

# BABY BOY UND DER KATEGORISCHE IMPERATIV

## EIN BEITRAG ZUR HAFTPFLICHTRECHTLICHEN PROBLEMATIK DES ANGEHÖRIGENSCHADENS

---

Probenvortrag von Dr. iur. Hardy Landolt, LL.M.,  
vom 17. Juni 2002 an der Universität St. Gallen

---

<b>I. EINLEITUNG – DER FALL VON „BABY BOY“</b> .....	<b>2</b>
<b>II. SIND PRÄNATALE SCHÄDEN ERSATZFÄHIG?</b> .....	<b>3</b>
A. ZUR HAFTUNGSPROBLEMATIK DES PRÄNATALEN SCHADENS .....	3
B. STANDPUNKT VON LEHRE UND RECHTSPRECHUNG.....	3
1. <i>In der Schweiz</i> .....	3
2. <i>Im Ausland</i> .....	4
C. ARGUMENTE FÜR UND WIDER DIE ERSATZFÄHIGKEIT .....	5
D. PERSÖNLICHE AUFFASSUNG .....	6
<b>III. SIND ELTERN IHREN KINDERN GEGENÜBER HAFTPFLICHTIG? .....</b>	<b>7</b>
<b>IV. SIND DIE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN ERFÜLLT? .....</b>	<b>8</b>
A. ALLGEMEINE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN .....	8
B. ZUR WIDERRECHTLICHKEIT IM BESONDEREN .....	9
1. <i>Grundvoraussetzungen</i> .....	9
i) Das schadenverursachende Verhalten muss <i>menschlich</i> sein.....	9
ii) Das schadenverursachende Verhalten muss <i>widerrechtlich</i> sein .....	10
2. <i>Rechtfertigung der absichtlich zugefügten Schädigung?</i> .....	11

## **I. EINLEITUNG –DER FALL VON „BABY BOY“**

Die Medien berichteten vor kurzem von einem lesbischen Paar, das sich mittels einer Samenspende den Wunsch eines tauben Kindes erfüllt hat. Ich nenne dieses Kind Baby Boy, und zwar in Anlehnung an den international bekannt gewordenen Abtreibungsfall. Im Folgenden möchte ich Baby Boy ins Zentrum meiner Ausführungen stellen und der Frage nachgehen, ob er – stellvertretend für alle pränatal geschädigten Kinder – Schadenersatz von seinen Eltern verlangen kann.

Der pränatale Schaden von Baby Boy ist ein klassischer *Angehörigenschaden*. Der Angehörigenschaden, d.h. die Schädigung von Mitgliedern einer Familie, weist dabei zwei Erscheinungsformen auf:

- Der externe Angehörigenschaden umfasst Schäden, die ein Dritter einem Familienmitglied unmittelbar und weiteren Angehörigen mittelbar zufügt (z.B. OR 45 III und 47).
- Der interne Angehörigenschaden umfasst Schäden, die von einem Familienmitglied einem anderen oder mehreren Mitgliedern derselben Familie zugefügt werden (z.B. ZGB 91 ff., 295 und 327, OR 134 I Ziff. 1, UVG 44, VVG 72).

Der Angehörigenschaden ist nicht zu verwechseln mit der *Familienhaftung*, d.h. der Mithaftung für schädigende Handlungen eines Angehörigen (z.B. ZGB 333).

Der pränatale Schaden von Baby Boy ist ein interner Angehörigenschaden, hätte aber ebensogut extern, z.B. durch einen Arzt, verursacht werden können. Der pränatale Schaden bietet sich deshalb geradezu an, um die haftpflichtrechtliche Problematik des internen und externen Angehörigenschadens zu erörtern.

Selbstverständlich können in einer halben Stunde nicht alle Probleme des internen und externen Angehörigenschadens à fond dargestellt und ausdiskutiert werden. Ich möchte mich deshalb primär auf den internen Angehörigenschaden von Baby Boy konzentrieren und zumindest einen Überblick über die damit verbundenen haftungsrechtlichen Probleme geben.

Kehren wir zurück zur Ausgangsfrage. Haften die beiden Mütter? Baby Boy kann Ersatz verlangen, wenn 1. Pränatale Schäden ersatzfähig sind, 2. Eltern prinzipiell haften und 3. die Haftungsvoraussetzungen von OR 41 erfüllt sind.

