

An das
Amtsgericht Karlsruhe
- Familiengericht -
Lammstr. 1-5
76133 Karlsruhe

Leipzig, den 20.06.2013

Antragserwiderung

In der Sache

des Kindes **Kathrin Marlboro (Antragstellerin zu 1.)**, geboren am 29. März 2010, vertreten durch den alleinsorgeberechtigten Vater, Herrn Volker Völkers

und

Herrn **Volker Völkers (Antragsteller zu 2.)**, je wohnhaft Musterstr. 1, 76131 Karlsruhe

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte: RA M. Dregelies und RA N. Einfeldt
Musterallee 1, 24103 Kiel

gegen

Frau Martha Marlboro, wohnhaft Musterweg 1, 76133 Karlsruhe

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: RA A. Brade und RA J. Vogel
Musterplatz 1, 04103 Leipzig

wegen Schmerzensgeld-, Geldrenten- und Unterhaltsforderung (dazu: 1.) und unterhaltlichen bzw. schadensrechtlichen Regresses (hierzu: 2.)

Wir zeigen an, dass wir die Antragsgegnerin vertreten. Bevollmächtigung wird versichert.

Wir werden im Namen und im Auftrag der Antragsgegnerin beantragen,
den Antrag abzuweisen.

Der

Begründung

stellen wir vorab folgendes

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt	2
B. Rechtliche Würdigung	3
I. Zulässigkeit	3
II. Begründetheit.....	4
1. Anträge der Antragstellerin zu 1.	4
a) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 1664 BGB.....	4
aa) Anspruchsgrundlage	4
bb) Elterliche Sorge.....	4
cc) Pflichtverletzung.....	5
dd) Kausalität.....	11
ee) Verschulden.....	12
ff) Schaden.....	14
b) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 823 I BGB.....	17
c) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 843 BGB	17
d) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 1601 BGB.....	18
2. Anträge des Antragstellers zu 2.....	19
a) Anspruch des Antragstellers zu 2. aus familienrechtlichem Ausgleichsanspruch	19
b) Anspruch des Antragstellers zu 2. aus §§ 1664, 823 I BGB aus übergegangenem Recht	20

voran und führen zum Sachverhalt (sogleich A.) und zur rechtlichen Bewertung (nachstehend B.) wie folgt aus:

A. Sachverhalt

Die Antragsgegnerin Martha Marlboro war seit Anfang Juli 2009 schwanger. Vater des Kindes – Kathrin Marlboro und Antragstellerin zu 1. – ist der Antragsteller zu 2. Volker Völkers. Die Antragsgegnerin und der Antragsteller zu 2. sind unverheiratet. Herr Volker Völkers erkannte umgehend nach der Geburt des Kindes am 29. März 2010 die Vaterschaft an.

Frau Marlboro bemerkte erst einige Zeit nach der tatsächlichen Empfängnis, dass sie schwanger war und suchte daraufhin umgehend ihren Frauenarzt auf. Bei der ersten Untersuchung Ende August wies der Frauenarzt die Antragsgegnerin auf die Risiken von Alkohol- und Tabakkonsum in der Schwangerschaft und auf die Möglichkeit einer Entziehungskur hin. Von einem konkreten Angebot kann hingegen – entgegen dem Vortrag der Antragssteller – nicht ausgegangen werden. Die Antragsgegnerin ging trotz ihrer starken Zigarettensucht einem gewöhnlichen Konsum von lediglich einer Schachtel Zigaretten einer Marke mit niedrigerem Nikotin- und Teergehalt am Tag nach.

Bei einer Routineuntersuchung Ende Oktober 2009 erwähnte der Arzt seine Bedenken hinsichtlich des Rauchens in der Schwangerschaft erneut. Aufgrund der starken Abhängigkeit war es Frau Marlboro nicht möglich, mit dem Rauchen gänzlich aufzuhören. Sie ging davon aus, dass ihr Kind gesund geboren werden würde. Zu dieser Annahme hatte die Antragsgegnerin auch triftigen Grund: Schließlich war ihre Mutter starke Raucherin und hatte sie dennoch kerngesund zur Welt gebracht.

Aufgrund der krassen Überforderung der Antragsgegnerin mit ihrem Kind wurde von dem zuständigen Familiengericht dem Vater im April 2012 das alleinige Sorgerecht zugesprochen. Seitdem stehen Frau Marlboro und Herr Völkers nicht mehr in Kontakt. Die Antragsgegnerin zahlt jedoch einen, ihrem Nettoeinkommen von 1.800 €entsprechenden monatlichen Unterhalt gemäß der Düsseldorfer Tabelle an die Antragstellerin zu 1.

Im Mai 2012, als sich die Antragstellerin zu 1. schon in der Obhut ihres Vaters befand, wurde bei ihr eine chronische Asthmaerkrankung allenfalls mittleren Grades diagnostiziert. Des Weiteren wurde bei Kathrin Marlboro ein verminderter Intelligenzquotient von rund 75 festgestellt. Dies entspricht einem leicht unterdurchschnittlichen Intelligenzquotienten und nicht, wie die Antragssteller glaubhaft machen wollen, einem stark verminderten.

Lediglich mit einer Wahrscheinlichkeit von maximal 90 % konnte von den Ärzten festgestellt werden, dass diese Beeinträchtigungen auch tatsächlich von dem gewöhnlichen Tabakkonsum der Antragsgegnerin herrühren. Es lässt sich insbesondere nicht ausschließen, dass diese auf andere Faktoren zurückgehen.

B. Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit

Nach hier vertretener Auffassung ist der Antrag schon teilweise unzulässig. Jedenfalls hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche aus §§ 1664, 823, 843 BGB – auch aus übergegangenem Recht – ist das Familiengericht nicht zuständig. In Ergänzung zu §§ 151ff. Fa-

mFG soll § 266 I Nr.4 FamFG insbesondere (Schadensersatz-)Ansprüche aus Verwaltung des Kindesvermögens sowie Aufwendungsersatzansprüche gem. § 1648 BGB erfassen (vgl. BT-Drs. 16/6308, 263), während weitere (deliktische) Ansprüche, wie die hier in Rede stehenden, ungeachtet einer Einbeziehung des § 1664 BGB – auch mangels besonderer Sachnähe – nicht der Regelung unterfallen sollen (*Giers*, in: Keidel, FamFG, 2011, § 266, Rn. 17). Sähe man dies anders, liefe dies der vom Gesetzgeber eng angelegten und von der Rechtsprechung dementsprechend umgesetzten Auslegung der Norm (vgl. zB OLG Zweibrücken NJW-RR 2011, 584) zuwider.

Zweifelhaft erscheint auch die Zuständigkeit des Familiengerichts iSd § 231 I Nr.1 FamFG in Bezug auf den geltend gemachten familienrechtlichen Ausgleichsanspruch, da es sich dabei schon von der Rechtsnatur her nicht um einen Unterhaltsanspruch, sondern um einen Erstattungs(ausgleichs)anspruch gegenüber dem anderen Elternteil handelt (vgl. OLG Bremen, Beschluss v. 06.01.2010, Az.: 4 AR 3/09).

