
Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 5/2015

Das Recht des „Spenderkindes“ auf Kenntnis seines biologischen Vaters

Zur Konstruktion zivilrechtlicher
Auskunftsansprüche aus Generalklauseln und
drittschützenden Verträgen

Malte-Christian Gruber^{*}

Erscheint in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW) 1/2016

Zusammenfassung: Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 28. Januar 2015 entschieden, dass Kinder, die durch künstliche Befruchtung im Wege einer Samenspende gezeugt worden sind, gegen Reproduktionsmediziner und -kliniken einen Anspruch auf Auskunft über die Identität des Samenspenders haben können. Die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs setzte kein bestimmtes Mindestalter der „Spenderkinder“ voraus. Der nachfolgende Beitrag analysiert die Konstruktion dieses Anspruchs vor dem Hintergrund eines durch neue Reproduktionstechnologien und gewandelte gesellschaftliche Vorstellungen veränderten Abstammungsrechts. Nach Methodenkritik und Rekonstruktion aus einer gesellschaftlich-institutionellen Perspektive eröffnen sich weitere Aussichten auf zukünftige Formen von Vaterschaft und ein entsprechend zu verwirklichendes Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.

^{*} Priv.-Doz. Dr. iur, Akademischer Rat am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main

I. Einleitung: Die „gespaltene Vaterschaft“ im Abstammungsrecht

- 1 Das in den §§ 1591 ff. BGB geregelte Abstammungsrecht bestimmt die rechtliche Zuordnung von Eltern zu ihren Kindern. Es entscheidet vor allem über Unterhaltspflichten¹, elterliche Sorge² und Namensrecht³, und am Ende nicht zu vergessen: über erbrechtliche Ansprüche. Obwohl es sich dabei um einen Rechtsbereich handelt, der buchstäblich auf eine lange Geschichte zurückblickt, befindet er sich dennoch gerade jetzt im Umbruch. Er verfügt also keineswegs über einen festen dogmatischen Bestand, im Gegenteil: Neue rechtliche Konstellationen und Fragestellungen ergeben sich dabei vor allem (1.) aus veränderten gesellschaftlichen Vorstellungen von Ehe und Familie, (2.) aus den heutigen technischen Möglichkeiten der eindeutigen genetischen Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern und (3.) nicht zuletzt aus den aktuellen Fortschritten in der Reproduktionsmedizin, insbesondere bei der sogenannten Kinderwunschbehandlung.
- 2 Unter diesen Bedingungen muss sich das Abstammungsrecht der Frage stellen, wie mit einer „Spaltung“ von biologisch-genetischer und sozial-familiärer Elternschaft umzugehen ist. Die sogenannte „gespaltene Vaterschaft“ erscheint aus abstammungsrechtlicher Sicht zwar als Ausnahmefall. Denn noch immer wachsen viele Kinder in einem gemeinsamen Haushalt mit ihren genetischen und rechtlichen Eltern auf. Aber immer häufiger kommt es zu Konflikten, in denen die möglichen Zuordnungskriterien der rechtlichen Elternschaft auseinander fallen, d.h. in denen meistens der rechtliche Vater ein anderer als der leibliche Vater ist. Die langjährigen Diskussionen und immer noch zahlreichen offenen Fragen zu Fällen dieser Art zeigen, dass das Abstammungsrecht solche Kollisionen von widerstreitenden Zuordnungen und Interessen im Grunde nicht vorsieht, ja geradezu als „pathologisch“⁴ zu betrachten scheint.
- 3 Zwar ist dem Abstammungsrecht die Möglichkeit einer doppelten Vaterschaft durchaus geläufig, jedenfalls wenn man auf die frühere, heute nicht mehr

¹ Vgl. §§ 1601 - 1615o BGB.

² Vgl. §§ 1626 - 1698b BGB.

³ Vgl. §§ 1616 - 1618 BGB.

⁴ Siehe hierzu die entsprechende Wortwahl bei *Regina E. Aebi-Müller*, Schweizerisches Abstammungs- und Adoptionsrecht: Entwicklung seit 1912, aktueller Stand, Tendenzen, in: *Peter Breitschmid/Tuğrul Ansay* (Hg.), 100 Jahre Schweizerisches ZGB. 80 Jahre Türkisches ZGB, Berlin 2008, 61 (62 f.).

gültige Unterscheidung von ehelicher und nichtehelicher Geburt blickt.⁵ Das Nebeneinander zweier Vaterschaften – der des gesetzlichen (ehelichen) und leiblichen (nichtehelichen) Vaters – ist also, jedenfalls rechtshistorisch gesehen, im Grunde nichts Neues.

- 4 Neu ist allerdings, dass inzwischen prinzipiell alle technischen Mittel zur Verfügung stehen, um den leiblichen Vater mit Gewissheit zu ermitteln, und dass sich dank der neuen Technologien somit auch die Fälle von „gespaltener Vaterschaft“ häufen. Die Rede von „Spaltung“ statt von „Verdoppelung“ macht aber schon deutlich, dass die Möglichkeit der „doppelten Vaterschaft“ derzeit nicht mehr in Betracht gezogen wird. Stattdessen bleibt das Elternrecht strukturell auf eine Zweierbeziehung von *einer* Mutter und *einem* Vater beschränkt, die – wohl auch aus verfassungsrechtlicher Sicht – dem Kindeswohl am besten entsprechen soll.⁶ Das Abstammungsrecht zielt daher heute auf Auflösung der Spaltung, auf „Deckung“, in der die genetische Vaterschaft als Richtschnur gilt.⁷ Es geht ihm gewissermaßen um die ontologische Bestimmung eines „wahren“ Vaters, neben dem kein anderer mehr Platz haben kann.⁸
- 5 Die Schwierigkeiten, die damit verbunden sind, lassen sich anhand des so genannten *Rechts auf Kenntnis des biologischen Vaters* darstellen, mit dem entsprechende zivilrechtliche Auskunftsansprüche, zumeist von Kindern, manchmal auch von Vätern, begründet werden können.

⁵ Vgl. Hans Erich Troje, ‚Démariage‘. Kritische Gedanken zum neuen Abstammungsrecht (1994), in: Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 27 (1996), 3 ff.: „Die Möglichkeit, daß der gesetzliche Vater eben nicht der genetische ist und daß in diesem Falle ein Mensch zwei Väter hat, einen gesetzlichen und einen genetischen, wird im herkömmlichen Abstammungsrecht immer vorausgesetzt. Nach seinem Regelmechanismus wird die Möglichkeit doppelter Vaterschaft denn auch immer wieder neu realisiert, also zur Wirklichkeit gemacht.“

⁶ Vgl. hierzu Jörg Ziethen, Vater-Sein und Vater-Dasein – Zum Kampf um die Legitimation der Rechtsvaterschaft, in: Malte Gruber/Sascha Ziemann (Hg.), Die Unsicherheit der Väter. Zur Herausbildung paternaler Bindungen, Berlin 2009, 17 (21 f.), mit Bezug auf BVerfG NJW 2003, 2151.

⁷ Vgl. Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. A. 2012, Vorbem. § 1591 BGB Rn. 24 f.

⁸ Vgl. Ziethen (Fn. 6) passim.

II. BGH, Urteil vom 28.01.2015 – XII ZR 201/13: Recht auf Kenntnis des Samenspenders

- 6 Der BGH hat am 28. Januar 2015 in einem öffentlich verbreitet zur Kenntnis genommenen Urteil entschieden, dass „[das] mittels künstlicher heterologer Insemination gezeugte Kind [...] gegen den Reproduktionsmediziner einen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben folgenden Anspruch auf Auskunft über die Identität des Samenspenders haben [kann]“, und zwar ohne dass der Anspruch ein bestimmtes Mindestalter des Kindes voraussetze.⁹
- 7 Als Grundlage dieses Auskunftsanspruchs entwickelte der BGH eine in jeder Hinsicht „anspruchsvolle“, allerdings nicht ganz unproblematische zivilrechtliche Konstruktion: Da ein Anspruch zwischen Privatrechtssubjekten, so der BGH, nicht unmittelbar aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet werden könnte, bediente er sich kurzerhand der Generalklausel des § 242 BGB.
- 8 Er verwies dabei auf seine bisherige Rechtsprechung, die einen Auskunftsanspruch nach Treu und Glauben dann zubilligt, „wenn die zwischen den Parteien bestehenden *Rechtsbeziehungen* es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte, der *zur Durchsetzung seiner Rechte auf die Auskunft angewiesen ist, in entschuldbarer Weise* über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen und der Verpflichtete *in der Lage* ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihm dies *zumutbar* ist.“¹⁰
- 9 Die danach erforderliche Sonderverbindung, die eine Auskunftspflicht des Reproduktionsmediziners gegenüber dem Kind rechtfertigen konnte, fand der BGH im Behandlungsvertrag des Arztes mit den Eltern des Kindes. Diesen deutete der BGH im Wege der – wiederum „durch das Prinzip von Treu und Glauben (§ 242 BGB) geprägten“ – ergänzenden Vertragsauslegung (§ 157 BGB) als einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte:¹¹

„Der Behandlungsvertrag zwischen Wunscheltern und dem behandelnden Arzt bzw. der Klinik für Reproduktionsmedizin ist ein Vertrag mit

⁹ BGH, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris = NZFam 2015, 254.