## **II. SIND PRÄNATALE SCHÄDEN ERSATZFÄHIG?**

### ***A. Zur Haftungsproblematik des pränatalen Schadens***

Mutter und Kind stellen bis zur Geburt eine Einheit dar. Dieser Umstand führt zu einer unklaren Ausgangslage: Das schadenverursachende Verhalten betrifft die Einheit und damit die Mutter. Die Frage des Schadenersatzes stellt sich aber erst nach der Geburt, wenn feststeht, dass das Kind geschädigt ist.

Daraus ergeben sich zwei grundsätzliche Haftungsprobleme:

- Unklar ist zunächst, ob Mutter und/oder Kind für ein *vorgeburtliches* Verhalten, das einen *nachgeburtlichen* Schaden bewirkt, einen Haftungsanspruch geltend machen können (Stichworte: *Aktivlegitimation* des Kindes und *Ersatzfähigkeit des pränatalen Schadens*).
- Unklar ist ferner, wofür Ersatz verlangt werden kann: nur für *damnum emergens*, z.B. Behandlungs- und Pflegekosten, oder auch für *lucrum cessans*, und auf welches Vermögen sich die Schadenberechnung zu beziehen hat (Kosten und Verdienstaussfall der Eltern oder des Kindes?). (Stichworte: *Schadensbegriff* sowie *Reflexschadenersatz- und Drittschadensliquidationsverbot*).

### ***B. Standpunkt von Lehre und Rechtsprechung***

#### *1. In der Schweiz*

Bei *postnatalen* Schadensursachen besteht eine klare gesetzliche Haftungsgrundlage (OR 46 und 49). Es gilt dabei die Haftungsmaxime: *Nur das Kind ist schadenersatzberechtigt*. Lehre und Rechtsprechung lassen jedoch vom Grundsatz des Reflexschadenersatzverbotes zwei Ausnahmen zu: Erstens können nahe Angehörige von schwerstverletzten Geschädigten eine Genugtuung geltend machen (BGE 112 II 220). Zweitens werden bestimmte Schäden der mittelbar betroffenen Angehörigen im Rahmen einer Drittschadensliquidation entschädigt (z.B. BGE 97 II 259: Besuchskosten).

Bei *pränatalen* Schadensursachen demgegenüber herrscht eine Meinungsvielfalt, und zwar sowohl in Bezug auf die *Ersatzfähigkeit des pränatalen Schadens* an sich als auch in Bezug auf die *Aktivlegitimation des Kindes*. Das Bundesgericht hatte bis jetzt nur Gelegenheit, zur Frage, ob die unerwünschte Geburt eines gesunden Kindes einen Schaden darstellt, zu schweigen. Das Bezirksgericht Arbon trat 1985 auf die Genugtuungsklage eines Mädchens, das mit einem Hüftfehler geboren war, zwar ohne nähere Begründung ein, wies die Klage aber ab. Die Lehre äussert sich heterogen, sagt zur Ersatzfähigkeit *Nein* (z.B. WEIMAR, RÜETSCHI), *Ja* (z.B. MANNSDORFER, A. KELLER) und *Jein* (z.B. OFTINGER/STARK). Nicht näher eingegangen wird dabei in der Regel auf die Frage, ob dem Kind und/oder den Eltern ein Haftungsanspruch zusteht.

## 2. *Im Ausland*

Ein ähnliches buntscheckiges Bild zeigt sich, wenn man über die Grenzen schaut:

*Deutschland:* Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) schliesst seit 1983 Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder aus, lässt aber solche der Eltern pränatal geschädigter Kinder zu. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) erachtet diese Praxis als verfassungskonform. Die deutsche Rechtsprechung wurde 1999 vom österreichischen OGH übernommen.

*Frankreich:* Die Cour de cassation bejaht seit 1996 Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder (Fall „Perruche“). Die Cour d'Appel d'Orléans und der Conseil d'État sind demgegenüber anderer Auffassung. Die Nationalversammlung hat Anfangs 2002 ein Gesetz verabschiedet, dessen Zweck darin besteht, die Haftungsansprüche der Eltern und des Kindes für pränatale Schäden – restriktiv – zu regeln.

*USA:* Bis 1980 wurde von den US-Gerichten ein Haftungsanspruch pränatal geschädigter Kinder verneint, den Eltern aber nicht versagt. Ein Gericht in Kalifornien hat 1980 erstmals Schadenersatzansprüche von pränatal geschädigten Kindern zugelassen. Richterkollegen von Washington (1983), New Jersey (1984) und North Carolina (1984) haben sich in der Folge angeschlossen, während andere Richterkollegen von Texas (1982), Ohio (1993) und Nevada (1995) entsprechende Klagen abwiesen. Andere Gliedstaaten wiederum erliessen eine gesetzliche Regelung.

