

Einleitung

Der Gegenstand dieser Abhandlung ist der *nasciturus*. In der Rechtssprache wird damit ein ungeborenes, selbständiges menschliches Wesen verstanden, das auch als erzeugte, aber noch nicht geborene „Leibesfrucht“ oder als „das noch nicht geborene Kind“ umschrieben wird¹. Im *Brockhaus* findet sich unter dem Stichwort „Leibesfrucht“ die Definition: das Kind im Mutterleib in den Entwicklungsstadien des Embryos und des Fetus. Im medizinischen Sinne wird demzufolge zwischen Embryo und Fetus unterschieden. Als Embryo bezeichnet man die menschliche Frucht in der Gebärmutter während der Zeit der Organentwicklung, die in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten stattfindet. Fetus wird die Frucht im Mutterleib nach Abschluss der Organentwicklung, also vom vierten Schwangerschaftsmonat an bis zum Ende der Schwangerschaft, genannt². „*Nasciturus*“, „Leibesfrucht“ und „ungeborenes Kind“ sind also Oberbegriffe und werden im folgenden synonym verwendet, „Embryo“ und „Fetus“ sind dagegen medizinische Unterbegriffe.

Abzugrenzen ist der *nasciturus* vom noch nicht gezeugten Kind, dem *nondum conceptus*³, der im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)⁴ etwa in den §§ 331 II und 2106 Berücksichtigung findet. Außerhalb des BGB wird im Embryonenschutzgesetz (ESchG)⁵ auf den Embryo in besonderer Weise eingegangen. Nach § 8 I ESchG ist ein Embryo die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an⁶. An dieser Stelle ist erwähnenswert, dass im Schrifttum die Meinungen auseinander gehen, wann bzw. ab welchem Zeitpunkt genau von einer Leibesfrucht gesprochen werden kann. Eine Ansicht sieht dies ab der Verschmelzung der männlichen und weiblichen Keimzellen als gegeben an⁷, eine andere stellt auf den Zeitpunkt der Nidation ab, also der Einnistung des befruchteten Eis in die Gebärmutter⁸. Auf diesen Streit wird aber nicht weiter eingegangen, weil diese Arbeit die Existenz eines *nasciturus* im Mutterleib voraussetzt⁹. Die allgemeine Problematik der in-vitro Fertilisation und der künstlichen Befruchtung bleibt somit außen vor¹⁰.

In der vorliegenden Arbeit wird ein ganzheitlicher Ansatz in der Besprechung der Stellung des *nasciturus* in einem zivilgerichtlichen Verfahren angestrebt. Ein

¹ Soergel/Fahse, § 1 Rn 16; Staudinger/Habermann/Weick, § 1 Rn 10; Palandt/Heinrichs, § 1 Rn 5; MüKo-BGB/Schmitt, § 1 Rn 24; MüKo-ZPO/Lindacher, § 50 Rn 8.

² Pschyrembel unter den Stichwörtern „Embryo“ und „Fetus“.

³ vgl. MüKo-BGB/Schmitt, § 1 Rn 24, 42.

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) v. 18.8. 1896 (RGBl. S. 195); (BGBl. III 400-2), zul. geänd. d.G. v. 24.8.2002 (BGBl. I 3412).

⁵ Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG), v. 13.12. 1990 (BGBl. I 1990, 2746), zul. geänd. d. Art. 22 G. v. 23.10.2001 (BGBl. I 2702).

⁶ hierzu ausführlicher Ipsen, JZ 2001, S.989.

⁷ Staudinger/Habermann/Weick, § 1 Rn 21; Erman/Westermann, § 1 Rn 2 lässt dies offen, da auf dieses Problem nicht näher eingegangen wird.

⁸ Soergel/Fahse, § 1 Rn 27; Palandt/Heinrichs, § 1 Rn 8.

⁹ vgl. Staudinger/Habermann/Weick, § 1 Rn 23.

