sich das Risiko verwirklicht hat, vor dem die Norm schützen sollte.<sup>303</sup> Manche bezeichnen dies auch als „Schutzzweckzusammenhang“.<sup>304</sup>

Laut *Wagner* spiele diese Differenzierung jedoch nur bei Schutznormen eine Rolle, die keine absoluten Rechtsgüter des § 823 I BGB schützen.<sup>305</sup>

## 6. „Sanktionsspezifischer Schutzzweck“

*Karollus* hat eine weitere ‚Fallgruppe‘ entwickelt, welche er als „sanktionsspezifischer Schutzzweck“ bezeichnet, bei der zu überprüfen ist, „ob eine Verhaltensnorm mit einer derartigen Risikoverteilung auch ‚konkret‘ Gegenstand der schadensersatzrechtlichen Anknüpfung sein soll“.<sup>306</sup> Hierbei handele es sich demnach um eine negative Prüfung bestimmter Fallgruppen.<sup>307</sup> Die erste Fallgruppe

---

<sup>299</sup> Staudinger-*Hager*, § 823 G 26.

<sup>300</sup> *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, Rn. 236.

<sup>301</sup> BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 548.

<sup>302</sup> NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 530; *G. Wagner*, Deliktsrecht, Kapitel 5, S. 239; *Medicus/S. Lorenz*, Schuldrecht II Besonderer Teil, § 78 Rn. 13; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 270 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 590; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 20.

<sup>303</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn. 282; Staudinger-*Hager*, § 823 G 27 mwN; *Looschelders*, Schuldrecht, §§ 64 Rn. 7 mwN; *PWW-Schaub*, § 823 Rn. 234; *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, §§ 9 Rn. 19; BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 550.

<sup>304</sup> NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 530; *PWW-Schaub* § 823 Rn. 234.

<sup>305</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 590.

<sup>306</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 370.

<sup>307</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 370 f.

bezeichnet *Karollus* als „Kollision mit Grundprinzipien der schadensersatzrechtlichen Zurechnung.“<sup>308</sup> Dies ist dann der Fall, wenn allgemeine Regeln unnötig oder deren Ergebnisse durch die Schutzgesetzhaftung verändert werden würden.<sup>309</sup> Es folgt die Fallgruppe des „Vorrangs der schadensersatzrechtlichen Sanktionsanordnungen“<sup>310</sup> sowie die „eine Schadensersatzhaftung ausschließenden Strukturprinzipien des primären Regelungsbereiches.“<sup>311</sup> Die letztere der beiden zeichnet sich dabei dadurch aus, dass bei einer Kollision mit den Wertungen des einschlägigen Rechtsgebietes oder auch innerhalb eines Rechtsgebietes, wenn die Norm die Person schützen will, die diese Norm ebenfalls übertreten hat, die Regelungsziele und Grundprämissen nicht unterlaufen werden dürfen und daher zu harmonisieren sind.<sup>312</sup> Die letzte Fallgruppe wird als „ausdrückliche Haftungsanordnung der Primärregelung entsprechende Vorstellungen des Primärgesetzgebers“ bezeichnet.<sup>313</sup> Wird die Haftung positiv angeordnet oder ausgeschlossen, sei eine Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nicht notwendig und auch nicht zulässig.<sup>314</sup>

## 7. Dogmatische Einordnung

Fraglich ist indes, wie die Normzwecklehre dogmatisch in den Haftungsaufbau zu integrieren ist, da die Stellung im Deliktsaufbau für die verschiedenen Normen des Deliktsrechts uneinheitlich ist.<sup>315</sup> Im Rahmen von § 823 II BGB zeigt der Wortlaut des § 823 II BGB, „eines anderen“, dass jedenfalls persönlicher und sachlicher Schutzbereich auf Tatbestandsseite zu prüfen sind.<sup>316</sup> *Lang* sieht in dem modalen Schutzbereich die Prüfung eines Verschuldenszusammenhangs zwischen Rechtsgutsverletzung und pflichtwidrigem Verhalten.<sup>317</sup> Damit ordnet er auch den modalen Schutzbereich dem Tatbestand zu. Auch andere Stimmen der Literatur rechnen den Normzweck vollständig dem Tatbestand zu.<sup>318</sup>

---

<sup>308</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 372.

<sup>309</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 372.

<sup>310</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 373.

<sup>311</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 375.

<sup>312</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 375.

<sup>313</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 376.

<sup>314</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 376.

<sup>315</sup> *Lange/Schiemann*, Schadensersatz § 3 IX. 1.

<sup>316</sup> *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 48.

<sup>317</sup> *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 48 mwN.

<sup>318</sup> *Friese*, Haftung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, S. 46; *Keuk*, Vermögensschaden und Interesse S. 228; *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 697; *Lüer*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, S. 49–52; zu jedem Aspekt getrennt; *Schickedanz*, NJW 1971, 916, 917–918; *J. Georg Wolf*, Der Normzweck im Deliktsrecht, S. 22.

*Wandt* scheint die Normzwecklehre gleich zweimal im Rahmen des § 823 II BGB anzuwenden, zum einen betreffend der Haftungsbeurteilung und zum anderen betreffend der Haftungsausfüllung, wobei letztere auf den sachlichen und modalen Schutzbereich beschränkt sei.<sup>319</sup> Im Rahmen des sachlichen Schutzbereichs sei im Rahmen der Haftungsbeurteilung zu fragen, ob das geschädigte Rechtsgut im Schutzbereich der Norm liegt; im Rahmen der Haftungskausalität wird an das geltend gemachte Interesse angeknüpft.<sup>320</sup> Im modalen Schutzbereich sind die Anknüpfungspunkte Rechtsgutsverletzung und Schadensverwirklichung.<sup>321</sup> Doch lässt sich nicht erkennen, in welchen Fällen das geschädigte Rechtsgut mit dem geltend gemachten Interesse nicht übereinstimmt. Bei Fällen, in denen es etwa um den (zusätzlichen) Ersatz von Vermögensschäden geht, ist das geschädigte Rechtsgut stets das Vermögen, d. h. der Schaden liegt dann jeweils im Vermögensverlust. Wie die von *Wandt* gewählten Beispielfälle zeigen, ist der Bezugspunkt – wie stets – für beide Varianten das Schutzgesetz selbst.<sup>322</sup> Das Beispiel für die Prüfung des geschädigten **Rechtsguts** beginnt überdies mit folgendem Obersatz: „Fraglich ist aber, ob der geltend gemachte **Schaden** (Kosten zur Beseitigung und Neuherstellung der Decken) vom Schutzzweck der Norm erfasst ist.“ [Hervorhebung durch Verf.]<sup>323</sup> Der hierin verwendete Begriff des Schadens ist synonym zu verstehen mit dem Begriff des geltend gemachten Interesses,<sup>324</sup> sodass noch weniger ersichtlich ist, inwiefern eine doppelte Prüfung erforderlich sein soll und worin die dies legitimierenden Unterschiede liegen sollen. Eine doppelte Prüfung ist somit mangels Erforderlichkeit abzulehnen.

*Spickhoff* schlägt hier daher einen unterschiedlichen Aufbau vor, je nachdem ob es sich bei dem Schutzgesetz um ein Erfolgsdelikt oder abstraktes Gefährdungsdelikt handelt.<sup>325</sup> Da Erfolgsdelikte die objektive Zurechnung selbst enthielten, erfordere es keiner Prüfung eines sachlich gegenständlichen Schutzbereiches mehr.<sup>326</sup> Bei abstrakten Gefährdungsdelikten sei die Verletzung eines Rechts oder Rechtsguts Teil der Haftungsausfüllung, da sich der Haftungsgrund in der Gefährdung erschöpfe.<sup>327</sup> Da jedoch auch § 823 II BGB nicht zwischen den verschiedenen Deliktstypen unterscheidet, sollte eine solche Differenzierung auch nicht für den Haftungsaufbau verwendet werden. Es biete sich jedoch im Falle der Erfolgsdelikte an,

<sup>319</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 21.

<sup>320</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 17–18.

<sup>321</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 20.

<sup>322</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 17–19.

<sup>323</sup> *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 17.

<sup>324</sup> Dies zeigt *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 17 Rn. 18 „Interesse (Schaden)“.

<sup>325</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 252.

<sup>326</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 252.

<sup>327</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 252.

die Prüfung des sachlichen Schutzbereichs auf einen Verweis auf die objektive Zurechnung des Tatbestands zu begrenzen.

Damit ist festzuhalten, dass die Lehre vom Schutzbereich der Norm im Rahmen des § 823 II BGB dogmatisch dem Tatbestand zuzuordnen ist.

## VI. Rechtswidrigkeit

Die Schutzgesetzverletzung indiziert die Rechtswidrigkeit;<sup>328</sup> diese entfällt bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes.<sup>329</sup> Für Erfolgsdelikte gilt die zivilrechtliche, gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit, bei Verhaltensnormen die verhaltensbezogene.<sup>330</sup> Die Erkennbarkeit des Normverstoßes durch den Verletzenden wird indes im Rahmen der Rechtswidrigkeit nicht gefordert.<sup>331</sup>

## VII. Verschulden

Bezüglich des Verschuldens ist zu fragen, wonach der Verschuldensmaßstab bestimmt wird und worauf sich das Verschulden beziehen muss sowie nach welchen Regeln sich die Verschuldensfähigkeit bemisst.

### 1. Verschuldensmaßstab

Sowohl Verschuldensform als auch qualifizierende Anforderungen richten sich nach den Anforderungen des jeweiligen Schutzgesetzes.<sup>332</sup> Erfordert ein Schutzgesetz selbst kein Verschulden, so ist gem. § 823 II 2 BGB zumindest Fahrlässigkeit erforderlich.<sup>333</sup> Durch § 823 II 2 BGB wird das Verschuldensprinzip vor einer Durchbrechung geschützt.<sup>334</sup>

---

<sup>328</sup> BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 283; jurisPK-BGB-Hans, § 823 Abs. 2 Rn. 14 mit Verweis auf BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 559; PWW-Schaub, § 823 Rn. 235 mit Verweis auf BGH, NJW 1993, 580; Soergel-Spickhoff, § 834 Rn. 207; BeckOGK BGB-Spindler (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 271; HK-BGB-A. Staudinger, § 823 Rn. 152.

<sup>329</sup> JurisPK-BGB-Hans, § 823 Abs. 2 Rn. 14 mit Verweis auf BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 559; HK-BGB-A. Staudinger, § 823 Rn. 152.

<sup>330</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 207.

<sup>331</sup> BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 559.

<sup>332</sup> Canaris, FS Larenz, 27, 69 f. mwN in Fn. 76; BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 284; Staudinger-Hager, § 823 G 37 mwN; Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 210; BeckOGK BGB-Spindler (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 272; BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 561; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 609.

<sup>333</sup> BGH, NJW 2008, 3565 Rn. 25; BeckOGK BGB-Spindler (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 272; HK-BGB-A. Staudinger, § 823 Rn. 153; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 606.

<sup>334</sup> JurisPK-BGB-Hans, § 823 Abs. 2 Rn. 18.

Ist im Falle straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Normen Vorsatz erforderlich, gelten die Regeln des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts bezüglich des Vorsatzes;<sup>335</sup> es genügt somit die Kenntnis der tatsächlichen Tatumstände, d. h. eine „Parallelwertung in der Laiensphäre“ ist insoweit ausreichend.<sup>336</sup> Ist Fahrlässigkeit erforderlich, gelten die Maßstäbe des Zivilrechts;<sup>337</sup> ausreichend ist somit ein objektiver Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt.<sup>338</sup> Zwar vermag es auf den ersten Blick verblüffen, dass beim Verschulden im Rahmen des § 823 II BGB unterschiedliche Maßstäbe für Vorsatz und Fahrlässigkeit verwendet werden, doch hat dies einen guten Grund.

Die Verwendung des zivilrechtlichen Maßstabs im Falle der Fahrlässigkeit liegt darin begründet, dass es hier um die gerechte Verteilung von Haftungsrisiken geht und nicht – wie im Fall des Vorsatzes – um die Einhaltung des sozialetischen Minimums.<sup>339</sup> Die unterschiedliche Bewertung der Fahrlässigkeit überzeugt, weil im Zivilrecht der Ausgleichsgedanke und die Interessen des Geschädigten und nicht die Strafsanktion sowie das Strafbedürfnis des Staates im Vordergrund stehen.<sup>340</sup> Ein Ausgleichsbedürfnis entsteht nämlich in der Regel mit dem objektiven Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Die Verwendung des strafrechtlichen Vorsatzbegriffes dient wiederum dem Opferschutz, denn es kann nicht sein, dass jemand bestraft werde, ohne zugleich zivilrechtlich zum Ausgleich des entstandenen (Vermögens-)Schadens verpflichtet zu sein.<sup>341</sup>

## **2. Sonderfall: Verschuldensmaßstab, wenn Strafbewehrung und Verhaltensverbot im Gesetz (redaktionell) getrennt niedergeschrieben sind**

Fraglich ist jedoch, nach welcher Norm sich das Verschuldens Erfordernis richtet, wenn Strafbewehrung (Sanktionsnorm) und Verhaltensgebot gesondert im Gesetz niedergeschrieben sind. Hierbei handelt es sich zum Beispiel um Fälle, wo am Ende eines Gesetzes der Verstoß gegen eine Norm aus diesem Gesetz als Ordnungswidrigkeit oder Straftat geahndet wird. Problematisch ist dies in den Fällen, in denen nur die Sanktionsnorm, nicht aber das Verhaltensgebot Vorsatz erfordern.

---

<sup>335</sup> HK-BGB-A. *Staudinger*, § 823 Rn. 153; *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 159.

<sup>336</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 609 mwN aus der Rspr.

<sup>337</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 211; HK-BGB-A. *Staudinger* § 823 Rn. 153; *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 159.

<sup>338</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 611.

<sup>339</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 16.

<sup>340</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 Rn. 211.

<sup>341</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 17.

Der BGH entschied in Bezug auf § 1 BauFordSiG aF, dass in diesem Zusammenhang die subjektiven Anforderungen von § 5 BauFordSiG aF heranzuziehen sind.<sup>342</sup> § 1 BauFordSiG aF sieht unter anderem vor, dass Empfänger von Baugeld dieses zur Befriedigung von am Bau beteiligten, gesondert aufgezählten Personen verwenden müssen. Gem. § 2 BauFordSiG, der inhaltlich dem damaligen § 5 BauFordSiG aF entspricht, ist im Falle eines Zuwiderhandelns gegen § 1 BauFordSiG bei Benachteiligung der Gläubiger eine Freiheits- oder Geldstrafe vorgesehen, wenn die Zuwiderhandlung zum Nachteil der bezeichneten Gläubiger geschah. Zwar seien nicht sämtliche Einschränkungen (gemeint sind die Zahlungseinstellung oder die Eröffnung des Konkursverfahrens (nun: Insolvenzverfahrens) zu übernehmen, dies sei hier jedoch darin begründet, „um die Haftpflicht in zweckentsprechenden Grenzen zu halten.“<sup>343</sup>

Dem pflichtet *Canaris* bei.<sup>344</sup> Ein bloß fahrlässiger Verstoß reiche nach *Canaris* aus, wenn es sich um Normen handelt, welche unter § 823 I BGB fallende Rechtsgüter schützen.<sup>345</sup> Ist dies nicht der Fall, sei grundsätzlich Vorsatz erforderlich.<sup>346</sup> Werde dieser Differenzierung nicht gefolgt, so würde der deliktsrechtliche Grundsatz durchbrochen, dass fahrlässige Vermögensbeeinträchtigungen nicht zum Schadensersatz verpflichten.<sup>347</sup> Bei nicht straf- oder bußgeldbewehrten Vorschriften würden somit die subjektiven Voraussetzungen der Norm selbst gelten, im Zweifel sei allerdings Vorsatz erforderlich.<sup>348</sup> Doch die von *Canaris* durchgeführten Differenzierungen mögen auch auf dieser Ebene aus gleichen Gründen wie oben nicht überzeugen. Folglich kann die Übernahme des Vorsatzerfordernisses aus der Sanktion nur dann überzeugen, wenn die Trennung von Verhaltensgebot und Sanktionsnorm rein redaktionell oder gesetzestechnisch bedingt ist.<sup>349</sup> Argumentativ sind diese rein formalen Trennungsgründe etwa mithilfe der Entstehungsgeschichte nachzuweisen.<sup>350</sup> Schließlich kann die Trennung gerade einer selbständigen und weitergehenden Bedeutung für die Verhaltensnorm einräumen.<sup>351</sup>

---

<sup>342</sup> BGH, NJW 1982, 1037, 1038; BGH, NJW 1985, 134, 135.

<sup>343</sup> BGH, NJW 1982, 1037, 1038.

<sup>344</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 71.

<sup>345</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 70.

<sup>346</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 70.

<sup>347</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 70.

<sup>348</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 72.

<sup>349</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 210; ähnlich auch *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht Rn. 291, nach denen durch Auslegung zu ermitteln ist, ob Vorsatz nur das Erfordernis der speziellen Rechtsfolge sei.

<sup>350</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 214 f.

<sup>351</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 214.

Damit ist festzustellen, dass grundsätzlich der Verschuldensmaßstab des Verhaltensverbots gilt, wenn nicht ausnahmsweise die Trennung bloß redaktionell bzw. gesetzestechnisch bedingt ist.

### 3. Bezugspunkt

Nach wohl herrschender Meinung ist Bezugspunkt für das Verschulden allein die Schutzgesetzverletzung und nicht etwa ein darüberhinausgehender Verletzungserfolg.<sup>352</sup>

*Stoll* hält eine Erweiterung des Bezugspunkts auf die haftungsbe gründende Rechtsguts- bzw. Interessenverletzung für erforderlich, da sonst das Haftungsrisiko umso größer sei, je allgemeiner und abstrakter die Formulierung des Schutzgesetzes gehalten ist.<sup>353</sup> Nach *Huber* ergebe sich dies aus der Normzwecktheorie, welche für § 823 II BGB unstrittig seit jeher anzuwenden sei.<sup>354</sup> *Fikentscher/Heinemann* begründen dies damit, dass § 823 II 2 BGB eigenes deliktisches Verschulden verlange.<sup>355</sup> Diese Ansicht wird zwar dahingehend eingeschränkt, dass bei abstrakten Gefährungsdelikten damit zu rechnen sei, dass sich eine entsprechende Gefahr verwirkliche.<sup>356</sup> Dennoch vermag dies nicht zu überzeugen. Zum einen regelt § 823 II 2 BGB die Mindestverschuldensform und nicht den Bezugspunkt des Verschuldens.<sup>357</sup> Überdies zeigt gesetzessystematisch der Vergleich von § 823 I und II BGB, dass Abs. 2 im Gegensatz zu Abs. 1 einen primären Handlungsbezug aufweist.<sup>358</sup> Die unterschiedliche Tatbestandsstruktur darf sich somit auch auf den Bezugspunkt des Verschuldens auswirken.<sup>359</sup> Ferner würde diese Ansicht die Vorverlagerung der Haftung im Bereich der abstrakten Gefährungsdelikte aufheben.<sup>360</sup> Schließlich ist dem BGB der verkürzte Verschuldensbezug<sup>361</sup> auch nicht fremd, denn er findet sich zum Beispiel in § 280 I BGB.<sup>362</sup>

---

<sup>352</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn. 284; Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 208; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 274; HK-BGB-A. *Staudinger*, § 823 Rn. 153; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 607; *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 159.

<sup>353</sup> *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, S. 22; hieran schließen sich *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht Rn. 1635; MüKo-BGB-*Mertens*, § 823 Rn. 50, 187.

<sup>354</sup> *U. Huber*, JZ 1969, 755, 755.

<sup>355</sup> *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 1635.

<sup>356</sup> MüKo-BGB-*Mertens*, § 823 Rn. 50. Auch *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht Rn. 1635 stellen fest, dass im Ergebnis kaum Unterschiede bestünden.

<sup>357</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 G 35.

<sup>358</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn 284; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 274.

<sup>359</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 16.

<sup>360</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 607.

<sup>361</sup> Zum verkürzten Verschuldensbezug s. o. A.I.1.a.

<sup>362</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 209.

*Schaub* und *Staudinger* sehen den verkürzten Verschuldensbezug als Grundsatz an, von dem eine Ausnahme bestehe, wenn Rechtsgutsverletzung bzw. Schadenseintritt zum Tatbestand der individual-schützenden Norm gehörten.<sup>363</sup> Beispielhaft nennt *Staudinger* hierfür § 223 und § 229 BGB.<sup>364</sup> Doch kann es nicht überzeugen dies überhaupt als Ausnahme zu formulieren. Denn in diesen Fällen fallen zwar Rechtguts- bzw. Interessenverletzung mit dem Schutzgesetzverstoß zusammen – eine Erforderlichkeit, den Bezugspunkt zu verändern, besteht jedoch aufgrund dieses Zusammenfallens nicht. Im Gegenteil sorgt die Annahme einer Ausnahme, die nie zu einem unterschiedlichen Ergebnis wie die Regel kommt, nur für dogmatische Unklarheiten.

#### 4. Verschuldensfähigkeit

Die Schuldfähigkeit bestimmt sich nach §§ 827–828 BGB.<sup>365</sup>

#### VIII. Verhältnis von § 823 II BGB zu § 823 I BGB sowie § 826 BGB

§ 823 I BGB, § 823 II BGB sowie § 826 BGB stellen die drei kleinen Generalklauseln des deutschen Deliktsrechts dar.<sup>366</sup> Diese Grundentscheidung gibt dem Richter Wertungen vor, erlaubt jedoch auch zeit- und situationsgerechte Rechtsfortbildung durch konkretisierungsbedürftige Tatbestandsmerkmale.<sup>367</sup> Dies bietet einen ausgewogenen Kompromiss zwischen den Interessen von potenziellem Schädiger sowie Geschädigten.<sup>368</sup>

Der Anknüpfungspunkt der Normen ist jedoch unterschiedlich: Während § 823 I BGB an den Verletzungserfolg anknüpft, setzen § 823 II BGB und § 826 BGB am rechtswidrigen Verhalten an.<sup>369</sup> Eine Besonderheit des § 826 BGB liegt darin, dass der Grund der Rechtswidrigkeit in der Abweichung zu sittlichen Grundvorstellungen des Gemeinschaftslebens steht, ohne dass eine Normierung als Rechtsregel erforderlich ist.<sup>370</sup>

Im Gegensatz zu § 823 I BGB schützen § 823 II BGB und § 826 BGB alle rechtlichen Interessen und Vermögenswerte und damit auch solche Interessen, die nicht vermögenswerter Natur sind.<sup>371</sup>

---

<sup>363</sup> *PWW-Schaub*, § 823 Rn. 532; *HK-BGB-A. Staudinger*, § 823 Rn. 153.

<sup>364</sup> *HK-BGB-A. Staudinger*, § 823 Rn. 153.

<sup>365</sup> Statt aller *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn. 609 mwN, grundlegend *Schmiedel*, *Deliktobligationen*, S. 78–81.

<sup>366</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 35.

<sup>367</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27., 35.

<sup>368</sup> *Canaris*, FS Larenz, 27, 35 mit vertiefenden Erläuterungen.

<sup>369</sup> *Staudinger-Hager*, Vorbem zu §§ 823 ff Rn. 1; *BGB-RGRK-Steffen* § 823 Rn. 535.

<sup>370</sup> *BGB-RGRK-Steffen*, § 826 Rn. 1.

<sup>371</sup> *BGB-RGRK-Steffen*, § 826 Rn. 3.

Im Rahmen des § 826 BGB wird der Anspruchsumfang jedoch durch das Erfordernis des Schädigungsvorsatzes begrenzt.<sup>372</sup>

Durch die Anknüpfung an die „guten Sitten“ in § 826 BGB können künftige Entwicklungen und Vorstellungen aufgefangen und an die faktische Situation sowie soziale Umstände angepasst werden.<sup>373</sup> Daher wird § 826 BGB auch die Funktion der Dynamisierung zugesprochen.<sup>374</sup>

Die Ansprüche können nebeneinander bestehen und befinden sich dann in freier Anspruchskonkurrenz zueinander.<sup>375</sup> Hinsichtlich § 826 BGB lässt sich von einer praktischen Subsidiarität sprechen, welche aus tatsächlichen Gründen vorliegt, da der Vorsatznachweis vor Gericht nur schwierig zu führen ist.<sup>376</sup>

Lediglich ein Anspruch auf Amtshaftung aus Art. 34 GG, § 839 BGB ist gegenüber den §§ 823 ff. BGB vorrangig.<sup>377</sup>

---

<sup>372</sup> BGB-RGRK-*Steffen*, § 826 Rn. 3; *Jauernig-Teichmann*, § 826 Rn. 1.

<sup>373</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 826 Rn. 1; BGB-RGRK-*Steffen*, § 826 Rn. 1; *Jauernig-Teichmann*, § 826 Rn. 1.

<sup>374</sup> BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 826 Rn. 2; ebenso BVerfG NJW 2015, 3083 Rn. 15 f.

<sup>375</sup> BeckOK BGB-*Förster*, § 826 Rn. 5; BeckOGK BGB-*Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 4; *Grüneberg-Sprau*, Einf v § 823 Rn. 8; HK-BGB-A. *Staudinger*, Vor §§ 823-853 Rn. 12, § 826 Rn. 2. BGB-RGRK-*Steffen*, § 823 Rn. 535, § 826 Rn. 5.

<sup>376</sup> *Staudinger-Oechsler*, § 826 BGB Rn. 208.

<sup>377</sup> *Grüneberg-Sprau*, Einf v § 823 Rn. 8, § 839 Rn. 3.

### C. Methodik der Ermittlung von Schutzgesetzeigenschaft und Schutzzweck

Nachdem geklärt ist, dass insbesondere sowohl die Frage der Schutzgesetzeigenschaft auf abstrakt-generellere Ebene als auch der Schutzbereich in persönlich, sachlicher und modaler Hinsicht zu ermitteln ist, stellt sich nun die Frage, wie dies zuverlässig umzusetzen ist.

Herauszustellen ist hierfür insbesondere *Schmiedel*, der sich wohl am ausführlichsten mit der konkreten Methodik der Schutzzweckermittlung auseinandersetzt.<sup>378</sup>

Nach allgemeiner Ansicht handelt es sich bei der Ermittlung des Schutzbereichs um eine Frage der Auslegung.<sup>379</sup> Dies bestätigt auch die Entstehungsgeschichte; nach den Protokollen sei daher die Ermittlung des Schutzzwecks eine „schwierige Aufgabe der Gesetzesauslegung“.<sup>380</sup>

Schon *Savigny* bezeichnete die Gesetzesauslegung als „die Reconstruction des dem Gesetz innewohnenden Gedankens“.<sup>381</sup> Eine Auslegungsmethode stellt dabei die teleologische Auslegung dar, welche nach dem Sinn und Zweck einer Vorschrift fragt.<sup>382</sup> Fraglich ist jedoch, ob diese auch herangezogen werden kann, wenn es um die Ermittlung des Schutzzwecks einer Norm geht. Auf den ersten Blick mag die Anwendung der teleologischen Auslegung in diesem Fall zirkelschlüssig erscheinen, da Auslegungsmittel und -ziel identisch wirken.<sup>383</sup> Doch trägt dies, da die teleologische Auslegung mehrstufig ist und aus These, Prämisse und Argument besteht.<sup>384</sup>

Während bei *Schmiedel* die objektiv-teleologische<sup>385</sup> Auslegung scheinbar komplett ausgeschlossen scheint,<sup>386</sup> wird diese von *Karolus* zur spezifischen Methode der Ermittlung des Schutzzwecks als

---

<sup>378</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, Kapitel 4.

<sup>379</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 140 mwN aus Literatur und Rechtsprechung.

<sup>380</sup> *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 1075.

<sup>381</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, S. 213 ff.

<sup>382</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 5 Rn. 1.

<sup>383</sup> *Höpfner/Rüthers*, AcP 2009, 1, 8; *Lorenz-Meyer*, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, S. 22; *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, Rn. 725–727.

<sup>384</sup> *Möllers*, Juristische Methodenlehre, § 5 Rn. 8–10.

<sup>385</sup> Objektiv ist in Abgrenzung zum subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers zu verstehen.

<sup>386</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 153 ff.; *Wagner* lehnt die teleologische Auslegung mit Verweis auf ebendiesen sogar explizit ab, MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 564.

sekundärer Auslegungsschritt erhoben.<sup>387</sup> *Spickhoff* wiederum hält ebenfalls die Heranziehung auch objektiv-teleologischer Kriterien für angezeigt.<sup>388</sup> Auch *Koziol* stellt auf den Zweck ab, den „ein vernünftiger Gesetzgeber mit einer solchen Vorschrift verfolgt hätte“, statt auf die kurzsichtigen Motive des Gesetzesverfassers.<sup>389</sup> Es besteht somit keine einheitliche Meinung darüber, ob die Teleologie zur Ermittlung des Schutzzwecks einer Norm herangezogen werden kann. Für den Ausschluss objektiver Teleologie spricht indes, dass so besonders wirkungsvoll die im Deliktsrecht angelegte, strenge Bindung der Judikative an die Legislative erzielt werden kann.<sup>390</sup> Für die Heranziehung auch objektiv-teleologischer Erfordernisse spricht allerdings laut *Spickhoff*, dass Fragen der objektiven Zurechnung, wie in Rettungs-, Verfolgungs- und Schockschadensfällen, unzureichend durch Wortlaut, Systematik und Gesetzgebungsgeschichte beantwortet werden und somit objektiv-teleologische Kriterien erforderlich sind.<sup>391</sup> Zu bedenken ist jedoch hier, dass in diesen Konstellationen – wie *Spickhoff* an vorheriger Stelle selber darstellt – die objektive Zurechnung im Strafrecht enger ist als im Zivilrecht.<sup>392</sup> Insofern fehlt es also schon an einer Verletzung der Norm, sodass es auf die Beantwortung der Frage, ob der Schutzbereich vorliege, im Ergebnis nicht mehr ankommen kann.<sup>393</sup> Angezeigt sei jedenfalls die Verwendung objektiv-teleologischer Kriterien, wenn der historische Gesetzgeber nicht an die Festlegung mitgeschützter Rechte und Rechtsgüter gedacht habe, was insbesondere im Strafrecht vorkomme.<sup>394</sup> Zu berücksichtigen sei schließlich auch, dass der Gesetzgeber die deliktische Fernwirkung über § 823 II BGB in der Regel nicht mitbedenkt.<sup>395</sup> Ferner ist auch die Trennung von Zwecken und Motiven des Gesetzgebers innerhalb der Gesetzesmaterialien nicht immer einfach.<sup>396</sup> Eine Abgrenzung von Risikobereichen ist daher in vielen Fällen nur möglich, wenn jedenfalls ein ergänzender objektiver Normgesetzgeber hinzugedacht wird.<sup>397</sup> Generell lasse sich somit festhalten, dass die Bedeutung einer objektivierten Prüfung steige, je älter das Gesetz und je unklarer die Gesetzesmaterialien sind.<sup>398</sup> Nach *Karollus* ist dabei Wortlaut und systematischer Stel-

---

<sup>387</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 347, 348 mwN.

<sup>388</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 260.

<sup>389</sup> Wenn auch für die österreichische Rechtslage, vgl. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd. 1., S. 154.

<sup>390</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 261.

<sup>391</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß., S. 262 f.

<sup>392</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 262.

<sup>393</sup> Vgl. hierzu auch die parallelen Ausführungen zum Analogieverbot C.VI.

<sup>394</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 263.

<sup>395</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 360.

<sup>396</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 360.

<sup>397</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 360.

<sup>398</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 363.

lung einiges Gewicht zuzusprechen, wenn aus diesen ein Schutzbereich hinreichend klar hervorgeht.<sup>399</sup> Dennoch dürfe auch beim Wortlaut einer Vorschrift nicht stehengeblieben werden.<sup>400</sup> Bieten etwa die Gesetzgebungsmaterialien keine Hinweise auf den Normzweck, so bleibt eine eigene Wertung durch den Richter weiterhin erforderlich.<sup>401</sup>

Im Ergebnis wird es wohl selten einen Unterschied machen, ob die Ermittlung des Schutzzwecks als teleologische Auslegung begriffen und zur Ermittlung des *telos* auf die anderen Auslegungsmethoden zurückgegriffen wird oder ob hier von vornherein auf die übrigen Auslegungsmethoden beschränkt wird bzw. alle vier Auslegungsmethoden verwendet werden. Aufgrund der Gewaltenteilung erscheint es jedoch angemessen, weitergehende teleologische Erwägungen nur dann anzustellen, wenn sie dem erkennbaren Willen des historischen Gesetzgebers nicht entgegenstehen;<sup>402</sup> insofern ist ihnen nur Ergänzungsfunktion zuzubilligen. Dies zeigt sich auch bei *Larenz*, der davon ausgeht, dass teleologische Auslegung „Auslegung gemäß den erkennbaren Zwecken und dem Grundgedanken einer Regelung“<sup>403</sup> bedeute und historische Forschungen als Erkenntnisquelle dieses Zweckes und somit als „Hilfsmittel der juristischen Auslegung“ gelten.<sup>404</sup>

Im Folgenden ist daher darauf einzugehen, auf welche Art und Weise sich die weiteren Auslegungskriterien für die Ermittlung des Schutzzwecks eignen können.

## I. Grammatikalische Auslegung

Die grammatikalische Auslegung ist dann besonders ergiebig, wenn die zu untersuchende Norm das Verletzungsobjekt bereits im Tatbestand nennt, denn dies spricht dafür, dass die Norm zumindest auch den Schutz des Verletzungsobjekts bezweckt.<sup>405</sup> Dies formuliert *Schmiedel* sodann als Regel 1.<sup>406</sup> Ferner gehöre zum geschützten Personenkreis in der Regel das Subjekt, welches dem Verletzungsobjekt zugeordnet sei.<sup>407</sup> Aus gleichem Grund sind diese Regeln auf

---

<sup>399</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 363.

<sup>400</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 364. Enger sieht dies *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 51, der nur auf solche Intentionen des Gesetzgebers zurückgreift, die eine Andeutung im Wortlaut des Gesetzes haben.

<sup>401</sup> *U. Huber*, FS Heimpel, 440, 472; *R. Lang*, Normzweck und duty of care, S. 51;

<sup>402</sup> Eine ähnliche Zurückhaltung drückt auch *Wiegand* aus, wenn sie davon spricht, dass „in § 823 II keine Gesetzgebung durch den Richter zugelassen werden“ solle; vgl. *Wiegand*, Sachwalterhaftung, S. 134.

<sup>403</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 332.

<sup>404</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 330.

<sup>405</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 167.

<sup>406</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 168.

<sup>407</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen., S. 168 (Regel 2).

konkrete Gefährdungsdelikte zu übertragen.<sup>408</sup> Die von *Schmiedel* aufgestellten Regeln seien zwar nicht logisch zwingend, Ausnahmen allerdings äußerst unwahrscheinlich.<sup>409</sup> Regel 5 und 6 stellen sodann fest, dass eine Norm, welche unter Regel 1 und 2 fällt, keine weiteren Rechtsgüter und Subjekte schützt, es sei denn besondere Gründe sprechen dagegen.<sup>410</sup> Hierzu reiche schon, wenn ein bestimmtes Gut durch die Verletzung eines genannten Verletzungs-/Gefährdungsubjekts typischerweise geschädigt wird.<sup>411</sup>

Ferner hilft die grammatikalische Auslegung in Fällen, in denen eine Norm alternativ bestimmte Tatbestandsmerkmale formuliert.<sup>412</sup> Folglich konstatiert Regel 7 für solche Fälle, dass alle Tatbestandsalternativen grundsätzlichen denselben Schutz bezwecken, sofern Anhaltspunkte vorliegen, dass die Normstruktur nicht bloß kasuistisch ist.<sup>413</sup> Unbeantwortet lässt *Schmiedel* allerdings, wann von bloßer Kasuistik gesprochen werden kann.<sup>414</sup> Ist ein bestimmter Schutzzweck mit einer Alternative nicht vereinbar, so verfolgt die Norm in den eben genannten Fällen einen solchen vermutlich überhaupt nicht.<sup>415</sup>

Schließlich stellt *Schmiedel* die Frage, ob eine Norm auch denjenigen zu schützen bezweckt, der an der normwidrigen Handlung mitgewirkt hat, also seinerseits ebenfalls unter der Strafan drohung steht.<sup>416</sup> Zwar ließe sich für diese Fragestellung keine Regel bilden, dennoch sei zu bemerken, dass prinzipiell auch der Schutz eines ebenfalls unter Strafan drohung stehenden Subjekts bezweckt sein könne.<sup>417</sup>

Zu bedenken ist hier allerdings – wie *Karollus* feststellt –, dass die von *Schmiedel* aufgestellten Regeln nur zur Herausarbeitung von Wertungsindizien verwendet werden sollten.<sup>418</sup> Wird ihnen ein höherer Wert beigemessen und werden sie als unmittelbar verbindlich

---

<sup>408</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 168 (Regel 3 + 4).

<sup>409</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen., S.171.

<sup>410</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S.171. *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 352 insbes. Fn. 26 betont, dass gerade diese vorsichtige Formulierung notwendig ist, da sonst „eine rein schematische Schutzzweckermittlung postuliert“ wird.

<sup>411</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 171.

<sup>412</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 178. Dabei ist alternativ auch in Abgrenzung zu kasuistisch zu verstehen, wenn also mehrere Tatbestände lediglich durch die einheitliche Strafan drohung verbunden werden.

<sup>413</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 179.

<sup>414</sup> Hierauf weist auch *Spickhoff* hin; vgl. *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 264.

<sup>415</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 179 (Regel 8).

<sup>416</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 182.

<sup>417</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 187.

<sup>418</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 349.

beachtet, führt dies zu einer unerwünschten Einschränkung des Wertungsspielraums;<sup>419</sup> konkretere Angaben wären auf einer so generalen Ebene auch gar nicht möglich.<sup>420</sup>

## II. Systematische Auslegung

Nach *Schmiedel* ist bei der Auslegung des systematischen Zusammenhangs einer Norm zu beachten, dass die Normen von demselben Gesetzgeber erlassen wurden oder bewusst auf sie Bezug genommen wurde.<sup>421</sup> Verfolgen die umliegenden Normen ununterbrochen den Schutz desselben Rechtsguts, so kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass die zu untersuchende Norm dieses ebenfalls schützt.<sup>422</sup> Der Kontext der Norm kann somit aufschlussreich sein.<sup>423</sup> Darüber hinaus kann auch der Zweck des Gesamtgesetzes, gemeint ist die pauschalisierte rechtspolitische Stoßrichtung, herangezogen werden, um zumindest negativ eine Vorauswahl an infrage kommenden Schutzzwecken zu ermitteln.<sup>424</sup> Ob eine Norm an einer bestimmten Stoßrichtung teilhat, ist jedoch durch die Heranziehung sonstiger Kriterien darzulegen.<sup>425</sup>

## III. Historische Auslegung

Im Rahmen der historischen Auslegung können sowohl die Gesetzgebungsmaterialien als auch die Vorgeschichte einer Norm und die soziale Landschaft der Entstehungszeit nutzbar gemacht werden.<sup>426</sup> Es ist daher zu ermitteln, welche Interessenwertungen der Gesetzgeber mit einem Rechtssatz vollzogen hat, wobei unter Gesetzgeber nicht nur die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, sondern auch die Verfasser des Entwurfs gemeint sind.<sup>427</sup> Dabei ist zu beachten, dass nur Interessenwertungen, die auch noch bei Verabschiedung der Norm vorlagen, einzubeziehen sind;<sup>428</sup> Umformulierungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens liefern weitere Hinweise.<sup>429</sup>

## IV. Der Umgang mit Rechtsentwicklungen

Ferner stellt sich die Frage, ob die nach dem beschriebenen Verfahren ermittelten Schutzzwecke außer Acht bleiben können, wenn

---

<sup>419</sup> *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 349.

<sup>420</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 265.

<sup>421</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 190.

<sup>422</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 191.

<sup>423</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 191.

<sup>424</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 194.

<sup>425</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 195.

<sup>426</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 200 f.

<sup>427</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 215, bzgl. des Begriffs des Gesetzgebers vgl. S. 203–210.

<sup>428</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 216.

<sup>429</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 216.

diese aufgrund späterer Zwecksetzungen nicht mehr gewollt erscheinen oder sogar neue Schutzzwecke mit einbezogen werden können.<sup>430</sup>

Da Vorschriften aufrecht erhalten bleiben können, obwohl einer der Gesetzeszwecke nicht mehr gebilligt wird, sollte hier das ‚lex posterior derogat legi priori‘-Prinzip auch auf Gesetzeszwecke angewendet werden.<sup>431</sup> Widersprüche sind damit in dem Sinne aufzulösen, dass die ältere Wertung zurückgedrängt wird und somit nicht mehr gilt;<sup>432</sup> auch neue Schutzzwecke können auf diese Art hinzukommen.<sup>433</sup> Zu beachten ist allerdings, dass solche teleologischen Erwägungen im Hinblick auf die Gewaltenteilung nur äußerst restriktiv angewendet werden sollten. Hierzu wird es wohl regelmäßig erforderlich sein, dass sich aus nachträglich entstandenen Gesetzen oder ihren Materialien die Verwerfung eines Gesetzeszweckes ergibt und dieser Zweck nicht alleiniger Zweck der zu untersuchenden Norm ist, da sonst der Wille des Gesetzgebers, eine Norm aufrechtzuerhalten, respektiert werden müsste.<sup>434</sup>

---

<sup>430</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 233.

<sup>431</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 236.

<sup>432</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 237.

<sup>433</sup> *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 238 f.; mit hypothetischem Beispiel.

<sup>434</sup> Auch die allgemeine Auslegungslehre geht von einer grundsätzlichen Gesetzesbindung aus, vgl. *Rüthers/C. Fischer/Birk*, Rechtstheorie und juristische Methodenlehre, Rn. 730d.

## D. Schutzgesetztauglichkeit des Embryonenschutzgesetzes

Zunächst ist erneut hervorzuheben, dass nur wenige Normen bereits auf abstrakt genereller Ebene nicht von § 823 II BGB erfasst werden und die Einschränkung erfasster Normen vor allem auf konkret individueller Ebene stattfindet. Folglich sollen hier zunächst jene Normen des ESchG angesprochen werden, die bereits auf abstrakt-genereller Ebene als Schutzgesetze ausscheiden. In einem zweiten Schritt werden Eingrenzungsversuche auf konkret-individueller Ebene unternommen. Eine Prüfung auf der konkret-individuellen Ebene setzt jedoch voraus, dass konkrete Sachverhalte vorliegen. Um den Erkenntnisgewinn dieser Arbeit möglichst groß zu gestalten, ist es daher notwendig, nicht nur konkrete Einzelfälle heranzuziehen. Stattdessen wird sich vielmehr an der sog. ‚Stakeholderanalyse‘ des Projektmanagements<sup>435</sup> zu orientieren sein. Zu ermitteln ist demnach, welche Personen von der jeweils zu untersuchenden Norm betroffen sein und welche ihrer jeweiligen Rechtsgüter durch einen Verstoß gegen die Norm möglicherweise verletzt werden können. Schließlich ist auch zu erörtern, welche Gefahren von der jeweiligen Norm erfasst werden. Nur dadurch kann eine sinnvolle Antwort auf die Frage des Verhältnisses von Embryonenschutzgesetz und deliktischer Haftung aus § 823 II BGB in seiner Tiefe wie Breite eruiert werden. Dieses Verhältnis entfaltet sich, wenn die Ja/Nein-Antwort auf die Frage, ob ein Schutzgesetz vorliegt, um eine Darlegung des persönlichen, sachlichen und modalen Schutzbereichs ergänzt wird. Doch auch dann wird das Bild erst vollständig sein, wenn durch schadensrechtliche Erwägungen ergänzt wird, ob überhaupt ein nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB ersatzfähiger Schaden denkbar ist.

Durch das hier beschriebene Vorgehen, bei dem alle denkbaren Personenkreise im Rahmen des persönlichen Schutzbereichs zu ermitteln und zu untersuchen sind, entfällt das Erfordernis der gesonderten Überprüfung, ob das jeweilige Gesetz nach Zweck und Inhalt auch Individualschutz verfolgt. Kann im Rahmen des persönlichen Schutzbereichs der Schutz eines bestimmten Personenkreises festgestellt werden, handelt es sich somit nicht um bloße Allgemeininteressen.<sup>436</sup> Daher sollte es bei der Prüfung eines konkreten Lebenssachverhalts aus systematischen Gründen bei der Vorwegprüfung des generellen Individualschutzes bleiben.<sup>437</sup>

Bei dieser Betrachtung sollen zunächst zwei Fragestellungen ausgenommen und schließlich gesondert betrachtet werden, da sie für alle tauglichen Schutzgesetze des ESchG von gleicher Relevanz sind.

---

<sup>435</sup> Vgl. hierzu bspw. *Bea/Scheurer/Hesselmann*, Projektmanagement, S. 316 f.; *Burghardt*, Einführung in Projektmanagement, S. 68 f.

<sup>436</sup> Von dieser Möglichkeit der Integration des Individualschutzes in den persönlichen Schutzbereich geht auch *Schmiedel*, Deliktsobligationen, S. 120 aus.

<sup>437</sup> So wohl generell auch *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 113.

Dies erfasst zum einen die Frage, ob und wie das strafrechtliche Irrtumsrecht, im Speziellen der Verbotsirrtum, in das deliktsrechtliche Haftungsgefüge des § 823 II BGB einzufügen ist. Zum anderen ist zu fragen, ob eine analoge Anwendung einer Norm noch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB gelten kann. Hier gilt es insbesondere, die unterschiedlichen Ziele des (Neben-)Strafrechts und des Zivilrechts in Einklang zu bringen, da das ESchG strafrechtlich ausgestaltet wurde. So sieht das Gesetz nach Ansicht des Gesetzgebers strafrechtliche Verbote nur dort vor, „wo sie zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter unverzichtbar erscheinen.“<sup>438</sup>

Ferner ist die Untersuchung auf eigene Ansprüche des jeweiligen Rechtsgutsträgers beschränkt. Ansprüche, die sich möglicherweise aus § 844 oder § 845 BGB iVm § 823 II BGB und dem jeweiligen Schutzgesetz ergeben, bleiben, der Übersichtlichkeit geschuldet, jeweils außer Betracht. Überdies würde zum Beispiel auch ein Anspruch auf Beerdigungskosten gem. § 844 I BGB die Existenz als Person voraussetzen,<sup>439</sup> was im Falle einer Leibesfrucht oder einem früheren Stadium nicht gegeben ist.

Überdies liegt der Fokus auf den sich aus § 823 II BGB iVm dem jeweiligen Schutzgesetz ergebenden Schadensersatzansprüchen. Verschuldensunabhängige negatorische Ansprüche, die auf Verhinderung einer Rechtsgutsbeeinträchtigung oder der Beseitigung einer solchen gerichtet sind,<sup>440</sup> bleiben daher ebenfalls außer Betracht.

## **I. Normen, die offensichtlich ungeeignet sind, Schutznormqualität innezuhaben**

### **1. § 8 ESchG**

§ 8 I ESchG definiert zunächst den Begriff des Embryos für das ESchG legal<sup>441</sup> und stellt diesem jede totipotente Zelle gleich, welche einem Embryo entnommen wurde. § 8 II ESchG enthält daher eine widerlegliche Vermutung für das in § 8 I ESchG verwendete Merkmal der Entwicklungsfähigkeit.<sup>442</sup> Schließlich definiert § 8 III ESchG den Begriff der Keimbahnzelle legal.

---

<sup>438</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>439</sup> BGB-RGRK-*Steffen* § 823 Rn. 7.

<sup>440</sup> Vgl. nur Grüneberg-*Sprau* Einf v § 823 Rn. 23.

<sup>441</sup> Dass es sich trotz des Wortlauts „gilt“ nicht um eine Fiktion handelt, stellt *Müller-Terpitz* überzeugend dar, vgl. *Spickhoff-Müller-Terpitz*, ESchG § 8 Rn. 1.

<sup>442</sup> D. Prütting-*Braun*, ESchG § 8 Rn. 6; Erbs/Kohlhaas-*Häberle*, § 8 ESchG Rn.

Zwar bewirkt § 8 II ESchG, dass schon in einem Zeitraum vor dem Nachweis der Entwicklungsfähigkeit die Normen des ESchG greifen,<sup>443</sup> allerdings ist hierin, wie auch in den Begriffsdefinitionen, kein Verhaltensgebot oder -verbot enthalten; als Schutzgesetz ist § 8 ESchG somit untauglich.

## 2. § 3 IV, § 11 und § 12 ESchG

§ 11 I ESchG sanktioniert die Verhaltensgebote des § 9 Nr. 1, 2 und 3 ESchG (Arztvorbehalt) mit Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe. § 12 I ESchG legt fest, dass ein Verstoß gegen § 9 Nr. 4 ESchG eine Ordnungswidrigkeit darstellt. § 12 II ESchG nennt die maximale Höhe einer Geldbuße, nämlich 2500 €. Es handelt sich jedoch in diesen Fällen um eine bloß redaktionelle Trennung des Verhaltensgebots in § 9 ESchG von der straf- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtlichen Rechtsfolge. Darüber hinaus stellt auch § 3a IV ESchG eine solche bloß redaktionelle Trennung von Ordnungswidrigkeit und Verhaltensgebot dar. Gem. § 3a IV ESchG handelt nämlich ordnungswidrig, wer eine PID ohne die Erfüllung der Erfordernisse von Abs. 3 vornimmt.

Im Rahmen von § 823 II BGB kommt es jedoch auf das sanktionierte Verhalten an, welches vorliegend abschließend in § 9 ESchG bzw. § 3a I-III ESchG geregelt ist und noch zu untersuchen sein wird.<sup>444</sup> Im Gegensatz zu den oben<sup>445</sup> beschriebenen Bedenken in Bezug auf den Verschuldensmaßstab ergeben sich vorliegend keine Unterschiede, da aufgrund der nebenstrafrechtlichen Ausgestaltung des ESchG gem. § 15 StGB bzw. § 10 OWiG Vorsatz stets erforderlich ist, soweit das Gesetz fahrlässiges Handeln nicht ausdrücklich mit Strafe bedroht. Eine Fahrlässigkeitshaftung ist jedoch in keiner der Normen des ESchG vorgesehen.

Bedenken könnten gegen dieses Ergebnis bzgl. § 11 I Nr. 1 ESchG bestehen, da lediglich in § 11 II ESchG über die Regelung des § 9 Nr. 1 ESchG hinausgehend ein persönlicher Strafausschlussgrund vorgesehen ist, der damit einen eigenständigen Regelungsgehalt haben könnte.

Nach § 11 II ESchG ist nämlich weder die Frau, die eine künstliche Insemination bei sich vornimmt, noch der Mann, dessen Samen zu einer künstlichen Insemination verwendet wird, strafbar. § 11 II ESchG wurde aufgrund eines Änderungsantrags der SPD

---

<sup>443</sup> J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, ESchG § 8 Rn. 3 f.; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert, ESchG § 8 Rn. 3.

<sup>444</sup> Siehe C.II.27.

<sup>445</sup> Siehe A.VII.2VII.2.

eingefügt, da in der Selbstvornahme kein strafrechtlich relevantes Unrecht liege.<sup>446</sup>

Einen eigenständigen Regelungsgehalt in § 11 I Nr. 1 ESchG zu erblicken, kann jedoch aus mehreren Gründen nicht überzeugen. Zum einen zeigt schon der Verweis des persönlichen Strafausschlussgrundes auf § 9 Nr. 1 ESchG und nicht § 11 I Nr. 1 ESchG, dass nur darin das Verhaltensgebot oder -verbot zu erblicken ist. Zum anderen läuft die Regelung leer, da die selbst oder durch einen Dritten inseminierte Frau nicht taugliche Täterin iSd § 9 Nr. 1 ESchG sein kann.<sup>447</sup> Es handelt sich hierbei somit um die notwendige Teilnahme an einem Begehungsdelikt.<sup>448</sup>

Notwendige Teilnahme bezeichnet eine Tatsituation, in der die Verwirklichung des Tatbestands notwendigerweise die Beteiligung mehrerer erfordert.<sup>449</sup> Der Begriff ist alt, mittlerweile jedoch eingebürgert, allerdings ungenau, da unter ihn zB auch Fälle quasi-mittäterschaftlicher Begehung fallen.<sup>450</sup>

Die strafrechtliche Behandlung der notwendigen Teilnahme hängt nun davon ab, ob es sich um ein Konvergenz- oder ein Begegnungsdelikt handelt.<sup>451</sup> Ersteres zeichnet sich dadurch aus, dass mehrere in dieselbe Richtung auf die Rechtsgutsverletzung hinarbeiten, wohingegen Begegnungsdelikte vorliegen, wenn bei der Rechtsgutsverletzung von verschiedenen Seiten und mit unterschiedlichen Tätigkeitsakten vorgegangen wird.<sup>452</sup> Bei Konvergenzdelikten ist die rechtliche Beurteilung, dass nämlich alle Beteiligten grundsätzlich strafbar sind, unproblematisch anzunehmen, d. h. es gelten die allgemeinen Grundsätze.<sup>453</sup> Bei Begegnungsdelikten hat der Gesetzgeber hingegen regelmäßig nur die Strafbarkeit der in einer bestimmten Richtung Tätigwerdenden angeordnet, sodass sich hier die Frage

---

<sup>446</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>447</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 11 Rn. 13.

<sup>448</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 11 Rn. 13, der von notwendiger Beteiligung wegen Selbstgefährdung spricht.

<sup>449</sup> SK-StGB-Hoyer, Vor §§ 26–31 Rn. 72; MüKo-StGB-Kudlich, § 26 StGB Rn. 8; SSW-StGB-Murmann, Vor §§ 25 ff. Rn. 21; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 25; Wolter, JuS 1982, 343, 343 f.

<sup>450</sup> Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 133; MüKo-StGB-Joecks/Scheinfeld, Vor § 26 Rn. 31; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, § 26 Rn. 43; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 25.

<sup>451</sup> Schöne/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 41; MüKo-StGB-Joecks/Scheinfeld, Vor § 26 Rn. 31.

<sup>452</sup> Schöne/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 41; SK-StGB-Hoyer, Vor §§ 26–31 Rn. 73 mwN; MüKo-StGB-Kudlich, § 26 StGB Rn. 8; Lackner/Kühl/Heger-Heger Vor § 25 Rn. 12; SSW-StGB-Murmann, Vor §§ 25 ff. Rn. 21; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 26; ausführlich zur Systematik Küper, GA 1997, 304 ff.

<sup>453</sup> SK-StGB-Hoyer, Vor §§ 26–31 Rn. 73 mwN; MüKo-StGB-Kudlich § 26 StGB Rn. 9; LK-StGB-Schünemann/Greco Vor §§ 26, 26 Rn. 26.; Wolter, JuS 1982, 343, 344.

stellt, ob und inwieweit auch der von der anderen Seite Handelnde strafbar ist.<sup>454</sup> Dies ist grundsätzlich eine Frage der Auslegung des jeweiligen Tatbestands, allerdings bestehen hier auch einige allgemeine Grundsätze.<sup>455</sup>

Nach der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ ist jede Teilnahme straflos, die das Maß des zur Verwirklichung des Tatbestands Notwendigen nicht überschreitet.<sup>456</sup> Dies liegt darin begründet, dass das verletzte Rechtsgut gegenüber dem Teilnehmer nicht geschützt ist oder der Gesetzgeber eine Strafbarkeit für alle Beteiligten ausdrücklich anordnen würde, wie etwa bei §§ 331 ff. StGB.<sup>457</sup> Letztere These ist zwar als nicht zwingend kritisierbar, doch weicht in diesem Fall die Beteiligung vom Normalbild der Teilnahme so weit ab, dass eine Gleichstellung ohnehin ausscheidet.<sup>458</sup>

Selbst eine Überschreitung dieses Maßes bleibt daher dann straflos, wenn es sich um eine Person handelt, die durch eine Strafdrohung geschützt werden soll (‚Theorie des straflosen Schutzsubjekts‘).<sup>459</sup> Aus dem Strafgrund der Teilnahme ergibt sich nämlich, dass der Teilnehmer ein Rechtsgut angreifen muss, welches auch ihm gegenüber geschützt ist.<sup>460</sup> Es kann jedoch niemand in strafrechtlich relevanter Weise seine eigenen Rechtsgüter angreifen.<sup>461</sup> Hierfür ist daher ausreichend, dass sich der Teilnehmer in der Rolle des Tatopfers befindet, nicht jedoch ist darüber hinaus eine Dispositionsbefugnis über das Rechtsgut erforderlich.<sup>462</sup>

Fraglich ist indes, ob von einem Tatopfer nur im Falle der Rechtsgutsinhaberschaft des tatbestandlich geschützten Rechtsguts gesprochen werden kann oder auch dann, wenn es sich um eine reflexartige Begünstigung durch die jeweilige Norm handelt.<sup>463</sup> Gegen letztere

---

<sup>454</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 41; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 26.; Sowada, Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, S. 15 f.; Wolter, JuS 1982, 343, 344.

<sup>455</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 41; Lackner/Kühl/Heger-Heger Vor § 25 Rn. 12; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 26.

<sup>456</sup> MüKo-StGB-Joecks/Scheinfeld, Vor § 26 Rn. 34; Lackner/Kühl/Heger-Heger, Vor § 25 Rn. 12; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 27.

<sup>457</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 43; Wolter, JuS 1982, 343, 345.

<sup>458</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, § 26 Rn. 52 f.

<sup>459</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 42; SK-StGB-Hoyer, Vor §§ 26-31 Rn. 74; Lackner/Kühl/Heger-Heger, Vor § 25 Rn. 12; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 27.

<sup>460</sup> MüKo-StGB-Joecks/Scheinfeld, Vor § 26 Rn. 33; SSW-StGB-Murmann, Vor §§ 25 ff. Rn. 21 mwN; LK-StGB-Schünemann/Greco, Vor §§ 26, 27 Rn. 31.

<sup>461</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, § 26 Rn. 44.

<sup>462</sup> SK-StGB-Hoyer, Vor §§ 26-31 Rn. 74 mwN, an einer Dispositionsbefugnis fehlt es zB beim Verlangen der eigenen Tötung, die keine Anstiftung zu §§ 216, 22 StGB darstellt.

<sup>463</sup> Vgl. hierzu Sowada, Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, S. 95 mwN zu den jeweiligen Ansichten.

Ansicht sprechen sowohl die Schwierigkeit der Ermittlung einer solchen Reflexwirkung als auch das damit einhergehende Risiko der Vermischung von Rechtsgutsbestimmung und Dispositionsbefugnis.<sup>464</sup>

Die Verfolgung einer Selbstbegünstigungsabsicht führt hingegen grundsätzlich nicht zur Straflosigkeit der notwendigen Teilnahme.<sup>465</sup> Auch hier ist aber zu beachten, dass es sich um eine Auslegungsfrage des jeweiligen Tatbestands handelt.<sup>466</sup>

Andererseits bleibt grundsätzlich straflos, wer auf der Seite des strafflosen, notwendigen Beteiligten mitwirkt, eine Beteiligung an notwendiger Beteiligung scheidet somit grundsätzlich aus.<sup>467</sup>

Auf die hier vorliegende Fragestellung übertragen bedeutet dies, dass es grundsätzlich eine Frage der Auslegung ist, ob im Fall eines Begegnungsdelikttes ein notwendig Beteiligter straffrei ist. Anzunehmen ist hier demnach eine Straffreiheit bereits nach allgemeinen Grundsätzen, wenn der notwendig Beteiligte durch die Norm geschützt werden soll. Laut Gesetzgebungsmaterialien soll der Arztvorbehalt dem Schutz von Leben und Gesundheit der Beteiligten dienen.<sup>468</sup> Zwar werden diese Schutzgüter nicht eingehender bezeichnet, lebensnah ist es jedoch, hier auch die Frau zu erfassen, an der die Insemination durchgeführt wird.<sup>469</sup> Folglich ist diese Frau notwendig Beteiligte und somit auch ohne die ausdrückliche Anordnung in § 11 II ESchG als straflos anzusehen.

Demnach stellt § 11 I Nr. 1 ESchG keine eigenständige Regelung dar, sondern ist eine bloß redaktionelle Trennung der strafrechtlichen Sanktion. Daher sind die §§ 11, 12, 3 IV ESchG als bloß redaktionelle Trennung der Sanktion von dem eigentlichen Verhaltensgebot oder –verbot zu sehen; sie stellen daher keine Schutzgesetze iSd § 823 II BGB dar.

### 3. § 13 ESchG

§ 13 ESchG lautet: „Dieses Gesetz tritt am 01. Januar 1991 in Kraft.“ Damit wird lediglich das Inkrafttreten festgestellt, ohne dass darin

---

<sup>464</sup> Sowada, Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, S. 96.

<sup>465</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 42; SSW-StGB-Murmann, Vor §§ 25 ff. Rn. 21 mit Nachweisen zur Rspr; aA wohl Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, S. 136.

<sup>466</sup> Schönke/Schröder-Heine/Weißer, Vor §§ 25 ff. Rn. 44 f. So ist zB durch die Neufassung der §§ 257 f. StGB im Jahre 1974, insbesondere wegen § 257 III StGB, nicht mehr von einer Anstiftungstrafbarkeit des Begünstigten auszugehen.

<sup>467</sup> Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, § 26 Rn. 56.

<sup>468</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>469</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 11 Rn. 13. Zur Schutzweite von § 9 ESchG selbst, siehe unten.

ein Verhaltensgebot oder -verbot liegt. Folglich scheidet § 13 ESchG als Schutzgesetz aus.

## II. Auf Schutzgesetzeigenschaft zu überprüfende Normen

### 1. § 1 I Nr. 1 ESchG

Gem. § 1 I Nr. 1 ESchG ist es untersagt, auf eine Frau fremde unbefruchtete Eizellen zu übertragen. Hierunter fallen nach der Ansicht des Gesetzgebers sowohl die Übertragung einzelner Eizellen als auch die Transplantation ganzer Eierstöcke nach dem Tod der Transplantatspenderin.<sup>470</sup> Von der Strafbarkeit ausgenommen sind nach Ansicht des Gesetzgebers jedoch Transplantationen, bei denen eine Befruchtung der Eizellen von vornherein nicht in Betracht kommt, wie etwa zur Aufrechterhaltung bestimmter Hormonbildungen oder aus therapeutischen Gründen.<sup>471</sup> Vom Tatbestand erfasst ist hingegen die Mitochondrienspende<sup>472</sup> im Falle unbefruchteter und imprägnierter Eizellen, da diese – der überzeugenden Darstellung *Deuring's* folgend – durch das fremde Zytoplasma nicht mehr als ausschließlich eigen und damit als fremd zu qualifizieren ist.<sup>473</sup>

In der Vorschrift des § 1 I Nr. 1 ESchG ist daher ein klares Verbot umschrieben.

#### a. Geschützter Personenkreis

Fraglich ist zunächst, wer zum geschützten Personenkreis des § 1 I Nr. 1 ESchG gehört. Ziel der Norm ist laut Gesetzesbegründung die Verhinderung sog. gespaltener Mutterschaften, wobei der Schutz schon im Vorfeld einsetzt.<sup>474</sup> Dies wird näher damit begründet, dass zur Zeit der Entstehung des Gesetzes noch nicht bekannt war, wie die Identitätsfindung junger Menschen vor allem während der Pubertät durch die gespaltene Mutterschaft (negativ) beeinträchtigt werde.<sup>475</sup> Als vom persönlichen Schutzbereich umfasst kommen sowohl das noch nicht gezeugte Kind (*nondum conceptus*) als auch die Eizellspenderin sowie die Eizellempfängerin in Betracht. Ersteres ist jedoch problematisch, da das Kind, um dessen Anspruch es geht, zur Zeit der tatbestandsmäßigen Handlung nicht existiert, d. h. noch nicht gezeugt wurde.

Bevor der Frage nachgegangen wird, ob der *nondum conceptus* dem von § 1 I Nr. 1 ESchG geschützten Personenkreis angehört, ist zunächst zu klären, ob ein *nondum conceptus* überhaupt als geschützte

---

<sup>470</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>471</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>472</sup> Zu den medizinischen Details siehe unter A.II.1.i.

<sup>473</sup> *Deuring*, MedR 2017, 215, 219 f.

<sup>474</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6, 7.

<sup>475</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

Person eines deliktischen Anspruchs in Frage kommt. Es gilt nämlich zu bedenken, dass zum Zeitpunkt der Erlangung der Rechtsfähigkeit kein unversehrter Zustand bestand. Ferner könnte die ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung der Annahme eines eigenständigen und nicht nur über die Eltern vermittelten Schutzes entgegenstehen.

#### **i. Die Beachtlichkeit des *nondum conceptus* als geschützte Person**

Problematisch könnte dies zunächst im Hinblick auf § 1 BGB erscheinen, wonach die Rechtsfähigkeit mit der Vollendung der Geburt beginnt.

Nach wohl einhelliger Auffassung schadet die noch fehlende Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB weder nach noch vor Zeugung einem Anspruch aus Delikt.<sup>476</sup>

Dies ist seit der Lues-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1953 anerkannt.<sup>477</sup> Damals erhielt die Mutter der Klägerin noch vor Zeugung der Klägerin eine Bluttransfusion, über die sie sich mit Lues (Syphilis) ansteckte.<sup>478</sup> Nach Ansicht des Gerichts stand auch der später geborenen Klägerin ein Anspruch aus § 823 I BGB zu.<sup>479</sup> Dass bei dem Kind ein unversehrter Zustand der Gesundheit niemals bestand, sei unschädlich, da schon „jede Entziehung oder Störung, die von einem Menschen herrührt und das natürliche Wachstum und die natürliche Entfaltung hindert oder beeinträchtigt“ eine Rechtsgutsverletzung darstelle.<sup>480</sup> Natur und Schöpfung geben insoweit den Gesundheitsbegriff vor.<sup>481</sup> Hierauf stellte das Gericht bei der Geburt als kranker, mit Lues behafteter Mensch ab.<sup>482</sup>

Schwieriger erscheint jedoch die dogmatische Begründung dieses Ergebnisses; jene des BGHs überzeugt freilich nicht, denn sie lässt sich zB nicht mit § 1923 II BGB<sup>483</sup> in Einklang bringen.<sup>484</sup> Überzeugender erscheint hingegen die Anwendung der Regeln des zeitlichen Distanzdelikts, also der Unbeachtlichkeit des Auseinanderfallens

---

<sup>476</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 42 mwN.

<sup>477</sup> BGH, NJW 1953, 417.

<sup>478</sup> BGH, NJW 1953, 417, 417.

<sup>479</sup> BGH, NJW 1953, 417, 417.

<sup>480</sup> BGH, NJW 1953, 417, 417, hierin sei laut *Selb*, AcP 1966, 76, 91, jedoch keine naturrechtliche Begründung zu sehen.

<sup>481</sup> BGH, NJW 1953, 417, 418.

<sup>482</sup> BGH, NJW 1953, 417, 418.

<sup>483</sup> Erbunfähigkeit des nicht lebend geborenen Embryos.

<sup>484</sup> Heldrich, JZ 1965, 593, 595.

von Verletzungshandlung und Rechtsgutsverletzung.<sup>485</sup> Diese Ansicht sieht sich jedoch in den Fällen, in denen das verletzte Rechtsgut nie unbeschädigt bestand, der Kritik ausgesetzt.<sup>486</sup>

Eine für letztere Fälle die Schadensersatzpflicht ablehnende Ansicht zieht daher einen Vergleich mit dem geschützten Rechtsgut Eigentum: Die Präexistenz des Eigentums ist für eine Eigentumsverletzung zwingend erforderlich. So stellt beispielsweise auch der Erhalt einer mangelhaften Sache keine Eigentumsverletzung dar (Problem des sog. Weiterfresserschaden).<sup>487</sup>

Dies verkennt jedoch, dass diese konkrete Frage funktional gerade der Abgrenzung von Sachmangelgewährleistungsrecht und Deliktsrecht dient.<sup>488</sup> Zudem ist im Gegensatz zum Eigentum als normgeprägtes Rechtsgut die Zuweisung personaler Rechtsgüter wie Körper und Gesundheit zum Rechtsgutsträger sowie deren Inhalt von Natur aus vorgegeben.<sup>489</sup> In diesem Sinne lässt sich auch der Maßstab des normal gesunden Menschen anwenden.<sup>490</sup>

Dennoch erscheint es wohl am überzeugendsten mit *Hager* in Art. 2 II 1 GG eine Pflicht des Gesetzgebers zum Schutz des ungeborenen Lebens auch durch zivilrechtliche Mittel zu sehen.<sup>491</sup> Daraus ergibt sich zugleich die Pflicht, den Ausdruck „eines anderen“ in § 823 I BGB weit zu verstehen mit der Konsequenz, dass auch der *nondum conceptus* hiervon erfasst sein kann.<sup>492</sup> Träger des Schadensersatzanspruchs wird das Kind somit erst mit seiner Geburt.<sup>493</sup> Dieses Ergebnis steht auch durchaus im Einklang mit § 1 BGB, denn die dortige Regelung der Rechtsfähigkeit beinhaltet nicht zugleich auch eine Regelung über die Verletzungsfähigkeit von Schutzgütern vor ihrer Existenz.<sup>494</sup>

---

<sup>485</sup> So zB vertreten von *Geigel*, NJW 1950, 388, 288; *Selb*, AcP 1966, 76, 93; *Erman-Wilhelmi* § 823 BGB Rn. 22, der vom Eintritt des Verletzungserfolgs zum Zeitpunkt der Rechtsfähigkeit spricht.

<sup>486</sup> *Heldrich*, JZ 1965, 593, 596; *Rolfs*, JR 2001, 140, 141; *R. Schmidt*, JZ 1952, 167, 167.

<sup>487</sup> *Deynet*, Rechtsstellung, S. 158.

<sup>488</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, § 76 II 1. h); *Rolfs*, JR 2001, 140, 142.

<sup>489</sup> *Rolfs*, JR 2001, 140, 142.

<sup>490</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 22.

<sup>491</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 42; so auch schon *Laufs*, NJW 1965, 1053, 1055; ähnlich auch *Kreße*, ZEuP 2014, 504, 516, welcher allerdings für eine Herleitung aus der Menschenwürdegarantie plädiert; aA *Selb*, AcP 1966, 76, 99, der in einem solchen Zitat eine Anerkennung beschränkter Rechtsfähigkeit sieht.

<sup>492</sup> So auch *Rolfs*, JR 2001, 140, 141.

<sup>493</sup> *Brox/Walker*, BGB AT, § 33 Rn. 5.

<sup>494</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, § 76 II. 1. h); *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn. 233.

Voraussetzung der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs ist somit, wie schon in der Lues-Entscheidung, die Lebendgeburt des Kindes.<sup>495</sup> Insofern sind die Rechte des *nondum conceptus* aufschiebend bedingt.<sup>496</sup>

Dies bedeutet im Ergebnis auch, dass für die Annahme einer Rechtsgutsverletzung der Mensch im Zeitpunkt seiner Zeugung nicht unversehrt bestehen muss. Sehr zutreffend formuliert *Wolf* diesbezüglich: „Das Handeln, das dem Menschen zum Sein verhilft, kann ihn bereits verletzen. Dem steht nicht entgegen, daß eine unverletzte Zeugung in solchen Fällen medizinisch unmöglich, der einzige Weg, die Verletzung zu vermeiden, im Unterlassen der Zeugung liegen mag. Dies ändert nichts an der Tatsache der Verletzung. Die Zeugung macht diese erst möglich, hebt sie jedoch nicht auf.“<sup>497</sup>

Die hier dargestellte Thematik wurde in Literatur und Judikatur soweit ersichtlich bisher lediglich im Rahmen des § 823 I BGB diskutiert, welcher die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts „eines anderen“ mit einer Schadensersatzpflicht belegt. Doch betrifft die Fragestellung ebenso § 823 II BGB, denn in dessen Rahmen geht es um einen Verstoß gegen ein den Schutz „eines anderen“ bezweckendes Gesetz.

Ein Blick auf die Öffnungsfunktion des § 823 II BGB<sup>498</sup> zeigt, dass § 823 II BGB den Schutz „eines anderen“ auch dadurch bezwecken kann, dass es insbesondere im Rahmen abstrakter Gefährungsdelikte zu einer Vorverlagerung der Haftung kommt. Lässt sich der Schutz eines anderen hingegen nur dadurch realisieren, dass der Tatbestand im Vorfeld der Rechtsfähigkeit ansetzt, so ist dies eine Wertentscheidung des diese Norm schaffenden Gesetzgebers, welche es im Rahmen des § 823 II BGB zu respektieren gilt. Durch die fehlende Anknüpfung des § 823 II BGB an den Verletzungserfolg muss dies daher im Vergleich zur Lösung für die Fälle des § 823 I BGB erst recht gelten.

Im Hinblick auf § 1 BGB gilt es somit lediglich zu beachten, dass das Kind erst mit Lebendgeburt zum Träger des Schadensersatzanspruchs wird. Damit kann bereits ein *nondum conceptus* dem Schutzbereich einer Norm unterfallen, wenn dieser individuell konkret und nicht nur seiner Gattung nach geschützt werden soll.

---

<sup>495</sup> *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber, 837, 848; *Heldrich*, JZ 1965, 593, 596; *Rolfs*, JR 2001, 140, 142; *Paehler*, FamRZ 1972, 189, 189; *Soergel-Spickhoff*, Anh. I § 823 Rn. 196; *Stoll*, FS Nipperdey, 739, 756.

<sup>496</sup> *Grüneberg-Ellenberger*, § 1 Rn. 7, 9.

<sup>497</sup> *Wolf* in: *E. Wolf/Naujoks* (Hrsg.), Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, S. 170.

<sup>498</sup> Siehe hierzu B.I.1.

## ii. Vereinbarkeit mit der ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung

Allerdings könnte dieses Ergebnis im Widerspruch zur ‚Kind als Schaden‘- bzw. ‚wrongful life‘-Problematik stehen.

Für die ‚wrongful life‘-Problematik prägend war ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1983.<sup>499</sup> In dem diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt ging es darum, dass eine erlaubte Beendigung der Schwangerschaft unterblieb, weil eine Röteln-Infektion der Mutter nicht erkannt wurde.<sup>500</sup>

Die Kindesmutter,<sup>501</sup> nicht aber das Kind selbst erhielt im Rahmen der ‚wrongful life‘-Problematik einen Anspruch auf Ersatz des Unterhaltsschadens.<sup>502</sup> Begründet wird die Ablehnung eines eigenen Anspruchs des Kindes damit, dass eine deliktische Pflicht zur Verhinderung der Geburt nicht bestehe, denn das menschliche Leben sei als höchstrangiges Rechtsgut absolut erhaltungswürdig.<sup>503</sup> Der Beklagte habe den Zustand des Kindes weder verursacht noch hätte er diesen verhindern können.<sup>504</sup> Nach der Differenzhypothese bestehe damit ein Schaden nur in der Nichtexistenz, aus der sich jedoch kein Recht begründet.<sup>505</sup>

Der Kindesmutter steht hingegen ein Anspruch auf Unterhalt aus Vertragsverletzung zu.<sup>506</sup> Zu Beginn des Jahres 1993 stellte das Bundesverfassungsgericht in seiner 2. Abtreibungsentscheidung in Leitsatz 14 fest, dass das Dasein eines Kindes von Verfassungs wegen rechtlich nicht als Schadensquelle qualifiziert, weshalb auch die Unterhaltspflicht für ein Kind nicht als Schaden begriffen werden dürfe.<sup>507</sup>

In einer hierauf folgenden Entscheidung des BGH im November 1993 hatte dieser über einen Fall zu entscheiden, bei dem die Eltern das Vorhandensein einer genetischen Disposition zu einer Erbkrankheit vor der Zeugung eines weiteren Kindes abklären lassen wollten.<sup>508</sup> Hier betonte der BGH, dass die Trennung der Existenz des

---

<sup>499</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371.

<sup>500</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1371.

<sup>501</sup> Sowie auch der Kindesvater, allerdings sind seine Ansprüche über den Einbezug in den Schutzbereich des Behandlungsvertrag begründet, vgl. *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>502</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371., 1372.

<sup>503</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373 mit Verweis auf BVerfG, NJW 1975, 573 (1. Abtreibungsentscheidung)

<sup>504</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>505</sup> *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, Kap. X Rn. 135.

<sup>506</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1372.

<sup>507</sup> *BVerfG*, NJW 1993, 1751., 1751.

<sup>508</sup> *BGH*, NJW 1994, 788, 788.

Kindes von der Unterhaltsbelastung der Eltern logische Folge schadensrechtlicher Betrachtungsweise sei und gerade keine künstliche Aufspaltung bedeute.<sup>509</sup> Lediglich der Vergleich von Existenz und Nichtexistenz des Kindes begegne verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Menschenwürde aus Art. 1 GG.<sup>510</sup> Es handelte sich beim Anspruch der Eltern jedoch um eine Beschränkung auf der wirtschaftlichen Seite des Lebenssachverhalts.<sup>511</sup> Durch den Schadensersatzanspruch der Eltern werde auch nicht das Lebensrecht des Kindes in Frage gestellt, die Differenzhypothese sei vielmehr als Rechenoperation wertneutral.<sup>512</sup>

Die Annahme des Schutzes des *nondum conceptus* durch § 1 I Nr. 1 ESchG könnte insofern mit der ‚Kind als Schaden‘-Rpsr in Widerspruch stehen, als dass das Kind möglicherweise dadurch geltend macht, dass seine Existenz einen Schaden darstelle.

Doch finden die Erwägungen der ‚wrongful life‘-Rechtsprechung auf die hier vorliegende Fallgestaltung aus mehreren Gründen keine Anwendung.

Zum einen ist zu bedenken, dass sich die Erwägungen auf den Schaden beziehen. Hier geht es jedoch in einem vorgelagerten Schritt zunächst einmal nur darum, herauszufinden, ob der *nondum conceptus* in den Schutzbereich des § 1 I Nr. 1 ESchG einbezogen werden darf. Ihn in Hinblick auf den Schutz seiner Menschenwürde aus Art. 1 GG aus dem Schutzbereich der Norm herauszunehmen, erscheint allerdings schon auf ersten Blick widersprüchlich, um nicht zu sagen absurd.