*Grossbritannien:* Der Londoner Court of Appeal verneinte 1982 den wrongful-life Anspruch eines geschädigten Mädchens, bejahte aber den wrongful-birth Anspruch

der Mutter. Der Gesetzgeber verabschiedete in der Folge den CONGENITAL DISABILITIES (CIVIL LIABILITY) ACT 1976 und den HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY ACT 1990. Diese Erlasse regeln nunmehr die Ersatzfähigkeit pränataler Schäden.

### ***C. Argumente für und wider die Ersatzfähigkeit***

Die Argumente für und wider die Ersatzfähigkeit sind im In- und Ausland stets dieselben. Die Gegner einer Ersatzfähigkeit pränataler Schäden werfen folgende Argumente auf die Waagschale der blinden Justitia:

- Das erste Argument ist metajuristisch: Es besteht *keine Rechtspflicht*, pränatale Schädigungen bzw. behindertes Leben zu verhindern: Jeder hat sein Leben bei der Geburt so anzunehmen, wie er es antrifft (Maxime: „es gibt kein lebensunwertes behindertes Leben“).
- Das zweite Argument fokussiert den Schadensbegriff: Ein Kind – auch ein behindertes Kind – kann *keinen Schaden* darstellen. Das Diskriminierungsverbot (BV 8 II) verbietet eine Ungleichbehandlung behinderter Kinder und würde verletzt, wenn Haftungsansprüche nur bei pränatal geschädigten Kindern, nicht aber bei (gesunden) unerwünschten Kindern zugelassen würden.
- Das dritte Argument betrifft die Widerrechtlichkeit: Die Eltern, insbesondere die Mutter, entscheiden darüber, ob sie ein behindertes Kind austragen oder abtreiben wollen (*Priorität der elterlichen Interessen*). Der Arzt haftet deshalb nur den Eltern gegenüber für eine allfällige Verletzung der Fortpflanzungsautonomie.
- Gestützt werden diese drei Hauptargumente mit einem Hinweis auf den Umstand, dass eine Vergleichshypothese fehlt, die es erlauben würde, den zukünftigen Schaden des Kindes zu berechnen, weil man ja nicht weiss, ob das Kind zu den 2–4% der Kinder gehört hätte, die mit einer „natürlichen“ Schädigung zur Welt kommen.

Die Befürworter sind nicht verlegen und beschweren die andere Waagschale der Justitia ebenfalls:

- Das metajuristische Argument wird mit dem Hinweis entkräftet, dass das Haftpflichtrecht nicht nach dem *Lebenswert der behinderten Existenz* fragt, sondern wissen will, ob durch ein tadelnswertes menschliches Verhalten (Ursache) unfrei-

willige finanzielle Nachteile (Wirkung) verursacht wurden, die einen Ersatz rechtfertigen.

- Hingewiesen wird zudem darauf, dass pränatale Schäden nicht nur als Folge eines Schicksals, sondern oft auch und gerade nur deshalb entstehen, weil sich ein Mensch in bestimmter Weise verhält bzw. nicht so verhält, wie er sich – in guten Treuen – hätte verhalten müssen.
- Hinsichtlich Widerrechtlichkeit wird geltend gemacht, dass das geborene Kind über eine (suspensiv bedingte) pränatale Persönlichkeit verfügt (ZGB 31) und damit auch vor Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität – notabene ein absolutes Rechtsgut – geschützt ist. Wer die Gesundheit eines ungeborenen Kindes schädigt, handelt deshalb nach dieser Meinung prinzipiell widerrechtlich. Ein Nichtstun kann, so die Befürworter weiter, ebenfalls eine Widerrechtlichkeit begründen, wenn sich der Betreffende in einer *engen tatsächlichen*, z.B. Mutter, *oder rechtlichen*, z.B. Arzt, *Beziehung* zum ungeborenen Kind befindet und deshalb die Möglichkeit hat, die Gesundheit des ungeborenen Kindes zu schützen (Garantenstellung).
- Als viertes Argument wird betont, dass die Bevorzugung postnatal geschädigter Kinder sachlich nicht vertretbar ist und gegen das Gleichbehandlungsgebot (BV 8 I) und das Diskriminierungsverbot (BV 8 II) verstößt. Ein Verletzung dieser Grundnormen wird ferner darin erblickt, dass Eltern pränatal geschädigter Kinder, nicht aber diese selbst Haftungsansprüche geltend machen können.