¹⁰ vgl. 1.Kapitel Fn 22 (mwN).

solcher ist – soweit ersichtlich – bislang im juristischen Schrifttum noch nicht entwickelt worden. Eine Ausnahme mag in *Hefeles* Arbeit unter dem Titel „Die Rechte des nasciturus im Zivilprozess“ von 1948 zu sehen sein, doch werden dort im Vergleich zu dem vorliegenden Buch nur wenige Fragestellungen diskutiert. Seitdem beschäftigten sich Rechtsprechung und Literatur nur mit einzelnen Problemkreisen, ohne diese in einen Kontext zueinander zu setzen. Durch eine geschlossene Diskussion soll ein in sich stimmiges Bild von einem Prozess unter Beteiligung eines *nasciturus* gezeichnet werden.

Obwohl die Rechte des Ungeborenen zum Teil sogar im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegt sind, waren es bezeichnenderweise immer Entscheidungen meist der oberen oder höchsten Gerichtsbarkeit, die dessen Rechtsposition konkretisierten, ausbauten und somit vorantrieben. Den Anfang machte vor etwa hundert Jahren das Reichsgericht, indem es der ungezeugten Nachkommenschaft dingliche und obligatorische Rechte zuerkannte¹¹. Anfang der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts wurde nach einer Reihe von beinahe als aufsehenerregend zu bezeichnenden Gerichtsentscheidungen, den sog. Lues-Entscheidungen¹², im Schrifttum problematisiert, ob die Leibesfrucht als tauglicher Träger des Rechtsguts „Gesundheit“ in Betracht kommt, und dies letzten Endes auch bejaht¹³. Ein äußerst bedeutender Fortschritt wurde im Rahmen der Diskussion um die §§ 218 ff. Strafgesetzbuch (StGB)¹⁴ und den legalen Schwangerschaftsabbruch durch die sog. Fristenurteile des Bundesverfassungsgerichts erzielt¹⁵, die entschieden für das Lebensrecht des *nasciturus* auf verfassungsrechtlicher Ebene eintraten und die Rechtsordnung zu einem Schutzauftrag zu seinen Gunsten aufriefen. Mitte der 80er Jahre ergingen im Kielwasser des ersten Fristenurteils zwei bemerkenswerte amtsgerichtliche Entscheidungen, die eine Abtreibung des Kindes verhinderten¹⁶. Den vorläufigen Schlusspunkt setzte das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht 1999¹⁷, da es dem *nasciturus* wichtige prozessuale Rechte zuschrieb und damit einen neuen Weg für zivilgerichtliche Verfahren vorzeichnete.

In dieser Arbeit sollen generell die Eigentümlichkeiten, die ein Verfahren mit sich bringt, bei dem eine Leibesfrucht beteiligt ist, erläuternd dargestellt und diskutiert werden. Besonders hingewiesen sei in diesem Zusammenhang darauf, dass der bereits in dieser Einleitung angeklungene Problemkreis „Schwangerschaftsabbruch“ nur einen Aspekt von vielen möglichen darstellt, wenn auch einen naturgegeben äußerst bedeutsamen. Dennoch soll darauf nicht der Schwerpunkt der Ausführungen liegen. Er wird gleichberechtigt mit anderen zu erörternden Fragen angesprochen und nimmt deshalb keinen gesonderten Platz

¹¹ RGZ 61, S. 355 ff. und RGZ 65, S.277 ff.

¹² BGH, JZ 1951, S.758 ff.; BGH, JZ 1953, S.307 ff.; Lues = Syphilis.

¹³ Neuer, S.48 ff.; R.Schmidt, JZ 1953, S.308; Laufs, NJW 1965, S.1055; Stoll, FS Nipperdey, S.755; Rolfs, JR 2000, S.141.

¹⁴ Strafgesetzbuch (StGB), v. 15.5. 1871 (RGBl 1871, 127), neugefasst d. Bek. v. 13.11. 1998 (BGBl. I 3322), zul. geändert. d. Art. 1 G. v. 22. 8.2002 (BGBl. I 3390).

¹⁵ BVerfGE 39, S.1 ff., zum einen und BVerfGE 88, S.203 ff, zum anderen.

¹⁶ AG Celle, FamRZ 1987, S.738 ff.; AG Köln, NJW 1985, S.2201 f.