Ferner besteht auch ein Unterschied zwischen der Lues-Entscheidung und der ‚wrongful life‘-Rechtsprechung im Hinblick auf das vorgeworfene Verhalten. Im Rahmen von ‚wrongful life‘ geht es um Fälle, in denen der Arzt nicht für die Leiden des später geborenen Kindes verantwortlich ist, sondern dafür, dass eine erlaubte Abtreibung unterblieben ist bzw. im Fall der genetischen Vorbelastung, dass es überhaupt zu einer Zeugung gekommen ist. Im Rahmen der Lues-Entscheidung wiederum hat der Angeklagte selbst aktiv einen kausalen Beitrag dafür gesetzt, dass es zu dem für das Kind nachteiligen Zustand kam.<sup>513</sup> Die Situation liegt hier somit deutlich näher an der der Lues-Entscheidung. Denn vorliegend wird gerade die aktive Verhaltensweise, nämlich das Übertragen einer fremden Eizelle auf eine Frau, durch § 1 I Nr. 1 ESchG verboten. Wie es sich auswirkt, dass dadurch gerade ein für die Existenzwerdung des Kindes

---

<sup>509</sup> BGH, NJW 1994, 788, 791.

<sup>510</sup> BGH, NJW 1994, 788, 791.

<sup>511</sup> BGH, NJW 1994, 788, 791.

<sup>512</sup> BGH, NJW 1994, 788, 792.

<sup>513</sup> Picker, Schadensersatz, S. 21 Fn. 51; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 235.

wesentlicher Schritt untersagt wird und ob deshalb entsprechende normative Erwägungen oder Korrekturen im Rahmen der Differenzhypothese erforderlich sind, ist jedoch eine Frage des Schadens und nicht des persönlichen Schutzbereichs.<sup>514</sup>

Schließlich soll angemerkt werden, dass sich die ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung auch berechtigter Kritik ausgesetzt sieht. So sollte etwa bedacht werden, dass es der hohe Stellenwert des Lebens erforderlich macht, Schädigungen, die anderen zuzurechnen sind durch Ersatzansprüche gerade zu mildern.<sup>515</sup> Im Falle eines Versterbens der Eltern blieben daher die Kinder mangels eigener Ansprüche gänzlich unversorgt.<sup>516</sup>

### iii. Zwischenergebnis: Geschützte Person – das noch nicht gezeugte Kind?

Der Gesetzgeber wollte den *nondum conceptus* davor schützen, dass sein Aufwachsen von erheblichen seelischen Konflikten begleitet wird.<sup>517</sup> Dies zeigt, dass es hier nicht nur um einen Schutz des *nondum conceptus* seiner Gattung nach geht, sondern die späteren Folgen für den Einzelnen schon vor Zeugung vermieden werden sollen. Folglich ist der *nondum conceptus* als geschützte Person des § 1 I Nr. 1 ESchG anzuerkennen.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

### iv. Geschützte Person – Eizellspenderin/-empfängerin?

Fraglich ist zudem, ob auch die Eizellspenderin und die Eizellempfängerin durch § 1 I Nr. 1 ESchG geschützt werden. *Häberle* bringt vor, dass die Belange von Eizellspenderin und -empfängerin keinen eigenständigen Schutzzweck des Verbots darstellen, sondern nur insoweit wesentlich seien, als ihr Verhalten das Kindeswohl beeinflussen könne.<sup>518</sup> Dieser Gedanke entstammt einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung des BGH.<sup>519</sup> In der Gesetzesbegründung zum Embryonenschutzgesetz wird die psychische Belastung der Frauen lediglich im Hinblick auf einen potentiellen Konflikt zwischen genetischer und biologischer Mutter mit Folgen für das seelische Wohlbefinden des Kindes dargestellt.<sup>520</sup> Damit lässt sich feststellen,

---

<sup>514</sup> Vgl. hierzu Ausführungen unter C.II.1.f.

<sup>515</sup> *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 22.

<sup>516</sup> *Katzenmeier* in: *Laufs/Katzenmeier/Lipp* (Hrsg.), *Arztrecht*, Kap. X Rn. 135; *Erman-Wilhelmi*, § 823 Rn. 22.

<sup>517</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>518</sup> *Erbs/Kohlhaas-Häberle*, § 1 I ESchG Rn. 7.

<sup>519</sup> *BGH*, NJOZ 2016, 1618, Rn. 25 f.

<sup>520</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

dass § 1 I Nr. 1 ESchG den Schutz der beteiligten Frauen vor seelischen Belastungen im Kontext der Eizellspende zwar zu bewirken vermag, nicht jedoch bezweckt. Dieses Ergebnis lässt sich auch durch systematische Erwägungen untermauern. Denn wie § 1 III Nr. 1 ESchG nahelegt, sind diese Frauen, wenn sie in dieser Vorschrift nicht explizit von der Strafbarkeit ausgenommen werden, potenziell an der Straftat Beteiligte. Wie bereits *Knöpfle* am Beispiel des Badeverbots wegen gefährlicher Strudel gezeigt hat,<sup>521</sup> ist nicht einmal Täterschaft notwendigerweise ein Hinweis darauf, dass der Schutz des Handelnden nicht auch bezweckt sei. Vorliegend ist der Hintergrund des Strafbarkeitsausschlusses jedoch das fehlende Strafbedürfnis aufgrund der regelmäßigen Handlung der Frauen aus altruistischen Gründen.<sup>522</sup> Damit geht der Gesetzgeber auch an dieser Stelle nicht von einer besonderen Schutzwürdigkeit der Frauen aus, sondern trägt lediglich ihrer Selbstlosigkeit Rechnung, sodass die Situation auch nicht mit oben erwähntem Beispiel vergleichbar ist.<sup>523</sup> Daher unterfallen Eizellspenderin und -empfängerin nicht dem persönlichen Schutzbereich von § 1 I Nr. 1 ESchG.

#### **b. Geschütztes Rechtsgut des *nondum conceptus***

Eine große Sorge des Gesetzgebers besteht im Hinblick auf das Entstehen sog. gespaltener Mutterschaften.<sup>524</sup> In diesem Zusammenhang wird die Wahrung des Kindeswohls als besonders beachtungswürdig bezeichnet.<sup>525</sup> In Bezug auf die gespaltene Mutterschaft weist der Gesetzgeber schließlich auf die Möglichkeit hin, dass eine Eizellspenderin im Rahmen ihrer eigenen Kinderwunschbehandlung kinderlos bleibt, eine andere Frau jedoch ein mit jener genetisch verwandtes Kind gebäre.<sup>526</sup> Dann sei jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Eizellspenderin mit Versuchen der Anteilnahme am Schicksal des Kindes erhebliche seelische Konflikte auslöse.<sup>527</sup> Im Fall der Transplantation ganzer Eierstöcke käme erschwerend hinzu, dass die

---

<sup>521</sup> *Knöpfle*, NJW 1967, 697, 698.

<sup>522</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>523</sup> Dass diese Entscheidung nicht zwingend ist, zeigt der Vergleich zum österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetz. In seiner ursprünglichen Fassung wurde das Verbot der Eizellspende auch mit der drohenden Belastung, Ausnutzung und Ausbeutung der Frauen begründet; vgl. Regierungsvorlage in 216 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP, ausgedruckt am 30.07.1991, abrufbar unter: [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XVIII/I/I\\_00216/imfname\\_260596.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XVIII/I/I_00216/imfname_260596.pdf) (zuletzt abgerufen am 31.03.2023)

<sup>524</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>525</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>526</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>527</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

genetische Mutter des Kindes zum Zeitpunkt seiner Erzeugung bereits verstorben war.<sup>528</sup> Die Norm soll somit die Eindeutigkeit der Mutterschaft und damit das Kindeswohl gewährleisten.<sup>529</sup>

Dem Strafrecht des StGB ist der Begriff des Kindeswohls fremd, wenn es auch Tatbestände gibt, deren Verwirklichung für die Entwicklung eines Kindes besonders gefährlich sind, wie etwa die Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht, § 171 StGB, die Misshandlung von Schutzbefohlenen, § 225 StGB oder Straftatbestände des Abschnitts Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung wie §§ 173, 174, 180, 180a und 182 StGB.<sup>530</sup> Der Begriff des Kindeswohls ist zwar zivilrechtlichen Normen nicht ungeläufig, aber dennoch unbestimmt und undefiniert.<sup>531</sup> Die jeweiligen Normen stellen daher Einzelaspekte des Kindeswohls dar, wie die körperliche, geistige und seelische Unversehrtheit in § 1666 I BGB, das Heranwachsenkönnen zu einer selbstständigen und verantwortungsbewussten Person, § 1626 II BGB sowie die Stabilität und Kontinuität der Beziehung zu Sorgeberechtigten, zB § 1666a BGB.<sup>532</sup> Wie bereits festgestellt<sup>533</sup> ist der Rechtsgutsbegriffs des sachlichen Schutzbereichs nicht strafrechtlicher Natur, darf also auf konkrete Verletzungs- und Gefährdungsobjekte bezogen werden. Eine Abstrahierung würde indes bedeuten, auf das Kindeswohl per se abzustellen. Folglich ist das Kindeswohl wie auch in anderen zivilrechtlichen Normen nur in Form seiner Einzelaspekte relevant. Im Rahmen des § 1 I Nr. 1 ESchG hatte der Gesetzgeber an die Erschwerung der seelischen Entwicklung des Kindes in seiner eigenen Identitäts- bzw. Selbstfindung aufgrund der gespaltenen Mutterschaft gedacht;<sup>534</sup> nur diese gehört daher in den sachlichen Schutzbereich von § 823 II BGB iVm § 1 I Nr. 1 ESchG.

Verfehlt wäre es deshalb in der Klarstellung des § 1591 BGB, in Kraft getreten am 01.07.1998, nach der Mutter eines Kindes stets die Frau ist, die dieses auch geboren hat und somit eine Unmöglichkeit gespaltenen Mutterschaften anzunehmen und damit der Unmöglichkeit als Ansatzpunkt einer Kindeswohlgefährdung auszugehen. Laut Gesetzesbegründung wurde die Norm geschaffen, um gespaltenen Mutterschaften zu vermeiden.<sup>535</sup> Doch greift dieser Gedanke zu kurz.<sup>536</sup> Die Norm legt zwar die rechtliche Mutterschaft fest<sup>537</sup> an

---

<sup>528</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>529</sup> Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 4.

<sup>530</sup> Vgl. hierzu auch nicht mehr aktuelle Liste von Keller, FS Tröndle, 705, 711 f.

<sup>531</sup> MüKo-BGB-Lugani § 1696 Rn. 26 vgl. auch dortige Auflistung.

<sup>532</sup> MüKo-BGB-Lugani § 1696 Rn. 26.

<sup>533</sup> Siehe oben unter B. II. 4. Sachlicher Schutzbereich.

<sup>534</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>535</sup> BT-Drs. 13/4899 S. 52.

<sup>536</sup> Vgl. hierzu auch Gassner, ZRP 2015, 126, 126, der § 1591 aus der Perspektive der Rechtssicherheit betrachtet.

<sup>537</sup> Davon spricht auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 13/4899, S. 52, 82.

den potenziell negativen, sozialen Implikationen für das Kind, wie sie in der Gesetzesbegründung zum Embryonenschutzgesetz beschrieben wurden; das ändert jedoch nichts an der Rechtsstellung der Geburtsmutter als einzig anzuerkennende Mutter. Dies war auch dem Gesetzgeber bewusst, der keine zivilrechtliche Billigung der Eizellspende, sondern lediglich eine Konfliktregelung für den Fall des Verstoßes oder einer Vornahme im Ausland schaffen wollte.<sup>538</sup> Damit hat die Neuregelung der rechtlichen Mutterschaft keinen Einfluss auf die Beurteilung des Rechtsguts Kindeswohl im Hinblick auf die aus gespaltener Mutterschaft folgenden Entwicklungsprobleme, insbesondere nicht auf die Identitäts- und Selbstfindung.

Nicht überzeugen kann es jedoch, das Rechtsgut Kindeswohl den Eltern des Kindes zuzuordnen,<sup>539</sup> dies widerspricht schon dem Begriff selbst, da dieser das Wohl dem Kind zuordnet.

### c. Modaler Schutzbereich

Die Schadensverwirklichung müsste der Art und Weise nach von der Norm erfasst werden, also müsste sich ein Risiko verwirklicht haben, vor dem die Norm schützen wollte. Aufgrund des schon sehr eng gefassten sachlichen Schutzbereichs und der konkreten Ausgestaltung des Straftatbestands in § 1 I Nr. 1 ESchG sind generelle Einschränkungen, die sich aus dem modalen Schutzbereich ergeben, wohl als abwegig einzustufen.

### d. Schadensrechtliche Erwägungen

In der Literatur wird im Hinblick auf die gespaltene Mutterschaft oftmals erläutert, dass sich die Befürchtungen des Gesetzgebers bisher nicht bewahrheitet hätten.<sup>540</sup> Studien legen daher nahe, dass die Entwicklung von Kindern nach Eizellspende normal ist.<sup>541</sup> So zeigte eine Studie mit Zwölfjährigen, welche aus einer Eizellspende hervorgegangen sind, dass hierdurch weder die soziale noch die emotionale Entwicklung beeinflusst wurde.<sup>542</sup> Eine andere Studie belegte, dass bei vierzehnjährigen Jugendlichen der größte Teil, entgegen der vorherrschenden subjektiven Meinung, Interesse an der Identität der Spenderin mit einer positiven Grundeinstellung zeigte.<sup>543</sup>

---

<sup>538</sup> BT-Drs. 13/4899 S. 82 f.

<sup>539</sup> So aber *Jäschke*, Vertauschte Keimzellen und Embryonen., S. 275.

<sup>540</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7; Saliger/Tsambikakis-Rosenau § 6 Rn. 84 mwN.

<sup>541</sup> *Eser/Koch*, GS Keller, 15, 24; *Kentenich/Pietzner*, Probleme der Reproduktionsmedizin in Deutschland aus medizinischer und psychosozialer Sicht, 13, 21 mwN; *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit, S. 160.

<sup>542</sup> *Murray/MacCallum/S. Golombok*, Fertility and Sterility 2006, 610, 616.

<sup>543</sup> *Zadeh et al.*, Hum Reprod 2018, 1099, 1104.

In den beiden Studien ‚The European Study for Assisted Reproduction Families‘ und ‚UK Longitudinal Study of Reproductive Donation Families‘ wurden die Auswirkung der Eizellspende auf die psychologische Gesundheit der Eltern sowie die Eltern-Kind-Beziehung und soziale Anpassung des Kindes, verglichen mit Kindern aus Spermien- und Leihmutterchaft und natürlicher Zeugung untersucht.<sup>544</sup> In der zweiten Studie wurde auch ein Gutachten der Lehrer einbezogen.<sup>545</sup> Diese Kinder waren in jeder Phase der Beobachtung psychologisch sehr gut angepasst.<sup>546</sup> Auch zeigte sich selbst in der aktuellsten Phase dieser Studie, die Kinder waren hierbei bereits 14 Jahre alt, eine positive psychologische Einstellung und ein gutes Selbstwertgefühl.<sup>547</sup> In einer groß angelegten Befragung von Vätern von Kindern aus Eizellspende zeigte sich kein Unterschied zu normal gezeugten Kindern im Hinblick auf Depression, Angst und Gruppenverhalten.<sup>548</sup>

Gegenteilige Studien liegen bisher nicht vor. Sollte es dennoch zu einem Fall kommen, in dem die gespaltene Mutterschaft zu Entwicklungsproblemen in psychischer oder seelischer Hinsicht führt, so ist der daraus entstehende Schaden nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB zu ersetzen. Die Schadensermittlung erfolgt dabei nach der Differenzhypothese durch Vergleich zweier Güterlagen. Im Rahmen der hypothetischen Lage ohne schädigendes Ereignis darf dabei, entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts,<sup>549</sup> nicht auf die Existenz des Kindes selbst abgestellt werden. Denn dies würde dazu führen, dass § 249 I BGB auf die Beseitigung seiner selbst gerichtet ist. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedenken, dass der Bezugspunkt für den Differenzvergleich auf hypothetischer Ebene frei gewählt werden kann.<sup>550</sup>

Denkbar wäre es daher, dass eine Belastung bei dem Kind etwa dadurch entsteht, dass es sich in psycho-therapeutischer Behandlung befindet, um sich mit den Tatsachen in Bezug auf seine Entstehung auseinanderzusetzen. Bedenken könnten zwar dahingehend zu erheben sein, dass die Behandlungskosten regelmäßig durch die Krankenkassen getragen werden, denn es kann sich hierbei um eine Krankenbehandlung in Form der psychotherapeutischen Behandlung iSv § 27 I Nr. 1 SGB V handeln. Doch würde dies voraussetzen, dass die seelischen und psychischen Entwicklungsprobleme eine Krankheit iSd SGB V darstellen. Die Rechtsprechung definiert Krankheit

---

<sup>544</sup> *Imrie/S. Golombok*, Fertility and Sterility 2018, 1187, 1189.

<sup>545</sup> *Imrie/S. Golombok*, Fertility and Sterility 2018, 1187, 1188.

<sup>546</sup> *Imrie/S. Golombok*, Fertility and Sterility 2018, 1187, 1189 mwN.

<sup>547</sup> *S. Golombok et al.*, Dev Psychol 2017, 1966, 1974.

<sup>548</sup> *Shelton et al.*, International Journal of Behavioral Development 2009, 385, 390.

<sup>549</sup> *BVerfG*, NJW 1993, 1751, 1751 Leitsatz 14.

<sup>550</sup> *BGH*, NJW 1994, 788, 791.

iSd SGB V als regelwidrigen Zustand des Körpers oder Geistes, der behandlungsbedürftig ist oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.<sup>551</sup> Eine seelische Störung liegt somit dann vor, wenn Wahrnehmung, Verhalten, Erlebnisverarbeitung, soziale Beziehungen oder Körperfunktionen der willentlichen Steuerung durch den Versicherten jedenfalls zum Teil entzogen sind;<sup>552</sup> das könnte in Fällen von Entwicklungsproblemen durchaus gegeben sein. Dennoch zeigt in diesem Zusammenhang § 116 SGB X, dass dies der Anspruchsentstehung nicht schadet, da der dort festgelegte Forderungsübergang die Entstehung des Anspruchs gerade voraussetzt, vgl. hierzu den Wortlaut: „ein auf anderen gesetzlichen Vorschriften **beruhender** Anspruch auf Ersatz eines Schadens“ [Hervorhebung durch Verf.]. Gleiches gilt im Fall der privaten Krankenversicherung für § 86 I 1 VVG.

Werden die Leistungen durch den Sozialversicherungsträger oder die private Krankenkasse erbracht, führt dies, auch wenn die Forderung nicht übergeht, nicht zu einer Entlastung des Schädigers.<sup>553</sup>

Ferner bleibt nach den Grundsätzen der versagten Vorteilsausgleichung gem. § 843 IV BGB in normativer Korrektur der Differenzhypothese ein möglicher Anspruch aufgrund familienrechtlicher Unterhaltspflicht im Falle eines Anspruchs gegen oder einer Zahlung der Arztkosten durch die Eltern unberücksichtigt.<sup>554</sup>

Sollten die seelischen und psychischen Entwicklungsprobleme tatsächlich Krankheitswert haben, kommt überdies gem. § 253 II BGB ein Ersatz des immateriellen Schadens in Form von Schmerzensgeld in Betracht.

Schließlich ist auch zu fragen, ob möglicherweise ein Mitverschulden der Eltern dem Kind zurechenbar sein kann. Gem. §§ 254 II 2, 278 BGB besteht jedoch eine Einstandspflicht des Kindes für seine Eltern nur im vertraglichen Bereich, denn § 254 II 2 BGB ist mit der hM als Rechtsgrundverweis zu verstehen.<sup>555</sup> Eine analoge Anwendung des § 831 BGB kommt ebenfalls nicht in Betracht.<sup>556</sup> Folglich scheidet eine Kürzung wegen Mitverschuldens der Eltern aus. Ein eigenes Mitverschulden des *nondum conceptus* kommt schon aus rein tatsächlichen Gründen aufgrund

---

<sup>551</sup> LPK-SGB V-Kraftberger, § 27 Rn. 10; U. Becker/Kingreen-H. Lang, SGB V, § 27 Rn. 14; Spickhoff-Nebendahl, § 27 SGB V Rn. 12; v. Koppenfels-Spies/Wenner-Deister/Ulmer, SGB V, § 27 Rn. 5; jeweils mit Nachweisen der ständigen Rechtsprechung.

<sup>552</sup> V. Koppenfels-Spies/Wenner-Matthäus/Ulmer, SGB V, § 28 Rn. 52; Spickhoff-Nebendahl SGB V, § 28 Rn. 34.

<sup>553</sup> Grüneberg-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 85.

<sup>554</sup> Grüneberg-Grüneberg, Vorb v § 249 Rn. 88; Grüneberg-Sprau, § 843 Rn. 20.

<sup>555</sup> BeckOGK BGB-Looschelders (Stand: 15.03.2023), § 254 BGB Rn. 293.

<sup>556</sup> BeckOGK BGB-Looschelders (Stand: 15.03.2023), § 254 BGB Rn. 293.

seiner Nichtexistenz zur Zeit der Verletzungshandlung nicht in Betracht.

Nicht überzeugen kann es auch, von einem vollständigen Ersatz des Unterhaltsschadens auszugehen,<sup>557</sup> da dies die Existenz des Kindes in Frage stellen würde. Der Schadensersatz ist somit auf die Beseitigung der mit der gespaltenen Mutterschaft einhergehenden psychischen Nachteile für das Kind begrenzt.

Eine Konstruktion entsprechend der ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung scheidet ebenfalls aus, da der persönliche Schutzbereich des § 1 I Nr. 1 ESchG – wie bereits festgestellt – die Eltern nicht mitumfasst und diese folglich auch als Anspruchsteller ausscheiden.

Damit liegt der materielle Schaden in der Regel in den Kosten für eine psycho-therapeutische Behandlung; ein Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 II BGB kommt ebenso in Betracht.

#### **e. Potenzieller Anspruchsgegner**

Fraglich ist überdies, gegen wen ein solcher Anspruch zu richten ist. Nach § 823 II BGB trifft die Verpflichtung denjenigen, der gegen den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes verstößt. Damit kommen vor allem Täter oder Teilnehmer im Sinne des § 1 I Nr. 1 ESchG in Betracht.

Als mögliche Beteiligte<sup>558</sup> sind insbesondere der behandelnde Arzt, aber auch die Eizellspenderin und Eizellempfängerin anzunehmen. Denkbar ist auch, dass eine sonstige Person ohne Arzt zu sein – also unter Verstoß gegen § 9 Nr. 1 ESchG – die Übertragung durchführt, und somit tauglicher Beteiligter ist.<sup>559</sup> Schließlich erscheint auch die Beteiligung eines Samenspenders möglich.

#### **i. Eizellspenderinnen und -empfängerinnen**

Bei den Eizellspenderinnen und -empfängerinnen ist bereits fraglich, ob hier das Merkmal der Verletzung eines Schutzgesetzes vorliegt; dies könnte jedoch aufgrund des Strafbarkeitsausschlusses in § 1 III Nr. 1 ESchG problematisch sein. Danach werden für den Fall des § 1 I Nr. 1 ESchG die Frau, von der die Eizelle oder der Embryo stammt sowie die Frau, auf die die Eizelle übertragen werden soll, nicht bestraft; es handelt sich somit bei § 1 III Nr. 1 ESchG um einen

---

<sup>557</sup> So aber als Anspruch der Eltern, *Jäschke*, Vertauschte Keimzellen und Embryonen, S. 275.

<sup>558</sup> Da es für die haftungsrechtliche Fragestellung keine Auswirkung hat, ob in welchen Konstellationen eine Täterschaft oder bloß eine Teilnahme vorliegt, wird dies hier bewusst offengelassen.

<sup>559</sup> Vgl. Günther/Taupitz/Kaiser-*Günther*, C. II. § 1 I Nr. 1 Rn. 24.

persönlichen Strafbarkeitsausschluss.<sup>560</sup> Nach der Wertung des Gesetzgebers liegen in diesen Fällen zwar das Unrecht der Tat und die Schuld des Täters vor, dieser wird jedoch aus kriminalpolitischen Gründen von der Strafe freigestellt.<sup>561</sup> Dies bedeutet jedoch auch, dass eine Verletzung eines Schutzgesetzes iSv § 823 II BGB möglich ist, da Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld vorliegen. Zivilrechtlich haben persönliche Strafausschließungsgründe deshalb keine Relevanz.<sup>562</sup>

Der persönliche Strafausschließungsgrund des § 1 III Nr. 1 ESchG ist damit begründet, dass ein Bedürfnis zu strafrechtlicher Erfassung der Teilnahmehandlungen vor allem der Frauen, von denen die Eizellen herrühren, nicht bestehe, weil ihr Handeln in der Regel altruistisch geprägt ist.<sup>563</sup> Doch ist auch diese Begründung auf die strafrechtliche Verantwortung beschränkt.<sup>564</sup> Das Zivilrecht hat daher eine andere Zielrichtung als das Strafrecht, nämlich Kompensation des Schadens statt der Sanktion strafbaren Verhaltens.<sup>565</sup> Daher kann die Wertung des § 1 III Nr. 1 ESchG nicht ohne weiteres für den zivilrechtlichen Anspruch übernommen werden.

Dieses Ergebnis kann im innerfamiliären Bereich zwar als ungerechtfertigt angesehen werden, allerdings ist zu beachten, dass Schadensersatzansprüche bei innerfamiliären Delikten nicht per se auszuschließen sind. Dies zeigt auch die Regelung zur Reduzierung des Haftungsmaßstabs in § 1664 I BGB auf die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt. Denn auch diese schließt wie § 277 BGB die Haftung wegen grober Fahrlässigkeit und Vorsatz nicht aus. Da alle Normen des ESchG Vorsatz erfordern, sind auch Ansprüche zwischen Eltern und Kind denkbar. Allerdings ist zu beachten, dass diese Ansprüche in finanzieller Hinsicht den Kindern nicht zwingend einen über die Unterhaltungspflicht hinausgehenden Vorteil bieten.

---

<sup>560</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II. § 1 III Rn. 1.

<sup>561</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. Vor § 1 Rn. 94.

<sup>562</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 215. In ihrer Funktion entspricht der persönliche Strafausschließungsgrund der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, mit dem Unterschied, dass beim persönlichen Strafausschließungsgrund bestimmte Beteiligte von der Strafbarkeit ausgenommen werden, wohingegen bei der objektiven Bedingung der Strafbarkeit zusätzliche Umstände hinzukommen müssen, vgl. hierzu *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 23 Rn. 1–4.

<sup>563</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>564</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 11/5460 S. 9, die davon ausgeht, dass die strafrechtliche Verantwortung von Ärzten, Biologen sowie die neuen Techniken der Fortpflanzungsmedizin anwendenden Angehörigen der Heilberufe im Interesse des Rechtsgüterschutzes genügt.

<sup>565</sup> Staudinger-Hager, § 823 G 38. Auf den Unterschied wird regelmäßig im Rahmen des Verschuldensmaßstab hingewiesen, allerdings trifft dieser Gedanke auch hier zu.

Möglich erscheint es zwar, hierin eine Beschränkung des modalen Schutzbereichs zu sehen, dass also die Gefahren, die durch die Teilnahme der Eizellspenderin bzw. -empfängerin entstehen, nicht mehr als von § 1 I Nr. 1 ESchG geschützte Gefahren zu qualifizieren sind. Doch würde dies nur dazu führen, dass die unterschiedlichen Zielrichtungen von Zivil- und Strafrecht nicht hinreichend beachtet werden, um nicht sogar zu sagen, umgangen werden.

Da – wie bereits festgestellt werden konnte – sowohl die Eizellspenderin als auch die Eizellempfängerin<sup>566</sup> nicht als von § 1 I Nr. 1 ESchG geschützt anzusehen sind, kommt eine notwendige Teilnahme, die zur Strafflosigkeit und damit auch zum Wegfall des Schadensersatzanspruchs führt, nur in Form der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ in Betracht. Sollten die eben Genannten also ihren Tatbeitrag auf das zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche notwendige Maß begrenzt haben, so kommen diese als Anspruchsgegner nicht in Betracht.

Im Gegensatz zu persönlichen Strafausschließungsgründen fehlt es bei strafloser notwendiger Teilnahme bereits an der Tatbestandsmäßigkeit. Eine Verletzung der Norm, wie sie in § 823 II BGB gefordert wird, ist daher nicht möglich. Folglich ist die straflose notwendige Teilnahme auch zivilrechtlich beachtlich.

## ii. Samenspender

Möglich erscheint überdies eine Strafbarkeit und in der Folge deliktische Haftung des Samenspenders. Dieser könnte jedoch als notwendiger Teilnehmer einzustufen sein, was bereits nach den allgemeinen Regeln der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ anzunehmen ist, wenn er das zur Tatbestandsverwirklichung notwendige Maß nicht überschreitet. Der Samenspender gehört jedenfalls nicht zum geschützten Personenkreis, da er nicht einmal in der Gesetzesbegründung Erwähnung findet, sodass eine Strafflosigkeit einer über das zur Tatbestandsverwirklichung notwendige Maß hinausgehenden Beteiligung nur im Wege der Auslegung in Betracht kommt. In diesem Kontext gilt es jedoch zu bedenken, dass das ESchG die gespaltene Vaterschaft, bei der genetische und rechtliche bzw. soziale Vaterschaft auseinanderfallen, bewusst nicht unter Strafe stellt.<sup>567</sup> Gesetzgebungsentwürfe, die eine Beschränkung der künstlichen Befruchtung auf das homologe System aufwiesen, konnten daher im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit finden.<sup>568</sup> Um

---

<sup>566</sup> Wobei letztere aufgrund des regelmäßig greifenden Haftungsprivileg des § 1664 I BGB analog nur von geringer praktischer Relevanz ist.

<sup>567</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, B Rn. 81; C. II. Vor § 1 Rn. 33.

<sup>568</sup> Vgl. BR/Drs 535/88 zum bayerischen Entwurf sowie BT-Drs. 11/5710 S. 12 zum SPD-Entwurf.

diese Wertung des Gesetzgebers nicht zu konterkarieren, ist der Samenspender als bloß notwendiger Beteiligter einzustufen, sodass er nicht in den Kreis der tauglichen Täter fällt.<sup>569</sup>

### iii. Engerer Familienkreis

Schließlich kommen auch Teilnahmehandlungen des engeren Familienkreises in Betracht.<sup>570</sup> Doch ist zu bedenken, dass diese in den Kernbereich von Art. 6 I GG fallen, solange sie sich als Beratungen über intime Fortpflanzungsangelegenheiten im Kernbereich familiärer Privatsphäre befinden.<sup>571</sup> Daher sind Beratungen in diesem Rahmen weder als Hilfeleistung im Rahmen des § 27 StGB noch als Bestimmen im Sinne des § 26 StGB zu qualifizieren, solange sie die Grenzen der familiären Privatsphäre nicht überschreiten.<sup>572</sup>

### f. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Generelle Bedenken gegen § 1 I Nr. 1 ESchG bestehen überdies aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

Zum einen erscheine problematisch, dass das Kindeswohl durch die Verhinderung der Erzeugung dieses Kindes bewerkstelligt werden solle.<sup>573</sup> Zum anderen bestehen insbesondere im Hinblick auf das Recht auf Fortpflanzung Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit, wenn es um das Risiko der Kommerzialisierung geht.<sup>574</sup> Allerdings kann dem Risiko der Ausbeutung der Spenderinnen durch ein Gebot zur Unentgeltlichkeit sowie einer entsprechenden Überwachung des Gebots Rechnung getragen werden.<sup>575</sup>

Möglicherweise entstehende Generationskonflikte durch die Überschreitung des reproduktiven Alters der Mutter können schon durch die bloße Festlegung eines Höchstalters verhindert werden.<sup>576</sup> Hierbei ist jedoch insbesondere zu bedenken, dass es lediglich um nicht auszuschließende negative und somit ungeklärte bzw. potenzielle Auswirkungen auf das Kindeswohl gehe.<sup>577</sup> Auch im Hinblick auf den Gleichheitssatz, Art. 3 GG, bestehen zwischen der Samen- und

---

<sup>569</sup> Vgl. auch *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. Vor § 1 Rn. 33, der eine solche straflose Beteiligung „jedenfalls“ in den Fällen annimmt, in denen – wie hier – auch die Eispende durch § 1 III ESchG straflos gestellt ist.

<sup>570</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 I Nr. 2 Rn. 30, zwar zu § 1 I Nr. 2 ESchG, im Ergebnis so jedoch ebenso auf § 1 I Nr. 1 ESchG zutreffend.

<sup>571</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 I Nr. 2 Rn. 30.

<sup>572</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 I Nr. 2 Rn. 30.

<sup>573</sup> *Coester-Waltjen*, Juristischer Teil, S. 10; *Jungfleisch*, Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts?, S. 113; *Spickhoff-Müller-Terpitz*, § 1 ESchG Rn. 7.

<sup>574</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*, § 1 ESchG Rn. 7.

<sup>575</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*, § 1 ESchG Rn. 7.

<sup>576</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

<sup>577</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 7.

Eizellspende trotz erheblicher Unterschiede im Rahmen der Keimzellgewinnung<sup>578</sup> jedenfalls in Bezug auf die Auswirkungen auf das Kindeswohl erhebliche Bedenken.<sup>579</sup>

Da jedoch das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 GG die alleinige Verwerferungskompetenz hat<sup>580</sup> und es bisher zu keiner Entscheidung des BVerfG kam, ist hier (noch) davon auszugehen, dass trotz der Bedenken das Verbot der Eizellspende als verfassungsgemäß anzusehen ist.

### **g. Ergebnis zu § 1 I Nr. 1 ESchG**

Damit bleibt festzuhalten, dass § 1 I Nr. 1 ESchG als Schutzgesetz qualifiziert werden kann; es schützt jedoch lediglich den *nondum conceptus* (persönlicher Schutzbereich) vor negativen psychologischen Auswirkungen im Hinblick auf die gespaltene Mutterschaft (sachlicher Schutzbereich). Die medizinische Forschung hat gezeigt, dass die Entwicklung von Kindern, die im Rahmen der Eizellspende geboren wurden, normal ist und somit ein Schaden unwahrscheinlich erscheint; Samenspender, Eizellspenderin sowie Empfängerin werden hingegen regelmäßig als Beteiligte und somit taugliche Anspruchsgegner ausscheiden. Ansprüche aus § 823 II BGB iVm § 1 I Nr. 1 ESchG sind zwar folglich möglich – vor allem gegenüber den beteiligten Ärzten – in Anbetracht der medizinischen Erkenntnisse zur Eizellspende, jedoch liegt wohl aus tatsächlichen Gründen regelmäßig kein Schaden vor.

### **2. § 1 I Nr. 2 ESchG**

Gem. § 1 I Nr. 2 ESchG wird das Unternehmen der künstlichen Befruchtung einer Eizelle zu anderen Zwecken als dem Herbeiführen einer Schwangerschaft bei der Frau, von der die Eizelle stammt, unter Strafe gestellt.

Der Begriff der künstlichen Befruchtung erfasst dabei laut Gesetzgebungsentwurf jede Befruchtung, „die nicht durch Geschlechtsverkehr herbeigeführt wird und zu deren Erreichung technische Hilfsmittel eingesetzt werden.“<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> Erlangung des Materials regelmäßig durch Masturbation (Spermien), seltener durch Hodenpunktion oder durch hormonelle Stimulation sowie einen daran anschließenden operativen Eingriff. Durchaus überzeugend sieht *Reinke* hierin keinen biologisch-funktionalen Unterschied der Geschlechter, da sonst die Eizellspende insgesamt gleich, also in homologer und heterologer Form, behandelt werden müsste und im Vergleich zur Insemination nach Art der Spermengewinnung differenziert wird, vgl. *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit, S. 109–111.

<sup>579</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 12 mwN.

<sup>580</sup> *Jarass/Pieroth GG-Kment*, Art 100 Rn. 2; BeckOK *GG-Morgenthaler*, Art. 100 Rn. 2.

<sup>581</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

Dadurch werden zwei Fallgestaltungen erfasst: Zum einen handelt es sich um Fälle, in denen eine Schwangerschaft generell nicht bezweckt wird, zum anderen um Fälle, in denen die Frau, von der die Eizelle stammt, den Embryo auf eine andere Frau übertragen lassen will.<sup>582</sup> Damit sind auch Fälle der Ammenmutterschaft erfasst, bei denen sich überdies die Probleme der Ersatzmutterschaft stellen.<sup>583</sup>

Zu den von § 1 I Nr. 2 ESchG erfassten Befruchtungstechniken werden vor allem die künstliche Insemination, der intratubare sowie intrauterine Gametentransfer, die IVF, ICSI<sup>584</sup> sowie die Reaktivierung und Kultivierung einer imprägnierten Eizelle<sup>585</sup>, nicht jedoch die PID<sup>586</sup> erfasst.

Kennzeichnend für § 1 I Nr. 2 ESchG ist in diesem Zusammenhang nicht der Erfolg der Tat, sondern bereits das Verhalten, da der Erfolg der künstlichen Befruchtung im Sinne des § 8 I ESchG in – wenn überhaupt – nur sehr geringerem Maße durch das Verhalten des Täters bestimmt wird.<sup>587</sup>

Dennoch ist das Verbot nicht als generelles Verbot der Embryonenspende zu verstehen, weil dies jedenfalls in den Fällen problematisch sei, in denen nur auf diese Art das Absterben des Embryos verhindert werden kann.<sup>588</sup>

Hiermit solle auch die Wertentscheidung des Grundgesetzes für Leben und Menschenwürde beachtet werden;<sup>589</sup> besondere Beachtung habe dabei die Wahrung des Kindeswohls erhalten.<sup>590</sup>

Ziel der Norm sei laut Gesetzesbegründung ferner die Verhinderung sog. gespaltener Mutterschaften, wobei der Schutz schon im Vorfeld einsetze.<sup>591</sup>

---

<sup>582</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>583</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8. Die Begriffe der Ammen- und Ersatzmutterschaft werden nicht immer einheitlich definiert. Der Gesetzgeber versteht unter Ammenmutterschaft Fälle, in denen die Wunscheltern die genetischen Eltern darstellen und die Ammenmutter das Kind an diese herausgibt, vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 8. Die Ersatzmutterschaft stellt hierzu den Oberbegriff dar und erfasst alle Fälle, in denen eine Frau ein Kind austrägt, um es nach der Geburt Dritten zu übergeben, wobei es nicht darauf ankommt, von wem das Kind genetisch abstammt, vgl. Legaldefinition in § 1 I Nr. 7 ESchG sowie BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>584</sup> J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, ESchG, § 1 Rn. 16; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 I Nr. 2 Rn. 15.

<sup>585</sup> So jedenfalls die Rechtsprechung, vgl. *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545, zu Sachverhalt und Entscheidungsgründen siehe oben, A. V. I. a.

<sup>586</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 I Nr. 2 Rn. 21.

<sup>587</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>588</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>589</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>590</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>591</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

Gem. § 1 III Nr. 1 ESchG sind die Frau, von der die Eizelle stammt sowie die Frau, auf die die Eizelle übertragen werden soll, von der Strafbarkeit ausgenommen. Speziell für den Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG erwähnt die Begründung diesbezüglich, dass in den Fällen, in denen es um die Befruchtung zu reinen Forschungszwecken gehe, eine Rückausnahme für die Eizellspenderin nicht erforderlich sei, da auch hier – trotz der regelmäßig fehlenden altruistischen Motivation – kein Bedürfnis für eine Bestrafung bestünde.<sup>592</sup> Der Gesetzgeber hält es hier in erster Liene für vorstellbar, dass ‚überzählige‘ Eizellen entnommen werden und der Arzt seine Patientin dazu drängt, diese zu hochrangigen Forschungszwecken zu überlassen.

Strittig ist allerdings, ob auch das Auftauen von 2-PN-Zellen den Tatbestand erfüllt. Diese Frage war Gegenstand einer Entscheidung des BayObLG zum ‚Netzwerk Embryonenspende‘.<sup>593</sup> Dabei ging es um die Frage, ob auch das Auftauen von 2-PN-Zellen als Befruchtung iSd § 1 I Nr. 2 ESchG zu qualifizieren ist. Das Gericht stellte dazu zunächst fest, dass das Auftauen von Embryonen im Sinne der Legaldefinition in § 8 I ESchG, um eine Schwangerschaft bei einer anderen Frau als der, von der die Eizelle stammt, zu ermöglichen, straflos sei. Bei 2-PN-Zellen ist das Ergebnis jedoch ein anderes:

Durch die Ausgestaltung des § 1 I Nr. 2 ESchG als Unternehmensdelikt umfasse diese Norm bereits den Versuch der Befruchtung, mithin auch den untauglichen Versuch.<sup>594</sup>

Das BayObLG bezeichnet die für § 1 I Nr. 2 ESchG erforderliche Befruchtung als einen zeitlich gestreckten Vorgang, welcher mit dem Eindringen der Samenzelle in die Eizelle beginnt und erst endet, wenn ein Embryo iSd § 8 I 1. Hs. ESchG vorliegt.<sup>595</sup> Danach komme es nicht auf den Zeitpunkt an, bei dem in den Befruchtungsvorgang eingegriffen werde, sodass in der Folge auch das Auftauen und Weiterkultivieren von § 1 I Nr. 2 ESchG erfasst seien.<sup>596</sup> Das Ergebnis werde durch die Legaldefinitionen der Keimbahnzelle (§ 8 II 2. Alt. ESchG) und des Embryos (§ 8 I ESchG) unterstützt, da auch hier nicht davon auszugehen ist, dass es sich bei der Befruchtung um ein punktuellere Ereignis handele.<sup>597</sup> Überdies nenne auch § 1 II ESchG den Begriff der Befruchtung nicht, sondern stelle bereits die Imprägnation einer Eizelle, ohne die Schwangerschaft derjenigen herbeiführen zu wollen, von der die Eizelle herrührt, als

---

<sup>592</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>593</sup> Vgl. zum folgenden *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545.

<sup>594</sup> *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545 Rn. 20.

<sup>595</sup> *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545 Rn. 27.

<sup>596</sup> *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545 Rn. 28.

<sup>597</sup> *BayObLG*, BeckRS 2020, 32545 Rn. 39.

Erfolgssdelikt unter Strafe, ohne dabei das Wort Befruchtung zu erwähnen.<sup>598</sup> Daraus sei zu folgern, dass Imprägnation und Befruchtung nicht synonym verwendet werden können.<sup>599</sup>

Das Gericht verweist des Weiteren auf die Gesetzesmaterialien, welche im Kontext des § 1 I Nr. 2 ESchG von der „Befruchtung im Sinne der Kernverschmelzung“ sprechen.<sup>600</sup>

Schließlich führt das BayObLG an, dass für die Erreichung des Strafzwecks, gespaltene Mutterschaften zu vermeiden, zwingend erforderlich sei, dass alle Möglichkeiten, medizinisch in den Verlauf der Befruchtungskaskade einzugreifen, erfasst sind.<sup>601</sup> Dieser Argumentation folgend ist festzuhalten, dass sowohl der Beginn der Befruchtung durch Imprägnation als auch das Auftauen und Weiterkultivieren von 2-PN-Zellen tatbestandlich von § 1 I Nr. 2 ESchG erfasst werden.

Die Norm untersagt somit ein bestimmtes Verhalten, sodass es sich um ein Ge- bzw. Verbot handelt.

#### a. Geschützter Personenkreis

Fraglich ist jedoch, wer durch § 1 I Nr. 2 ESchG geschützt wird. Zwar erwähnt der Wortlaut des Gesetzes nicht nur die Eizelle und damit den *nondum conceptus*, sondern auch die Frau, von der die Eizelle stammt; doch lassen auch hier die Gesetzgebungsmaterialien erkennen, dass erneut lediglich der *nondum conceptus*<sup>602</sup> in den Schutzbereich der Norm fällt. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass auf die Ausführungen zur gespaltenen Mutterschaft verwiesen wird.<sup>603</sup> Ferner zeigt sich dies auch bei der Beschreibung der Nutzung zu anderen Zwecken als einer Schwangerschaft, da auch hier der Embryo, der nur entstanden ist, um später vernichtet zu werden, im Vordergrund steht.<sup>604</sup>

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

---

<sup>598</sup> BayObLG, BeckRS 2020, 32545 Rn. 39.

<sup>599</sup> BayObLG, BeckRS 2020, 32545 Rn. 39.

<sup>600</sup> BayObLG, BeckRS 2020, 32545 Rn. 43 mit Verweis auf BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>601</sup> BayObLG, BeckRS 2020, 32545 Rn. 47

<sup>602</sup> Zur Tauglichkeit, dem persönlichen Schutzbereich anzugehören, vgl. die Ausführungen zu § 1 I Nr. 1 ESchG, C. II. 1. a. i.

<sup>603</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>604</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

## b. Geschützte Rechtsgüter

Fraglich ist, welche Rechtsgüter des *nondum conceptus* geschützt werden. Zunächst einmal verweist der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung auf die Problematik der gespaltenen Mutterschaft.<sup>605</sup> Damit ist auch im Rahmen des § 1 I Nr. 2 ESchG das Kindeswohl in seiner bereits im Rahmen des § 1 I Nr. 1 ESchG beschriebenen Ausprägung der seelischen Entwicklung als geschütztes Rechtsgut zu qualifizieren. Doch passt dieses Rechtsgut nur zur zweiten Fallgestaltung der Norm, da grundsätzlich nur hier eine Schwangerschaft – und somit auch die Entstehung des Menschen – herbeigeführt werden soll. In der ersten Fallgestaltung, bei der eine Schwangerschaft überhaupt nicht erreicht werden soll, sondern fremdnützige Zwecke verfolgt werden, kann es diesbezüglich auch nicht zu einer gespaltenen Mutterschaft kommen.

Hinsichtlich der ersten Fallgestaltung, bei der eine Schwangerschaft überhaupt nicht herbeigeführt werden soll, kommen als geschützte Rechtsgüter das menschliche Leben<sup>606</sup> sowie die Menschenwürde in Betracht.<sup>607</sup> Der Gesetzesentwurf geht nämlich davon aus, dass es mit Art. 2 II 1 GG – also dem menschlichen Leben – nicht vereinbar ist, menschliche Eizellen zu befruchten, obwohl der Transfer zu Austragungszwecken nicht beabsichtigt oder von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>608</sup> Eine Menschenwürdeverletzung kann darin gesehen werden, dass menschliche Embryonen als Objekt zur Nutzung für Drittinteressen hergestellt werden.<sup>609</sup>

Laut *Schroeder* komme hingegen als geschütztes Rechtsgut des § 1 I Nr. 2 ESchG weder der Schutz des menschlichen Lebens noch der Schutz des werdenden Lebens in Betracht, da es um die Erzeugung ebendieses Lebens gehe.<sup>610</sup> Folglich müsse das Rechtsgut „die Lebensgerichtetheit des (werdenden) menschlichen Lebens“ sein, da die Schaffung von Embryonen zu nicht von der Natur gewollten Zwecken unterbunden werde.<sup>611</sup> Wird dieser Ansicht gefolgt, erscheint es möglich, dass es sich hierbei um ein bloßes Rechtsgut der Allgemeinheit und nicht um ein Individualrechtsgut handle, da die Lebensgerichtetheit in ihrer Abstraktheit nur schwer ohne weiteres einem Individuum zuzuordnen ist. Doch selbst *Schroeder* ging wohl nicht von der Annahme eines Allgemeinrechtsguts aus. Im Rahmen des Rechtsgütersystems hält er nämlich die Unterbringung des

---

<sup>605</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>606</sup> „In Artikel 2 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes getroffenen Entscheidung zugunsten des menschlichen Lebens“, BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>607</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther.*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 2.

<sup>608</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 8.

<sup>609</sup> So *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther.*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 2.

<sup>610</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 537.

<sup>611</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533., 537.

Rechtsguts der Lebensgerichtetheit menschlichen Lebens beim Schutz des Menschenlebens sowie werdenden Lebens, aber auch im Rahmen der Straftaten gegen die Pietät naheliegend.<sup>612</sup> Wird § 168 StGB als Paradebeispiel der Pietätstatbestände genommen, so ist auch in dessen Rahmen anerkannt, dass diese Norm das postmortale Persönlichkeitsrecht und somit ein Individualrechtsgut schützt.<sup>613</sup>

Im Ergebnis kann jedoch offenbleiben, wie das Rechtsgut im Rahmen der ersten Fallvariante zu bezeichnen ist. Die Zeugung zum bloßen Zwecke der fremdnützigen Verwendung ist hinsichtlich ihres Schutzzumfangs bereits klar umrissen, sodass sich jedenfalls, was die Weite des sachlichen Schutzbereichs angeht, keine Unterschiede ergeben, ob mit dem zu präzisierenden Gesetzgeber auf die Vorwirkung des Grundrechts auf Leben oder mit *Schroeder* auf die Lebensgerichtetheit menschlichen Lebens abgestellt wird. Unabhängig von dieser Fragestellung scheidet ein Anspruch jedoch – wie noch zu zeigen sein wird – zwangsläufig an der Existenz des Anspruchstellers oder am Vorliegen eines Schadens.

### c. Modaler Schutzbereich

Durch die Ausgestaltung als Unternehmensdelikt zeigt sich, dass der durch den Gesetzgeber bezweckte Schutz grundsätzlich schon sehr früh einsetzen sollte und damit alle Gefahren des modalen Schutzbereichs erfasst sind, die ihren Grund in einem Verstoß gegen die sanktionierte Verhaltensweise haben. Einschränkungen, die sich durch den modalen Schutzbereich ergeben, sind somit nicht ersichtlich.

### d. Schadensrechtliche Erwägungen

Bezüglich des Kindeswohls wird ein ersatzfähiger Schaden, wie bereits im Rahmen des § 1 I Nr. 1 ESchG gezeigt werden konnte, praktisch nur selten in Frage kommen.

Aus medizinischer Sicht zeigen Studien, dass die seelische Entwicklung und Identitätsfindung auch durch das Hinzukommen der Ersatzmutterschaft im Vergleich zu anderen assistierten Reproduktionsmethoden und zur natürlichen Zeugung ohne besondere Auffälligkeiten verlaufen.<sup>614</sup>

---

<sup>612</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 537.

<sup>613</sup> *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT Tb. 2, § 62 Rn. 1. Zu beachten ist allerdings, dass es sich hier um eine Ermittlung aus strafrechtlicher Perspektive handelt. Die Entstehung bzw. Ersatzfähigkeit eines Schadens wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergibt sich hieraus nicht zwangsläufig. Vgl. deshalb Ausführungen zu § 4 I Nr. 3 ESchG unter D.II.16.d.

<sup>614</sup> Vgl. hierzu systematische Studie *Söderström-Anttila et al.*, Hum Reprod Update 2016, 260.

Problematischer erscheint hingegen die Konstruktion eines Schadens im Hinblick auf das menschliche Leben bzw. die Menschenwürde in den Fällen, in denen ein Verstoß gegen § 1 I Nr. 2 ESchG vorliegt, weil überhaupt keine Schwangerschaft erzielt werden sollte, sondern die Befruchtung zu Forschungszwecken erfolgt. Wie bereits festgestellt<sup>615</sup> entsteht der Anspruch aus § 823 II BGB erst mit der Geburt. Bezüglich immaterieller Schäden zeigen dies auch § 253 II BGB sowie die Regelungen der §§ 844–846 BGB. § 253 II BGB listet jedoch keine Verletzung des Lebens als mögliche ersatzfähige Rechtsverletzung auf. Dies liegt in der personalen Ausgestaltung des Zivilrechts, denn mit der Rechtsgutsverletzung geht zugleich der Rechtsträger unter.<sup>616</sup> Das gleiche muss daher gelten, wenn der Rechtsgutsträger, wie im Falle der zweiten Variante des § 1 I Nr. 2 ESchG, das Stadium der Rechtsfähigkeit nach § 1 BGB nie erreichen wird.

Werden nämlich die befruchteten Eizellen – entsprechend dem Zweck, zu dem die Befruchtung durchgeführt wurde – tatsächlich zu Forschungszwecken verwendet, so entwickelt sich der durch den Befruchtungsvorgang entstandene Embryo nie zu einem geborenen Menschen; damit fehlt es in aller Regel schon an einem Anspruchsberechtigten. Zu beachten ist allerdings, dass § 1 I Nr. 2 ESchG ein Unternehmensdelikt darstellt.<sup>617</sup> Nach der Legaldefinition des § 11 I Nr. 6 StGB erfüllt nicht nur die Vollendung, sondern auch bereits der Versuch den Tatbestand. Damit sind Fallgestaltungen denkbar, in denen der Embryo trotz ursprünglich anderer Intention, schließlich doch zur Herbeiführung einer Schwangerschaft verwendet wird. Die Annahme einer Versuchsstrafbarkeit setzt jedoch voraus, dass nicht bereits ein Rücktritt gem. § 24 StGB zur Straflosigkeit führt.

Fälle, geschweige denn Studien, in denen die Auswirkung als das Kindeswohl in solchen Konstellationen untersucht wurden, sind indes nicht bekannt. Schlussfolgerungen hierzu wären damit, wenn überhaupt, rein spekulativer Natur. Doch gilt es zu bedenken, dass zwar das Kindeswohl im Hinblick auf eine gespaltene Mutterschaft geschützt ist, es zu einer gespaltenen Mutterschaft jedoch nicht mehr kommt, wenn doch eine Schwangerschaft bei der Frau herbeigeführt

---

<sup>615</sup> Siehe C. II. 1. a. i.

<sup>616</sup> C. Schubert, Wiedergutmachung, S. 61; aA Brügge meier, Haftungsrecht, S. 580, der aus dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag für das Leben aus Art. 1 I und 2 II 1 GG einen Anspruch auf Entschädigung für Tötung entsprechend der Rechtsprechung zu Persönlichkeitsverletzungen (APR) konstruiert. Hier wird ebenfalls davon ausgegangen, dass wegen der Tötung vorgeburtlichen Lebens im Rahmen der Pränatalmedizin ebenfalls ein Anspruch auf Schmerzensgeld besteht, wobei dieser offen lässt, ob es sich um einen fingierten Anspruch des Fötus oder einen originären Anspruch der Mutter bzw. Eltern handele; ob dies auch für den Bereich vor der Implantation gelte, wird nicht erwähnt.

<sup>617</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 22.

wird, von der die Eizelle stammt. Eine Verletzung des Lebens setzt jedenfalls voraus, dass der Mensch im Anschluss nicht existiert; im Falle der oben beschriebenen Versuchskonstellation kommt es jedoch zur Schwangerschaft, Geburt und somit zu einer Existenz, sodass eine Verletzung des Lebens in diesem Fall nicht vorliegt. Wird mit *Schroeder* auf die Lebensgerichtetheit menschlichen Lebens abgestellt, so fehlt es auch hier an einer Rechtsgutsverletzung und damit einem Schaden, denn hier wurde die Chance auf Existenzwerdung gerade nicht beeinträchtigt. Selbst wenn daher von der Menschenwürde als geschütztes Rechtsgut ausgegangen wird, liegt eine Verletzung nur vor, wenn die Herstellung Drittinteressen dient. Hierzu kann es im Fall des Versuchs jedoch nicht kommen, ohne dass zugleich der Anspruchsteller nicht mehr existiert.

Damit kann festgestellt werden, dass im Rahmen der ersten Fallgestaltung ein Anspruch im Ergebnis niemals in Betracht kommt, da es denkbare entweder an dem Vorhandensein des Anspruchstellers oder dem Vorliegen eines Schadens fehlen wird. Für die zweite Fallgestaltung kommt als Schadensposition wie bereits im Rahmen von § 1 I Nr. 1 ESchG erwähnt materiell der Ersatz der Kosten für die psycho-therapeutische Behandlung sowie immateriell Schmerzensgeld gem. § 253 II BGB in Betracht. Rein tatsächlich erscheint ein Schaden jedoch im Hinblick auf die beschriebene Studienlage unwahrscheinlich.

#### **e. Potenzielle Anspruchsgegner**

Der von § 1 I Nr. 2 ESchG in Betracht gezogene Täterkreis erfasst vor allem Ärzte, denkbar sind allerdings auch Nichtärzte.<sup>618</sup>

Bezüglich der beteiligten Frauen sind die zu § 1 I Nr. 1 ESchG aufgestellten Grundsätze entsprechend anzuwenden. Ob die Situation, aufgrund derer eine Rückausnahme für den persönlichen Strafausschlussgrund nicht für erforderlich gehalten wurde, eine straflose notwendige Teilnahme der Eizellspenderin darstellt, kann vorliegend offenbleiben, da sich dies nur auf die erste Tatbestandsvariante bezieht, bei der es jedoch immer an einem Anspruchsteller oder einem Schaden fehlen wird. Die Erwägungen zu § 1 I Nr. 1 ESchG passen jedoch hier genauso auf die zweite Fallgestaltung. Daher wird die Eizellspenderin regelmäßig straflose notwendige Teilnehmerin nach der Theorie der straflosen Mindestmitwirkung sein.

Hinsichtlich des Samenspenders ist aufgrund der Bevorrechtung gespaltener Vaterschaft wie schon im Rahmen des § 1 I Nr. 1 ESchG von einer straflosen notwendigen Teilnahme auszugehen. Die in den Kernbereich familiärer Privatsphäre fallenden Beratungen durch

---

<sup>618</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. 24.

enge Familienmitglieder über intime Fortpflanzungsangelegenheiten sind auch im Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG nicht als Teilnahmehandlungen im Sinne der §§ 26, 27 StGB zu qualifizieren. Daher scheiden diese beiden Personengruppen aus dem Kreis tauglicher Anspruchsgegner aus.

#### f. Ergebnis zu § 1 I Nr. 2 ESchG

§ 1 I Nr. 2 ESchG vermag lediglich im Rahmen seiner ersten Tatbestandsvariante zu einem Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB führen. Dies schützt jedoch lediglich den *nondum conceptus* (persönlicher Schutzbereich) vor negativen psychologischen Auswirkungen im Hinblick auf die gespaltene Mutterschaft (sachlicher Schutzbereich). Im Rahmen des modalen Schutzbereichs sind hingegen keine Einschränkungen ersichtlich. Insbesondere konnten Studien auf schadensrechtlicher Ebene zeigen, dass trotz dem Hinzutreten der Ersatzmutterschaft nicht mit den vom Gesetzgeber befürchteten Schäden der geistigen Gesundheit der entstehenden Kinder zu rechnen ist. Der Kreis potenzieller Anspruchsgegner entspricht somit dem des § 1 I Nr. 1 ESchG.

### 3. § 1 I Nr. 3 ESchG

Gem. § 1 I Nr. 3 ESchG ist das Unternehmen der Übertragung von mehr als drei Embryonen auf eine Frau verboten. Im ursprünglichen Entwurf war lediglich ein Verbot des Unternehmens der Befruchtung von mehr Eizellen einer Frau, als ihr innerhalb eingesetzt werden sollten, vorgesehen.<sup>619</sup> Dies sollte der Entstehung überzähliger Embryonen entgegenwirken.<sup>620</sup> In seiner jetzigen Form geht § 1 I Nr. 3 ESchG auf einen Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen zurück.<sup>621</sup> Dieser wurde damit begründet, dass eine Übertragung von mehr als drei Embryonen zur Optimierung der Einnistungsmöglichkeiten nach dem Stand von Wissenschaft und Praxis nicht notwendig sei.<sup>622</sup> Eine umfassendere Gestaltung des § 1 I Nr. 3 ESchG, welche vorsah, dass strafbar ist, wer „es unternimmt, bei einer Frau mehr als drei befruchtungsfähige Eizellen zu gewinnen, zu befruchten und im Rahmen einer Fruchtbarkeitsbehandlung auf sie zu übertragen, oder wer die gewonnenen Eizellen nicht unverzüglich befruchtet und auf die Frau überträgt“, wurde hingegen abgelehnt.<sup>623</sup> Dies hätte jedoch zur Folge gehabt, dass jegliche Form der Konservierung unterbunden wird.<sup>624</sup> Doch müsse der Frau ein zweiter operativer

---

<sup>619</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 4.

<sup>620</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>621</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>622</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>623</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>624</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

Eingriff für den Fall, dass nicht jede entnommene Eizelle befruchtungsfähig sei, erspart werden, weshalb die Konservierung von Eizellen in begrenzter Form unerlässlich ist.<sup>625</sup>

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass es sich bei der Regelung um ein Verhaltensgebot bzw. -verbot handelt.

#### a. Geschützter Personenkreis

Fraglich ist hier, wer durch § 1 I Nr. 3 ESchG geschützt werden soll. Der Gesetzeswortlaut selbst erwähnt lediglich Embryonen.

Anders als bei den bisher untersuchten Normen hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung keine konkreten Personengruppen erwähnt, die er möglicherweise durch die Norm schützen will; stattdessen wird auf die Optimierung der Einnistungsmöglichkeiten eingegangen. Die Literatur nimmt daher mehrheitlich an, dass die Rechtsgüter des Embryos und der Schwangeren geschützt werden.<sup>626</sup>

Im Gegensatz zu § 1 I Nr. 1 und 2 ESchG handelt es sich hier nicht mehr um einen *nondum conceptus*, sondern um einen *nasciturus* vor Nidation. Doch treffen die Ausführungen zum *nondum conceptus* im Rahmen des § 1 I Nr. 1 ESchG erst Recht auf den *nasciturus* zu, denn dieser steht dem ‚fertigen‘ Menschen sogar eine Stufe näher. Der Schutz des *nasciturus* lässt sich jedoch im Rahmen der Gesetzesbegründung nur indirekt erkennen, wenn von der Optimierung der Einnistungsmöglichkeit gesprochen wird.<sup>627</sup> Denklogisch betrifft dies wohl jedenfalls den Embryo.

Abweichend zu den Normen des § 1 I Nr. 1 und Nr. 2 ESchG ist der Schutz der austragenden Frau von § 1 I Nr. 3 ESchG mitbezweckt und nicht nur bewirkt. Zwar ist zu bemerken, dass die Begründung des Regelungsentwurfes sehr knapp ist und weder Mutter noch das werdende Kind erwähnt wird, doch ergibt sich aus der Formulierung „nicht notwendig“<sup>628</sup>, dass die beschriebenen optimierten Einnistungsmöglichkeiten des Embryos erkennbar abgewogen werden mit den Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft. Zudem ist zu bedenken, dass die Problematik der Mehrlingsschwangerschaft als Risiko auch für die werdende Mutter zum Zeitpunkt der Änderung bekannt war.<sup>629</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht durch den Blick auf den

---

<sup>625</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>626</sup> J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, ESchG § 1 Rn. 29; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 14; Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 1 mwN.

<sup>627</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>628</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>629</sup> Der Gesetzgeber verweist selbst auf den Stand der Wissenschaft und Praxis, BT-Drs. 11/8057 S. 14.

ursprünglichen Entwurf, bei dem es um die Verhinderung der Herstellung überzähliger Embryonen und damit um ein von dem Wohl der werdenden Mutter unabhängiges Ziel ging.<sup>630</sup> Die geltende Fassung setzt jedenfalls das Vorliegen von Embryonen voraus, da diese zum zeitlichen Anknüpfungszeitpunkt der Norm bereits entstanden sind, was zeigt, dass das alte Ziel von der geltenden Fassung des § 1 I Nr. 3 ESchG nicht verfolgt wird.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

## **b. Geschützte Rechtsgüter**

Da die Analyse des persönlichen Schutzbereichs ergeben hat, dass sowohl der Embryo als auch die austragende Frau geschützt werden, ist der sachliche Schutzbereich für beide Personengruppen getrennt zu betrachten. Vorliegend wird zuerst auf die Rechtsgüter des Embryos und sodann auf jene der Frau eingegangen.

### **i. Des nasciturus**

Die Literatur geht davon aus, dass Leib und Leben bzw. die Gesundheit der Embryonen geschützt werden sollen.<sup>631</sup>

Die größte Gefahr bei Mehrlingsschwangerschaften liegt in der hiermit assoziierten erhöhten Frühgeburtlichkeit und dem damit einhergehenden geringeren Geburtsgewicht.<sup>632</sup> Hierbei kommt es zB signifikant häufiger zu ungenügender Organreife, einer Zerebralparese sowie Entwicklungsverzögerungen.<sup>633</sup> Überdies tritt bei Mehrlingsschwangerschaften häufiger Monochorionizität auf, dh, dass sich die Mehrlinge eine Plazenta teilen, bei der eine besondere Gefährdung durch das fetofetale Transfusionssyndrom besteht.<sup>634</sup> Hier kann es daher zu einer Schädigung der Feten durch eine Blutumverteilung über interfetale Gefäßverbindungen kommen.<sup>635</sup>

Aus zivilrechtlicher Perspektive stellt die Verletzung des Lebens den Tod eines Menschen dar.<sup>636</sup> Damit endet auch die Rechtsfähigkeit

---

<sup>630</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>631</sup> D. Prütting-Braun ESchG, § 1 Rn. 17; J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, ESchG § 1 Rn. 29; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 14; ESch Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert, § 1 ESchG Rn. 3; Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 1 mwN.

<sup>632</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 200.

<sup>633</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 200.

<sup>634</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 201.

<sup>635</sup> Künzel, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Geburt II, S. 307

<sup>636</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 30; Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 3; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 192.

des Verletzten sowie können folglich eigene Ansprüche des Verletzten nicht entstehen;<sup>637</sup> stattdessen bestehen Ansprüche für Dritte.<sup>638</sup> Damit ist das Rechtsgut Leben als eigener Anspruch des Verletzten nicht über § 823 II BGB geschützt.

Überdies sieht *Kahlert* in § 1 I Nr. 3 ESchG eine Klarstellung, dass die Gewinnung embryonaler Stammzellen aus menschlichen Embryonen in Deutschland verboten sei. Doch kann hierin kein weiteres Rechtsgut erblickt werden.<sup>639</sup> Daher kann offenbleiben, ob es überhaupt überzeugen kann, hierin eine solche Klarstellung zu sehen.

Denkbar wäre darüber hinaus, dass § 1 I Nr. 3 ESchG die Menschenwürde des Embryos schützt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Embryo auch im Rahmen eines Mehrfachtransfers entsprechend seinem Lebenszweck verwendet wird und eine von der Natur bestimmte Überlebenschance erhält.<sup>640</sup> Dies gilt selbst dann, wenn Hintergrund des Mehrfachtransfers die Ausnutzung des sog. ‚helping‘-Effekts<sup>641</sup> ist,<sup>642</sup> auch wenn dieser Effekt mittlerweile als wissenschaftlich überholt gilt.<sup>643</sup>

---

<sup>637</sup> Dies ist jedenfalls im Rahmen von § 823 I BGB anerkannt, vgl. zB NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 11; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 192. Doch zeigt die fehlende Aufzählung von § 212 StGB bzw. § 222 StGB, dass dies ebenso auf § 823 II BGB zutrifft und somit einen allgemeinen Rechtsgedanken darstellt, vgl. zB *Grüneberg-Sprau*, § 823 Rn. 70; HK-BGB-A. *Staudinger*, § 823 Rn. 156. Lediglich in Einzelfällen wird § 222 ZPO mit Verweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf, NJW 1958, 1920 angenommen, vgl. BeckOK BGB-*Förster*, § 823 Rn. 288; PWW-*Schaub*, § 823 Rn. 240. In der Entscheidung stand jedoch das Nichtvorliegen des Tatbestands des § 222 StGB fest sowie ging es ferner um den Ersatz von Vermögensinteressen. Weitere Entscheidungen zur Schutzgesetzeigenschaft von § 222 StGB liegen nicht vor.

<sup>638</sup> Vgl. §§ 844, 845 BGB. Ob eine Verletzung des Lebens schon vor Geburt möglich ist, wird diskutiert; vgl. hierzu insbesondere die Ausführungen von *Sorgel-Spickhoff*, § 823 Rn. 31. Auf eine Analyse möglicher Ansprüche insbesondere aus § 844 BGB wird vorliegend verzichtet, da dies nicht nur den Rahmen der Arbeit sprengen würde, sondern wie *Spickhoff* in Rn. 31 beschreibt auch den Bereich der Spekulation betrifft.

<sup>639</sup> *Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert* ESchG § 1 Rn. 3.

<sup>640</sup> *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik, S. 190; aA *Pap*, Extrakorporale Befruchtung, S. 284, der hierin eine Instrumentalisierung menschlichen Lebens sieht, da die Entwicklungschancen des einzelnen Embryos reduziert werden.

<sup>641</sup> Theorie, die besagt, dass der eine Embryo dem jeweils anderen die Nidationschance erhöhe, da durch den mütterlichen Körper der hormonelle Impuls erhöht werde; vgl. *Adam*, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, S. 44.

<sup>642</sup> *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik, S. 190.

<sup>643</sup> *Neidert*, ZRP 2002, 467, 470.

## ii. Der Frau, welche die Embryonen austrägt

Auch die Gesundheit der austragenden Frau soll geschützt werden.<sup>644</sup> Für die werdende Mutter entsteht durch die Mehrlingschwangerschaft infolge künstlicher Befruchtung u. a. ein deutlich erhöhtes Risiko eines ovariellen Hyperstimulationssyndroms, das in schweren Fällen sogar lebensbedrohlich sein kann.<sup>645</sup> Dazu kommen eine erhöhte Gefahr heterotroper Schwangerschaft, vermehrtes Schwangerschaftserbrechen sowie die erhöhte psychische Belastung.<sup>646</sup> Maternale Schwangerschaftsrisiken bestehen darüber hinaus in einer erhöhten Gefahr der Präeklampsie und ein erhöhtes thromboembolisches Risiko.<sup>647</sup>

Nicht mehr vom Schutzzweck der Norm erfasst ist das Vermögen der austragenden Frau. Zwar entstehen für mehr Kinder auch höhere Unterhaltsansprüche, der Fokus der Gesetzesbegründung liegt jedoch auf den gesundheitlichen, nicht aber den finanziellen Aspekten, die mit einer Mehrlingsschwangerschaft einhergehen. Dieses Ergebnis entspricht auch der grundsätzlichen Annahme, dass das Deliktsrecht das Vermögen nicht generell und umfassend schützt.<sup>648</sup>

Gleiches gilt für die postnatalen sozialen Belastungen, die mit Mehrlingsgeburten einhergehen.<sup>649</sup> Die vom Gesetzgeber beschriebenen Gefahren beziehen sich im Wesentlichen auf den Zeitraum der Schwangerschaft und auf körperliche und damit nicht auf seelische Leiden, wie Probleme in der Partnerschaft, soziale Isolation oder Arbeitsüberlastung.

Es bleibt damit festzuhalten, dass lediglich die körperliche Gesundheit der Frau durch § 1 I Nr. 3 ESchG geschützt wird.

## c. Modaler Schutzbereich

Einschränkungen, die sich in modaler Hinsicht auf den Schutzbereich ergeben, sind nicht ersichtlich. Erneut entschied sich daher der Gesetzgeber für eine Ausgestaltung des Delikts als Unternehmensdelikt. Diese Vorverlagerung der Strafbarkeit zeigt, dass grundsätzlich alle Gefahren, die durch das sanktionierte Verhalten an geschützten Rechtsgütern der geschützten Personen entstehen, vom modalen Schutzbereich der Norm erfasst werden.

---

<sup>644</sup> D. Prütting-Braun, ESchG § 1 Rn. 17; J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, ESchG § 1 Rn. 29; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert § 1 ESchG Rn. 3; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 14.

<sup>645</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 200.

<sup>646</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 200.

<sup>647</sup> Beyer et al., Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, 163, 200.

<sup>648</sup> So stellt zB das Vermögen auch kein sonstiges Recht iSd § 823 I BGB dar; vgl. unten D.I.4.

<sup>649</sup> Auf deren Vorliegen weist Müller-Terpitz hin; vgl. Müller-Terpitz, Der Schutz des pränatalen Lebens, S. 492 insbes. auch Fn. 30 mwN.

#### d. Schadensrechtliche Erwägungen

Da die Verpflichtung zum Schadensersatz wegen Verletzung einer Person zu leisten ist, hat der Schädiger gem. § 249 II 1 BGB den zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu leisten; ferner kommt gem. § 253 II BGB Schmerzensgeld in Betracht. Die Ausführungen zur versagten Vorteilsausgleichung treffen auch hier entsprechend zu.

Zunächst soll angemerkt werden, dass von einer Realisierung der durch § 1 I Nr. 3 ESchG befürchteten Gefahren an den Rechtsgütern von der Frau, auf die die Embryonen übertragen werden und einem nasciturus nur dann gesprochen werden kann, wenn es durch die Einsetzung von mehr als drei Embryonen tatsächlich zu einer Mehrlingsschwangerschaft kommt. Die Gesundheitsgefahren, die im Falle einer Mehrlingsschwangerschaft für Embryo und Gebärende bestehen, sind zwar wie bereits dargestellt statistisch deutlich erhöht, bestehen jedoch auch im Bereich von Einlingsschwangerschaften.

Fraglich ist somit, wie im Rahmen des § 823 II BGB iVm § 1 I Nr. 3 ESchG mit diesem Kausalitätsproblem umgegangen werden kann.

Hier überzeugt es wohl, auf § 630h V BGB analog zurückzugreifen. Demgemäß wird für den Fall, dass ein grober Behandlungsfehler vorliegt, dessen Kausalität für die Verletzung vermutet, wenn dieser grundsätzlich geeignet ist, eine Verletzung der tatsächlichen Art herbeizuführen. Aufgrund seiner systematischen Stellung im besonderen Schuldrecht ist § 630h V BGB im Deliktsrecht nicht direkt anwendbar. Eine analoge Anwendung kommt allerdings dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine Analogie, also eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage, gegeben sind. Das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zeigt sich darin, dass durch die Einführung der Normen der §§ 630a ff. BGB das Deliktsrecht unberührt bleiben sollte.<sup>650</sup> Die Vergleichbarkeit der Interessenlage ergibt sich insbesondere daraus, dass die Kodifikation der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung ursprünglich aus dem Deliktsrecht herrührt.<sup>651</sup> Damit ist § 630h V 1 BGB analog im Rahmen des § 823 II iVm § 1 I Nr. 3 ESchG anwendbar. Fraglich ist indes, ob die Einsetzung von mehr als drei Embryonen auch einen groben Behandlungsfehler darstellt.

Nach dem Gesetzesentwurf zum Patientenrechtegesetz ist ein Behandlungsfehler als grob anzusehen, „soweit ein medizinisches Fehlverhalten aus objektiver Sicht bei Anlegung des für den Behandelnden geltenden Ausbildungs- und Wissensmaßstabes nicht mehr

---

<sup>650</sup> BT-Drs. 17/10488 S. 17.

<sup>651</sup> Rehborn, MdR 2013, 564, 569; Spickhoff, VersR 2013, 267, 281.

verständlich erscheint, weil der Fehler gegen gesicherte und bewährte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen verstoßen hat und dem Behandelnden schlechterdings nicht unterlaufen darf<sup>652</sup>. Hierzu wird auf die Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahr 2014<sup>653</sup> verwiesen.<sup>654</sup> Zu den gesicherten Erkenntnissen zählen insbesondere Leitlinien und Richtlinien aber auch elementare medizinische Grundregeln des jeweiligen Fachs.<sup>655</sup> Die (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion empfahl 2006, dass bei Patientinnen unter 38 Jahren im ersten und zweiten IVF- und/oder ICSI-Versuch nur zwei Embryonen transferiert werden sollen.<sup>656</sup> Bereits der Einsatz von drei Embryonen solle nur nach ausführlicher Information und Aufklärung über mit Mehrlingsschwangerschaften einhergehenden Risiken für Mutter und Kind auf Wunsch des Paares erfolgen.<sup>657</sup> In der aktuellen Fortschreibung aus dem Jahr 2022 finden sich in Bezug auf die Anzahl der zu übertragenden Embryonen allerdings keine Empfehlungen mehr.<sup>658</sup> In medizinischer Fachliteratur wird die Verwendung von mehr als drei Embryonen jedenfalls nicht empfohlen; vermehrt finden sich hingegen Diskussionen zum Elective-Single-Embryo-Transfer.<sup>659</sup> Daher wird die Einsetzung von mehr als drei Embryonen regelmäßig als grober Behandlungsfehler eingeordnet werden können.

Zwar ist die dadurch ausgelöste Vermutung widerleglich, sodass sich auf die Kausalitätsvermutung nicht berufen werden kann, wenn der dargelegte Kausalitätsverlauf als „äußerst unwahrscheinlich“ einzustufen ist.<sup>660</sup> In Anbetracht der klaren Studienlage<sup>661</sup> erscheint dies jedoch in der Praxis und damit tatsächlich ziemlich unwahrscheinlich.

Denkbar wäre allerdings, dass sich der Anspruchsgegner hinsichtlich des Anspruchs des Embryos auf § 242 BGB beruft, mit dem Argument, dass dessen Verhalten widersprüchlich sei. Wie die ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung zeigt, würde es gegen die Menschenwürde aus Art. 1 I GG des Kindes verstoßen, wenn das Kind behauptet, lieber nicht geboren zu sein. Dies erfordert jedoch, dass das Lebensrecht des Kindes infrage gestellt wird. Im Rahmen der Mehrlingsproblematik erscheint dies fernliegend, schließlich kann sich

---

<sup>652</sup> BT-Drs. 17/10488 S. 30.

<sup>653</sup> BGH, MedR 2004, 561.

<sup>654</sup> BT-Drs. 17/10488 S. 30.

<sup>655</sup> *BGH*, NJW 2011, 3442, 3442.

<sup>656</sup> *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392, A 1397.

<sup>657</sup> *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392, A 1397.

<sup>658</sup> *Bundesärztekammer*, Deutsches Ärzteblatt Online 2022, A 1.

<sup>659</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 5 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

<sup>660</sup> *BGH*, NJW 2011, 2508 Rn. 7.

<sup>661</sup> Siehe Ausführungen zu den geschützten Rechtsgütern D.II.3.b.

das Kind – was näher liegt – darauf berufen, dass dann einer der anderen Embryonen nicht eingesetzt worden wäre. Damit stellt das Kind aber auch seine eigene Existenz nicht in Frage. Der Einwand widersprüchlichen Verhaltens aus § 242 BGB greift folglich nicht.