#### ***D. Persönliche Auffassung***

Nach meinem Dafürhalten sind die Argumente der Befürworter überzeugender. Das pränatal geschädigte Kind kann genauso wie das postnatal geschädigte Kind einen Haftungsanspruch geltend machen, wenn Dritte schuldhaft die Schädigung in rechtlich erheblicher Weise verursacht haben.

In Klammern bemerkt: Den Eltern pränatal geschädigter Kinder steht nach meinem Verständnis grundsätzlich kein Schadenersatzanspruch zu. Geschädigt ist das unmittelbar betroffene Kind, nicht die mittelbar betroffenen Eltern. Sie sind höchstens dann geschädigt, wenn sie kein Kind wollten und ein behindertes Kind zur Welt kam. In diesem Fall stellt der übliche Kinderunterhalt einen Familienplanungsschaden der El-

tern dar. Die behinderungsbedingten Kosten können aber in jedem Fall aus der Sicht des Kindes nur als mittelbarer Schaden der Eltern qualifiziert werden (OR 46).

Es mag zwar im konkreten Einzelfall schwierig sein festzustellen, ob die Voraussetzungen der jeweiligen Kausal- oder Verschuldenshaftungsnorm gegeben sind. Doch ändert diese Herausforderung nichts an der prinzipiellen Ersatzfähigkeit pränataler Schäden und der Aktivlegitimation des geborenen Kindes. Mit dieser Aussage ist letztlich für Baby Boy erst eine Schlacht, aber noch nicht der Krieg – oder aus aktuellem Anlass wohl eher die Weltmeisterschaft – gewonnen.

Wir erinnern uns: Baby Boy wurde nicht von experimentierfreudigen oder sorgfaltswidrig handelnden Ärzten geschädigt, sondern von seinen beiden Müttern. Die eine trug ihn aus, die andere fasste zumindest den Vorsatz und half bei der Besorgung des „defekten“ Samens mit. Wer wie ich bei Prof. Hegnauer in die Vorlesung gegangen ist, weiss, dass die Eltern grundsätzlich lieb sind und sich stets um das Wohl ihrer Schützlinge sorgen. Ist es solchermassen überhaupt möglich, dass Eltern ihren Kindern gegenüber haften? Oder allgemeiner gefragt: Können innerhalb der Familie Haftungsansprüche geltend gemacht werden?

### **III. SIND ELTERN IHREN KINDERN GEGENÜBER HAFTPFLICHTIG?**

Der Gesetzgeber unterscheidet bei den allgemeinen Normen der Delikthaftung nicht, ob der Schädiger zur Familie des Geschädigten gehört oder nicht. Der Wortlaut „Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt“ (OR 41 I) umfasst jedes Rechtssubjekt, auch Angehörige.

Das Prinzip der Familienhaftung wird vom Gesetzgeber mitunter sogar ausdrücklich vorgesehen:

- Haftung bei Verlöbnißbruch (ZGB 91 ff.)
- Haftung des ausserehelichen Vaters für Entbindungs- und Schwangerschaftskosten sowie den Kinderunterhalt vor und nach der Geburt (ZGB 295)
- Haftung der Eltern für eine unzulässige Schmälerung des Kindesvermögens (ZGB. 327)

Das Bundesgericht hat die prinzipielle Familienhaftung – entgegen anderer Verlautbarungen der Lehre (so z.B. SCHAER) – trotz der sozialversicherungsrechtlichen Haftungs- und Regressprivilegien bestätigt. Allerdings soll nach der Meinung der Lausanner Richter bei der Zusprechung von Genugtuungen im innerfamiliären Verhältnis Zurückhaltung geübt werden.

Für die innerfamiliäre Schadenszufügung gelten deshalb die allgemeinen Haftungsgrundsätze. Dies gilt auch für die Haftung der Eltern ihrem Kind gegenüber. Eine solche wird nicht nur nirgends ausgeschlossen, sondern im Gegenteil von ZGB 327 und OR 134 I Ziff. 1 vorausgesetzt.

#### **IV. SIND DIE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN ERFÜLLT?**

##### ***A. Allgemeine Haftungsvoraussetzungen***

Baby Boy hat einen weiteren Match gewonnen, weiss aber immer noch nicht, ob er einen Schadenersatz geltend machen kann. Dies hängt letztlich davon ab, ob der Nachweis der Haftungsvoraussetzungen von OR 41 I gelingt. Das Quartett der Haftungsvoraussetzungen ist uns wohl bekannt: *Widerrechtlichkeit, Schaden, Kausalzusammenhang* und *Verschulden*.

