

Baby Boy und der kategorische Imperativ: Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Problematik des pränatalen Schadens und der Familienhaftung

HARDY LANDOLT*

I. Einleitung

Die WELTWOCHEN berichtete kürzlich von einem lesbischen Paar, das mittels einer Samenspende absichtlich ein taubes Kind gezeugt hat.¹ Dieses Kind – nennen wir es und alle anderen pränatal geschädigten Kinder in Anlehnung an den international bekannten Abtreibungsfall «Baby Boy»² – wird nach seiner Geburt nicht hören können. Dieser Gesundheitszustand schränkt die Lebensmöglichkeiten von Baby Boy ein und führt – aller Erfahrung nach – zu einem «Schaden».

Der «Schaden» besteht in allfälligen Kosten im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung oder der besonderen Schulung. Wer weiss, vielleicht entsteht sogar ein Erwerbsausfall, wenn der Kleine später einmal nicht den Beruf ergreifen kann, den er als Hörender hätte ausüben können. Geschädigt wird auch die Sozialversicherung, die via die Invaliden- und Krankenversicherung Leistungen, u. U. sehr teure Leistungen, gewährt.³ Sicher wird Baby Boy ab und zu auch sein «Schicksal» beklagen und sich wünschen,

* PD Dr. iur. Hardy Landolt, LL. M., ist Rechtsanwalt und Urkundsperson in Glarus.

1 Nr. 19/20 vom 8. Mai 2002, S. 51.

2 Resolution 23/81 der Inter-American Commission on Human Rights vom 6. März 1981, Case 2141 – White and Potter v. United States of America and the Commonwealth of Massachusetts («Baby Boy-Case»); siehe dazu z. B. F. NEWMAN und D. WEISSBRODT, *International Human Rights. Law, Policy, and Process*, 2. Aufl., Cincinnati 1996, S. 424 ff.

3 Vgl. Ziff. 5.07 Anhang HVI («Hörgeräte bei Schwerhörigkeit»), siehe dazu Rz 5.07 ff. KHMI und Ziff. 1.14 KSME) und Ziff. 5.57 Anhang HVA («Hörgeräte für ein Ohr») und Ziff. 13 Mittel- und Gegenstände-Liste (MiGeL) («Hörhilfen») sowie Schweizerische Gesellschaft für Oto-Rhino-Laryngologie, Hals- und Gesichtschirurgie (2001) Empfehlungen für IV-Expertenärzte zur Verordnung und Überprüfung der Anpassung von Hörgeräten, genehmigt vom Bundesamt für Sozialversicherung am 15. Mai 2001.

doch hören zu können. Die dadurch erlittene immaterielle Beeinträchtigung stellt ebenfalls einen ersatzfähigen «Schaden» dar.⁴

Muss sich Baby Boy mit der altrömischen Parömie «Casum sentit dominus» begnügen oder kann er oder das vorleistende Gemeinwesen jemanden für den Schaden haftbar machen? Das eingangs erwähnte Beispiel lässt nur zwei potenziell Haftende erkennen: nämlich die beiden Eltern. – Haften Eltern für pränatale Schäden, die sie absichtlich oder unwissentlich herbeigeführt haben? Macht es einen Unterschied, dass die Eltern von Baby Boy selbst taub sind?

Der pränatale Schaden von Baby Boy ist ein typischer «Angehörigenschaden». Der Angehörigenschaden, also die Schädigung von Mitgliedern einer Familie, umfasst dabei nicht nur die Fälle, in denen die Schädigung eines Familienmitgliedes durch ein anderes erfolgt ist («interne Schädigung»), sondern auch jene, bei denen familienfremde Dritte ein Familienmitglied und indirekt die gesamte Familie schädigen («externe Schädigung»). Bei der Schädigung von Baby Boy handelt es sich um eine interne Schädigung oder einen intern verursachten Angehörigenschaden. Es wäre aber auch ohne weiteres denkbar, dass eine externe Schadensursache das Malaise von Baby Boy verursacht hätte.⁵ Der Samenspender – Träger des Taubheitsgenes – könnte falsche Angaben gemacht haben. Denkbar wäre auch, dass der behandelnde Arzt oder die Samenbank fehlerhaft gehandelt haben, sei es, dass sie bei der Auswahl des Samens den Defekt nicht bemerkt oder schlicht den falschen Samen verwendet haben.

Die folgenden Ausführungen befassen sich nicht mit der Haftung von Samenspender, Samenbank oder Arzt bei der künstlichen Fortpflanzung, sondern fokussieren die eingangs gestellte Frage, ob Baby Boy einen Haftungsanspruch gegen seine «Eltern» geltend machen kann. In systematischer Hinsicht orientieren sich die Ausführungen an den drei Hauptfragen, die der Beispielfall stellt: Sind pränatale Schäden überhaupt ersatzfähig? Können Haftungsansprüche gegen Angehörige, insbesondere Eltern, geltend gemacht werden? Wenn beides zutrifft, sind Eltern auch für eine pränatale Schädigung ihrer Kinder haftbar?

-
- 4 Gemäss Anhang 3 UVV macht eine einseitige Taubheit einen Integritätsschaden von 15%, eine zweiseitige Taubheit demgegenüber eine Einbusse von 85% aus. Je nach der Resthörfähigkeit wird der Integritätsschaden in den übrigen Fällen festgelegt. Die Hörverlustberechnung erfolgt nach der CPT-AMA-Tabelle (siehe Tabelle 12: Integritätsentschädigung gemäss UVG, Luzern 1990).
- 5 Die NZZ am Sonntag berichtete in ihrer Ausgabe vom 19. Mai 2002, S. 91, vom kleinen Elia, der am 17. April 2002 schwer behindert zur Welt kam. Die Frauärztin übersah bei der pränatalen Ultraschalluntersuchung, dass Elia keine Beine, einen verkürzten rechten Arm und beschädigte Finger an der linken Hand hatte.

II. Phänomenologie des pränatalen Schadens

1. Begriff

Mit dem Begriff der pränatalen Schädigung werden gemeinhin Eingriffe und Vorgänge bezeichnet, die vor, während oder nach der Konzeption die Gesundheit (physische oder psychische Integrität) des ungeborenen Kindes beeinträchtigen und zu einem Vermögensschaden beim später geborenen Menschen führen.⁶

2. Erscheinungsformen

a) Konzeptionelle Schädigung

Das schadensverursachende Verhalten der Eltern oder Dritter kann vor der Zeugung⁷ oder im Zeitpunkt der Zeugung stattfinden. In der konzeptionellen Phase kommen seitens der Eltern u. a. folgende «Schadensursachen» in Frage:

- Vater oder Mutter verfügen über Gene, die (voraussichtlich) zu einer Schädigung des Kindes führen werden. Die Weitergabe schädigender Gene erfolgt in der Regel auf Grund einer Vererbung. Denkbar ist aber auch eine Dritteinwirkung, die die genetischen Anlagen der Eltern schädigt.
- Mutter oder Vater leiden an einer ansteckenden Krankheit, z. B. HIV, die im Zeitpunkt der Zeugung, während der Schwangerschaft oder bei der Geburt auf das Kind übertragen wird.
- Die zeugungsunfähigen Eltern lassen sich künstlich befruchten und verwenden dabei – absichtlich wie bei Baby Boy oder unbewusst – «fehlerhaften» Samen oder Eizellen von Drittpersonen.

Der Gesundheitsschaden kann, muss aber nicht bereits im Moment der Zeugung eintreten. Es ist ohne weiteres denkbar, dass er erst im Verlauf der Schwangerschaft oder bei der Geburt erfolgt bzw. sichtbar wird. Bei Baby

6 Vgl. z. B. T. M. MANNSDORFER, Haftung für pränatale Schädigung des Kindes, ZBJV, 2001, S. 605 ff., S. 606.

7 Die Dritteinwirkung vor der Zeugung kann in Umweltkatastrophen, (Stichwort: Tschernobyl, vgl. dazu J. HOELTZ, Schwangerschaften und Geburten nach dem Reaktorunfall in Tschernobyl. Eine repräsentative Erhebung für die Bundesrepublik Deutschland und Berlin West, Neuberger 1992), schädigenden Produkten (siehe zu den Contergan-Schäden LG Aachen, JZ, 1971, S. 507, sowie C. BEYER, Grenzen der Arzneimittelhaftung dargestellt am Beispiel des Contergan-Falles, Diss. München 1988; und H.-J. BRUNS, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, in: H. Lüttger [Hrsg.], Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht, Berlin 1972, S. 317 ff.) oder menschlichem Verhalten bestehen.

Boy z. B. entsteht der Hörverlust irgendwann während der Schwangerschaft, lässt sich aber erst nach der Geburt feststellen und entwickelt sich im Verlauf des Heranwachsens zu einer eigentlichen Funktionseinbusse. Diese wiederum verursacht unerwünschte finanzielle Nachteile, mithin einen Schaden.

b) Postkonzeptionelle Schädigung

Während der Schwangerschaft können ebenfalls verschiedene Eingriffe und Vorgänge das Kind schädigen. Die Mutter kann Drogen oder schädliche Medikamente konsumieren, erforderliche Schutzvorkehrungen unterlassen, belastende körperliche Tätigkeiten ausführen oder verunfallen.⁸

Der werdende Vater kann ebenfalls «sein» ungeborenes Kind schädigen. Das schadenverursachende Verhalten kann dabei nur mittelbar erfolgen. Unmittelbar betrifft sein Verhalten nur die Mutter: Sie ist es, die Schläge erhält, bei einem vom werdenden Vater verursachten Verkehrsunfall verletzt oder von ihm mit HIV angesteckt wird. In all diesen Fällen wird das Kind entweder zeitgleich mit der werdenden Mutter geschädigt oder erleidet Spätfolgen.

III. Haftung für pränatal verursachte Schäden

1. Aktivlegitimation des geschädigten Kindes für vorgeburtliche Schadensursachen

Da das Kind bis zur Geburt eine körperliche Einheit mit der Mutter darstellt, ist alles andere als klar, wer bei einer pränatalen Schädigung des Kindes – wenn überhaupt – gegen wen und zudem wofür einen Haftungsanspruch erheben kann. Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tod.⁹ Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.¹⁰ Dem Nasciturus kommt deshalb eine *suspensiv bedingte Rechtssubjektivität* zu. Allfällige Rechte und Pflichten entstehen erst, aber rückwirkend ab dem Moment der Zeugung, wenn die Geburt vollendet ist.¹¹

Entscheidend ist, ob die bedingte Rechtspersönlichkeit nur Vermögensrechte, z. B. Erbschaftsansprüche, oder auch Persönlichkeitsrechte betrifft,

⁸ Vgl. dazu unten Ziff. IV.3.

⁹ Vgl. Art. 31 Abs. 1 ZGB.

¹⁰ Vgl. Art. 31 Abs. 2 ZGB.

¹¹ Siehe A. BUCHER, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 3. Aufl., Basel 1999, N 210, zur Frage, ob die Bedingung suspensive oder resolutive Wirkung hat.

insbesondere das Recht auf Leben¹² und das Recht auf körperliche und geistige Integrität.¹³ Da eine Widerrechtlichkeit grundsätzlich die Beeinträchtigung absoluter Rechtsgüter voraussetzt und das Vermögen kein absolutes Rechtsgut darstellt,¹⁴ wäre eine Haftung von vornherein ausgeschlossen, wenn das ungeborene Kind keinen Persönlichkeitsschutz geniessen würde. Eine Haftung käme nur dann in Frage, wenn der «Schädiger» gegen eine spezifisch das Kind und seine postnatalen Vermögensinteressen schützende Norm verstossen würde.