#### e. Potenzielle Anspruchsgegner

Eine Besonderheit im Gegensatz zu den Normen des § 1 I Nr. 1 und 2 ESchG ist, dass für § 1 I Nr. 3 ESchG kein persönlicher Strafausschließungsgrund für die Frau, bei der die Embryonen eingesetzt werden, in § 1 III ESchG enthalten ist. Zwar wird zum Teil eine Analogie zugunsten der Frau angenommen<sup>662</sup> sowie bestehen Bedenken hiergegen, da es in den geregelten Konstellationen zumindest auch um die Verhinderung gespaltener Mutterschaften ging.<sup>663</sup> Doch kann dies aus haftungsrechtlicher Sicht offenbleiben, da persönliche Strafausschließungsgründe keine zivilrechtliche Relevanz haben. Im Gegensatz zu § 1 I Nr. 1 und Nr. 2 ESchG ist die Frau, der der Embryo übertragen wird, vom Schutzzweck der Norm mit umfasst. Nach der ‚Theorie des straflosen Schutzsubjekts‘ ist sie damit, selbst wenn sie sich über das zur Tatbestandsverwirklichung notwendige Maß beteiligt, als straflose notwendige Teilnehmerin einzustufen. Dies bedeutet im Gegenzug aber auch, dass aus strafrechtlicher Sicht kein Bedürfnis dafür besteht, den persönlichen Strafausschließungsgrund des § 1 I Nr. 3 ESchG analog heranzuziehen.<sup>664</sup>

Da die Beteiligung an einer notwendigen Teilnahme ebenfalls straflos ist, scheidet hier schon aus diesem Grund eine Teilnahme des engeren Familienkreises durch Beratung aus; überdies greift jedoch erneut die Erwägung aus Art. 6 I GG.

Entgegen der Auffassung von *Taupitz* ist auch der Samenspender als notwendiger Teilnehmer zu qualifizieren. Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso die Straflosigkeit notwendiger Teilnahme davon abhängen soll, dass für die beteiligte Frau ein persönlicher Strafausschließungsgrund besteht. Zwar mag die notwendige Teilnahme damit begründet werden, dass das ESchG auf die Pönalisierung der gespaltenen Vaterschaft bewusst verzichtet hat,<sup>665</sup> doch schließt dies nicht aus, dass sich die notwendige Teilnahme des Samenspenders aus der ‚Theorie der notwendigen Mindestmitwirkung‘ ergibt.

---

<sup>662</sup> Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 12 f.

<sup>663</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 21.

<sup>664</sup> Daher ist nicht nachvollziehbar, wieso *Keller* hinsichtlich des Samenspenders, nicht jedoch hinsichtlich der Frau, auf die der Embryo übertragen wird, von einer notwendigen Teilnahme ausgeht; Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 13, 14; *Taupitz*, der ohne Begründung eine notwendige Teilnahme des Samenspenders ablehnt, Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 21.

<sup>665</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. Vor § 1 Rn. 33.

## f. Verfassungsrechtliche Bedenken

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive kritisiert *Müller-Terpitz*, dass die Dreier-Regel des § 1 I Nr. 3 ESchG die Risiken der Mehrlingsschwangerschaften und die Wahrscheinlichkeit einer klinischen Schwangerschaft nicht in ein ausgewogenes Verhältnis setzt; ein angemessener, wirksamer Schutz der Embryonen sei daher nur durch ein Verbot des dreifachen Transfers erzielbar.<sup>666</sup> Aufgrund verbesserter Reproduktionstechniken werden jedenfalls bessere Therapieergebnisse im Hinblick auf Nidationswahrscheinlichkeit und mit Reduzierung der mit Mehrlingsschwangerschaften verbundenen Risiken bei der Einsetzung von nur zwei Embryonen erzielt.<sup>667</sup> Ein flexibleres Schutzkonzept hält diese im Hinblick auf die Gefahr eines kollusiven Zusammenwirkens von Kinderwunschaar und Reproduktionsmediziner für nicht wirkungsvoll.<sup>668</sup> Die herrschende Meinung geht jedoch von der Verfassungsgemäßheit von § 1 I Nr. 3 ESchG aus.<sup>669</sup> Hinsichtlich des Verwerfungsmonopols des BVerfG ist dies auch für die vorliegende Arbeit der hM folgend anzunehmen.

## g. Ergebnis zu § 1 I Nr. 3 ESchG

Folglich lässt sich festhalten, dass im Rahmen von § 823 II BGB über § 1 I Nr. 3 ESchG die Gesundheit des *nasciturus* – seine Lebendgeburt vorausgesetzt – sowie die körperliche Gesundheit der Frau, die die Embryonen austrägt, geschützt werden. Es kommt daher sowohl Schadensersatz gem. § 249 II 1 BGB sowie Schmerzensgeld gem. § 253 II BGB in Betracht.

## 4. § 1 I Nr. 4 ESchG

§ 1 I Nr. 4 ESchG verbietet das Unternehmen der Befruchtung von mehr als drei Eizellen innerhalb eines Zyklus durch intratubaren Gametentransfer. § 1 I Nr. 4 ESchG ging gemeinsam mit § 1 I Nr. 3 ESchG auf den Änderungsantrag der Koalitionsfraktionen zurück.<sup>670</sup> Die Begründung der Regelung stellt ebenfalls auf die fehlende Notwendigkeit der Befruchtung von mehr als drei Eizellen zur Optimierung der Einnistungsmöglichkeiten ab.<sup>671</sup> Im Gegensatz zu § 1 I Nr. 3 ESchG kommt es erst im Eileiter zu einer Befruchtung, eine vorherige Befruchtung im Reagenzglas findet nicht statt.<sup>672</sup>

---

<sup>666</sup> *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, S. 501 f.

<sup>667</sup> *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, S. 501 f.

<sup>668</sup> *Müller-Terpitz*, Der Schutz des pränatalen Lebens, S. 502 mit Hinweis auf entsprechende Studien.

<sup>669</sup> *Dreier-Dreier*, GG, Art. 1 Rn. 95.

<sup>670</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>671</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>672</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*, ESchG § 1 Rn. 17.

Weder der intrauterine Gametentransfer noch die hormonale Ovulationslösung werden tatbestandlich vom klaren Wortlaut des § 1 I Nr. 4 ESchG erfasst.<sup>673</sup>

Die Regelung des § 1 I Nr. 4 ESchG stellt ein Verbot dar, wie sich schon aus der Strafbewehrung erkennen lässt.

Die zeitgleiche Einführung von § 1 I Nr. 4 ESchG mit § 1 I Nr. 3 ESchG im Gesetzgebungsverfahren zeigt bereits, dass die Schutzrichtung ähnlich ist.<sup>674</sup> Auch hier ist der Gesetzgeber in der Begründung der Norm wortkarg geblieben. Ein nicht zu unterschätzender Unterschied zu § 1 I Nr. 3 ESchG besteht jedoch darin, dass die Norm an einen früheren Zeitpunkt anknüpft, nämlich an das Verbringen der Gameten in den Eileiter.

Daraus folgt, dass es nicht der *nasciturus*, sondern der *nondum conceptus* ist, der durch § 1 I Nr. 4 ESchG geschützt wird. Wie bereits gezeigt werden konnte, kann auch ein *nondum conceptus* grundsätzlich vom persönlichen Schutzbereich einer Norm erfasst werden.<sup>675</sup> Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

Zum Teil wird in der Vorverlagerung ein über § 1 I Nr. 3 ESchG hinausgehender Schutz gesehen. Dadurch, dass es nämlich um die Schaffung neuer Embryonen und damit um die Erzeugung neuen Lebens und nicht nur der Reglementierung des Umgangs mit vorhandener Embryonen geht, komme als Rechtsgut zusätzlich die „Lebensgerichtetheit werdenden menschlichen Lebens“ in Betracht.<sup>676</sup> In einer weniger von dem Rechtsgut aus gedachten Perspektive, dennoch aber mit gleicher Zielrichtung, wird von der Verhinderung überzähliger Embryonen gesprochen.<sup>677</sup> Doch wie schon im Rahmen des § 1 I Nr. 2 ESchG führt selbst die Qualifizierung der Lebensgerichtetheit werdenden Lebens als Individualrechtsgut nicht zu einem Anspruch aus § 823 II BGB, da der Anspruchsteller in diesen Fällen entweder nicht entsteht oder kein Schaden vorliegt, sodass sich im Ergebnis aus diesem Umstand keine andere Bewertung im Vergleich zu § 1 I Nr. 3 ESchG ergibt.

Dass durch § 1 I Nr. 4 ESchG auch das Entstehen überzähliger Embryonen eingeschränkt wird,<sup>678</sup> stellt hingegen ein bloßes Fernziel dar.

---

<sup>673</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 4 Rn. 5.

<sup>674</sup> So zB Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 16.

<sup>675</sup> Vgl. D.II.1.a.i.

<sup>676</sup> Bezeichnung von Schroeder, FS Miyazawa, 533, 537; hierauf weist auch Taupitz hin, vgl. Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 4 Rn. 4.

<sup>677</sup> J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf, § 1 ESchG Rn. 31;

Erbs/Kohlhaas-Häberle § 1 ESchG Rn. 7.

<sup>678</sup> Erbs/Kohlhaas-Häberle § 1 ESchG Rn. 8

Aus haftungsrechtlicher Perspektive sind diese zwar willkommenerweise mitbewirkt, ohne vom Gesetzgeber primär verfolgt worden zu sein; denn es lag der Fokus, wie sich durch die parallele Einfügung von § 1 I Nr. 3 und Nr. 4 ESchG im Gesetzgebungsverfahren zeigt, auf den gesundheitlichen Gefahren im Zusammenhang mit Mehrlingsschwangerschaften und gewährt § 1 I Nr. 4 ESchG für den *nondum conceptus* den gleichen Schutzzumfang wie für den *nasciturus* in § 1 I Nr. 3 ESchG.

Bezüglich der Frau, in deren Eileiter die Gameten verbracht werden, kann umfassend auf die Erwägungen zu § 1 I Nr. 3 ESchG verwiesen werden. Ob die Befruchtung *in vitro* oder erst im Eileiter stattfindet, macht hinsichtlich der für sie bestehenden gesundheitlichen Risiken einer Mehrlingsschwangerschaft keinen Unterschied. Für die Frau handelt es sich somit lediglich um eine unterschiedliche Methode medizinisch unterstützter Fortpflanzung.<sup>679</sup> Die gesundheitlichen Risiken durch unerwünschte Mehrlingsschwangerschaften kommen daher in gleicher Weise zum Tragen, wie bereits im Rahmen des § 1 I Nr. 3 ESchG.

Es lässt sich somit festhalten, dass der *nondum conceptus* in seiner Gesundheit und die Frau, in deren Eileiter die Gameten verbracht werden, in ihrer körperlichen Gesundheit geschützt werden. Die tatbestandliche Ausgestaltung als Unternehmensdelikt legt dabei nahe, dass Einschränkungen des modalen Schutzbereichs nicht erforderlich sind. Als potenzielle Anspruchsgegner kommen die zu § 1 I Nr. 3 ESchG genannten in Betracht.

## 5. § 1 I Nr. 5 ESchG

Ferner ist gem. § 1 I Nr. 5 ESchG das Unternehmen der Befruchtung von mehr Eizellen einer Frau, als ihr innerhalb eines Zyklus übertragen werden sollen, verboten. Dabei geht der Gesetzgeber davon aus, dass es in circa 80 % der Fälle zu einer Befruchtung kommt, wenn sich die verwendeten Ei- und Samenzellen in einwandfreiem Zustand befinden.<sup>680</sup>

Diese Norm soll die Entstehung ‚überzähliger‘ Embryonen vermeiden.<sup>681</sup> Hiermit solle auch die Wertentscheidung des Grundgesetzes zum Vorteil von Menschenwürde und Leben geachtet werden.<sup>682</sup> Besondere Beachtung hat dabei auch die Wahrung des Kindeswohls erhalten.<sup>683</sup>

---

<sup>679</sup> Vgl. insofern auch Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 1 Abs. 1 Nr. 4 Rn. 2, der auf den inneren Zusammenhang der beiden Vorschriften hinweist.

<sup>680</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>681</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>682</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>683</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

### a. Tatbestandliche Unklarheiten, insbes. ‚Deutscher Mittelweg‘

Auf tatbestandlicher Ebene ist vor allem das Verhältnis zur sog. ‚Dreier-Regel‘ des § 1 I Nr. 3 ESchG strittig. Die wohl überwiegende Ansicht folgt der unter dem Schlagwort ‚Deutscher Mittelweg‘ bekannten Theorie, nach der so viele Eizellen befruchtet werden dürfen, wie erfahrungsgemäß erforderlich sind, um maximal drei entwicklungsfähige, zu übertragende Embryonen zu erhalten.<sup>684</sup>

§ 1 I Nr. 3 ESchG ist bei der Auslegung von § 1 I Nr. 5 ESchG nur beschränkt heranzuziehen, da die Normen unterschiedliche Rechtsgüter schützen und einen unterschiedlichen Normzweck haben;<sup>685</sup> sonst hätte der Gesetzgeber aufgrund Art. 103 II GG klar die Zahl drei nennen können.<sup>686</sup> Strafrechtlich irrelevant ist somit ein Verhalten, das auf die Gewinnung von im Ergebnis drei übertragungsfähigen Embryonen abzielt.<sup>687</sup>

Ferner werden der intratubare sowie der intrauterine Gametentransfer vom Tatbestand nicht erfasst, da dieser voraussetzt, dass die Befruchtung zeitlich vor die Übertragung auf die Frau fällt.<sup>688</sup>

### b. Geschützter Personenkreis

Der Gesetzgeber erwähnt in seiner Begründung lediglich das Entstehen überzähliger Embryonen, jedoch keine bestimmten Personenkreise. Aus dem Willen, die Entstehung überzähliger Embryonen zu vermeiden, lässt sich jedoch ableiten, dass jedenfalls die entstehenden Embryonen geschützt sein sollen, also der *nondum conceptus* dem geschützten Personenkreis angehört. Hinweise, dass es parallel zu § 1 I Nr. 3 und 4 ESchG auch um den Schutz der zukünftig Schwangeren geht, sind nicht ersichtlich. Dass der Schutz dieser Frau gerade nicht bezweckt ist, zeigt sich auch im frühen tatbestandlichen Anknüpfungszeitpunkt. Die schädigende Handlung in § 1 I Nr. 5 ESchG stellt die Befruchtung dar, die jedoch außerhalb des Körpers der Frau stattfindet und damit keine Gefahr für ebendiesen Körper begründet.

Der von § 1 I Nr. 5 ESchG geschützte Personenkreis umfasst daher lediglich den *nondum conceptus*. Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

---

<sup>684</sup> *BFH*, NJW 2017, 3022, Rn. 19–25; *AG Wolfratshausen*, BeckRS 2008, 29469 dargestellt im Abschnitt A. V. 3. a.; *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 4 Rn. 11; *Kubicjel*, NStZ 2013, 382, 385; *Taupitz/Hermes*, Gynäkologe 2015, 169, 169 ff.; aA *Erbs/Kohlhaas-Häberle* § 1 ESchG Rn. 8.

<sup>685</sup> *AG Wolfratshausen*, BeckRS 2008, 29469.

<sup>686</sup> *AG Wolfratshausen*, BeckRS 2008, 29469.

<sup>687</sup> *AG Wolfratshausen*, BeckRS 2008, 29469.

<sup>688</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 16.

### c. Geschützte Rechtsgüter

Fraglich ist, welche Rechtsgüter durch die Entstehung überzähliger Embryonen verletzt werden könnten. *Günther* geht diesbezüglich zunächst von einer dreifachen Schutzrichtung aus; dabei sollen weder Embryonen für missbräuchliche Verwendungen noch für gespaltene Mutterschaften zur Verfügung stehen.<sup>689</sup> Zudem soll, wie „innerhalb eines Zyklus“ zeigt, die künstliche Befruchtung auf Vorrat unterbunden werden.<sup>690</sup>

Die ersten zwei Schutzrichtungen entsprechen § 1 I Nr. 2 ESchG, sodass auf die dortigen Erwägungen zurückgegriffen werden kann. Die Vermeidung der missbräuchlichen Verwendung von Embryonen entspricht der ersten Fallgestaltung des § 1 I Nr. 2 ESchG. Diesbezüglich fehlt es jedoch zwingend wie bereits im Rahmen von § 1 I Nr. 2 ESchG entweder an dem Vorhandensein des Anspruchstellers oder einem Schaden. Die Vermeidung gespaltener Mutterschaften dient hingegen der Verhinderung negativer psychologischer Auswirkungen.

Fraglich ist indes, ob sich aus der dritten Schutzrichtung ein darüberhinausgehender Rechtsgüterschutz ergibt. Im Zeitpunkt der Entstehung des ESchG führte eine IVF mit einem Transfer von drei Embryonen nur in etwa jedem fünften Fall zu einer Schwangerschaft. Daher war und ist es aus medizinischer Sicht angebracht, mehr Eizellen zu gewinnen, als für einen einzigen Behandlungsversuch benötigt werden. Eine Kryokonservierung von Eizellen sowie Eizellen im Vorkernstadium ist, wie sich auch aus der Ablehnung des Änderungsantrags der SPD zu § 1 I Nr. 3 ESchG zeigt, nicht strafbar. Doch ist zu bedenken, dass die Unterbindung der Befruchtung auf Vorrat ebenfalls im Ergebnis die Möglichkeiten der missbräuchlichen Verwendung sowie Verfügungstellung für gespaltene Mutterschaften minimiert. Aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes stellt diese dritte Schutzrichtung lediglich eine Zusammenfassung der Schutzrichtungen eins und zwei dar. Folglich entspricht der sachliche Schutzbereich des § 1 I Nr. 5 ESchG voll und ganz dem des § 1 I Nr. 2 ESchG.

Es ist daher festzustellen, dass lediglich das Kindeswohl in Form möglicher negativer psychologischer Auswirkungen aufgrund gespaltener Mutterschaft ein geschütztes Rechtsgut des § 1 I Nr. 5 ESchG ist.

---

<sup>689</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther.*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 2.

<sup>690</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther.*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 3.

#### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

Aus schadensrechtlicher Perspektive gilt aufgrund der parallelen Schutzrichtung ebenfalls das zu § 1 I Nr. 2 ESchG Gesagte. Es ist allerdings zu beachten, dass ein Schaden nur dann vorliegt, wenn sich die Gefahren, denen § 1 I Nr. 5 ESchG bereits im Vorhinein begegnen möchte, auch realisieren. Das bedeutet, dass die Eizellen tatsächlich einer anderen Frau, als der von der die Eizellen stammen, eingesetzt wurden, denn nur so kommt es zu einer gespaltenen Mutterschaft. Werden die befruchteten Eizellen jedoch später der Frau, von der sie stammen, eingesetzt, so fehlt es an einem Schaden.

#### **e. Potenzielle Anspruchsgegner**

Auch § 1 I Nr. 5 ESchG richtet sich in erster Linie an Ärzte.

Denkbar wäre hier jedoch ebenfalls, dass die betroffene Frau als Anspruchsgegnerin infrage kommt, weil sie zum Beispiel die Mehrbefruchtung veranlasst hat. Hierin könnte eine Anstiftung iSv § 26 StGB zu sehen sein.<sup>691</sup> Der persönliche Strafausschlussgrund des § 1 III Nr. 1 ESchG, welcher § 1 I Nr. 5 ESchG nicht umfasst, könnte zwar aufgrund der sonst willkürlich anzumutenden Differenzierungen zu § 1 I Nr. 2 ESchG anzunehmen sein,<sup>692</sup> hat zivilrechtlich jedoch keine Relevanz.

Eine notwendige Teilnahme ist nur nach der Theorie der straflosen Mindestmitwirkung möglich, jedoch nicht für den beschriebenen Beispielsfall der Veranlassung, denn damit wird das zur Tatbestandsverwirklichung Notwendige überschritten. Da jedoch die betroffene Frau nicht in den Schutzbereich des § 1 I Nr. 5 ESchG fällt, kommt eine notwendige Teilnahme nach der Theorie des straflosen Schutzsubjekts nicht in Betracht.

Der Samenspender ist auch im Kontext des § 1 I Nr. 5 ESchG als bloß notwendiger Teilnehmer einzuordnen,<sup>693</sup> wie sich aus der Nichtpönalisation gespaltenen Vaterschaft ergibt. Er scheidet damit als Anspruchsgegner aus.

Familiäre Teilnahmehandlungen kommen aufgrund ihres höchstpersönlichen Charakters wegen Art. 6 I GG ebenfalls nicht in Frage.<sup>694</sup>

---

<sup>691</sup> Dies erwähnt auch beispielhaft Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 32.

<sup>692</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 I Nr. 5 Rn. 34–36. Günther stellt hier im Ergebnis wohl überzeugend auf den vergleichbaren Unrechtsgehalt ab.

<sup>693</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 37.

<sup>694</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 38.

## f. Ergebnis zu § 1 I Nr. 5 ESchG

Daher lässt sich festhalten, dass § 1 I Nr. 5 ESchG – wie § 1 I Nr. 2 ESchG – lediglich den *nondum conceptus* (persönlicher Schutzbereich) vor den negativen psychologischen Auswirkungen gespaltener Mutterschaft (sachlicher Schutzbereich) schützt. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass aufgrund der Anknüpfung des Tatbestands weit im Vorfeld, ein nach § 823 II BGB ersatzfähiger Schaden, nur im Fall der Realisierung der vom Gesetzgeber befürchteten Gefahren eintritt. Die aktuelle Studienlage legt allerdings nahe, dass dies unwahrscheinlich ist.

## 6. § 1 I Nr. 6 ESchG

§ 1 I Nr. 6 ESchG stellt die Entnahme eines Embryos vor Abschluss seiner Einnistung (Nidation) in der Gebärmutter unter Strafe, wenn dies in der Absicht erfolgt, diesen auf eine andere Frau zu übertragen oder ihn für einen nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden; gem. § 1 IV ESchG ist bereits der Versuch strafbar. Unerheblich ist jedoch, in welchem Zeitpunkt zwischen Befruchtung bzw. Transfer und Einnistung der Embryo entnommen wird.<sup>695</sup> Der Nidationszeitpunkt wird gem. § 218 I 2 StGB festgestellt.<sup>696</sup> Ist eine sichere Ermittlung des Zeitpunkts nicht möglich, so ist zurückzurechnen. Hierbei ist davon auszugehen, dass die Nidation etwa 13 Tage nach Empfängnis abgeschlossen ist, wobei die Empfängnis etwa zwei Wochen nach Beginn der letzten Menstruationsblutung anzusetzen ist. Nicht der Erhaltung dienend ist jeder Zweck, bei dem sich die Überlebenschancen reduzieren oder der Gesundheitszustand verschlechtert.<sup>697</sup>

Laut Gesetzesbegründung wurde die Vorschrift geschaffen, um schon im Vorfeld Embryonenspende, Ersatzmutterschaft sowie die Verwendung menschlicher Embryonen zu fremdnützigen Zwecken zu verhindern.<sup>698</sup> Der Gesetzgeber hielt es nämlich für möglich, dass Embryonen vor der Nidation aus Gebärmutter oder Eileiter ausgespült werden.<sup>699</sup> Entbehrlich sei eine Regelung für den Zeitpunkt ab der Nidation, da hier die Vorschriften der §§ 218 ff. StGB eingreifen.<sup>700</sup>

Im Gegensatz zur Methode des Ausspülens ließ der Gesetzgeber eine bewusste Regelungslücke für die Embryonenspende nach einer In-

---

<sup>695</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 10.

<sup>696</sup> Vgl. zur Berechnungsmethode Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. ESchG § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 12 mwN.

<sup>697</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 17.

<sup>698</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>699</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>700</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

Vitro-Fertilisation.<sup>701</sup> Durch diese Lücke wird eine Ausnahmesituation berücksichtigt, bei der die Embryonenspende die einzige Rettungsmöglichkeit des Embryos darstellt.<sup>702</sup>

Bereits tatbestandlich fehlt es an einem Gesetzesverstoß, wenn der Beteiligte nach § 34 StGB gerechtfertigt gehandelt hat. Hinsichtlich der ersten Alternative kommt dies in Betracht, wenn der Lebenserhalt des Embryos nur durch Entnahme und Übertragung auf eine andere Frau möglich ist, weil zB die genetische Mutter gesundheitlich hierzu nicht mehr dauerhaft in der Lage ist.<sup>703</sup>

Da die Norm ein bestimmtes Verhalten untersagt, handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

#### **a. Geschützter Personenkreis**

Sowohl Wortlaut als auch Entstehungsgeschichte der Norm legen nahe, dass lediglich der Embryo vor Einnistung, also der *nasciturus*, geschützt wird. Die Frau, aus deren Gebärmutter oder Eileiter der Embryo ausgespült wird, bleibt von dem Gesetzgeber hingegen in ihren Belangen komplett unberücksichtigt und ist damit auch als nicht geschützt anzusehen.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

#### **b. Geschütztes Rechtsgut**

§ 1 I Nr. 6 ESchG sanktioniert eine Verhaltensweise mit zwei unterschiedlichen Absichten; es handelt sich demnach um ein Alternativabsichtsdelikt. Bei der ersten Alternative ist die Absicht erforderlich, den Embryo auf eine andere Frau zu übertragen. Mit der beabsichtigten Übertragung auf eine andere Frau käme es zu einer gespaltenen Mutterschaft. Daher ist in dieser ersten Alternative erneut das Kindeswohl in Form der Bewahrung vor sozio-psychologischen Nachteilen aufgrund gespaltenen Mutterschaft als geschützt anzusehen.<sup>704</sup>

Nach der zweiten Alternative macht sich strafbar, wer mit der Absicht handelt, den Embryo für einen nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck zu verwenden. In der Gesetzesbegründung wird auf die

---

<sup>701</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9; *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6.

<sup>702</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 6.

<sup>703</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 21.

<sup>704</sup> So auch aus strafrechtlicher Sicht: *J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf* ESchG, § 1 Rn. 35; *Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert* ESchG § 1 Rn. 8; *Spickhoff-Müller-Terpitz*, ESchG § 1 Rn. 19; *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 4.

Parallele zu § 2 I ESchG hingewiesen.<sup>705</sup> Hier kommt als Rechtsgut das Leben bzw. die Lebensgerichtetheit des werdenden Lebens in Betracht.<sup>706</sup> Mit Blick auf die Gesetzesbegründung von § 2 I EchG, die davon ausgeht, dass „menschliches Leben grundsätzlich nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“ und damit auf die vom BVerfG verwendete Objektformel anspielt, kommt auch die Menschenwürde des *nasciturus* in Betracht. Wie noch zu zeigen ist, wird ein Schadensersatzanspruch in dieser Variante jedoch immer daran scheitern, dass entweder kein Anspruchsteller oder kein Schaden existiert.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs erscheinen abwegig.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

In schadensrechtlicher Hinsicht gilt in Bezug auf die erste Alternative das bereits zur gespaltenen Mutterschaft Gesagte.

Im Rahmen der zweiten Alternative wird jedoch nie ein Anspruch entstehen. Hier kommt es tatsächlich zur Erfüllung der vom Gesetzgeber befürchteten Gefahr, mit der Folge, dass es schon an der Existenz des Anspruchstellers mangelt, da sonst im Anschluss die Verwendung des Embryos zu fremdnützigen Zwecken erfolgt wäre. Zwar ist gem. § 1 IV ESchG bereits der Versuch strafbar und gem. § 1 I Nr. 6 ESchG nicht die tatsächliche Verwendung zu fremdnützigen Zwecken, sondern bereits die Ausspülung mit dieser Absicht sanktioniert, doch ist zu beachten, dass sich die vom Gesetzgeber befürchtete Gefahr nicht realisiert, wenn der Versuch scheitert, wie etwa im Falle eines untauglichen Versuchs; allerdings liegt dann auch kein Schaden vor.

### **e. Potenzielle Anspruchsgegner**

Erneut gehören Ärzte, Biologen und Angehörige der Heilberufe zum Kreis möglicher Täter und damit potenzieller Anspruchsgegner.<sup>707</sup>

Der persönliche Strafausschlussgrund gem. § 1 III Nr. 1 ESchG ist auch an dieser Stelle zivilrechtlich nicht von Relevanz.

Bei der Frau, der der Embryo entnommen wird, ist eine notwendige Teilnahme nach der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ möglich.

---

<sup>705</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>706</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 3.

<sup>707</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 6 Rn. 18.

## f. Ergebnis zu § 1 I Nr. 6 ESchG

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II BGB iVm § 1 I Nr. 6 ESchG ist nur in der ersten Tatbestandsalternative möglich. Der *nasciturus* (persönlicher Schutzbereich) wird dabei vor den negativen psychologischen Auswirkungen gespaltener Mutterschaft (sachlicher Schutzbereich) geschützt.

## 7. § 1 I Nr. 7 ESchG

Schließlich macht sich gem. § 1 I Nr. 7 ESchG strafbar, wer „es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“

Tatbestandlich erfasst wird sowohl die Austragung eines genetisch eigenen als auch eines genetisch fremden Kindes.<sup>708</sup> Nicht erfasst sind jedoch Konstellationen, in denen sich eine Frau erst während oder nach der Schwangerschaft dazu entschließt, das Kind auf Dauer Dritten zu überlassen.<sup>709</sup> Ziel der Norm sei laut Gesetzesbegründung die Verhinderung sog. Ersatzmutterchaften, wobei der Schutz schon im Vorfeld einsetze.<sup>710</sup> Zwar solle das Strafrecht die Überlassung eines Embryos an eine andere Frau nicht verbieten, wenn die genetische Mutter nicht in der Lage ist, den Embryo auszutragen, hierzu solle aber nicht der Weg einer Ersatzmutterchaft begangen werden.<sup>711</sup>

Welche abstammungsrechtlichen Folgen eine im Ausland legal vorgenommene Leihmutterchaft hat, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt, für die Frage der Schutzgesetzzeigenschaft von § 1 I Nr. 7 ESchG jedoch auch nicht von Relevanz.<sup>712</sup>

Die Norm untersagt ein bestimmtes Verhalten, damit handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

---

<sup>708</sup> J. Peter Graf/Jäger/Wittig-J. Peter Graf/C. Graf ESchG § 1 Rn. 37; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 20.

<sup>709</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem strafrechtlichen Koinzidenzprinzip; die vom Straftatbestand geforderten Absichten müssen also bereits im Zeitpunkt der Durchführung der künstlichen Befruchtung oder der Übertragung eines menschlichen Embryos vorliegen. Hiervon geht erkennbar auch der Gesetzgeber aus, wenn er über den insofern parallelen – aber nicht Gesetz gewordenen – § 2a ESchG-E spricht, vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 16.

<sup>710</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>711</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>712</sup> Vgl. zu dieser Frage bei Adoption (Anwendung von § 1741 I 1 oder 2 BGB): OLG Düsseldorf, NJW 2017, 2774; OLG Frankfurt a. M., NJW 2019, 1615; OLG München, RNotZ 2018, 415; LG Frankfurt a. M., NJW 2012, 3111; AG Hamm, BeckRS, 25410, Zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen zur Elternschaft; vgl.: BGH, NJW 2015, 479; OLG Braunschweig, Beschluss v. 13.04.2017 – 1 UF 83/13 (erhältlich in juris); OLG Düsseldorf, NJW-RR 2018, 1351.

### a. Geschützter Personenkreis

Da der Tatbestand sowohl auf die Durchführung einer Befruchtung als auch die Übertragung eines menschlichen Embryos abstellt, sind der *nondum conceptus* sowie der *nasciturus* von § 1 I Nr. 7 ESchG geschützt.

Geschützt wird somit der *nondum conceptus* in der Tatbestandsvariante der Durchführung einer künstlichen Befruchtung, der *nasciturus* im Fall der Übertragung eines menschlichen Embryos. Denn unabhängig von der Frage, ob eine Zeugung bereits stattgefunden hat oder nicht, sieht der Gesetzgeber ein Risiko für das diesem zuzuordnende Rechtsgut Kindeswohl.<sup>713</sup>

Fraglich ist hingegen, ob ähnlich wie in § 1 I Nr. 3 ESchG diesmal auch die Ersatzmutter als die den Embryo austragende Person durch § 1 I Nr. 7 ESchG geschützt wird. Der Wortlaut der Norm „die bereit ist, ihr Kind nach der Geburt auf Dauer zu überlassen“ lässt eine gewisse Schutzbedürftigkeit der beteiligten Frau anklingen. Allerdings ist zu bedenken, dass die Formulierung des § 1 I Nr. 7 ESchG verhaltensbezogen ist und der Tatbestand die Bereitschaft der Frau, das Kind nach der Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen, voraussetzt. Auch die Gesetzesbegründung zur Norm selbst ist diesbezüglich unklar, da sie vom Problem der „Ersatzmutterchaften“ ausgehend argumentiert.<sup>714</sup> Dem Entstehen von Ersatzmutterchaften solle daher bereits im Vorfeld begegnet werden.<sup>715</sup> Die hiermit verbundenen Konfliktmöglichkeiten führen dazu, dass lediglich für die Embryonenspende eine strafrechtliche Gesetzeslücke verbleiben solle, wenn die genetische Mutter den Embryo nicht auszutragen vermag.<sup>716</sup>

Eine im Wesentlichen dem § 1 I Nr. 7 ESchG inhaltlich entsprechende Regelung findet sich im nicht Gesetz gewordenen Entwurf des § 2a III ESchG-E.<sup>717</sup> Dieser sah eine Strafe für die Person vor, die es unternimmt, „bei einer Ersatzmutter eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen Embryo zu übertragen“. Die in § 1 I Nr. 7 ESchG erforderliche Bereitschaft der Frau ergibt sich in § 2a III ESchG-E aus der Legaldefinition der Ersatzmutter in § 2a I ESchG-E. In der Begründung hierzu werden jedenfalls auch die gesundheitlichen Risiken für die Ersatzmutter erwähnt.<sup>718</sup> Doch schon die Einleitung hierzu durch das Adverb „schließlich“ zeigt

---

<sup>713</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9, 15.

<sup>714</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>715</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>716</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>717</sup> Abgedruckt in BT-Drs. 11/5460 S. 15.

<sup>718</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 15.

eine im Vergleich zu den kindbezogenen Risiken untergeordnete Bedeutung. Dieser Eindruck verstärkt sich durch die daran anschließende Aussage, dass nicht zu verantworten ist, trotz des Wissens um alle Risiken, ein Kind künstlich zu zeugen. Schließlich zeigt sich auch in der Vormerkung zur Begründung des Gesetzesentwurfs zum ESchG, dass der Gesetzgeber „vor allem“ den Wertentscheidungen des Grundgesetzes zugunsten von Menschenwürde und Leben Rechnung tragen wollte.<sup>719</sup> Es wäre zwar denkbar zu überlegen, dass ein Menschenwürdeverstoß der Ersatzmutter möglich ist, doch passt dies nicht zum Autonomiegedanken der Menschenwürde<sup>720</sup>, dem gerade durch das Erfordernis der Bereitschaft, das Kind nach der Geburt auf Dauer Dritten zu überlassen, bereits tatbestandlich Rechnung getragen wurde.

Daher kann davon ausgegangen werden, dass der Schutz der Ersatzmutter durch § 1 I Nr. 7 ESchG nur mitbewirkt, nicht jedoch vom Gesetzgeber bezweckt wurde.<sup>721</sup> Die Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Ersatzmutterchaft war zwar zugleich Ausdruck von gesetzgeberischem Paternalismus;<sup>722</sup> doch selbst daraus lässt sich ein Schutz auch der Ersatzmutter nicht herleiten.

Es lässt sich somit festhalten, dass der *nondum conceptus* bzw. *nasciturus*, nicht aber die Ersatzmutter von § 1 I Nr. 7 ESchG geschützt werden.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

## **b. Geschütztes Rechtsgut**

Die Gesetzesbegründung zu § 1 I Nr. 7 ESchG ist knapp und beschränkt sich darauf, dass der Entstehung sog. Ersatzmutterchaften im Vorfeld begegnet werden soll.<sup>723</sup> Lohnenswerter ist hingegen ein Blick auf die Gesetzesbegründung zu § 2a ESchG-E, welcher zwar nicht Gesetz geworden ist,<sup>724</sup> dessen Abs. 3 jedoch inhaltlich mit der

---

<sup>719</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

<sup>720</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 15.

<sup>721</sup> AA im Hinblick auf das strafrechtliche Rechtsgut Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 20, der davon ausgeht, dass zugunsten der Ersatzmutter menschenunwürdige Konflikte, die aus der Übernahme der Schwangerschaft entstehen, auszuschließen sind. Doch passt dies nicht zur untergeordneten, nebensächlichen Betrachtung und der Freiwilligkeit ihrer Beteiligung

<sup>722</sup> Kersten, Rechtliche Herausforderungen der Gameten- und Embryonenspende sowie der Leihmutterchaft, 107, 115.

<sup>723</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>724</sup> § 2a ESchG-E (Stellungnahme des Bundesrates) sollte umfassend und abschließend die Ersatzmutterchaft regeln und deshalb auch Bestimmungen über die Vermittlung von Ersatzmüttern, welche im Adoptionsvermittlungsgesetz geregelt sind, miteinfassen. Da Abs. 3 jedoch inhaltlich § 1 I Nr. 7 ESchG entspricht, können die Erwägungen zu diesem Absatz zur Auslegung herangezogen werden.

Vorschrift des § 1 I Nr. 7 ESchG übereinstimmt und sich mit den Gefahren der Ersatzmutterschaft auseinandersetzt.<sup>725</sup> Danach widerspricht es dem Kindeswohl, die psychosozialen Beziehungen zwischen austragender Mutter und Kind völlig unberücksichtigt zu lassen;<sup>726</sup> schon die Entwicklung des Kindes im Mutterleib könne daher beeinträchtigt werden. Nachteilige Auswirkungen würden ferner durch die Trennung des Kindes von der Mutter nach der Geburt möglich sein. Die Identitätsfindung des Kindes könne durch das Auseinanderfallen von austragender und sozialer Mutter erheblich erschwert werden. Schließlich seien gesundheitliche Risiken für die Ersatzmutter, große Unsicherheiten und mögliche psychische Konflikte für alle Beteiligten eine Belastung. Die künstliche Zeugung eines Kindes in Kenntnis all dieser Risiken sei somit nicht verantwortbar.

Diese Gefahren bestünden sowohl bei entgeltlicher als auch bei altruistischer Ersatzmutterschaft, wobei die Gefahr schwerer psychischer Konflikte im Verwandtschafts- und engen Freundschaftskreis höher sei.<sup>727</sup>

Der Gesetzgeber sieht somit Gefahren für den *nondum conceptus/nasciturus* hinsichtlich der Entwicklung im Mutterleib durch die Trennung von der Geburtsmutter, aber auch Identitätsfindungsprobleme aufgrund des Auseinanderfallens von sozialer und biologischer Mutterschaft.

Die pränatale Psychologie geht darüber hinaus davon aus, dass die emotionale Verfassung der Mutter die Entwicklung des Kindes beeinflusst.<sup>728</sup> Gesundheit und Psyche des Kindes können durch schwere Depressionen, übermäßigen Stress oder eine dauerhaft ablehnende Haltung gegenüber der Schwangerschaft gefährdet werden.<sup>729</sup>

Hinsichtlich der Identitätsfindungsprobleme sowie der Belastung durch die Trennung liegen jedoch keine Studien vor, welche Schäden der befürchteten Art nahelegen.<sup>730</sup> Dies zeigt auch die Erfahrung des Familienmodells Adoption, woraus sich keine durchgreifenden Bedenken bezüglich des Kindeswohls ableiten lassen.<sup>731</sup>

---

<sup>725</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 15 f.

<sup>726</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 15.

<sup>727</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 15.

<sup>728</sup> Hierzu mit ausführlicher Darstellung des aktuellen Forschungsstandes *Lammers*, Leihmutterschaft, S. 124–128 mwN.

<sup>729</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft, S. 127.

<sup>730</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft, S. 129 mwN.

<sup>731</sup> *Lammers*, Leihmutterschaft, S. 130.

Somit erstaunt es nicht, dass *Taupitz* den Gesetzgeber dafür kritisiert, die Fälle, in denen die Ersatzmutter ein mit ihr genetisch verwandtes Kind austrägt, nicht gesondert beurteilt zu haben, da hier der Sachverhalt schließlich deutlich näher an der Adoption liege.<sup>732</sup>

Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass die Gesundheit des *nondum conceptus/nasciturus* in physischer wie psychischer Hinsicht durch § 1 I Nr. 7 ESchG geschützt wird.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Aufgrund der Ausgestaltung als Unternehmensdelikt sind grundsätzlich alle denkbaren Gefahren erfasst. Einschränkungen, welche sich aus dem modalen Schutzbereich ergeben, sind vorliegend nicht ersichtlich.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

Hinsichtlich eines Schadens, der mit der gespaltenen Mutterschaft zusammenhängt, gilt das zu § 1 I Nr. 2 ESchG Gesagte. Ein Schaden mag zwar unwahrscheinlich erscheinen, die Wertung des Gesetzgebers vor dieser Art des Schadens schützen zu wollen, ist aber zu respektieren. Daher sind für den Fall, dass der geborene Mensch Identitätsfindungsstörungen erleidet oder sonst psychisch oder physisch durch die Ersatzmutterschaft belastet ist, die hierdurch entstehenden Kosten gem. § 249 II 1 BGB sowie Schmerzensgeld nach § 253 II BGB zu leisten. Problemen beim Nachweis der Kausalität kann mit § 630h V BGB analog begegnet werden<sup>733</sup>.

### **e. Potenzielle Anspruchsgegner**

Die Gesetzesbegründung sieht als Adressaten des Verbots<sup>734</sup> in erster Linie den Arzt, hält aber auch eine Täterschaft von Heilpraktikern, Hebammen, Krankenschwestern und Vertretern verwandter Berufe für möglich.<sup>735</sup>

Der persönliche Strafausschlussgrund in § 1 III Nr. 2 ESchG zugunsten der Ersatzmutter und der Person, welche das Kind auf Dauer bei sich aufnehmen will, hat zivilrechtlich keine Bedeutung.

Dennoch wird eine Strafbarkeit dieser Beteiligten regelmäßig ausscheiden. Zum einen kommt eine notwendige Beteiligung in Form der Mindestmitwirkung an einem Begegnungsdelikt in Betracht. Bezüglich der Ersatzmutter ergibt sich dies bereits aus dem Tatbestand,

---

<sup>732</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*. C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 10.

<sup>733</sup> D.II.3.d.

<sup>734</sup> Zu § 2a III ESchG-E (Stellungnahme des Bundesrates), der § 1 I Nr. 7 ESchG inhaltlich entspricht, aber nicht Gesetz geworden ist.

<sup>735</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 15.

der ihre Bereitschaft zur dauerhaften Überlassung an Dritte explizit fordert, eine Strafbarkeit dieser Frau aber nicht vorsieht, sondern sie zu einem Tatobjekt macht, vgl. Wortlaut „bei einer“. Eine lebensnahe Auslegung zeigt darüber hinaus, dass der Wille eines Dritten, das Kind nach der Geburt übernehmen zu wollen, regelmäßig bereits vor der Tat besteht und an die Beteiligten herangetragen werden muss, damit überhaupt eine geeignete Tatsituation vorliegt. Daher sind Dritte iSd § 1 I Nr. 7 ESchG sowie die Ersatzmutter idR notwendig Beteiligte nach der Theorie der straflosen Mindestmitwirkung.

#### **f. Verfassungsrechtliche Bedenken**

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive wird eingewandt, dass das absolute Verbot der Ersatzmutterschaft einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die durch Art. 1 I iVm Art. 2 I GG garantierte Fortpflanzungsfreiheit darstellt.<sup>736</sup> Doch obwohl sich mehrere Entscheidungen aus dem Bereich des Familienrechts bereits mit dem Verbot auseinandergesetzt haben, kam es nie zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht, sodass hier zur weiteren Bearbeitung noch von einer Verfassungsmäßigkeit auszugehen ist.

#### **g. Ergebnis zu § 1 I Nr. 7 ESchG**

§ 1 I Nr. 7 ESchG schützt je nach Tatbestandsvariante den *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* vor den physischen und psychischen Gefahren der Ersatzmutterschaft. Diese haben gem. § 249 II 1 BGB einen Anspruch auf Schadensersatz sowie gem. § 253 II BGB einen Anspruch auf Schmerzensgeld.

### **8. § 1 II ESchG**

§ 1 II ESchG stellt das künstliche Bewirken des Eindringens (Nr. 1) sowie das künstliche Verbringen (Nr. 2) einer menschlichen Samenzelle in eine menschliche Eizelle unter Strafe, wenn dies ohne den Willen geschieht, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Gem. § 1 IV ESchG ist bereits der Versuch strafbar.

§ 1 II ESchG soll die Regelung des § 1 I Nr. 2 ESchG ergänzen für den Fall, dass die Handlung statt auf die Befruchtung bloß auf die Erzeugung von Vorkernen gerichtet ist.<sup>737</sup> Kryokonservierung ermögliche nämlich eine jederzeitige Unterbrechung des Befruchtungsvorgangs. Dadurch sei eine „tiefgreifende Manipulationen an

---

<sup>736</sup> So zB Müller-Götzmann, Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, S. 283–310.

<sup>737</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

den Vorkernen“ möglich und es können im Fall des Auftauens Embryonen entstehen, die nicht für einen Embryotransfer vorgesehen sind.<sup>738</sup> Schließlich sei im Vorkernstadium das genetische Programm des Embryos bereits festgelegt.<sup>739</sup>

Der objektive Tatbestand von § 1 II Nr. 1 ESchG ist erfüllt, wenn die Imprägnation künstlich bewirkt wurde, was jedoch ein Eindringen der Samenzelle in das Plasma der Eizelle voraussetzt.<sup>740</sup> Kommt es daher ohne Unterbrechung zu einer Befruchtung der Eizelle, ist alleinig § 1 I Nr. 2 ESchG einschlägig.<sup>741</sup> § 1 II Nr. 2 ESchG knüpft tatbestandlich an eine spezielle Form der Eizellimprägnation an.<sup>742</sup> Dabei dachte der Gesetzgeber in erster Linie an die ICSI.<sup>743</sup> Vollenendet ist der Tatbestand ebenfalls, wenn sich die Samenzelle im Plasma der Eizelle befindet.<sup>744</sup> Die Anforderungen des subjektiven Tatbestands sind für beide Tatmodalitäten identisch.<sup>745</sup> Zum einen muss zumindest bedingter Vorsatz hinsichtlich der Imprägnation vorliegen und zum anderen der Täter nicht in der Absicht handeln, eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt.<sup>746</sup> Da sich § 1 II Nr. 1 ESchG und § 1 II Nr. 2 ESchG nur im Hinblick auf die Tatmodalität unterscheiden, ist davon auszugehen, dass ihr Schutzzweck identisch ist.

Diese Norm untersagt ein bestimmtes Verhalten, damit handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

Aufgrund der expliziten Beschreibung der Norm durch den Gesetzgeber als Ergänzung zu § 1 I Nr. 2 ESchG zeigt sich, dass § 1 II ESchG den gleichen Schutz zu erzielen beabsichtigt wie § 1 I Nr. 2 ESchG.

Durch die Anknüpfung des Tatbestands weit im Vorfeld ist bereits der *nondum conceptus* als geschützt angesehen, denn erst durch die Tathandlung entsteht eine (lediglich) imprägnierte Eizelle.<sup>747</sup> Der sachliche Schutzbereich weist wie bei § 1 I Nr. 2 ESchG eine doppelte Schutzrichtung auf: sowohl fremdnützige Verwendungen als auch die Gefahr gespaltener Mutterschaften sollen damit ausgeschlossen werden.<sup>748</sup>

---

<sup>738</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>739</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>740</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 9 f.

<sup>741</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 11.

<sup>742</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 12.

<sup>743</sup> Vgl. „zB durch gezielte Injektion“, BT-Drs. 11/5460 S. 9.

<sup>744</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 12.

<sup>745</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 13.

<sup>746</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 14 f.

<sup>747</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 2.

<sup>748</sup> D. Prütting-Braun, ESchG § 1 Rn. 2; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 II Rn. 4; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 1 Rn. 22.

Nicht geschützt sind erneut die beteiligten Frauen. Sie werden weder in der Gesetzesbegründung erwähnt noch ist ihre Gesundheit durch die tatbestandliche Handlung des § 1 II Nr. 1 und Nr. 2 ESchG unmittelbar betroffen.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

Die Realisierung der Gefahren gespaltener Mutterschaft – auch wenn sie aus medizinischer Sicht als unwahrscheinlich zu bewerten ist – stellt einen nach § 249 II 1 BGB zu ersetzenden Schaden dar. Zudem kommt ein Schmerzensgeldanspruch gem. § 253 II BGB in Betracht. Die Verwendung der imprägnierten Eizellen für fremdnützige Zwecke bedeutet, wie im Fall des § 1 I Nr. 2 ESchG, dass es niemals zu einer Lebendgeburt kommen wird. Daher fehlt es hier schon an einem Anspruchsteller sowie kommt ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 1 II ESchG in dem Fall der fremdnützigen Verwendung ebenfalls niemals zur Entstehung.

Daher schützt § 1 II Nr. 1 und Nr. 2 ESchG als Vorfelddatbestand zu § 1 I Nr. 2 ESchG den *nondum conceptus* vor negativen psychologischen Auswirkungen aufgrund gespaltener Mutterschaft.

Fraglich ist indes, wer als potenzieller Anspruchsgegner in Frage kommt; auch an dieser Stelle lässt sich auf die Ausführungen zu § 1 I Nr. 2 ESchG zurückgreifen.

Daher wird die Eizellspenderin regelmäßig straflose notwendige Teilnehmerin nach der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ sein.<sup>749</sup>

Hinsichtlich des Samenspenders ist aufgrund der Bevorrechtung gespaltener Vaterschaft von einer straflosen, notwendigen Teilnahme auszugehen. Die in den Kernbereich familiärer Privatsphäre fallenden Beratungen über intime Fortpflanzungsangelegenheiten sind auch hier nicht als Teilnahmehandlungen im Sinne der §§ 26, 27 StGB zu qualifizieren. Daher scheiden diese Personengruppen aus dem Kreis tauglicher Anspruchsgegner aus.

## 9. § 2 I ESchG

§ 2 I ESchG sanktioniert die Veräußerung sowie Abgabe, Erwerb und Verwendung eines nicht seiner Erhaltung dienenden Zwecks eines extrakorporal erzeugten oder einer Frau vor Abschluss seiner

---

<sup>749</sup> Irrelevant ist hingegen die Frage, ob eine analoge Anwendung des § 1 III Nr. 1 ESchG auf § 1 II ESchG wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot geboten erscheint, vgl. zum Streit *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 1 II Rn. 20.

Einnistung in der Gebärmutter entnommenen, menschlichen Embryos; gem. § 2 III ESchG ist bereits der Versuch strafbar. Der Gesetzgeber sanktioniert somit insgesamt vier Verhaltensweisen. Wie bereits die Syntax zeigt, ist dabei die erste Modalität der ‚Veräußerung‘ nicht von dem täterschaftlichen Ziel der Verwendung zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck abhängig. Daraus ergibt sich, dass unter Veräußerung in Abgrenzung zur Modalität der Abgabe nur der entgeltliche Verkauf zu verstehen ist.<sup>750</sup>

Der Begriff des ‚Verkaufs‘ ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht im rein zivilrechtlichen Sinne zu verstehen, da hierzu bereits der Begriff der ‚Sache‘ problematisch erscheint.<sup>751</sup> Diesem Ausgangspunkt folgend kann es ebenfalls nicht auf die schuldrechtliche Gültigkeit des Kaufvertrages ankommen; im Gegenteil, dies würde wegen § 134 BGB bloß zu einem Zirkelschluss führen.

Der Begriff der ‚Abgabe‘ bezeichnet die unentgeltliche Übertragung des tatsächlichen Gewahrsams.<sup>752</sup> Eine Entsorgung wird hiervon nicht mehr erfasst,<sup>753</sup> da hier kein neuer Gewahrsam begründet wird.

Die Modalität des ‚Erwerbs‘ bezeichnet die Erlangung tatsächlichen Gewahrsams. Eine Unterscheidung hinsichtlich der Entgeltlichkeit wurde vom Gesetzgeber nicht vorgenommen. Fraglich ist jedoch, ob aufgrund der Verwendung eines aus dem Kauf- und Sachenrecht stammenden Begriffes zumindest eine Einigung erforderlich ist. Nach *Günther* sei jede Form der Gewahrsamserlangung ausreichend, da es der Sinn und Zweck der Norm sei, umfassend Missbräuche an überzähligen Embryonen zu verhindern. Dies mag im Hinblick auf die fehlende Strafbarkeit der Wegnahme nach § 242 StGB aufgrund fehlender Sacheigenschaft zunächst überzeugen;<sup>754</sup> auch könnte angenommen werden, dass damit der Wortsinn noch nicht entgegensteht.<sup>755</sup> Dem kann jedoch nicht vollends gefolgt werden. Zwar mag der umfassende Schutz vor Missbräuchen durch den Gesetzgeber intendiert worden sein, doch hat der Gesetzgeber mit der vierten Tatbestandsmodalität bewusst einen weiten Tatbestand geschaffen, der zwar kein klassischer Auffangtatbestand ist, jedoch aufgrund der breiten Palette erfasster Verhaltensweisen durchaus eine gewisse Auffangfunktion aufweist. Folglich erscheint ein extensives Verständnis auch im Hinblick auf die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts nicht erforderlich. Es überzeugt daher eher, das allgemeine Begriffsverständnis lediglich im Hinblick auf die problematische Sacheigenschaft anzupassen, nicht jedoch auch an

---

<sup>750</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 2 Rn. 5.

<sup>751</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10. Siehe auch zum Eigentumsbegriff in § 823 I: E.I.4.

<sup>752</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 2 Rn. 28.

<sup>753</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 2 Rn. 28.

<sup>754</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 2 Rn. 29.

<sup>755</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 2 Rn. 29.

anderer Stelle zu überdehnen. Schließlich hat der Gesetzgeber in seiner Begründung gezeigt, dass er bewusst aus dem Zivilrecht entnommene Begriffe verwendet hat und diese lediglich im Hinblick auf die Problematik der Sacheigenschaft zu modifizieren sind.<sup>756</sup> Diese Wertung des Gesetzgebers sollte daher nicht übergangen werden.

Die vierte Tatmodalität stellt die ‚Verwendung‘ unter Strafe und erfasst damit eine breite Palette möglicher Verhaltensweisen.<sup>757</sup> Verwenden bezeichnet dabei den „zweckgerichteten Gebrauch“.<sup>758</sup> Daher fallen nur aktive Verhaltensweisen, die das Schicksal des Embryos beeinflussen, unter den Tatbestand; ein Verwenden durch Unterlassen kommt hingegen nicht in Betracht.<sup>759</sup> Das Embryo-Scoring, welches eine bloße Beobachtung unter dem Mikroskop zur Identifizierung morphologisch schwer geschädigter oder arretierter Embryonen darstellt, ist im Hinblick auf das Übermaßverbot zur Vermeidung nicht beabsichtigter Strafbarkeiten eingrenzend aus dem Tatbestand herauszunehmen.<sup>760</sup> Ebenfalls vom umgangssprachlichen wie fachsprachlichen Wortstinn nicht erfasst wird die aktive Vernichtung überzähliger Embryonen, solange dies nicht mit dem zweckbestimmten Gebrauch zwangsläufig verbunden ist.<sup>761</sup> Auf der anderen Seite wird die Kryokonservierung als aktive Einwirkung auf das Schicksal des Embryos vom Verwendungsbegriff erfasst, obwohl dies in der Regel zum Erhalt des Embryos vorgenommen wird.<sup>762</sup> Doch fehlt es dann in diesen Fällen am subjektiven Erfordernis der Absicht zu einer Nutzung zu einem nicht der Erhaltung des Embryos dienenden Zweck.<sup>763</sup>

---

<sup>756</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 11/5460 S. 10 „nicht im zivilrechtlichen, auf eine ‚Sache‘ bezogenen Sinne verstanden“.

<sup>757</sup> BGH, NJW 2010, 2672 Rn. 33; aA Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 2 Rn. 30, welcher „verwenden“ aufgrund des Willen des historischen Gesetzgebers als umfassenden Auffangtatbestand auffasst. Dahingegen lehnt dies der BGH Rn. 33 richtigerweise ab, da nach Wortlaut und Systematik insbesondere der Erwerb nicht als Unterfall der Verwendung verstanden werden könne.

<sup>758</sup> BGH, NJW 2010, 2672, Rn. 33.

<sup>759</sup> BGH, NJW 2010, 2672, Rn. 33; ähnlich Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 2 Rn. 30, 36, der jedoch auf das Fehlen aktiver Einwirkung abstellt, obwohl sich diese Einschränkung nicht aus dem Verwendungsbegriff ergibt.

<sup>760</sup> BGH, NJW 2010, 2672, Rn. 33; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 2 Rn. 31.

<sup>761</sup> BGH, NJW 2010, 2672, Rn. 38, wobei der BGH die Frage im Ergebnis offen ließ, so aber auch Schroth, NStZ 2009, 233, 236, der hinsichtlich der Nutzung des Verwendungsbegriffs in der Fachsprache auf die Urkundendelikte verweist.

<sup>762</sup> Rosenau/Linoh, JZ 2013, 937, 939, wenn auch mit der Einschränkung, das subjektive Merkmal restriktiv auszulegen; Schroth, NStZ 2009, 233, 236.

<sup>763</sup> Scheinbar gehen einige Autoren davon aus, dass die Kryokonservierung zwingend mit Erhaltungsabsicht vorgenommen wird, wie zB Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 2 Rn. 2; Rosenau/Linoh, JZ 2013, 937, 939.

Hintergrund der Norm ist nach der Gesetzesbegründung, dass auch im frühesten embryonalen Entwicklungsstadium „menschliches Leben nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf.“<sup>764</sup>

Die Norm untersagt daher ein bestimmtes Verhalten, damit handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

#### **a. Geschützter Personenkreis und geschütztes Rechtsgut**

Trotz der erneut sehr kurz gehaltenen Gesetzesbegründung kommt der geschützte Personenkreis hierin gut zur Geltung. Es geht nämlich um menschliches Leben im frühesten Stadium seiner embryonalen Entwicklung, d. h. um den *nasciturus*.<sup>765</sup> Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

Die Formulierung des Gesetzgebers, dass der Embryo „nicht zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf“<sup>766</sup> legt durch seine semantische Nähe zur Objektformel des BVerfG nahe, dass jedenfalls die Menschenwürde eines der geschützten Rechtsgüter des § 2 I ESchG sein könnte.

Im Rahmen deliktischer Ansprüche wurde die Menschenwürde bisher nur zur Ablehnung eigener Ansprüche des Kindes im Rahmen der ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung verwendet.<sup>767</sup> Hier geht es jedoch um die gegenteilige Fragestellung: Vermag eine Menschenwürdeverletzung einen Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 2 I ESchG zu begründen?

Die Menschenwürde, welche durch Art. 1 GG geschützt wird, ist individualbezogen und damit ein Individualrechtsgut. Weder der Wortlaut noch die historische Entstehung der Norm führen daher zu einem vornehmlich gattungsbezogenen Menschenwürdeverständnis.<sup>768</sup> Nach der Objektformel liegt eine Verletzung der Menschenwürde – sprich ein Eingriff – vor, wenn der Einzelne entweder zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht wird oder seine Subjektivität prinzipiell in Frage gestellt wird.<sup>769</sup> Die Instrumentalisierung menschlichen Lebens im frühesten Entwicklungsstadium stellt daher die Subjektivität des Einzelnen per se in Frage und damit eine Verletzung der Menschenwürde dar.

---

<sup>764</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>765</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>766</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>767</sup> Vgl. insofern *BGH*, NJW 1983, 1371; *BVerfG*, NJW 1993, 1751.

<sup>768</sup> *Dreier-Dreier*, GG, Art. 1 Rn. 115; *Dürig/Herzog/Scholz-Herdeggen*, GG Art. 1 Rn. 29.

<sup>769</sup> Vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 26 Rn. 8 mwN aus der bundesverfassungsgerichtlichen Rspr.

Ferner zeigt schon die Formulierung des subjektiven Erfordernisses des „nicht seiner Erhaltung dienenden Zwecks“, dass bezüglich der letzten drei Tatbestandshandlungen, auf die sich das Erfordernis bezieht, die Rechtsgüter Leben und Gesundheit in Betracht kommen. Das Rechtsgut Leben, von *Schroeder* als „Lebensgerichtetheit werdenden Lebens“<sup>770</sup> bezeichnet, scheidet schon insofern aus, da es immer an einem Anspruchsteller fehlt.<sup>771</sup> Eine Verletzung der Gesundheit scheint zwar mit Blick auf die möglichen Tatbestandsvarianten unwahrscheinlich, nicht jedoch ausgeschlossen.

### **b. Modaler Schutzbereich**

Einschränkungen, welche sich aus dem modalen Schutzbereich ergeben, sind vorliegend nicht ersichtlich.

### **c. Schadensrechtliche Erwägungen**

Zunächst ist festzuhalten, dass es einige Möglichkeiten im Falle des § 2 I ESchG gibt, bei denen entweder ein Rechtsgutsträger oder ein Schaden entsteht, insbesondere in Bezug auf die Menschenwürdeverletzung. Setzt in diesem Zusammenhang die Verletzung der Menschenwürde voraus, dass es zu einer Abgabe, einem Erwerb oder einer Verwendung eines nicht seiner Erhaltung dienenden Zwecks kommt, so führt dies regelmäßig dazu, dass der Embryo nicht erhalten bleibt, d. h. verbraucht wird und somit niemals zu einem Menschen und damit Anspruchsteller wird; vollkommen ausgeschlossen ist eine nicht verbrauchende Forschung jedoch nicht. Doch auch bei der Tatmodalität der ‚Veräußerung‘, auf die sich das subjektive Merkmal nicht bezieht, erscheint im Rahmen allgemeiner Lebenserfahrung naheliegend, dass es dann nicht mehr zu einer Schwangerschaft kommt. Dennoch sind Sachverhalte denkbar, bei denen es trotz ursprünglich anderer Zwecksetzung doch zur Einsetzung des Embryos und schließlich zu seiner Geburt sowie zur Entstehung des Anspruchstellers und mithin des Anspruchs kommt. Dies zeigt insbesondere, dass bereits der Versuch gem. § 2 III ESchG strafbar ist. Danach gilt es zu prüfen, ob die Menschenwürdeverletzung auch zu einem Schaden des *nasciturus* geführt hat. Materielle Schäden sind idR nach § 251 BGB zu ersetzen; bei immateriellen Schäden sind die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu beachten.<sup>772</sup>

Der tatsächliche Eintritt einer Gesundheitsverletzung – jedenfalls im Sinne des körperlichen Wohlbefindens – erscheint bei den Tatmodalitäten des Verkaufs, der Abgabe und des Erwerbs durch die

---

<sup>770</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 538.

<sup>771</sup> Dies entspricht der Begründung zu § 1 I Nr. 1 ESchG, sodass an dieser Stelle auf die Wiederholung der dortigen Begründung verzichtet wird., vgl. D.II.1.a.i.

<sup>772</sup> Vgl. insofern Ausführungen zu § 4 I Nr. 1 ESchG, D.II.14.

Verwirklichung des jeweiligen Merkmals unwahrscheinlich. Diese stellen nämlich keine Einwirkung auf den Embryo selbst dar. Hypothetisch denkbar – wenn auch keine Fälle dieser Art bisher bekannt sind – wäre lediglich, dass die später erlangte Kenntnis über die Ereignisse vor Nidation psychische Probleme auslöst; dann führt aber nicht die Gesetzesverletzung selbst, sondern die spätere Kenntnis davon zu einem Schaden. Diese Gefahr ist wohl vom Gesetzgeber, der gerade davon ausging, dass es nicht zur Herbeiführung einer Schwangerschaft kam, als nicht mehr vom Schutzbereich erfasst anzusehen. Körperliche Beeinträchtigungen erscheinen hingegen insbesondere wahrscheinlicher im Hinblick auf die Tatbestandsvariante der Verwendung, da hier auch direkte Einwirkungen auf den Embryo erfasst werden. Sollte es also zu einem hierauf zurückzuführenden Schaden an der Person kommen, ist dieser gem. § 249 II 1 BGB zu ersetzen und gem. § 253 II BGB Schmerzensgeld zu zahlen.

#### **d. Potenzielle Anspruchsgegner**

Als Anspruchsgegner kommen zunächst die Akteure der jeweiligen Tathandlungen in Betracht. Dies werden aufgrund des Zugangs zu entsprechenden Embryonen in der Regel Fortpflanzungsmediziner sein, aber auch Forscher, die die Embryonen zu ihren Zwecken nutzen oder zu nutzen beabsichtigen. Da es sich bei dem Delikt jedoch nicht um ein Sonderdelikt handelt, ist grundsätzlich ein täterschaftliches Handeln jedes Menschen denkbar.

Das Zuverfügungstellen von Gameten für die Begehung eines Verstoßes gegen § 2 I ESchG lässt sich als Beihilfe auffassen, da auch eine Beihilfe bereits im Vorbereitungsstadium geleistet werden kann.<sup>773</sup> Dies ist jedenfalls noch als notwendige Teilnahme nach der Theorie der notwendigen Mindestmitwirkung zu qualifizieren. Bei darüberhinausgehenden Handlungen kommt hingegen eine Strafbarkeit der beiden Gruppen in Betracht, vorausgesetzt, dass der *nasciturus* lebend geboren wurde.

#### **e. Ergebnis zu § 2 I ESchG**

Somit lässt sich festhalten, dass ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 2 I ESchG möglich ist; dieser schützt den *nasciturus* in seiner Menschenwürde und seiner Gesundheit. Regelmäßig wird es jedoch an dem Anspruchsteller eines solchen Anspruchs fehlen. Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind somit nicht ersichtlich.

---

<sup>773</sup> MüKo-StGB-Joecks/Scheinfeld, StGB § 27 Rn. 17.

## 10. § 2 II ESchG

Gem. § 2 II ESchG ist das Bewirken der extrakorporalen Weiterentwicklung eines Embryos zu einem anderen Zweck als der Herbeiführung einer Schwangerschaft verboten. Von einem solchen Bewirken kann gesprochen werden, wenn der Embryo einem Kulturmedium oder später auch einer künstlichen Gebärmutter ausgesetzt wird.<sup>774</sup> Gem. § 2 III ESchG ist bereits der Versuch strafbar. Die Reichweite der Norm ist hierbei auf das Stadium der Embryogenese begrenzt.<sup>775</sup>

Experimente zur Entwicklung einer ‚künstlichen Gebärmutter‘ sollen nach Ansicht des Gesetzgebers verhindert werden.<sup>776</sup> Da diese jedoch zumindest vorübergehend der Erhaltung dienen, seien solche Fälle nicht zwingend von § 2 I ESchG erfasst.<sup>777</sup> Der Gesetzgeber hält es daher für erforderlich, durch § 2 II ESchG unververtretbaren Experimenten mit menschlichem Leben entgegenzutreten.<sup>778</sup>

Die Norm untersagt ein bestimmtes Verhalten, damit handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

### a. Geschützter Personenkreis und geschütztes Rechtsgut

Da es um Experimente mit menschlichem Leben geht, kommen als Rechtsgüter das Leben, wohl aber auch die Gesundheit in Betracht. Dadurch, dass der Gesetzgeber die befürchtete Ektogenese schon in seiner Entwicklung unterbindet, könnte angenommen werden, dass die Norm lediglich ein Gut der Allgemeinheit schützt. Dagegen spricht allerdings, dass das jeweilige Experiment als unververtretbar eingestuft wird und dass hierbei mit menschlichem Leben experimentiert wird. Menschliches Leben stellt daher als solches ein klassisches Individualrechtsgut dar. Da die Verletzung des Lebens selbst – wie bereits zuvor festgestellt – mangels Anspruchstellers keinen Schadensersatzanspruch auszulösen vermag, kann dies keinen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II BGB iVm § 2 II ESchG bewirken.

Der Schutz auch der Gesundheit durch § 2 II ESchG zeigt sich darin, dass die Risiken der Experimente als „unvertretbar“ eingestuft werden, woran zu erkennen ist, dass der Gesetzgeber den Erfolg zwar

---

<sup>774</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 2 Rn. 57.

<sup>775</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 2 Rn. 56.

<sup>776</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>777</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>778</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

für äußerst unwahrscheinlich, nicht jedoch unmöglich erachtet; allerdings kann es in Zukunft durchaus möglich sein, dass diese erfolgreich sind und zu einer Lebendgeburt führen.

Aktuell ist der Einsatz einer künstlichen Gebärmutter noch Zukunftsmusik; es konnte jedoch bereits von erfolgreichen Experimenten im Ausland berichtet werden. So hat eine israelische Forschergruppe im Jahr 2021 von der Weiterkultivierung von Maus-Embryonen über einen Zeitraum von 11 Tagen, also die halbe Schwangerschaft einer Maus, berichtet.<sup>779</sup> Ein anderes Experiment aus den USA aus dem Jahr 2017 mit Lämmern fokussierte demgegenüber auf die Heranreifung extremer Frühchen in einem Biobag, da dort die Morbidität und Mortalität besonders hoch ist.<sup>780</sup> Letztere würde jedoch aufgrund des zeitlich auf die Embryogenese begrenzten Anwendungsbereich nicht unter den Straftatbestand des § 2 II ESchG fallen, da es sich bei extremem Frühchen bereits um Föten und nicht mehr um Embryonen handelt.

Sollte sich eine Methode entsprechend des israelischen Experiments beim Menschen entwickeln, so sind die Schäden, die sich durch die Verwirklichung der Gefahren, die mit dieser Methode einhergehen werden, gem. § 249 II 1 BGB bzw. § 251 BGB zu ersetzen und gem. § 253 II BGB Schmerzensgeld zu zahlen.

Wird dem Gedankenmuster des damaligen Gesetzgebers gefolgt, so können auch Identitätsfindungsprobleme des Kindes<sup>781</sup> durch die von dem mütterlichen Körper losgelösten Entstehung denkbar sein. Da es bisher jedoch noch keine Erfahrungen zu den Gefahren einer künstlichen Gebärmutter für das Kind gibt, ist es nicht möglich, den rein spekulativen Bereich zu verlassen. Sollte es zu entsprechenden Identitätsfindungsproblemen kommen, lassen sich jedenfalls die Erwägungen zur gespaltenen Mutterschaft hierauf übertragen.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass auch aus familienrechtlicher Sicht, die Ektogenese zu Problemen bei der Zuordnung der Mutter führt.<sup>782</sup> Dies wurde vom Gesetzgeber jedoch überhaupt nicht bedacht und ist daher als bloß als mitbewirkt, nicht jedoch als bezweckt anzusehen.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

---

<sup>779</sup> *Aguilera-Castrejon et al.*, *Nature* 2021, 119.

<sup>780</sup> *Partridge et al.*, *Nat Commun* 2017, 15112..

<sup>781</sup> Dies nimmt *Wohn*, *Reproduktionstechniken*, S. 147.

<sup>782</sup> Vgl. hierzu *Wohn*, *Reproduktionstechniken*, S. 147–149.

## **b. Modaler Schutzbereich**

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind nicht ersichtlich.

## **c. Potenzielle Anspruchsgegner**

Wie auch bei § 2 II ESchG richtet sich die Norm in erster Linie an Forscher und Fortpflanzungsmediziner. Eine Teilnahme der Ei- und Samenspender ist somit möglich, wenn diese über das notwendige Maß hinausgehen<sup>783</sup> und als Anspruchsgegner in Betracht kommen. Die zu klärende familienrechtliche Frage der Mutterschaft in diesem Fall entscheidet hier über die für die Analogiebildung erforderliche, vergleichbare Interessenlage.

## **d. Ergebnis zu § 2 II ESchG**

Auch wenn die extrakorporale Weiterkultivierung eines Embryos aktuell technisch nicht möglich ist, würde ein Verstoß gegen § 2 II ESchG – sollte die Technik nicht so ausgereift sein, dass sie zu keinen Schäden führt und auch aus psychischer Sicht nicht mit Belastungen einhergeht – die Lebendgeburt des Anspruchstellers vorausgesetzt zu einem Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB führen; geschützt wird nämlich der Embryo vor Gesundheitsgefahren.

## **11. § 3 ESchG**

§ 3 S. 1 ESchG verbietet das Unternehmen der künstlichen Befruchtung, wenn die Samenzelle nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom ausgewählt wurde. Eine Ausnahme ist gem. § 3 S. 2 ESchG zu machen, wenn der Arzt das Kind dadurch vor einer drohenden, vom Landesrecht als schwerwiegend anerkannten, geschlechtsgebundenen Erbkrankheit wie einer Muskeldystrophie vom Typ Duchenne bewahrt.

Die Norm untersagt ein bestimmtes Verhalten, damit handelt es sich um ein Ge- bzw. Verbot.

Der Gesetzgeber sieht aufgrund der zuverlässigen Möglichkeit der Geschlechtswahl nicht zuletzt eine „Züchtungstendenzen Vorschub leistende Manipulation.“<sup>784</sup> Hierbei handelt es sich jedoch um eine Formulierung, die an die eugenischen Vorstellungen der Nationalsozialisten erinnert.<sup>785</sup>

Zwar schlug die SPD eine völlige Streichung der Ausnahme in § 3 S. 2 ESchG vor, doch gingen die Koalitionsfraktionen davon

---

<sup>783</sup> Dann notwendige Teilnahme nach der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘.

<sup>784</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>785</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 3 Rn. 1.

aus, dass es Ehepaaren nicht zuzumuten sei, „sehenden Auges das Risiko einzugehen, [...] ein krankes Kind zu erhalten, wenn künftig die Möglichkeit bestehen sollte, durch Spermiselektion ein gesundes Kind zur Welt zu bringen.“<sup>786</sup> Die Konfliktsituation der Eltern, die besteht, wenn ein zu erzeugendes Kind mit einer tödlich verlaufenden erblichen, geschlechtsgebundenen Krankheit belastet sein kann, sollte jedenfalls respektiert werden.<sup>787</sup> Überdies bestehe das Risiko, dass im Falle der Belastung mit einer solchen, zum Tode führenden, erheblichen, geschlechtsgebundenen Krankheit eine Abtreibung vorgenommen werde.<sup>788</sup>

### a. Geschütztes Rechtsgut

Der Gesetzgeber hat in seiner Begründung offengelassen, welches konkrete Rechtsgut er durch § 3 ESchG zu schützen bezweckt und spricht nur allgemein von der Verhinderung einer „Züchtungstendenzen Vorschub leistenden Manipulation“.<sup>789</sup>

Nach Ansicht von *Keller* liegt das geschützte Rechtsgut hier in der natürlichen, zufälligen Geschlechterproportion.<sup>790</sup> Damit solle „das Menschenbild des genetisch nicht manipulierten Menschen“<sup>791</sup> geschützt werden. Dies erscheint jedoch insbesondere im Hinblick auf die relative Seltenheit künstlicher Befruchtungen eher unwahrscheinlich.<sup>792</sup> Darüber hinaus fehlen im Hinblick auf das Menschenbild sowohl verfassungsrechtlicher Schutz als auch bereits ein gesellschaftlicher Konsens hierüber. Ferner erscheint der Bezugspunkt der Geschlechtswahl als genetische Manipulation problematisch<sup>793</sup> sowie konnte eine repräsentative Studie zeigen, dass jedenfalls in Deutschland keine eindeutige Präferenz zu einem der Geschlechter bestehe.<sup>794</sup> *Schroeder* hingegen spricht von dem Rechtsgut der „Eingriffsfreiheit der Geschlechtsbildung.“<sup>795</sup> Diese Formulierung ist überzeugender, denn sie bringt neutral und konkret das Anliegen des Gesetzgebers auf den Punkt.

Fraglich ist indes, ob sich die Eingriffsfreiheit der Geschlechtsbildung als Individualrechtsgut begreifen lässt. Dagegen spricht der Wille des Gesetzgebers, der mit dem Begriff der „Züchtungstendenzen“ an Vorstellungen aus der Zeit des Nationalsozialismus erinnert

---

<sup>786</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 15.

<sup>787</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 15.

<sup>788</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 15.

<sup>789</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>790</sup> Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 3 Rn. 3.

<sup>791</sup> Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 3 Rn. 3.

<sup>792</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 539.

<sup>793</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 3 Rn. 4.

<sup>794</sup> Dahl et al., Hum Reprod 2003, 2231, 2234.

<sup>795</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 538.

und damit an ein Interesse der Allgemeinheit. *Taupitz* wiederum, obwohl dieser nicht positiv ein Rechtsgut benennt, geht in seinen Ausführungen zur *ratio legis* davon aus, dass es sich hier um ein individuelles Rechtsgut handele.<sup>796</sup> Für die Annahme der Individualrechtsgutseigenschaft spricht hingegen die Ausgestaltung der Norm als Regel-Ausnahme Verhältnis. Denn dies zeigt zugleich, dass es um einen bestimmten, wenn auch noch nicht entstandenen Menschen geht, dessen Geschlecht grundsätzlich nur von der Natur bestimmt werden darf, es sei denn, dass dies mit dem Risiko einer schwerwiegenden geschlechtsgebundenen Krankheit verbunden ist. Um auch sprachlich zu zeigen, dass es sich um ein Individualrechtsgut handelt, sollte deshalb spezifischer von der „Eingriffsfreiheit der jeweiligen Geschlechtsbildung“ gesprochen werden.

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

### **b. Geschützter Personenkreis**

Wird die Eingriffsfreiheit nach der hier vertretenen Auffassung als Individualrechtsgut verstanden, so ist dies dem *nondum conceptus* zuzuordnen. Dieser ist – wie bereits festgestellt –, die Lebendgeburt vorausgesetzt, eine taugliche und geschützte Person.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Da die Norm als Tathandlung die Auswahl der Spermazellen nach dem in ihr enthaltenen Geschlechtschromosom verbietet, sind vom modalen Schutzbereich nur solche Gefahren erfasst, die mit der Auswahl des Geschlechts zusammenhängen.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

Allerdings wird ein Anspruch wohl daran scheitern, dass es keinen Schaden gibt. Nach der Differenzhypothese in § 249 I BGB erfolgt die Schadensermittlung durch Vergleich zweier Güterlagen, nämlich der hypothetischen Lage, d. h. jener, wie sie ohne das schädigende Ereignis bestehen würde und der tatsächlichen Lage.<sup>797</sup> Der Unterschied liegt dann jedoch bloß in dem bestimmten Geschlecht, zB wenn jemand weiblich statt männlich ist oder umgekehrt. In Deutschland beeinflusst jedoch die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht nicht die Güterlage. Im Gegenteil, in Deutschland ist die Gleichberechtigung von Mann und Frau durch Art. 3 II 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert. Ferner soll gem. § Art. 3 II 2 GG der Staat die tatsächliche Durchsetzung fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinwirken. In Anbetracht

---

<sup>796</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz* C. II. § 3 Rn. 7.