Die letzten drei Voraussetzungen scheinen unproblematisch zu sein:

- *Schaden*: Baby Boy wird nach seiner Geburt nicht hören können. Der Hörverlust führt praxisgemäss zu einem „Schaden“. Der Schaden besteht dabei in allfälligen Kosten im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung oder der besonderen Schulung (*damnum emergens*). Wer weiss, vielleicht entsteht sogar ein Erwerbsausfall, wenn der Kleine später einmal nicht den Beruf ergreifen kann, den er als Hörender hätte ausüben können (*lucrum cessans*). Sicher wird Baby Boy ab und zu auch sein „Schicksal“ beklagen und sich wünschen, doch hören zu können. Die dadurch erlittene immaterielle Beeinträchtigung stellt ebenfalls einen ersatzfähigen „Schaden“ dar (OR 49). Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass u.U. auch Dritte geschädigt werden, so die Eltern, wenn diese kein geschädigtes Kind wollten, und im Übrigen auch die Sozialversicherung, die via die Invaliden- und Krankenversicherung Leistungen, u.U. sehr teure Leistungen, gewährt.

- *Kausalzusammenhang*: Das Verhalten der beiden Mütter hat den Schaden sowohl im natürlichen als auch im adäquaten Sinne bewirkt: Ohne die Samenauswahl und –spende wäre es nicht zur Taubheit gekommen (natürliche Kausalität). Die Samenspende eines Mannes, der Träger eines dominanten Taubheitsgenes ist, war ebenfalls nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet, die Taubheit zu bewirken (adäquate Kausalität).
- *Verschulden*: Ich nehme an, dass die beiden Mütter erkennen konnten, was sie tun, also urteilsfähig waren (objektives Verschulden). Zudem verlasse ich mich auf das geduldige Papier der Medien und verweise darauf, dass die beiden Damen die Taubheit des Kindes bewusst anstrebten. Ihr Wollen stellt dabei eine Absicht und damit eine qualifizierte Form des Vorsatzes dar (subjektives Verschulden).

## ***B. Zur Widerrechtlichkeit im besonderen***

### *1. Grundvoraussetzungen*

i) Das schadenverursachende Verhalten muss *menschlich* sein

Eine Verschuldenshaftung setzt zwingend voraus, dass die pränatale Schadensursache auf ein menschliches Verhalten (Tun oder Unterlassen) zurückgeführt werden kann. Warum betone ich das? Ganz einfach deshalb, weil für schicksalshafte pränatale Schädigungen niemand haftet.

Der Geschädigte kann in einem solchen Fall höchstens „Gott“ verantwortlich machen. Dieser aber ist der Präsident des jüngsten Gerichts und kann nicht Beklagter eines irdischen Gerichts sein. Ihm geht mangels eigener Geburt auf Erden jedwede Rechtspersönlichkeit ab. Am Rande vermerkt: Es wäre „Gott“ auch nicht zu raten, seinen Fuss auf die Erde zu setzen. Der Schutzpatron der Sammelkläger, Ed Fagan, würde wohl umgehend in den USA Schadenersatz und punitive damages fordern für all das unergründliche Ungemach, dass Hiob und alle anderen Zauderer nicht begreifen können.

Was aber ist eine schicksalshafte Schädigung? Bis vor nicht allzu langer Zeit war jede Geburt gleichermassen ein Wunder wie ein abenteuerliches Unterfangen für Mutter und Kind. Über die Gesundheit von Mutter und Kind entschied der Zufall, oder wie man auch immer das Schicksal nennen will. Erst die moderne Medizin hat in dieses schicksalshafte Geschehen eingegriffen: Sie verdrängt zunehmend Gott aus dem Ge-

bärsaal und den Menschen in den Gerichtssaal. So wurde die Kindersterblichkeit laufend gesenkt. Gleichzeitig haben die pränatale Diagnostik und Behandlung sowie die Fortpflanzungsmedizin und die Gentechnik dazu beigetragen – und werden es auch weiterhin tun –, dass sich die Grenze zwischen Schicksal und menschlicher Verursachung verwischt. Das Haftungsrecht wird nicht umhin kommen, diese verloren gegangene Grenze wieder neu zu ziehen.

ii) Das schadenverursachende Verhalten muss *widerrechtlich* sein

Es genügt nicht, dass das schadenverursachende menschliche Verhalten ethisch suspekt ist oder sonstwie wider eine Mehrheitsmeinung verstösst. Es muss *widerrechtlich* sein. Widerrechtlich ist ein Verhalten dann, wenn es absolut geschützte Rechtsgüter oder spezifische Schutznormen verletzt. Die Gesundheit des ungeborenen Kindes ist als absolutes Rechtsgut prinzipiell geschützt, weshalb sich die Widerrechtlichkeitsproblematik auf die Frage konzentriert, was unter einem schadenverursachenden Verhalten zu verstehen ist.