¹⁰ BGH (Fn. 9) Tz. 10, m.w.N.

¹¹ Vgl. BGH (Fn. 9) Tz. 14.

Schutzwirkung zu Gunsten des zu zeugenden Kindes und begründet zwischen diesem – mit seiner Geburt – und dem Behandler eine rechtliche Sonderbeziehung, die auch Grundlage eines auf Nennung der Identität eines Samenspenders gerichteten Auskunftsanspruchs des Kindes sein kann.“¹²

III. Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen den Reproduktionsmediziner

- 10 Die vom BGH entwickelte Anspruchsgrundlage greift demnach gleich doppelt auf „Treu und Glauben“ im Sinne der Generalklausel des § 242 zurück: *zum einen*, um überhaupt die Möglichkeit eines nicht ausdrücklich geregelten Auskunftsanspruchs zu entwickeln, und *zum anderen*, um die dafür erforderliche Sonderverbindung in Gestalt eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte zu konstruieren. Die Schwierigkeit der Konstruktion wird dadurch noch auf die Spitze getrieben, dass es diesen Dritten zum Zeitpunkt des Vertragschlusses noch gar nicht gegeben hat. Die zukünftige Person des „Spenderkindes“ wird damit schon im Zustand ihrer Präexistenz als beschränkt rechtsfähiges Subjekt behandelt, für das der Behandlungsvertrag zwischen Reproduktionsmediziner und Eltern seine Schutzwirkung entfaltet.

1. Das „Spenderkind“ als „nondum conceptus“

- 11 Die beschränkte Rechtsfähigkeit des noch nicht gezeugten Menschen, des so genannten „nondum conceptus“, ist dem Bürgerlichen Recht zwar durchaus geläufig. Schon einzelne gesetzliche Regelungen lassen darauf schließen: Danach sind noch nicht gezeugte Menschen zwar – anders als bereits gezeugte „nascituri“ – noch nicht erbfähig (§ 1923 Abs. 2 BGB). Sie können aber zum Beispiel als Nacherben (§ 2101 Abs. 1 BGB) oder Vermächtnisnehmer (§ 2178 BGB) eingesetzt werden, oder auch durch einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 331 Abs. 2) begünstigt werden. Der Rechtserwerb erfolgt dann mit der Geburt des Kindes.¹³
- 12 Eine genauere Bestimmung dessen, was „beschränkte Rechtsfähigkeit“ in rechtstechnischer Hinsicht bedeutet, gibt es aber noch nicht.

¹² BGH (Fn. 9) Tz. 13.

¹³ Vgl. etwa *Schmitt* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1 BGB, 6. A. 2012, Rn. 42 f.

Einordnungsversuche finden sich nur vereinzelt: Das Reichsgericht etwa sah darin eine bloß fingierte Rechtsfähigkeit. Den „noch un erzeugten Nachkommen“, so das Reichsgericht, „[ist] eine fingierte Rechtspersönlichkeit zwar nicht an sich, wohl aber dann verliehen [...], wenn sie als Dritte in einem Verträge oder als Nacherben oder Vermächtnisnehmer in einer letztwilligen Verfügung gültig bedacht worden sind.“¹⁴ Inzwischen ist auch von einer „Vorwirkung der Rechtsfähigkeit“ die Rede. Anders als im Falle eines „nasciturus“ sei nämlich noch gar kein Subjekt vorhanden, dem als Rechtsträger Rechte zugeordnet werden könnten. Dennoch sollen Rechtspositionen, die alleine zugunsten des später geborenen Kindes begründet werden, „unter der Bedingung der Zeugung und späteren Lebendgeburt“ wirksam sein.¹⁵ Kurzum: Rechte sollen demnach – gewissermaßen als „Nondum-Rechte“ – schon begründet werden, bevor sie einem Subjekt zugeordnet werden können. Die Differenzen zwischen Rechtsbegründungen und Rechtszuordnungen führen dann auch zu generellen Zweifeln darüber, ob der nondum conceptus überhaupt Dritter eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte sein kann.¹⁶ Nach weit verbreiteter Ansicht fehlt es nämlich – wiederum anders als beim „nasciturus“ – an der hinreichenden Bestimmbarkeit des Schutzberechtigten.¹⁷

2. Vertrag mit Schutzwirkung für „nondum concepti“

- 13 Gegenüber diesen Zweifeln an der Subjektqualität des „nondum conceptus“ ließe sich für den vom BGH eingenommenen Standpunkt vorbringen, dass der „nondum conceptus“ jedenfalls im Deliktsrecht offenbar als ausreichend bestimmbar gilt: Man könnte etwa an den altbekannten Fall der durch eine fehlerhafte Bluttransfusion mit Lues infizierten Frau denken, die später ein Kind empfängt, das infolgedessen mit angeborener Lues zur Welt kommt.¹⁸ Doch der BGH hat den Schadensersatzanspruch des Kindes hier gar

¹⁴ RGZ 65, 277, 281 – Urt. v. 09.03.1907 – V 27/07 („Hypothek eines Nondum Conceptus“).

¹⁵ So *Bamberger* in BeckOK BGB, 33. A. 2014, § 1 Rn. 54 f.

¹⁶ Ablehnend vor allem *Bamberger* in BeckOK BGB § 1 Rn. 55; *Schmitt* in MüKo BGB (Fn. 13) § 1 Rn. 48; vgl. ferner *Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack-Ring*, BGB, Allgemeiner Teil / EGBGB, 2. A. 2011, § 1 BGB Rn. 47 Anm. 2.

¹⁷ So ausdrücklich *Schmitt* in MüKo BGB (Fn. 13) § 1 Rn. 48.

¹⁸ Vgl. BGHZ 8, 243 = JZ 1953, 307 = MDR 1953, 219 = NJW 1953, 417: „Wird eine Ehefrau als Patientin in einem Krankenhaus durch Verschulden eines der gesetzlichen Vertreter des Krankenhauses mit Lues angesteckt und empfängt die Ehefrau später ein Kind, das infolge der

nicht erst auf eine Verletzung eines „nondum conceptus“ als „anderen“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB zu stützen versucht. Statt um den „Schaden einer Leibesfrucht oder eines nicht Erzeugten“ gehe es nämlich vielmehr – wie der BGH ausdrücklich hervorhebt – um den „Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten hat, daß sie als kranker, luesbehafteter Mensch geboren worden ist.“¹⁹

- 14 Der Unterschied zur Konstruktion einer Sonderverbindung in Gestalt eines Vertrags mit Schutzwirkung für „nondum concepti“ wird damit ohne weiteres deutlich: Die rechtlich relevante Verbindung, die im Lues-Fall zur Haftung geführt hat, ist eine zwischen voll rechtsfähigen Personen *mittels kausaler Adäquanz* hergestellte Assoziation von behandelndem Krankenhauspersonal, Mutter und Kind. Es genüge also die im Deliktsrecht übliche Feststellung eines „adäquaten Ursachenzusammenhangs“ von Verletzungshandlung und Verletzungserfolg, um den Rückgriff auf einen noch nicht rechtsfähigen „nondum conceptus“ entbehrlich zu machen.
- 15 Mit der Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte lässt sich eine solche zeitliche und räumliche Spanne zwischen Rechtsbegründung und Rechtswirksamkeit dahingegen weniger gut überbrücken. Oder anders ausgedrückt: Die als vertragliche Sonderverbindung konzipierte „Schutzwirkung für Dritte“ kann nur im Hier-und-Jetzt des Vertragsschlusses hergestellt werden – oder sie muss schlicht entfallen.
- 16 Im Fall der von den „Spenderkindern“ begehrten Auskunft unternimmt der BGH zwar noch eine Reihe von Kunstgriffen, um dem noch nicht gezeugten Kind doch schon die anspruchsnotwendige vertragliche Schutzwirkung zu gewähren. Insbesondere verweist er auf das ebenfalls vielbeachtete Urteil des OLG Hamm vom 6. Februar 2013²⁰, das einem inzwischen volljährigen „Spenderkind“ entsprechende Auskunftsansprüche gegen den behandelnden Arzt zuerkannt hatte. Allerdings hatte das OLG Hamm den Auskunftsanspruch auf

