

Leibsein als deliktisches Schutzgut

Menschliche Physis und Dogmatik des § 823 Abs. 1 BGB

von Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg*

Inhaltsübersicht

A. Vom Leib zum Körper in der Rechtssprache	421
B. Leib und Körper in der Leibphilosophie	423
I. Leib und Körper als begriffliche Unterscheidung	424
II. Leibsein als Aufgabe, Ethos und Erwartung	425
C. Schutz des Leibseins durch § 823 Abs. 1 BGB	427
I. Bestandsaufnahme	428
1. Leibsein und ärztliche Heilbehandlung	430
2. Leibsein und entnommene Substanzen der menschlichen Physis ..	432
3. Zwischenstand	432
II. Dogmatik des deliktischen Schutzes des Leibseins	433
1. Leibsein innerhalb der deliktischen Rechtsgüter und Rechte ..	433
a) Körper, Gesundheit, Persönlichkeit	433
b) Bedeutung der Unterscheidung	435
c) Entwicklungen im Verständnis von Lebensgütern und Persönlichkeit	436
aa) Verfestigungsprozesse der Persönlichkeit	437
bb) Gesellschaftlichkeit der Lebensgüter	438
cc) Variabilität der Lebensgüter	442
dd) Unsichere Offenkundigkeit der Lebensgüter	443
ee) Zwischenstand	444
d) Leibsein als Lebensgut	444
2. Maßstabbildung	447
a) Untauglichkeit medizinischer und sozialer Bewertungen ..	448
b) Leibwille und Bezug zur menschlichen Physis	449
c) Weiterführungen	450
aa) Substanzen der menschlichen Physis	450
bb) Prothesen und Phantomglieder	451
cc) Diagnostische Informationen und Abbilder	451
dd) Andere Körperbilder	452
3. Jenseits des Leibseins	453
D. Resümee: Menschliche Physis im Deliktsrecht als Leib und Körper ..	455

* Frau stud. iur. Luise von Kügelgen hat mich bei der Sichtung der Literatur und der Gestaltung der Nachweise tatkräftig unterstützt. Frau wiss. Ass. Dr. Johanna Croon-Gestefeld bin ich für ihre kritischen Lektüren dankbar. Meinem Kollegen Christian Bumke danke ich für die leitende Begleitung bei der Verfestigung meiner Gedanken.

Der zentrale Ort, an dem das deutsche Recht über den deliktischen Schutz der menschlichen Physis entscheidet, ist § 823 Abs. 1 BGB. Die tatbestandlichen Schlüsselbegriffe sind „Körper“ und „Gesundheit“. Sie werden herkömmlich umrissen mit dem Schutz der äußeren Integrität und der innerlichen Funktionen.¹ Diese Formeln geben das heutige Verständnis des deliktischen Schutzes der menschlichen Physis indes nur unvollkommen wieder. Gerade die dogmatisch als besonders spannungsreich empfundenen Weichenstellungen der Rechtsprechung – die deliktsrechtliche Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung und der Umgang mit abgetrennten Bestandteilen – belegen, dass es dem geltenden Deliktsrecht nicht nur um die objektivierbare, äußerliche, medizinisch-naturwissenschaftlich nachweisliche Seite der menschlichen Physis geht. Hinter diesen schwierigen und umstrittenen Fällen schimmert vielmehr ein Verständnis von der menschlichen Physis durch, das in der Leibphilosophie mit Leibsein bezeichnet wird. Zwar ist die Alltagssprache genauso wie die Rechtssprache einen anderen Weg gegangen und hat den Leib weitgehend durch den Körper verdrängt (unten A.). Gleichwohl ist die mit der Leibphilosophie (unten B.) angebotene Differenzierung von Leib und Körper als unterscheidbare, aber komplementäre Facetten der menschlichen Physis für das Recht produktiv und dogmatisch weiterführend. Denn es fehlte ein Gesichtspunkt, mit dem das Gemeinsame dieser bislang getrennt gedachten Entwicklungen verdeutlicht werden kann. Dieser gemeinsame Bezugspunkt lässt sich als Leibsein begrifflich fassen, verorten und weiter ausformen (unten C.). Dem Recht ist mit der Benennung der Schutzgüter in § 823 Abs. 1 BGB also nur der Begriff, nicht aber die Semantik des Leibseins verloren gegangen (unten D.).

A. Vom Leib zum Körper in der Rechtssprache

Mit Leib und Körper kennt die deutsche Sprache zwei Begriffe für die menschliche Physis, die in der Alltagswahrnehmung inzwischen bedeutungs-gleich erscheinen.² Das war nicht immer so: Das althochdeutsche *lib* oder *lîp*

¹ Siehe nur MünchKommBGB/Wagner, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 173, 177; Staudinger/Hager (2017) § 823 Rn. B 5; Soergel/Spickhoff, 13. Aufl. 2005, § 823 Rn. 33, 38 sowie BGHZ 8, 243, 248 – Lues; BGH NJW 1980, 1452, 1453 (insoweit nicht in BGHZ 76, 259 abgedruckt) – Kind als Schaden; BGHZ 163, 209, 212 – HIV-Infektion.

² Siehe auch Böhme, Leibsein als Aufgabe, 2003, 11 f.; Waldenfels, Das leibliche Selbst, 2000, 14 ff.; Schmitz, Der Leib, 2011, 5. Darin unterscheidet sich die deutsche Sprache sowohl vom Englischen, das nur „body“ kennt, als auch vom Französischen, das nur den „corps“ kennt und daher auf andere Unterscheidungen zurückgreifen muss, etwa „corps comme être-pour-soi“ für Leib und „corps-pour-autrui“ für Kör-

beruht auf dem germanischen *leiba* und bedeutete zunächst sowohl Leib als auch Leben. Erst in mittelhochdeutscher Zeit wandelte sich die Bedeutung, und seither wird Leib zumeist nicht im Sinn von Leben, sondern eher als veraltetes Synonym für die menschliche Physis verstanden.³ Überhaupt zieht der heutige Sprachgebrauch den moderner anmutenden, dem lateinischen *corpus* näheren Körper sprachlich dem Leib ganz überwiegend vor. Im Zuge dieser Entwicklung haben sich zugleich die mitschwingenden Bedeutungen verändert: Stand Leib im Althochdeutschen semantisch auch für Leben, entwickelte sich Körper aus einem Begriff, der im Lateinischen sowohl den lebendigen menschlichen Körper als auch den Leichnam bezeichnete.⁴

Diesen Weg vom Leib zum Körper für die Bezeichnung der menschlichen Physis ist auch die Rechtssprache gegangen. Das Grundgesetz garantiert die „körperliche Unversehrtheit“ (Art. 2 Abs. 2 GG) und knüpft damit an den Sprachgebrauch des BGB an,⁵ das von Anbeginn den „Körper“ und nicht den „Leib“ zum Schutzgut erhoben hatte.⁶ Die deliktischen Ersatzpflichten beziehen sich seitdem auf eine Verletzung des Körpers und nicht auf eine Verletzung des Leibes (§§ 823 Abs. 1, 833 S. 1, 836 Abs. 1, 843 Abs. 1, 845 S. 1 BGB). Ob ein Kind aufsichtsbedürftig ist, hängt von seinem „körperlichen“ Zustand ab (§ 832 Abs. 1 S. 1 BGB), die elterliche Sorge ist auf die Wahrung des „körperlichen“ Wohls verpflichtet (vgl. § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB), und eine Betreuung kann eingerichtet werden, wenn ein Volljähriger aufgrund einer „körperlichen“ Behinderung nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten zu besorgen (§ 1896 Abs. 1 S. 1 BGB). Genauso hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Verjährung (§§ 197 Abs. 1, 199 Abs. 2 BGB), des AGB-Rechts (§ 309 Nr. 7 BGB) und der Kodifikation des Behandlungsvertrags (§§ 630d Abs. 1, 630h Abs. 5 BGB) entschieden.

per bei *Sartre* (*L'Être et le néant*, 1949, 368 ff., 404 ff.) oder „corps vivant“ für Leib „corps propre“ für Körper bei *Merleau-Ponty*.

³ Siehe nur die Einträge zu „Leib“ und „Körper“ in Kluge. *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, bearbeitet von Seebold, 25. Aufl. 2011.

⁴ Die Entwicklung von *lip* zu Körper ist also in doppelter Hinsicht aufschlussreich: erstens weil der zunächst bestehende Zusammenhang von Leib und Leben aufgegeben wurde, und zweitens weil mit dem Begriff Körper ein Begriff gewählt wurde, der im Lateinischen zugleich für Leichnam stand. Hierauf hat *Fuchs*, in: Hänel/Knaup (Hrsg.), *Leib und Leben*, 2013, 82 aufmerksam gemacht.

⁵ Anders noch Art. 120 WRV (Erziehung des Nachwuchses zur „leiblichen“ Tüchtigkeit als natürliches Recht der Eltern) und Art. 121 WRV (Verpflichtung des Gesetzgebers, den unehelichen Kindern die gleichen Bedingungen für ihre „leibliche“ Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern).

⁶ Genauso auch schon das Preußische ALR, Sechster Titel, § 1 („Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustands eines Menschen, in Absicht seines Körpers ...“).

Gleichwohl ist der Leib der Rechtssprache nicht völlig fremd. Bei der „Leibrente“ verstanden als „lebenslange Rente“ (§§ 759 ff. BGB) begegnet noch die ursprüngliche Bedeutung von Leib als Leben.⁷ Gleiches gilt für die „Leibesfrucht“ (§§ 1912 Abs. 1, 1918 Abs. 2 BGB). Genauso lässt sich der Sprachgebrauch im Abstammungsrecht erklären, das den „leiblichen“ Elternteil (§ 1763 Abs. 3 lit. a BGB), „leibliche“ Verwandte (§ 1764 Abs. 3 BGB), die „leiblichen Eltern“ (§ 1925 Abs. 4 BGB) und den „leiblichen, nicht rechtlichen Vater“ (§§ 1598a, 1686a, 1600 Abs. 2 BGB)⁸ kennt. Auch hier schwingt mit „leiblich“ wieder die ursprüngliche Mitbedeutung von Leib als „Leben“ mit, verstanden als Abstammung von den Personen „die einem Kind das Leben geben“⁹ oder auch in dem Sinn, dass die Abstammung „ein Leben lang“¹⁰ gelten soll.¹¹

B. Leib und Körper in der Leibphilosophie

Sieht man einmal vom Abstammungsrecht ab, ist die Rechtssprache also denselben Weg gegangen wie die Alltagssprache, und in beidem hat der Körper den Leib als Bezeichnung für die menschliche Physis abgelöst. Dies ist aber nicht in allen Disziplinen so. In der Philosophie hat sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts eine inzwischen gut etablierte Teildisziplin herausgebildet, die explizit mit den Begriffen Körper und Leib arbeitet und darin un-

⁷ RGZ 67, 204, 208 f.: „Rente auf die Lebenszeit eines Menschen“, etymologisch zurückgeführt „auf die alte Wortform ‚lip‘ oder ‚lif‘ in der Bedeutung von ‚Leben‘“; eingehend *Hermann*, in: HK-BGB, Bd. III, 2013, §§ 759–761 Rn. 2.

⁸ Die Wendung geht zurück auf BVerfGE 108, 82 Lts. 1: „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG schützt den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater (so genannter biologischer Vater) ...“ und wurde vom Gesetzgeber lediglich übernommen, vgl. BT-Drucks. 15/2253, S. 7: „Gesetzgebungsauftrag“.

⁹ So BVerfGE 108, 82, 100.

¹⁰ Angedeutet bei *Schwab*, in: Schwab/Vaskovics (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, 2011, 41, 54.

¹¹ Allerdings werden „leiblich“ und „biologisch“ im Zusammenhang mit der väterlichen Abstammung zumeist synonym verwendet. Ebenfalls geläufig ist die Bezeichnung als „genetischer“ oder schließlich als „wirklicher“ Vater; siehe etwa BT-Drucks. 15/2492, S. 9; BT-Drucks. 16/6561, S. 12; BT-Drucks. 17/12163 S. 8 ff. sowie bei *Gernhuber/Coester-Waltjen* Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 52 Rn. 110. Der Gesetzesentwurf der BReg (BT-Drucks. 15/2253, S. 9 ff.) zog indes den „leiblichen“ Vater dem „biologischen“ Vater konsequent vor, und so formuliert bis heute auch etwa *Schwab*, Familienrecht, 26. Aufl. 2018, Rn. 684 ff. – Wiederum anders liegen die Dinge im Adoptionsrecht: Mit den „leiblichen Verwandten“ und den „leiblichen Eltern“ (§ 1764 Abs. 3 und 4 BGB) sind nicht nur die biologischen Eltern und Verwandten, sondern vielmehr die bisherigen Eltern gemeint, gleichgültig worauf die Elternschaft beruht. In diesem Zusammenhang ist „leiblich“ und „biologisch“ also nicht gleichbedeutend.

terscheidbare und zugleich komplementäre Perspektiven auf die menschliche Physis sieht. Diese Rehabilitation des Begriffs Leib wird heute damit erklärt, dass man einen Ausdruck suchte, der sich dem bis dahin in der idealistischen Philosophie dominanten Konzept des Körpers als etwas vom denkenden, cartesianischen Ich Unterschiedlichen entgegen setzen und die Selbsterfahrung, die der Mensch mit seiner Physis macht, betonen ließ.¹² Damit entwickelte sich eine wenn nicht grundsätzlich andere, so doch materialistischere Perspektive auf das Verhältnis, wie sich der Mensch zu seiner eigenen Natur denkt und erfährt.¹³

I. Leib und Körper als begriffliche Unterscheidung

Es geht der Leibphilosophie um die Unterscheidung zwischen „Leib sein“ und „Körper haben“,¹⁴ zwischen eigener Natur und gesellschaftlicher Kultur,¹⁵ zwischen „gelebtem Leib und verfügbarem Körper“.¹⁶ Leib meint „die

¹² Nachzeichnung bei *Böhme*, Leibsein (Fn. 2), 11 ff.; *ders.*, Ethik leiblicher Existenz, 2008, 119 ff. – Die deutschsprachige Leibphilosophie, vertreten insbesondere durch *Schmitz*, *Böhme* und *Waldenfels*, sieht ihre ideengeschichtlichen Wegbereiter in der Auflehnung von *Schopenhauer* und *Nietzsche* gegen die bis dahin tradierte „Leibvergessenheit“. Sie stützt sich in ihren Analysen dann aber vor allem auf die phänomenologische Bewegung, die die französische und weitgehend zeitgleich die deutsche Philosophie zu Beginn des 20. Jahrhunderts ergriff, etwa in den Werken von *Merleau-Ponty*, *Sartre*, *Husserl* und *Plessner*; näher zu den Wurzeln der Leibphilosophie in der Phänomenologie *Fuchs*, Leib, Raum, Person, 2000, 43 ff.

¹³ Zu den terminologischen und inhaltlichen Vorprägungen der Leib-Körper-Differenz im 19. Jahrhundert *Röllli*, in: Alloa/Bedorf/Grüny/Klass (Hrsg.), Leiblichkeit, 2012, 149 ff.

¹⁴ Diese Gegenüberstellung wird *Plessner* zugeschrieben, etwa in *Plessner*, Die Stufen des Organischen und der Mensch, 1928 (3. Aufl. 1975), 294 f. Dabei wird die Leib-erfahrung häufig als die „ursprünglichere“ angesehen: der „Selbstbezug“ gehe dem „Fremdbezug“ voraus, so etwa bei *Schmitz*, Leib (Fn. 2), 143 ff. Für eine Gegenseitigkeit *Waldenfels* (Fn. 2), 265 ff., 284 ff. mit der Betonung der „Zwischenleiblichkeit“ und der Vorstellung, dass der „Selbstbezug“, also die Leib-Erfahrung gleichzeitig mit der Fremdwahrnehmung und mitunter auch erst durch die Fremd-Fremdwahrnehmung auftrete: Der Selbstbezug gehe dem Fremdbezug nicht voraus, sondern trete im Fremdbezug auf. Ähnlich *Lindemann*, in: Barkhaus/Mayer/Roughley/Thürnaue (Hrsg.), Identität, Leiblichkeit, Normativität, 1996, 146 ff., die Leib und Körper in einem Verhältnis „wechselseitigen Bedeuten“ sieht, oder *Fuchs* (Fn. 12), 140 ff. zur „Korrespondenz“ von Leib und Körper.