¹⁷ SchIHOLG, MDR 2000, S.397.

innerhalb dieser Arbeit ein. Auf die strafrechtlichen Gesichtspunkte wird deshalb nur in einem kurzen Exkurs im fünften Kapitel eingegangen.

Wie auch in vielen anderen Bereichen der Rechtswissenschaft lässt sich das Thema dieses Werkes nicht ohne Bezug zu den Entwicklungen und Neuerungen der jüngsten Zeit in anderen wissenschaftlichen Disziplinen besprechen, da sie die Lebensumstände der Menschen und damit auch deren rechtliche Anschauungsweisen bestimmen und zum Teil gravierend verändern. Hier bezieht sich dies vor allem auf den Bereich der Medizin, insbesondere der Humangenetik, der pränatalen Gynäkologie bzw. Kindermedizin. Der Fortschritt, der auf diesen Gebieten erzielt wird, wirft neue Fragestellungen im Zusammenhang mit der rechtlichen Beurteilung des Ungeborenen auf. Dies schlägt sich unter anderem auch im Straf-, im Abstammungs- sowie im Embryonenschutzrecht nieder, wo in den letzten Jahren bemerkenswerte Abhandlungen publiziert wurden¹⁸, als deren zivilprozessuale Ergänzung sich diese Arbeit ebenfalls versteht. Aus diesem Grund soll versucht werden, rechtliche Antworten auf die Fragen zu finden, die die neuen technisch-medizinischen Möglichkeiten aufwerfen, und Lösungen zu entwickeln, die Anspruch und (dadurch neu zu beurteilende) Wirklichkeit zu verbinden geeignet sind. Es wird sich herausstellen, dass die medizinische Wissenschaft neue Wege beschreitet und die Jurisprudenz verpflichtet ist, sich den durch den medizinischen Fortschritt bedingten neuen rechtlichen Herausforderungen zu stellen und adäquate bzw. interessengerechte Problemlösungen zu entwerfen. In gewisser Weise muss das Recht der Medizin folgen¹⁹, sofern dies seinen Zielsetzungen entspricht, damit der Abstand zwischen beiden Disziplinen nicht zu groß wird und dadurch sachliche wie rechtliche Ungerechtigkeiten vermieden werden können.

Aus diesem Grunde wird dem Statusverfahren, das in vielerlei Hinsicht von großer Wichtigkeit für das geborene wie das ungeborene Kind und Voraussetzung für andere Verfahren ist, ein besonderes Kapitel am Ende der Arbeit gewidmet. Hier zeigt sich besonders deutlich, wie neue wissenschaftliche Methoden der Medizin sich konkret auf zivilrechtliche Verfahren auswirken können.

Dennoch wird der Schwerpunkt dieses Buchs eindeutig auf einer juristischen Diskussion liegen. Die Medizin fungiert nur als Aufhänger und verdeutlicht, dass bestimmte Gerichtsverfahren nicht nur theoretisch denkbar, sondern auch bereits jetzt oder in naher Zukunft praktisch durchführbar sind. Es steht sicher nicht zu erwarten, dass Prozesse der Leibesfrucht zu Massenverfahren werden, doch der verfassungsrechtliche Anspruch, der an die Rechtsordnung gestellt ist, gebietet es, einen entsprechenden Rechtsschutz vorzuhalten, auf den bei Bedarf zurückgegriffen werden kann. Bei der Bearbeitung hat sich in Bestätigung des aristotelischen Wortes erwiesen, dass das einheitliche Ganze mehr ist als die Summe der Einzelprobleme. Oftmals entstanden beim Zusammenfügen einzel-

¹⁸ vgl. Heinemann, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht, 2000; Wohn, Medizinische Reproduktionstechniken und das neue Abstammungsrecht, 2001; Benda/ Sandler, NJW 2001, S.2147 ff.; Eppelt, Grundrechtsverzicht und Humangenetik, 1999; Tjaden, Genomanalyse als Verfassungsproblem, 2001; Giwer, Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, 2001; vgl. des Weiteren die Nachweise in Fn 45 des 1.Kapitels.