Infektion der Mutter mit angeborener Lues zur Welt kommt, so stehen dem Kinde Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB gegen das Krankenhaus zu.“

¹⁹ Vgl. *BGH a.a.O.*, Tz. 14: „Gegenstand des Rechtsstreits ist also nicht der Schaden einer Leibesfrucht oder eines nicht Erzeugten, sondern der Schaden, den die Klägerin dadurch erlitten hat, daß sie als kranker, luesbehafteter Mensch geboren worden ist. Ihr Schaden steht, wie bereits dargelegt, in adaequatem Ursachenzusammenhang mit der ihrer Mutter von der Beklagten zugefügten Luesinfektion, er ist der Klägerin mit der Vollendung der Geburt entstanden und stellt eine Verletzung ihrer Gesundheit dar. Danach sind die Voraussetzungen des § 823 I BGB für den Klaganspruch gegeben.“

²⁰ *OLG Hamm FamRZ 2013, 637 = NJW 2013, 1167.*

eine noch weitergehende Deutung des Behandlungsvertrags im Sinne eines „echten“ Vertrags zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) gestützt. Nach Auffassung des OLG sollten sich aus dem Behandlungsvertrag nämlich auch Leistungspflichten gegenüber dem „Spenderkind“ ergeben, wie zum Beispiel die Pflicht zur Gesundheitsuntersuchung des Samenspenders (vor Freigabe der Spende zur heterologen Insemination). Diese habe, wie das OLG zur Begründung ausführte, „insbesondere auch im Interesse der Klägerin als dem zu zeugenden Kind“ gelegen.²¹

17 So weit wie das OLG Hamm wollte der BGH in seinem Urteil dann allerdings doch nicht gehen, um dem „Spenderkind“ sein Recht zu gewähren, und das aus gutem Grund: Mag die Gesundheitsuntersuchung des Samenspenders „auch“ im Interesse des Spenderkindes liegen, so handelt es sich doch nicht im Sinne von § 331 Abs. 2 BGB um ein „Versprechen, an den Dritten zu leisten“. Denn diese zugunsten des noch nicht erzeugten Kindes genannten Leistungspflichten sind nicht dazu angetan, vom Spenderkind nach seiner Geburt gefordert werden zu können. Es kann nicht „Vertragsgegenstand“ und berechtigtes Subjekt zugleich sein.²²

18 Insoweit überzeugend lehnt es der BGH ab, dem zu zeugenden Kind im Wege der Vertragsauslegung ein eigenständiges Leistungsforderungsrecht im Sinne von § 328 BGB einzuräumen.²³ Stattdessen kommt er zu der genannten Deutung des Behandlungsvertrags als eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte. Dabei vernachlässigt der BGH jedoch die wohl herrschende Meinung in der Kommentarliteratur, die den „nondum conceptus“ für nicht hinreichend bestimmbar hält, um „Dritter“ eines Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte sein zu können.²⁴

3. Die nicht-vertraglichen Elemente des drittschützenden Vertrags

19 Die Skepsis der Kommentatoren mag auf den ersten Blick auch überraschen, da der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte im Vergleich zum „echten“ Vertrag

²¹ Vgl. *OLG Hamm FamRZ* 2013, 637 (638 f.) = *NJW* 2013, 1167 (Tz. 46).

²² Siehe demgegenüber jedoch *OLG Hamm*, a.a.O.; *Nickel* in *jurisPK-BGB*, 7. A. 2014, § 1591 Rn. 21.

²³ Vgl. *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, *juris*, Tz. 16, m.w.N.

²⁴ Vgl. oben, Fn. 16.

zugunsten Dritter üblicherweise als „Minus“ verstanden wird.²⁵ Man könnte daher annehmen, dass der noch nicht gezeugte Mensch, weil er unzweifelhaft in „echten“ Verträgen zugunsten Dritter bedacht werden kann, dann doch erst recht im Rahmen von Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte zu schützen wäre.

20 Dabei würde man aber übersehen, dass der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte keine schlichte Ableitung oder Abwandlung des echten Vertrags zugunsten Dritter ist. Seine Entstehungsgründe liegen ohnehin weniger im vertragsrechtlichen als vielmehr im deliktischen Bereich: Wie auch bei der *culpa in contrahendo* waren es ursprünglich Fälle der allgemeinen Deliktshaftung, die zur Entwicklung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte geführt haben – solche Fälle nämlich, in denen der deliktsrechtliche Schutz, vor allem wegen der Exkulpationsmöglichkeiten nach § 831 S. 2 BGB, für ergänzungsbedürftig gehalten wurde.

21 Exemplarisch dafür steht der bekannte „Salatblattfall“ aus dem Jahr 1976.²⁶ Hier hatte der BGH einer Vierzehnjährigen, die gemeinsam mit ihrer Mutter einen Selbstbedienungsladen betreten hatte und dort auf einem Gemüseblatt ausgerutscht war, Schadensersatz aus *culpa in contrahendo* zugesprochen. Obwohl die Tochter selbst nicht als Käuferin beteiligt war, wurde sie dennoch als „Dritte“ durch den Kaufvertrag der Mutter geschützt, und mehr noch: Die Schutzwirkung für Dritte sollte auch schon zum Zeitpunkt der bloßen Anbahnung von Vertragsverhandlungen bestehen. Die aufwendige Konstruktion eines vorvertraglichen Drittschadensersatzanspruchs war aus Sicht des BGH offenbar erforderlich geworden, weil Deliktsansprüche bereits verjährt waren.²⁷

22 Aus heutiger Sicht mag dies als kritikwürdig erscheinen: Die inzwischen weiterentwickelte Verkehrspflichtendogmatik und auch die Erweiterungen von Organisationspflichten und Organisationsverschulden machen es sicherlich möglich, vergleichbare Fälle mit den Mitteln des Deliktsrechts zu behandeln, ohne dass noch von einer Lückenhaftigkeit die Rede sein dürfte.²⁸ Auch der Gesichtspunkt der Verjährung dürfte spätestens seit der Schuldrechtsreform mit der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist auf drei Jahre (§ 195 BGB)

²⁵ So etwa mit Bezug auf den „nasciturus“ als möglichem „Drittem“ derartiger Verträge *Schmitt* in MüKo BGB (Fn. 13) § 1 Rn. 36.

²⁶ *BGH*, Urteil vom 28. Januar 1976 – VIII ZR 246/74 – BGHZ 66, 51.

²⁷ Vgl. *BGH* a.a.O., Tz. 20-22.

²⁸ Vgl. in diesem Sinne *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 24. A. 2013, Rn. 199.

keine Argumente mehr für eine quasi-vertragliche Anspruchs konstruktion bieten. Dennoch kam es – auch trotz des immer wieder erklärten Bemühens um Begrenzung²⁹ – zu einer fortschreitenden Ausweitung der vertraglichen Dritthaftung.³⁰

23 Ursprünglich versuchte man allerdings noch eine übermäßige Belastung des Schuldners zu vermeiden, indem man die „Risikohäufung“ des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte zunächst nur unter den folgenden engen Voraussetzungen für gerechtfertigt hielt:

(1.) Der Dritte muss sich in „*Leistungsnähe*“ befinden, also mit der vertraglich geschuldeten Leistung bestimmungsgemäß in Berührung kommen und ebenso wie der Gläubiger den Gefahren einer Schlechtleistung ausgesetzt sein.

(2.) Der Gläubiger muss ein *schutzwürdiges Interesse am Schutz des Dritten* haben, etwa weil er sozusagen für dessen „Wohl und Wehe“ mitverantwortlich ist.³¹

(3.) Dem Schuldner muss sowohl die „*Leistungsnähe*“ als auch die „*Gläubigernähe*“, d.h. das „*Drittschutzinteresse*“ des Gläubigers, bei Vertragsschluss *erkennbar* und die Haftungserweiterung *zumutbar* gewesen sein.

