



Kind als Schaden

Iris Herzog-Zwitter

Dr. iur., Rechtskonsultantin der Schweizerischen Mobiliar
Versicherungsgesellschaft, Bern

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt
- III. Verfahren vor dem Gerichtskreis VIII Bern-Laupen
(nachfolgend Vorinstanz): Urteil vom 18. Oktober 2010
 - A. Wrongful birth Klage der Klägerin 1
 - B. Wrongful life Klage der Klägerin 2
- IV. Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Bern:
Urteil vom 2. Mai 2011
 - A. Prozessgeschichte
 - B. Wrongful birth Klage der Klägerin 1
 - C. Wrongful life Klage der Klägerin 2
 - D. Aus den Erwägungen
- V. Würdigung

I. Einleitung

Pränatale Diagnostik und Haftpflichtrecht: Juristische, ethische und moralische Überlegungen sind ineinander verwoben. Die Wrongful life Klage eines nicht abgetriebenen aber behinderten Kindes und die Wrongful birth Klage der Eltern wegen unterlassener pränataler Diagnostik stehen im Brennpunkt dieser Arbeit. Insbesondere die Wrongful life Klage des behindert geborenen Kindes ist in der Lehre sowohl in der Schweiz als auch im Ausland dogmatisch umstritten. In der Schweiz¹ existiert bis dato keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser kontrovers diskutierten Thematik.

Erst kürzlich erliess das Obergericht des Kantons Bern ein Urteil zum Thema Wrongful life und Wrongful birth. Das erstinstanzliche Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 18. Oktober

2010 und das rechtskräftige Urteil des Obergerichts Bern vom 2. Mai 2011 geben Anlass, sich mit der Thematik Wrongful birth und Wrongful life dogmatisch auseinanderzusetzen und diese Urteile zu besprechen.

Sobald eine Haftung des Mediziners in Wrongful birth Fällen bejaht wird oder in Wrongful life Fällen bejaht werden würde, wäre der Betreuungs- und Pflegeschaden das Kernstück der haftpflichtrechtlichen Auseinandersetzung. Vorliegend waren die Teilklagen auf den Genugtuungsanspruch beschränkt.

II. Sachverhalt

Die Klägerin 1 hatte im November 2000 ihr erstes Kind geboren. Das erste Kind kam mit einer vererblichen Stoffwechselkrankheit (eine cystische Fibrose CF) zur Welt. Diese Stoffwechselkrankheit führt aufgrund einer Genveränderung dazu, dass Schleimsekrete im Körper verdickt und zäh sind. Dadurch werden die Lunge und die Verdauungsorgane immer wieder entzündet und nach und nach zerstört. Diese vererbliche Stoffwechselerkrankung ist nicht heilbar. Aufwendige Therapien und eine erhebliche Beeinträchtigung der Lebensqualität sind die Folgen.

Die Übertragung dieser Stoffwechselkrankheit auf die Nachkommen sei genetisch nur möglich, «wenn beide Eltern Träger des mutierten Gens sind». «Die Wahrscheinlichkeit, dass jemand Träger des Gens ist, liegt bei einer nicht selektionierten Gruppe bei ca. 1:20 bis 1:25. Ca. eines von 2000 Kindern einer nicht selektionierten Gruppe leidet an CF. Ist von einem Elternteil bekannt, dass er Träger des mutierten Gens ist, steigt die Wahrscheinlichkeit, ein an CF erkranktes Kind zu gebären, auf ca. 1:80 bis 1:100. Sind beide Eltern Träger des mutierten Gens, so steigt diese Wahrscheinlichkeit auf 1:4 (25%).»²

¹ Der deutsche BGH äusserte sich am 18. Juni 2002 umfassend zu den Voraussetzungen eines Anspruchs für die ungewollte Geburt eines Kindes infolge einer fehlerhaften Schwangerschaftsbetreuung, BGH Urteil v. 18. 6. 2002 – VI ZR 136/01, BGHZ 151, 133; BGH Urteil v. 18. 1. 1983 – VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240 = NJW 1983, 1371 – wrongful life.
Leading Case des österreichischen OGH: 10b91/99k vom 25. Mai 1999.

² Urteil des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen vom 18. Oktober 2010, Sachverhalt Erw. 5.

Im Mai 2006 wurde die Klägerin 1 erneut schwanger. Die Klägerin 1 konsultierte erstmals die Beklagte, Frauenärztin C., in der 12. Schwangerschaftswoche. Die Klägerin 1 teilte der Beklagten mit, dass ihr erstgeborenes Kind an der vererblichen Stoffwechselkrankheit CF leide. Die Klägerin 1 ging davon aus, dass der neue Partner der Vater des zweiten Kindes sei. Das stellte sich als unrichtig heraus. Der Vater des 1. Kindes war auch der Vater des 2. Kindes.