Einen Schaden bewirken kann im naturwissenschaftlichen Sinne nur ein aktives Tun. Im normativen Sinne wird ein Schaden aber auch dann „verursacht“, wenn der Betreffende den Eintritt eines Schadens hätte verhindern müssen. Ein Unterlassen kann deshalb auch widerrechtlich sein, wenn sich der Betreffende eine *Pflichtwidrigkeit* hat zu schulden kommen lassen. Eine Haftung für pränatale Schäden infolge eines Unterlassens oder eines Duldens setzt deshalb zwingend voraus, dass der Schädiger zum *Schutz der Gesundheit des ungeborenen Kindes* verpflichtet war.

Hierin liegt die haftpflichtrechtliche Knacknuss: Inwieweit sind Eltern und Dritte, insbesondere Ärzte, verpflichtet, behindertes Leben an sich oder Schädigungen des ungeborenen Lebens zu vermeiden? Diese Kernfrage betrifft primär zwar nur das pflichtwidrige Unterlassen, stellt sich aber ebenfalls – natürlich mit anderer Akzentsetzung – im Zusammenhang mit allfälligen Rechtfertigungsgründen („Unter welchen Umständen darf ungeborenes Leben geschädigt werden?“) und der Verschuldensfrage („Gereicht das schadenverursachende widerrechtliche Verhalten dem Schädiger zum Vorwurf?“).

## 2. Rechtfertigung der absichtlich zugefügten Schädigung?

Also, wenden wir uns dieser Wertungsfrage zu. Durften die Mütter ihren Baby Boy absichtlich schädigen? Der Anwalt der Mütter wird an dieser Stelle auf das *Grund- und Persönlichkeitsrecht der selbstbestimmten Fortpflanzung* hinweisen und maliziös festhalten, dass dieses Individualrecht den Entscheid der Eltern über den Zeitpunkt der Zeugung und den allfälligen Abbruch der Schwangerschaft sowie den Zugang zur Fortpflanzungsmedizin schützt. Er wird ergänzend noch auf das *Selbstbestimmungsrecht* der Frau pochen und dafür halten, dass die Frau ebenfalls autonom über Eingriffe in den eigenen Körper entscheiden darf.

Der Anwalt von Baby Boy wird das Elaborat seines Gegners mit mildem Lächeln entgegennehmen und mit lässiger Geste auf BV 36, OR 52 und ZGB 28 II verweisen. Er wird sagen, Herr Kollege vergessen sie nicht, dass die Fortpflanzungsautonomie nicht absolut gilt. Öffentlich-rechtliche Einschränkungen sind ebenso zulässig (BV 36: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) wie das Privatrecht eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts von Baby Boy nur zulässt, wenn entweder eine gesetzliche Grundlage besteht oder überwiegende Interessen vorliegen (OR 52 und ZGB 28 II).

Wenn er ein guter Anwalt ist, wird er vorher die zitierten Artikel gelesen und dabei festgestellt haben, dass der Gesetzgeber im OR eine Rechtsgüterabwägung vorgenommen hat, die Baby Boy dient. OR 52 beantwortet nämlich die Wertungsfrage wie folgt:

- Wer sich in einer *Notwehrsituation* befindet, darf sowohl die Person als auch das Vermögen des Angreifers schädigen (OR 52 I).
- Wer sich oder einen Dritten *eines drohenden Schadens* ausgesetzt sieht, darf in „fremdes Vermögen“ eingreifen, nicht aber Personen schädigen (OR 52 II).
- Wer sich weder in einer Notwehrsituation befindet noch einen drohenden Schaden zu befürchten hat, darf weder das Vermögen noch die Person Dritter schädigen (OR 52 I und II *e contrario*).

Da Baby Boy kein „Angreifer“ ist und Schwangerschaft wohl kaum eine „Notstandssituation“ begründet, geniesst die Gesundheit des Kindes Priorität. Der Anwalt der

Mütter, ebenso belesen wie sein Kollege, wird nur kurz Angstschweiss auf der Stirne verspüren und sogleich siegessicher einwenden, dass ZGB 28 II aber überwiegende Interessen als Rechtfertigungsgrund genügen lässt und das relativ strenge Konzept von OR 52 erweitert.