(4.) Der Dritte muss schließlich mangels entsprechender eigener Ansprüche auch *schutzbedürftig* sein.³²

24 Überträgt man alle diese Voraussetzungen auf den zwischen Reproduktionsmedizinern und Eltern von „Spenderkindern“ geschlossenen Behandlungsvertrag, wie es der BGH in seiner aktuellen Entscheidung tun

²⁹ So bereits der BGH im Salatblattfall BGHZ 66, 51 (Tz. 19 f.), mit weiterem Verweis auf entsprechende frühere Entscheidungen.

³⁰ Beschränkte sich die Anwendung des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte anfangs noch auf die so genannten Fälle von „Wohl und Wehe“, so kamen später noch weitere Fallgestaltungen hinzu, in denen die geschädigten Dritten keine besonderen Nähebeziehungen zu den Gläubigern der vertraglich geschuldeten Leistung unterhielten. Zu diesen beiden Fallgruppen siehe *Medicus/Petersen* (Fn. 28) Rn. 844 ff.

³¹ Vgl. hierzu BGHZ 51, 91 (96).

³² Vgl. *Medicus/Petersen* (Fn. 28) Rn. 844-846, die insoweit die beiden letztgenannten Voraussetzungen der „Zumutbarkeit“ und „Schutzbedürftigkeit“ unerwähnt lassen. Siehe dagegen aber etwa *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris, Tz. 14, m.w.N.

möchte,³³ so wird eine Schutzwirkung für Dritte allerdings nur schwer zu bejahen sein. Denn fraglich ist nicht nur, ob das „Spenderkind“ zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als „nondum conceptus“ hinreichend bestimmbar war, d.h. ob überhaupt eine Erkennbarkeit gegeben ist.³⁴ Vielmehr sind auch Zweifel hinsichtlich der beiden ersten Voraussetzungen, der „Leistungsnähe“ wie auch der „Gläubignähe“, angebracht. Das Spenderkind kommt nämlich weder in vergleichbarer Weise wie die Eltern mit der vertraglich vorgesehenen Leistung in Berührung, noch kann ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Eltern ein auf die Kenntnis des biologischen Vaters bezogenes Drittschutzinteresse haben.

25 Ein Vergleich mit dem „Salatblattfall“ mag die Unterschiede zum typischen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte verdeutlichen: Während im „Salatblattfall“ die Tochter der Ladenkundin unmittelbar in der vertragstypischen Weise mit den Gefahren von Pflichtverletzungen in Berührung gekommen ist, denen gleichermaßen auch die Mutter als Kundin ausgesetzt war, ist das im „Spenderkinder“-Fall begehrte Auskunftsrecht kein Bestandteil der ursprünglichen Vertragsvereinbarung gewesen. Das Recht auf Kenntnis der biologischen Abstammung des Kindes ist nämlich nicht das Recht der vertragsschließenden Eltern, zumal diese auf die Nennung des Samenspenders verzichtet haben.

26 Das ist schließlich auch der Grund dafür, dass die Feststellung der beteiligten Interessen von vornherein nicht auf den Willen der Vertragsparteien abstellen konnte. Der BGH behilft sich hier mit den üblichen Objektivierungen, wie sie auch schon das OLG Hamm bei seiner Konstruktion eines Vertrags zugunsten Dritter gebraucht hatte: Die Gesundheitsuntersuchung des Samenspenders und sonstige Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Insemination sollten „jedenfalls auch dem Schutz des zu zeugenden Kindes“ dienen.³⁵ Diese Aussage ließe sich sogar noch dadurch verstärken, dass man die alte „Wohl- und-Wehe“-Formel³⁶ heranzieht und betont, dass die Eltern ihrem Kind zu Schutz und Fürsorge verpflichtet seien (§ 1626 BGB). Damit würde man aber

³³ Siehe nochmals *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris, Tz. 14.

³⁴ Dazu bereits oben, Fn. 16.

³⁵ *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris, Tz. 15; vgl. hierzu oben, Fn. 21.

³⁶ Vgl. hierzu etwa BGHZ 51, 91 (96).

erneut den vertraglich erklärten Willen der Eltern übergehen, die auf eine Nennung des Samenspenders ausdrücklich verzichtet hatten.

- 27 Man mag die vertraglich vereinbarte Anonymität des Samenspenders insoweit als unzulässige Vereinbarung zu Lasten des Kindes als Drittem erachten.³⁷ Damit ließe sich aber umgekehrt noch kein Schutz des Dritten begründen. Es würde nichts daran ändern, dass eine drittschützende Wirkung des Behandlungsvertrags weder aus dem Willen noch aus den Interessen der Vertragsparteien unmittelbar hervorgeht. Um die zu zeugenden „Spenderkinder“ in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags aufzunehmen, bedarf es also eines zusätzlichen Begründungsschrittes.
- 28 Ein solcher Schritt lässt sich allenfalls mit den Mitteln der neueren Rechtsprechung begründen, die eine Schutzwirkung für Dritte unter bestimmten Voraussetzungen und unter Verzicht auf das „Wohl-und-Wehe“-Kriterium auch dann für gegeben hält, wenn die Interessen von Gläubiger und Drittem voneinander abweichen. So hat der BGH 1995 in dem für diese Neuerung bekannt gewordenen „Dachstuhlfall“³⁸ entschieden, dass der von einer Hauseigentümerin mit einem Architekten zur Wertermittlung eines Hausgrundstücks geschlossene Gutachtervertrag auch die Drittinteressen der potentiellen Hauskäufer schütze. Selbst die Gegenläufigkeit der Interessen von Auftraggeberin und Dritten sprach nach Auffassung des Gerichts nicht gegen deren Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrags. Aufgrund der drittschützenden Wirkung des Gutachtervertrags seien daher auch diejenigen Vermögensschäden zu ersetzen, die den Kaufinteressenten infolge eines fehlerhaften Gutachtens entstanden sind. Letztlich kam es bei der Begründung der drittschützenden Wirkung nicht mehr auf den erklärten Willen, ja, noch nicht einmal auf die erkennbaren Interessen der Vertragspartner an, sondern auf das Ergebnis einer nochmals erweiterten Vertragshaftung jenseits des Vertrags.³⁹
- 29 Möchte man sich nicht darauf beschränken, diese erneute Expansion der vertraglichen Haftung etwa als Richterrecht *praeter legem* oder gar *contra*

³⁷ So etwa OLG Hamm FamRZ 2013, 637 (638 f.) = NJW 2013, 1167 (Tz. 41), m.w.N.

³⁸ Vgl. hierzu BGHZ 127, 378.

³⁹ In diesem Sinn etwa Gunther Teubner, Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag, in: Gert Brüggemeier (Hg.), Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg 2005, 303 (305): „Vertragshaftung ohne Vertrag“.

legem,⁴⁰ oder auch als „grandiose Fiktion“ zu bewerten,⁴¹ so empfiehlt es sich, die bisherigen Voraussetzungen des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte insgesamt zu hinterfragen. Die Rechtsprechung hat dabei immer wieder betont, dass die genannten Voraussetzungen im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu finden seien.⁴² Doch führte diese Methode der Auslegung aus dem *inneren* Sinnzusammenhang des Vertrags offenbar zu Kriterien, deren Ursprung *außerhalb* der vertraglichen Interaktionsbeziehung liegt.

30 So bezieht sich die schon die erste Voraussetzung der „Leistungsnahe“ eindeutig auf Risiken der Zweiseitenbeziehung für außenstehende Dritte, also auf Externalitäten jenseits der bilateralen Interaktion der Vertragsparteien.⁴³ Auch die Verbindung des Dritten zu wenigstens einem Vertragspartner wurde mit der drastisch ausgeweiteten „Gläubiger-nahe“ nunmehr gekappt. Und auch das erklärte Bemühen der Rechtsprechung um Begrenzung durch Erkennbarkeits-, Zumutbarkeits- und Schutzbedürftigkeitserfordernisse konnte weitere Entgrenzungen des Drittschutzvertrages kaum verhindern. Dabei haben weder Beobachtungen der tatsächlichen Vertragsverhandlungen und Vereinbarungen, noch Rückgriffe auf den hypothetischen Parteiwillen oder auf sonstige innervertragliche Normierungen etwas Substantielles zur Begründung des Drittschutzes beitragen können.⁴⁴

4. Drittschutz als gesellschaftlicher Institutionenschutz

31 Es bleibt im Kern die Frage: Wie kann Dritthaftung oder Drittschutz gegen den Willen und die Interessen der Parteien entstehen? Wie lässt sich etwa „eine ‚beziehungsimmanente‘ Verpflichtung“ begründen, die unbeteiligte Dritte in die vertragliche Haftung einbezieht?⁴⁵ Was die von *Gunther Teubner* so charakterisierte „Vertragsrhetorik“ der Dritthaftung und des Drittschutzes offenbar „nur dürtig kaschiert“, kann letztlich nur durch den „Sinngehalt anderer sozialer Praktiken“, jenseits der bilateralen Interaktionsbeziehung der

⁴⁰ Siehe *Heinrich Honsell*, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: *Volker Beuthien* (Hg.), Festschrift für Dieter Medicus, Köln 1999, 211 (233).