Die Beklagte hatte keine pränatalen Untersuchungen durchgeführt – weder eine genetische Untersuchung des neuen Partners noch eine sogenannte Chorionzotten-Biopsie. Die Beklagte war davon ausgegangen, dass die Klägerin 1 das zweite Kind so oder so behalten hätte. Dies sei der Grund der Unterlassung der Untersuchungen gewesen. Denn wenn ein Schwangerschaftsabbruch nicht infrage kommen würde, dann würde man keine Untersuchungen der pränatalen Diagnostik vornehmen. Die Beklagte berief sich auf den Eintrag in der Krankengeschichte. Gemäss dem Eintrag hätte die Patientin unbedingt das Kind behalten wollen, auch wenn sich die Diagnose der Stoffwechselerkrankung herausgestellt hätte. Aber diesen Eintrag hatte die Beklagte erst mehr als ein halbes Jahr nach der Geburt nachträglich vorgenommen.

Die Klägerin 1 stellte klar, sie hätte nie eine solche Aussage getätigt. Sie hätte der Beklagten gesagt, falls das zweite Kind auch an der Stoffwechselkrankheit erkrankt sei, dann hätte sie sich für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden. Zudem wies die Klägerin 1 darauf hin, sie habe gegenüber der Beklagten Zweifel geäussert, wer der Vater des zweiten Kindes sei.

Die Klägerin 1 sollte auf die Frage, ob ihr neuer Partner sich einem Gentest unterzogen habe, dies verneint haben und die Beklagte soll die Klägerin 1 darüber informiert haben, dass ein Restrisiko an CF zu erkranken für das 2. Kind bestehen würde. Mangels des entsprechenden Eintrages in die Krankenakte seien die angeblich geführten Gespräche zwischen der Klägerin 1 und der Beklagten nicht belegt.

Die Klägerin 1 brachte im Februar 2007 das zweite Kind zur Welt. Die Stoffwechselkrankheit CF wurde nach der Geburt beim Kind diagnostiziert.

III. Verfahren vor dem Gerichtskreis VIII Bern-Laupen (nachfolgend Vorinstanz): Urteil vom 18. Oktober 2010

Die Klägerin 1, Mutter des Kindes B, und B, Klägerin 2, klagten die Beklagte Ärztin C. ein. Das Rechtsbegehren im Sinne einer Teilklage lautete:

«1. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin 1 eine Genugtuung von Fr. 50000.– zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5% seit 25.2.2007.

2. Die Beklagte sei zu verurteilen, der Klägerin 2 eine Genugtuung von Fr. 70000.– zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5% seit 25.2.2007.»

A. Wrongful birth Klage der Klägerin 1

Die Klägerin stützte sich bei der Geltendmachung der Genugtuungsansprüche auf Art. 41 ff. OR resp. Art. 394 ff. OR.

Art. 49 OR verleiht demjenigen einen Genugtuungsanspruch, der in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wurde, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht werden kann (Abs. 1). Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen (Abs. 2). Basierend auf Art. 99 Abs. 3 OR kommt diese Bestimmung auch auf Vertragsverhältnisse zur Anwendung, insbesondere wenn sich eine Vertragsverletzung auf die persönlichen Verhältnisse auswirkt und eine Beeinträchtigung eines absoluten Rechts zur Folge hat. Die Anwendbarkeit der Bestimmung Art. 49 OR bedingt aber neben der vertraglichen eine konkurrierende ausservertragliche Haftung.³

1. Vertragsverletzung

Der ärztliche Behandlungsvertrag gemäss Art. 394 ff. OR (Auftragsrecht) wird dem privatrechtlichen Verhältnis von Arzt und Patient zu Grunde gelegt. Der Nachweis einer Vertragsverletzung, immaterielle Unbill in Form einer Persönlichkeitsverletzung, der rechtserhebliche Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung und der Persönlichkeitsverletzung und die schuldhaftige Vertragsverletzung sind Voraussetzungen für einen vertraglichen Genugtuungsanspruch.⁴

Der Arzt ist verpflichtet, die Behandlung nach den allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst durchzuführen.⁵ Die Vorinstanz weist darauf

3 Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Rz. 75 zu Art. 49 OR, 3. Aufl., Bern 2006.

4 LANDOLT HARDY, Immaterieller Personenschaden, Integritätsentschädigung – Genugtuung, Fachanwaltsausbildung Haftpflicht- und Versicherungsrecht vom 7. März 2009 in Luzern.

5 BGE 120 Ib 411: «Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht lassen sich zudem nicht ein für allemal festlegen; sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessens-

hin, dass es der ständigen Praxis entspreche, auf Risiken hinzuweisen, die sich zwar nur mit geringer Wahrscheinlichkeit (ca. 1%) realisieren würden, aber falls sich diese Risiken manifestieren und erhebliche Schädigungen nach sich ziehen würden, dann müsse darüber aufgeklärt werden. Über seltene Risiken müsste nicht aufgeklärt werden.