¹⁹ vgl. Flake/Crombleholme/Adzick, CompMedImGraph 23 (1999), S.51.

ner Problemkreise um den *nasciturus*, die in der Literatur oder Rechtsprechung bereits behandelt wurden, Brüche. Diese galt es auszuräumen. Die vorliegende Arbeit will ein einheitliches System vorzeichnen, in dem die Zusammenhänge und Fragen, die sich bei einem Gerichtsverfahren unter Beteiligung einer Leibesfrucht stellen, erklärt werden und das die bislang entschiedenen oder besprochenen Einzelfälle, in denen der *nasciturus* eine Rolle spielt, vereinigt.

Enttäuscht wird derjenige, der eine Abhandlung über die gegenwärtig stattfindende Diskussion der Präimplantationstechnik und -diagnose erwartet. Diese bewegt sich – in der Vorstellung einer Zeitschiene gedacht – vor der hier präsentierten Darstellung. Dort geht es um die Frage, ob und in welchem Maße in das Erbgut eines Menschen vor Einnistung der befruchteten Eizelle im Mutterleib eingegriffen werden kann oder darf und um die Abgrenzung von Ei- und Samenzelle zu menschlichem Leben allgemein²⁰. Hier geht es hingegen um die Rechte der Leibesfrucht, die nach gesicherten medizinischen Erkenntnissen bereits existiert und deren Existenz notwendig vorausgesetzt wird. Dort handelt es sich um eine von moralisch-ethischen Grundsätzen dominierte Diskussion, der bisweilen die reale Wissenschaft der Gentechnik bereits enteilt zu sein scheint²¹. Hier geht es um zivilprozessuale Probleme und Aussichten, die nur zum Teil die medizinische Wissenschaft eröffnet hat. Dort soll eine neue Regelung als Nachfolge des überholten ESchG gefunden werden. Hier wird auf bestehende Vorschriften und Verfahrensarten zurückgegriffen, ein System, das an sich geeignet ist, die an den Schutz des *nasciturus* gestellten Ansprüche zu erfüllen.

Der Aufbau der Arbeit orientiert sich an dem der Zivilprozessordnung (ZPO)²², soweit dies möglich war. Demzufolge wird zunächst auf die Grundlagen der Rechtsfähigkeit, die Voraussetzungen für ein Zivilverfahren und auf die spezifischen Fragen, die die Beteiligung eines *nasciturus* aufwirft, eingegangen. Die Ausführungen im dritten Kapitel zur mit dem *nasciturus* verknüpften Bedingung der Lebensgeburts sollen die einzelnen Themenkreise, die bislang zur Leibesfrucht getrennt voneinander entwickelt wurden, in einen schlüssigen Zusammenhang setzen. Im weiteren Verlauf werden einige mögliche Verfahrensarten skizziert und daran anschließend wird das Problem diskutiert, was geschieht, wenn es nicht zu einer Lebendgeburt der Leibesfrucht kommt, sondern diese in der Schwangerschaft verstirbt. Das letzte Kapitel befasst sich dann gesondert mit dem Statusverfahren, weil dieses als besonders wichtig und grundlegend für andere Verfahren erachtet wird. Die rechtlichen Erläuterungen werden flankiert durch einen medizinischen Anhang über den gegenwärtigen Stand der Pränatalmedizin in Kapitel 5 und eine kurze Darstellung der heutigen medizinischen Möglichkeiten auf dem Gebiet der Humangenetik im Zusammenhang mit der vorgeburtlichen Vaterschaftsbegutachtung in Kapitel 7.

²⁰ vgl. Hufen, MedR 2001, S.440.

²¹ vgl. zuletzt die Artikel in der Süddeutschen Zeitung v. 17.1.2003 auf S.2 „Eine Art Embryo“ und „Die Kunst, einen Menschen zu kopieren“ v. Holger Wormer.

²² Zivilprozessordnung (ZPO), Neubek. d. CPO v. 30.1. 1877 (RGBl. S.83) i. d. F. der Bek. v. 12.9. 1950 (BGBl. I S. 533), zul. geänd. d. G. v. 23.7.2002 (BGBl. I S. 2850, ber. 4410) m.W.v. 1.8.2002.