⁴¹ Vgl. hierzu *Teubner* (Fn. 39) 303 (305 und 307), m.w.N.

⁴² Siehe etwa *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris, Tz. 14.

⁴³ Vgl. hierzu *Teubner* (Fn. 39) 303 (311 f.).

⁴⁴ Vgl. *Teubner* (Fn. 39) 303 (312).

⁴⁵ Siehe *Teubner* (Fn. 39) 303 (306).

Vertragsparteien, gerechtfertigt werden.⁴⁶ *Teubner* fordert deshalb, auf die vertraglich involvierten sozialen Institutionen zurückzugreifen,⁴⁷ und greift dabei *Eike Schmidts* früheren Vorschlag auf, den Drittschutzvertrag als eigene, vom Konsens der beiden Vertragsparteien prinzipiell unabhängige Rechtsfigur zu verselbständigen.⁴⁸ Statt um Drittschutz geht es dann um „Direktschutz“,⁴⁹ also darum, „gesellschaftliche Selbstregulierungen jenseits der traditionellen individuellen Privatautonomie“⁵⁰ einzubeziehen und in diesem Sinne Sozialautonomie zu ermöglichen.⁵¹ Die daraus resultierende Antwort lautet somit im Kern:

„Das Recht darf sich nicht auf eine Abwägung der individuellen Interessen in der Vertragsbeziehung beschränken, sondern muß die Kollisionen zwischen den sozialen Institutionen, in die der Vertrag eingebettet ist, analysieren und entscheiden.“⁵²

32 Mit Kollisionen ganz besonderer Art bekommt man es beim reproduktionsmedizinischen Behandlungsvertrag zu tun. Die Reproduktionstechnologie versammelt hier als Interferenzgebiet⁵³ eine Vielzahl unterschiedlicher Rationalitäten, die sozusagen als gegenläufige „Vertragswelten“⁵⁴ aufeinander stoßen: Es sind die gesellschaftlichen Rationalitäten und Institutionen der medizinischen Wissenschaft, aber auch der Politik und der Wirtschaft, genauer: der Biopolitik und der Bioökonomie, die mit den vielfältigen normativen Erwartungen des Privat- und Familienlebens in Konflikt geraten.

⁴⁶ Siehe *Teubner* (Fn. 39) 303 (312).

⁴⁷ Siehe *Teubner* (Fn. 39) 303 (307 ff.).

⁴⁸ Vgl. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht: Allgemeiner Teil I 2, Heidelberg 2000, § 34 IV 2 c.

⁴⁹ Vgl. *Teubner* (Fn. 39) 303 (334), mit Hinweis auf *Esser/Schmidt* (Fn. 48) § 34 IV 2 c und d.

⁵⁰ *Teubner* (Fn. 39) 303 f.

⁵¹ Vgl. *Eike Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie. Vorläufige Gedanken zur abnehmenden

Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem. Josef Esser zum 70.

Geburtstag am 12.3.1980, JZ 1980, 153 ff.; siehe hierzu auch *Malte Gruber*, Bioinformatonsrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung, Habilitationsschrift Frankfurt a. M. 2013, Tübingen 2015 (i.E.), 182.

⁵² *Teubner* (Fn. 39) 303 (308).

⁵³ Allgemein zur Bestimmung der Bio- und Informationstechnologien als eines soziomateriellen Interferenzgebiets unterschiedlicher sozialer Rationalitäten siehe *Gruber* (Fn. 51) 77, m.w.N.

⁵⁴ Vgl. *Gunther Teubner*, Vertragswelten: Das Recht in der Fragmentierung von *Private Governance Regimes*, Rechtshistorisches Journal 17 (1998), 234 ff.; ferner *ders.* (Fn. 39) 303 (311).

- 33 Dazu gehören zunächst die Kinderwünsche der vertragschließenden Eltern, deren Fortpflanzungsfreiheit sich zu Forderungen nach medizinisch assistierter Verwirklichung steigern und in ein Recht *auf* Fortpflanzung transformieren lässt.⁵⁵ Dazu zählen auch die Wünsche der Kinder selbst, die mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, insbesondere des biologischen Vaters, gewährleistet werden sollen. Und nicht zu vergessen, wenn auch meistens nachrangig berücksichtigt, zählen die Rechte der biologischen Väter dazu, denen als Samenspendern gewissermaßen ein unmögliches Recht auf Anonymität, sozusagen auf Nichtwissen ihrer biologischen Vaterschaft versprochen wurde.
- 34 Bei alledem verlangt aber die genannte institutionelle Sicht, dass sich das juristische Augenmerk nicht mehr in erster Linie auf die vielzähligen und ohnehin kaum noch überschaubaren Einzelinteressen richten sollte. Denn auch die individuellen Interessen und Forderungen der an der Kinderwunschbehandlung beteiligten Personen können sich nicht unbeeinflusst von Biowissenschaft, Bioökonomie und Biomacht herausbilden.
- 35 „Rechte auf Fortpflanzung“ sind zum Beispiel an die Entwicklung und praktische Verfügbarkeit entsprechender Fortpflanzungstechniken geknüpft. Diese müssen im Übrigen auch bezahlbar sein, trotz aller Bemühungen, eine Kommerzialisierung der Fortpflanzungsmedizin zu vermeiden. Vergleichbare Abhängigkeiten von technischen, soziomateriellen Bedingungen finden sich auch im Anwendungsbereich des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Dieses setzt zum einen voraus, dass genetische Verwandtschaften mittels DNA-Analysen zuverlässig bestimmbar sind, zum anderen aber auch, dass Abstammung ausschließlich als biologisch-genetische Abstammung verstanden wird. Das ist keineswegs selbstverständlich. Richtig ist zwar, dass das Abstammungsrecht schon seit jeher unter dem Primat der biologischen Herkunft steht.⁵⁶ Das zwingt aber nicht etwa zu einem

⁵⁵ Siehe *Susanne Knoop*, Recht auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt, Diss. jur. Konstanz 2005, passim; vgl. ferner *Julia Schlüter*, Schutzkonzepte für menschliche Keimbahnzellen in der Fortpflanzungsmedizin, Berlin 2008, 171 ff.; *Eva Maria K. Rütz*, Heterologe Insemination – Die rechtliche Stellung des Samenspenders. Lösungsansätze zur rechtlichen Handhabung, Berlin/Heidelberg 2008, 85; sowie in jüngerer Zeit *Herbert Grziwotz*, Kinderwunscherfüllung durch Fortpflanzungsmedizin und Adoption, NZFam 2014, 1065 ff. (1068 ff.).

⁵⁶ Vgl. etwa *Nickel* in jurisPK-BGB (Fn. 22) § 1591 Rn. 1; *Wellenhofer* in MüKo BGB (Fn. 7) Vorbem. § 1591 Rn. 19, m.w.N.

übersteigerten „genomisch-metaphysischen“ Denken, das das Genom geradewegs zum „Seelenäquivalent“ einzelner Menschen erhebt.⁵⁷ Im Gegenteil: Es bedarf „genetischer Aufklärung“ oder, in den Worten von *Jens Kersten*, einer „Kritik unserer genetischen Vernunft“⁵⁸. Kurzum: Das menschliche Leben bestimmt sich nicht alleine nach dem Gen – diesem von *Hans-Jörg Rheinberger* so genannten „eigenartigen Ding“⁵⁹, das einen „Text ohne Geschichte“ formuliert.