Der Vorwurf der Klägerin 1 richtet sich gegen die Beklagte insofern, dass diese die pränatal-diagnostischen Untersuchungen unterlassen habe. Denn die Klägerin 1 habe auf diese nur deshalb darauf verzichtet, weil ihr die Beklagte versicherte hätte, das Kind sei bei bester Gesundheit.

Der Eintrag in der Krankengeschichte «2. SS; Patientin will die 2. SS unbedingt, auch wenn erneut cystische Fibrose. Sie hat einen anderen Partner!» wurde von der Beklagten nachträglich ein halbes Jahr nach der Geburt in die Krankenakte eingefügt. Die Vorinstanz kommt zum Schluss, das Beweisverfahren habe ergeben, dass keine Vermutung für die inhaltliche Richtigkeit der Eintragung vorliege.

Der Beklagten sei – so die Vorinstanz – bewusst gewesen, es habe zu ihren ärztlichen Sorgfaltspflichten gehört, die entsprechenden Abklärungen vorzunehmen und die Klägerin 1 entsprechend zu beraten.

Überwiegend wahrscheinlich wurde es erachtet, «dass die Klägerin 1 sich für einen Abbruch der Schwangerschaft entschieden hätte, wenn sie um die CF-Erkrankung von der Klägerin 2 gewusst hätte». Das Verhalten der Ärztin bzw. ihre Unterlassung wurde vom Gericht als Vertragsverletzung qualifiziert. Die Vorinstanz begründet die Vertragsverletzung wie folgt: «Denn bei den beiden Untersuchungen handelt es sich um diagnostische Möglichkeiten, die der Arzt nach den allgemeinen medizinischen Standards auszuschöpfen hat, wenn Verdachtsmomente für eine CF-Erkrankung wie im Falle von ... vorliegen.»

2. Persönlichkeitsverletzung

Die Klägerin 1 berief sich einerseits auf das körperliche Selbstbestimmungsrecht: Sie hätte sich im Wissen um die Stoffwechselerkrankung des ungeborenen Kindes für einen Schwangerschaftsabbruch entschieden. Das Selbstbestimmungsrecht sei insofern verletzt worden, als die Erkrankung durch die unterlassene Untersuchung bis zur Geburt unentdeckt geblieben sei. Zum körperlichen Selbstbestimmungsrecht würde auch der Entscheid, einen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen, gehören.

Andererseits würde die Klägerin 1 durch den dauernden und erhöhten Pflege- und Betreuungs-

spielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.»

aufwand in ihrem psychischen Schutzbereich ihres Persönlichkeitsrechtes verletzt.

Die Vorinstanz prüfte, ob die Klägerin 1 eine rechtskonforme Handlungsalternative gehabt hätte. Denn nur dann könne man von einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts sprechen.

Art. 119 Abs. 2 StGB sehe innerhalb von zwölf Wochen seit der letzten Periode straflos einen Schwangerschaftsabbruch vor, wenn sich die Schwangere in einer Notlage befindet. Gemäss Art. 119 Abs. 1 StGB sei ein Schwangerschaftsabbruch nach Ablauf der Frist nur dann straflos, wenn er nach ärztlichem Urteil notwendig ist, um die Gefahr einer schwerwiegenden körperlichen Schädigung oder einer schweren seelischen Notlage der Schwangeren abzuwenden. Gemäss Vorinstanz sei die Frist von zwölf Wochen überschritten gewesen und die Anwendung von Art. 119 Abs. 1 StGB zu prüfen. Sie befand, eine Abtreibung wäre aufgrund sozial-medizinischer Indikation ärztlich vertretbar und möglich gewesen.

Das Selbstbestimmungsrecht sei verletzt worden, indem der Klägerin 1 diese Möglichkeit genommen worden sei. Zudem sei eine Verletzung des psychischen Schutzbereiches der Persönlichkeit in Bezug der affektiven Beziehung Mutter-Kind zu bejahen. Somit sei der Zuspruch einer Genugtuung gerechtfertigt.

3. Kausalität

Die unterlassene Handlung habe zur Verletzung der Persönlichkeit der Klägerin 1 geführt. Die nicht vorgenommene pränatale Untersuchung habe zur Verletzung des Selbstbestimmungsrechts der Klägerin 1 geführt, indem das Beweisverfahren ergeben habe, dass die Klägerin sich mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einer Abtreibung entschlossen hätte. Nicht nur das Selbstbestimmungsrecht wäre hiermit gewahrt gewesen, sondern auch die Störung in der affektiven Beziehung wäre ausgeblieben. Die Vorinstanz bestätigte, dass die hypothetische Kausalität⁶ der Vertragsverletzung für die Persönlichkeitsverletzung erfüllt ist.

4. Verschulden

Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Exkulpationsbeweis der Beklagten ist nicht erbracht worden. Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR wurde das Verschulden vermutet.

6 CICORIA KATIA, Beweislastverteilung und Beweiserleichterung im Arzthaftungsprozess, in: Jusletter 12. April 2010 Rz. 37 «Liegt der Behandlungsfehler in einer Unterlassung, ist er hingegen dann kausal, wenn die Schädigung bei Vornahme der gebotenen Handlung ausgeblieben wäre. In diesem Fall besteht zwischen der Unterlassung und dem eingetretenen Schaden ein sog. hypothetischer Kausalzusammenhang»; BGE 121 III 358 ff. (363) E. 5.