¹⁵ Dazu aus der Sicht einer soziologischen Identitätstheorie *Gugutzer*, Leib, Körper und Identität, 2001, 280 ff.: „Leib bezeichnet die Natur, die man selbst ist, Körper deren soziale Konstruktion, und da Leib und Körper ineinander verschränkt sind, sind auch Natur und Kultur ineinander verschränkt, wobei dieses ineinander Verschränktsein dialektischer Art ist.“

¹⁶ *Fuchs* (Fn. 12), 18.

Natur, die wir selbst sind“¹⁷, im Gegensatz zum Körper als das, „was wir ... durch Vorgänge des Messens und Wiegens und im Weiteren durch alle wissenschaftlichen Methoden objektivieren können“ (*Böhme*).¹⁸ Die Leibphilosophie thematisiert also den Unterschied zwischen dem, was wir „von uns selber spüren können“ und dessen „Örtlichkeit absolut ist“ im Gegensatz zu dem, was andere von außen von uns wahrnehmen und dessen „Örtlichkeit relativ ist“ (*Schmitz*).¹⁹ Als paradigmatisches Beispiel für das Verhältnis von Leib und Körper gelten die Phantomschmerzen, also Schilderungen von Schmerzen an amputierten Gliedern: Auch wenn das amputierte Glied nicht mehr von außen als Körper wahrgenommen wird, kann es „innerlich“ als Leib erfahren werden.²⁰ Ein weiteres Beispiel wird als Schmerzgedächtnis beschrieben. Damit ist gemeint, dass im Leib Empfindungen und Gefühle auch ohne körperliche Spuren aufbewahrt sein können.²¹ Aber innere, subjektive Leiberfahrung und äußere, objektivierbare, messbare Körperwahrnehmung können auch in der Gegenrichtung auseinanderfallen. Durch diagnostische Verfahren können Veränderungen der menschlichen Physis aufgenommen werden, auch wenn diese noch nicht oder vielleicht niemals innerlich wahrnehmbar sind. So lässt sich der eingenistete Embryo durch Sonographie häufig schon zu einem Zeitpunkt sichtbar und damit öffentlich²² machen, bevor die Schwangerschaft für die Schwangere wahrnehmbar und also leiblich erlebbar ist.²³

II. Leibsein als Aufgabe, Ethos und Erwartung

Die Leibphilosophie hat mit der Gegenüberstellung von Leib und Körper aber nicht nur betont, dass die Beziehung des Menschen zu seiner Physis auch anders gedacht werden kann als etwas Fremdes und Äußeres. Zugleich liegt in dem Interesse für den Leib und seine „Leibweisen“²⁴ ein Interesse für die Hal-

¹⁷ *Böhme*, Leibsein (Fn. 2), 63 ff.

¹⁸ *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 119 ff.; *ders.*, Leibsein (Fn. 2), 75 ff.

¹⁹ *Schmitz*, Leib (Fn. 2), 4 ff., basierend auf *dems.*, System der Philosophie Bd. II.1.: Der Leib, 1965, 6; gleichsinnig *Plessner* (Fn. 14) 288 ff.

²⁰ Siehe etwa *Schmitz*, System (Fn. 19), 16 ff.; *ders.*, Leib (Fn. 2), 9: „Leibesinsel ohne zugehörigen Körperteil“; *Waldenfels* (Fn. 2), 22 ff.; gleichsinnig *Fuchs* (Fn. 12), 100 ff., dort auch zur Hypochondrie (130 ff.).

²¹ Beispiel nach *Gugutzer*, Leib, Körper und Identität, 2001, 129 unter Hinweis auf *Kohlmann/Raspe*, in: Geissner/Jungnitsch (Hrsg.), Psychologie des Schmerzes, 1992, 11 ff.; dazu auch *Fuchs* (Fn. 12), 319 ff.

²² Darauf hat *Duden*, Der Frauenleib als öffentlicher Ort, 1991, 22 ff. hingewiesen.

²³ Zu diesem Beispiel *Gablings*, Phänomenologie der weiblichen Leiberfahrungen, 2006, 476 ff.; *Lindemann*, in: Barkhaus/Mayer/Roughley/Thürnau (Hrsg.), Identität, Leiblichkeit, Normativität, 1996, 146, 160.

²⁴ *Schmitz*, System (Fn. 2), 173–255 („einzelne leibliche Regungen“); *ders.*, Leib

tion, mit der der Mensch seiner gegebenen Physis begegnet.²⁵ Dies rührt an unser leitendes Wissenschafts- und Technikverständnis. Indem die Leibphilosophie die Selbsterfahrung des eigenen Leibes („Selbstbezug“)²⁶ gegenüber einer auf „apparative Empirie“²⁷ gestützten instrumentellen Fremdwahrnehmung betont, wird die selbstverständlich gewordene Deutungshoheit der Naturwissenschaften und insbesondere der Medizin in Frage gestellt. Angesichts der „modernen medizinischen Technologien“ und des „dominanten naturwissenschaftlichen Selbstverständnisses“ verstehe sich Leibsein nicht mehr von selbst, sondern sei zur prekären Aufgabe geworden.²⁸

Gerade der jüngeren Leibphilosophie geht es dabei nicht nur um Rekonstruktion, Begriffsarbeit und Analyse, sondern auch um praktische Folgerungen. Dabei lassen sich zwei Ebenen unterscheiden. Auf einer *individuellen* Ebene interessiert die alltägliche Entfaltung des Leibseins in seiner Bedeutung für die personale Identität²⁹ in der Lebenspraxis. Hierzu werden „therapeutische Konsequenzen“³⁰ und „pragmatische“ Handlungsanweisungen³¹ formuliert und ein „leibliches Ethos in Pflege und Medizin“³² gefordert.

(Fn. 2), 15–137, etwa als Schmerz, Durst, Ekel, Angst, aber auch in Gestalt von Kommunikation, Dynamik und Ausdehnung; siehe auch *Fuchs* (Fn. 12), 151 ff.: Wahrnehmung, Orientierung, Motorik, Trieb, Begehren; *Waldenfels* (Fn. 2), 45 ff.: Empfinden und Wahrnehmen, Orientierung und Bewegung etc.

²⁵ So vor allem bei *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 119 ff.: Leib als die „Natur, die wir selbst sind“. Leibsein impliziert bei *Böhme* zugleich ein Akzeptieren der natürlichen Voraussetzungen und Grenzen, etwa im Hinblick auf das Geburtsgeschlecht, die Anfälligkeit für Krankheiten und die Sterblichkeit; genauso *Rager*, in: Hähnel/Knaup (Hrsg.), Leib und Leben, 2013, 94, 104 ff.: es gelte, den Leib „anzunehmen“; dazu noch im Text.

²⁶ *Waldenfels* (Fn. 2), 43 f., 265 ff.

²⁷ *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 128.

²⁸ *Böhme*, in: Hippokrates 40 (1969), 186 ff.; *ders.*, Leibsein (Fn. 2), 11 ff., 75 ff. sowie *ders.*, Ethik (Fn. 12), 122 ff.; genauso begründet *Fuchs* (Fn. 12), 15 ff. die „Aktualität der Leibphänomenologie“; ähnlich *Waldenfels* (Fn. 2), 246 ff., dort allerdings nur mit der Betonung, dass die „naturalistische“ Körper-Perspektive eine „eminente kulturelle Veranstaltung bedeutet“ und also „kontingent“ ist; gleichsinnig *Lindemann*, in: Barkhaus/Mayer/Roughley/Thürnau (Hrsg.), Identität, Leiblichkeit, Normativität, 1996, 146 (insbes. 169 ff.) zur „kulturellen Formung“ des Leibes.

²⁹ *Gugutzer*, Leib, Körper und Identität, 2001.

³⁰ *Schmitz*, System (Fn. 2), 255 ff.; *ders.*, Leib und Gefühl, 1989.

³¹ Für dieses Anliegen steht vor allem die „Leibphilosophie in pragmatischer Hinsicht“ von *Böhme*, Leibsein (Fn. 2), 74 ff. Angesichts der Herausforderungen der „modernen medizinischen Technologien“ seien „bestimmte leibliche Übungen notwendig“, in denen man sich seines Leibseins, also „der betroffenen Selbstgegebenheit“ versichert (81, 114 ff.), etwa im Umgang mit Schmerz, Geburt, Tod, Krankheit und Behinderung.

³² *Schnell* (Hrsg.), Leib. Körper. Maschine. Interdisziplinäre Studien über den bedürftigen Menschen, 2004, dort insbesondere die Beiträge von *Fuchs* (41 ff.), *Fornefeld* (115 ff.) und *Bienstein* (139 ff.).

Zugleich geht es der Leibphilosophie *gesellschaftlich* um Rechtskritik und Rechtspolitik. Von der Leibphilosophie her wird erstens eine fundamentale Skepsis gegenüber jeder Form von Kommerzialisierung der menschlichen Physis entwickelt. Diese wendet sich insbesondere gegen die Reproduktions- und Transplantationsmedizin. Aus der „Jemeinigkeit des Leibes“ folge seine prinzipielle Unveräußerlichkeit.³³ Zweitens ergibt sich vom Standpunkt der Leibphilosophie aus ein tiefgreifendes Unbehagen gegenüber der Technisierung. *Fuchs* kritisiert eine „zunehmende Verdinglichung des Leibes“ durch den wissenschaftlich-technischen Fortschritt.³⁴ *Böhme* geht es mit der Leibphilosophie um eine „kritische Theorie der menschlichen Natur, die es erlaubt, gegenüber einer schrankenlosen Technisierung des Menschen Widerstand zu leisten.“³⁵ Veränderungen und Überwindungen des natürlichen, gegebenen, auch pathischen (schmerzlichen) Leibseins werden nun als Formen der Entfremdung gelesen. Weil der Mensch seine Natur und damit sich selbst gerade im Leibsein erfahre, gelte es, eine „Ethik des Pathischen“ zu entwickeln, auf deren Grundlage moralischer Stand gegenüber den Möglichkeiten der Gentechnik und allgemein der Medizin zu gewinnen ist.³⁶ – Auf die Ambivalenzen dieser entwicklungskritischen Grundhaltung wird noch einzugehen sein.³⁷

C. Schutz des Leibseins durch § 823 Abs. 1 BGB

Man kann sich der menschlichen Physis also, so die zentrale Einsicht der Leibphilosophie, auf zwei Wegen nähern: einmal über das, was von außen wahrnehmbar und messbar ist als Materie, Verdinglichung und Stofflichkeit (Körper), und einmal über das, was von innen lebendig gefühlt dem subjektiven Ich mit seiner Physis widerfährt (Leib)³⁸. Geht man von einer solchen lebensweltlichen Mehrdeutigkeit der menschlichen Physis aus, so folgt daraus allein für das Recht indes noch nichts Zwingendes, insbesondere nicht für einen deliktischen Schutz des Leibseins. Eher liegt es nahe, die Frage nach

³³ *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 160 ff.

³⁴ *Fuchs*, in: Hähnel/Knaup (Fn. 4), 83, 91 f.

³⁵ *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 174 ff.

³⁶ *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 174 ff., 217 ff.

³⁷ Unten C.II.3. und D.

³⁸ In diesem Sinne werden die Begriffe im Folgenden verwendet: „Menschliche Physis“ als Oberbegriff, „Körper“ und „Leib“ jeweils im Sinne der unter B. aufgezeigten Unterscheidung. Geht es um das rechtliche Verständnis der deliktischen Schutzgüter „Körper“ und „Gesundheit“ i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, wird dies jeweils besonders hervorgehoben.

einem deliktischen Schutz der menschlichen Physis als Leibsein überhaupt skeptisch und mit einigen Vorbehalten zu stellen. Schließlich geht es um die Bestimmung von Ersatzpflichten Dritter und deren Interesse, nicht unvorhersehbar für subjektive Empfindlichkeiten in Anspruch genommen zu werden.³⁹ Außerdem wird man sich die Aufgabe der Gerichte vor Augen führen und auch daraus eine Affinität für Objektivierbarkeit und Messbarkeit folgern.⁴⁰ Diesen Belangen lässt sich umso eher Rechnung tragen, je objektiver und empirischer die Schutzgüter bestimmt werden.⁴¹ Von daher liegt es für das Deliktsrecht eigentlich nahe, die von der Leibphilosophie angebotene Unterscheidung von Körper und Leib zugleich zum Maßstab für die deliktische Schutzwürdigkeit zu erheben und bloßes Leibsein von vornherein aus dem deliktischen Schutz auszuklammern.

I. Bestandsaufnahme

Doch so einfach liegen die Dinge nicht. Vielmehr ist das deutsche Deliktsrecht unter der Geltung des BGB einen anderen Weg gegangen. Dies beginnt schon damit, dass § 823 Abs. 1 BGB als deliktische Schutzgüter nicht nur den Körper, sondern auch die Gesundheit anführt. Hieraus wird seit jeher abgeleitet, dass die deliktische Haftung nicht nur Verletzungen der *äußeren* Inte-

³⁹ Dies entspricht der Vorstellung, dass sich die deliktische Haftung insgesamt und § 823 Abs. 1 BGB insbesondere am ehesten mit dem Gedanken ausgleichender Gerechtigkeit (Kompensation) und nicht als Frage der Verteilungsgerechtigkeit von Schäden oder Präventionslasten erklären lässt, dazu *Rödl*, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015, 78 ff. Allerdings sieht *Rödl* gerade in der „Leiblichkeit der menschlichen Lebensform“ die zentrale Grenze seines Rekonstruktionsunternehmens (444 ff.). Damit zielt er aber weniger auf die nähere Bestimmung der deliktisch geschützten Rechtsgüter, hier also das Verständnis der von ihm als „leiblichen Integrität“ (101 ff.) zusammengefasst. Vielmehr geht es ihm darum, dass das Privatrecht die Bedingungen der menschlichen Existenz und seine existentiellen Bedürfnisse (447 f.) nicht mitbedenke.

⁴⁰ Objektivierung der Haftungsvoraussetzungen, Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung, Minimierung von Manipulationsrisiken und richtige Anreizsetzung, etwa für die Rückkehr in das gesellschaftliche Leben, sind typische Argumente, um Haftung zu begrenzen oder ausschließen, etwa bei *MünchKommBGB/Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 183 f. im Umgang mit psychischen Störungen. Siehe auch *Robe* AcP 201 (2001), 118, 127 ff.: Die primär auf Kompensation zielende Verschuldenshaftung erfordert „sichere Verhaltensmaßstäbe“. Dies entspricht der von *Jansen*, Die Struktur des Haftungsrechts, 2003, 548 betonten „klaren Tatbestandsbildung“ als zentrale Anforderung an die Struktur des Haftungsrechts.