Der Staat ist verpflichtet, Leben und Gesundheit seiner Bewohner zu schützen. Die staatliche Schutzpflicht gilt auch in Bezug auf das ungeborene Leben.¹⁵ Dieser Schutz erfolgt dabei durch das Straf-¹⁶ und das Verwaltungsrecht, z. B. durch öffentlich-rechtliche Bestimmungen des Arbeitsrechts¹⁷ und des Gesundheitsrechts des Bundes¹⁸ und der Kantone. Ergänzt wird der öffentlich-rechtliche Lebensschutz durch den privatrechtlichen Kindeschutz.¹⁹ Die staatlichen Schutznormen zu Gunsten des ungeborenen Lebens korrespondieren mit einem *pränatalen privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz*. Die absoluten Rechtsgüter Leib und Leben sind – im Hinblick auf Art. 31 ZGB – auch beim geborenen Kind rückwirkend ab dem Moment der

-
- 12 Siehe Art. 10 BV, Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II und Art. 6 UNO-Kinderkonvention sowie BGE 123 I 112 E. 6 und 7 sowie 98 Ia 508 E. 4a.
 - 13 Vgl. Art. 28 Abs. 1 ZGB und BUCHER (FN 11), N 413 ff.
 - 14 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt Art. 41 Abs. 1 OR die sog. objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde (siehe dazu BREHM, BE-K, N 33 ff. zu Art. 41 OR; K. OFTINGER und E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Zürich 1995, S. 165 ff.; und P. WIDMER, Privatrechtliche Haftung, in: P. Münch und T. Geiser [Hrsg.], Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, S. 7 ff., S. 35 ff.).
 - 15 Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II und Art. 6 Abs. 2 UNO-Kinderkonvention sehen vor, dass das Recht auf Leben gesetzlich zu schützen ist. In BGE 115 Ia 234 wurde offen gelassen, ob dem Embryo in vitro bereits ein verfassungsrechtlicher Schutz zukomme. Das Bundesgericht betonte demgegenüber in BGE 119 Ia 460 E. 12e, dass «die Beobachtung und das Verfolgen der Entwicklung eines Embryos in vitro mit der Würde des Menschen, welche schon dem Embryo in vitro zukommt, durchaus vereinbar» sind.
 - 16 Die Anwendung der Tötungstatbestände (Art. 111 bis Art. 117 StGB) setzt geborenes Leben und damit zumindest das Einsetzen des Geburtsvorganges voraus. Vgl. U BGer vom 21.09.1993, 6S. 381/1993 = SJZ 1994, 12 f. = Pra 1995, Nr. 155 und BGE 119 Ia 460 E. 7a. Siehe dazu N. SCHMID, Strafrechtliche Schranken gegen Manipulationen mit ungeborenem Leben, in: H. M. Riemer (Hrsg.), Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 433 ff.
 - 17 Vgl. Art. 35 ff. ArG, Art. 60 ff. ArGV1 und Art. 34 ArGV3.
 - 18 Siehe dazu Art. 119 BV sowie das FMedG und die FMedV.
 - 19 Die Kindeschutzbestimmungen (Art. 307 ff. ZGB) sind postnatal ausgerichtet. Ein Obhuts- und Sorgeentzug (vgl. Art. 310 f. ZGB) ist nur am geborenen Kind möglich. Das Gesetz sieht mitunter Schutzmassnahmen auch während der pränatalen Phase vor (vgl. Art. 309 ZGB und ferner C. HEGNAUER, Absehen von der Anhörung und Zustimmung des Registervaters zur Adoption bei Bedrohung des Lebens von Mutter und Kind als behördliche Notstandshilfe, in: ZVW, 2001, S. 280 ff.).

Zeugung geschützt.²⁰ Pränatale Schadensursachen können deshalb prinzipiell widerrechtlich i. S. v. Art. 41 ff. OR sein und zu Haftungsansprüchen des geborenen Kindes führen.²¹

2. Prinzipielle Haftung für pränatale Schäden?

a) Haftungsvoraussetzungen

Eine Verschuldenshaftung setzt voraus, dass das pränatal geschädigte Kind das Quartett der Haftungsvoraussetzungen (Widerrechtlichkeit, Schaden, Kausalzusammenhang und Verschulden) nachweist.²² Dieser Nachweis ist weder leicht zu erbringen noch unerheblich. Eine Verschuldenshaftung setzt nämlich zwingend voraus, dass die pränatale Schadensursache auf ein *menschliches Verhalten* (Tun oder Unterlassen) zurückgeführt werden kann. Für schicksalhafte pränatale Schädigungen haftet niemand.²³ 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.²⁴ Was aber ist eine schicksalhafte Schädigung?

-
- 20 Die von BGE 119 Ia 460 E. 7a aufgestellte Maxime («Angesichts des Umstandes, dass mit der Befruchtung einer Eizelle in Bezug auf das Erbgut eine menschliche Individualität determiniert ist, kann das Schicksal des Embryos in vitro für die Rechtsgemeinschaft in der Tat nicht gleichgültig sein.») gilt auch für das Privat- und insbesondere auch das Haftpflichtrecht.
- 21 Das pränatal geschädigte Kind kann gegenüber Dritten, die für den Schaden gestützt auf eine Verschuldens- oder Kausalhaftung verantwortlich sind, Ersatz verlangen. In Frage kommen insbesondere Haftungsansprüche gegenüber Medizinalpersonen, insbesondere Ärzte (vgl. T. M. MANNSDORFER, Pränatale Schädigung. Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen. Unter Berücksichtigung der Rechtslage im Ausland, insbesondere in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Diss. Freiburg i. U. 2000, S. 163 ff.), Arbeitgeber der Schwangeren (vgl. DERS., S. 155 ff.), Produktehersteller (vgl. DERS., S. 200 ff.) und Halter von Motorfahrzeugen (vgl. DERS., S. 224 ff.) oder Haftungsansprüche bei Kernenergie- und Strahlenschäden (vgl. DERS., S. 222 ff.). Siehe ferner BUCHER (FN 11), N 209, mit dem Hinweis, dass das geborene Kind einen Haftungsanspruch auf Ersatz des Versorgerschadens (Art. 45 Abs. 3 OR) geltend machen kann, wenn Vater oder Mutter nach der Zeugung, aber vor der Geburt widerrechtlich getötet werden.
- 22 Vgl. Art. 8 i. V.m. Art. 41 Abs. 1 ZGB.
- 23 Eine Haftung für Zufall kennt das Vertragsrecht (vgl. dazu Art. 103, Art. 306 Abs. 3, Art. 376 Abs. 1, Art. 378 Abs. 1, Art. 390 f., Art. 420 Abs. 3, Art. 474 Abs. 2 und Art. 514 Abs. 2 OR) und das Kausalhaftungsrecht (vgl. dazu statt vieler A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 6. Aufl., Bern 2002, S. 408 f.; und H. REY, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 129 f.). Der mitwirkende Zufall spielt bei der Verschuldenshaftung lediglich im Zusammenhang mit einer allfälligen Reduktion des Schadenersatzes eine Rolle (vgl. DERS., S. 149 f. und S. 91 f.).
- 24 Vgl. Art. 31 ZGB.

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 oder Kind entschied der Zufall oder wie man auch immer das Schicksal nennen will. Erst die moderne Medizin hat in dieses schicksalhafte Geschehen eingegriffen. So wurde die Kindersterblichkeit laufend gesenkt.²⁵ 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.

Eine menschliche Schadensursache genügt aber nicht, um eine Haftung zu begründen. Das schadenverursachende menschliche Verhalten muss *widerrechtlich* sein. Widerrechtlich ist ein Verhalten dann, wenn es absolut geschützte Rechtsgüter oder spezifische Schutznormen verletzt. Die Gesundheit des ungeborenen Kindes ist wie erwähnt 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 ist allerdings nur dann widerrechtlich, wenn der Betreffende eine Handlungspflicht verletzt hat.²⁶ 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? Die Beantwortung dieser *Wertungsfrage* fällt den Juristen im In- und Ausland nicht leicht. Sie wird zudem durch den Umstand erschwert, dass die staatlichen Rechtsordnungen – wenn überhaupt – unterschiedliche Bestimmungen in Bezug auf den Schutz des ungeborenen Lebens kennen.²⁷

25 Vgl. z. B. G. DRACK und U. ACKERMANN-LIEBRICH et al., Totgeburten und Säuglingssterblichkeit in der Schweiz 1986–1992, Bern 1998.

26 Die Pflichtwidrigkeit lässt sich weder aus dem Gefahrensatz noch aus Art. 2 ZGB ableiten (vgl. BGE 124 III 297 E. 5b und c).

27 In Beispielfall von Baby Boy handelt es sich um zwei US-Bürgerinnen, die im Land der unbegrenzten Möglichkeiten ihr behindertes Kind offenbar legal bestellen konnten. Was würde gelten, wenn es sich um Schweizerinnen gehandelt hätte, die sich den Traum von einem tauben Kind, den sie sich in der Schweiz nicht hätten legal erfüllen können (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a und b und Abs. 3 FMedG), auf einer USA-Reise oder durch eine Samenorder via Internet erfüllt hätten? Gilt der schweizerische Moral- und Normkodex oder derjenige des jeweiligen Staates, indem der Samen erworben wird, die Zeugung oder die Geburt erfolgt oder die ersten Krankheitssymptome auftreten (vgl. dazu Art. 133 und 142 IPRG)?

b) Schweizerischer Meinungsstand

aa) Postnatale Schädigung

Bei einer *postnatalen Schädigung* ist unbestritten, dass das Kind für den unmittelbaren Schaden (Erwerbsausfall und behinderungsbedingte Mehrkosten) Ersatz gegenüber einem vertraglich oder deliktisch Haftenden verlangen kann²⁸. Das Gesetz stellt denn auch eine ausdrückliche Haftungsnorm (Art. 46 OR) zur Verfügung. Der mittelbare Schaden der Eltern geschädigter Kinder ist grundsätzlich nicht ersatzfähig, weil er einen Reflexschaden darstellt²⁹. Den Angehörigen getöteter Personen³⁰ und den Angehörigen schwerverletzter Personen³¹ steht allerdings eine Genugtuung zu. Ausnahmsweise nimmt die Praxis für Schäden der Angehörigen von körperverletzten Personen eine Drittschadensliquidation vor.³²

bb) Pränatale Schädigung

Bei einer *pränatalen Schädigung* ist demgegenüber die Rechtslage alles andere als klar. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht zur «wrongful life»-Problematik noch nie Stellung genommen. Das Bezirksgericht Arbon befasste sich 1985 mit einem Fall einer pränatalen Schädigung des Kindes. Der Arzt wurde – infolge einer fehlerhaften Sterilisation – zum Ersatz des Verdienstausfalles der Mutter für die Dauer von sechs Jahren und zur Leistung einer Genugtuung in Höhe von Fr. 4000.– verpflichtet.³³ Abgewiesen wurde aber der Genugtuungsanspruch der Tochter, die mit einem Hüftfehler geboren wurde, der mittels einer Spreizhose innert einer Frist von drei Monaten korrigiert werden konnte.³⁴

28 Siehe statt vieler z. B. BGE 108 II 422 ff.

29 Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung besteht kein Schadenersatzanspruch von bloss Reflexgeschädigten. Das Bundesgericht hat in BGE 57 II 181 festgehalten, dass «aus unerlaubter Handlung ein Schadenersatzanspruch in der Regel nur für den, der hievon unmittelbar betroffen wird, nicht auch für Dritte welche durch eine Reflexwirkung des Deliktes unmittelbar benachteiligt werden» entsteht. Diese Rechtsprechung hat es später mehrfach bestätigt (vgl. BGE 63 II 21, 71 II 228, 82 II 38, 99 II 223 und 101 I b 252). Die herrschende Lehre hat sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen (vgl. z. B. BREHM, BE-K, N 20 ff. zu Art. 41 OR; R. SCHÄER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel/Frankfurt a. M. 1984, S. 82 ff.; WIDMER [FN 14], S. 7 ff., S. 31 f.).

30 Vgl. Art. 47 OR.

31 Vgl. BGE 112 II 220 E. 3 (Fr. 60 000.– für den Ehemann einer pflegebedürftigen Frau) sowie 114 II 144 E. 3a, 116 II 95 E. 2c und 117 II 50 E. 3.

32 Siehe z. B. H. LANDOLT, Der Pflegeschaden, Bern 2002, FN 27 und 45, und BGE 97 II 259 betreffend Besuchskosten von Angehörigen.