5. Zusprache einer Genugtuung

Die Vorinstanz befand, genugtuungsausschliessende Umstände würden nicht vorliegen.⁷

Aufgrund von genugtuungserhöhenden Gründen (erhöhter Betreuungs- und Pflegeaufwand von zwei CF-erkrankten Kindern) und genugtuungsmindernden Gründen (die Klägerin hätte bei einer Abtreibung seelisches Unbill erlitten – hypothetischer Lebensverlauf) sprach die Vorinstanz der Klägerin 1 eine Regelungsgenugtuung von CHF 30 000.– (ab Geburt mit 5% zu verzinsen) zu.

B. Wrongful life Klage der Klägerin 2

Bei der Wrongful life Klage handelt es sich um die Klage des Kindes. Mittels der Klage verlangt das behinderte Kind vom behandelnden Arzt Schadenersatz und Genugtuung, für die durch seine Behinderung verursachten materiellen und immateriellen Nachteile.⁸ Mit der Klage wird geltend gemacht, in Bezug zu den Behinderungen, mit denen das Kind aufgrund seiner Geburt zu leben hat, wäre die Abtreibung und damit seine Nichtexistenz das geringere Übel.⁹

1. Begriff der Rechtsfähigkeit

Gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB wird die Rechtsfähigkeit unter Vorbehalt der Lebendgeburt auf den Nasciturus und den Zeitpunkt der Zeugung erstreckt. Die Vorinstanz kam zum Schluss die Klage der Klägerin 2 sei zulässig. Der Begriff der Rechtsfähigkeit stelle auf die tatsächlichen Verhältnisse ab. Die hypothetische Annahme, dass die Klägerin 2 bei Vornahme der gebotenen medizinischen Untersuchungen nicht existent wäre, sei unbeachtlich.

2. Vertraglicher und ausservertraglicher Anspruch

Die Klägerin 2 stützte sich auf die ausservertragliche Haftung.

Die Vorinstanz befand, zu prüfen sei, ob die Klägerin 2 sich auch auf einen vertraglichen Anspruch stützen könne. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne das Kind in den Kontrakt zwi-

schen der Mutter und dem Arzt einbezogen werden und vertragliche Ansprüche geltend machen.¹⁰

«Ob sich auf der Basis dieses Behandlungsvertrages auch ein vertraglicher Anspruch auf Nichtexistenz ableiten lässt, erscheint mindestens genauso fraglich wie die Annahme, die Unterlassung der Ärztin sei deshalb rechtswidrig, weil sie zur Geburt des Kindes (anstelle seiner Abtreibung) geführt hat» – so die Vorinstanz. Sie erachtete, es könne offen bleiben, ob ein vertraglicher Anspruch möglich sei. Denn die Klage sei so oder so abzuweisen.

3. Schaden

Als Vergleichsbasis müsse das behinderte Leben mit dem hypothetisch heilen Leben des Kindes herangezogen werden. Aber die Option eines heilen Lebens für die Klägerin 2 habe nie bestanden, sie konnte nur entweder gar nicht oder mit den heutigen Behinderungen geboren werden. Bei diesem Ist-Soll-Zustand könne bereits der Eintritt eines Schadens verneint werden. Im Vergleich zur Nichtexistenz sei keine Schädigung denkbar. Der Eintritt eines Körperschadens sei zu verneinen.

Gleiches gelte für den Anspruch gemäss Art. 47 OR.¹¹ Die Vorinstanz befand: «Dieser müsste sich auf einer Körperverletzung ableiten, die – verglichen mit dem Zustand des Opfers ohne schädigende Handlung – als Minus erscheint. Im Vergleich zur Nichtexistenz ist aber keine Schädigung denkbar und deshalb auch der Eintritt eines Körperschadens zu verneinen. Fehlt es bereits am Körperschaden, erweist sich auch der daraus abgeleitete Genugtuungsanspruch als unbegründet.» Zudem könne nicht darüber befunden werden, ob «die Nichtexistenz verglichen mit einer schweren Behinderung genugtuungsrechtlich einen vorteilhafteren Zustand darstellt». Denn «in den Fällen der Wrongful life Klagen liegen die Dinge insoweit anders, als sich nicht einmal sagen lässt, ob im angeblich unerwünschten Leben ein Schaden liegt, zumal diesem Urteil eine Wertung zugrunde liegt, die niemand gesichert abzugeben vermag». Fehle es an einem Körperschaden, dann erweise sich der Genugtuungsanspruch als unbegründet.

4. Kausalität

Der Körperschaden beim Kind sei im Zeitpunkt der Unterlassung bereits genetisch angeboren und hätte sich so oder so mit der Geburt realisiert. Die Wrongful life Klagen würden darauf hinzielen, nicht die

7 Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Rz. 7 zu Art. 49 OR, 3. Aufl., Bern 2006.

8 MÜLLER CHRISTOPH, Die ärztliche Haftung für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, in: AJP 2003, 522, 523.

9 MANNSDORFER THOMAS, Pränatale Schädigung, Dissertation Freiburg 2000, Rz. 924.

10 BGE 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003 Erw. 2.2.

11 Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, Art. 47 OR Rz. 15 Bern 2006: Art. 47 OR ist keine selbstständige haftungsbegründende Norm, sondern eine Spezifizierung des zu ersetzenden (immateriellen) Schadens, der eine Haftungslage nach Art. 41 OR voraussetzt.

Geburt, sondern die Körperschädigung würde das Leben unerwünscht machen. Der rechtserhebliche Kausalzusammenhang zwischen Körperschädigung und Unterlassung sei zu verneinen.

5. Höchstpersönlicher Anspruch

Die Vorinstanz setzte sich mit der Frage auseinander, ob Eltern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht über den Wert oder Unwert eines Kindes entscheiden dürfen. Sie befand, der höchstpersönliche Anspruch des Kindes schliesse jede Stellvertretung, auch die der Eltern, aus.

6. Ablehnung der Haftung

Das Urteil der Vorinstanz lautete, die Klage der Klägerin 2 ist abzuweisen. Dem Kind ist weder basierend auf vertraglichem noch auf ausservertraglichem Recht ein immaterieller Schaden entstanden.

IV. Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Bern: Urteil vom 2. Mai 2011

A. Prozessgeschichte

Die Klägerinnen reichten mit der Eingabe vom 27. Oktober 2010 die vollumfängliche Appellation gegen das erstinstanzliche Urteil ein. Die gleichen Rechtsbegehren wie vor der ersten Instanz wurden gestellt. Die Beklagte appellierte nicht. Gemäss Obergericht sei aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Grundsatzes des Verschlechterungsverbotes die Haftungsfrage als solche nicht mehr zu überprüfen, und mangels (Anschluss-)Appellation sei «die Zusprechung einer im Betrag tieferen als der erstinstanzlich gesprochenen Genugtuung ausgeschlossen». Denn selbst bei Verneinung des Genugtuungsanspruchs aus prozessualen Gründen müsste der Betrag von CHF 30 000.– zugesprochen werden.

B. Wrongful birth Klage der Klägerin 1

Die Klägerin 1, Mutter der Klägerin 2, berief sich auf die vertragliche Grundlage, und gestützt auf Art. 49 OR verlangte sie eine Genugtuung wegen Verletzung der Persönlichkeit im Rahmen einer Teilklage in der Höhe von CHF 50 000.–.

Die Vorinstanz sprach der Klägerin 1 basierend auf Art. 49 OR i. V. m. Art. 99 Abs. 3 OR eine Genugtuung zu. Sie habe ihr Ermessen richtig ausgeübt, und der erstinstanzliche Entscheid sei zu bestätigen – so das Obergericht.

Das Urteil des Obergerichts betreffend der Wrongful birth Klage lautete: «Die Beklagte ist zu verurteilen, der Klägerin 1 eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30 000.– zuzüglich Zins zu 5% seit dem 27. Februar 2007 zu zahlen. Soweit weitergehend ist die Klage der Klägerin 1 abzuweisen.»

C. Wrongful life Klage der Klägerin 2

1. Lehre und Rechtsprechung zu Wrongful life

a. Rechtsprechung zu Wrongful life

Das Obergericht Bern nimmt Bezug auf europäische Leading Cases zum Thema Wrongful life.

Ausgehend vom französischen Gerichtsfall *Perruche* bis zum österreichischen Leading Case aus dem Jahr 1999 werden die Pro und Kontra der Thematik Wrongful life im Urteil dargelegt.

Frankreich

Im französischen Fall «*Perruche*»¹² sei erstellt gewesen, dass die Mutter des behinderten Kindes abgetrieben hätte, wenn sie von dem behandelnden Arzt korrekt aufgeklärt worden wäre. Der behandelnde Arzt hatte fälschlicherweise der schwangeren Mutter erklärt, sie sei gegen Röteln immun und für das ungeborene Kind bestehe keine Gefahr. Das Kind war schwer behindert aufgrund der Rötelerkrankung der Mutter während der Schwangerschaft zur Welt gekommen. Der französische Kassationshof befand, das Kind habe Anspruch auf materiellen und immateriellen Schadenersatz. Die Begründung des Kassationshofes lautete, die Mutter habe das Recht, das behinderte Kind nicht auf die Welt zu bringen, somit müsse man dem Kind die Möglichkeit ebenso einräumen, sich auf die Abtreibung berufen zu können.

Mit dem französischen Gesetz «*Loi Kouchner*» wurden in Frankreich die Wrongful life Klagen verunmöglicht und die Wrongful birth Klagen der Eltern stark eingeschränkt. Im «*Loi Kouchner*» wurde gesetzlich verankert, «*dass niemand ausschliesslich aufgrund seiner Geburt Schadenersatz geltend machen kann*». Der Unterhaltsmehraufwand, welcher mit einer Wrongful birth Klage geltend gemacht wird, wurde ausdrücklich ausgeschlossen.

England

Auch in England seien die Wrongful life Klagen gesetzlich ausgeschlossen worden – führt das Oberge-

12 Urteil der franz. Cour de cassation vom 17. November 2000 und vom 11. Dezember 2002 – abrufbar unter www.courdecassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/jurisprudence_1363.

richt aus. Ein englisches Gericht¹³ habe die Wrongful life Klage abgewiesen, da diese nicht mit der Differenztheorie in Einklang zu bringen sei.

Österreich

In Österreich habe der OGH mit Urteil 1Ob91/99k vom 25. Mai 1999 die Klage eines missgebildeten geborenen Kindes gegen den Arzt, der die Missbildung bei der pränatalen Untersuchung übersehen hatte, abgelehnt.¹⁴ Die Wrongful life Klage sei

mangels Schaden und fehlender Kausalität abgelehnt worden. Es könne nicht beurteilt werden, «*ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtssinne oder aber eine immer noch günstigere Lage darstelle*». Die nicht erfüllte Kausalität sei damit gegeben, als das Kind auch bei rechtmässigem Verhalten des Arztes nicht gesund geboren worden wäre.

b. Lehre zu Wrongful life

In der Lehre ist die Wrongful life Klage dogmatisch umstritten. Das Obergericht hat sich im Urteil vom 2. Mai 2011 ausführlich mit der Lehrmeinung auseinandergesetzt.

Gemäss Mannsdorfer¹⁵ dürfe dem lebenslang leidenden Kind der eigene Anspruch nicht verwehrt werden. Der Schutz dürfe nicht an dogmatischen Schranken scheitern. Der Vergleich mit der Nichtexistenz würde scheitern. Deliktsrechtlich müsse das unerwünschte behinderte Kind mit einem (hypothetisch) gesunden Kind verglichen werden und nicht mit der Nichtexistenz eines Kindes.

Die Haftung sei auf Fälle schwerer Gesundheitsschäden und auf den Ersatz des unterhaltsbedingten Mehraufwandes zu beschränken. Aber der Umstand, überhaupt geboren zu sein, könne zu keinen Genugtuungsansprüchen führen.

Müller¹⁶ vertritt die Auffassung, die Widerrechtlichkeit ergebe sich bereits aus der Körperverletzung. Das Berufen auf die Nichtexistenz für die Berechnung des Schadens bezeichnet er als absurd. Das Berufen auf das Recht auf Nichtexistenz verletze nicht nur die Menschenwürde (Art. 7 BV), die Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), sondern auch das Recht auf Leben (Art. 10 BV). Der Schaden liege gemäss Müller in der Differenz zwischen den durchschnitt-

13 McKay v. Essex AHA, (1982) QB 1166, 1192 zitiert in RÜETSCHI DAVID, «Wrongful Life» – die französische Sichtweise, FamPra.ch 2/2001, 266 ff., 271.

14 OGH 1Ob91/99k vom 25. Mai 1999: «*Es ist insoweit sowohl eine deliktische Haftung des Arztes als auch eine Haftung aus einer Vertragspflicht zu verneinen. Das Fehlverhalten des Arztes liegt in einer Verletzung seiner vertraglichen Pflichten gegenüber den Eltern. Gegenüber dem Kind könnten sich überhaupt nur bei Bestehen vertraglicher Schutzwirkungen zu dessen Gunsten Pflichtverletzungen ergeben (vgl. Koziol a. a. O. Rz. 2/33). Koziol, der einem Schadenersatzanspruch des Kindes grundsätzlich ablehnend gegenübersteht, erwägt einen subsidiären Schutz des Kindes für den Fall, daß die Unterhaltspflichtigen nicht in der Lage sind, den Ersatz zu liquidieren. Abgesehen davon, daß dieser Fall hier nicht zu beurteilen ist, steht dem Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen infolge der Behinderung jedenfalls die mangelnde Verursachung durch den Arzt entgegen. Das Kind wäre auch bei rechtmässigem Verhalten des Arztes nicht gesund geboren worden (Koziol a. a. O. Rz. 2/32 m. w. N.; in diesem Sinn auch Zimmermann in DJZ 1997, 131 f.)... «Der Ersatzanspruch des Kindes aus der Vertragshaftung ist auch nach österreichischer Rechtslage abzulehnen: Eigene Ansprüche des Kindes sind nur tragbar, soweit schuldhaft durch menschliches Handeln dessen Integritätsinteresse beeinträchtigt worden ist. In Fällen, wie dem hier vorliegenden, sind die Grenzen erreicht, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung möglich ist. Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und er hat keinen Anspruch auf dessen Verhütung oder Vernichtung durch andere. Soweit der Mutter von der Rechtsordnung gleichwohl die Möglichkeit der Entscheidung zur Abtreibung eingeräumt wird, kann daraus dem Kind ihr gegenüber kein Anspruch auf dessen Nichtexistenz erwachsen. Wollte man dem Arzt gegenüber anders entscheiden, so müßte folgerichtig auch eine Haftung der Eltern ihrem Kind gegenüber über ihre Unterhaltspflicht hinaus bejaht werden, wenn sie es trotz schwerer genetischer Belastung gezeugt oder am Leben gelassen haben. Dieser in jeder Weise überzeugenden Argumentation des Bundesgerichtshofs vermögen die Befürworter eines eigenen Ersatzanspruchs des Kindes letztlich nichts wirklich Stichthältiges entgegenzuhalten. Auch wenn die Abtreibung unter bestimmten Voraussetzungen als rechtmässig anzusehen ist, steht dennoch nach heutiger Auffassung weder dem Nasciturus noch einem schon Geborenen ein Recht darauf zu, getötet zu werden (Koziol a. a. O. Rz. 2/31). Es erscheint zwar vordergründig als zutreffend, daß das Kind als eigentlich Verletzter und Geschädigter anspruchsberechtigt sein soll (so Deutsch in seiner ablehnenden Stellungnahme zur Entscheidung des BGH in DJZ 1983, 447 = BGHZ 86, 240 in DJZ 1983, 451 f.), und es ist auch richtig, daß bei oberflächlicher Betrachtung ein Widerspruch darin erblickt werden könnte, daß beim Anspruch der Eltern die Existenz des Kindes und das Entstehen der Unterhaltspflicht isoliert vonei-*

nander gewürdigt werden (so insbesondere Picker a. a. O.), doch sind – wie Zimmermann (a. a. O.) treffend nachweist – diese Ansätze letztlich rechtsdogmatisch nicht haltbar: Sie setzen sich über die Tatsache hinweg, daß die mangelnde Aufklärung durch den Arzt den «Schaden» eben nicht zur Folge hatte. Das Ergebnis wäre, daß der Arzt ebenso haftete, als ob er einen zunächst gesunden Embryo geschädigt hätte. Dies ist aber abzulehnen. Die Anerkennung des Wiedergutmachungsinteresses der Eltern ist kein akzeptables Kriterium, das einen Größenschluss zugunsten des Kindes zu tragen vermöchte»;

KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht I (1997) Rz. 2/22 ff. und Rz. 2/30 ff.: Koziol setzt sich mit Bezug auf die dt. Lehre und Rsp. mit den Themen «Die unerwünschte Geburt eines Kindes (wrongful birth) als Schaden?» sowie «Die unerwünschte eigene Existenz (wrongful life) als Schaden?» auseinander.

15 MANNSDORFER THOMAS, Pränatale Schädigung, Dissertation Freiburg 2000, Rz. 931 ff.

16 MÜLLER CHRISTOPH, Arzthaftung für das unerwünschte behinderte Kind, AJP 5/2003, 522 ff.

lichen Unterhaltskosten für ein gesundes Kind und jenen für ein Kind mit der konkreten Behinderung. Bei der Befürwortung einer Wrongful Life Klage ginge es um den politischen Ansatz. Rechtspolitische Argumente würden für die Zulassung sprechen.

Die Lehrmeinungen der beiden obgenannten Autoren und weiterer Autoren¹⁷ dienen dem Obergericht, die Vielfalt der Lehrmeinungen gegenüberzustellen, um den Wrongful life Anspruch dogmatisch zu begründen.

D. Aus den Erwägungen

1. Rechtsgrundlage

Die Klägerin 2 berief sich vor Obergericht auf die ausservertragliche Haftung der Beklagten. Die Klägerin 2 machte einen Genugtuungsanspruch aus Wrongful life mittels einer Teilklage in der Höhe von CHF 70000.– geltend.

Das Obergericht kam zum Schluss, es habe zu prüfen, um welche rechtliche Natur es sich beim Genugtuungsanspruch der Klägerin 2 gegenüber der Beklagten handle. Es sei eine Rechtsfrage und von Amtes wegen zu prüfen.

2. Vertraglicher Anspruch

Der vertragliche Anspruch setze voraus, dass ein echter Vertrag zugunsten Dritter i.S.v. Art. 112 Abs. 2 OR oder ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegen müsste. Beim echten Vertrag zugunsten Dritter würde der Dritte als Begünstigter selbst aus dem Vertrag berechtigt. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter habe der Dritte kein eigenständiges Forderungsrecht, aber er könne bei Verletzung vertraglicher Sorgfaltspflichten selbstständig vertragliche Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche geltend machen.

17 PALLY URSINA, *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Dissertation Zürich 2007, 25 ff.; RÜETSCHI DAVID, *«Wrongful Life» – die französische Sichtweise*, Fampra.ch 2/2001, 266 ff.; VITO ROBERTO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich 2002, Rz. 112 und 773; CHAPPUIS GUY, *L'indemnisation du préjudice découlant de la naissance d'un enfant non désiré: une simple question d'arithmétique? Quelques considérations à la lumière des solutions apportées par le droit français*, HAVE 2006, 378 ff.; JUNKER CLAUDIA, *Pflichtverletzung, Kindesexistenz und Schadenersatz*, Berlin 2002, zugl. Dissertation 2000, 643 ff.; MELCHERT TANJA, *Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von Wrongful life*, Jusletter 12. 1. 2004; TORRIONE HENRI, *Le Préjudice d'être né*, HAVE 2006, 388 ff.

Gemäss dem Obergericht sei zuerst zu prüfen, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegen würde. Fehle es an dieser, könne offen bleiben, ob es sich um einen vertraglichen oder ausservertraglichen Anspruch handle.

3. Immaterielle Unbill durch Persönlichkeitsverletzung

Kernfrage ist, *«ob die Klägerin 2 überhaupt ein Interesse am bzw. einen Anspruch auf «Nicht geboren werden» haben konnte»*.

Basierend auf der Lehrmeinung führte das Obergericht die immaterielle Unbill auf folgende gesetzliche Grundlagen zurück:

- *«durch eine mit einer bedeutenden Körperschädigung verbundenen Persönlichkeitsverletzung (Art. 47 OR)»*
Vorausgesetzt würde *«eine Verletzung des absoluten Rechts auf physische Integrität»*. Tatsache sei, dass die Klägerin 2 eine genetisch bedingte Erkrankung von Beginn hatte. Die Möglichkeit des Beklagten, darauf Einfluss zu nehmen, sei nicht gegeben gewesen. Man könne jedoch nicht auf den Unterschied zwischen dem behindert und dem gesund geborenen Kind zurückgreifen, da die Klägerin so oder so mit der Stoffwechselkrankheit zur Welt gekommen wäre. Eine Schädigung der körperlichen Integrität liege nicht vor. Deshalb entfalle ein Genugtuungsanspruch nach Art. 47 OR.
- *«durch Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Nichtexistenz bzw. Existenzverzicht (Art. 49 OR)»*
Zu prüfen sei: Beinhaltet das Persönlichkeitsrecht den Anspruch auf Existenzverzicht? Dem schweizerischen Gesetzgeber sei ein Anspruch des Kindes auf *«nicht geboren zu werden unbekannt. Die Entstehung des Lebens könne nach der schweizerischen Rechtsordnung nie widerrechtlich sein.»*
- *«durch Verletzung des sich auf das Kind erstreckenden Selbstbestimmungsrechts der Mutter (d.h. gewissermassen des «Persönlichkeitsrechts des Kindes auf Entscheidungsfreiheit seiner Mutter», Art. 49 OR)»*
Das Obergericht kommt zum Schluss: *«Es könne keine vertragliche Schutzpflicht gegenüber dem Kind geben, dieses nicht zur Welt kommen zu lassen.»* Hier gebe es keine Vertragsverletzung bzw. Widerrechtlichkeit.

Grundaussage des Obergerichts: *«Der Umstand, überhaupt (wenn auch mit einer Behinderung) geboren zu sein, beinhaltet keine immaterielle Unbill.»* Der Gesetzgeber müsse entscheiden – so das Obergericht –, ob man dem Kind einen Anspruch aus Wrongful life zugestehen wolle. Die haftpflichtrechtlichen Voraussetzungen würden nicht erfüllt werden. Der Gesetzgeber habe zu beantworten, ob dem Kind ein haftpflichtrechtlicher Schadenersatz zustehen sollte.

V. Würdigung

Die vorliegende Arbeit setzt sich einmal nicht mit einem höchstrichterlichen Urteil auseinander. Das aktuelle Urteil des Obergerichts Bern und das Urteil der Vorinstanz zum Thema Wrongful life und Wrongful birth bringen es mit sich, tief in juristische, moralische, ethische und lebensphilosophische Fragen eintauchen zu müssen. Allein die Feststellung des Obergerichts *«ein Recht auf Nichtexistenz gibt es nicht»* löst Emotionen und in sich verstrickte Gedankengänge aus.

Das Leben mit seinen Facetten und ein Recht auf Nichtexistenz stehen im Mittelpunkt. Das Recht

auf Nichtexistenz – hier verliert die Jurisprudenz ihren Boden. Dieses Spektrum ist der juristischen Gedankenwelt nicht mehr zugänglich. Mittels der juristischen Differenztheorie kann keine Lösung gefunden werden. Nur ein rechtspolitischer Entscheid losgelöst von dogmatischen juristischen Überlegungen könnte zur Zusprache einer Entschädigung bei einer Wrongful life Klage führen. Der medizinische Fortschritt mit seinen Folgen im Leben des Einzelnen ist mit der herkömmlichen juristischen Dogmatik nicht in Einklang zu bringen. Dem gerecht zu werden, wird eine der grössten juristischen Herausforderungen in der Zukunft darstellen.