⁴¹ Ablesbar etwa an der Begründung von *Robe* AcP 201 (2001), 118, 127 ff. für seine Forderung nach „hinreichend präziser Fassung“ der geschützten Rechtsgüter; sie müssten „verkörpert und damit ‚lokalisierbar‘“ sein (129), damit die Verschuldenshaftung einen gerechten Interessenausgleich zwischen Schädiger und Geschädigten erzielen könne.

gritat der menschlichen Physis sanktioniert, sondern über das Rechtsgut der Gesundheit auch auf den Schutz der „inneren Lebensvorgänge“ zielt.⁴² Allerdings ist mit Gesundheit im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB mehr und auch anderes gemeint als das, was die Leibphilosophie mit Leibsein als der inneren, subjektiven, gefühlten, erfahrbaren Seite der menschlichen Physis bezeichnet und von der äußerlichen Körper-Perspektive abgrenzt. Denn mit der Gesundheit sind auch somatische, also physiologisch nachweisbare Veränderungen wie Vergiftungen, Ansteckungen oder Schwächungen der Immunabwehr erfasst.⁴³ Im rechtlichen Verständnis wird Gesundheit nicht auf die Innensicht des subjektiven, erfahrenen, gelebten Leibseins ausgerichtet, sondern erfasst auch objektivierbare Beeinträchtigungen der menschlichen Physis. Die mit der Leibphilosophie angebotene Unterscheidung von Leib und Körper verläuft also nicht entlang der in § 823 Abs. 1 BGB getroffenen Unterscheidung von Körper und Gesundheit, sondern steht vielmehr *quer* dazu. Dies gilt sowohl in Bezug auf das Schutzgut Gesundheit als auch in Bezug auf das Schutzgut Körper: So wenig das Schutzgut Gesundheit ausschließlich leibbezogene Beeinträchtigungen der menschlichen Physis erfasst, so wenig sind leibbezogene Beeinträchtigungen der menschlichen Physis vom Schutzgut Körper von vornherein ausgenommen. Denn über das Schutzgut Körper ist in einzelnen Zusammenhängen ein deliktischer Schutz gegen solche Beeinträchtigungen der menschlichen Physis bejaht worden, bei denen es ausschlaggebend um das innere, gefühlte Leibsein und die subjektive Befindlichkeit ging und allenfalls nachrangig um ein äußeres, objektivierbares Verständnis der menschlichen Physis. Dies soll an zwei Beispielen erläutert werden. Das mit der Leibphi-

⁴² BGHZ 8, 243, 247 f. – Lues; BGH NJW 1989, 2317, 2318: „jede Störung der inneren Lebensvorgänge“; siehe im übrigen MunchKommBGB/Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 177; Staudinger/Hager (2017), § 823 Rn. B 5, B 20; Soergel/Spickhoff (Fn. 1), § 823 Rn. 38; siehe auch schon Planck/Strohal, Recht der Schuldverhältnisse, Bd. II/2, 4. Aufl. 1928, § 823 Anm. B II.1c. Im Einzelnen bestehen allerdings Unsicherheiten daruber, wo und wie die Schwelle zwischen unerheblicher und erheblicher Gesundheitsbeeinträchtigung zu ziehen ist. Während *Deutsch* VersR 1983 (Beiheft), 93, 95 zwischen somatischen und psychischen Beeinträchtigungen unterscheidet und die Verletzungsschwelle bei psychischen Beeinträchtigungen an eine Güterabwägung knüpft, hat MunchKommBGB/Mertens, 3. Aufl. 1997, § 823 Rn. 74 als Gesundheitsverletzung generell nur eine „medizinisch erhebliche – also aus ärztlicher Sicht behandlungsbedürftige – Störung“ angesehen. Für eine Gegenseit etwa Möllers, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, 36 ff., der eine Gesundheitsbeeinträchtigung auch bei „erheblichen Beeinträchtigungen des Wohlbefindens“ annimmt, unabhängig davon, ob die Beeinträchtigung behandlungsbedürftig ist oder Krankheitswert hat.

⁴³ BGHZ 8, 243, 248 ff. – Lues; BGHZ 114, 283, 289 ff. – HIV-Infektion; siehe auch schon RGZ 96, 225 – Ansteckung mit Gonorrhoe; vgl. auch BGHZ 116, 379, 384 – Transfusionshepatitis kann zu „erheblichen gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen“.

losophie angebotene Verständnis der menschlichen Physis als Verknüpfung von Leib und Körper findet sich erstens in der rechtlichen Strukturierung der ärztlichen Heilbehandlung (unten 1.) und zweitens im Umgang mit abgetrennten Bestandteilen der menschlichen Physis (unten 2.) wieder.

1. Leibsein und ärztliche Heilbehandlung

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH und auch schon des RG, dass das Schutzgut Körper i.S. des § 823 Abs. 1 BGB auch schon dann beeinträchtigt ist, wenn eine die menschliche Physis verändernde Handlung⁴⁴ „nur“ über den Willen in Bezug auf die eigene Integrität der Physis hinweggeht, ohne dass dies mit einer Beeinträchtigung verbunden, also nachteilig sein müsste. Als Körper i.S. des § 823 Abs. 1 BGB wird damit die Selbstbestimmung über die menschliche Physis geschützt. Dies hat insbesondere zur Folge, dass eigenmächtige Heilbehandlungen, auch wenn sie medizinisch indiziert sind und lege artis durchgeführt werden, in der zivilgerichtlichen Praxis als Körperverletzungen gelten.⁴⁵ Mit dieser zentralen dogmatischen Weichenstellung hat die Rechtsprechung das Schutzgut Körper in eine Richtung geöffnet, die sich als Anerkennung der deliktischen Schwürdigkeit des inneren, empfundenen Leibseins beschreiben lässt.⁴⁶

⁴⁴ Eine Ersatzpflicht des Arztes soll jedoch nur in Betracht kommen, wenn auf die menschliche Physis überhaupt eingewirkt wurde und wenn dem Betroffenen dadurch ein „Gesundheitsschaden“ entstanden ist, wie der BGH einschränkend in BGHZ 176, 342, 347 Rn. 19 betont hat. Die eigenmächtige Behandlung selbst ordnet der BGH hier nicht als Schaden ein. Ohne irgendeine Form von Einwirkung auf die äußere Integrität (Körper) oder die inneren Funktionen (Gesundheit) und ohne einen daraus resultierenden „Gesundheitsschaden“ würde der BGH hiernach wohl eine Ersatzpflicht des Arztes ablehnen; kritisch zum Erfordernis eines besonderen Gesundheitsschadens *Borgmann* NJW 2010, 3190, 3192 sowie *Grams* GesR 2009, 69, 70 f., der zudem davon ausgeht, dass „medizinische Eingriffe gänzlich ohne Auswirkung auf die körperliche Substanz, Befindlichkeit oder das – zumindest seelische – Wohlbefinden ... kaum vorstellbar [sind]“ (ebd. 71).

⁴⁵ Grundlegend RGZ 68, 431, 433 f.; 88, 433, 436; 163, 129; später BGHZ 28, 44 f.; 29, 126, 129 ff. – Elektroschock; seither BGHZ 67, 48, 49 – Sterilisation; BGHZ 106, 391, 397 f.; 166, 336, 339 Rn. 6 – Blutspende; BGHZ 176, 342, 347 Rn. 19 – Nebenwirkungen von Medikamenten; so schon *Hubmann*, Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 1967, 228 ff.: Das Selbstbestimmungsrecht könne seinen Inhalt und seine Grenzen immer nur aus dem Gut, auf das es sich erstreckt, erhalten; daher seien das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Integrität lediglich Ausfluss eines einheitlichen Rechts an Körper und Gesundheit; *Deutsch* NJW 1965, 1985, 1989 mit Fn. 36: eine „Spaltung zwischen Körper und Wille“ sei „undurchführbar“; i. Erg. auch *Soergel/Spickhoff* (Fn. 1), § 823 Anh I Rn. 52, da eigenmächtige Heileingriffe auch ein „Unrecht im körperlichen Bereich“ zufügen würden.

⁴⁶ Man mag einwenden, dass ärztliche Heilbehandlungen regelmäßig die äußere

Mit derselben Begründung sah der BGH später in der Herbeiführung einer Schwangerschaft und Geburt gegen den Willen der betroffenen Frau eine Körperverletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB, „auch wenn es sich um einen normalen physiologischen Ablauf ohne Komplikationen [handelt]“. ⁴⁷ Eine Verletzung des Schutzguts Körper müsse „schon in jedem unbefugten Eingriff in die Integrität der körperlichen Befindlichkeit erblickt werden, da anders das Recht am eigenen Körper ... nicht angemessen geschützt wäre.“ ⁴⁸ Als Körper i.S. des § 823 Abs. 1 BGB ist hiernach die der eigenen Bestimmung über die menschliche Physis folgende „Befindlichkeit“ geschützt. Dieses Verständnis schimmert auch in einer rechtskräftigen Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahr 2018 durch, bei der das Gericht über Schmerzensgeldansprüche einer Schwangeren wegen vertauschten Spendersamens im Rahmen heterologer Insemination zu entscheiden hatte. Obwohl die Insemination als solche auf Wunsch der Mutter durchgeführt wurde und die Schwangerschaft biologisch komplikationsfrei verlief, sprach das Gericht der Mutter Schmerzensgeld wegen der erlittenen „körperlichpsychischen Belastung“ zu. ⁴⁹ Zwar ließ das OLG Hamm offen, ob es darin eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sieht und ob die Insemination als solche oder erst die Schwangerschaft die Haftung begründet; eindeutig ist aber, dass es die Haftung der Reproduktionsklinik weder als Frage des Persönlichkeitsrechts thematisiert noch im Hinblick darauf ablehnt, dass „physiologisch“ mit der Schwangerschaft genau der Erfolg eingetreten ist, der gewünscht wurde. ⁵⁰

körperliche Hülle antasteten und daher stets die menschliche Physis als Körper und nicht nur in Gestalt des Leibseins betreffen. Doch stellt die Rechtsprechung bei der Qualifikation der Heilbehandlung nicht darauf ab, ob solche äußerlichen Integritätsverletzungen erfolgen. Im Vordergrund steht die Eigenmächtigkeit, nicht die Integritätsverletzung, solange nur überhaupt auf die menschliche Physis eingewirkt wurde, dazu bereits bei Fn. 43. Es bedeutet daher auch keinen Unterschied, ob im Verlauf einer Operation, in die der Patient eingewilligt hatte, auch Heilbehandlungen vorgenommen werden, die mit keiner zusätzlichen Integritätsverletzung verbunden sind, oder ob es insgesamt an einer Einwilligung fehlt.

⁴⁷ BGH NJW 1980, 1452, 1453 (= BGHZ 76, 259).

⁴⁸ BGH NJW 1980, 1452, 1453 (= BGHZ 76, 259).

⁴⁹ OLG Hamm FamRZ 2018, 1162.

⁵⁰ Die Vorinstanz (LG Münster, Urteil vom 24.03.2016 – 111 O 83/14, BeckRS 2016, 131708 Rn. 40) hatte die Haftung darauf gestützt, „dass bei der Klägerin aufgrund des Umstands, dass ihre Kinder keine Vollgeschwister sind, zumindest eine große Enttäuschung, Hilflosigkeitsgefühle und subjektiv Schuldgefühle gegenüber den Kindern für die Verwechslung aufgekomen sind“ und dass diese Gefühle zu behandlungsbedürftigen psychischen Belastungen führten bzw. bereits vorhandene Belastungen verstärkten. – Da das Gericht das subjektive Erleben der an sich gewünschten Schwangerschaft in den Vordergrund rückt, lassen sich die Ausführungen als haftungsrechtliche

2. Leibsein und entnommene Substanzen der menschlichen Physis

Diese Rechtsprechungslinie begegnet ähnlich im Umgang mit dem deliktischen Schutz entnommener Substanzen der menschlichen Physis. Auch hier wird der deliktische Schutz über § 823 Abs. 1 BGB als Beeinträchtigung des Schutzguts Körper entfaltet. Der BGH rückte den Willen des Betroffenen in den Vordergrund, um die sachliche Ausdehnung des Schutzguts Körper zu bestimmen: Solange Substanzen oder Bestandteile nur vorübergehend abgetrennt oder entnommen sind, wie z.B. Eizellen, die nach ihrer Befruchtung wieder eingesetzt werden sollen, Eigenblut oder andere Eigenimplantate, nehmen sie deliktisch am Schutz des Körpers i.S. des § 823 Abs. 1 BGB teil.⁵¹ Nicht der äußerliche Zusammenhang, sondern die subjektive Bestimmung entscheiden darüber, ob ein abgetrennter Bestandteil noch Körper i.S. des § 823 Abs. 1 BGB ist. Was als Körper i.S. von § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist, endet nicht an der äußerlichen Hülle der menschlichen Physis. Körper i.S. von § 823 Abs. 1 BGB kann vielmehr auch sein, was nur noch in einem gewollten Zusammenhang zur menschlichen Physis steht. Diese Beziehung hat der BGH auch noch bejaht, als eine nicht wiederholbare, also „letzte“ Samenspende versehentlich vernichtet wurde, und hat in der Folge einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden (Schmerzensgeld) wegen der darin liegenden Verletzung des Körpers i.S. des § 823 Abs. 1 BGB zuerkannt. Denn Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB, so der BGH weiter, „ist nicht die Materie, sondern das Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit, das in der körperlichen Befindlichkeit materialisiert ist.“⁵²

3. Zwischenstand

In der geltenden Praxis hat sich damit ein Verständnis herausgebildet, wonach die menschliche Physis sowohl über das Schutzgut der Gesundheit als auch über das Schutzgut des Körpers nicht nur als äußere, objektivierbare Integrität, sondern in einzelnen Beziehungen auch als innerliche Erfahrung („Befindlichkeit“) und subjektive Ausdehnung („Funktionszusammenhänge“), also als Leibseins deliktisch geschützt wird.

Einstandspflicht für ein leiborientiertes Verständnis im Umgang mit reproduktiven Verfahren lesen.

⁵¹ Eingehend BGHZ 124, 52, 54 ff.

⁵² BGHZ 124, 52, 54.

II. Dogmatik des deliktischen Schutzes des Leibseins

Von der Einsicht, dass das geltende Recht einzelnen Facetten des Leibseins deliktischen Schutz vermittelt, bis hin zu einer Dogmatik deliktischen Schutzes des Leibseins bedarf es noch einiger Überlegung. Klärungsbedürftig ist insbesondere, ob der deliktische Schutz des Leibseins überzeugend den Schutzgütern Körper und Gesundheit zugeordnet wird oder ob es vorzugswürdig wäre, darin Fragen des Persönlichkeitsschutzes zu sehen. Es ist also zunächst das Schutzgut zu klären (unten 1.), bevor es unternommen wird, aus dem bisherigen Entscheidungsbestand allgemeinere Maßstäbe abzuleiten (unten 2.).

1. Leibsein innerhalb der deliktischen Rechtsgüter und Rechte

Man kann den bisherigen Befund auch kritisch formulieren: Die mit der Leibphilosophie für die menschliche Physis thematisierte Unterscheidung von Körper und Leib findet sich im Recht nicht als Struktur wieder. Die Trennlinien zwischen Körper und Leib verlaufen vielmehr mitten durch das Areal, das Körper und Gesundheit in § 823 Abs. 1 BGB aufspannen. Leibsein wird im Deliktsrecht weder als etwas Einheitliches, Abgesondertes, noch als etwas Gemeinsames, Verbindendes wahrgenommen: Es konstituiert bislang keine benennbare eigenständige Fallgruppe innerhalb von Körper und Gesundheit, und genauso wenig spiegelt sich darin ein gemeinsamer Nenner wider.

a) Körper, Gesundheit, Persönlichkeit

Als solcher gemeinsamer Nenner jenseits von Körper und Gesundheit käme allerdings das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Betracht. Ohnehin bildet das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der bisherigen Aufarbeitung der Rechtsprechung das Gegenmodell, wenn es darum geht, ob und inwieweit Beeinträchtigungen des Leibseins deliktischen Schutz genießen:⁵³ Im Umgang mit ärztlichen Heilbehandlungen wird im Schrifttum seit jeher vertreten, eigenmächtige Behandlungen seien angemessener über das Persönlichkeitsrecht zu erfassen.⁵⁴ Dies entspreche dem Schwerpunkt der Beeinträchtigung,

⁵³ Dies wird auch für das französische Recht diskutiert, siehe *Catto*, *Le principe d'indisponibilité du corps humain*, 2018, 84 ff.; kritisch dagegen *Revet*, *Le corps humain est-il une chose appropriée?*, *Rev. Trim. Dr. civ.* 2017, 587 ff., wonach die Erfassung der menschlichen Physis über das Persönlichkeitsrecht lediglich ein vom deutschen Recht inspirierter Umweg sei: „Toutefois, la doctrine est allée emprunter une nouvelle catégorie juridique à des auteurs d'outre-Rhin“ (588).