33 U BezGer Arbon vom 16. 10. 1985 i. S. R. = SJZ, 1986, S. 46 ff., E. 3 und 4.

34 DERS., E. 5.

Beeinflusst von der Diskussion, ob ein gesund geborenes Kind überhaupt einen Schaden darstellen kann,³⁵ wird in der Lehre mitunter bei der Geburt eines behinderten Kindes ebenfalls die Meinung vertreten, dass eine Haftung ausgeschlossen sei.³⁶ Andere wiederum wollen eine Haftung zulassen, wenn sich die Eltern in schlechten finanziellen Verhältnissen befinden.³⁷ Die dritte Meinung schliesslich bejaht die Ersatzfähigkeit des Vermögensschadens, der bei der Geburt eines pränatal geschädigten Kindes eintritt,³⁸ bzw. erachtet nur

-
- 35 Die Frage, ob und inwieweit die Geburt eines unerwünschten gesunden Kindes («wrongful birth») überhaupt einen ersatzfähigen Schaden darstellt und wofür Ersatz verlangt werden kann, wird von der Lehre und Rechtsprechung kontrovers beantwortet. Siehe z. B. W. FELLMANN, Schadenersatz für den Unterhalt eines unerwünschten Kindes, in: ZBJV, 1987, S. 317 ff.; H. HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich 2000, S. 1, N 35; A. KOLLER, Haftung des Arztes aus unterlassener Aufklärung: Zur Haftung wegen Verschweigung des bei einer Sterilisation bestehenden Versagerisikos, in: AJP, 1997, S. 1197 ff.; A. KOLLER, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes für das unverschuldete Fehlschlagen einer Sterilisation, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, Tagungsbeiträge, St. Gallen, S. 1 ff.; M. KUHN, Die rechtliche Stellung zwischen Arzt und Patient, in: H. Honsel (Hrsg.), Handbuch des Arztrechtes, Zürich 1994, S. 32 ff.; D. RÜETSCHI, Haftung für fehlergeschlagene Sterilisation. Zugleich ein Beitrag zur Problematik «Kind als Schaden», in: AJP, 1999, S. 1359 ff.; I. STEINER, Das «Kind als Schaden» – ein Lösungsvorschlag, in: ZBJV, 2001, S. 646 ff., und P. WEIMAR, Schadenersatz für den Unterhalt des unerwünschten Kindes?, in: H. M. Riemer (Hrsg.), Festschrift Hegnauer, Bern 1986, S. 641 ff. – siehe ferner U BezGer Arbon vom 16. 10. 1985 i. S. R. = SJZ, 1986, S. 46 ff. (fehlerhaft durchgeführte Sterilisation), U BGer vom 14. 12. 1995 i. S. A. und M. S. c. Spitalverband B = Pra, 1996, S. 671 ff. (Haftung für fehlerfrei durchgeführte, aber erfolglos gebliebene Sterilisation; Nachweis der hypothetischen Einwilligung) und dazu KOLLER, Tagungsbeitrag (FN 35), S. 1 ff.; U Appellationsgericht BS vom 23. 10. 1998 i. S. S. K./Kanton Basel-Stadt = BJM, 2000, S. 306 ff. (Haftung für missglückte Schwangerschaftsunterbrechung) und dazu F. BOMMER, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung? Zum Urteil des Baseltätischen Appellationsgerichts vom 23. 10. 1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, in: ZBJV, 2001, S. 664 ff., sowie U BGer vom 01. 12. 1998 i. S. X-Y und X c. Staat LU (4C. 276/1993) = Pra, 2000, S. 163 ff. (Haftung für fehlerfrei durchgeführte, aber infolge «Versagerisiko» erfolglos gebliebene Sterilisation; keine Aufklärungspflichtverletzung) und dazu KOLLER (FN 35), S. 1197 ff.
- 36 So ist WEIMAR (FN 35), S. 641 ff., S. 654, der Auffassung, dass eine Schadenersatzforderung bei der Geburt eines behinderten Kindes nicht in Frage kommt, solange ein Kindesverhältnis besteht. Eine Haftung ist seiner Meinung nach nur dann möglich, wenn eine allfällige Zustimmung der Eltern zur Adoption bindend geworden ist. Eine Haftung bei der Geburt eines behinderten Kindes schliesst ebenfalls RÜETSCHI (FN 35), S. 1359 ff., S. 1360, FN 5, aus, und zwar unter Hinweis auf die seiner Meinung herrschende Lehre.
- 37 OFTRINGER/STARK (FN 14), S. 82 ff., bejahen z. B. eine Schadenersatzpflicht für ein unerwünschtes gesundes Kind nur bei schlechten finanziellen Verhältnissen der Eltern, halten aber bei der Geburt eines kranken Kindes dafür, dass sich die Frage, ob Unterhalts-, Erziehungs- und Ausbildungskosten eines Kindes Schaden seien, gar nicht stelle (S. 83 ad FN 59).
- 38 So z. B. HONSELL (FN 35), S. 1, N 35; A. KELLER, Die Behandlung des Haftpflichtfalles durch die Versicherung in: W. Wiegand (Hrsg.), Arzt und Recht, Bern 1985, S. 125 ff., S. 137; KELLER (FN 23), S. 69, und A. KELLER, Haftpflicht im Privatrecht. Band II, 2. Aufl., Bern 1997, S. 117 f., sowie MANNSDORFER (FN 21), S. 55 ff., und MANNSDORFER (FN 6), S. 605 ff.

den mittelbaren Schaden der Eltern, nicht aber den unmittelbaren Schaden des Kindes für ersatzpflichtig.³⁹

c) *Rechtsvergleichende Hinweise*

aa) Deutschland

Den Eltern eines unerwünschten Kindes steht nach deutschem Recht ein Schadenersatzanspruch zu, wenn der Schädiger, vornehmlich Medizinalpersonal, entweder widerrechtlich oder vertragswidrig (Aufklärungs-, Diagnose- oder Behandlungsfehler) gehandelt hat.⁴⁰ Die Haftung gegenüber den Eltern besteht bei einem geschädigten Kind nicht nur für post-, sondern auch für pränatale Schadensursachen.⁴¹ Der Schadenersatzanspruch der Eltern ist der Höhe nach durch den Unterhaltsmehrbedarf des Kindes begrenzt und umfasst nicht den Verdienstaussfall, der den Eltern durch die Betreuung des

39 In seiner Urteilsanmerkung zum Arboner Entscheid (SJZ, 1986, S. 49) führt WEIMAR z. B. aus: «Die Rechtslage ist dieselbe, wenn das Kind behindert zur Welt gekommen ist und vielleicht höhere Unterhaltskosten verursacht. Zutreffend hat das Gericht abweichende Billigkeitserwägungen in einem obiter dictum zurückgewiesen. Nur wenn sich niemand findet, der bereit ist, das behinderte Kind zu adoptieren, mag man einen Schadenersatzanspruch in Erwägung ziehen» (zur ganzen Problematik ausführlicher: WEIMAR, FN 35, S. 641 ff.).

40 Vgl. statt vieler T. STÄHLER, *Arzthaftung in der Bundesrepublik Deutschland. Deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung zum Schadensbegriff im Zusammenhang mit der Geburt eines ungewollten Kindes*, in: SJZ, 1998, S. 382 ff.; und A. REINHART, *Familienplanungsschaden. Wrongful birth, wrongful life, wrongful conception, wrongful pregnancy. Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand des deutschen und des anglo-amerikanischen Rechts*, Frankfurt a. M. 1999, S. 33 ff. (Haftung für unerwünschte Zeugung), S. 115 ff. (Haftung für unerwünschte Schwangerschaft) sowie S. 149 ff. (Haftung für unerwünschte Geburt).

41 Siehe z. B. BGH vom 04.03.1997 (VI ZR 354/95) (Haftung für fehlerhafte vorgeburtliche Untersuchung), BGH vom 30.05.1995 (VI ZR 68/94) (zum Schmerzensgeldanspruch bei verspäteter Feststellung einer Schwangerschaft bei 44-jähriger Frau wegen befürchteter Schädigung des Kindes), BGH vom 22.11.1983 (VI ZR 85/92) (Haftung bei Beratung der Mutter während der Frühschwangerschaft über Möglichkeiten zur Früherkennung von Schädigungen, die den Wunsch der Mutter auf Unterbrechung der Schwangerschaft gerechtfertigt hätten), OLG Zweibrücken vom 27.04.1999 (5 U 63/99) (Haftung für unterlassene Aufklärung betreffend pränatale Ultraschall-Diagnostik zur Feststellung von Missbildungen), OLG Düsseldorf vom 31.03.1999 (8 U 124/97) (Haftung für Fehlbeurteilungen während Schwangerschaftsvorsorge, s. c. Mangelernährung eines Feten), OLG Hamm vom 23.04.1997 (3 U 99/96) (Haftung des Gynäkologen für die Folgen fehlenden Rötelschutzes), KG vom 10.10.1994 (20 U 4469/93) (Haftung für unterlassene Pränataldiagnostik), OLG Frankfurt a. M. vom 13.02.1987 = VersR, 1988, S. 637 (10 U 83/86) (Haftung für unterlassene histologische Untersuchung; Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch Störungen des Geburtsverlaufs bzw. eine intrauterine Infektion abgelehnt) und OLG Düsseldorf vom 19.12.1985 (8 U 155/84) = VersR, 1987, S. 414 (Haftung für unterlassene Rötelnuntersuchung).

Kindes entsteht.⁴² Die Haftungsansprüche der Eltern bei der Geburt eines unerwünschten Kindes sind nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz vereinbar.⁴³

Das *postnatal* geschädigte Kind⁴⁴ kann für den ihm entstehenden Schaden und die immaterielle Beeinträchtigung Ersatz verlangen.⁴⁵ Im Gegensatz zu seinen Eltern wird demgegenüber dem *pränatal* geschädigten Kind ein Haftungsanspruch verwehrt. Der BGH hat diesen Haftungsausschluss 1983 festgestellt, als er von den Eltern und einem – infolge einer Rötelninfektion – schwerstbehinderten Kind um die Revision des vorinstanzlichen Urteils des OLG München⁴⁶ ersucht wurde. Der BGH hiess zwar den Schadenersatzanspruch der Eltern gut, verneinte aber einen solchen des geschädigten Kindes.⁴⁷ Im Wesentlichen wurde dies damit begründet, dass es einerseits keine unmittelbare ausservertragliche Rechtspflicht gebe, die Geburt eines voraussichtlich behinderten Kindes zu verhindern, und andererseits die vertraglichen Pflichten des Arztvertrages auf den Schutz der Interessen der Mutter an einer sorgfältigen Aufklärung, Diagnose und Behandlung im Hinblick auf einen erlaubten Schwangerschaftsabbruch, und nicht auf das Interesse des Kindes an einer Nichtexistenz gerichtet seien.

Der BGH stellte dabei folgende *Haftungsmaxime* auf: Der Mensch, auch der behinderte Mensch, hat sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vermeidung durch andere.⁴⁸ Sowohl der BGH⁴⁹ als auch das BVerfG⁵⁰ und unterinstanzliche Gerichte⁵¹ haben sich seither zu diesem Haftungsgrundsatz

42 Vgl. statt vieler BGH vom 04.03.1997 (VI ZR 354/95).

43 Der Erste Senat des BVerfG hat am 12.11.1997 die Verfassungsbeschwerden zweier Ärzte gegen ihre zivilgerichtlichen Verurteilungen zur Schadensersatz- bzw. Schmerzensgeldzahlung wegen fehlgeschlagener Sterilisation (siehe I BvR 479/92) und fehlerhafter genetischer Beratung vor Zeugung eines Kindes (siehe I BvR 307/94) zurückgewiesen.