1. Kapitel: Grundlagen – Rechts-, Partei- und Prozessfähigkeit

I. Grundrechtsfähigkeit

Im ersten Kapitel soll der grundlegenden Frage, ob und inwieweit der *nasciturus* rechtsfähig, partei- und prozessfähig ist, nachgegangen werden. Das Rechtssubjekt „*nasciturus*“ wird gegenwärtig vorwiegend in drei verschiedenen Rechtsgebieten problematisiert: im verfassungsrechtlichen, im strafrechtlichen und schließlich im zivilrechtlichen Bereich.

Richtungsweisend für den hier zu diskutierenden zivilrechtlichen Bereich ist die Behandlung der Leibesfrucht im verfassungsrechtlichen Sinne, da die dort gefundenen Ergebnisse und Vorgaben notwendigerweise auf jenen ausstrahlen. Aus diesem Grunde soll vorab die Grundrechtsfähigkeit des *nasciturus* erläutert werden, bevor eine zivilrechtliche Diskussion eröffnet wird.

Als Grundrechtsfähigkeit wird die Fähigkeit bezeichnet, Träger der im Grundgesetz (GG)²³ enthaltenen Grundrechte zu sein²⁴. Dies können ohne Zweifel alle geborenen Menschen sein; inwieweit das auch für die Leibesfrucht gilt, ist problematisch. Wobei hier allerdings bereits von Münch klarstellt, dass die Frage, ob jemand Träger von Grundrechten ist, nicht für alle Grundrechte allgemein, sondern nur für das im konkreten Fall zu beurteilende einzelne Grundrecht festgestellt werden kann²⁵.

Als wegweisend für die Stellung des ungeborenen Lebens haben sich die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 28.5. 1993²⁶ und vom 25.2. 1975²⁷ erwiesen, die jeweils die rechtliche Einordnung des Schwangerschaftsabbruches zum Anlass hatten. Zuvor war in der Literatur diese Frage sehr umstritten, wobei die Mehrzahl der Verfasser einer wie auch immer gearteten Grundrechtsfähigkeit der Leibesfrucht sehr skeptisch gegenüber standen²⁸. Jedoch hatte man sich schon zum Zeitpunkt der Entscheidungen nicht zuletzt aufgrund medizinischer Erkenntnisse von der hollistischen Betrachtungsweise verabschiedet, der *nasciturus* sei ein Teil der Mutter²⁹. Er wurde inzwischen als individuelles Lebewesen betrachtet, das wegen seiner körperlichen Verbundenheit zur Mutter eine Sonderstellung einnahm³⁰.

²³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5. 1949 (BGBl. S. 1), zul. geänd. d. G. v. 26.7. 2002 (BGBl. I S. 2863).

²⁴ Huber in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 19 Rn 258; von Münch in: von Münch/Künig, Vorb. Art. 1-19, Rn 7; Pestalozza, § 12 II Rn 18 f., S.171; vgl. hierzu auch Ipsen, JZ 2001, S.991

²⁵ von Münch in: von Münch/Künig, Vorb. Art. 1 – 19, Rn 7.

²⁶ BVerfGE 88, S.203 ff. = NJW 1993, S.1751 ff.

²⁷ BVerfGE 39, S.1 ff. = NJW 1975, S.573 ff.

²⁸ Nachweise bei Hofmann, S.52 ff.; einen Meinungsüberblick gibt Herzog, JR 1969, S.442.

²⁹ vgl. Ahlfeld, S. 60 f.; Neuer, S.31; Wolf/Naujoks, S.146; Deynet, S.16; Soergel/Fahse, § 1 Rn 16.

³⁰ Neuer, S.20.