- 36 Eine solche Kritik darf wiederum nicht missverstanden werden: Die Kenntnis der biologischen Abstammung ist zweifellos ein zentraler Aspekt der menschlichen Persönlichkeitsentfaltung, und mit guten Gründen kann sich das Recht auf Kenntnis des biologischen Vaters darauf stützen.⁶⁰ Dabei darf aber nicht außer Acht bleiben, dass eine schrankenlose Durchsetzung dieses Rechts zu Konflikten führt, die die Integrität gesellschaftlicher Institutionen bedrohen können. Und eben an dieser Stelle muss es also darum gehen, die involvierten sozialen Institutionen, allen voran die der Familie mit ihren vielfältigen, zum Teil neuartigen Lebens- und Verwandtschaftsverhältnissen, in den Blick zu nehmen.
- 37 Mit dieser Verschiebung des Beobachterstandpunkts wird sichtbar, was ein traditionell nur an Individualinteressen orientiertes Rechtsdenken kaum oder nur indirekt sehen kann: In der sozialen Institution zeigen sich die „Sinnbildungs- und Normierungsprozesse“ sozialer Systeme, mit denen sich entsprechende „Normenensembles“ als gesellschaftliche Teilstrukturen herausbilden. Die institutionelle Perspektive erfasst insoweit auch die soziale Struktur, in der sich

⁵⁷ Vgl. *Alex Mauron*, Is the Genome the Secular Equivalent of the Soul?, *Science* 2001, Vol. 291, 831 f.; *Helga Nowotny / Giuseppe Testa*, Die gläsernen Gene., Frankfurt a. M. 2009, 14; dazu auch *Gruber* (Fn. 51) 41 f., 307 ff. und 335.

⁵⁸ Vgl. *Jens Kersten*, Die genetische Optimierung des Menschen – Plädoyer für eine Kritik unserer genetischen Vernunft –, *JZ* 2011, 161 ff.

⁵⁹ *Hans-Jörg Rheinberger*, Epistemologie des Konkreten. Studien zur Geschichte der modernen Biologie, Frankfurt a. M. 2006.

⁶⁰ In diesem Sinne versteht jedenfalls auch der *BGH* (Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris = NZFam 2015, 254, Tz. 41) das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung: „Zu den Elementen, die für die Entfaltung der Persönlichkeit von entscheidender Bedeutung sein können, gehört die Kenntnis der eigenen Abstammung. Der Bezug zu den Vorfahren kann im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für sein Selbstverständnis und seine Stellung in der Gemeinschaft einnehmen. Die Kenntnis der Herkunft kann wichtige Anknüpfungspunkte für das Verständnis des familiären Zusammenhangs und für die Entwicklung der eigenen Persönlichkeit geben. Die Unmöglichkeit, die eigene Abstammung zu klären, kann den Einzelnen erheblich belasten und verunsichern.“ Siehe dort auch die weiteren Nachweise: BVerfGE 117, 202 = NJW 2007, 753 = FamRZ 2007, 441 (442); NJW 1997, 1769 = FamRZ 1997, 869 (870); NJW 1994, 2475 = FamRZ 1994, 881 (882); NJW 1989, 891 = FamRZ 1989, 255 (257 f.); Senat, NJW 2014, 3786 = FamRZ 2015, 39 (Rn. 30).

Konflikte abspielen und in die Verträge eingebettet sind. Hier lassen sich Antworten darauf finden, welche sozial instituierten Normen auch für rechtliche Entscheidungen maßgeblich sind oder *de lege ferenda* sein sollen.⁶¹

38 Anhand des reproduktionsmedizinischen Behandlungsvertrags entscheidet sich daher etwa, wie die sozialen Institutionen der Familie, insbesondere der Verwandtschaft und der Abstammung, rechtlich zu behandeln sind. Wenn dem Behandlungsvertrag eine implizite drittschützende Wirkung für „Spenderkinder“ beigelegt wird, so handelt es sich insoweit um nichts anderes als um eine rechtliche Positivierung des Sozialen. Sie führt in die bilaterale Vertragsbeziehung eine dritte, familiale, also im Grunde nicht-vertragliche Sonderbeziehung ein. Mit dieser Ausnahme vom Prinzip der Relativität der Schuldverhältnisse kann sich das Vertragsrecht darauf einstellen, dass an der Kinderwunschbehandlung mehr Parteien beteiligt sind als nur die jeweiligen Vertragspartner. Es öffnet sich für die Gesamtheit der darauf bezogenen gesellschaftlichen Erwartungen, die sich in Wahrheit nicht als Zweiseitenbeziehungen isoliert gegenüberstehen, sondern als multilaterale Assoziationen von Wunscheltern, Wunschkindern, Samenspendern und Medizinern mit ihren jeweiligen Fortpflanzungstechniken. Die daraus entstehenden Erwartungen sind nicht zwingend an vertragliche Vereinbarungen geknüpft. Dennoch finden sich rechtliche Möglichkeiten, diese Erwartungen allesamt gleichermaßen, sozusagen „symmetrisch“, zu berücksichtigen.

39 Daraus ergibt sich der genannte „Drittschutz“ der „Spenderkinder“, der sich demnach eigentlich nicht aus einem Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte ergibt, sondern im Grunde genommen eine nicht-vertragliche „Obligation zugunsten Dritter“ genannt werden müsste.⁶² Doch in der Praxis müssen Rechtsentscheidungen natürlich an bereits bekannte dogmatische Konstruktionen anknüpfen, und das tat der BGH schließlich auch, indem er den Behandlungsvertrag als einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte behandelte.

40 Trotzdem muss festgehalten werden, dass sich der auf Erfüllung eines Kinderwunsches gerichtete Behandlungsvertrag keiner der bisher bekannten Fallgruppen drittschützender Verträge unterordnen lässt, obwohl sich deren Anwendungsbereich bereits zuvor schon ständig erweitert hat. Handelt es sich

⁶¹ Vgl. näher *Teubner* (Fn. 39) 303 (318 f.).

⁶² Vgl. entsprechend *Teubner* (Fn. 39) 303 (329), Fn. 73.

bei der vertraglich rekonstruierten „Schutzwirkung für Dritte“ ohnehin bereits um ein nicht-vertragliches *aliud*, so entfernt sich der Drittschutz des Kinderwunschvertrags noch weiter von den Rechtsprinzipien des Vertragsrechts.

- 41 Das mag unter anderem daran liegen, dass der daraus zu konstruierende Auskunftsanspruch von anderer Art ist als die bei Drittschutzverträgen sonst üblichen Schadensersatzansprüche. Deshalb weichen ebenso wie der BGH selbst auch dessen Kommentatoren einer konkreten Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des Drittschutzvertrags aus. So beschränkt sich *Marina Wellenhofer* in ihrer Urteilsanmerkung etwa auf die Aussage, der BGH habe nunmehr richtig gestellt, dass es sich um einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte (statt eines echten Vertrags zugunsten Dritter) handele.⁶³ Und *Andreas Spickhoff* stellt lediglich fest, dass es „im Ergebnis anerkannt“ sei, dass auch noch nicht gezeugte Kinder in den Schutzbereich des Behandlungsvertrags einbezogen werden können.⁶⁴ Damit ist aber noch nichts dazu ausgesagt, wie eine vertragsrechtliche Sonderverbindung zwischen Reproduktionsmedizinern und „Spenderkindern“ begründet werden kann, wenn diese zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch gar nicht erzeugt sind.
- 42 Hier liegt es dann wesentlich näher, die genannte vertragsunabhängige Verbindung eines „Direktschutzes“ offenzulegen, mit der es immerhin möglich ist, ein verpflichtendes Band zwischen *existenten* Personen, nämlich zwischen Ärzten und inzwischen geborenen „Spenderkindern“, zu spannen. Es gilt insoweit, sich auf die Ursprünge des drittschützenden Vertrags zu besinnen, die – wie am „Salatblattfall“ zu erkennen war – außerhalb des Vertrags liegen und jedenfalls quasi-deliktische Züge tragen.
- 43 Natürlich besteht dann die Gefahr, dass man außerhalb der engen Grenzen der bilateralen Vertragsbeziehungen immer neue gesellschaftliche Bande sieht und diese ohne Weiteres zu rechtlich verpflichtenden Sonderverbindungen erklärt. Das notwendige Korrektiv findet sich in der beschriebenen institutionellen Sicht. Sie markiert die Grenzen der Auskunftspflicht, die im Verhältnis zwischen

⁶³ Vgl. *Marina Wellenhofer*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13, NZFam 2015, 261.