II. Begründetheit

1. Anträge der Antragstellerin zu 1.

a) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 1664 BGB

Die Antragstellerin zu 1. hat keinen Anspruch aus § 1664 BGB gegen die Antragsgegnerin.

aa) Anspruchsgrundlage

Zunächst bestimmt § 1664 BGB entgegen dem Vorbringen der Antragsteller nur eine Haftungsmilderung und keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Norm: Aus dem Wort “nur“ ist eindeutig zu entnehmen, dass § 1664 I BGB das Bestehen einer Anspruchsgrundlage voraussetzt. Die Bestimmung enthält außer den Worten “bei der Ausübung der elterlichen Sorge“ keine Tatbestandsmerkmale, an die das Bestehen einer Ersatzpflicht anzuknüpfen wäre (*Engler*, in: Staudinger, 2009, § 1664, Rn. 6 mwN).

bb) Elterliche Sorge

Das nach dem Vortrag der Antragsteller sorgfaltswidrige Verhalten der Antragsgegnerin erfolgte jedenfalls nicht, wie es § 1664 BGB aber erfordert, „bei der Ausübung der elterlichen Sorge“. Die Antragsgegnerin war vor der Geburt des Kindes nicht Inhaberin der elterlichen Sorge iSd §§ 1626, 1664 BGB. Elterliche Sorge beginnt nämlich, wie sich schon mittelbar aus § 1626a I BGB („bei der Geburt“) ergibt, erst mit der Geburt des Kindes (*Huber*, in: MüKo, BGB, 2012, § 1626, Rn. 19). § 1912 II BGB betrifft demgegenüber bloße Vorwirkungen der elterlichen Sorge (*Bienwald*, in: Staudinger, BGB, 2013, § 1912,

Rn. 5 mwN) und vermag – entgegen dem Vortrag der Antragsteller – demgemäß im Rahmen des § 1664 BGB auch nicht für Abhilfe zu sorgen. Es handelt sich dabei eben nicht um ein zukünftiges Recht. Der Gesetzgeber hat gerade – wohlweislich vor dem Hintergrund der damit verbundenen immensen Schwierigkeiten – auf die Einräumung eines (echten) pränatalen Sorgeverhältnisses verzichtet [vgl. *Peschel-Gutzeit*, in: Staudinger, BGB, 2007, § 1626, Rn. 26f. mwN; dazu auch sogleich cc)]. Auf ein solches können sich die Antragsteller damit auch nicht berufen.

cc) Pflichtverletzung

Hilfsweise fällt der Antragsgegnerin jedenfalls keine (Sorgfalts-)Pflichtverletzung zur Last.

Die von Verfassung wegen gebotene Abwägung der kollidierenden Interessen bzw. Güter des ungeborenen Kindes aus Art. 2 II 1 GG und der Mutter aus Art. 2 I, 2 II 1 GG hat vorliegend ein Zurücktreten der Kindesinteressen zur Folge. Damit oblag der Antragsgegnerin insbesondere keine Pflicht, das Rauchen (als potenziell schädigendes Verhalten) zu unterlassen, und damit scheidet eine Verletzung einer solchen von vornherein aus.

Dies stützt sich insbesondere auf folgende Erwägungen:

(1) Die Allgemeine Handlungsfreiheit der Mutter, Art. 2 I GG

Zunächst ist das in Art. 2 I GG verbürgte Recht der persönlichen Lebensführung der Antragsgegnerin zu berücksichtigen, welches von der Verfassung – wie auch die Antragstellerin zu 1. im Grunde einräumt – als Höchstwert anerkannt wird. Unzweifelhaft unterfällt Art. 2 I GG von seinem Schutzbereich her auch das Rauchen, das als sozialadäquat angesehen wird. Insoweit ist insbesondere jeder nicht schwangeren Frau das Recht, sich durch das Rauchen einem Gesundheitsrisiko auszusetzen, einzuräumen (vgl. *Di Fabio*, in Maunz/Dürig, GG, Juli 2001, Art. 2, Rn. 50).

Schon aufgrund der zeitlichen Dimension (mindestens neun Monate!) stellt der erzwungene Verzicht insoweit einen schweren Eingriff dar. Insbesondere geht der Einwand der Antragsteller fehl, dass neben den mit einer Schwangerschaft naturgemäß verbundenen Einschränkungen eine weitere Sanktion (wie ein Rauchverbot) für die Antragsgegnerin nicht weiter ins Gewicht falle. Das Gegenteil ist der Fall: Neben den natürlichen Einschränkungen gewinnen gerade die verbliebenen Freiheiten eine herausragende Bedeutung, sodass die Belastung für die Schwangere umso unzumutbarer wird, je mehr diese beschränkt werden. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin ihrem Tabakkonsum stets einen unschätzbar hohen Stellenwert beigemessen hat, rückt diesen Gesichtspunkt insoweit umso mehr in den Mittelpunkt.

Die Situation der Schwangeren ist darüber hinaus gerade nicht mit der des werdenden Vaters vergleichbar: Während dieser ohne weiteres dem Tabakkonsum in „Gegenwart“ des Ungeborenen ausweichen kann, besteht diese Möglichkeit für die Mutter naturgemäß gerade nicht.

(2) Die körperliche Unversehrtheit des ungeborenen Kindes, Art. 2 II 1 GG

Dem Recht der persönlich autonomen Lebensführung steht die Gesundheit des ungeborenen Kindes iSd Art. 2 II 1 GG gegenüber. Anders als die Antragsteller suggerieren, kann hier zunächst gerade vor dem Hintergrund ihrer grundgesetzlichen Schranken und angesichts der §§ 218ff. StGB [dazu unten: bb (4)] nicht von einer quasi Uneinschränkbarkeit der Unversehrtheit des Kindes iSd Art. 2 II 1 GG ausgegangen werden. Im Übrigen sei daran erinnert, dass nicht einmal der Lebensschutz iSd Grundgesetzes absolute Priorität genießt.

Ungeachtet dessen dürfen – wiederum im Gegensatz zum Vortrag der Antragsteller – bereits generell – ohne dabei das Gefährdungspotenzial grundsätzlich in Frage stellen zu wollen – die Risiken des Rauchens gegenüber dem Nasciturus nicht überschätzt werden. In einer groß angelegten Studie wurde ein allgemeines Schädigungspotenzial – bezogen auf eine Vielzahl an Formen möglicher Beeinträchtigungen – von unter 30 % festgestellt (<http://humupd.oxfordjournals.org/content/early/2011/07/09/humupd.dmr022.full>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013). Nicht zuletzt wird dieser Fakt auch durch die Nichtschädigung der Antragsgegnerin trotz des starken Tabakkonsums (!) ihrer Mutter während deren Schwangerschaft gestützt. Außerdem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die vorgelegten Studien vielfach entscheidende Erkenntnisse vermissen lassen. Insbesondere die Fragen wann entsprechende Schäden während der Schwangerschaft auftreten, ab welcher Menge Substanzen als potenziell gesundheitsbeeinträchtigend aufzufassen sind und welche anderen Faktoren (wie zB die Gesundheit der Mutter und die Umgebung des Kindes) für die Schädigung mitursächlich sein können, sind bis dato nahezu unbeantwortet (vgl. *Mathieu*, Preventing Prenatal Harm: Should the State Intervene, 113; *Raschen*, Zivilrechtliche Verhaltens- oder Schutzpflichten der Eltern für Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes?, 166 je mwN).

Die eben angestellten Erwägungen gelten erst recht im vorliegenden Fall. Zum einen konsumierte die Antragsgegnerin, anders als die Antragsteller darlegen, täglich max. eine Schachtel Zigaretten – was einer durchaus üblichen Menge entspricht (vgl. <http://www.rauchfrei.de/raucherstatistik.htm>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013) – und zum anderen rauchte sie ausschließlich solche mit einem niedrigeren Nikotin- und Teergehalt – was die Schädigungswahrscheinlichkeit wiederum verringert.

(3) Die körperliche Unversehrtheit der Mutter, Art. 2 II 1 GG

Von den Antragstellern im Rahmen der Abwägung völlig unberücksichtigt bleibt die Gesundheit der Antragsgegnerin und damit ihr Grundrecht aus Art. 2 II 1 GG. Bei Auferlegung einer Pflicht und den dadurch notwendig werdenden Entzug treten mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit Nebenwirkungen ein wie zB Konzentrationsverlust, Depression, Schlafstörungen, Übelkeit oder Abnehmen der Herzfrequenz (vgl. *Schoberberger/Kunze*, Nikotinabhängigkeit: Diagnostik und Therapie, 26ff.) – also physische Einwirkungen bzw. jedenfalls solche auf das psychische Wohlbefinden, die ihrer Wirkung nach körperlichen Eingriffen gleichzusetzen sein können. Diese über die gesamte Zeit der Schwangerschaft andauernden schwerwiegenden Auswirkungen betreffen schon wegen der biologischen Abhängigkeit neben der Mutter auch das Ungeborene.

Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, in dem die Abhängigkeit der Antragsgegnerin als besonders ausgeprägt qualifiziert werden muss. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass ihre Tabaksucht das von der WHO definierte Mindestausmaß ohne weiteres erreicht und insoweit auch als Gesundheitsproblem international anerkannt ist (vgl. ICD-10, Version 2013, Kapitel V, F17). Anders als die Antragsteller pauschalierend – was sich hier von vornherein verbietet – vortragen, war der Konsum von Zigaretten für die Antragsgegnerin – gerade aus ihrem insoweit maßgeblichen subjektiven Blickwinkel – elementar. So diene der Antragsgegnerin das Rauchen auch zur Bewältigung des mit der Schwangerschaft verbundenen Stresses. An ein „schlichtes“ Aufhören war auch unter dem Gesichtspunkt des bloßen Hinweises – ohne konkretes Therapieangebot – durch ihren Frauenarzt jedenfalls nicht zu denken. Auch die Möglichkeit einer „Entwöhnung“ zB durch Nikotinpflaster als Ersatzstoff, wie von den Antragstellern vorgeschlagen, stellt unter dem Aspekt der Kindesgesundheit keine geeignete Alternative dar (dazu: *Horak/Fazekas*, Das fetale Tabak-syndrom, Wiener klinische Wochenschrift, 2012, 129, 139 mwN).

(4) Berücksichtigung der Wertungen der §§ 218ff. StGB

Dass die Rechtstellung einer werdenden Mutter die Kindesinteressen überwiegen kann, wird gerade vor dem Hintergrund der §§ 218ff. StGB deutlich (vgl. BVerfGE 88, 203, 250 u. 256f. einschränkend gegenüber der von den Antragstellern betonten Entscheidung BVerfGE 39, 1 – ungeachtet dessen ging es da aber um den Lebensschutz (!) des Nasciturus). Die Wertungen, die diesen Normen zugrunde liegen, müssen schon wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung auch im Zivilrecht gelten (vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, § 57, Rn. 113 mwN; *Stoll*, in: FS Nipperdey, Band I, 739, 758). Zunächst sehen die §§ 218ff. StGB einen im Vergleich zu §§ 211, 212, 223 StGB sehr geringen Strafraum vor – erst recht bei „Tatausführung“ durch die Schwangere. Dies lässt zumindest mittelbar gewisse Rückschlüsse auf einen wegen der biologischen Abhängigkeit

des Nasciturus von der Mutter und der noch nicht vollständig entwickelten Rechtssubjektivität des ungeborenen Kindes relativierten Schutz zu. Darüber hinaus gewinnt hier ein anderer Gesichtspunkt besondere Bedeutung: Während in den ersten zwölf Wochen (seit Empfängnis) eine (vorsätzliche) Abtreibung, jedenfalls aus dem Gesichtspunkt einer strafrechtlichen Sanktionierung, schon lediglich unter dem Vorbehalt einer ärztlichen Beratung steht, ist eine fahrlässige Begehung sogar stets straflos. Dies gilt dann erst recht für die „bloße“ Gesundheitsschädigung bzw. Misshandlung fahrlässiger [und im Übrigen auch vorsätzlicher(!)] Art (*Schneider*, in: MüKo, StGB, 2012, vor §§ 211ff, Rn. 13 mwN; *Eschelbach*, in: Beck'scher Online Kommentar StGB, Stand: 08.03.2013, § 223, Rn. 12, *Sigel*, Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die Leibesfrucht über §§ 218 ff. StGB hinaus, 1987, 23ff.). Wer könnte (und wer wollte und dürfte!) nunmehr das Sorgfaltsmaß so bestimmen, dass der Schwangeren zwar Handlungen mit fortwirkender Schädigung untersagt wären, Handlungen mit Abtötungseffekt aber nicht (vgl. *Kaufmann*, JZ 1971, 569, 571)? Oder um es mit *Raschen* zu formulieren: „Wenn es schon eine Zumutbarkeitsgrenze für die Aufopferung eigener Lebenswerte im Verhältnis zwischen Menschenwürde und Selbstbestimmungsrecht der Frau und Recht auf Leben des Nasciturus gibt, dann muss dies erst recht der Fall sein, wenn das Leben des Ungeborenen nicht generell in Frage steht, sondern es um allgemeine Gesundheitsgefahren geht.“ (*Raschen*, aaO, 55).

Besonderen Bedenken begegnet schließlich der von den Antragstellern vorgetragene Aspekt, dass die Antragsgegnerin mit ihrer vermeintlich freien Entscheidung die Schwangerschaft „anzunehmen“ auch „automatisch“ ihr Einverständnis mit den damit verbundenen Einschränkungen erklärt habe. Selbst wenn es sich wie vorliegend nicht um ein „Wunschkind“ handelt, stellt eine Entscheidung für eine Abtreibung allein wegen der damit verbundenen immensen psychischen Belastungen einen drastischen Schritt dar. Nicht zuletzt suggerieren die Antragsteller mit ihrer These, was zumindest bedenklich erscheint, auch, dass ein Abbruch der Schwangerschaft uU weniger schwer wiegen könnte, als eine (potenzielle) Gesundheitsschädigung.

(5) Einbeziehung familienrechtlicher Wertungen

Ein hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs abweichendes Ergebnis lässt sich auch nicht aus familienrechtlichen Wertungen herleiten. Ein Recht auf „bestmögliche“ Eltern gibt es nicht. Ungeachtet dessen ob dies überhaupt einer Definition zugänglich ist, wäre ein solches Recht auch gar nicht umzusetzen. Die Art. 6 GG, §§ 1664, 1666 BGB gehen geradezu von der Prämisse aus, dass selbst „unvollkommene“ Eltern der Staatsintervention – auch in Form einer nachträglichen zivilrechtlichen Sanktionierung – vorzuziehen sind (vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 57, Rn. 106 mwN; zum Rauchen innerhalb der Familiengemeinschaft: BayObIGZ 93, 203, 205f.). Die biologische Situation der Schwangerschaft („Lebenseinheit“) bedingt eine besondere Schicksalsgemeinschaft, die sogar noch weiter

geht als die des geborenen Kindes, sodass generell ein entsprechend höheres (natürliches) Lebensrisiko des Nasciturus hinzunehmen ist, wobei (eine vorsätzliche Schädigung mit aus ex ante Sicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgenommen) das ungeborene Kind die von der Mutter getroffenen Entscheidungen gegen sich gelten lassen muss (vgl. *Stoll*, aaO, 759; *Raschen*, aaO, 53 u. 170 u. 186).

(6) Allgemeine Erwägungen: Durchsetzbarkeit, Uferlosigkeit einer Haftung und Art. 1 I GG

Auch unter Zugrundlegung allgemeiner Erwägungen wird deutlich, warum vorliegend den Interessen der Antragsgegnerin der Vorzug zu geben ist:

Zunächst wäre das Zivilrecht überfordert wenn von ihm erwartet würde, auf Schwangere einen Zwang zu einer die Leibesfrucht schonenden Lebensweise auszuüben (*Stoll*, aaO, 758f; allgemeine Bedenken äußernd auch BGHZ 8, 243, 249; dem folgend *Hager*, in: *Staudinger*, 1999, § 823, Rn. B49). Die Durchsetzung setzte eine permanente Kontrolle bzw. Überwachung der gesamten Lebenshaltung der Schwangeren voraus. Dies käme uU einer Haftsituation gleich, die weder wünschenswert, noch aufgrund des damit verbundenen Verlustes der Selbstbestimmung (= reine Gebärmutterfunktion der Schwangeren) im Lichte des Art. 1 I GG möglich wäre. Fügt man der mangelnden Durchsetzbarkeit eine vor dem Hintergrund der Sozialadäquanz des Rauchens schwerliche Anerkennung eine solchen (von Rechts wegen einzuhaltenden) Sorgfaltsmaßstabes hinzu, schwächte dies die Rechtsordnung insgesamt, falls der Staat gleichwohl einen derartigen Maßstab anlegte.

Der Respekt vor den elementaren Freiheiten der Schwangeren war es gerade, der den Gesetzgeber von einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit am ungeborenen Kind abhielt (*Tepperwien*, *Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung*, 1973, 119; dazu auch *Sigel*, aaO, 83ff.). Würde die Schwangere von Sorgfaltsanforderungen hinsichtlich des Nasciturus umstellt (zB neunmonatiger verpflichtender Verhaltensplan) – was lediglich die praktische Konsequenz (Stichwort: Signalwirkung) der Bejahung einer Sorgfaltspflichtverletzung im vorliegenden Fall wäre (sehr anschaulich dazu: *Mathieu*, aaO, 88f.) – führte dies zu unübersehbaren nicht hinnehmbaren Folgen, insbesondere auch zu einer Uferlosigkeit potenzieller Haftung. In diesem Sinne war schon, wenn auch etwas überspitzt, von einem über der Schwangeren (aus Angst vor Sanktionierung einer etwaigen Verhaltenspflichtverletzung) tagtäglich schwebenden Damoklesschwert die Rede, das in Form der darin liegenden Nervenbelastung dem Nasciturus vermutlich mehr Schaden als Nutzen bringen würde (*Roxin*, JA 1981, 548; dem folgend auch *Teihlig*, *Die Strafbarkeit pränataler Einwirkungen auf die menschliche Leibesfrucht unter besonderer Berücksichtigung der Möglichkeiten der pränatalen medizinischen Diagnostik*, 1995, 148). Letztlich führte also auch nicht erst eine Bestrafung der Mutter zur Störung der Mutter-Kind Beziehung, sondern bereits die

Verhaltensverunsicherung durch den erzwungenen Verzicht an Lebensqualität aus Furcht vor Sanktionierung. Erschwerend kommt hinzu, dass – wie auch die Antragsteller einräumen – der anzulegende Sorgfaltsmaßstab äußerst unbestimmt und damit für die Schwangere kaum überblickbar erscheint. Ist ihr die Ausübung bestimmter Sportarten, das Autofahren (mit angelegtem Sicherheitsgurt), Reisen in Länder mit unzureichendem Gesundheitswesen, das Praktizieren von Geschlechtsverkehr oder das Konsumieren von Alkohol gestattet und wenn ja, in welchem Umfang? Dabei ließe sich diese Aufzählung beliebig erweitern. Schon angesichts der Rechtsunsicherheit bliebe der Schwangeren nichts anderes übrig als sich übervorsichtig zu verhalten, was wiederum zu ihrer Isolation führen könnte, da auch ihr Umfeld ständig unsicher agierte – zumal gerade die Leibesfrucht stark auf negative Einflüsse reagiert (vgl. *Sigel*, aaO, 86f; *Teihlig*, aaO, 149 mwN).

Konsequent „zu Ende gedacht“, wäre für die Schwangere angesichts ihrer Belastungen kein normales Zusammenleben mehr gewährleistet. Insoweit ist auch schnell die Grenze der Art. 1 I, 19 II GG erreicht, an dem jede Abwägung ihre Grenze findet.

Die Auswirkungen eines zu strengen Sorgfaltsmaßstabes wären aber wohl sogar noch weitreichender: Zahlreichen Schwangeren könnte ein [auch strafrechtlich nicht sanktionierbarer, siehe dazu: bb (4)] Schwangerschaftsabbruch „attraktiver“ (!) erscheinen, als eine Schwangerschaft unter weitreichender Aufgabe eines selbstbestimmten Lebens. Nicht fernliegend erscheint auch die Erwägung, dass sich noch mehr Frauen von vornherein gegen eine Schwangerschaft entscheiden (*Roxin*, JA 1981, 548; *Sigel*, aaO, 89). Es bedarf insoweit keiner näheren Erläuterungen hinsichtlich der Untragbarkeit dieser Konsequenzen – nicht nur aus familienpolitischer Sicht.

Selbst wenn man – entgegen unserem Vortrag – trotz der aufgezeigten Konsequenzen für einen strengeren Maßstab plädierte, wird man nicht umhinkommen vor einer Bejahung einer Pflichtverletzung zunächst die Entscheidung des insoweit berufenen Gesetzgebers abzuwarten. Anderenfalls billigte man – was nicht hinnehmbar wäre – eine quasi über die „Hintertür“ kraft richterlicher Entscheidung eingeführte rechtliche Pflicht.

(7) Ergebnis

Die Abwägung muss daher zugunsten der Schwangeren und damit der Antragsgegnerin ausfallen. Ihre berechtigten Belange überwiegen die des ungeborenen Kindes. Mögliche Schädigungen des Ungeborenen müssen somit hingenommen werden. Verfassungsrechtlich unbedenklich wären in dieser Konstellation „lediglich“ präventive Angebote (Aufklärung), die, auch wenn sie das Problem nicht vollends lösen mögen, als durchaus vielversprechende Maßnahmen anzusehen sind (vgl. *Raschen*, aaO, 190f; *Mathieu*, aaO, 153ff; *Horak/Fazekas u.a.*, Das fetale Tabaksyndrom, Wiener klinische Wochenschrift, 2012, 129, 139f.).

Der Antragsgegnerin fällt daher mit der h.M. keine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last (so im Ergebnis auch: *Hager*, in: Staudinger, 1999, § 823, Rn. B49; *ders*, in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2012, Kap. T, Rn. 217f; *Raschen*, Zivilrechtliche Verhaltens- oder Schutzpflichten der Eltern für Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes?, insbes. 148ff; *Steffen*, in: BGB-RGRK, 1999, § 823, Rn. 13; *Stieglitz*, Die wrongful birth und wrongful life Problematik im deutschen Deliktsrecht, 177f; *Stoll*, in: FS Nipperdey, Band I, 739, 758f; vgl. auch *Coester*, in: Staudinger, 2009, § 1666, Rn. 24; *Spickhoff*, in: Soergel, BGB, 2005, § 823 Anh I, Rn. 199; *Wagner*, in: MüKo, BGB, 2009, § 823, Rn. 94). Ein Anspruch aus § 1664 BGB ist also auch aus diesem Grund unbegründet.

dd) Kausalität

Hilfsweise machen wir geltend, dass der Zigarettenkonsum weder für die Asthmaerkrankung, noch für den verminderten Intelligenzquotienten der Antragstellerin zu 1. kausal ist.

Anders als die Antragsteller geltend machen, ist Ausgangspunkt der Betrachtung die Äquivalenztheorie und nicht die Adäquanztheorie (*Oetker*, in: MüKo, BGB, 2012, Rn. 109; *Musielak*, JA 2013, 241). Für einen Erfolg, der im konkreten Einzelfall nicht äquivalent kausal ist, haftet der Schädiger nicht (vgl. BGHZ 25, 86, 88; *Musielak*, JA 2013, 241, 243). Insofern ist die Äquivalenz eine Mindestvoraussetzung für den Ursachenzusammenhang bei der Haftungsbegründung (*Schubert*, in: Beck'scher Online Kommentar, BGB, Stand: 01.03.2011, § 249, Rn. 50). Vorliegend entfällt durch das Wegdenken des Handelns der Antragsgegnerin der Erfolg in Gestalt der Gesundheitsschädigung der Antragstellerin zu 1. gerade nicht (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit). Die Ursächlichkeit ist damit durch die allein beweispflichtigen Antragsteller nicht positiv nachgewiesen. Es besteht, wie auch die untersuchenden Ärzte übereinstimmend angeben, eine Wahrscheinlichkeit von zumindest 10%, dass die Schädigungen ausschließlich auf andere Faktoren zurückgehen.

Die Argumentation der Antragsteller, dass es auf eine 100%ige Wahrscheinlichkeit wegen angeblich natürlicher Gegebenheiten nicht ankommen könne, überzeugt nicht. Die Tatsache, dass ein solcher Nachweis nahezu nie gelingen würde – was hier bereits bezweifelt wird – kann nicht dazu verleiten, sich von unsere Rechtsordnung prägenden Kausalitäts- und Zurechnungserfordernis (vgl. *Musielak*, JA 2013, 241) weitgehend zu trennen. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt es für die Bejahung der Kausalität jedenfalls nicht, vorrangig Erwägungen genereller Kausalität, die nicht nur die Antragsteller in erster Linie vortragen sondern auch die Grundlage für das Urteil der untersuchenden Ärzte bilden, losgelöst vom konkreten Einzelfall zu berücksichtigen. So hat zB das OLG Hamm darauf hingewiesen, dass die Vorlage von Statistiken mit Wahrscheinlichkeitsberechnungen über einen Kausalzusammenhang zwar Indizwirkung haben kann, aber für einen Nachweis der

Kausalität nicht ausreicht (OLG Hamm, Beschluss v. 22.03.2001, Az.: 6 W 26/00; dem zustimmend *Molitoris*, NJW 2004, 3662, 3667). Dies muss erst recht dann gelten, wenn wie hier andere plausible Geschehensabläufe dargelegt werden:

In Betracht kommen insoweit zunächst Faktoren genetischer Art: Der intensive Tabakkonsum der Mutter der Antragsgegnerin (Großmutter der Antragstellerin zu 1.) könnte zu einer später vererbten Veränderung des Erbgutes der Mutter geführt haben, was wiederum das Asthma bronchiale der Antragstellerin zu I hätte bedingen können (vgl. *Rehan/Liu u.a.*, Perinatal nicotine exposure induces asthma in second generation offspring, in: *BMC medicine*, Band 10, 2012, 129). Ungeachtet dessen litten verwandte Vorfahren jedenfalls der Antragsgegnerin an Asthma bronchiale, was wiederum die Ursache der Erkrankung der Antragstellerin zu 1. bilden könnte. Hinsichtlich des leicht verminderten Intelligenzquotienten gilt insoweit, dass jedenfalls auch die Intelligenz der Antragsgegnerin unterdurchschnittlich ausfällt und ein nicht unerheblicher Einfluss dessen auf die Intelligenz des Nachwuchses heute anerkannt ist (dazu: *Maltby/Day/Macaskill*, *Differentielle Psychologie, Persönlichkeit und Intelligenz*, 2010, 598ff. mwN).

Außerhalb genetischer Faktoren kann die Ursache des Asthma bronchiale in einer (ggf. unentdeckbaren) Virusinfektion der Atemwege zwischen Geburt und Diagnose der Asthmaerkrankung oder einer (äußerlich komplikationslosen) medikamentösen Behandlung des Kindes, also der Antragstellerin zu 1., liegen (dazu: *Steiß/Lindemann*, *Asthma bronchiale bei Kindern*, in: *Volkskrankheit Asthma/COPD: Bestandsaufnahme und Perspektiven*, 79f.). In Bezug auf die zurückbleibende geistige Entwicklung der Antragstellerin zu 1. kommen unzählige sozioökonomische Faktoren in Betracht – nicht zuletzt auch die Erziehung und die soziale Schicht, in der das Kleinstkind in Gegenwart der Antragsgegnerin aufwuchs.

In Anbetracht dieser Erwägungen ist die Kausalität zu verneinen, sodass auch aus diesem Grund kein Anspruch aus § 1664 BGB besteht.

ee) Verschulden

Hilfsweise machen wir geltend, dass der Antragsgegnerin kein Verschulden zur Last fällt.

Es erscheint nämlich möglich, dass sich der Tabakkonsum auch schon während der ersten sechs bis sieben Wochen iSd eingetretenen Beeinträchtigungen schädigend ausgewirkt hat – zumal es bis heute, wie bereits dargelegt wurde, weitgehend ungeklärt ist wann sich Tabakkonsum vor oder während der Schwangerschaft in welcher Form auswirkt und die Entwicklung von Lunge und Gehirn bereits im ersten Schwangerschaftsmonat maßgeblich beginnt (<http://www.embryology.ch/allemand/rrespiratory/phasen01.html>; <http://www.embryology.ch/allemand/vcns/vesicule01.html>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013). Bis

kurz vor ihrem Termin beim Frauenarzt gegen Ende August, also mindestens sechs Wochen nach ihrer Empfängnis, hatte die Antragsgegnerin keine Kenntnis von ihrer Schwangerschaft. Wollte man ihr auch für diesen Zeitraum eine entsprechende (subjektive) Sorgfaltspflicht (wegen ihrer Schwangerschaft!), gegen die sie hätte verstoßen können, auferlegen, verlangte man das Unmögliche (vgl. *Mathieu*, aaO, 70f.). Ein Verschulden scheidet dann von vornherein aus.

Selbst wenn man dem nicht folgt, entfällt der Schuldvorwurf gegenüber der Antragsgegnerin jedenfalls wegen der Haftungsprivilegierung des § 1664 I BGB.

Bedenken gegen die Anwendbarkeit dieser Norm greifen im Ergebnis nicht durch. Dem Vortrag der Antragsteller folgend, ergibt sich dies ohne weiteres: Diese wenden § 1664 I BGB insoweit direkt, jedenfalls aber analog an. Aber selbst wenn man, wie hier, davon ausgeht, dass die elterliche Sorge erst mit der Geburt beginnt, ist aufgrund des Normzwecks des § 1664 BGB – und insoweit besteht weitgehend Einigkeit – zumindest dessen Haftungsprivilegierung heranzuziehen (vgl. zB *Hager*, in: Staudinger, 1999, § 823, Rn. B49; *Spickhoff*, in: Soergel, BGB, 2005, § 823 Anh I, Rn. 199; *Schiemann*, in: Erman, BGB, 2011, § 823, Rn. 22). Hinter der Norm stehen nämlich die gerade auch für das Verhältnis zwischen den (werdenden) Eltern, also insbesondere der Schwangeren, und dem Nasciturus geltenden Erwägungen, dass es sich bei der Familie um eine Haftungs- bzw. Schicksalsgemeinschaft handelt und dass das innerfamiliäre Leben möglichst wenig gestört werden soll [siehe auch oben: cc (5)].

Das Verhalten der Antragsgegnerin bewegt sich im Rahmen ihrer eigenüblichen Sorgfalt. So stellt auch die Antragsgegnerin – wenn auch, im Gegensatz zum Vortrag der Antragstellerin zu 1., keineswegs aus egoistischen, freiverantwortlichen oder vernünftigen Motiven – ihre Sucht in Gestalt des Nikotinkonsums über ihre Gesundheit was die Langzeitfolgen angeht. Im Übrigen führte ihre Überforderung dem Ungeborenen gegenüber – wenn auch wiederum nicht aus schlicht selbstbestimmten Beweggründen – eher zu einem oberflächlichen Umgang mit sich und selbigem. Dementsprechend wurde dem Antragsteller zu 2. auch 2012 das Sorgerecht für die Antragstellerin zu 1. zugesprochen.

Auch ging das Verhalten der Antragsgegnerin insoweit weder mit Vorsatz noch mit grober Fahrlässigkeit einher, sodass sie gem. §§ 1664, 277 BGB von ihrer Haftung befreit ist.

Insofern schlägt zunächst der Versuch der Antragsteller, der Antragsgegnerin eine gegenüber dem ungeborenen Kind gleichgültige Haltung und damit ein bedingt vorsätzliches Handeln zu unterstellen, schon deshalb fehl, da die Antragsgegnerin offensichtlich darauf vertraut hat, dass alles gut gehen werde. Dafür hatte sie auch einen triftigen Grund: Auch ihre Mutter hatte während der Schwangerschaft geraucht, ohne dass es ihr geschadet hatte.

Selbst wenn man hinsichtlich der Fahrlässigkeit einen objektiv groben Sorgfaltsverstoß unterstellt, trifft sie jedenfalls in subjektiver Hinsicht kein die grobe Fahrlässigkeit voraussetzendes gesteigertes (schweres) Verschulden.

Zwar äußerte ihr Frauenarzt Bedenken gegenüber dem Verhalten der Antragsgegnerin während ihrer Schwangerschaft, gleichwohl ist dies – wenn man aufgrund dessen von bewusster Fahrlässigkeit ausginge – kein Ausschlusskriterium für leichte oder mittlere Fahrlässigkeit (*Grundmann*, in: MüKo, BGB, 2012, § 276, Rn. 95). Ungeachtet dessen ließ es ihr begrenzter Erfahrungs- und Wissenshorizont ohnehin nicht hinreichend zu, das tatsächliche Risiko für das ungeborene Kind zu kalkulieren – zumal die Umstände der Schwangerschaft ihrer Mutter ihr dies nahelegten.

Zugunsten der Antragstellerin ist auch ihre besondere seelische Lage zu berücksichtigen (vgl. *Grundmann*, in: MüKo, BGB, 2012, § 276, Rn. 106). Auf der einen Seite stand ihre – in ihren Augen – unbeherrschbare Sucht und auf der anderen Seite ihre Schwangerschaft – einer Aufgabe der sie ohne einen sie unterstützenden Kindsvater nicht gewachsen war – und ihr Wunsch dem Kind nicht zu schaden. All diese Erwägungen legen eine nicht unerheblich geminderte Einsichtsfähigkeit nahe und lassen eine Qualifikation ihres Handelns allenfalls als Fahrlässigkeit mittleren Grades zu. Ihrer Haftungsprivilegierung steht somit auch nicht § 277 BGB im Wege.

Ein Vertretenmüssen der Antragsgegnerin und mithin eine Haftung gem. § 1664 BGB scheiden damit wiederum aus.

ff) Schaden

Hilfsweise besteht der Schaden nicht in der von der von der Antragstellerin zu I vorgetragenen Höhe.

Es wird mangels entsprechenden Nachweises zunächst die Höhe der Kosten für die Medikamente Bronchoretard junior und Bambec bestritten.

Die Höhe des Schmerzensgeldes – insbesondere in Gestalt der Geldrente in Höhe von 400 €– ist zunächst überzogen. Die Antragstellerin lässt nämlich zahlreiche Erwägungen unberücksichtigt, die zu einer deutlich niedrigeren Bemessung führen müssen.

Zwar kann chronisches Asthma bronchiale mit andauernden Unannehmlichkeiten verbunden sein, diese wiegen vorliegend allerdings nicht so schwer, wie die Antragsteller es darlegen. Dass es sich um chronisches Asthma handelt, lässt zunächst keinerlei Rückschlüsse auf die Schwere zu. Die Antragstellerin zu 1. leidet allenfalls an ärztlich gut behandelbarem Asthma mittleren Grades, wie auch die Dosierungen der von ihr nach dem Vortrag der Antragsteller einzunehmenden Medikamente nahelegen. So liegt im Fall von Bambec eine

Standarddosierung (<http://www.patienteninfo-service.de/a-z-liste/b/bambecR-tabletten/>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013), bei Bronchoretard junior hingegen eine leicht unter der üblichen Dosis liegende Dosierung vor ([http://www.astellas.de/tools/load_shared.php?src=/finfo/gi69&ct=pdf&fdl=1&name=GI_Bronchoretard\(R\)_100_Junior.pdf](http://www.astellas.de/tools/load_shared.php?src=/finfo/gi69&ct=pdf&fdl=1&name=GI_Bronchoretard(R)_100_Junior.pdf), zuletzt aufgerufen am 20.06.2013). Dieses Krankheitsbild mit eher seltenen und/oder leichten Anfällen und ohne dauernde Einschränkung der Atemfunktion, entspricht – entgegen dem Vortrag der Antragstellerin zu 1. – keinesfalls einem Grad der Schwerbehinderung von über 80%. Auch werden dadurch die Kindesentwicklung und die Lebensführung nur geringfügig beschwert. Im Übrigen ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Asthma bei Kindern sehr häufig auftritt und bei über 50 % dieser die Asthma-Anzeichen mit der Pubertät wieder abklingen (<http://www.lungenaerzte-im-netz.de/lin/linkkrankheit/show.php3?p=13&id=67&nodeid=22>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013), sodass auch die Antragstellerin zu 1. noch eine Aussicht auf ein insoweit völlig beschwerdefreies Leben hat.

Hinsichtlich des verminderten Intelligenzquotienten ist zu berücksichtigen, dass – entgegen dem Vortrag der Antragstellerin zu 1. – dieser mit 75 Punkten nur leicht unter dem Normalwert, der ab 85 Punkten beginnt, liegt. Dieser Wert wird dem sog. unterdurchschnittlichen Grenzbereich der geistigen Entwicklung zugerechnet. Von einer Beeinträchtigung der geistigen Entwicklung oder einer Intelligenzminderung kann hingegen erst bei einem Quotienten von weniger als 70 die Rede sein (vgl. *Specht*, in: Machleidt, Psychiatrie, Psychosomatik und Psychotherapie, 51f; ICD-10-WHO, Kap. V, F 70). Auch die von der Antragstellerin zu 1. hinsichtlich der Asthmaerkrankung aufgegriffene Versorgungsmedizin-Verordnung erkennt einen konkret bezifferbaren Grad der Schwerbehinderung erst unter einem IQ von 70 Punkten an (vgl. Teil B, Ziffer 3.4.2 der Anlage zu § 2 zur VersMedV). Hinzu kommt, dass ein IQ-Test im Alter von 2 Jahren nur eine geringe Aussagekraft hat und erst Nachuntersuchungen endgültige Schlüsse zulassen (vgl. http://www.hochbegabung-hochbegabte.de/intelligenztest_fuer_kinder.htm, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013; Teil B, Ziffer 3.4.1 der Anlage zu § 2 zur VersMedV). Vorliegend hat dies zur Folge, dass womöglich zu einem späteren Zeitpunkt ein höherer, dem durchschnittlichen Bereich geistiger Entwicklung zuzuordnender IQ bei der Antragstellerin zu 1. diagnostiziert würde. Im Übrigen kann durch den leicht verminderten IQ nicht auf eine erheblich erschwerte soziale Teilhabe am täglichen Leben geschlossen werden: So lebt die Antragstellerin zu 1. im Haushalt ihres Vaters und kann ohne weiteres Kontakte zu anderen knüpfen. Ein gegenteiliger Nachweis wurde gerade nicht erbracht. Auch die bereits in Bezug genommene internationale Klassifikation der Krankheiten der Weltgesundheitsorganisation (ICD-10-WHO) geht davon aus, dass selbst bei einem IQ von unter 69 Punkten die Erwachsenen zumeist arbeiten, gute soziale Beziehungen unterhalten und ihren Beitrag zur Gesellschaft leisten können (Kap. V, F 70). In der von der Antragstellerin zu 1. in Bezug genommenen Entscheidung des OLG Düsseldorf wurde dem Verletzten in

erster Linie aufgrund des ihm im Vergleich zur vorliegenden Konstellation ungleich schwerer wiegenden Ausmaßes der geistigen Beeinträchtigung eine Geldrente von 200 € zugebilligt (vgl. OLG Düsseldorf, VersR 2003, 1407 – der geistige Zustand des 11-Jährigen entsprach lediglich dem eines 6-Jährigen, dauerhafte lebenslange Betreuung etc.).

Für die Bemessung der Gesamtentschädigungssumme sind daneben noch weitere Faktoren zu berücksichtigen:

Zunächst ist der Umstand, dass – wie bereits dargelegt – das ungeborene Kind als Verletzter besonders schadensanfällig ist, zugunsten der Antragsgegnerin aus Billigkeitsgesichtspunkten in die Abwägung einzustellen. Gleiches gilt – eine schuldhafte Pflichtverletzung unterstellt – wegen des geringen Ausmaß ihres Verschuldens in Gestalt allenfalls mittlerer Fahrlässigkeit (vgl. *Spindler*, in: Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.05.2013, § 253, Rn. 45 mwN). Außerdem ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Antragsgegnerin weder über nennenswerte finanzielle Rücklagen noch über eine entsprechende (Haftpflicht-)Versicherung verfügt (vgl. dazu BGH NJW 1993, 1531, 1532; BGHZ 18, 149, 165f.). Die Geltendmachung einer Geldrente in der von der Antragstellerin zu 1. verlangten Höhe zuzüglich der von den Antragstellern eingestellten Unterhaltspflicht übersteigt – ausgehend von dem dort dargelegten Selbstbehalt von 1.100 € – bereits ihre (unterhaltliche) Leistungsfähigkeit. Insbesondere innerhalb der Familiengesellschaft kann sich – noch dazu bei geringem Verschulden – die Pflicht ergeben, Ersatzansprüche – v.a. wegen Schmerzensgeld – nicht geltend zu machen, wenn es dadurch zu einer übermäßigen Belastung dieser kommen würde (vgl. zB BGHZ 61, 101, 108). Jedenfalls muss im Rahmen familiärer Beziehungen die Genugtuungsfunktion zur Bemessung ausscheiden.

Im Ergebnis ist daher insbesondere die Höhe der Geldrente deutlich zu reduzieren. Diese steht auf das durchschnittliche Lebensalter der Antragsgegnerin von 79 Jahren (und ihrem derzeitigen Alter von 30 Jahren) gerechnet (https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Sterbefaelle/Tabellen/Lebenserwartung.pdf?__blob=publicationFile, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013) und damit mit einer Summe von 235.200 € in keinem Verhältnis zu einem geforderten Kapitalbetrag in Höhe von 15.000 € Jedenfalls aber erscheint die Summe von 250.200 € als Gesamtentschädigung unter Berücksichtigung der obigen Darstellung, insbesondere unter Zugrundelegung von Ausmaß und Schwere der Beeinträchtigungen und im Vergleich zu den von der Rechtsprechung im Übrigen in jüngerer Zeit selbst bei schwersten Schädigungen zugesprochenen Schmerzensgeldern, unangemessen hoch (zB OLG Naumburg Urteil v. 10.12.2010, Az.: 1 W 57/10, Summe rund 300.000 €, Diagnose: schwerste Gehirnschädigung, geistiges Niveau des 11-Jährigen auf dem Niveau eines Zweijährigen, sitzt im Rollstuhl und trägt Korsett, weder stehen noch gehen möglich etc.; OLG Hamm Urteil v. 23.11.2009, Az.: 3 U 41/09, Summe rund 100.000 € Diagnose: Hirninfarkt, Halbseitenlähmung, Sprachstörungen etc.).

b) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 823 I BGB

Der Antragstellerin zu 1. steht auch kein Anspruch aus § 823 I BGB zu.

Zweifelhaft erscheint zum einen wegen der Lebenseinheit von Schwangerer und Ungeborenem und zum anderen wegen der fehlenden Rechtsfähigkeit des Nasciturus schon die Rechtsgutsverletzung. Entsprechend dem oben Ausgeführten fällt der Antragsgegnerin aber zumindest keine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last, sodass die Antragsgegnerin hinsichtlich der Verletzung der Gesundheit der Antragstellerin zu 1. kein Verschulden trifft. Jedenfalls aber schließt die zugunsten der Antragsgegnerin ausfallende Abwägung im Rahmen der etwaigen Pflichtwidrigkeit ihres Handelns die Rechtswidrigkeit aus. Hilfsweise liegt, wie ebenfalls bereits ausgeführt, auch keine haftungsbegründende Kausalität vor.

§ 1664 I BGB findet jedenfalls auch hier Anwendung, da es sich dabei entsprechend seinem Wortlaut und seiner Systematik um eine allgemeine Haftungsbeschränkung handelt, die auch im Deliktsrecht gilt (*Huber*, in: MüKo, BGB, 2012, § 1664, Rn. 9 mwN) – dies gilt erst recht, wenn wie vorliegend durch die Antragsteller eine parallel zueinander laufende Haftung sowohl durch § 1664 BGB als vermeintliche Anspruchsgrundlage und durch § 823 I BGB begründet werden soll, sodass ein innerer Zusammenhang des vermeintlich deliktischen Verhaltens mit der (angeblichen) elterlichen Sorge schon nach dem Vortrag der Antragsteller offenkundig gegeben ist und die Anwendbarkeit des § 1664 I BGB insoweit auch nicht in Frage gestellt wird. Selbst wenn man, wie hier, wiederum davon ausgeht, dass mangels elterlicher Sorge die Norm weder direkt noch entsprechend anwendbar ist, so greifen nach hM doch abermals ihr (konsequenterweise auch im Deliktsrecht anzuwendender) Rechtsgedanke und damit ihre Haftungsprivilegierung zugunsten der Antragsgegnerin (siehe auch oben: ee) mwN). Folglich ist die Antragsgegnerin von ihrem Schuldvorwurf allenfalls mittlerer Fahrlässigkeit auch hier befreit. Bezüglich des Schadens und dessen Höhe gilt das oben Dargelegte.

c) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 843 BGB

Die Antragstellerin zu 1. hat auch keinen Anspruch aus § 843 BGB. Zunächst bildet die Norm – offenbar entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin zu 1. – gar keine eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern ergänzt vielmehr die Grundsätze der §§ 249ff. BGB. Dies ergibt sich schon daraus, dass sie keine Tatbestandsmerkmale hinsichtlich des Schädigers und demgemäß uU Ersatzpflichtigen enthält.

Im Übrigen gilt wiederum, dass insbesondere keine für die Gesundheitsverletzung der Antragstellerin zu 1. kausale, pflichtwidrige und rechtswidrige Handlung der Antragsgegnerin iSd § 823 I BGB vorliegt. Auch ein Verschulden fällt ihr jedenfalls wegen des anzuwendenden Rechtsgedankens des § 1664 I BGB nicht zur Last.

d) Anspruch der Antragstellerin zu 1. aus § 1601 BGB

Der Antragstellerin zu 1. steht kein wegen der Asthmaerkrankung angeblich erhöhter Unterhaltsanspruch aus § 1601 BGB zu.

Zunächst werden wiederum die Höhe der Kosten der Medikamente Bronchoretard junior und Bambec bestritten. Im Übrigen ist es Sache der Antragsteller, die Notwendigkeit der Einnahme dieser Medikamente darzulegen.

Unterstellt die Kosten werden in Zukunft anfallen, werden sie jedenfalls durch die gesetzliche Krankenversicherung aufgefangen, was wiederum insoweit die Bedürftigkeit ausschließt (vgl. *Engler/Kaiser*, in: Staudinger, 2000, § 1610, Rn. 124; OLG Düsseldorf FamRZ 2001, 444 L). Insofern verweisen wir die Antragstellerin zu 1. auf die Inanspruchnahme der (gesetzlichen) Krankenversicherung des Antragstellers zu 2. Nicht volljährige Kinder sind insoweit beitragsfrei familienversichert iSd § 10 SGB V (<http://www.familienwegweiser.de/wegweiser/stichwortverzeichnis,did=45404.html>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013) und profitieren zudem idR von der Zuzahlungsfreiheit für rezeptpflichtige Medikamente (<http://www.bmg.bund.de/krankenversicherung/arzneimittelversorgung/zuzahlung.html>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013), darunter auch die von der Antragstellerin zu 1. verwendeten (vgl. <http://www.medipolis.de/bronchoretard-100-junior-retardkapseln-100-st-08757547.html>; <http://www.medipolis.de/bambec-tabl.-100-st-00256774.html>, zuletzt aufgerufen am 20.06.2013).

Im Übrigen zahlt die Antragsgegnerin bereits Unterhalt gemäß der Leitlinien der Familiensenate in Süddeutschland (SüdL) iVm der Düsseldorfer Tabelle – wenn auch nicht in der von der Antragstellerin zu 1. behaupteten Höhe, da diese jedenfalls den erforderlichen (teilweisen) Abzug des Kindergeldes, das wegen des Obhutsprinzips der §§ 64 II 1 EStG, § 3 II 1 BKGG an den Antragsteller zu 2. ausgezahlt wird (vgl. *Reinken*, in: Beck'scher Online Kommentar, BGB, Stand: 01.05.2013, § 1612b, Rn. 12), versäumt hat. Dieser (geringeren) Unterhaltspflicht wird die Antragsgegnerin auch weiter nachkommen.

Mit den monatlichen Zahlungen entsprechend der Düsseldorfer Tabelle sind auch die (angeblichen) Kosten für die Medikamente abgegolten. Dies legen schon ihre Regelmäßigkeit und ihre nach dem Vortrag der Antragsteller dafür anfallenden lediglich geringen Unkosten nahe. Geradewegs enthält der Regelsatz auch die regelmäßig anfallenden Kosten – soweit sie wie hier das Übliche nicht derart übersteigen – für die Gesundheitsfürsorge. Soll – wie von der Antragstellerin zu 1. vorgetragen – eine angeblich erhöhte Betreuungs- und Pflegebedürftigkeit der Antragstellerin zu 1. durch den Antragsteller zu 2. die Alleintragung eines nach ihrem Vortrag möglichen Mehrbedarfs rechtfertigen (dazu unten), so kann

diese Erwägung jedenfalls nicht noch einmal herangezogen werden, um die angebliche Abweichung vom Regelbedarf zu begründen.

Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit geben wir – wie bereits oben angedeutet – lediglich zu bedenken, dass diese unter Zugrundelegung des von der Antragstellerin zu 1. vorgetragenen Selbstbehalts von 1100 € und unter möglicher Einbeziehung einer Geldrente von 400 € zugunsten der Antragstellerin zu 1. ihre Grenze erreicht.

Jedenfalls aber hat die Antragsgegnerin etwaige Medikamentenkosten nicht allein zu tragen. Geht man, wie die Antragstellerin zu 1. von einem Mehrbedarf aus, so greift die Bestimmung des § 1606 III 2 BGB gerade nicht ein. Es gilt vielmehr der Grundsatz des § 1606 III 1 BGB, wonach die Eltern für den Bedarf anteilig nach ihren Einkommensverhältnissen aufzukommen haben (vgl. BGH NJW 2009, 1816; *Erdrich*, in: Scholz/Kleffmann/Motzer, Praxishandbuch Familienrecht, 23. Ergänzungslieferung 2012, Teil I, Rn. 40). Ungeachtet dessen, ob man im Rahmen der anschließenden Abwägung überhaupt erhöhte Betreuungsleistungen berücksichtigen kann, sind hier solche gerade nicht ersichtlich. Als Begründung reicht es nicht aus, auf einen (gering) verringerten Intelligenzquotienten oder eine Asthmaerkrankung (allenfalls mittleren Grades) zu verweisen. Vorliegend kommt demnach eine finanzielle Beteiligung des Antragstellers zu 2. in Betracht. Es ist insofern an den Antragstellern zu belegen, dass der Antragsteller zu 2. nicht über ein im Vergleich zur Antragsgegnerin nicht unwesentlich erhöhtes Einkommen verfügt. Insoweit ist auch der begrenzten Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin – wie bereits dargelegt – Rechnung zu tragen.

Die Antragstellerin zu 1. hat daher keinen Anspruch auf Unterhaltszahlung wegen angeblichen Mehrbedarfs. Hilfsweise ist der Antragsteller zu 2. hieran zur Entlastung der Antragsgegnerin finanziell zu beteiligen.

2. Anträge des Antragstellers zu 2.

a) Anspruch des Antragstellers zu 2. aus familienrechtlichem Ausgleichsanspruch

Der Antragsteller zu 2. hat keinen familienrechtlichen Ausgleichsanspruch auf Erstattung der angeblichen Mehraufwendungen durch die Asthmaerkrankung der Antragstellerin zu 1.

Auch wenn man davon ausgeht, dass dieser Anspruch auch hinsichtlich der Geltendmachung von Barunterhalt für ein nicht in einer Ehe geborenes Kind bestehen kann, fehlt es wiederum an einem Nachweis hinsichtlich der Höhe der Kosten für die Medikamente. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, wieso der Antragsteller zu 2. diese Kosten getragen haben will und nicht die gesetzliche Krankenversicherung.

Des Weiteren ist die Antragsgegnerin weder für die Zukunft über den Regelsatz der Düsseldorfer Tabelle hinaus unterhaltspflichtig, noch war sie es in der Vergangenheit. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Allenfalls eine finanzielle Beteiligung der Antragsgegnerin nach Maßgabe des § 1606 III 1 BGB an etwaigen Medikamentenkosten, wie oben dargelegt, käme (auch für die Vergangenheit) in Betracht. Hinsichtlich der erbrachten – angeblich weitergehenden – Pflegeleistungen scheidet ein (Geld-)Ersatz, anders als der Antragsteller zu 2. suggeriert, von vornherein aus (vgl. BGH FamRZ 1994, 1102).

Der Anspruch scheidet aber – wie der Antragsteller offenbar auch erkannt hat – jedenfalls bis einschließlich Mai 2013 an den Voraussetzungen des § 1613 BGB (analog). Aus Gründen des Schutzes der Antragsgegnerin kann der Ausgleich nur von dem Zeitpunkt an gefordert werden, zu welcher der Verpflichtete mit der Erfüllung des Ausgleichsanspruchs in Verzug gekommen oder dieser Anspruch selbst rechtshängig geworden ist (BGH FamRZ 1989, 850; OLG Düsseldorf FamRZ 2001, 444 L). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Rechtshängigkeit trat frühestens mit Zustellung dieser Antragschrift nach §§ 113 I 2 FamFG, 261 ZPO im Juni 2013 ein. Eine irgendwie geartete Mahnung, die zur Inverzugsetzung unter genauer Angabe der angeblich geschuldeten Leistung erforderlich ist (*Reinken*, in: Beck'scher Online Kommentar, BGB, Stand: 01.05.2013, § 1613, Rn.5), ist nicht ersichtlich. Es liegt nicht einmal eine an die Antragsgegnerin gerichtete Aufforderung der Antragsteller vor. Im Übrigen kann ein bloßes Auskunftsverlangen zum Zwecke der Ermittlung des Kindesunterhalts (jedenfalls ohne konkrete Angabe eines bestimmten Unterhaltspostens) den Verzug nicht herbeiführen (dazu: *Reinken*, FamFR 2010, 25, 26) – ungeachtet dessen, dass nicht einmal ein solches allgemeines Verlangen erfolgt ist.

b) Anspruch des Antragstellers zu 2. aus §§ 1664, 823 I BGB aus übergegangenem Recht

Dem Antragsteller zu 2. steht auch kein (Regress-)Anspruch aus §§ 1664, 823 I BGB aus übergegangenem Recht zu.

Hier gilt das bereits oben Ausgeführte: Da auch die Antragstellerin zu 1. keinen Anspruch aus §§ 1664, 823 I BGB hat, gilt dies entsprechend für den kompensierten angeblichen Medikamentenschaden in Höhe von 406 €

3. Daher ist der Antrag vollumfänglich abzuweisen.