Der Richter – und das wir in dieser Runde – haben nun ein Problem: Ist ZGB 28 II auch im Haftpflicht ganz allgemein oder nur für Persönlichkeitsverletzungen anwendbar? Diese Hürde nehmen wird im Galopp und halten fest, dass die körperliche Integrität auch von ZGB 28 I erfasst wird. Aber halt: Ist der Rechtfertigungsgrund von ZGB 28 II nur für identische Rechtsgüter (Gesundheit gegen Gesundheit) oder alle Rechtsgutverletzungen (s.c. Gesundheit gegen Persönlichkeitsentfaltung, insbesondere Fortpflanzungsautonomie) anwendbar?

OFTIGER/STARK z.B. gehen von der Anwendbarkeit von ZGB 28 II im Haftpflichtrecht aus, halten aber dafür, dass Leib und Leben, Gesundheit und körperliche Freiheit gegenüber anderen Persönlichkeitsrechten prioritär sind. Die konsequente Folge dieser Auffassung würde den langersehnten Sieg für Baby Boy bedeuten: Eine pränatale Schädigung wäre immer widerrechtlich, wenn die Mutter nicht ihr eigene Gesundheit schützt. Da dies für die Mütter von Baby Boy wohl nicht zutrifft, wäre der Rechtfertigungsbeweis gescheitert.

Damit würden aber die Persönlichkeitsrechte der Mutter, insbesondere die Fortpflanzungsautonomie, negiert, was nicht sein kann. Nicht zuletzt deshalb, weil der Gesetzgeber in StGB 118 ff. eine Rechtsgüterabwägung zu Gunsten der Fortpflanzungsautonomie der Mutter und zu Lasten des Rechtsgutes „Leben“ des Kindes – also eines höherrangigen Rechtsgutes – vorgenommen hat. Man kann wohl an dieser Stelle mit guten Gründen einwenden, dass aus dem Recht zur Abtreibung *e contrario* kein Schädigungsrecht abgeleitet werden kann.

Das ändert aber nichts an der prinzipiellen Geltung der Fortpflanzungsautonomie. Man wird deshalb nicht umhin kommen, im konkreten Einzelfall *alle* beteiligten Interessen und Rechtsgüter gegeneinander abzuwägen. Dazu gehören:

- die Grund- und Persönlichkeitsrechte der Frau,
- die Grund- und Persönlichkeitsrechte des Kindes,

- das öffentliche Interesse am Schutz des Lebens und der Gesundheit, das nicht nur im StGB, sondern auch im FMedG und anderen Erlassen konkretisiert wird, sowie
- das Interesse des Schädigers an einer Nichthaftung (Sinn und Zweck der anwendbaren Haftungsnorm).

Als Folge des Gebotes einer umfassenden Rechtsgüterabwägung ist eine einseitige Privilegierung sowohl des Schädigers als auch des Geschädigten zu vermeiden. Abzulehnen ist deshalb sowohl eine *a priori Haftungsbefreiung* der Mutter (so aber z.B. MANNSDORFER in Bezug auf ein uneigennütziges Verhalten) als auch eine *einseitige Betonung der Verantwortung der Eltern*, nicht zuletzt im Hinblick auf die medizinische Entwicklung, die immer neue Verlockungen für kinderlose Ehegatten schafft.

Die beiden Anwälte sind mittlerweile ungeduldig und nervös – vielleicht wie Sie, weil sich die halbe Stunde bald ihrem Ende neigt. Sie wollen endlich das haftpflichtrechtliche Fallbeil in Aktion sehen. Nun gut, wie ist die Rechtsgüterabwägung im Fall von Baby Boy vorzunehmen? Wie ist der Wunsch nach einem behinderten Kind zu qualifizieren – als Ausdruck der individualrechtlich geschützten Fortpflanzungsautonomie oder als Manifestation des gewöhnlichen Lifestyles, die als Konkretisierung der allgemeinen Persönlichkeit nicht individualrechtlich geschützt ist?

Wie auch immer, eine Haftung ist zu bejahen. Nicht etwa deshalb, weil das FMedG seit kurzem eine legale Samenspende für unverheiratete Paare ausschliesst oder bei der Auswahl der Keimzellen dazu verpflichtet, dem Risiko einer schweren, unheilbaren Krankheit Rechnung zu tragen (FMedG 5 II), sondern weil die Eltern ohne Not absichtlich gehandelt haben. Baby Boy wurde nicht als Folge des Schicksals zum tauben Menschen. Man hat ihn aus egoistischen Gründen so und nur so bestellt und damit die Grenze des kategorischen Imperativs des Haftpflichtrechts überschritten, der da lautet: *„Füge einem anderen nur den Schaden zu, vom dem du wollen kannst, dass er dir und allen anderen auch zugefügt wird“*.