In seiner ersten Entscheidung zur Fristenregelung hat es das Bundesverfassungsgericht offengelassen, ob dem *nasciturus* ein Grundrecht auf Leben aus Art. 2 II 1, Art. 1 I GG zusteht³¹. Es hat aber befunden, dass Art. 2 II 1 GG „auch das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut“ schützt³². Ferner führte es aus: „Die Pflicht des Staates, jedes menschliche Leben zu schützen, lässt sich deshalb bereits unmittelbar aus Art. 2 II 1 GG ableiten. Sie ergibt sich darüber hinaus auch aus der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1 I 2 GG; denn das sich entwickelnde Leben nimmt auch an dem Schutz teil, den Art. 1 I GG der Menschenwürde gewährt.“³³

Dies baute das jüngere BVerfG-Urteil aus, in dem nun ausdrücklich festgestellt wird, dass die Menschenwürde schon dem ungeborenen Leben zukommt³⁴. Jedoch enthielt auch diese Entscheidung keine Aussage zum Grundrecht auf Leben aus Art. 2 II 1, Art. 1 I GG³⁵. Zwar wird dort der *nasciturus* als besonderes Schutzobjekt, aber nicht explizit als selbständiger Grundrechtsträger anerkannt³⁶. Fest steht jedoch, dass das ungeborene Leben staatlich gebotenen Schutz genießt und Teil der grundrechtlichen Werteordnung ist. Die Schutzpflicht des Staates der Leibesfrucht gegenüber wird also in der neueren Entscheidung bestätigt.

Daraus leitet die mittlerweile überwiegende Meinung eine zumindest partielle Grundrechtsfähigkeit des *nasciturus* ab, die sich auf die Art. 2 II 1, Art. 1 I GG stützt³⁷. Begründet wird dies einerseits mit der Konsequenz, der anerkannten Schutzpflicht³⁸ der Leibesfrucht gegenüber eine korrespondierende Grundrechtsträgerschaft einzuräumen. Von Lübtow argumentiert dazu zutreffend, dass niemand zum bloßen Rechtsobjekt degradiert werden, aber auch nicht bloß Schutzobjekt der Rechtsordnung ohne eigene subjektive Rechte sein darf³⁹. Aber auch Wortlaut-Auslegungen werden zur Begründung herangezogen. Wenn Schutz für das Leben gefordert wird, so lässt der Wortsinn „Leben“ nicht nur solches nach der Geburt, sondern auch und gerade vor der Geburt zu⁴⁰. Ferner erlaube die Anerkennung, dass die Leibesfrucht „jeder“ im Sinne des Art. 2 II 1 GG sei, die

³¹ so Hermes, S.45; Benda in: Benda/Klein, Rn 431; von Kaler, S.68; Hillgruber, JZ 1997, S. 976.

³² BVerfG, NJW 1975, S.573 ff., S.574.

³³ BVerfG, NJW 1975, S.573 ff., S.575.

³⁴ BVerfG, BJV 1993, S.1753.

³⁵ Benda, in: Benda/Klein, Rn 431; Fink, Jura 2000, S.213; Pieroth/Schlink, Rn 122; Hillgruber, JZ 1997, S.976; Gropp, GA 2000, S.6; MüKo-BGB/Gitter, 3.Aufl., § 1 Rn 21; aA Weiß, JR 1993, S.449; Hoerster, JuS 1995, S.192 und Tröndle, in: Tröndle/Fischer, StGB, vor § 218 Rn 14 a, die diese Tatsache in der Entscheidung bejaht sehen.

³⁶ vgl. Hillgruber, JZ 1997, S.976.

³⁷ MüKo-Schmitt, BGB, § 1 Rn 25; Soergel/Fahse, § 1 Rn 16; Benda, in: Benda/Klein, Rn 432; Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG-Kommentar, § 90 Rn 23; von Mutius, Jura 1987, S.111; Mittenzwei, AcP 187 (1987), S.271 f.; Linke, S.55; Fabricius, FamRZ 1963, S.406; Fink, Jura 2000, S.210 ff.; Eppelt, S.297; Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn 46a; Weiß, JR 1993, S.449 f.; Hillgruber, JZ 1997, S.975; von Kaler, S.90; nach anfänglichen Zweifeln schließlich auch Hoerster, JuS 1995, S.193; aA Ipsen, JZ 2001, S.991; Dreier/Dreier, Art. 1 I Rn 47.

³⁸ Hillgruber, JZ 1997, S.976; besonders im Hinblick auf die Abtreibungsproblematik, Theilig, S.82.

³⁹ von Lübtow, FS Wolf, S.441.

⁴⁰ Kunig in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn 47.