<sup>797</sup> Vgl. hierzu zB *MüKo-BGB-Oetker*, § 249 Rn. 18 f.

dieser klaren Positionierung durch das Grundgesetz, kann die fehlende Zufälligkeit der Geschlechtswahl einen Schaden iSd §§ 249 ff. BGB nicht begründen.

Damit kann im Ergebnis offenbleiben, ob ein Differenzvergleich überhaupt möglich ist, da nicht das Geschlecht eines bestimmten Embryos ausgewählt wird, sondern eine Samenzelle nach X- oder Y-Chromosom, also hypothetisch ein Mensch mit zur Hälfte anderer genetischer Konstitution geboren werden würde.

Überdies ließe sich die Schadenseigenschaft auch deshalb verneinen, da die Reduzierung der konkurrierenden Spermien sogar eine Verbesserung der Startbedingungen des *nondum conceptus* darstellt und damit schon begrifflich nicht als Schaden zu begreifen ist.<sup>798</sup>

#### e. Ergebnis zu § 3 ESchG

Zwar schützt § 3 ESchG die Eingriffsfreiheit der Geschlechtsbildung des *nondum conceptus*, allerdings stellt die Angehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht keinen ersatzfähigen Schaden dar. Daher scheidet ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 3 ESchG im Ergebnis stets aus.

### 12. § 3a I–III ESchG

#### a. Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Norm

§ 3a ESchG wurde durch das Präimplantationsdiagnostikgesetz am 21.11.2011<sup>799</sup> als Reaktion auf die Entscheidung des BGHs vom 06.07.2010<sup>800</sup> eingefügt. Der BGH hatte damals zu entscheiden, ob die Entnahme einer Throphoblastzelle mittels FiSH zur Untersuchung genetischer Anomalien einen Verstoß gegen das ESchG darstellt.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>801</sup> Ein Paar mit Kinderwunsch bat einen Arzt um die Durchführung von Präimplantationsdiagnostik im Rahmen einer künstlichen Befruchtung, da bei einem der Partner eine Translokation vorlag, welche zu einem hohen Risiko des Kindes für eine Trisomie 13 oder 14 führt. Eine Leibesfrucht mit dieser Art der Trisomie ist meist nicht lebensfähig

---

<sup>798</sup> Von einer solchen Verbesserung geht *Opper* im Hinblick auf die Frage aus, ob die präkonzeptionelle Geschlechtswahl als menschenwürdeverletzend zu qualifizieren ist, vgl. *Opper*, Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl, S. 123.

<sup>799</sup> Bundesgesetzblatt Jahrgang 2011, Teil I Nr. 58, S. 2228 f.

<sup>800</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672. Auf diesen Anlass verweist die Begründung auch ausdrücklich, BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>801</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672 2672 f. (für den gesamten Abschnitt).

und selbst im unwahrscheinlichen Fall einer Lebendgeburt verstirbt das Neugeborene innerhalb weniger Tage. Die Präimplantationsdiagnostik wurde an Tag 5 nach der Befruchtung an einer hierzu entnommenen lediglich pluripotenten Trophoblastzelle<sup>802</sup> mittels FiSH<sup>803</sup> auf genetische Anomalien hin untersucht, damit nur solche Embryonen übertragen werden, welche die genetische Anomalie nicht aufweisen, hier also lediglich einer von drei Embryonen. Nachdem ein Strafverfahren diesbezüglich wegen unvermeidbarem Verbotssirrtum nach § 170 II StPO eingestellt worden war, ging der Angeklagte aufgrund unabhängiger Bestätigung durch seinen Verteidiger und einer Hochschullehrerin davon aus, dass eine solche Behandlung ohne strafrechtliches Risiko einhergehe. Er nutzte die oben beschriebene Technik bei einer weiteren Patientin mit einer Translokation der Chromosomen 2/22. Es wurden drei Embryonen untersucht, von denen zwei unauffällig waren und eingesetzt wurden. Bei dem dritten Embryo lag eine Monosomie 22 vor, weswegen dieser nicht weiterkultiviert wurde.

Infrage kam jedoch eine Strafbarkeit nach § 1 I Nr. 2 ESchG sowie § 2 I ESchG.<sup>804</sup>

Der BGH stellte hierzu zunächst fest, dass der Tatbestand **des § 1 I Nr. 2 ESchG** nicht einschlägig ist, wenn mit dem Willen gehandelt wird, eine Schwangerschaft herbeizuführen, d. h. mit Absicht.<sup>805</sup> Eine solche Absicht ist allerdings nicht „bedingungsfeindlich“.<sup>806</sup> Die Befruchtung werde demnach nicht zum Zweck der genetischen Untersuchung herbeigeführt, sondern ist in Abwesenheit genetischer Anomalien objektive Bedingung für die Übertragung.<sup>807</sup> Dem Sinn der Norm sei zu entnehmen, dass jedenfalls die Herbeiführung einer Schwangerschaft die Handlung leiten muss.<sup>808</sup> Der historische Gesetzgeber habe die PID unter Verwendung von (bloß) pluripotenten Zellen nicht im Blick gehabt, schließlich wurde die Technik zu jener Zeit erst im Ausland entwickelt.<sup>809</sup> Dieses Auslegungsergebnis wird auch darin bestätigt gesehen, dass das Embryonenschutzgesetz keinen umfassenden Lebensschutz von Embryonen gewährleiste, wie sich aus §§ 2 II, 6 II und 7 II ESchG ergebe.<sup>810</sup>

---

<sup>802</sup> Trophoblasten sind die äußeren Zellen der Blastozyste (letztes Stadium vor Einnistung in die Gebärmutter), die bei der Bildung von außerhalb des Embryos liegendem Gewebe, also der Placenta sowie der Embryonalhüllen, beteiligt sind, vgl. *Moore/Persaud/Torchia*, Embryologie, S. 7 f.

<sup>803</sup> Fluoreszenz-in-Situ-Hybridisierung, Methode mittels DNA-Sonden zur Ermittlung, ob ein bestimmter DNA-Abschnitt in einem Zellkern vorliegt, vgl. hierzu *Arnemann*, Fluoreszenz-in-Situ-Hybridisierung, S. 884.

<sup>804</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, 2673.

<sup>805</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 14 f.

<sup>806</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 15.

<sup>807</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 17.

<sup>808</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 21.

<sup>809</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 23.

<sup>810</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 25.

Handlungsleitend sei vorliegend gewesen, eine Schwangerschaft mit einem gesunden Embryo herbeizuführen;<sup>811</sup> einen Embryo mit positivem Befund nicht zu übertragen, sei hingegen nur unerwünschte Nebenfolge.<sup>812</sup>

Eine Strafbarkeit nach § 2 I ESchG setzt voraus, dass der extrakorporal gezeugte Embryo zu einem nicht seiner Erhaltung dienenden Zweck verwendet wird. Da es sich bei den Zellentnahmen zum Zweck der Untersuchung um pluripotente Zellen handele, wurden diese zwar ‚verwendet‘, dieses Vorgehen sei jedoch durch das ESchG erlaubt.<sup>813</sup> Das Merkmal ‚verwenden‘ sei daher zu verstehen als ‚zweckgerichteter Gebrauch‘.<sup>814</sup> Bei diesem Merkmal handele es sich jedoch nicht um einen Auffangtatbestand, wie der Vergleich zur Tatbestandsalternative des Erwerbs zeige.<sup>815</sup> Der historische Gesetzgeber wollte – wie schon die amtliche Überschrift zeigt –, dass menschliches Leben nicht ‚zum Objekt fremdnütziger Zwecke gemacht werden darf‘.<sup>816</sup> Vorrangig sei damit Embryonenforschung und die Abspaltung totipotenter Zellen zu Diagnostikzwecken gemeint gewesen.<sup>817</sup> Keiner der beiden Zwecke treffe jedoch auf den hier vorliegenden Sachverhalt zu.<sup>818</sup> Das Abspalten pluripotenter Zellen sei folglich nicht erfasst.<sup>819</sup>

Dementsprechend komme als mögliche Tathandlung lediglich das ‚Stehenlassen‘ der Embryonen mit Anomalien in Betracht.<sup>820</sup> Dieses Verhalten sei jedoch als Unterlassen zu bewerten.<sup>821</sup> Vorliegend komme es demnach nicht darauf an, ob eine Garantenstellung des Arztes gegenüber dem zu verwerfenden Embryo besteht oder die Voraussetzungen des § 13 StGB (Entsprechensklausel) erfüllt seien, da eine Übertragung des Embryos gegen den Willen der Patientin dem angeklagten Fortpflanzungsmediziner wegen der damit einhergehenden Strafbarkeiten nach § 4 I Nr. 2 ESchG und § 223 StGB jedenfalls nicht zumutbar sei.<sup>822</sup> Eine Pflicht zu unbegrenzter Kryokonservierung ergebe sich ebenfalls nicht aus dem Embryonenschutzgesetz.<sup>823</sup>

---

<sup>811</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 30.

<sup>812</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 30.

<sup>813</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 32.

<sup>814</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 33.

<sup>815</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 33; mwN.

<sup>816</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 34; mit Verweis auf Regierungsentwurf BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>817</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 34; NJW 2010, 2672, Rn. 34. mit Verweis auf Kabinettsbericht BT-Drs. 11/1856 S. 8 unter lit. c. und d. sowie Regierungsentwurf BT-Drs. 11/5460 S.11f, 14, 18.

<sup>818</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 35.

<sup>819</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 35.

<sup>820</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 37.

<sup>821</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 38.

<sup>822</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 38.

<sup>823</sup> *BGH*, NJW 2010, 2672, Rn. 38.

In Reaktion auf diese BGH-Entscheidung wurde das ESchG durch Artikel 1 des Gesetzes vom am 21. November 2011<sup>824</sup> um § 3a ESchG ergänzt, der die PID grundsätzlich unter Strafe stellt (Abs. 1), jedoch auch Ausnahmen formuliert (Abs. 2 und 3).<sup>825</sup>

### **b. Voraussetzungen und Struktur**

Gem. § 3a I ESchG wird die Präimplantationsdiagnostik, welche als die genetische Untersuchung von Zellen eines Embryos in vitro vor intrauterinem Transfer legaldefiniert wird, mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft. Den Begriff des Embryos wiederum definiert § 8 ESchG legal.

Gem. § 3a II ESchG ist die PID jedoch in zwei Fällen nicht rechtswidrig. Die negative Formulierung „nicht rechtswidrig“ statt der positiven Variante „handelt rechtmäßig“ wurde dabei aus systematischen Gründen bzw. um eine unterschiedliche strafrechtliche Interpretation im Vergleich zu § 218a II StGB zu vermeiden gewählt.<sup>826</sup>

Zum einen handelt nicht rechtswidrig, wer einen Embryo vor dem intrauterinen Transfer auf eine schwere Erbkrankheit untersucht, deren Vorliegen aufgrund einer genetischen Disposition eines Elternteils oder beider Eltern von hoher Wahrscheinlichkeit ist. Eine Erbkrankheit liegt nach dem Willen des Gesetzgebers nur im Fall einer monogen bedingten Erkrankungen und Chromosomenstörungen vor.<sup>827</sup> Schwerwiegend ist eine Erbkrankheit insbesondere bei geringer Lebenserwartung, schwerem Krankheitsbild und schlechter Behandelbarkeit im Vergleich zu anderen Erbkrankheiten.<sup>828</sup> Die Eintrittswahrscheinlichkeit nach den Gesetzmäßigkeiten genetischer Vererbung ist mit 25 bis 50 % als hoch anzusehen und kann sich auch nur aus der Belastung eines Partners ergeben,<sup>829</sup> d. h. das Risiko ist hoch, wenn es vom üblichen Risiko der Bevölkerung Deutschlands wesentlich abweicht.<sup>830</sup>

Zum anderen handelt nicht rechtswidrig, wer die PID zur Feststellung einer mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Tot- oder Fehlgeburt führenden, schwerwiegenden Schädigung des Embryos vornimmt. Eine Fehlgeburt bezeichnet das Ende der Schwangerschaft vor Erreichen der Lebensfähigkeit des Embryos bzw. Fötus.<sup>831</sup> Von einer Totgeburt wird hingegen gesprochen, wenn ein toter Fötus von mindestens 500 g oder einem Gestationsalter von mindestens

---

<sup>824</sup> BGBl. I S. 2228.

<sup>825</sup> Vgl. BT-Drs. 17/5452.

<sup>826</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>827</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>828</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>829</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>830</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>831</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

22 Wochen geboren wird.<sup>832</sup> In den Fällen des Abs. 2 müssen jedoch zusätzlich die Voraussetzungen des Abs. 3 S. 1 vorliegen, also die Beratung und Einwilligung der Mutter, ein positives Votum einer Ethikkommission, die Durchführung in einem lizenzierten Zentrum sowie die Dokumentation in einer Zentralstelle. Näheres hierzu regelt die Verordnung der Bundesregierung zur Regelung der Präimplantationsdiagnostik (PIDV). Die Ermächtigung zum Erlass dieser Verordnung ergibt sich aus § 3a III 3 ESchG. § 3a III 2 ESchG regelt schließlich die Meldung und Dokumentation. Da es sich aufgrund der Strafandrohung bloß um ein Vergehen handelt, ist der Versuch mangels ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung nicht strafbar, vgl. § 23 I StGB.

Die genannten Voraussetzungen der PID wurden geschaffen, um angesichts der hochwertigen, betroffenen Rechtsgüter hohe medizinische und ethische Standards zu gewährleisten,<sup>833</sup> damit solle Rechtssicherheit aufgrund des Eingriffs in Grundrechtspositionen der Beteiligten geschaffen werden.<sup>834</sup> Die hier vorliegende Ausgestaltung ermögliche Paaren eine verantwortungsvolle Ausübung ihrer Fortpflanzungsfreiheit, ohne dabei die moralische Position strikter PID-Gegner abzuwerten.<sup>835</sup> Die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers falle damit zugunsten der betroffenen Frau aus.<sup>836</sup> Die systematische Stellung des § 3a ESchG nach § 3 ESchG ergebe sich dabei aus der Vergleichbarkeit der Regelungsinhalte.<sup>837</sup> Der Begriff der schwerwiegenden Erbkrankheit nimmt dabei Bezug auf § 3 II ESchG.<sup>838</sup>

Durch das Beratungserfordernis des Abs. 3 S. 1 sollen Paare über Wesen, Tragweite und Erfolgsraten der PID aufgeklärt werden, um dann eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung treffen zu können.<sup>839</sup>

Aufgrund der Regelungsstruktur der Norm ist § 3a I–III 1 ESchG als einheitliches Verhaltensverbot anzusehen. § 3a I ESchG stellt dabei den Grundsatz dar, § 3a II ESchG die Ausnahmen unter der Voraussetzung, dass die Bedingungen des § 3a III 1 ESchG als zusätzliche verfahrensrechtliche Erfordernisse vorliegen. Nur in diesem Zusammenspiel lässt sich das Verbot der PID als Verhaltensverbot vollumfänglich verstehen.

---

<sup>832</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>833</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>834</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>835</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>836</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>837</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>838</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>839</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

### c. Geschützter Personenkreis

Fraglich ist zunächst, wer möglicherweise durch § 3a I–III 1 ESchG geschützt werden soll. Der Gesetzgeber selbst hat sich diesbezüglich in der Begründung nicht geäußert. Es wird daher lediglich erwähnt, dass durch die Regelung in die Grundrechtspositionen Beteiligter eingriffen werde und die begrenzte Zulassung einen gerechten Ausgleich zwischen dem individuellen Freiheitsanspruch auf der einen und den Schutz allgemeiner Rechtsgüter durch den Staat auf der anderen Seite erreiche.<sup>840</sup> Schließlich wird auf die Nichtabwertung der moralischen Position von Personen, die eine PID strikt ablehnen, eingegangen.<sup>841</sup> Wessen Rechtsgüter genau durch das grundsätzliche Verbot geschützt werden sollen, ist daraus jedoch nicht ersichtlich. Daher ist erforderlich, dies aus dem Inhalt der Norm selbst herzuleiten.

Zunächst kommt hier der *nasciturus* in Betracht, da die verbotene Handlung sonst an ihm stattfinden könnte. Hierfür spricht auch, dass die Mehrheit der bisher untersuchten Normen den *nasciturus* bzw. sogar den *nondum conceptus* geschützt haben; zudem wird dieser durch die verbotene PID unmittelbar betroffen. Die Durchführung der PID benötigt seine Zellen und beeinflusst das Ergebnis der späteren Implantationsentscheidung.

Des Weiteren kommen auch die Eltern in Betracht. Dies könnte sich zum einen dadurch zeigen, dass in § 3a II ESchG deren genetische Disposition in die Erwägung der Rechtswidrigkeit einbezogen wird und zum anderen dadurch, dass die aufgeklärte Einwilligung der Mutter in Abs. 3 S. 1 als Bedingung für eine erlaubte PID erforderlich ist. Laut der Gesetzesbegründung liegt in dem Gesetzesentwurf eine „Entscheidung zugunsten der betroffenen Frau“.<sup>842</sup> Der potenzielle Vater, der Samenspender, bleibt hingegen unerwähnt, obwohl auch seine genetische Disposition möglich ist. Allerdings ist seiner wegen hier zu bedenken, dass eine Einwilligung auch des Mannes in § 3a ESchG nicht vorgesehen ist; ebensowenig kommt ein Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit in Betracht, da sein Körper niemals Gegenstand des Verfahrens ist. Ein Rechtsgüterschutz des Samenspenders ist somit nicht ersichtlich. Schwieriger gestaltet sich hingegen die Frage bei der betroffenen Frau.<sup>843</sup>

Ein abstrakter Schutz auch der Frau ist zum einen nicht erforderlich, da §§ 223 ff. StGB bereits vor konkreten Gefahren der Gesundheit

---

<sup>840</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>841</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>842</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>843</sup> Vgl. zum mE parallel zu verstehenden Problem der §§ 218 ff. StGB, F.VI.2, deren Gedanken hier übertragen wurden.

schützen. Ferner kann die betroffene Frau auf den Schutz der Regelung zur PID nicht verzichten, was im Rahmen der Körperverletzungsdelikte systemwidrig erscheint. Vor allem spricht gegen die Annahme eines eigenständigen Rechtsguts, dass die Gesundheit der Frau und der Embryo nicht durch dieselbe Handlung geschützt werden können. Denn gerade die Vornahme der PID bewahrt betroffene Frauen vor Früh- und Fehlgeburten, wohingegen der Embryo durch die Vornahme Risiken ausgesetzt wird, insbesondere hinsichtlich seiner Unversehrtheit und seiner konkreten Implantationswahrscheinlichkeit. Die Erfordernisse zugunsten der betroffenen Frau sind daher nicht als Schutzzweck, sondern als Abwägungsergebnis zu verstehen und sollten daher nur als bloßer haftungsrechtlich irrelevanter Schutzreflex zu verstehen sein.

Damit ist lediglich des *nasciturus* als geschützt anzusehen.

#### d. Geschütztes Rechtsgut

Da auch hinsichtlich der Rechtsgüter mit Ausnahme der Beschreibung als „hochwertig“<sup>844</sup> keine Erwägungen des Gesetzgebers erkennbar sind, sind diese ebenfalls aus der Norm selbst herzuleiten. Dabei ist zunächst mit dem grundsätzlichen Verbot anzufangen und sodann auf die verschiedenen kumulativ erforderlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit einzugehen.<sup>845</sup>

Zunächst kommt als geschütztes Rechtsgut des *nasciturus* das Leben in Betracht. Bei lebensnaher Betrachtung führt die Durchführung der PID dazu, dass Embryonen mit genetisch unauffälligem Befund eingesetzt werden, genetisch auffällige Embryonen hingegen nicht. Da das Wegschütten oder Vernichten nicht vom Verwendungsbegriff in § 2 I ESchG erfasst wird, ist dieses Vorgehen auch nicht strafbar. Da die PID aber auf Fälle beschränkt ist, bei denen eine schwere genetische Krankheit sehr wahrscheinlich erscheint, schützt es den Embryo vor einer darüberhinausgehenden Selektion und erhält für diese Fälle die Chance, implantiert zu werden.

Auch hier erscheint es denkbar, wie auch schon bei § 1 I Nr. 2 ESchG, mit *Schroeder* von der „Lebensgerichtetheit menschlichen Lebens“ zu sprechen.

Im Ergebnis kann die konkrete Bezeichnung dieses Rechtsguts allerdings offenbleiben, da ein eigener Anspruch des Kindes entweder an dem Vorhandensein des Anspruchstellers oder eines Schadens scheitern wird.<sup>846</sup>

---

<sup>844</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>845</sup> Selbst bei *Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz*, C. II. § 3a fehlen Ausführungen zur *ratio* der Norm.

<sup>846</sup> Vgl. oben D.II.2.b.

Fraglich ist jedoch, ob auch ein Schutz der Gesundheit des *nasciturus* in Betracht kommt. Eine Beeinträchtigung der Gesundheit des Embryos kann nicht bereits im Untersuchungsziel gesehen werden, da dieses darauf abzielt, über die Implantation zu entscheiden, wie sich auch in der Gesetzesbegründung zeigt.<sup>847</sup> Möglich erscheint lediglich, dass die Untersuchung selbst die Gesundheit des Embryos beeinträchtigt, sodass hierin eine Gesundheitsverletzung zu sehen ist. Eine Beschränkung der Untersuchungsmöglichkeit auf das Vorliegen einer hohen Wahrscheinlichkeit einer schwerwiegenden Erbkrankheit, Tod- oder Fehlgeburt zeigt, dass das Gesundheitsrisiko durch anlasslose Untersuchungen vermieden werden soll. Schließlich sieht auch § 3a II 1 ESchG vor, dass die Untersuchung dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Wissenschaft und Technik zu entsprechen hat, sodass auch das kunstgerechte Vorgehen der Reduzierung von mit der PID einhergehenden Gesundheitsrisiken des *nasciturus* dient. Daher gehört die Gesundheit des *nasciturus* zum Schutzbereich des grundsätzlichen PID-Verbots.

Schließlich sieht § 3a III ESchG eine Reihe verfahrensrechtlicher Erfordernisse vor, deren Rechtsgüterschutz im Einzelnen zu bewerten ist.

§ 3a III 1 Nr. 2 ESchG setzt voraus, dass eine interdisziplinär zusammengesetzte Ethikkommission die Einhaltung der Voraussetzungen geprüft und ein zustimmendes Votum abgegeben hat. Schon für die Entscheidung des Gesetzgebers zur Bezeichnung der Kommission als „**Ethik**kommission“ hat es in der Literatur Kritik gegeben, insbesondere da ethische Aspekte bei der Entscheidung außer Betracht bleiben müssen und die Kommission stattdessen auf die Prüfung der in § 3a II ESchG genannten Aspekte beschränkt ist.<sup>848</sup> Da die Aufgabe der Ethikkommission damit nicht inhaltsersetzend ist, sondern nur der Überprüfung der Einhaltung materiell-rechtlicher Erfordernisse dient, ergibt sich hieraus auch kein gesonderter Rechtsgüterschutz.<sup>849</sup>

Gem. § 3a III Nr. 3 ESchG werden Anforderungen an die Qualifikation und Zulassung des durchführenden Arztes gestellt. Hierbei handelt es sich um eine Maßnahme der Qualitätssicherung.<sup>850</sup> Laut *Müller-Terpitz* liegt diese im Interesse von Embryonen und Eizellspenderin.<sup>851</sup> Dem ist jedoch hinsichtlich der Eizellspenderin nicht zuzustimmen; ihr Schutz ist vielmehr ein bloßer Normreflex. Dies zeigt

---

<sup>847</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 7.

<sup>848</sup> *M. Hübner/Pühler*, MedR 2011, 789, 795; daran anknüpfend jeweils: Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 3a Rn. 21; Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 3a Rn. 60.

<sup>849</sup> Vgl. zur bloßen Kontrollfunktion der Kommission: *Francuski*, Prozeduralisierung, S. 196.

<sup>850</sup> *Frister/Lehmann*, JZ 2012, 659, 665.

<sup>851</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*, ESchG § 3a Rn. 23.

sich auch darin, dass ihre körperliche Unversehrtheit nicht unmittelbar durch die PID betroffen ist. Der Gesetzgeber geht jedenfalls davon aus, dass das Behandlungsverfahren bei einer PID dreigeteilt ist, d. h. in IVF, genetische Untersuchung und Implantationsentscheidung.<sup>852</sup> Damit geht jedoch einher, dass die Entnahme der Eizelle sowie die Übertragung des Embryos, bei der in den Körper der Eizellspenderin eingegriffen wird, außerhalb des tatbestandlichen Zeitrahmens liegen. Im Ergebnis ist daher weiterhin festzuhalten, dass der *nasciturus*, nicht jedoch die Eizellspenderin hierdurch geschützt wird.

#### **e. Modaler Schutzbereich**

Die Kompromisshaftigkeit des prinzipiellen Verbots der PID<sup>853</sup> ist in modaler Hinsicht zu beachten, d. h. das jeweilige Rechtsgut ist nur vor den Gefahren geschützt, auf die nicht im Rahmen des Kompromisses eingegangen wird.

Da die Aufklärung und Beratung vor der Einwilligung nach § 3a III 1 Nr. 1 ESchG die medizinischen, psychischen und sozialen Folgen der genetischen Untersuchung betrifft, stellen diese auch die Gefahren dar, die die Norm verhindern soll.

#### **f. Schadensrechtliche Erwägungen**

Eine Verletzung des Schutzgesetzes liegt nur vor, wenn entgegen der Abs. 2 und 3 eine PID vorgenommen wird. Es ist hingegen nicht von einer Verletzung auszugehen, wenn trotz dem Vorliegen der Voraussetzungen für die erlaubte Vornahme einer PID, diese nicht durchgeführt wird. Dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass eine Verpflichtung zur Durchführung oder Mitwirkung an einer Maßnahme nach § 3a V ESchG freiwillig ist.

In Bezug auf den Schutz des *nasciturus* kommt also ein Schaden nur dann in Betracht, wenn seine Gesundheit durch die Entnahme von Zellen zur Untersuchung betroffen wird, obwohl dies nicht erforderlich ist oder die Entnahme von einer hierzu nicht entsprechend qualifizierten Person durchgeführt wird.

Sollte eine fehlerhafte, nicht die Aspekte des § 3a II ESchG einbeziehende Entscheidung der Ethikkommission oder keine Entscheidung vorliegen und die Beteiligten ohne oder entgegen dieser Entscheidung handeln, so besteht die Möglichkeit, sich auf rechtmäßiges Alternativverhalten zu berufen. Denn insofern kommt der Ethikkommission nur eine Kontrollfunktion zu bzw. verfolgt diese keinen eigenständigen Rechtsgüterschutz.

---

<sup>852</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 8.

<sup>853</sup> So bezeichnet auch durch Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 3a Rn. 1.

### **g. Potenzielle Anspruchsgegner**

In erster Linie richtet sich das Gesetz an die beteiligten Ärzte und Labormediziner. Da die Entscheidung über die PID in die Hand der Frau gelegt wird, ist sie als straflose, notwendige Teilnehmerin auch dann zu qualifizieren, wenn ihr Maß an Beteiligung über das Erforderliche hinausgeht.

### **h. Ergebnis zu § 3a III ESchG**

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass § 3a III ESchG den *nasciturus* vor einer Beeinträchtigung der Rechtsgüter Leben und Gesundheit – begrenzt durch die Kompromisshaftigkeit der Norm – schützt. Ein Schadensersatzanspruch kann jedoch nur bei einer Verletzung des Rechtsguts Gesundheit entstehen.

### **13. § 3a VI ESchG sowie § 3a III 2 ESchG**

§ 3a VI ESchG verpflichtet die Bundesregierung zur Erstellung eines Berichts auf Grundlage anonymisierter Daten über die Erfahrungen mit der PID, welcher die Zahl der jährlich durchgeführten Maßnahmen und ihre Auswertung erhält. Dem Gesetzgeber ging es dabei darum, dem Parlament eine verlässliche Grundlage zu schaffen, um die Konsequenzen der Anerkennung der PID einschätzen zu können.<sup>854</sup> Die Anonymisierung der Daten dient hier der Sicherung des Datenschutzes.<sup>855</sup> Zwar wird mit § 3a VI ESchG ein Verhaltensgebot ausgesprochen, dessen Adressat die Bundesregierung ist; nicht erkennbar ist jedoch, dass die Erstellung des Berichts Individualschutz bezweckt. Vielmehr geht es daher darum, die Konsequenzen durch die Anerkennung der PID politisch und damit um ein bloßes Interesse der Allgemeinheit zu evaluieren. Zwar verfolgt diese Norm auch Datenschutz, doch liegt deren Fokus auf der Erstellung des Berichtes; die dies ermöglichende Anonymisierung ist daher als nur sekundär zu erachten. Überdies erscheint es auch tatsächlich äußerst unwahrscheinlich, dass die Bundesregierung einen nicht anonymisierten Bericht veröffentlicht. Daher ist § 3a VI ESchG nicht als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB einzuordnen. Das gleiche gilt für die Meldung und Dokumentation aus § 3 III 2 ESchG, denn dies ist notwendige Voraussetzung für die Erstellung des Berichts und daher in der Zielrichtung identisch.

### **14. § 4 I Nr. 1 ESchG**

Nach § 4 I Nr. 1 ESchG macht sich strafbar, wer es unternimmt, eine Eizelle künstlich zu befruchten, ohne dass die Frau, deren Eizelle

---

<sup>854</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 9.

<sup>855</sup> BT-Drs. 17/5451 S. 9.

befruchtet wird, und der Mann, dessen Samenzelle für die Befruchtung verwendet wird, eingewilligt haben.

Rechtstechnisch stellt die Einwilligung der Gametenspender ein tatbestandsausschließendes Einverständnis dar, nicht etwa eine rechtfertigende Einwilligung.<sup>856</sup> Daraus ergibt sich auch, dass das Einverständnis weder ausdrücklich noch konkludent zum Ausdruck gebracht werden muss, sondern dass das bloß tatsächliche Vorliegen ausreicht.<sup>857</sup> Für die Wirksamkeit des Einverständnisses ist dennoch, allgemeinen arztrechtlichen Grundsätzen folgend, eine vorhergehende informierende Aufklärung erforderlich.<sup>858</sup>

Erfasst werden hierbei sowohl Fälle, in denen Spermien eines anderen Mannes als desjenigen der Frau oder Spermien ohne Wissen des Mannes verwendet werden.<sup>859</sup>

Die natürliche Zeugung wird tatbestandlich nicht erfasst, auch wenn die Verwendung von Verhütungsmitteln lediglich vorgetäuscht wurde,<sup>860</sup> da es dann schon am Tatbestandsmerkmal der „künstlichen“ Befruchtung fehlt.

Durch § 4 I Nr. 1 ESchG will das Gesetz das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen wahren.<sup>861</sup> Zudem soll aber auch das Kind vor denjenigen Gefahren für seine Entwicklung geschützt werden, die bestehen, weil seine Erzeugung ohne oder gegen den Willen der Beteiligten erfolgte.<sup>862</sup>

#### a. Geschützter Personenkreis

Die durch § 4 I Nr. 1 ESchG geschützten Personen werden in der Gesetzesbegründung im Vergleich zu den bisher behandelten Normen erstaunlich klar zum Ausdruck gebracht. Der Schutz der Gametenspender sowie des gegen den Willen mindestens eines Beteiligten erzeugten Kindes, also dem *nondum conceptus*, sollen dabei gewährleistet werden. Auch der Wortlaut der Norm untermauert dieses Ergebnis hinsichtlich der Gametenspender, da die Strafbarkeit von ihrem (fehlenden) Einverständnis abhängt.<sup>863</sup>

---

<sup>856</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 4 Rn. 2; Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 6. Daher wird, dem besseren Verständnis geschuldet, im Folgenden der rechtstechnisch korrekte Begriff des Einverständnisses verwendet, auch wenn der Gesetzgeber sich für den Begriff der Einwilligung entschieden hat.

<sup>857</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 4 Rn. 2; Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 8.

<sup>858</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 4 Rn. 2.

<sup>859</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>860</sup> Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 4 Rn. 6.

<sup>861</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>862</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>863</sup> So im Ergebnis auch *Velte*, postmortale Befruchtung., S. 27.

Der durch die Gesetzesbegründung angenommene Schutz des *nondum conceptus*<sup>864</sup> zeigt sich auch im systematischen Vergleich zu den anderen Vorschriften des ESchG, bei denen missbilligte Zeugungsarten ebenfalls dem Schutz des auf diese Weise entstehenden Kindes, sprich dem *nondum conceptus*, dienen sollen.<sup>865</sup>

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

## b. Geschütztes Rechtsgut

Nach einem Blick auf die jeweiligen Gametenspender wird deutlich, dass sich der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung sehr klar bezüglich des Rechtsguts äußert; demnach steht hier das Selbstbestimmungsrecht der Beteiligten im Zentrum, welches durch die Vorschrift gewährleistet werden soll.<sup>866</sup> Wird das Selbstbestimmungsrecht näher spezifiziert, so geht es um das Auswahlrecht der Frau hinsichtlich des Kindesvaters sowie das Verfügungsrecht des Mannes über seine Spermien.<sup>867</sup> Aus grundrechtlicher Sicht ließen sich hier sowohl das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG sowie das Recht auf Fortpflanzung aus Art. 6 I GG als Rechtsgut andenken.<sup>868</sup> Die verfassungsrechtliche Anknüpfung ist dabei insofern von Relevanz, als schadensrechtliche Besonderheiten aufgrund einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechung zur Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts<sup>869</sup> zu beachten sind.

Für eine Herleitung aus Art. 6 I GG spricht die Subsidiarität des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gegenüber Grundrechten, die Aspekte der Entfaltung der Persönlichkeitsentfaltung bereits in sich aufnehmen.<sup>870</sup> Hierzu wird verteten, Art. 6 I GG schütze auch die personelle Identität innerhalb der familiären Gemeinschaft und erfasse auch die Gründung.<sup>871</sup> Eine Ausnahme sei nur dann zu machen, wenn es im reproduktiven Kontext nicht um die Gründung einer Familie gehe.<sup>872</sup> Dies vermag jedoch nur dann zu überzeugen, wenn die Unabhängigkeit der Familiengründung von staatlichen Regelungen betroffen ist, weil es dann um den Innenbereich der Paarbeziehung geht.<sup>873</sup> Doch gerade im Bereich der modernen Fortpflanzungsmedizin und dem Einsatz medizinisch assistierter Zeugung zeigt sich,

---

<sup>864</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>865</sup> Vgl. zB Ausführungen zur Eizellspende (§ 1 I Nr. 1 ESchG) oder zur Ersatzmutterschaft (§ 1 I Nr. 7 ESchG), auch wenn in diesen Situationen abweichend vom hiesigen Fall eine gespaltene Mutterschaft vorliegt.

<sup>866</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>867</sup> So auch *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 544.

<sup>868</sup> So auch *Spickhoff-Müller-Terpitz*, ESchG § 4 Rn. 1.

<sup>869</sup> Dazu später siehe D.II.14.d.

<sup>870</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*, GG, Art. 6 Rn. 2.

<sup>871</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*., GG, Art. 6 Rn. 2.

<sup>872</sup> *Spickhoff-Müller-Terpitz*., GG, Art. 6 Rn. 2.

<sup>873</sup> V. Münch/Kunig-Heiderhoff, Art. 6 GG Rn. 228.

dass auch das Recht auf reproduktive Selbstbestimmung als Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen ist und diesem deshalb auch zugeordnet werden sollte.<sup>874</sup> Das Rechtsgut des Selbstbestimmungsrechts in § 4 I Nr. 1 ESchG ist folglich Ausfluss aus Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG.

Hinsichtlich des *nondum conceptus* geht der Gesetzgeber davon aus, dass diesen die Norm vor Gefahren im Rahmen seiner späteren Entwicklung schützt, die ihre Grundlage in der Nichteinwilligung zur Befruchtung seiner genetischen Eltern haben.<sup>875</sup> Den Beteiligten könne nämlich die Herausbildung einer engen personalen Beziehung zum Kind zulasten desselben erschwert werden.<sup>876</sup> Ähnlich wie im Fall der gespaltenen Mutterschaft geht der Gesetzgeber also von einer Gefährdung des Kindeswohls in Form einer Belastung des psychischen Wohlbefindens aus.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Besonderheiten, die hinsichtlich des modalen Schutzbereichs zu beachten wären, sind vorliegend nicht ersichtlich.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

Fraglich ist zunächst, welche schadensrechtlichen Besonderheiten sich im Falle einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Gametenspenders ergeben. Als materiell-rechtliche Schäden sind vor allem Unterhaltsansprüche denkbar. Wird der Samen ohne Wissen des Mannes zur Befruchtung oder zur Befruchtung einer anderen Frau verwendet, so kommt eine Unterhaltsverpflichtung aus § 1601 BGB in Betracht. Dazu ist jedoch erforderlich, dass der Samenspender Vater iSd § 1592 BGB ist. Die für die Unterhaltsverpflichtung aus § 1601 BGB erforderliche Verwandtschaft ergibt sich für die Mutter aus § 1601 BGB. Ein solcher Anspruch auf Ersatz der Unterhaltsbelastung scheidet auch nicht deshalb aus, dass es sich um eine Verletzung der Menschenwürde des später geborenen Kindes handelt, weil dessen Existenz als Schaden angesehen würde. Die Aufspaltung zwischen der Existenz des Kindes und der Unterhaltsbelastung ist daher richtige Folge schadensrechtlicher Betrachtung und nicht etwa eine künstliche Zergliederung.<sup>877</sup> Ferner ist der Anspruch nur auf die Vermögensminderung durch die Unterhaltspflicht und damit bloß die wirtschaftliche Belastung gerichtet.<sup>878</sup> Dass der Auslöser der Unterhaltspflicht die Kindesexistenz ist, stellt lediglich

---

<sup>874</sup> V. Münch/Kunig-Heiderhoff, Art. 6 GG Rn. 228; Kersten, NVwZ 2018, 1248, 1249; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn 533.

<sup>875</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>876</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>877</sup> BGH, NJW 1994, 788, 791.

<sup>878</sup> BGH, NJW 1994, 788, 791.

einen wertfreien naturwissenschaftlichen Kausalzusammenhang dar.<sup>879</sup> Damit lässt sich festhalten, dass als materieller Schaden die Unterhaltsverpflichtung des Gametenspenders grundsätzlich in Betracht kommt, auch wenn dessen Einwilligung nicht vorliegt.

Allerdings kann die Auffassung vertreten werden, dass die Geburt eines Kindes einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1986<sup>880</sup> folgend grundsätzlich nicht dem Deliktsrecht zuzuordnen sei. In der damaligen Entscheidung verlangte der Kindesvater Schadensersatz gegenüber der Kindesmutter, weil diese vorgab, empfängnisverhütende Medikamente zu verwenden.<sup>881</sup> Begründet hat dies der BGH damit, dass der freiwillige Geschlechtsverkehr zwischen volljährigen Partnern in den Intimbereich falle und damit trotz Täuschung grundsätzlich nicht dem Deliktsrecht unterliege.<sup>882</sup> Ferner sei dieses Ergebnis durch die Interessen des Kindes geboten, denn dieses müsse durch den Schadensersatzanspruch des Vaters gegen die Mutter erhebliche persönliche, psychische und wirtschaftliche Beeinträchtigungen erleiden.<sup>883</sup> Die damaligen Erwägungen des BGH passen jedoch nicht auf den vorliegenden Fall. Zum einen kann schon die Annahme, dass es zwischen Partnern keine deliktische Haftung geben soll, nicht überzeugen, weil die Deliktshaftung gerade für den außervertraglichen Bereich geschaffen wurde. Zum anderen sind die Situationen generell nicht vergleichbar. Ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 1 ESchG wird sich in der Regel gegen die Person richten, die die Befruchtung vorgenommen hat, also gegen den jeweiligen Mediziner oder Biologen. Die Befürchtungen, dass die Bejahung eines Anspruchs zum Nachteil des später geborenen Kindes ist, passt jedoch in der Konstellation, dass sich der Anspruch gegen einen Dritten richtet, nicht. Schließlich ging es in dem Fall, der der Entscheidung des BGH zugrunde lag, um eine privat-autonome Vereinbarung und nicht um ein gesetzlich vorgeschriebenes Einverständnis. Daher kann festgehalten werden, dass der Unterhaltsaufwand einen möglichen materiellen Schaden iSd § 249 II BGB im Rahmen eines Anspruchs der Gametenspender aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 1 ESchG darstellt.

Eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes der Gametenspender stellt wie bereits ausgeführt zugleich einen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I GG iVm Art. 1 I GG dar. Fraglich ist somit, ob auch ein immaterieller Schaden in Betracht kommt. Ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden wird durch § 253 I BGB auf die im Gesetz bestimmten Fälle begrenzt. Diese

---

<sup>879</sup> *BGH*, NJW 1994, 788, 791.

<sup>880</sup> *BGH*, NJW 1986, 2043.

<sup>881</sup> *BGH*, NJW 1986, 2043, 2043.

<sup>882</sup> *BGH*, NJW 1986, 2043, 2044.

<sup>883</sup> *BGH*, NJW 1986, 2043, 2045.

werden im Wesentlichen in § 253 II BGB genannt. Danach sind diejenigen Fälle erfasst, in denen „wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist“. Die Rechtsgüter sind dabei so zu verstehen wie in § 847 I BGB aF.<sup>884</sup> Eine Verletzung des Rechtsguts ‚Freiheit‘ liegt dabei lediglich bei einer Einschränkung oder einem Ausschluss der körperlichen Bewegungsfreiheit vor. Die sexuelle Selbstbestimmung erfasst unter anderem die Bestimmung zu sexuellen Handlungen.<sup>885</sup> Als sonst nicht im BGB auftauchender Begriff bietet sich eine Anlehnung an die Straftatbestände des 13. Abschnitts des StGB an, welche in ihrer amtlichen Überschrift die gleiche Terminologie verwenden.<sup>886</sup> Im Fall der künstlichen Befruchtung, die vom Tatbestand des § 4 I Nr. 1 ESchG vorausgesetzt wird, fehlt es bereits an dem Merkmal ‚sexuell‘. Eine Handlung wird als sexuell eingestuft, wenn ein objektiver, mit sexuellen Vorgängen betrauter Beobachter, der den Vorgang wahrnimmt, einen Sexualbezug, also das unmittelbare Dienen der Befriedigung geschlechtlicher Bedürfnisse, bejahen würde.<sup>887</sup> Dies trifft auf die künstliche Befruchtung als einen regelmäßig im Labor stattfindenden Prozess nicht zu. Daher ist zu fragen, ob die Konstruktion eines Anspruchs auf Ersatz eines immateriellen Schadens dennoch möglich ist.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht hat in seiner Form als zivilrechtliches Rechtsgut durch die Rechtsprechung eine besondere Stellung erhalten.

Einen immateriellen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht erkennt der BGH seit der Herrenreiter-Entscheidung<sup>888</sup> an,<sup>889</sup> damals noch gestützt auf eine Analogie zu § 847 I BGB aF. Mittlerweile wird jedoch davon ausgegangen, dass es sich um einen eigenständigen Rechtsbehelf handelt, welcher unmittelbar auf § 823 I iVm Art. 1 I, 2 I GG gestützt wird.<sup>890</sup> Insofern stellt dies durchaus eine verfassungskonformer Reduktion von § 253 I BGB dar.<sup>891</sup> Bei der Entstehung des § 253 BGB verzichtete allerdings der Gesetzgeber auf eine ausdrückliche Erwähnung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts trotz Kenntnis der Rechtsprechung.<sup>892</sup> Der Gesetzgeber bezeichnete daher den Anspruch als „vom geltenden Recht unabhängig“.<sup>893</sup>

---

<sup>884</sup> MüKo-BGB-Oetker, § 253 Rn. 21.

<sup>885</sup> Grüneberg-Grüneberg, § 253 Rn. 13.

<sup>886</sup> BeckOK BGB-Spindler., § 253 Rn. 63 mwN.

<sup>887</sup> MüKo-StGB-Hörnle, § 184h Rn. 2.

<sup>888</sup> BGHZ 26, 349.

<sup>889</sup> Jauernig-Teichmann, § 253 Rn. 10.

<sup>890</sup> Schulze/u. a., in: HK-BGB § 253 Rn. 14 mit Verweis auf Marlene Dietrich-Entscheidung BGHZ 143, 218 f.

<sup>891</sup> BeckOGK BGB-Brand (Stand: 01.03.2022), § 253 Rn. 39 mwN.

<sup>892</sup> BT-Drs. 14/7752 S. 24.

<sup>893</sup> BT-Drs. 14/7752 S. 25.

Dies bedeutet aber auch, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht unter § 253 II BGB fällt. Eine analoge Anwendung dieser Norm kommt aufgrund der klaren Haltung des Gesetzgebers mangels Regelungslücke nicht mehr in Betracht.<sup>894</sup> Folglich wäre auch eine schwerwiegende Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts nur über seine Grundlage in § 823 I BGB,<sup>895</sup> wegen § 253 II BGB nicht jedoch über § 823 II BGB ersetzbar. Die Aufgabe des Schadenersatzanspruchs aus § 823 I BGB iVm Art. 1, 2 I GG besteht auch darin, den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zu erfüllen und daher vor Persönlichkeitsverletzungen abzuschrecken.<sup>896</sup> Diese Aufgabe vermag ein Schadenersatzanspruch aus § 823 II BGB ebenso sehr zu erfüllen wie derjenige aus § 823 I BGB. Ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm einem Schutzgesetz, welches das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt – wie hier § 4 I Nr. 1 ESchG – kann jedoch diesen Auftrag durch die Spezifizierung der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die tatbestandliche Ausgestaltung sogar besser erfüllen, da eine besondere Ausfüllungsbedürftigkeit des Begriffs im konkreten Fall nicht mehr besteht. Daher ist auch im Rahmen des § 823 II BGB über Art. 1, 2 I GG ein Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden anzuerkennen.

Sollte der hier nicht vertretenen Ansicht gefolgt werden, dass das Selbstbestimmungsrecht aus Art. 6 I GG herzuleiten ist, statt aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG, so sollte die Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht dennoch nicht unbeachtet bleiben. Auch die Gegenauffassung geht nämlich davon aus, dass unabhängig von der dogmatischen Zuordnung die Schutzintensität vergleichbar ist, da jeweils höchstpersönliche Entscheidungen und Zustände geschützt werden.<sup>897</sup>

Schließlich ist auch zu beachten, dass ein Anspruch auf Entschädigung wegen Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aufgrund der Konstruktion als Schutzauftrag aus Art. 1, 2 I GG nach hRspr nicht vererblich ist.<sup>898</sup> Dies liegt daran, dass die Genugtuungsfunktion der Entschädigung nach dem Tode nicht mehr zu greifen vermag.<sup>899</sup> Die ideellen Anteile des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind nämlich höchstpersönlich, weil sie ausschließlich durch die betroffene Person geprägt sind.<sup>900</sup>

---

<sup>894</sup> Ebert, Pönale Elemente, S. 520; MüKo-BGB-Oetker, § 253 Rn. 27.

<sup>895</sup> BVerfG, NJW 2000, 2187, 2187.

<sup>896</sup> BeckOGK BGB-Brand, (Stand: 01.03.2022) § 253 Rn. 42.

<sup>897</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, GG, Art. 6 Rn. 2.

<sup>898</sup> Jauernig-Teichmann, BGB, § 253 Rn. 13 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH.

<sup>899</sup> Jauernig-Teichmann, § 253 Rn. 13 mwN.

<sup>900</sup> Jauernig-Teichmann, § 253 Rn. 13 mwN.

Ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 1 ESchG auf Ersatz immaterieller Schäden erlischt daher mit dem Ableben des Verletzten.

Eine Kürzung wegen Mitverschulden nach § 254 BGB scheidet aus; d. h. eine Obliegenheit zur Schadensminderung durch Freigabe zur Adoption besteht nicht, weil gem. § 242 BGB die Zerschlagung natürlicher Familienstrukturen nicht zumutbar ist.<sup>901</sup>

Im Wege der Vorteilsausgleichung sind jedoch Steuervorteile und Kindergeld zu berücksichtigen<sup>902</sup>. Potenzielle Unterhaltsansprüche gegen das Kind sowie das potenzielle Erbrecht gegenüber dem Kind bleiben wiederum mangels Gegenwärtigkeit unberücksichtigt.<sup>903</sup> Verfahrensrechtlich besteht jedoch die Möglichkeit einer späterern Abänderungsklage gem. § 323 ZPO.

Hinsichtlich des *nondum conceptus* kommen sowohl materielle als auch immaterielle Schäden in Betracht. Problematisch erscheint bezüglich der geschützten psychischen Gesundheit des *nondum conceptus*, dass es sich hierbei – wohl ähnlich wie bei der gespaltenen Mutterschaft – um eine Gefahr handelt, die ‚an den Haaren herbeigezogen‘ wirkt.<sup>904</sup> Doch auch hier gilt es, die Wertung des Gesetzgebers vor dieser Gefahr schützen zu wollen bzw. zu beachten. Sollte es also tatsächlich zu entsprechenden psychischen Problemen kommen, so sind die dadurch entstehenden materiellen und immateriellen Schäden zu ersetzen. Dies bedeutet, dass gem. § 249 II 1 BGB die Kosten für eine evtl. erforderliche psychotherapeutische Behandlung zu ersetzen sowie gem. § 253 II BGB Schmerzensgeld zu zahlen ist.

#### e. Potenzielle Anspruchsgegner

Regelmäßig kommen als Anspruchsgegner die beteiligten Ärzte und ihr Hilfspersonal in Betracht. Fraglich ist, ob auch die Gametenspender als Anspruchsgegner vorstellbar sind. Möglicherweise könnte selbst eine straflose notwendige Teilnahme nach der ‚Theorie des straflosen Schutzsubjekts‘ in Frage kommen. Dies setzt jedoch zunächst voraus, dass es sich um ein Begegnungsdelikt und nicht etwa ein Konvergenzdelikt handelt. Stiftet der einwilligende Gametenspender den Arzt an, die Eizelle zu befruchten, ohne dass der andere

---

<sup>901</sup> BGH, NJW 1980, 1452, 1454; Grüneberg-Grüneberg, § 249 Rn. 77;

Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 6. IX. 7. f); ausführlich C. Junker, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, S. 501–506.

<sup>902</sup> BGH, NJW 1980, 1452, 1456; Soergel-Ekkenga/Kuntz, § 249 Rn. 53 mwN; Grüneberg-Grüneberg, § 249 Rn. 76; MüKo-BGB-Oetker, § 249 Rn. 39; Müller, FS Steffen, 355., 364.

<sup>903</sup> Lange/Schiemann, Schadensersatz, § 6 IX. 7. d).

<sup>904</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 544.

Gametenspender einwilligt, so ist deren Handlungsrichtung die gleiche. Allerdings passt dann der Grund der Straflosigkeit nicht, da es nicht um die Rechtsgüter des Gametenspenders selbst, sondern um die des jeweils anderen Gametenspenders geht. Folglich ist auch eine Beteiligung der Gametenspender möglich sowie kommen diese als Anspruchsgegner in Betracht.

#### **f. Ergebnis zu § 4 I Nr. 1 ESchG**

§ 4 I Nr. 1 ESchG stellt ein Schutzgesetz dar, das die Gametenspender in ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht schützt. Dabei kommt sowohl ein Ersatz des materiellen Schadens wie auch eine Entschädigung für immaterielle Schäden in Betracht. Der *nondum conceptus* wird in seiner späteren psychischen Entwicklung geschützt. Materielle wie immaterielle Schäden sind zwar diesbezüglich denkbar, in Anbetracht weiterhin fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse einer nachteiligen Entwicklung erscheint eine Realisierung der vom Gesetzgeber beschriebenen Gefahr jedoch unwahrscheinlich.

#### **15. § 4 I Nr. 2 ESchG**

Ebenfalls wird das Unternehmen der Übertragung eines Embryos auf eine Frau ohne deren Einwilligung gem. § 4 I Nr. 2 ESchG unter Strafe gestellt. Die unter § 4 I Nr. 1 ESchG genannten Gesichtspunkte treffen nach Ansicht des Gesetzgebers auch und in verstärktem Maße auf den in § 4 I Nr. 2 ESchG geregelten Sachverhalt zu.<sup>905</sup> Eine Neufassung auf Vorschlag der SPD-Fraktion, nach der auch der Mann mit dessen Samen der Embryo gezeugt wurde, in den Transfer einwilligen müsse, fand im Gesetzgebungsverfahren keine Mehrheit.<sup>906</sup> Die Ablehnung dieses Vorschlags wurde damit begründet, dass eine zwangsweise Übertragung eines Embryos auf eine Frau nicht möglich sein solle, ein Mann allerdings an seine ursprüngliche Einwilligung gebunden werden dürfe.<sup>907</sup> Der Grund für eine Ausnahme bei der Frau liege darin, dass ein gewaltsamer Transfer nicht möglich sein dürfe.<sup>908</sup> Bei dem Mann treffe diese Erwägung hingegen nicht zu, weshalb in seinem Fall der Lebensschutz gegenüber seinem gewandelten Willen überwiege.<sup>909</sup>

Die tatbestandlich geforderte Einwilligung hat ebenfalls tatbestandsausschließende Wirkung; es handelt sich rechtstechnisch also um ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.<sup>910</sup> Ein nachträgliches

---

<sup>905</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>906</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 15 f.

<sup>907</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>908</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>909</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>910</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG, § 4 Rn. 3.

Einverständnis vermag eine Bestrafung nicht zu verhindern.<sup>911</sup> Bei der Frau wird es sich regelmäßig um die Eizellspenderin handeln; in der Ausnahmekonstellation erlaubter Embryonenspende ist jedoch auch eine andere Frau als die Eizellspenderin denkbar.<sup>912</sup>

#### a. Geschützter Personenkreis

Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich, dass die Frau, auf die der Embryo übertragen wird, geschützt werden soll.<sup>913</sup>

Zudem kommt auch ein Schutz des Embryos, also des *nasciturus*, in Betracht, da die Begründung davon ausgeht, dass die Erwägungen zu § 4 I Nr. 1 ESchG in verstärktem Maße auch auf Nr. 2 zutreffen.<sup>914</sup>

Damit verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

#### b. Geschütztes Rechtsgut

Als geschütztes Rechtsgut der Frau kommt wie auch in § 4 I Nr. 1 ESchG das Selbstbestimmungsrecht in Betracht; dieses ist im Hinblick auf die Schwangerschaft zu konkretisieren.<sup>915</sup> Dennoch können bezüglich des Selbstbestimmungsrechts die Ausführungen zu § 4 I Nr. 1 ESchG entsprechend herangezogen werden.

Zudem ist das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit denkbar.<sup>916</sup> Dagegen spricht zwar, dass der Gesetzgeber in der ursprünglichen Gesetzesbegründung das Selbstbestimmungsrecht in den Vordergrund gestellt hat<sup>917</sup> und deshalb davon ausgegangen werden könnte, dass der Schutz körperlicher Unversehrtheit bloß mitbewirkt werde. Mit der Ablehnung des Vorschlags der SPD-Fraktion, das Einwilligungserfordernis für den Transfer auch auf den Samenspende zu erweitern, wird jedoch deutlich, dass die Sonderstellung der Frau nach § 4 I Nr. 1 ESchG darin liege, dass ein „gewaltsamer Transfer“ nicht möglich sei.<sup>918</sup> Dieses Attribut zeigt, dass das Erfordernis des Einverständnisses vor einem Transfer gerade auch die körperliche Unversehrtheit schützen möchte. Daher ist auch dieses Rechtsgut der Frau, der der Embryo eingesetzt werden soll, erfasst.

---

<sup>911</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 19.

<sup>912</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG, § 4 Rn. 3.

<sup>913</sup> So im Ergebnis auch *Velte*, postmortale Befruchtung, S. 27.

<sup>914</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>915</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 543.

<sup>916</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 543.

<sup>917</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 10.

<sup>918</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

Für die Erfassung der Gesundheit spricht auch die Tathandlung der Übertragung, welche wie bei § 1 I Nr. 3 ESchG einen Eingriff in den Körper darstellt.

Bei dem Embryo wird, wie schon bei § 4 I Nr. 1 ESchG, auf das Kindeswohl abgestellt. Er soll daher vor Gefährdungen seiner seelischen Entwicklung geschützt werden, die daraus resultieren, ‚ungewollt‘ zu sein.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Einschränkungen hinsichtlich des modalen Schutzbereichs sind vorliegend nicht ersichtlich, was sich insbesondere auch aus der Ausgestaltung als Unternehmensdelikt ergibt.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

Hinsichtlich des Selbstbestimmungsrechts der Frau, der der Embryo eingesetzt wird, kann auf die Ausführungen zu § 4 I Nr. 1 ESchG verwiesen werden. Dies bedeutet, dass ein materieller Schaden in Form der entstehenden Unterhaltsbelastung wegen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts gem. § 249 II BGB zu ersetzen ist. Ein immaterieller Entschädigungsanspruch ist gem. Art. 1, 2 I GG zu berücksichtigen. Dabei sind jedoch die zu § 4 I Nr. 1 ESchG beschriebenen Einschränkungen zu beachten.

Der Schaden entfällt bei einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, wenn ein nachträgliches Einverständnis vorliegt.

Die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit löst nach § 249 II BGB materielle Ersatzansprüche wegen Verletzung der Person aus sowie gem. § 253 II BGB immaterielle Ersatzansprüche in Form von Schmerzensgeld wegen der Verletzung der Person. Die Zubilligung eines Schmerzensgeldanspruchs für die Mutter stellt keine Verletzung der Menschenwürde des Kindes dar.<sup>919</sup>

Hinsichtlich des *nasciturus* gelten die Ausführungen zu § 4 I Nr. 1 ESchG entsprechend. Das bedeutet, dass ein auch praktisch wohl äußerst unwahrscheinlicher Schaden seines psychischen Wohlbefindens zu einem Ersatz materieller Schäden nach § 249 II BGB führt sowie zu Schmerzensgeld nach § 253 II BGB.

### **e. Kritik an § 4 I Nr. 2 ESchG**

Die Norm des § 4 I Nr. 2 ESchG wird dahingehend kritisiert, dass eine besondere Bestrafung nicht erforderlich sei. Die sanktionierte

---

<sup>919</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 229.

Verhaltensweise werde bereits durch die strafrechtlichen Tatbestände der Körperverletzung und Nötigung erfasst.<sup>920</sup> Schließlich wird kritisiert, dass § 4 I Nr. 2 ESchG auch in den Fällen nachträglichen Einverständnisses der Frau, eine Strafbarkeit annimmt und der Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers nicht etwa durch ein Antragserfordernis gerecht werde.<sup>921</sup> Ein nachträgliches Einverständnis Sorge dafür, dass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts beendet wird und eine Gefährdung des Kindeswohls entfalle.<sup>922</sup> Aus haftungsrechtlicher Sicht führt die nachträgliche Einwilligung aus ebendiesem Grund regelmäßig zum Wegfall des Schadens, sodass ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 2 ESchG hinsichtlich der Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes in der Regel leerläuft.

#### f. Ergebnis zu § 4 I Nr. 2 ESchG

§ 4 I Nr. 2 ESchG ist ein Schutzgesetz zugunsten der Frau, der der Embryo eingesetzt werden soll, hinsichtlich ihres Selbstbestimmungsrechts und ihrer körperlichen Unversehrtheit sowie zugunsten des *nasciturus* hinsichtlich des Kindeswohls in Form des psychischen Wohlbefindens.

#### 16. § 4 I Nr. 3 ESchG

Strafbar ist zudem gem. § 4 I Nr. 3 ESchG die wissentliche künstliche Befruchtung einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode.

Die Norm war im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht vorgesehen, sondern wurde erst im Rahmen der Beratungen des Rechtsausschusses hinzugefügt. Angeregt wurde die Einfügung der Norm durch einen Änderungsantrag der SPD-Fraktion, welcher vorsah, dass künstliche Befruchten einer Eizelle mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode zu bestrafen ist.<sup>923</sup> Dadurch sollen nach Ansicht der SPD-Fraktion Anforderungen an den Arzt in Form von Sorgfaltspflichten gestellt werden, die eine entsprechende Dokumentation herbeiführen.<sup>924</sup> Dieser Antrag wurde jedoch durch die Stimmen der Koalitionsfraktion und bei Abwesenheit der Fraktion DIE GRÜNEN gegen eine Stimme aus der SPD-Fraktion abgelehnt.<sup>925</sup> Die Koalitionsfraktionen haben sich aufgrund des bestehenden Zusammen-

---

<sup>920</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 16. Deshalb spricht Schroeder von „Komplettheitswahn“, vgl. Schroeder, FS Miyazawa, 533, 543.

<sup>921</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 543; Liegsalz, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, 339, 350.

<sup>922</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 19.

<sup>923</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>924</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>925</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

hangs mit der heterologen Befruchtung zunächst gegen die Aufnahme einer Regelung nach dem Tode entschieden.<sup>926</sup> Nach eingehender Erörterung hielten es die Koalitionsfraktionen geboten, eine Strafbarkeit für die „wissentliche“ künstliche Befruchtung mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tode vorzusehen.<sup>927</sup> Dieser Antrag wurde einstimmig angenommen bei einer Enthaltung aus der SPD-Fraktion und Abwesenheit der Fraktion DIE GRÜNEN.<sup>928</sup> „Wissentlich“ bezeichnet hierbei nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen das Tätigwerden des Täters im sicheren Wissen der Rechtsgutsverletzung (dolus directus 2. Grades), weshalb bloßes Handeln mit dolus eventualis nicht ausreichend ist.<sup>929</sup>

Auf tatbestandlicher Ebene ist strittig, ob kryokonservierte Eizellen im 2-PN-Stadium noch als unbefruchtet im Sinne des § 4 I Nr. 3 ESchG anzusehen sind. Dies lehnt das OLG Rostock im Rahmen der Prüfung eines Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB ab;<sup>930</sup> dieser würde gem. § 275 I BGB scheitern, wenn sich die Beklagte gem. § 4 I Nr. 3 ESchG iVm § 9 II 2 StGB und § 27 StGB der Beihilfe zur post-mortem-Befruchtung strafbar machen würde. Nach Ansicht des OLG Rostock fehlt es hierfür jedoch bereits an der Erfüllung des objektiven Tatbestands des § 4 I Nr. 3 ESchG.

Zunächst stellt das Gericht fest, dass der Begriff des Befruchtens nicht legaldefiniert ist und somit der allgemeine Wortlaut zugrunde zu legen sei; Befruchtung wird somit wie folgt definiert: „Demnach ist der Vorgang der (künstlichen) Befruchtung einer Eizelle ein etwa 24 Stunden andauernder Prozess. Er beginnt mit dem Zusammentreffen der Spermien und der Eizelle und endet mit der Vereinigung der Chromosomensätze der Vorkerne“. Diesem Befruchtungsbegriff folgend wurde die Befruchtung durch die Kryokonservierung unterbrochen. Die Fortsetzung erfülle daher den Tatbestand des § 4 I Nr. 3 ESchG nicht. Befruchten ließe sich sowohl als Tätigwerden als auch als den dauernden Vorgang, der erst mit der Entstehung des Embryos beendet ist, verstehen. Das Motiv des Gesetzgebers sei gewesen

„die ‚Frage künstlicher Befruchtung mit dem Samen eines Mannes nach dessen Tod‘ [zu] regeln. Es sollte ‚nicht Samen eines Mannes verwendet‘ werden, der bereits verstorben ist.“<sup>931</sup>

---

<sup>926</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>927</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>928</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>929</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster, § 15 Rn. 69 mwN.

<sup>930</sup> OLG Rostock, BeckRS 2010, 12238.

<sup>931</sup> BT-Drs. 11/8057, S. 16.

Die Identitätsfindung des Kindes und somit das Kindeswohl sollten demnach nicht gefährdet werden. Aus dem Begriff der ‚Verwendung‘ leitet das Gericht ab, dass diese bereits mit der Imprägnation geschehen ist und somit die Fortsetzung der Befruchtung nicht erfasst sei. Dieses Auslegungsergebnis stützt das Gericht durch die Erwägung, dass sich die Legaldefinition in § 8 III ESchG nur auf den Status als Gamet (= Keimbahnzelle), nicht aber auf das Verständnis von § 4 I Nr. 3 ESchG auswirke. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 1 I Nr. 2 ESchG oder § 1 II ESchG, weil diese eine andere Schutzrichtung haben, nämlich die Vermeidung einer gespaltenen Mutterschaft und im Fall des § 1 II ESchG zusätzlich der Begegnung besonderer Missbrauchsgefahren für kryokonservierte Eizellen. Dieses Auslegungsergebnis berücksichtigt ferner das Recht der Frau, ihre Eizelle für ihren Wunsch nach Mutterschaft zu verwenden.

Darüber hinaus bestehen auch an der Verfassungsmäßigkeit der Norm keine Zweifel, da Kindeswohl und postmortales Persönlichkeitsrecht gegenüber dem Recht auf Fortpflanzung der Witwe überwiegen.<sup>932</sup>

Gem. § 4 II ESchG wird die Frau, bei der die künstliche Befruchtung vorgenommen wird, nicht gem. § 4 I Nr. 3 ESchG bestraft. Ein Antrag, nach dem nur die Frau, die die künstliche Befruchtung bei sich selbst vornimmt, von der Strafbarkeit ausgenommen werden soll, konnte keine Mehrheit finden.<sup>933</sup>

#### **a. Geschützter Personenkreis**

Fraglich ist indes, wer zum geschützten Personenkreis gehört. Dies ist hier insbesondere problematisch, da zwar die Entstehung der Norm, nicht aber eine Begründung für das Verbot der post-mortem-Befruchtung bekannt ist. Die systematische Stellung innerhalb des § 4 ESchG lässt jedenfalls auf eine ähnliche Zielrichtung schließen. Allerdings zeigt die Einfügung der Norm an erst zeitlich späterer Stelle des Gesetzgebungsverfahrens, dass die Schutzrichtung dennoch nicht völlig identisch sein kann.<sup>934</sup>

Dies bedeutet zum einen, dass es um den Schutz des tatbestandlich erwähnten Samengebers geht und zum anderen, dass das durch die verbotene Handlung entstehende Kind, also der *nondum conceptus*, geschützt wird.

---

<sup>932</sup> Vgl. hierzu insbesondere Ausführungen des *OLG München*, NZFam, 957, Rn. 24–49.

<sup>933</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>934</sup> *OLG München*, NZFam, 957 Rn. 28.

Mit Blick auf den einzig im Gesetzgebungsverfahren auftauchenden Gedanken des Kindeswohls lehnt *Velte* den Schutz des Samenspenders durch § 4 I Nr. 3 ESchG ab.<sup>935</sup> Bei dessen Schutz handele es sich demnach um einen bloßen Reflex der primären Schutzrichtung.<sup>936</sup> Dies ergebe sich daraus, dass der Wille des Samenspenders auch in den Fällen unberücksichtigt bleibe, in denen er die Verwendung seines Samens zur Befruchtung ausdrücklich wünsche.<sup>937</sup> Folglich sei auch die systematische Stellung der Norm als missglückt zu erachten.<sup>938</sup> Doch vermag auch dies nicht zu überzeugen. Über die Hintergründe der Entstehung von § 4 I Nr. 3 ESchG ist zwar bis auf den Schutz des Kindeswohls nicht viel bekannt, die nachträgliche Einfügung der Norm in § 4 ESchG zu einer wahrlosen Entscheidungen des Gesetzgebers zu degradieren, ist jedoch genauso zufällig. Ferner greift auch der Gedanke des Wahlrechts nicht. § 4 I Nr. 1 und 2 ESchG sehen zwar ein solches vor, im Unterschied dazu ist jedoch für den Samenspender eine Wahl nach seinem Tod gerade nicht mehr möglich. Die mit dem Wahlrecht bestehende, dauerhafte Möglichkeit des unbegründeten Widerrufs kann daher postmortem nicht realisiert werden. Demzufolge ist § 4 I Nr. 3 ESchG vielmehr dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber eine Vermutung aufstellt, wie der Samenspender sich hinsichtlich der Ausübung seines auch postmortal wirkenden Persönlichkeitsrechts entschieden hätte.

Dies kann auch aus schadensrechtlicher Perspektive überzeugen, da ein Handeln nach dem ausdrücklichen Willen des Verstorbenen durch die Ablehnung eines Schadens zivilrechtsdogmatisch berücksichtigt werden kann.<sup>939</sup>

Vorstellbar wäre somit auch der Schutz der Frau als potenzielle Mutter – der systematische Vergleich zu § 4 I Nr. 1 und 2 ESchG, die jeweils auch die beteiligte Frau schützen, legt dies nahe. Im Gegensatz zu § 4 I Nr. 1 und 2 ESchG wird jedoch die Frau im Tatbestand des § 4 I Nr. 3 ESchG mit keinem Wort erwähnt. Ferner ist der Schutz der Frau in der tatbestandlichen Konstellation nur relevant, wenn ihr verschwiegen wird, dass der Samen eines Verstorbenen zur Befruchtung verwendet wird.<sup>940</sup> § 4 II ESchG zeigt aber durch die Straffreistellung der Frau, dass der Gesetzgeber von ihrer Kenntnis im Regelfall ausgeht. Folglich kann es nicht überzeugen, von einem bezweckten Schutz der Frau auszugehen.<sup>941</sup> Für den Fall, dass die

---

<sup>935</sup> *Velte*, postmortale Befruchtung, S. 29.

<sup>936</sup> *Velte*, postmortale Befruchtung, S. 29.

<sup>937</sup> *Velte*, postmortale Befruchtung, S. 29.

<sup>938</sup> *Velte*, postmortale Befruchtung, S. 29 mwN.

<sup>939</sup> Siehe dazu D.II.16.d.

<sup>940</sup> Auf diese Konstellation weist *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 11 hin.

<sup>941</sup> So im Ergebnis aus der Perspektive des strafrechtlichen Rechtsgutsverständnisses auch *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 11; sowie

Frau tatsächlich keine Kenntnis haben sollte, ist daher der Schutz lediglich faktisch mitbewirkt.

Damit ist festzuhalten, dass § 4 I Nr. 3 ESchG den Samenspender und den *nondum conceptus* schützt und das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz verfolgt.

### **b. Geschütztes Rechtsgut**

Da auch hinsichtlich des Samenspenders keine Anhaltspunkte hierzu in der Gesetzesbegründung vorliegen, ist fraglich, welches seiner Rechtsgüter betroffen sein könnte. Der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts erscheint dabei naheliegend. Aus systematischer Sicht bietet sich daher ein Vergleich zu § 4 I Nr. 1 und Nr. 2 ESchG an, welche jeweils zeigen, dass es aufgrund des jeweiligen Einwilligungserfordernisses um das allgemeine Persönlichkeitsrecht geht. Da eine solche Einwilligung postmortal aus faktischen Gründen nicht mehr widerrufbar ist, stellt § 4 I Nr. 3 ESchG die postmortale Fortwirkung des Persönlichkeitsschutzes dar.<sup>942</sup> Der Gesetzgeber geht dabei davon aus, dass der Wille des verstorbenen Mannes entgegensteht.<sup>943</sup>

Für den *nondum conceptus* könnte die Vorstellung, durch einen bereits Verstorbenen gezeugt zu sein, für die Identitätsfindung und damit das Kindeswohl belastend sein. Diese Gefahr hat der Gesetzgeber im Entwurf hinsichtlich einer Eierstocktransplantation gesehen,<sup>944</sup> da dies der Abstammung von einem Toten noch vergleichbar am nächsten kommt. In einem Vorschlag zur Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes als Alternative zum Embryonenschutzgesetz wurde das Verbot der Verwendung von Samenzellen bereits Verstorbener ebenfalls vor allem mit dem Kindeswohl begründet.<sup>945</sup> Dass die Regelung dazu führt, dass das Kind nicht gezeugt werden darf, steht – wie schon zu § 1 I Nr. 1 ESchG festgestellt – der Annahme des Rechtsguts Kindeswohl nicht entgegen.<sup>946</sup> Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass das Kindeswohl schon in der allgemeinen Gesetzesbegründung zum ESchG als besonders hochrangiges Rechtsgut bezeichnet wird.<sup>947</sup>

Denkbar wäre eine Beeinträchtigung des Kindeswohls auch darin zu sehen, dass das Kind unter Umständen nicht als ehelich anzusehen ist und der Samengeber daher nicht mehr als Vater anerkannt werden

---

*OLG München*, NZFam, 957 Rn. 28, welches den Schutz der Frau als „nicht vorrangig“ bezeichnet.

<sup>942</sup> *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 13.

<sup>943</sup> *OLG München*, NZFam, 957 Rn. 29.

<sup>944</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 7.

<sup>945</sup> BT-Drs. 11/5710 S. 10.

<sup>946</sup> So auch *OLG München*, NZFam, 957 Rn. 31.

<sup>947</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 6.

kann.<sup>948</sup> Dies liegt daran, dass §§ 1593 S. 1, 2, 1592 Nr. 1 BGB die Ehelichkeitsvermutung auf einen Zeitraum von 300 Tagen nach der Auflösung der Ehe durch den Tod begrenzt, es sei denn, dass feststeht, dass die Empfängnis des Kindes länger zurückliegt; dann wäre nämlich dieser Zeitraum maßgeblich. Allerdings ist zu bedenken, dass das Kindeswohl im Rahmen des ESchG bisher immer nur hinsichtlich der unbelasteten späteren Entwicklung geschützt wurde. Da Abweichendes im Rahmen von § 4 I Nr. 3 ESchG nicht ersichtlich ist, muss dies hier ebenso gelten. Daher ist die fehlende Zuordnung des genetischen Vaters dem Rechtsgut Kindeswohl nicht mehr zuzurechnen. Überdies führt die umfassende Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder dazu, dass hier kein Nachteil und damit auch kein Schaden durch die Nichtehelichkeit entsteht.<sup>949</sup>

Schließlich könnte auch die Natürlichkeit der Zeugung zum Rechtsgut erhoben werden. Von dieser sei die postmortale Befruchtung in besonderem Maße entfernt und deshalb nicht mehr als Sterilitätsbehandlung des Paares zu verstehen.<sup>950</sup> Allerdings ist bereits fraglich, ob die Natürlichkeit der Zeugung ein Individualrechtsgut darstellt. Dies wäre jedenfalls systemwidrig, da die anderen Normen des ESchG dann nicht schützen, wenn Ei- und Samenzelle – wie hier – nicht in ihrer genetischen Konstitution beeinträchtigt werden.

Selbst wenn in der Natürlichkeit der Zeugung ein Individualrechtsgut gesehen wird, müsste dieses konsequenterweise dem *nondum conceptus* zuzuordnen sein. Nachteile, die diesem durch die fehlende Natürlichkeit der Zeugung drohen, werden bereits umfassend durch das Individualrechtsgut Kindeswohl geschützt. Daher stellt die Natürlichkeit der Zeugung kein von § 4 I Nr. 3 ESchG geschütztes Rechtsgut dar.

### **c. Modaler Schutzbereich**

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind nicht ersichtlich.

### **d. Schadensrechtliche Erwägungen**

#### **i. Hinsichtlich des Samenspenders**

Ein Anspruch des Samenspenders selbst kommt schon deshalb nicht infrage, weil dieser zum Zeitpunkt der Schutzgesetzverletzung – wie vom Gesetz vorausgesetzt – tot ist. Mit dem Tod endet jedoch auch seine Rechtsfähigkeit, also die Fähigkeit, Träger von Rechten und

---

<sup>948</sup>Keller/Günther/Kaiser-Keller, § 4 Rn. 30.

<sup>949</sup> Velte, postmortale Befruchtung, S. 28 f.

<sup>950</sup> Davon ging jedenfalls der Alternativentwurf eines Fortpflanzungsmedizingesetzes aus, vgl. BT-Drs. 11/5710 S. 10.

Pflichten zu sein.<sup>951</sup> Folglich scheidet der Samenspender als Anspruchsteller aus.

Allerdings ist auch aus schadensrechtlicher Sicht die Annahme eines Schadens aufgrund der Verletzung des postmortalen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gleich in zweifacher Hinsicht abzulehnen.

Zum einen kommt eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts nur in Betracht, wenn der Samenspender der Verwendung seines Samens über den Tod hinaus nicht zugestimmt hat;<sup>952</sup> allerdings lässt sich der mutmaßliche Wille in vielen Fällen ziemlich deutlich ermitteln.<sup>953</sup> Nach dem OLG München sei die rechtliche Fiktion der mutmaßlichen Einwilligung als Institut zum Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts nicht ausreichend.<sup>954</sup> Dennoch hält es eine Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts dann für möglich, wenn der Wille des verstorbenen Mannes durch unmissverständliche, eigene Erklärung, etwa in einem Testament oder einer Vertragsurkunde, belegbar ist.<sup>955</sup>

Eine teleologische Reduktion – wie von *Krüger*<sup>956</sup> vorgeschlagen – braucht es aus haftungsrechtlicher Sicht nicht, da es in diesem Fall bereits an dem Vorliegen eines Schadens fehlt. Dennoch mögen Konstellationen der post-mortem Befruchtung verbleiben, bei denen eine Verletzung vorliegt, sodass dies allein noch nicht ausreichend zur Verwerfung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Samenspenders ist.

Darüber hinaus vermag der Schutz des postmortalen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz nicht zu begründen. Der postmortale Schutz dient im Deliktsrecht der Absicherung des Persönlichkeitsrechts des Lebenden, der so nicht befürchten muss, nach seinem Tod in Würde und Person schutzlos gestellt zu sein.<sup>957</sup> Bei der Verletzung des (postmortalen) Persönlichkeitsrechts sind ideelle Interessen als höchstpersönlich zu qualifizieren und daher weder übertragbar noch vererblich.<sup>958</sup> Demzufolge ist eine Geltendmachung von Ansprüchen durch vom Verstorbenen berufene Personen oder hilfsweise durch nahe Angehörige nur möglich

---

<sup>951</sup> MüKo-BGB-*Spickhoff*, § 1 Rn. 21; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 20 Rn. 4; *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB., § 14 Rn. 12, 14.

<sup>952</sup> *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 13.

<sup>953</sup> *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 13.

<sup>954</sup> *OLG München*, NZFam, 957 Rn. 49.

<sup>955</sup> *OLG München*, NZFam, 957 Rn. 49.

<sup>956</sup> *M. Krüger*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 13. Die im Ergebnis zu verneinende Frage, ob es sich bei diesem Rechtsgut um das primäre Rechtsgut handelt, ist aus haftungsrechtlicher Sicht also irrelevant.