44 Darunter fallen auch Schädigungen während des Geburtsvorganges.

45 Vgl. dazu z. B. REINHART (FN 40), S. 198 ff., sowie die Beispiele aus der Praxis BGH vom 06.12.1988 (VI ZR 132/88) (Haftung nach Beckenendlage), OLG München vom 23.07.1998 (24 U 741/97) (Haftung bei Überdosierung von Medikamenten), OLG München vom 08.01.1998 (1 U 1614/97) (Haftung für Fehler und Versäumnisse bei der geburtshilflichen Betreuung der Mutter), OLG Hamm vom 24.06.1996 (3 U 179/94) (Zur Bemessung des Schmerzensgeldes bei einer Behinderung infolge Schulterdystokie), OLG Düsseldorf vom 19.01.1995 (8 U 53/93) (Haftung nach Nabelschnurumschlingung), OLG Düsseldorf vom 11.09.1995 (8 U 30/94) (Haftung für unterlassene Messung der Herzöne) und OLG Stuttgart vom 10.05.1990 (14 U 56/89) (Haftung nach Hirnschädigung während der Geburt)

46 NJW, 1981, S. 2012 = VersR, 1981, S. 757.

47 BGHZ 86, 240, 246 ff. (betreffend Eltern) und 250 ff. (betreffend Kind).

48 DERS., 254.

49 BGHZ 89, 95 = NJW, 1984, S. 658.

50 BVerfGE 88, 203, 295 = NJW, 1993, S. 1751, S. 1763.

51 Vgl. OLG Düsseldorf vom 14.07.1994 (Az 8U 48/93) = VersR, 1995, S. 1498.

bekannt.⁵² In der Lehre ist man sich nicht einig, ob die Haftungsmaxime richtig ist oder dem pränatal geschädigten Kind – wie seiner Mutter und auch dem postnatal geschädigten Kind – Haftungsansprüche zustehen (sollten).⁵³

bb) Frankreich

Eine andere Meinung als ihre deutschen Kollegen vertreten die Richter der Cour de cassation.⁵⁴ In einem Doppelurteil vom 26. März 1996 wurde der prinzipielle Haftungsanspruch pränatal geschädigter Kinder in zwei Arzthaftungs-fällen bejaht.⁵⁵ Die Vorinstanz, die Cour d'Appel d'Orléans, an die der Fall «Perruche» zurückgewiesen wurde, verweigerte jedoch einen Schadenersatz, worauf die Sache erneut nach Paris getragen wurde. Die nunmehr zuständige Assemblée plénière der Cour de cassation hob dieses Urteil am 17. November 2000 auf und bestätigte erneut die Anspruchsberechtigung des geschädigten Kindes.⁵⁶

Anderer Auffassung sind die Verwaltungsrichter des Conseil d'État. Sie verneinten bereits im Jahr 1997 in einem Staatshaftungsfall die Ersatzfähigkeit pränataler Schäden. Die Richter waren zwar überzeugt, dass der Arzt sorgfaltswidrig gehandelt und die Schädigung des Kindes mitverursacht

-
- 52 Der österreichische OGH hat sich mit Urteil vom 25.05.1999 (10b91/99k) zur Ersatzfähigkeit des pränatalen Schadens und zur Aktivlegitimation in einem Fall eines schwerstbehindert zur Welt gekommenen Kindes geäußert und dabei die deutsche Rechtsprechung übernommen – Siehe zum österreichischen Recht ferner C. HIRSCH, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung. «Wrongful birth» und «wrongful life» – Problematik im österreichischen Recht, Wien 2002, und H. KOZIOL, Österreichisches Haftpflichtrecht. Band I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1997, S. 29 ff. («wrongful birth») und S. 34 f. («wrongful-life»).
- 53 Siehe z. B. die Hinweise bei T. WINTER, Leben als Schaden? Vom Ende eines französischen Sonderwegs, in: JZ, 2002, S. 330 ff., S. 331 ff., und E. PICKER, Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben. «Wrongful life», Tübingen 1995; und E. PICKER, Schadenshaftung für unerwünschte Nachkommenschaft («Wrongful birth»): medizinischer Fortschritt als zivilisatorischer Rückschritt?, München 1997.
- 54 Anderer Auffassung sind die französischen Gerichte auch in Bezug auf Haftungsansprüche der Mutter eines unerwünschten gesunden Kindes. Ein Haftungsanspruch besteht nur ausnahmsweise; vgl. dazu Urteile Cour de cassation (Civ 1) vom 25.06.1991 = D 1991, 566, Conseil d'Etat (CE 2) vom 02.07.1982 = D.1984, 425 und Gaz. Pal. 1983, S. 193, sowie Conseil d'Etat (CE) vom 27.09.1989 = D.1991, 80 und Gaz. pal. 1990, 2, J, S. 421.
- 55 Der Fall «Perruche» betraf ein infolge Röteln schwerstgeschädigtes Kind, dessen Mutter falsch aufgeklärt worden war (C. cass., D. 1997, 36). Das zweite Urteil bejahte einen Haftungsanspruch bei einem Kind, das mit einer schweren, vererbten genetischen Abnormalität geboren wurde, nachdem der Arzt das Krankheitsrisiko ausgeschlossen hatte (C. cass. D. 1997, 35). – Siehe dazu A. PREVITALI, Agir pour «Vie injuste», in: plädoyer, 2001/2, S. 45 ff., und WINTER (FN 53), S. 330 ff.
- 56 C. cass., D. 2001, 332. Siehe dazu D. RUETSCHI, «Wrongful life». Die französische Sichtweise: das Urteil der französischen Cour de Cassation vom 17. November 2000, in: FamPra.ch, 2001, S. 266 ff.

hatte, wiesen aber die Klage des geschädigten Kindes ab, weil die Behinderung des Kindes existenziell vorgegeben sei.⁵⁷ Dieser ablehnenden Haltung stellte sich die Assemblée plénière im Jahr 2001 in fünf neuerlichen Arzthaftungsfällen entgegen und sprach den geschädigten Kindern Ersatz des behinderungsbedingten Betreuungs- und Pflegeschadens (ohne Erwerbsausfall) zu.⁵⁸ Auf Grund des öffentlichen Drucks hat die Nationalversammlung im Januar 2002 ein Gesetz verabschiedet, das die Haftungsansprüche der Eltern und des Kindes für pränatale Schäden – restriktiv – regelt.

cc) USA

Eine ähnliche von Unsicherheit geprägte Entwicklung hat die Rechtsprechung zu den wrongful-life-actions in den USA durchgemacht.⁵⁹ Bis 1980 wurde ein Haftungsanspruch pränatal geschädigter Kinder seitens der Gerichte verneint.⁶⁰ Haftungsansprüche – gestützt auf das malpractice law – konnten einzig die Eltern pränatal geschädigter Kinder und postnatal geschädigte Kinder geltend machen.

Kalifornien machte 1980 den Anfang und liess Schadenersatzansprüche von pränatal geschädigten Kindern zu.⁶¹ In der Folge schlossen sich Gerichte der Gliedstaaten Washington (1983), New Jersey (1984) und North Carolina (1984) dieser Praxis an. Andere Gliedstaaten, so z. B. Texas (1982), Ohio (1993) und Nevada (1995), lehnten demgegenüber entsprechende Klagen ab.⁶²

57 Vgl. Urteil Conseil d'Etat vom 14.02.1997 (CE JCP 1997.II.22828).

58 Siehe Urteile vom 13. Juli 2001 C. cass., D 2001, 478 (Kind mit Spina Bifida), D. 2001, 479 (Kind mit Armverlust und Missbildungen) und D. 2001, 480 (Kind mit Missbildungen) sowie die Urteile vom 28.11.2001 C. cass., D 2001, 486 = *Jurius*, Das «Recht, nicht geboren zu werden», in: *Jusletter*, 3. Dezember 2001 (Kind mit Down-Syndrom) und C. cass., D. 2001, 485 (Schadenersatzanspruch der Eltern eines Kindes mit Down-Syndrom).

59 Siehe dazu W. DEUCHLER, Die Haftung des Arztes für die unerwünschte Geburt eines Kindes («wrongful birth»). Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Rechts, Diss. Frankfurt a. M. 1984; G. FAERBER, «Wrongful life». Die deliktsrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes dem Kind gegenüber. Eine rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen, britischen und deutschen Rechts, Ammersbek b. Hamburg 1988; R. R. GAY, Schadenersatzklagen wegen der Verletzung des «Rechtes auf die eigene Nichtexistenz» («Wrongful Life»). Eine rechtsvergleichende Untersuchung an Hand des deutschen und des angloamerikanischen Zivilrechts, Diss. Nürnberg 1989; und REINHART (FN 40).

60 Siehe statt vieler REINHART (FN 40), S. 185 ff.

61 Siehe *Curlender v. Bio-Science Laboratories* 165 Cal. Rptr. 477 (1980) und *Turpin v. Sortini* 31 Cal. 3d 220, 182 Cal. Rptr. 337, 643 P.2d 954, (1982).

62 Vgl. B. F. FURROW, T. GREANEY et al., *Health Law. Cases, Materials and Problems*. 3. Aufl., St. Paul 1997, S. 940. und REINHART (FN 40), S. 188 ff.

In anderen Gliedstaaten wurde die Schadenersatzpflicht für pränatale Schäden gesetzlich – in der Mehrzahl der Fälle restriktiv – geregelt.⁶³

dd) Grossbritannien

Die einzige höchstrichterliche Entscheidung zum Haftungsanspruch eines pränatal geschädigten Kindes ist in Grossbritannien 1982 ergangen.⁶⁴ Der Londoner Court of Appeal bestätigte dabei das Urteil der Vorinstanz, das zwar den wrongful-birth Anspruch der Mutter, nicht aber den wrongful-life Anspruch des geschädigten Mädchens gutgeheissen hatte.⁶⁵

Der Gesetzgeber verabschiedete in der Folge den Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976. Dieser trat am 22. Juli 1976 in Kraft und regelt die Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder. Ebenso können Haftungsansprüche gestützt auf den Human Fertilisation and Embryology Act 1990 geltend gemacht werden.⁶⁶ Von beiden Erlassen nicht erfasst werden die Haftungsansprüche von Eltern unerwünschter gesunder Kinder.⁶⁷

-
- 63 Siehe z. B. J. GANTZ, State Statutory Preclusion of Wrongful Birth Relief. A Troubling Re-Writing of a Woman's Right to Choose and the Doctor-Patient Relationship, in: *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 1997, S. 795 ff.; J. F. KOWITZ, Not Your Garden Variety Tort Reform: Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth are Unconstitutional Under the Purpose Prong of Planned Parenthood v. Casey, in: *Brooklyn Law Review*, 1995, S. 235 ff., und D. MATHIEU, Preventing prenatal harm: should the state intervene? 2. Aufl., Washington D. C. 1996.
- 64 Siehe ferner zum britischen Recht K.-J. HERMANN-ENGEL, Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung. Eine Untersuchung zum deutschen, französischen und englischen Zivilrecht, Diss. Osnabrück 1997, S. 248 ff.; und R. THÜR, Schadenersatz bei durchkreuzter Familienplanung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung in Deutschland, England und den USA, Diss. Zürich 1996.
- 65 *Mc Kay v. Essex Area Health Authority* 1 Q. B. 1166, 2 W. L. R. 890, Court of Appeal 1982. Siehe dazu statt vieler REINHART (FN 40), S. 192 f. – Siehe dazu z. B. HERMANN-ENGEL (FN 64), S. 256 f.
- 66 Vgl. Section 44 «Civil liability to child with disability». Eine weitere Klagemöglichkeit besteht gestützt auf den FATAL ACCIDENTS ACT 1976, der auch das noch ungeborene Kind zur Geltendmachung des Versorgerschadens berechtigt erklärt, vgl. dazu HERMANN-ENGEL (FN 64), S. 258 ff.
- 67 Siehe – betreffend «wrongful birth» – *Scuriaga v. Powell* (1979) 123 S.J. 406, *Udale v. Bloomsbury Area Health Authority* (1983) 1 W. L. R. 1098, *Emeh v. Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* (1985) Q. B. 1012, *Thake v. Maurice* (1986) Q. B. 644, *Benarr v. Kettering Health Authority* (1988) 138 N. L. J. 179, *Allen v. Bloomsbury Health Authority* (1993) 1 All E. R. 651, *Crouchman v. Burke* (1997) 40 B. M. L. R. 163, *Robinson v. Salford Health Authority* (1992) 3 Med. L. R. 270, *Salih v. Enfield Health Authority* (1991) 3 All E. R. 400, *McFarlane v. Tayside Health Board* (2000) 2 AC 59, (1999) 3 WLR 1301, (1999) 4 All ER 961, (2000) SLT 154, (2000) Lloyd's LR Med 1, HL und den schottischen Fall *Allan v. Greater Glasgow Health Board*, 1998 S. L. T. 580.

d) *Schlussfolgerung*

Die pränatale Schädigung führt beim Kind und in der Regel auch bei den Eltern zu finanziellen Nachteilen. Die meisten Rechtsordnungen lassen (ausser)vertragliche *Haftungsansprüche der Eltern von pränatal geschädigten Kindern* zu. Der Schadenersatz umfasst in der Regel die behinderungsbedingten Mehrkosten, die den Eltern infolge der Behinderung ihres Kindes entstehen, und eine Genugtuung für die erlittene immaterielle Unbill.

Haftungsansprüche von *postnatal* geschädigten Kindern werden ebenfalls zugelassen; bei diesen handelt es sich um einen klassischen Anwendungsfall eines Personenschadens, wie er in Art. 46 OR geregelt ist. *Haftungsansprüche pränatal geschädigter Kinder* demgegenüber werden in der Regel ausgeschlossen. Dieser Haftungsausschluss wird im Wesentlichen damit begründet, dass (1) keine Rechtspflicht besteht, pränatale Schädigungen bzw. behindertes Leben zu verhindern, bzw. jeder sein Leben bei der Geburt so anzunehmen hat, wie er es antrifft,⁶⁸ (2) ein Kind – auch ein behindertes Kind – keinen Schaden darstellen kann,⁶⁹ (3) die Interessen der werdenden Mutter prioritär sind, d. h. sie allein entscheiden kann, ob sie ein behindertes Kind austragen oder abtreiben will, und deshalb der Arzt nur den Eltern gegenüber für eine Verletzung der Fortpflanzungsautonomie haftet,⁷⁰ und zudem (4) keine Vergleichshypothese besteht, die es erlauben würde, den Schaden zu berechnen.⁷¹

Der Ausschluss von Haftungsansprüchen pränatal geschädigter Kinder überzeugt m. E. nicht:

- Das Haftpflichtrecht fragt nicht nach dem *Lebenswert der behinderten Existenz*, sondern will wissen, ob durch ein tadelnswertes menschliches Verhalten unfreiwillige finanzielle Nachteile verursacht wurden, die einen Ersatz rechtfertigen. Wer eine Haftung für pränatal geschädigte Kinder unter Hinweis auf das ethische Prinzip («kein Leben ist lebensunwert») ablehnt, verkennt Ursache und Wirkung. Das haftungsrechtliche Negativurteil beschlägt nicht die Wirkung («Behinderung»), sondern die Ursache («schadensverursachendes Verhalten»). Wer anders argumentiert, der müsste konsequenterweise jedwede Haftung für Schwerstgeschädigte ausschliessen, was nicht nur in sich widersprüchlich wäre, sondern auch

68 So z. B. der deutsche BGH und der österreichische OGH, siehe oben (FN 35 ff. und FN 82).

69 So z. B. WEIMAR (zit. oben FN 68).

70 So z. B. der deutsche BGH und der österreichische OGH, siehe oben (FN 35 ff. und FN 82).

71 So z. B. ein Teil der eine Haftung ablehnenden Gliedstaatengerichte in den USA (siehe die Hinweise bei REINHART, FN 40, S. 188 ff.).

Art. 46 OR verletzen würde, der bei einer «Körperverletzung»⁷² eine Haftung vorsieht.

- Die Gesundheit des *geborenen* Kindes – notabene ein absolutes Rechtsgut – ist ab dem Zeitpunkt der Zeugung geschützt, weshalb jedes Verhalten, das dieses Rechtsgut beeinträchtigt, widerrechtlich ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Das Argument, wonach niemand aus seiner blossen Existenz einen Schaden ableiten kann, ist nur bedingt tauglich. Pränatale Schäden entstehen nicht nur als Folge eines Schicksals, mithin ausserhalb des menschlichen Einwirkungsbereiches, sondern oft auch oder gerade nur deshalb, weil sich ein Mensch in bestimmter Weise verhält oder nicht so verhält, wie er sich – in guten Treuen – hätte verhalten müssen. Wer aber jemanden schädigt, der soll dafür haften, wenn er schuldhaft gehandelt hat (*neminem laedere*).
- Ein Nichtstun kann ebenfalls eine Widerrechtlichkeit begründen, wenn sich der Betreffende in einer *engen Beziehung* zum ungeborenen Kind befindet und deshalb die Möglichkeit hat, die Gesundheit des ungeborenen Kindes zu schützen (Garantenstellung). Die enge Beziehung kann dabei auf Grund einer natürlichen Beziehung (körperliche Einheit zwischen Kind und Mutter) oder einer rechtlichen Beziehung zur Mutter zustande gekommen sein. Wer zur Mutter in einer rechtlichen relevanten Beziehung steht, wie z. B. der Frauenarzt, und auf Grund der Umstände weiss oder wissen muss, dass sein pflichtwidriges Tun oder Unterlassen schädigende Auswirkungen auf ein ungeborenes Kind hat, handelt m. E. nicht nur in Bezug auf die Frau, sondern auch in Bezug auf das ungeborene Kind widerrechtlich.⁷³
- Es ist nicht nachvollziehbar, warum postnatal geschädigte Kinder, nicht aber pränatal geschädigte Kinder Haftungsansprüche geltend machen können. Die Bevorzugung postnatal geschädigter Kinder ist sachlich nicht vertretbar und verstösst gegen das Gleichbehandlungsgebot.⁷⁴ Es ist zudem in sich widersprüchlich, den Eltern pränatal geschädigter Kinder,

72 Eine Körperverletzung liegt praxisgemäss bereits bei einer Ansteckung mit einer Krankheit, z. B. HIV, oder bei Schock- oder Angstzuständen oder anderen Störungen (Depressionen, Hysterie, geistiger Ermüdbarkeit etc.) vor (vgl. BGE 112 II 121 ff. und BREHM, BE-K, N 6 zu Art. 46 OR).

73 Bei der Haftung des Arztes für Aufklärungs-, Diagnose- und Behandlungsfehler stellt sich die Frage, ob das ungeborene Kind in den vertraglichen Schutzbereich fällt (bejahend bei einer natalen Schädigung z. B. Urteile BGH vom 25.06.1986 [VI ZR 270/83] und OLG Hamm vom 04.03.1984 [3U 247/82] – ablehnend in Bezug auf das Kind bei einer pränatalen Schädigung z. B. der BGH und der OGH, siehe oben [FN 35 ff. und FN 82]). Wird dies bejaht, so haftet der Arzt dem Kind gegenüber nicht nur aus Delikt, sondern auch aus Vertrag, vgl., MANNSDORFER (FN 21), S. 164 ff.

74 Vgl. Art. 8 Abs. 1 BV.

nicht aber diesen selbst Haftungsansprüche zu gewähren.⁷⁵ Warum sollen die *mittelbar* betroffenen Eltern den Schaden, der *unmittelbar* dem Kind entsteht, ersetzt erhalten? Dafür gibt es keinen vernünftigen Grund. Im Gegenteil: Sterben die Eltern, geben sie das geschädigte Kind zur Adoption frei oder wird das geschädigte Kind mündig, sind die Erben (Ehegatte, Geschwister, allenfalls Dritte) bzw. die Eltern auf Kosten des geschädigten Kindes bereichert. Diese Benachteiligung trifft einzig behinderte Kinder⁷⁶ und ist als solche nicht mit dem Diskriminierungsverbot Behinderter vereinbar.⁷⁷

- Die Verneinung einer Haftung mit dem Argument, dass die Schadenberechnung mangels einer Vergleichshypothese unmöglich sei, ist ebenfalls untauglich.⁷⁸ Erst kommt die Haftungs-, dann erst die Schadenersatzfrage. Schwierigkeiten der Schadenberechnung schliessen nie eine Haftung aus. Ziffernmässig nicht nachweisbarer Schaden ist vom Richter ermessensweise festzusetzen.⁷⁹

Was heisst das nun für Baby Boy? Kann er Haftungsansprüche geltend machen? Die Antwort wäre Ja, wenn Kinder Haftungsansprüche gegenüber ihren Eltern erheben können und Eltern für eine pränatale Schädigung ihrer Kinder bzw. die Mütter von Baby Boy eine haftpflichtrechtliche Verantwortung tragen.

IV. Haftung der Eltern für eine pränatale Schädigung

1. Grundsatz der Angehörigenhaftung

Der Gesetzgeber unterscheidet bei den allgemeinen Normen der Deliktshaftung nicht, ob der Schädiger zur Familie des Geschädigten gehört oder nicht. Der Wortlaut «Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt» (Art. 41

75 Gl. M. z. B. PICKER (FN 53), S. 28, der daraus aber einen gänzlichen Haftungsausschluss für pränatale Schäden ableitet (DERS., S. 32).

76 Unerwünschte, aber gesund geborene Kinder erleiden keinen Schaden, sie haben – wie erwünschte Kinder – keine Mehrkosten zu tragen. Geschädigt sind einzig die Eltern, die ungewollt ein Kind bekommen (siehe dazu oben FN 35).

77 Vgl. Art. 8 Abs. 2 BV.

78 Das pränatal geschädigte Kind hat zudem nicht den Beweis zu erbringen, dass es mit absoluter Sicherheit gesund geboren worden wäre. Der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Ob zwischen einem schädigenden Ereignis und einer gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage, worüber der Richter im Rahmen der ihm obliegenden Beweiswürdigung nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu befinden hat (vgl. z. B. BGE 113 Ib 420 E. 3, 111 V 188 E. 2b, 107 II 269 E. Ib und 426 E. 3b sowie 105 V 229 E. 3a).

79 Vgl. Art. 42 Abs. 2 OR und – statt vieler – KELLER (FN 38), S. 31 f.

Abs. 1 OR) umfasst jedes Rechtssubjekt, auch Angehörige.⁸⁰ Das Bundesgericht hat die prinzipielle Familienhaftung – entgegen anderer Verlautbarungen der Lehre⁸¹ – ebenfalls bestätigt.⁸² Allerdings soll nach der Meinung der Lausanner Richter bei der Zusprechung von Genugtuungen im innerfamiliären Verhältnis Zurückhaltung geübt werden.⁸³

Für die innerfamiliäre Schadenszufügung gelten deshalb grundsätzlich die allgemeinen Haftungsgrundsätze. Die Gesetzgeber sieht jedoch im Zusammenhang mit der Haftung für eine innerfamiliäre Schadenszufügung besondere Regelungen vor, insbesondere Haftungs-⁸⁴ und Regressprivilegien⁸⁵ sowie ein Verjährungsprivileg.⁸⁶ Eine Haftung der Eltern ihrem Kind gegenüber wird jedoch nirgends ausgeschlossen.⁸⁷

80 Das Prinzip der Familienhaftung wird vom Gesetzgeber mitunter sogar ausdrücklich vorgesehen: Siehe z. B. Art. 91 ff. ZGB (Haftung bei Verlöbnisbruch), Art. 295 ZGB (Haftung des ausserehelichen Vaters für Entbindungs- und Schwangerschaftskosten sowie den Kinderunterhalt vor und nach der Geburt), Art. 327 ZGB (Haftung der Eltern für eine unzulässige Schmälerung des Kindesvermögens) und Art. 333 ZGB (Haftung des Familienhauptes für eine ungenügende Beaufsichtigung).

81 Nach SCHAER (FN 29), N 979 f., z. B. ist zumindest fraglich, ob zwischen Familienangehörigen, «wegen der Besonderheit der engen, persönlichen Beziehung, nicht grundsätzlich von einem absoluten, Personenschäden betreffenden Haftungsprivileg ausgegangen werden müsste».

82 Siehe BGE 112 II 167 und 117 II 609 E. 4c/bb.

83 Vgl. BGE 115 II 156 E. 2a.

84 Ein obligatorisches Haftungsprivileg kennt Art. 44 Abs. 1 UVG (vgl. BGE 112 II 167 E. 2 und 117 II 609 E. 4). Dieses wird mit dem Inkrafttreten des ATSG abgeschafft.

85 AHVG, IVG und KVG sowie VVG sehen sog. Regressprivilegien vor (vgl. dazu Art. 48^{ter} AHVG – und durch Verweis auf diesen – Art. 52 IVG sowie Art. 79 KVG). Angehörige haften – im Gegensatz zum Haftungsprivileg – bei einem Regressprivileg grundsätzlich. Ein allfälliger Haftungsanspruch geht – im Wege einer Legalzession – auf den Sozialversicherer im Zeitpunkt des Ereignisses über (vgl. BGE 124 V 174 ff.). Ein Rückgriffsrecht steht dem Versicherer aber gegen den Ehegatten des Versicherten, Verwandte in auf- und absteigender Linie oder mit dem Versicherten in häuslicher Gemeinschaft lebende Personen nur zu, wenn die fraglichen Angehörigen den Versicherungsfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt haben (so z. B. Art. 79 KVG).

86 Vgl. z. B. Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1, 3 und 4 OR.

87 Eine Haftung der Eltern wird von Art. 327 ZGB und Art. 134 Abs. 1 Ziff. 1 OR vorausgesetzt. Siehe dazu auch O. GUILLOD, *Parenté et responsabilité civile: un couple mal assorti?*, in: *Annales 1990–1991*, Neuenburg 1990, S. 264 ff.

2. Haftungsvoraussetzungen

a) Allgemeines

Die Haftung der Eltern, insbesondere der Mutter, für eine pränatale Schädigung, setzt ein *widerrechtliches* Verhalten voraus.⁸⁸ Die Eltern handeln widerrechtlich, wenn sie durch ihr Tun oder ihr pflichtwidriges Unterlassen die Gesundheit ihres zukünftigen Kindes (noch nicht gezeugtes oder noch nicht geborenes Kind) beeinträchtigen, ohne sich dabei auf einen Rechtfertigungsgrund berufen zu können.

b) Rechtfertigungsgründe

aa) Allgemeines

Der Schädiger – auch und besonders die Mutter – kann durch den Nachweis eines privat-⁸⁹ oder strafrechtlichen⁹⁰ Rechtfertigungsgrundes die Widerrechtlichkeit und damit auch eine Haftung ausschliessen.⁹¹ Als mögliche Rechtfertigung fällt bei einer pränatalen Schädigung die Wahrnehmung von Grund- bzw. Persönlichkeitsrechten, insbesondere das Recht der selbstbestimmten Fortpflanzung, in Betracht.

bb) Fortpflanzungsautonomie

aaa) Allgemeines

Das Grund- und Persönlichkeitsrecht der selbstbestimmten Fortpflanzung⁹² schützt den Entscheid über den Zeitpunkt der Zeugung und den allfälligen Abbruch der Schwangerschaft⁹³ sowie den Zugang zur Fortpflanzungsmedi-

88 Ein widerrechtliches Verhalten kann von vornherein nur dann vorliegen, wenn das Kind überhaupt geboren wird. Bewirkt die Mutter den vorzeitigen «Tod», sei es durch Abtreibung oder auf andere Weise, so liegt im Verhältnis zum Nasciturus – aus der Retrospektive betrachtet – keine Widerrechtlichkeit vor, da dieser zu keiner Zeit Rechtspersönlichkeit erlangte.

89 Siehe dazu insbesondere Art. 28 Abs. 2 ZGB, Art. 52 Abs. 1 («Notwehr») und Abs. 2 («Notstand») sowie Art. 419 OR.

90 Siehe dazu Art. 33 f. StGB.

91 Vgl. BREHM, BE-K, N 60 ff. zu Art. 41 OR.

92 Das Grund- und Persönlichkeitsrecht zur selbstbestimmten Fortpflanzung ist ein Teilrecht des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 BV) und der Ehefreiheit (Art. 14 BV). Siehe z. B. BGE 124 I 85 E. 2b, 122 I 360, 119 Ia 460 E. 5c, 118 IV 57 E. 1b und 115 Ia 234 E. 5c.

93 Vgl. dazu Art. 118 ff. StGB.

zin,⁹⁴ während das Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau erlaubt, Eingriffe in den eigenen Körper abzulehnen bzw. zuzulassen.

bbb) Interessenabwägung

Die Fortpflanzungsautonomie gilt nicht absolut. Öffentlich-rechtliche Einschränkungen, z. B. im Rahmen des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG), sind zulässig, wenn die Trias von Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) erfüllt ist. Im privatrechtlichen Anwendungsbereich geht Art. 28 ZGB weniger weit und lässt eine Beeinträchtigung in das Persönlichkeitsrecht Dritter, vorliegend des ungeborenen Kindes, zu, wenn entweder eine gesetzliche Grundlage besteht oder überwiegende Interessen vorliegen.

Was aber sind überwiegende Interessen? Müssen potenzielle Eltern – vor oder nach der Zeugung – eine genetische Untersuchung vornehmen und fehlerhaften «Offspring» nötigenfalls abtreiben oder sich sogar sterilisieren lassen, wenn die «Segnungen» der modernen Medizin keine Abhilfe versprechen, gesunden Nachwuchs zu produzieren? Man kann die Frage nach dem Ob und Inwieweit der *Schadenminderungspflicht* aber auch anders formulieren: Darf eine fortpflanzungswillige Frau machen, was sie will, bewusst ein krankes oder behindertes Kind zeugen, die allgemein übliche Schwangerschaftsvorsorge missachten oder eine notwendige medizinische Behandlung für sich oder das ungeborene Kind verweigern? Darf ein HIV-positiver Mann bewusst ein Kind zeugen und dieses der Gefahr einer Ansteckung aussetzen?

Welche Antwort man auch immer gibt, sie muss – im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV – sowohl bei der Haftung für ein gesundes Kind als auch bei der Haftung für ein behindertes Kind identisch sein. Wer bei einem gesunden Kind eine Schadenminderungspflicht, z. B. eine Pflicht zur Abtreibung, bejaht,⁹⁵ der darf bei einem behinderten Kind weder erleichterte noch erschwerte Anforderungen an die Schadenminderungs-

94 Vgl. dazu BGE 119 Ia 460 E. 5a sowie 115 Ia 243 E. c und dazu C. HEGNAUER, Künstliche Fortpflanzung und persönliche Freiheit. Bemerkungen zu BGE 115 Ia 246 ff. Erw. 5 und 6 (= ZBL 91/1990, S. 68 ff.), in: ZBL, 1991, S. 341 ff.

95 Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat mit Urteil vom 23.10.1998 = BJM, 2000, S. 306 ff. (Vorinstanz: Zivilgericht Basel-Stadt mit Urteil vom 20.01.1998 = BJM, 1998, S. 131 ff.) die Frage entschieden, ob Unterhaltspflichten gegenüber einem gesunden Kind einen Schaden im Rechtssinne darstellen, wenn die Mutter zuvor versucht hat, die Schwangerschaft durch einen zulässigen, aber erfolglosen Eingriff abbrechen zu lassen. Ein Haftungsanspruch wurde einerseits mit dem Argument verneint, es liege keine unfreiwillige Vermögenseinbusse vor, andererseits wurde – gestützt auf die Schadenminderungspflicht und den Grundsatz von Treu und Glauben von der Möglichkeit und Zumutbarkeit eines erneuten Schwangerschaftsabbruchs ausgegangen (vgl. dazu BOMMER, FN 35, S. 664 ff.).

pflicht stellen. Ersteres wäre ein diskriminierender Paternalismus, Letzteres wäre eine diskriminierende Eugenik.

Der Haftpflichtrechtler wird nicht umhin kommen, im konkreten Einzelfall eine *Interessen- und Rechtsgüterabwägung* vorzunehmen. Diese umfasst nicht nur die Grund- und Persönlichkeitsrechte der Frau, sondern auch diejenigen des Kindes, das öffentliche Interesse am Schutz des Lebens und der Gesundheit sowie das Interesse des Schädigers, nur insoweit haftbar gemacht zu werden, als die individuelle Verantwortung im Rahmen der anwendbaren Haftungsnorm reicht. Eine *a priori* Privilegierung eines der beteiligten Interesse ist dabei abzulehnen.⁹⁶

Überwiegende Interessen liegen in Bezug auf eine Schädigung des ungeborenen Kindes während der Zeugung oder der Schwangerschaft immer dann vor, wenn die Gesundheit der Mutter selbst gefährdet ist. Fraglich ist, ob sich auch derjenige auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, der die Gesundheit eines anderen schädigt, ohne die eigene Gesundheit oder die Gesundheit eines Dritten dadurch zu schützen. Der Gesetzgeber sieht im Anwendungsbereich des Haftpflichtrechts folgende Rechtsgüterabwägung vor:

- Wer sich in einer *Notwehrsituation* befindet, darf sowohl die Person als auch das Vermögen des Angreifers schädigen (Art. 52 Abs. 1 OR).
- Wer sich oder einen Dritten *eines drohenden Schadens* ausgesetzt sieht, darf in «fremdes Vermögen» eingreifen, nicht aber Personen schädigen (Art. 52 Abs. 2 OR).
- Wer sich weder in einer Notwehrsituation befindet noch einen drohenden Schaden zu befürchten hat, darf weder das Vermögen noch die Person Dritter schädigen (Art. 52 Abs. 1 und 2 OR *e contrario*).

Da sich die werdende Mutter nicht in einer «Notwehrsituation» befindet (der Nasciturus ist kein «Angreifer»), besteht bei einer streng grammatikalischen Auslegung kein Recht, die Person des ungeborenen Kindes zu schädigen. Der weniger streng formulierte Art. 28 Abs. 2 ZGB lässt indes generell «überwiegende Interessen» als Rechtfertigungsgrund genügen und ergänzt das – strafrechtlich ausgerichtete – Konzept von Art. 52 OR.⁹⁷ Unklar ist jedoch, ob Art. 28 Abs. 2 ZGB für alle Rechtsgutverletzungen, insbesondere für Eingriffe in die Rechtsgüter Leib und Leben, anwendbar ist.

Diese Weichenstellung ist für Baby Boy von entscheidender Bedeutung: Wenn seine Gesundheit prioritär ist, dann können sich seine Mütter, die nicht

96 A. A. ist z. B. MANNSDORFER, der die Haftung der Mutter für uneigennütziges Verhalten generell ausschliessen und im Übrigen nur bei einem schweren Verschulden bejaht, vgl. MANNSDORFER (FN 21), S. 260 ff.

97 Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass eine Haftung auch dann entfällt, wenn weder eine Notwehr- noch eine Notstandsituation i. S. v. Art. 52 OR vorlag. Siehe z. B. BREHM, BEK, N 40 ff. zu Art. 41 OR.

zum Schutz ihrer eigenen Gesundheit gehandelt haben, nicht auf den Rechtfertigungsgrund der überwiegenden Interessen berufen. Die Lehre ist geteilter Meinung. OFTINGER/STARK z. B. gehen zwar auch von der Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 2 ZGB im Haftpflichtrecht aus, halten aber dafür, dass Leib und Leben, Gesundheit und körperliche Freiheit gegenüber anderen Persönlichkeitsrechten prioritär sind.⁹⁸ MANNSDORFER vertritt die gegenteilige Auffassung. Seiner Meinung nach ist Art. 28 Abs. 2 ZGB in Bezug auf alle Rechtsgutverletzungen anwendbar. Er geht sogar noch einen Schritt weiter und plädiert dafür, dass ein uneigennütziges Verhalten der Mutter (s. c. Schwangerschaft bzw. Austragen eines Kindes) generell einen Rechtfertigungsgrund darstellt.⁹⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung darf es aber keinen Unterschied machen, ob beim Schädiger egoistische oder altruistische Motive vorliegen.¹⁰⁰

Die Interessenabwägung darf in jedem Fall nicht einseitig zu Lasten der Mutter oder des Kindes erfolgen. Die moderne Fortpflanzungs- und Biomedizin eilt mit Siebenmeilenstiefeln der Rechtsentwicklung voraus, sucht und findet immer andere, spektakulärere Wege, um das bislang ganz und gar Unmögliche High-Tech-Realität werden zu lassen. Wenn immer die künftigen Eltern mit der High-Tech-Medizin in Kontakt kommen, drängt es sich daher auf, die Verantwortung der Eltern gegenüber derjenigen der Mediziner zu relativieren und – in Zweifelsfällen – eine Haftung der Medizin statt der Eltern zu bejahen.

98 Vgl. K. OFTINGER und E. W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht. Bd. II/1: Besonderer Teil. 4. Aufl., Zürich 1987, S. 98, und OFTINGER/STARK (FN 14), S. 183.

99 MANNSDORFER (FN 6), S. 605 ff., S. 616.

100 Für den Schadeneintritt ist nämlich nicht das Wollen des Schädigers, sondern dasjenige des Geschädigten massgeblich. Beim subjektiven Verschulden kommt es zudem nur auf das willentliche Schadenverursachen (Vorsatz) bzw. das Ausserachtlassen der üblichen Sorgfalt (Fahrlässigkeit) und nicht auf die Motive des Schädigers an. Die Abgrenzung zwischen Altruismus und Egoismus ist in Haftungsfällen schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Was ist Altruismus? Genügt es, dass der Schädiger den Schaden nicht als Selbstzweck anstrebte? Nein, weil dann unabsichtliches, aber vorsätzliches Schädigen mit keiner Haftung verbunden wäre. Ist eine Uneigennützigkeit erst dann gegeben, wenn der Schädiger im ausschliesslichen Interesse Dritter handelt? Nein, weil auch eine eigennützige Schadenzufügung u. U. zulässig ist (siehe Art. 52 OR). Der Gesetzgeber schliesst bei einem uneigennützigem Verhalten die Haftung nicht generell aus, sondern sieht lediglich eine mildere Haftung vor. Der uneigennützig oder unentgeltlich handelnde Schädiger hat nicht notwendigerweise den gesamten Schaden zu ersetzen (vgl. Art. 99 Abs. 2 und Art. 420 Abs. 2 OR). Siehe dazu ausführlich B. HÜRLIMANN-KAUP, Die privatrechtliche Gefälligkeit und ihre Rechtsfolgen, Diss. Freiburg i. U. 1999.

3. Haftungstatbestände

a) Unterlassen bewährter Schwangerschaftsvorsorge

Eine Haftung fällt in Betracht, wenn die Mutter bewährte Massnahmen der Schwangerschaftsvorsorge schuldhaft unterlässt. Zu unterscheiden sind die *Massnahmen der pränatalen Diagnostik*¹⁰¹ (Ultraschall- und Fruchtwasseruntersuchung)¹⁰² von den *Massnahmen zur Verhinderung pränataler Infektionen*.¹⁰³

Die pränatale Diagnostik dient in erster Linie der Feststellung von Erbkrankheiten und anderen Schädigungen des ungeborenen Kindes. Die werdenden Eltern sollen in die Lage versetzt werden zu entscheiden, ob sie das geschädigte Kind wollen. Erst in zweiter Linie dient die Pränataldiagnostik – gewissermassen als Vorstufe – der Behandlung des Kindes. Das Unterlassen der pränatalen Diagnostik kann deshalb – in Bezug auf das Kind – erst dann pflichtwidrig sein, wenn eine Behandlungsmöglichkeit besteht. Solche werden von der Medizin aber erst seit kurzem erprobt, weshalb mit der Annahme einer Haftung der Eltern Zurückhaltung geboten ist.

Die Massnahmen zur Verhinderung pränataler Infektionen demgegenüber sind auf das Wohl des noch ungeborenen Kindes ausgerichtet. Die Mutter kann durch ein bestimmtes Verhalten, z. B. das Meiden von Katzen,¹⁰⁴ oder durch die Vornahme einer bestimmten Behandlung, z. B. eine Rötelnimpfung, potenzielle Schäden des Kindes verhindern. Eine Haftung der Mutter für das Unterlassen bewährter Vorsorgemassnahmen fällt dann in Betracht, wenn das Interesse des Kindes an der fraglichen Massnahme dasjenige der Mutter an der Nichtvornahme überwiegt und sie schuldhaft gehandelt hat. Die objektive Schutzpflicht der Mutter steht in jedem Fall in einer direkten Abhängigkeit zur Konkretheit des Risikoeintritts und zur Schwere des drohenden Gesundheitsschadens: Je wahrscheinlicher und schlimmer der Gesundheitsschaden des ungeborenen Kindes sein wird, umso umfassender sind die Schutzpflichten zu bejahen.

101 Vorgeburtliche Untersuchungen (pränatale Diagnostik) bestehen aus nicht-invasiven (ohne Eingriff in den Körper der Frau) und invasiven (mit Eingriff in den Körper der Frau) Untersuchungen (vgl. z. B. C. KIND, Behindertes Leben oder verhindertes Leben. Pränatale Diagnostik als Herausforderung, Bern 1993; Standardkommission für Schwangerschafts-ultraschall der Schweizerischen Gesellschaft für Ultraschall in der Medizin, SGUM, Empfehlungen vom 11. Juni 1997 zur Ultraschall-Untersuchung in der Schwangerschaft, Bern 1997; und Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, in: Deutsches Ärzteblatt, 1998, S. 3236 ff.).

102 Vgl. Art. 29 Abs. 2 lit a KVG und Art. 13 KLV.

103 Sog. Torch-Komplex: Toxoplasmose, Syphilis, Listeriose, Röteln, Zytomegalie (Speicheldrüsenviruskrankheit) und Herpes simplex.

104 Der Toxoplasmaerreger wird durch den Verzehr von rohem Fleisch und den Kontakt mit dem Kot infizierter Tiere (v. a. Katzen) übertragen.

b) *Risikoreiche Eingriffe am ungeborenen Kind*

Die moderne Medizin eröffnet ungeahnte Möglichkeiten für eine intra- und extrauterine Behandlung.¹⁰⁵ Forscher und Kliniker entwickeln stets neue Methoden, mit denen noch nicht gezeugte¹⁰⁶ bzw. ungeborene Kinder, die ausserhalb des Mutterleibes noch nicht überlebensfähig wären, untersucht und behandelt werden können. Dieselbe Entwicklung trifft auch bei Frühgeburten zu, deren Überlebensfähigkeit immer weiter verbessert und zeitlich vorverlagert wird.¹⁰⁷

Sowohl die intra- als auch die extrauterine Behandlung werfen heikle ethische und rechtliche Fragen auf. Welche Behandlung ist im Interesse des ungeborenen Kindes geboten? Wie sind (unzulässige) Forschung und (zulässige) Behandlung gegeneinander abzugrenzen?¹⁰⁸ Welche Risiken darf eine Mutter ihrem noch ungeborenen Kind zumuten?¹⁰⁹ Wie sind die Mutter und ggf. der Vater¹¹⁰ aufzuklären?¹¹¹

105 Bei der intrauterinen Therapie werden die konservative und operative Massnahmen unterschieden (vgl. dazu z. B. Ziff. 7, DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER, Richtlinien zur pränatalen Diagnostik von Krankheiten und Krankheitsdispositionen, in: Deutsches Ärzteblatt, 1998, S. 3236 ff.). Die konservativen Massnahmen (vgl. DERS., Ziff. 7.2.1 f.) bestehen in nicht-invasiven (z. B. Medikation über die Mutter von Antiarrhythmika und Digitalisglykoside bei Tachyarrhythmie oder Corticosteroiden bei unzureichender Lungenreife und bei adrenogenitalem Syndrom.) und invasiven Massnahmen (z. B. Bluttransfusion bei Rhesusinkompatibilität.).

106 Art. 5 Abs. 3 FMedG verbietet die Präimplantationsdiagnostik nach erfolgter Zeugung, nicht aber vor der Kernverschmelzung. Das FMedG erlaubt zudem, bei der Auswahl der Keimzellen dem Risiko einer schweren, unheilbaren Krankheit Rechnung zu tragen (Art. 5 Abs. 2 FMedG und Art. 119 Abs. 2 lit. c BV).

107 Die Möglichkeiten moderner Medizin in Bezug auf Frühgeborene sind mit zahlreichen heiklen Fragen verbunden, siehe dazu z. B. EMPFEHLUNGEN ZUR BETREUUNG VON FRÜHGEBORENEN AN DER GRENZE DER LEBENSFÄHIGKEIT, erarbeitet von einer Arbeitsgruppe der Schweizerischen Gesellschaft für Neonatologie (<http://www.swiss-paediatrics.org/paediatrica/vol13/n2/pm-ge.htm>).

108 Bei einer einwilligungsunfähigen Person darf gemäss Art. 6 Abs. 1 Biomedizinkonvention eine Intervention im Gesundheitsbereich nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen. Vorbehalten werden einzig Art. 17 (Schutz von Personen mit psychischer Störung) und Art. 20 (Entnahme von Organen und Gewebe von lebenden Spendern zu Transplantationszwecken).

109 Die Mutter ist u. U. vom Eingriff ausser einer Bettruhe nicht benachteiligt (vgl. dazu oben FN 115) und kann das Kind, wenn es trotz oder gerade wegen der Behandlung behindert zur Welt kommt, zur Adoption freigeben.

110 Gemäss Ziff. 7.3, DEUTSCHE BUNDESÄRZTEKAMMER (FN 105), S. 3236 ff., soll der Vater des Kindes in die «Überlegungen» einbezogen werden, seine Zustimmung ist nicht erforderlich. Ziff. 1.3 SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Medizinisch-ethische Richtlinien für die Transplantation foetaler menschlicher Gewebe vom 03.06.1998 verlangt nur eine Einwilligungserklärung der Mutter.

111 Eltern können und dürfen nicht auf Aufklärung und Einwilligung in medizinische Massnahmen verzichten (vgl. BGE 118 Ia 427 E. 4b und Art. 6 Abs. 4 Biomedizinkonvention, wonach der Stellvertreter ebenfalls aufzuklären ist, bevor er seine Einwilligung abgibt).

c) *Risikoreiche Erwerbs- und Freizeitaktivitäten*

Ein erhöhtes Risiko pränataler Schäden besteht sodann bei der Ausübung einer besonders risikoreichen Erwerbs- oder Freizeittätigkeit (körperlich anstrengende Arbeiten, erhöhtes Ansteckungsrisiko, z. B. bei Spitalarbeit, Spitzensport etc.) und im Zusammenhang mit Verkehrsunfällen.¹¹² In all diesen Fällen besteht eine Interessenskollision zwischen den Grund- und Persönlichkeitsrechten der Mutter und des Kindes. Das Verhalten der Mutter ist – im Gegensatz zu den Lifestyle-Schädigungen (dazu sogleich) – sowohl grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützt als auch in der Regel sozialadäquat. Es ist zudem nur deshalb risikoreich, weil die Mutter schwanger ist. In Anbetracht dieser Ausnahmesituation stellt sich die berechnete Frage, ob überhaupt eine Haftung bzw. nur eine mildere Haftung bestehen soll.¹¹³

Das Gesetz gibt eine zwiespältige Antwort: Einerseits besteht im innerfamiliären Verhältnis keine generelle Haftungsprivilegierung, andererseits sieht es eine mildere Haftung bei uneigennützigem Verhalten vor.¹¹⁴ Eine weitere Abgrenzungsschwierigkeit besteht auch hinsichtlich der beteiligten Rechtsgüter (Gesundheit beim Kind sowie Wirtschafts- und Bewegungsfreiheit bei der Mutter). Je nachdem, wie das gegenseitige Verhältnis dieser Rechtsgüter verstanden wird,¹¹⁵ kann sich die Mutter entweder gar nicht oder nur eingeschränkt auf ihre persönliche Freiheit berufen.

112 In *Lynch v Lynch & Anor* (1991), 25 NSWLR 411 hiess der Supreme Court of New South Wales einen Vergleich gut, der einem Kind, das anlässlich eines von der Mutter verschuldeten Verkehrsunfalles pränatal geschädigt bzw. gelähmt wurde, eine Abfindung in Höhe von drei Millionen Dollar zusicherte. Der Supreme Court of Canada verneinte demgegenüber in *Dobson (Litigation Guardian of) v. Dobson* 174 D.L.R. (4th) 1 eine Haftung der Mutter, die fahrlässig einen Verkehrsunfall verursacht hatte. Wieder eine andere Lösung sieht der *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976* vor, der zwar grundsätzlich die Haftung der Mutter für pränatale Schädigungen ausschliesst, diese aber bei Verkehrsunfällen ausdrücklich vorsieht und den Sorgfaltsmassstab gegenüber dem ungeborenen Kind gleich wie gegenüber Dritten festschreibt (siehe Sec. 2).

113 MANNSDORFER schliesst eine Haftung der Mutter für uneigennütziges Verhalten generell aus und bejaht sie für ein sozialadäquates Verhalten nur bei einem schweren Verschulden, vgl. MANNSDORFER (FN 21), S. 260 ff.

114 Der uneigennützige oder unentgeltlich handelnde Schädiger hat nicht notwendigerweise den gesamten Schaden zu ersetzen (vgl. Art. 99 Abs. 2 und Art. 420 Abs. 2 OR).

115 Vgl. dazu oben Ziff. IV.2.b. bb. aaa.

d) Lifestyle-Schädigungen

Der Konsum illegaler und auch legaler Drogen ist mit einem erhöhten Risiko von pränatalen Schäden verbunden.¹¹⁶ Eine pränatale Schädigung des Kindes kann ferner auch im Zusammenhang mit der Ansteckung einer gefährlichen Krankheit, insbesondere mit dem HI-Virus,¹¹⁷ erfolgen.¹¹⁸ Das Verhalten der Mutter ist in diesen Fällen entweder illegal (so bei den «harten» Drogen), womit eine Rechtfertigung von vornherein entfällt, oder beinhaltet generell ein erhöhtes Risiko, weshalb kein Grund für eine Haftungsprivilegierung, selbst bei einem sozialadäquaten Verhalten, besteht.

Ein Abwägen der beteiligten Rechtsgüter (Gesundheit beim Kind und Freiheit in der Gestaltung des Lifestyles bei der Mutter bzw. Eltern) lässt die Waagschale in der Regel zu Lasten der Mutter bzw. Eltern absinken. Im Gegensatz zu den Erwerbs- und Freizeitaktivitäten stellt die Gestaltung des

-
- 116 Der Konsum legaler Drogen (Tabak, Alkohol) von Schwangeren beeinträchtigt die Gesundheit der ungeborenen Kinder (vgl. dazu z. B. NZZ, 5. Juni 2002, S. 67, mit dem Hinweis auf neue Forschungsergebnisse, wonach jedes zehnte Kind einer Raucherin im Durchschnitt 200 Gramm leichter und damit für gesundheitliche Probleme besonders anfällig ist, und H. LÖSER, *Alkoholembryopathie und Alkoholeffekte*, München 1994). Bei den illegalen Drogen (Cannabis, LSD, Crack etc.) besteht ein noch höheres Schädigungsrisiko (vgl. z. B. A. BEVOT und I. KRÄGELOH-MANN, *Wirkung von mütterlichem Alkohol- und Drogenkonsum in der Schwangerschaft auf die Entwicklung des Kindes*, in: Sucht, 1999, S. 302 ff.; und P. McELHATTON, *Congenital anomalies after prenatal ecstasy exposure*, in: *Lancet*, 1999, S. 1441 ff.).
- 117 Eine maternofetale Übertragung von HIV kann während der Schwangerschaft, der Wehen, während der Geburt oder durch Stillen auftreten, in der Regel aber durch geeignete Massnahmen verhindert werden. Je nachdem, ob die künftige Mutter oder der künftige Vater Träger des HIV-Virus sind, ist eine andere Vorgehensweise zu wählen, um eine Ansteckung zu verhindern (siehe zum Folgenden A. SEMPRINI, P. LEVI-SETTI et al., *Insemination of HIV-negative women with processed semen of HIV-positive partners*, in: *Lancet*, 1999, S. 1317 ff., U. SONNENBERG-SCHWAN, *Der Kinderwunsch HIV-positiver Frauen und Möglichkeiten zur Verwirklichung*, in: H. Jäger [Hrsg.], *Mit AIDS leben. Prävention, Therapie, Behandlungsalternativen, psychosoziale Aspekte*, Landsberg 1999, S. 304 ff., M. WEIGEL, M. BEICHERT et al., *Assistierte Reproduktion bei HIV-Infektion des Ehepartners – Von der Kontraindikation zur Indikation?*, in: *Reproduktionsmedizin*, 1999, S. 410 ff.; sowie: Subkommission Klinik der Eidgenössischen Kommission für Aids-Fragen, der Pädiatrischen AIDS-Gruppe Schweiz und der Schweizerischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe: *Vorläufige Empfehlungen, Antiretrovirale Behandlung während der Schwangerschaft*, in: *Bulletin vom 26. Oktober 1998 des Bundesamtes für Gesundheit*, S. 10 ff.).
- 118 Der Zeugungsakt HIV-Positiver kann nicht als Körperverletzungsdelikt zum Nachteil des dadurch gezeugten Kinds angesehen werden. Vgl. RBOG 1997, 24 = Urteil OGER des Kt. Thurgau vom 19. 12. 1996 (SB 96 42). Die wissentlich Ansteckung eines Dritten mit dem HI-Virus stellt eine schwere Körperverletzung dar und erfüllt ferner ebenfalls den Tatbestand des Verbreitens menschlicher Krankheiten (vgl. BGE 125 IV 242 und die Urteilsbesprechung von VEST, in AJP, 2000, S. 1168 ff.). Angehörige angesteckter Personen können Genutigungsansprüche geltend machen (BGE a. a. O. mit dem Hinweis, dass das Geschworenengericht Zürich der nicht angesteckten Tochter eine Genuttuung von Fr. 20 000.– zugesprochen hat).

Lifestyle kein geschütztes Rechtsgut dar; er stellt weder eine «elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung»¹¹⁹ dar noch betrifft er die Fortpflanzungsautonomie.

e) *Absichtliche Schädigung*

Die vorerwähnten vier möglichen Haftungskategorien betreffen das Verhalten der Eltern nach der Zeugung. Baby Boy wurde aber nicht nach, sondern vor seiner Zeugung geschädigt. Die Beurteilung einer Haftung der Eltern für ein schädigendes Verhalten in der konzeptionellen Phase ist unklar: Auf der einen Seite haben Zeugung und Geburt eines Menschen immer noch etwas Zufälliges an sich. Es steht fest zwar, dass bei der Kernverschmelzung ein Mensch entsteht, unklar ist hingegen, welche Eigenschaften er haben wird, was letztlich für einen Haftungsausschluss spricht. Auf der anderen Seite dringt die Medizin unaufhaltsam auch in diesen letzten Winkel des Geheimnisses Fortpflanzung vor und bietet dem Menschen zunehmend Gestaltungsmöglichkeiten.¹²⁰

Eine Haftung für ein schadenverursachendes Verhalten in der konzeptionellen Phase ist deshalb nicht von vornherein ausgeschlossen.¹²¹ Ein Haftungsausschluss mit dem Hinweis auf ein gottgefälliges Schicksal rechtfertigt sich dann nicht mehr, wenn sich der Mensch in die Natur einmischt, wie das bei Baby Boy der Fall war. Er wurde nicht als Folge des Schicksals zum tauben Menschen. Man hat ihn so und nur so «gezeugt» und damit die Grenze des *kategorischen Imperativs des Haftpflichtrechts* überschritten, der da lau-

119 Das Bundesgericht hat unter grundrechtlichen Gesichtspunkten festgehalten, dass nicht jeder Aspekt der Persönlichkeit, sondern nur «elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» (siehe z. B. BGE 124 I 40 E. 3a und 118 Ia 64 E. 2d) geschützt sind. Siehe dazu BGE 120 Ia 126 E. 7 und 101 Ia 336 E. 7b (Spielen an Geldautomaten), BGE 118 Ia 305 E. 4b und 114 Ia 286 E. 6b (Tragen von Waffen) und BGE 119 Ia 178 E. 5 (Schwimmen im kalten Wasser). – Von Art. 28 Abs. 1 ZGB wird ebenfalls nicht die Persönlichkeit schlechthin erfasst. Der privatrechtliche Persönlichkeitsschutz wird in Art. 27 f. ZGB geregelt (siehe dazu BUCHER, FN 11, N 413 ff.) und umfasst sämtliche wesentlichen Aspekte der Persönlichkeit (vgl. DERS., N 457 ff.), insbesondere die körperliche und geistige Integrität sowie das gesellschaftliche und berufliche Ansehen (vgl. DERS., N 453 ff.).

120 Siehe dazu z. B. die Beiträge in NZZ Folio Nr. 6 von Juni 2002 («Kindermacher. Die Zukunft der Fortpflanzungsmedizin»).

121 Die Lehre äussert sich skeptisch zu einer Haftung der Eltern in der konzeptionellen Phase. Zurückhaltend bis ablehnend äussert sich GUILLOD (FN 87), S. 264 ff., S. 280. MANNSDORFER (FN 21), S. 305 ff., schliesst eine Haftung grundsätzlich aus, lässt sie aber in Bezug auf absichtliche Schädigungen (DERS., S. 311 ff.) und die Übertragung von Infektionskrankheiten (DERS., S. 313 ff.) zu. – Sec. 43.6 Civil Code California wiederum schliesst jedweden Haftungsanspruch der Eltern für eine konzeptionelle Schädigung aus.

tet: «Füge einem anderen nur den Schaden zu, vom dem du wollen kannst, dass er dir und allen anderen auch zugefügt wird».¹²²

Der Fall von Baby Boy unterscheidet sich dabei von den Fällen, in denen Vater oder Mutter im Rahmen einer Vorsorgeuntersuchung feststellen, Träger von Erbkrankheiten zu sein, und trotzdem ein voraussichtlich krankes Kind zeugen oder erst nach der Zeugung feststellen, dass ihr Kind krank ist, dieses dann aber nicht abtreiben. Ein Haftungsausschluss ist in diesen Fällen gerechtfertigt:

- Der Gesetzgeber überlässt es in den ersten zwölf Wochen der Mutter zu entscheiden, ob sie abtreiben will oder nicht.¹²³ Erfolgt eine Abtreibung bzw. wird sie unterlassen ist grundsätzlich nur eine Schädigung des Vaters möglich, der nicht in den Entscheidungsprozess miteinbezogen wurde.¹²⁴

122 Die dem Haftungsrecht zugrundeliegenden philosophischen Theorien gehen entweder von einem moralischen oder einem utilitaristischen Ansatz aus (vgl. dazu den Überblick bei D. G. OWEN, Foreword: Why Philosophy Matters to Tort Law, in: D. G. OWEN [Hrsg.], *Philosophical Foundations of Tort Law*, New York 1995, S. 1 ff., S. 1 f. m. w. H.). Die Vertreter der Moraltheorie entwickeln gestützt auf Gerechtigkeits- und andere ethische Erwägungen Schadenersatzregeln. Dazu gehört insbesondere die von Kant entwickelte moralische Grundnorm des kategorischen Imperativs (vgl. dazu statt vieler O. HOFFE, *Recht und Moral: ein kantischer Problemaufriss*, in: R. Bubner, K. Cramer und R. Wiehl [Hrsg.], *Neue Hefte für Philosophie*, Heft 17, *Recht und Moral*, Göttingen, S. 1 ff.; und H. J. STÖRIG, *Weltgeschichte der Philosophie*, Stuttgart 1985, S. 406 ff.; zur Kritik der praktischen Vernunft bzw. dem kategorischen Imperativ) und die Gerechtigkeitslehre von Aristoteles (vgl. zum Ganzen die Beiträge von R. W. WRIGHT, *Right, Justice and Tort Law*, in: D. G. OWEN [Hrsg.], *Philosophical Foundations of Tort Law*, New York 1995, S. 159 ff., S. 163 ff., insbesondere zur Bedeutung des Kant'schen kategorischen Imperativs für das Haftpflichtrecht; und R. W. WRIGHT, *The Standards of Care in Negligence Law*, in: D. G. OWEN [Hrsg.], *Philosophical Foundations of Tort Law*, New York 1995, S. 249 ff., S. 252 ff. und S. 273 f.). Die Utilitaristen wollen die Schadenregulierung gestützt auf ökonomische Überlegungen und Erfahrungstatsachen vornehmen; ihr Ziel ist nicht ein gerechter, sondern der für das Gemeinwohl nützlichste Schadenausgleich (vgl. dazu z. B. R. A. POSNER, *Wealth Maximation and Tort Law: A Philosophical Inquiry*, in: D. G. OWEN [Hrsg.], *Philosophical Foundations of Tort Law*, New York 1995, S. 99 ff.).

123 Die Mutter kann nach Massgabe von Art. 112 ff. StGB entscheiden, ob sie ein Kind will oder nicht.

124 Zur Verständigung von Ehefrau und Ehemann bzw. zur Zustimmung zu den einzelnen medizinischen Eingriffen im Zusammenhang mit der artifiziellen (homologen/heterologen) Insemination, zur homologen/heterologen In-vitro-Fertilisation, zur Sterilisation, zum Schwangerschaftsabbruch und zur pränatalen Diagnostik siehe z. B. BRÄM/HASENBÖHLER, *ZH-K*, N 35–47 zu Art. 159 ZGB. Die Eheleute haben sich (unter eherechtlichen Gesichtspunkten) insbesondere über die Inanspruchnahme der pränatalen Diagnostik zu einigen. Wie beim Schwangerschaftsabbruch (dazu DERS., N 46) genügt auch bei der pränatalen Gendiagnostik für die Untersuchung an sich die Zustimmung der Ehefrau. Eine ohne Wissen oder gegen den Willen des Ehemannes vorgenommene oder bewusst unterlassene pränatale Untersuchung kann ehewidrig sein (DERS., N 47 m. w. H.). – Art. 13 Abs. 1 BG über genetische Untersuchungen beim Menschen (Vorentwurf September 1998) sieht vor, dass der Partner der schwangeren Frau in die genetische Beratung einzubeziehen ist, sofern die Frau damit einverstanden ist.

- Die nicht abtreibungswilligen Eltern streben zudem 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 besessen die beiden Mütter von Baby Boy; gleichwohl haben sie sich für eine Schädigung des Kindes entschieden und damit gegen den kategorischen Imperativ verstossen.

Diese Argumentation ist nicht über alle Zweifel erhaben: 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, warum ein Mensch einen anderen Menschen absichtlich schädigen darf, ohne selbst in Gefahr zu sein, Schaden an Leib oder Leben zu nehmen.

V. Schlussbetrachtung

Baby Boy wäre enttäuscht, wenn er diesen Aufsatz lesen würde. Nichts da von eloquenter anwaltlicher Selbstsicherheit, genau zu wissen, wer wofür haftet. Mehr Fragen als Antworten! Oder noch schlimmer: Nur Fragen, aber keine Antwort! Baby Boy würde eine Frage hinzufügen, nämlich die, warum der Gesetzgeber die Haftung für pränatale Schäden nicht geregelt hat. So geht es auch dem Verfasser. Er hofft, dass – im Rahmen der laufenden Revision des Haftpflichtrechts oder der zahlreichen Gesetzesvorhaben im Bereich der modernen Fortpflanzungsmedizin – das Haftungsvakuum gefüllt wird. Baby Boy – oder wie all die pränatal geschädigten Kinder der Zukunft oder deren Eltern auch immer heissen mögen – sollte eine Antwort darauf erhalten, ob eine Haftung für pränatale Schäden besteht und wer wofür verantwortlich ist, wenn die Segnungen der Medizin zu einem Schaden führen.