⁵⁴ *Wietbölter*, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, 1962, 71 ff.; *Laufs* NJW 1969, 529 ff.; *ders.* *VersR* 1972, 2 ff.; *Taupitz* 63. DJT 2000,

der mehr im Selbstbestimmungsrecht als in der körperlichen Integrität liege, und außerdem dem „objektiven Aktsinn“, weil der Arzt nicht verletze, sondern heile.⁵⁵ Auch das Selbstbestimmungsrecht über abgetrennte Bestandteile der menschlichen Physis sei angemessener über das Persönlichkeitsrecht zu erfassen.⁵⁶ Es handele sich bei Bestandteilen der menschlichen Physis mit ihrer Trennung vom Körper vielmehr um Sachen, an denen aber Persönlichkeitsrechte fortbestünden.⁵⁷ Denn mit ihrer Trennung seien diese Bestandteile der menschlichen Physis nicht mehr „lokalisierbar“. Dadurch werde die „Warnung“ des Schädigers vor möglichen Beeinträchtigungen „sehr abstrakt“ und verschwimme „im Ungreifbaren“.⁵⁸ Aus diesem Grund solle auch über nicht-somatische Beeinträchtigungen der Gesundheit nach der Struktur eines offenen Tatbestands entschieden werden.⁵⁹ Hinzu komme ein weiterer Gesichtspunkt: Während die somatische Gesundheit bei allen Personen „grundsätzlich die gleiche ist“, variere die psychische Gesundheit von Person zu Person.⁶⁰

A 15 f.; zustimmend *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 76 II 1 g (383 f.); *Esser/Weyers*, Schuldrecht, Bd. II: Besonderer Teil, 8. Aufl. 2009, § 55 I 1 b; aus dem jüngeren Schrifttum insbesondere *Katzenmeier*, Arzthafung, 2002, 118 ff. Für eine Verselbständigung des Selbstbestimmungsrechts über die „leiblich-seelische Integrität“ auch *Brüggemeier*, Deliktsrecht, 1986, Rn. 188 sowie Rn. 699 ff. – Eher der Konzeption der Rechtsprechung zuneigend *Deutsch* NJW 1965, 1985, 1989, wonach die eigenmächtige Heilbehandlung tatbestandlich eine Körper- und Gesundheitsverletzung darstellt, allerdings stehe dahinter „zunächst“ eine Verletzung der Entscheidungsfreiheit: „Diese Ausformung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist jedoch „transparent“.“

⁵⁵ *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 76 II 1 g (383) und § 80 II 6 (514).

⁵⁶ Dafür schon vor der Entscheidung BGHZ 124, 52 ff. *Taupitz* AcP 191 (1991), 201, 209 ff., sowie später die überwiegende Kritik im Schrifttum, siehe abermals *Taupitz* NJW 1995, 745, 746 sowie MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 169; *Robe* JZ 1994, 465, 468; *Deutsch/Abrens*, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 234; *Soergel/Spickhoff* (Fn. 1), § 823 Rn. 34; *Staudinger/Hager* (2017) § 823 Rn. B 19: „das Persönlichkeitsrecht genügt“; *von Freier* MedR 2006, 321, 322: Persönlichkeitsrecht sei „näher liegend“; für einen eigenständigen Schutz des „Familienplans“ *Vofß* VersR 1999, 546 ff.; siehe auch *Laufs*, Unglück und Unrecht, 1994, 17 f.: Auflösung gesetzlicher Tatbestände; *Laufs/Reiling* NJW 1994, 775 f. – Dem BGH zustimmend aber *Jansen* (Fn. 39), 509; *Freund/Heubel* MedR 1995, 194, 196; andeutungsweise („wohl“) auch *Ohly*, in: FS für König, 2003, 417, 425.

⁵⁷ MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 170; *Taupitz* AcP 191 (1991), 201, 209 ff.; *Deutsch* AcP 192 (1992), 161, 173.

⁵⁸ So *Robe* JZ 1994, 467.

⁵⁹ *Deutsch* VersR 1983 (Beiheft), 93, 96; weitergeführt bei *Deutsch/Abrens* (Fn. 55), Rn. 243; genauso *Soergel/Spickhoff* (Fn. 1), § 823 Rn. 38: die Rechtswidrigkeit sei auch hier „durch Abwägung im Einzelfall“ festzustellen und werde nicht indiziert.

⁶⁰ *Deutsch* VersR 1983 (Beiheft), 93, 96; genauso *Soergel/Spickhoff* (Fn. 1), § 823 Rn. 38: Individualpersonen seien „psychisch ganz unterschiedlich“.

b) Bedeutung der Unterscheidung

Der Frage nach dem Schutzgut lässt sich für das deutsche Recht nicht ausweichen.⁶¹ Auch wenn im rechtlichen Verständnis der Schutzgüter Körper, Gesundheit und Persönlichkeit immer wieder Wanderungsbewegungen stattfinden, starten sie von entgegen gesetzten *Ausgangspunkten*. Für die Schutzgüter Körper und Gesundheit ist der historische Ausgangspunkt die Vorstellung, dass es sich dabei um höchstpersönliche Güter handelt, die grundsätzlich weder verfügbar noch kommerzialisierbar sind,⁶² dafür aber tatbestandlich so fest umrissen, dass die Feststellung ihrer tatbestandlichen Verletzung ihre Rechtswidrigkeit indiziert. Dagegen ist der historische Ausgangspunkt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gerade entgegengesetzt: Hier treffen wir auf die Vorstellung eines entwicklungs offenen und unscharfen Auffangrechts, das erstens in einzelnen Beziehungen durchaus verfügbar und kommerzialisierbar ist,⁶³ und das vor allem zweitens nicht über einen festen Tatbestand verfügt, so dass über die Rechtswidrigkeit fallweise durch Abwägung zu entscheiden ist.⁶⁴ Dieses grundsätzlich andere Verfahren zur Be-

⁶¹ Für das deutsche Recht folgt dies aus der Orientierung des Deliktsrechts auf die Verletzung von Schutzgütern und Rechten durch das in § 823 Abs. 1 BGB verwirklichte Enumerationsprinzip. Allerdings ist auch für solche Rechtsordnungen, die die außervertragliche Haftung generalklauselartig konzipiert haben, gerade in der Frage nach der Ersatzfähigkeit von Beeinträchtigungen der menschlichen Physis ein Bemühen um Begrenzung der Haftung durch Typologien, Unterscheidungen und Abgrenzungen beobachtbar. Im französischen Recht, dessen außervertragliche Haftung im Wesentlichen auf der Generalklausel des Art. 1240 C. civ. (bis zum 1.10.2016: Art. 1382 C. civ.) beruht, findet dies auf der Ebene des ersatzfähigen Schadens statt; näher *Buffélan-Lanore/Larribau-Terneyre*, Droit Civil. Les Obligations, 15^e éd. 2017, Rn. 2280 ff.; *Mor*, Évaluation du préjudice corporel, 2^e éd. 2014, 421 ff. Der Kreis der ersatzfähigen Körperschäden (dommage corporel) wird *abschließend* durch eine Typologie bestimmt, die heute wesentlich auf einem Bericht aus dem Jahr 2005 beruht (Rapport du groupe de travail chargé d'établir une nomenclature des préjudices corporels [„Rapport Dintilhac“]) und seither von der Rechtsprechung rezipiert wird. – Die Reformtendenz geht dahin, durch Verordnung die ersatzfähigen Vermögens- und Nichtvermögensschäden infolge von Körperverletzungen abschließend zu bestimmen; vgl. *Projet de réforme de la responsabilité civile* vom 29.4.2016.

⁶² Zur ethischen Begründbarkeit *Taupitz* (Hrsg.), *Kommerzialisierung des menschlichen Körpers*, 2006 sowie unten bei Fn. 90.

⁶³ Der rechtliche Schutz der Persönlichkeit ist von der Rechtsprechung von Anfang an unterteilt worden in „vermögenswerte“ (disponible und kommerzialisierbare) und „nicht vermögenswerte“ Bestandteile, angefangen mit BGHZ 20, 345, 355 – Paul Dahlke. Diese Unterscheidung ist zuletzt in der Frage der Vererblichkeit begegnet, hier hat der BGH allerdings auch in Bezug auf vermögensrechtliche Ansprüche gegen eine Vererblichkeit entschieden, siehe BGHZ 201, 45, 51 ff.; BGH NJW 2017, 800, 801.

⁶⁴ St. Rspr. seit BGHZ 13, 334, 338; aus jüngerer Zeit BGHZ 199, 237, 249 f. Rn. 22; 209, 139, 150 Rn. 30.

stimmung, in welchen Fällen das Persönlichkeitsrecht verletzt ist, wurzelt in der Vorstellung, dass die Persönlichkeit kein fassbares, abgeschlossenes, „absolut“ zugewiesenes Rechtsgut ist. Es fehlt an „festen Konturen“.⁶⁵ Daraus wird seit den Anfängen des zivilrechtlichen Persönlichkeitssschutzes gefolgert, dass sich der rechtliche Schutz der Persönlichkeit nur fallweise und „relativ“, also in Auseinandersetzung mit gegenläufigen Interessen und den Umständen des Einzelfalles bestimmen lasse.⁶⁶ Unterschiede ergeben sich schließlich auch beim Haftungsumfang: Ein Schmerzensgeld für Persönlichkeitsverletzungen wird zusätzlich daran geknüpft, dass es sich um eine „objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung“ handelt,⁶⁷ außerdem sind „Anlass und Beweggrund des Handelnden“ zu berücksichtigen.⁶⁸ Angesichts dieser Unterschiede in der Grundanlage und Konzeption lässt sich der Frage nach dem Schutzgut nicht ausweichen.

*c) Entwicklungen im Verständnis von Lebensgütern
und Persönlichkeit*

Zwar könnte die einheitliche Thematisierung des Leibseins über die Persönlichkeit symbolische Vorzüge haben.⁶⁹ Gleichwohl überzeugt der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg, den deliktischen Schutz des Leibseins über die Schutzgüter Körper und Gesundheit, im Folgenden als *Lebensgü-*

⁶⁵ Siehe nur *Deutsch*, Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren, 1976, 20; *Nipperdey* NJW 1967, 1985, 1987 ff.; *von Caemmerer* VersR 1961 (Beiheft), 19, 23. Zur „räumlich-körperlichen Sphäre“ von Körper und Gesundheit dagegen *Stoll* AcP 162 (1962), 203, 227 ff.

⁶⁶ Näher *Hubmann* (Fn. 44), 159 ff.; kritisch *Pawlowski* Jb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1987, 113 ff., der die Praxis der „wertorientierten Einzelfallabwägung“ wegen der schlechteren Prognostizierbarkeit ihrer Ergebnisse und dem größeren Gewicht „politischer Elemente“ ablehnt. Für richtig hält er dagegen eine normorientierte Abwägung „als Mittel zur Ableitung neuer allgemeiner Rechtssätze“ (118), die eher geeignet sei, die Autonomie des Subjekts anzuerkennen (121 ff.) und der Selbstverpflichtung auf den „pluralistischen Staat“ (126 f.) gerecht zu werden. Dies geht in der Sache in die Richtung der heute beobachtbaren tatbestandlichen Verfestigungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (dazu noch bei Fn. 71 f.), nur dass *Pawlowski* die „wertorientierte Einzelfallabwägung“ generell ablehnt und auch nicht als einen Zwischenschritt anerkennen will.

⁶⁷ BGHZ 35, 363, 369 – Ginsengewurzel.

⁶⁸ BGHZ 132, 13, 27.

⁶⁹ Die Absonderung und Zusammenführung im allgemeinen Persönlichkeitsrecht könnte dem Leibsein zu einer größeren Sichtbarkeit verhelfen, weil auf diese Weise das hinter den Einzelfällen stehende Gemeinsame eher zum Vorschein kommen könnte, etwa indem das Leibsein zu einer Unterausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts würde („Recht am eigenen Leib“).

ter zusammengefasst, zu entwickeln. Auch wenn Körper, Gesundheit und Persönlichkeit vieles von ihrer ursprünglichen Unterschiedlichkeit eingeübt haben (unten aa-ee), entspricht die Zuordnung des Leibseins zu den Lebensgütern der historischen Entwicklungsrichtung und bringt den unhintergehbaren Bezug des Leibseins zur menschlichen Physis angemessener zum Ausdruck (unten d).

aa) Verfestigungsprozesse der Persönlichkeit

Lebensgüter und Persönlichkeit sind im Verlauf des 20. Jahrhunderts im privatrechtlichen Verständnis einander ähnlicher geworden. Ungeachtet der unterschiedlichen Ausgangspunkte erleben wir Konvergenzen im Verständnis von Körper, Gesundheit und Persönlichkeit. Was für das Verhältnis von Körper und Gesundheit schon seit Längerem beobachtet wird,⁷⁰ deutet sich ähnlich für das Verhältnis der Lebensgüter zur Persönlichkeit an.⁷¹ Annäherungen haben in beide Richtungen stattgefunden. Einerseits hat der Persönlichkeitsschutz tatbestandliche Verfestigungen erfahren, die langfristig den Weg zu abwägungsfreien Entscheidungsregeln ebnen könnten⁷² und das

⁷⁰ Dies geht soweit, dass in der Praxis eine Unterscheidung zwischen einer Verletzung des Körpers und einer Verletzung der Gesundheit für entbehrlich gehalten wird. Sie sei „praktisch bedeutungslos“, so etwa MünchKommBGB/Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 177; ähnlich die Beobachtung von Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2001, 111: die Abgrenzung sei „zweifelhaft, haftungsrechtlich aber ohne Bedeutung“; für eine Gegenrichtung *Deutsch VersR* 1983 (Beiheft), 93 ff.

⁷¹ Für Gleichwertigkeit von Körperverletzung und Persönlichkeitsverletzung *Freund/Heubel MedR* 1995, 194, 196; weitgehende Annäherungen konstatiert auch *Jansen* (Fn. 39), 487 ff.: Auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht drücke die individuelle Zuweisung eines Rechtsguts [aus]“ und sei „mit einem Postulat möglichst vollständigen Rechtsschutzes verbunden (494), insgesamt also „nicht anders als bei den benannten Rechten und Rechtsgütern“ (489). Darin liegt mehr als die Vorstellung, dass Leben, Körper und Gesundheit ohnehin „Persönlichkeitsrechte“ seien, wie sie bereits nachweislich ist bei *v. Liszt*, *Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1898, 23 ff. Dieser Gedanke findet sich heute in der Vorstellung, dass Leben, Körper und Gesundheit „personalen Bezug“ aufweisen (so etwa MünchKommBGB/Mertens, 3. Aufl. 1997, § 823 Rn. 71) und gesetzlich ausgeformte „Teilgewährleistungen“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind, wie heute besonders von MünchKommBGB/Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 168 betont wird; ähnlich *Staudinger/Haager* (2017), § 823 Rn. B 8.

⁷² Siehe nur *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 80 II (498 f.) und § 80 III (517 ff.), die deshalb resümieren, dass sich das Allgemeine Persönlichkeitsrecht „keineswegs so grundlegend von den ‚klassischen‘ Rechten und Gütern des § 823 I [unterscheidet], wie man auf Grund seiner Generalklauselartigkeit anzunehmen geneigt ist“; gleichsinnig MünchKommBGB/Wagner (Fn. 1) m § 823 Rn. 168, 365. Prognosen in diese Richtung auch schon bei *von Caemmerer*, in: FS für v. Hippel, 1967, 27, 39 f.; *Laufs*, Unglück und Un-

Rahmenrecht zum Platzhalter für ein juristisches Entdeckungsverfahren in Übergangszeiten machen würde.⁷³ Zudem ist der Persönlichkeitsschutz von einem ideellen Ehrenschatz zu einem voraussetzungsloseren Selbstbestimmungsschutz geworden⁷⁴ und auch darin dem Schutz der Lebensgüter ähnlicher geworden. Aber Annäherungen sind auch von der anderen Seite erfolgt. Wir stellen uns die Lebensgüter Körper und Gesundheit nicht mehr als natürlich eindeutig vorgegebene, unveränderliche und offenkundige Güter vor, sondern nehmen sie auch im Recht als gesellschaftlich veränderliche (unten bb), individuell variable (unten cc) und nicht immer offenkundige (unten dd) Güter wahr.

bb) Gesellschaftlichkeit der Lebensgüter

Für die Persönlichkeit besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass es sich dabei um eine gesellschaftliche Kategorie handelt.⁷⁵ Doch unterliegt auch das rechtliche Verständnis der Lebensgüter Körper und Gesundheit sozialitätsabhängigen Veränderungen.⁷⁶ Wie schnell sich die Vorstellungen darüber, was schon oder noch eine Verletzung der Schutzgüter Körper und Gesundheit

recht, 1994, 17: „Die Rahmenrechte erfordern eine Tatbestandsbildung“. Nach *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, 144 ff. werde eine solche tatbestandliche Verfestigung aber immer nur für die Persönlichkeitsgüter wie Bild, Stimme und Name möglich sein (151 ff.), während der Schutz der Persönlichkeitsinteressen wie Ehre, Lebensbild und Identität immer einer Abwägung bedürfe, um jeweils im Einzelfall verhaltensbezogene Unterlassungsansprüche zu entwickeln (200 ff.).

⁷³ So etwa *Deutsch*, Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren, 1976, 20, wonach die Konkretisierung durch Abwägung insgesamt nur als Zwischenstadium, als „entwicklungsnotwendiger Übergang“ erscheint. Die tatbestandliche Verfestigung sei, so später *Deutsch*, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 2. Aufl. 1993, Rn. 207 vielmehr eine „notwendige und wünschenswerte Entwicklung“.