<sup>957</sup> NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 185; *Erman-Klass*, Anh § 12 Rn. 69 mwN.

<sup>958</sup> NK-BGB-*Katzenmeier*, § 823 Rn. 186.

hinsichtlich Unterlassungs-, Beseitigungs- und Widerrufsansprüchen, nicht jedoch in Bezug auf Leistung einer Geldentschädigung.<sup>959</sup> Dies liegt insbesondere darin begründet, dass eine Genugtuung des Verletzten nicht mehr erzielt werden kann.<sup>960</sup> Dies wird zwar dahingehend kritisiert, dass dem Präventionsgedanken und dem Bedürfnis nach Wiederherstellung des Rechtsfriedens nicht ausreichend Rechnung getragen werde,<sup>961</sup> doch vermag dieser allein ohne die Genugtuungsfunktion keinen Anspruch auf Geldentschädigung zu tragen.<sup>962</sup> Eine Ausnahme ist jedoch für vermögenswerte Bestandteile des Persönlichkeitsrecht zu machen, da diese grundsätzlich vererblich sind und daher auch auf Schadensersatz gerichtet sein können;<sup>963</sup> es ist nämlich unbillig, die durch Leistung des Verstorbenen geschaffenen Vermögenswerte dem ungehinderten Zugriff durch Dritte auszuliefern.<sup>964</sup> Allerdings kann ein Verstoß gegen § 4 I Nr. 3 ESchG keine Verletzung eines vermögenswerten Bestandteils des Persönlichkeitsrechts darstellen. Als vermögenswerter Bestandteil wären hier lediglich die Unterhaltspflicht sowie das Erbrecht gegenüber dem Kind denkbar. Selbst in dem Fall, dass die Fiktion des § 1593 S. 1, 2 BGB greift und der Verstorbene somit als Vater anzusehen wäre, scheidet daher ein Unterhaltsanspruch aus. Die sich aus der rechtlichen Vaterstellung ergebende Unterhaltspflicht endet jedenfalls mit dem Tod des Verpflichteten gem. § 1615 BGB, sodass ein Unterhaltsanspruch aus § 1601 BGB niemals zur Entstehung kommen kann. Wegen § 1923 II BGB, der auf den Zeitpunkt der Zeugung abstellt, ändert sich auch am erbrechtlichen Verhältnis nichts.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass ein immaterieller Schaden keinen Ausgleichsanspruch auslöst und ein materieller Schaden nicht möglich ist. Folglich scheidet ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 3 ESchG wegen Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Samenspenders wohl am fehlenden Schaden. Zwar verbleibt im Rahmen dieses Anspruchs die Möglichkeit der Naturalresitution gem. § 249 I BGB; die Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, ist jedoch aus tatsächlichen Gründen unmöglich. Die durch § 4 I Nr. 3 ESchG verbotene Tathandlung ist die Befruchtung, die das Persönlichkeitsrecht des Samenspenders dadurch verletzt, dass dieses nach seinem Tod verwendet wurde. Da

---

<sup>959</sup> NK-BGB-Katzenmeier, § 823 Rn. 186 mwN; Erman-Klass Anh § 12 Rn. 76; MüKo-BGB-Rixecker AllgPersönlR Rn. 76 mwN; aA hinsichtlich des Schadensersatzrechts im Rahmen des § 823 II BGB bei Einordnung von Art. 1 und GG als Schutzgesetz Heldrich, FS Lange, 163, 169.

<sup>960</sup> NK-BGB-Katzenmeier, § 823 Rn. 186 mwN.

<sup>961</sup> MüKo-BGB-Rixecker, AllgPersönlR Rn. 76.

<sup>962</sup> Erman-Klass, Anh § 12 Rn. 76 mwN.

<sup>963</sup> NK-BGB-Katzenmeier, § 823 Rn. 187 mwN; Erman-Klass Anh § 12 Rn. 74.

<sup>964</sup> Erman-Klass, Anh § 12 Rn. 74.

die Norm im Gegensatz zu anderen Tatbeständen nicht als Unternehmensdelikt ausgestaltet wurde und auch sonst der Versuch gem. § 23 I StGB – sofern das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorsieht – nur im Falle eines Verbrechens strafbar ist, liegt ein Verstoß gegen § 4 I Nr. 3 ESchG nur im Fall der Vollendung vor. Das bedeutet jedoch auch, dass die Befruchtung erfolgreich sein muss; nur dann kann dieser Vorgang medizinisch nicht mehr umgekehrt werden.

## ii. Hinsichtlich des *nondum conceptus*

Ein Schaden des *nondum conceptus* scheint demgegenüber sowohl materiell als auch immateriell möglich. Allerdings ist fraglich, ob sich ein Täter auf das Vorliegen einer beachtlichen Reserveursache berufen kann.

Schließlich ist das Aufwachsen ohne Vater kein Einzelfall, sondern kann durch Tod während der Schwangerschaft, Kindheit oder Jugend sowie Trennung der Eltern eintreten.<sup>965</sup> Das Versterben vor der Befruchtung ließe sich deshalb als bloß minimaler Unterschied verstehen.<sup>966</sup> Reserveursachen sind jedoch nur solche Ursachen, die sich wegen des Schadensfalls nicht mehr auswirken konnten; es handelt sich daher um einen Fall der hypothetischen Kausalität<sup>967</sup> im Sinne einer Zurechnungsfrage.<sup>968</sup> Die alternativen Gründe, die zur Vaterlosigkeit führen können, hätten sich jedoch nicht einmal hypothetisch auswirken können. Der genetische Vater ist vor der schädigenden Handlung bereits verstorben, die genannten Alternativen setzen allerdings voraus, dass dieser bei der Zeugung noch lebt. Daher können alternative Formen der Vaterlosigkeit nicht in Betracht gezogen werden.

Zwar vermag die Argumentation anhand der Reserverursache nicht zu überzeugen; ein Schaden des *nondum conceptus* erscheint dennoch unwahrscheinlich. Mit der Vorstellung, von einem Verstorbenen abzustammen, muss sich ein Kind auch auseinandersetzen, wenn es zB von einer hirntoten Mutter geboren wurde. In dieser vergleichbaren<sup>969</sup> Situation sind Beeinträchtigungen des seelischen Wohls bisher nicht bekannt.<sup>970</sup> Anhaltspunkte dafür, dass ein Kind die Tatsache der Abstammung von einem Toten nur schwer verkraften

---

<sup>965</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 545.

<sup>966</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 545.

<sup>967</sup> Heck, Grundriß des Schuldrechts, S. 48. Staudinger-Höpfner, § 249 Rn. 93.

<sup>968</sup> Staudinger-Höpfner, § 249 Rn. 94.

<sup>969</sup> Die Vergleichbarkeit bezieht sich auf die psychischen Gefahren für den später geborenen Menschen, nicht die verfassungsrechtliche Beantwortung des damit verbundenen ethischen Dilemmas. Auf ein möglicherweise anderes Ergebnis aufgrund des Vorliegens einer verfassungsrechtlich geschützten Existenz verweist daher M. Krüger, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, S. 16, zurecht hin.

<sup>970</sup> Liegsalz, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, 339, 349.

würde, sind ebenfalls nicht ersichtlich.<sup>971</sup> Die Situation der Geburt durch eine hirntote Mutter könnte für das Kind aufgrund der durch die Schwangerschaft entstehenden engen Bindung zur Mutter sogar wahrscheinlich deutlich problematischer sein.<sup>972</sup> Daher ist ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 249 II BGB sowie Schmerzensgeld nach § 253 II BGB wegen einer Verletzung des Kindeswohls nach § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 3 ESchG zwar rechtsdogmatisch möglich, jedoch tatsächlich eher unwahrscheinlich.

#### e. Potenzielle Anspruchsgegner

Erneut ist die Norm durch das Abstellen auf die Befruchtungshandlung vor allem an die beteiligten Ärzte und Biologen gerichtet.

Fraglich ist hingegen, ob einer Teilnahme der Frau, von der die Eizelle stammt oder wie der Gesetzgeber es im persönlichen Strafausschließungsgrund des § 4 II ESchG formuliert „bei der die künstliche Befruchtung vorgenommen wird“ möglich erscheint. Nach der ‚Theorie der straflosen Mindestmitwirkung‘ ist jedenfalls das Maß der zur Tatbestandsverwirklichung erforderlichen Beteiligung nicht strafbar, da es sich bei § 4 I Nr. 3 ESchG um ein Begegnungsdelikt handelt.

#### f. Ergebnis zu § 4 I Nr. 3 ESchG

§ 4 I Nr. 3 ESchG ist ein Schutzgesetz sowohl für den *nondum conceptus* als auch für den Samenspender. Der *nondum conceptus* wird in seinem Kindeswohl in Form der unbelasteten Entwicklung vor materiellen und immateriellen Schäden bewahrt. Eine Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrechts des Samenspenders begründet aufgrund der nicht mehr vorhandenen Rechtsfähigkeit keinen Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 4 I Nr. 3 ESchG; zudem wäre hier kein Schaden ersichtlich.

### 17. § 5 I ESchG

§ 5 I ESchG bestraft die künstliche Veränderung der Erbinformation einer menschlichen Keimbahnzelle. Gem. § 5 III ESchG ist bereits der Versuch strafbar. Der Begriff der Keimbahnzelle wird in § 8 III ESchG legaldefiniert. Daher ist die Veränderung des Genoms einer somatischen Zelle nicht erfasst.<sup>973</sup> Erbinformationen bezeichnen die gesamte DNA im Inneren der Zelle, d. h. sowohl in den Chromosomensätzen als auch der Mitochondrien.<sup>974</sup> Dieses weite, über die nach heutigem Kenntnisstand bekannten 26.000–31.000 Gene

---

<sup>971</sup> Liegsalz, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, 339, 349.

<sup>972</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 4 Rn. 27.

<sup>973</sup> D. Prütting-Braun, ESchG § 5 Rn. 5; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. ESchG § 5 Rn. 15.

<sup>974</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 12.

hinausgehende Verständnis ergibt sich aus der Ausgestaltung als konkretes Gefährdungsdelikt.<sup>975</sup> Die Tathandlung der künstlichen Veränderung liegt vor, sobald ein Basenpaar des Gesamtpaars vom vererbten Genom abweicht. Künstlich ist dies, wenn es durch menschlichen Einfluss und nicht auf natürliche Weise, wie etwa Mutation oder Umwelteinflüsse, verändert wurde.<sup>976</sup> Ob von einer künstlichen Veränderung auch im Falle der vollständigen Entkernung einer Eizelle mit anschließendem Zellkerntransfer gesprochen werden kann, ist hingegen strittig. Für eine tatbestandliche Erfassung spricht indes, dass keine Beseitigung des Tatobjekts nach allgemeinem Sprachgebrauch stattfindet und die mitochondriale DNA verbleibt, sodass noch nicht von einem ‚Austausch‘ in Abgrenzung zur ‚Veränderung‘ gesprochen werden kann.<sup>977</sup> Ebenfalls unklar ist, ob Methoden der Epi-Genom-Editierung, also Verfahren, welche nur indirekt auf die Expression der Gene einwirken, vom Tatbestand erfasst werden.<sup>978</sup> Wird jedoch die für das Strafrecht geltende Wortsinngrenze des Art. 103 II GG berücksichtigt, muss dies verneint werden, da die Basenpaare identisch bleiben und damit nicht von einer Veränderung der Erbinformation, sondern bloß von einer Veränderung des Ausdrucks von Erbinformation gesprochen werden kann. Schließlich ist auch die Verwendung von aus ipS-Zellen gewonnenen Keimzellen nicht strafbar nach § 5 I ESchG, denn diese werden, sofern sie nicht aus Zelllinien stammen, bereits nicht von der Legaldefinition der Keimbahnzelle in § 8 III ESchG erfasst.<sup>979</sup> Ferner liegt auch hier nur eine Veränderung der Funktion, nicht aber der Erbinformation vor.<sup>980</sup>

Da auch ein Gentransfer zur Heilung monogener Erbkrankheiten entwickelt werden könnte und dies vorherige Versuche am Menschen voraussetzt, seien die damit verbundenen, irreversiblen Folgen zu erwartender Fehlschläge nicht verantwortbar.<sup>981</sup> Sie seien auch unvereinbar mit dem objektiv rechtlichen Gehalt des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II 1 GG) sowie der Grundentscheidung von Art. 1 I GG zum Schutz der Menschenwürde.<sup>982</sup>

---

<sup>975</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 11.

<sup>976</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 12.

<sup>977</sup> *Deuring*, MedR 2017, 215, 218; aA Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 14, der wegen des geringen Anteils der mitochondrialen DNA im Gesamtgenom, von einem aliud ausgeht; *Lackermair*, Hybride und Chimären, S. 413, der nur die Entkernung, nicht aber die Ersetzung aus dem Anwendungsbereich des § 5 ESchG herausnimmt.

<sup>978</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 5 Rn. 2.

<sup>979</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG, § 5 Rn. 5.

<sup>980</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 5 Rn. 5; *Deutscher Ethikrat*, Stammzellforschung – Neue Herausforderungen für das Klonverbot und den Umgang mit artifiziell erzeugten Keimzellen?, S. 5.

<sup>981</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>982</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

Zudem bestehe eine unübersichtbare Missbrauchsgefahr im Hinblick auf die Verwendung zum Zwecke der Menschenzüchtung.<sup>983</sup>

Eine Strafbarkeit nach § 5 I ESchG ist jedoch in den Fällen des § 5 IV ESchG ausgeschlossen. Die Einschränkung des § 5 IV Nr. 1 ESchG, nach der die Veränderung der Erbinformation solcher Keimzellen, bei denen ihre Verwendung zur Befruchtung ausgeschlossen ist, liegt darin begründet, dass im Hinblick auf die Forschungsfreiheit aus Art. 5 III GG solche Experimente möglich bleiben müssen, die von vornherein zu keiner Gefährdung des Individuums zu führen vermögen.<sup>984</sup> Hierbei handelt es sich somit um ein negatives Tatbestandsmerkmal.<sup>985</sup>

Ferner ist gem. § 5 IV Nr. 2 ESchG die Veränderung der Erbinformation sonstiger Keimbahnzellen, die einem Menschen, einem Verstorbenen oder einer toten Leibesfrucht entnommen wurden, nicht erfasst, wenn sowohl die Übertragung auf einen Embryo, Fötus oder Menschen sowie die Entstehung einer Keimzelle ausgeschlossen ist. Dies stellt sogleich klar, dass Experimente an totipotenten Zellen eines nicht transferierten Embryos in jedem Fall unzulässig sind.<sup>986</sup>

Ebenfalls vom strafrechtlichen Verbot ausgenommen ist gem. § 5 IV Nr. 3 ESchG die unbeabsichtigte Veränderung der Erbinformationen durch Impfungen, strahlen-, chemotherapeutischer oder anderer Behandlungen.

Eine von der Fraktion der SPD beantragte engere Fassung des § 5 IV ESchG konnte keine Mehrheit finden.<sup>987</sup> Grund für die Ablehnung war, dass die Koalitionsfraktionen der Überzeugung waren, dass „die Forschung an Keimbahnzellen im Hinblick auf das künftige menschliche Leben außerordentlich wertvolle Kenntnisse bringen könnte.“<sup>988</sup> Zunächst stellt das Verbot der Veränderung in § 5 I ESchG eine Aufforderung dar, ein bestimmtes Verhalten, nämlich die Veränderung, zu unterlassen.

#### **a. Geschützter Personenkreis**

Ein Blick in die bereits beschriebene Gesetzesbegründung verdeutlicht, dass nicht die Verhinderung positiver Eugenik, geschweige denn Züchtung besserer Menschen angestrebt wird.<sup>989</sup> Vielmehr geht es daher, wie auch die Ausgestaltung als konkretes Gefährdungsdelikt zeigt, darum, die in der Begründung aufgezählten

---

<sup>983</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>984</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>985</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>986</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>987</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>988</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>989</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 3.

Rechtsgüter, nämlich menschliches Leben, körperliche Unversehrtheit und Menschenwürde zu schützen.<sup>990</sup> Allerdings spricht der Gesetzgeber diesbezüglich vom „objektiv-rechtlichen Gehalt des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit“ und von der „Grundentscheidung des Artikels 1 Abs. 1 GG für den Schutz der Menschenwürde“.<sup>991</sup> Dies könnte als Anhaltspunkt dafür gesehen werden, dass die genannten Rechtsgüter nicht als Individualrechtsgüter verstanden werden sollen. Der Begriff des objektiv-rechtlichen Gehalts von Grundrechten entstammt einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nach der sich hieraus die Pflicht staatlicher Organe ergibt, sich „schützend und fördernd vor die darin genannten Rechtsgüter zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen seitens anderer zu bewahren.“<sup>992</sup> Hierbei handelt es sich demnach um eine Handlungsaufforderung an den Staat.<sup>993</sup> Diese Erweiterung der Grundrechtsfunktion wirkt sich allerdings im Staat-Bürger-Verhältnis nicht aus; die Pflichten des Staates entsprechen nämlich den subjektiven Rechten des Bürgers.<sup>994</sup> Dies bedeutet daher, dass nicht nur Rechtsgüter der Allgemeinheit geschützt werden.

Im Gegensatz zu den Rechtsgütern äußert sich der Gesetzgeber nicht zu der Frage, wen die Norm schützen soll. Eine Lösung dieser Fragestellung bietet jedoch die Norm selbst. Die Tatbestandsstruktur zeigt, dass die Keimbahnzelle das Verletzungsobjekt darstellt. Durch die Ausnahmen in Abs. 4 lässt sich dies näher konkretisieren. So zeigt § 5 IV Nr. 1 ESchG, dass gerade eine spätere Verwendung zur Befruchtung gem. § 4 IV Nr. 2 ESchG und eine Übertragung der genannten Zellen unterbleiben soll; daraus ergibt sich, dass insbesondere die Entstehung eines Menschen mit manipulierter Keimbahn verhindert werden soll. Daher lässt sich feststellen, dass der aus diesen Zellen entstehende Mensch, also der *nondum conceptus*, dem geschützten Personenkreis angehört.

### **b. Geschütztes Rechtsgut**

Dagegen sind die Ausführungen im Gesetzesentwurf zu den geschützten Rechtsgütern erstaunlich klar ausgefallen; es sollen demnach Leben und körperliche Unversehrtheit sowie die Menschenwürde geschützt werden.<sup>995</sup> Wie bereits gezeigt werden konnte, handelt es sich insbesondere bei der Menschenwürde um ein Individualrechtsgut.

---

<sup>990</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 3.

<sup>991</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>992</sup> BVerfGE 53, 30, 57.

<sup>993</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, § 22 Rn. 21.

<sup>994</sup> Maurer, Staatsrecht I, § 9 Rn. 21.

<sup>995</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

Ein Anspruch wegen Verletzung des Lebens scheidet aufgrund des damit einhergehenden Wegfalls des Anspruchstellers aus.

Daher bleiben für eigene Ansprüche nur die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit sowie der Menschenwürde des *nondum conceptus* übrig.

### c. Modaler Schutzbereich

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind vorliegend nicht ersichtlich.

### d. Schadensrechtliche Erwägungen

Aus schadensrechtlicher Sicht ist beim *nondum conceptus* zu bemerken, dass die Entstehung des Anspruchstellers, also die Lebendgeburt, erforderlich ist. Die Veränderungen der Genetik darf also nicht die vorgeburtliche Lebens- und Entwicklungsfähigkeit verhindern. Überdies ist erforderlich, dass die veränderte Keimbahnzelle auch zur Befruchtung verwendet wird und schließlich der daraus entstehende Embryo übertragen wird, da sich sonst die Gefahren, vor denen das konkrete Gefährdungsdelikt des § 5 I ESchG schützen will, nicht realisieren.

Zudem ist fraglich, ab wann von einem Schaden gesprochen werden kann. Der Gesetzgeber stellte in seiner Begründung des Verbots in erster Linie auf technisch-pragmatische und erst danach auf fundamental-kategorische Gründe ab.<sup>996</sup> Die für die Entwicklung der Methode des Gentransfers erforderlichen Versuche am Menschen würden demnach zu irreversiblen Folgen aufgrund der zu erwartenden Fehlschläge führen.<sup>997</sup>

Eine Verletzung der Gesundheit liegt nach allgemeiner Definition immer dann vor, wenn ein von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichender Zustand hervorgerufen oder gesteigert wird.<sup>998</sup> Nach einem Blick auf die möglichen Anwendungsszenarien erscheint zweifelhaft, ob jede Veränderung der Erbinformationen auch stets als ein nachteilig abweichender Zustand im Sinne der Definition zu verstehen ist.

Der Deutsche Ethikrat hat eine Vielzahl möglicher Anwendungsszenarien beschrieben, mit deren beispielhafter Heranziehung die Beantwortung der Schadensfrage vereinfacht wird.

---

<sup>996</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11, so auch Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 5.

<sup>997</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>998</sup> BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 107; Staudinger-Hager, § 823 B 20; Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 38; Jauernig-Teichmann, § 823 Rn. 3 jeweils mwN.

Zum einen besteht die Möglichkeit, monogen bedingte Erbkrankheiten zu verhindern.<sup>999</sup> Dabei handelt es sich um solche Krankheiten, bei denen das Krankheitsbild durch den Ausfall eines einzelnen bestimmten Gens bestimmt wird.<sup>1000</sup> Durch eine Korrektur des Gens wäre das Kind von der Erkrankung nicht mehr betroffen, vorausgesetzt der Eingriff gelingt ohne signifikante Nebenwirkungen.<sup>1001</sup>

Möglich wäre auch ein Einsatz bei multifaktorell, also durch ein komplexes Zusammenwirken mehrerer genetischer Determinanten, bedingten Krankheiten, wozu auch Krankheiten wie Diabetes, Demenzen und Herz-Kreislauf-Erkrankungen zählen.<sup>1002</sup> In manchen dieser Fälle lässt sich das Erkrankungsrisiko auf einzelne Genvarianten zurückführen.<sup>1003</sup> Eine Manipulation dieser Erbinformationen könnte dann deutlich präventiv oder mildernd wirksam sein.<sup>1004</sup> Denkbar wäre auch eine sog. Multiplex-Anwendung, bei der mehrere Genvarianten, die das Erkrankungsrisiko beeinflussen, verändert werden.<sup>1005</sup>

Schließlich sind auch verbesserungsbezogene Anwendungen, sog. genetisches Enhancement, denkbar. Hier geht es darum, bestimmte physische, mentale oder charakterliche Funktionen zu erzeugen oder zu verstärken, welche keinen unmittelbaren Krankheitsbezug haben.<sup>1006</sup> Nach heutigen Erkenntnissen hat eine solche Intervention aufgrund der multifaktoriellen Bedingung nur ungewisse Erfolgsaussichten.<sup>1007</sup> Hypothetische Szenarien umfassen dabei auch den Einbau künstlicher, neuer Genvarianten oder artfremder Gene in das menschliche Genom.<sup>1008</sup>

In den ersten beiden Szenarien fällt es schwer, im Falle der erfolgreichen Verwendung von einer Gesundheitsverletzung zu sprechen. Die Gesundheit und gerade nicht die Krankheit einer Person werden insbesondere durch die Verfahren hervorgerufen.

Etwas anderes muss jedoch dann gelten, wenn es im Rahmen dieser Verfahren zu Off-Target-Effekten, also Effekten außerhalb der gewünschten Zielsequenz, kommt. Bei der Verwendung des CRISPR-Cas-Systems<sup>1009</sup> ist etwa zu beachten, dass die Cas-Nukleasen nicht perfekt sind, da das menschliche Genom tausendmal größer als das

---

<sup>999</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 83.

<sup>1000</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 83.

<sup>1001</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 83.

<sup>1002</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 88.

<sup>1003</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 88.

<sup>1004</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 89.

<sup>1005</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 89.

<sup>1006</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 93.

<sup>1007</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 94.

<sup>1008</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 94.

<sup>1009</sup> A.III.1.h.

bakterielle und es quasi unmöglich ist, eine nur einmal vorkommende sgRNA-Sequenz zu finden.<sup>1010</sup>

Unklarer gestaltet sich die Diskussion im Falle des (erfolgreichen) Enhancements. Das Enhancement besitzt eine nur deutlich reduzierte Verknüpfung zur Gesundheit. Daher gilt es im Einzelfall zu ermitteln, ob die hierdurch hervorgerufene Eigenschaft als nachteilig zu bewerten ist.

Fraglich ist auch, ob die Möglichkeit einer rechtfertigenden Einwilligung besteht, mit der der Schaden entfällt. Im allgemeinen Strafrecht, insbesondere im Medizinstrafrecht, setzt die rechtfertigende Einwilligung die Disponibilität des Rechtsguts, die Verfügungsbeziehung und Einwilligungsfähigkeit des Einwilligenden, das Fehlen wesentlicher Willensmängel sowie die Einhaltung der Grenze des § 228 StGB voraus.<sup>1011</sup> Ferner muss die Einwilligung vor der Tat erklärt werden.<sup>1012</sup> Dem *nondum conceptus* fehlt es zum maßgeblichen Zeitpunkt vor der Tat an der Einwilligungsfähigkeit.<sup>1013</sup> Allerdings kommt es auf dessen und nicht etwa die Einwilligung der Gametenspender in ihrer Position als solche an,<sup>1014</sup> da § 5 I ESchG durch die Ausgestaltung als konkretes Gefährdungsdelikt eine Vorwirkung zum Schutz des später entstehenden Menschen vornimmt. Eine Einwilligung durch die (künftigen) Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Personensorge aus §§ 1632 ff. BGB kommt nicht in Betracht, da aufgrund der aktuell bestehenden Unsicherheiten, insbesondere den Off-Target-Effekten, der Eingriff als Gefährdung des Kindeswohls zu qualifizieren und somit vom elterlichen Sorgerecht nicht mehr erfasst ist.<sup>1015</sup> Sollten diese aktuell bestehenden Unabwägbarkeiten in Zukunft jedoch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eliminiert werden können, so ist hinsichtlich der Gesundheitsverletzung eine Einwilligung der Eltern grundsätzlich möglich. Einwilligungsfähig sind dabei jedoch nur lebensnotwendige und gesundheitsförderliche Eingriffe, soweit die mit ihnen verknüpften Gefahren verantwortbar sind.<sup>1016</sup> Insofern ist auch ein mutmaßlicher Wille des *nondum conceptus*, frei von durch genetische Veränderung vermeidbaren Krankheiten zu sein, anzunehmen.<sup>1017</sup> Auch im allgemeinen Medizinstrafrecht ist zu beachten, dass eine Einwilligung bei fehlender Aufklärung über die Risiken, hier also insbesondere der Möglichkeit von Off-Target Effekten unwirksam ist.

---

<sup>1010</sup> Schmietow/Eberbach/Kaulich, Onkologie 2019, S116, S116.

<sup>1011</sup> Wessel/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 564–572.

<sup>1012</sup> Wessel/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, Rn. 578.

<sup>1013</sup> Bern, Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas, S. 85.

<sup>1014</sup> Bern, Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas, S. 85.

<sup>1015</sup> Bern, Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas, S. 85.

<sup>1016</sup> Hillgruber, Der manipulierbare Embryo, 39, 46.

<sup>1017</sup> Hillgruber, Der manipulierbare Embryo, 39, 46.

Fraglich ist jedoch, welche schadensrechtlichen Folgen sich durch eine Verletzung der Menschenwürde des *nondum conceptus* ergeben. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde könnte mit einer Unverfügbarkeit über das eigene Genmaterial seiner Keimzellen einhergehen, sodass ein Schaden schon bei jeglicher Veränderung der Erbinformation anzunehmen ist und zwar unabhängig von der Voroder Nachteiligkeit der Veränderung. Hierfür spricht jedenfalls, dass die einmalige Individualität und Unvollkommenheit zum Wesen des Menschen gehören, sodass auch diese zu respektieren sind und folglich auf Eingriffe jeglicher Art zu verzichten ist.<sup>1018</sup> Unabhängig von den unterschiedlichen Interpretationsansätzen der Menschenwürde begreift sich diese als Schutz vor Beeinträchtigungen elementarer Konstitutionsbedingungen wie Integrität, Identität und Basisgleichheit.<sup>1019</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob der Subjektstatus eines Menschen gesichert oder kategorial geleugnet wird.<sup>1020</sup>

Fraglich ist dabei allerdings, ob ein so definierter Schaden auch nach zivilrechtlichen Regeln als ersatzfähig einzustufen ist. Aufgrund der Vielzahl möglicher Auswirkungen der Keimbahnintervention lassen sich daraus entstehende, potenzielle materielle Schäden nicht gruppieren und systematisieren. Dennoch werden auch hier die allgemeinen Regeln der §§ 249 ff. BGB zu beachten sein. Im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs aus § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG ist die Möglichkeit der Geldentschädigung für immaterielle Schäden anerkannt.<sup>1021</sup> Begründet wird die Erforderlichkeit eines solchen Anspruchs damit, dass eine Würdeverletzung sonst unsanktioniert bliebe und damit der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde;<sup>1022</sup> dies trifft ebenso auf das zivilrechtliche Bürger-Bürger Verhältnis zu. Daher ist entsprechend den Erläuterungen zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein immaterieller Anspruch auf Art. 1 I GG selbst und nicht etwa auf § 253 II BGB zu stützen. Erforderlich ist hierfür jedoch ein schwerwiegender Eingriff, dessen Beeinträchtigung nicht auf andere Weise genügend ausgeglichen werden kann.<sup>1023</sup> Das Vorliegen einer schwerwiegenden Verletzung dieser Art bestimmt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach den Kriterien Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Beweggrund des Handelnden und Verschuldensgrad.<sup>1024</sup> Bereits das Vorliegen einer dieser Umstände ist für die Annahme der

---

<sup>1018</sup> So aus verfassungsrechtlicher Sicht *Hillgruber*, Der manipulierbare Embryo, 39, 46.

<sup>1019</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 116.

<sup>1020</sup> *Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, S. 116.

<sup>1021</sup> *LG Frankfurt a. M.*, NJOZ 2012, 54, Rn. 44.

<sup>1022</sup> *BGH*, NJW 2005, 58, 59.

<sup>1023</sup> *LG Frankfurt a. M.*, NJOZ 2012, 54, Rn. 46.

<sup>1024</sup> *BVerfG*, NJW 2008, 1060 Rn. 32; *BGH*, NJW 1995, 861, 864; NJW 1996, 1131, 1134.

hinreichenden Schwere ausreichend.<sup>1025</sup> Da bei einem solchen Anspruch die Genugtuung des Opfers im Vordergrund steht, sind gesundheitliche Beeinträchtigungen hierzu nicht erforderlich.<sup>1026</sup>

#### e. Potenzielle Anspruchsgegner

Als Anspruchsgegner kommen primär diejenigen Personen in Frage, die die Veränderung der Erbinformationen vornehmen. Hierzu wird regelmäßig ein Labor nötig sein, sodass als Täter des § 5 I ESchG in erster Linie im Labor tätige Humangenetiker mit entsprechendem Zugang zu dem benötigten Equipment in Frage kommen. Das bloße Zuverfügungstellen der Keimzellen in dem Wissen der geplanten Manipulation ist hingegen als notwendige Teilnahme nach der Theorie der straflosen Mindestmitwirkung zu qualifizieren, da sich deren Handlungsrichtung vom Täter unterscheidet und es sich folglich um ein Begegnungsdelikt handelt. Demzufolge scheiden die Keimzellspender als potenzielle Anspruchsgegner regelmäßig aus. Etwas anderes gilt für den Reproduktionsmediziner, welcher die Keimbahnzellen entnimmt. Hier ist eine Teilnahmestrafbarkeit sowohl in Form der Anstiftung<sup>1027</sup> als auch der Beihilfe möglich, sodass dieser deshalb als Anspruchsgegner in Betracht kommt.

#### f. Ergebnis zu § 5 I ESchG

Daher ist § 5 I ESchG als Schutzgesetz zugunsten des *nondum conceptus* hinsichtlich seiner Gesundheit sowie seiner Menschenwürde zu verstehen. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB iVm § 5 I ESchG setzt jedoch die spätere Lebendgeburt des *nondum conceptus* voraus. Unterschiedliche Intentionen sind beim Einsatz der Keimbahnintervention denkbar. Ob sich im jeweiligen Fall ein ersatzfähiger materieller oder immaterieller Schaden ergibt, ist jedoch eine Frage des Einzelfalls. Ein Ersatz der immateriellen Schäden wegen Verletzung der Menschenwürde begründet dabei einen von § 253 II BGB unabhängigen Entschädigungsanspruch.

### 18. § 5 II ESchG

Gem. § 5 II ESchG wird bestraft, wer eine menschliche Keimzelle mit künstlich veränderter Erbinformation zur Befruchtung verwendet; gem. § 5 III ESchG ist bereits der Versuch strafbar.

Die künstliche Veränderung der Erbinformationen bezieht sich auf die Tathandlung des § 5 I ESchG. Zur Befruchtung wird eine Keimzelle verwendet, wenn diese in der Absicht der Vereinigung der

---

<sup>1025</sup> KG, AfP 1974, 720., 721.

<sup>1026</sup> LG Frankfurt a. M., NJOZ 2012, 54 Rn. 44.

<sup>1027</sup> Diese Möglichkeit nimmt an: Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 28.

Gameten vorgenommen wird.<sup>1028</sup> Die genetische Veränderung bereits einer der Gameten ist für die Erfüllung des Tatbestands des § 5 II ESchG ausreichend.<sup>1029</sup> Durch das Abstellen auf den Begriff der Verwendung bleibt für das Versuchsstadium des § 5 III ESchG nur wenig Raum.<sup>1030</sup>

Der Gesetzesentwurf schweigt zu den näheren Hintergründen von § 5 II ESchG. Es heißt lediglich, dass die Verwendung zur Befruchtung von künstlich veränderten Keimzellen verhindert werden wolle.<sup>1031</sup> Laut *Müller-Terpitz* ist Grund für § 5 II ESchG, dass erst mit der Verwendung der manipulierten Zellen eine Gefährdung für Leib und Leben der betroffenen Individuen zu befürchten sei.<sup>1032</sup>

Aufgrund der systematischen Stellung des § 5 II ESchG innerhalb des § 5 ESchG sowie der inhaltlichen Anknüpfung als ein § 5 I ESchG nachgelagertes Delikt ist für § 5 II ESchG dieselbe Schutzrichtung wie für § 5 I ESchG anzunehmen. Geschützt wird daher der *nondum conceptus* in seinem Leben, seiner körperlichen Unversehrtheit sowie Menschenwürde.

Im Gegensatz dazu verändert sich jedoch der Kreis potenzieller Anspruchsgegner. Die Vornahme der Befruchtung wird in der Regel durch einen Arzt vorgenommen. Damit rückt dieser als Anspruchsgegner in den Vordergrund. Eine Beihilfe des Humangenetikers zu § 5 II ESchG kommt jedoch ebenfalls in Betracht,<sup>1033</sup> sodass auch dieser dem Kreis potenzieller Anspruchsgegner zuzurechnen ist.

Das Zurverfügungstellen der Keimbahnzelle zur Befruchtung stellt eine straflose notwendige Teilnahme dar, wenn die Beteiligung das zur Tatbestandsverwirklichung erforderliche Maß nicht überschreitet.

Aus schadensrechtlicher Sicht treffen die Erwägungen zu § 5 I ESchG ebenso auf § 5 II ESchG zu.

## 19. § 6 I ESchG

§ 6 I ESchG stellt das künstliche Bewirken der Entstehung eines Embryos mit gleicher Erbinformation wie ein Embryo, Fötus oder Mensch oder Verstorbenen unter Strafe. Gem. § 6 III ESchG ist bereits der Versuch strafbar.

---

<sup>1028</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 26.

<sup>1029</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 26.

<sup>1030</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 27.

<sup>1031</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1032</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 5 Rn. 4.

<sup>1033</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 5 Rn. 28.

Unbestrittenermaßen ist das sog. Embryo-Splitting vom Tatbestand des § 6 I ESchG erfasst.<sup>1034</sup> Die Methode des Zellkerntransfers<sup>1035</sup> stellt hingegen keine Verletzung von § 6 I ESchG dar, da die so erzeugte totipotente Zelle keinen Embryo im Sinne des § 8 I ESchG bildet.<sup>1036</sup> Ferner fehlt es aufgrund der abweichenden mitochondrialen DNA am Tatbestandsmerkmal der „gleichen Erbinformation“.<sup>1037</sup>

Nach dem in § 6 I ESchG verwendeten Begriff des Verstorbenen sind nach dem Sinn und Zweck jegliche Kopien menschlicher Individuen zu verhindern, d. h. die Bestimmung ist extensiv zu verstehen und umfasst nicht nur tote und geborene Menschen, sondern auch tote Embryonen und Föten.<sup>1038</sup>

Die Zuweisung von Erbanlagen würde nach Ansicht des Gesetzgebers in besonders krasser Weise gegen die Menschenwürde verstoßen.<sup>1039</sup> Aufgrund der Gleichstellung einer totipotenten Zelle mit einem Embryo in § 8 I ESchG fällt unter § 6 I ESchG auch die Abspaltung einer totipotenten Zelle eines Embryos zu Forschungs- oder Diagnostikfällen.<sup>1040</sup> Bei der Abspaltung einzelner Zellen eines Embryos im Frühstadium seiner Entwicklung lässt sich daher nicht mit Sicherheit ausschließen, dass diese zu einer schweren Schädigung des verbleibenden Embryos führt.<sup>1041</sup> Folglich besteht auch keine Ausnahme für Präimplantationsdiagnostik.<sup>1042</sup>

### a. Geschütztes Rechtsgut

Die ratio des § 6 I ESchG ist schon auf strafrechtlicher Ebene streitig. Einen Anknüpfungspunkt bietet jedoch die Menschenwürde. Diese wird sowohl in der Gesetzesbegründung als auch in der entsprechenden Kommentarliteratur explizit genannt.<sup>1043</sup> *Schroeder* kritisiert die Nutzung des Begriffs der Menschenwürde als Kraftformel und Methode zur Verdeckung eines Begründungsdefizits.<sup>1044</sup> Er

---

<sup>1034</sup> D. Prütting-Braun § 6 ESchG Rn. 5; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 6 Rn. 2; zur historischen Entwicklung des Verfahrens siehe A.III.1.e.

<sup>1035</sup> Zur historischen Entwicklung des Verfahrens siehe A.III.1.f.

<sup>1036</sup> D. Prütting-Braun § 6 ESchG Rn. 6; Kersten, Klonen, S. 36-38; Lackermair, Hybride und Chimären, S. 411; aA Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 8 Rn. 3.

<sup>1037</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 6 Rn. 16, welcher richtigerweise eine qualitative und nicht etwa quantitative Ermittlung der Gleichheit von Erbinformationen fordert, ebenso Kersten, Klonen, S. 34, der zudem darauf hinweist, dass die erforderliche Übereinstimmung nur im Fall eines autologen Zellkerntransfers, bei der Eizell- und Zellkernspenderin identisch sind, vorliegt.

<sup>1038</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 6 Rn. 18.

<sup>1039</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1040</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1041</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11 f.

<sup>1042</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1043</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 6 Rn. 4; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 6 Rn. 1.

<sup>1044</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 541.

präzisiert dabei das Rechtsgut dahingehend, dass es um die Eingriffsfreiheit der Herausbildung des menschlichen Individuums gehe.<sup>1045</sup> Da die Gesetzesbegründung den Menschenwürdeverstoß an die Zuweisung genetischer Anlagen anknüpft,<sup>1046</sup> überzeugt eine solche Präzisierung. Ein Schutz des Rechtsguts der Menschenwürde ist daher in ebendieser Konkretisierung anzunehmen.

Zudem betont die Gesetzesbegründung die schweren Beeinträchtigungen, die im Falle einer Abspaltung einzelner Zellen möglich erscheinen.<sup>1047</sup> Daher schützt § 6 I ESchG auch die körperliche Unversehrtheit.

### **b. Geschützter Personenkreis**

Wie die Gesetzesbegründung zeigt, ist die körperliche Unversehrtheit dann betroffen, wenn einzelne Zellen abgespalten werden,<sup>1048</sup> ein Schädigungsrisiko sieht der Gesetzgeber hinsichtlich dem nach der Abspaltung verbleibenden und zur Embryonenübertragung vorgesehenen Embryo.<sup>1049</sup> Von diesem Ziel des Gesetzgebers ausgenommen ist jedoch der mittels Embryo-Splitting entstehende Klon, denn dieser bleibt in den Erwägungen des Gesetzgebers hinsichtlich seiner körperlichen Unversehrtheit unberücksichtigt. Geschützt ist daher die körperliche Unversehrtheit nur des bereits existierenden Embryos.

Weniger deutlich erkennbar ist jedoch, wessen Menschenwürde durch das Klonverbot des § 6 I ESchG geschützt werden soll. Die Gesetzesbegründung selbst stellt dabei auf den künftigen Menschen ab.<sup>1050</sup> Günther geht hingegen von dem Schutz aller Betroffenen aus, d. h. des kopierten und geklonten Menschen, der austragenden Frau sowie der Gattung Menschheit insgesamt.<sup>1051</sup> Die Würdeverletzung liege dabei nicht in der Existenz des später geborenen Menschen, sondern in dem Erzeugungsverfahren.<sup>1052</sup> Dies gilt es daher für die einzelnen in Frage kommenden Personengruppen zu untersuchen.

Ein Blick auf den kopierten Menschen (Original) ergibt, dass dieser möglicherweise in seinem Vertrauen darauf verletzt wird, einzigartig zu sein.<sup>1053</sup> Dieses Vertrauen wurde vom Gesetzgeber jedoch nicht in seine Erwägungen miteinbezogen, was sich daraus ergibt,

---

<sup>1045</sup> Schroeder, FS Miyazawa, 533, 541.

<sup>1046</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1047</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1048</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1049</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1050</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1051</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 6 Rn. 4.

<sup>1052</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 6 Rn. 4.

<sup>1053</sup> Rosenau, FS Schreiber, 761, 765.

dass dieser den Menschenwürdeverstoß auf den ‚künftigen Menschen‘, welchem gezielt Erbanlagen zugewiesen werden würden, bezieht. Daher ist der Schutz der Menschenwürde des Originals vom Schutzzweck des § 6 I ESchG nicht bezweckt, sondern bloß faktisch bewirkt. Überdies wäre ein Verstoß auch in den Fällen abzulehnen, in denen mit der Zustimmung des Originals gehandelt wurde.<sup>1054</sup> Der kopierte, lebende Mensch wird im Frühstadium seiner Entwicklung vor der Verletzung seiner körperlichen Unversehrtheit durch Zellentnahme geschützt.<sup>1055</sup>

Fraglich ist indes, ob und wenn ja, inwiefern die Menschenwürde des Klons tangiert wird. Zum einen kann eine Belastung durch die genetische Vordisposition deshalb bestehen, weil der Klon damit leben muss, mit dem Original verglichen zu werden und sich als bloße Wiederholung eines bereits gelebten Lebens empfindet.<sup>1056</sup> Einem solchen Verständnis liegt jedoch die Vorstellung genetischer Determinierbarkeit zugrunde, die mit den Wechselwirkungen zu Umwelt und Lernprozessen nicht in Einklang zu bringen ist.<sup>1057</sup> Probleme für das so entstandene Kind liegen damit eher in einer möglichen sozialen Determinierung, die jedoch aufgrund mangelnder wissenschaftlicher Erfahrungen nur spekulativ sein kann.<sup>1058</sup>

Zum anderen – und dies trifft es besser – wird die Subjektqualität des Klons dadurch missachtet, dass die Eigenschaften und Anlagen nicht durch Zufall entstanden, sondern absichtlich durch einen fremden Menschen zugeteilt wurden.<sup>1059</sup> Daher ist der Menschenwürdeverstoß nicht in der genetischen Einmaligkeit, welche auch bei Zwillingen fehlt, sondern in der genetischen Determinierung durch einen Dritten zu sehen,<sup>1060</sup> dies wird von *Schroeder* als „Eingriffsfreiheit der Bildung menschlicher Individualität“ bezeichnet.<sup>1061</sup> Der Fokus der Menschenwürdeverletzung liegt daher mehr auf der Beeinflussung der Genetik von außen als der konkreten genetischen Ausstattung. Die Menschenwürde wird dabei dem potenziellen künftigen

---

<sup>1054</sup> *Rosenau*, FS Schreiber, 761, 765. Da die Würdeverletzung sich hier aus dem damit verbundenen Verstoß gegen das Selbstbestimmungsrecht richtet, ist eine Würdeverletzung bei Einwilligung nach Aufklärung nicht anzunehmen, vgl. hierzu Ausführungen von *Rosenau*, S. 765 Fn. 25; *Spickhoff*, Folgenrechnung im Schadensersatzrecht, 7, 30. aA *Haskamp*, Embryonenschutz in vitro, S. 189, der davon ausgeht, dass nach dem Rechtgedanken des § 228 StGB eine Einwilligung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nicht möglich ist.

<sup>1055</sup> Vgl. insofern BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1056</sup> *Rosenau*, FS Schreiber, 761, 766.

<sup>1057</sup> *Gutmann*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, 353., 366.

<sup>1058</sup> *Gutmann*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, 353, 367.

<sup>1059</sup> *Keller*, FS Lenckner, 477, 480 f.; *Rosenau*, FS Schreiber, 761, 766.

<sup>1060</sup> *Rosenau*, FS Schreiber, 761, 766.

<sup>1061</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 540.

Träger zugeordnet; die Auswirkung der verletzenden Handlung treffen diesen Träger jedoch erst postnatal.<sup>1062</sup> § 6 I ESchG schützt daher die Menschenwürde des entstehenden Klons.

Ein Schutz auch der Menschenwürde der austragenden Frau, wie er von *Günther* angenommen wird,<sup>1063</sup> kann hingegen nicht überzeugen. Dafür finden sich weder konkrete Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung noch ergibt sich ein Schutz aus dem Risiko einer Beeinträchtigung durch das sanktionierte Verhalten. Es ist nämlich zu bedenken, dass die austragende Frau durch die Entstehung des Klons nicht beeinträchtigt wird. Erst durch einen Transfer, der jedoch in § 6 II ESchG sanktioniert ist, erscheint eine Beeinträchtigung auch der austragenden Frau möglich.

Zum Teil wird das Rechtsgut der Menschenwürde auch nicht auf einen einzelnen Menschen, sondern auf die Gattung Mensch bezogen.<sup>1064</sup> Dies hätte zur Folge, dass diese dann als Allgemeinrechtsgut und nicht mehr als Individualrechtsgut einzuordnen ist. Ein Anspruch iVm § 823 II BGB käme dann nicht mehr in Frage. Eine solche Konstruktion würde daher dazu führen, dass sich ein Kollektivgut gegen den bedeutenden Achtungsanspruch Einzelner durchsetzen kann;<sup>1065</sup> dies vermag jedoch nicht zu überzeugen.

Daher schützt § 6 I ESchG lediglich den Klon als *nondum conceptus* in seiner Menschenwürde sowie das Original im Frühstadium seiner Entwicklung in seiner körperlichen Unversehrtheit.

### c. Modaler Schutzbereich

Im Hinblick auf den modalen Schutzbereich ergeben sich keine Besonderheiten.

### d. Potenzielle Anspruchsgegner

Als Anspruchsgegner kommt zunächst die handelnde Person, welche die künstliche Entstehung eines geklonten Embryos bewirkt, also regelmäßig wohl ein Humangenetiker, in Betracht. Denkbar wäre es daneben, eine Beihilfe gem. § 6 I ESchG der Person anzunehmen, die ihre Ei- oder Körperzellen zur Klonierung zur Verfügung stellt.<sup>1066</sup> Dies würde jedoch voraussetzen, dass in dem Zellkernverfahren, nach der hier nicht vertretenen Ansicht, ein Verstoß

---

<sup>1062</sup> *Rosenau*, FS Schreiber, 761, 767.

<sup>1063</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 6 Rn. 4.

<sup>1064</sup> *Gutmann*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, 353, 377 mwN zu dieser von ihm nicht vertretenen Ansicht.

<sup>1065</sup> *Gutmann*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, 353, 378.

<sup>1066</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 6 Rn. 25.

gegen das Klonierungsverbot des § 6 I ESchG erblickt wird. Allerdings ist auch eine Anstiftung zur Durchführung einer PID als strafbares Verhalten denkbar.

### e. Schadensrechtliche Erwägungen

Wie bei § 5 I ESchG geht es auch bei § 6 I ESchG um den Schutz der Menschenwürde; in diesem Fall der des Klons. Die Lebendgeburt des Klons ist – wie stets – erforderlich, damit ein Anspruchsteller besteht. Materielle Schäden sind dabei nach § 251 BGB zu ersetzen, da die Herstellung eines ungeklonten Zustandes nicht möglich ist. Ein immaterieller Entschädigungsanspruch besteht wie beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht als Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 253 II BGB, sondern als eigenständiger, unvererblicher Entschädigungsanspruch.

*Spickhoff* nimmt dies im Ergebnis ebenfalls an. Er begrenzt den Anspruch überdies auf den behinderungsbedingten Mehrbedarf.<sup>1067</sup> Dies ergibt sich bereits aus der konsequenten Durchführung der Differenzhypothese. Das schädigende Ereignis ist hier die Tathandlung, also das Bewirken der Entstehung eines Klons. Davon ausgehend, dass die Eingriffsfreiheit in die Bildung menschlicher Individualität vom Menschenwürdeschutz des § 6 I ESchG erfasst ist, begründet dies jedoch noch nicht die Beschränkung. Allerdings ist ferner erforderlich, dass die Abweichung negativ ist, denn nur darin kann begrifflich ein Schaden zu sehen sein. Behinderungen würden jedenfalls durch den Behinderten selbst als nachteilig empfunden werden.<sup>1068</sup> Die von *Spickhoff* gemachte Einschränkung trifft daher idR zu.

Schließlich kommt auch eine Verneinung des Anspruchs nach Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht in Betracht. Ein *vernire contra factum proprium* darin zu sehen, dass der Behinderte den Anspruch selbst erhebt, ist nämlich abzulehnen, da das Kind eine entsprechende Handlungsalternative niemals hatte.<sup>1069</sup>

Hinsichtlich der Verletzung der Gesundheit des Originals gilt § 251 I BGB für den materiellen sowie § 253 II BGB für den immateriellen Schaden.

### f. Ergebnis zu § 6 I ESchG

Es lässt sich daher festhalten, dass § 6 I ESchG ein Schutzgesetz zugunsten des Klons als *nondum conceptus* hinsichtlich seiner Menschenwürde darstellt. Ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm

---

<sup>1067</sup> *Spickhoff*, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, 7, 33.

<sup>1068</sup> *Spickhoff*, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, 7, 33.

<sup>1069</sup> *Spickhoff*, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, 7, 33.

§ 6 I ESchG richtet sich dabei sowohl auf materiellen Schadenersatz aus § 251 I BGB als auch auf die immaterielle Entschädigung. Ein Anspruch des Originals als *nasciturus* aus § 823 II BGB iVm § 6 I ESchG kommt hingegen lediglich hinsichtlich seiner Gesundheit in Betracht.

## 20. § 6 II ESchG

Gem. § 6 II ESchG ist die Übertragung eines Embryos im Sinne des Abs. 1 strafbar; gem. § 6 III ESchG begründet bereits der Versuch die Strafbarkeit. Im Gesetzesentwurf wird jedoch lediglich darauf hingewiesen, dass die Übertragung geklonter Embryonen auf eine zur Austragung bereite Frau verboten sei.<sup>1070</sup> Eine nähergehende Begründung enthält der Gesetzesentwurf zu § 6 II ESchG nicht.

### a. Schutzbereich

Aufgrund der systematischen Stellung innerhalb von § 6 ESchG liegt es nahe, zumindest eine ähnliche Schutzrichtung wie bei § 6 I ESchG anzunehmen.

Der Schutz der Menschenwürde ist auch insofern naheliegend, da § 6 II ESchG als nachgelagerter Tatbestand eine Fortsetzung des Schutzes von § 6 I ESchG darstellt.

Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit des Originals kommt hingegen gemäß § 6 II ESchG nicht in Betracht; dieser ergibt sich im Rahmen des § 6 I ESchG aus der verbotenen Handlungsweise. Der Gesetzgeber betonte nämlich, dass die Abspaltung der Zellen zu schweren Beeinträchtigungen führen könne;<sup>1071</sup> dies trifft jedoch auf § 6 II ESchG nicht zu. Die körperliche Unversehrtheit wird nämlich in der Regel durch den Klonierungsvorgang selbst bereits im Zeitpunkt der strafbarkeitsbegründenden Handlung verletzt sein. Der Transfer schafft daher diesbezüglich kein erkennbar vom Gesetzgeber zu schützendes Risiko. Ein Schutz der körperlichen Unversehrtheit kommt lediglich in Bezug auf die austragende Frau in Betracht. Doch ist zu beachten, dass die Bereitschaft der Frau zur Austragung vom Gesetzgeber angenommen wird<sup>1072</sup> und damit eine Einwilligung – sofern diese nicht wegen Verletzung der guten Sitten abgelehnt wird – in der Regel vorliegt. Hierin kommt dann jedoch auch zum Ausdruck, dass eine besondere Schutzbedürftigkeit der austragenden Frau nach Ansicht des Gesetzgebers nicht besteht.

Daher verbleibt lediglich das Rechtsgut der Menschenwürde.

---

<sup>1070</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1071</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1072</sup> Vgl. Wortlaut der Gesetzesbegründung: „auf eine zur Austragung **bereite** Frau“ [Hervorhebung durch Verf.], vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 12.

Fraglich ist hier jedoch, welche Person von § 6 II ESchG geschützt wird. Vom Regelungsinhalt der Norm ausgehend kommen grundsätzlich nur zwei Personenkreise in Betracht: Zum einen der Embryo, der transferiert wird und zum anderen die austragende Frau.

Eine Verletzung der Menschenwürde der Frau scheint schon deshalb fernliegend, da der Gesetzgeber wie bereits erwähnt von einer selbstbestimmten Entscheidung der austragenden Frau ausgeht.

Daher bleibt als möglicher Individualrechtsgutsträger der Menschenwürde bloß der geklonte Embryo. Doch führt § 6 II ESchG dann zu einem Konflikt mit dem verfassungsrechtlich garantierten Lebensrecht ebendieses Embryos.

### **b. Verfassungsrechtliche Bedenken zu § 6 II ESchG**

Die herrschende Lehre geht davon aus, dass § 6 II ESchG verfassungswidrig ist. Begründet wird dies damit, dass durch die Unterbindung der Übertragung das Lebensrecht des Embryos von vornherein negiert wird.<sup>1073</sup> *Günther* spricht hier plakativ von einer indirekten Tötungspflicht.<sup>1074</sup> Dem kann auch nicht Art. 1 GG entgegengehalten werden, denn der Klon ist Menschenwürdeträger und dient diese Würde lediglich seinem Schutz, nicht aber seiner Vernichtung.<sup>1075</sup> Auch die Menschenwürde des Originals kann nicht pauschal entgegengehalten werden, denn sie besteht in den Fällen, in denen der Klon aus einer Zelle eines Verstorbenen hergestellt wurde, allenfalls in Form eines Nachklangs.<sup>1076</sup> Daher steht dem Klon ein unbeschränktes ‚Recht auf Transfer‘ zu.<sup>1077</sup> Dies zeigt auch der Vergleich zu einem aus einer Vergewaltigung entstandenen Kind: Trotz der Kriminalisierung seiner Entstehung kommt diesem ein Anspruch auf Wahrung seiner Menschenwürde zu.<sup>1078</sup> Das Transferverbot des § 6 II ESchG widerspricht damit dem Bestreben des § 8 I ESchG, jede Form entwicklungsfähigen menschlichen Lebens gleichermaßen zu schützen und stellt daher einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips dar.<sup>1079</sup>

---

<sup>1073</sup> BeckOK GG-*Hillgruber*, Art. 1 Rn. 23; Spickhoff-*Müller-Terpitz*, ESchG § 6 Rn. 4.

<sup>1074</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 6 Rn. 22. Diesen Begriff verwendet ebenso *Schroth*, JZ 2002, 170, 172 Fn. 10.

<sup>1075</sup> Spickhoff-*Müller-Terpitz*, ESchG § 6 Rn. 4.

<sup>1076</sup> *Hilgendorf*, FS Maurer, 1147, 1161.

<sup>1077</sup> *Hillgruber*, ZfL 2002, 2, 4; *Iliadou*, Forschungsfreiheit und Embryonenschutz, S. 143 f.; Spickhoff-*Müller-Terpitz*, GG Art. 2 Rn. 29.

<sup>1078</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 6 Rn. 22.

<sup>1079</sup> *Gutmann*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, 353, 356.

### c. Folgen der Verfassungswidrigkeit auf einen denkbaren Anspruch aus § 6 II ESchG

Fraglich ist, wie sich die ermittelte Verfassungswidrigkeit auf einen Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 6 II ESchG auswirkt.

Wie Art. 100 GG zeigt, steht den Gerichten ein Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit zu, die Verwerfungskompetenz einer Norm liegt jedoch beim Bundesverfassungsgericht (sog. Verwerfungsmopol des BVerfG).<sup>1080</sup> Durch die hiermit einhergehende allgemein verbindliche Klärung sollen Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung vermieden werden.<sup>1081</sup> Die Singularität eines Falles ist dabei unerheblich.<sup>1082</sup>

Sollte es also zu einem Verfahren kommen, bei dem ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 6 II ESchG in Rede steht, so hat das Gericht das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es auf die Gültigkeit von § 6 II ESchG bei der Entscheidung ankommt. Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht im Ausgangsverfahren bei Ungültigkeit anders als bei Gültigkeit entscheiden würde.<sup>1083</sup>

Hier könnte es jedoch auf die Gültigkeit der Norm gar nicht ankommen, wenn sich bereits aus den verfassungsrechtlichen Erwägungen ergibt, dass es denklogisch nicht zu einem Schaden kommen kann.

Nach der Differenzhypothese stellt die Differenz zwischen hypothetischem und realem Zustand den Schaden dar.<sup>1084</sup> Im Fall der hypothetischen Einhaltung des § 6 II ESchG bedeutet dies, dass sich aufgrund des angeordneten Transferverbots der Embryo niemals zum Menschen entwickeln kann. Die Entstehung des Embryos als geklonte Existenz muss damit außer Betracht bleiben, da dies bereits im Vorhinein des tatbestandlich relevanten Verhaltens liegt und unabhängig von einer Einhaltung des § 6 II ESchG ist. Kommt es daher zu einem Verstoß gegen § 6 II ESchG, kann der bereits vorher geklont erzeugte Embryo zu einem lebenden Menschen werden. Der Unterschied zwischen der hypothetischen und realen Lage liegt also darin, dass der Embryo im Falle des Verstoßes die Chance bekommt, lebender Mensch zu werden. Dies als Schaden zu qualifizieren, kann daher jedoch schon gar nicht in Betracht kommen. Die schadensrechtliche Beurteilung spiegelt damit gewissermaßen die Gründe für die Verfassungswidrigkeit des § 6 II ESchG wider.

---

<sup>1080</sup> Jarass/Pieroth *GG-Kment*, Art. 100 Rn. 2; BeckOK *GG-Morgenthaler* Art. 100 Rn. 2.

<sup>1081</sup> BVerfGE 130, 1, 41 f; 138, 64 Rn. 78.

<sup>1082</sup> BVerfGE 57, 295, 317 f.

<sup>1083</sup> StRspr BVerfGE 7, 171, 174; 65, 265, 277; 91, 118, 121; 121, 233, 238; 133, 1 Rn. 35; 141, 1 Rn. 22.

<sup>1084</sup> Stellvertretend MüKo-BGB-Oetker, § 249 Rn. 20.

Dieses Verständnis entspricht auch den in der ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung dargelegten Grundsätzen. Es besteht nämlich keine deliktsrechtliche Pflicht, die Geburt einer Leibesfrucht zu verhindern, wenn das Kind voraussichtlich mit Gebrechen behaftet ist.<sup>1085</sup> Das menschliche Leben ist als höchstrangiges Rechtsgut absolut erhaltenswürdig.<sup>1086</sup> Die Rechtsprechung in Deutschland erlaube demnach kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert eines fremden Lebens aufgrund der Erfahrungen mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft.<sup>1087</sup> Doch zu einer solchen Entscheidung über den Lebenswert führt eben gerade das Transferverbot. Statt das Leben zu achten, wird dem Embryo seine Chance auf Entwicklung und Geburt verbaut.

#### **d. Ergebnis zu § 6 II ESchG**

§ 6 II ESchG schützt zwar nach Wortlaut und Historie den Embryo in seiner Menschenwürde, ein Schaden kann jedoch, wie sich auch aus der Verfassungswidrigkeit ergibt, nicht entstehen. Im Ergebnis bewirkt die Norm mit dem Transferverbot daher das Gegenteil.

#### **21. § 7 I Nr. 1 ESchG**

§ 7 I Nr. 1 ESchG verbietet das Unternehmen der Vereinigung von Embryonen unterschiedlicher Erbinformationen zu einem Zellverband. Hierbei handele es sich ebenfalls um einen besonders krassen Verstoß gegen die Menschenwürde.<sup>1088</sup>

Das Tatobjekt des § 7 I Nr. 1 ESchG ist der menschliche Embryo wie er in § 8 I ESchG legaldefiniert wird.<sup>1089</sup> Für das Vorliegen eines menschlichen Embryos ist allerdings nicht das Vorhandensein eines menschlichen Zellkerns ausreichend; vielmehr ist es aufgrund des Analogieverbots des Art. 103 II GG erforderlich, dass das komplette zur Erzeugung verwendete Material menschlicher Natur ist.<sup>1090</sup> Ausreichend ist jedoch, dass der andere, zweite Embryo tierischer Natur ist.<sup>1091</sup> Auf den ersten Blick irritiert dieses Verständnis, da der auch von § 7 I Nr. 1 ESchG verwendete Begriff des Embryos nach der Legaldefinition eine befruchtete, entwicklungsfähige *menschliche* Eizelle impliziert. Dadurch, dass § 7 I Nr. 1 ESchG allerdings zwischen „Embryonen“ und „menschlichen Embryonen“ differenziert, ist hier schon aufgrund der Überschrift der Norm der Embryobegriff

---

<sup>1085</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>1086</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>1087</sup> *BGH*, NJW 1983, 1371, 1373.

<sup>1088</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1089</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 8.

<sup>1090</sup> Saliger/Tsambikakis-Rosenau, § 6 Strafrechtliche Risiken bei Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie Rn. 123.

<sup>1091</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 10.

weiter zu verstehen. Daher erfasst § 7 I Nr. 1 ESchG sowohl die intraspezifische als auch die interspezifische Chimärenbildung.<sup>1092</sup>

Als Methoden zur Vereinigung kommen insbesondere die Aggregation, also die Verschmelzung, früher Embryonen oder Mikroinjektion totipotenter Zellen in einen Embryoblasten in Betracht.<sup>1093</sup>

### a. Geschütztes Rechtsgut

Der Gesetzgeber geht hinsichtlich § 7 I Nr. 1 ESchG davon aus, dass die Chimärenbildung in besonders krasser Weise gegen die Menschenwürde verstoße.<sup>1094</sup> Unklar bleibt jedoch, worin nach Ansicht des Gesetzgebers genau eine Verletzung der Menschenwürde zu sehen ist. Folgerichtig bezeichnet *Schroeder* die Verwendung des Begriffs der Menschenwürde als „plakative Leerformel“.<sup>1095</sup> Eine Ermittlung der Menschenwürdeverletzung ist damit dennoch erforderlich.

Diesbezüglich bietet es sich an, zwischen der Entstehung eines Mensch-Mensch-Mischwesens (Intraspezies-Chimäre) und einem Mensch-Tier-Mischwesen (Interspezies-Chimäre) zu unterscheiden.

Im Fall der Mensch-Mensch-Chimäre könnte sich eine Verletzung daraus ergeben, dass das von der Natur mitgegebene Erbgut und Entwicklungspotential verändert wird.<sup>1096</sup> Die Bildung menschlicher Individualität soll somit frei von Eingriffen sein.<sup>1097</sup>

Nicht überzeugend – und wohl auch nicht vom Schutz des § 7 I Nr. 1 ESchG bezweckt ist es hingegen, durch vier Elternteile das Risiko einzugehen, dass sich niemand für das Kind verantwortlich fühle.<sup>1098</sup> Art. 6 I GG legt diesbezüglich keinen bestimmten Familienbegriff zugrunde.<sup>1099</sup>

Im Fall der Mensch-Tier-Chimäre könnte eine Verletzung der Menschenwürde darin gesehen werden, dass das Mischwesen Anteile seiner genetischen Zusammensetzung der Manipulation durch Dritte verdankt und damit in der Selbstbestimmung verletzt sei.<sup>1100</sup> Erschwerend kommt hinzu, dass durch die Chimärenbildung die Frage entsteht, ob das entstandene Wesen als Mensch zu behandeln ist und

---

<sup>1092</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 10.

<sup>1093</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 12 mwN.

<sup>1094</sup> BT-Drs. 11/5640 S. 12.

<sup>1095</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 542.

<sup>1096</sup> *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 128.

<sup>1097</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533.

<sup>1098</sup> *Gröner*, Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen, 293, 312.

<sup>1099</sup> *Schroeder*, FS Miyazawa, 533, 542.

<sup>1100</sup> *Deutscher Ethikrat*, Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, S. 59.

damit noch unter die Menschenwürdegarantie fällt.<sup>1101</sup> Der menschliche Embryo, der im Fall des § 7 I Nr. 1 ESchG zur Chimärenbildung verwendet wurde, ist jedenfalls aus der Sicht des Gesetzgebers Inhaber der Menschenwürde gewesen. Damit ist eine Verletzung der Menschenwürde in dem Verlust bzw. der Unklarheit hinsichtlich ebendieser Garantie zu sehen. Zwar könnte im Zweifel erwogen werden, bei entsprechender genetischer Prägung von einem Menschsein auszugehen,<sup>1102</sup> doch handelt es sich hierbei nur um eine Zweifelsfallregelung. Nach welchen Kriterien die Abgrenzung zwischen Tier und Mensch zu erfolgen hat, ist indes unklar. Allerdings ist zu bedenken, dass die Nichteinordnung in die Kategorie Mensch auch zu einem Entfallen eines Anspruchs aus § 823 II BGB führen muss, da dieser den Schutz **eines anderen** bezweckenden Gesetzes erfordert und damit ein Mensch gemeint sein muss, wie § 1 BGB zeigt.

Zwar wäre auch denkbar, im Hinblick auf die nach aktuellem Stand (noch) mangelnde Anwendungssicherheit, einen Schutz der Gesundheit der so entstehenden Individuen anzunehmen,<sup>1103</sup> doch beschreibt der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung eben gerade nicht solche Gefahren, sondern will die Entstehung von Chimären bereits aus prinzipiellen Gründen verbieten.<sup>1104</sup> Im Rahmen der Beurteilung, welches Rechtsgut ein Schutzgesetz schützt, kommt es jedoch nicht darauf an, was nach objektiven Kriterien sinnvoll wäre zu schützen, sondern welcher Schutz tatsächlich durch den Gesetzgeber bezweckt wurde.

Demzufolge ist festzuhalten, dass § 7 I Nr. 1 ESchG nur die Menschenwürde schützt.

### **b. Geschützter Personenkreis**

Einen Hinweis dazu, wessen Menschenwürde durch § 7 I Nr. 1 ESchG geschützt werden sollte, bietet der im Gesetzesentwurf verwendete Begriff „ebenfalls“. Hierin liegt ein Bezug auf die Erwägungen zu § 6 I ESchG, die sich auf den ‚künftigen‘ Menschen beziehen.<sup>1105</sup>

---

<sup>1101</sup> Gröner, Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen, 293, 314. Joerden/Winter, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 135.

<sup>1102</sup> Spickhoff-Spickhoff, BGB § 1 Rn. 5.

<sup>1103</sup> So Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 6; Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 7 Rn. 2; Schroeder, FS Miyazawa, 533., 542.

<sup>1104</sup> Hierauf stellt der Gesetzgeber jedoch explizit im Rahmen des § 5 ESchG ab, vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 11.

<sup>1105</sup> Danach liege der Verstoß des Klones gegen die Menschenwürde in der gezielten Zuweisung der Erbanlagen eines künftigen Menschen, vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 11.

Als in ihrer Menschenwürde verletzt angesehen werden die Menschheit insgesamt in ihrer Gattung, der Gametenspender sowie der menschliche Embryo bzw. die daraus entstehende Chimäre.<sup>1106</sup>

Die Gattungswürde kann insofern betroffen sein, wenn die Menschheit in ihrer Gesamtheit, d. h. ihrer Identität und Eindeutigkeit, gefährdet ist.<sup>1107</sup> Ein Verstoß gegen die Menschheitswürde könnte daher im Fall der Interspezies-Chimäre in der Überschreitung der Grenze zwischen Mensch und Tier liegen.<sup>1108</sup> Die Zuweisung zur Spezies Mensch ist jedoch bei geborenen Mischwesen nicht eindeutig möglich und wirft gesellschaftlich die Frage auf, ob es sich hierbei um gleichwertige Mitglieder handele.<sup>1109</sup> Dabei ist zu bedenken, dass die Loslösung der Menschenwürde vom Einzelmenschen als Subjekt dazu führt, dass eine Orientierung am offenen Menschenbild frei von bestimmten Werthaltungen nicht mehr möglich ist.<sup>1110</sup> Ein solches Verständnis der (grundrechtlichen) Menschenwürde widerspricht jedoch der teleologischen Auslegung des Art. 1 I GG, welche zeigt, dass dessen primäre Funktion im Individualschutz des Einzelnen gegen staatliche Bevormundung liegt.<sup>1111</sup> Überdies würde die Annahme eines Schutzes der Menschenwürde bloß der Gattung nach dazu führen, dass ein Anspruch aus § 823 II BGB an der Einordnung als Individualrechtsgut scheitert. Aus diesen Gründen überzeugt es, an der Menschenwürde als Individualrechtsgut des Einzelnen festzuhalten.

Als Träger der individuell zu verstehenden Menschenwürde kommt sowohl der Gametenspender (des Embryos) als auch der menschliche Embryo bzw. die entstehende Chimäre in Betracht.<sup>1112</sup>

Von einer Verletzung der Würde des Spenders – freilich ohne nähere Begründung – geht *Herdegen* aus.<sup>1113</sup> Überzeugender ist es jedoch, auf das aus der Menschenwürde abzuleitende Recht auf Selbstbestimmung abzustellen. Dieses ist allerdings nur dann betroffen, wenn

---

<sup>1106</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 6.

<sup>1107</sup> *Deutscher Ethikrat*, Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, S. *Lackermair*, Hybride und Chimären, S. 269.

<sup>1108</sup> So aus grundrechtlicher Sicht *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektivke von Recht und Ethik, 105, 136.

<sup>1109</sup> *Deutscher Ethikrat*, Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, S. 61; *Lackermair*, Hybride und Chimären, S. 269.

<sup>1110</sup> Stern/Becker (Hrsg), Grundrechte Kommentar-*Enders*, Art. 1 Rn. 93.

<sup>1111</sup> *Lackermair*, Hybride und Chimären, S. 358.

<sup>1112</sup> *Lackermair*, Hybride und Chimären, S. 270.

<sup>1113</sup> *Dürig/Herzog/Scholz-Herdegen* GG Art. 1 Rn. 107.

gegen dessen Willen des Gametenspenders Maßnahmen durchgeführt werden.<sup>1114</sup> Insofern ist von einem Vorrang der Autonomie auszugehen.<sup>1115</sup> Doch ist zum Einschluss der Gametenspenders in den persönlichen Schutzbereich des § 7 I Nr. 1 ESchG erforderlich, dass deren Schutz nicht nur bewirkt, sondern auch bezweckt wird. Hier- von kann jedoch vorliegend nicht die Rede sein. Zum einen zeigt dies der Verweis auf § 6 ESchG, der ebenfalls nicht dessen Schutz bezweckt. Zum anderen ist der Schutz des Gametenspenders vor Verwendung seiner Gameten ohne Einwilligung bereits in § 4 I Nr. 1 ESchG vorgesehen und auf die Verwendung zur Befruchtung beschränkt. Demzufolge scheidet der Gametenspenders aus dem persönlichen Schutzbereich des § 7 I Nr. 1 ESchG aus.

Damit kommt nur eine Verletzung der Würde des Embryos bzw. des entstehenden Menschen in Betracht. Welche der beiden Alternativen betroffen ist, kann jedoch offenbleiben, denn handelt es sich hierbei nur um eine andere sprachliche Gestaltung desselben Menschenwürdeträger. In beiden Fällen fallen der Zeitpunkt der Verletzungshandlung und die Auswirkung der Verletzung zeitlich auseinander sowie ist die jeweilige Formulierung entweder näher an dem einen oder dem anderen Zeitpunkt. Überzeugender ist somit die Verwendung des Begriffs *nasciturus*, da dieser den aktuellen Status und die Fortwirkung am besten zusammenfasst.

Eine Würdeverletzung des *nasciturus* liegt darin, dass er – wie auch beim Klonieren – durch die Fremdbestimmung seiner Zeugung seiner Identität beraubt und seine Subjektqualität in Frage gestellt wird.<sup>1116</sup> Im Fall eines Mischwesens ist jedoch zu beachten, dass dieses dann ggfs. kein Mensch ist und daher in diesem Fall denklogisch nicht in seinem Recht auf **Menschenwürde** verletzt sein kann.<sup>1117</sup> Wird jedoch mit der Zweifelsregelung angenommen, dass es sich um einen Menschen handelt, so ist in der Chimärenbildung ein Eingriff in die natürliche Personwerdung zu sehen, da zu dem ursprünglich

---

<sup>1114</sup>So aus grundrechtlicher Sicht *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 131. mwN.

<sup>1115</sup> So aus grundrechtlicher Sicht *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 131 mwN; aA wohl *Haskamp*, Embryonenschutz in vitro, S. 191 mit Verweis auf die Argumentation gegen die Rechtsgüter des Klonverbots.

<sup>1116</sup> *Dorneck*, Recht der Reproduktionsmedizin, S. 223; *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 132; *Saliger/Tsambikakis-Rosenau*, § 6 Strafrechtliche Risiken bei Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie, Rn. 122.

<sup>1117</sup> So jeweils aus grundrechtlicher Sicht *Enders*, Probleme der Gentechnologie in grundrechtsdogmatischer Sicht, 157, 188; *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105; *Enders*, Probleme der Gentechnologie in grundrechtsdogmatischer Sicht, 157, 136.

rein menschlichen Erbgut auch ein tierisches hinzukommt.<sup>1118</sup> Ausgehend von der Annahme, dass der Gesetzgeber ohne Differenzierung einen krassen Verstoß gegen die Menschenwürde annimmt, ist ein Eingriff bzw. eine Verletzung nur dann denkbar, wenn dem Wesen, welches aus diesem Vorgang entsteht, Menschqualität zugesprochen wird.<sup>1119</sup>

### c. Modaler Schutzbereich

Hinsichtlich des modalen Schutzbereichs ergeben sich keine Besonderheiten.

### d. Schadensrechtliche Erwägungen

Aus schadensrechtlicher Perspektive gilt, wie schon bei den anderen Normen des ESchG, dass der Anspruchsteller geboren werden muss. Besonderheiten bestehen jedoch hinsichtlich der Mensch-Tier-Chimären. Zwar wird mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgegangen, dass für den ursprünglichen Embryo durch die Verbindung mit einem Embryo mit tierischen Erbinformationen ein Verlust der Menschenwürde eintritt, wenn das später geborene Wesen der Spezies Mensch nicht mehr zugeordnet werden kann. Doch ist – wie bereits festgestellt – für einen Anspruch aus § 823 II BGB erforderlich, dass der Anspruchsteller lebend geboren wird. Denn nur dann handelt es sich um ein Rechtssubjekt. Da der Verlust der Menschenwürdefähigkeit jedoch vor der Rechtssubjektivität im Sinne des BGB, also gem. § 1 BGB vor der Vollendung der Geburt eintritt, kann das so geborene Wesen eben gerade nicht Anspruchsteller sein.

Eine Korrektur dieses Ergebnisses gem. § 242 BGB im Falle der Ablehnung der Spezieszugehörigkeit – gerade weil die Rechtsgutsverletzung auch zum Verlust der späteren Möglichkeit zur Rechtssubjektivität geführt hat – kommt jedoch im Hinblick auf die klare Dualität zwischen Menschen als Rechtssubjekt und Tieren im Sinne des § 90a BGB nicht in Betracht. Dies ist hinnehmbar, da in Zweifelsfällen von der Spezieszugehörigkeit Mensch auszugehen ist und damit der Anspruch auch grundsätzlich besteht.

Materielle Schäden sind gem. § 251 BGB zu ersetzen, da die Herstellung eines Zustandes als Nichtchimäre wohl tatsächlich nicht möglich ist.<sup>1120</sup> Ein immaterieller Entschädigungsanspruch besteht wie beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht als Anspruch auf

---

<sup>1118</sup> So aus grundrechtlicher Sicht, *Joerden/Winter*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektive von Recht und Ethik, 105, 136.

<sup>1119</sup> *Enders*, Probleme der Gentechnologie in grundrechtsdogmatischer Sicht, 157, 202.

<sup>1120</sup> Sollte dies in Zukunft technisch realisierbar sein, so besteht die Möglichkeit der Naturalresitution gem. § 249 I BGB sowie des Ersatzes des hierfür erforderlichen Geldbeitrages gem. § 249 II BGB.

Schmerzensgeld nach § 253 II BGB, sondern als eigenständiger, unvererblicher Entschädigungsanspruch.

#### **f. Potenzielle Anspruchsgegner**

Eine Strafbarkeit aus Täterschaft kommt vor allem bei Ärzten und Biologen in Betracht.<sup>1121</sup> Eine Teilnahmestrafbarkeit in Form der Beihilfe ist in Bezug auf das Hilfspersonal möglich.<sup>1122</sup> Davon ausgehend, dass – wie hier nicht vertreten – die Menschenwürde derjenigen Person geschützt ist, deren Erbgut verwendet wurde, stellen die Gametenspender nach *Günther* keine tauglichen Anspruchsgegner dar, da ihre Teilnahme als notwendig einzustufen ist.<sup>1123</sup>

#### **g. Ergebnis § 7 I Nr. 1 ESchG**

Ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 7 I Nr. 1 ESchG schützt die Menschenwürde des *nasciturus* vor allen Gefahren, die diesbezüglich aus der verbotenen Handlung entstehen können. Da der Anspruch das Vorhandensein eines menschlichen Anspruchstellers voraussetzt, sind sowohl die Lebendgeburt als auch die Zugehörigkeit zur Spezies Mensch erforderlich.

### **22. § 7 I Nr. 2 ESchG**

§ 7 I Nr. 2 ESchG sanktioniert die Verbindung eines menschlichen Embryos mit einer Zelle, die eine andere Erbinformation als die Zellen des Embryos enthält und sich mit diesem weiter zu differenzieren vermag; hierbei handelt es sich um ein Unternehmensdelikt. Durch § 7 I Nr. 2 ESchG wird die Vereinigung mit embryonalen Karzinomzellen ausdrücklich einbezogen.<sup>1124</sup> Wenn embryonale Zellen zu Krebszellen entarten, statt sich weiter auszudifferenzieren, wie etwa im Rahmen einer Bauchhöhlenschwangerschaft, so solle eine Verbindung dieser Zellen mit einem bereits vorhandenen Embryo ausgeschlossen werden.<sup>1125</sup> Tierexperimente hätten gezeigt, dass hier das gleiche Weiterentwicklungspotential besteht wie bei aus ‚gesunden‘ Embryonen bestehenden Chimären.<sup>1126</sup> Deshalb erfasse § 7 I Nr. 2 ESchG insbesondere Fälle, in denen die Anhäufung entarteter embryonaler Zellen nur noch schwer unter den Begriff des Embryos zu subsumieren ist.<sup>1127</sup> In diesem Fall handele es sich ebenfalls um einen besonders krassen Verstoß gegen die Menschenwürde.<sup>1128</sup>

---

<sup>1121</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 7 Rn. 30.

<sup>1122</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 7 Rn. 30.

<sup>1123</sup> *Günther/Taupitz/Kaiser-Günther*, C. II. § 7 Rn. 30.

<sup>1124</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1125</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1126</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1127</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1128</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

Wie bei § 7 I Nr. 1 ESchG liegt auch hier ein Verbot der Chimärenbildung vor.<sup>1129</sup> § 7 I Nr. 2 ESchG unterscheidet sich zu Nr. 1 lediglich in der Form der Bildung der Chimäre, nämlich durch Verbindung mit einer in ihrer Erbinformation abweichenden Zelle.<sup>1130</sup> Da es sich hier ebenfalls um eine Verbindung mit einem menschlichen Embryo handelt, treffen die Ausführungen zu § 7 I Nr. 1 ESchG in vollem Maße auch auf § 7 I Nr. 2 ESchG zu.

Der Schutzbereich eines Anspruchs aus § 823 II BGB iVm § 7 I Nr. 2 ESchG erfasst daher die Menschenwürde des *nasciturus*.

### 23. § 7 I Nr. 3 ESchG

Schließlich stellt § 7 I Nr. 3 ESchG das Unternehmen der Erzeugung eines differenzierungsfähigen Embryos durch Befruchtung einer menschlichen Keimzelle mit der jeweils gegenteiligen tierischen Keimzelle unter Strafe.

Die Durchführung des sog. Goldhamstertests, welcher zur Feststellung der Infertilitätsursache eingesetzt wird, ist von § 7 I Nr. 3 ESchG nicht erfasst und somit weiterhin erlaubt.<sup>1131</sup>

Der Änderungsvorschlag der Fraktion der SPD, welcher enger ausgestaltet war, um jede Missbrauchsmöglichkeit auszuschließen, hätte jenen Test erfasst.<sup>1132</sup> Doch konnte der Vorschlag bloß gestützt durch die Stimmen der Fraktionen der SPD und DIE GRÜNEN keine Mehrheit finden.<sup>1133</sup>

Insgesamt pönalisiert § 7 I Nr. 3 ESchG die Bildung von Interspezies-Hybriden.<sup>1134</sup> Da der Tatbestand auf die Befruchtung abstellt, fällt die Erzeugung durch heterologe Kerntransplantation nicht unter den Tatbestand der Norm.<sup>1135</sup> Ebenfalls nicht erfasst werden der Versuch der Züchtung transgener Tiere mit menschlichen Genen sowie der Einbau menschlicher DNA-Sequenzen in tierische Organe.<sup>1136</sup>

Im Gegensatz zur Chimärenbildung erscheint die Annahme eines Verstoßes gegen die Menschenwürde hier komplizierter, da ein Träger der Menschenwürde zum Zeitpunkt der Entstehung des Hybrids

---

<sup>1129</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 1.

<sup>1130</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 15.

<sup>1131</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1132</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 16.

<sup>1133</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1134</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 1.

<sup>1135</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 21; Trips-Herbert, ZRP 2009, 80, 81.

<sup>1136</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 24.

noch nicht existierte. Insofern ist jedoch von einem zurückwirkenden Schutz auszugehen.<sup>1137</sup> Dies zeigt auch die Wertung des Gesetzgebers, der, ohne zu differenzieren, in allen drei Tatbestandsvarianten des Abs. 1 einen besonders krassen Verstoß gegen die Menschenwürde sieht.<sup>1138</sup>

Daher gelten auch im Fall des § 7 I Nr. 3 ESchG die Ausführungen zu § 7 I Nr. 1 sowie Nr. 2 ESchG entsprechend für den *nondum conceptus*. Zu beachten ist hier jedoch, dass durch den Befruchtungsvorgang stets ein Mensch-Tier-Mischwesen entsteht, dessen Zuordnung zur Spezies Mensch – die Lebendgeburt vorausgesetzt – erforderlich ist, um Anspruchsteller zu sein und somit auch einen Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 7 I Nr. 3 ESchG innezuhaben.

Sollte dies der Fall sein, ist der materielle Schaden gem. § 251 BGB durch einen immateriellen entsprechend den Regeln des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu ersetzen.

#### 24. § 7 II Nr. 1 ESchG

Das Unternehmen der Übertragung eines nach Abs. 1 entstandenen Embryos auf eine Frau (§ 7 II Nr. 1 a) ESchG) oder ein Tier (§ 7 II Nr. 1 b) ESchG) wird von § 7 II Nr. 1 ESchG sanktioniert.

Von einer Übertragung auf eine Frau kann wie bei § 1 I Nr. 3 ESchG gesprochen werden, wenn der Embryo von der Petrischale außerhalb des Körpers in die Leibeshöhle der Frau verbracht wird.<sup>1139</sup> Entsprechendes gilt für die Übertragung auf ein Tier. Praktisch kommt dies jedoch wohl nur dann in Betracht, wenn es sich um ein weibliches Säugetier mit anatomisch ähnlichem Uterus handelt.<sup>1140</sup> Eine Einnistung des Embryos oder gar eine Schwangerschaft ist aufgrund der Ausgestaltung als Unternehmensdelikt nicht erforderlich.<sup>1141</sup>

In der Tatvariante der **Übertragung des Embryos auf eine Frau** handelt es sich um eine strafbewährte indirekte Tötungspflicht.<sup>1142</sup> Im Falle einer intraspezifischen menschlichen Chimäre bestehen daher die gleichen verfassungsrechtlichen Bedenken wie bei § 6 II ESchG.<sup>1143</sup> Im Fall der Mensch-Tier-Mischwesen ist denkbar, auch bei hohem Anteil menschlichen Erbguts, das Transferverbot im

---

<sup>1137</sup> Gröner, Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen, 293, 315; alternativ, wenn auch in seiner Wirkung identisch, kann hier von einer Vorwirkung der Menschenwürde gesprochen werden, wie bei Hillgruber, Der manipulierbare Embryo, 39, 40.

<sup>1138</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 12.

<sup>1139</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 I Nr. 3 Rn. 13.

<sup>1140</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II § 7 Rn. 35.

<sup>1141</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 36.

<sup>1142</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 32.

<sup>1143</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 7 Rn. 32.

Hinblick auf die Erhaltung der ‚Reinheit‘ der Spezies Mensch nicht zu beanstanden.<sup>1144</sup> Doch kann es nicht überzeugen, die Bewertung eines Transferverschots von der Reinheit der Spezies abhängig zu machen, sondern muss dies vielmehr davon abhängen, ob das sich weiterentwickelnde Wesen als der Spezies zugehörig anzusehen ist oder nicht; Maßstab dafür muss die für Menschen verfassungsmäßig garantierte Menschenwürde sein. Ist dies der Fall, ist auch dieser ‚Mensch‘ Träger der Menschenwürde sowie handelt es sich dann um eine strafbewehrte indirekte Tötungspflicht von einem Menschen. Daher ist davon auszugehen, dass auch § 7 II Nr. 1 a) ESchG in den Fällen verfassungswidrig ist, in denen als menschlich zu qualifizierendes Leben verhindert wird. Für einen Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 7 II Nr. 1 a) ESchG bedeutet dies, dass aus den zu § 6 II ESchG genannten Gründen auch hier niemals ein Schaden vorliegen kann. Ist das entstandene Wesen nicht als menschlich einzuordnen, fehlt es hingegen an einem Rechtsträger der Menschenwürde, sodass auch hier ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 7 II Nr. 1 a) ESchG im Ergebnis ausscheiden muss.

Hinsichtlich des **Übertragungsverbots auf ein Tier** erinnert die Norm an das in § 2 II ESchG statuierte Verbot der Ektogenese und damit an „unverantwortliche Humanexperimente mit menschlichen Embryonen.“<sup>1145</sup> Hinsichtlich § 2 II ESchG konnte festgestellt werden, dass diese Norm die Gesundheit des Embryos vor den mit der Verwendung der Ektogenese verbundenen Gefahren physischer und psychischer Art schützt. § 7 II ESchG versteht der Gesetzgeber jedoch als Ergänzung zu § 7 I ESchG.<sup>1146</sup> Daher ist § 7 II Nr. 1b) ESchG in ähnlicher Schutzrichtung zu verstehen. Doch ist auch dann eine Verletzung der Menschenwürde auszuschließen, da die Entstehung durch Übertragung auf ein Tier im Vergleich zur Nichtentstehung keinen Schaden darstellt.

Allerdings sollte bedacht werden, dass wenn – wie hier vertreten – von einer Verfassungswidrigkeit des Übertragungsverbots ausgegangen wird, durchaus ein Vergleich zur Ektogenese gezogen werden sollte. Denn dann ist der im Rahmen der Differenzhypothese durchzuführende Vergleich nicht mit der Nichtentstehung zu ziehen, sondern mit der Übertragung auf eine hierzu bereite Frau. Innerhalb dieses Vergleichs ist die Menschenwürde insofern verletzt, als dem als menschlich zu qualifizierenden Embryo die Chance genommen wird, sich bestmöglich zu entwickeln, wodurch dieser zu einem Objekt, das in dem Belieben anderer steht, herabgewürdigt wird.

---

<sup>1144</sup> Hillgruber, Der manipulierbare Embryo, 39, 41.

<sup>1145</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz; Günther/Taupitz/Kaiser-Günther C. II. § 7 Rn. 32.

<sup>1146</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 12.

Dem folgend ist entsprechend der Schutzrichtung des § 7 I ESchG der Embryo vor einer Menschenwürdeverletzung geschützt. Materielle Schäden sind damit je nach Bestehen der tatsächlichen Möglichkeit der Naturalrestitution nach § 249 II 1 BGB oder § 251 BGB zu ersetzen. Bei immateriellen Schäden sind die von der Rechtsprechung entwickelten Regeln zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht entsprechend heranzuziehen.

Ein Anspruch aus § 823 II BGB besteht lediglich iVm § 7 II Nr. 1b) ESchG. Die hierzu notwendigen Erwägungen greifen jedoch nur, wenn § 7 II Nr. 1a) ESchG die als menschlich zu qualifizierender Embryonen als verfassungswidrig einstuft.

### 25. § 7 II Nr. 2 ESchG

Schließlich bestraft § 7 II Nr. 2 ESchG das Unternehmen der Übertragung eines menschlichen Embryos auf ein Tier. Von der Strafbarkeit nicht erfasst ist jedoch der umgekehrte Fall der Übertragung eines tierischen Embryos auf eine Frau.<sup>1147</sup>

Das in § 7 II Nr. 2 ESchG statuierte Verbot ähnelt ebenfalls der Ektogenese. Statt einer künstlichen Gebärmutter wird die eines Tieres verwendet. Da das Tatobjekt der Norm der menschliche Embryo ist, liegt es nur nahe, den *nasciturus* als ein von § 7 II Nr. 2 ESchG geschütztes Rechtssubjekt zu qualifizieren. Fraglich ist hingegen, welche Rechtsgüter durch § 7 II ESchG geschützt werden. Denkbar wäre es dabei, wie auch bezüglich der sonstigen durch § 7 ESchG verbotenen Handlungsweisen, von einem besonders krassen Verstoß gegen die Menschenwürde auszugehen. Die Gesetzesbegründung sieht nämlich den Verstoß der Menschenwürde in § 7 ESchG gerade in der Herstellung von Chimären und Hybriden. Im Fall des § 7 II Nr. 2 ESchG geht es jedoch nicht um einen Embryo, der nach Abs. 1 hergestellt wurde, da dies bereits durch § 7 II Nr. 1 ESchG explizit erfasst wird, sondern um einen ‚normalen‘ menschlichen Embryo. Da sowohl § 2 II ESchG mit dem Verbot der Ektogenese als auch § 7 II Nr. 2 ESchG mit dem Verbot einer Interspezies-Schwangerschaft die Verwendung einer nicht menschlichen Gebärmutter als Mittel untersagen, liegt nahe, die Wertungen des Gesetzgebers zu § 2 II ESchG auf § 7 II Nr. 2 ESchG zu übertragen. Dies bedeutet jedoch, dass ein Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 7 II Nr. 2 ESchG dem Schutz des *nasciturus* vor Gesundheitsgefahren dient. Damit ein Anspruch in der Person des Anspruchstellers entstehen kann, ist allerdings erforderlich, dass dieser lebend geboren wird.

---

<sup>1147</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II § 7 Rn. 38. Es kommt jedoch eine Strafbarkeit nach §§ 223 ff. StGB in Betracht, wenn mit *Günther* davon ausgegangen wird, dass eine mögliche Einwilligung wegen Sittenwidrigkeit gem. § 228 StGB unwirksam ist.

## 26. § 9 ESchG

§ 9 ESchG stellt die dort genannten Aufgaben unter einen Arztvorbehalt. Die Vornahme der dort genannten Verhaltensweisen durch einen Nichtarzt sind somit verboten.<sup>1148</sup> Erfasst werden „die künstliche Befruchtung“ (Nr. 1), „die Präimplantationsdiagnostik“ (Nr. 2), „die Übertragung eines menschlichen Embryos auf eine Frau“ (Nr. 3) und die „Konservierung eines menschlichen Embryos sowie einer menschlichen Eizelle, in die bereits eine menschliche Samenzelle eingedrungen oder künstlich eingebracht worden ist“ (Nr. 4). Hierbei handelt es sich somit um ein Verbot.

Wer als Arzt gilt, regeln die §§ 3 ff. BÄO. Zur Ausübung des ärztlichen Berufs ist nach deutschem Recht eine Approbation als Arzt erforderlich, vgl. § 2 I BÄO. Indes führt die Regelung nicht zu einem kompletten Ausschluss von Delegation und arbeitsteiligem Vorgehen, es sind jedoch die allgemeinen Grundsätze des Arztrechts zu beachten.<sup>1149</sup> Danach ist eine Delegation möglich, wenn der Patient nicht berechtigterweise auf das höchstpersönliche Tätigwerden des Arztes vertrauen kann, keine signifikante Gefahrerhöhung mit der Ausführung der Maßnahme durch nichtärztliche Mitarbeiter einhergeht und die Gesamtmaßnahme ein persönliches Gepräge des Arztes aufweist.<sup>1150</sup>

Im Hinblick auf die Trennung der Sanktionen in § 11 und § 12 ESchG sowie der nachträglichen Einfügung des § 9 Nr. 3 ESchG durch das Präimplantationsdiagnostikgesetz erscheint daher eine getrennte Untersuchung des Schutzbereichs für die jeweils unter Arztvorbehalt gesetzten Verhaltensweisen angezeigt.

### a. Schutzbereich von § 9 Nr. 1 und 3 ESchG

§ 9 Nr. 1 ESchG stellt die künstliche Befruchtung, § 9 Nr. 3 ESchG die Übertragung eines menschlichen Embryos auf eine Frau unter Arztvorbehalt. Eine künstliche Befruchtung liegt vor, wenn diese ohne Geschlechtsverkehr und durch technische Mittel erreicht wird.<sup>1151</sup> Die Übertragung eines Embryos bedeutet wie auch bei § 1 I Nr. 3 ESchG die Verbringung in die Leibeshöhle der Frau von

---

<sup>1148</sup> Bzgl. der nach wohl einhelliger Ansicht entsprechend der nach arztrechtlichen Grundsätzen erlaubten Möglichkeit der Delegation vgl. Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 9 Rn. 7, ausführlich: Möller/Thaele, Reproduktionsmedizin 2002, 352–354. Dies ergibt sich auch auf den Verweis der Materialien auf das Standesrecht, aus welchem sich die Durchbrechungsmöglichkeiten des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung ergibt.

<sup>1149</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 9 Rn. 7.

<sup>1150</sup> Möller/Thaele, Reproduktionsmedizin 2002, 352, 353.

<sup>1151</sup> Vgl. BT-Drs. 11/5460 S. 8 zum identischen Begriff in § 1 I Nr. 2 ESchG.

außerhalb des Körpers.<sup>1152</sup> Fraglich ist zunächst, wie weit der persönliche und sachliche Schutzbereich des § 9 Nr. 1 und Nr. 3 ESchG reicht. Der Wortlaut der Normen nennt weder Verletzungsobjekte noch ordnet er ihnen Rechtssubjekte zu. Erwähnt wird immerhin in § 9 Nr. 3 ESchG die Frau, auf die der Embryo übertragen werden soll und der Embryo selbst. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass § 9 Nr. 1 und 3 ESchG Leben und Gesundheit der Beteiligten schützen sollen.<sup>1153</sup> Damit bietet sie zunächst Aufschluss über die geschützten Rechtsgüter bzw. den sachlichen Schutzbereich. Schließlich geht der Gesetzgeber auch näher darauf ein, wieso es des Arztvorbehalts bedürfe. Die Einfügung des Arztvorbehalts wurde demnach in der Stellungnahme des Bundesrates und der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses damit begründet, dass wissenschaftlich gesicherte medizinische Erkenntnisse für fortpflanzungsmedizinische Behandlungen erforderlich seien.<sup>1154</sup> Dies beinhaltet als Vorbedingung eine umfangreiche Diagnostik zu Sterilitätsursachen und erfordert zudem eine gründliche Aufklärung.<sup>1155</sup> Ferner werde die Missbrauchsmöglichkeit durch die Geltung des Standesrechts begrenzt.<sup>1156</sup> Im Kontext des § 11 ESchG heißt es schließlich in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, dass der Arztvorbehalt in Bezug auf die Regelungen in § 9 I Nr. 1 und Nr. 3<sup>1157</sup> „Leben und Gesundheit der Beteiligten“ schütze.<sup>1158</sup>

Zwar liegt der Schutz des Lebens durch § 9 Nr. 1 und 3 ESchG, wie die Gesetzesbegründung sowie die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zeigen, nahe, doch da die Verletzung des Lebens selbst – wie bereits zuvor festgestellt ist – mangels Anspruchstellers keinen Schadensersatzanspruch auszulösen vermag, führt dies zu keinem Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II BGB iVm § 9 Nr. 1 oder Nr. 3 ESchG.

Ferner kommt als geschütztes Rechtsgut die Gesundheit in Betracht; zu ermitteln bleibt jedoch, wessen Gesundheit geschützt wird.

Bei der künstlichen Befruchtung sind die Personen geschützt, in deren Gesundheit im Rahmen der genannten Handlung, hier also die künstlichen Befruchtung, eingegriffen werden kann. Rechtsgutsträger sind daher die Gametenspender, bei denen die entsprechenden (Vor-)Behandlungen vorgenommen werden sowie der *nondum conceptus*.

---

<sup>1152</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, § 9 Rn. 11.

<sup>1153</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 14.

<sup>1154</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1155</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1156</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1157</sup> Damals Nr. 2, da Nr. 2 nF erst mit der Einfügung des § 3a ESchG 2014 in das ESchG kam und sich dadurch die Nummerierung verschob.

<sup>1158</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

Hinsichtlich der Übertragung eines Embryos auf eine Frau sind der *nasciturus* und die Frau als von § 9 I Nr. 3 ESchG geschützt anzusehen, denn diese betrifft die unter Arztvorbehalt gestellte Verhaltensweise.

Von einem Schutz auch des Arztes lässt sich hingegen nicht ausgehen. Zwar machen vernünftige Gründe des Allgemeinwohls die Berufsausübungsregelung erforderlich;<sup>1159</sup> allerdings ist hierin nicht etwa eine Marktzugangsregelung zu verstehen, sondern erklärt sich dies aus der Einstufung der Normen als abstrakte Gefährungsdelikte. Nicht der Arzt soll daher davor geschützt werden, dass Personen ohne die entsprechende Ausbildung und Approbation in diesen Bereichen tätig werden, sondern vielmehr die betroffenen Patienten vor Gefahren, die entstehen, wenn gesicherte medizinische Erkenntnisse und Erfahrungen fehlen; hiervon ist bei einem Nichtarzt auszugehen. Überdies legen weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte einen Schutz von (anderen) Ärzten nahe.

In modaler Hinsicht müssen die sich realisierenden Gefahren daher herrühren, dass ein Nichtarzt tätig geworden ist. Damit verfolgen § 9 Nr. 1 und 3 ESchG nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

#### **b. Schutzbereich von § 9 Nr. 2 ESchG**

Gem. § 9 Nr. 2 ESchG darf nur ein Arzt die Präimplantationsdiagnostik durchführen. Die Ergänzung des Arztvorbehalts um die PID bei deren Einführung liegt darin begründet, dass schon für die künstliche Befruchtung der Arztvorbehalt gelte.<sup>1160</sup> Dies muss somit erst recht für die PID gelten, da diese in der Begründung zur Änderung des Embryonenschutzgesetzes bedeutender als die künstliche Befruchtung eingestuft wird, vgl. insofern „da **schon** für die künstliche Befruchtung der Arztvorbehalt gilt“ [Hervorhebung durch Verf.].<sup>1161</sup> Daher gelten auch hier die Erwägungen zu § 9 Nr. 1 und Nr. 3 ESchG. Geschützt werden die an der PID beteiligten Gametenspendersowie der zu untersuchende Embryo (*nasciturus*) in ihrer jeweiligen Gesundheit.

Ein Schutz des Lebens kommt daher wie bei § 9 Nr. 1 und Nr. 3 ESchG in Betracht, führt jedoch mangels Anspruchstellers nicht zu einem eigenen Anspruch. Überdies wäre ein Schutz des *nasciturus* dort abzulehnen, wo sich aufgrund der im Ergebnis richtigen Ergebnissen der PID gegen eine Einsetzung des Embryos ent-

---

<sup>1159</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1160</sup> BT-Drs. 17/5451., S. 9.

<sup>1161</sup> BT-Drs. 17/5451, S. 9.

schieden wurde. Ein Schutz (anderer) Ärzte ergibt sich darüber hinaus auch nicht aus Wortlaut, Systematik oder dem historischen Willen des Gesetzgebers.

Mithin verfolgt das Gesetz nach Zweck und Inhalt zumindest auch einen Individualschutz.

### c. Schutzbereich von § 9 Nr. 4 ESchG

Ferner stellt § 9 Nr. 4 ESchG die Konservierung eines menschlichen Embryos oder einer menschlichen Eizelle, in welche eine menschliche Samenzelle eingedrungen oder künstlich eingebracht worden ist, unter Strafe.

Unerheblich ist dabei, welche Methode zur Konservierung genutzt wird.<sup>1162</sup>

Der Arztvorbehalt sei laut der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags erforderlich, weil die Koalitionsfraktionen ein generelles Konservierungsverbot ablehnten.<sup>1163</sup> Ein generelles Konservierungsverbot wurde von der Fraktion der SPD vorgeschlagen, fand allerdings keine Mehrheit;<sup>1164</sup> begründet wurde dieses Verbot mit den negativen Folgen der Kryokonservierung für die Weiterentwicklung der Embryonen.<sup>1165</sup> Dies sei insbesondere bedenklich im Hinblick auf das Gebot des Lebensschutzes.<sup>1166</sup> Ferner fördere es die Entstehung überzähliger Embryonen.<sup>1167</sup> Schließlich sei damit „das Tor zu einer gefährlichen Entwicklung bis hin zum Generationsprung geöffnet“.<sup>1168</sup> Die Koalitionsfraktionen waren jedoch der Ansicht, dass Konservierung nur ausnahmsweise zulässig sein solle, wenn nämlich ein Transfer vorübergehend aus gesundheitlichen Gründen der Frau nicht möglich sei und die Frau diesen immer noch begehre.<sup>1169</sup>

Im Kontext der Begründung zu § 12 ESchG heißt es schließlich, dass der Arztvorbehalt in Bezug auf die Konservierung „wissenschaftlich gesicherte ärztliche Erkenntnisse und Erfahrungen“ voraussetze und somit Ärzten vorbehalten sein müsse.<sup>1170</sup>

Zwar drücken sich die Gesetzgebungsmaterialien in Bezug auf § 9 Nr. 4 ESchG weniger explizit aus, wenn sie ausführen, dass für

---

<sup>1162</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 9 Rn. 12.

<sup>1163</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1164</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 13.

<sup>1165</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 13.

<sup>1166</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>1167</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>1168</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>1169</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 14.

<sup>1170</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

die sachgerechte Konservierung wissenschaftlich gesicherte ärztliche Erkenntnisse und Erfahrungen voraussetzen sind,<sup>1171</sup> doch kann auch dies kein Selbstzweck sein, sondern dient ebenfalls dem Schutz von Leben und Gesundheit. Das Leben und die Gesundheit bestehender und entstehender Embryonen soll damit vor abstrakten Gefährdungen geschützt werden.<sup>1172</sup>

Dass der Schutz den (entstehenden) Embryo betreffen soll, also den *nondum conceptus* bzw. *nasciturus*, ergibt sich bereits daraus, dass dessen Körper durch die Konservierung unmittelbar betroffen ist.

Mithin verfolgt § 9 I Nr. 4 ESchG nach Sinn und Zweck der Norm auch einen Individualschutz.

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind vorliegend nicht ersichtlich.

#### **d. Rechtfertigung und schadensrechtliche Erwägungen**

Fraglich ist, wann eine Verletzung des Arztvorbehalts auch zu einem Schaden des entsprechenden Rechtsgutsträgers führt. Zu beachten ist auch an dieser Stelle, dass ein Anspruch des *nasciturus* in eigener Person voraussetzt, dass dieser später lebend geboren wird. Vorgelegt gilt es jedoch zu fragen, ob bei Kenntnis um den Arztvorbehalt und die Eigenschaft der behandelnden Person als Nichtarzt eine rechtfertigende Einwilligung möglich ist. In einem zweiten Schritt ist daher zu fragen, ob ein Schaden auch dann vorliegt, wenn die Behandlung durch den Nichtarzt behandlungsfehlerfrei war, also nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgte.

##### **i. Möglichkeit der Einwilligung**

Grundsätzlich ist denkbar, dass eine rechtfertigende Einwilligung vorliegt. Zwar dient der zusätzliche Arztvorbehalt in medizinisch besonders sensiblen Kontexten der Sicherstellung, dass die Maßnahmen auf Grundlage wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse erfolgen.<sup>1173</sup> Doch ist der Wille des aufgeklärten Patienten für die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung entscheidend.<sup>1174</sup> Weiß der Patient daher von der fehlenden Approbation und wurde hierüber angemessen aufgeklärt, so ist seine Einwilligung in die Behandlung als wirksam zu erachten.<sup>1175</sup> Für den einwilligungsunfähigen *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* kommt es hingegen auf die Einwilligung

---

<sup>1171</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1172</sup> So ebenfalls Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 12 Rn. 2a; Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Kahlert, § 12 Rn. 2.

<sup>1173</sup> Staudinger-Gutmann, § 630d BGB Rn. 237.

<sup>1174</sup> Staudinger-Gutmann, § 630d BGB Rn. 237.

<sup>1175</sup> Staudinger-Gutmann, § 630d BGB Rn. 237.

in Vorwirkung der elterlichen Sorge gem. § 1626 I BGB auf die zukünftig Personensorgeberechtigten an.

## **ii. Schaden trotz behandlungsfehlerfreiem Vorgehen**

Möglich erscheint es zB, dass ein Nichtarzt vortäuscht, Arzt zu sein und es infolgedessen zu einem Verstoß gegen den Arztvorbehalt kommt. Ist die vorzunehmende Maßnahme nach den ärztlichen Regeln der Kunst erfolgt und behandlungsfehlerfrei, stellt sich die Frage, ob ein Schaden überhaupt vorliegen kann. Nach allgemeinen Regeln ist schon bei unwirksamer Einwilligung wegen unterbliebener oder fehlerhafter Aufklärung eine Haftung nur dann anzunehmen, wenn die Behandlung zu einem Gesundheitsschaden des Patienten führte.<sup>1176</sup> Nichts anderes kann daher gelten, wenn der Schutz der Gesundheit – wie hier – durch den Arztvorbehalt gerade gesichert werden soll. Wird die Ausgestaltung der Norm als abstraktes Gefährdungsdelikt ernst genommen, so fehlt es an einem Schaden, wenn die Behandlung fehlerfrei verlief und nicht in einer Gesundheitsverletzung mündete.

## **e. Potenzielle Anspruchsgegner**

Taugliche Täter sind alle Personen, die entsprechende Handlungen vornehmen. Eine Beteiligung der Frau, bei der die künstliche Befruchtung vorgenommen wird oder auf die der Embryo übertragen wird (§ 9 Nr. 1 und Nr. 3 ESchG), scheidet aufgrund strafloser notwendiger Teilnahme aus, da sie als tatbestandlich geschützte Person straflose notwendige Teilnehmerin nach der ‚Theorie des straflosen Schutzsubjekts‘ ist.<sup>1177</sup>

## **f. Ergebnis zu § 9 ESchG**

Den verschiedenen Behandlungsmethoden, welche § 9 ESchG unter Arztvorbehalt stellt, ist gemein, dass sie Leben und Gesundheit der von der konkreten Methode betroffenen Person schützen. Ein eigener Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 9 ESchG besteht jedoch, vorausgesetzt, dass die Person (noch) lebt.

## **27. § 10 ESchG**

§ 10 ESchG legt fest, dass eine Verpflichtung zur Vornahme oder Mitwirkung an in § 9 ESchG bezeichneten Maßnahmen für niemanden besteht.

---

<sup>1176</sup> Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 2; Grüneberg-Weidenkaff, § 630d Rn. 5 mwN; zur Rspr:

<sup>1177</sup> Dies nimmt ebenfalls an Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 11 Rn. 15.

In der Stellungnahme des Bundesrates zu § 10 ESchG<sup>1178</sup> wird die Norm damit begründet, dass eine Mitwirkungspflicht mit der Gewissensfreiheit aus Art 4 I GG nicht vereinbar sein könnte.<sup>1179</sup> Es werde daher anerkannt, dass zum Teil ethische Bedenken in der Bevölkerung und grundsätzliche Vorbehalte in der Ärzteschaft in Bezug auf fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen bestehen;<sup>1180</sup> diese überbrücken jedoch lediglich die Ursachen der Sterilität.<sup>1181</sup> Einer Beschränkung auf Gewissensgründe stelle die Norm hingegen nicht dar; ein Begründungszwang bestehe daher nicht und erscheine auch nicht angebracht.<sup>1182</sup> Dies gelte auch für unmittelbar mitwirkendes Hilfspersonal.<sup>1183</sup> Die Erfassung des mitwirkenden Hilfspersonals ergibt sich ferner aus dem Wortlaut „an ihnen mitzuwirken“.

Problematisch erscheint vorliegend allerdings, ob in § 11 ESchG ein Verhaltensgebot oder -verbot gesehen werden kann oder ob es sich hierbei bloß um die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes handle. Gegen das Verhaltensgebot oder -verbot könnte sprechen, dass dem Arzt sowie sonstigem unmittelbar mitwirkendem Personal die Mitwirkungen an den genannten Maßnahmen geradezu freigestellt wird. Laut Gesetzesbegründung sollte weder eine Mitwirkungsnach noch eine Begründungspflicht erforderlich sein.<sup>1184</sup> Andererseits sollte beachtet werden, dass das ESchG auf Grundlage der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 I Nr. 1 GG (Strafrecht) erlassen wurde, da eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zur Regelung von Fragen zur künstlichen Befruchtung damals noch nicht bestand.<sup>1185</sup> Der Gesetzgeber ging also davon aus, dass es sich bei allen Normen des ESchG um allein strafrechtliche Regelungen handle.<sup>1186</sup>

Der Begriff des Strafrechts iSd Art. 74 I Nr. 1 GG wird dabei weit verstanden als „die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten [...], die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen.“<sup>1187</sup> Im Gegensatz zu den anderen Normen des ESchG ist § 10 ESchG weder straf- noch bußgeldbewehrt. Darüber hinaus unterscheidet sich auch

---

<sup>1178</sup> Zu dieser Zeit noch Art. 1 § 2 Freiwillige Mitwirkung des Gesetzesentwurfs

<sup>1179</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1180</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1181</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1182</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13 f., BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1183</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 14, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1184</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 13 f., BT-Drs. 11/8057 S. 17.

<sup>1185</sup> BT-Drs. 11/8057 S. 3; vgl. dagegen die mit Wirkung zum 15.11.1994 eingefügte konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus § 74 I Nr. 26 GG in nunmehriger Formulierung „medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens“.

<sup>1186</sup> BT-Drs. 12/4735 S. 32.

<sup>1187</sup> BVerfGE 109, 190, Rn. 85.

die Formulierung des § 10 ESchG erheblich von den Normen des Embryonenschutzgesetzes, welche ein Verhaltensge- oder -verbot enthalten: Diese zeichnen sich nämlich dadurch aus, dass es ein Handlungssubjekt gibt, welches mit „wer“ bezeichnet wird. Im Gegensatz dazu beginnt § 10 ESchG mit „niemand“. Durch die Formulierung „ist verpflichtet“ im Gegensatz zu „darf verpflichtet werden“ fehlt jedoch ein Hinweis auf einen tauglichen Täter.<sup>1188</sup> Eine Klarstellung zeichnet sich allerdings dadurch aus, dass dargestellt wird, was bereits gilt oder selbstverständlich sein sollte, wodurch auf ein eigenständiges Verhaltensgebot verzichtet wird.

Damit handelt es sich bei § 10 ESchG nicht um ein Verhaltensgebot oder -verbot.

Doch selbst wenn § 10 ESchG so verstanden wird, dass die Freiwilligkeit der potenziell Mitwirkenden nicht beeinträchtigt werden dürfe, scheint ein Schaden bei einem Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 10 ESchG relativ unwahrscheinlich.

Wird daher unterstellt, dass § 10 ESchG ein Verhaltensgebot enthalte, niemanden zur Mitwirkung zu zwingen, so schützt dieses nicht nur die Allgemeinheit, wie sich schon darin zeigt, dass es spezifische Personengruppen nennt. Die Auslegung des Wortlauts ergibt vielmehr, dass als Verletzungsobjekt ‚die Freiwilligkeit‘ gilt. Diese ist jedoch weit zu verstehen, wie die Gesetzesbegründung zeigt, da eine Beschränkung auf Gewissensgründe im Gesetzgebungsverfahren explizit abgelehnt wurde.<sup>1189</sup> Ihr werden daher auch die Personen zugeordnet, die Maßnahmen der in § 9 ESchG bezeichneten Art vornehmen dürfen, d. h. die Ärzte. Dies ergibt sich daraus, dass sich der Begriff der Freiwilligkeit aufgrund der Einheit der Rechtsordnung nur auf legale Handlungen beziehen kann. Hinzu kommen durch Alt. 2 hieran unmittelbar Mitwirkende. Eine Beschränkung auf bestimmte Gefahrensituationen ist für § 10 ESchG vorliegend nicht ersichtlich; damit sind grundsätzlich erst einmal alle denkbaren Risiken erfasst. Einschränkungen des modalen Schutzbereiches wären daher nicht ersichtlich.

Allerdings wird es wohl in den meisten Fällen an einem Schaden fehlen. Wird in § 10 ESchG tatsächlich die Aufforderung gesehen, die Freiwilligkeit für Ärzte und unmittelbar mitwirkendes Personal nicht zu verletzen, so liegt ein Verstoß nur in den Fällen vor, in denen diese Personengruppen unfreiwillig an einer der in § 9 ESchG bezeichneten Handlungen teilnehmen mussten. Denn Folgen berechtigter Weigerung wie keine Gehaltszahlungspflicht und die Möglichkeit einer personenbedingten Kündigung treten nur in den Fällen ein,

---

<sup>1188</sup> *Taupitz* beschreibt § 10 ESchG ebenfalls funktional als eine Klarstellung, vgl. Günther/*Taupitz*/Kaiser-*Taupitz*, C. II. § 10 Rn. 1.

<sup>1189</sup> BT-Drs. 11/5460 S. 14, BT-Drs. 11/8057 S. 17.

in denen die Weigerung hingenommen wird.<sup>1190</sup> Damit fehlt es in diesen Fällen jedoch an der von § 823 II BGB geforderten Verletzung eines Schutzgesetzes.

In den Fällen unfreiwilliger Teilnahme wird Naturalrestitution gem. § 249 I BGB regelmäßig nicht in Betracht kommen, da die in der Vergangenheit liegende Verletzung nicht rückgängig zu machen ist. Zwar verlangt § 249 I BGB im Falle materieller Interessen nur die Herstellung wirtschaftlich gleichwertiger Zustände,<sup>1191</sup> doch sind Vermögensschäden vorliegend nur schwer vorstellbar, da die (ggfs. vertraglich geschuldete) Arbeitsleistung ja gerade erbracht wurde. Damit besteht nur die Möglichkeit eines Nichtvermögensschadens aufgrund der Nichtrespektierung des Gewissens. Im Rahmen des § 249 I BGB ist Naturalrestitution im nichtvermögensrechtlichen Bereich zB durch Widerruf oder klarstellende Aussagen bei ehrverletzenden Behauptungen anerkannt.<sup>1192</sup> Doch vermögen Widerruf und Klarstellung den Zwang gegen das eigene Gewissen zu handeln, nicht zu kompensieren sowie sind andere Kompensationsmöglichkeiten ebenfalls kaum denkbar. Damit ist die Herstellung nicht möglich sowie wäre der Verletzte gem. § 251 BGB in Geld zu entschädigen. Materielle Einbußen einer Verletzung der Gewissensfreiheit erscheinen in der Regel unwahrscheinlich, könnten jedoch in den Kosten bestehen, die dadurch entstehen, dass die betroffene Person, das Handeln gegen das eigene Gewissen aufarbeiten muss. Wahrscheinlicher erscheint hingegen das Vorliegen immaterieller Schäden. Doch begrenzt § 253 I BGB eine solche Geldentschädigung lediglich auf die im Gesetz bestimmten Fälle. Diese werden im Wesentlichen in § 253 II BGB genannt. Danach sind diejenigen Fälle erfasst, in denen „wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten ist“. Die Rechtsgüter sind dabei so zu verstehen wie in § 847 I BGB aF.<sup>1193</sup> Eine Verletzung des Rechtsguts ‚Freiheit‘ liegt dabei lediglich bei einer Einschränkung oder einem Ausschluss der körperlichen Bewegungsfreiheit vor.<sup>1194</sup> Die allgemeine Entschließungsfreiheit, unter die der hiesige Freiwilligkeitsvorbehalt durchaus zu subsumieren wäre, genügt hingegen nicht.<sup>1195</sup>

Da die Gewissensfreiheit in Art. 4 IGG verankert ist, sollten aufgrund der vergleichbaren Grundrechtsintensität die Grundsätze zum

---

<sup>1190</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von *Besgen* zu § 12 I SchKG, welcher in Abs. 1 eine parallele Freiwilligkeitsklausel enthält, wenn auch beschränkt durch die Ausnahme in Abs. 2, *Besgen*, Krankenhausarbeitsrecht, Kapitel 1 Rn. 20.

<sup>1191</sup> *Staudinger-Höpfner*, § 249 Rn. 185; *MüKo-BGB-Oetker* § 249 Rn. 330.

<sup>1192</sup> *Staudinger-Höpfner*, § 249 Rn. 198.

<sup>1193</sup> *MüKo-BGB-Oetker*, § 253 Rn. 21.

<sup>1194</sup> *Staudinger-Höpfner*, § 253 Rn. 21, *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 7 V 1. a.

<sup>1195</sup> *Staudinger-Höpfner*, § 253 Rn. 21.

Ersatz immaterieller Schäden bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entsprechend herangezogen werden.

§ 10 ESchG ist eine rein klarstellende Norm, der kein Verhaltensgeoder Verbot zu entnehmen ist. Folglich stellt § 10 ESchG kein Schutzgesetz dar. Wird diese Auffassung nicht geteilt, ließe sich zwar Individualschutz zugunsten der Gewissensfreiheit des Arztes annehmen, im Ergebnis würde es jedoch idR an einem Schaden fehlen.

## V. Auswirkungen eines Verbotsirrtums

Fraglich ist, ob und wie sich das Vorliegen eines (ggfs. vermeidbaren) Verbotsirrtums auf einen Anspruch aus § 823 II BGB auswirkt, wenn das Schutzgesetz strafrechtlicher Natur ist. Denkbar ist, der zivilrechtlichen Vorsatztheorie folgend, sowohl den Vorsatz auch bei vermeidbarem Irrtum auszuschließen als auch die in § 17 StGB verankerte Schuldtheorie vertretend, einen Ausschluss des Vorsatzes nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums anzunehmen.<sup>1196</sup>

### 1. Relevanz

Die Relevanz dieser Fragestellung zeigt sich insbesondere im Falle des ‚Netzwerks Embryonenspende‘.<sup>1197</sup> Tatbestandlich beschäftigte sich das BayObLG mit der Frage, ob auch das Auftauen und Weiterkultivieren von 2-PN-Zellen vom Tatbestand des § 1 I Nr. 2 ESchG erfasst werde; hiervon geht das BayObLG aus.<sup>1198</sup> Die Vorinstanz, das LG Augsburg,<sup>1199</sup> nahm zugunsten der Beklagten jedenfalls einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an (§ 17 S. 1 StGB), da diese nicht nur bei verschiedenen staatlichen Stellen um Klärung gebeten haben, sondern auch ein rechtswissenschaftliches Gutachten einer Universitätsprofessorin in Auftrag gaben, welches sich nicht nur auf eine Ansicht beschränkte, sondern auch die Gegenansicht darstellte und insgesamt überzeugend formuliert war. Nach Ansicht des BayObLG fehle es jedoch hierbei an weiteren Feststellungen.

Doch nicht nur die in dieser Fallgestaltung zu klärende Frage ist im ESchG noch offen gewesen, sondern auch weitere Problemfelder, so dass möglich bleibt, dass Fortpflanzungsmediziner und sonstige an den verbotenen Maßnahmen beteiligte Personen nicht denselben Aufwand zur Klärung dieser Rechtsfragen betreiben.

Das Vorliegen eines Verbotsirrtums ist jedoch nicht nur in Verfahren wie dem des Netzwerks Embryonenspende denkbar.

---

<sup>1196</sup> Staudinger-Hager, § 823 G 38 mit Nachweisen zu den Vertretern der jeweiligen Ansicht.

<sup>1197</sup> BayObLG, BeckRS 2020, 32545.

<sup>1198</sup> siehe zur Argumentation des BayObLG D.II.2.

<sup>1199</sup> LG Augsburg, BeckRS, 35087.

Im Rahmen der PID ist es demnach möglich, dass die Ethikkommission von einem Rechtfertigungstatbestand in § 3a II ESchG ausgeht, das Strafgericht diesen allerdings verneint. In diesen Fällen ist denkbar, wenn der Ethikkommission im Rahmen des Strafverfahrens kein Beurteilungsspielraum zuerkannt wird, dass die handelnden Akteure, zB Ärzte oder Kommissionsmitglieder, aufgrund eines Verbotsirrtums iSd § 17 S. 1 StGB schuldlos handeln.<sup>1200</sup> Ein nach § 16 StGB zu beurteilender Erlaubnistatbestandsirrtum mit Folge eines vorsatzlosen Handelns käme nämlich nur dann in Betracht, wenn zB der Arzt von einer nicht vorliegenden genetischen Disposition ausgehen würde.<sup>1201</sup>

## 2. Streitentscheid

Für die Vorsatztheorie spreche, dass sich das Gesetz, also § 823 II BGB, stillschweigend zugunsten des Zivilrechts entschieden habe.<sup>1202</sup>

Die mittlerweile ganz hM sowie stRspr beurteilen die Erheblichkeit eines Verbotsirrtums nach der Schutznorm.<sup>1203</sup> Das bedeutet, dass im Falle strafrechtlicher Vorschriften der Irrtum unvermeidbar iSd § 17 S. 1 StGB sein muss. Hierfür spricht vor allem, dass die andere Ansicht zu einer ‚Rosinenlösung‘ führt.<sup>1204</sup> Dies würde nämlich bedeuten, dass Fahrlässigkeit entgegen der zivilrechtlichen Grundregel des § 276 BGB nicht relevant ist, da diesbezüglich auf das Schutzgesetz abgestellt und der Vorsatz nach zivilrechtlichen Grundsätzen mit der Vorsatztheorie verneint wird;<sup>1205</sup> überdies entspricht dieses Verständnis der Öffnungsfunktion des § 823 II BGB.

Eine Haftungsreduzierung bei Vermeidbarkeit, wie sie im Strafrecht hinsichtlich der Strafe in § 17 S. 2 StGB vorgesehen ist, kommt demnach nicht in Betracht, da eine solche Abstufung der Haftung nach Verschulden dem Zivilrecht fremd ist.<sup>1206</sup>

Daher entfällt nur im Falle der Vermeidbarkeit nach § 17 S. 1 StGB ein Anspruch aus § 823 II BGB.

---

<sup>1200</sup> Spickhoff-Müller-Terpitz, ESchG § 3a Rn. 22.

<sup>1201</sup> Frister/Lehmann, JZ 2012, 659, 661.

<sup>1202</sup> Staudinger-Hager, § 823 BGB G 38 führt entsprechende Nachweise auf. Worin diese Grundannahme zu sehen ist, lassen die Fundstellen jedoch offen.

<sup>1203</sup> BGH, NJW 2012, 3177 Rn. 22; NJW 1985, 134, 135; NJW 1982, 1037, 1038; NJW 1962, 910, 911; BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 285; Grüneberg-Sprau § 823 BGB Rn. 61; HK-BGB-A. Staudinger, § 823 Rn.153; BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 563; Erman-Wilhelmi, § 823 Rn. 159.

<sup>1204</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht, S. 446.

<sup>1205</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht, S. 446.

<sup>1206</sup> Schmiedel, Deliktobligationen, S. 82.; aA wohl Deutsch, VersR 2004, 137, 140, der aus diesem Grund die Anwendung zivilrechtlicher Regelungen als vorzugswürdig ansieht.

## VI. Schutzgesetzeigenschaft auch bei analoger Anwendung von Normen des ESchG

Fraglich ist hier, ob die Möglichkeit besteht, die Normen des ESchG als Schutzgesetz analog heranzuziehen. Schließlich bestehen insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit eines Zellkerntransfers Regelungslücken. Das Zellkerntransferverfahren ist erst 1996 und damit sechs Jahre nach Schaffung des ESchG im Tierversuch erfolgreich gewesen. Bis dahin wurde die Meinung vertreten, dass die Differenzierung von Zellen unumkehrbar sei.<sup>1207</sup> Haftungsrechtlich erscheint es daher sinnvoll, dass der zivilrechtliche Schutz nicht davon abhängt, durch welches Verfahren ein Embryo entsteht.<sup>1208</sup>

Hierbei gilt es allerdings zu beachten, dass es sich bei den Normen des ESchG um Normen des Strafrechts handelt. Hintergrund der Ausgestaltung des ESchG als Gesetz des Nebenstrafrechts war die im Jahr 1990 fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes,<sup>1209</sup> erst seit dem Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994 besteht für die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens sowie die Untersuchung und künstliche Veränderung von Erbinformationen gem. Art. 74 I Nr. 26 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz.

Aus der strafrechtlichen Ausgestaltung ergibt sich hinsichtlich der Strafbarkeit auch die Pflicht zur Einhaltung der Anforderungen des Art. 103 II GG. Danach kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Für die Rechtsprechung ergibt sich aus Art. 103 II GG, dass sie Strafbarkeitslücken nicht zulasten des Täters durch eine den Wortlaut überschreitende Auslegung eines Strafgesetzes schließen darf.<sup>1210</sup>

Da es im Falle der analogen Anwendung der Normen des ESchG im Kontext des § 823 II BGB nicht um Bestrafung, sondern um Fragen der Haftung geht, ist eine analoge Anwendung der Normen des ESchG für diese Konstellation als denkbar anzunehmen.

Dafür spricht auch, dass die strafrechtliche Bestrafung mit einem Ehrmakel verbunden ist, es sich im Rahmen des § 823 II BGB jedoch im Wesentlichen nur um rückgängig machbare vermögensrechtliche Folgen handelt.<sup>1211</sup> Zudem führt die Verwendung des

---

<sup>1207</sup> Siehe hierzu Ausführungen unter A.III.1.f.

<sup>1208</sup> Embryo ist hier in biologischer und nicht nach der Legaldefinition des § 8 ESchG zu verstehen, da die Legaldefinition den durch Zellkerntransfer entstandenen Embryo gerade nicht erfasst.

<sup>1209</sup> *Dorneck*, Recht der Reproduktionsmedizin, S. 33.

<sup>1210</sup> *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 4. Gesetzlichkeitsprinzip, Rn. 31.

<sup>1211</sup> *Kaufhold*, § 823 II BGB und die Schutzgesetze des Strafgesetzbuches, S. 10.

Zwecks einer Norm durch die auf den Bereich des Zivilrechts begrenzte analoge Anwendung auch nicht zu einer Ausweitung des eigentlichen Straftatbestands.<sup>1212</sup> Hinzu kommt, dass der dem Schadensersatz innewohnende Ausgleichsgedanke eine Korrektur von Lücken bildet, die nach dem Prinzip der Gerechtigkeit aus schadensersatzrechtlicher Perspektive zu schließen sind.<sup>1213</sup>

Andererseits gilt es zu beachten, dass § 823 II BGB einen „Verstoß“ gegen ein Schutzgesetz voraussetzt; ein solcher Verstoß kann jedoch nur dann vorliegen, wenn objektiver und subjektiver Tatbestand der zu prüfenden Norm erfüllt sind. Für strafrechtliche Normen – wie die des ESchG – bedeutet dies, dass das Analogieverbot strikt zu beachten ist.<sup>1214</sup> Dies überzeugt auch aus Gründen der Einheitlichkeit.<sup>1215</sup> Durchaus vergleichbar ist die Frage der Analogiefähigkeit mit jener, ob Normen des Richterrechts per se als Schutzgesetze anzusehen sind.<sup>1216</sup> Letztere sind jedenfalls als Schutzgesetze untauglich, weil sonst die Rechtsprechung die Befugnis erhielte, Verhaltenspflichten zu schaffen und ins Deliktsrecht einzuführen.<sup>1217</sup> Dies wollte das vom Gesetzgeber geschaffene Deliktsgefüge, welches gerade keine einheitliche Generalklausel vorsieht, jedoch vermeiden.<sup>1218</sup> Die Verwendung einer auf die schadensersatzrechtlichen Folgen beschränkten Analogie würde allerdings zu einem ähnlichen Ergebnis führen, da durch die Rechtsprechung neue Verhaltenspflichten geschaffen werden, die vorher so nicht bestanden. Die Öffnungsfunktion des § 823 II BGB im Hinblick auf sonst nicht deliktisch geschützte Rechtsgüter hat der Gesetzgeber eben dieser Norm zugewiesen.<sup>1219</sup> Auch dies würde durch die Annahme der Analogiefähigkeit strafrechtlicher Schutznormen umgangen werden.

Dies ist im Ergebnis nicht unbefriedigend. Über § 826 BGB besteht durch den Bezug auf die guten Sitten nämlich die Möglichkeit, auf künftige Entwicklungen und Vorstellungen zu reagieren. Zwar ist dies durch dessen Vorsatzerfordernis beschränkt, doch ist es dann Aufgabe des Gesetzgebers, das veraltete Recht anzupassen.

---

<sup>1212</sup> *Schmiedel*, Deliktobligationen, S. 240.

<sup>1213</sup> Zum entsprechenden Problem nach österreichischer Rechtslage *Karollus*, Funktion und Dogmatik, S. 219.

<sup>1214</sup> *JurisPK-BGB-Hans*, § 823 Abs. 2 Rn. 13.

<sup>1215</sup> *Jauernig-Teichmann*, BGB, § 823 Rn. 46.

<sup>1216</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 BGB Rn. 206.

<sup>1217</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 BGB Rn. 190; aA *Staudinger-Hager*, § 823 G 11, mit dem Argument, dass dennoch eine Gesetzesnorm als Ausgangspunkt für die Rechtsfortbildung bestehe.

<sup>1218</sup> *Soergel-Spickhoff*, § 823 BGB Rn. 190.

<sup>1219</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 201.

Daher sind strafrechtliche Normen – und somit auch die Normen des ESchG – nicht im Rahmen einer Analogie als Schutzgesetz heranzuziehen.<sup>1220</sup>

## VII. Konkurrenzen und Gesamtschuld

Es ist möglich, dass eine Handlung mehrere als Schutzgesetze qualifizierte Normen verletzt. So kann zum Beispiel bei der Übertragung einer fremden Eizelle eine intratubare Befruchtung herbeigeführt werden, sodass § 1 I Nr. 1 und 2 ESchG gleichzeitig verwirklicht werden<sup>1221</sup> oder neben dem fehlenden Einverständnis aus § 4 I Nr. 1 ESchG bzw. § 1 I Nr. 2 oder Nr. 5 ESchG einschlägig sind.<sup>1222</sup>

Die deliktischen Ansprüche stehen dann in freier Anspruchskonkurrenz zueinander;<sup>1223</sup> auch zu konkurrierenden vertraglichen Ansprüchen besteht dem Kumulationsprinzip folgend eine freie, echte Anspruchskonkurrenz.<sup>1224</sup> Außervertragliche Pflichten werden durch das Vorhandensein vertraglicher Pflichten nicht etwa verdrängt, sondern vielmehr verstärkt.<sup>1225</sup>

Sind mehrere Personen Anspruchsgegner von Ansprüchen aus § 823 II BGB iVm der jeweiligen Norm des ESchG, so sind sie gem. § 840 BGB für den aus dieser einen unerlaubten Handlung entstehenden Schaden nebeneinander als Gesamtschuldner verantwortlich.

## VIII. Fazit zur Schutzgesetzeigenschaft der Normen des ESchG

Das Embryonenschutzgesetz schützt im Rahmen des § 823 II ESchG vor allem den entstehenden Menschen und das bereits ab einem Zeitpunkt, wo dieser noch nicht einmal gezeugt ist. Für einen eigenen Anspruch des *nasciturus* bzw. *nondum conceptus* bedeutet dies jedoch auch, dass diese lebend geboren werden müssen, um einen eigenen Anspruch zu haben. Einige Normen des ESchG schützen überdies auch das Rechtsgut Leben, dessen Verletzung jedoch keinen eigenen Anspruch des Verletzten begründet, sondern aus Gründen der Übersichtlichkeit hier nicht dargestellte

---

<sup>1220</sup> So wohl im Ergebnis, wenn auch ohne Begründung BVerfG NJW 2008, 1726 Rn. 17; sowie *Staake*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 9 Rn. 16.

<sup>1221</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Taupitz, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 25.

<sup>1222</sup> Günther/Taupitz/Kaiser-Günther, C. II. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Rn. , § 1 Abs. 1 Nr. 5 Rn. 39.

<sup>1223</sup> BeckOK BGB-Förster, § 826 Rn. 5; BeckOK BGB-Spindler, § 823 Rn. 4; Grüneberg-Sprau, Einf v § 823 Rn. 8; HK-BGB-A. Staudinger, Vor §§ 823-853 Rn. 12, § 826 Rn. 2; BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 535, § 826 Rn. 5.

<sup>1224</sup> BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 62; Staudinger-Hager, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 36 mwN zur Rspr.

<sup>1225</sup> Staudinger-Hager, Vorbemerkung zu §§ 823 ff, Rn. 38.

Ansprüche aus §§ 843–845 BGB auslösen kann. Der Schutz von Leben und Gesundheit der beteiligten Frauen ist nur in den Fällen bezweckt, in denen ihr Rechtgut durch die verbotene Verhaltensweise unmittelbar betroffen ist, wie zB beim Mehrfachtransfer.

Aufgrund der vielfältigen Regelungsziele des ESchG bietet sich eine tabellarische Darstellung der Ergebnisse an. Dabei wird auch auf mögliche Erwägungen schadensrechtlicher Art hingewiesen.

| Norm                | Persönlicher SB                     | Sachlicher SB   | Modaler SB   | Besonderheiten Schaden  |
|---------------------|-------------------------------------|---|--|---|
| § 1 I Nr. 1 ESchG   | <i>Nondum conceptus</i>             | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft)  | Keine Besonderheiten   | Tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich; keine Kürzung wegen Mitverschuldens der Eltern                                       |
| § 1 I Nr. 2 ESchG   | <i>Nondum conceptus</i>             | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft); Lebensgerichtetheit menschlichen Lebens/Menschenwürde/Leben | Keine Besonderheiten   | Tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich; Lebendgeburt vorausgesetzt; bei Lebensgerichtetheit/Menschenwürde/Leben kein Schaden |
| § 1 I Nr. 3 ESchG   | <i>Nasciturus</i>                   | Gesundheit  | Keine Besonderheiten   | § 630h V analog bei Kausalitätsproblemen  |
|                     | Austragende Frau                    | Körperliche Gesundheit  |  |   |
| § 1 I Nr. 4 ESchG   | <i>Nasciturus</i>                   | Gesundheit  | Keine Besonderheiten   | § 630h V analog bei Kausalitätsproblemen  |
|                     | Austragende Frau                    | Körperliche Gesundheit  |  |   |
| § 1 I Nr. 5 ESchG   | <i>Nondum conceptus</i>             | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft)  | Keine Besonderheiten   | Tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich   |
| § 1 I Nr. 6 ESchG   | <i>Nasciturus</i>                   | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft)  | Keine Besonderheiten   | Nur möglich in der Tatbestandsvariante I; tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich   |
| § 1 I Nr. 7 ESchG   | <i>Nondum conceptus, nasciturus</i> | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (Ersatzmutterschaft, ggfs. gespaltene Mutterschaft)                                    | Keine Besonderheiten   | Tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich; hinsichtlich der Ersatzmutter ist Schadensminderungsobliegenheit zu beachten         |
|                     | Ersatzmutter                        | Gesundheit  |  |   |
| § 1 II ESchG        | <i>Nondum conceptus</i>             | Psychologische Auswirkungen im Hinblick auf Kindeswohl (gespaltene Mutterschaft)  | Keine Besonderheiten   | Tatsächliches Vorliegen eines Schadens aus medizinischer Sicht äußerst unwahrscheinlich; Lebendgeburt vorausgesetzt   |
| § 2 I ESchG         | <i>Nasciturus</i>                   | Menschenwürde, Gesundheit, Leben  | Keine Besonderheiten   | Kein Schaden möglich  |
| § 2 II ESchG        | <i>Nasciturus</i>                   | Gesundheit  | Keine Besonderheiten   | Lebendgeburt erforderlich   |
| § 3 ESchG           | <i>Nondum conceptus</i>             | Eingriffsfreiheit in jeweilige Geschlechtsbildung   | Nur Gefahren, die mit Zuweisung des Geschlechts zusammenhängen | Geschlechtszugehörigkeit ist kein Schaden   |
| § 3 a I–III 2 ESchG | <i>Nasciturus</i>                   | Leben, Gesundheit   | Kompromisshaftigkeit der Norm zu beachten                      | Lebendgeburt erforderlich   |
| § 4 I Nr. 1 ESchG   | <i>Nondum conceptus</i>             | Kindeswohl  | Keine Besonderheiten   | Bzgl. Gametenspender: auch Unterhalt, keine Kürzung wegen Mitverschuldens (Adoption), Vorteilausgleichung Kindergeld + Steuervorteile   |
|                     | Gametenspender                      | Selbstbestimmungsrecht (APR)  |  |   |
|                     | <i>Nasciturus</i>                   | Kindeswohl  |  | Keine Besonderheiten  |

| Norm                  | Persönlicher SB  | Sachlicher SB  | Modaler SB  | Besonderheiten Schaden  |
|-----------------------|--|--|---|---|
| § 4 I Nr. 2 ESchG     | Frau, auf die Embryo übertragen werden soll  | Selbstbestimmungsrecht + Gesundheit                                      | Keine Besonderheiten                                |   |
| § 4 I Nr. 3 ESchG     | <i>Nondum conceptus</i>  | Kindeswohl   | Keine Besonderheiten                                | Kein eigener Anspruch mangels Rechtsfähigkeit des Samenspenders sowie kein Schaden  |
|                       | Samenspendender  | Postmortales Persönlichkeitsrecht  |   |   |
| § 5 I ESchG           | <i>Nondum conceptus</i>  | Leben, körperliche Unversehrtheit, Menschenwürde                         | Keine Besonderheiten                                | Keine Einwilligung der Eltern möglich   |
| § 5 II ESchG          | <i>Nondum conceptus</i>  | Leben, körperliche Unversehrtheit, Menschenwürde                         | Keine Besonderheiten                                | Keine Einwilligung der Eltern möglich   |
| § 6 I ESchG           | <i>Nasciturus</i> (Original)   | Gesundheit   | Keine Besonderheiten                                | Schaden kann im behinderungsbedingten Mehraufwand liegen  |
|                       | <i>Nondum conceptus</i> (Klon)   | Menschenwürde (Eingriffsfreiheit in Bildung menschlicher Individualität) |   |   |
| § 6 II ESchG          | <i>Nasciturus</i> (Klon)   | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Verfassungswidrig, jedenfalls aber kein Schaden   |
| § 7 I Nr. 1 ESchG     | <i>Nasciturus</i>  | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Lebendgeburt und Spezieszugehörigkeit erforderlich; möglicher Verlust der Menschenwürde bei Mensch-Tier-Chimären lässt Rechtssubjektivität entfallen, keine Korrektur durch § 242 BGB |
| § 7 I Nr. 2 ESchG     | <i>Nasciturus</i>  | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Lebendgeburt und Spezieszugehörigkeit erforderlich  |
| § 7 I Nr. 3 ESchG     | <i>Nondum conceptus</i>  | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Lebendgeburt und Spezieszugehörigkeit erforderlich  |
| § 7 II Nr. 1 a) ESchG | Verfassungswidrig, da indirekte Tötungspflicht   |  |   |   |
| § 7 II Nr. 1 b) ESchG | <i>Nasciturus</i>  | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Lebendgeburt vorausgesetzt  |
| § 7 II Nr. 2 ESchG    | <i>Nasciturus</i>  | Menschenwürde  | Keine Besonderheiten                                | Lebendgeburt vorausgesetzt  |
| § 9 ESchG             | Nr. 1: <i>nondum conceptus</i> , Gametenspendender<br>Nr. 2: <i>nasciturus</i><br>Nr. 3: Frau, auf die Embryo übertragen werden soll, <i>nasciturus</i><br>Nr. 4: <i>nondum conceptus</i> bzw. <i>nasciturus</i> | Leben, Gesundheit  | Muss auf fehlende Qualifikation zurückzuführen sein | Rechtfertigende Einwilligung möglich  |

Abbildung 5: Übersicht der Schutzbereiche der einzelnen Normen des ESchG  
Quelle: eigene Darstellung

## E. Haftungsrechtlicher Vergleich zu § 823 I BGB

Um die Bedeutung und Tragweite der Schutzgesetzhaftung nach § 823 II BGB im Kontext des Embryonenschutzgesetzes zu erfassen, ist zu fragen, inwiefern Unterschiede in Haftungsweite und Umfang zu § 823 I BGB bestehen.

Dies ist zunächst aus der Perspektive der Rechtsgutsverletzung heraus zu beantworten, da diese den Haftungsgrund des § 823 I BGB darstellt. In den Bereichen, in denen die bereits in Abschnitt C ermittelten Rechtsgüter auch von § 823 I BGB erfasst werden, ist auf die weiteren haftungsbegründenden und haftungsausfüllenden Voraussetzungen des § 823 I BGB einzugehen. Nach § 823 I BGB haftet demnach, „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt.“

### I. Rechtsgutsverletzung iSd § 823 I BGB

Durch § 823 I BGB sind die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit, sowie das Recht Eigentums als auch sonstige Rechte geschützt.

#### 1. Leben

Das Leben eines Menschen ist verletzt, wenn dieser getötet wird.<sup>1226</sup> Die hierfür maßgebliche Zäsur bildet der Hirntod;<sup>1227</sup> die Aufrechterhaltung des Lebens hingegen stellt weder Verletzung noch Schaden dar.<sup>1228</sup> Der Schutz des Lebens durch § 823 I BGB greift bereits pränatal und erfasst damit bereits den Embryo<sup>1229</sup> sowie ist sich über die Wertung von § 1 BGB auch hier hinwegzusetzen mit einem Rückgriff auf das Schutzgebot des Grundgesetzes.<sup>1230</sup> Wie jedoch schon im Kontext des § 823 II BGB festgestellt können Ansprüche in der Person des Opfers nicht entstehen, da kein Rechtsträger existiert.<sup>1231</sup> Daher kommt ein eigener Schadensersatzanspruch des Opfers aus § 823 I BGB wegen Verletzung des Lebens niemals in Betracht. Dies zeigt auch die Wertung der §§ 844–846 BGB, welche die Ansprüche der Angehörigen des Verletzten regeln.

Daher gewährt eine Verletzung des Rechtsguts Leben auch im Rahmen des § 823 I BGB keinen eigenen Anspruch des Geschädigten.

---

<sup>1226</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 30; Spickhoff in *Ahrens/Spickhoff*, Deliktsrecht § 11 Rn. 3; Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 3; Erman-*Wilhelmi*, § 823 Rn. 16.

<sup>1227</sup> Staudinger-*Hager*, § 823 B 1 mwN; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 193 mwN.

<sup>1228</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 3 mwN.

<sup>1229</sup> Staudinger-*Hager*, § 823 B 3; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 194.

<sup>1230</sup> Staudinger-*Hager*/MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 194.

<sup>1231</sup> Staudinger-*Hager*, § 823 B 2; Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 30; MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 192; Erman-*Wilhelmi*, § 823 Rn. 16.

## 2. Körper und Gesundheit

Zu den absolut geschützten Rechtsgütern des § 823 I BGB zählen auch Körper und Gesundheit. Die hM spricht von einer Verletzung des Körpers, wenn die äußere körperliche Integrität verletzt wird oder dem Opfer Schmerzen zugefügt werden.<sup>1232</sup> Eine Gesundheitsverletzung liegt vor, wenn eine medizinisch erhebliche Störung der körperlichen Funktionen physischer oder psychischer Art besteht.<sup>1233</sup> Eine Abgrenzung im Einzelfall ist aufgrund der identischen Rechtsfolgen entbehrlich.<sup>1234</sup> Die Gegenansicht von *Deutsch* zeigt mit ihren Differenzierungen hinsichtlich des Schutzes der Psyche, nach der der Schutz der Integrität des Körpers und der körperlichen Gesundheit absolut sei, auf, dass der Schutz psychischer Gesundheit nur mit Zurückhaltung angenommen werden könne,<sup>1235</sup> jedoch zu nur schwer zu begründenden Schutzlücken, wie etwa im Fall des Schocks, führe.<sup>1236</sup>

Durch das Rechtsgut Körper wird die autonome Bestimmung über den körperlichen Zustand als gesetzlich ausgeformter Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt.<sup>1237</sup> Rechtstechnisch stellt auch der ärztliche Eingriff eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar, was sich aus den Regelungen der §§ 630d II, 630 e I–IV BGB ableiten lässt, die aus der Judikatur zum Deliktsrecht übernommen wurden.<sup>1238</sup>

Eine Verletzung von Körper und Gesundheit ist auch beim noch nicht geborenen Kind möglich.<sup>1239</sup> Dies gilt bereits in dem Zeitraum vor der Zeugung.<sup>1240</sup> Voraussetzung bleibt auch hier, wie schon bei § 823 II BGB, dass der Embryo lebend zur Welt kommt.

Dies bedeutet, dass Körper und Gesundheit des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* durch § 823 I BGB geschützt werden. So kann der Mehrtransfer oder die Mehrbefruchtung durch intratubaren Gametentransfer zu einer Körper- oder Gesundheitsverletzung führen, wenn sich dadurch Risiken realisieren, die mit einer hochgradigen

---

<sup>1232</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 4. BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 9.

<sup>1233</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 38; Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 4 BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 10.

<sup>1234</sup> Spickhoff in Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht § 11 Rn. 16; Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 4; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 204; Erman-Wilhelmi, § 823 Rn. 17; aA *Deutsch*, Versicherungsrecht 25 Jahre Karlsruher Forum Jubiläumsausgabe 1983, 93, 95.

<sup>1235</sup> *Deutsch*, Versicherungsrecht 25 Jahre Karlsruher Forum Jubiläumsausgabe 1983, 93, 95 f.

<sup>1236</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 7.

<sup>1237</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 8 mwN.

<sup>1238</sup> Spickhoff in Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht, § 11 Rn. 9.

<sup>1239</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 39; Spickhoff in Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht § 11 Rn. 12.

<sup>1240</sup> Vgl. insofern die auf die Literatur zu § 823 I BGB gestützte Argumentation in D.II.1.a.i.

Schwangerschaft zusammenhängen. Ferner kommen als mögliche Verletzungshandlungen die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Klonen in Betracht. Da auch psychische Störungen vom Rechtsgut der Gesundheit geschützt werden, ist auch die Schaffung einer gespaltenen Mutterschaft oder Ersatzmutterschaft, die mit negativen psychischen Auswirkungen einhergeht, erfasst; rein faktisch erscheint dies im Hinblick auf die beschriebene Forschungslage jedoch eher unwahrscheinlich.

Doch auch Körper und Gesundheit der Frau, die den Embryo austrägt, werden geschützt. Eine Verletzung ihrer Rechtsgüter kommt insbesondere dann in Betracht, wenn eine Schwangerschaft ohne ihre wirksame Einwilligung herbeigeführt wurde. Ein Beispiel stellt etwa die fehlerhaft durchgeführte PID dar, die – obwohl sie im Einzelfall zulässig ist – das Risiko von Tod- oder Fehlgeburt oder Risiken für die Schwangere falsch darstellt; Bedeutung und Tragweite der Implantation können daher nicht eingeschätzt werden. Im Gegensatz zu den Schutznormen des ESchG werden durch die Rechtsgüter Körper und Gesundheit grundsätzlich auch die seelischen Belastungen der Eizellspenderin oder Eizellempfängerin in Folge von Eizellspende oder Ersatzmutterschaft erfasst.

Unwahrscheinlich erscheint hingegen eine unmittelbare Verletzung von Körper und Gesundheit des Samenspenders. Dies kommt idR nur bei einer operativen Gewinnung der Samenzellen direkt aus dem Hoden in Betracht, wenn keine wirksame Einwilligung diesbezüglich vorliegt.

Nicht mehr unter die Körper- oder Gesundheitsverletzung fällt die Zerstörung von Eizelle und Sperma. Die Verletzung oder Zerstörung abgetrennter Körperteile bzw. Körpersubstanzen, zu denen auch die weibliche Eizelle oder männliche Samenzellen zählen, seien nach Ansicht des BGH dann, wenn sie dazu bestimmt sind, in den Körper zurückgeführt zu werden, als Körperverletzung zu qualifizieren.<sup>1241</sup> Dieses Begriffsverständnis der Körperverletzung führt jedoch dazu, dass der zivilrechtliche Begriff der Körperverletzung weiter ist als der strafrechtliche, der ein solch funktionales Verständnis des Körperverletzungsbegriffs ablehnt;<sup>1242</sup> zudem kann ein Schutz durch die Haftung nach § 823 I BGB auch über das Allgemeine Persönlichkeitsrecht erzielt werden.<sup>1243</sup>

In der Literatur ist ferner umstritten, ob eine Schädigung des Embryos mit einer Körperverletzung der Mutter einhergeht und diese

---

<sup>1241</sup> *BGH*, NJW 1994, 127, 128.

<sup>1242</sup> *MüKo-BGB-Mertens*, § 823 Rn. 73., s. auch Ausführungen zu §§ 223, 229 StGB unter F.VI.1.

<sup>1243</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 19, vgl. auch nachfolgende Ausführungen zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht.

dann einen eigenen Entschädigungsanspruch für immaterielle Schäden nach § 253 II BGB erhält.<sup>1244</sup> Insofern könnte ein Anspruch aus § 823 I BGB in der Haftung über die des § 823 II BGB hinausgehen.

Für einen Anspruch der Mutter wegen des Absterbens des Embryos spricht, dass beide vor der Geburt eine Einheit darstellten und diesem Umstand auch im Haftungsrecht Rechnung getragen werden muss;<sup>1245</sup> allerdings ist hier zu bedenken, dass sich der Embryo in der Gebärmutter der Mutter als selbstständiges menschliches Leben entwickelt.<sup>1246</sup> Eine Qualifikation des Embryos als Bestandteil der Mutter oder gar als ihr Organ lässt sich mit dieser, auch durch die Rechtsordnung anerkannten Selbstständigkeit nicht in Einklang bringen.<sup>1247</sup> Eine Gesundheitsbeeinträchtigung ist jedenfalls aber anzunehmen, wenn der Tod der Leibesfrucht in vivo zu einer Störung der physiologischen Abläufe im mütterlichen Körper führt.<sup>1248</sup> Dies stellt dann jedoch eine eigenständige Verletzung der Mutter dar, ausgelöst durch den Tod der Leibesfrucht in ihrem Körper.

Überdies erscheint auch möglich, eine mittelbare Beeinträchtigung durch die psychische Belastung der Mutter durch Beschädigung oder Tod des Embryos anzunehmen.<sup>1249</sup> Denkbar wäre etwa, in diesem Fall einen **Schockschaden** anzunehmen, also eine seelische Erschütterung einer Person, die selbst nicht durch das Unfallgeschehen körperlich verletzt wurde, sondern diese nur durch das Miterleben der Situation erleidet.<sup>1250</sup> Die Grundsätze über Schockschäden sind auch dann anwendbar, wenn kein Unfall, sondern eine fehlerhafte ärztliche Behandlung vorliegt.<sup>1251</sup> Für eine Differenzierung zwischen der psychischen Gesundheitsverletzung aufgrund eines Unfallereignisses und einer behandlungsfehlerbedingten Schädigung eines Angehörigen besteht hingegen kein Anlass.<sup>1252</sup>

Für diesen Fall ist jedoch denkbar, einschränkend anhand der Verkehrsauffassung eine Gesundheitsverletzung nur dann anzunehmen, wenn das Maß an Beeinträchtigung und Betroffenheit das üblicherweise zu erwartende Maß bei einem schlimmen Ereignis übersteigt.<sup>1253</sup> Richtig ist somit, den Begriff der Gesundheitsverletzung

---

<sup>1244</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 45.

<sup>1245</sup> OLG Koblenz, NJW 1988, 2959., 2960.

<sup>1246</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 777, 777.

<sup>1247</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 777, 777.

<sup>1248</sup> OLG Oldenburg, NJW 1991, 2355-2356, 2356.

<sup>1249</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 45 mwN.

<sup>1250</sup> Staudinger-Höpfner, § 253 Rn. 45.

<sup>1251</sup> BGH, NJW 2019, 2387 Rn. 8.

<sup>1252</sup> BGH, NJW 2019, 2387 Rn 8, aA, Klose, NJW 2019, 2389, 2389 der eine unfallähnliche Situation nur im Falle eines groben Behandlungsfehlers annimmt, ähnlich Katzenmeier/Jansen, FS Huber, 291, 295–297.

<sup>1253</sup> BGH, NJW 1971, 1883, so wohl ebenfalls Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse § 16 Rn. 151.

im Rahmen des § 823 I BGB einheitlich zu verstehen und eine Begrenzung innerhalb der haftungsbegründenden Kausalität vorzunehmen.<sup>1254</sup>

Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität kommt es für den Schutzzweck der Norm darauf an, dass die Intensität der Störung das übliche Maß der Bestürzung und Betroffenheit bei schlimmen Ereignissen übertrifft, d. h. der Anlass den Schock als verständlich erscheinen lässt und es sich in persönlicher Hinsicht um nahe Angehörige handelt.<sup>1255</sup> Ob die persönliche Nähe anhand der rechtlichen Beziehung oder rein durch die Intensität der personalen Verbundenheit ermittelt wird, kann in der für die hiesige Fragestellung relevanten Konstellation von Mutter und ungeborenem Kind offenbleiben, da regelmäßig beides vorliegen wird. Die einschränkende Auslegung, dass die gesundheitliche Beeinträchtigung über das Maß hinausgehen müsse, denen Betroffene beim Tod oder einer schweren Verletzung eines nahen Angehörigen üblicherweise ausgesetzt sind, wurde vom BGH mittlerweile verworfen.<sup>1256</sup> Nur ohne diese Einschränkung kann daher eine konsequente Gleichstellung physischer und psychischer Beeinträchtigungen gemäß § 823 I BGB erreicht werden.<sup>1257</sup> Schließlich ist die Haftungsgrundlage eine eigene Gesundheitsverletzung des Anspruchstellers und nicht etwa die Verletzung eines Rechtsguts eines Dritten.<sup>1258</sup> Eine uferlose Ausweitung der Haftung wird bereits durch das Erfordernis des Krankheitswerts der Beeinträchtigung vermieden, für dessen Vorliegen volle Überzeugung des Tatrichters erforderlich ist, da das strenge Beweismaß von § 286 ZPO gilt.<sup>1259</sup> Überdies besteht die Möglichkeit, Schmerzensgeld im Einzelfall zu versagen, wenn die Beeinträchtigung von Intensität und Art sehr geringfügig ist und üblicherweise den Verletzten nicht nachhaltig beeindruckt.<sup>1260</sup>

Eine Schockanfälligkeit des Betroffenen unterbricht den Zurechnungszusammenhang nicht, da § 823 I BGB auch das geschwächte Rechtsgut schützen will. Ob die Voraussetzungen für die Zurechnung im Einzelfall vorliegen, ist dabei eine Tatbestandsfrage.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass im Kontext fortpflanzungsmedizinischer Behandlungen Körper- und Gesundheit sowohl der Schwangeren als auch des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* geschützt werden.

---

<sup>1254</sup> Ähnlich Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 45; Larenz/Canaris, Schuldrecht § 76 II. 1. e).

<sup>1255</sup> Erman-Ebert, Vor § 249 Rn. 52–54; krit. Staudinger-Höpfner, § 249 Rn 48, der keine der Einschränkungen für erforderlich hält.

<sup>1256</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 14.

<sup>1257</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 15.

<sup>1258</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21, Rn. 15.

<sup>1259</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21 Rn. 17.

<sup>1260</sup> BGH, Urt. v. 06.12.2022 – VI ZR 168/21 Rn. 19.

### 3. Freiheit

Eine Freiheitsverletzung im Sinne des § 823 I BGB bedeutet eine Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit.<sup>1261</sup> Erfasst werden daher zB das Festhalten und das Einsperren.<sup>1262</sup> Nicht erfasst sind hingegen die Persönlichkeitsentwicklung oder die allgemeine Handlungsfreiheit.<sup>1263</sup> Ein solch enges Verständnis legt auch der Vergleich zu den anderen bezeichneten Rechtsgütern hinsichtlich ihrer rechtsethischen Ranghöhe sowie ihrer sozialtypischen Offenkundigkeit nahe.<sup>1264</sup> Zudem entspricht dieses Verständnis der Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung für reine Vermögensschäden.<sup>1265</sup> Eine weit verstandene Handlungsfreiheit würde hierdurch das System der drei kleinen Generalklauseln sprengen.<sup>1266</sup> Im Kontext fortpflanzungsmedizinischer Behandlung erscheint jedoch die Verletzung der körperlichen Fortbewegungsfreiheit eher unwahrscheinlich.

### 4. Eigentum

Das Rechtsgut Eigentum erfasst bewegliche und unbewegliche Sachen im Sinne der §§ 90 ff. BGB; der Umfang der Norm wird durch die §§ 903 ff. BGB konturiert.<sup>1267</sup> Eine Eigentumsverletzung kann in Gestalt der Entziehung, Substanzeinwirkung oder der Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit vorliegen.<sup>1268</sup> Der Eigentümer, welcher das Eigentum im Moment des Schadenseintritts innehatte, ist im Falle einer Eigentumsverletzung aktivlegitimiert.<sup>1269</sup>

Für den Eigentumsschutz im Kontext des Embryonenschutzes ist indes zu fragen, ob überhaupt Eigentum an Embryonen und Gameten vorliegen kann. Eigentum iSd BGB kann nur an Sachen bestehen.<sup>1270</sup> Nach § 90 BGB sind Sachen nur körperliche Gegenstände.<sup>1271</sup> Demgegenüber sind Personen Rechtssubjekte, wie auch § 1 BGB zeigt

---

<sup>1261</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 53 mwN; Spickhoff in: Ahrens/Spickhoff, Deliktsrecht § 11 Rn. 18; MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn 239; Erman-Wilhelmi, § 823 Rn. 23.

<sup>1262</sup> S. Lorenz, JuS 2019, 852, 853.

<sup>1263</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 53; aA Leinemann, Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, S. 100., der auf die Entschlussfreiheit abstellt.

<sup>1264</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 53; Larenz/Canaris, Schuldrecht, § 76 II. 2. a).

<sup>1265</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 239.

<sup>1266</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht § 76 II. 2. a).

<sup>1267</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 58; Soergel-Spickhoff, § 823 Rn 58.

<sup>1268</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 249; Erman-Wilhelmi, § 823 Rn. 25.

<sup>1269</sup> Staudinger-Hager, § 823 B 58 mwN.

<sup>1270</sup> Jauernig-Mansel, § 90 Rn. 2.

<sup>1271</sup> Für Tiere gelten indes auch die sachenrechtlichen Regelungen entsprechend, obwohl sie gem. § 90a S. 1 BGB keine Sachen sind, vgl. § 90 a S. 3 BGB. Für die hiesige Fragestellung ist dies jedoch nur von begrenzter Relevanz, nämlich im Kontext nicht mehr als menschlich zu qualifizierender Mensch-Tier-Chimären oder Hybriden.

und folglich kein Rechtsobjekt, also keine Sache iSd § 90 BGB.<sup>1272</sup> Systematisch stehen sich im BGB also Rechtssubjekte (Personen) und Rechtsobjekte (Sachen) gegenüber.<sup>1273</sup> Folglich besteht am eigenen lebenden Körper und dessen Teilen kein Eigentumsrecht.<sup>1274</sup>

Allerdings werden einzelne Bestandteile des Körpers mit ihrer Abtrennung oder Entnahme zu beweglichen Sachen.<sup>1275</sup> Die spätere Intention der Wiedereinfügung in den eigenen oder einen fremden Körper ändert hieran nichts.<sup>1276</sup> Die Annahme einer funktionalen Einheit zum Körper kann jedoch nicht überzeugen.<sup>1277</sup> Danach sei trotz Trennung vom Körper von einer Körperverletzung und nicht einer Sachbeschädigung auszugehen, solange die Bestandteile eine funktionale Einheit mit dem Körper bilden.<sup>1278</sup> Doch führt dies nicht nur zu einem divergierenden Begriffsverständnis in Zivil- und Strafrecht, sondern ist auch nicht erforderlich, da insofern befürchtete Schutzlücken durch die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts als sonstiges Recht im Rahmen des § 823 I BGB aufgefangen sind.<sup>1279</sup> Dies bedeutet, dass Gameten mit der Entnahme aus dem menschlichen Körper zu Sachen iSd § 90 BGB werden.<sup>1280</sup> Die Annahme der Sacheigenschaft von Gameten sorgt für einen angemessenen Rechtsschutz vor eigenmächtigem Umgang mit diesen.<sup>1281</sup> Das Eigentum entsteht dabei analog zu § 953 BGB in der Person des Gametenspenders.<sup>1282</sup> Es fehlt nämlich eine Regelung zur rechtlichen Einordnung abgetrennter Körperteile, worunter auch die Gameten fallen und ist überdies die Interessenlage vergleichbar, da das Bedürfnis für den Schutz vor Beeinträchtigungen durch Dritte ebenso besteht.<sup>1283</sup> Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund der persönlichen Überlagerung ein Übergang des Eigentums auf den Erben nach § 1922 BGB nicht anzunehmen ist.<sup>1284</sup>

---

<sup>1272</sup> Staudinger-*Stieper*, § 90 Rn. 27.

<sup>1273</sup> Staudinger-*Stieper*, § 90 Rn. 27.

<sup>1274</sup> Staudinger-*Stieper*, § 90 Rn. 27 mwN.

<sup>1275</sup> MüKo-BGB-*Stresemann*, § 90 Rn. 26.

<sup>1276</sup> MüKo-BGB-*Stresemann*, § 90 Rn. 27; aA *BGH*, NJW 1994, 127, 128; *S. Lorenz*, JuS 2019, 852, 853.

<sup>1277</sup> MüKo-BGB-*Stresemann*, § 90 Rn. 27.

<sup>1278</sup> *BGH* NJW 1994, 127, 128.

<sup>1279</sup> Vgl. insofern bereits Ausführungen zu den Rechtsgütern Körper und Gesundheit, E.I.2.

<sup>1280</sup> Zutreffend *Koch*, MedR 1986, 259, 262; aA *Britting*, postmortale Insemination, die aufgrund der innewohnenden Entwicklungschance von einer Höherwertigkeit von Keimzellen ausgeht und diese deshalb nicht sachenrechtlichen Regeln unterwerfen möchte, ähnlich *A. Kaufmann*, Der entfesselte Prometheus, 259, 262.

<sup>1281</sup> *Koch*, MedR 1986, 259, 262.

<sup>1282</sup> *P. Schäfer*, Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen, S. 49.

<sup>1283</sup> Ähnlich zu abgetrennten Körperteilen im allgemeinen *Taupitz*, JZ 1992, 1089, 1092.

<sup>1284</sup> MüKo-BGB-*Leipold*, § 1922 Rn. 185; *Erman-Lieder*, § 1922 Rn. 36b; aA *Staudinger-Kunz*, § 1922 Rn. 284–294, die davon ausgeht, dass Eigentumsrechte an abgetrennten Körperbestandteilen zum vererbaren Vermögen gehören, dies

In Abgrenzung zu den Gameten stellen Embryonen bereits eine Vorstufe zum Menschen dar und nicht mehr nur eine bloße Verschmelzung eigentumsfähiger Körpersubstanzen.<sup>1285</sup> Mit den Grundprinzipien des Sachenrechts, der Eigentümerwillkür (§ 903 BGB) und der freien Verfügbarkeit (§§ 929 ff. BGB) lassen sich diese Vorstufen allerdings nicht vereinbaren, da sie bereits Schutzgegenstand von grundgesetzlicher Menschenwürde und Lebensrecht sind.<sup>1286</sup> Der Mensch ist nach § 1 BGB als Träger von Rechten Rechtssubjekt. Eine Qualifizierung als Sache und folglich als Rechtsobjekt ist damit nicht zu vereinbaren.<sup>1287</sup> Das Recht am eigenen Körper ist somit ein besonders ausgeformter Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nicht aber ein Eigentumsrecht.<sup>1288</sup>

Schwieriger erscheint die Frage der Sacheigenschaft von 2-PN-Zellen. Wie einleitend<sup>1289</sup> beschrieben liegt die Besonderheit dieser Zellen darin, dass die Befruchtungskaskade noch nicht abgeschlossen ist, die Genetik jedoch bereits durch das Eindringen der Samenzelle in die Eizelle feststeht und eine Trennung der Gameten nicht mehr möglich ist. Die Rechtsprechung geht diesbezüglich noch von einer Sacheigenschaft aus.<sup>1290</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung vermag dies zu überzeugen. Eine 2-PN-Zelle wird daher vom (ohnehin schon weiten) Embryonenbegriff des § 8 ESchG noch nicht erfasst und die Frage der Sacheigenschaft in Abgrenzung zur Person sollte parallel verlaufen. Noch weniger überzeugt hier die Annahme einer ‚funktionalen Einheit‘: Denn dies hätte zur Folge, dass ein Körperteil (hier also die 2-PN-Zelle) zu zwei Menschen gehören würde – ein eher ungewöhnliches Ergebnis.<sup>1291</sup> Folglich sind auch 2-PN-Zellen noch als Sachen zu qualifizieren. Problematisch ist in einem zweiten Schritt dann jedoch die Frage der Aktivlegitimation zu beantworten. Diese hängt davon ab, wie die Eigentumsverhältnisse an der geschaffenen 2-PN-Zelle sind. Mit der Entstehung der 2-PN-Zelle ist jedenfalls nach dem Rechtsgedanken

---

jedoch nicht zu einer beliebigen Verfügungsbefugnis führt, da insofern das Persönlichkeitsrecht des Spenders postmortal fortwirkt.

<sup>1285</sup> MüKo-BGB-Stresemann, § 90 Rn. 27; nicht ganz eindeutig hinsichtlich der Einordnung von 2-PN-Zellen Eser, Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens, S. 9; aA Bilsdorfer, MDR 1984, 803, 804 wohl geleitet von dem wegen des ESchG nicht mehr zutreffenden Gedanken, dass nur durch die Annahme der Sacheigenschaft und der damit einhergehenden Möglichkeit zur Sachbeschädigung ein Schutz des Embryos vorläge.

<sup>1286</sup> BeckOGK BGB-Mössner (Stand: 01.03.2021), § 90 Rn. 16 mwN.

<sup>1287</sup> MüKo-BGB-Stresemann, § 90 Rn. 27.

<sup>1288</sup> BeckOGK BGB-Mössner (Stand: 01.03.2021), § 90 Rn. 15.

<sup>1289</sup> A.II.2.

<sup>1290</sup> OLG Rostock, BeckRS 2010, 12238, II. 1.; LG Darmstadt, BeckRS 2019, 20419, Rn. 25.

<sup>1291</sup> Frister/Börger, Rechtliche Probleme der Kryokonservierung von Keimzellen, 93, 99.

des § 947 I BGB von einem Miteigentum der Gametenspender auszugehen.<sup>1292</sup>

Problematisch erscheint zudem auch die Abgrenzung zum Vermögen, welches nicht durch § 823 I BGB geschützt ist.<sup>1293</sup> Denkbar ist jedoch, diese Abgrenzung nach der Modalität der Beeinträchtigung vorzunehmen, also eine Einwirkung auf die Sache selbst zu fordern.<sup>1294</sup> Eine Verletzung des Eigentums liegt danach vor, wenn dieses entzogen wird.<sup>1295</sup> Ein Eingriff in die Substanz durch Zerstörung und Beschädigung stellt ebenfalls eine Eigentumsverletzung dar. Wenn die Entwicklung einer Sache aufgrund der Einwirkung des Schädigers gestört wird, liegt auch hierin eine Beeinträchtigung des Eigentums.<sup>1296</sup> Wohl nicht ausreichend ist damit die Behauptung der Rechtsinhaberschaft als Eigentumsverletzung.<sup>1297</sup>

### **5. Sonstige Rechte, insbes. das allgemeine Persönlichkeitsrecht**

Der Begriff der sonstigen Rechte ist, um nicht das gesamte Vermögen deliktisch zu schützen, restriktiv zu interpretieren.<sup>1298</sup> Ein jedes umfassendes Verständnis über ein rechtlich geschütztes Interesse würde nämlich das gesetzliche System der drei kleinen deliktischen Generalklauseln sprengen und § 823 I BGB zu einer großen Generalklausel erheben.<sup>1299</sup> Folglich werden die allgemeine Handlungsfreiheit und das Vermögen anekanntermaßen nicht als sonstige Rechte iSd § 823 I BGB verstanden.<sup>1300</sup>

Kennzeichnend für sonstige Rechte ist der positive Zuweisungsgehalt sowie die negative Ausschlussfunktion;<sup>1301</sup> letztere fehlt dem Vermögen als solchem.<sup>1302</sup> Die folgenden Ausführungen zu den sonstigen Rechten sind daher auf solche beschränkt, welche für die

---

<sup>1292</sup> *LG Darmstadt*, BeckRS 2019, 20419, Rn. 26 Rn 25 f.; *Frister/Börger*, Rechtliche Probleme der Kryokonservierung von Keimzellen, 93, S. 93, S. 97 mwN; *Mayr*, NZFam 2018, 913, 913; BeckOGK BGB-*Mössner* (Stand: 01.03.2021), § 90 Rn. 16.2 mwN; *Neuner*, BGB AT, § 24 Rn. 17 mwN; *Prehn*, MedR 2011, 559, 562 mwN; *Schack*, JZ 2019, 864,869, ähnlich *Bilsdorfer*, MDR 1984, 803, 804, der jedoch nicht zwischen 2-PN-Zellen und Embryonen differenziert. Problematisch ist die hier nicht zu vertiefende Frage, was post mortem mit dem Miteigentumsanteil passiert. Nach Ansicht des LG Darmstadt handelt es sich um ein höchstpersönliches, nicht vererbbares Recht; allerdings wird damit nicht erklärt, welche Folgen ein nur hälftig bestehender Miteigentumsanteil sachenrechtlich hat, vgl. *LG Darmstadt*, BeckRS 2019, 20419, Rn. 27.

<sup>1293</sup> MüKo-BGB-*Wagner*, § 823 Rn. 423.

<sup>1294</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 61.

<sup>1295</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 64.

<sup>1296</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 84.

<sup>1297</sup> *Staudinger-Hager*., § 823 B 78.

<sup>1298</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 76 II. 2. a).

<sup>1299</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 76 II. 4. a).

<sup>1300</sup> *Larenz/Canaris*, Schuldrecht § 76 II. 4. a).

<sup>1301</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 124 mwN.

<sup>1302</sup> *Staudinger-Hager*, § 823 B 192; MüKo-BGB-*Wagner* § 823 Rn 423.

weitergehende Bearbeitung von Bedeutung sind; dies ist hier lediglich das Allgemeine Persönlichkeitsrecht.

Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist verfassungsrechtlich durch Art. 2 I iVm Art. 1 I GG garantiert<sup>1303</sup> und steht allen Menschen zu.<sup>1304</sup> Hierfür ist weder ein Bewusstsein über das Vorhandensein der eigenen Persönlichkeit noch über eine Verletzung dieser erforderlich.<sup>1305</sup> Dies gilt auch für den *nasciturus*, obwohl der Anspruch erst mit der Geburt entsteht.<sup>1306</sup> Es vermag sich jedoch nicht pauschal gegenüber dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Mutter durchzusetzen.<sup>1307</sup> Die Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ist jedoch nur dann gegeben, wenn bei einer Interessenabwägung die Schutzinteressen des Geschädigten gegenüber den schutzwürdigen Belangen des Schädigers überwiegen.<sup>1308</sup>

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts wirkt jedoch auch postmortal fort. Der postmortale Schutz erfasst den allgemeinen Achtungsanspruch sowie den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert einer Person.<sup>1309</sup> Da den Interessen des Verstorbenen durch den Ersatz immaterieller Schäden nicht mehr entsprochen werden kann, scheidet ein solcher trotz verbleibender generalpräventiver Wirkung aus.<sup>1310</sup> Ansprüche auf Ersatz materieller Schäden sind hingegen vererblich.<sup>1311</sup>

Das hierin enthaltene Bestimmungsrecht über den Körper schützt die Befugnis, über die Verwendung von Körperbestandteilen zu bestimmen.<sup>1312</sup>

Die Ausführungen zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und postmortalen Persönlichkeitsrecht im Rahmen der Untersuchung der tauglichen Schutzgesetze des ESchG treffen auch im Rahmen des § 823 I BGB zu. Als Verletzungshandlungen, die eine Beeinträchtigung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen, kommen insbesondere diejenigen durch das ESchG verbotenen Handlungen, welche das Allgemeine Persönlichkeitsrecht schützen, in Betracht. Eine Erweiterung liegt jedoch insofern vor, als dass Schutzlücken, die aufgrund technischer Neuerungen entstanden sind, wie etwa

---

<sup>1303</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 3.

<sup>1304</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 19.

<sup>1305</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 19 mwN insbesondere zur Rechtsprechung.

<sup>1306</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 88.

<sup>1307</sup> Taupitz, JZ 1992, 1089., 1094.

<sup>1308</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 417.

<sup>1309</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 34.

<sup>1310</sup> BeckOK BGB-Förster, § 12 Rn. 164; Ludyga, ZEV 2022, 693, 696 mwN; aA Staudinger-Hager, C 47a, der dies im Hinblick auf die einseitige Begünstigung des Verletzers ablehnt.

<sup>1311</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 47c.

<sup>1312</sup> Staudinger-Hager, § 823 C 243.

beim Einsatz des Zellkernverfahrens, dennoch dem Schutz durch § 823 I BGB unterfallen.

## II. Kausalzusammenhang, Adäquanz und Schutzzweck der Norm

Im Grundsatz erfasst die Haftung des Schädigers im Rahmen des § 823 I BGB unmittelbar wie mittelbar durch seine Handlung verursachte Verletzungen, sofern diese zurechenbar sind.<sup>1313</sup>

Die objektive Zurechnung der verletzenden Handlung zum Schädiger erfordert einen doppelten Kausalzusammenhang.<sup>1314</sup> Dieser muss zwischen Rechtsgutsverletzung und schädigender Handlung (haftungsbegründende Kausalität) sowie zwischen Rechtsgutsverletzung und Schaden (haftungsausfüllende Kausalität) bestehen;<sup>1315</sup> dies erfordert zunächst äquivalente Kausalität. Danach sind alle Handlungen kausal, die nicht hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolgseintritt in seiner konkreten Gestalt entfällt.<sup>1316</sup> Im Falle des Unterlassens liegt äquivalente Kausalität vor, wenn die unterbliebene Handlung den Erfolgseintritt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit verhindert hätte.<sup>1317</sup>

Einschränkend ist erforderlich, dass das Verhalten generell und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des Erfolges geeignet war, was mithin als Adäquanz bezeichnet wird.<sup>1318</sup> Im Rahmen der haftungsbegründenden Kausalität ist ihre Bedeutung jedoch mit Blick auf das tatbestandlich bereits vorausgesetzte Verschuldenserfordernis sehr gering.<sup>1319</sup>

Schließlich müssen die Tatfolgen, für die Ersatz begehrt wird, auch in den Schutzbereich des Gesetzes fallen. Hier ist daher zu fragen, ob es die Funktion des § 823 I BGB ist, das verletzte Rechtsgut gerade auch vor der konkreten Verletzungsart zu schützen. In der Regel fehlt dies, wenn die sich realisierende Gefahr dem Risikobereich des Geschädigten oder dem allgemeinen Lebensrisiko zuzurechnen ist.<sup>1320</sup> Eine besondere Bedeutung hat die Schutzzwecklehre im Rah-

---

<sup>1313</sup> Staudinger-Hager, § 823 A 9.

<sup>1314</sup> BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 256.

<sup>1315</sup> BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 256.

<sup>1316</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 20.

<sup>1317</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 20.

<sup>1318</sup> StRspr BGH NJW 2017, 263 Rn. 15, vgl auch Nachweise bei BeckOK BGB-Förster, § 823 Rn. 258.

<sup>1319</sup> Soergel-Spickhoff, § 823 Rn. 25.

<sup>1320</sup> BGH NJW 2014, 2190, 2191 mwN zu Rspr und Lit.

men des § 823 I BGB im Bereich der Verkehrssicherungspflichten.<sup>1321</sup> Im Verhältnis zu den Schutzgesetzen iSd § 823 II BGB ist zu bedenken, dass diesen zwar eine Konkretisierungsfunktion<sup>1322</sup> zukommt, das darin niedergelegte Pflichtenprogramm jedoch nicht grundsätzlich als Höchstanforderung zu verstehen ist und sich umgekehrt aus dem Fehlen eines Schutzgesetzes auch keine Sperrwirkung ergibt.

Die Einschränkungen der Adäquanz und des Schutzzwecks der Norm können kumulativ eingreifen, d. h. das eine verdrängt nicht das andere.<sup>1323</sup>

### III. Rechtswidrigkeit

Ein Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 I BGB setzt Rechtswidrigkeit voraus. Aufgabe des Rechtswidrigkeitsurteils ist es, die Normwidrigkeit des schädigenden Verhaltens festzustellen.<sup>1324</sup> Nach der klassischen Auffassung, der auch die Rechtsprechung im Ergebnis folgt, ist die Rechtswidrigkeit erfolgsbezogen zu beurteilen.<sup>1325</sup> Dies bedeutet, dass bei einer Rechtsgutsverletzung die Tatbestandsmäßigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert.<sup>1326</sup> Für dieses erfolgsbezogene Verständnis spricht die dogmatische Klarheit sowie der Einklang mit der Terminologie des § 823 I BGB, welche die Fahrlässigkeit und Widerrechtlichkeit als nebeneinander bestehende Haftungsvoraussetzungen benennt.<sup>1327</sup>

Eine Ausnahme ist jedoch beim offenen Tatbestand der Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu machen.<sup>1328</sup> Hier ist eine Güter- und Interessenabwägung erforderlich, bei der zu überprüfen ist, ob das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt.<sup>1329</sup>

Besteht die Verletzungshandlung in einem Unterlassen, so liegt Rechtswidrigkeit nur vor, wenn gegen eine Rechtspflicht zum Handeln verstoßen wurde.<sup>1330</sup>

---

<sup>1321</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 28.

<sup>1322</sup> Vgl. Ausführungen oben A.I.2.

<sup>1323</sup> Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 22 mwN.

<sup>1324</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 24.

<sup>1325</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 24.

<sup>1326</sup> Wird hingegen einem handlungsbezogenen Verständnis der Rechtswidrigkeit gefolgt, muss festgestellt werden, dass der Handelnde gegen eine Verhaltensregel, die durch die Rechtsordnung aufgestellt wurde und damit gegen die generell erforderliche Sorgfalt verstoßen hat. vgl. zum Rechtsstreit Darstellung in Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 24.

<sup>1327</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 24.

<sup>1328</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 25.

<sup>1329</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 95.

<sup>1330</sup> Grüneberg-*Sprau*, § 823 Rn. 25.

Das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen schließt hingegen die Rechtswidrigkeit aus.<sup>1331</sup> Zu erwähnen ist hier insbesondere die Möglichkeit der Einwilligung.<sup>1332</sup>

#### IV. Verschulden

Ferner setzt ein Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB Verschulden voraus. Hierzu ist Vorsatz oder Fahrlässigkeit als Erscheinungsform des Verschuldens sowie die Zurechnungsfähigkeit der handelnden Person gem. § 827 BGB erforderlich.<sup>1333</sup> Bei Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes entfällt das Verschulden.<sup>1334</sup> Hierzu zählen der entschuldigende Notstand, der unvermeidbare Verbotsirrtum sowie die subjektive Unzumutbarkeit.<sup>1335</sup>

##### 1. Grundsatz

Vorsatz bezeichnet die bewusste Verletzung eines Rechtsgutes, wobei ausreichend ist, dass der Verletzungserfolg vorausgesehen und gewollt wird.<sup>1336</sup> Bezugspunkt ist somit die Verletzung des Rechtsguts und nicht der Schadenseintritt.<sup>1337</sup> Hierin liegt ein Unterschied zu § 826 BGB, wonach sich der Vorsatz auch auf die Schädigung erstrecken muss<sup>1338</sup> und zu § 823 II BGB, bei dem der Verschuldensbezug verkürzt ist, da als Bezugspunkt bereits alleinig die Schutzgesetzverletzung und nicht etwa ein darüberhinausgehender Verletzungserfolg gilt.

Fahrlässig handelt hingegen gem. der Legaldefinition in § 276 II BGB, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt. Dieser Sorgfalsmaßstab ist objektiviert, wie sich durch den Bezug auf die Verkehrserfordernisse zeigt.<sup>1339</sup>

Im haftungsrechtlichen Vergleich zu § 823 II BGB im Kontext fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen ergeben sich Unterschiede vor allem im Verschuldensbezug, etwa das Rechtsgut Gesundheit von *nondum conceptus* oder *nasciturus* im Hinblick auf die Entwicklung bei gespaltener Mutterschaft wie zB im Falle der Eizellspende: Für einen Anspruch aus § 823 I BGB ist erforderlich, dass der Arzt diesbezüglich, also hinsichtlich der psychischen Gesundheitsschädigung durch Eizellspende, vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Doch

---

<sup>1331</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 27.

<sup>1332</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 38.

<sup>1333</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 40, § 827 Rn. 1.

<sup>1334</sup> Grüneberg-Sprau, § 823 Rn. 40.

<sup>1335</sup> Staudinger-Hager, § 823 A 4 mwN.

<sup>1336</sup> BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 398.

<sup>1337</sup> BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 399.

<sup>1338</sup> BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 399.

<sup>1339</sup> BGB-RGRK-Steffen, § 823 Rn. 405.

wird der Vorsatz regelmäßig davon geprägt sein, ein Kind zu zeugen und dieses nicht in seiner Gesundheit zu schädigen.

Ein weiterer Unterschied zu den untersuchten Normen des ESchG besteht hinsichtlich des Verschuldensmaßes. Bei sämtlichen Normen des ESchG ist wegen § 15 StGB bzw. § 10 OWiG Vorsatz erforderlich, im Rahmen von § 823 I BGB ist bereits fahrlässiges Handeln ausreichend.

## 2. Innerfamiliärer Bereich

Die Haftung auch für fahrlässiges Handeln überzeugt jedoch nicht im innerfamiliären Bereich. Denn sind die an den fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen beteiligten Frauen sowie Männer potenzielle Eltern des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus*. Ansprüche des später geborenen Kindes gegen seine Eltern greifen jedoch auch in den Kernbereich der in den Schutzbereich des Art. 6 I GG fallenden familiären Privatsphäre ein. Daher bietet es sich hier an, auf das Haftungsprivileg des § 1664 I BGB analog zurückzugreifen. Gem. § 1664 I BGB haben die Eltern bei der Ausübung der elterlichen Sorge dem Kind gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen. Gem. § 277 BGB schließt dies eine Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht aus.

Die Norm des § 1664 I BGB hat eine Doppelfunktion: Sie legt den Maßstab der elterlichen Sorgfaltspflichten fest und stellt eine eigenständige Anspruchsgrundlage für Ansprüche der Kinder gegenüber ihren Eltern dar.<sup>1340</sup>

Früher wurde vertreten, dass ein gegen §§ 823 ff. BGB verstoßendes Verhalten der Eltern, welches der Personen- und Vermögenssorge widerspricht, nicht von der Haftungsbeschränkung des § 1664 I BGB erfasst sein solle.<sup>1341</sup> Der Sinn und Zweck des § 1664 I BGB, den innerfamiliären Frieden zu wahren, passt jedoch auch dann, wenn zwischen unerlaubter Handlung und elterlicher Sorge ein innerer Zusammenhang besteht und wäre auf gleiche Weise bei einem deliktischen Anspruch gestört;<sup>1342</sup> Wortlaut und Systematik legen dieses Ergebnis ebenfalls nahe.<sup>1343</sup> Ein konkurrie-

---

<sup>1340</sup> So jedenfalls die hM, vgl. Staudinger-Heilmann, § 1664 Rn. 6 mwN; Soergel-Hilbig-Lugani, § 1664 BGB Rn 1; MüKo-BGB-P. Huber, § 1664 Rn. 1; BeckOK BGB-Veit, § 1664 Rn. 1, 2. Da der eigenständige Anspruch aus § 1664 I BGB hier nicht relevant ist und die aA (zB Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 58 Rn 65) von einer reinen Regelung des Sorgfaltsanspruchs ausgeht, ist ein Streitentscheid an dieser Stelle entbehrlich.

<sup>1341</sup> So zB noch 2009 Staudinger-Engler, § 1664 BGB Rn. 34 mit Hiwneisen aus der älteren Rspr.

<sup>1342</sup> Vgl. zum Sinn und Zweck Soergel-Hilbig-Lugani, § 1664 BGB Rn 1; MüKo-BGB-P. Huber, § 1664 Rn. 9.

<sup>1343</sup> Staudinger-Heilmann § 823 Rn. 35 mwN.

render Anspruch aus § 1664 I BGB selbst würde neben den regelmäßig ebenfalls vorliegenden §§ 823 ff. BGB leerlaufen, wenn die Haftungsprivilegierung nicht übernommen würde.<sup>1344</sup> Schließlich passt auch die Interessenlage der Beteiligten, da das Kind den Eltern nicht schutzlos gegenübersteht, sondern durch die Unterhaltspflicht der Eltern geschützt ist.<sup>1345</sup>

Direkt anwendbar ist § 1664 I BGB allein auf die rechtlichen Eltern, wie sich aus dem Wortlaut „bei der Ausübung der elterlichen Sorge“ ergibt.<sup>1346</sup> Eine analoge Anwendung nimmt die hM für Fälle an, in denen ein nicht sorgerechtigter Elternteil bei der Ausübung seines Umgangsrechts faktisch die Sorge für sein Kind ausübt sowie (str.) bei Pflegeeltern.<sup>1347</sup> Vorliegend kommt eine direkte Anwendung des § 1664 I BGB allerdings nicht in Betracht, wenn die Personen zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung (noch) keine Beziehung in Form der Elternschaft zum *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* haben.

Hierbei besteht auch eine Regelungslücke. Zwar liegt die elterliche Sorge als Gegenstück zur Haftungsmilderung erst mit der Vollendung der Geburt vor, doch wirkt diese zivilrechtlich in Form der Fürsorgepflicht gem. § 1912 I BGB<sup>1348</sup> vor, sodass auch eine Vorwirkung der Haftungsmilderung angezeigt ist. Ferner spricht für die Analogie auch der Sinn und Zweck des § 1664 I BGB, nämlich die Wahrung des innerfamiliären Friedens. Der innerfamiliäre Frieden ist unabhängig davon, ob die Verletzungshandlung des deliktischen Anspruchs vor oder nach der Geburt stattfindet, durch die Geltendmachung des jeweiligen Anspruchs gefährdet, da der Anspruch des *nondum conceptus* wie bereits festgestellt, die Lebendgeburt voraussetzt. Der mögliche Zeitraum der Geltendmachung liegt also sowohl im Falle der direkten als auch analogen Anwendung des § 1664 I BGB nach der Geburt.

An eine Regelung der hier vorliegenden Problematik hat der Gesetzgeber nicht gedacht. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass die Norm inhaltlich seit dem Gleichberechtigungsgesetz aus dem Jahr 1957 keine Änderung erfahren hat und damals die heutigen Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin<sup>1349</sup> und somit auch die damit einhergehenden rechtlichen Probleme noch unbekannt waren.

---

<sup>1344</sup> MüKo-BGB-P. Huber, § 1664 Rn. 9.

<sup>1345</sup> MüKo-BGB-P. Huber, § 1664 Rn. 9.

<sup>1346</sup> Vgl. insofern auch Soergel-Hilbig-Lugani, § 1664 BGB Rn. 3.

<sup>1347</sup> BeckOK BGB-Veit, § 1664 I Rn. 5, 6.

<sup>1348</sup> Vgl. zu Beginn und Vorwirkung der elterlichen Sorge Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 58 Rn. 8. Zwar betrifft § 1912 II BGB dem Wortlaut nach nur die Leibesfrucht, doch passt der Gedanke der Vorwirkung nach dem Sinn und Zweck des § 1664 I BGB auf die Wahrung des innerfamiliären Friedens und ebenso auf die Phase vor der Zeugung.

<sup>1349</sup> Vgl. insbesondere Zeitleiste in Abschnitt A.III.1.

Die Analogie passt allerdings so nur für die Eizellempfängerin, denn nur diese wird rechtlich Mutter gem. § 1591 BGB, weshalb nur in ihrer Person später die elterliche Sorge gem. § 1626 I BGB entsteht. Eine Analogie auf andere nicht sorgeberechtigte Personen wurde bisher nur dann erwogen, wenn diese Person faktisch die elterliche Sorge wahrnimmt.<sup>1350</sup> Begründet wird die restriktive analoge Anwendung des § 1664 I BGB damit, dass dort die besondere familienrechtliche Ausprägung im Verhältnis Schädiger-Kind vorausgesetzt wird; bei der Eizellspende kann beispielsweise hiervon in der Person der Eizellspenderin nicht immer ausgegangen werden. Es kann daher durchaus sein, dass die Eizellspenderin mit dem später geborenen Kind keinen Kontakt hat und dies auch niemals beabsichtigt hat. In diesen Fällen fehlt es an dem für die Analogie erforderlichen Ähnlichkeitsvergleich. Denkbar ist jedoch auch das Vorhandensein einer solchen Beziehung, wenn es zB um eine Eizellspende innerhalb einer weiblichen Paarbeziehung geht, also die eine Partnerin die (wohl mittels Samenspende) befruchtete Eizelle der anderen Partnerin austrägt und eine spätere Adoption geplant ist.

Auch im Falle der Ersatzmutterchaft ist die Rechtslage vergleichbar, da sich ihre rechtliche Elternstellung aus der Geburt ergibt und für die dritte Person durch die geplante Annahme als Kind; denn gem. § 1794 III BGB steht die elterliche Sorge mit der Annahme der annehmenden Person bzw. den annehmenden Ehegatten zu.

Sollte der Samenspender nach der Geburt rechtlich die Vaterschaft innehaben, so kann sich dieser ebenfalls auf die Haftungsbeschränkung aus § 1664 I BGB analog berufen. Für die Erlangung der Vaterschaft kommen insbesondere die Ehe mit der werdenden Mutter gem. § 1592 Nr. 1 BGB sowie die pränatale Anerkennung der Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter gem. §§ 1592 Nr. 2, 1594 IV, 1595 I BGB in Betracht.

## **V. Materieller oder immaterieller Schaden**

Die Berechnung des Schadens richtet sich auch im Rahmen des § 823 I BGB nach der Differenzhypothese gem. §§ 249 ff. BGB. Allerdings ist hier zu beachten, dass nicht für jedes in § 823 I BGB aufgeführte Rechtsgut ein immaterieller Schaden ersetzbar ist. Gem. § 253 II BGB kann Entschädigung in Geld nämlich nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden. § 253 II BGB listet diesbezüglich die Verletzung von Körper, Gesundheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung auf. Folglich ist im Falle der Eigentumsverletzung der Schadensersatzanspruch auf materielle Schäden begrenzt.

---

<sup>1350</sup> S. o.

## **F. Mögliche Schutzgesetze mit ähnlicher Schutzrichtung außerhalb des ESchG**

Fraglich ist hier, ob die durch das ESchG geschützten Personen und Rechtsgüter auch durch andere Schutzgesetze gleichermaßen geschützt werden. Da es sich das ESchG, wie die Gesetzesbegründung zeigt, zum Ziel gemacht hat, strafrechtliche Verbote nur dort vorzusehen, „wo sie zum Schutz besonders hochrangiger Rechtsgüter unverzichtbar erscheinen“, stellt sich aufgrund der hiermit einhergehenden Nähe zu den Grundrechten und Gewährleistungen der EMRK die Frage, ob diese jeweils taugliche Schutzgesetze darstellen können. Im Anschluss daran wird auf die Regelungen des Kernstrafrechts einzugehen sein. Darauffolgend sollen die Spezialgesetze AMG und TPG untersucht werden. Schließlich wird die Schutzgesetztauglichkeit der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns sowie der Richtlinien über künstliche Befruchtung analysiert. Die Ergebnisse dieser Untersuchungen werden abschließend zusammengefasst.

## **V. Grundrechte, Gewährleistungen der EMRK**

Denkbar wäre es, Grundrechte direkt als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB heranzuziehen. Hierzu böten sich insbesondere das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I GG iVm Art 2 I GG sowie die Menschenwürde aus Art. 1 I GG an.

Problematisch erscheint jedoch, ob Grundrechte überhaupt als Schutzgesetz qualifiziert werden können.

Grundrechte sind als Rechtsnormen iSd Art. 2 EGBGB zu qualifizieren.<sup>1351</sup> Auch am Individualschutzzweck besteht kein vernünftiger Zweifel, da sie dem Schutz des Einzelnen dienen und der Verfassungsgeber dies durch die Bindung aller Staatsgewalt an die Grundrechte durch Art. 1 III GG deutlich zum Ausdruck gebracht hat.<sup>1352</sup>

Zu beachten ist jedoch, dass der in Anspruch zu Nehmende Adressat des Ge- oder Verbots sein muss, denn nur dann kann dieser den Tatbestand des Schutzgesetzes verwirklichen und haftungsrechtlich daraus in Anspruch genommen werden.<sup>1353</sup> Grundrechte richten sich jedoch nicht an Privatpersonen.<sup>1354</sup> Damit liegt deren Geltungsdimension im Verhältnis Staat zu Bürger.<sup>1355</sup> Die Anerkennung der

---

<sup>1351</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 157.

<sup>1352</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 157; *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn. 549.

<sup>1353</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 157.

<sup>1354</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S 176; *BeckOGK BGB-Spindler* (Stand: 01.02.2023), § 823 Rn. 256 mwN.

<sup>1355</sup> *MüKo-BGB-Wagner*, § 823 Rn. 549.

Grundrechte als Schutzgesetz würde demnach zu einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrechtsverhältnis führen und damit die Differenzierung von staatlicher Machtausübung und Privatautonomie faktisch aufheben.<sup>1356</sup> Die Schutzpflicht des Staates führt indes dazu, dass dieser verpflichtet ist, grundrechtliche Rechtsgüter vor Verletzungen durch das Verhalten Privater zu schützen und dies durch eine entsprechende Ausgestaltung des Privatrechts zu gewährleisten.<sup>1357</sup>

Dass jedoch der Staat selbst an die Grundrechte über Art. 1 III GG gebunden ist, führt dazu, dass diese für privatrechtsförmiges Staatshandeln als Schutzgesetze herangezogen werden können.<sup>1358</sup> Die Konkretisierung des Verfassungsrechts ist jedoch Aufgabe des einfachen Gesetzgebers. Daher kommt ein Rückgriff auf Grundrechte als Schutzgesetze nur im Falle des Fehlens verfassungsrechtlich erforderlicher Ge- oder Verbote oder der Unvereinbarkeit bestehender Ge- und Verbote mit Grundrechten in Betracht.<sup>1359</sup>

Möglich erscheint daher, jedenfalls diejenigen Grundrechte, welche nach Wortlaut und Systematik auch an Privatpersonen gerichtet sind, (ausnahmsweise) als Schutzgesetze heranzuziehen.<sup>1360</sup> Nach dem Wortlaut richten sich sowohl Art. 48 II GG<sup>1361</sup> als auch Art 9 III GG an Privatpersonen.<sup>1362</sup>

Art. 48 II GG verbietet die Behinderung der Übernahme oder Ausübung eines Abgeordnetenamts sowie eine Kündigung oder Entlassung aus diesem Grunde.<sup>1363</sup> Überschneidungen mit dem Embryonenschutz sind hier nicht denkbar.

Auch zwischen der in Art 9 III GG statuierten Koalitionsfreiheit und dem Embryoenschutz bestehen keine Überschneidungen.

Schließlich könnte angedacht werden, ob nicht von der Menschenwürde aus Art. 1 I GG eine unmittelbare Drittwirkung ausgeht. Dies könnte sich aus der systematischen Stellung vor Art. 1 III GG ergeben, der davon spricht, dass die „nachfolgenden“ Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden.<sup>1364</sup> Eine gerichtliche Entscheidung, wel-

---

<sup>1356</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 549.

<sup>1357</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 550.

<sup>1358</sup> Nähergehend *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 171.

<sup>1359</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 171.

<sup>1360</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 181; Soergel-*Spickhoff*, § 823 Rn. 202.

<sup>1361</sup> Als grundrechtsgleiches Recht.

<sup>1362</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 172.

<sup>1363</sup> Nähergehend zur Schutzgesetzeseignung, *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 172 f., der von einer nur sehr geringen tatsächlichen Bedeutung ausgeht, da er insbesondere den Verdienstausfall vom Schutzbereich der Norm ausnimmt.

<sup>1364</sup> *Spickhoff*, Gesetzesverstoß, S. 174 mwN.

che Art. 1 I GG als Schutzgesetz qualifiziert, ist indes nicht bekannt.<sup>1365</sup> Die hierfür zunächst erforderliche Einordnung der Menschenwürde als Grundrecht ergibt sich aus der Überschrift des Abschnitts „Die Grundrechte“ sowie dem Grundtenor des Grundgesetzes.<sup>1366</sup> Allerdings verdeutlicht Art. 1 I 2 GG, dass alle staatliche Gewalt verpflichtet ist, die Menschenwürde zu achten und zu schützen und adressiert damit keine Privatindividuen.<sup>1367</sup> Dies hätte zur Folge, dass nur die Lehre der unmittelbaren Drittwirkung die Annahme als Schutzgesetz begründen kann.<sup>1368</sup> Doch zeigen die Beratungen zur Formulierung von Art. 1 GG, dass Art. 1 I 1 GG bewusst keine Verpflichtungsadressaten nennt, sodass die Menschenwürde auch von Privatpersonen nicht angetastet werden darf.<sup>1369</sup>

Fraglich ist jedoch zu welchem Inhalt und Umfang die Haftung wegen einer Verletzung der Menschenwürde führt.

Ein weit verstandener Schutzbereich würde dazu führen, dass die Menschenwürde durch (subjektive) Gerechtigkeitsvorstellungen auszufüllen ist, allerdings wäre dieses Ergebnis mit dem Wesen der Menschenwürdegarantie als wertungsfrei nicht in Einklang zu bringen.<sup>1370</sup> Ein zurückhaltendes Verständnis, nach dem eine Verletzung der Menschenwürde erst vorliegt, wenn der konkrete Mensch zu einem bloßen Objekt gemacht wird oder dessen Subjektsqualität prinzipiell in Frage gestellt wird, ist deshalb vorzugswürdig.<sup>1371</sup>

Der Tatbestand der Menschenwürde geht im Zusammenhang von Persönlichkeitsverletzungen bereits vollständig im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I GG iVm Art. 2 I GG auf.<sup>1372</sup> Letztere ist sonstiges Rechtsgut iSd § 823 I BGB und bietet damit ausreichenden Schutz.<sup>1373</sup> Aufgrund der Subsidiarität der Menschenwürde erscheint die Annahme eines Schutzgesetzes nicht angezeigt. Dies gilt auch für den Fall, dass die Menschenwürde bereits durch andere Schutzgesetze oder § 826 BGB geschützt wird.<sup>1374</sup>

Im Falle des Embryonenschutzes ergibt sich ein Schutz der Menschenwürde bereits aus §§ 2 I, 5, 6 und 7 ESchG. Eine Schutzlücke hinsichtlich der Menschewürdegarantie weisen jedoch § 6 II und § 7 II ESchG hinsichtlich des Transfers von als menschlich zu qualifizierenden Embryonen auf. Wie festgestellt werden konnte (s. o.),

---

<sup>1365</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 179.

<sup>1366</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 175 mwN.

<sup>1367</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß., S. 175.

<sup>1368</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 175.

<sup>1369</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 175 mwN.

<sup>1370</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 177.

<sup>1371</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 177 mwN.

<sup>1372</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 179.

<sup>1373</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 180.

<sup>1374</sup> Spickhoff, Gesetzesverstoß, S. 180.

verstößt gerade das Transferverbot gegen die Menschenwürde, da dem Embryo die Chance auf Existenzwerdung durch eine indirekte Tötungspflicht verbaut wird.<sup>1375</sup> Doch selbst wenn aus der Menschenwürdegarantie nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht zum Transfer abgeleitet würde, hätte dies jedenfalls auf einen Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB keine Auswirkung, da im Fall des Verstoßes gegen diese Pflicht der Anspruchsteller gerade nicht existieren würde. Ein anderer von den Normen des ESchG nicht bereits abgedeckter Schutzbereich der Menschenwürde, dessen Verletzung nicht zur Nichtexistenz des Anspruchstellers führt, ist jedoch nicht ersichtlich.

Entsprechendes gilt auch für die Gewährleistungen der EMRK, denn auch hier sind die Adressaten der Menschenrechte die Staaten und nicht die Bürger.<sup>1376</sup> Weder aus der EMRK noch aus der Europäischen Grundrechte-Charta ergibt sich somit eine Haftung von Privatrechtssubjekten.<sup>1377</sup>

## VI. StGB

Fraglich ist daher, ob und inwiefern Normen des StGB als Schutzgesetze herangezogen werden können. Einen vergleichbaren Schutzbereich zum ESchG könnten Körperverletzungsdelikte, Schwangerschaftsabbruch und Sachbeschädigung aufweisen. Es gilt daher zu untersuchen, ob diese ein Schutzgesetz darstellen, wie weit der jeweilige Schutzbereich reicht und welche Unterschiede sich hieraus in haftungsrechtlicher Hinsicht im Vergleich zu den Schutzgesetzen des ESchG ergeben.

### 1. §§ 223, 229 StGB

Gem. § 223 StGB wird bestraft, wer eine andere Person körperlich misshandelt oder an der Gesundheit schädigt. Gem. § 229 StGB ist ebenfalls strafbar, wer nur fahrlässig handelt.

Es handelt sich hierbei unzweifelhaft um ein Verbot. Geschützte Rechtsgüter der §§ 223 ff. StGB sind Körper und Gesundheit eines anderen Menschen.<sup>1378</sup> Damit sind auch Individualrechtsgüter durch §§ 223 ff. StGB geschützt.

Nach der herrschenden Meinung ist taugliches Opfer einer Körperverletzung, also „andere Person“, nur wer bereits geboren ist.<sup>1379</sup>

---

<sup>1375</sup> D.II.20.b.

<sup>1376</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 551.

<sup>1377</sup> MüKo-BGB-Wagner, § 823 Rn. 551.

<sup>1378</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch StGB § 223 Rn. 2; Lackner/Kühl/Heger-Heger StGB § 223 Rn. 1; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 2.

<sup>1379</sup> MüKo-StGB-Hardtung, § 223 Rn. 7; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 223 Rn. 1 mwN; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223

Pränatale Schädigungen vor Beginn der Geburt werden daher von § 223 StGB nicht erfasst.<sup>1380</sup> Es kommt daher darauf an, ob zu dem Zeitpunkt, zu dem sich der Eingriff auf das Objekt auszuwirken beginnt, die Tatobjektsqualität vorliegt.<sup>1381</sup> Folglich fallen gentechnologische Eingriffe an einer befruchteten Eizelle *in vitro* oder an den Gameten nicht unter den Tatbestand des § 223 StGB;<sup>1382</sup> daher können weder *nondum conceptus* noch *nasciturus* Tatopfer iSv § 223 StGB oder § 229 StGB sein und fallen somit auch nicht in den persönlichen Schutzbereich der Norm; dieser ist auf bereits lebend geborene Menschen begrenzt.

Der objektive Tatbestand des § 223 StGB bzw. § 229 StGB erfordert ferner die körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt, wobei sich die Erheblichkeit aus der Sicht eines objektiven Betrachters bestimmt.<sup>1383</sup> Eine Gesundheitsschädigung liegt demnach vor, wenn ein pathologischer Zustand hervorgerufen oder gesteigert wird.<sup>1384</sup>

Der rechtliche Schutz des Körpers endet mit der Abtrennung natürlicher Körperteile vom lebenden Körper.<sup>1385</sup> Eine funktionale Einheit – wie sie zum Teil im Rahmen des § 823 I BGB vertreten wird, kann im Strafrecht nicht angenommen werden.<sup>1386</sup> Ein solch extensives Verständnis würde daher die Verschiedenheit von Freiheitsdelikten einerseits und Körperverletzungsdelikten andererseits einebnen.<sup>1387</sup> Strafrechtlich betrachtet ist es somit irrelevant, ob die Trennung vom Körper dauerhaft oder bloß vorübergehend ist.<sup>1388</sup> Übertragen auf die Situationen der Fortpflanzungsmedizin bedeutet dies,

---

Rn. 4; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, § 13. Einfache Körperverletzung, Rn. 2; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, StGB § 223 Rn. 1a.

<sup>1380</sup> Wie zB der Contergan-Skandal, *T. Fischer*, Strafgesetzbuch StGB § 223 Rn. 2; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, StGB § 223 Rn. 1b; SK-StGB-Wolters, § 223 Rn. 2; aA *Tepperwien*, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, S. 94.

<sup>1381</sup> LK-StGB-Grünwald, § 223 Rn. 18; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 5; SK-StGB-Wolters, § 223 Rn. 2.

<sup>1382</sup> *Sternberg-Lieben*, JuS 1986, 673, 675.

<sup>1383</sup> *T. Fischer*, Strafgesetzbuch StGB § 223 Rn. 4; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 223 Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 8 mwN; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, § 13. Einfache Körperverletzung, Rn. 9; SK-StGB-Wolters, § 223 Rn. 4.

<sup>1384</sup> *T. Fischer*, Strafgesetzbuch StGB § 223 Rn. 8; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 223 Rn. 5 mwN; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 14 mwN; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, § 13. Einfache Körperverletzung, Rn. 16; SK-StGB-Wolters, § 223 Rn. 23.

<sup>1385</sup> *T. Fischer*, Strafgesetzbuch, StGB § 223 Rn. 2; MüKo-StGB-Hardtung § 223 Rn. 16; aA *Freund/Heubel*, MedR 1995, 194, 197.

<sup>1386</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 2; *Schroeder*, FS Hirsch, 725, 736 f.; SK-StGB-Wolters, § 223 Rn. 6.

<sup>1387</sup> Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, StGB § 223 Rn. 3a.

<sup>1388</sup> LK-StGB-Grünwald, § 223 Rn. 3.

dass die Gameten mit ihrer Trennung nicht mehr dem Körper der Gametenspender zugerechnet werden und folglich auch nicht durch § 223 StGB bzw. § 229 StGB geschützt sind.

Vom persönlichen Schutzbereich erfasst anzusehen, ist daher im Bereich der Fortpflanzungsmedizin lediglich die körperlich betroffene Frau. Dies erfasst zB die Entnahme von Eizellen oder Embryonen oder die Einbringung dieser in den Uterus.

Zu bedenken ist jedoch auch hier, dass als Rechtfertigungsgrund im Rahmen der Körperverletzungsdelikte insbesondere die Einwilligung des Verletzten in den Grenzen des § 228 StGB in Betracht kommt.<sup>1389</sup> Bezugspunkt der Einwilligung ist dabei stets nur ein *lege artis*, also nach den Regeln der Kunst durchgeführter Eingriff.<sup>1390</sup>

Neben dem Schutz von Körper und Gesundheit aus § 823 I BGB kommt § 823 II iVm § 223 bzw. § 229 StGB jedoch keine eigenständige Bedeutung zu. Fehlt es demnach im Rahmen einer ärztlichen Behandlung an einer wirksamen Einwilligung, so liegt ebenfalls eine Verletzung der absoluten Rechtsgüter Körper und Gesundheit vor. Auch beim Bezugspunkt des Verschuldens muss sich der Vorsatz im subjektiven Tatbestand bei § 223 StGB bzw. in der Fahrlässigkeit von § 229 StGB auf die Verletzung von Körper oder Gesundheit beziehen und damit wie bei § 823 I BGB rechtsguts- und nicht handlungsbezogen sein.

## 2. §§ 218 ff. StGB

In Abgrenzung zu den Körperverletzungsdelikten knüpfen die Normen des StGB zum Schwangerschaftsabbruch an den Zeitraum zwischen Nidation und Beginn des Geburtsvorgangs an.<sup>1391</sup> Gem. § 218 I 1 StGB macht sich daher strafbar, wer eine Schwangerschaft abbricht. § 218 I 2 StGB nimmt Handlungen, die vor der Einnistung der befruchteten Eizelle wirken, aus dem Anwendungsbereich des § 218 I 1 StGB heraus. § 218a StGB regelt die Voraussetzungen für die Straflosigkeit eines Schwangerschaftsabbruchs.

Schutzgut der §§ 218 ff. StGB ist nach allgemeiner Meinung jedenfalls das ungeborene menschliche Leben.<sup>1392</sup> Der Grund für das eigenständige Rechtsgut liegt in der Eigenschaft des ungeborenen

---

<sup>1389</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 223 Rn. 21; LK-StGB-Grünewald, § 223 Rn. 41; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 223 Rn. 8; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 223 Rn. 24 mwN.

<sup>1390</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 223 Rn. 30.

<sup>1391</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 218 Rn. 2.

<sup>1392</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, Vor §§ 218–219b Rn. 9; T. Fischer, Strafgesetzbuch StGB Vor §§ 218–219b Rn. 2; Lackner/Kühl/Heger-Heger StGB § 218 Rn. 1; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Merkel, StGB § 218 Rn. 7.

Menschen als künftige Persönlichkeit.<sup>1393</sup> Bevölkerungspolitische Gesichtspunkte scheiden entgegen der vom BGH früher vertretenen Ansicht<sup>1394</sup> nach allgemeiner Meinung aus.<sup>1395</sup> Dies ergibt sich aus der Ausgestaltung der §§ 218 ff. StGB als Beratungsmodell sowie einem Umkehrschluss zur Straffreiheit der Anwendung empfängnisverhütender Mittel und freiwilliger Sterilisation.<sup>1396</sup>

Das bedeutet zwar, dass der *nasciturus in vivo* vom persönlichen Schutzbereich erfasst ist, doch vermag eine Verletzung des Rechtsguts Leben, auch wenn es sich hierbei um ein Individualrechtsgut handelt, einen eigenen Anspruch des Verletzten nicht zu begründen, da es hierfür an einem Rechtsgutsträger nach § 1 BGB fehlt.

Fraglich ist jedoch, ob nicht auch die Schwangere durch die strafrechtlichen Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs geschützt wird.

Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass die Gesundheit der Schwangeren jedenfalls mittelbar geschützt wird, wie ihr Schutz vor einer Schädigung durch Nichtärzte zeigt.<sup>1397</sup> Ob es sich hierbei um ein (primär oder sekundär) mitgeschütztes Rechtsgut oder einen bloßen Schutzreflex handelt, ist jedoch umstritten.

Für einen Schutz auch der Schwangeren spricht, dass sich § 218 StGB primär gegen die Vornahme des Schwangerschaftsabbruchs durch Nichtärzte und der daraus resultierenden Gefahren richtet.<sup>1398</sup> Zudem erklären sich daraus auch die Straffreistellungsfristen aus dem gesteigerten Eingriffsrisiko für die Frau.<sup>1399</sup> Schließlich sei das zusätzliche Erfordernis der Einwilligung für die Rechtfertigung des Schwangerschaftsabbruchs ein Zeichen der Rücksicht auf ihr Schutzinteressen.<sup>1400</sup>

Darüber hinaus kommt als geschütztes Rechtsgut auch die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren in Betracht.<sup>1401</sup> Ihre Entscheidung im Falle einer Indikation für oder gegen den Schwangerschaftsabbruch ist nämlich frei.<sup>1402</sup>

---

<sup>1393</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 26.

<sup>1394</sup> BGH, NJW 1963, 1162, 1165 „Bestand und Lebenskraft des Volkes“

<sup>1395</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, StGB Vor §§ 218–219b, Rn. 13; T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB Vor §§ 218–219b Rn. 2

<sup>1396</sup> MüKo-StGB-Gropp/Wörner, Vor § 218 Rn.

<sup>1397</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch StGB Vor §§ 218–219b Rn. 2.

<sup>1398</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, Vor §§ 218–219b Rn. 12; im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne Begründung Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, § 11 Rn. 6. Schroeder, in Schroeder et al., Strafrecht BT Tb. 1, § 6 Rn. 13.

<sup>1399</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, StGB Vor §§ 218–219b Rn. 12.

<sup>1400</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, StGB Vor §§ 218–219b Rn. 12.

<sup>1401</sup> Schönke/Schröder-Eser/Weißer, StGB Vor §§ 218–219b Rn. 12.

<sup>1402</sup> MüKo-StGB-Gropp/Wörner, Vor § 218 Rn. 41.

Da bereits die Verletzung einer der Interessen, nämlich das Leben der Leibesfrucht oder der Gesundheit der Schwangeren, die Rechtfertigung gem. § 218a StGB ausschließt oder die Strafbarkeit in besonders schwerem Fall begründet, bestehe kein Bedürfnis eines abgestuften Rangverhältnis zwischen den Rechtsgütern.<sup>1403</sup>

Daraus zu folgern, dass die Gesundheit der Schwangeren ein selbständiges Schutzgut der §§ 218 ff. StGB ist, weil der Tatbestand zumindest auch eine Verletzung der Schwangeren voraussetzt, ist jedoch nicht zwingend.<sup>1404</sup> Dass sich § 218 StGB gegen Laienabtreiber wendet, ist bloße Konsequenz der untrennbaren Verbundenheit der körperlichen Integrität der Schwangeren und der Leibesfrucht.<sup>1405</sup>

Die Annahme, dass die Gesundheit (abstrakt) geschütztes Rechtsgut des § 218 StGB sei, ist auch nicht erforderlich, da ein gleichwertiger Schutz vor konkreten Gefahren in den §§ 223 ff. StGB besteht.<sup>1406</sup> Darüber hinausgehend lässt sich ein eigenständiger Schutz der Schwangeren nur als „systemwidrige Sonderregelung gegenüber den Körperverletzungsdelikten“ konstruieren.<sup>1407</sup> Der Gesundheitsschutz aus §§ 218 ff. StGB ist nämlich nicht verzichtbar, was sich darin zeigt, dass die Einhaltung der Schutzerfordernisse auch dann zwingend ist, wenn die Gesundheit der Schwangeren auf andere Weise effektiv geschützt werden könnte.<sup>1408</sup> Ferner stellt das Begehren der Schwangeren, einen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, eine notwendige Preisgabe ihres Rechtsguts dar.<sup>1409</sup> Die durch das Gesetz zu verhindernden Manipulationen gefährden zudem das Leben der Frau, dennoch wird die Vorschrift nicht als Lebensgefährdungsdelikt verstanden.<sup>1410</sup> Überdies spricht gegen die Annahme eines selbstständigen Rechtsguts, dass die Gesundheit der Schwangeren nicht durch dieselbe Handlung wie das Leben der Leibesfrucht geschützt werden kann, wie sich insbesondere im Fall der medizinisch-sozialen Indikation zeigt, wo eine Preisgabe eines der Rechtsgüter zwingend ist.<sup>1411</sup> Ein Blick auf das Beratungserfordernis verdeutlicht, dass die Beratung eindeutig ist und wie es der Wortlaut des § 219 StGB beschreibt, dem Schutz des ungeborenen Lebens gewidmet ist.

Daher sind die Anforderungen, welche die Gesundheit der Schwangeren betreffen, vielmehr als Bedingungen zur Freigabe der Tötung

---

<sup>1403</sup> MüKo-StGB-Gropp/Wörner, Vor § 218 Rn. 41.

<sup>1404</sup> SK-StGB-Rogall, Vor §§ 218 ff. Rn. 58.

<sup>1405</sup> Satzger, JURA 2008, 424, 425.

<sup>1406</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff Rn. 27.

<sup>1407</sup> Otto, Grundkurs Strafrecht § 13 Rn. 6.

<sup>1408</sup> Satzger, JURA 2008, 424, 425 mwN.

<sup>1409</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 28.

<sup>1410</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 28.

<sup>1411</sup> Berghäuser, Das Ungeborene im Widerspruch, S. 267.

der Leibesfrucht zu verstehen.<sup>1412</sup> Insofern sind sie auch ein Abwägungsergebnis: Eine Tötung der Leibesfrucht ist dann unzulässig, wenn diese vermeidbare Gefahren für die Schwangere verursacht.<sup>1413</sup> Daher überzeugt es, den Schutz der Gesundheit der Schwangeren als bloßen Schutzreflex zu verstehen.<sup>1414</sup>

Ebenso ist die Entscheidungsfreiheit der Schwangeren als bloßer Schutzreflex anzusehen.<sup>1415</sup> Es ist daher Wesenselement und Voraussetzung der Straflosigkeit, da sonst die durch § 218a StGB zu lösende Konfliktslage nicht besteht.<sup>1416</sup>

Daher ist der vereinzelt gebliebenen Ansicht des BGH aus dem Jahr 1953, nach der für die Erfüllung § 823 II BGB ausreichend sei und die Norm „auch dem Schütze der Schwangeren“ diene,<sup>1417</sup> nicht zuzustimmen. Vielmehr kommt es bei der Frage, wessen Schutz eine Norm bezweckt, darauf an, dass gerade auch dieser Schutz Anliegen der Norm ist. Hier bewirkt die Norm durch die Voraussetzungen für die eigene Straflosigkeit zwar faktisch auch einen Schutz der Frau, doch ist dieser – wie festgestellt werden konnte – nur reflexartig. Daher ist ein Schutz auch der Schwangeren sowohl hinsichtlich ihrer Gesundheit als auch ihrer Selbstbestimmung nicht anzunehmen. Überdies besteht auch keine besondere Schutzwürdigkeit, da die Frau bereits über §§ 223 ff. StGB ausreichend geschützt ist. Dies spiegelt sich sogar in der damaligen Entscheidung des BGHs wider, der § 223 und § 218 StGB nur gemeinsam als Schutzgesetz aufführte.<sup>1418</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die §§ 218 ff. StGB zwar das Leben des *nondum conceptus* schützen, hingegen aber ein eigener Anspruch aus § 823 II BGB bei Verletzung des Rechtsguts am Vorhandensein des Rechtsgutsträgers scheitert.

Die Delikte des ESchG lassen sich anhand des Eingriffszeitpunkts von den §§ 218 ff. StGB abgrenzen. Das ESchG regelt Eingriffe außerhalb des Mutterleibs, jedenfalls aber Eingriffe vor Abschluss der Nidation; der Schutz der §§ 218 ff. StGB beginnt hingegen erst ab der Nidation, wie sich aus § 218 I 2 StGB ergibt.<sup>1419</sup> Darin wird auch

---

<sup>1412</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 29.

<sup>1413</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 29.

<sup>1414</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 29; im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne nähere Begründung: *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I, § 4 Rn 185.

<sup>1415</sup> SK-StGB-Rogall, Vor §§ 218 ff. Rn. 58.

<sup>1416</sup> LK-StGB-Kröger, Vor §§ 218 ff. Rn. 29.

<sup>1417</sup> *BGH*., NJW 1953, 700, 701. Zudem ist zu bemerken, dass die Regelungen des Schwangerschaftsabbruchs seit der Entscheidung im Jahr 1953 mehrfach reformiert wurden.

<sup>1418</sup> *BGH*., NJW 1953, 700, 701.

<sup>1419</sup> *Eser/Koch*, GS Keller, 15, 19; *Schönke/Schröder-Eser/Weißer*, StGB Vor §§ 218–219b Rn. 11, 34.

der Ort beschrieben, an dem der Embryo tatbestandlich geschützt ist, nämlich „in der Gebärmutter“.<sup>1420</sup>

### 3. § 303 I StGB

Gem. § 303 I StGB macht sich strafbar, wer rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört. Wie auch beim Diebstahl ist das durch § 303 I StGB geschützte Rechtsgut das Eigentum an Sachen.<sup>1421</sup> Dieses wird geschützt vor Tauglichkeitsminderung und Substanzeinbußen.<sup>1422</sup>

Das Tatobjekt Sache ist dabei nicht zivilrechtsakzessorisch, sondern eigenständig strafrechtsautonom zu definieren.<sup>1423</sup> Dennoch ist die Körperlichkeit des Gegenstands nach § 90 BGB erforderlich.<sup>1424</sup> Eine Sache ist fremd, wenn sie nach den Regeln des bürgerlichen Rechts im Eigentum einer anderen Person steht.<sup>1425</sup>

Ob auch Teile lebender oder toter menschlicher Körper eigentumsfähig sind, hängt davon ab, ob diese zu einem Gegenstand des Rechtsverkehrs geworden sind.<sup>1426</sup> Menschliche Embryonen stellen dabei unabhängig davon, ob sie sich im Mutterleib befinden oder noch nicht implantiert wurden, keine Sache dar<sup>1427</sup> und bilden daher kein taugliches Schutzobjekt der Sachbeschädigung.<sup>1428</sup> Gameten wie auch 2-PN-Zellen sind hingegen ebenso wie im Zivilrecht als Sache zu qualifizieren<sup>1429</sup>.

Die strafbaren Tathandlungen umfassen die Beschädigung oder Zerstörung der fremden Sache. Von einer Beschädigung kann gesprochen werden, wenn die Substanz der Sache verletzt oder die Brauchbarkeit für ihre Zwecke gemindert wird.<sup>1430</sup> Zerstören bezeichnet einen stärkeren Grad der Beschädigung, sodass die bestimmungsgemäße Brauchbarkeit völlig aufgehoben oder die Existenz vernichtet wird.<sup>1431</sup>

---

<sup>1420</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Paeffgen/Böse, StGB § 218 Rn. 10.

<sup>1421</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 242 Rn. 2.; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 303 Rn. 1; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Zaczayk, StGB § 303 Rn. 1.

<sup>1422</sup> Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 303 Rn. 1.

<sup>1423</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 242 Rn. 3.

<sup>1424</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 242 Rn. 3; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 242 Rn. 2.

<sup>1425</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 242 Rn. 5; Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 242 Rn. 4; SK-StGB-Hoyer, StGB § 303 Rn. 5 mwN.

<sup>1426</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 242 Rn. 8.

<sup>1427</sup> LK-StGB-Vogel/Brodowski, § 242 Rn. 11.

<sup>1428</sup> Lackner/Kühl/Heger-Heger, StGB § 242 Rn. 2.

<sup>1429</sup> E.I.4.

<sup>1430</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 303 Rn. 6; Lackner/Kühl/Heger-Heger StGB § 303 Rn. 3; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Zaczayk, StGB § 303 Rn. 6.

<sup>1431</sup> T. Fischer, Strafgesetzbuch, StGB § 303 Rn. 14; Lackner/Kühl/Heger-Heger. StGB § 303 Rn. 7; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Zaczayk, StGB § 303 Rn. 9.

Eine Manipulation der Gameten, wie dies bei Keimbahneingriffen der Fall wäre, könne durch die rechtfertigende Einwilligung des jeweiligen Gametenspenders gedeckt sein, sodass eine Verletzung des § 303 I StGB ausscheidet.<sup>1432</sup>

Es ist jedoch zu bedenken, dass wie auch im Fall der Verletzung des Rechtsguts Eigentum bei § 823 I BGB der Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 303 I StGB auf den Ersatz materieller Schäden begrenzt ist, da § 253 II BGB das Eigentum nicht als Rechtsgut, bei dem für Nichtvermögensschäden eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden kann, aufzählt.

Darüber hinaus ist der Anspruch aus § 823 II BGB iVm § 303 I StGB wegen Verletzung des Eigentums auch insofern nachteilig, da § 303 I StGB tatbestandlich nur bei vorsätzlichen Sachbeschädigungen eingreift, wohingegen im Rahmen des § 823 I BGB bereits eine fahrlässige Verletzung des Eigentums ausreichend ist.

## VII. AdVermiG

Möglich erscheint, dass auch Normen des AdVermiG Schutzgesetze darstellen, denn dieses regelt im zweiten Abschnitt die Ersatzmutterschaft. Während die §§ 13a und 13b AdVermiG die Begriffe der Ersatzmutter und Ersatzmuttervermittlung legaldefinieren und damit schon kein Verhaltensverbot darstellen, untersagt § 13c AdVermiG die Ersatzmuttervermittlung und § 13d das Suchen oder Anbieten von Ersatzmüttern oder Bestellelern durch öffentliche Erklärungen, insbesondere durch Zeitungsanzeigen oder Zeitungsberichte. Da es sich beim AdVermiG um ein Gesetz handelt, also eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB und diese ein bestimmtes Verhalten verbietet bzw. ein Verhaltensverbot aufstellt, ist zu fragen, wie durch §§ 13c und 13d AdVermiG welche Rechtsgüter vor welchen Gefahren geschützt werden.

Hintergrund des § 13c AdVermiG ist, schon im Vorfeld dazu beizutragen, dass Ersatzmutterschaften unterbleiben sowie bei § 13d AdVermiG, dass möglichst frühzeitig das Zustandekommen von Ersatzmutterschaften unterbunden werden soll.<sup>1433</sup> Beide Normen bezwecken daher die Verhinderung von Ersatzmutterschaften bereits im Vorfeld.

Maßgebend für die Bewertung der Ersatzmutterschaft waren der einschneidende Eingriff in die Persönlichkeit der so entstehenden Kinder sowie auch der „benutzten“ Frauen.<sup>1434</sup> Der Gesetzgeber geht da-

---

<sup>1432</sup>So im Ergebnis ebenfalls *Sternberg-Lieben*, JuS 1986, 673., 675.

<sup>1433</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 9.

<sup>1434</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 6.

von aus, dass wesentliche Belange der durch Ersatzmutterschaft entstandenen Kinder durch die Vereinbarungen beeinträchtigt werden.<sup>1435</sup> Dies liege darin begründet, dass für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes auch die Entwicklung im Mutterleib sowie die biologische und psychische Beziehung zur Schwangeren missachtet würde.<sup>1436</sup> Wird die Schwangerschaft zu einer Dienstleistung, so könne eine enge persönliche Mutter-Kind Beziehung kaum zustande kommen.<sup>1437</sup> Gesundheitliche und psychische Gefährdungen sieht der Gesetzgeber bei den Kindern in der Identitätsfindung und der sicheren familiären Zuordnung.<sup>1438</sup> Bei den Frauen sollen somit menschenunwürdige Konflikte und die Herausgabestreitigkeiten ausgeschlossen werden.<sup>1439</sup>

Diese Probleme würden sich verstärken, wenn ein genetisch fremdes Kind durch eine Ersatzmutter ausgetragen wird.<sup>1440</sup> Insofern liegt auch keine Vergleichbarkeit zur Adoption vor, da im Fall der Adoption eine vertretbare Alternative nicht bestehe.<sup>1441</sup> Es sei daher geboten, dem Kindeswohl eine besondere Priorität einzuräumen, da das Kind bereits vor der Zeugung zum Objekt eines Rechtsgeschäfts gemacht wurde.<sup>1442</sup> Weitere besondere Konflikte können bei der Nichtübernahme eines behinderten Kindes durch die Besteltern, dem Wunsch der Ersatzmutter, sich nicht von dem Kind zu trennen oder bei der Frage eines Abbruchs entstehen.<sup>1443</sup>

Doch selbst bei einer altruistischen, unentgeltlichen Ersatzmutterschaft sei die Ersatzmutterschaft mit ethischen Grundüberzeugungen nicht vereinbar.

Die Gesetzesbegründung verweist überdies auf das zur damaligen Zeit noch in Entstehung befindliche ESchG, welches medizinische und ergänzende Tätigkeiten strafrechtlich verbieten solle.

Dies zeigt, dass im Vergleich zum ESchG eine ähnliche Schutzrichtung angestrebt war.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, dass der *nondum conceptus* in seinem Kindeswohl geschützt ist. Damit verfolgen die Normen nach Zweck und Inhalt einen Individualschutz.

---

<sup>1435</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 6.

<sup>1436</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 6.

<sup>1437</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 6.

<sup>1438</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 6 f.

<sup>1439</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 7.

<sup>1440</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 7.

<sup>1441</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 7.

<sup>1442</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 7.

<sup>1443</sup> BT-Drs. 11/4154 S. 7.

Fraglich ist, wie auch im Fall der strafrechtlichen Regelung in § 1 I Nr. 7 ESchG, ob der Schutz der Schwangeren bezweckt wird. Dagegen spricht erneut, dass die Rolle der Schwangeren in der Gesetzesbegründung untergeordnet ist. Das Kindeswohl wird daher priorisiert, während bei der Ersatzmutter der Fokus auf den Problemen liegt, die auch das Kindeswohl belasten. Obwohl sich der Gesetzgeber in der Begründung im Vergleich zu § 1 I Nr. 7 ESchG der Ersatzmutter eher widmet, ist auch hier davon auszugehen, dass ihr Schutz lediglich reflexhaft und damit nicht bezweckt ist.

Einschränkungen des modalen Schutzbereichs sind vorliegend nicht ersichtlich.

Damit schützen sowohl § 13c AdVermiG als auch § 13d AdVermiG lediglich das Kindeswohl des *nondum conceptus*. Auf die Ausführungen zu schadensrechtlichen Erwägungen im Kontext des § 1 I Nr. 7 ESchG kann verwiesen werden. Zu beachten ist hier jedoch, dass aufgrund des zeitlich noch weiter im Vorfeld liegenden Tatbestands der Eintritt eines Schadens noch unwahrscheinlicher erscheint.

## VIII. AMG

Das AMG scheidet als denkbare Schutzgesetz aus. Bereits in den Begriffsbestimmungen nimmt das Gesetz in § 4 XXX AMG menschliche Spermien- und Eizellen, imprägnierte Eizellen und Embryonen aus seinem Anwendungsbereich aus, indem es diese weder als Arzneimittel noch Gewebezubereitung qualifiziert.

## IX. § 8b II TPG

Im Gegensatz zum AMG ist das TPG neben dem ESchG grundsätzlich anwendbar, da § 22 TPG feststellt, dass die Vorschriften des Embryonenschutzgesetzes unberührt bleiben. Dies bedeutet, dass die Zulässigkeit der Entnahme und Übertragung von Gameten durch das ESchG bestimmt wird, wohingegen das TPG die medizinrechtlichen Anforderungen hinsichtlich Qualität und Sicherheit innerhalb dieses vorgegebenen Rahmens regelt.<sup>1444</sup> Gametenzellen fallen unter den Begriff des in § 1a Nr. 4 TPG definierten Gewebes.<sup>1445</sup> Nicht vom Gewebebegriff und damit nicht mehr von dem Anwendungsbereich des TPG erfasst, ist hingegen der Embryo als solcher.<sup>1446</sup>

Daher gelten die Vorschriften des Abschnitts 3, der die Entnahme von Geweben bei lebenden Spendern normiert.

---

<sup>1444</sup> Spickhoff-K. Scholz/Middel, TPG § 22 Rn. 1, vgl. insbes. BT-Drs. 16/3146, S. 37.

<sup>1445</sup> Höfling/Augsberg-Czerner, TPG § 1a Rn. 34.

<sup>1446</sup> Höfling/Augsberg-Czerner., TPG § 1a Rn. 34 mwN.

§ 8 TPG regelt die Entnahme von Geweben bei einer lebenden Person, allerdings beschränkt auf den Fall, dass sie zum Zwecke der Übertragung auf andere erfolgt. Im Hinblick auf die unberührte Anwendbarkeit des ESchG bedeutet dies, dass (verbotene) Eizellspenden nicht von § 8 TPG erfasst werden. Bei einer Entnahme der Eizelle im Rahmen einer künstlichen Befruchtung ist vorgesehen, dass die Eizelle nicht auf eine andere, sondern dieselbe Frau übertragen werden soll. Eine Sonderregelung beinhaltet § 8b II TPG für die Gewinnung von Samenzellen. Danach gelten hierfür die Voraussetzungen des Abs. 1 entsprechend, wenn die Samenzellen für eine medizinisch unterstützte Befruchtung bestimmt sind. § 8 I TPG statuiert die Erfordernisse Einwilligungsfähigkeit, Aufklärung und Einwilligung sowie jene zur Aufzeichnung von Aufklärung und Einwilligung entsprechend § 8 II 4 TPG. Erfasst wird daher die Entnahme von Spermien zur homologen wie heterologen Insemination bzw. IVF.<sup>1447</sup> Die Möglichkeit zum Widerruf regelt § 8b III TPG. Aufgrund der Verbindlichkeit der Regelung handelt es sich bei § 8 II TPG um eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB, die ein Verhaltensgebot ausspricht.

Fraglich ist jedoch, ob die Norm einen Individualschutz bezweckt. Denkbar erscheint ein Schutz des Samenspenders in seiner Selbstbestimmung oder Gesundheit. Da der Hintergrund insbesondere für die Aufklärungspflicht die fehlende medizinische Indikation ist, sind allerdings hohe Anforderungen an die Legitimierung des Eingriffs zu stellen.<sup>1448</sup> Daher sind sowohl Gesundheit als auch Selbstbestimmung des Samenspenders als geschützt anzusehen. Einschränkungen des modalen Schutzbereichs ergeben sich aus der Beschränkung auf vom ESchG erlaubte Zwecke nach § 22 TPG. Daher werden nur die Fälle erfasst, bei denen ein Verstoß gegen das TPG nicht mit einem Verstoß gegen das ESchG einhergeht.

§ 8b II und III TPG stellt somit ein Schutzgesetz dar.

## **X. Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BO Bayern)**

Die Berufsordnung für die Ärzte Bayerns sieht in Abschnitt D Nr. 1 vor, dass die Maßnahmen zur Behandlung der Sterilität, namentlich die „künstliche Befruchtung außerhalb des Mutterleibes und die anschließende Einführung des Embryos in die Gebärmutter oder die Einbringung von Gameten oder Embryonen in den Eileiter“ nur nach Maßgabe des § 13 der Berufsordnung zulässig sind. Nach § 13 I BO Bayern hat der Arzt bei speziellen medizinischen Maßnahmen oder Verfahren die Empfehlungen zur Indikationsstellung und Ausführung zu beachten. Ferner hat der Arzt die Anwendung

---

<sup>1447</sup> Höfling/Augsberg-Schmidt-Recla, TPG § 8b Rn. 11.

<sup>1448</sup> Höfling/Augsberg-Augsberg, TPG § 8 Rn. 71.

dieser Maßnahmen oder Verfahren der Kammer anzuzeigen, soweit dies die Kammer verlangt, vgl. § 13 II BO Bayern. Gem. § 13 III BO Bayern muss der Arzt auf Verlangen der Kammer über die Erfüllung der persönlichen und sachlichen Voraussetzungen entsprechend den Empfehlungen Nachweis führen.

Ferner ist die Verwendung fremder Eizellen, also die Eizellspende, in Abschnitt D Nr. 1 Abs. 1 BO Bayern untersagt.

Schließlich besteht gem. Abs. 2 eine Pflicht des Arztes zur Meldung der anonymisierten Daten der Ergebnisse seiner Behandlungsmaßnahmen nach Maßgabe der Arge QS Repro.<sup>1449</sup>

Fraglich ist zunächst, ob diese Regelungen in der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns taugliche Schutzgesetze darstellen können. In einem zweiten Schritt ist dann der Schutzbereich zu ermitteln.

Zunächst müsste es sich bei der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns um ein Gesetz, also eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB handeln. Eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB liegt dann vor, wenn eine Regel normative und tatsächliche Geltung besitzt, Außenwirkung hat (in Abgrenzung zum Binnenrecht), an ihrem Zustandekommen rechtlich unbeteiligte Dritte bindet und generellen Charakter aufweist (in Abgrenzung zu Einzelakten).<sup>1450</sup> Problematisch erscheint hinsichtlich der Berufsordnung das Merkmal der Außenwirkung, da die Kammern bindende Regeln nur für ihre Mitglieder aufstellen können.<sup>1451</sup> Doch verleiht hier der Staat einem ausgegliederten Verband Hoheitsbefugnisse, vgl. Art. 20 HKaG, sodass die Berufsordnungen nicht mehr dem staatlichen Innenbereich, also Binnenrecht, zugeordnet werden können.<sup>1452</sup> Eine Geltungserstreckung auf Außenstehende ist aufgrund der entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage durchaus möglich.<sup>1453</sup> Bedenken gegen dieses Ergebnis könnten jedoch dahingehend bestehen, dass den Kammern keine Kompetenz zur Begründung zivilrechtlicher Ansprüche zusteht<sup>1454</sup>, aber durch den Erlass von Schutzgesetzen faktisch Zivilrecht geschaffen werde.<sup>1455</sup> Doch ist darin keine Überschreitung der Kammerkompetenz oder ein Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu sehen, da dies gerade die Rechtsfolge des durch den

---

<sup>1449</sup> Von den Landesärztekammern gemeinsam getragenen Arbeitsgemeinschaft zur Qualitätssicherung in der Reproduktionsmedizin.

<sup>1450</sup> Staudinger-Merten, Art. 2 EGBGB Rn 14, zu den vier Einzelgesichtspunkten vgl. Rn. 7–13.

<sup>1451</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 492., 493.

<sup>1452</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 493.

<sup>1453</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 493.

<sup>1454</sup> Taupitz, JZ 1994, 221, 225.

<sup>1455</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 494.

Bundesgesetzgeber festgelegten Tatbestandsmerkmals des Schutzgesetzes ist und damit erst § 823 II BGB die schadensersatzrechtlichen Wirkungen begründet.<sup>1456</sup>

Daher handelt es sich auch bei der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns um eine Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB.

Diese Rechtsnorm müsste ein Verhaltensgebot oder -verbot aufstellen, wie sich aus dem Begriff „verstößt“ in § 823 II BGB ergibt. Die oben beschriebenen Normen gebieten daher ein bestimmtes Vorgehen, vgl. „nur zulässig, wenn“, oder untersagen dieses, vgl. „verboten“.

Es gilt allerdings zu bedenken, dass mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage die Berufsordnung keine (Schutz-)Pflichten für Außenstehende aufstellen kann, sodass Schadensersatzansprüche aus § 823 II BGB gegen eine nicht der Satzungsgewalt unterworfenene Person von vornherein ausscheiden.<sup>1457</sup>

Da damit geklärt ist, dass nur der Satzungsgewalt unterworfenene Mitglieder Anspruchsgegner eines potenziellen Anspruchs aus § 823 II StGB sind, stellt sich die Frage, wer auf der anderen Seite dem persönlichen Schutzbereich der Berufsordnung unterfallen ist.

Vorliegend kommen der *nondum conceptus*, der *nasciturus*, aber auch die betroffenen Gametenspender in Betracht, zu deren Gunsten die beschriebenen Regelungen möglicherweise Individualschutz entfalten könnten, denn diese sind durch die beschriebenen Maßnahmen und Verfahren unmittelbar betroffen; allerdings scheint auch ein Schutz der Berufskollegen möglich zu sein.

Bei der Auslegungsfrage, ob die hiesigen Normen auch Individualschutz bezwecken, kann hier die rechtspolitische Stoßrichtung des Gesamtkomplexes Standesordnung herangezogen werden.

Wird hingegen die Berufsordnung, die eine Standesordnung darstellt, als Regelung eigener Normen verstanden, so kommt ein Schutz von Außenstehenden, wie es der *nondum conceptus*, der *nasciturus* oder die Gametenspender sind, von vornherein nicht in Betracht, da eigene Normen nur eigene Interessen regeln.<sup>1458</sup> Dasselbe gilt, wenn die Funktion der Berufsordnung in der Sicherung der Berufsrolle gesehen wird, deren Einhaltung ebenfalls nur der Berufsgemeinschaft geschuldet ist.<sup>1459</sup> Denkbar wäre jedoch auch, in

---

<sup>1456</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 495.

<sup>1457</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 496.

<sup>1458</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 501.

<sup>1459</sup> Taupitz, FS Steffen, 489, 501.

der Erfüllung der Berufsaufgabe eine Sicherstellung eines unmittelbaren Interesses der außenstehenden Allgemeinheit zu sehen,<sup>1460</sup> hierbei sollen nämlich berufsgesetzliche Generalklauseln ausgefüllt bzw. ergänzt werden.<sup>1461</sup> Ein so verstandener Schutz nach Außen wäre jedoch lediglich kollektivbezogen und damit auf den Schutz der Allgemeinheit gerichtet.<sup>1462</sup> Ferner könnte ein extensives Verständnis des Individualschutzes zur Folge haben, dass auf konkrete Verhaltensanforderungen in den Satzungen verzichtet wird, um die Normierung eigenständiger Schadensersatzansprüche zu verhindern.<sup>1463</sup> Es kann also davon ausgegangen werden, dass der Normgeber gerade keine Individualinteressen verfolgen wollte, die eigenständige Ansprüche gegenüber seinen Mitgliedern auslösen und diese somit auch nicht bezweckt hat.<sup>1464</sup> Daher ist hier festzuhalten, dass die Regelungen des Abschnitts D. keinen Individualschutz zugunsten von Außenstehenden begründen.

Fraglich bleibt allerdings, ob die Regelungen jedenfalls eine Schutzwirkung innerhalb des Berufsstandes entfalten. Regelmäßig ist hier die Zielrichtung ein Schutz von Ehre und Würde des Standes, Ansehen und Funktionsfähigkeit sowie sind die Regelungen dabei auf bloß kollektiven Interessenschutz gerichtet.<sup>1465</sup> Doch gibt es auch Regelungen innerhalb der Berufsordnungen, in denen ein Individualschutz zugunsten der Kollegen gesehen wird, wie das Werbeverbot oder der Grundsatz der Kollegialität.<sup>1466</sup> In den oben beschriebenen Regelungen ist ein solcher Individualschutz der Kollegen nicht erkennbar, da diese im Gegensatz zu den Regelungen der Berufsordnung mit Individualschutz auch nicht direkt durch eine Verletzung der Regelung betroffen sind.

Dieses Ergebnis kann auch durch eine Entscheidung des BGH zur Werbung für Eizellspenden untermauert werden. Danach stelle das Verbot der Eizellspende der Berufsordnung nämlich keine Marktverhaltensregel iSd § 4 Nr. 11 UWG aF<sup>1467</sup> dar.<sup>1468</sup> Da jedoch gerade die ärztlichen Kollegen die anderen Marktteilnehmer bilden, zeigt dies, dass jedenfalls das Verbot der Eizellspende keinen Individualschutz zugunsten der Kollegen hat. Doch auch den anderen Regelungen sind keine Anhaltspunkte für einen Individualschutz individueller Kollegen zu entnehmen.

---

<sup>1460</sup> *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 1149 ff.

<sup>1461</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 502.

<sup>1462</sup> *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 1157.

<sup>1463</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 502.

<sup>1464</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 502 f.

<sup>1465</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 503.

<sup>1466</sup> *Taupitz*, FS Steffen, 489, 503.

<sup>1467</sup> Mittlerweile in § 3a UWG geregelt.

<sup>1468</sup> *BGH*, NJOZ 2016, 1618, Rn. 31-32.

Daher ist festzuhalten, dass Abschnitt D Nr. 1 BO Bayern schon mangels Individualschutzzwecks kein Schutzgesetz darstellt.

Die Musterberufsordnung für Ärzte, welche von der Bundesärztekammer erstellt wird, enthält somit weder eine Regelung, die Abschnitt D entspricht, noch hat sie den Charakter eines Ge- oder Verbots, da sie nur Empfehlungscharakter aufweist. Darüber hinaus zielt sie auf die Bundeseinheitlichkeit ab, ist aber nicht rechtsverbindlich;<sup>1469</sup> folglich scheidet die MBO-Ä erst recht als Schutzgesetz aus.

### **XI. Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über ärztliche Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung („Richtlinien über künstliche Befruchtung“) sowie § 27a SGB V**

Die Richtlinien über künstliche Befruchtung wurden vom Bundesausschuss für Ärzte und Krankenkassen auf Grundlage des § 27a V SGB V iVm § 92 I 2 Nr. 10 SGB V erlassen. Doch liegt hierin wie bereits § 27a V SGB V zeigt eine bloße Regelung der medizinischen Einzelheiten in Bezug auf Voraussetzungen sowie Art und Umfang der Maßnahmen nach Abs. 1, 4. vor. Daher fehlt es diesen Richtlinien bereits an einem eigenen Rechtsgüterschutz, da diese nur medizinische Einzelheiten darlegen und erkennbar keinen eigenen Schutz intendieren.

Denkbar wäre jedoch, in § 27a I SGB V ein Schutzgesetz zu sehen; allerdings ist die ratio des § 27a SGB V eine Ergänzung des Leistungskatalogs der GKV, sodass ein eigenständiger Versicherungsfall für die künstliche Befruchtung geschaffen wurde.<sup>1470</sup>

### **XII. Ergebnis zu möglichen Schutzgesetzen mit ähnlicher Schutzrichtung außerhalb des ESchG**

Eine direkte Anwendung von Grundrechten als Schutzgesetz aus § 823 II StGB ist nicht möglich. Die untersuchten Normen des StGB vermögen daher einen Schutz von Embryonen in vitro nicht zu erzielen. Lediglich die §§ 218 ff. StGB schützen den Embryo/die Leibesfrucht in vivo, allerdings hinsichtlich des Lebens, dessen Verletzung einen eigenen Anspruch aus § 823 II StGB nicht auszulösen vermag. Ferner kommt ein Schutz der durch die fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen betroffenen Frau durch § 223 bzw. § 229 StGB in Betracht, der dem Schutz von Körper und Gesundheit in § 823 I BGB entspricht. Die Gameten werden hier durch § 303 I StGB geschützt. Der Schutz entspricht damit dem Eigentumsschutz aus § 823 I StGB.

---

<sup>1469</sup> Spickhoff-K. Scholz, MBO-Ä Vorbemerkung Rn. 1.

<sup>1470</sup> U. Becker/Kingreen-H. Lang, SGB V, § 27a Rn. 1.

Das AMG erfasst schon tatbestandlich keine Gameten oder Embryonen und scheidet folglich schon aus diesem Grunde als Schutzgesetz aus. Hingegen sind § 8b II und III TPG Schutzgesetze. Diese schützen die Gesundheit und Selbstbestimmung der Samenspender, vorausgesetzt, dass eine legale, also im Rahmen des ESchG befindliche Samenspende bezweckt wird. Da die Entnahme jedoch eine medizinische Behandlung darstellt, unterscheidet sich die Haftung in ihrem Umfang nicht von den Ansprüchen aus § 823 I BGB aufgrund einer Verletzung von Körper oder Gesundheit bzw. § 823 II BGB iVm § 223 StGB. Unterschiede ergeben sich damit nur tatbestandlich hinsichtlich des Vorsatzes.

Über §§ 13c und 13d AdVermiG wird der *nondum conceptus* in seinem Kindeswohl geschützt.

Die Regelung zu In-Vitro-Fertilisation und Embryotransfer in Abschnitt D. Nr. 1 BO Bayern verfolgt keinen Individualschutzzweck und ist daher trotz ihrer Eigenschaft als Rechtsnorm iSd Art. 2 EGBGB nicht als Schutzgesetz zu qualifizieren.

Die Richtlinien über die künstliche Befruchtung scheiden ebenfalls als mögliches Schutzgesetz aus, das gleiche gilt für § 27a SGB V aufgrund der ratio des SGB V.

## **G. Fazit**

In der vorliegenden Arbeit wurde das Thema ‚Embryonenschutz und Haftung‘ untersucht. Der Fokus wurde dabei auf die Frage gelegt, ob die Normen des Embryonenschutzgesetzes Schutzgesetze iSd § 823 II BGB darstellen.

Im System des deutschen Deliktsrechts hat § 823 II BGB verschiedene eigenständige Funktionen wie etwa die Öffnungs-, Konkretisierungs- sowie (unselbstständige) Entwicklungsfunktion. Um beurteilen zu können, ob eine Norm Schutzgesetz iSd § 823 II BGB ist, muss zunächst ermittelt werden, ob die zu untersuchende Norm ein Gesetz iSd Art. 2 EGBGB ist, das ein Verhalten ge- oder verbietet. Darüber hinaus ist erforderlich, dass die Norm Individualschutz bezweckt und nicht nur Allgemeininteressen schützt. Weitergehende Einschränkungsversuche der Rechtsprechung und Literatur auf abstrakt-genereller Ebene können jedoch nicht überzeugen, da sie zu Verallgemeinerungen führen und somit praktisch zumeist nur wenig hilfreich sind. Die damit gewünschte Vermeidung einer uferlosen Ausdehnung der Haftung ist daher eher durch die Anwendung der Normzwecklehre zu erreichen. Im Einzelfall ist somit konkret-individuell zu prüfen, ob der persönliche, sachliche und modale Schutzbereich eröffnet ist. Die Ermittlung erfolgt mittels Auslegung, wobei

der Wille des historischen Gesetzgebers grundsätzlich respektiert werden muss.

Bei der Untersuchung der Normen des ESchG wurde ein Vorgehen gewählt, welches an die Stakeholderanalyse des Projektmanagements angelehnt ist; anstatt bestimmte ggfs. typische Situationen der modernen Fortpflanzungsmedizin zu untersuchen, wurden alle denkbaren geschützten Personenkreise und Rechtsgüter ermittelt.

Der Übersichtlichkeit und Verständlichkeit geschuldet beschränkte sich die Untersuchung auf eigene Schadensersatzansprüche des jeweiligen Rechtsgutsträgers.

Zunächst konnten dabei wegen eines fehlenden Verhaltensgebots bzw. -verbots §§ 8, 3 IV, 11, 12 und 13 ESchG ausgeschlossen werden; nach eingehender Untersuchung konnte dies auch für § 10 ESchG festgestellt werden.

Die übrigen Normen des ESchG schützen nach dem Willen des Gesetzgebers primär den *nondum conceptus* bzw. *nasciturus*. Auch wenn diese zum Zeitpunkt der schädigenden Handlung, nämlich der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der jeweiligen Norm, noch nicht rechtsfähig nach § 1 BGB sind, schadet dies der Entstehung eines Schadensersatzanspruchs nicht; allerdings ist erforderlich, dass diese lebend geboren werden. Die Geltendmachung eines Anspruchs ist insofern aufschiebend bedingt. Die Annahme eines eigenständigen Anspruchs des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* stellt demnach auch keinen Widerspruch zur ‚Kind als Schaden‘-Rechtsprechung dar, da der Anspruchsgegner aktiv einen kausalen Beitrag zu dem nachteiligen Zustand des später geborenen Kindes geleistet hat.

Die beteiligte Frau sowie der Gameten- und Samenspender fallen zum Teil ebenfalls in den persönlichen Schutzbereich.

Vornehmlich geschütztes Rechtsgut des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* ist das Kindeswohl und zwar im Hinblick auf negative psychologische Auswirkungen aufgrund gespaltener Mutterschaft (§§ 1 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 ESchG sowie § 1 II ESchG) bzw. weil ungewollt, gemäß § 4 I Nr. 1–3 ESchG. Zu bemerken ist hier jedoch, dass der Eintritt eines Schadens durchaus unwahrscheinlich ist, wie die bisherige medizinische Studienlage nahelegt. Zwar mag das Ergebnis der Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers zwischen Existenz und Kindeswohl unbefriedigend sein, wie auch die verfassungsrechtlichen Bedenken zu den bezeich-

neten Normen zeigen, doch ist dies haftungsrechtlich nicht zu korrigieren. Vielmehr ist es daher Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen einer Novellierung des ESchG die Entscheidungen und Ängste aus dem Jahr 1990 zu überdenken. Durch die Öffnungs- und Konkretisierungsfunktion werden dann die überarbeiteten Wertungen ins zivile Haftungsrecht des § 823 II BGB übernommen.

Darüber hinaus werden auch Leben und Gesundheit des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* geschützt. Hinsichtlich des ersteren gilt es zu bedenken, dass ein eigener Anspruch des Rechtsgutsträgers stets entfällt, da eine Verletzung zum Wegfall der (noch zu entstehenden) Rechtsfähigkeit führt und im Falle des Überlebens das Rechtsgut nicht verletzt wird.

Ferner wird die Eingriffsfreiheit in die Geschlechtsbildung durch § 3 ESchG geschützt; allerdings ist hierbei nicht erkennbar, wie die Zuweisung eines Geschlechts zu einem Schaden führt.

Schließlich wird auch die Menschenwürde des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus* geschützt. Hier gilt es jedoch zu beachten, dass die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzgl. immateriellen Schadens entsprechend heranzuziehen sind.

Denkbar ist in dieser Situation darüber hinaus, dass als Anspruchsgegner nicht nur die beteiligten Ärzte und Labormediziner, sondern auch die zukünftigen Eltern in Frage kommen. Zwar ist zB in § 1 III ESchG ein persönlicher Strafausschließungsgrund zugunsten der beteiligten Frauen vorgesehen, doch ist dieser zivilrechtlich nicht relevant, da eine Verletzung der Norm hiervon unabhängig ist. Relevant sind hingegen die Grundsätze zur straflosen notwendigen Teilnahme im Falle der Begnugsdelikte, da hier die Tatbestandsmäßigkeit der Norm entfällt.

Doch ist zu bedenken, dass die Durchsetzung innerfamiliärer Ansprüche für das geborene Kind nur dann finanziell vorteilhaft ist, wenn der Schaden nicht bereits im Rahmen der Unterhaltspflicht auszugleichen ist.

Der Schutz der beteiligten Frau erfasst im wesentlichen den Schutz der (körperlichen) Gesundheit; hinzu kommt der Schutz des Selbstbestimmungsrechtes durch § 4 I Nr. 2 ESchG.

Den Schutz des Selbstbestimmungsrechtes beider Gametenspender bezweckt § 4 I Nr. 1 ESchG. Da jedoch das Selbstbestimmungsrecht Ausfluss des Allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist, gelten auch

hier die Grundsätze der Rechtsprechung für den immateriellen Schaden.

Der Samenspender wird hingegen darüber hinaus in seinem postmortalen Persönlichkeitsrecht geschützt. Da dieser jedoch schon vor der Schutzgesetzverletzung nicht mehr rechtsfähig ist und diese Rechtsfähigkeit auch nicht wiedererlangen kann, scheidet ein eigener Anspruch des verstorbenen Samenspenders stets aus.

Im Vergleich dazu ist ein ähnlicher Schutz der Embryonen, also des *nondum conceptus* bzw. *nasciturus*, durch § 823 I BGB gewährt. Insbesondere greifen hier die Rechtsgüter Leben, Körper, Gesundheit und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht bereits pränatal und sogar vor der Zeugung; mittelbaren Schutz bietet hinsichtlich der Gameten und 2-PN-Zellen das Rechtsgut ‚Eigentum‘ durch einen Anspruch der ‚Eltern‘.

Ein wesentlicher Unterschied in der Haftung nach § 823 I und II BGB besteht im Verschuldensbezug und Verschuldensmaßstab: Während der Verschuldensbezug bei § 823 I BGB verkürzt ist und sich nur auf die Verletzung des Schutzgesetzes beziehen muss, ist bei § 823 I BGB Vorsatz oder Fahrlässigkeit hinsichtlich der Rechtsgutsverletzung notwendig. Im Gegensatz zu § 823 I BGB ist bei § 823 II BGB stets Vorsatz erforderlich, da der Verschuldensmaßstab des Schutzgesetzes übernommen wird und dieser bei den nebenstrafrechtlichen Normen des ESchG wegen § 15 StGB bzw. § 10 OWiG stets Vorsatz erfordert.

Im innerfamiliären Bereich können Unbilligkeiten, die hieraus entstehen, durch eine analoge Anwendung des § 1664 I BGB korrigiert werden, indem der Verschuldensmaßstab auf eigentümliche Sorgfalt iSd § 277 BGB reduziert wird.

Schließlich wurden Normen außerhalb des ESchG untersucht, die möglicherweise eine ähnliche Schutzrichtung aufweisen. Grundrechte sowie Normen der EMRK sind grundsätzlich nicht direkt als Schutzgesetze heranzuziehen. Das Leben der Leibesfrucht wird von §§ 218 ff. StGB geschützt. Zeitlich gesehen schließt sich dabei der Schutz dem ESchG an, ohne dass Überschneidungen möglich sind. § 223 bzw. § 229 StGB sind zwar Schutzgesetze, allerdings nur zugunsten der betroffenen Frau, da die Norm zeitlich gesehen voraussetzt, dass der Mensch bereits geboren ist, sodass der *nondum conceptus* und *nasciturus* nicht in den persönlichen Schutzbereich fallen. Wie auch im Rahmen des § 823 I BGB besteht ein mittelbarer Schutz der Gameten und 2-PN-Zellen über § 303 I StGB, wobei zu

beachten ist, dass hier stets Vorsatz erforderlich ist. Die Gametenspende liegen überdies im persönlichen Schutzbereich von § 8 II und III TPG. Tatbestandlich nicht anwendbar ist hingegen das AMG. Das Kindeswohl des *nondum conceptus* wird durch §§ 13c und 13d AdVermiG geschützt.

Mangels Individualschutzzweck scheidet die Schutzgesetzeigenschaft der BO Bayern aus; ebenfalls kein taugliches Schutzgesetz verkörpern die Richtlinien zur künstlichen Befruchtung.

Auch wenn eine positive Prüfung von Schadensersatzansprüchen aus § 823 II BGB iVm Normen des ESchG in der Rechtsprechung noch nie durchgeführt worden war, konnte gezeigt werden, dass hierin ein eigenständiger, bisher unbeachteter Anwendungsbereich des ESchG liegt. Hervorstehend ist dabei insbesondere, dass die Handlungen bereits vor Konzeption oder Nidation erfasst werden und – die Lebendgeburt vorausgesetzt – zu eigenständigen Ansprüchen des später geborenen Menschen führen.

Es bleibt abzuwarten, ob das ESchG in seiner aktuellen Form fortbestehen wird. So steht im Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung für die Legislaturperiode 2021-2025, dass eine Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin die Möglichkeiten hinsichtlich der Legalisierung der Eizellspende sowie der altruistischen Leihmutterchaft prüfen werde.<sup>1471</sup> Mit der 1994 geschaffenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 I Nr. 26 GG für die „die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen, Geweben und Zellen“ stehen einer umfassenden Neuregelung die Türen offen.

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen einer Reformierung – etwa durch die Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes – insbesondere auch den Fragen des Rechtsgüterschutzes widmet. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter sollte dabei im Einklang mit aktuellen medizinischen Erkenntnissen stehen und nicht durch Ängste geprägt werden. Denn nur dann wird auch § 823 II BGB durch seine Öffnungsfunktion zu vollends überzeugenden Ergebnissen bei der Beantwortung der Haftungsfrage kommen.

---

<sup>1471</sup> *Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*, Mehr Fortschritt wagen, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (Stand:31.03.2023)

## Literaturverzeichnis

- Adam, Sabine*, Grundrechtliche Probleme der Fortpflanzungsmedizin, Ein Beitrag zur Diskussion eines Embryonenschutzgesetzes, 1989.
- Adashi, Eli Y./Jones, Howard W.*, Barrenness vanquished: the legacy of Lesley Brown, *Human fertility* 2013, 97–100.
- Aguilera-Castrejon, Alejandro/Oldak, Bernardo/Shani, Tom/Ghanem, Nadir/Itzkovich, Chen/Slomovich, Sharon/Tarazi, Shadi/Bayerl, Jonathan/Chugaeva, Valeriya/Ayyash, Muneef/Ashouokhi, Shahd/Sheban, Daoud/Livnat, Nir/Lasman, Lior/Viukov, Sergey/Zerbib, Mirie/Addadi, Yoseph/Rais, Yoach/Cheng, Saifeng/Stelzer, Yonatan/Keren-Shaul, Hadas/Shlomo, Raanan/Massarwa, Rada/Novershtern, Noa/Maza, Itay/Hanna, Jacob H.*, Ex utero mouse embryogenesis from pre-gastrulation to late organogenesis, *Nature* 2021, 119–124.
- Ahrens, Hans-Jürgen/Spickhoff, Andreas*, Deliktsrecht, Mit Wirtschaftsdeliktsrecht, München 2022.
- Arnemann, J.*, Fluoreszenz-in-Situ-Hybridisierung (FiSH), in: Axel M. Gressner, Torsten Arndt (Hrsg.), *Lexikon der Medizinischen Laboratoriumsdiagnostik*, Springer Reference Medizin, Berlin, Heidelberg 2019 (zit. als *Arnemann*, Fluoreszenz-in-Situ-Hybridisierung).
- Barrangou, Rodolphe/Fremaux, Christophe/Deveau, Hélène/Richards, Melissa/Boyaval, Patrick/Moineau, Sylvain/Romero, Dennis A./Horvath, Philippe*, CRISPR provides acquired resistance against viruses in prokaryotes, *Science* 2007, 1709–1712.
- Bea, Franz Xaver/Scheurer, Steffen/Hesselmann, Sabine*, Projektmanagement, 3. Aufl., München 2020.
- Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten* (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung Kommentar, 8. Aufl., München 2022 (zit. als U. Becker/Kingreen-Bearbeiter).
- BeckOK BGB, hrsg. von Wolfgang Hau, Roman Poseck, München 65. Edition, Stand 01.02.2023 (zit. als BeckOK BGB-Bearbeiter).
- BeckOK Grundgesetz, hrsg. von Volker Epping, Christian Hillgruber, München 54. Edition, Stand 15.02.2023 (zit. als BeckOK GG-Bearbeiter).
- beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB, hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz u.a., München 2023 (zit. als BeckOGK BGB-Bearbeiter).

- Berghäuser, Gloria*, Das Ungeborene im Widerspruch, Der symbolische Schutz des menschlichen Lebens in vivo und sein Fortwirken in einer allopoietischen Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft, Zugl.: Passau, Univ., Diss., 2013/2014, Schriften zum Strafrecht 276, Berlin 2015.
- Bergmann, Karl-Otto/Pauge, Burkhard/Steinmeyer, Heinz-Dietrich* (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. als *Bergmann/Pauge/Steinmeyer-Bearbeiter*).
- Bern, Christina Gabriele*, Genome Editing in Zeiten von CRISPR/Cas, Dissertation, Recht und Medizin Bd. 136, 2019.
- Besgen, Nicolai*, Krankenhausarbeitsrecht, Handbuch, 2. Aufl., München 2016.
- Beyer, Daniel A./Amari, Ferial/Ludwig, Annika K./Felberbaum, Riccardo/Diedrich, Klaus*, Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität, in: Manfred Kaufmann, Serban Dan Costa, Anton Scharl (Hrsg.), Die Gynäkologie, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., Berlin 2013, S. 163–208 (zit. als *Beyer et al. Kapitel 12: Fertilitätsstörungen und Sterilität*, 163).
- Bilsdorfer, Peter*, Rechtliche Probleme der In-vitro-Fertilisation und des Embryo-Transfers, MdR 1984, 803–806.
- Bistrizki, Walter*, Voraussetzungen für die Qualifikation einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, München, Univ., Diss., 1981.
- Böckenförde-Wunderlich, Barbara*, Präimplantationsdiagnostik als Rechtsproblem, Dissertation, 2002 (zit. als *Böckenförde-Wunderlich*, Präimplantationsdiagnostik).
- Boyle, R. J./Savulescu, J.*, Ethics of using preimplantation genetic diagnosis to select a stem cell donor for an existing person, BMJ 2001, 1240–1243.
- Brinsden, Peter R.*, Thirty years of IVF: the legacy of Patrick Steptoe and Robert Edwards, Human fertility 2009, 137–143.
- Britting, Eva*, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts, Zugl.: Erlangen, Nürnberg, Univ., Diss., 1987, Gentechnologie 22, Frankfurt/Main 1989 (zit. als *Britting*, postmortale Insemination).
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl., München 2022 (zit. als *Brox/Walker*, BGB AT).
- Brüggemeier, Gert*, Haftungsrecht, Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin 2006 (zit. als *Brüggemeier*, Haftungsrecht).

- Bundesärztekammer*, (Muster-)Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Novelle 2006, Deutsches Ärzteblatt 2006, A 1392.
- Bundesärztekammer*, Richtlinie zur Entnahme und Übertragung von menschlichen Keimzellen oder Keimzellgewebe im Rahmen der assistierten Reproduktion, umschriebene Fortschreibung 2022, Deutsches Ärzteblatt Online 2022, A 1.
- Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit*, Mehr Fortschritt wagen, <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Burghardt, Manfred*, Einführung in Projektmanagement, Definition, Planung, Kontrolle und Abschluss, 6. Aufl., EBL-Schweitzer, Erlangen 2013.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten, in: Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 27–110 (zit. als *Canaris*, FS Larenz, 27).
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Der nasciturus in der hirntoten Mutter, in: Hermann Lange, Knut Wolfgang Nörr, Harm Peter Westermann (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 837–856 (zit. als *Coester-Waltjen*, FS Gernhuber, 837).
- Coester-Waltjen, Dagmar*, Juristischer Teil, in: Siegfried Trotnow, Dagmar Coester-Waltjen (Hrsg.), Möglichkeiten, Gefahren und rechtliche Schranken befruchtungstechnischer und gentechnischer Eingriffe unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Embryonenschutzgesetzes, Schriftenreihe / Kölner Juristische Gesellschaft Bd. 10/11, Bergisch Gladbach, Köln 1990 (zit. als *Coester-Waltjen*, Juristischer Teil).
- Collins, Francis S./Green, Eric D./Guttmacher, Alan E./Guyer, Mark S.*, A vision for the future of genomics research, *Nature* 2003, 835–847.
- Cong, Le/Ran, F. Ann/Cox, David/Lin, Shuailiang/Barretto, Robert/Habib, Naomi/Hsu, Patrick D./Wu, Xuebing/Jiang, Wenyan/Marrazzini, Luciano A./Zhang, Feng*, Multiplex genome engineering using CRISPR/Cas systems, *Science* 2013, 819–823.
- Dahl, E./Beutel, M./Brosig, B./Hinsch, K-D*, Preconception sex selection for non-medical reasons, a representative survey from Germany, *Hum Reprod* 2003, 2231–2234.

- Dauner-Lieb, Barbara Langen, Werner (Hrsg.)*, BGB, Schuldrecht, ProdHaftG, UKlaG, Band 2: §§ 241-853, 4. Aufl., Baden-Baden 2021 (zit. als NK-BGB-Bearbeiter).
- Deuring, Silvia*, Die “Mitochondrienspende” im deutschen Recht, MedR 2017, 215–220 (zit. als *Deuring*, MedR 2017).
- Deutsch, Erwin*, Der Schutzbereich der Produzentenhaftung nach dem BGB und PHG, JZ 1989, 465–470.
- Deutsch, Erwin*, Die Gesundheit als Rechtsgut im Haftungsrecht und Staatshaftungsrecht, Versicherungsrecht 25 Jahre Karlsruher Forum Jubiläumsausgabe 1983, 93–97.
- Deutsch, Erwin*, Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, Ein Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht, JZ 1963, 385–391.
- Deutsch, Erwin*, Schutzgesetze aus dem Strafrecht in § 823 Abs 2 BGB, VersR 2004, 137–142.
- Deutsch, Erwin/Ahrens, Hans-Jürgen*, Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 6. Aufl., München 2014.
- Deutscher Ethikrat*, Eingriffe in die menschliche Keimbahn, Stellungnahme, Berlin 2019.
- Deutscher Ethikrat*, Mensch-Tier-Mischwesen in der Forschung, Stellungnahme, Berlin 2011.
- Deutscher Ethikrat*, Stammzellforschung – Neue Herausforderungen für das Klonverbot und den Umgang mit artifiziell erzeugten Keimzellen?, AD-HOC-EMPFEHLUNG, Berlin 2014.
- Deynet, Karl August*, Die Rechtsstellung des nasciturus und der noch nicht erzeugten Person im deutschen, französischen, englischen und schottischen bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main, Berlin 1960 (zit. als *Deynet*, Rechtsstellung).
- Diedrich, Klaus/Ludwig, Michael/Griesinger, Georg*, Reproduktionsmedizin, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2020 (zit. als *Diedrich/M. Ludwig/Griesinger*, Reproduktionsmedizin).
- Dorneck, Carina*, Das Recht der Reproduktionsmedizin de lege lata und de lege ferenda, Eine Analyse zum AME-FMedG, 2018 (zit. als *Dorneck*, Recht der Reproduktionsmedizin).
- Dreier, Horst (Hrsg.)*, Grundgesetz-Kommentar, Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. als *Dreier-Bearbeiter*).
- Duden.online*, ergänzen, <https://www.duden.de/rechtschreibung/ergaenzen> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Duden.online*, erweitern, <https://www.duden.de/rechtschreibung/erweitern> (zugegriffen am 31.3.2023).

- Duden.online*, montan, <https://www.duden.de/rechtschreibung/montan> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Dürig, Günther/ Herzog, Roman/Scholz, Rupert (Hrsg.)*, Grundgesetz Kommentar, Band I, 99. Aufl., hrsg. von, München 2022 (zit. als *Dürig/Herzog/Scholz-Bearbeiter*).
- Ebert, Ina*, Pönale Elemente im deutschen Privatrecht, Von der Renaissance der Privatstrafe im deutschen Recht, Zugl.: Kiel, Univ., Habil.-Schr., 2002, Tübingen 2004 (zit. als *Ebert, Pönale Elemente*).
- Enders, Christoph*, Probleme der Gentechnologie in grundrechtsdogmatischer Sicht, in: Rudolf Mellinghoff, Hans-Heinrich Trute, Delf Buchwald (Hrsg.), Die Leistungsfähigkeit des Rechts, Methodik, Gentechnologie, Internationales Verwaltungsrecht, Heidelberger Forum Bd. 53, Heidelberg 1988, S. 157–202.
- Erbs, Georg/Kohlhaas, Max (Hrsg.)*, Strafrechtliche Nebengesetze, 243. Aufl., München 2022 (zit. als *Erbs/Kohlhaas-Bearbeiter*).
- Erman, Walter*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VVBVG, VersAusglG und WEG, 16. Aufl., hrsg. von Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, Köln 2020 (zit. als *Erman-Bearbeiter*).
- Eser, Albin*, Neuartige Bedrohungen ungeborenen Lebens, Embryoforschung und "Fetozid" in rechtvergleichender Perspektive, Heidelberg 1990.
- Eser, Albin/Koch, Hans-Georg*, Rechtsprobleme biomedizinischer Fortschritte in vergleichender Perspektive, in: Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät, Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen 2003, S. 15–36 (zit. als *Eser/Koch, GS Keller, 15*).
- Evans, M. J./Gurer, C./Loike, J. D./Wilmot, Ian/Schnieke, A. E./Schon, E. A.*, Mitochondrial DNA genotypes in nuclear transfer-derived cloned sheep, *Nat Genet* 1999, 90–93.
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl., Berlin, Boston 2022.
- Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch, Mit Nebengesetzen, 70. Aufl., München 2023 (zit. als *T. Fischer*).
- Francuski, Ramona*, Prozeduralisierung im Wirtschaftsstrafrecht, Zugl.: Hamburg, Bucerius Law School, Diss., 2014, Baden-Baden 2014 (zit. als *Francuski, Prozeduralisierung*).
- Freund, Georg/Heubel, Friedrich*, Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, *MedR* 1995, 194–198.

- Friese, Ulrich*, Haftung für Folgeschäden aus unerlaubter Handlung, insbesondere bei § 823 Abs. 1 BGB, Erlangen 1968.
- Frister, Helmut/Börger, Niclas*, Rechtliche Probleme der Kryokonservierung von Keimzellen, in: Helmut Frister, Dirk Olzen (Hrsg.), *Rechtliche Fragestellungen in der Reproduktionsmedizin*, Tagung zum 10-jährigen Bestehen des Instituts für Rechtsfragen der Medizin, Düsseldorf 2010, S. 93–123.
- Frister, Helmut/Lehmann, Maja Caroline*, Die gesetzliche Regelung der Präimplantationsdiagnostik, *JZ* 2012, 659–667.
- Fuchs, Maximilian/Pauker, Werner/Baumgärtner, Alex*, *Delikts- und Schadensersatzrecht*, 9. Aufl., Berlin, Heidelberg 2017.
- Gassner, Ulrich*, Legalisierung der Eizellspende, *ZRP* 2015, 126.
- Geigel, Reinhard*, Anmerkung zu OLG Schleswig, Urt. v. 18.10.1949 - 2 U 114/49, *NJW* 1950, 388.
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter*, *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Aufl., *Aktuelles Recht für die Praxis*, München 2022.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar*, *Familienrecht*, 7. Aufl., München 2020.
- Golombok, Susan/Ilioi, Elena/Blake, Lucy/Roman, Gabriela/Jadva, Vasanti*, A longitudinal study of families formed through reproductive donation: Parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14, *Dev Psychol* 2017, 1966–1977.
- Graf, Jürgen Peter/Jäger, Markus/Wittig, Petra* (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl., München 2017 (zit. als *J. Peter Graf/Jäger/Wittig-Bearbeiter*).
- Gröner, Kerstin*, Klonen, Hybrid- und Chimärenbildung unter Beteiligung totipotenter menschlicher Zellen, in: Hans-Ludwig Günther (Hrsg.), *Fortpflanzungsmedizin und Humangenetik - strafrechtliche Schranken?*, *Tübinger Beiträge zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zum Schutz von Embryonen*, 2., erw. Aufl., Tübingen 1991, S. 293–325.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 82. Aufl., 2023 (zit. als *Grüneberg-Bearbeiter*).
- Günther, Hans-Ludwig/Taupitz, Jochen/Kaiser, Peter* (Hrsg.), *Embryonenschutzgesetz, Juristischer Kommentar mit medizinisch-naturwissenschaftlichen Grundlagen*, 2. Aufl., Stuttgart 2014 (zit. als *Günther/Taupitz/Kaiser-Bearbeiter*).
- Gutmann, Thomas*, Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen, in: Claus Roxin, Ulrich Schroth (Hrsg.), *Medizinstrafrecht, Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht*, 2., überarb. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2001, S. 353–380.

- Hall, J. L./Engel, D./Gindoff, P. R./Mottla, G. L./Stillman, R. J.*, General Program Prize Paper: Experimental Cloning of Human Polyploid Embryos Using an Artificial Zona Pellucida, *Fertility and Sterility* 1993, S1.
- Hamzelou, Jessica*, Exclusive: World's first baby born with new "3 parent" technique, *NewScientist* 2016, <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Handyside, A. H./Kontogianni, E. H./HARDY, K./WINSTON, R. M. L.*, Pregnancies from Biopsied Human Preimplantation Embryos Sexed by Y-Specific DNA Amplification, *Obstetrical & Gynecological Survey* 1991, 477–478.
- Handyside, A. H./Lesko, J. G./Tarín, J. J./Winston, R. M./Hughes, M. R.*, Birth of a normal girl after in vitro fertilization and preimplantation diagnostic testing for cystic fibrosis, *N Engl J Med* 1992, 905–909.
- Haskamp, Thomas*, Embryonenschutz in vitro, Offene Fragen und Regelungsalternativen im deutschen und internationalen Recht, Zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 2011, *Strafrecht in Forschung und Praxis* 238, Hamburg 2012.
- Heck, Philipp*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heldrich, Andreas*, Der Deliktsschutz des Ungeborenen, *JZ* 1965, 593–598.
- Heldrich, Andreas*, Der Persönlichkeitsschutz Verstorbener, in: Kurt Kuchinke (Hrsg.), *Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung*, Festschrift für Heinrich Lange zum 70. Geburtstag 25. März 1970, München 1970, S. 163–178 (zit. als *Heldrich*, FS Lange, 163).
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen, *Schriftenreihe der Juristischen Schulung* 52, München 1977.
- Hilgendorf, Eric*, Klonverbot und Menschenwürde - Vom Homo sapiens zum homo xerox, Überlegungen zu § 6 ESchG, in: Max-Emanuel Geis, Dieter Lorenz (Hrsg.), *Staat, Kirche, Verwaltung*, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 1147–1164 (zit. als *Hilgendorf*, FS Maurer, 1147).
- Hillgruber, Christian*, Der manipulierbare Embryo, in: Jan C. Joerden, Jan C. Schuhr (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik Annual Review of Law and Ethics*, Themenschwerpunkte: Zur Manipulierbarkeit des Embryos - On Manipulation of the Human Embryo Zu Rechtsphilosophie und Strafrecht - On Legal Philosophy and Criminal Law Bd. 28, Berlin 2020, S. 39–51 (zit. als *Hillgruber*, *Der manipulierbare Embryo*).

- Hillgruber, Christian*, Die verfassungsrechtliche Problematik der In-Vitro-Fertilisation, *ZfL* 2002, 2–7.
- Hinrichsen, Klaus V.*, Humanembryologie, Lehrbuch und Atlas der vorgeburtlichen Entwicklung des Menschen; mit 41 Tabellen, Berlin, Heidelberg 1990.
- Höfling, Wolfram/Augsberg, Steffen* (Hrsg.), TPG, Transplantationsgesetz; Kommentar, 2. Aufl., Berlin 2013 (zit. als *Höfling/Augsberg-Bearbeiter*).
- Honsell, Thomas*, Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, *JA* 1983, 101–109.
- Höpfner, Clemens/Rüthers, Bernd*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, *AcP* 2009, 1–37.
- Huber, Ulrich*, Fahrlässigkeit und Voraussehbarkeit, in: Misha Meier (Hrsg.), Festschrift für Hermann Heimpel, Zum 70. Geburtstag am 19. September 1971, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte Bd. 3, Göttingen 1972, S. 440–474 (zit. als *U. Huber*, FS Heimpel, 440).
- Huber, Ulrich*, Review zu Stoll, Hans: Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht., *JZ* 1969, 755–756.
- Hübner, Marlis/Pühler, Wiebke*, Die neuen Regelungen zur Präimplantationsdiagnostik – wesentliche Fragen bleiben offen, *MedR* 2011, 789–796.
- Iliadou, Ekaterini*, Forschungsfreiheit und Embryonenschutz, Eine verfassungs- und europarechtliche Untersuchung der Forschung an Embryonen, Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 1998, Schriften zum Öffentlichen Recht 799, Berlin 1999.
- Imrie, Susan/Golombok, Susan*, Long-term outcomes of children conceived through egg donation and their parents: a review of the literature, *Fertility and Sterility* 2018, 1187–1193.
- Ishino, Y./Shinagawa, H./Makino, K./Amemura, M./Nakata, A.*, Nucleotide sequence of the iap gene, responsible for alkaline phosphatase isozyme conversion in *Escherichia coli*, and identification of the gene product, *J Bacteriol* 1987, 5429–5433.
- Jakobs, Horst Heinrich/Schubert, Werner*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen 1, Berlin 1990.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 17. Aufl., hrsg. von Hans D. Jarass, Martin Kment, München 2022 (zit. als *Jarass/Pieroth-Bearbeiter*).
- Jäschke, Moritz L.*, Vertauschte Keimzellen und Embryonen, Dissertation, Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht 2, Tübingen 2020.

- Jauernig, Othmar (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Rom-I-VO, Rom-II-VO, Rom-III-VO, EG-UnthVO/HUntProt und EuErbVO : Kommentar, 18. Aufl., München 2021 (zit. als *Jauernig-Bearbeiter*).
- Jinek, Martin/Chylinski, Krzysztof/Fonfara, Ines/Hauer, Michael/Doudna, Jennifer A./Charpentier, Emmanuelle*, A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity, *Science* 2012, 816–821.
- Joerden, Jan C./Winter, Cornelia*, Thesen zur Chimären- und Hybridbildung aus der Perspektikve von Recht und Ethik, in: B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka, Jan C. Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik, Themenschwerpunkt: Medizinethik und -recht, Jahrbuch für Recht und Ethik - Annual Review of Law and Ethics* Bd. 15, Berlin 2007, S. 105–149.
- Josefson, D.*, Couple select healthy embryo to provide stem cells for sister, *BMJ* 2000, 917.
- Jungfleisch, Frank*, Fortpflanzungsmedizin als Gegenstand des Strafrechts?, Eine Untersuchung verschiedenartiger Regulationsansätze aus rechtsvergleichender und rechtspolitischer Perspektive, Zugl.: Freiburg i. Br., Univ., Diss., 2001, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für Ausländisches und Internationales Strafrecht S, *Strafrechtliche Forschungsberichte* S 102, Berlin 2005.
- Junker, Claudia*, Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadensersatz, Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy, wrongful adoption & wrongful parenthood, Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2000 u.d.T.: Junker, Claudia: Wrongful life, wrongful birth, wrongful pregnancy, wrongful adoption und einseitig ungewollte Elternschaft, *Schriften zum internationalen Recht* 130, Berlin 2002.
- Juris Praxiskommentar BGB, Band 2 - Schuldrecht, 9. Aufl.*, hrsg. von Markus Junker, Michael Beckmann, Helmut Rüßmann, Saarbrücken 2020 (zit. als *jurisPK-BGB-Bearbeiter*).
- Karollus, Martin*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung, Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus, Zugl.: Wien, Univ., Habil.-Schr., 1990, Wien 1992 (zit. als *Karollus, Funktion und Dogmatik*).
- Katzenmeier, Christian/Jansen, Christoph*, Schockschäden bei fehlerhafter ärztlicher Behandlung - Schutzzwecküberlegungen im österreichischen und deutschen Vertrags- und Deliktsrecht, in: Karl-Heinz Danzl, Barbara Dauner-Lieb, Alexander Wittwer (Hrsg.), *Deutsches, österreichisches und internationales Schadensersatzrecht, Festschrift für Christian Huber*, München 2020, S. 291–300 (zit. als *Katzenmeier/Jansen, FS Huber*, 291).

- Kaufhold, Erwin*, § 823 II BGB und die Schutzgesetze des Strafgesetzbuches, Trier 1951.
- Kaufmann, Arthur*, Der entfesselte Prometheus, Fragen der Human-genetik und der Fortpflanzungstechnologien aus rechtlicher Sicht, in: Rainer Flöhl (Hrsg.), Genforschung - Fluch oder Segen?, Interdisziplinäre Stellungnahmen, München 1985, S. 259–277.
- Keller, Rolf*, Das Kindeswohl: Strafschutzwürdiges Rechtsgut bei künstlicher Befruchtung im heterologen System?", in: Hans-Heinrich Jescheck, Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989, Berlin 1989, S. 705–721 (zit. als *Keller*, FS Tröndle, 705).
- Keller, Rolf*, Embryonenschutzgesetz und Biomedizin-Konvention, in: Albin Eser, Ulrike Schittenhelm, Heribert Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 477–494 (zit. als *Keller*, FS Lenckner, 477).
- Keller, Rolf/Günther, Hans-Ludwig/Kaiser, Peter* (Hrsg.), Embryonenschutzgesetz, Kommentar zum Embryonenschutzgesetz, Stuttgart, Berlin 1992 (zit. als *Keller/Günther/Kaiser-Bearbeiter*).
- Kentenich, Heribert/Pietzner, Klaus*, Probleme der Reproduktionsmedizin in Deutschland aus medizinischer und psychosozialer Sicht, in: Henning Rosenau (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht Bd. 11, Baden-Baden 2012, S. 13–37.
- Kersten, Jens*, Das Klonen von Menschen, Eine verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Kritik, Zugl.: Berlin, Humboldt- Univ., Habil.-Schr., 2004, Jus publicum 115, Tübingen 2004 (zit. als *Kersten*, Klonen).
- Kersten, Jens*, Rechtliche Herausforderungen der Gameten- und Embryonenspende sowie der Leihmutterschaft, in: Birgit Mayer-Lewis, Marina Rupp (Hrsg.), Der unerfüllte Kinderwunsch, Interdisziplinäre Perspektiven, Opladen, Berlin, Toronto 2015, S. 107–128.
- Kersten, Jens*, Regulierungsauftrag für den Staat im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, NVwZ 2018, 1248–1254.
- Keuk, Brigitte*, Vermögensschaden und Interesse, Zugl.: Bonn, Univ., Habil.-Schr., Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen 90, Bonn 1972.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (zit. als *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Bearbeiter*).

- Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf*, Grundrechte, Staatsrecht II : Lehrbuch & Entscheidungen, 38. Aufl., Heidelberg 2022.
- Klose, Martin*, Anmerkung zu BGH NJW 2019, 2387, NJW 2019, 2389.
- Knöpfle, Robert PD.*, Zur Problematik der Beurteilung einer Norm als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, NJW 1967, 697–702.
- Koch, Hans-Georg*, "Medizinisch unterstützte Fortpflanzung" beim Menschen - Handlungsanleitung durch Strafrecht?, MedR 1986, 259–265.
- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 46. Aufl., Juristische Kurz-Lehrbücher, München 2022.
- Kolata, Gina Bari*, Das geklonte Leben, Ein Jahrhundert-Experiment verändert die Zukunft des Menschen, München, Zürich 1997.
- Koppenfels-Spies, Katharina von/Wenner, Ulrich (Hrsg.)*, Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl., Hürth 2022 (zit. als v. Koppenfels-Spies/Wenner-Bearbeiter).
- Kothe, Wolfhard*, Normzweck und Interessenabwägung bei der Auslegung des § 823 II BGB, BGH NJW 1987, 1818, JURA 1988, 125–132.
- Koziol, Helmut*, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd. 1., Allgemeiner Teil, Wien 1980.
- Kreße, Bernhard*, Schadensersatzansprüche mittelbar Geschädigter nach deutschem und französischem Zivilrecht, ZEuP 2014, 504–536 (zit. als Kreße, ZEuP 2014).
- Krüger, Matthias*, Das Verbot der post-mortem-Befruchtung, § 4 Abs. 1 Nr. 3 Embryonenschutzgesetz - Tatbestandliche Fragen, Rechtsgut und verfassungsrechtliche Rechtfertigung, Halle (Saale) 2010.
- Kubiciel, Michael*, Grund und Grenzen des Verbots der Präimplantationsdiagnostik, NStZ 2013, 382–386.
- Kuleshova, L./Gianaroli, L./Magli, C./Ferraretti, A./Trounson, A.*, Birth following vitrification of a small number of human oocytes: case report, Hum Reprod 1999, 3077–3079.
- Künzel, Wolfgang*, Klinik der Frauenheilkunde und Geburtshilfe. Geburt II, München, Jena 2003.
- Küper, Wilfried*, Konvergenz, Die gemeinschaftliche Körperverletzung im System der Konvergenzdelikte, GA 1997, 304–334.
- Lackermair, Markus*, Hybride und Chimären, Dissertation, Studien und Beiträge zum Öffentlichen Recht Band 28, Tübingen 2016.

- Lackner, Karl/Kühl, Kristian/Heger/Martin (Hrsg.)*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2023 (zit. als *Lackner/Kühl/Heger-Bearbeiter*).
- Lammers, Roman*, Leihmutterschaft in Deutschland, Rechtfertigen die Menschenwürde und das Kindeswohl ein striktes Verbot?, *Recht und Medizin* v.128, Frankfurt a.M 2017 (zit. als *Lammers*, Leihmutterschaft).
- Lang, Rolf*, Normzweck und duty of care, Eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo-amerikanischen Deliktsrecht, Zugl.: München, Univ., Diss., 1982, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät 55, München 1983.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*, Schadensersatz, 3. Aufl., Handbuch des Schuldrechts Bd. 1, Tübingen 2003.
- Lanzendorf, Susan E./Maloney, Mary K./Veeck, Lucinda L./Slusser, James/Hodgen, Gary D./Rosenwaks, Zev*, A preclinical evaluation of pronuclear formation by microinjection of human spermatozoa into human oocytes, *Fertility and Sterility* 1988, 835–842.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Abteilung Rechtswissenschaft, Berlin 1991.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Schuldrecht Besonderer Teil 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994.
- Laufs, Adolf*, Haftung für Nachkommenschaftsschädennach § 823 BGB, *NJW* 1965, 1053–1057.
- Leinemann, Wolfgang*, Der Begriff der Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, Marburg 1969.
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar, Zweiter Band: §§ 19 bis 31, hrsg. von Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan u.a., Berlin 2021 (zit. als *LK-StGB-Bearbeiter*).
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar, Siebenter Band: §§ 211 bis 241a, 1. Teilband, §§ 211 bis 231, 12. Aufl., hrsg. von Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, Berlin, Boston 2019 (zit. als *LK-StGB-Bearbeiter*).
- Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Großkommentar, Dreizehnter Band: §§ 242 bis 262, 13. Aufl., hrsg. von Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan u.a., Berlin, Boston 2022 (zit. als *LK-StGB-Bearbeiter*).
- Liegsalz, Andreas*, Strafrechtliche Grenzen der "künstlichen" Fortpflanzung, in: Claus Roxin, Ulrich Schroth (Hrsg.), *Medizin-*

strafrecht, Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, 2., überarb. Aufl., Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden 2001, S. 339–352.

*Looschelders, Dirk*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl., München 2022.

*Lorenz, Stephan*, Grundwissen – Zivilrecht: Deliktsrecht – Haftung aus § 823 I BGB, JuS 2019, 852–855.

*Lorenz-Meyer, Ulrich*, Haftungsstruktur und Minderung der Schadensersatzpflicht durch richterliches Ermessen, Die Probleme einer Abstufung der Haftung im Schadensersatzrecht - Kritik des "§ 255a BGB" und Vorschlag für eine Neuformulierung, Zugl.: Tübingen, Univ., Diss. : 1970, Juristische Studien 28, Tübingen 1971.

*Ludyga, Hannes*, Das postmortale allgemeine Persönlichkeitsrecht, ZEV 2022, 693–698.

*Lüer, Hans-Jochem*, Die Begrenzung der Haftung bei fahrlässig begangenen unerlaubten Handlungen, Eine rechtsvergleichende Studie zum deutschen, englischen und amerikanischen Zivilrecht, Karlsruhe 1969.

*Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilbd. 2. Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl., Heidelberg 2012 (zit. als *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT Tb. 2).

*Maurer, Hartmut*, Staatsrecht I, Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 6. Aufl., München 2010.

*Mayr, Magdalena*, „Rechte am Embryo“ – Zivil- und familienrechtliche Fragestellungen im Rahmen der in-vitro-Fertilisation, NZFam 2018, 913–920.

*Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht II Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 18. Aufl., München 2018.

*Mitglieder des Bundesgerichtshof (Hrsg.)*, RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin, New-York 1989 (zit. als *BGB-RGRK-Bearbeiter*).

*Möller, Karl-Heinz/Thaele, Michael*, Zum Arztvorbehalt in § 9 ESchG, muss der Reproduktionsmediziner im IVF-Labor alles selber machen?, Reproduktionsmedizin 2002, 352–354.

*Möllers, Thomas M. J.*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., München 2021.

*Moore, Keith L./Persaud, Trivedi V. N./Torchia, Mark G.*, Embryologie, Entwicklungsstadien - Frühentwicklung - Organogenese - Klinik, 6. Aufl., München 2013.

- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- Müller, Gerda*, Fortpflanzung und ärztliche Haftung, in: Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller, Hans Josef Kullmann (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Der Schadensersatz und seine Deckung, Berlin 1995, S. 355–372.
- Müller-Götzmann, Christian*, Artificielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, Eine arztrechtliche Untersuchung zur Zulässigkeit fortpflanzungsmedizinischer Maßnahmen bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, Zugl.: Mannheim, Univ., Diss., 2008-2009, Veröffentlichungen des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik der Universitäten Heidelberg und Mannheim 35, Berlin, Heidelberg 2009.
- Müller-Terpitz, Ralf*, Der Schutz des pränatalen Lebens, Eine verfassungs-, völker- und gemeinschaftsrechtliche Statusbetrachtung an der Schwelle zum biomedizinischen Zeitalter, Tübingen 2007.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip*, Grundgesetz Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., hrsg. von Jörn Axel Kämmerer, Markus Kotzur, München 2021 (zit. als *Münch/Kunig-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Aufl., hrsg. von Claudia Schubert, München 2021 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., hrsg. von Wolfgang Krüger, München 2022 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht, Besonderer Teil III (§§ 705-853), Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 3. Aufl., hrsg. von Kurt Rebmann, Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, München 1997 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Schuldrecht - Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl., hrsg. von Mathias Habersack, München 2020 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VII, 8. Aufl., hrsg.

- von Dieter Schwab, München 2020 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 11: Erbrecht, §§ 1922-2385, §§ 27-35 BeurkG, 9. Aufl., hrsg. von Sibylle Kessal-Wulf, München 2022 (zit. als *MüKo-BGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 §§ 1-37, 4. Aufl., hrsg. von Bernd von Heintschel-Heinegg, München 2020 (zit. als *MüKo-StGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3: §§ 80-184k, 4. Aufl., hrsg. von Jürgen Schäfer, München 2021 (zit. als *MüKo-StGB-Bearbeiter*).
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4: §§ 185-262, 4. Aufl., hrsg. von Günther M. Sander, München 2021 (zit. als *MüKo-StGB-Bearbeiter*).
- Murray, Clare/MacCallum, Fiona/Golombok, Susan*, Egg donation parents and their children: follow-up at age 12 years, *Fertility and Sterility* 2006, 610–618.
- Neidert, Rudolf*, Das überschätzte Embryonenschutzgesetz — was es verbietet und nicht verbietet, *ZRP* 2002, 467–471.
- Neuhäuser, Gerhard*, Syndrome bei Menschen mit geistiger Behinderung, Ursachen, Erscheinungsformen und Folgen, 2. Aufl., Marburg 2007 (zit. als *Neuhäuser, Syndrome*).
- Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl., München 2023 (zit. als *Neuner, BGB AT*).
- NobelPrize.org*, The Nobel Prize in Chemistry 2020, <https://www.nobelprize.org/uploads/2020/10/press-chemistryprize2020.pdf> (zugegriffen am 31.3.2023).
- NobelPrize.org*, The Nobel Prize in Physiology or Medicine 2010, <https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/press-8.pdf> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Opper, Janet*, Das Verbot der präkonzeptionellen Geschlechtswahl, Dissertation, 2018.
- Otto, Harro*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 5. Aufl., Berlin, New-York 1998.
- Paehler, Hans-Hermann*, Hat die Leibesfrucht Schadensersatzansprüche?, *FamRZ* 1972, 189.
- Palermo, Gianpiero/Joris, Hubert/Devorey, Paul/van Steirteghem, Andre C.*, Pregnancies after intracytoplasmic injection of single spermatozoon into an oocyte, *The Lancet* 1992, 17–18.
- Pap, Michael*, Extrakorporale Befruchtung und Embryotransfer aus arztrechtlicher Sicht, Insbesondere: der Schutz des werdenden Lebens "in vitro", Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1986,

Frankfurt am Main 1987 (zit. als *Pap*, Extrakorporale Befruchtung).

*Partridge, Emily A./Davey, Marcus G./Hornick, Matthew A./McGovern, Patrick E./Mejaddam, Ali Y./Vrecenak, Jesse D./Mesas-Burgos, Carmen/Olive, Aliza/Caskey, Robert C./Weiland, Theodore R./Han, Jiancheng/Schupper, Alexander J./Connelly, James T./Dysart, Kevin C./Rychik, Jack/Hedrick, Holly L./Peranteau, William H./Flake, Alan W.*, An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb, *Nat Commun* 2017, 15112.

*Picker, Eduard*, Schadensersatz für das unerwünschte eigene Leben "wrongful life", *Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen* 80, Tübingen 1995 (zit. als *Picker*, Schadensersatz).

*Prehn, Annette*, Die Strafbarkeit der post-mortem-Befruchtung nach dem Embryonenschutzgesetz, *MedR* 2011, 559–568.

*Prütting, Dorothea* (Hrsg.), *Medizinrecht Kommentar*, 6. Aufl., Köln, Hürth 2022 (zit. als *D. Prütting-Bearbeiter*).

*Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd*, (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 17. Aufl., Hürth 2022 (zit. als *PWW-Bearbeiter*).

*Regalado, Antonio*, China's CRISPR babies: Read exclusive excerpts from the unseen original research vom 03.12.2019, <https://www.technologyreview.com/2019/12/03/131752/chinas-crispr-babies-read-exclusive-excerpts-he-jiankui-paper/> (zugegriffen am 31.3.2023).

*Regalado, Antonio*, Why the paper on the CRISPR babies stayed secret for so long, *MIT Technology Review* vom 03.12.2019, <https://www.technologyreview.com/2019/12/03/75084/nature-jama-rejected-he-jiankui-crispr-baby-lulu-nana-paper/> (zugegriffen am 31.3.2023).

*Rehborn, Martin*, *Patientenrechtgesetz 2013, Dokumentation, Haftung, Beweislast*, *MdR* 2013, 564–569.

*Reinke, Mathias*, *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende*, Berlin 2008 (zit. als *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit).

*Rengier, Rudolf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 2022.

*Rengier, Rudolf*, *Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 24. Aufl., München 2023.

*Rienzi, Laura/Gracia, Clarisa/Maggiulli, Roberta/LaBarbera, Andrew R./Kaser, Daniel J./Ubaldi, Filippo M./Vanderpoel, Sheryl/Racowsky, Catherine*, Oocyte, embryo and blastocyst cryopreservation in ART: systematic review and meta-analysis comparing slow-freezing versus vitrification to produce

- evidence for the development of global guidance, *Hum Reprod Update* 2017, 139–155.
- Rolfs, Christian*, Pränatale Schädigungen des Menschen, *JR* 2001, 140–146.
- Rosenau, Henning*, Reproduktives und therapeutisches Klonen, in: Knut Amelung, Werner Beulke, Hans Lilie et al. (Hrsg.), *Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003*, Heidelberg 2003, S. 761–781 (zit. als *Rosenau, FS Schreiber*, 761).
- Rosenau, Henning/Linoh, Kim Philip*, Der Import von Embryonen, *JZ* 2013, 937–942.
- Rosenwaks, Zev/Pereira, Nigel*, The pioneering of intracytoplasmic sperm injection: historical perspectives, *Reproduction* 2017, F71-F77.
- Roth, Tobias*, HLA-Typisierung (Überblick), <https://www.medizinische-genetik.de/diagnostik/transfusionsmedizin/hla-typisierung> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Roxin, Claus*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, *Strafrecht 02*, München 2003.
- Roxin, Claus/Greco, Luis*, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5. Aufl., München 2020.
- Rümelin, Max*, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht, *AcP* 1900, 171–340.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, *Rechtstheorie und juristische Methodenlehre*, 12. Aufl., München 2022.
- Saliger, Frank/Tsambikakis, Michael* (Hrsg.), *Strafrecht der Medizin, Handbuch für Wissenschaft und Praxis*, München 2022 (zit. als *Saliger/Tsambikakis-Bearbeiter*).
- Satzger, Helmut*, Der Schwangerschaftsabbruch (§§ 218 ff. StGB), *JURA* 2008, 424–434.
- Satzger, Helmut/Schluckebier Wilhelm/Widmaier, Gunter*, (Hrsg.) *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 5. Aufl., Köln, Hürth 2021 (zit. als *SSW-StGB-Bearbeiter*).
- Savigny, Friedrich Carl von*, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Veit 1840.
- Schaaf, Christian P./Zschocke, Johannes*, *Basiswissen Humangenetik, Mit 218 Abbildungen*, 3. Aufl., Springer-Lehrbuch, Berlin 2018 (zit. als *Schaaf/Zschocke, Basiswissen*).
- Schack, Haimo*, Weiterleben nach dem Tode – wie lange? Postmortale Begrenzungen subjektiver Rechte, *JZ* 2019, 864–872.
- Schäfer, Paul*, *Rechtsfragen zur Verpflanzung von Körper- und Leichenteilen*, Osnabrück 1961.

- Schickedanz, Erich*, Schutzzwecklehre und Adäquanztheorie, NJW 1971, 916–920.
- Schlosser, Hans*, Deliktischer Schadensersatzanspruch aus § 823 II BGB und eigenständiger Interessenschutz des Verkehrsopfers - BGH, NJW 1980, 1792, JuS 1982, 657–660.
- Schmidt, Karsten*, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, 837–844.
- Schmidt, Rudolf*, Der Schutz der Leibesfrucht gegen unerlaubte Handlung, JZ 1952, 167–169.
- Schmiedel, Burkhard*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht, Erster Teil Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu § 823 Abs. 2 BGB, Tübingen 1974 (zit. als *Schmiedel*, Deliktsobligationen).
- Schmietow, Bettina/Eberbach, Wolfram/Kaulich, Manuel*, Gene Editing in der Krebsforschung: technische, ethische und rechtliche Aspekte, Onkologie 2019, S116.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.)*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019 (zit. als *Schönke/Schröder-Bearbeiter*).
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Begriff und Rechtsgut der "Körperverletzung", in: Thomas Weigend, Georg Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Tübingen 1999, S. 725–737 (zit. als *Schroeder*, FS Hirsch, 725).
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Die Rechtsgüter des Embryonenschutzgesetzes, in: Hans-Heiner Kühne (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses, Baden-Baden 1995, S. 533–547 (zit. als *Schroeder*, FS Miyazawa, 533).
- Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred/Hoyer, Andreas/Momsen, Carsten*, Strafrecht Besonderer Teil - Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Aufl., Heidelberg 2019 (zit. als *Schroeder et al.*, Strafrecht BT Tb. 1).
- Schroth, Ulrich*, Die Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Strafrechts, NStZ 2009, 233–238 (zit. als *Schroth*, NStZ 2009).
- Schroth, Ulrich*, Forschung mit embryonalen Stammzellen und Präimplantationsdiagnostik im Lichte des Rechts, JZ 2002, 170–179.
- Schubert, Claudia*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, Jus Privatum - Band 171, Tübingen 2013 (zit. als *C. Schubert*, Wiedergutmachung).

- Schulze, Reiner, u. a. (Hrsg.)*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit. als *HK-BGB-Bearbeiter*).
- Selb, Walter*, Schädigung des Menschen vor Geburt - ein Problem der Rechtsfähigkeit?, *AcP* 1966, 76–128.
- Shelton, Katherine H./Boivin, Jacky/Hay, Dale/van den Bree, Marianne B.M./Rice, Frances J./Harold, Gordon T./Thapar, Anita*, Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies, *International Journal of Behavioral Development* 2009, 385–392.
- Signer, Esther N./Dubrova, Yuri E./Jeffreys, Alec J./Wilde, Colin/Finch, Lynn M. B./Wells, Michelle/Peaker, Malcolm*, DNA fingerprinting Dolly, *Nature* 1998, 329–330.
- SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I: §§ 1-37 StGB, 9. Aufl., hrsg. von Jürgen Wolter, Köln 2017 (zit. als *SK-StGB-Bearbeiter*).
- SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV: §§ 174-241a StGB, 9. Aufl., hrsg. von Jürgen Wolter, Köln 2017 (zit. als *SK-StGB-Bearbeiter*).
- SK-StGB - Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band VI: §§ 303-358, 10. Aufl., hrsg. von Jürgen Wolter, Andreas Hoyer, Hürth 2023 (zit. als *SK-StGB-Bearbeiter*).
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan*, Grundkurs Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungsrecht, 9. Aufl., München 2020.
- Söderström-Anttila, Viveca/Wennerholm, Ulla-Britt/Loft, Anne/Pinborg, Anja/Aittomäki, Kristiina/Romundstad, Liv Bente/Bergh, Christina*, Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families-a systematic review, *Hum Reprod Update* 2016, 260–276.
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 12: Schuldrecht 10, §§ 823-853 BGB; ProdHG; UmweltHG, 13. Aufl., hrsg. von Andreas Spickhoff, Stuttgart 2005 (zit. als *Soergel-Bearbeiter*).
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3/2: Schuldrecht 1/2, §§ 243-304, 13. Aufl., hrsg. von Jens Ekkenga, Stuttgart 2014 (zit. als *Soergel-Bearbeiter*).
- Soergel, Hans Theodor*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 19/2: Familienrecht 3/2, §§ 1616-1717, 13. Aufl., hrsg. von Wolfgang Siebert, Stuttgart 2017 (zit. als *Soergel-Bearbeiter*).
- Sowada, Christoph*, Die "notwendige Teilnahme" als funktionales Privilegierungsmodell im Strafrecht, Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 1991, Berlin 1992.

- Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung : Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., hrsg. von Andreas Hänlein, Rolf Schuler, Baden-Baden 2022 (zit. als LPK-SGB V-Bearbeiter).
- Spektrum.de*, Kompaktlexikon der Biologie Polyploidie, <https://www.spektrum.de/lexikon/biologie-kompakt/polyploidie/9262> (zugegriffen am 31.3.2023).
- Spickhoff, Andreas*, Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, Gründe und Grenzen, in: Egon Lorenz, Andreas Spickhoff (Hrsg.), Karsruher Forum 2007: Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht, Gründe und Grenzen, Karlsruhe 2008, S. 7–89.
- Spickhoff, Andreas*, Gesetzesverstoß und Haftung, Zugl.: Göttingen, Univ., Habil.-Schr., 1996, Köln u.a. 1998 (zit. als *Spickhoff*, Gesetzesverstoß).
- Spickhoff, Andreas*, Patientenrechte und Patientenpflichten, Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, *VersR* 2013, 267–282.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl., München 2023 (zit. als *Spickhoff-Bearbeiter*).
- Spickhoff, Andreas/Deuring, Silvia*, Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht, Heidelberg 2022.
- Staaake, Marco*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Berlin, Heidelberg 2014.
- Stadler, Astrid*, Allgemeiner Teil des BGB, 21. Aufl., München 2022.
- Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90-124; §§ 130-133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), hrsg. von Sebastian Herrler, Berlin 2021 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).
- Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249 - 254 (Schadensersatzrecht), hrsg. von Carsten Herresthal, Berlin 2021 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).
- Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 630a-630h (Patientenrechtegesetz), hrsg. von Volker Rieble, Berlin 2021 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).
- Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 A-D

(Unerlaubte Handlungen 1 - Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb), hrsg. von Heinz-Peter Mansel, Berlin 2017 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 E-I, 824, 825 (Verkehrspflichten, deliktische Produkthaftung, Verletzung eines Schutzgesetzes, Arzthaftungsrecht), hrsg. von Heinz-Peter Mansel, Berlin 2021 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826-829; ProdHaftG (Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung, Unzurechnungsfähigkeit und Produkthaftung), hrsg. von Johannes Hager, Berlin 2021 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 - Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel), hrsg. von Michael Coester, Helmut Engler, Ludwig Salgo u.a., Berlin 2009 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4: Familienrecht: §§ 1638-1683 (Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel), hrsg. von Michael Coester, Berlin 2020 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5: Erbrecht, Einleitung zum Erbrecht, §§ 1922-1966 (Erbfolge), hrsg. von Gerhard Otte, Berlin 2017 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Staudinger, Julius von*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zu Art 1 ff EGBGB; Art 1-2, 50-218 EGBGB (Inkrafttreten, Verhältnis zu anderen Vorschriften, Übergangsvorschriften), hrsg. von Karl-Dieter Albrecht, Joseph Hönle, Ulrich Hönle u.a., Berlin 2018 (zit. als J. von Staudinger-Bearbeiter).

*Stern, Klaus/Becker, Florian (Hrsg.)*, Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., Köln 2019 (zit. als Stern/Becker (Hrsg), Grundrechte Kommentar-Bearbeiter).

*Sternberg-Lieben, Detlev*, Genterapie und Strafrecht, JuS 1986, 673–680.

- Stoll, Hans*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968.
- Stoll, Hans*, Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschäden, in: Rolf Dietz, Heinz Hübner (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Zum 70. Geburtstag 21. Januar 1965 Bd. 1, München, Berlin 1965, S. 739–763 (zit. als *Stoll*, FS Nipperdey, 739).
- Taupitz, Jochen*, Berufsordnende Kammersatzungen als Schutzgesetze i. S. des § 823 II BGB, in: Erwin Deutsch, Ernst Klingmüller, Hans Josef Kullmann (Hrsg.), Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag am 28. Mai 1995, Der Schadensersatz und seine Deckung, Berlin 1995, S. 489–506 (zit. als *Taupitz*, FS Steffen, 489).
- Taupitz, Jochen*, Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, JZ 1994, 221–227.
- Taupitz, Jochen*, Die Standesordnungen der freien Berufe, Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin, New-York 1991.
- Taupitz, Jochen*, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089–1099.
- Taupitz, Jochen/Hermes, Benedikt*, Embryonenschutzgesetz: „Dreierregel“ oder „Deutscher Mittelweg“?, Gynäkologe 2015, 169–174.
- Tepperwien, Ingeborg*, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung?, Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1972, Juristische Studien 51, Tübingen 1973.
- Trips-Herbert, Roman*, Hybrid-Embryonen — Herausforderung für den Gesetzgeber?, ZRP 2009, 80–82.
- Trounson, A./Mohr, L.*, Human pregnancy following cryopreservation, thawing and transfer of an eight-cell embryo, Nature 1983, 707–709.
- U.S. Department of Energy*, About the Human Genome Project, [https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/project/index.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/index.shtml) (zugegriffen am 31.3.2023).
- U.S. Department of Energy*, History of the Human Genome Project, [https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human\\_Genome/project/hgp.shtml](https://web.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/hgp.shtml) (zugegriffen am 31.3.2023).
- Velte, Gianna*, Die postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht, Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2013/14, Berlin, Heidelberg 2015 (zit. als *Velte*, postmortale Befruchtung).
- Verlinsky, Y./Rechitsky, S./Schoolcraft, W./Strom, C./Kuliev, A.*, Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching, JAMA 2001, 3130–3133.

- Wagner, Gerhard*, Deliktsrecht, 14. Aufl., München 2021.
- Wandt, Manfred*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Deliktsrecht · Schadensrecht · Bereicherungsrecht · GoA, 11. Aufl., München 2022.
- Wessel, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau : Lehrbuch & Entscheidungen, 52. Aufl., Heidelberg 2022 (zit. als *Wessel/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT).
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael/Engländer, Armin*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte Lehrbuch & Entscheidungen, 46. Aufl., Heidelberg 2022 (zit. als *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht BT I).
- Whittingham, D. G./Leibo, S. P./Mazur, P.*, Survival of mouse embryos frozen to  $-196^{\circ}$  and  $-269^{\circ}$  C, *Science* 1972, 411–414.
- Wiegand, Annette*, Die "Sachwalterhaftung" als richterliche Rechtsfortbildung, Zugl.: Göttingen, Univ., Diss., 1990, Schriften zum Wirtschaftsrecht 70, Berlin 1991 (zit. als *Wiegand*, Sachwalterhaftung).
- Wilmut, Ian/Campbell, Keith/Tudge, Colin*, Dolly, Der Aufbruch ins biotechnische Zeitalter, dtv 33087, München 2002.
- Wilmut, Ian/Schnieke, A. E./McWhir, J./Kind, A. J./Campbell, Keith*, Viable offspring derived from fetal and adult mammalian cells, *Nature* 1997, 810–813.
- Wohn, Annette*, Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, Teilw. zugl.: Würzburg, Univ., Diss., 1999-2000, Bielefeld 2001 (zit. als *Wohn*, Reproduktionstechniken).
- Wolf, Joseph Georg*, Der Normzweck im Deliktsrecht, 1962.
- Wolter, Jürgen*, Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung, *JuS* 1982, 343–349.
- Zadeh, S./Ilioi, E. C./Jadva, V./Golombok, S.*, The perspectives of adolescents conceived using surrogacy, egg or sperm donation, *Hum Reprod* 2018, 1099–1106.
- Zeilmaker, Gerard H./Alberda, Albert Th./van Gent, Imprintta/Rijkmans, Camilla M.P.M./Drogendijk, Aat C.*, Two pregnancies following transfer of intact frozen-thawed embryos, *Fertility and Sterility* 1984, 293–296.
- Zhang, John/Liu, Hui/Luo, Shiyu/Lu, Zhuo/Chávez-Badiola, Alejandro/Liu, Zitao/Yang, Mingxue/Merhi, Zaher/Silber, Sherman J./Munné, Santiago/Konstantinidis, Michalis/Wells, Dagan/Tang, Jian J./Huang, Taosheng*, Live birth derived

from oocyte spindle transfer to prevent mitochondrial disease, *Reprod Biomed Online* 2017, 361–368.