Der Fall von Baby Boy unterscheidet sich dabei von den Fällen, in denen Vater oder Mutter im Rahmen einer (früheren) Vorsorgeuntersuchung feststellen, Träger von Erbkrankheiten zu sein, und trotzdem ein voraussichtlich krankes Kind „absichtlich“ zeugen oder erst nach der Zeugung feststellen, dass ihr Kind krank ist, dieses dann

aber nicht abtreiben. Ein Haftungsausschluss ist in solchen Fällen, nicht aber bei Baby Boy, gerechtfertigt. Warum?

- Der Gesetzgeber überlässt es in den ersten zwölf Wochen der Mutter zu entscheiden, ob sie abtreiben will oder nicht. Erfolgt eine Abtreibung bzw. wird sie unterlassen, so ist grundsätzlich nur eine Schädigung des Vaters möglich, der nicht in den Entscheidungsprozess miteinbezogen wurde, nicht aber des Kindes, das (bei einer Abtreibung) nie rechtsfähig war.
- Die nicht abtreibungswilligen Eltern streben die *Schädigung des Kindes nicht als Selbstzweck* an. Sie dürfen auf Grund ihrer Fortpflanzungsautonomie entscheiden, ob sie ein Kind wollen, haben aber keine Möglichkeit, eine Schädigung auszuschliessen. Diese Wahlmöglichkeit aber besaßen die beiden Mütter von Baby Boy; gleichwohl haben sie sich für eine Schädigung des Kindes entschieden und damit gegen den kategorischen Imperativ verstossen.

Ich weiss sehr wohl, dass diese Argumentation nicht über alle Zweifel erhaben ist: Je weiter nämlich die Medizin voranschreitet, umso grösser wird der Druck auf die künftigen Eltern, keine behinderten Kinder auf die Welt zu setzen. Trotzdem: Es gibt keinen ersichtlichen Grund, dass ein Mensch einen anderen Menschen absichtlich schädigt. Wenn überhaupt, müsste der ungeborene Mensch entscheiden, ob er behindert oder nicht behindert zur Welt kommen will. Eine Entscheidung kann der Betroffene aber erst dann treffen, wenn der Schaden schon verursacht wurde.

Ich erachte es auf der anderen Seite auch nicht als gangbaren Weg, den Eltern *uneingeschränkt* den Entscheid in Bezug auf eine Schädigung zu überlassen, nur weil sie ja über die Existenz eines neuen Menschen entscheiden dürfen:

- *Erstens* kann eine Schädigung nur dann im Interesse des Kindes liegen, wenn damit ein nur noch grösseres Übel – für das Kind natürlich, und nicht für die Eltern – verhindert werden kann.
- *Zweitens* lässt sich aus dem Entscheidungsrecht der Eltern in Bezug auf Existenz oder Nichtexistenz (sprich: Abtreibung) nicht auch ein Freibrief für eine Schädigung ableiten (sonst würde das Haftpflicht- und das Kindesschutzrecht zur Makulatur).

- *Drittens* erliegen Eltern, die einen Kinderwunsch haben – denken Sie nur an die Mütter von Baby Boy –, nur allzu oft den immer lauter werdenden Gesängen der weissen Sirenen. Bei einer objektiven Interessenkollision ist aber ein Vertretungsbeistand zu ernennen (ZGB 392 Ziff. 2 analog).
- *Viertens* ist eine Behinderung kein Zuckerschlecken.

Die Gemeinschaft hat deshalb auch in Bezug auf das pränatale Leben Regeln aufstellen. Davon nicht ausgenommen ist die Beantwortung der Frage, wer unter welchen Umständen für eine pränatale Schädigung haftet. Es spielt dabei keine Rolle, ob eine Haftungsnorm für pränatale Schäden im Rahmen der laufenden Revision des Haftpflichtrechts, der irgendwann einmal bevorstehenden Verabschiedung eines *BG über genetische Beratungen beim Menschen* oder der zu dieser Thematik eingereichten parlamentarischen Vorstösse geschaffen wird. Wichtig ist nur, dass das Haftungsvakuum gefüllt wird. Baby Boy und all die pränatal geschädigten Kinder der Zukunft sowie deren Eltern haben eine klare Antwort verdient.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit.