

Christoph Müller

Wrongful-life-Klage – erster Entscheid eines Obergerichts

Kommentar zum Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Mai 2011 (Entscheid ZK 10 569)¹

Der kommentierte Entscheid ist der erste eines Schweizer Kantonsgerichts zur Frage der Wrongful-life-Klage. Die Wrongful-life-Klage ist die Schadenersatz- bzw. Genugtuungsklage eines behindert geborenen Kindes gegen einen Arzt, welcher durch eine Pflichtverletzung die Abtreibung des Kindes verunmöglicht hat. Das Obergericht des Kantons Bern hat die Klage des Kindes auf Genugtuung abgelehnt. Aus verfahrensrechtlichen Gründen musste das Gericht die Wrongful-birth-Klage der Mutter auf Ersatz ihrer immateriellen Unbill nicht in ihrem Grundsatz, sondern lediglich in ihrer Bemessung neu beurteilen. Es hat den erstinstanzlichen Entscheid auch in diesem Punkt bestätigt und der Mutter eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30 000 zugesprochen.

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Rechtsbegehren und Entscheid
- III. Abgrenzungen und Stand der Rechtsprechung und Gesetzgebung
- IV. Wrongful-birth-Klage
- V. Wrongful-life-Klage
- VI. Kommentar zum Entscheid bezüglich Wrongful-life-Klage
- VII. Schlussfolgerungen

I. Sachverhalt

Im Jahr 2000 gebar eine Frau ihr erstes Kind. Nach der Geburt diagnostizierten die Ärzte beim Kind eine sogenannte cystische Fibrose (Mukoviszidose; nachstehend: «CF»), eine vererbliche Stoffwechselkrankheit. Zur Übertragung der Krankheit müssen beide Elternteile Träger des mutierten Gens sein. In einer nicht selektionierten Gruppe liegt die Wahrscheinlichkeit, Träger dieses Gens zu sein, bei ungefähr 1:20 bis 1:25. Ungefähr eines von 2000 Kindern leidet an CF. Ist ein Elternteil Träger des mutierten Gens, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass ein Kind mit CF geboren wird, auf ungefähr 1:80 bis 1:100. Sind beide Elternteile Träger, liegt die Wahrscheinlichkeit sogar bei 1:4, d. h. 25%.

Die Krankheit hat zur Folge, dass die Schleimsekrete verdickt sind, wodurch sich Drüsen und Organe, namentlich die Lunge und die Verdauungsorgane, entzünden und langsam, aber sicher zerstört werden. Die Krankheit führt zu chronischem

Husten, Nasenverstopfung und Polypenbildung sowie Atemwegs- und Kieferhöhlenentzündungen. Der ständige Sauerstoffmangel schränkt zudem die Leistungsfähigkeit ein. Die ungenügende Resorption führt meistens zu Mangelernährung, Durchfall und Bauchschmerzen. Die Krankheit ist nicht heilbar, bedingt eine tägliche Inhalation von Medikamenten und die regelmässige Einnahme von hochdosierten Antibiotika. Die Lebenserwartung liegt bei ungefähr 40 Jahren.

Im Mai 2006 wurde die Frau erneut schwanger. In der zwölften Schwangerschaftswoche besuchte sie zum ersten Mal einen Arzt und von diesem Zeitpunkt an monatlich. Die Frau informierte ihren Arzt darüber, dass sie bereits ein Kind habe, das an CF leide und dass sie von ihrem neuen Partner schwanger sei. Erst im Herbst 2008 stellte sich heraus, dass beide Kinder den gleichen Vater haben.

Aus medizinischer Sicht war gemäss den Sachverständigen eine pränatale diagnostische Untersuchung respektive eine entsprechende Aufklärung über das Risiko einer CF für das Ungeborene aufgrund der bekannten CF-Erkrankung des ersten Kindes indiziert, auch wenn die Kinder möglicherweise verschiedene Väter hatten.

Es wurde jedoch keine genetische Untersuchung beim neuen Partner der Frau vorgenommen. Auch eine sogenannte Chorionzotten-Biopsie beim Fötus unterblieb, mit welcher sich mit hoher Wahrscheinlichkeit hätte feststellen lassen, ob das noch ungeborene Kind an CF leidet. Es war beweismässig erstellt, dass sich die Frau im Falle einer CF-Diagnose zu einer Abtreibung entschlossen hätte.

Kurz nach der Geburt der Tochter im Februar 2007 wurde bei dieser CF diagnostiziert.

Die Mutter war geschockt und leidet noch heute unter diesem Schicksalsschlag. Sie war jedoch deswegen nie in psychologischer Behandlung, sondern wurde von ihrem Freundes- und Familienkreis unterstützt.

Prof. Dr. Christoph Müller, Universität Neuchâtel. Ich danke meiner Assistentin, Frau Leila Saïd, BLaw, ganz herzlich für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Suche der Materialien für diesen Kommentar.

¹ Der Entscheid ist abrufbar unter http://www.justice.be.ch/justice/de/index/entseide/entseide_rechtsprechung/entseide/zivilabteilung_obergericht.html (Entseide veröffentlicht im 3. Quartal 2011) (29. 1. 2013)

II. Rechtsbegehren und Entscheid

In ihrer Klage beantragten die Mutter und ihre Tochter die Verurteilung des Arztes zur Bezahlung einer Genugtuung von CHF 50 000 an die Mutter sowie einer solchen von CHF 70 000 an die Tochter. Die Vorinstanz verurteilte den Arzt, der Mutter eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30 000 zu bezahlen, und wies die Klage der Tochter ab. Die Klägerinnen appellierten gegen diesen Entscheid und stellten die gleichen Rechtsbegehren wie vor der ersten Instanz. Das Obergericht des Kantons Bern bestätigte den erstinstanzlichen Entscheid.

Bezüglich der Klage der Mutter war die Kognitionsbefugnis des Obergerichts jedoch aufgrund der noch anwendbaren Zivilprozessordnung des Kantons Bern beschränkt. Auch wenn das Obergericht nämlich bezüglich der Haftungsvoraussetzungen von der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz abgewichen wäre, hätte selbst bei Verneinung eines Genugtuungsanspruches aufgrund des im Rechtsmittelverfahren geltenden Verschlechterungsverbots eine Genugtuungssumme im Betrag von mindestens CHF 30 000 gesprochen werden müssen. Deshalb hat das bernische Obergericht lediglich die Bemessung der Genugtuung, nicht jedoch dessen Grundsatz überprüft.² Offen gelassen wurde deshalb auch die Frage, ob die Bejahung eines Anspruchs der Mutter von der Bejahung eines Anspruchs des Kindes (und umgekehrt) abhängt.

III. Abgrenzungen und Stand der Rechtsprechung und Gesetzgebung

Der Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern betrifft Genugtuungsansprüche im Zusammenhang mit der Geburt eines aufgrund seiner Behinderung in den Augen der Eltern unerwünschten Kindes. Diese Genugtuungsansprüche wurden einerseits von der Mutter und andererseits vom Kind selbst geltend gemacht. Die von der Mutter (bzw. den Eltern) geltend gemachten Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche werden allgemein als *Wrongful-birth*-Klage bezeichnet. Die vom Kind selbst gemachten Schadenersatz- und/oder Genugtuungsansprüche sind unter der Bezeichnung *Wrongful-life*-Klage bekannt.³

Soweit ersichtlich hatte zuvor noch kein Schweizer Gericht eine *Wrongful birth*-Klage zu beurteilen.⁴

Bezüglich der *Wrongful-life*-Klage stellt der Berner Entscheid ebenfalls eine Premiere in der schweizerischen Rechtsprechung dar. In Frankreich hat die *Cour de Cassation* zwar in ihrem viel diskutierten Entscheid *Perruche* aus dem Jahre 2000 zum ersten Mal eine *Wrongful-life*-Klage geschützt.⁵ Bereits im März 2002 hat jedoch der französische Gesetzgeber (*Assemblée nationale*) diese höchstrichterliche Rechtsprechung durch den ersten Artikel des Gesetzes über die Patientenrechte und die Qualität des Gesundheitswesens korrigiert. Gemäss dieser Gesetzesbestimmung kann niemand mehr nur aufgrund seiner Geburt Schadenersatzanspruch geltend machen.⁶ Der deutsche Bundesgerichtshof verneinte eine solche Klagemöglichkeit bereits im Jahr 1983.⁷ Auch der österreichische Oberste Gerichtshof hat einen Anspruch des behinderten Kindes selbst verneint.⁸

Davon zu unterscheiden ist die Situation, in welcher die Mutter ein unerwünschtes, *gesundes* Kind zur Welt bringt. Ein solches Kind kann trotz seinem einwandfreien Gesundheitszustand in den Augen der Eltern deshalb unerwünscht sein, weil eine Sterilisation (*wrongful conception*) bzw. ein legaler Schwangerschaftsabbruch (*wrongful pregnancy*) wegen eines ärztlichen Fehlers unterblieb bzw. misslang.⁹ Zu dieser Konstellation gibt es in der Schweiz sowohl kantonale Rechtsprechung¹⁰ als auch einen höchstrichterlichen Entscheid (*wrongful conception*).¹¹ Von den *Wrongful-birth*- und *Wrongful-life*-Situationen sind schliesslich auch jene zu unterscheiden, in denen die Arztperson durch einen Kunstfehler selber die Schädigung des Kindes verursacht. Auch zu dieser Frage gibt es in der Schweiz bereits Rechtsprechung.¹²

⁴ Thomas Mannsdorfer, Pränatale Schädigung, Diss. (Freiburg 2000), N 981 ff.; Christoph Müller, Die ärztliche Haftung für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 524.

⁵ Cass. (Ass. plén.) vom 17. November 2000, *Epx Perruche c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et autres*, Sem. jur. 2000 II 10438, S. 2293.

⁶ «Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance» (Art. 1 Abs. 1 Satz 1) (Art. L114-5 Abs. 1 des Code de l'action sociale et des familles).

⁷ BGH vom 18. Januar 1983, BGHZ 8686, S. 240 (S. 250 ff.).

⁸ OGH 10B91/99k vom 25. Mai 1999, abrufbar unter <http://www.ris.bka.gv.at> (11.1.2013).

⁹ Reinhart Andreas, Familienplanungsschaden, *wrongful birth*, *wrongful life*, *wrongful conception*, *wrongful pregnancy*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1999, 10 f.

¹⁰ Siehe Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 523, Anm. 15, sowie Müller Christoph, Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als Schaden?, Jusletter 10. Juli 2006, N 5.

¹¹ BGE 132 III 359. Siehe dazu Müller Christoph, Unterhaltskosten für ein ungeplantes Kind als Schaden?, Jusletter 10. Juli 2006.

¹² Beispielsweise Entscheid des Bundesgerichts 4C.32/2003 vom 19. Mai 2003.

² Da die Bemessung der Genugtuungssumme stark vom Sachverhalt des Einzelfalles abhängt (BGE 132 II 117 E. 2.2.3), verzichtet dieser Beitrag auf eine Erörterung dieses Aspekts.

³ Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 523.

IV. *Wrongful-birth-Klage*

Wie erwähnt brauchte das bernische Obergericht die Frage des Grundsatzes eines Genugtuungsanspruchs der Mutter aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht zu überprüfen. Zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit im schweizerischen Recht von Genugtuungsansprüchen im Zusammenhang mit *Wrongful-birth*-Klagen musste das Obergericht somit nicht Stellung nehmen.

Trotzdem ist es wahrscheinlich, dass das Obergericht einen solchen – gleich wie bereits die Vorinstanz – bejaht hätte:

Die Vorinstanz hat die Unterlassung der indizierten pränatalen Diagnostik richtigerweise als *Verletzung des Behandlungsvertrags* qualifiziert.¹³

Die Vorinstanz hat alsdann festgestellt, dass ein strafloser Schwangerschaftsabbruch auch nach Ablauf der 12-Wochen-Frist von Art. 119 Abs. 2 StGB aufgrund sozial-medizinischer Indikation (Gefahr einer schweren seelischen Notlage) unter Berücksichtigung der embryopathischen Indikation (unzumutbare Überforderung der Mutter durch Pflege und Erziehung des kranken Kindes) ärztlich vertretbar und damit i. S. v. Art. 119 Abs. 1 StGB straflos gewesen wäre. Indem der Mutter diese Möglichkeit genommen wurde, sei sie in ihrem körperlichen Selbstbestimmungsrecht als Teilgehalt des physischen Schutzbereichs der Persönlichkeit verletzt worden. Zudem beeinträchtige der erhöhte Betreuungs- und Pflegeaufwand die persönlichen Verhältnisse der Mutter erheblich. Da sich diese jeden Tag mit dem Leid ihrer Tochter konfrontiert sehe, sei auch der psychische Schutzbereich ihrer Persönlichkeit verletzt, und zwar in Form einer Beeinträchtigung der affektiven Beziehungen zum Kind. Die Schwere dieser *Persönlichkeitsverletzungen* rechtfertige eine Genugtuung.

Nachdem erstellt war, dass die Mutter, hätte sie um die Erkrankung ihrer Tochter gewusst, sich mit grosser Wahrscheinlichkeit zu einer Abtreibung entschlossen hätte, bejahte die Vorinstanz auch den (hypothetischen) *Kausalzusammenhang* zwischen der Unterlassung der gebotenen pränatalen Diagnostik und der Persönlichkeitsverletzungen.

Da sich der Arzt nicht zu exkulpieren vermochte, handelte der Arzt in den Augen der Vorinstanz schliesslich auch *schuldhaft* (Art. 97 Abs. 1 OR).

Diesen Schlussfolgerungen zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Genugtuungsanspruchs im Rahmen von *Wrongful-birth*-Klagen ist zuzustimmen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Verletzung des *physischen* Schutzbereichs der Persönlichkeit, d. h. die Vereitelung des Rechts, selbst über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden zu können, bereits genügt, um

Genugtuungsansprüche auszulösen (vorausgesetzt selbstverständlich, dass die anderen Haftungsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind). Der Umstand, dass die unerwünschte Geburt des behinderten Kindes auch den *psychischen* Schutzbereich der Persönlichkeit der Mutter, d. h. ihre Lebensgestaltung und ihre affektive Beziehung zum behinderten Kind, verletzt, ist alsdann ohne Belang. Einerseits fehlt dieser Umstand nämlich bei der Geburt eines unerwünschten, gesunden Kindes, für welche die Mutter jedoch gleichsam Schadenersatz und/oder Genugtuung verlangen kann (vgl. BGE 132 III 359). Andererseits ist der Kausalzusammenhang zwischen der Vertragsverletzung (unterlassene Diagnostik) und der Beeinträchtigung des *psychischen* Schutzbereichs der Persönlichkeit der Mutter auch nur ein indirekter. Die Behinderung des Kindes und deren Auswirkungen auf das Wohlbefinden der Mutter sind nämlich nicht direkt auf das Ausbleiben der pränatalen Untersuchungen zurückzuführen. Die Vertragsverletzung hat einzig nicht verhindert, dass die Behinderung des Kindes den psychischen Schutzbereich beeinträchtigt.

Da die Mutter in ihrer *Wrongful-birth*-Klage im kommentierten Entscheid lediglich eine Genugtuung – und keinen Schadenersatz – verlangte, musste sich das Obergericht im ersten Teil seines Entscheids auch nicht zur Frage des ersetzbaren Schadens – und damit zur u. U. heiklen Diskussion über das Kind als Schaden (vgl. BGE 132 III 359) – äussern.

V. *Wrongful-life-Klage*

Mit ihrer auf *wrongful life* gestützten Teilklage verlangte die behinderte Tochter ebenfalls eine Genugtuung, und zwar in der Höhe von CHF 70000. Sie begründete ihren Anspruch mit der lebenslangen Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit, welche ihre Lebensqualität massiv verschlechtere. Daneben machte die Tochter anscheinend auch einen Schadenersatzanspruch geltend, welcher im Pflege- und Betreuungsaufwand bestand. Dieser sei jedoch im Zeitpunkt der Klageeinreichung noch nicht abschätzbar gewesen.

Nach einem detaillierten Überblick über die ausländische Rechtsprechung und die schweizerische Lehre¹⁴ entschied das Obergericht des Kantons

¹⁴ *Mannsdorfer Thomas*, Pränatale Schädigung, Diss. (Freiburg 2000); *Mannsdorfer Thomas*, Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, ZBJV 2001 605 ff.; *Mannsdorfer Thomas*, AJP 11 (2002) 1360 ff.; *Müller Christoph*, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 522 ff.; *Pally Ursina*, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss. (Zürich 2007); *Rüetschi David*, „Wrongful life“ – die französische Sichtweise, FamPra.ch 2001 265 ff.; *Roberto Vito*, Schweizerisches Haftpflicht-

Bern die Frage der *Wrongful-life*-Klage mit folgender Argumentation.

Es stelle sich vorab die Frage, welcher rechtlicher Natur der allfällige Anspruch der behinderten geborenen Tochter sei. Ein *vertraglicher* Anspruch der Tochter gegen den Arzt auf Leistung einer Genugtuung setze voraus, dass Zweck des Behandlungsvertrags auch die Wahrung des Kindesinteresses war. Die Frage, ob die schwangere Frau (auch) Interessen ihres Fötus wahrnehmen wollte und ob das Kind überhaupt ein eigenes Interesse an einer korrekten pränatalen Diagnostik seiner CF-Erkrankung – und damit an der dann höchstwahrscheinlich vorgenommenen Abtreibung – hatte, führe unweigerlich zur Frage, ob das Kind überhaupt ein Interesse bzw. einen Anspruch darauf hatte, nicht geboren zu werden. Dieses Interesse setze wiederum voraus, dass das behinderte Leben gegenüber der Nichtexistenz einen Schaden bzw. eine immaterielle Unbill in Form einer Persönlichkeitsverletzung darstelle. Ebenso sei eine Persönlichkeitsverletzung (allenfalls als Folge einer Körperverletzung) Voraussetzung eines *deliktischen* Genugtuungsanspruchs. Fehle es daran, so könne offengelassen werden, ob es sich um einen vertraglichen oder deliktischen Anspruch handle. Es sei deshalb zuerst zu prüfen, ob die Tochter durch ihre Geburt und ihre Behinderung überhaupt eine immaterielle Unbill erlitten habe.

Eine immaterielle Unbill könne aus folgenden drei Konstellationen resultieren: 1) durch eine mit einer bedeutenden Körperschädigung verbundenen Persönlichkeitsverletzung (Art. 47 OR); 2) durch Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf Nichtexistenz bzw. Existenzverzicht (Art. 49 OR); und 3) durch Verletzung des sich auf das Kind erstreckende Selbstbestimmungsrechts der Mutter (Art. 49 OR).

In der ersten Konstellation sei Voraussetzung einer immateriellen Unbill eine Verletzung des absoluten Rechts auf physische Integrität. Der Arzt habe jedoch die Gesundheit der Tochter nicht beeinträchtigt. Der Arzt hätte vielmehr keine Möglichkeit gehabt, auf die genetisch bedingte CF-Erkrankung in irgendeiner Art und Weise Einfluss zu nehmen. Es liege somit gar keine Körperverletzung vor. Eine solche liege auch nicht im Zulassen der Verwirklichung der CF-Erkrankung durch Nichtverhinderung der Geburt der behinderten Tochter. In diesem Falle hätte nämlich die Alternative in der

Nichtexistenz der Tochter bestanden. Der Begriff der Schädigung bedinge in der Tat einen Vergleich mit einem gesundheitlichen Alternativzustand, der gegenüber dem effektiven Zustand vorteilhafter wäre. Der gesundheitliche Alternativzustand könne jedoch nicht im gesund geborenen Kind bestehen, da die Tochter in keinem Fall hätte gesund zur Welt kommen können. Liege jedoch keine Schädigung der körperlichen Integrität vor, so könne daraus auch keine immaterielle Unbill entstanden sein, welche auszugleichen wäre.

In der zweiten Konstellation stelle sich die Frage, ob das Persönlichkeitsrecht des ungeborenen Kindes das Recht umfasse, nicht mit schwersten Schädigungen geboren zu werden. Da in *Wrongful-life*-Situationen die einzige Alternative zu einer behinderten Existenz die Nichtexistenz ist, laute die Frage: Beinhaltet das Persönlichkeitsrecht den Anspruch auf Existenzverzicht? Dadurch, dass der Gesetzgeber die Abtreibung unter gewissen Voraussetzungen zulasse, anerkenne er indirekt den Anspruch der Mutter, «nicht zu gebären». Ein Anspruch des Kindes darauf, «nicht geboren zu werden», kenne das Schweizer Recht dagegen nicht. Die Entstehung des Lebens als solches könne nach der schweizerischen Rechtsordnung nie widerrechtlich sein.

Auch in der dritten Konstellation liege keine immaterielle Unbill vor, denn ein Anspruch auf Nichtexistenz lasse sich nicht aus dem Recht der Mutter, ihr Kind abzutreiben, ableiten.¹⁵ Dieses Recht der Mutter erstrecke sich nicht auf das ungeborene Kind, welches im Unterschied zur Mutter gerade kein Wahlrecht bezüglich seiner Existenz habe.

Da ein Kind somit weder einen vertraglichen noch einen deliktischen Anspruch darauf habe, nicht geboren zu werden, könne seine vom Arzt verschuldete Geburt als Behinderter auch keine immaterielle Unbill bewirken. Deshalb habe das Kind keinen Anspruch auf Genugtuung.

VI. Kommentar zum Entscheid bezüglich *Wrongful-life*-Klage

In seiner letzten Erwägung zur *Wrongful-life*-Klage hält das Berner Obergericht unter anderem Folgendes fest: „Ob man dem Kind trotz der nicht gegebenen haftpflichtrechtlichen Voraussetzungen einen eigenen Anspruch aus *Wrongful life* zugestehen will, ist eine rechtspolitische Frage, welche nicht vom Gericht sondern vom Gesetzgeber de lege ferenda zu beantworten ist [...]. Dazu gehört auch die hier nicht zu beantwortende Frage, ob das Kind in

recht, Zürich 2002, N 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; Melchert Tanja, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von *Wrongful life*, Jusletter 12. Januar 2004; Torrione Henri, Le préjudice d'être né, HAVE 2006 388 ff.; CR-Werro, N 29 ff. zu Art. 41 CO.

¹⁵ Melchert Tanja, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von *Wrongful life*, Jusletter 12. Januar 2004, N 23 und 25.

solchen Fällen einen haftpflichtrechtlichen anzuerkennenden (allenfalls normativen) Schaden erleidet“ (E. IV.C.3, Rz. 9).

Die Aussichten, dass der Schweizer Gesetzgeber sich in absehbarer Zukunft der *Wrongful-life*- bzw. *Wrongful-birth*-Problematik annimmt, stehen schlecht.¹⁶ Eine im Nationalrat eingereichte Interpellation vom März 2001 verlangte zwar vom Bundesrat eine Stellungnahme zur Haftung aus *Wrongful-birth*- und *Wrongful-life*-Klagen und zu dem diesbezüglichen Regelungsbedarf im Haftpflichtrecht. Die Exekutive verneinte in ihrer Antwort vom Mai 2001 jedoch einen legislatorischen Handlungsbedarf im Sinne der Interpellation. Sie schloss jedoch nicht aus, dass einzelne Fragen im Rahmen der damals noch hängigen Gesamtrevision des Haftpflichtrechts durch allgemein gültige Regelungen beantwortet würden.¹⁷ Nachdem die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts nicht weiterverfolgt wurde,¹⁸ sind die Chancen für eine baldige, gesetzliche Regelung gering. Der Ball liegt somit nach wie vor – und voraussichtlich noch lange – bei den Gerichten.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass das Berner Obergericht dem Kern dieser rechtspolitisch und ethisch heiklen Frage in seinem Entscheid lediglich gut zwei Seiten widmet. Folgende Punkte hätte das Berner Obergericht detaillierter untersuchen müssen, was dieses u. U. auch zu einem gegenteiligen Ergebnis hätte führen können.

Entgegen der Meinung des Berner Obergerichts ist es haftpflichtrechtlich durchaus möglich, die Behinderung des Kindes als Schaden bzw. immaterielle Unbill von seinem Leben zu trennen. Es stimmt zwar, dass der Vergleich eines Lebens als Behinderter mit der Nichtexistenz zur Feststellung eines Schadens bzw. einer immateriellen Unbill absurd ist, was auch aus folgendem Zitat eines 32-jährigen, im Endstadium krebserkrankten Schwerstneurotikers erhellt: „Wenn es für mich wirklich besser gewesen wäre, nicht geboren zu sein als geboren zu sein, hätte ich mir schon längst das Leben genommen. Ich schliesse daraus, dass für mich bis heute die Notwendigkeit zu leben trotz allem grösser gewesen ist als das Übel des Lebens.“¹⁹ Auch haftpflichtrechtlich führt der Vergleich mit der Nichtexistenz zu keinem überzeugenden Ergebnis.²⁰ Trotzdem ist nicht von der Hand zu weisen,

dass das Schweizer Recht die Geburt eines behinderten Kindes – jedenfalls für die Mutter – als Nachteil auffasst.²¹ Sonst würde es den Schwangerschaftsabbruch aufgrund einer embryopathischen Indikation nicht bis zum Ende der Schwangerschaft erlauben (Art. 119 Abs. 1 StGB). Die Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs bei embryopathischer Indikation impliziert damit einen Schaden im Zusammenhang mit der Behinderung. Dieser Schaden manifestiert sich in der durch die ärztliche Pflichtverletzung mitverursachten, von der Mutter unerwünschten Geburt eines behinderten Kindes. Das deutsche Abtreibungsrecht²² dagegen kennt seit gut 15 Jahren die embryopathische Indikation unter anderem aus diesen Überlegungen nicht mehr. Damit sollte klargestellt werden, dass eine Behinderung eines Kindes als solche niemals zu einer Minderung des Lebensschutzes führen könne.²³ Auch wenn das schweizerische Strafgesetzbuch die embryopathische Indikation in erster Linie aus dem Blickwinkel der Mutter einschätzt, so ist nicht einzusehen, weshalb nur der Mutter, nicht jedoch dem behinderten Kind selber die Behinderung zum Nachteil gereichen sollte.²⁴

Nachdem der Vergleich mit der Nichtexistenz untauglich ist, bleibt für die Bestimmung des Schadens nur der Vergleich zwischen den durchschnittlichen Lebenshaltungskosten eines gesunden Menschen²⁵ und jenen eines Menschen mit der konkret infrage stehenden Behinderung. Die Höhe einer Genugtuung ist ohne Weiteres mithilfe der bekannten Kriterien zu bestimmen.²⁶ Es ist jedenfalls nicht von der Hand zu weisen, dass eine Existenz, in welcher man unter anderem dauernd an Lungenentzündungen leidet, in welcher der stete Sauerstoffmangel die Leistungsfähigkeit dauernd reduziert und in welcher man von Geburt an damit rechnen muss, um die 40 zu sterben, gegenüber einer gesunden Existenz eine immaterielle Unbill darstellt. Dieser Lösungsansatz vermeidet den absurden Vergleich mit der Nichtexistenz und damit auch die unsinnige Aussage, dass der Vermögensstand des behinderten Kindes höher gewesen wäre, wenn es nie zur Welt gekommen wäre.

Bejaht man die Frage des Schadens bzw. der immateriellen Unbill, so bleibt jedoch noch jene der

¹⁶ Allgemein kritisch gegenüber einer gesetzlichen Lösung ist 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 382.

¹⁷ Interpellation und Antwort sind unter folgender Adresse verfügbar: http://www.parlement.ch/suche/pages/gescheafte.aspx?gesch_id=20013050 (13. 1. 2013).

¹⁸ <http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2009/2009-01-21.html> (13. 1. 2013).

¹⁹ Zorn Fritz, Mars, München 1977 213.

²⁰ Vgl. Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 532.

²¹ Mannsdorfer Thomas M., AJP 11 (2002) 1366.

²² § 218a Abs. 2 StGB in der Fassung des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes vom 21. August 1995 (Bundesgesetzblatt 1995 Teil I, S. 1050).

²³ BT-Drs. 13/1850, S. 26.

²⁴ Vgl. Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 533. Grundsätzlich zu dieser Frage, siehe Bernhard Rüttsche, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Zürich/St. Gallen 2009, S. 276 f., S. 433 f. und S. 484 ff.

²⁵ Siehe insbesondere die Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, herausgegeben vom Amt für Jugend und Berufsberatung der Bildungsdirektion des Kantons Zürich (2. Aufl., 2007).

²⁶ Vgl. E. IV. B.2 des kommentierten Entscheids.

Vertragsverletzung bzw. der Widerrechtlichkeit. Diese Frage konnte das Obergericht des Kantons Bern im kommentierten Entscheid offenlassen. Die wohl herrschende Meinung ist der Ansicht, dass der Anspruch des behinderten Kindes deliktischer und nicht vertraglicher Natur ist.²⁷ Für die *Wrongful-birth*-Klage der Mutter hat das Berner Obergericht die immaterielle Unbill aus der Verletzung des physischen (Vereitelung des Rechts, selbst über einen Schwangerschaftsabbruch entscheiden zu können) und psychischen (negative Auswirkungen auf die Lebensgestaltung der Mutter und auf die affektive Beziehung zum Kind) Schutzbereichs der Persönlichkeit der Mutter hergeleitet. Die Verletzung des (psychischen) Schutzbereichs der Persönlichkeit des Kindes erscheint jedoch wesentlich gravierender als die Verletzung der Persönlichkeit der Mutter. Die Tatsache, dass sich das Kind irgendwann bewusst wird, als behindertes Kind in den Augen seiner Mutter unerwünscht (gewesen) zu sein, stellt eine mindestens ebenso schwere Persönlichkeitsverletzung dar wie jene, die darin besteht, dass die Mutter ihre Lebensgestaltung an ein behindertes Kind anpassen muss. Ebenso ist nicht einzusehen, weshalb die affektive Beziehung der Mutter zum behinderten Kind von der Behinderung stärker beeinträchtigt sein sollte als jene vom behinderten Kind zu seiner Mutter. Bezüglich einer immateriellen Unbill besteht somit in einem Fall wie dem kommentierten kein Unterschied zwischen der Mutter und dem behinderten Kind.

Neben diesen rein schadensrechtlichen Überlegungen gibt es auch eine ganze Reihe rechtspolitischer Argumente, welche für die Zulassung der *Wrongful-life*-Klage plädieren. Einerseits die Tatsache, dass die ärztliche Pflichtverletzung auch gegenüber dem behinderten Kind nicht ohne haftpflichtrechtliche Folgen bleiben darf. Andererseits die bessere finanzielle Absicherung des Kindes, denn der Schadenersatz und/oder die Genugtuungssumme würde direkt in das Vermögen des behinderten Kindes fliessen (Art. 318 ff. ZGB). Schliesslich spricht auch die Gleichbehandlung gegenüber der Mutter für eine Anerkennung der *Wrongful-life*-Klage. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb die Geburt des behindert geborenen Kindes einen Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch für die von der Behinderung nur mittelbar betroffenen Mutter zu begründen vermag (die allgemein anerkannte und auch im kommentierten Entscheid geschützte *Wrongful-birth*-Klage), wogegen dem unmittelbar unter der Behinderung lei-

denden Kind ein solcher Anspruch verweigert wird.²⁸ Wie wird die behinderte Tochter wohl eines Tages reagieren, wenn sie erfahren wird, dass ihre Mutter wegen ihrer unerwünschten Geburt als Behinderte eine Genugtuung in der Höhe von CHF 30 000 erhalten hat, während ihr selbst jegliche Genugtuung aus rein rechtsdogmatischen Gründen verweigert wurde?

Gegen die Anerkennung der *Wrongful-life*-Klage wird einerseits ins Feld geführt, dass diese eine Gefahr einer sich ausbreitenden Eugenik in sich birge. Andererseits wird befürchtet, dass man dann konsequenterweise dem behindert geborenen Kind auch ein Klagerecht gegen seine eigene Mutter zuerkennen müsse. Schliesslich wird auch die Verschärfung der Arzthaftpflicht als Gegenargument benutzt. Wie ich an anderer Stelle detaillierter ausgeführt habe, sind diese Befürchtungen kaum begründet.²⁹

VII. Schlussfolgerungen

Die Anerkennung der *Wrongful-life*-Klage ist in erster Linie ein rechtspolitischer Entscheid. Da diesbezüglich in unserem Land zurzeit keinerlei gesetzgeberische Bestrebungen im Gange sind, ist es wahrscheinlich, dass das Bundesgericht diese Frage – wie auch schon jene der *Wrongful-birth*-Klage (BGE 132 II 359) – für die ganze Schweiz wird entscheiden müssen. Eine Abwägung der erwähnten rechtspolitischen Argumente für und wider die *Wrongful-life*-Klage zeigt, dass diese Klage sehr wohl ihre Berechtigung hat. Sollte diese Klagemöglichkeit in der Schweiz als rechtspolitisch wünschenswert erachtet werden, so wären die dogmatischen Hürden überwindbar.³⁰ Die Anerkennung für das behinderte Kind selbst von Ansprüchen aus *wrongful life* wäre die logische, schadensrechtliche Konsequenz aus den bemerkenswerten Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin während der letzten Jahrzehnte. Es bleibt jedoch nach wie vor die Frage, ob das Haftpflicht- bzw. das Vertragsrecht das geeignete Mittel ist, um unerwünschte Kinder und deren Eltern für eine die Geburt mitverursachende ärztliche Sorgfaltpflichtverletzung zu entschädigen. Sachgerechter wäre wohl, wenn ein Entschädigungssystem im Sinne einer Sozialversicherung die finanziellen Konsequenzen eines pflichtwidrig behindert geborenen Kindes übernehmen würde.

²⁷ Mannsdorfer Thomas, Pränatale Schädigung, Diss. (Freiburg 2000), N 932; Mannsdorfer Thomas M., AJP 11 (2002) 1364; Melchert Tanja, Ärztliche Haftpflicht bei Fällen von *Wrongful life*, Jusletter 12. Januar 2004, N 10; Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 530.

²⁸ Siehe, im Detail, Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 535 f.

²⁹ Siehe, im Detail, Müller Christoph, Die ärztliche Haftpflicht für die Geburt eines unerwünschten behinderten Kindes, AJP 5 (2003) 536 f.

³⁰ Siehe auch Mannsdorfer Thomas, Pränatale Schädigung, Diss. (Freiburg 2000), N 934.