⁷⁴ Eine Persönlichkeitsverletzung setzt keine Ansehensminderung voraus; siehe zu § 12 BGB schon RGZ 74, 308, 310 ff., später bestätigt in BGHZ 81, 75, 79 f. – Carrera; zum Recht am eigenen Bild BGHZ 20, 345, 350 – Paul Dahlke.

⁷⁵ Statt aller *Büchler* AcP 206 (2006), 300, 306.

⁷⁶ Dies wäre nur dann anders, wenn man für Lebensgüter annähme, dass sie anders als die Persönlichkeit überhaupt keiner sozialen Bindung unterlägen. Doch sind subjektive Rechte ohne soziale Bindung unserer Rechtswelt fremd. Dagegen schon *Hubmann* (Fn. 44), 158 f. und 230: Aus dem Zusammenleben ergeben sich „Duldungspflichten“, auch in Bezug auf Beeinträchtigungen der menschlichen Physis; genauso die Betonung bei *Deutsch*, Haftungsrecht. Erster Band: Allgemeine Lehren, 1976, Rn. 60: „Es ist die Aufgabe des Haftungsrechts, den Schutzbereich der Schutzgüter, die nicht außerhalb des Deliktsrechts festgelegt ist, nach dem Zweck der Haftungsnorm für den Geschädigten erträglich und für den Schädiger tragbar zu machen.“ Daher sollen „ganz unerhebliche Beeinträchtigungen“ außer Betracht bleiben, so etwa *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. B 8, z.B. bei der Ansteckung mit einem Schnupfen (Rn. B 24).

darstellt, wandeln, wird bereits daran deutlich, dass es noch nicht so lange her ist, dass ernsthaft daran gezweifelt wurde, ob die „Züchtigung“ eines Kindes⁷⁷ oder die „nur“ mit einer Drohung erzwungene Vergewaltigung einer Frau, insbesondere der Ehefrau,⁷⁸ eine Körperverletzung darstellen. Ähnliche Unsicherheiten begegnen heute im Umgang mit „unvermeidlichen“ Sportverletzungen⁷⁹ oder Kitzeln^{80, 81}. Die immer wieder neu auftkommenden Fragen

⁷⁷ Bis in die ausgehenden 1980er Jahre entsprach die Vorstellung, dass körperliche Züchtigungen grundsätzlich vom elterlichen Erziehungsrecht gedeckt und daher zulässig seien, der überwiegenden Auffassung des familienrechtlichen Schrifttums, siehe nur *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. 1980, § 49 VII (730 f.): zulässig „im Rahmen der für sie bestehenden sozialen Standards“; siehe auch *Giesen*, Familienrecht, 2. Aufl. 1994, Rn. 620: dem Recht sei kein allgemeines Züchtigungsverbot zu entnehmen, daher blieben nicht entwürdigende Züchtigungen zulässig; bis in die jüngere Zeit zweifelnd *Brüggemeier* (Fn. 53), Rn. 186: Es sei problematisch, „eine einfache Ohrfeige ... ohne Weiteres als Körperverletzung zu qualifizieren“, es genüge vielmehr, sie als Beleidigung haftungsrechtlich zu sanktionieren. Einschränkungen sieht auch *Soergel/Spickhoff* (Fn. 1), § 823 Rn. 37: „Leichteste Einwirkungen, die lediglich Missbilligung symbolisieren“ übersteigen nicht die „Unerheblichkeitsschwelle“ des § 823 Abs. 1 BGB; anders bereits *Planck/Strohhal* (Fn. 41), § 823 Anm. B.II.1b sowie *Hubmann* (Fn. 44), 229.

⁷⁸ Siehe aber noch *Planck/Strohhal* (Fn. 41), § 825 Anm. 1 und RGRK/*Hager*, 11. Aufl. 1960, § 825 Anm. 1: Schutz der „weiblichen Geschlechtshere“ nur durch § 825 BGB bzw. gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 174, 176, 177, 179 StGB a.F., d.h. wenn eine Frau zur „außerehelichen Beiwohnung bestimmt worden ist“; zur strafrechtspolitischen Diskussion *Hanack* 47. DJT 1968, A 49 ff. mit der Empfehlung, die „Nötigung zur Unzucht im ehelichen Bereich strafrechtlich nicht zu erfassen.“ Gegen eine Deutung als Körperverletzung aus zivilrechtlicher Sicht etwa *Brüggemeier* (Fn. 53), Rn. 187; dagegen MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 174.

⁷⁹ Siehe *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 10 XIV 1: „unvermeidliche kleinere Beeinträchtigungen“ seien keine Verletzungen i.S. des § 823 Abs. 1 BGB; ähnlich *Deutsch* VersR 1974, 1045: „das übliche Gerangel, Zusammenstöße beim Spiel usw. sind sozialadäquat“; allgemeiner *Looschelders* JR 2000, 265, 270 ff.: haftungsrechtliche Irrelevanz „sport-typischer Risiken“, auch wenn die Verletzungen auf einem Regelverstoß beruhen; anders BGHZ 63, 140, 143: Verletzungen bei regelgerechtem Verhalten würden regelmäßig „in Kauf genommen“, zustimmend *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. B 11; *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“. Die Einwilligung im Privatrecht, 2002, 257 ff.; so auch schon *Hubmann* (Fn. 44), 229.

⁸⁰ So entschieden vom AG Prüm NJW-RR 2005, 534: Es liege schon keine Körperverletzung vor; andernfalls würde verkannt, „dass Kinder Kitzeln ihrer Spielkameraden als angenehm empfinden ... Freilich reagiert der Mensch auf Kitzeln in erster Linie von Natur aus mit unwillkürlich ausgelöstem Lachen und reflexartigen Ausweichbewegungen. Diese Reaktionen gezielt und überraschend herbeizuführen, gehört jedoch gerade zu dem kindlichen Spiel und macht den Reiz und Lustgewinn des Spiels für die hieran beteiligten Kinder aus. Hinzu kommt, dass unter Kindern auch die körperliche Berührung – ähnlich wie bei spielerischem Gerangel und Toben – nicht zur Beeinträchtigung, sondern zur Steigerung des körperlichen Wohlbefindens führt.“

⁸¹ Dagegen sind Mobbing, Straining und Stalking Beispiele dafür, wie neue Prakti-

darüber, was im Recht als Körper und Gesundheit zu schützen ist, spiegeln die vielfältigen außerrechtlichen Veränderungen wider: Unsere Vorstellungen von Körper und Gesundheit beruhen auf gesellschaftlichen Anschauungen und stehen in einem kontinuierlichen Wechselspiel mit medizinischem Wissen, technischen Möglichkeiten, sozialen Praktiken und kulturellen Paradigmen.⁸² Neue Praktiken bilden sich aus⁸³ und führen zu neuen Gefährdungslagen,⁸⁴ und es wird als überhaupt schwierig empfunden, die Trennlinien zwischen normal/unnormal oder gesund/krank zu ziehen.⁸⁵

Diese abnehmende Deutungskraft der Natur für das rechtliche Verständnis der Lebensgüter ging dogmatisch mit einer Abschleifung der zunächst scharf gezogenen Unterschiede zwischen Lebensgütern und subjektiven Rechten einher. Es leuchtete immer weniger ein, warum die Lebensgüter nicht subjektive Rechte darstellen sollen. Während es für *Savigny* noch ganz entscheidend war, zwischen der natürlichen Herrschaft über die eigene Person und der künstlichen Willensherrschaft mittels subjektiver Rechte zu unterscheiden,⁸⁶ und

ken dank gesellschaftlicher Diskurse und entsprechender Begriffsbildung vergleichsweise schnell Eingang in die juristische Bewertung als rechtlich relevante Körper- bzw. Gesundheitsverletzung finden; siehe nur MünchKommBGB/Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 185; *Benecke*, Mobbing, 2005, 17; *Bieszk/Sadtler* NJW 2007, 3382 ff.; *Keiser* NJW 2007, 3387 ff.; *Jansen/Hartmann* NJW 2012, 1540 ff.; für eine Gegenseite *Murer*, in: ders. (Hrsg.), Nicht objektivierbare Gesundheitsbeeinträchtigungen, 2006, 253, 265 ff.: Es handele sich mitunter um „lexigene Gesundheitsschäden“, also Phänomene, die von der Rechtsanwendung „ganz oder teilweise künstlich geschaffen“ würden, etwa nach dem historischen Vorbild der sog. Eisenbahn-Krankheit aus den Anfangsjahren des Schienenverkehrs.

⁸² Die Gesellschaftlichkeit des Körpers ist Gegenstand der Körpersoziologie, die den Körper als Produkt und Produzent von Gesellschaft analysiert; siehe statt vieler *Gugutzer* (Hrsg.), *body turn*, 2006; *Schroer* (Hrsg.), *Soziologie des Körpers*, 2. Aufl. 2012; *Ulle*, *Der Körper, der Leib und die Soziologie*, 2004; *Turner*, *The Body and Society*, 1996; *Shilling*, *The Body and Social Theory*, 1993; als Wegbereiter gilt vielen die Studie von *Mauss*, *Les techniques du corps*, in: *Mauss*, *Sociologie et Anthropologie*, 1950 (13. ed. 2013), 365 ff. Zu den Auswirkungen von Technisierungsprozessen auf das Körperverständnis *Müller*, *Zwischen Mensch und Maschine*, 2010; *Harrasser*, *Körper 2.0*, 2013, 130 ff.

⁸³ Siehe etwa *Schramme*, in: *Ach/Pollmann* (Hrsg.), *no body is perfect*, 2006, 163 ff.

⁸⁴ *van der Walt/Menke* (Hrsg.), *Die Unversehrtheit des Körpers*, 2005.

⁸⁵ *Lutz/Macho/Staupe/Zirden* (Hrsg.), *Der [im-]perfekte Mensch. Metamorphosen von Normalität und Abweichung*, 2003; *Ach/Pollmann* (Hrsg.), *no body is perfect*, 2006; *Winau*, *Krankheitskonzept und Körperkonzept*, in: *Kamper/Wulf*, *Die Wiederkehr des Körpers*, 1982, 285 ff.

⁸⁶ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840 § 53. Die von *Savigny* aufgeworfene Frage und seine Begriffsbildung haben die weitere Diskussion entscheidend geprägt; Nachzeichnung bei *Scheyhing* AcP 158 (1958/1959), 503, 516 ff.

viele ihm bis in das 20. Jahrhunderts darin folgten,⁸⁷ klingt es schon bei *Windscheid* danach, als könne die Frage, ob Lebensgüter subjektive Rechte seien, dahinstehen, weil jedenfalls unzweifelhaft sei, dass aus ihrer Verletzung „selbständige Rechte“ resultieren.⁸⁸ Inzwischen wird der Unterscheidung zwischen natürlicher Willensherrschaft und Rechtsmacht, wie sie ursprünglich in der Gegenüberstellung von Lebensgütern und Rechten angelegt war, kaum noch Erklärungswert beigemessen.⁸⁹ Die Rechtsentwicklung ist über *Savignys* Einwand, an der eigenen Person könnten keine Rechte bestehen, sichtlich hinweggegangen.⁹⁰ Dies spiegelt sich auch sprachlich wider: Aus den Lebensgütern (*Enneccerus*, *Heck*) wurden zunächst Persongüter (*Deutsch*), und heute wird die Bezeichnung als Rechtsgüter bevorzugt.⁹¹ Damit geht einher, dass die frühere Leitdifferenz zwischen Lebensgütern und subjektivem Recht im Hinblick auf ihre Verfügbarkeit und Entgeltfähigkeit zum bloßen Ausgangspunkt mit abnehmendem Erklärungswert geworden ist.⁹² Auch wenn die Lebensgüter

⁸⁷ *Enneccerus/Kipp/Wolf*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Abt., 9. Bearb. 1923, §§ 450 f. (647 ff.), weitergeführt bei *Enneccerus/Lehmann*, Bd. 2, 12. Bearb. 1932, § 227 sowie *Heck*, Grundriss des Schuldrechts, 1929, §§ 145, 148.

⁸⁸ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 9. Aufl. 1906 (2. Neudruck 1984), § 40.

⁸⁹ Während sich *Hubmann* (Fn. 44), 128 ff. noch eingehend mit den daraus resultierenden „Einwänden gegen ein Persönlichkeitsrecht“ auseinandersetzt, kann *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, 42 ff. der Unterscheidung ungeachtet aller Einwände noch „Sinn“ beimessen, während nach *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 76 I 1 a (374) deliktsrechtlich „dieser Unterschied ... keine Rolle [spielt] und daher keiner Vertiefung [bedarf].“ Inzwischen mehrten sich Darstellungen, in denen § 823 Abs. 1 BGB insgesamt verstanden wird als Haftung für die Verletzung subjektiver Rechte, siehe nur *MünchKommBGB/Wagner* (Fn. 1), § 823 vor Rn. 162 ff. und *Kötz/Wagner*, Deliktsrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 135 ff.; Nachzeichnung der Diskussion im 20. Jahrhundert bei *Jansen* (Fn. 39), 466 ff.

Auch der BGH sprach sich zunächst gegen die Vorstellung aus, dass es sich auch bei den Lebensgütern Körper und Gesundheit um absolute, subjektive Rechte handele (BGHZ 8, 243, 246 f. – Lues). Doch sollte damit nur betont werden, dass Körper und Gesundheit dem Recht vorgegeben und nicht erst durch das Recht konstituiert würden wie das Eigentum (aaO.; dazu auch noch unten, D.). Ihre Wirkung beschreibt der BGH im Weiteren so, wie wir es heute mit der Vorstellung vom absoluten, subjektiven Recht beschreiben würden: „Jede Entziehung oder Störung, die von einem Menschen herrührt und die natürliche Entfaltung hindert oder beeinträchtigt, ist eine Verletzung dieser Rechtsgüter.“

⁹⁰ So das Fazit von *Ohly* (Fn. 78), 188 ff.

⁹¹ Siehe nur *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 76: „Die Verletzung von Rechten und Rechtsgütern gemäß § 823 I BGB“; *Deutsch/Abrens* (Fn. 55), § 14: „Verletzung von Rechtsgütern und Rechten: § 823 Abs. 1“; *Deutsch AcP* 192 (1992), 162, 166: „Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit“.

⁹² Beispielfhaft *Ohly* (Fn. 78), 187 ff.: „gemeinsame Struktur“ (189). – In außerrechtlichen Diskursen ist diese Entwicklung als „grundstürzend“ wahrgenommen worden,

ter eher als unverfügbar gelten⁹³ und Kommerzialisierungstendenzen zumeist kritisch gesehen werden,⁹⁴ dient die Natur nicht mehr als Grenzstein in diesen Fragen: Die Entscheidung über Verfügbarkeit und Entgeltfähigkeit wird als normative, also genuin rechtliche und veränderliche Entscheidung wahrgenommen.⁹⁵

cc) Variabilität der Lebensgüter

Auch in anderen Beziehungen erfasst die Kontrasterzählung von der paradigmatischen Unterschiedlichkeit von Lebensgütern und Persönlichkeit das heutige Rechtsverständnis nur unzulänglich. Neben der gesellschaftlichen Prägung der Lebensgüter sieht sich das Recht mit ihrer Variabilität konfrontiert. Längst hat das Recht die Möglichkeit unterschiedlicher Konstitution der menschlichen Physis und ihrer genetischen, sozialen und psychischen Bedingungen zur Kenntnis genommen. Dies lässt sich an den zahlreichen Urteilen ablesen, in denen der BGH dem Einwand begegnet, der Geschädigte habe eine besonders schwache Konstitution⁹⁶ oder eine Schadensdisposition⁹⁷ gehabt, beweise eine „besondere seelische Labilität“⁹⁸ oder habe durch indi-

siehe die Nachzeichnung bei *Gehring*, in: Schürmann (Hrsg.), *Menschliche Körper in Bewegung*, 2002, 41, 56 ff. und später nochmals *dies.*, *Was ist Biomacht?*, 2006, 34 ff: „Umbruch“.