⁶⁴ Vgl. *Andreas Spickhoff*, in: *ders.*, Medizinrecht, 2. A. 2014, BGB § 1 Rn. 15.

Reproduktionsmedizinern und „Spenderkindern“ allerdings unabhängig vom vertraglichen Konsens der Kinderwunschbehandlung zu betrachten ist.

- 44 Die „neue“ Sonderverbindung zwischen Arzt und Kindern ergibt sich dann vielmehr aus einer neuen, reproduktionstechnologisch vermittelten Art der „Elternschaft“, die im sozialen Konfliktfeld von Familie und Fortpflanzungsmedizin zu betrachten ist. Zugespitzt formuliert, heißt das: Wer ein Kind erzeugt oder sich zumindest technisch daran beteiligt, übernimmt eine Verantwortung, die der eines „genetischen Vaters“ durchaus vergleichbar ist. Für die Samenspender als biologische Väter ist das leicht einzusehen. Aber auch Ärzte und Kliniken nehmen demnach eine Position als „Quasi-Eltern“ ein, kraft derer sie grundsätzlich auf die Persönlichkeitsrechte der von ihnen (mit-)erzeugten Kinder verpflichtet sind – und damit auf deren Rechte auf Kenntnis der eigenen Abstammung.

IV. Ausblick

1. Zur Zukunft der Auskunft über den biologischen Vater

- 45 Was ergibt sich daraus nun für den Fall und die Konstruktion des Auskunftsanspruchs der „Spenderkinder“ gegen den behandelnden Arzt?
- 46 Als Anspruchsgrundlage bildet § 242 BGB – gegebenenfalls neben dem Anspruch auf Urkundeneinsicht gemäß § 810 BGB⁶⁵ – weiterhin den richtigen Ausgangspunkt. Doch die für den daraus abzuleitenden Auskunftsanspruch erforderliche Sonderverbindung rührt nicht aus dem Behandlungsvertrag, sondern aus den genannten institutionellen Kriterien des „Direktschutzes“. Vollständig formuliert müsste die Anspruchsgrundlage also auf § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG gestützt werden, wie sie schon *Karlheinz Muscheler* mit Blick auf die Rechte von Adoptivkindern herausgearbeitet hat.⁶⁶ Entscheidend dabei ist ein weites Verständnis dessen, was als „Sonderverbindung“ zu begreifen ist: Diese muss demnach nicht zwingend *rechtlicher* Art sein, sondern kann *Muscheler* zufolge auch eine „auf der biologischen Abstammung basierende *natürliche* Sonderverbindung“ sein.⁶⁷

⁶⁵ Siehe hierzu *Kurt Müller*, Zeugnispflicht bei heterologer Fertilisation, FamRZ 1986, 635 (636).

⁶⁶ Siehe *Karlheinz Muscheler*, Offene und verdeckte Adoption – Recht des Kindes auf Kenntnis seiner

Abstammung, FÜR 2008, 496 (497 f.).

⁶⁷ Vgl. *Muscheler* (Fn. 66) 496 (497).

Sie kann aber auch, wie ein institutioneller Ansatz erkennen lässt, *soziotechnischer* Art sein. Sie muss also keineswegs aus einem bilateralen Vertrag abgeleitet werden, sondern kann *direkt* in einer *originären* reproduktiven Beziehung zwischen Arzt und „Spenderkind“ bestehen.

47 Man könnte dann sogar so weit gehen, auf den unmittelbaren „Schutzauftrag aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG“ zu verweisen, mit dem der BGH an anderer Stelle immaterielle Entschädigungsansprüche für Persönlichkeitsverletzungen begründet hat, ohne dass es noch einer gesonderten zivilrechtlichen Positivierung als Anspruchsgrundlage bedurfte.⁶⁸ Es ist ebendieser Schutzauftrag, der auch einen entsprechenden zivilrechtlichen Auskunftsanspruch des „Spenderkindes“ im Sinne des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung erzwingt.⁶⁹

48 Die Kritik an einer solcherart „direktschützenden“ Ableitung eines zivilrechtlichen Anspruchs aus verfassungsrechtlichen Normen wird freilich weiterhin anhalten. Und für andere Fallkonstellationen kann eine solche „richterliche Anspruchsfindung“ auch richtigerweise abzulehnen sein. So hat das Bundesverfassungsgericht erst vor kurzem für das Auskunftsbegehren des Scheinvaters gegen die Mutter klargestellt, dass diese sich „mangels konkreten gesetzlichen Anknüpfungspunkts“ und mit Rücksicht auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht über ihr geschlechtliches Leben erklären muss.⁷⁰ Ganz gleich jedoch, worauf der Auskunftsanspruch des Kindes im Einzelnen gestützt wird, ob auf eine einfache oder mehrfache Anwendung von § 242 BGB, auf eine Verbindung des § 242 BGB mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG oder auch unmittelbar auf deren Schutzauftrag – immer wird es sich um das zivilrechtlich rekonstruierte Ergebnis eines Grundrechts handeln, das zwischen Privatrechtssubjekten *unmittelbar* gilt. Aber diese Grundrechtsgeltung ist gewiss eine andere als diejenige, die traditionell dem Verhältnis von Bürger und Staat zugewiesen wird. Die „privatrechtsspezifische“ Funktion der Grundrechte muss sich noch nicht einmal unbedingt auf Über-/Unterordnungsverhältnisse beziehen. Statt Subordination steht hier die gleichmäßige Stabilisierung sozialer

⁶⁸ Vgl. hierzu BGHZ 143, 214 (218 f.) – „Marlene Dietrich“, unter Verweis auf BVerfGE 34, 269 (282 und 292) – „Soraya“; sowie BGHZ 128, 1 (15) – „Caroline von Monaco“.

⁶⁹ Ähnlich bereits Müller (Fn. 65) 635 (636).

⁷⁰ Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 24. Februar 2015 – 1 BvR 472/14 –, juris ; zuvor BGH, Beschluss vom 2. Juli 2014 – XII ZB 201/13, NJW 2014, 2571.

Institutionen im Mittelpunkt, die durch eine rechtliche Rekonstruktion der sozialen Strukturen und ihrer Eigennormativitäten zu gewährleisten ist. Auf der Suche nach der richtigen Grundlage des Auskunftsanspruchs muss das Privatrecht eben „nachholend“ wirken und konstruktiv nacharbeiten, um diese Geltung als Eigennormativität der bürgerlichen Rechtsordnung darstellen zu können. Auf diesem Weg erreichen schließlich auch die Grundrechte den privaten Bereich – womöglich bis in die „Kapillaren der Gesellschaft“ hinein.⁷¹

49 Die Unterscheidung von „mittelbarer“ und „unmittelbarer“ Grundrechtswirkung trägt also längst nicht mehr,⁷² und zwar auch dann nicht, wenn man die Funktion des Privatrechts, der bürgerlichen Tradition entsprechend, in der Ordnung der freien Gesellschaft sieht.⁷³ Wer also im Privatrecht die Gesellschaft freier, gleicher Rechtspersonen verwirklicht sieht, die nach der Idee einer dezentralen Steuerung durch autonome Individuen zu ordnen ist, der muss es auch in seiner gesellschaftsordnenden, konstitutionellen Funktion für die Privatrechtsgesellschaft der Gegenwart ernstnehmen.⁷⁴

50 Das Privatrecht kann die ihm zugewiesene gesellschaftsordnende Funktion allerdings nur dann erfüllen, wenn es sich der sozialen, institutionellen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten jederzeit vergewissert.⁷⁵ Zu diesen Voraussetzungen gehören insbesondere die in Grundrechtsform verankerten Grundbedingungen der freien Persönlichkeitsentfaltung, die unter anderem mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu gewährleisten sind. Dazu zählt allerdings auch der Schutz der sozialen Institutionen der Familie und der Fortpflanzungsmedizin. Dieser kann mit solchen Gewährleistungen wiederum selbst in Spannung geraten. Schon allein wegen der Unvorhersehbarkeit und Offenheit der daraus resultierenden Konflikte scheint es angeraten, für Auskunftsansprüche über die biologische

⁷¹ Siehe *Gunther Teubner*, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, *Der Staat* 45 (2006), 161 (177 ff.); *ders.*, Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin 2012, 204 ff.

⁷² Vgl. bereits *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt a. M. 1991, 159 (171).

⁷³ Vgl. etwa *Franz Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *ORDO* 17 (1966), 75 (77).

⁷⁴ Siehe hierzu insbesondere *Teubner*, Vertragswelten (Fn. 54) 234 ff.; *ders.*, Verfassungsfragmente (Fn. 71), 35 ff.; *Dan Wielsch*, Grundrechte als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht, *AcP* 213 (2013), 718 (722 ff.).

⁷⁵ *Wielsch*, *AcP* 213 (2013), 718 (736).

Herkunft konkrete gesetzliche Grundlagen zu schaffen, anstatt wie bisher alleine auf die Kapazitäten der richterlichen Rechtsfortbildung zu setzen.⁷⁶

2. Zur Zukunft der „doppelten Vaterschaft“

- 51 Mit der Kenntnis des biologischen Vaters kann sich allerdings auch die abstammungsrechtliche Situation erheblich ändern. Denn diese lässt sich nunmehr – jedenfalls nach heutiger Rechtslage noch – durch die Vaterschaftsanfechtung des Kindes umgestalten. Bei der Samenspende schließt § 1600 Abs. 5 BGB nämlich lediglich die „Wunschelter“ von der Anfechtung der Vaterschaft aus.⁷⁷ Nach § 1600d Abs. 1 BGB kann das Kind schließlich sogar den Samenspender als Vater feststellen lassen, und zwar mit allen rechtlichen Konsequenzen der Vaterschaft.⁷⁸
- 52 Das führt inzwischen zu zahlreichen rechtspolitischen Forderungen nach rechtlichen Änderungen, die etwa in einem deutschen Fortpflanzungs-medizingesetz weitere Destabilisierungen der sozialen Vaterschaft verhindern sollen. Die vorgeschlagenen Lösungen richten sich hauptsächlich darauf, das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (in seiner besonderen Fassung als Recht auf Kenntnis des biologischen Vaters) in einer Weise durchsetzbar zu machen, die die Integrität der bestehenden familiären Verhältnisse weitgehend unberührt lässt. „Spenderkinder“ sollen durchaus schon vor Erreichen ihrer Volljährigkeit entsprechende Auskunftsansprüche hinsichtlich der Identität ihrer biologischen Väter haben, aber deswegen soll sich die – davon möglichst abstrakt zu behandelnde – familienrechtliche Situation nicht ändern dürfen. Daher liegt es am nächsten, das Anfechtungsrecht der „Spenderkinder“ abzuschaffen und gegebenenfalls Alternativen in Form einer „eilvernehmlichen Vaterschaftszuordnung“ einzurichten.⁷⁹

⁷⁶ Zu den entsprechenden Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung vor allem *BVerfG*, Beschluss vom 24. Februar 2015 – 1 BvR 472/14 –, juris.

⁷⁷ Selbst der Samenspender kann ausnahmsweise als biologischer Vater nach § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB im Fall einer nicht erklärten Einwilligung des rechtlichen Vaters i.S.v. § 1600 Abs. 5 BGB die Vaterschaft anfechten; siehe dazu *BGH NJW* 2013, 2589 = *FamRZ* 2013, 1209. Freilich wird weiterhin regelmäßig davon auszugehen sein, dass er durch seine Mitwirkung konkludent auf seine rechtliche Vaterschaft und sein Anfechtungsrecht verzichtet hat.

⁷⁸ Dazu etwa *Marina Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, *FamRZ* 2013, 825 (827 f.)

⁷⁹ Vgl. näher *Wellenhofer*, *FamRZ* 2013, 825 (829 f.); *Brigitte Zypries / Monika Zeeb*, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, *ZRP* 2014, 54 (55 f.).

- 53 Aus einer institutionellen Perspektive erscheinen diese Forderungen berechtigt: Wie schützt man die sozialen Institutionen der Familie und der Fortpflanzungsmedizin? – Das ist die allgemeine Frage, an der Recht und Gesetzgebung zu orientieren sind: Man schützt die Institutionen der Fortpflanzungsmedizin etwa dadurch, dass man die „reproduktionstechnologischen Väter“ (Samenspender, aber auch Ärzte) etwa vor Unterhaltsansprüchen der „Spenderkinder“ bewahrt. Im Gegenzug entspricht es aber auch den institutionellen Erfordernissen, Reproduktionsmedizinern strikte Dokumentations- und Informationspflichten aufzuerlegen. Und nicht zuletzt verlangt der Schutz der familiären Institutionen eine Abschaffung der Vaterschaftsanfechtung durch „Spenderkinder“, denen im Gegenzug allerdings Auskunftsrechte hinsichtlich ihrer biologischen Abstammung zu gewähren sind.
- 54 Doch gibt die institutionelle Sicht hier auch Grenzen vor: Denn die (zumindest zeitlich befristete) Anonymität der Samenspende dient nicht nur dem Samenspender, und ebenso wenig dem Schutz seiner eigenen privaten und familiären Verhältnisse. Sie dient in gewissem Maß nämlich auch den Institutionen der Fortpflanzungsmedizin, insbesondere der Fortpflanzungsfreiheit. Darauf beziehen sich diejenigen Argumente, welche im Wegfall der Anonymität und in den damit verbundenen Risiken für den Samenspender die Gefahr erkennen, dass künftig kaum jemand mehr zur Samenspende bereit sein wird. Die Reproduktionsmedizin würde dadurch zumindest in Deutschland ihre bisherigen Kapazitäten einbüßen, und damit wären schließlich auch die Kinderwünsche vieler Menschen betroffen.
- 55 Aber die Anonymität kann sogar, anders als sonst üblicherweise gedacht, dem Schutz der familiären Beziehungen der Spenderkinder selbst dienlich sein. Man könnte dies, gleichsam in umgekehrter Richtung, als ein *Recht auf Nichtkenntnis* formulieren, wenn es um den Schutz der Kinder vor verfrühter Information bezüglich ihrer biologischen Herkunft geht. Insoweit dürften die institutionellen Erhaltungsbedingungen der Familie jedenfalls allzu weit gehenden Forderungen entgegenstehen, die sich auf eine von der Mitwirkung der Eltern unabhängige Freigabe der Spenderdaten für Minderjährige richten.⁸⁰ Es sollte zumindest weiterhin der elterlichen Sorge – gerade auch des recht-

⁸⁰ In diesem Sinne, mit Hinweis auf § 20 Abs. 2 des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes, *Wellenhofer*, NZFam 2015, 261.

lichen Vaters, dessen Vaterschaft dadurch in Zweifel gerät – überlassen bleiben, wie das Persönlichkeitsrecht des Kindes „treuhänderisch“ auszuüben ist⁸¹ – und insbesondere, wann das Kind über seine biologische Abstammung aufgeklärt wird.

- 56 Mag das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gerade im Interferenzgebiet der Reproduktionstechnologie für die Identitätsfindung und vollständige „Fabrikation“ freier Menschen unverzichtbar erscheinen, so muss auch klar sein, dass dessen Fixierung auf die Kenntnis der *biologischen* Abstammung selbst eine Folge der Biotechnologie ist. Das „genomisch-metaphysische“ Denken, das im Genom gewissermaßen einen identitätsstiftenden Seelenersatz erblickt,⁸² scheint sich bereits in einer allgemeinen rechtlichen Stärkung des genetischen Vaters anzudeuten. Wie ist unter diesen Bedingungen noch das Sozialsystem „Familie“, vor allem der sozial-psychische Vater zu erhalten? Auf die „Démariage“⁸³ oder „Entehelichung“ des Abstammungsrechts scheint nunmehr eine „Depaternalisierung“ oder „Entväterlichung“ zu folgen. Lösungen lassen sich womöglich nur in einem neuen Modell der „doppelten Vaterschaft“ im postgenomischen Sinne finden. Dieses wird künftig deutlicher unterscheiden müssen zwischen dem rechtlichen, sozialen, psychischen Vater mit „Vaterfunktion“ und dem biologisch-genetischen Vater als Bestandteil der Persönlichkeitsentfaltung in Zeiten technisierter Fortpflanzung.

⁸¹ Vgl. hierzu nochmals *BGH*, Urteil vom 28. Januar 2015 – XII ZR 201/13 –, juris = NZFam 2015, 254, Tz. 35, mit weiterem Hinweis auf *BVerfG FamRZ* 2005, 2049 (2051).

⁸² Siehe oben, Fn. 57.

⁸³ Siehe oben, Fn. 5.