⁹³ Historisch von *Gierke*, *Deutsches Privatrecht*, Bd. I: Personenrecht und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010 (unveränderter Nachdruck der 2. Aufl. 1936), § 82 I; aus heutiger Sicht siehe nur *Deutsch/Abrens* (Fn. 55), Rn. 231: Körper und Gesundheit sind „von der Natur der Sache her dem Träger des Gutes zugewiesen und können nicht an einen anderen weitergegeben werden“; *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 76 I 1a (374): Körper und Gesundheit sind „unveräußerlich“.

⁹⁴ Beispielhaft die Position von *Peifer* (Fn. 71), 291 ff.: die Zuerkennung von Eigentumsrechten an persönlichen Attributen trage „individualitätsgefährdende Tendenzen“ in sich; für eine Gegenseite *Götting*, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, 1995, insbes. 41 ff., 108 ff., 134 ff. Zur Begründbarkeit von Kommerzialisierungsverboten *Taupitz* (Fn. 61).

⁹⁵ Mit dieser Betonung *Büchler* AcP 206 (2006), 300, 323 f.; gleichsinnig schon *Hubmann* (Fn. 44), 132 ff.; besonders deutlich ablesbar bei *Obly* (Fn. 78), 195 f.: der „Zuschnitt“ des jeweiligen Rechts entscheidet über den Umfang der Dispositionsbefugnis. Unversehens haben sich dabei die Vorzeichen verändert: Es wird nun nach den „Grenzen der Dispositionsbefugnis“ gefragt (*Obly*, aaO., 397 ff.).

⁹⁶ BGHZ 20, 137, 139: „gesundheitlich schon geschwächter Mensch“; BGHZ 107, 359, 363: „konstitutionelle Schwäche“.

⁹⁷ BGHZ 132, 341, 345: der Verletzte sei „infolge von körperlichen Anomalien oder Dispositionen zur Krankheit besonders anfällig gewesen“; ähnlich BGHZ 137, 142, 145.

⁹⁸ BGHZ 132, 341, 345.

viduelle „Fehlverarbeitung“ reagiert.⁹⁹ Diese gestiegene Sensibilität der Haftungspraxis für individuelle konstitutionelle Unterschiede lässt sich zugleich als eine rechtliche Antwort auf den von soziologischer Seite schon seit Längerem kritisch geführten Gleichheitsdiskurs um Körper und Gesundheit verstehen.¹⁰⁰

dd) Unsichere Offenkundigkeit der Lebensgüter

Die Einsicht in die gesellschaftliche Veränderlichkeit und individuelle Unterschiedlichkeit der Lebensgüter hat ihnen schließlich auch an Offenkundigkeit genommen.¹⁰¹ Die individuelle Konstitution der menschlichen Physis, Schadensanlagen und psychische Dispositionen gelten ohne Weiteres als schutzwürdig,¹⁰² auch wenn sie nicht äußerlich ablesbar und daher dem „räumlichen Schutzbereich“¹⁰³ der Lebensgüter zuzuordnen sind, während dies umgekehrt für einzelne Persönlichkeitsgüter wie Name oder Bild regel-

⁹⁹ Vgl. BGHZ 132, 341, 345; die Zurechenbarkeit verneinend aber BGH NJW 1986, 777, 779; BGH NJW 2012, 2964 – Begehrensneurose; zustimmend etwa *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 76 II (378); *Staudinger/Hager* (2017), Rn. B 8 Fn. 46.

¹⁰⁰ Mit zunehmender Gestaltbarkeit des Körpers hat auch die Ungleichheitsrelevanz des Körpers zugenommen. Dies wird etwa mit Blick auf „Prothesen-Körper“ (dazu *Schneider*, in: Schroer [Hrsg.], *Soziologie des Körpers*, 2. Aufl. 2012, 371 ff.) oder angesichts der gentechnischen Veränderlichkeit diskutiert (*Buchanan* et al. [Hrsg.], *From Chance to Choice*, 2000; *Dworkin*, *Genes, Clones, and Luck*, 2000); für eine soziologische Kritik *Koppetsch* (Hrsg.), *Körper und Status*, 2000.

¹⁰¹ Daher kann es auch immer weniger überzeugen, Offenkundigkeit als konstitutives Merkmal absoluter Rechte anzusehen. Dennoch wird Offenkundigkeit in langer Tradition als Charakteristikum absoluter Rechte angesehen. Ein Interesse sei nur dann absolut, also gegen jedermann geschützt, wenn es „offenkundig“ und allgemein erkennbar sei. Der Zivilrichter, so *Jhering*, *Geist des römischen Rechts* auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 5. Aufl. 1906 (1968), 354, könne nur diejenigen Interessen schützen, „welche die Gestalt fester Körper an sich tragen“; gleichsinnig später etwa *Enneccerus/Lehmann* (Fn. 86), § 227: „Der absolute und generelle Rechtsschutz bedarf wegen seiner weitreichenden Wirkung einer deutlichen und bestimmten Ausprägung seines Inhalts und Umfangs, wie sie bei der dinglichen Rechts Herrschaft durch weitgehende Offenkundigkeit und bei den vier in § 823 I genannten Lebensgütern durch sinnfällig Verkörperung gewährleistet ist“; *Nipperdey* NJW 1967, 1985, 1987 ff.: „klar umrissene“ absolute Rechte; *Fabricius* AcP 160 (1961), 273, 289 ff.: erforderlich sei „sozialtypische Offenkundigkeit“; genauso *Larenz/Canaris* (Fn. 53), § 80 I 1 (491).

¹⁰² Siehe abermals BGHZ 132, 341, 345; 137, 142, 145.

¹⁰³ So die Betonung bei *Laufs*, *Unglück und Unrecht*, 1994, 19, der einen „gesetzlich fest umgrenzten, räumlichen Schutzbereich des Körpers“ annimmt; genauso *Rohe* AcP 201 (2001), 117, 129: generell müssten Rechtsgüter „hinreichend verkörpert und damit ‚lokalisierbar‘ sein“.

mäßig der Fall sein wird.¹⁰⁴ Überhaupt wird in Zweifel gezogen, ob es richtig sei, Erkennbarkeit und Offenkundigkeit nur „festen Körpern“¹⁰⁵ zuzuschreiben, da auch Offenkundigkeit erst aus der Kulturanschauung bestimmt werden könne,¹⁰⁶ also letztlich auf unscharfe und kontingente Abgrenzungen hinauslaufe. Auch in diesem Punkt haben sich Lebensgüter und Persönlichkeit einander angenähert und an paradigmatischer Unterschiedlichkeit verloren.

ee) Zwischenstand

Lebensgüter und Persönlichkeit haben also in vielen Beziehungen an Unterschiedlichkeit verloren. Das Recht versteht die Lebensgüter als gesellschaftlich mitgeprägte Kategorien (oben bb), konzipiert sie nicht als gleiche, invariable Güter (oben cc) und knüpft ihren Schutz nicht an Offenkundigkeit (oben dd). Damit sind wesentliche Einwände entkräftet, die sich gegen die dogmatische Zuordnung des Leibseins zu den Lebensgütern Körper und Gesundheit erheben lassen.¹⁰⁷

d) Leibsein als Lebensgut

Stehen Kontingenz, Variabilität und geringere Visibilität einer rechtlichen Zuordnung des Leibseins zu den Lebensgütern Körper und Gesundheit nicht grundsätzlich entgegen, so bleibt doch noch positiv zu begründen, warum der sich in der Rechtsprechung abzeichnende Entwicklungspfad für einen rechtlichen Schutz des Leibseins über die Lebensgüter Körper und Gesundheit in die richtige Richtung weist.

Man kann hierzu auf mehreren Ebenen argumentieren. Vom Ergebnis her gedacht wird mit dieser Zuordnung ein deliktischer Schutz des Leibseins begünstigt.¹⁰⁸ Rechtspolitisch liegt darin also eine Stärkung der Leiborientie-

¹⁰⁴ In dem Versuch, einen allgemeinen Verletzungstatbestand des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu formulieren, verlangt auch *Peifer* (Fn. 71), 252 ff. generell die „Erkennbarkeit“ der Person; entscheidend sei, ob eine Person „in ihrem persönlichen Umfeld“ von einer hinreichenden Zahl aus ihrem Bekanntenkreis „erkannt“ werde. Dieser Maßstab lässt sich übertragen auf die hier noch interessierende Frage, wann Leibsein durch äußerlichen Bezug zur menschlichen Physis erkennbar ist (dazu noch unten, C.II.2.b).

¹⁰⁵ Angelehnt an *Jhering* (Fn. 100), 354.

¹⁰⁶ *Hubmann* (Fn. 44), 142; dies räumt auch *Fabricius* AcP 160 (1961), 273, 291 ein, wenn er die „aufgrund unserer Sozial- und Kulturauffassung selbstverständliche ... Erkennbarkeit“ als „sozialtypische Erkennbarkeit“ genügen lassen will, doch zielt er damit anders als *Hubmann* nur auf sinnlich wahrnehmbare Gegenstände.

¹⁰⁷ Siehe bereits oben C.II.1.a. bei Fn. 55–57.

¹⁰⁸ Siehe oben C.II.1.b.

zung des Deliktsrechts. Die damit erreichbare Leiborientierung hat allerdings ihren Preis: erstens verschwimmt die Unterscheidung von Leib und Körper, und zweitens wird es unumgänglich, die Reichweite des deliktischen Schutzes des Leibseins tatbestandlich zu fassen, da sie nicht der Abwägung im Einzelfall überlassen werden kann. Wäre von vornherein absehbar, dass tatbestandliche Maßstäbe über die Schutzwürdigkeit des Leibseins nicht gewinnbar sind, müsste es sinnlos erscheinen, auf der Zuordnung des Leibseins zu den Lebensgütern zu beharren. Aber so liegen die Dinge hier nicht, wie noch im Einzelnen zu zeigen ist.¹⁰⁹

Hinzu kommen Einsichten über die grundsätzliche Entwicklungsrichtung im Verhältnis von Körper, Gesundheit und Persönlichkeit, die den von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg, den Schutz des Leibseins über die Lebensgüter Körper und Gesundheit zu thematisieren, nahelegen. Denn die Anerkennung des rechtlichen Persönlichkeitsschutzes ist von Anfang an als eine geschichtliche Entwicklung geschildert worden.¹¹⁰ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gilt als Generalklausel, deren Inhalt sich nicht abschließend aufzählen lässt, sondern das Ergebnis von immer wieder neu ausgelösten Suchbewegungen und anschließenden Verfestigungsprozessen ist.¹¹¹ Sobald solche Suchbewegungen zu einem vorläufigen Abschluss gefunden haben und sich in Gestalt besonderer Ausprägungen der Persönlichkeit verfestigen, entstehen den Lebensgütern angenäherte besondere Persönlichkeitsgüter. Der Schutz des eigenen Namens ist inzwischen ähnlich verfestigt wie der Schutz von Körper und Gesundheit, so dass es sich um ein Persönlichkeitsgut handelt, das den Lebensgütern vergleichbar ist. Und genauso lässt sich in die Gegenrichtung betonen, dass die Lebensgüter Körper und Gesundheit ihrerseits historisches Ergebnis solcher Verfestigungsvorgänge sind.¹¹² Körper und Gesundheit gelten daher auch als „Teilgewährleistungen“¹¹³ der Persönlichkeit.¹¹⁴ Dahinter steht die Vorstellung, dass die Person „vom Körper aus[geht]“.¹¹⁵ In

¹⁰⁹ Dazu sogleich unten, C.II.2.b.

¹¹⁰ Siehe nur von *Gierke* (Fn. 92), § 81 I; genauso die Deutung bei *Scheyhing* AcP 158 (1958/1959), 503, 523 f.

¹¹¹ Plastisch BGHZ 24, 72, 78: „Quellrecht“; mit dieser Betonung etwa *Hubmann* (Fn. 44), 136 ff.

¹¹² Siehe schon von *Gierke* (Fn. 92), § 82 I; später etwa *Hubmann* (Fn. 44), 220 ff.

¹¹³ So MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 168.

¹¹⁴ In diese Richtung schon Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. II, 1898 (Nachdruck 1997), Prot. § 150 E I § 704; E II § 746 (568): Der Rechtskreis des Einzelnen umfasse „seine sogen. Persönlichkeitsrechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit ...“ Gleichsinnig *Deutsch* AcP 192 (1992), 162, 166: das Persönlichkeitsrecht verberge sich „hinter den Rechtsgütern“ Körper und Gesundheit; siehe auch *Taupitz* NJW 1995, 745.

¹¹⁵ *Deutsch* AcP 192 (1992), 161, 173; diese Vorstellung findet sich auch schon bei

diese Richtung geht es auch, wenn innerhalb des Schutzes der Persönlichkeit zwischen Kern- und Randbereichen unterschieden wird und dabei Körper und Gesundheit dem innersten Kreis personaler Äußerung zugeordnet werden.¹¹⁶ Alles zusammen genommen ist das Verhältnis der Lebensgüter Körper und Gesundheit zur Persönlichkeit daher weniger eines von Alternativität als eines von *Spezialität*. Indem der BGH den Schutz von Substanzen der menschlichen Physis und die eigenmächtige Heilbehandlung über die Lebensgüter Körper und Gesundheit thematisiert, stellt er sich also in Einklang mit der großen Erzählung von der allmählichen Ausprägung besonderer Persönlichkeitsgüter und dem allgemein angenommenen Spezialitätsverhältnis von Persönlichkeit, Körper und Gesundheit.

Die Entscheidung, das Leibsein über die speziellen und verfestigten Lebensgüter Körper und Gesundheit und nicht über das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu thematisieren, würde allerdings in einem anderen Licht erscheinen, wenn sich gar kein Bezug zu den Lebensgütern Körper und Gesundheit ausmachen ließe. Dann verfängt die Erzählung von der großen Entwicklungsrichtung und dem Spezialitätsverhältnis nicht. Doch ist dies wegen des *Bezugs* des Leibseins *zur menschlichen Physis* gerade nicht der Fall. Auch wenn die besonderen Lebensgüter und der allgemeine Schutz der Persönlichkeit einander ähnlicher geworden sind (oben C.II.1.c), bleiben Materialität und Bezug zur menschlichen Physis charakteristisch für die spezielleren Lebensgüter und erklären ihren herausgehobenen Rang als „Kernbereich“ der Persönlichkeit.¹¹⁷ Vor diesem Hintergrund müsste es asynchron erscheinen und würde einen Bruch mit der großen Entwicklungsrichtung bedeuten, den Schutz der menschlichen Physis in Gestalt des Leibseins über die Persönlichkeit zu entwickeln. Es gilt daher, den vom BGH eingeschlagenen Weg, den deliktischen Schutz des Leibseins über die Lebensgüter Körper und Gesundheit zu entwickeln, weiterzugehen.

Hubmann (Fn. 44), 133: „Die Interessen der Person sitzen ihr teils dicht auf dem Leibe [sic], teils verlaufen sie langsam in unendliche Fernen.“ Genauso *Forkel* JZ 1974, 594: das Recht am Körper als „ein Persönlichkeitsrecht, das ein fundamentales Recht des Menschen schützt“.

¹¹⁶ Siehe nur *Büchler* AcP 206 (2006), 300, 306 ff.

¹¹⁷ Dieser Gedanke findet sich auch bei *Taupitz* AcP 191 (1991), 201, 210: der herausgehobene Rechtsstatus von „Körpermaterialien“ – dort allerdings über das allgemeine Persönlichkeitsrecht – wird damit erklärt, dass die Substanz „einmal physischer Bestandteil“ des Rechtsinhabers war.

2. Maßstababildung

Damit kann der Frage, wie sich auf der Tatbestandsebene rechtlich erhebliche von rechtlich unerheblichen Beeinträchtigungen des Leibseins unterscheiden lassen, nicht ausgewichen werden.¹¹⁸ Rechtspolitisch ließe sich sowohl für einen tendenziell weitgehenden Schutz des Leibseins als auch für einen tendenziell beschränkten Schutz des Leibseins eintreten: Praktikabilitätsabwägungen sprechen für enge Grenzziehungen; der hohe Rang der menschlichen Physis spricht dafür, den Kreis der deliktisch erfassten Beeinträchtigungen des Leibseins weit zu ziehen. Es sind dies Argumente, die so oder ähnlich in der Rechtsprechung immer wieder begegnen, um Weichenstellungen in die eine oder andere Richtung zu begründen.¹¹⁹ In ihrer Grundsätzlichkeit helfen sie jedoch nur wenig weiter, wenn es darum geht, spezifischer zu erklären, warum eine bestimmte Beeinträchtigung rechtlich erheb-

¹¹⁸ Eine wiederum andere Frage ist die haftungsrechtliche Frage der Ersatzfähigkeit. Beeinträchtigungen des Leibseins, die nicht zugleich objektivierbare, nachweisliche Verletzungen der menschlichen Physis sind, werden regelmäßig nur immaterielle Schäden darstellen, so dass sie allenfalls zu Schmerzensgeldansprüchen führen. Die insgesamt beobachtbare „Ausweitungstendenz“ im deutschen Recht (*Deutsch* 45. DJT, 1964, 58, 134; *Schubert*, Die Wiedergutmachung immaterieller Schäden im Privatrecht, 2003, 107 ff., 628 ff.; *Walter*, Geschichte des Anspruchs auf Schmerzensgeld bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2004, insbes. 423 ff.; *HKK/Jansen*, §§ 249–253 [2007] Rn. 54–57), auch durch die Einführung des Hinterbliebenengelds mit BGBl. I 2017, 2421 begünstigt die Ersatzfähigkeit primärer oder sekundärer Beeinträchtigungen des Leibseins. Der Zuerkennung von Schmerzensgeld steht weder die Inkommensurabilität von Einbußen entgegen (dagegen bereits *Deutsch*, aaO., 142 ff.), noch ist objektive Nachweislichkeit eines Schmerzes erforderlich, wie sich daran ablesen lässt, dass Schmerzensgeld auch bei vollständigem Verlust der Wahrnehmungsfähigkeit zugesprochen wird (so BGHZ 120, 1, 5 ff.; mit anderer Begründung *Lorenz*, in: FS für *Wiese*, 1998, 261 ff.: „Lebensführungsschaden“). Auch die funktionale Öffnung des Schmerzensgelds für Genugtuung (BGHZ 18, 149, 151 ff.; zustimmend *Lange/Schiemann*, Hdb. des Schuldrechts: Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 7 V 2 [438 ff.]) und Prävention (BGHZ 128, 1, 15 f. – *Caroline von Monaco*; zustimmend *Wagner* AcP 206 [2006], 352, 460 ff.) überwindet Einwände gegen die Ersatzfähigkeit von Beeinträchtigungen des Leibseins.

¹¹⁹ Um nur einige Beispiele zu geben; In BGHZ 55, 146, 151 werden deliktische Ersatzpflichten mit dem Argument begrenzt, es bestehe ansonsten die Gefahr einer „unübersehbaren Ausdehnung“, gleichlautend in BGHZ 65, 171, 174 f. Zuletzt wandte der BGH in BGHZ 176, 342, 347 Rn. 19 die Gefahr einer „uferlosen Haftung“ ein. In der Gegenrichtung argumentiert der BGH zur Bejahung einer Ersatzpflicht etwa mit dem „besonderen Wesen der Lebensgüter“ (BGHZ 8, 243, 247 f.), mit der allgemeinen Ausrichtung der deliktischen Verhaltenspflichten „auf Integritätsschutz“ (BGHZ 86, 240, 251 f.) oder stützt die Bejahung von Ersatzpflichten darauf, dass das Haftungsrecht einer „naturgegebene[n] Tatsache ... Rechnung tragen“ müsse (BGHZ 58, 48, 51).

lich sein soll, eine andere dagegen nicht.¹²⁰ Auch der kursorische Hinweis auf die Zwecke des Haftungsrechts bezeichnet eher die zu bewältigende Aufgabe als das Ergebnis.¹²¹

a) *Untauglichkeit medizinischer und sozialer Bewertungen*

Möglicherweise kommt als erstes in den Sinn, über den deliktischen Schutz des Leibseins anhand von medizinischen oder sozialen Bewertungen zu entscheiden. Doch taugen der medizinische Krankheitsbegriff, Vorstellungen zum Behandlungsbedürfnis sowie Bewertungen anhand der Verkehrsanschauung, Normalität, Nachvollziehbarkeit und Sichtbarkeit nicht zur Abgrenzung von deliktisch erheblichen und unerheblichen Beeinträchtigungen des Leibseins, weil sie die Eigentümlichkeit des Leibseins als gespürte Erfahrung verfehlen.¹²² Wenn man sich auf einen deliktischen Schutz des Leibseins einlässt, wäre es widersprüchlich, über die Schutzwürdigkeit nach Kriterien zu entscheiden, die sämtlich auf eine Ausgrenzung des Leibseins zielen. Dies wäre nur ein Umweg, um dem Leibsein im Ergebnis doch keinen deliktischen Eigenwert beizumessen. Daher finden sich Verkehrsanschauung, Nachvollziehbarkeit oder medizinische Relevanz auch nicht in den Entscheidungen wieder, in denen der BGH letztlich eine Schutzwürdigkeit des Leibseins bejaht hat. Dies ist umso bedeutungsvoller, als die Rechtsprechung ansonsten im Umgang mit nicht-somati-

¹²⁰ So auch die Kritik von *Schiemann*, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, 1981, 154 f. an der Verwendung des Uferlosigkeits-Topos'.

¹²¹ Mit *Jansen* (Fn. 39), 33 ff. ist zwischen dem primären Ziel, einen *gerechten* Ausgleich zu gewährleisten, und sekundären Zielen – insbesondere Prävention (dazu *Wagner* AcP 206 [2006], 352, 451 ff.), soziale Steuerung, Schadensverteilung unter kollektiven Schadensträgern – zu unterscheiden. Zumeist wird das primäre Haftungsziel schlicht als „Kompensation“ benannt, ohne die inhärente Wertungsabhängigkeit der Entscheidung über den Grund der Haftung zu betonen. Dies erfasst das geltende Recht aber schon deshalb nur unzulänglich, weil ansonsten prinzipiell jeder Schaden ausgleichspflichtig sein müsste, ohne dass es auf Zurechnung und Verschulden ankommen könnte; wie hier *Kötz*, in: FS für Steindorff, 1990, 643 ff.

¹²² Hinzu kommt, dass auch vermeintlich objektivierbare Unterscheidungen über Normalität, Verkehrsanschauung und Krankheit aufgrund ihrer Unschärfe und ihrer Kontextabhängigkeit nur begrenzte Orientierungskraft in den juristischen Debatten haben. Dies gilt insbesondere für den Krankheitsbegriff. Innerhalb der Medizin werden naturalistische (beschreibende) von normativen (wertenden) Krankheitsverständnisse unterschieden, und es besteht weithin Einvernehmen über die Veränderlichkeit des Krankheitsbegriffs und seine Abhängigkeit von (rechtlichen) Funktionszusammenhängen (Relativität), siehe nur *Beck* (Hrsg.), *Krankheit und Recht*, 2017; *Hucklenbroich/Buyx* (Hrsg.), *Wissenschaftstheoretische Aspekte des Krankheitsbegriffs*, 2013; *Schramme* (Hrsg.), *Krankheitstheorien*, 2012; *Huster*, in: *Rauprich/Vollmann* (Hrsg.), *Die Kosten des Kinderwunsches*, 2012, 37 ff.

schen (psychischen) Gesundheitsbeeinträchtigungen durchaus damit argumentiert, ob ein „von den normalen körperlichen Funktionen nachteilig abweichender Zustand“¹²³ vorliegt, ob eine psychische Reaktion „Krankheitswert“¹²⁴ hat, „pathologisch fassbar“ ist¹²⁵ oder „nach der allgemeinen Verkehrsanschauung als Verletzung des Körpers oder der Gesundheit betrachtet wird“¹²⁶.¹²⁷ Vielmehr hat der BGH die Herbeiführung einer Schwangerschaft als Körperverletzung angesehen, obwohl eine Schwangerschaft medizinisch und gesellschaftlich als „normaler“ Vorgang gilt; die eigenmächtige Heilbehandlung wird als Körperverletzung angesehen, obwohl sie medizinisch indiziert ist und objektiv zu einer Verbesserung der menschlichen Physis führt, und die Vernichtung einer Spermaprobe galt dem BGH als Körperverletzung, obwohl dadurch die äußere menschliche Physis nicht angetastet wurde.

b) *Leibwille und Bezug zur menschlichen Physis*

Was die bislang anerkannten Fallgruppen deliktisch relevanter Beeinträchtigungen des Leibseins allerdings eint, ist, dass es jeweils einen erweislichen, zuvor gebildeten Willen gibt, über den sich Handelnde hinwegsetzen, und dass ein äußerlicher Bezug zur menschlichen Physis auf die Möglichkeit eines solchen Willens hinweist. Die nicht oder anders gewollte Schwangerschaft, die versehentlich vernichtete Spermaprobe und die Heilbehandlung, in die nicht eingewilligt wurde, beeinträchtigen nicht nur eine subjektive Befindlichkeit, sondern setzen sich über einen gebildeten *Leibwillen* hinweg. In allen diesen Fällen ist nicht nur ein diffuses, vorsprachliches Wohlergehen berührt,

¹²³ So BGHZ 114, 284, 289 – HIV-Infektion.

¹²⁴ So BGHZ 132, 341, 344; 172, 263, 265 f. Generell für Maßgeblichkeit des medizinischen Krankheitswerts MünchKommBGB/Wagner (Fn. 1), § 823 Rn. 177, 189; Larenz/Canaris (Fn. 53), § 76 II (377); ähnlich Staudinger/Hager (2017), § 823 Rn. B 20: entscheidend sei, ob aus medizinischer Sicht ein Behandlungsbedürfnis oder aber Arbeitsunfähigkeit vorliege.

¹²⁵ Vgl. BGHZ 192, 34, 36.

¹²⁶ BGHZ 56, 163, 165 – Schockschäden; dazu die Kritik von MünchKommBGB/Wagner § 823 Rn. 190 sowie Soergel/Spickhoff (Fn. 1), § 823 Rn. 38. In anderen Fällen hat der BGH aus ähnlich verwurzelten Gründen die Zurechnung verneint, weil eine psychische Reaktion „schlechterdings nicht mehr verständlich ist“, so BGHZ 132, 341, 346; BGH NJW 2012, 2964. Für einen solchen Normalitätsmaßstab etwa Brüggeleier (Fn. 53), Rn. 191, der eine Gesundheitsverletzung annimmt, wenn eine Beeinträchtigung über das „psycho-soziale ‚normale‘ Maß“ hinausgeht. – Soweit es um Drittschadens-Fälle geht, also in den sog. Schockschadensfällen, dienen solche tatbestandlichen Erheblichkeitsschwellen aber zugleich der Begründung der Zurechnung.

¹²⁷ Indes hat der BGH in NJW 2003, 1116, 1117 im Umgang mit Verletzungen der Halswirbelsäule (HWS-Schleudertrauma) eine „Harmlosigkeitsgrenze“ ausdrücklich abgelehnt; kritisch MünchKommBGB/Wagner § 823 (Fn. 1), Rn. 175.

sondern jeweils eine entschiedene Haltung zu einem bestimmten Umgang mit der eigenen Physis, die sich auf die Selbsterfahrung niederschlägt, etwa in Gestalt der Entscheidung, mit Sperma eines bestimmten Mannes schwanger zu werden oder eine bestimmte Behandlung zu wünschen. Hinzu kommt in allen diesen Fällen, dass aufgrund des objektiven, äußerlich wahrnehmbaren Bezugs zur menschlichen Physis erkennbar war, dass ein solcher Leibwille bestehen könnte. Die bislang vorhandenen Wegmarken des positiven Rechts lassen sich rekonstruieren als Anerkennung eines deliktischen Schutzes für die Verletzung eines gefassten, auf die menschliche Physis bezogenen Leibwillens. Sobald die menschliche Physis als Körper wahrnehmbar ist, eröffnet sich die Möglichkeit eines über den Schutz des Körpers hinausgehender Schutz des Leibseins, wenn ein entsprechender Leibwille gefasst ist. Oder anders gewendet: Ohne dass die menschliche Physis als Körper in Erscheinung tritt, werden Leiberfahrungen nicht deliktiserheblich. Ein rechtlicher Schutz des Leib-Seins setzt ein Körper-Haben voraus, erschöpft sich dann aber nicht in dem Schutz dessen, was als Körper wahrnehmbar ist, sondern kann darüber hinaus gehen. Damit ist ein Maßstab benannt, anhand dessen differenzierend über die deliktische Schutzwürdigkeit von Beeinträchtigungen des Leibseins entschieden werden kann.

c) Weiterführungen

aa) Substanzen der menschlichen Physis

Anhand des Erfordernisses eines gefassten Leibwillens bei äußerlichem Bezug zur menschlichen Physis lässt sich erstens erklären, dass es für den deliktischen Schutz von Substanzen der menschlichen Physis nicht darauf ankommen sollte, welche objektive Bedeutung sie für die Körperfunktionen des Spenders haben, sondern nur darauf, ob sie als „eigen“ erfahren werden. Mit Körper und Gesundheit ist dann nicht nur ein bestimmter status quo von Integrität, sondern ein „Weiterbestimmungsrecht“¹²⁸ geschützt. Was für nicht-regenerierbare Teile der menschlichen Physis (Organe) sowie für Gewebe durch das Transplantationsgesetz inzwischen ausdrücklich positiviert ist, könnte dann den Entwicklungspfad für den Umgang mit sämtlichen Substanzen der menschlichen Physis bilden. Genauso wie der BGH für die letzte Samenspende entschieden hat, wäre daher auch für jede frühere, wiederholbare Samenspende zu entscheiden, wenn der Spender den Willen gefasst hatte, die Spende als eigene und für sich zu verwenden und sie daher nach wie vor

¹²⁸ Angelehnt an *Forkel* JURA 2001, 73 ff.; *dens.* JZ 1974, 593 ff.

als zu sich gehörig („lebendig eigen“) begreift.¹²⁹ Der äußerliche Bezug zur menschlichen Physis liegt in sämtlichen Fällen darin, dass es sich um Substanzen der menschlichen Physis handelt, so dass für Dritte erkennbar ist, dass ein von der ersten Evidenz abweichender Leibwille im Sinne eines „dies ist immer noch mein Leib“-Wille gebildet sein könnte.

bb) Prothesen und Phantomglieder

Nach diesem Maßstab lässt sich auch über die deliktische Einordnung von zerstörten Prothesen entscheiden. Darin liegt tatbestandlich eine Verletzung des Lebensguts Körper, solange eine Prothese als Teil der menschlichen Physis erkennbar ist (äußerlicher Bezug zur menschlichen Physis) und sie von ihrem Verwender als eigen begriffen wird (gefasster Leibwille).¹³⁰

Dagegen bedeutet die Verletzung von nur gefühlten, aber nicht erkennbaren Teilen (Phantomgliedern) mangels äußerlichen Bezugs zur menschlichen Physis auch dann keine das Leibsein berührende Beeinträchtigung von Körper oder Gesundheit, wenn ein gefasster Leibwille nachweislich sein sollte. Das in der Leibphilosophie paradigmatisch angeführte Beispiel für ein Auseinanderfallen von Körper und Leib¹³¹ würde im Recht also auch dann nicht deliktisch geschützt sein, wenn man das Leibsein grundsätzlich in die Schutzgüter Körper und Gesundheit einbezieht.¹³²

cc) Diagnostische Informationen und Abbilder

Anders liegt es bei Konfrontationen mit der eigenen menschlichen Physis durch Aufdrängung von physiologischen oder genetischen („diagnostischen“) Informationen. Versteht man die Schutzwürdigkeit des Leibseins auch im Recht gerade als die Differenz von Gefühltem und Äußerlichem, dann liegt es nahe, über Körper und Gesundheit auch das der individuellen Beziehung des Einzelnen zu seiner Physis zugrunde liegende und es konstituierende Leibwissen bzw. Nichtwissen als Gegenstand von Selbstbestimmung deliktisch zu

¹²⁹ Anders wohl *Jansen* (Fn. 39), 509, der nur bei der Zerstörung einer nicht nachholbaren Samenspende eine Beeinträchtigung der mit der körperlichen Integrität selbständig zugewiesenen Zeugungsfähigkeit annimmt.

¹³⁰ Wie hier für das Strafrecht *Freund/Heubel* MedR 1995, 194, 198; in Konsequenz der Entscheidung BGHZ 124, 52 ff. für möglich gehalten von *Taupitz* NJW 1995, 745, 752; dagegen *Staudinger/Hager* (2017), Rn. B 19: „zu weit“; genauso *BeckOGK/Spindler* (Stand: 1.3.2018), § 823 Rn. 104.1.

¹³¹ Oben bei Fn. 20.

¹³² Es fehlt bereits an der Verletzung, nicht erst an einem ersatzfähigen Schaden.

schützen,¹³³ soweit ein gefasster Leibwille bei äußerlichem Bezug zur menschlichen Physis nachweislich ist. Dies kann der Fall sein, wenn jemand einen anderen gegen dessen Willen über seinen Zustand, etwa über seine genetische Konstitution oder Krankheitsrisiken informiert: Dann wird ein gebildeter Leibwille bei erkennbarem Bezug zur menschlichen Physis missachtet. Nach diesem Maßstab umfasst der deliktische Schutz von Körper und Gesundheit ein generelles *Recht auf informationelle leibliche Selbstbestimmung*, also ein Recht darauf, eine eigene leibliche Identität ungestört und ohne ungewollte Konfrontation mit der äußerlichen menschlichen Physis entwickeln zu können.¹³⁴ Dies ist für den Umgang mit genetischen Untersuchungen im Gendiagnostikgesetz (GenDG) bereits positiviert: Das Ergebnis einer genetischen Untersuchung darf den Betroffenen wegen seiner „Identitätsrelevanz“ und seines „hohen prädikativen Potentials“¹³⁵ nicht gegen ihren Wunsch mitgeteilt werden (vgl. §§ 7, 11 Abs. 4 GenDG). Dieses auf genetische Untersuchungen beschränkte Recht auf Nichtwissen lässt sich über den Schutz der Lebensgüter Körper und Gesundheit in § 823 Abs. 1 BGB komplementieren zu einem allgemeinen Recht auf leibliches Nichtwissen als Facette des Schutzguts Leibsein.¹³⁶

dd) Andere Körperbilder

Diese Zuordnung des Rechts auf leibliches Nichtwissen zu den Lebensgütern Körper und Gesundheit setzt aber – wie insgesamt für die Zuordnung des Leibseins zu den Lebensgütern Körper und Gesundheit (oben C.II.2.b) – einen spezifischen Bezug zur menschlichen Physis und seiner Materialität voraus. Diagnostische Bilder, Röntgenaufnahmen oder andere Aufzeichnungen

¹³³ Zur ethischen Schutzwürdigkeit der Selbstbestimmung über leibliches Wissen bereits *Böhme*, Ethik (Fn. 12), 134 f.; ein Recht auf gendiagnostisches Nichtwissen hat der BGH bereits in BGHZ 201, 263, 270 (obiter) anerkannt, allerdings als Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

¹³⁴ Angelehnt an die Begründung des RegE zum GenDG, BT-Drucks. 16/10532, 16, 26: Einwilligungserfordernis in Bezug auf gendiagnostische Verfahren als Ausdruck des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 1 Abs. 1 i.V. mit Art. 2 Abs. 1 GG.

¹³⁵ Siehe abermals die Begründung in BT-Drucks. 16/10532, 16.

¹³⁶ In Bezug auf die Weitergabe von gendiagnostischen Informationen im Familienverbund hat der BGH indes anders entschieden: Nach BGHZ 201, 263, 269 f. wird das – nach Auffassung des BGH über das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützte (oben Fn. 132) – Recht auf Nichtwissen nicht dadurch berührt, dass ein sorgeberechtigter Elternteil von einer genetisch bedingten Erkrankung des anderen Elternteils und dem damit verbundenen Risiko Kenntnis erlangt, dass die gemeinsamen Kinder auch Träger der Erkrankung sein könnten.

aus bildgebenden Verfahren (Sonographie, Szintigraphie, Computertomographie u.ä.) greifen in die mit dem Leibsein geschützte Selbstbeziehung zur eigenen Physis tiefgreifender ein als eine bloße Fotografie. Denn die Fotografie konfrontiert nur mit einem Abbild davon, wie die eigene Physis der Mitwelt – und auch sich selbst – ständig erscheint. Zwar wird in der Leibphilosophie dem Blick des anderen besondere Bedeutung zugemessen, weil er dazu führt, dass man sich der eigenen Leiblichkeit gewahr wird.¹³⁷ Doch berührt dieses Gesehenwerden die Materialität der menschlichen Physis weniger tiefgreifend als die Konfrontation mit diagnostischen Bildern. Sich einer unerwarteten Fotografie von sich selbst gegenüber zu sehen gleicht mehr einem unerwarteten und zufälligen Spiegelbild. Auch darin kann eine ungewollte Konfrontation liegen, die als Entfremdung wahrgenommen wird und die leibliche Innenwahrnehmung verändert. Der Schwerpunkt liegt jedoch nicht in den Wirkungen, die ein ungewolltes Körperbild für die Selbstbeziehung zum eigenen Leib hat, sondern darin, welche Wirkungen das ungewollte Körperbild für die sozialen Beziehung zur Mitwelt hat, also im Hinblick auf Ehre, Ansehen und Privatheit. Daher bleibt es richtig, die Bestimmung über das eigene Bild als Frage der Persönlichkeit zu thematisieren. Das im Schutz von Körper und Gesundheit aufgehobene Recht auf leibliches Nichtwissen ist also nicht schon dann berührt, wenn es nur um den Rechtsanspruch geht, nicht gesehen oder nicht mit dem eigenen (Körper-)Bild konfrontiert zu werden.

3. Jenseits des Leibseins

Über dieser Einsicht, dass die menschliche Physis in § 823 Abs. 1 BGB über die Lebensgüter Körper und Gesundheit in einzelnen Beziehungen auch dann geschützt ist, wenn nur das Leibsein betroffen ist, sollte aber nicht vergessen werden, dass es für das Recht nicht minder bedeutsam ist, die menschliche Physis gegen nicht leiblich spürbare Beeinträchtigungen des Körpers zu schützen. Gemeint sind Beeinträchtigungen, die nicht über einen gefassten Leibwillen hinweggehen und die sich auch nicht als Selbsterfahrung niederschlagen: wenn die menschliche Physis nicht als Erlebnis, sondern als Potential berührt ist, wenn es nicht um den Schutz von Erfahrungen, sondern um die Wahrung von Entfaltung geht. So hat der BGH schon in den Anfangsjahren seiner Rechtsprechung betont, dass auch vorgeburtliche Einwirkungen eine Verletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB bedeuten und damit den für den deliktischen Eigentumsschutz bis heute verwendeten Einwand zurückgewiesen, der erst mit der Geburt rechtsfähige Mensch (§ 1 BGB) sei von Beginn

¹³⁷ Siehe nur für die deutschsprachige Leibphilosophie *Fuchs* (Fn. 12), 128 ff.; im Übrigen *Sartre* (Fn. 2), 310–364.

an mit der geschädigten Physis zur Welt gekommen und habe danach keine messbare Verschlechterung erlitten.¹³⁸ Das Deliktsrecht kennt also auch einen vom Leibsein unabhängigen Begriff der Verletzung der menschlichen Physis. Geht es um Beeinträchtigungen durch Dritte, weist das Recht damit auch das in der Leibphilosophie verbreitete natur-fatalistische Plädoyer für ein Ethos des Pathischen zurück.¹³⁹ Vielmehr schützt das Recht über den Körper und die Gesundheit in § 823 Abs. 1 BGB einerseits die menschliche Physis in Gestalt des Leibes, so wie wir ihn erfahren als *Leibsein*, andererseits aber auch die menschliche Physis in Gestalt des *Körpers*, den wir bei ungehinderter Entwicklung *haben* könnten.

¹³⁸ BGHZ 8, 243, 248 f. – Lues; bestätigt in BGHZ 86, 240, 253; anders noch BGH JZ 1951, 758. – Die in BGHZ 8, 243 getroffene Weichenstellung zugunsten eines deliktischen Schutzes gegen vorgeburtliche Einwirkungen ist von Anfang an im Ergebnis überwiegend für richtig gehalten worden und wird auch heute nicht in Zweifel gezogen; siehe schon *Stoll*, in: FS für Nipperdey, Bd. I, 1965, 739, 754 ff.; *Selb* AcP 166 (1966), 76, 106 ff.; zuletzt MünchKommBGB/*Wagner* (Fn. 1), § 823 Rn. 204. Einzig die Begründung des BGH mit der Eigenart der Lebensgüter erschien vielen als naturalistisch und „mit der traditionellen Dogmatik nicht mehr vereinbar“ (so BeckOGK/*Spindler* [Stand: 1.3.2018] § 823 Rn. 112). Alternativ wurde vorgeschlagen, den Nasciturus als teilrechtsfähig anzusehen, so von *R. Schmidt* JZ 1953, 308; *Fabricius* FamRZ 1963, 403 ff.; *Deynet*, Die Rechtsstellung des nasciturus, 1960, 27 ff., 158 ff.; *Laufs* NJW 1965, 1053, 1055; *Roth-Stielow* MDR 1965, 969. Auch die Anerkennung von Teilrechtsfähigkeit würde aber nichts an dem hier entscheidenden Punkt ändern, dass im Ergebnis eine Verletzung i.S. des § 823 Abs. 1 BGB bejaht wird unabhängig davon, ob die Einwirkung vom Rechtsgutsinhaber spürbar, also leiblich ist.

¹³⁹ Besonders eindrücklich formuliert *Böhme* Maximen für einen Umgang des Einzelnen mit seiner Physis, bei der der „Eigensinn des Leibes“, wie er sich gerade im Umgang mit der eigenen Konstitution sowie im Umgang mit Schmerzen und Krankheit zeigt, positiv zu entwickeln wäre (*Böhme*, Ethik [Fn. 12] 134 f.; *ders.*, Leibsein [Fn. 2] 169); dazu auch schon oben Fn. 30 f. und B.II a.E. Doch zielt dies nicht explizit auf unseren deliktischen Zusammenhang und die Frage, wie die Rechtsordnung mit *Verletzungen* durch Dritte umgeht. – Eine wiederum andere Frage ist, ob aus der Schwierigkeit, die Widerfähnisse der Natur für sich selbst anzuerkennen, auch gefolgert werden sollte, dass entsprechende Techniken, die solche Widerfähnisse überwinden (helfen) könnten, etwa die Eröffnung reproduktiver Verfahren, deshalb vom Recht skeptisch gesehen werden sollten oder ob das Recht, indem es solche Verfahren verbietet, in rechtlich relevanter Weise ein Entfaltungsrecht verletzt. Damit ist der Untersuchungsgegenstand der deliktischen Lebensgüter verlassen, und es ginge um die Gewährleistungsreichweite von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Art. 1 Abs. 1 GG. In diese Richtung im Zusammenhang mit reproduktiven Verfahren *Röthel*, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, 215 ff.

*D. Resümee: Menschliche Physis im Deliktsrecht
als Leib und Körper*

Auch wenn der Leib in der Alltagssprache und genauso in der Rechtsprache weitgehend verloren gegangen ist,¹⁴⁰ lässt sich mit der Unterscheidung von Leib und Körper eine für das Deliktsrecht dogmatisch fruchtbare Sicht auf den Schutz der menschlichen Physis entwickeln. Über die Lebensgüter Körper und Gesundheit i.S. des § 823 Abs. 1 BGB wird die menschliche Physis auch als subjektive Selbsterfahrung, als ein darauf bezogener Leibwille (oben C.II.2.b.) geschützt. Das von der Leibphilosophie angebotene Verständnis der menschlichen Physis als äußerer Körper *und* innerer Leib, als Haben *und* Sein, ermöglicht es, das Gemeinsame hinter den bislang noch lose und unverknüpft stehenden Weichenstellungen unserer Rechtsordnung sichtbar zu machen.

Dabei ist die Rehabilitation des Leibes als eine in der Rechtssprache verloren gegangene Perspektive auf die menschliche Physis weder alternativ noch kumulativ zu verstehen. Die menschliche Physis wird sowohl als individuelle Selbsterfahrung (Leibsein) als auch als nur-körperliches Potential der Gattung (oben C.II.3) geschützt. Leib und Körper bezeichnen vielmehr auch für das Recht komplementäre Perspektiven¹⁴¹ auf die menschliche Physis. In diesem Sinne ist Leibsein deliktisches Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB.

Die im Schutz des Leibseins liegende Achtung der individuellen Selbsterfahrung mit der eigenen Physis eröffnet einen deliktsrechtlichen Widerstandspunkt gegen die mitunter nicht mehr hinterfragte Selbstverständlichkeit der Deutungsmacht der Naturwissenschaften und insbesondere der Medizin.¹⁴² Zugleich liegt darin die Chance, den vielfältigen Verdinglichungstendenzen, Normalitätssuggestionen und ihren untergründigen Disziplinierungswirkungen im Verhältnis zur eigenen Physis gewahr zu werden.¹⁴³ Bei der Feststellung, dass das Leibsein deliktisch in einzelnen Zusammenhängen geschützt ist, geht es also nicht nur um Begriffe, Unterscheidungen und ein

¹⁴⁰ Siehe aber Rödl (Fn. 38), 444 ff.

¹⁴¹ Genauso die Betonung der Komplementarität und Verschränkung bei Fuchs, in Schnell (Hrsg.), Leib. Körper. Maschine, 2004, 41, 42: „Leib und Körper bezeichnen also zwei Aspekte, zwei Seinsweisen unserer Existenz, die fortwährend ineinander übergehen“, der sich auch gegen eine einseitige Vereinnahmung in Richtung eines „zurück zum Leib?“ ausspricht (ders., in: Hähnel/Knaup [Fn. 4], 82, 91 ff.).

¹⁴² Zur Leiborientierung als Strategie gegen moderne „Normalisierungsmacht“ beispielhaft Gebring, Was ist Biomacht?, 2006, 222 ff.

¹⁴³ Zur Identitätsrelevanz des Leibs Gugutzer, Leib, Körper und Identität, 2001, 57 ff.

außerrechtliches Deutungsangebot, sondern es eröffnet sich eine grundsätzlichere, materielle Suchbewegung.¹⁴⁴

Die Physis bleibt das elementare und unhintergehbare Schicksal unserer menschlichen Existenz. Das Recht kann hier Gleichheit weder herstellen noch überhaupt sinnvoll versprechen. Aber das Recht kann die Schwierigkeit, die für den einzelnen darin liegt, mit den schicksalhaften Zuweisungen der eigenen Physis umzugehen und zu einer aushaltbaren Selbstbeziehung zu gelangen, durch Anerkennung lindern:¹⁴⁵ indem es auch die bloße Selbsterfahrung mit der eigenen Physis und die Verletzung eines auf die Physis bezogenen gefassten Leibwillens für sich genommen als schutzwürdig anerkennt und gegen Missachtung verteidigt.¹⁴⁶ Hierzu hat der BGH beigetragen, indem er die Schutzgüter Körper und Gesundheit von Anfang an in eine Richtung entwickelt hat, die sich in der Rückschau als solche Anerkennung lesen lässt, und zwar gerade auch des Leibseins. Dem Recht ist mit der sprachlichen Benennung der Schutzgüter in § 823 Abs. 1 BGB also nur der Begriff, nicht aber die Semantik des Leibes verloren gegangen.

¹⁴⁴ In diesem Sinne auch das Selbstverständnis der Leibphilosophie und ihre rechtspolitischen und rechtskritischen Aussagen; dazu bereits oben B.II.

¹⁴⁵ Zur Angewiesenheit des Menschen auf soziale und damit auch rechtliche Anerkennung für die Entwicklung einer „geglückten Selbstbeziehung“ siehe nur *Honneth*, *Der Kampf um Anerkennung*, 1994 (9. Aufl. 2016), 126 ff., zur menschlichen Physis 212 ff., in Weiterführung von *Mead*, *Geist, Identität und Gesellschaft*, 1973 (engl: *Mind, Self and Society*, 1934).

¹⁴⁶ Dies entspricht der Forderung von *Honneth* (Fn. 144), 283 ff., rechtliche Anerkennung nicht nur als Anerkennung individueller Freiheitsrechte zu verstehen, sondern auch auf die materialen Anwendungsbedingungen zu richten, da „Selbstverwirklichung ... auf die soziale Voraussetzung rechtlicher gewährter Autonomie angewiesen [ist], weil allein mit ihrer Hilfe sich jedes Subjekt als Person zu begreifen vermag, die sich selbst gegenüber in ein Verhältnis der abwägenden Prüfung der eigenen Wünsche treten kann.“ Die deliktische Anerkennung schutzwürdigen Leibseins lässt sich als einen solchen Voraussetzungsschutz verstehen.

